

Beck'sche Kurz-Kommentare

Band 60

Privates Baurecht

Kommentar zu §§ 631 ff. BGB
samt systematischen Darstellungen sowie
Kurzkommentierungen zu VOB/B, HOAI
und BauFordSiG

Herausgegeben von

Prof. Dr. Burkhard Messerschmidt

Rechtsanwalt in Bonn/München
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht
Honorarprofessor an der Hochschule Bochum

Prof. Dr. Wolfgang Voit

Philipps-Universität Marburg

4. Auflage 2022



regeln zu lassen. Es handelt sich der Sache nach um eine **Schiedsgutachterabrede**.¹³⁷ Es steht den Parteien frei, ein solches Verfahren anstelle der Befassung staatlicher Gerichte zu wählen. Vorsicht ist geboten, weil der Antrag nach § 18 Abs. 4 VOB/B nicht zu einer Verjährungshemmung führt.¹³⁸

II. Unternehmer

1. Baurechtliche Arbeitsgemeinschaft (ARGE)

Schrifttum: *Adler/May* Inanspruchnahme einer Vertragserfüllungsbürdin durch Mitgesellschafter einer Bau-ARGE – Regressmöglichkeiten bei der ARGE in Form einer GbR und OHG, BauR 2006, 756; *Barner* Die Arbeitsgemeinschaft in der Bauwirtschaft als besonderer gesellschaftsrechtlicher Typus, Diss. iur. Mannheim 1971; *Bärwaldt* in: *Prinz/Hoffmann, Beck'sches Handbuch der Personengesellschaften*, 5. Aufl. 2020, § 19; *Boewer* Die Auswirkungen des Arbeitnehmerüberlassungsverbots auf die Bauwirtschaft, DB 1982, 2033; *Burchardt/Pfülb* ARGE-Kommentar, 4. Aufl. 2006; *Diehr* Sicherheit gemäß § 648a BGB zugunsten des Gesellschafters gegen seine Bau-ARGE, ZfBR 2004, 3; *Feldmann* Die Zukunft der ARGE – Zwischen Handelsgesellschaft und GbR, 2006; *Feldmann* Die Bau-ARGE ist kein Kaufmann, sondern eine GbR!, JbBauR 2007, 241; *Greeve* Arbeitnehmerüberlassung und Durchführung einer Bau-ARGE mit Auslandsbezug auf der Grundlage des Muster-ARGE-Vertrags, NZBau 2001, 525; *Heiermann* Der vergaberechtliche Grundsatz der Unveränderlichkeit der Bietergemeinschaft im Lichte der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zur Rechtsfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts, ZfBR 2007, 759; *Hille* Die Haftung im Innenverhältnis der Dach-ARGE für mangelhafte Leistungen eines Loses, BauR 2014, 443; *Hirsch* Die ARGE im Rechtsstreit: Zur Anwendbarkeit der Regelungen der Prorogation und zur funktionellen Zuständigkeit der Kammern für Handelssachen, JbBauR 2011, 135; *Immenga* Bietergemeinschaften im Kartellrecht – ein Problem potentiellen Wettbewerbs, DB 1984, 385; *Jagenburg/Schröder/Baldringer* Der ARGE-Vertrag, Kommentar, 3. Aufl. 2012; *Jäger/Graef* Bildung von Bietergemeinschaften durch konkurrierende Unternehmen, NZBau 2012, 213; *Joussen* Das Ende der Arge als BGB-Gesellschaft?, BauR 1999, 1063; *Joussen* Die Anerkennung der ARGE als offene Handelsgesellschaft, in: *Festgabe Kraus* 2003, S. 73; *Kiermeier/Hänsel* Ausgewählte Probleme des Bau-ARGE-Vertrags, NJW-Spezial 2013, 236; *Knigge* Die Abstellung von Arbeitnehmern an eine baugewerbliche Arbeitsgemeinschaft, DB 1982 Beil. 4, 1; *Koebler/Schwärzel-Peters* Gesellschaftsrechtliche Ausgestaltung einer Arbeitsgemeinschaft am Beispiel der „Bau-Arbeitsgemeinschaft“, DStR 1996, 1734; *Koenig/Kühling/Ch. Müller* Marktfähigkeit, Arbeitsgemeinschaften und das Kartellverbot, WuW 2005, 126; *Korbion* in: *Ingenstau/Korbion*, VOB Teile A und B, 20. Aufl. 2017, Anhang 2 C III (Rn. 36 ff.); *Kornblum* Rechtsfragen der Bau-ARGE, ZfBR 1992, 9; *Kotte* Die Hauptleistungspflichten des Gesellschafters in der Bau-ARGE – eine Gesellschafts- und Konzernrechtliche Studie der nach dem ARGE-Mustervertrag gestalteten Bau-ARGE unter dem Aspekt des Mitgliederschutzes, 2012; *Krause-Allenstein* Die Bau-ARGE – Haftung, Sicherheiten, Versicherung im Innen- und Außenverhältnis, BauR 2007, 617; *Kunze* Zuständigkeit der Kammer für Handelssachen bei einer nicht eingetragenen BGB-Gesellschaft aus Vollkaufleuten und der negativen Feststellungsklage?, BauR 2005, 473; *Lakkis* Das unerkannte Damoklesschwert über der Baustelle, Teil II: Die Anwendbarkeit der §§ 381 II, 377 HGB auf eine Bau-ARGE und die Besonderheiten einer ordnungsgemäßen Untersuchung am Bau, NZBau 2012, 737; *Langen* Die Dach-ARGE im Spannungsfeld zwischen Gesellschafts- und Bauvertragsrecht, JbBauR 1999, 65; *Lux* Gesellschaftsrechtliche Veränderungen bei Bietern im Vergabeverfahren, NZBau 2012, 680; *Maasch* Die Zulässigkeit von Bietergemeinschaften, ZHR 150 (1986), 657; *Mager/Lotz* Grundsätzliche Unzulässigkeit von Bietergemeinschaften?, NZBau 2014, 328; *Mahnken/Kurtze* Konsortien im Anlagenbau und das ICC Consortium Agreement 2016, NZBau 2017, 187; *Malotki* Ausschluß von Angeboten einer nach Angebotsaufforderung geschlossenen Bietergemeinschaft bei Beschränkter Ausschreibung, BauR 1997, 564; *Mantler/Noreisch* in: *Gummert/Weipert*, Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 1, 5. Aufl. 2019, § 26; *Messerschmidt* in: *Kapellmann/Messerschmidt*, VOB Teile A und B, 7. Aufl. 2020, Anhang VOB/B D (Rn. 118 ff.); *Messerschmidt/Thierau* Die Bau-ARGE, Teil 2, NZBau 2007, 205; *Messerschmidt/Thierau* Konsortium und faktische BGB-Gesellschaft am Bau, NZBau 2007, 679; *Oldigs* in: *Roquette/Schweiger*, Vertragsbuch Privates Baurecht, 3. Aufl. 2020, D II und III; *Ring/Burchardt* in: *Jacob/Ring/Wolf*, Freiberger Handbuch zum Baurecht, 3. Aufl. 2008, § 11; *Scheef* Das Außenkonsortium der Anlagenbauer als OHG? – Konsequenzen aus OLG Dresden (– 2 U 1928/01 –) und KG Berlin (– 29 AR 54/01 –), BauR 2004, 1079; *K. Schmidt* Die Arbeitsgemeinschaft im Baugewerbe: als oHG eintragungspflichtig oder eintragungsfähig?, DB 2003, 703; *L. P. Schmidt* Wider den Ausschlussautomatismus: Kein zwingender Ausschluss einer Bietergemeinschaft bei Insolvenz eines Mitgliedsunternehmens, NZBau 2008, 41; *Schwab* Die Beschäftigung bei einer (Bau-)Arbeitsgemeinschaft, NZA-RR 2008, 169; *Schwarz* Probleme bei einer Bau-ARGE und einer Bauherren-ARGE –

¹³⁷ Kapellmann/Messerschmidt/Merkens VOB/B § 18 Rn. 38.

¹³⁸ Werner/Pastor/Dölle Rn. 2892; Kapellmann/Messerschmidt/Merkens VOB/B § 18 Rn. 38; aA Kniffka BauVertrR/Jansen/von Rintelen § 631 Rn. 919 unter Hinweis auf § § 204 Nr. 8 BGB (aber es handelt sich nicht um ein „vereinbartes“ Begutachtungsverfahren, da nach § 18 Abs. 4 VOB/B eine Begutachtung verlangt werden kann, vgl. BeckOK VOB/B Cramer/Kandel/Preussner/Preussner § 18 Abs. 4 Rn. 11).

Rechtsnatur, Insolvenz eines Gesellschafters und Sicherheit nach § 648a BGB, ZfBR 2007, 636; *Stickler/Fehrenbach* Die Kündigung von Bauverträgen, Bau-, Architekten-, Bauräger-, Baubetreuungs- und ARGE-Verträge, 2. Aufl. 2004; *Thierau/Messerschmidt* Die Bau-ARGE, Teil 1, NZBau 2007, 129; *Thode* Die Vollbeendigung der ARGE und deren Rechtsfolgen, BauR 2007, 610; *Tresselt/Braren* Das Bieterkonsortium im Vergabewettbewerb, NZBau 2018, 392; *Wagner* Bau-Gesellschaftsrecht – Rechtsfolgen nach Vollbeendigung einer ARGE –, ZfBR 2006, 209; *Wagner* Steuerverfahrens- und -prozessrechtliche Rechtsfolgen nach Vollbeendigung einer Bau-ARGE, ZfBR 2006, 627; *Wallau/Kayser/Stephan* Die Dach-Arbeitsgemeinschaft für mittelständische Bauunternehmen, Eine empirische Untersuchung am Beispiel des Erweiterungsbaus des BMWi in Berlin, 1999; *Weitze* Die Arbeitsgemeinschaft in der Bauwirtschaft, 2003; *Wölffing-Hamm* Insolvenz eines ARGE-Partners, BauR 2005, 228; *Wölffing-Hamm/Hochstadt* Sicherungsumfang der Bürgschaften einer Bau-ARGE bei Insolvenz eines Gesellschafters, NZBau 2007, 65; *Zerhusen/Nieberding* Der Muster-ARGE-Vertrag 2005 des Hauptverbandes der deutschen Bauindustrie e. V., BauR 2006, 296.

- 39 **a) Überblick.** Die baurechtliche Arbeitsgemeinschaft (ARGE) ermöglicht es den in ihr zusammengeschlossenen Bauunternehmen, sich durch die Bündelung ihrer Kapazitäten und ihres Know-how zusätzliche Märkte zu erschließen. Die Baupraxis errichtet ARGEN fast durchweg als Personengesellschaften nach einem ausführlichen Mustervertrag. Auffälligste Eigenheit dieses ARGE-Mustervertrags ist, dass die Gesellschafterunternehmen ihre baubezogenen Sachleistungen an die ARGE im Wege eigens abgeschlossener schuldrechtlicher Austauschverträge erbringen.
- 40 **b) Begriff und Bedeutung der ARGE. aa) Begriff und Erscheinungsformen der ARGE.** In einer ARGE schließen sich wenigstens zwei Unternehmen mit dem Ziel zusammen, gemeinsam einen Bauauftrag auszuführen. Nach der Art dieses Zusammenschlusses lassen sich die verschiedenen Erscheinungsformen der ARGE unterscheiden.
- 41 Die **gewöhnliche ARGE** (oder horizontale ARGE) unterscheidet sich von der **Dach-ARGE** (oder vertikalen ARGE) durch die Beiträge, die die Mitgliedsunternehmen als Gesellschafter an die ARGE zu leisten haben. Die Beiträge zur gewöhnlichen ARGE bestehen in Personal, Stoffen und Geräten, mit denen die ARGE als solche tatsächlich die Bauleistung erbringt. Gesellschafter einer gewöhnlichen ARGE sind meist Unternehmen mit gleichartigem Tätigkeitsbereich. Die Dach-ARGE dagegen schließt mit ihren Gesellschaftern Nachunternehmerverträge, in deren Rahmen diese selbständige und eigenverantwortliche Bauleistungen an die ARGE erbringen. Die Rolle der Dach-ARGE beschränkt sich also darauf, die ihr als Beitragsleistung erbrachten (häufig verschiedenartigen) Bauleistungen nach Art eines Generalübernehmers untereinander abzustimmen und gegenüber dem Auftraggeber zu bündeln. Kurz gefasst erbringt die gewöhnliche ARGE ihre Bauverpflichtung, indem sie selbst mit eigener Bauleitung baut, während die Dach-ARGE bauen lässt und lediglich koordiniert. Erbringen mehrere Gesellschafter der Dach-ARGE gemeinsam eine Bauleistung, so bilden sie eine **Los-ARGE**, also eine (gewöhnliche) ARGE innerhalb der Dach-ARGE.¹³⁹ Im Außenverhältnis zum Auftraggeber unterscheiden sich gewöhnliche und Dach-ARGE nicht.
- 42 Ihre typischen Ausprägungen erhalten gewöhnliche und Dach-ARGE durch die vom Hauptverband der Deutschen Bauindustrie eV herausgegebenen **Musterverträge**, die praktisch ausnahmslos Verwendung finden.¹⁴⁰ Aktuell sind der Arbeitsgemeinschaftsvertrag in der Fassung 2016 (Vorfassung: 2005, durchgesehener Nachdruck 2007) und der Dach-Arbeitsgemeinschaftsvertrag ebenfalls in der Fassung 2016 (Vorfassung: 2005, durchgesehener Nachdruck 2007).¹⁴¹ Beide Musterverträge sind im Wesentlichen inhalts- und paragraphengleich. Nur im Arbeitsgemeinschaftsvertrag vorhanden sind §§ 12 (Personal), 13 (Stoffe) und 14 (Geräte), nur im Dach-Arbeitsgemeinschaftsvertrag ist § 25 (Rechtsverhältnis der Dach-ARGE zu den Einzel-Losen/Zusätzliche Vereinbarungen) vorgesehen. Im Übrigen weichen beide Musterverträge in einer Reihe von Einzelregelungen voneinander ab.¹⁴²
- 43 Für gewöhnlich ist eine ARGE auf die Durchführung nur eines Bauvorhabens gerichtet. Besteht sie nach Abschluss dieses Vorhabens fort oder soll sie fortbestehen, spricht man von einer

¹³⁹ Zum Mustervertrag des Zentralverbands des Deutschen Baugewerbes eV (ZDB) Burchardt/Pföhl/Burchardt Dach-ARGE-Vertrag § 25 Rn. 91 ff.

¹⁴⁰ S. nur BGH Urt. v. 29.1.2001 – II ZR 331/00, BGHZ 146, 341 (360) = NJW 2001, 1056 (1061).

¹⁴¹ Bezug über die BWI-Bau GmbH Institut der Bauwirtschaft, <https://www.bwi-bau.de/shop/mustervertraege/> (zuletzt besucht am 1.8.2021); abgedruckt in der Fassung 2005 bei Burchardt/Pföhl, ARGE-Kommentar, S. 1 ff., 57 ff. Zur Entwicklung der Musterverträge Jagenburg/Schröder/Baldringer/Baldringer Rn. 12.

¹⁴² Übersicht bei Burchardt/Pföhl/Burchardt Dach-ARGE-Vertrag § 25 Rn. 12 ff. (zur Fassung 2005, durchgesehener Nachdruck 2007).

Dauer-ARGE (oder fortgesetzten ARGE).¹⁴³ Diese Einordnung ist vor allem für die Gesellschaftsrechtsform der ARGE von Belang (→ Rn. 63).

bb) Abgrenzung. Die ARGE ist von verschiedenen anderen Zusammenschlüssen von Bauunternehmen zu unterscheiden: von der Bietergemeinschaft, die ihr häufig vorgelagert ist (→ Rn. 45 ff.), vom Konsortium, das ihr internationales Gegenstück bildet (→ Rn. 55 f.), und von der Beihilfegemeinschaft als reiner Innengesellschaft (→ Rn. 57).

aaa) Bietergemeinschaft. (1) Begriff. Während die ARGE auf die Ausführung eines Bauauftrags gerichtet ist, erschöpft sich der Zweck der Bietergemeinschaft darin, den Zuschlag für eine öffentliche Ausschreibung zu erhalten.¹⁴⁴ Da in einer solchen Bewerbung kein Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma liegt, ist die Bietergemeinschaft Gesellschaft bürgerlichen Rechts.¹⁴⁵ Sie endet nach § 726 BGB mit dem Erreichen des vereinbarten Zwecks, also mit Erteilung des Zuschlags, oder mit seiner Vereitelung, also mit Zuschlag an einen anderen Bewerber. Einer Kündigung bedarf es in beiden Fällen nicht. War die Bietergemeinschaft erfolgreich, ist eine nachfolgende ARGE selbst dann eine neue Gesellschaft, wenn sie aus den Gesellschaftern der Bietergemeinschaft besteht. Soll die ARGE etwaiges Vermögen der Bietergemeinschaft fortführen, so bedarf es daher gesonderter Übertragungsakte etwa nach §§ 398, 413, 873, 929 BGB.¹⁴⁶ Die Bauunternehmen können sich freilich von vornherein sowohl zur Bewerbung als auch zur Durchführung des Bauvorhabens zusammenschließen (oder den Gesellschaftszweck vor Beendigung der Gesellschaft dahingehend ändern) und so das Bestehen mehrerer Gesellschaften vermeiden. Für Bietergemeinschaften stellt der Hauptverband der Deutschen Bauindustrie eV einen Mustervertrag (Fassung 2016) bereit.¹⁴⁷ Nach § 3.1 dieses Mustervertrags setzt sich die Bietergemeinschaft im Falle der Beauftragung durch den Auftraggeber mit angepasstem Zweck und Inhalt als Arbeitsgemeinschaft fort.

(2) Vergabe- und wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit. Bietergemeinschaften sind aus vergabe- und wettbewerbsrechtlicher Sicht eine zweischneidige Angelegenheit: Einerseits geben solche Gemeinschaften kleinen Unternehmen erst die Möglichkeit, überhaupt am Wettbewerb teilzunehmen¹⁴⁸ bzw. umfangreichere Angebote abzugeben,¹⁴⁹ andererseits kann die gemeinsame Bewerbung mehrerer Unternehmen gegenüber einzelnen Bewerbungen wirksamen Wettbewerb beschränken. Die Schwierigkeit liegt in der Bestimmung der Grenzlinie.

