
Datum: 07.06.2019
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 12. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 12 U 101/18
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2019:0607.12U101.18.00

Vorinstanz: Landgericht Bochum, 3 O 196/17
Schlagworte: Dach-Arbeitsgemeinschaft, Durchsetzungssperre, Klageverzicht
Normen: BGB § 631 Abs. 1; Dach-Arbeitsgemeinschaftsvertrag Fassung 2005

Leitsätze:

1.

Der vertragliche zeitweilige Verzicht der Gesellschafter einer Dach-Arbeitsgemeinschaft auf jedwede gerichtliche Geltendmachung strittiger Forderungen gegen die Arbeitsgemeinschaft wirkt für bereits entstandene Forderungen des Gesellschafters grundsätzlich auch dann fort, wenn dieser als Gesellschafter der Dach-Arbeitsgemeinschaft ausscheidet.

2.

Der Geltendmachung einer Werklohnforderung des Nachunternehmer-Gesellschafters einer Dach-Arbeitsgemeinschaft steht eine sogenannte Durchsetzungssperre nicht entgegen, wenn die Zahlung dieser Nachunternehmer-Rechnungen nach dem Dach-Arbeitsgemeinschaftsvertrag zu den laufenden Ausgaben der Arbeitsgemeinschaft gehören soll.

Tenor:

Die Berufung des Klägers gegen das am 11.07.2018 verkündete Urteil der 3. Zivilkammer des Landgerichts Bochum wird mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass die Klage als zurzeit unzulässig abgewiesen wird.

Die Kosten des Berufungsverfahrens werden dem Kläger auferlegt.

Das Urteil ist ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar.

Der Kläger darf die Vollstreckung abwenden durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages, wenn nicht die Beklagten vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 120 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leisten.

Gründe:

1

A.

2

Mit Beschluss des Amtsgerichts Münster vom 16.12.2013 wurde der Kläger im Insolvenzverfahren über das Vermögen der T GmbH (im Weiteren: Insolvenzschriftnerin) zum vorläufigen Sachwalter bestellt. Mit weiterem Beschluss vom 26.02.2014 wurde das Insolvenzverfahren eröffnet, die Eigenverwaltung angeordnet und der Kläger zum Sachwalter bestellt. Die Anordnung der Eigenverwaltung wurde durch das Amtsgericht Münster mit Beschluss vom 02.06.2014 aufgehoben. Zugleich wurde der Kläger zum Insolvenzverwalter ernannt. Mit der Klage macht er gegen die Beklagten Restwerklohnforderungen der Insolvenzschriftnerin geltend.

3

Die Beklagte zu 1. ist eine Dach-Arbeitsgemeinschaft, die mit Vertrag vom 22.10.2010 von der Insolvenzschriftnerin sowie den Beklagten zu 2. und 3. gegründet worden ist. Wegen des Vertragsinhalts wird auf den „Dach-Arbeitsgemeinschaftsvertrag“ (Blatt 112 ff. der Akte) Bezug genommen. Hintergrund der Gründung war die öffentliche Ausschreibung zum 6-streifigen Ausbau der A ## E-Ring, C, einschließlich Bauwerk 09 und Stützwand 05, durch den Landesbetrieb Straßenbau NRW. Die Beklagten zu 2. und 3. sowie die Insolvenzschriftnerin hatten sich zunächst zu einer Bietergemeinschaft zusammengeschlossen und auf ihr Gebot den Zuschlag erhalten. Daraufhin erfolgte unter Auflösung der Bietergemeinschaft die Gründung der Beklagten zu 1.

4

Die Beklagte zu 1. erteilte als Dach-Arbeitsgemeinschaft der Insolvenzschriftnerin den Auftrag, als Nachunternehmerin Bauleistungen für den Brückenbau auszuführen. Die Insolvenzschriftnerin führte im Zeitraum September 2010 bis Juni 2013 Arbeiten aus und zeigte der Beklagten zu 1. die Fertigstellung an. Unter dem 24.07.2013 erteilte sie der Beklagten zu 1. eine Schlussrechnung, die unter Berücksichtigung geleisteter Abschlagszahlungen einen Restwerklohn von 326.221,90 € auswies. In der Folge zahlte die Beklagte zu 1. lediglich weitere 63.715,63 € auf eine der Schlussrechnung vorausgegangene Abschlagsrechnung. Der weitergehende Rechnungsbetrag von 262.506,27 € nebst Zinsen ist Gegenstand der Klage.

5

Nachdem die Schriftnerin am 16.12.2013 den Antrag auf Insolvenzeröffnung gestellt hatte, fand am 31.01.2014 eine Aufsichtsstellensitzung der Beklagten zu 1. statt, an der Vertreter der Beklagten zu 2. und 3. teilnahmen. Es wurde der Beschluss gefasst, die Insolvenzschriftnerin aus der Beklagten zu 1. auszuschließen und den Nachunternehmervertrag mit ihr mit sofortiger Wirkung zu kündigen. Dies geschah mit Schreiben der Beklagten zu 1. vom 04.03.2014. Mit weiterem Schreiben vom 19.03.2014

6

übersandte die Beklagte zu 1. der Insolvenzschildnerin eine Auseinandersetzungsbilanz zum 26.02.2014, die mit einer Forderung der Beklagten zu 1. an die Insolvenzschildnerin in Höhe von 87.662,85 € abschloss. Diese in der Auseinandersetzungsbilanz ausgewiesene Forderung meldete die Beklagte zu 1. im Insolvenzverfahren über das Vermögen der Insolvenzschildnerin zur Insolvenztabelle an. Unter dem 27.06.2014 erhob der Kläger Einspruch gegen die Auseinandersetzungsbilanz, den die Beklagte zu 1. am 17.09.2014 zurückwies.

Mit Schreiben vom 15.03.2018 zeigte die Beklagte zu 1. gegenüber dem Kläger Mängel an und bat um Mitteilung bis zum 29.03.2018, ob dieser eine Mängelbeseitigung veranlassen werde. Mit Schriftsatz vom 25.06.2018 forderte die Beklagte zu 1. den Kläger zur Mängelbeseitigung bis zum 09.07.2018 auf. 7

Der Kläger hat die Ansicht vertreten, die Restwerklohnansprüche der Insolvenzschildnerin seien fällig. Die Regelungen in § 25.215 und § 25.221 des Dach-Arbeitsgemeinschaftsvertrags fänden nur auf die laufenden Geschäfte der Beklagten zu 1. Anwendung. § 25.221 sei nicht einschlägig. Die Forderung sei nicht strittig, sondern nur zwischen der Beklagten zu 1. und dem Bauherrn noch nicht verhandelt. Die Beklagten zu 2. und 3. hafteten analog § 128 HGB. 8

Den Ansprüchen der Insolvenzschildnerin stehe eine Durchsetzungssperre nicht entgegen. Das gesellschaftsvertragliche Verhältnis der Insolvenzschildnerin zur Beklagten zu 1. einerseits und das Vertragsverhältnis zwischen der Beklagten zu 1. und der Insolvenzschildnerin aufgrund des Nachunternehmervertrags andererseits seien selbständige Rechtsverhältnisse. 9

Der Kläger hat dazu behauptet, die Insolvenzschildnerin habe die ihr obliegenden Leistungen erbracht. Dies gelte auch für die abgerechneten Massen. Die Einheitspreise seien zutreffend angesetzt. Bei den Nachtragsleistungen handele es sich um von der Beklagten zu 1. angeordnete Leistungen oder um solche Leistungen, die technisch erforderlich und angeordnet worden seien. Die Preisbildung sei VOB-konform auf der Basis der Preisermittlungsgrundlagen des Angebots fortgeschrieben worden, jedenfalls sei sie ortsüblich und angemessen. 10

