

**Zusatzqualifikation Baurecht
ARGE, Dach-ARGE und Konsortium
– Fälle mit Lösungshinweisen –**

I. ARGE und Konsortium im System der Unternehmereinsatzformen

Fall 1 (nach OLG Brandenburg, NJW 2012, 2124)

Der Bauherr AG schließt einen Bauvertrag mit der ARGE A & B, in der sich die A GmbH und die B GmbH zusammengeschlossen haben. Die ARGE A & B kauft von der C GmbH Betonfertigteile für einen Abwasserkanal. Diese Fertigteile werden an die Baustelle geliefert, wo sie zunächst unbeachtet vier Wochen lagern. Kann die ARGE Nacherfüllung verlangen, wenn sich später herausstellt, dass die Fertigteile mangelhaft waren?

Einschlägige Vorschriften:

§ 343 HGB [Begriff der Handelsgeschäfte]

- (1) Handelsgeschäfte sind alle Geschäfte eines Kaufmanns, die zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehören.
- (2) [aufgehoben]

§ 344 HGB [Vermutung für das Handelsgeschäft]

- (1) Die von einem Kaufmanne vorgenommenen Rechtsgeschäfte gelten im Zweifel als zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehörig.
- (2) Die von einem Kaufmanne gezeichneten Schuldscheine gelten als im Betriebe seines Handelsgewerbes gezeichnet, sofern nicht aus der Urkunde sich das Gegenteil ergibt.

§ 377 HGB [Untersuchungs- und Rügepflicht]

- (1) Ist der Kauf für beide Teile ein Handelsgeschäft, so hat der Käufer die Ware unverzüglich nach der Ablieferung durch den Verkäufer, soweit dies nach ordnungsmäßigem Geschäftsgange tunlich ist, zu untersuchen und, wenn sich ein Mangel zeigt, dem Verkäufer unverzüglich Anzeige zu machen.
- (2) Unterläßt der Käufer die Anzeige, so gilt die Ware als genehmigt, es sei denn, daß es sich um einen Mangel handelt, der bei der Untersuchung nicht erkennbar war.
- (3) Zeigt sich später ein solcher Mangel, so muß die Anzeige unverzüglich nach der Entdeckung gemacht werden; anderenfalls gilt die Ware auch in Ansehung dieses Mangels als genehmigt.
- (4) Zur Erhaltung der Rechte des Käufers genügt die rechtzeitige Absendung der Anzeige.
- (5) Hat der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen, so kann er sich auf diese Vorschriften nicht berufen.

§ 13 GmbHG. Juristische Person; Handelsgesellschaft

- (1) Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung als solche hat selbständig ihre Rechte und Pflichten; sie kann Eigentum und andere dingliche Rechte an Grundstücken erwerben, vor Gericht klagen und verklagt werden.
- (2) Für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft haftet den Gläubigern derselben nur das Gesellschaftsvermögen.
- (3) Die Gesellschaft gilt als Handelsgesellschaft im Sinne des Handelsgesetzbuchs.

Ein Anspruch der ARGE gegen C auf Nacherfüllung nach §§ 437, 439 BGB besteht nicht, wenn die Betonfertigteile nach § 377 Abs. 2 HGB als genehmigt gelten. Dafür muss der Kauf für beide Teile ein Handelsgeschäft gewesen sein (§ 377 Abs. 1 HGB). Handelsgeschäfte sind alle Geschäfte eines Kaufmanns, die zum Betrieb seines Handelsgewerbes gehören (§ 343 HGB). C ist Handelsgesellschaft