Grundsätzlich sind Bietergemeinschaften zulässig (vgl. § 6 Abs. 2 VOB/A, § 6 EU Abs. 3 Nr. 2 VOB/A). § 16 Abs. 1 Nr. 5 VOB/A schließt vergaberechtlich allerdings Angebote solcher Bieter aus, die in Bezug auf die Ausschreibung eine Abrede getroffen haben, die eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung darstellt. Damit werden jedenfalls die kartellrechtlichen Grundsätze zum Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen nach § 1 GWB in Bezug genommen.¹⁵⁰

Die nach § 1 GWB maßgebliche Wettbewerbsbeschränkung liegt darin, dass die Gesellschafter der Bietergemeinschaft **auf die Abgabe eigener Angebote verzichten**. Dieser Verzicht ist gesellschafts- und vergaberechtlich begründet: Jeder Gesellschafter einer GbR ist kraft seiner gesellschaftsrechtlichen Treupflicht gehalten, alles zu unterlassen, was das Erreichen des gemeinsamen Zwecks gefährden könnte.¹⁵¹ Da die Abgabe eines konkurrierenden Angebots den Zuschlag an die Bietergemeinschaft wenigstens gefährdet, verstößt sie gegen die Treupflicht,

¹⁴³ Kapellmann/Messerschmidt/Messerschmidt Anh. VOB/B Rn. 137.

¹⁴⁴ OLG Jena Beschl. v. 5.12.2001 – 6 Verg 4/01, VergabeR 2002, 256 (258).

¹⁴⁵ OLG Celle Beschl. v. 5.9.2007 – 13 Verg 9/07, NZBau 2007, 663 (664); Heiermann ZfBR 2007, 759 (761).

¹⁴⁶ AA wohl BeckHdB PersGes/Bärwaldt § 21 Rn. 38.

¹⁴⁷ Abgedruckt in der Fassung 2003 bei Burchardt/Pfühl ARGE-Kommentar, S. 90 ff.; Bezugsquelle Fn. 141.

¹⁴⁸ S. BGH Urt. v. 5.2.2002 – KZR 3/01, WuW/E DE-R 876 (878) – Jugend- und Frauennachtfahrten; OLG Celle Beschl. v. 5.9.2007 – 13 Verg 9/07, NZBau 2007, 663 (665); VK Sachsen Beschl. v. 23.5.2014 – 1/SVK/011–14, NZBau 2014, 790 f.; VK Südbayern Beschl. v. 1.2.2016 – Z3–3–3194–1–58–11/15, WuW 2016, 265 (266).

¹⁴⁹ VK Bund Beschl. v. 16.1.2014 – VK 1–117/13, ZfBR 2014, 706 (708).

¹⁵⁰ Für eine weitergehende vergaberechtliche Beschränkung OLG Düsseldorf Beschl. v. 16.9.2003 – Verg 52/03, VergabeR 2003, 690 (691); OLG Düsseldorf Beschl. v. 23.3.2005 – VII–Verg 68/04, BeckRS 2005, 4881; für Deckungsgleichheit OLG Frankfurt a. M. Beschl. v. 27.6.2003 – 11 Verg 2/03, VergabeR 2003, 581 (583); OLG Naumburg Beschl. v. 21.12.2000 – 1 Verg 10/00, WuW/E Verg 493, 494.

¹⁵¹ OLG Düsseldorf Beschl. v. 9.11.2011 – VII–Verg 35/11, NZBau 2012, 252 (254); OLG Düsseldorf Beschl. v. 11.11.2011 – VII–Verg 92/11, NZBau 2012, 255 (256); MüKoBGB/Schäfer § 705 Rn. 242 mwN.

soweit sich nicht aus dem Gesellschaftsvertrag der Bietergemeinschaft Gegenteiliges ergibt.¹⁵² Vergaberechtlich kann der Gesellschafter einer Bietergemeinschaft kein konkurrierendes Angebot abgeben, wenn dieses Angebot den Grundsatz des Geheimwettbewerbs verletzt und damit vom Vergabeverfahren ausgeschlossen wird. Dies wird in aller Regel anzunehmen sein, wenn und weil das konkurrierende Angebot in Kenntnis des Angebots der Bietergemeinschaft oder seiner Grundlagen erstellt wurde.¹⁵³

- 49 Nach § 1 GWB ist eine Bietergemeinschaft allerdings nur verboten, wenn sie die **Marktverhältnisse** durch Beschränkung des Wettbewerbs **spürbar zu beeinflussen geeignet** ist.¹⁵⁴ Eine spürbare Beeinflussung setzt zunächst voraus, dass ohne Bildung der Bietergemeinschaft eine größere Zahl von Angeboten abgegeben worden wäre. Dabei ist nicht entscheidend, ob einzelne Gesellschafter der Bietergemeinschaft nach Art und Größe ihres Unternehmens objektiv in der Lage gewesen wären, selbst ein Angebot abzugeben.¹⁵⁵ Denn obwohl sich ein Unternehmer an sich um einen Auftrag bewerben könnte, kann er doch aus vernünftigen Gründen davon Abstand nehmen – etwa weil er gegenwärtig nur geringe freie Kapazitäten hat oder seine Kapazitäten nicht auf lange Zeit größtenteils oder ausschließlich für die Durchführung eines Auftrags binden will, dessen Erteilung zudem lange Zeit nicht gewiss ist.¹⁵⁶ Der Wunsch, Synergiepotentiale auszunutzen, ist dagegen wettbewerbschädlich.¹⁵⁷
- 50 Kartellrechtlich verboten ist eine Bietergemeinschaft daher nur, wenn die Abgabe eines eigenen Angebots **wirtschaftlich zweckmäßig und kaufmännisch vernünftig** wäre.¹⁵⁸ Damit wird Rücksicht auf die Unternehmerentscheidung genommen, die ihrerseits aber nicht unbesehen von der Vergabestelle und den Gerichten übernommen, sondern erforderlichenfalls mithilfe sachkundiger Zeugen und vorgelegter Urkunden überprüft werden muss.¹⁵⁹
- 51 An einer spürbaren Beeinflussung des Wettbewerbs und damit an einem Verstoß gegen § 1 GWB fehlt es außerdem, wenn der Zusammenschluss zu einer Bietergemeinschaft die Verhält-

¹⁵² OLG Frankfurt a.M. Beschl. v. 27.6.2003 – 11 Verg 2/03, VergabeR 2003, 581 (585); OLG Naumburg Beschl. v. 21.12.2000 – 1 Verg 10/00, WuW/E Verg 493, 495; *Immenga* DB 1984, 385 (386); *Immenga/Mestmäcker/Zimmer* Wettbewerbsrecht, Bd. 2: GWB, 6. Aufl. 2020, § 1 Rn. 131; *Maasch* ZHR 150 (1986), 656 (671).

¹⁵³ OLG Düsseldorf Beschl. v. 16.9.2003 – Verg 52/03, VergabeR 2003, 690 (691); *Maasch* ZHR 150 (1986), 656 (671); weiter (kein Ausschluss nur teildentischer Angebote) OLG Düsseldorf Beschl. v. 28.5.2003 – Verg 8/03, VergabeR 2003, 461 (464).

¹⁵⁴ BGH Urt. v. 13.12.1983 – KRB 3/83, BauR 1984, 302 = WuW/E BGH 2050 (2051) – Bauvorhaben Schramberg; OLG Frankfurt a.M. Beschl. v. 27.6.2003 – 11 Verg 2/03, VergabeR 2003, 581 (583); OLG Naumburg Beschl. v. 21.12.2000 – 1 Verg 10/00, WuW/E Verg 493, 495; *Mager/Lotz* NZBau 2014, 328 (332).

¹⁵⁵ BGH Urt. v. 13.12.1983 – KRB 3/83, BauR 1984, 302 = WuW/E BGH 2050 (2051) – Bauvorhaben Schramberg; anders wohl KG Beschl. v. 21.12.2009 – 2 Verg 11/09, BauR 2010, 958 (959) (Ls.) = VergabeR 2010, 501 (504) mit abl. Anm. *Köhler*; OLG Düsseldorf Beschl. v. 9.11.2011 – VII-Verg 35/11, NZBau 2012, 252 (254); OLG Düsseldorf Beschl. v. 11.11.2011 – VII-Verg 92/11, NZBau 2012, 255 (256).

¹⁵⁶ OLG Frankfurt a.M. Beschl. v. 27.6.2003 – 11 Verg 2/03, VergabeR 2003, 581 (583); OLG Naumburg Beschl. v. 21.12.2000 – 1 Verg 10/00, WuW/E Verg 493, 495; VK Sachsen Beschl. v. 23.5.2014 – 1/SVK/011–14, NZBau 2014, 790 (792); *Immenga* DB 1984, 385 (392).

¹⁵⁷ KG Beschl. v. 24.10.2013 – Verg 11/13, NZBau 2013, 792 (794).

¹⁵⁸ BGH Urt. v. 13.12.1983 – KRB 3/83, BauR 1984, 302 (303) = WuW/E BGH 2050, 2051 – Bauvorhaben Schramberg; BGH Urt. v. 5.2.2002 – KZR 3/01, WuW/E DE-R 876, 878 – Jugend- und Frauentaxifahrten; OLG Düsseldorf Beschl. v. 23.3.2005 – VII-Verg 68/04, BeckRS 2005, 4881; OLG Düsseldorf Beschl. v. 2.11.2005 – VI-Kart 30/04 (V), AG 2006, 506 (509); OLG Düsseldorf Beschl. v. 9.11.2011 – VII-Verg 35/11, NZBau 2012, 252 (254) (Einschätzungsprerogative; dagegen *Jäger/Graef* NZBau 2012, 213 (215)); Beschl. v. 17.1.2018 – VII-Verg 39/17, NZBau 2018, 237 Rn. 42; OLG Naumburg Beschl. v. 21.12.2000 – 1 Verg 10/00, WuW/E Verg 493 (495); VK Bund Beschl. v. 16.1.2014 – VK 1–117/13, ZfBR 2014, 706 (707); VK Sachsen Beschl. v. 23.5.2014 – 1/SVK/011–14, NZBau 2014, 790 (791 f.) (Einschätzungsprerogative); VK Südbayern Beschl. v. 1.2.2016 – Z3–3–3194–1–58–11/15, WuW 2016, 265 (266) (Einschätzungsprerogative); *Immenga/Mestmäcker/Zimmer* Wettbewerbsrecht, Bd. 2: GWB, 6. Aufl. 2020, § 1 Rn. 133; *Jäger/Graef* NZBau 2012, 213 (215); *Mager/Lotz* NZBau 2014, 328 (332).

¹⁵⁹ BGH Urt. v. 13.12.1983 – KRB 3/83, BauR 1984, 302 (303) = WuW/E BGH 2050 (2051) – Bauvorhaben Schramberg; OLG Düsseldorf Beschl. v. 2.11.2005 – VI-Kart 30/04 (V), AG 2006, 506 (509); OLG Frankfurt a.M. Beschl. v. 27.6.2003 – 11 Verg 2/03, VergabeR 2003, 581 (583); OLG Naumburg Beschl. v. 21.12.2000 – 1 Verg 10/00, WuW/E Verg 493 (496); *Koenig/Kühling/Ch. Müller* WuW 2005, 126 (131); enger (Überprüfung auf Unklarheiten usw) MHdB GesR I/*Mantler/Noreisch* 4. Aufl. 2014, § 26 Rn. 75; für eine rein objektive Beurteilung *Maasch* ZHR 150 (1986), 656 (673 ff.); ähnlich *Jäger/Graef* NZBau 2012, 213 (215 f.).

nisse auf den Märkten in nur unbedeutendem Umfang beeinflusst.¹⁶⁰ So kann es sich verhalten, wenn eine größere Zahl von Bauunternehmen Angebote abgibt, weil die Marktverhältnisse dann nicht in fühlbarer, praktisch ins Gewicht fallender Weise verändert werden.¹⁶¹

(3) Stellung im Bauvergabeverfahren. Im Bauvergabeverfahren sind Bietergemeinschaften 52 Einzelbietern gleichzusetzen, wenn sie die Arbeiten im eigenen Betrieb oder in den Betrieben der Mitglieder ausführen, § 6 Abs. 2 VOB/A. Das Angebot, das zum Eröffnungstermin vorliegt, muss die Identität des Bieters erkennen lassen.¹⁶² Mit der Anerkennung der GbR als teilrechtsfähig (→ Rn. 77) ist die Bietergemeinschaft selbst Bieter, so dass das Ausscheiden eines ihrer Mitglieder keinen Bieterwechsel und damit keine nach § 16 Abs. 1 Nr. 1 VOB/A schädliche Änderung des Angebots bedeutet.¹⁶³ Scheidet ein Mitglied insolvenzbedingt oder aus anderen Gründen aus, so kann dies aber die Eignung der Bietergemeinschaft, das Bauvorhaben auszuführen, beeinträchtigen.¹⁶⁴

Bei **Beschränkter Ausschreibung** (§ 3 Nr. 2 VOB/A) werden Angebote von nachträglich, 53 also erst nach der Aufforderung zur Angebotsabgabe gebildeten Bietergemeinschaften nicht zugelassen.¹⁶⁵ Ein Zusammenschluss von aufgeforderten mit nicht aufgeforderten Bieter würde die Auswahlentscheidung des Auftraggebers, die dieser aufgrund einer Vorabprüfung der Leistungsfähigkeit, Zuverlässigkeit und Fachkunde möglicher Auftragnehmer durchgeführt hat, unterlaufen.¹⁶⁶ Schließen sich demgegenüber nur aufgeforderte Bieter zu einer Bietergemeinschaft zusammen, verengt das den meist ohnehin geringen Wettbewerb bei Beschränkter Ausschreibung.¹⁶⁷ Bei **Öffentlicher Ausschreibung** dagegen können zwischen Angebotsaufforderung und Angebotsabgabe noch Bietergemeinschaften gebildet werden.¹⁶⁸ Nach Angebotsabgabe sind Änderungen, insbesondere Auswechslungen von Mitgliedern einer Bietergemeinschaft, nicht mehr zugelassen.¹⁶⁹

Mit ihrem Angebot haben Bietergemeinschaften nach den Teilnahmebedingungen für die 54 Vergabe von Bauleistungen¹⁷⁰ eine **zusätzliche Erklärung** abzugeben, die von allen Mitgliedern unterzeichnet sein muss. Die Erklärung muss umfassen (a) die Bildung einer Arbeitsgemeinschaft im Auftragsfall, (b) eine Aufzählung aller Mitglieder und die Bezeichnung des für die Durchführung des Vertrags bevollmächtigten Vertreters (§ 13 Abs. 5 VOB/A),¹⁷¹ (c) die rechtsverbindliche Vertretung der Mitglieder gegenüber dem Auftraggeber durch den bevollmächtigten Vertreter und (d) den klarstellenden Hinweis auf die gesamtschuldnerische Haftung aller Mitglieder.

bbb) Konsortium. Der Begriff des Konsortiums ist schillernd. Er findet insbesondere im 55 (internationalen) Anlagenbau Verwendung und bezeichnet dort Gelegenheitsgesellschaften, wie auch die ARGE eine ist.¹⁷² Das Innenkonsortium¹⁷³ entspricht dabei im Wesentlichen der Beihilfegemeinschaft (→ Rn. 57), das Außenkonsortium der ARGE.¹⁷⁴ Der Unterschied zwischen ARGE und Außenkonsortium soll darin liegen, dass das Konsortium regelmäßig kein Gesamthandsvermögen bildet, weil die Konsorten die Gesamtleistung untereinander aufteilen,

¹⁶⁰ BGH Beschl. v. 13.1.1998 – KVR 40/96, WuW/E DE-R 115 (119 f.) (zum maßgeblichen Markt); *Koenig/Kühling/Ch. Müller* WuW 2005, 126 (128).

¹⁶¹ OLG Frankfurt a. M. Beschl. v. 27.6.2003 – 11 Verg 2/03, VergabeR 2003, 581 (583); ähnlich KG Beschl. v. 24.10.2013 – Verg 11/13, NZBau 2013, 792 (794).

¹⁶² BayObLG Beschl. v. 20.8.2001 – Verg 11/01, VergabeR 2002, 77 (79).

¹⁶³ OLG Celle Beschl. v. 5.9.2007 – 13 Verg 9/07, NZBau 2007, 663 (664); *Heiermann ZfBR* 2007, 759 (764); *Lux* NZBau 2012, 680 (681 f.); krit. *L. P. Schmidt* NZBau 2008, 41 (42 f.).

¹⁶⁴ OLG Celle Beschl. v. 5.9.2007 – 13 Verg 9/07, NZBau 2007, 663 (664).

¹⁶⁵ Vergabehandbuch des Bundes 2017 – Stand 2019, Richtlinien zu 311–312, Anm. 1.2 (zum nachträglichen Zusammenschluss aufgeforderter Bieter); VK Sachsen-Anhalt Beschl. v. 23.7.2014 – 2 VK LSA 02/14, ZfBR 2014, 825.

¹⁶⁶ *Malotki* BauR 1997, 564 (565 f.).

¹⁶⁷ *Malotki* BauR 1997, 564 (566).

¹⁶⁸ S. MHdB GesR I/*Mantler/Noreisch* § 26 Rn. 83; Teilnahmebedingungen für die Vergabe von Bauleistungen, Einheitliche Fassung, Ziffer 5.2 (Vergabehandbuch des Bundes 2017 – Stand 2019, S. 108).

¹⁶⁹ OLG Düsseldorf Beschl. v. 26.1.2005 – VII-Verg 45/04, NZBau 2005, 354 (355).

¹⁷⁰ Einheitliche Fassung, Ziffer 5.1 (Vergabehandbuch des Bundes 2017 – Stand 2019, S. 108).

¹⁷¹ Zur Rechtsfolge bei Verletzung (kein Ausschlussgrund) OLG Karlsruhe Beschl. v. 24.7.2007 – 17 Verg 07/07, NZBau 2008, 544.