Die Beklagten haben die Einrede der Verjährung erhoben. Sie haben die Ansicht vertreten, der geltend gemachten Restwerklohnforderung stehe eine Durchsetzungssperre entgegen. Nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen eines Gesellschafters der Beklagten zu 1. könnten dessen Ansprüche nicht mehr isoliert geltend gemacht werden. Diese stellten nur noch unselbstständige Rechnungsposten in der Auseinandersetzungsbilanz dar. 11

Hilfsweise haben sich die Beklagten darauf berufen, dass der geltend gemachte Anspruch gemäß § 25.215 des Arbeitsgemeinschaftsvertrags nicht fällig sei, da zwischen der Beklagten zu 1. und dem Bauherrn die Schlussrechnungsreife noch nicht eingetreten sei. Der Bauherr habe die Schlussrechnung der Beklagten zu 1. nicht akzeptiert, sondern nur eine Abschlagszahlung geleistet. Es müssten auch noch Verhandlungen über den Nachtrag S6 in der Schlussrechnung der Insolvenzschildnerin in Höhe von 210.226,87 € netto stattfinden. 12

Weiter hilfsweise haben sich die Beklagten auf einen Verzicht des Einzelloses auf jede gerichtliche Geltendmachung strittiger Forderungen gegen die Dach-Arbeitsgemeinschaft gemäß § 25.221 des Arbeitsgemeinschaftsvertrags berufen. Dieser Verzicht gelte solange, bis die Schlusszahlung des Auftraggebers beziehungsweise seine 13

Schlussrechnungserklärung gemäß § 16 Nr. 3 Abs. 3 VOB/B stattfinde. Dies sei noch nicht geschehen.

Zudem liege bereits eine Überzahlung in Höhe von 24.278,11 € vor. Dies beruhe auf
Rechnungskürzungen sowie Mängeln, für deren Beseitigung Kosten von 25.350,00 €
entstünden. Die Beklagten haben hilfsweise die Aufrechnung mit einem Vorschussanspruch
gemäß § 637 Abs. 3 BGB erklärt, weiter hilfsweise mit einem Schadensersatzanspruch aus
§ 13 Abs. 7 VOB/B. Äußerst hilfsweise haben sie sich auf ein Zurückbehaltungsrecht berufen.
Schließlich haben die Beklagten vorsorglich die Aufrechnung mit der Forderung gegen die
Insolvenzschuldnerin aus der Auseinandersetzungsbilanz erklärt. 14

Dagegen hat der Kläger die Auffassung vertreten, der Beklagten zu 1. stehe ein Anspruch
aus der Auseinandersetzungsbilanz nicht zu. Diese sei wegen des Einspruchs des Klägers
nicht festgestellt; die Ansätze in der Auseinandersetzungsbilanz seien nicht zutreffend. Die
Aufrechnung sei zudem nach § 95 Abs. 1 der Insolvenzordnung nicht zulässig. 15

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Der Geltendmachung der Restwerklohnforderung
der Insolvenzschuldnerin stehe eine Einrede der mangelnden Durchsetzbarkeit aufgrund der
gesellschaftsvertraglichen Verbindungen der Insolvenzschuldnerin zur Beklagten zu 1. und zu
den weiteren Gesellschaftern, den Beklagten zu 2. und 3., entgegen. Der Dach-
Arbeitsgemeinschaftsvertrag im vorliegenden Fall sei nach dem Mustervertrag des
Hauptverbandes der Deutschen Bauindustrie e.V., Fassung 2005, konzipiert worden.
Aufgrund der Regelungen des Vertrages sei für den Fall des Ausscheidens eines
Gesellschafter (der Insolvenzschuldnerin) bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens über sein
Vermögen davon auszugehen, dass er Werklohnforderungen aufgrund eines
Nachunternehmervertrags (Einzellos) nicht isoliert geltend machen könne, sondern die
Werklohnforderung zu einem Rechnungsposten der Auseinandersetzungsbilanz werde.
Zwischen den Parteien sei unstreitig, dass die Schuldnerin selbst den Antrag auf
Insolvenzeröffnung am 16.12.2013 gestellt habe, das Insolvenzverfahren eröffnet worden sei
und nach einer Beschlussfassung gemäß § 23.41 wegen des Antrags der Eröffnung des
Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Insolvenzschuldnerin diese Schuldnerin
ausgeschlossen (und der Nachunternehmervertrag gekündigt) worden sei. Nach dem Vertrag
habe sodann zwingend eine Auseinandersetzung stattzufinden, wobei die
Arbeitsgemeinschaft nicht beendet, sondern unter den verbliebenen Gesellschaftern
fortgesetzt werde (§ 24.1). 16

Der Bundesgerichtshof habe im Urteil vom 14.12.2006 – IX ZR 194/05 - zur Frage der
Zulässigkeit der isolierten Geltendmachung von Forderungen des ausgeschiedenen
Gesellschafter einer Arbeitsgemeinschaft bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens Stellung
genommen. In dem dort entschiedenen Fall hätten die Leistungen der Gesellschafter darin
bestanden, dass sie im Verhältnis ihrer Beteiligung Beiträge und Leistungen an die
Arbeitsgemeinschaft zu erbringen gehabt hätten, zum Beispiel die Gestellung von
Bürgschaften, Geräten, Baustoffen und Personal. Die Bezahlung von
Gesellschafterrechnungen sei nur im Rahmen der Kontenangleichung erfolgt. Der
Bundesgerichtshof habe ausgeführt, dass sich mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens
über das Vermögen der Schuldnerin an der Bindung der entstandenen Forderungen nichts
geändert habe. Er sei zu dem Ergebnis gekommen, dass es sich bei den aus dem
Gesellschaftsverhältnis begründeten Ansprüchen um unselbstständige Rechnungsposten
handele, die von der Durchsetzungssperre erfasst würden. 17

Im vorliegenden Fall sei ebenfalls nicht von einer rechtlichen Selbstständigkeit der
Werklohnforderung der Insolvenzschuldnerin auszugehen. Dass diese eine Doppelfunktion 18

habe, einerseits Nachunternehmerin im Verhältnis zur Beklagten zu 1., andererseits Gesellschafterin der Beklagten zu 1. neben den Beklagten zu 2. und 3., führe nicht schon deshalb dazu, dass Forderungen der Schuldnerin aus dem Nachunternehmervertrag stets als rechtlich selbstständige Forderungen behandelt werden müssten. Aus Sicht des erkennenden Gerichts komme es entscheidend darauf an, wie die Forderungen der Nachunternehmer (Einzellose) im Verhältnis zur Dach-Arbeitsgemeinschaft gesellschaftsvertraglich im Dach-Arbeitsgemeinschaftsvertrag behandelt und strukturiert seien, wie etwa bei der Abrechnung verfahren werde und ob danach festzustellen sei, dass die Forderungen etwa vergleichbar der Forderungen Drittunternehmer gegenüber der Dach-Arbeitsgemeinschaft zu behandeln oder ob sie vor dem Hintergrund der Erreichung des gemeinschaftlichen gesellschaftsvertraglichen Zwecks gesellschaftsrechtlich gebunden seien. Für eine gesellschaftsvertragliche Einbindung sprächen zunächst die Regelungen in §§ 20.2 und 25.134 des Vertrags. § 20.2 enthalte einen Zustimmungsvorbehalt der übrigen Gesellschafter im Fall der Abtretung von Forderungen eines der Gesellschafter.