(§ 13 Abs. 3 GmbHG) und als solche kraft Rechtsform Kaufmann (§ 6 HGB). Dass der Verkauf von Betonfertigteilen zu ihrem Handelsgewerbe gehört, liegt rein tatsächlich nahe und wird auch von der Vermutung des § 344 Abs. 1 HGB gedeckt. Für ein beiderseitiges Handelsgeschäft müsste der Kauf aber auch zum Handelsgewerbe der ARGE gehören. Dazu muss die ARGE Kaufmann sein. Dies ist der Fall, wenn die ARGE eine offene Handelsgesellschaft ist (§ 6 Abs. 1 HGB). Die ARGE ist eine Gesellschaft, weil sich in ihr A und B vertraglich zusammengeschlossen haben, um einen gemeinsamen Zweck (Ausführung des Bauvorhabens) zu fördern (s. § 705 BGB). Um OHG zu sein, muss sich der Zweck der ARGE auf den Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma richten (§ 105 Abs. 1 HGB). Ein Handelsgewerbe ist jeder Gewerbebetrieb, es sei denn, dass das Unternehmen nach Art oder Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb nicht erfordert (§ 1 Abs. 2 HGB). Der Zweck der ARGE muss also zunächst auf den Betrieb eines Gewerbes gerichtet sein. Gewerbe ist jede erkennbar planmäßige, auf Dauer angelegte, selbstständige, auf Gewinnerzielung ausgerichtete oder jedenfalls wirtschaftliche Tätigkeit am Markt unter Ausschluss freiberuflicher, wissenschaftlicher und künstlerischer Tätigkeit. Problematisch ist dabei allein die Frage, ob das Abarbeiten eines einzigen Bauvorhabens für einen einzigen Auftraggeber bereits auf Dauer angelegt ist. Diese Frage ist sehr umstritten. Die besseren Gründe sprechen dafür, ein Gewerbe anzunehmen (näher Wolff, in: Messerschmidt/Voit, Privates Baurecht, 4. Aufl. 2022, Syst. Teil D Rn. 61 ff.). Folgt man dem, so kommt es darauf an, ob das Unternehmen der ARGE nach Art oder Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb nicht erfordert (§ 1 Abs. 2 HGB). Dazu ist nichts mitgeteilt, allerdings spricht nach der Formulierung des § 1 Abs. 2 HGB eine Vermutung für ein solches Erfordernis (die negative Formulierung verschiebt die Beweislast, weil jede Partei im Prozess das ihr Günstige beweisen muss und nun die fehlende Erforderlichkeit vom demjenigen zu beweisen ist, dem sie günstig ist) und damit für das Vorliegen einer OHG. War die ARGE OHG, musste sie nach § 377 HGB rügen, so dass die unterlassene Rüge zum Verlust ihrer Mängelrechte geführt hat.

II. Organe der ARGE

Fall 2

Die Unternehmen A Hochbau und B Tiefbau haben sich auf der Grundlage des ARGE-Mustervertrags in der A & B ARGE zusammengeschlossen. Sie haben den BL als Bauleiter eingesetzt. Da sich B über BL geärgert hat, möchte er BL bis auf weiteres von der Aufgabe entbinden, mit den örtlichen Organen des Auftraggebers über Fragen örtlichen Charakters zu verhandeln. Ist das möglich?

B kann eine Entscheidung der Aufsichtsstelle über diese Frage herbeiführen. Die Aufsichtsstelle entscheidet nach § 6.41 Abs. 1 ARGE-Mustervertrag in allen Fragen, die sie selbst ihrer Beschlussfassung unterwirft oder die ihr ein Gesellschafter zur Entscheidung vorlegt. Ob ein wichtiger Grund im Sinne des § 6.8 Abs. 2 ARGE-Mustervertrag vorliegt, ist ohne Bedeutung, solange sich alle Gesellschafter einig sind (§ 6.8 Abs. 2 ARGE-Mustervertrag regelt die Abberufung gegen den Willen des betroffenen Gesellschafters).

Fall 3

Die Unternehmen A Hochbau GmbH und B Tiefbau GmbH haben sich auf der Grundlage des ARGE-Mustervertrags in der A & B ARGE zusammengeschlossen. Für die Aufsichtsstelle hat A den VA und B den VB im ARGE-Vertrag benannt. GA, die Geschäftsführerin der A, und GB, der Geschäftsführer der B, treffen sich beim sonntäglichen Golfspielen und kommen ins Gespräch über ihre ARGE und ihren Bauleiter BL. Weil sie mit seiner Leistung unzufrieden sind, kommen sie überein, ihn unmittelbar von seinen Aufgaben zu entbinden. BL fragt, ob das einfach so geht.