¹⁷² Zum ICC Consortium Agreement 2016 *Mahnken/Kurtze* NZBau 2017, 187.

¹⁷³ Dazu *Scheef* BauR 2004, 1079 (1085).

¹⁷⁴ Zur Unterscheidung von Innen- und Außenkonsortium *Vetter* ZIP 2000, 1041 f.

jeweils eigenverantwortliche Teile gegenüber dem Auftraggeber erbringen und den im Konsortialvertrag vereinbarten Anteil am Gesamtwerklohn unmittelbar oder über den Konsortialführer gegen den Auftraggeber, nicht aber gegen das Konsortium geltend machen.¹⁷⁵

- 56 Diese Beschreibung des Außenkonsortiums passt im Wesentlichen auch auf die Dach-ARGE; beide unterscheiden sich daher wohl lediglich begrifflich.¹⁷⁶ Wenn das Außenkonsortium selbst Vertragspartner des Auftraggebers ist, sind die Werklohnansprüche gesamthänderisch gebundenes Konsortialvermögen;¹⁷⁷ die Bildung eines Gesamthandsvermögens kann also kein entscheidender Unterschied sein.¹⁷⁸ Sind der Federführer oder alle einzelnen Konsorten zur Einziehung eines (Teil-)Werklohnanspruchs befugt, so wird darin je nach Gestaltung des Konsortialvertrags eine Abtretung, ein Vertrag zugunsten Dritter oder – bei Einziehung im Namen des Konsortiums – eine Geschäftsführungshandlung¹⁷⁹ liegen.
- 57 **ccc) Beihilfegemeinschaft.** Die Beihilfegemeinschaft ist eine reine Innengesellschaft zwischen Bauunternehmern, die hinter einem Bauunternehmer steht, der allein im eigenen Namen den Bauvertrag mit dem Auftraggeber schließt: Im Außenverhältnis gegenüber dem Auftraggeber ist allein derjenige Unternehmer berechtigt und verpflichtet, der den Bauvertrag geschlossen hat, während die übrigen Unternehmer diesem Unternehmer im Innenverhältnis ihre Bauleistungen schulden und Werklohn- und andere Ansprüche nur gegen ihn geltend machen können. ARGE (und Konsortium) dagegen sind Außengesellschaften, die als solche Vertragspartner des Auftraggebers werden. Die Beihilfegemeinschaft ist selbst dann GbR und keine stille Gesellschaft, wenn das federführende Unternehmen Handelsgesellschaft ist. Denn anders als bei der stillen Gesellschaft erbringen die übrigen Partner des Beihilfevertrags keine Vermögenseinlage (§ 230 Abs. 1 HGB),¹⁸⁰ sondern Bauleistungen.
- 58 **cc) Tatsächliche Verbreitung der ARGE.** Die auf ARGEn entfallenden Umsatzanteile der Unternehmen hängen maßgeblich vom jeweiligen Wirtschaftszweig ab.¹⁸¹ Als Unternehmereinsatzform ist die ARGE insbesondere bei größeren Bauunternehmungen verbreitet. Ausweislich der amtlichen Statistik nimmt der anteilige Umsatz, den Bauunternehmen in ARGEn erbringen, mit wachsender Größe der Bauunternehmen zu.¹⁸² Perspektivisch bietet die ARGE allerdings auch mittelständischen Unternehmen erhebliche Umsatzchancen. Paradebeispiel ist insoweit die Arbeitsgemeinschaft Mittelstand für die ICE-Neubaustrecke Köln – Rhein/Main, Los A mit einem Auftragsvolumen von 1,07 Mrd. DM.¹⁸³

¹⁷⁵ Jagenburg/Schröder/Baldringer/Baldringer Rn. 46; Lotz ZfBR 1996, 233 f.; Mahnken/Kurtze NZBau 2017, 187 (192 f.); Nicklich NJW 1985, 2361 (2364); Scheef BauR 2004, 1079 (1086 f.); Vetter ZIP 2000, 1041 (1042); Wagner ZfBR 2006, 209; wenig trennscharfes Kriterium bei Messerschmidt/Thierau NZBau 2007, 679 (gemeinschaftliche Verbundenheit bei der ARGE und bloßes Zusammenführen einzelner Teilleistungen beim Konsortium).

¹⁷⁶ MHdB GesR I/Kleine-Möller 1. Aufl. 1995, § 20 Rn. 23; MHdB GesR I/Mantler/Noreisch § 26 Rn. 10; aA Messerschmidt/Thierau NZBau 2007, 679 und Mahnken/Kurtze NZBau 2017, 187 (193) (auf den Verzicht auf den Abschluss eigenständiger Nachunternehmerverträge zwischen Konsorte und Konsortium abstellend, was aber den Begriff der Dach-ARGE mit ihrer lediglich typischen Ausgestaltung nach dem Dach-ARGE-Mustervertrag gleichsetzt).

¹⁷⁷ So ausdrücklich Vetter FS Jagenburg, 2002, 913 (922).

¹⁷⁸ So aber Ingenstau/Korbion/Korbion 20. Aufl. 2017, Anh. 2 Rn. 46; Kapellmann/Messerschmidt/Messerschmidt Anh. VOB/B Rn. 131.

¹⁷⁹ S. Vetter FS Jagenburg, 2002, 913 (923 ff.).

¹⁸⁰ Zur Erforderlichkeit bei der stillen Gesellschaft K. Schmidt Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 62 II 1d (S. 1844); MHdB GesR II/Keul 5. Aufl. 2019, § 72 Rn. 12; aA Baumbach/Hopt/Roth HGB § 230 Rn. 1.

¹⁸¹ Statistisches Bundesamt, Fachserie 4 Reihe 5.2: Produzierendes Gewerbe, Beschäftigte, Umsatz und Investitionen der Unternehmen im Baugewerbe (2013), S. 26–29: im Bereich des Bauhauptgewerbes zwischen 0% (Bau von Gebäuden [ohne Fertigteilbau], Errichtung von Fertigteilbauten, Abbrucharbeiten, Test- und Suchbohrung, Dachdeckerei und Bauspengerei, Zimmerei und Ingenieurholzbau, Gerüstbau, Schornstein-, Feuerungs- und Industrieofenbau und Baugewerbe a. n. g.) und 1,7% (Rohrleitungstiefbau, Brunnenbau und Kläranlagenbau) bei deutlich höheren Anteilen in den Vorjahren. Seit dem Berichtsjahr 2014 werden keine statistischen Angaben zu Arbeitsgemeinschaften mehr erfasst. Zur Entwicklung Feldmann JbBauR 2007, 241 (243).

¹⁸² Statistisches Bundesamt (Fn. 181): 4.892 Bauunternehmen mit 20–49 Beschäftigten erbrachten 0,4% ihres Umsatzes in ARGEn, 21 Bauunternehmen mit 1.000 Beschäftigten und mehr dagegen 1,8% (wiederum bei deutlich höheren Werten in den Vorjahren). Im Durchschnitt erbrachten die 6.985 Bauunternehmen im Bereich des Bauhauptgewerbes 0,9% ihres Umsatzes in ARGEn. Erklärungsansätze für die geringe Beteiligung mittelständischer Bauunternehmen an ARGEn bei Wallau/Kayser/Stephan S. 42 ff.

¹⁸³ Ausf. Untersuchung der ARGE BMWi bei Wallau/Kayser/Stephan S. 133 ff.

dd) Gründe für die Wahl einer ARGE. Für die ARGE spricht eine Reihe von Vorteilen, 59 die diese Unternehmereinsatzform sowohl für den Auftraggeber als auch für die Gesellschafter der ARGE mit sich bringt.¹⁸⁴ Der **Auftraggeber** gewinnt mit Auftragsvergabe an eine ARGE einen einheitlichen Ansprechpartner, braucht sich – anders als bei Beauftragung mehrerer Unternehmer – also nicht selbst um die Koordination der verschiedenen Bauleistungen zu kümmern. Gleichzeitig haften ihm alle Gesellschafter der ARGE gesamtschuldnerisch unbeschränkt persönlich, so dass dem Auftraggeber eine breitere Haftungsmasse als bei Beauftragung eines Generalunternehmers oder mehrerer Nebenunternehmer zur Verfügung steht. Das wirkt sich für den Auftraggeber insbesondere in der Insolvenz eines Bauunternehmers aus. Öffentliche Auftraggeber können durch Beauftragung einer ARGE der Pflicht aus § 97 Abs. 4 S. 1 GWB nachkommen, mittelständische Interessen zu berücksichtigen.

Für die **Bauunternehmen**, die sich in einer ARGE zusammenschließen, liegt der größte 60 Vorteil in der Erweiterung ihrer Märkte: Gemeinsam mit anderen Unternehmen gelangen sie an Aufträge, die ihre Möglichkeiten als Einzelunternehmer übersteigen und an denen sie sonst nicht beteiligt worden wären. Anders als bei einer Tätigkeit als Nachunternehmer fließt den Gesellschaftern einer ARGE der gesamte Auftragswert zu, ohne dass ein Dritter ein Entgelt für die Koordination der Bauleistungen einbehalten würde. Anders als bei einer Tätigkeit als Generalunternehmer steht der Gesellschafter einer ARGE dem Auftraggeber gegenüber nicht allein in der Pflicht.

c) Gesellschaftsrechtsform der ARGE. Grundsätzlich ist der Zusammenschluss zur ge- 61 meinsamen Ausführung eines Bauauftrags, der die ARGE ausmacht (→ Rn. 40), nicht an eine bestimmte Gesellschaftsrechtsform gebunden. So lässt sich dieser Zweck etwa in der Rechtsform einer eingetragenen Genossenschaft oder einer GmbH verwirklichen.¹⁸⁵ Obwohl sie die Mitglieder der ARGE weitgehend von persönlicher Haftung abschotten, scheut die Praxis den Aufwand, der mit diesen körperschaftlichen Rechtsformen verbunden ist. ARGEN sind daher praktisch in aller Regel und nach dem ARGE-Mustervertrag (→ Rn. 42) immer Personengesellschaften.

aa) Problemstellung und Meinungsstand. In den letzten Jahren ist in den Mittelpunkt des 62 Interesses gerückt, ob die ARGE Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR, §§ 705 ff. BGB) oder offene Handelsgesellschaft (OHG, §§ 105 ff. HGB) ist. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs¹⁸⁶ hat seit 2001 die (Außen-)GbR ihrer Verselbständigung und ihrer Haftungsverfassung nach weitgehend an die OHG angenähert, so dass insoweit kaum noch praktische Unterschiede bestehen.¹⁸⁷ Eine Einordnung als OHG hat für die ARGE aber zur Folge, dass sie registerpflichtig ist und dem Recht der Handelsgeschäfte (§ 6 Abs. 1, §§ 343 ff. HGB) sowie den Buchführungspflichten nach §§ 238 ff. HGB unterliegt. Die Praxis und die Verfasser des ARGE-Mustervertrags (→ Rn. 42) versuchen, diesen als lästig empfundenen Rechtsfolgen durch Einordnung oder Ausgestaltung der ARGE als GbR auszuweichen.

Vor Inkrafttreten des Handelsrechtsreformgesetzes¹⁸⁸ zum 1.7.1998 wurde die ARGE 63 gemeinhin als GbR eingeordnet,¹⁸⁹ schon weil sie kein Grundhandelsgewerbe aus dem Katalog des § 1 Abs. 2 HGB aF betrieb.¹⁹⁰ Die nach § 1 Abs. 2 Nr. 1 HGB aF erforderliche Anschaffung und Weiterveräußerung von Waren betrieb nur der Baustoffhändler, nicht aber der Bauunternehmer, der Baustoffe lediglich als Hilfs- und Arbeitsmittel seiner Bauleistung verwendet.¹⁹¹ Ein Grundhandelsgewerbe betrieb die ARGE nur, wenn sie neben ihrer eigentlichen Bautätigkeit

¹⁸⁴ Kapellmann/Messerschmidt/Messerschmidt Anh. VOB/B Rn. 118; MHdB GesR I/Mantler/Noreisch § 26 Rn. 2 ff.; Wallau/Kayser/Stephan S. 19 ff., 44 f.; Zerhusen/Nieberding BauR 2006, 296.

¹⁸⁵ Zur GmbH zutr. Koeble/Schwärzel-Peters DStR 1996, 1734 (1735).

¹⁸⁶ Leitentscheidung: BGH Urt. v. 29.1.2001 – II ZR 331/00, BGHZ 146, 341 = NJW 2001, 1056.

¹⁸⁷ Zur Grundbuchfähigkeit der ARGE und ihrer Bezeichnung im Grundbuch KG Beschl. v. 8.6.2010 – 1 W 255/10, NJW-RR 2010, 1602.

¹⁸⁸ Gesetz zur Neuregelung des Kaufmanns- und Firmenrechts und zur Änderung anderer handels- und gesellschaftsrechtlicher Vorschriften (Handelsrechtsreformgesetz – HReFG) vom 22.6.1998, BGBl. I 1474.

¹⁸⁹ S. nur OLG Frankfurt a. M. Urt. v. 8.6.1988 – 21 U 180/87, BauR 1989, 488; Koeble/Schwärzel-Peters DStR 1996, 1734; MHdB GesR I/Kleine-Möller 1. Aufl. 1995, § 20 Rn. 12 f.; ausf. Barner S. 70 ff.

¹⁹⁰ Kornblum ZfBR 1992, 9 (10).

¹⁹¹ BGH Urt. v. 13.7.1972 – II ZR 111/70, BGHZ 59, 179 (182) = NJW 1972, 1660 (1661); BGH Urt. v. 11.12.1978 – II ZR 235/77, BGHZ 73, 217 (220) = NJW 1979, 1361; BayObLG Beschl. v. 27.10.1988 – BRreg. 3 Z 117/88, NJW-RR 1989, 421 (422).

noch mit Baustoffen handelte (sog. **Nebenerwerbs-ARGE**).¹⁹² Nur dann konnte sie unabhängig von der Eintragung ins Handelsregister OHG sein, sonst war sie GbR. Außerdem wurde verneint, dass die ARGE überhaupt ein Gewerbe betreibt, weil sie von vornherein nur auf ein einmaliges Geschäft angelegt sei. Ausnahme war hier die **Dauer-ARGE** (→ Rn. 43), die mangels Grundhandelsgewerbes aber erst durch Registereintragung zur OHG werden konnte, wenn ihr Gewerbebetrieb einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erforderte (§ 2 S. 1, § 4 S. 1 HGB aF).¹⁹³

64 Die Handelsrechtsreform 1998 hat Bewegung in die zuvor wenig erörterte Frage nach der Rechtsform der ARGE gebracht. Ein Handelsgewerbe ist nunmehr unabhängig von starren Katalogen jeder Gewerbebetrieb, der einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert (§ 1 Abs. 2 HGB). Den Begriff des Gewerbes, der dem Handelsgewerbe zugrunde liegt, hat die Handelsrechtsreform zwar nicht geändert. Gleichwohl geht eine im Vordringen befindliche Auffassung seit der Handelsrechtsreform davon aus, dass die ARGE ein Gewerbe betreibt. Die Planmäßigkeit und Dauerhaftigkeit als einzig in Frage stehende Merkmale des Gewerbebegriffs seien zu bejahen, auch wenn nur ein einziges Bauvorhaben ausgeführt werden solle.¹⁹⁴ Denn nach der Verkehrsauffassung werde die ARGE gewerblich tätig.¹⁹⁵ Die ARGE sei in ihrer Dauerhaftigkeit anderen Gewerbebetrieben wenigstens ebenbürtig, weil zur regelmäßig mehrjährigen Bauzeit die Dauer der Mängelansprüche hinzugerechnet werden müsse.¹⁹⁶ Sie sei zudem auf einen dauerhaften Kreis von Geschäften gerichtet, weil sie zum einen Nachträge anstrebe und zum anderen eine kaum überschaubare Zahl weiterer Verträge mit Zulieferern, Arbeitnehmern usw. abschließe.¹⁹⁷ Andere dagegen halten die ARGE stets¹⁹⁸ oder jedenfalls dann für eine GbR, wenn ein in kaufmännischer Weise eingerichteter Geschäftsbetrieb entbehrlich ist.¹⁹⁹ Der Bundesgerichtshof hat 2009 eine ARGE als GbR eingeordnet, weil für ihre Qualifikation als OHG keine sicheren Anhaltspunkte bestanden hätten.²⁰⁰

65 bb) Stellungnahme. aaa) Gewerbe. Die Diskussion um die Rechtsnatur der ARGE wird vielfach durch Nebenargumente vernebelt. So wird aus einem Gelegenheitsgeschäft noch kein Gewerbe, selbst wenn eine dreißigjährige Verjährung der Mängelansprüche vereinbart wird. Gleiches gilt für Nachträge, seien sie auch als Zusatzaufträge nach § 1 Abs. 4 S. 2 VOB/B in eigenen Verträgen verselbständigt. Denn auch solche Nachträge werden doch wieder nur im

¹⁹² Burchardt/Pföhl/Hickl Präambel Rn. 4; Kornblum ZfBR 1992, 9 (10); MHdB GesR I/Kleine-Möller 1. Aufl. 1995, § 20 Rn. 13.

¹⁹³ LG Bonn Beschl. v. 30.1.2003 – 14 O 113/02, BauR 2005, 138 (140); Burchardt/Pföhl/Hickl Präambel Rn. 4; Koebler/Schwärzel-Peters DStR 1996, 1734 und 1735; MHdB GesR I/Kleine-Möller 1. Aufl. 1995, § 20 Rn. 13.