Gemäß § 25.13 würden für den Inhalt des Nachunternehmervertrags Festlegungen gelten, wobei bestimmt werde, dass Forderungen des Einzellosen aus dem Nachunternehmerverhältnis nur gemäß § 20.2 abtretbar seien (§ 25.134). Derartige Regelungen seien Vertragswerken mit außenstehenden Drittunternehmern in der Regel fremd. § 25.219 im Vertragsabschnitt über die gesellschaftsvertraglichen Grundsätze der Zusammenarbeit zwischen der Dach-Arbeitsgemeinschaft und den Einzellosen bestimme, dass Zahlungen des Auftraggebers an die Dach-Arbeitsgemeinschaft unter Einhaltung von § 11.2 zu verwenden seien, wobei Zahlungen der Nachunternehmerrechnungen der Einzellose unter die Deckung laufender Ausgaben nach § 11.22 fielen. Die Vorschrift des § 11 regle die Finanzen der Arbeitsgemeinschaft. Nach § 11.2 seien verfügbare Gelder in bestimmter Reihenfolge zu verwenden, wobei etwa die Deckung laufender Ausgaben der Auszahlung verfügbarer Geldmittel an die Gesellschafter entsprechend dem Beteiligungsverhältnis vorgehe. Hintergrund der Regelung sei ein funktionierender Geschäftsbetrieb. Die Regelungen sollten gewährleisten, dass die Liquidität der Arbeitsgemeinschaft erhalten bleibe und durch Auszahlungen an die Gesellschafter nicht beeinträchtigt werde, insbesondere müsse für eine Deckung laufender Ausgaben gesorgt werden. Daraus folge, dass die Insolvenzschuldnerin ihre Forderungen nicht isoliert stellen und Erfüllung erwarten dürfe; die Wahrung des Gesellschaftszwecks und die Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebs sowie die Abwicklung des Gesamtbauvorhabens seien bevorzugt. Entsprechend sei die Handhabung im vorliegenden Fall so, dass die Insolvenzschuldnerin ihre Schlussrechnung an die Beklagte zu 1. gerichtet habe, während die Beklagte zu 1. ihrerseits wiederum eine Schlussrechnung an den Bauherren gestellt habe. Die Vorschrift des § 25.215 diene der Wahrung einer gestuften Abrechnungsreihenfolge, die liquiditätsstützend sei. Entgegen der Ansicht des Klägers spiele diese Vorschrift auch im vorliegenden Fall noch eine Rolle, denn mit dem Ausscheiden der Insolvenzschuldnerin aus der Arbeitsgemeinschaft werde die Arbeitsgemeinschaft nicht beendet, sondern mit den übrigen Gesellschaftern fortgeführt (§ 24.1), das heißt für die Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebs müsse Sorge getragen werden. Abrechnungstechnisch (Buchhaltungswesen) geschehe das dergestalt, dass die Zahlungen des Bauherrn zunächst an die Dach-Arbeitsgemeinschaft gingen, von dort aus nach den vertraglichen Regelungen die laufenden Ausgaben und andere Belange im Sinne des § 11 des Vertrages bedient würden und erst zum Schluss eine Auszahlung an den Gesellschafter-Nachunternehmer erfolgen könne. Das Gericht sei der Auffassung, dass sich im Zusammenspiel der genannten Regelungen die rechtliche Unselbstständigkeit der Forderungen der einzelnen Lose zeige. Werde über das Vermögen eines Einzellosen, hier der Insolvenzschuldnerin, das Insolvenzverfahren eröffnet, habe zwingend eine Auseinandersetzung zu erfolgen und eine

19

Auseinandersetzungsbilanz sei aufzustellen, in diese seien die (Rest-)Forderungen einzustellen. Diese würden damit unselbstständige Rechnungsposten, so dass der Insolvenzverwalter gegebenenfalls die Rechte der Schuldnerin im Zusammenhang mit der Auseinandersetzung verfolgen müsse. Eine isolierte Geltendmachung der Restwerklohnforderung sei ausgeschlossen.

Der Einspruch des Klägers gegen die aufgestellte Auseinandersetzungsbilanz ändere an der Situation nichts. Daraus folgt nur, dass die Ansätze in der Auseinandersetzungsbilanz gegebenenfalls noch streitig geklärt werden müssten; unverändert bleibe, dass die Auseinandersetzungsbilanz aufzustellen sei und die Forderungen der Insolvenzschuldnerin dort einzustellen seien. 20

Dem Kläger sei auf seinen Antrag im Termin kein Schriftsatznachlass zum Schriftsatz der Beklagten vom 25.06.2018 zu gewähren gewesen. Zum einen enthalte der Schriftsatz Rechtsausführungen, die schon zuvor in der Klageerwidernung angebracht und zwischen den Parteien eingehend erörtert worden seien. Zum anderen gehe es um Detailfragen der Höhe der Schlussrechnung der Schuldnerin und zu etwaigen Mängelfragen, auf die es nach dem Ergebnis der Entscheidungsfindung nicht ankomme. 21

Mit seiner Berufung verfolgt der Kläger sein Klagebegehren weiter. Das Urteil des Landgerichts beruhe auf Rechtsverletzungen und die zugrunde zu legenden Feststellungen rechtfertigten eine andere Entscheidung. 22

Das Landgericht verkenne, dass der in Bezug genommenen Entscheidung des Bundesgerichtshofs ein Sachverhalt zugrunde gelegen habe, bei dem die Gesellschafter einzelne Leistungen unmittelbar als Gesellschafterbeiträge erbracht hätten. Es habe den Leistungsbeziehungen und den daraus resultierenden Ansprüchen gegen die Arbeitsgemeinschaft gerade kein isolierter Werkvertrag zugrunde gelegen. Die dort aufgestellten Grundsätze des Bundesgerichtshofs seien auf den vorliegenden Fall nicht anwendbar. Dass hinsichtlich der werkvertraglichen Ansprüche der Arbeitsgemeinschaftsgesellschafter einzelne Abreden im Arbeitsgemeinschaft-Vertrag enthalten seien, lasse diese Ansprüche nicht zu gesellschaftsrechtlichen Ansprüchen mutieren. Sie verlören nicht ihre Eigenständigkeit und ihren Drittanspruchscharakter. 23

Die Ansprüche aus den mit den Gesellschaftern einer Dach-Arbeitsgemeinschaft abgeschlossenen Werkverträgen einerseits und Ansprüche der Arbeitsgemeinschaftspartner aus dem zwischen ihnen bestehenden Gesellschaftsverhältnis untereinander andererseits seien sehr scharf voneinander zu trennen. Die werkvertragliche Beziehung einerseits und die gesellschaftliche Bindung andererseits könnten nicht dergestalt miteinander verknüpft werden, dass einem werkvertraglichen Anspruch eines ehemaligen Gesellschafters der Dach-Arbeitsgemeinschaft gegen diese ein gesellschaftsvertraglicher Anspruch der Dach-Arbeitsgemeinschaft gegen den vormaligen Gesellschafter entgegengehalten werden könne. Die rechtlich vollkommen eigenständige Rechtsbeziehung zwischen den Werkvertragsparteien lasse eine Vermischung von werkvertraglichen Ansprüchen einerseits und gesellschaftsbezogenen Forderungen andererseits nicht zu. Das Rechtsverhältnis zwischen einer Dacharbeitsgemeinschaft und einem Nachunternehmergesellschaft sei nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs als sogenanntes Drittgeschäft zu qualifizieren. Gesellschaftliche Ansprüche und Forderungen aus einem Drittgeschäft ständen sich nicht aufrechenbar gegenüber. Schon gar nicht werde der werkvertragliche Anspruch unselbstständiger Rechnungsposten der Auseinandersetzungsbilanz. Dazu, ob die Ansprüche, die die Beklagte zu 1. in die Auseinanderbilanz einstelle, die Ansprüche der Insolvenzschuldnerin aus Werkvertrag überstiegen, teile das Landgericht nichts mit. 24