Die Übereinkunft kann als Beschluss der Aufsichtsstelle der ARGE die Abberufung des BL bewirkt haben. Die Aufsichtsstelle ist nach § 6.41 Abs. 1 ARGE-Mustervertrag allumfassend zuständig. A und B müssen aber auch wirksam in der Aufsichtsstelle vertreten gewesen sein. GA und GB waren nicht nach § 6.2 ARGE-Mustervertrag „für die Aufsichtsstelle benannt“. Nach § 6.3 Satz 1 ARGE-Mustervertrag können in Ausnahmefällen aber auch andere als die genannten Personen die Gesellschafter in der Aufsichtsstelle vertreten. Dies war hier mit den Geschäftsführern von A und B,

die ihre Gesellschaften gesetzlich vertreten, der Fall. Die Aufsichtsstelle muss außerdem beschlussfähig gewesen sein. Die Aufsichtsstelle ist beschlussfähig, wenn alle Gesellschafter rechtzeitig unter Angabe der Tagesordnung eingeladen wurden und vertreten sind (§ 6.42 Abs. 1 ARGE-Mustervertrag). An einer solchen Einladung fehlt es. Allerdings können die Gesellschafter einvernehmlich (auch stillschweigend) auf die Einladung verzichten (Analogie zu § 51 Abs. 3 GmbHG). Das war hier der Fall, so dass GA und GB einen Aufsichtsstellenbeschluss herbeiführen konnten.

Alternativ kann die Übereinkunft von GA und GB auch als Änderung des Gesellschaftsvertrags durch (sämtliche) Gesellschafter verstanden werden. Eine solche einvernehmliche Änderung ist jederzeit formlos möglich. Die Grenzen zwischen einem Beschluss der Aufsichtsstelle als allzuständigem obersten Organ, in dem alle Gesellschafter vertreten sind und einstimmig abstimmen, und einer Änderung des Gesellschaftsvertrags durch alle Gesellschafter sind fließend.

Fall 4

Die Unternehmen A Hochbau, B Tiefbau und C Trockenarbeiten haben sich auf der Grundlage des ARGE-Mustervertrags in der ABC ARGE zusammengeschlossen. A hält BL als Bauleiter für eine Fehlbesetzung. B, der die technische Geschäftsführung und den Bauleiter stellt, ist mit BL dagegen ganz glücklich und sieht deshalb auch gar keinen Anlass, dem Drängen des A, eine Aufsichtsstellensitzung einzuberufen, nachzugeben. Was kann A tun? Wer müsste bei einer Beschlussfassung für die Abberufung des BL stimmen, damit dieser sein Amt verliert?

Nach dem ARGE-Mustervertrag ist allein die technische Geschäftsführung befugt, die Aufsichtsstelle einzuberufen (§ 6.5 Abs. 1 Satz 2 ARGE-Mustervertrag). Beantragt ein Gesellschafter eine Sitzung der Aufsichtsstelle, so muss die technische Geschäftsführung eine Einberufung aussprechen (§ 6.5 Abs. 2 ARGE-Mustervertrag). Nur ausnahmsweise, wenn B pflichtwidrig die Einberufung unterlässt und gleichzeitig rasches Handeln im Interesse der ARGE geboten ist, kann jeder Gesellschafter (also auch A) die Einberufung der Aufsichtsstelle im Rahmen seines Rechts zur Notgeschäftsführung entsprechend § 744 Abs. 2 BGB vornehmen.

In der Aufsichtsstellensitzung bedürften Beschlüsse der Einstimmigkeit (§ 6.6 Abs. 1 ARGE-Mustervertrag). Für die Entziehung von Organbefugnissen sieht § 6.8 Abs. 2 ARGE-Mustervertrag allerdings einen Stimmrechtsausschluss des betroffenen Gesellschafters vor, so dass hier nur A und C für die Abberufung des BL stimmen müssen. Unabhängig von seinem Stimmrechtsausschluss hat B ein Teilnahme- und Rederecht in der Aufsichtsstellensitzung.

Fall 5

Die Unternehmen A Hochbau, B Tiefbau und C Trockenarbeiten haben sich auf der Grundlage des ARGE-Mustervertrags in der ABC ARGE zusammengeschlossen. A hat die technische, B die kaufmännische Geschäftsführung übernommen. Eines Tages kommt B zu Ohren, dass A wegen fahrlässiger Tötung zu einer Freiheitsstrafe auf Bewährung verurteilt worden ist, weil er auf einer anderen Baustelle eine Baugrube unzureichend abgesichert hatte. B findet, dass A als technischer Geschäftsführer nicht mehr tragbar ist. Was muss er tun?