¹⁹⁴ KG Beschl. v. 22.8.2001 – 29 AR 54/01, BauR 2001, 1790 f.; OLG Dresden Urt. v. 20.11.2001 – 2 U 1928/01, BauR 2002, 1414; LG Berlin Beschl. v. 4.11.2002 – 21 O 154/02, BauR 2003, 136; LG Bonn Beschl. v. 9.9.2003 – 13 O 194/03, BauR 2004, 1170; LG Frankfurt a. M. Beschl. v. 23.4.2012 – 2–31 O 261/11 (BauR 2012, 1289 (Ls.)); Ingenstau/Korbion/Korbion 20. Aufl. 2017, Anh. 2 Rn. 38; Jagenburg/Schröder/Baldringer/Baldringer Rn. 32; Jousen BauR 1999, 1063 ff.; Kunze BauR 2005, 473 (477); MHdB GesR I/Mantler/Noreisch § 26 Rn. 20 ff.; Scheef BauR 2004, 1079 (1084); wohl auch OLG Frankfurt a. M. Beschl. v. 10.12.2004 – 21 AR 138/04, NZG 2005, 590 (Ls.) = OLG 2005, 257 (258); aA OLG Schleswig Urt. v. 12.1.2001 – 1 U 13/00, NZG 2001, 796 (797); Adler/May BauR 2006, 756 (760); BeckHdB PersGes/Bäurwaldt § 21 Rn. 8; Burchardt/Pföhl/Hickl Präambel Rn. 3; Freiberger Handbuch/Ring/Burchardt § 11 Rn. 155 ff.; Kapellmann/Messerschmidt/Messerschmidt Anh. VOB/B Rn. 124; MüKoBGB/Schäfer Vor § 705 Rn. 44; Peters NZBau 2007, 337 (342); Roquette/Schweiger/Oldigs D II Rn. 14; K. Schmidt DB 2003, 703 (704 ff.); Schwarz ZfBR 2007, 636 (637 f.); Thierau/Messerschmidt NZBau 2007, 129 (131); Wölffing-Hamm BauR 2005, 228 (229); offenlassend OLG Dresden Beschl. v. 16.3.2004 – 1 AR 16/04, BauR 2004, 1338 (1339).

¹⁹⁵ Jousen BauR 1999, 1063 (1067); Festgabe Kraus, 2003, 73 (77); Weitz S. 43 f.; s. auch OLG Dresden Urt. v. 20.11.2001 – 2 U 1928/01, BauR 2002, 1414 (1416).

¹⁹⁶ LG Bonn Beschl. v. 9.9.2003 – 13 O 194/03, BauR 2004, 1170; Hirsch JbBauR 2011, 135 (147); Jousen BauR 1999, 1063 (1069 f.); Jousen Festgabe Kraus, 2003, 73 (78 f.); Kunze BauR 2005, 473 (477); Theurer BauR 2001, 1791; s. auch KG Beschl. v. 22.8.2001 – 29 AR 54/01, BauR 2001, 1790.

¹⁹⁷ KG Beschl. v. 22.8.2001 – 29 AR 54/01, BauR 2001, 1790; Hirsch JbBauR 2011, 135 (145 ff.); Jousen BauR 1999, 1063 (1070 f.); Jousen Festgabe Kraus, 2003, 73 (79 f.); MHdB GesR I/Mantler/Noreisch § 26 Rn. 24.

¹⁹⁸ OLG Karlsruhe Urt. v. 7.3.2006 – 17 U 73/05 (BauR 2006, 1190 (Ls.)); Hille BauR 2014, 443 (444); Lakkeis NZBau 2012, 737 (739).

¹⁹⁹ LG Frankfurt a. M. Beschl. v. 23.4.2012 – 2–31 O 261/11 (BauR 2012, 1289 (Ls.)); Kiermeier/Hänsel NJW-Spezial 2013, 236 und die in Fn. 194 Genannten.

²⁰⁰ BGH Beschl. v. 21.1.2009 – Xa ARZ 273/08, BeckRS 2009, 5200 Rn. 15; sich anschließend KG Beschl. v. 8.6.2010 – 1 W 255/10, NJW-RR 2010, 1602.

Verhältnis zum Auftraggeber erbracht; ob das Bauvorhaben rechtstechnisch im Rahmen eines Vertrags abgewickelt oder auf mehrere Vertragsverhältnisse zwischen denselben Parteien verteilt wird, kann für die Frage der Gewerblichkeit kaum entscheidend sein.²⁰¹

Der entscheidende Punkt ist vielmehr, dass die ARGE nur auf die Verwirklichung eines Bauvorhabens gerichtet ist, also bestimmungsgemäß **nur gegenüber einem Auftraggeber** und zur **Verwirklichung nur eines Auftrags** tätig wird (s. § 2.3 ARGE-Mustervertrag). Anders als ein typischer Gewerbetreibender bietet die ARGE ihre Leistungen weder fortgesetzt noch einer Vielzahl von Abnehmern am Markt an.²⁰² Der so formulierte entscheidende Umstand zeigt, dass es für die gewerbliche Tätigkeit der ARGE nicht auf die Verträge ankommt, die die ARGE mit Zulieferern, Arbeitnehmern usw. schließt. Denn auch eine Vielzahl nachfragender Verträge macht einen Verbraucher noch nicht zu einem Gewerbetreibenden.²⁰³

Die Rechtsprechung zum Gewerbebegriff insgesamt und zum Erfordernis der Planmäßigkeit insbesondere ist spärlich. Das Reichsgericht hat den Begriff der Gewerbmäßigkeit so verstanden, dass die Absicht nicht auf ein einzelnes oder mehrere einzelne Geschäfte gerichtet sein muss, sondern auf einen Kreis für die Dauer unternommener Geschäfte als Ganzes, das als eine dauernd und berufsmäßig fließende Einnahmequelle dienen soll.²⁰⁴ Die ARGE verfügt typischerweise gerade nicht über einen solchen Kreis auf Dauer unternommener Geschäfte, betreibt nach dieser Begriffsbestimmung also kein Gewerbe. Andererseits hat das Reichsgericht das Erfordernis des Dauerhaften, Berufsmäßigen dem allgemeinen Wortsinn des Begriffs entnommen und die Dauer nicht als etwas in sich fest Bestimmtes, sondern als etwas nur Verhältnismäßiges verstanden.²⁰⁵ Bei einem solch relativierenden Verständnis lässt sich mit Blick auf die Verkehrsanschauung durchaus bejahen, dass eine ARGE hinreichend dauerhaft und berufsmäßig und damit gewerblich tätig ist. Letztlich zielführend ist so eine Auslegung reichsgerichtlicher Rechtsprechung, die zudem nicht einmal zu § 1 HGB, sondern zu § 196 Nr. 1 BGB aF ergangen ist, allerdings weder in der einen noch in der anderen Richtung.

Neben dem – in beide Richtungen offenen – Wortverständnis des Begriffs des Gewerbes spielt vor allem sein Sinn und Zweck eine wichtige Rolle. Der Gewerbebegriff eröffnet den Anwendungsbereich des Handelsrechts, und zwar hinreichend umfangreichen Unternehmungen ohne weiteres (§ 1 Abs. 2 HGB) und anderen durch Eintragung ins Handelsregister (§§ 2, 3, 105 Abs. 2 HGB). Das Handelsrecht hebt sich vom bürgerlichen Recht insbesondere durch die größere Selbstverantwortlichkeit des Kaufmanns, durch Instrumente der Vereinfachung und Beschleunigung des Geschäftsverkehrs und schließlich durch gesteigerte Publizität und gesteigerten Vertrauensschutz ab.²⁰⁶ Die größere Geschäftsgewandtheit, die von einem Kaufmann erwartet wird, fehlt bei nur gelegentlich anbietender Tätigkeit. Ein nur gelegentliches Geschäft, das sie privat und nicht gewerblich erscheinen ließe, betreibt die ARGE nicht.²⁰⁷ Sie bündelt die gewerblichen Tätigkeiten ihrer Gesellschafter und wird damit erst recht gewerblich tätig. Die Regelungsmaximen des Handelsrechts – Selbstverantwortlichkeit, Vereinfachung, Beschleunigung, Publizität, Vertrauensschutz – gebieten seine Anwendung auf die ARGE ebenso wie auf ihre Mitglieder.²⁰⁸

²⁰¹ Zutr. Burchardt/Pfühl/Hickl Präambel Rn. 4.

²⁰² Zu diesem Punkt als entscheidendem OLG Karlsruhe Ur. v. 7.3.2006 – 17 U 73/05 (BauR 2006, 1190 (Ls.)); Freiberger Handbuch/Ring/Burchardt § 11 Rn. 160; Hille BauR 2014, 443 (444); Kapellmann/Messerschmidt/Messerschmidt Anh. VOB/B Rn. 124; MHdB GesR I/Mantler/Noreisch § 26 Rn. 24 f.; K. Schmidt DB 2003, 703 (704); Schwarz ZfBR 2007, 636 (637 f.); zur Gewinnerzielungsabsicht OLG Dresden Ur. v. 20.11.2001 – 2 U 1928/01, BauR 2002, 1414 (1415 f.).

²⁰³ OLG Karlsruhe Ur. v. 7.3.2006 – 17 U 73/05 (BauR 2006, 1190 (Ls.)); Lakkis NZBau 2012, 737 (739); MHdB GesR I/Mantler/Noreisch § 26 Rn. 24; K. Schmidt DB 2003, 703 (704); Schwarz ZfBR 2007, 636 (638); Weitz S. 43.

²⁰⁴ RG Ur. v. 29.10.1896 – VI 167/96, RGZ 38, 18 (20); RG Ur. v. 23.4.1907 – VII 261/06, RGZ 66, 48 (51); RG Ur. v. 5.7.1910 – VII 252/10, RGZ 74, 150.

²⁰⁵ RG Ur. v. 23.4.1907 – VII 261/06, RGZ 66, 48 (51).

²⁰⁶ Baumbach/Hopt/Merkel HGB Einl. v. § 1 Rn. 4–6.

²⁰⁷ Zu dieser Abgrenzung Joussem BauR 1999, 1063 (1070); MHdB GesR I/Mantler/Noreisch § 26 Rn. 20.

²⁰⁸ MHdB GesR I/Mantler/Noreisch § 26 Rn. 22; s. auch OLG Dresden Ur. v. 20.11.2001 – 2 U 1928/01, BauR 2002, 1414 (1416 f.); Kunze BauR 2005, 473 (477); Scheef BauR 2004, 1079 (1084); letztlich auch Weitz S. 41 ff. (an dem als rein formalistisch erkannten Ergebnis des fehlenden Gewerbes aus Gründen der Rechtssicherheit festhaltend) sowie Feldmann S. 77 f. und JbBauR 2007, 241 (259 f.) (aufgrund unrichtigen Verständnisses von BGH Ur. v. 13.7.1972 – II ZR 111/70, BGHZ 59, 179 (182 f.) = NJW 1972, 1660 (1661) (gleichwohl zum fehlenden Gewerbe gelangend); aA Freiberger Handbuch/Ring/Burchardt § 11 Rn. 165 (Publizität sei nicht erforderlich, weil für die ARGE „keine eigentliche Beteiligung am Rechtsverkehr“ statfinde); Roquette/Schweiger/Oldigs D II Rn. 17 (handelsrechtliche Konkurrenzschutzregeln passten nicht).

Diesen Rechtsfolgen trägt nur unzureichend Rechnung, wer zwar eine nichtgewerbliche Tätigkeit der ARGE annimmt, dann aber handelsrechtliche Vorschriften entsprechend anwendet.^{209,210}

- 69 Eine auf mehrere Verträge und verschiedene Vertragspartner angelegte Angebotstätigkeit ist für Gewerbetreibende zwar typisch, vor dem dargestellten Hintergrund aber nicht erforderlich.²¹¹ So ist anerkannt, dass der Markt, an dem angeboten wird, sogar monopolistisch sein kann.²¹² Die beschränkte Angebotstätigkeit der ARGE am Markt wird durch Art und (auch zeitlichen) Umfang ihrer anbietenden Tätigkeit aufgewogen.²¹³ Die ARGE **betreibt daher** im Regelfall **ein Gewerbe**. – An einem Gewerbe fehlt es freilich, wenn eine Gesellschaft bloß die Tätigkeiten ihrer Gesellschafter in dem Sinn kooperativ bindet, dass die einzelnen Gesellschafter selbst Anbieter sind, nicht aber die Gesellschaft.²¹⁴ Das trifft auf die typische ARGE allerdings nicht zu, weil im Außenverhältnis zum Auftraggeber die ARGE den Bauvertrag schließt und die Bauleistungen erbringt.
- 70 **bbb) In kaufmännischer Weise eingerichteter Geschäftsbetrieb.** Da die typische ARGE demnach ein Gewerbe betreibt, ist sie **OHG**, wenn das Unternehmen nach Art oder Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten **Geschäftsbetrieb** erfordert (§ 105 Abs. 1, § 1 Abs. 2 HGB). Ob der Wille der Gesellschafter auf Gründung einer OHG gerichtet ist, ist ohne Belang; insoweit herrscht Rechtsformzwang.²¹⁵ Daher macht auch der Verweis auf die Geltung der §§ 705 ff. BGB im Einleitungstext des ARGE-Mustervertrags eine gewerblich tätige ARGE nicht zur GbR.²¹⁶
- 71 Erfordert das Unternehmen der ARGE keinen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb, so ist sie GbR, kann aber durch Eintragung ins Handelsregister OHG werden (§ 105 Abs. 2 S. 1 HGB). Zu den kaufmännischen Einrichtungen in diesem Sinne gehören insbesondere die kaufmännische Buchführung, Inventarisierung und Rechnungslegung, weiterhin die kaufmännische Organisation des Unternehmens.²¹⁷ Für die ARGE kann sich vor allem auch aus Vertragsverhältnissen, bei denen sie auf Nachfrageseite auftritt, die Erforderlichkeit eines kaufmännisch eingerichteten Geschäftsbetriebs ergeben. Daher wird eine gewöhnliche ARGE weitaus häufiger OHG sein als eine Dach-ARGE, in der geringerer Koordinationsbedarf für die Gesellschaft besteht.²¹⁸
- 72 Ob ein Unternehmen eines in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetriebs bedarf, bestimmt sich – ebenso wie das Vorliegen eines Gewerbes – **rein objektiv**. Die in § 2.4 ARGE-Mustervertrag enthaltene Feststellung, die ARGE unterhalte keinen nach § 1 Abs. 2 HGB eingerichteten eigenen Geschäftsbetrieb, ist daher ohne Belang.²¹⁹ Die angegebene Begründung, sämtliche technischen und kaufmännischen Geschäftsführungsaufgaben seien organisatorisch, funktional und personell in die jeweiligen bereits bestehenden Geschäftsbetriebe der geschäftsführenden Gesellschafter integriert, trägt ebenfalls nicht.²²⁰ Entscheidend ist allein, ob das

²⁰⁹ So OLG Brandenburg Urt. v. 22.2.2012 – 4 U 69/11, NJW 2012, 2124 mit insoweit abl. Anm. Meier und zust. Anm. Vireneburg NZBau 2012, 436 f.; OLG Frankfurt a. M. Urt. v. 12.8.1999 – 15 U 71/98, BauR 2000, 423 (424) und OLG Frankfurt a. M. Beschl. v. 10.12.2004 – 21 AR 138/04, NZG 2005, 590 (Ls.) = OLGR 2005, 257 f. (auf die Kaufmannseigenschaft der ARGE-Gesellschafter abstellend) und bereits vor Inkrafttreten des HRefG OLG München Urt. v. 29.9.1994 – U (K) 7111/93, NJW 1995, 733 (734) (zu § 24 AGBG); wie hier dagegen Lakkis NZBau 2012, 737 (740 ff.).

²¹⁰ MHdB GesR I/Mantler/Noreisch § 26 Rn. 22.

²¹¹ OLG Dresden Urt. v. 20.11.2001 – 2 U 1928/01, BauR 2002, 1414 (1418).

²¹² MüKoHGB/K. Schmidt 5. Aufl. 2021, § 1 Rn. 28.

²¹³ Die Orientierung an Art und Umfang der anbietenden Tätigkeit vermeidet den Vorwurf, das Gewerbeerfordernis werde durch die Erfordernisse des § 1 Abs. 2 HGB überspielt (so Feldmann S. 76 f.; K. Schmidt DB 2003, 703 (707)).

²¹⁴ MüKoHGB/K. Schmidt 5. Aufl. 2021, § 1 Rn. 28; K. Schmidt DB 2003, 703 (704, 705).

²¹⁵ BGH Urt. v. 17.6.1953 – II ZR 205/52, BGHZ 10, 91 (97) = NJW 1953, 1217 (1218); BGH Urt. v. 29.11.1956 – II ZR 282/55, BGHZ 22, 240 (245) = NJW 1957, 218 (219); BGH Urt. v. 19.5.1960 – II ZR 72/59, BGHZ 32, 307 (310) = NJW 1960, 1664 (1665); Hille BauR 2014, 443 (444).

²¹⁶ LG Bonn Beschl. v. 9.9.2003 – 13 O 194/03, BauR 2004, 1170; Jousen BauR 1999, 1063; Jousen Festgabe Kraus, 2003, 73 (74); Schmitz IBR 2002, 195.

²¹⁷ MüKoHGB/K. Schmidt 5. Aufl. 2021, § 1 Rn. 70; aA Baumbach/Hopt/Markt HGB § 1 Rn. 23 (auch Firma und kaufmännische Stellvertretung).

²¹⁸ Scheef BauR 2004, 1079 (1084).

²¹⁹ Zerhusen/Nieberding BauR 2006, 296 (297).

²²⁰ LG Frankfurt a. M. Beschl. v. 23.4.2012, 2–31 O 261/11 (BauR 2012, 1289 (Ls.)); aA Burchardt/Pfülb/Hickel Präambel Rn. 4; Freiberger Handbuch/Ring/Burchardt § 11 Rn. 164; Ingenstau/Korbion/Korbion 20. Aufl. 2017, Anh. 2 Rn. 39; Kapellmann/Messerschmidt/Messerschmidt Anh. VOB/B Rn. 124; Schwarz ZfBR 2007, 636 (638).