Der Kläger beantragt,	25
das am 11.07.2018 verkündete Urteil des Landgerichts Bochum abzuändern und die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, an den Kläger 262.506,27 € nebst Zinsen in Höhe von acht Prozentpunkten über dem Basiszins gemäß § 247 BGB seit dem 25.09.2013 zu zahlen.	26
Die Beklagten beantragen,	27
die Berufung zurückzuweisen.	28
Die Beklagten verteidigen das angefochtene Urteil. Aus Sicht des Landgerichts sei es nicht mehr darauf angekommen, ob die Auseinandersetzungsbilanz richtig gewesen sei. Es sei auch nicht ersichtlich gewesen, dass der Kläger seinen Zahlungsanspruch auf die Auseinandersetzungsbilanz gestützt habe. Aus diesem Grund habe das Landgericht diesen Gesichtspunkt nicht prüfen müssen. Soweit der Kläger diesen Gesichtspunkt erstmals in der Berufungsinstanz geltend machen wolle, sei er hiermit nach §§ 529, 531 ZPO ausgeschlossen.	29
Das Landgericht sei zu Recht davon ausgegangen, dass der Werklohnanspruch nicht isoliert durchsetzbar sei und diesem die sogenannte Durchsetzungssperre entgegenstehe. Der Kläger erkenne, dass das Landgericht seine Auffassung maßgeblich auf Vorschriften des Dach-Arbeitsgemeinschaftsvertrags gestützt habe und nicht auf das zitierte Urteil des Bundesgerichtshofs. Zu Recht habe es in den Entscheidungsgründen darauf hingewiesen, dass nach § 24.2 des zwischen den Parteien abgeschlossenen Dach-Arbeitsgemeinschaftsvertrags bei Ausscheiden eines Gesellschafters die verbleibenden Gesellschafter zur Ermittlung des Ausscheidungsguthabens eine Auseinandersetzungsbilanz zum Stichtag des Ausscheidens zu erstellen hätten. Aus dieser Vorschrift folge, dass alle Ansprüche des ausscheidenden Gesellschafters aus dem Gesellschaftsverhältnis nur noch als unselbständige Rechnungsposten im Rahmen der abschließenden Auseinandersetzungsbilanz zu berücksichtigen seien. Die mit der Schlussrechnung vom 24.07.2013 geltend gemachte Forderung sei in der Auseinandersetzungsbilanz der Beklagten zu 1. vom 26.02.2014 berücksichtigt worden.	30
Es sei unbestritten, dass Rechte und Pflichten einer Baufirma, die sich an einer Dach-Arbeitsgemeinschaft beteilige, mit unterschiedlichem Rechtsgrund und unterschiedlichen Inhalten auf zwei getrennten Ebenen entstünden - der gesellschaftsrechtlichen Ebene der Dach-Arbeitsgemeinschaft und der werkvertraglichen Auftragnehmer-Ebene beim beauftragten Einzellos. Allerdings beruhten die Nachunternehmerverträge auf gesellschaftsvertraglicher Grundlage (§ 25.2 des Dach-Arbeitsgemeinschaftsvertrags). Hierdurch unterschieden sie sich von Nachunternehmerverträgen, welche die Dach-Arbeitsgemeinschaft mit fremden Dritten abschließe. Bei einer Dach-Arbeitsgemeinschaft erfüllten die Gesellschafter ihre gesellschaftsrechtlichen Beitrags- und Leistungspflichten durch ihre selbständige und eigenverantwortliche Bauleistung im Rahmen des jeweiligen einzelnen Loses. Hierdurch werde ein auf gesellschaftsvertraglicher Grundlage beruhendes, gesondertes Nachunternehmerverhältnis zur Dach-Arbeitsgemeinschaft und Einzellos gebildet. Dies ergebe sich auch aus dem sogenannten „Benutzerhinweis“ in der Einleitung des Dach-Arbeitsgemeinschaftsvertrags, der dem streitgegenständlichen Dach-Arbeitsgemeinschaftsvertrag zugrunde gelegen habe. Bei einer im Dach-Arbeitsgemeinschaftsvertrag vorgesehenen Verpflichtung zur Aufstellung einer Auseinandersetzungsbilanz bei Ausscheiden eines Arbeitsgemeinschafts-Gesellschafters überlagere das gesellschaftsrechtliche Verhältnis die werkvertraglichen Ansprüche eines	31

Gesellschafter gegen die Arbeitsgemeinschaft, sodass die Durchsetzungssperre eingreife.

Dem Urteil des Bundesgerichtshofs habe das Landgericht lediglich die Grundsätze entnommen. Das Landgericht habe anschließend anhand der Bestimmungen des Dach-Arbeitsgemeinschaftsvertrags geprüft, ob die vom Bundesgerichtshof angestellten Erwägungen auf den vorliegenden Fall übertragen werden könnten. Anhand von verschiedenen Regelungen des Dach-Arbeitsgemeinschaftsvertrags sei das Landgericht zu dem Ergebnis gekommen, dass eine gesellschaftsvertragliche Einbindung des Gesellschafters gegeben sei und derartige Regelungen Vertragswerken mit außenstehenden Drittunternehmern in der Regel fremd seien. Es könne mithin keine Rede davon sein, dass das Landgericht sich maßgeblich auf die Entscheidung des Bundesgerichtshofs gestützt habe. 32

Dass dem Gesellschafter einer Dach-Arbeitsgemeinschaft- sowohl Ansprüche auf gesellschaftsrechtlicher Ebene als auch werkvertraglicher Ebene zustehen könnten, sei weder vom Landgericht noch von den Beklagten in Abrede gestellt worden. Vorliegend gehe es aber um die Frage des Schicksals der Forderung des Dach-Arbeitsgemeinschafts-Gesellschafters nach dessen Ausschließung wegen Insolvenzeröffnung und der Aufstellung einer Auseinandersetzungsbilanz. Der Kläger ignoriere, dass die Nachunternehmerverträge auf gesellschaftsvertraglicher Grundlage (§ 25.2) beruhten und es sich nicht um Drittgeschäfte handelte. Der Bundesgerichtshof habe nicht zum Ausdruck gebracht, dass das Rechtsverhältnis zwischen einer Dach-Arbeitsgemeinschaft und einer Nachunternehmergesellschaft als sogenanntes Drittgeschäft zu qualifizieren sei. Der Bundesgerichtshof habe ausgeführt, dass die Durchsetzungssperre ihre Rechtfertigung allein in den gesellschaftsrechtlichen Bindungen finde. Vorliegend sei die Insolvenzschuldnerin unstreitig Gesellschafterin der Dach-Arbeitsgemeinschaft gewesen und habe gesellschaftsrechtlichen Bindungen unterlegen, sodass die Durchsetzungssperre nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs anwendbar sei. 33

Der Hinweis des Klägers auf die fehlende Aufrechenbarkeit gesellschaftsrechtlicher Ansprüche und Forderungen aus einem Drittgeschäft sei nicht nachvollziehbar. Auf die Aufrechnung habe das Landgericht nicht mehr eingehen müssen, da es die isolierte Geltendmachung der Restwerklohnforderung abgelehnt habe. Das Landgericht habe auch keine Ausführungen dazu machen müssen, ob die von der Beklagten zu 1. in die Auseinandersetzungsbilanz eingestellten Ansprüche die der Insolvenzschuldnerin aus Werkvertrag überstiegen. Auf diesen Gesichtspunkt sei es nach Auffassung des Landgerichts nicht angekommen. 34

Der Senat hat den Parteien im Anschluss an die mündliche Verhandlung Gelegenheit zu schriftsätzlichem Vortrag zu den Erörterungen im Senatstermin gegeben. 35

B. 36

Die zulässige Berufung des Klägers hat nur insoweit Erfolg, als die Klage nicht als unbegründet, sondern zurzeit unzulässig abzuweisen ist. 37

I. 38

Die Gesellschafter der Beklagten zu 1. haben in § 25.221 Abs. 2 Satz 1 des Dach-Arbeitsgemeinschaftsvertrags vereinbart, dass die prozessuale Geltendmachung der Ansprüche der Nachunternehmergesellschaft zeitweilig ausgeschlossen ist. Danach haben die Einzellose, also auch die Insolvenzschuldnerin, bis zur Schlusszahlung des Auftraggebers 39

beziehungsweise bis zu dessen Schlussrechnungserklärung gemäß § 16 Nr. 3 Abs. 3 VOB/B (jetzt: § 16 Abs. 3 Nr. 3 VOB/B 2009) auf jedwede gerichtliche Geltendmachung strittiger Forderungen gegen die Dach-Arbeitsgemeinschaft verzichtet. Vorliegend ist die geltend gemachte Restforderung zwischen den Parteien streitig, sodass § 25.221 Abs. 2 Satz 1 des Dach-Arbeitsgemeinschaftsvertrags einschlägig ist. Der erklärte Verzicht auf gerichtliche Geltendmachung kommt der Wirkung eines pactum de non petendo gleich, sodass die dennoch erhobene Klage als zurzeit unzulässig abzuweisen ist (vgl. BGH, NJW 1989, S. 1048, 1049; Krüger in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Auflage, § 271 Rn. 18).