B kann als technische Geschäftsführung aus wichtigem Grund durch Beschluss der Aufsichtsstelle abberufen werden, wobei der betroffene Gesellschafter nicht mitstimmen darf (§ 6.8 Abs. 2 ARGE-Mustervertrag). Dafür bedarf es aber eines wichtigen Grundes, wofür § 712 Abs. 1 Hs. 2 BGB und § 117 Hs. 2 HGB beispielhaft grobe Pflichtverletzung und Unfähigkeit zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung nennen. Ein wichtiger Grund setzt voraus, dass es den Mitgesellschaftern unzumutbar ist, die technische Geschäftsführung in ihrem Amt zu belassen. Gegen eine solche Unzumutbarkeit spricht, dass die Verfehlung des B nicht die Tätigkeit der ABC ARGE betroffen hat. Dafür spricht, dass es sich um eine erhebliche Pflichtverletzung handelt, die der gewerblichen Tätigkeit des A (und nicht etwa nur seiner privaten Sphäre) zuzurechnen ist.

III. Rechte und Pflichten der Gesellschafter

Fall 6

Die Unternehmen A Hochbau, B Tiefbau und C Trockenarbeiten haben sich auf der Grundlage des ARGE-Mustervertrags in der ABC ARGE zusammengeschlossen. Auf Anforderung der Aufsichtsstelle hin stellt A Personal. Wen kann A auf Zahlung der Vergütung für abgeordnetes Personal in Anspruch nehmen?

In jedem Fall kann A die ARGE auf Zahlung der Vergütung in Anspruch nehmen. Nach der Sternchenfußnote zu § 4.1 ARGE-Mustervertrag werden die Leistungen der Gesellschafter auf der Grundlage zweiseitiger schuldrechtlicher Verträge erbracht: Gesellschaftsvertraglich schuldet der Gesellschafter den Abschluss des Schuldvertrags, schuldvertraglich die Leistungserbringung. Richtige Anspruchsgrundlage ist daher der zwischen A und der ARGE geschlossene Personalüberlassungsvertrag, dessen Inhalt sich aus § 12.3 ARGE-Mustervertrag ergibt.

A könnte zusätzlich auch B und C auf Zahlung der Vergütung in Anspruch nehmen, und zwar aus dem zwischen A und der ARGE geschlossenen Personalüberlassungsvertrag in Verbindung mit § 128 Satz 1 HGB, der für die Haftung der Gesellschafter der ARGE für Schulden der ARGE entweder unmittelbare (OHG) oder entsprechende (GbR) Anwendung findet. § 128 HGB betrifft ausweislich der Titelüberschrift vor § 123 HGB allerdings nur das „Rechtsverhältnis der Gesellschafter zu Dritten“, nicht aber Ansprüche des Gesellschafters aus der Gesellschafterstellung gegen die Gesellschaft (= Sozialverbindlichkeiten). Einer unmittelbaren Inanspruchnahme der Mitgesellschafter für solche Sozialverbindlichkeiten steht auch das Verbot der Einlagenerhöhung nach § 707 BGB entgegen. Die Verfasser des ARGE-Mustervertrags wollten mit dem zusätzlichen Abschluss von Nachunternehmerverträgen gerade den Zugriff auf die Mitgesellschafter nach oder entsprechend § 128 Satz 1 HGB ermöglichen. Richtigerweise führt dieser konstruktive Umweg aber nicht dazu, dass aus einer Gesellschafterverbindlichkeit eine Drittverbindlichkeit wird (näher Wolff, in: Messerschmidt/Voit, Privates Baurecht, 4. Aufl. 2022, Syst. Teil D Rn. 125 f.). In jedem Fall kann die Vergütung insgesamt nur einmal gefordert werden.

Fall 7

Die Unternehmen A Hochbau, B Tiefbau und C Trockenarbeiten haben sich auf der Grundlage des ARGE-Mustervertrags in der ABC ARGE zusammengeschlossen. Die Aufsichtsstelle fordert von A Personal an, was dieser auch zusagt, aber tatsächlich nicht stellt. Was kann die ARGE gegen A unternehmen?

Neben den allgemeinen Erfüllungs- und Schadensersatzansprüchen (§ 4.4 ARGE-Mustervertrag) stehen der ARGE grundsätzlich folgende Wege offen:

- *verschuldensunabhängige Ausgleichszahlungen nach § 4.2 ARGE-Mustervertrag (das gilt freilich nur, wenn der Gesellschafter mit der Pflicht zur Zahlung oder zum Stellen von Bürgschaften säumig ist, während A vorliegend Personal stellen muss)*
- *Änderung des Beteiligungsverhältnisses (§ 4.3 ARGE-Mustervertrag)*
- *Ausschluss des Gesellschafters (§ 23.31 ARGE-Mustervertrag)*

IV. Vertretung der ARGE

Fall 8

Die Unternehmen A Hochbau, B Tiefbau und C Trockenarbeiten haben sich auf der Grundlage des ARGE-Mustervertrags in der ABC ARGE zusammengeschlossen. A hat die technische, B die kaufmännische Geschäftsführung übernommen. A nimmt bei einer Bank einen Kredit für die ARGE auf. Wirksam?