Unternehmen der ARGE eines in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetriebs bedarf, nicht dagegen, ob es tatsächlich über einen solchen Geschäftsbetrieb verfügt.²²¹ Ebenso wenig ist von Belang, durch wen die ARGE die mit einem eigenen Geschäftsbetrieb verbundenen Aufgaben tatsächlich erledigen lässt. Für die Erforderlichkeit eines nach Art oder Umfang in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetriebs bedarf es nicht etwa sicherer Anhaltspunkte.²²² Nach § 1 Abs. 2 HGB spricht vielmehr eine Vermutung für das Vorliegen eines Handelsgewerbes.²²³

d) Entstehung und Verselbständigung der ARGE. aa) Entstehung der ARGE. Als Personengesellschaft kommt die ARGE grundsätzlich mit Abschluss des Gesellschaftsvertrags zustande, der – auch bei Verwendung des ARGE-Mustervertrags²²⁴ – keiner Form bedarf. Bis zur Fassung 2005 (durchgesehener Nachdruck 2007) ordnete § 22 Abs. 1 ARGE-Mustervertrag an, dass der ARGE-Vertrag mit der Aufnahme der gemeinsamen Geschäftstätigkeit der ARGE, spätestens aber mit dem Zustandekommen des Bauvertrags beginnt. **§ 4.5 S. 1 ARGE-Mustervertrag** in der Fassung 2016 geht nunmehr davon aus, dass sich zu diesem Zeitpunkt der „ausdrücklich bzw. mit Angebotsabgabe konkludent geschlossene Bietergemeinschaftsvertrag mit dem Zweck und Inhalt dieses ARGE-Vertrags“ fortsetzt. Damit wird vermieden, dass Vermögenswerte einer Bietergemeinschaft einzeln übertragen werden müssen (→ Rn. 45). § 4.5 S. 1 ARGE-Mustervertrag regelt das Wirksamwerden des ARGE-Vertrags (in Form der Änderung des Bietergemeinschaftsvertrags), indem er die Vertragsänderung unter die aufschiebende Bedingung (§ 158 Abs. 1 BGB) der Aufnahme der gemeinsamen Geschäftstätigkeit bzw. des Zustandekommens des Bauvertrags stellt. Zuvor sind beispielsweise die gesellschaftsvertraglich vorgesehenen Vertretungsorgane der ARGE noch nicht errichtet, so dass von ihnen abgegebene Erklärungen die ARGE nicht binden. § 4.5 S. 1 ARGE-Mustervertrag soll seinem insoweit klaren Wortlaut nach dagegen nicht nur den Beginn (oder Vollzug) der ARGE – mit lediglich schuldrechtlichen Wirkungen im Innenverhältnis²²⁵ – auf einen Zeitpunkt nach Wirksamwerden des Gesellschaftsvertrags festlegen.²²⁶ Denn andernfalls bestünden Bietergemeinschaft und ARGE nebeneinander, was mit dem Fortsetzungsgedanken der Regelung nicht vereinbar wäre.

Ist die ARGE **OHG** (→ Rn. 65 ff.), so entsteht sie im Außenverhältnis gegenüber Dritten als solche bereits mit der Eintragung ins Handelsregister (§ 123 Abs. 1 HGB). Dieser Zeitpunkt kann nicht nach hinten verlegt werden (§ 123 Abs. 3 HGB); § 22 Abs. 1 ARGE-Mustervertrag ist insoweit unwirksam. Die Gesellschafter sind verpflichtet, diese Registereintragung herbeizuführen (§ 106 HGB). Die OHG entsteht im Außenverhältnis außerdem mit dem Geschäftsbeginn (§ 123 Abs. 2 HGB). Dafür reicht beispielsweise das Anmieten von Geschäftsräumen oder die Eröffnung von ARGE-Konten nach § 11.6 ARGE-Mustervertrag aus,²²⁷ was auch der Regelung des § 4.5 S. 1 ARGE-Mustervertrag entspricht.²²⁸

bb) Verselbständigung der ARGE. Erfüllt die ARGE die Voraussetzungen einer **OHG** (→ Rn. 65 ff.), so ist sie kraft gesetzlicher Anordnung gegenüber ihren Gesellschaftern verselbständigt: Nach § 124 Abs. 1 HGB kann die OHG unter ihrer Firma Trägerin von Rechten und Pflichten sein, Eigentum und dingliche Rechte an Grundstücken erwerben und Prozesspartei sein. Die Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen ist nur aufgrund eines gegen die Gesellschaft gerichteten Schuldtitels möglich (§ 124 Abs. 2 HGB).

Ist die ARGE dagegen **GbR**, so fehlte es nach herkömmlicher Auffassung an einer Verselbständigung, wie sie § 124 HGB bewirkt. Die Gesellschaft erschöpfte sich vielmehr in einem Schuldverhältnis zwischen den Gesellschaftern; sie wurden durch geschäftsführende Gesellschafter vertreten (§ 714 BGB), sie waren in gesamthänderischer Verbundenheit Träger von Rechten und Pflichten und für die Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen als Sonderver-

²²¹ LG Frankfurt a. M. Beschl. v. 23.4.2012, 2–31 O 261/11 (BauR 2012, 1289 (Ls.)); Baumbach/Hopt/*Merkt* HGB § 1 Rn. 23; MüKoHGB/*K. Schmidt* 5. Aufl. 2021, § 1 Rn. 72.

²²² So aber BGH Beschl. v. 21.1.2009 – Xa ARZ 273/08, BeckRS 2009, 5200 Rn. 15; KG Beschl. v. 8.6.2010 – 1 W 255/10, NJW-RR 2010, 1602.

²²³ Baumbach/Hopt/*Merkt* HGB § 1 Rn. 25.

²²⁴ AA Kapellmann/Messerschmidt/*Messerschmidt* Anh. VOB/B Rn. 129 letzter Unterabsatz.

²²⁵ BGH Urt. v. 24.5.1976 – II ZR 207/74, BeckRS 1976, 31115396 = WM 1976, 972 (974); MHdB GesR I/*Möhrle* § 5 Rn. 8; MüKoBGB/*Schäfer* § 705 Rn. 7.

²²⁶ So (zu § 22 Abs. 1 ARGE-Mustervertrag 2005) aber Kapellmann/Messerschmidt/*Messerschmidt* 6. Aufl. 2018, Anh. VOB/B Rn. 128; MHdB GesR I/*Mantler/Noreisch* § 26 Rn. 29.

²²⁷ BGH Urt. v. 26.4.2004 – II ZR 120/02, NZG 2004, 663; Baumbach/Hopt/*Roth* HGB § 123 Rn. 10.

²²⁸ MHdB GesR I/*Mantler/Noreisch* § 26 Rn. 29.

mögen der Gesellschafter war ein gegen alle Gesellschafter ergangenes Urteil erforderlich (§ 736 ZPO).²²⁹

77 Der Bundesgerichtshof hat dieser individualistischen Sicht mit Urteil vom 29.1.2001²³⁰ den Rücken gekehrt und sich der seit den siebziger Jahren vertretenen Gruppenlehre²³¹ angeschlossen. Danach wird das gesamthänderisch gebundene Vermögen von den Gesellschaftern losgelöst und der Gesellschaft, die als Trägerin von Rechten und Pflichten anerkannt wird, zugeordnet. Folgerichtig kann die Gesellschaft als solche vertreten und verklagt werden; die Zwangsvollstreckung erfolgt in das Gesellschaftsvermögen auf der Grundlage eines gegen die Gesellschaft erstrittenen Schuldtitels. Die persönliche Haftung der GbR-Gesellschafter lehnt der Bundesgerichtshof an die Haftung der OHG-Gesellschafter an, insbesondere soll § 128 HGB entsprechende Anwendung finden.²³² Diese Sicht, der sich das Schrifttum weitgehend angeschlossen hat,²³³ wird nachfolgend als für die Praxis maßgeblich zugrunde gelegt.

78 **e) Innenverhältnis. aa) Organe der ARGE.** Die Personengesellschaften – nach der Gruppenlehre auch die GbR (→ Rn. 77) – sind gegenüber ihren Gesellschaftern verselbständigt, können aber als solche nicht selbst im Rechtsverkehr handeln. Hierzu benötigen sie – ebenso wie die Körperschaften – Organe, die für sie handeln. Während die Organe einer Körperschaft in der Regel auch von Nichtmitgliedern besetzt werden können, gilt im Personengesellschaftsrecht der **Grundsatz der Selbstorganschaft**. Danach können nur Gesellschafter ursprüngliche Zuständigkeiten in der und für die Gesellschaft wahrnehmen.²³⁴ Dieser Grundsatz steht allerdings der Übertragung (auch weitreichender) abgeleiteter Zuständigkeiten auf Gesellschaftsfremde nicht entgegen.²³⁵

79 § 5 ARGE-Mustervertrag sieht vier Organe der ARGE vor, die Aufsichtsstelle (Gesellschafterversammlung, → Rn. 80 ff.), die technische Geschäftsführung (→ Rn. 96 ff.), die kaufmännische Geschäftsführung (→ Rn. 107 ff.) und die Bauleitung (→ Rn. 113 ff.). Die Dach-ARGE verfügt über keine eigene Bauleitung (§ 5 Dach-ARGE-Mustervertrag); die technische Geschäftsführung hat allerdings bei Bedarf einen Bauleiter zu stellen (§ 7.1 S. 3 Dach-ARGE-Mustervertrag, → Rn. 105). Bis auf die Bauleitung müssen alle Organe seit dem ARGE-Mustervertrag 2005 von Gesellschaftern der ARGE besetzt werden und sind daher nunmehr auch Organe im rechtstechnischen Sinn. Die Bauleitung dagegen ist kein Organ, sondern lediglich Bevollmächtigte der ARGE.²³⁶ Insgesamt ähnelt die Organstruktur der ARGE eher einer GmbH als einer Personengesellschaft.

80 **aaa) Aufsichtsstelle (Gesellschafterversammlung).** Die Aufsichtsstelle (Gesellschafterversammlung), in der alle Gesellschafter vertreten sind, beschließt als oberstes Organ der ARGE über alle grundsätzlichen Fragen. Regelungen, die dieses Organ betreffen, finden sich vor allem in § 6 ARGE-Mustervertrag.

81 **(1) Zusammensetzung.** In der Aufsichtsstelle sind alle Gesellschafter vertreten (§ 6.1 ARGE-Mustervertrag). Welche natürlichen Personen die Mitglieder der ARGE in die Aufsichtsstelle entsenden, bleibt ihnen überlassen. Nach § 6.2 ARGE-Mustervertrag sind zwar Personen samt ihren Vertretern zu benennen, aber diese Regelung ist – wie § 6.3 ARGE-Mustervertrag zeigt – nicht abschließend. Wer in § 6.2 ARGE-Mustervertrag benannt ist, dem ist Außenvollmacht (§ 167 Abs. 1 Fall 2 BGB) erteilt, und zwar für alle in die Zuständigkeit der Aufsichtsstelle fallenden Fragen.²³⁷ Wer dort nicht benannt ist, aber gleichwohl für einen Gesellschafter er-

²²⁹ S. nur BGH Urt. v. 26.3.1981 – VII ZR 160/80, BGHZ 80, 222 (227) = NJW 1981, 1953 (1954); *Wiedemann* Gesellschaftsrecht I, 1980, § 5 I 2 (S. 248 ff.).

²³⁰ BGH Urt. v. 29.1.2001 – II ZR 331/00, BGHZ 146, 341 = NJW 2001, 1056.

²³¹ Auf *Flume* ZHR 136 (1972), 177 zurückgehend.

²³² BGH Urt. v. 29.1.2001 – II ZR 331/00, BGHZ 146, 341 (358) = NJW 2001, 1056 (1061); BGH Urt. v. 7.9.2017 – III ZR 618/16, BauR 2018, 133 Rn. 29.

²³³ S. nur *Habersack* BB 2001, 477 ff.; *K. Schmidt* NJW 2001, 993 ff.; *Ulmer* ZIP 2001, 585; *Wiedemann* JZ 2001, 661 ff.

²³⁴ BGH Urt. v. 11.7.1960 – II ZR 260/59, BGHZ 33, 105 (108 ff.) = NJW 1960, 1997 (1998); BGH Urt. v. 29.1.2001 – II ZR 331/00, BGHZ 146, 341 (360) = NJW 2001, 1056 (1061); *MüKoBGB/Schäfer* § 709 Rn. 5.

²³⁵ BGH Urt. v. 22.1.1962 – II ZR 11/61, BGHZ 36, 292 (294) = NJW 1962, 738 (739); BGH Urt. v. 5.10.1981 – II ZR 203/80, NJW 1982, 1817; *MüKoBGB/Schäfer* § 709 Rn. 5.

²³⁶ *MHdB GesR I/Mantler/Noreisch* § 26 Rn. 38; aA *Burchardt/Pfülb/Burchardt* § 5 Rn. 11 und *Burchardt/Pfülb/Pfülb/Burchardt* § 9 Rn. 7; *Kapellmann/Messerschmidt/Messerschmidt* Anh. VOB/B Rn. 143.

²³⁷ *Burchardt/Pfülb/Burchardt* § 6 Rn. 13.

scheint, gilt nach § 6.3 S. 2 ARGE-Mustervertrag als bevollmächtigt. Sollte damit eine stillschweigende Bevollmächtigung offen Entsendung gemeint sein,²³⁸ ist die Formulierung als Fiktion jedenfalls unglücklich. Offen ist insbesondere, inwieweit es auf die Veranlassung durch den Gesellschafter und auf die Kenntnis der Mitgesellschafter ankommt.

(2) Zuständigkeiten. Die Aufsichtsstelle ist, wie § 6.4 ARGE-Mustervertrag ausdrücklich feststellt, das oberste Organ der ARGE. Diese Stellung, die derjenigen der Gesamtheit der Gesellschafter in der GmbH entspricht, verschafft ihr insbesondere ihre Befugnis zur Neuordnung der Befugnisse (**Kompetenzkompetenz**). Die Aufsichtsstelle kann jede Frage an sich ziehen (§ 6.41 ARGE-Mustervertrag) und damit die Zuständigkeiten der anderen Organe im Einzelfall durchbrechen,²³⁹ sie kann aber auch den ARGE-Vertrag ändern (§ 6.8 ARGE-Mustervertrag) und auf diese Weise die Zuständigkeiten neu ordnen. Wegen der Bindung der übrigen Organe an die Beschlüsse der Aufsichtsstelle (s. §§ 7.1 S. 2, 8.1 S. 2 ARGE-Mustervertrag) kommt ihr praktisch ein Weisungsrecht in allen Fragen zu. Die Stellung der Aufsichtsstelle als oberstes Organ findet ihren Grund darin, dass die in ihr zusammengefassten Gesellschafter die ARGE tragen und wirtschaftlich hinter ihr stehen.

Der Aufsichtsstelle sind zudem einige zentrale **Sachzuständigkeiten** zugewiesen, so die Entscheidung über alle Fragen von grundsätzlicher Bedeutung (§ 6.41 Abs. 1 Fall 1 ARGE-Mustervertrag) und über die Beauftragung externer Berater (§ 6.41 Abs. 2 ARGE-Mustervertrag).

(3) Einberufung und Beschlussfassung. Von Gesetzes wegen muss die Beschlussfassung der Gesellschafter weder in der GbR noch in der OHG bestimmten Förmlichkeiten genügen.²⁴⁰ Der ARGE-Mustervertrag ersetzt die formfreie Willensbildung durch ein formalisiertes Beschlussfassungsverfahren, das vielfach an die Beschlussfassung der Gesellschafter in der GmbH angelehnt ist. Soweit GmbH-typische Regelungen übernommen wurden, kann für ihre Auslegung und Ergänzung auf das Recht der GmbH zurückgegriffen werden.²⁴¹

(a) Einberufung. Die Aufsichtsstelle kann **wirksame Beschlüsse** nur fassen, wenn sie ordnungsgemäß einberufen wurde. Die Einberufung versetzt die Gesellschafter in die Lage, in der Sitzung der Aufsichtsstelle anwesend zu sein und an der Willensbildung mitzuwirken.²⁴² Trotz unzureichender Einberufung sind Beschlüsse entsprechend § 51 Abs. 3 GmbHG wirksam, wenn sämtliche Gesellschafter anwesend sind und einer Beschlussfassung nicht wenigstens stillschweigend widersprechen.²⁴³ Mit Einverständnis aller Gesellschafter können Beschlüsse auch außerhalb einer Versammlung gefasst werden (§ 6.6 Abs. 3 ARGE-Mustervertrag). § 6.42 Abs. 1 ARGE-Mustervertrag zeigt, dass der Ladung notwendig auch eine **Tagesordnung** für die Sitzung der Gesellschafterversammlung beizufügen ist. Die Tagesordnung muss die Beschlussgegenstände so eindeutig bezeichnen, dass eine sinnvolle Vorbereitung auf die Sitzung möglich ist.²⁴⁴ Der **Tagungsort** ist zwar vor der Sitzung festzusetzen (§ 6.5 Abs. 1 S. 2 ARGE-Mustervertrag). Wegen seiner geringeren Bedeutung für die Planungen der Gesellschafter braucht die Festlegung allerdings nicht bereits in der Ladung enthalten zu sein (Umkehrschluss aus § 6.42 Abs. 1 ARGE-Mustervertrag).²⁴⁵ Die nur in Eilfällen abkürzbare **Einberufungsfrist** beträgt acht Kalendertage; die Ladung muss der **Schriftform** genügen (§ 6.42 Abs. 3 ARGE-Mustervertrag).

Die **Zuständigkeit** für die Einberufung der Aufsichtsstelle liegt bei demjenigen Gesellschafter, der die technische Geschäftsführung innehat (§ 6.5 Abs. 1 S. 2 ARGE-Mustervertrag). Er ist zur Einberufung berechtigt und verpflichtet, sobald Bedarf besteht oder ein Gesellschafter dies verlangt (§ 6.5 Abs. 1 S. 1 ARGE-Mustervertrag). Bedarf für eine Sitzung besteht, wenn eine

²³⁸ So wohl Burchardt/Pfühl/Burchardt § 6 Rn. 14; in Rn. 26 dagegen eine schriftliche Vollmacht bei Vertretung durch einen Mitgesellschafter fordernd.

²³⁹ Die Allzuständigkeit der Aufsichtsstelle wird nicht durch das Recht der Geschäftsführer begrenzt; aA BeckHdB PersGes/Bärwaldt § 21 Rn. 64.

²⁴⁰ MüKoBGB/Schäfer § 709 Rn. 72 (zur GbR); Staub/Schäfer 5. Aufl. 2009, HGB § 119 Rn. 15, 22 (zur OHG).

²⁴¹ Allg. zur OHG Staub/Schäfer 5. Aufl. 2009, HGB § 119 Rn. 17.