Entgegen der vom Kläger im Schriftsatz vom 17.05.2019 vertretenen Auffassung war nicht 40
unstreitig, dass eine unmittelbare Anwendbarkeit der Regelung aus § 25.221 des Dach-Arbeitsgemeinschaftsvertrages nicht gegeben ist. Vielmehr haben sich die Beklagten bereits erstinstanzlich auf den in § 25.221 des Dach-Arbeitsgemeinschaftsvertrages geregelten Verzicht berufen, wenn auch nur hilfsweise.

Auch scheitert eine Anwendbarkeit des Verzichts nicht am Ausscheiden der 41
Insolvenzschuldnerin aus der Beklagten zu 1. Eine Vereinbarung der Gesellschafter der Beklagten zu 1., dass der zeitweilige Klageverzicht des § 25.221 nach dem Ausscheiden eines Gesellschafters keine Gültigkeit mehr haben sollte, lässt sich dem Vertrag nicht entnehmen. Entgegen der Auffassung des Klägers greift diese Vorschrift auch nach Sinn und Zweck nicht allein in einem „laufenden“ Verhältnis zwischen der Dach-Arbeitsgemeinschaft und dem Nachunternehmergesellschaft. Sinn und Zweck des § 25.221 ist es, den Nachunternehmergesellschaft daran zu hindern, verfrüht strittige Zahlungsansprüche gegenüber der Dach-Arbeitsgemeinschaft geltend zu machen. Dieser wäre ansonsten aufgrund des bestehenden Nachunternehmervertrags verfahrensrechtlich und vertragsrechtlich nicht gehindert, einen bestrittenen Zahlungsanspruch ohne Berücksichtigung der Situation beim Hauptauftraggeber gerichtlich geltend zu machen. Die Dach-Arbeitsgemeinschaft wäre dadurch einer Zahlungsklage ausgesetzt, obwohl unter Umständen im Verhältnis zum Hauptauftraggeber weder Grund noch Veranlassung noch Berechtigung bestünde gleichermaßen eine Zahlungsklage zu erheben. (Burchardt/Pflüb, ARGE-Kommentar, 4. Auflage, § 25 Rn. 256) An diesem Interessenkonflikt ändert sich durch das Ausscheiden eines Nachunternehmergesellschafters aus der Dach-Arbeitsgemeinschaft nichts, sodass der ausscheidende Nachunternehmergesellschaft jedenfalls hinsichtlich der bis zu seinem Ausscheiden entstandenen Forderungen an den erklärten Klageverzicht gebunden ist. Ein insolvenzrechtlicher Entfall der Bindung an diesen bereits vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens erklärten Verzicht ist nicht ersichtlich.

Zwar enthält § 25.221 des Dach-Arbeitsgemeinschaftsvertrags nur einen befristeten Verzicht 42
bis zu dem Zeitpunkt, in dem die Dach-Arbeitsgemeinschaft gegenüber dem Einzellos es endgültig ablehnt, die streitbefangene Forderung gegenüber dem Auftraggeber geltend zu machen oder dem Einzellos rechtlich eine selbständige außergerichtliche oder gerichtliche Durchsetzungsmöglichkeit für eigene strittige Forderungen gegenüber dem Auftraggeber einzuräumen (Burchardt/Pflüb, ARGE-Kommentar, 4. Auflage, § 25 Rn. 257). Eine derartige endgültige Ablehnung ist indes dem Vortrag der Parteien nicht zu entnehmen.

Das Berufen der Beklagten auf den Klageverzicht des § 25.221 des Dach- 43
Arbeitsgemeinschaftsvertrages setzt nicht voraus, dass diese darlegen, die streitige Forderungen der Insolvenzschuldnerin gegenüber dem Auftraggeber mit hinreichender Ernsthaftigkeit und in zeitlich zumutbaren Maße zu verfolgen. Soweit es sich als rechtsmissbräuchlich darstellen könnte, dass die Beklagte zu 1. den Klageverzicht des § 25.221 geltend macht, ohne ernsthaft eine außergerichtliche oder gerichtliche

Geltendmachung gegenüber dem Auftraggeber zu betreiben, obliegt es grundsätzlich dem Kläger, die tatbestandlichen Voraussetzungen darzulegen und gegebenenfalls zu beweisen. Es kann dahinstehen bleiben, ob den Beklagten insoweit eine sekundäre Darlegungsverpflichtung zukommt, da der Kläger eine unzureichende außergerichtliche oder gerichtliche Geltendmachung gegenüber dem Auftraggeber nicht geltend gemacht hat. Die Beklagte zu 1. war auch nicht verpflichtet, dem Kläger oder der Insolvenzschriftnerin von sich aus eine selbständige außergerichtliche oder gerichtliche Durchsetzungsmöglichkeit gegen den Auftraggeber im Sinne des § 25.221 Abs. 2 Satz 3 des Dach-Arbeitsgemeinschaftsvertrages einzuräumen. Vielmehr war dies der Beklagten zu 1. nach dem Vertrag ausdrücklich freigestellt. Im Übrigen ist weder vorgetragen noch ersichtlich, dass der Kläger oder die Insolvenzschriftnerin die Beklagte zu 1. jemals aufgefordert hätte, ihm beziehungsweise ihr eine derartige Durchsetzungsmöglichkeit einzuräumen.

II. 44

Das Urteil des Landgerichts ist auch nicht deswegen aufrechtzuerhalten, weil das Landgericht 45 die Klage mit zutreffender Begründung als unbegründet abgewiesen hat oder Ansprüche des Klägers in jedem Fall nicht durchsetzbar wären. Einem möglichen Anspruch des Klägers aus § 631 Abs. 1 BGB, § 128 Satz 1 HGB entsprechend, § 80 Abs. 1 InsO in Verbindung mit den Regelungen der Vergabe- und Vertragsordnung, Teil B, in der Fassung vom 31.07.2009 (im Weiteren: VOB, VOB/B und VOB/B 2009), steht weder eine Durchsetzungssperre noch die seitens der Beklagten erhobene Einrede der Verjährung entgegen.

1. 46

Der Kläger ist berechtigt, Ansprüche der Insolvenzschriftnerin im eigenen Namen geltend zu 47 machen. Durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Insolvenzschriftnerin ist deren Recht, ihr zur Insolvenzmasse gehörendes Vermögen zu verwalten und über es zu verfügen, auf den Kläger übergegangen; § 80 Abs. 1 InsO.