Ein Vertrag zwischen ARGE und Bank ist nur dann zustandegekommen, wenn die auf den Abschluss des Vertrags gerichtete Willenserklärung des A im Namen der ARGE und innerhalb seiner Vertretungsmacht abgegeben wurde (§ 164 Abs. 1 BGB). A hat eine eigene Willenserklärung im Namen der ARGE abgegeben. Als technische Geschäftsführung hatte er allerdings keine Vertretungsmacht in kaufmännischen Angelegenheiten gegenüber Dritten (§ 7.2 Satz 1 Hs. 2 ARGE-Mustervertrag; s. auch § 8.43 ARGE-Mustervertrag). Wenn die ARGE GbR ist, bleibt es bei diesem Ergebnis (kein Vertragsschluss). Ist die ARGE dagegen OHG, so ist die Vertretungsmacht der vertretungsberechtigten Gesellschafter – also auch der technischen Geschäftsführung – gegenüber Dritten nicht beschränkbar (§ 126 Abs. 2 HGB). Nach § 126 Abs. 2 HGB gilt dies insbesondere für die Beschränkung, dass sich die Vertretung nur auf gewisse Geschäfte oder Arten von Geschäften erstrecken soll. Ist die ARGE OHG, wirkt die gesellschaftsvertragliche Beschränkung der Vertretungsmacht des A deshalb nicht gegenüber der Bank, so dass der Darlehensvertrag zwischen ARGE und Bank zustandegekommen ist.

Fall 9

Wie Fall 8, aber A hat in der Vergangenheit bereits mehrfach für die ARGE Geschäfte mit der Bank abgeschlossen, ohne dass die übrigen Gesellschafter eingeschritten wären.

Hier liegt in der Duldung des bisherigen Verhaltens des A durch die ARGE eine stillschweigende Bevollmächtigung (sog. Duldungsvollmacht), so dass A unabhängig von der Gesellschaftsrechtsform der ARGE vertretungsberechtigt war und einen wirksamen Darlehensvertrag für die ARGE abschließen konnte.

V. Haftung

Fall 10

Die Unternehmen A Hochbau, B Tiefbau und C Trockenarbeiten haben sich auf der Grundlage des ARGE-Mustervertrags in der ABC ARGE zusammengeschlossen. Haftet die ARGE (a) der Bank auf Rückzahlung eines Kredits, den A als kaufmännische Geschäftsführung dort für die ARGE aufgenommen hat, (b) dem Autofahrer F für einen Schaden, der ihm entstanden ist, weil ihn A auf der Fahrt mit einem Baustellenfahrzeug zur Bank zur Aufnahme dieses Kredits schuldhaft in einen Verkehrsunfall verwickelt hat, (c) dem Bauherrn bzw. (d) dessen Nachbarn, deren Pkw beim Abladen von Betonfertigteilen aus Unachtsamkeit des Arbeiters Z beschädigt wurden?

Die ARGE ist sowohl als GbR als auch als OHG in der Weise rechtlich verselbständigt, dass sie Trägerin von Rechten und Pflichten sein kann. Das folgt für die OHG aus § 124 Abs. 1 HGB, der nach der Rechtsprechung auf die (Außen-)GbR entsprechende Anwendung findet. Da die ARGE als Gesellschaft nicht selbst handeln kann, sind in der Regel Zurechnungsnormen erforderlich, um eine Haftung zu begründen.

Im Fall (a) wirkt die Willenserklärung des A nach § 164 Abs. 1 BGB unmittelbar für und gegen die ARGE, weil er seine Erklärung im Namen der ARGE innerhalb seiner Vertretungsmacht (§ 8.43 ARGE-Mustervertrag) abgegeben hat. Die ARGE haftet daher auf Erfüllung des Darlehensvertrags.

Im Fall (b) muss sich die ARGE die Schädigung durch A zurechnen lassen, weil sie für die Handlungen ihrer Organe entsprechend § 31 BGB einzustehen hat, und zwar unabhängig davon, ob bereits zuvor ein Schuldverhältnis bestand. Die ARGE haftet daher aus Delikt (hier insbesondere § 823 Abs. 1 BGB) auf Schadensersatz.