²⁴² Zur GmbH BGH Urt. v. 30.3.1987 – II ZR 180/86, BGHZ 100, 264 (268 f.) = NJW 1987, 2580 (2581); BGH Urt. v. 8.12.1997 – II ZR 216/96, NZG 1998, 262 (263).

²⁴³ S. Jagenburg/Schröder/Baldringer/Baldringer Rn. 206; zum Widerspruch bei der GmbH RG Urt. v. 23.4.1918 – II 59/18, RGZ 92, 409 (410 f.); BGH Urt. v. 30.3.1987 – II ZR 180/86, BGHZ 100, 264 (269 f.) = NJW 1987, 2580 (2582).

²⁴⁴ MHdB GesR III/Wolff 5. Aufl. 2018, § 39 Rn. 47 (zur GmbH).

²⁴⁵ AA Burchardt/Pfühl/Burchardt § 6 Rn. 25.

Entscheidung ansteht, die in die Zuständigkeit der Aufsichtsstelle fällt,²⁴⁶ oder wenn die Billigung einer Maßnahme der Geschäftsführung durch einen Gesellschafter zweifelhaft erscheint.²⁴⁷ Die technische Geschäftsführung hat kein Ermessen bei der Feststellung eines Bedarfs,²⁴⁸ wird aber wegen ihrer übrigen Aufgaben am ehesten einen Überblick über die Gesamtlage haben.²⁴⁹ Unterlässt die technische Geschäftsführung pflichtwidrig die Einberufung, ist aber rasches Handeln im Interesse der Gesellschaft geboten, so kann jeder Gesellschafter die Einberufung im Rahmen seines Rechts zur Notgeschäftsführung entsprechend § 744 Abs. 2 BGB²⁵⁰ vornehmen.²⁵¹

- 87 (b) Beschlussfähigkeit.** Unter Beschlussfähigkeit wird herkömmlich die Erfüllung bestimmter Anwesenheitsanforderungen verstanden. Nach § 6.42 Abs. 1 ARGE-Mustervertrag müssen grundsätzlich alle Gesellschafter vertreten sein, damit die Aufsichtsstelle beschlussfähig ist. „Vertreten“ ist ein Gesellschafter auch, wenn er selbst erscheint. Im Falle fehlender Beschlussfähigkeit ist eine zweite, rechtzeitig einberufene Sitzung unabhängig von der Zahl der erschienenen Gesellschafter beschlussfähig, § 6.42 Abs. 2 ARGE-Mustervertrag. § 6.42 Abs. 1 ARGE-Mustervertrag nimmt – begrifflich wenig glücklich – allerdings noch die ordnungsgemäße Ladung zur Beschlussfähigkeit hinzu. Entgegen dem Wortlaut der Bestimmung setzt eine beschlussfähige Zweitversammlung ohne Quorum allerdings stets voraus, dass die Erstversammlung mangels Vollzähligkeit beschlussunfähig war.²⁵² Denn die Regelung soll eine Lähmung der Aufsichtsstelle aufgrund des hohen Quorums verhindern und nicht etwa Ladungsmängel heilen.
- 88 (c) Stimmrecht.** Die Aufsichtsstelle bildet ihren Willen im Wege der Beschlussfassung. An dieser gemeinschaftlichen Willensbildung in der Aufsichtsstelle nimmt der Gesellschafter kraft seines Stimmrechts teil. Träger des Stimmrechts ist der Gesellschafter, der es aber – wie von § 6.2 ARGE-Mustervertrag vorgesehen – durch Vertreter ausüben lassen kann. Die Stimmabgabe eines jeden Gesellschafters hat das in § 6.2 ARGE-Mustervertrag vereinbarte Stimmgewicht. Sind einem Gesellschafter danach mehrere Stimmen eingeräumt, muss er sein Stimmrecht gleichwohl einheitlich ausüben. Denn die Gewährung mehrerer Stimmen ist nicht mehr als eine technische Regelung zur Bestimmung des Gewichts einer Stimme.²⁵³
- 89** Die Gesellschafter sind grundsätzlich bei der Stimmabgabe in allen Angelegenheiten frei. Dieser **Grundsatz der Stimmfreiheit** erfährt zweifache Einschränkung: In vier eng umrissenen Fällen ist der Gesellschafter **vom Stimmrecht ausgeschlossen**, nämlich bei der eigenen Entlastung, der Befreiung von einer eigenen Verbindlichkeit, der Vornahme eines Rechtsgeschäfts und der Einleitung eines Rechtsstreits mit dem Gesellschafter. Dass solche starren Stimmrechtsgrenzen auch in der Personengesellschaft bestehen, folgt aus dem gemeinsamen Rechtsgedanken der § 34 BGB, § 47 Abs. 4 GmbHG, § 136 Abs. 1 AktG, § 43 Abs. 6 GenG.²⁵⁴ Die einzelnen Stimmrechtsausschlüsse ergeben sich aus einer entsprechenden Anwendung des § 47 Abs. 4 GmbHG, weil die GmbH am personalistischsten strukturiert und damit von größter Nähe zur Personengesellschaft und insbesondere zur ARGE ist.²⁵⁵ Einen ausdrücklich geregelten Fall des Stimmrechtsausschlusses sieht § 6.8 Abs. 2 ARGE-Mustervertrag für die Entziehung von Organbefugnissen und § 25.213 Dach-ARGE-Mustervertrag für Beschlussgegenstände, die nur ein Los betreffen, vor.
- 90** Den im Einzelfall beteiligten berechtigten Interessen tragen die beweglichen Stimmrechtsschranken Rechnung, deren wichtigste die **Treuepflicht** ist. Danach entspricht der Macht, durch die Stimmabgabe auch auf die Belange der Mitgesellschafter und der Gesellschaft Einfluss zu nehmen, eine Pflicht zur Rücksichtnahme auf diese Belange.²⁵⁶ Verstößt eine Stimmabgabe gegen

²⁴⁶ Lutter/Hommelhoff/Bayer 20. Aufl. 2020, GmbHG § 49 Rn. 13 (zur GmbH).

²⁴⁷ Zur GmbH BGH Urt. v. 5.12.1983 – II ZR 56/82, NJW 1984, 1461 (1462); OLG Hamburg Urt. v. 28.6.1991 – 11 U 148/90, GmbHR 1992, 43 (46).

²⁴⁸ So aber Burchardt/Pfülb/Burchardt § 6 Rn. 24.

²⁴⁹ Burchardt/Pfülb/Burchardt § 6 Rn. 31.

²⁵⁰ Jagenburg/Schröder/Baldringer/Baldringer Rn. 211; MüKoBGB/Schäfer § 709 Rn. 21 (zur GbR); MüKoHGB/Rauert 4. Aufl. 2016, § 115 Rn. 45 (zur OHG).

²⁵¹ Großzügiger Burchardt/Pfülb/Burchardt § 6 Rn. 24, 32 (Ersatzeinberufungsrecht der kaufmännischen Geschäftsführung).

²⁵² Im Ergebnis auch Burchardt/Pfülb/Burchardt § 6 Rn. 29.

²⁵³ Rowedder/Schmidt-Leithoff/Ganzer GmbHG, 6. Aufl. 2017, § 47 Rn. 51 (zur GmbH).

²⁵⁴ MüKoBGB/Schäfer § 709 Rn. 65 (zur GbR); Baumbach/Hopt/Roth HGB § 119 Rn. 8 (zur OHG, unter Hinweis auf § 113 Abs. 2 HGB); aA zur ARGE Hille BauR 2014, 443 (446).

²⁵⁵ MüKoBGB/Schäfer § 709 Rn. 70 (zur GbR).

²⁵⁶ BGH Urt. v. 5.6.1975 – II ZR 23/74, BGHZ 65, 15 (19) = NJW 1976, 191 (193) (zur GmbH & Co. KG).

die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht, ist sie wegen Stimmrechtsmissbrauchs unwirksam.²⁵⁷ In Ausnahmefällen kann sich die Treuepflicht auch zur Pflicht verdichten, in einer bestimmten Weise abzustimmen.²⁵⁸ Während nach allgemeinen Regeln keine Stimmpflicht besteht, die jede Stimmenthaltung verböte,²⁵⁹ wird sie durch § 6.6 Abs. 1 S. 2 ARGE-Mustervertrag in der Vertragsfassung 2016 eigens angeordnet. **Stimmbindungsverträge** sind in weitem Umfang zulässig, auch mit Nichtgesellschaftern.²⁶⁰ Ihre Verletzung führt nicht zur Unwirksamkeit der Stimmabgabe,²⁶¹ sie sind allerdings grundsätzlich nach § 894 ZPO vollstreckbar.²⁶²

(d) Erforderliche Stimmenmehrheit. Die Beschlussvorlage ist angenommen, wenn sie die erforderliche Zahl der Stimmen auf sich vereint. § 6.6 Abs. 1 ARGE-Mustervertrag sieht hier grundsätzlich **Einstimmigkeit** vor. Da die Aufsichtsstelle im Normalfall nur beschlussfähig ist, wenn sämtliche Gesellschafter anwesend sind (→ Rn. 87), müssen also grundsätzlich alle Gesellschafter der ARGE für die Beschlussvorlage stimmen. Wurde nach einer nicht beschlussfähigen Aufsichtsstellensitzung eine weitere Sitzung nach § 6.42 Abs. 2 ARGE-Mustervertrag einberufen, kommt der Beschluss zustande, wenn sämtliche anwesenden Gesellschafter für ihn stimmen.

Um eine Blockade der Aufsichtsstelle durch das Einstimmigkeitserfordernis zu vermeiden, gestattet § 6.6 Abs. 2 ARGE-Mustervertrag bei Unaufschiebbarkeit der Beschlussfassung, frühestens auf den folgenden Tag eine erneute Sitzung einzuberufen und dort mit **einfacher Mehrheit** der anwesenden Gesellschafter zu beschließen. Dies erlaubt eine wirksame Beschlussfassung trotz erheblich verkürzter Ladungsfrist und vorhandener Gegenstimmen. Dementsprechend sind an die Unaufschiebbarkeit hohe Anforderungen zu stellen.²⁶³ In der Sache kann es dabei nicht um die Unaufschiebbarkeit der Beschlussfassung gehen, weil auch der ablehnende Beschluss infolge verfehlter Einstimmigkeit eine Sachentscheidung der Gesellschafter enthält,²⁶⁴ nämlich gegen die Beschlussvorlage. Am ehesten wird ein Fall des § 6.6 Abs. 2 ARGE-Mustervertrag anzunehmen sein, wenn die Gesellschafter kraft Treu und Glaubens ohnehin einer Pflicht zur Zustimmung (→ Rn. 90) unterliegen. Das Mehrheitsprinzip begegnet rechtlich keinen Bedenken, weil insbesondere Änderungen des ARGE-Vertrags von ihm ausgenommen sind (→ Rn. 93).²⁶⁵ Bei Stimmgleichheit sieht § 6.6 Abs. 2 S. 2 ARGE-Mustervertrag ein Letztentscheidungsrecht des technischen oder kaufmännischen Geschäftsführers vor. Der unmittelbar nachfolgende Satz, wonach die „gesellschaftsrechtliche Verantwortung der Gesellschafter untereinander durch diese Regelung ... unberührt“ bleibe, will lediglich als allgemeiner Hinweis auf die schadensersatzbewehrte Verletzung gesellschaftsrechtlicher Pflichten bei der Stimmabgabe verstanden werden.²⁶⁶

(e) Zustimmung von Gesellschaftern. Für manche Beschlussgegenstände sieht der ARGE-Mustervertrag die schriftliche Zustimmung sämtlicher Gesellschafter zum Beschluss als zusätzliche Wirksamkeitsvoraussetzung vor. Das betrifft neben den Grundlagengeschäften, die ohnehin in die Zuständigkeit aller Gesellschafter fallen (→ Rn. 97), auch wichtige Geschäftsführungsmaßnahmen.²⁶⁷ Alle Gesellschafter müssen Änderungen des ARGE-Vertrags, gerichtlichen Verfahren (§ 6.8 Abs. 1 ARGE-Mustervertrag) und bestimmten Geldgeschäften (§ 11.8 ARGE-Mustervertrag) zustimmen, alle Gesellschafter außer dem betroffenen der Entziehung organ-schaftlicher Befugnisse (§ 6.8 Abs. 2 ARGE-Mustervertrag) und Forderungsabtretungen (§ 20.2 ARGE-Mustervertrag). Die Zustimmung erlangt besondere Bedeutung, wenn entgegen dem Regelfall nicht ohnehin sämtliche Gesellschafter für den Beschluss stimmen mussten.²⁶⁸ In jedem

²⁵⁷ BGH Urt. v. 9.11.1987 – II ZR 100/87, BGHZ 102, 172 (176) = NJW 1988, 969 (970); K. Schmidt Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 21 II 3c (S. 616).

²⁵⁸ Baumbach/Hopt/Roth HGB § 119 Rn. 7.

²⁵⁹ Baumbach/Hopt/Roth HGB § 119 Rn. 6; aA ohne Begründung Burchardt/Pfüll/Burchardt § 6 Rn. 44.

²⁶⁰ MüKoBGB/Schäfer § 717 Rn. 20 ff. (zur GbR); Baumbach/Hopt/Roth HGB § 119 Rn. 18 (zur OHG).

²⁶¹ Baumbach/Hopt/Roth HGB § 119 Rn. 17.

²⁶² BGH Urt. v. 29.5.1967 – II ZR 105/66, BGHZ 48, 163 (169 ff.) = NJW 1967, 1963 (1966).

²⁶³ So auch Burchardt/Pfüll/Burchardt § 6 Rn. 40 ff.

²⁶⁴ BGH Urt. v. 26.10.1983 – II ZR 87/83, BGHZ 88, 320 (328) = NJW 1984, 489 (491); BGH Urt. v. 20.1.1986 – II ZR 73/85, BGHZ 97, 28 (30) = NJW 1986, 2051 (2052).

²⁶⁵ Grundsätzlich zu den Grenzen der Mehrheitsherrschaft MüKoBGB/Schäfer § 709 Rn. 103 ff.

²⁶⁶ Burchardt/Pfüll/Burchardt § 6 Rn. 46.

²⁶⁷ Wenigstens missverständlich MHdB GesR I/Mantler/Noreisch § 26 Rn. 40.

²⁶⁸ Unrichtig Roquette/Schweiger/Oldigs D II Rn. 79 (Beschlüsse könnten nur bei Anwesenheit aller Gesellschafter gefasst werden).

Fall zeigt § 6.8 Abs. 1 S. 2 ARGE-Mustervertrag, wonach nicht bereits die unterschriebene Niederschrift (§ 6.7 ARGE-Mustervertrag) dem Schriftlichkeitserfordernis genügt, dass der Zustimmung eine über das Dafürstimmen hinausgehende Bedeutung zukommt. Die Bevollmächtigungsvermutung für die in der Aufsichtsstellensitzung erscheinenden Gesellschafter (→ Rn. 81) umfasst daher nicht auch die Zustimmung,²⁶⁹ für die denselben Personen freilich zusätzliche Vollmacht erteilt werden kann.

- 94 **(f) Niederschrift.** Die in § 6.7 ARGE-Mustervertrag vorgesehene Niederschrift ist keine Wirksamkeitsvoraussetzung der gefassten Beschlüsse.²⁷⁰ Dass die Niederschrift als genehmigt gilt, wenn binnen 14 Tagen kein schriftlicher Widerspruch erhoben wird, schließt aber spätere Einwendungen gegen den Inhalt des Protokolls aus.²⁷¹
- 95 **(g) Fehlerhafte Beschlüsse.** Das Personengesellschaftsrecht kennt nach herrschender Auffassung allein die Nichtigkeit als Folge fehlerhafter Gesellschafterbeschlüsse, anders als das Kapitalgesellschaftsrecht also nicht auch die Anfechtbarkeit. Die Beschlüsse der Aufsichtsstelle sind demnach nichtig, wenn ihr Inhalt gegen §§ 134, 138 BGB verstößt oder andere Nichtigkeitsgründe verwirklicht.²⁷² Formelle Mängel bei der Vorbereitung oder Durchführung der Versammlung oder bei der Ermittlung des Beschlussergebnisses führen nur zur Nichtigkeit, wenn nicht ausgeschlossen werden kann, dass sich der Fehler auf das Beschlussergebnis ausgewirkt hat.²⁷³ Sind einzelne Stimmabgaben unwirksam, so dürfen sie bei Feststellung des Beschlussergebnisses nicht mitgezählt werden. Wurden sie gleichwohl mitgezählt, ist der Beschluss allerdings nur nichtig, wenn dies – wie stets bei einstimmig zu fassenden Beschlüssen – für das Erreichen der erforderlichen Mehrheiten entscheidend war.²⁷⁴ Die Nichtigkeit eines Beschlusses der Aufsichtsstelle muss nicht gerichtlich geltend gemacht werden, um sich auf sie berufen zu können.²⁷⁵ Gegen die Mitgesellschafter, die den Beschluss für wirksam halten, kann Feststellungsklage erhoben werden.²⁷⁶
- 96 **bbb) Technische Geschäftsführung.** Die Geschäftsführung in der ARGE ist zwei Gesellschaftern übertragen, der technischen (§ 7 ARGE-Mustervertrag) und der kaufmännischen (§ 8 ARGE-Mustervertrag) Geschäftsführung. Die technische Geschäftsführung ist für die ordnungsgemäße technische Durchführung des Bauvorhabens verantwortlich und vertritt die ARGE in allen Angelegenheiten gegenüber dem Auftraggeber (§ 7.1 S. 2 und § 7.2 S. 1 ARGE-Mustervertrag).
- 97 **(1) Überblick über Geschäftsführung und Vertretung in der ARGE. (a) Gesetzliche Regelung; Begriffe.** Kraft Gesetzes liegen sowohl die Geschäftsführung als auch die Vertretung bei allen Gesellschaftern. In der GbR sind die Gesellschafter gemeinschaftlich geschäftsführungsbefugt (§ 709 Abs. 1 BGB) und im selben Umfang – also gemeinschaftlich – vertretungsberechtigt (§ 714 BGB). In der OHG dagegen sind die Gesellschafter grundsätzlich einzeln geschäftsführungsbefugt (§§ 114 f. HGB) und vertretungsberechtigt (§ 125 HGB). Unter **Geschäftsführung** sind dabei alle Handlungen für die Gesellschaft zu verstehen, auch die **Vertretung** der Gesellschaft gegenüber Dritten.²⁷⁷ Die Geschäftsführungsbefugnis bezeichnet das Dürfen im Innenverhältnis, die Vertretungsmacht das Können im Außenverhältnis.²⁷⁸ Nicht zur Geschäftsführung gehören die **Grundlagengeschäfte**, die das Gesellschaftsverhältnis auf Ebene des Gesellschaftsvertrags betreffen und in jedem Fall in die Zuständigkeit der Gesellschafter fallen (→ Rn. 93).²⁷⁹

²⁶⁹ Burchardt/Pföhl/Burchardt § 6 Rn. 50.