Es ist zwischen den Parteien auch unstreitig, dass die Beklagte zu 1. und die 48 Insolvenzschriftnerin einen Vertrag über Bauleistungen der Insolvenzschriftnerin im Gewerk Brückenbau geschlossen haben. In der Sache liegt unproblematisch ein Werkvertrag im Sinne des § 631 Abs. 1 BGB vor. Die Beklagten sind auch dem Vortrag des Klägers, dass die Parteien die VOB/B in den Vertrag mit einbezogen haben, nicht entgegengetreten. Eine entsprechende Vereinbarung ist dahingehend auszulegen, dass die zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses geltende VOB/B einbezogen worden ist. Dies war die VOB/B in der Fassung vom 31.07.2009, die am 15.10.2009 im Bundesanzeiger veröffentlicht worden ist. Bedenken gegen die Wirksamkeit der Einbeziehung bestehen nicht. Insbesondere genügte bereits eine schlichte Bezugnahme für eine wirksame Einbeziehung, da die Gesellschafter der Beklagten zu 1. auf dem Bausektor gewerblich tätige Unternehmen waren. Zwar werden allgemeine Geschäftsbedingungen - und als solche sind die VOB anzusehen - nach § 305 Abs. 2 und 3 BGB - abgesehen von weiteren Voraussetzungen - nur dann Vertragsinhalt, wenn der Verwender der anderen Vertragspartei die Möglichkeit verschafft, in zumutbarer Weise von ihrem Inhalt Kenntnis zu nehmen. Bei einem auf dem Bausektor gewerblich tätigen Unternehmer kann aber angenommen werden, dass er die VOB/B kennt; in diesem Fall genügt die bloße Bezugnahme. (Werner in: Werner/Pastor, Der Bauprozess, 15. Auflage, Rn. 1242, 1247)

Die Beklagten zu 2. und 3. haften als Gesellschafter der Beklagten zu 1., einer Gesellschaft 49 bürgerlichen Rechts, analog § 128 HGB für deren Verbindlichkeiten akzessorisch, persönlich, primär und unbeschränkt (vgl. BGH, MDR 2011, S. 1187 ff. Rn. 34).

2.	50
Der isolierten Geltendmachung eines Vergütungsanspruchs der Insolvenzschuldnerin gegen die Beklagte zu 1. aus § 631 Abs. 1 BGB in Verbindung mit den Regelungen der VOB/B 2009 steht eine sogenannte Durchsetzungssperre nicht entgegen.	51
a)	52
Eine solche Durchsetzungssperre bewirkt, dass einzelne auf dem Gesellschaftsverhältnis beruhende Ansprüche der Gesellschafter gegen die Gesellschaft oder gegen Mitgesellschafter nicht mehr selbstständig geltend gemacht werden können, sondern als unselbstständige Rechnungsposten in die Auseinandersetzungsrechnung einzustellen sind. Eine Durchsetzungssperre soll die Gefahr von Hin- und Herzahlungen während des Auseinandersetzungsverfahrens verhindern. Sie findet uneingeschränkt auch Geltung beim einseitigen Ausscheiden eines Gesellschafters. Maßgeblich für die Sperrwirkung ist stets, dass der fragliche Anspruch auf dem Gesellschaftsverhältnis beruht. Ist das anspruchsbegründende Rechtsverhältnis ein anderes als die Gesellschaft, kann der Anspruch als Drittgläubigerforderung außerhalb der Liquidation geltend gemacht werden. (vgl. BGH, NJW-RR 2006, S. 1268; Kilian in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 4. Auflage, BGB § 730 Rn. 13)	53
Eine entsprechende Regelung haben die Gesellschafter der Beklagten zu 1. zwar für den Fall des Ausscheidens eines Gesellschafters in § 24.2 des Dach-Arbeitsgemeinschaftsvertrags getroffen. Danach ist in diesem Fall durch den oder die verbleibenden Gesellschafter zur Ermittlung des Ausscheidungsguthabens eine Auseinandersetzungsbilanz zum Stichtag des Ausscheidens zu erstellen. Hiervon wird indes die streitige Werklohnforderung der Insolvenzschuldnerin nicht erfasst.	54
Eigenart der Dach-Arbeitsgemeinschaft ist es, dass ihre Gesellschafter die gesellschaftsrechtlichen Beitrags- und Leistungspflichten durch selbständige und eigenverantwortliche Bauleistungen im Rahmen der jeweiligen Einzellose erbringen. Hierzu werden für die jeweiligen Einzellose auf gesellschaftsvertraglicher Grundlage beruhende gesonderte Nachunternehmerverhältnisse zwischen der Dach-Arbeitsgemeinschaft und den Einzellosen beziehungsweise den diese ausführenden Gesellschafter begründet. Durch die Vertragsstruktur der gesonderten Nachunternehmer-Vertragsverhältnisse wird die Leistungserbringung zur Bauleistung aus dem Innenverhältnis der Arbeitsgemeinschaft herausgelöst und in ein zusätzliches Außenverhältnis zwischen der Arbeitsgemeinschaft und dem einzelnen Gesellschafter übergeleitet. Der einzelne Gesellschafter erbringt in Bezug auf das von ihm übernommene Einzellos keine gesellschaftsvertragliche Beitragsleistung „für“ die Gesellschaft, sondern er steht dieser als Dritter gegenüber, der in dieser Eigenschaft werkvertragliche Leistungen „an“ die Gesellschaft erbringt. Der einzelne Gesellschafter erhält so eine Doppelfunktion: Einerseits ist er – gesamthänderisch und gesamtschuldnerisch – gebundener Gesellschafter der Dach-Arbeitsgemeinschaft, andererseits wird er durch den abgeschlossenen Nachunternehmervertrag werkvertraglicher Auftragsnehmer. Allerdings beruhen die Nachunternehmerverträge auf gesellschaftsrechtlicher Grundlage, wie sich aus § 2.3 Abs. 3 und § 25.2 des Dach-Arbeitsgemeinschaft-Vertrages ergibt. Damit unterscheiden sich diese Verträge von Nachunternehmerverträgen, die die Dach-Arbeitsgemeinschaft mit Dritten abschließt (Burchardt in: Burchardt/Pflüb, ARGE-Kommentar, 4. Auflage, § 25 Dach-ARGE-Vertrag Rn. 2)	55
Damit ist indes die Frage nicht beantwortet, ob es sich bei der Werklohnforderung der Insolvenzschuldnerin um einen bloßen Abrechnungsposten im Rahmen der	56

Auseinandersetzungsbilanz handelt oder um einen hiervon unabhängigen, selbständigen Anspruch. Hierfür gibt auch die Entscheidung des Kammergerichts vom 17.12.2014 (vgl. BauR 2005, S. 410 ff.) nichts her. In dieser ging es allein um die Frage, ob § 648a BGB auf das Verhältnis der Dach-Arbeitsgemeinschaft zu ihrem Gesellschafter-Nachunternehmer Anwendung findet. Auch das Urteil des 27. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm vom 11.05.2000 (vgl. NZBau 2001, S. 28 ff.) behandelt den hier zu entscheidenden Fall nicht.

Das Landgericht hat sich im angefochtenen Urteil eingehend damit auseinandergesetzt, ob von einer rechtlichen Selbständigkeit der Werklohnforderung auszugehen sei. Dabei hat es maßgeblich auf die Einschränkungen des Abtretungsrechtes gemäß § 25.134 in Verbindung mit § 20.2 des Dach-Arbeitsgemeinschaftsvertrags, die Regelung zur Verteilung eingehender Zahlungen in § 25.219 in Verbindung mit § 11.2 des Dach-Arbeitsgemeinschaftsvertrags sowie § 25.215 des Dach-Arbeitsgemeinschaftsvertrags abgestellt. Zwar ist dem Landgericht zuzugeben, dass es sich um Regelungen handelt, die Vertragswerken mit außenstehenden Drittunternehmern in der Regel fremd sein dürften und die zumindest teilweise der Aufrechterhaltung der Liquidität der Beklagten zu 1. dienen sollten. Diese Regelungen stellen zwar gesellschaftsvertragliche Beschränkungen dar, sie sagen indes wenig über die rechtliche Qualität der Werklohnforderung eines Gesellschafter-Nachunternehmers aus, insbesondere darüber, ob die Werklohnforderung zu einem reinen Abrechnungsposten in einer Auseinandersetzungsbilanz werden sollte.