Im Fall (c) haftet die ARGE aus § 280 Abs. 1 BGB, weil sie sich das Verschulden des Z nach § 278 BGB wie eigenes zurechnen lassen muss. Denn die ARGE ist Schuldnerin der allgemeinen vertraglichen Nebenpflicht, keine Rechte oder Rechtsgüter ihres Vertragspartners zu verletzen. In die Erfüllung dieser Pflicht hat sie Z willentlich einbezogen, indem sie ihn auf die Baustelle entsandt hat (sog. Erfüllungsgehilfe).

Im Fall (d) findet keine Zurechnung nach § 278 BGB statt, weil zwischen der ARGE und dem Nachbarn im Zeitpunkt der Schädigung kein Schuldverhältnis bestand. Die ARGE haftet aber nach § 831 BGB, weil sie den (sozial von ihr abhängigen) Z zu einer Verrichtung bestellt hat (sog. Verrichtungsgehilfe), ohne ihn ordentlich ausgewählt und überwacht zu haben. Dementsprechend kann sich die ARGE auch entlasten, wenn sie nachweist, dass sie Z ordentlich ausgewählt und überwacht hat.

Fall 11 (nach OLG Naumburg, NJW 2015, 255)

Die Auftraggeberin AG hatte die ABC ARGE mit der Errichtung neuer Ufereinfassungen beauftragt. A ist technischer und B kaufmännischer Geschäftsführer der ABC ARGE, die nach dem ARGE-Mustervertrag errichtet ist. Nachdem die Spundwand wegen eines Bauteilversagens an der Unterwand im Juli 2010 abgeschert war, machte AG Schadensersatzansprüche geltend. Bis zum 06.02.2012 verhandelte sie mit C dauernd über den Ersatz des ihr entstandenen Schadens. Nachdem diese Verhandlungen fruchtlos geblieben waren, erhebt AG am 06.09.2012 Klage gegen die ABC ARGE, A, B und C. Wird das Gericht die Beklagten, die sich auf Verjährung berufen, verurteilen? Die Verjährungsfrist für die geltend gemachten Ansprüche beträgt zwei Jahre und beginnt im Juli 2010.

Das Gericht wird die Klage abweisen, soweit sich die Beklagten erfolgreich auf Verjährung berufen. Da die zweijährige Verjährungsfrist im Juli 2010 begann, war sie bei Klageerhebung im September 2012 bereits abgelaufen, wenn sie nicht gehemmt wurde. Die Verjährung kann hier nach § 203 BGB gehemmt gewesen sein, solange Verhandlungen über den Anspruch schwebten.

Die Verjährung des Anspruchs gegen die ARGE wäre lediglich dann nach § 203 BGB gehemmt, wenn Verhandlungen mit der ARGE stattgefunden hätten. Auch bei Verhandlungen wird die ARGE durch ihre Geschäftsführungen vertreten. Hier hat AG allerdings allein mit C verhandelt, der von der Geschäftsführung für die ARGE ausgeschlossen war. Selbst wenn C im Namen der ARGE verhandelt haben sollte (was nicht mitgeteilt ist und auch nicht zwingend ist, weil C durchaus zur Abwehr eigener, über § 128 HGB begründeter Haftung verhandeln kann), können die Wirkungen dieser Verhandlungen mangels Vertretungsmacht daher nicht die ARGE treffen. Der Anspruch gegen die ARGE ist daher verjährt, so dass das Gericht die Klage insoweit abweisen wird.

A und B haften nach (OHG) oder entsprechend (GmbH) § 128 HGB für die Schuld der ARGE. Sie können neben eigenen Einwendungen auch solche erheben, die von der Gesellschaft erhoben werden können (§ 129 Abs. 1 HGB). Hier können sich A und B sowohl darauf berufen, dass der Anspruch gegen die ARGE verjährt ist, als auch darauf, dass der gegen sie gerichtete Anspruch verjährt ist.

Für C tritt diese Unterscheidung noch klarer zu Tage: C selbst hat mit AG verhandelt, so dass in seiner Person die Einrede der Verjährung nicht gegeben ist. Allerdings kann auch C nach § 129 Abs. 1 HGB die Einrede der ARGE, ihr gegenüber sei Verjährung eingetreten, erheben. Deshalb kann sich auch C auf Verjährung berufen, so dass die Klage insgesamt wegen Verjährung abgewiesen werden wird.