²⁷⁰ Burchardt/Pföhl/Burchardt § 6 Rn. 48.

²⁷¹ Unklar Burchardt/Pföhl/Burchardt § 6 Rn. 48 (Verzicht auf einen Widerruf der Stimmabgabe, der aber mangels Widerrufsgrunds ohnehin kaum möglich sein wird).

²⁷² Palandt/Sprau BGB Vorb. v. §§ 709–715 Rn. 17 (zur GbR).

²⁷³ BGH Urt. v. 10.10.1983 – II ZR 213/82, WM 1983, 1407 (1408); BGH Urt. v. 11.3.2014 – II ZR 24/13, NZG 2014, 621 Rn. 13; Palandt/Sprau BGB Vorb. v. §§ 709–715 Rn. 17; s. auch Baumbach/Hopt/Roth HGB § 119 Rn. 31.

²⁷⁴ MüKoBGB/Schäfer § 709 Rn. 116.

²⁷⁵ Zur GbR OLG München Urt. v. 16.6.2004 – 7 U 5669/03, NZG 2004, 807 (808); MüKoHGB/Enzinger 4. Aufl. 2016, § 119 Rn. 97; Palandt/Sprau BGB Vorb. v. §§ 709–715 Rn. 17b.

²⁷⁶ Zu Personengesellschaften BGH Urt. v. 7.6.1999 – II ZR 278/98, NJW 1999, 3113 (3115); Baumbach/Hopt/Roth HGB § 119 Rn. 32.

²⁷⁷ MüKoBGB/Schäfer § 709 Rn. 7.

²⁷⁸ MüKoBGB/Schäfer § 709 Rn. 9.

²⁷⁹ Baumbach/Hopt/Roth HGB § 114 Rn. 3.

(b) Regelungen des ARGE-Mustervertrages. Der ARGE-Mustervertrag weicht von den gesetzlichen Auffangregeln sowohl der GbR als auch der OHG zulässigerweise ab, indem er zwei Geschäftsführungsorgane errichtet. Beide, die technische und die kaufmännische Geschäftsführung, müssen schon wegen des Grundsatzes der Selbstorganschaft (→ Rn. 78) durch einen Gesellschafter besetzt werden (§§ 7.1, 8.1 ARGE-Mustervertrag). Beide Organe sind nach §§ 7.2, 8.2 ARGE-Mustervertrag auch im Rechtsverkehr vertretungsberechtigt, wobei sich die Geschäftsführungs- und die Vertretungsbefugnisse allerdings nicht decken (→ Rn. 101, 109). Das Recht der übrigen Gesellschafter, Geschäftsführungshandlungen einer der Geschäftsführungen zu widersprechen (§ 711 BGB), ist mit der ausschließlichen Zuweisung unterschiedlicher Sachbereiche an die Geschäftsführungen stillschweigend abbedungen.²⁸⁰

(2) Bestellung und Abberufung. Der Gesellschafter, der die Aufgaben der technischen Geschäftsführung wahrnimmt, wird durch einvernehmliche Bezeichnung im Gesellschaftsvertrag (§ 7.1 ARGE-Mustervertrag) bestellt. Seine Abberufung erfolgt durch Entzug der Befugnisse im Wege des einstimmigen Aufsichtsstellenbeschlusses der übrigen Gesellschafter (§ 6.8 Abs. 2 ARGE-Mustervertrag). Sie ist allerdings nur aus wichtigem Grund möglich. Ein wichtiger Grund setzt voraus, dass es den Mitgesellschaftern unzumutbar ist, die technische Geschäftsführung in ihrem Amt zu belassen.²⁸¹ § 712 Abs. 1 Hs. 2 BGB und § 117 Hs. 2 HGB nennen beispielhaft grobe Pflichtverletzung und Unfähigkeit zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung als wichtige Gründe. Auch die technische Geschäftsführung kann aus wichtigem Grund die Geschäftsführung kündigen, § 712 Abs. 2 BGB.²⁸² Endet das Amt der technischen Geschäftsführung, ist ein neuer Gesellschafter im Wege der Änderung des Gesellschaftsvertrags (§ 6.8 Abs. 1 ARGE-Mustervertrag) für dieses Amt zu bestellen. Solange dies nicht geschieht, greift die jeweilige gesetzliche Auffangregel (→ Rn. 97) Platz,²⁸³ wobei der vormalige Amtsinhaber freilich von der Geschäftsführung ausgeschlossen bleibt.²⁸⁴

(3) Zuständigkeiten. Der technischen Geschäftsführung obliegt die ordnungsgemäße **technische Durchführung des Bauvorhabens** unter Beachtung gesetzlicher Vorgaben, die Einhaltung des ARGE-Vertrags und der Aufsichtsstellenbeschlüsse in technischer Hinsicht (§ 7.1 S. 2 ARGE-Mustervertrag). §§ 7.3 bis 7.6 ARGE-Mustervertrag sehen einen ausführlichen Katalog der Aufgaben vor, die der technischen Geschäftsführung im Einzelnen obliegen. Manche Zuständigkeiten sind an die Mitwirkung anderer Organe gebunden, so etwa der Abschluss von Nachunternehmerverträgen an das Einverständnis der kaufmännischen Geschäftsführung (§ 7.45 ARGE-Mustervertrag) und bestimmte bauvertragsbezogene Rechtshandlungen an das Einverständnis der Aufsichtsstelle (§ 7.46 ARGE-Mustervertrag). § 7.6 ARGE-Mustervertrag verpflichtet die technische Geschäftsführung dazu, den übrigen Gesellschaftern der ARGE über alle wesentlichen Geschäftsvorfälle unverzüglich Bericht zu erstatten. Diese Unterrichtungspflicht gibt den Mitgesellschaftern Gelegenheit, die Sache im Rahmen der Aufsichtsstelle an sich zu ziehen (→ Rn. 82).

Die **Vertretungsmacht** der technischen Geschäftsführung nach § 7.2 ARGE-Mustervertrag reicht weiter als ihre übrige Geschäftsführungsbefugnis: Sie ist nicht nur zur Vertretung in allen technischen Angelegenheiten befugt, sondern vertritt die ARGE darüber hinaus umfassend auch in nichttechnischen Fragen gegenüber dem Auftraggeber. Die ARGE soll in diesem wesentlichen Vertragsverhältnis mit einer Stimme sprechen.²⁸⁵ In kaufmännischen Angelegenheiten bedarf sie dafür allerdings des Einverständnisses der kaufmännischen Geschäftsführung. Stellt die technische Geschäftsführung kein solches Einverständnis her, verletzt sie ihre Bindung im Innenverhältnis, was aber die Wirksamkeit der Erklärung im Außenverhältnis unberührt lässt. Ist die technische Geschäftsführung nicht vom Verbot des Inisichgeschäfts (§ 181 BGB) befreit, so kann sie Erklärungen für die ARGE gegenüber sich selbst (also dem mit der technischen Geschäftsführung betrauten Gesellschafter) wirksam nicht abgeben. Für den praktisch wichtigen Fall des Abschlusses von Nachunternehmerverträgen soll § 7.45 Abs. 1 ARGE-Mustervertrag das Pro-

²⁸⁰ BeckHdB PersGes/Bärwaldt § 21 Rn. 57; Roquette/Schweiger/Oldigs D II Rn. 98; allg. MüKoBGB/Schäfer § 709 Rn. 17 und § 711 Rn. 4.

²⁸¹ S. MüKoBGB/Schäfer § 712 Rn. 9; enger (zudem erhebliche Gefährdung der Interessen der ARGE fordernd) Burchardt/Pföhl/Burchardt Vorbem. zu §§ 7, 8 Rn. 37; MHdB GesR I/Mantler/Noreisch § 26 Rn. 44.

²⁸² Über § 105 Abs. 3 HGB auch für die OHG anwendbar (Baumbach/Hopt/Roth HGB § 114 Rn. 19).

²⁸³ MHdB GesR I/Mantler/Noreisch § 26 Rn. 44.

²⁸⁴ AA Roquette/Schweiger/Oldigs D II Rn. 103.

²⁸⁵ S. Burchardt/Pföhl/Mielicki/Burchardt § 7 Rn. 10.

blem allerdings umgehen, indem er insoweit technischer und kaufmännischer Geschäftsführung Vertretungsmacht einräumt.²⁸⁶ Das dort verlangte Einverständnis mit der kaufmännischen Geschäftsführung verleiht dieser jedoch wenig Vertretungsmacht wie ihr Einverständnis nach § 7.2 ARGE-Mustervertrag. Mit dem Erfordernis „gemeinsamer“ Unterschriften mag § 7.45 Abs. 2 ARGE-Mustervertrag allerdings eine Gesamtvertretungsmacht zum Ausdruck bringen. Selbst wenn beide Geschäftsführungen Gesamtvertretungsmacht für den Abschluss von Nachunternehmerverträgen haben, lässt dies den Interessenkonflikt des technischen Geschäftsführers freilich bestehen. § 181 BGB schließt ihn daher von der Vertretung auch in der Form der Gesamtvertretung aus.²⁸⁷ Da unklar ist, ob die ARGE beim Abschluss eines Nachunternehmervertrags mit dem technischen Geschäftsführer allein durch die kaufmännische Geschäftsführung²⁸⁸ oder durch alle übrigen Gesellschafter der ARGE²⁸⁹ vertreten wird, empfiehlt sich eine Regelung im ARGE-Vertrag oder durch Beschluss der Aufsichtsstelle.

- 102 Überschreitet die technische Geschäftsführung ihre Vertretungsbefugnisse, vertritt sie die ARGE also beispielsweise in kaufmännischen Angelegenheiten gegenüber Dritten, so hängt die Bindung der ARGE an diese Erklärungen von der Gesellschaftsrechtsform der ARGE (→ Rn. 65 ff.) ab: Ist sie GbR, so wird die ARGE mangels Vertretungsmacht nicht berechtigt und verpflichtet, solange nicht die Voraussetzungen einer Duldungs- oder Anscheinsvollmacht vorliegen.²⁹⁰ 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).²⁹¹ Die Gesellschaft wird dann gebunden, solange kein Fall des Missbrauchs der Vertretungsmacht vorliegt.²⁹² Anders verhält es sich, wenn die Vertretungsmacht bei Erklärungen gegenüber Mitgesellschaftern überschritten wird, denn ihnen gegenüber gilt § 126 Abs. 2 HGB wegen ihrer geringeren Schutzwürdigkeit nicht.²⁹³
- 103 **(4) Vergütung.** Die technische Geschäftsführung erhält nach § 10.11 ARGE-Mustervertrag einen Anteil am Umsatz. Obwohl die Gesellschafter gesellschaftsrechtlich ohne zusätzliche Vergütung zur Geschäftsführung verpflichtet sind,²⁹⁴ ist die Vergütungsregelung der gerechte Ausgleich des auf einzelne Gesellschafter beschränkten Geschäftsführungsaufwands. Geht die Höhe der Vergütung über einen pauschalierten Aufwendungsersatz (s. § 110 HGB) hinaus, liegt in § 10.11 ARGE-Mustervertrag ein gesellschaftsvertraglich vereinbarter Gewinnvoraus.²⁹⁵ Üblich ist je nach Umsatz der ARGE eine Vergütung zwischen 0,7 % und 2,3 % des Umsatzes,²⁹⁶ die nach dem Grundgedanken des § 10.7 ARGE-Mustervertrag bloß der Kostenerstattung dienen und keinen Gewinnanteil enthalten soll.²⁹⁷
- 104 **(5) Besonderheiten in der Dach-ARGE.** Für die technische Geschäftsführung einer Dach-ARGE gelten grundsätzlich dieselben Regeln wie in einer gewöhnlichen ARGE. Allerdings lässt die Dach-ARGE durch ihre Gesellschafter bauen, während die gewöhnliche ARGE selbst baut. Daraus ergeben sich einige Zuständigkeitsverschiebungen: Arbeitsgenehmigungen zu beschaffen (§ 7.42 ARGE-Mustervertrag) und bestimmte Pflichten auf Personal zu übertragen (§§ 7.43, 7.44 ARGE-Mustervertrag) ist Aufgabe der einzelnen, die Bauleistung erbringenden Gesellschafter und fällt daher aus der Zuständigkeit der technischen Geschäftsführung heraus.
- 105 Weitergehende Zuständigkeiten als in der gewöhnlichen ARGE kommen der technischen Geschäftsführung beispielsweise nach § 25.12 S. 2 Dach-ARGE-Mustervertrag zu, wonach die technische Geschäftsführung die Nachunternehmerverträge auszufertigen hat. § 7.45 Dach-ARGE-Mustervertrag weist ihr das Zusammenstellen der Rechnungen und ihr Übersenden an den Auftraggeber zu; auch diese Zuständigkeit findet in der gewöhnlichen ARGE keine Entsprechung. Weil die Bauleitung nicht bei der Dach-ARGE, sondern bei den einzelnen Gesell-

²⁸⁶ So Burchardt/Pfülb/Burchardt Vorbem. zu §§ 7, 8 Rn. 49.

²⁸⁷ BGH Urt. v. 8.10.1991 – XI ZR 64/90, NJW 1992, 618; Palandt/Sprau BGB § 714 Rn. 4.

²⁸⁸ So MüKoBGB/Schäfer § 714 Rn. 30 mwN.

²⁸⁹ So Palandt/Sprau BGB § 714 Rn. 4 mwN.

²⁹⁰ MüKoBGB/Schäfer § 714 Rn. 28; jedenfalls missverständlich Burchardt/Pfülb/Burchardt Vorbem. zu §§ 7, 8 Rn. 47.

²⁹¹ Scheef BauR 2004, 1079 (1080).

²⁹² Baumbach/Hopt/Roth HGB § 126 Rn. 5, 11.

²⁹³ Baumbach/Hopt/Roth HGB § 126 Rn. 6.

²⁹⁴ MüKoBGB/Schäfer § 709 Rn. 32; Baumbach/Hopt/Roth HGB § 110 Rn. 19.

²⁹⁵ MüKoBGB/Schäfer § 709 Rn. 33; aA MHDB GesR I/Mantler/Noreisch § 26 Rn. 45 („Entgelt im Sinne der Kostenerstattung“).

²⁹⁶ Burchardt/Pfülb Anh. I 3.2 (S. 1099).

²⁹⁷ Burchardt/Pfülb/Pfülb/Burchardt § 10 Rn. 14.

schaftern liegt, wird das Weisungsrecht der technischen Geschäftsführung gegenüber der Bauleitung in der gewöhnlichen ARGE (§ 9.11 ARGE-Mustervertrag) auf die allgemeine Verantwortlichkeit für die ordnungsgemäße technische Durchführung des Bauvorhabens (§ 7.1 S. 2 [Dach-] ARGE-Mustervertrag) zurückgeführt und gleichzeitig um die Pflicht ergänzt, bei Bedarf einen Bauleiter zu bestellen (§ 7.1 S. 3 Dach-ARGE-Mustervertrag). Kosten des Bauleiters sind mit der Vergütung der technischen Geschäftsführung abgegolten (§ 10.1 Dach-ARGE-Mustervertrag), wenn sich die Gesellschafter nicht abweichend einigen. Damit hat die technische Geschäftsführung nur geringe Anreize, auf ihre Kosten tatsächlich einen Bauleiter einzusetzen. Eine besondere Vergütungsregelung wird sich daher in aller Regel empfehlen, sobald sich Bedarf für einen Bauleiter abzeichnet.²⁹⁸

Aus der umfassenden Zuständigkeit der technischen Geschäftsführung zur Vertretung der (Dach-)ARGE gegenüber dem Auftraggeber folgt, dass sie auch bei der Abnahme bauvertraglicher Leistungen anwesend ist (§ 7.44 Dach-ARGE-Mustervertrag). Dabei sind Beteiligung und Zustimmung des betroffenen Einzellosen sicherzustellen (§ 25.217 Abs. 1 S. 2 Dach-ARGE-Mustervertrag). Auch im Falle von Kürzungen oder Änderungen durch den Auftraggeber hat die technische Geschäftsführung das betroffene Los einzuschalten (§ 25.216 Dach-ARGE-Mustervertrag). Zur Vertretung der Dach-ARGE gegenüber sich selbst (also dem mit der technischen Geschäftsführung betrauten Gesellschafter) bedarf die technische Geschäftsführung der Ermächtigung durch die Aufsichtsstelle (§ 25.211 Dach-ARGE-Mustervertrag), in der eine Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB liegt.

ccc) Kaufmännische Geschäftsführung. Für die ordnungsgemäße Erledigung der kaufmännischen Angelegenheiten der ARGE und für die Vertretung in kaufmännischen Angelegenheiten gegenüber Dritten – nicht gegenüber dem Auftraggeber (→ Rn. 101) – ist die kaufmännische Geschäftsführung verantwortlich. Sie wird im ARGE-Vertrag einem Gesellschafter übertragen.

(1) Bestellung und Abberufung. Wie auch die technische (→ Rn. 99) wird die kaufmännische Geschäftsführung im Gesellschaftsvertrag bestellt. Ihr Amt kann einseitig nur aus wichtigem Grund beendet werden (→ Rn. 99).