Dass letzteres gerade nicht der Fall ist, ergibt sich aus § 11.2 des Dach-Arbeitsgemeinschaftsvertrags. Danach waren die verfügbaren Gelder nach der Rückerstattung von Auslagen eines Gesellschafters für die Dach-Arbeitsgemeinschaft (§ 11.21) für die Deckung der laufenden Ausgaben zu verwenden (§ 11.22), zu denen insbesondere die Zahlung der Nachunternehmer-Rechnungen der Lose gemäß § 25.2 des Dach-Arbeitsgemeinschaftsvertrags gehören sollte. Damit hatte die Bezahlung der Nachunternehmergesellschafts-Rechnungen anders als in dem vom Bundesgerichtshof am 14.12.2006 entschiedenen Fall nicht im Rahmen der Kontenangleichung zu erfolgen (vgl. BGH, NJW 2007, S. 1067 ff. Rn. 11). Vielmehr sollten diese Rechnungen wie die anderen Aufwendungen der Dach-Arbeitsgemeinschaft beglichen werden. Damit kam eine Einbeziehung in die Verrechnungskonten der Gesellschafter weder in der Buchhaltung noch in der Auseinandersetzungsbilanz in Betracht (vgl. Burchard/Pflüb, ARGE-Kommentar, 4. Auflage, § 24 Rn. 103 e).

b)

Jedenfalls wäre die Leistungsklage des Klägers dahingehend auszulegen, dass dieser - als Minus zur Leistung - zumindest begehrt, die Berechtigung des Werklohnanspruchs mit bindender Wirkung festzustellen. Eine Leistungsklage kann in eine Feststellungsklage umgedeutet werden, soweit der Kläger dem nicht ausdrücklich oder konkludent entgegen tritt. Diesem Feststellungsbegehren stände eine sich aus § 24.2 des Dach-Arbeitsgemeinschaftsvertrags ergebende Durchsetzungssperre nicht entgegen. Eine Durchsetzungssperre hindert prozessual nicht, die Berechtigung eines Anspruchs außerhalb der Auseinandersetzung im Wege der Feststellungsklage mit bindender Wirkung zu klären (vgl. Kilian in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 4. Auflage, BGB § 730 Rn. 16, mit weiteren Nachweisen).

3.

Eine Werklohnforderung der Insolvenzschildnerin wäre fällig und durchsetzbar.

a)

Die Fälligkeit richtet sich grundsätzlich nach § 16 Abs. 3 Nr. 1 VOB/B 2009. Danach wird der Anspruch auf Schlusszahlung alsbald nach Prüfung und Feststellung der vom Auftragnehmer vorgelegten Schlussrechnung fällig, spätestens innerhalb von zwei Monaten nach Zugang. Auch wenn die Abnahme in § 16 Abs. 3 VOB/B 2009 nicht ausdrücklich erwähnt wird, ist sie für den Bereich des VOB/Vertrages – nach der Maßgabe des § 12 VOB/B 2009 - weitere Voraussetzung für die Fälligkeit der Schlusszahlung. § 16 Abs. 3 Nr. 1 VOB/B 2009 stellt eine Ergänzung der gesetzlichen Fälligkeitsregelung des § 641 Abs. 1 BGB dar (vgl. Locher in: Ingenstau/Korbion, VOB Teil A und B, § 16 VOB/B Rn. 14). 64

Auf eine Abnahme im Verhältnis der Parteien kam es indes nicht mehr an, nachdem unstreitig am 11.12.2012 eine Abnahme im Verhältnis der Beklagten zu 1. zum Bauherrn stattgefunden hat; § 641 Abs. 2 Nr. 2 BGB. Eine prüffähige Schlussrechnung hat die Klägerin unter dem 24.07.2013 erstellt. Diese ist der Beklagten zu 1. nach dem unwidersprochen gebliebenen Vortrag des Klägers noch am gleichen Tag zugegangen. 65

Etwas anderes folgt nicht aus § 25.215 des Dach-Arbeitsgemeinschaftsvertrags. Danach kann das Einzellos für seinen Leistungsteil erst dann gemäß § 25.214 seine Schlussrechnung bei der Dach-ARGE einreichen, wenn im Verhältnis zwischen der Dach-ARGE und dem Auftraggeber die Schlussrechnungsreife eingetreten ist. Es kann dahinstehen, ob diese Regelung - wie der Kläger meint - lediglich im laufenden Arbeitsverhältnis Anwendung finden sollte, da jedenfalls die Voraussetzungen für eine Rechnungsstellung der Insolvenzschuldnerin auch nach den Vorgaben des § 25.214 vorlagen. Voraussetzung war allein eine Schlussrechnungsreife im Verhältnis zwischen der Beklagten zu 1. und dem Bauherrn. Hiermit wird der Zeitpunkt bezeichnet, ab dem der Auftragnehmer keine Abschlagszahlungen mehr geltend machen kann, es für einen Anspruch auf eine Abschlagszahlung keinen sinnvollen, aber auch keinen notwendigen Raum mehr gibt. Der Bundesgerichtshof hat dies zunächst für den Fall der Abnahme und Erteilung der Schlussrechnung bestätigt. Nichts anderes kann aber gelten, wenn die Abnahme erfolgt, die Leistung des Auftragnehmers fertiggestellt und die Frist abgelaufen ist, binnen derer der Auftragnehmer gemäß § 14 Abs. 3 VOB/B 2009 die Schlussrechnung einzureichen hat (Werner in: Werner/Pastor, Der Bauprozess, 15. Auflage, Rn. 1607). 66

Vorliegend hat der Landesbetrieb Straßen NRW die Leistungen der Beklagten zu 1. im Dezember 2012 abgenommen und die Beklagte zu 1. hat unter dem 17.10.2013 ihre Schlussrechnung gelegt. Dass der Landesbetrieb Straßen NRW die Schlussrechnung der Beklagten zu 1. als Abschlagsrechnung behandelt und entsprechend korrigiert hat, ändert hieran nichts. Zudem ist auch die Abnahme erfolgt, die Leistung fertiggestellt sowie die Frist gemäß § 14 Abs. 3 VOB/B 2009 seit langem abgelaufen. Danach muss bei Leistungen mit einer vertraglichen Ausführungsfrist von drei Monaten die Schlussrechnung spätestens zwölf Werktage nach Fertigstellung eingereicht werden, wenn nichts anderes vereinbart ist; diese Frist verlängert sich um je sechs Werktage für weitere drei Monate Ausführungsfrist. Zwar sind die genauen Ausführungsfristen mangels Vorlage der vertraglichen Vereinbarungen zwischen der Beklagten zu 1. und dem Landesbetrieb Straßen NRW nicht bekannt. Im Hinblick auf den Abschluss des Dach-Arbeitsgemeinschaftsvertrags im Oktober 2010 und der Abnahme im Dezember 2012 ist indes maximal von einer Ausführungsfrist von 26 Monaten zu rechnen. Damit betrug die Frist des § 14 Abs. 3 VOB/B 2009 maximal sechzig Werktage. Vor diesem Hintergrund ist nachvollziehbar, dass die Beklagte zu 1. und der Landesbetrieb Straßen NRW den Termin für das Einreichen der prüfbaren Schlussrechnung gemäß § 14 Abs. 3 VOB/B im Abnahmeprotokoll auf Mitte 2013 terminiert haben. 67

b)	68
Der Durchsetzbarkeit der Forderung steht die von den Beklagten bereits erstinstanzlich erhobene Einrede der Verjährung nicht entgegen.	69
aa)	70
Auf die streitgegenständlichen Werklohnansprüche findet die regelmäßige Verjährungsfrist von drei Jahren gemäß § 195 BGB Anwendung, die nach § 199 Abs. 1 BGB, soweit nicht ein anderer Verjährungsbeginn bestimmt ist, mit dem Schluss des Jahres beginnt, in dem der Anspruch entstanden ist und der Gläubiger, hier also die Insolvenzschuldnerin, von den den Anspruch begründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt oder ohne grobe Fahrlässigkeit hätte erlangen müssen. Entstanden ist ein Anspruch im Sinne des § 199 BGB, sobald er mit der Klage geltend gemacht werden kann. Die geltend gemachte Werklohnforderung ist damit frühestens mit der Rechnungsstellung im Jahr 2013 fällig geworden, sodass ein Verjährungsbeginn vor dem 31.12.2013 nicht angenommen werden kann. Damit wäre die Verjährungsfrist ungehemmt frühestens am 31.12.2016 abgelaufen.	71
bb)	72
Aufgrund der Zustellung der Mahnbescheide an die Beklagten war die Verjährung indes ab dem 30.12.2016 gemäß § 204 Abs. 1 Nr. 3 BGB gehemmt. Zwar erfolgte die Zustellung der vom Kläger über die streitgegenständliche Forderung beantragten Mahnbescheide an die Beklagte zu 3. am 12.01.2017, an die Beklagte zu 1. am 13.01.2017 und an die Beklagte zu 2. am 16.01.2017. Allerdings wirkte die Zustellung und damit die Hemmungswirkung des § 204 Abs. 1 Nr. 3 BGB auf den Eingang des Antrags am 30.12.2016 zurück, da die Zustellung „demnächst“ im Sinne des § 167 ZPO erfolgte. Ob eine Zustellung „demnächst“ erfolgt ist, hängt nicht von einer rein zeitlichen Betrachtungsweise ab; vielmehr ist die Partei vor Nachteilen durch Verzögerungen zu bewahren, die ihre Ursache im gerichtlichen Geschäftsbetrieb haben und daher nicht beeinflusst werden können. Es gibt nach Ansicht des Bundesgerichtshofs folglich keine absolute zeitliche Grenze, nach deren Überschreiten eine Zustellung nicht mehr als „demnächst“ anzusehen wäre. Es ist vielmehr darauf abzustellen, ob die Partei alles Zumutbare für die alsbaldige Zustellung getan hat und der Rückwirkung schutzwürdige Belange des Zustellungsadressaten nicht entgegenstehen. Beruht die Verzögerung hingegen auf einem Verhalten des Zustellungsveranlassers oder seines Prozessbevollmächtigten, bleiben nur geringfügige Verzögerungen außer Betracht. „Geringfügig“ sind dabei jedenfalls Verzögerungen bis zu 14 Tagen. (Häublein in: Münchener Kommentar zur ZPO, 5. Auflage, § 167 Rn. 9 f.)	73
Vorliegend ergeben sich keine von dem Kläger zu vertretende Umstände, die nicht lediglich geringfügig sind. Zwar gab es bei der Bearbeitung des Antrags beim Amtsgericht Hagen ausweislich des Aktenausdrucks offensichtlich Probleme mit der Bezeichnung der Beklagten zu 1. Diese waren indes bereits am 10.01.2017 behoben, da an diesem Tag der Mahnbescheid erlassen worden ist. Soweit dem Kläger diese Verzögerung überhaupt zuzurechnen wäre, ergäbe sich mit acht Tagen lediglich eine geringfügige Verzögerung.	74
cc)	75
Die Hemmungswirkung aufgrund der Zustellung des Mahnantrages endete am 28.01.2018. Gemäß § 204 Abs. 2 BGB endet die Hemmung sechs Monate nach der rechtskräftigen Entscheidung oder anderweitigen Erledigung des eingeleiteten Verfahrens. Gerät das Verfahren dadurch in Stillstand, dass die Parteien es nicht betreiben, tritt an die Stelle der	76

Beendigung des Verfahrens die letzte Verfahrenshandlung der Parteien, des Gerichts oder der sonst mit dem Verfahren befassten Stelle. Vorliegend endete das Mahnverfahren durch die am 28.07.2017 (Eingang beim Landgericht Bochum) erfolgte Abgabe an das Landgericht gemäß § 696 Abs. 1 ZPO. Zwar war das Mahnverfahren bereits zuvor in Stillstand geraten, da der Kläger nach dem Widerspruch der Beklagten und der entsprechenden Nachricht des Mahngerichts zunächst den Antrag auf Durchführung des streitigen Verfahrens nicht gestellt und den erforderlichen Kostenvorschuss nicht eingezahlt hatte. Die letzte Verfahrenshandlung war zu diesem Zeitpunkt die Nachricht des Amtsgerichts Hagen vom Eingang des Widerspruchs, die am 18.01.2017 an die Beklagten zu 1. und 2. sowie am 20.01.2017 an die Beklagte zu 3. abgesandt worden ist. Maßgeblich ist dabei nicht der Zeitpunkt der Absendung, sondern des Zugangs beim Kläger. Insoweit hat der Kläger bereits erstinstanzlich unwidersprochen vorgetragen, dass die Nachricht vom Widerspruch erst am 20.01.2017 zugegangen ist.

Die Hemmung hat indes gemäß § 204 Abs. 2 Satz 2 BGB vor Ablauf der Sechs-Monats-Frist am 20.07.2017 (§ 187 Abs. 1 BGB) neu begonnen, da der Kläger das Mahnverfahren weiter betrieben hat. Dazu genügte jede Prozesshandlung, die bestimmt und geeignet ist, das Verfahren wieder in Gang zu setzen, auch wenn die Handlung im Ergebnis erfolglos bleibt. Vorliegend hat der Kläger mit Schriftsatz vom 17.07.2017, der noch am selben Tag per Telefax beim Amtsgericht Hagen eingegangen ist, einen Antrag auf Durchführung des streitigen Verfahrens an das Landgericht Bochum gestellt und am 19.07.2017 die Kosten für die Durchführung des streitigen Verfahrens eingezahlt. 77

dd) 78

Durch den Eingang der Akten beim Landgericht und die dadurch eingetretene Rechtshängigkeit ist die Verjährung weiter gemäß § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB gehemmt worden (vgl. BGH, NJW-RR 2004, S. 1210, 1212; Grote in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Auflage, § 204 Rn. 90 ff.; Hernich in: Bamberger/Roth/Hau/Posack, Beck'scher Online-Kommentar BGB, 49. Edition, § 204 Rn. 66; Schmidt-Räntsch in: Ermann, BGB, 15. Auflage, § 204 Rn. 42). Diese Hemmung dauert fort. Zwar ist das Klageverfahren in Stillstand geraten, nachdem der Kläger auf die Aufforderung zur Begründung des im Mahnverfahren gestellten Anspruchs durch das Landgericht vom 01.08.2017 zunächst nicht reagiert hat. Da indes auf den Zugang dieser Aufforderung am 03.08.2017 abzustellen ist, wurde die Hemmungswirkung durch die am 02.02.2018 eingegangene Anspruchsbegründung rechtzeitig neu begründet; § 204 Abs. 2 Satz 2 BGB. 79

3. 80

Die Einwendungen der Beklagten zur Höhe der Werklohnforderung sowie eventuelle Gegenrechte der Beklagten sind wegen der Unzulässigkeit der Klage nicht weiter zu prüfen. 81

C. 82

Die Kostenentscheidung ergibt sich aus § 97 Abs. 1 ZPO. Der Kläger hat die Berufung ohne Erfolg eingelegt, weil auch nach dem Ergebnis des Berufungsrechtszuges die Klage in vollem Umfang abgewiesen worden ist. Der in der Klageabweisung „nur“ als unzulässig liegende, wirtschaftliche Erfolg ist für eine Kostenentlastung des Klägers nicht ausreichend. Für die einheitlich zu treffende Kostenentscheidung kommt es auf die Gründe für das letztliche Unterliegen nicht an. 83

Der Ausspruch zur vorläufigen Vollstreckbarkeit folgt aus § 708 Nr. 10, § 711 ZPO. 84

Die Revision ist nicht zuzulassen. Der Rechtssache kommt weder eine grundsätzliche Bedeutung zu, noch ist eine Entscheidung des Revisionsgerichts wegen der Fortbildung des Rechts oder der Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erforderlich, § 543 Abs. 2 ZPO.