(2) Zuständigkeiten. Der kaufmännischen Geschäftsführung obliegt die ordnungsgemäße Durchführung sämtlicher kaufmännischen Arbeiten der ARGE unter Beachtung aller einschlägigen Gesetze und Bestimmungen, die Einhaltung des ARGE-Vertrags und der Beschlüsse der Aufsichtsstelle in kaufmännischer Hinsicht (§ 8.1 S. 2 ARGE-Mustervertrag). Ihre Vertretungsbefugnis bleibt hinter ihrer Zuständigkeit im Innenbereich zurück, weil die Vertretung der ARGE gegenüber dem Auftraggeber umfassend in der Hand der technischen Geschäftsführung liegt (→ Rn. 101). Die kaufmännische Geschäftsführung ist zur Vertretung in kaufmännischen Belangen nur gegenüber Dritten berufen (§ 8.2 ARGE-Mustervertrag).

§ 8.4 ARGE-Mustervertrag nennt als Gegenstände der kaufmännischen Geschäftsführung beispielhaft die Überwachung aller kaufmännischen baustellenbezogenen Arbeiten, den Behördenverkehr und die Kontenverwaltung, die Buchführung, Einkauf und Materialverwaltung, die Ausfertigung des ARGE-Vertrags und Steuerangelegenheiten. §§ 8.5 bis 8.9 ARGE-Mustervertrag machen der kaufmännischen Geschäftsführung nähere Vorgaben, wie sie ihre Aufgaben zu erledigen hat. Die Verpflichtung, die anderen Gesellschafter über alle wesentlichen kaufmännischen Geschäftsvorfälle zu unterrichten (§ 8.8 Abs. 1 ARGE-Mustervertrag), ermöglicht es der Aufsichtsstelle, die Gelegenheit an sich zu ziehen (→ Rn. 82).

(3) Vergütung. Die kaufmännische Geschäftsführung erhält einen festen Anteil des Umsatzes als Vergütung (§ 10.12 ARGE-Mustervertrag, → Rn. 103). Damit sind Aufwendungen für Buchhaltung und Zahlungsverkehr mit abgegolten.

(4) Besonderheiten in der Dach-ARGE. In der Dach-ARGE gelten für die kaufmännische Geschäftsführung nur wenige Besonderheiten. Der Zuständigkeitskatalog des § 8.4 Dach-ARGE-Mustervertrag ist um diejenigen Aufgaben bereinigt, die – wie Einkauf, Materialverwaltung oder Lohnbuchhaltung (§§ 8.45, 8.46 ARGE-Mustervertrag) – nicht bei der ARGE, sondern unmittelbar bei ihren Gesellschaftern liegen. § 25.211 Dach-ARGE-Mustervertrag gestattet demjenigen Gesellschafter, der die technische Geschäftsführung innehat, die Vertretung der Dach-ARGE gegenüber sich selbst nur mit Ermächtigung durch die Aufsichtsstelle.

²⁹⁸ Vgl. Burchardt/Pfülb/Burchardt § 7 Rn. 81.

- 113 ddd) Bauleitung.** Die Bauleitung ist in mancher Hinsicht der Gegenpol zur Aufsichtsstelle: Sie ist weisungsgebunden und hat unter den (in § 5 ARGE-Mustervertrag so bezeichneten) Organen die geringsten Befugnisse, aber wegen ihrer Anwesenheit auf der Baustelle die größte Nähe zum Baugeschehen und damit praktisch erheblichen Einfluss.²⁹⁹ Da die Bauleitung mit Gesellschaftsfremden besetzt ist (→ Rn. 114), ist sie kein Organ im gesellschaftsrechtlichen Sinn. Ihre Vertretungsbefugnisse sind daher rechtsgeschäftlicher, nicht organschaftlicher Art (→ Rn. 78 f.).
- 114 (1) Bestellung und Abberufung.** Unter der Bauleitung versteht § 9.2 ARGE-Mustervertrag zwei Personen, den technischen und den kaufmännischen Bauleiter. Die schon auf Ebene der Geschäftsführung angelegte Aufteilung in zwei Bereiche setzt sich damit auf Ebene der Bauleitung fort. Technischer und kaufmännischer Bauleiter sind in aller Regel keine Gesellschafter, sondern, wie § 9.2 ARGE-Mustervertrag mit „von ...“ andeutet, Mitarbeiter eines Gesellschafters. Notwendig ist das allerdings nicht; zum Bauleiter können beliebige Personen bestellt werden.
- 115** Die **Bestellung** der Bauleiter und ihrer Vertreter erfolgt durch Benennung im ARGE-Vertrag. Lassen die Gesellschafter dort alle oder einzelne Positionen offen, sind die Bauleiter nachträglich zu benennen. Dabei wird es sich in aller Regel um eine Geschäftsführungsmaßnahme handeln, wenn und weil die Gesellschafter der Benennung nicht die Bestandskraft eines formellen Bestandteils des Gesellschaftsvertrags verleihen wollen.³⁰⁰ Eine solche nachträgliche Benennung durch die Aufsichtsstelle bedarf daher nicht der Zustimmung aller Gesellschafter nach § 6.8 Abs. 1 ARGE-Mustervertrag (→ Rn. 93). Technische und kaufmännische Geschäftsführung werden aufgrund ihrer Sachnähe meist „ihren“ jeweiligen Bauleiter stellen oder zumindest sachdienliche Vorschläge machen.³⁰¹ Ein formalisiertes Vorschlagsrecht haben sie indes nicht. Erst recht können sie nicht allein über die Bestellung entscheiden, soweit sie nicht von der Aufsichtsstelle dazu ermächtigt wurden.
- 116** Die **Abberufung** der Bauleiter und ihrer Vertreter lässt § 6.8 Abs. 2 ARGE-Mustervertrag nur aus wichtigem Grund (→ Rn. 99) zu und nur, wenn dies die übrigen Gesellschafter einstimmig beschließen. Diese Erschwerungen machen die Bauleitung ebenso abberufungsfest wie die Geschäftsführungen. Liegt die Bauleitung in den Händen eines Dritten, der nicht einmal bei einem der Gesellschafter beschäftigt ist, ist dieser organähnliche Abberufungsschutz nicht erforderlich. Denn es fehlt ein persönliches Interesse eines Gesellschafters, das eine Abweichung vom Grundsatz der jederzeit widerruflichen Vollmacht (§ 168 BGB) rechtfertigen würde.
- 117** Für einen solchen Bauleiter ist danach zu unterscheiden, ob seine Benennung einen echten Bestandteil des Gesellschaftsvertrags darstellt oder – wie meist bei nachträglicher Benennung – lediglich einen im Gesellschaftsvertrag verlautbarten Geschäftsführungsakt (→ Rn. 115). Ist die Bestellung materieller Gesellschaftsvertragsbestandteil, so kann sie nur im Wege der Änderung des Gesellschaftsvertrags, also mit Zustimmung aller Gesellschafter (§ 6.8 Abs. 1 ARGE-Mustervertrag) zurückgenommen werden. Bildet die Bestellung dagegen nur einen formellen Bestandteil des Gesellschaftsvertrags, kann sie im Wege der einfachen Geschäftsführungsentscheidung wieder zurückgenommen werden, ohne dass es der Zustimmung jedes Gesellschafters nach § 6.8 Abs. 1 ARGE-Mustervertrag bedürfte.
- 118 (2) Zuständigkeiten.** Die Bauleitung hat nach dem ARGE-Mustervertrag einen praktisch wichtigen, aber beschränkten Aufgabenbereich. Ihr obliegt die gesamte Durchführung des Bauauftrags. Dabei ist sie allerdings an die Weisungen der technischen und kaufmännischen Geschäftsführung gebunden (§ 9.11 S. 1 ARGE-Mustervertrag), die ihrerseits den Weisungen der Aufsichtsstelle zu folgen haben (→ Rn. 82). Die Bauleitung muss Berichts- und Meldepflichten (§§ 9.12, 9.13 ARGE-Mustervertrag) erfüllen, damit diese Weisungsrechte nicht leer laufen. Im Außenverhältnis hat die Bauleitung eine „Verhandlungsvollmacht“ über „Fragen örtlichen Charakters“ (§ 9.11 S. 2 ARGE-Mustervertrag). Damit sind nur Fragen geringer Reichweite gemeint,³⁰² über die die Bauleitung zudem nur verhandeln darf. Der Vertragsschluss liegt stets bei den Geschäftsführungen.³⁰³ Über Änderungen des Bauvertrags darf die Bauleitung gar nur mit

²⁹⁹ BeckHdB PersGes/Bärwaldt § 21 Rn. 62.

³⁰⁰ Zu bloß formellen Satzungsbestandteilen bei der GmbH Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack 22. Aufl. 2019, GmbHG § 53 Rn. 17.

³⁰¹ Burchardt/Pfülb/Burchardt/Pfülb § 10 Rn. 14 f.

³⁰² S. Burchardt/Pfülb/Burchardt/Pfülb § 9 Rn. 52.

³⁰³ S. Burchardt/Pfülb/Burchardt/Pfülb § 9 Rn. 17.

vorheriger Ermächtigung der Aufsichtsstelle verhandeln (§ 9.11 S. 3 ARGE-Mustervertrag). Im Übrigen kommt der Bauleitung eine Vielzahl von Einzelzuständigkeiten zu, die über den gesamten ARGE-Mustervertrag verstreut sind.³⁰⁴

Die Befugnisse der Bauleitung haben nur technischer und kaufmännischer Bauleiter **gemeinsam**. § 9.3 ARGE-Mustervertrag ordnet das für einen Teilbereich ausdrücklich an, indem er (rechtsgeschäftliche) Gesamtvertretungsmacht erteilt. Können sich technischer und kaufmännischer Bauleiter nicht einigen, muss die Handlung unterbleiben. **119**

(3) Vergütung. Anders als die technische und die kaufmännische Geschäftsführung (→ Rn. 103, 111) wird die Bauleitung nach dem ARGE-Mustervertrag nicht eigens vergütet. Die Kosten für die Bauleiter und ihre Vertreter haben daher diejenigen Gesellschafter zu tragen, die die jeweiligen Positionen besetzen. Sind dies – wie praktisch zumeist – diejenigen Gesellschafter, die gleichzeitig die zugehörige Geschäftsführung innehaben, so wird die Geschäftsführungsvergütung auch das Abstellen des Bauleiters mit umfassen. **120**

(4) Besonderheiten in der Dach-ARGE. Weil die Bauausführung in der Dach-ARGE im Verantwortungsbereich der einzelnen Gesellschafter liegt, benötigt die Dach-ARGE keine eigene Bauleitung (§ 9 S. 1 Dach-ARGE-Mustervertrag). Lediglich bei komplexen Bauvorhaben kann eine zusätzliche Abstimmung vor Ort erforderlich werden; dann hat die technische Geschäftsführung den Bauleiter zu stellen (§§ 7.1, 9 S. 2 Dach-ARGE-Mustervertrag). Anders als in der gewöhnlichen ARGE liegt auch die Abberufung des Bauleiters allein in der Hand der technischen Geschäftsführung. **121**

bb) Rechte und Pflichten der Gesellschafter. Mit der Stellung als Personengesellschafter ist ein Bündel von Rechten und Pflichten verknüpft, wobei Vermögens- und Verwaltungsrechte unterschieden werden. Zu den Vermögensrechten und -pflichten gehören insbesondere die Beitragspflicht (→ Rn. 123 ff.) und die Gewinn- und Verlustverteilung (→ Rn. 144 ff.). Die Verwaltungsrechte und -pflichten umfassen neben dem Stimmrecht (→ Rn. 88 ff.) vor allem die Geschäftsführung (→ Rn. 147) sowie Auskunfts- und Rechnungslegungsansprüche (→ Rn. 148). Die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht (→ Rn. 149) wirkt auf die Verwaltungsrechte und -pflichten ein. **122**

aaa) Beitragspflicht. Die Gesellschafter einer Personengesellschaft müssen Beiträge (im weiteren Sinn³⁰⁵) leisten, um die Erreichung des gemeinsamen Zwecks zu fördern (§ 705 BGB). Diese Beiträge umfassen zum einen vermögenswerte Leistungen (Beiträge im engeren Sinn), etwa die Einbringung von Sachen und die Leistung von Diensten (§ 706 Abs. 2, 3 BGB), zum anderen rein ideelle Leistungen wie die Beteiligung an der Geschäftsführung. Die Beiträge im engeren Sinn dürfen nicht gegen den Willen des Gesellschafters erhöht werden, § 707 BGB. **123**

(1) Gesellschafter- und Drittschulden. § 4.1 ARGE-Mustervertrag verpflichtet die Gesellschafter, „zur Erreichung des Gesellschaftszweckes ... Beiträge und Leistungen (z. B. Gestellung von Geldmitteln, Bürgschaften, Geräten, Stoffen, Personal – Personalgestellung jedoch nicht als einzige vertragliche Leistung) an die ARGE zu erbringen“. §§ 11 ff. ARGE-Mustervertrag sehen umfangreiche Regelungen der einzelnen Verpflichtungen vor. **124**

Nach den Vorstellungen der Mustervertragsverfasser werden die in § 4.1 ARGE-Mustervertrag genannten Leistungen auf Grundlage zweiseitiger schuldrechtlicher Rechtsgeschäfte als **Drittleistung** erbracht.³⁰⁶ Danach finden die Leistungspflichten ihren Rechtsgrund nicht im Gesellschaftsvertrag, sondern in einzelnen Bauverträgen bei Stoffen, in Mietverträgen über Geräte und in Personalüberlassungsverträgen. Diese Einzelverträge werden allerdings inhaltlich weitgehend durch den ARGE-Mustervertrag vorgegeben. Die Einordnung als Drittg Geschäft hat nicht lediglich konstruktive Bedeutung. Sie führt vielmehr dazu, dass die aus dem Geschäft erwachsenden Ansprüche auf Entgeltzahlung gegen die Gesellschaft unmittelbar gegen die Mitgesellschafter geltend gemacht werden können, ohne dass – wie regelmäßig bei Ansprüchen aus dem Gesellschaftsverhältnis – das Verbot der Beitragserhöhung (§ 707 BGB) entgegensteht.³⁰⁷ Der Gesellschafter braucht sich deshalb nicht auf seinen Anspruch gegen die Gesellschaft ver- **125**

³⁰⁴ Übersicht bei Burchardt/Pfülb/*Burchardt/Pfülb* § 9 Rn. 22 ff.

³⁰⁵ Zum Begriff MüKoBGB/*Schäfer* § 706 Rn. 2 f.

³⁰⁶ Sternchenfußnote zu § 4.1 ARGE-Mustervertrag; Freiberger Handbuch/*Ring/Burchardt* § 11 Rn. 204; *Hille BauR* 2014, 443.

³⁰⁷ BGH Urt. v. 1.12.1982 – VIII ZR 206/81, NJW 1983, 749; MüKoBGB/*Schäfer* § 705 Rn. 208 f.

weisen zu lassen, sondern kann seine Mitgesellschafter – unter Abzug seines Verlustanteils³⁰⁸ – unmittelbar in Anspruch nehmen.³⁰⁹

- 126 Nach dem ARGE-Mustervertrag erbringt der Gesellschafter seine Beiträge und Leistungen im Wege des Abschlusses schuldrechtlicher Verträge. Gesellschaftsvertraglich geschuldet ist der Vertragsschluss, schuldvertraglich geschuldet der Leistungsaustausch. Solche Mischformen sind gesellschaftsrechtlich beispielsweise aus der Fördergeschäftsbeziehung zwischen eingetragener Genossenschaft und Mitglied bekannt.³¹⁰ Hier wie dort darf die Gestaltungsfreiheit nicht dazu führen, sachlich gebotene Ergebnisse von konstruktiver Beliebigkeit abhängig zu machen.³¹¹ Da die Gesellschafter der ARGE nach § 4.1 ARGE-Mustervertrag Geld, Bürgschaften, Geräte, Stoffe und Personal als Beitrag schulden, haben diese Leistungen selbst dann ihren Ursprung im Gesellschaftsvertrag, wenn ein Schuldvertrag zwischengeschaltet wird. Diese Leistungen zu erbringen ist die zentrale Verpflichtung gegenüber der ARGE. Die Schuldverträge machen aus den gesellschaftsrechtlichen Beitragspflichten deshalb **keine echten Drittbeziehungen**.³¹² Sie bleiben nicht nur – wie alle Drittgeschäfte mit Gesellschaftern³¹³ – durch Treupflicht und Gleichbehandlungsgrundsatz gesellschaftsrechtlich überlagert,³¹⁴ sondern können ebenso wenig wie Ansprüche unmittelbar aus dem Gesellschaftsvertrag gegen die Mitgesellschafter durchgesetzt werden.³¹⁵
- 127 Der ARGE-Mustervertrag regelt zwar zahlreiche Einzelheiten der Leistungserbringung einschließlich der Entgeltkataloge, verhält sich aber nicht über **Umfang und Fälligkeit der Leistungen**. Hierzu bedarf es einer Anforderung durch die Aufsichtsstelle, durch eine Geschäftsführung oder durch die Bauleitung, die die geschuldete Leistung konkretisiert.³¹⁶ Sachlich begrenzt wird die Anforderungsfreiheit der ARGE in mehrfacher Hinsicht: Die Anforderung muss zur Erreichung des Gesellschaftszwecks, also zur Durchführung des Bauvorhabens, erforderlich sein,³¹⁷ muss den Grundsatz der Gleichbehandlung³¹⁸ und die Treubindungen berücksichtigen und schließlich das Beteiligungsverhältnis nach § 3 Abs. 1 ARGE-Mustervertrag wahren.
- 128 **(2) Einzelne Beitragspflichten.** Allen Gesellschafterleistungen ist gemein, dass sie auf dem **Kostendeckungsprinzip** beruhen. Danach werden den Gesellschaftern zunächst allein die ihnen eigens entstandenen Kosten vergütet, nicht aber die allgemeinen Geschäftskosten (§ 10.7 ARGE-Mustervertrag) und erst recht kein Gewinn.³¹⁹ Die Gewinnverteilung erfolgt erst aufgrund der Schlussbilanz (§ 8.6 Abs. 3 ARGE-Mustervertrag); alle früheren Ausschüttungen sind nur vorläufig (§ 11.25 ARGE-Mustervertrag).
- 129 Die erforderlichen **Geldmittel** werden nach § 11.1 ARGE-Mustervertrag von der kaufmännischen Geschäftsführung angefordert. Entscheidet sich die Aufsichtsstelle für eine Fremdfinanzierung, so sind keine Mittel von den Gesellschaftern anzufordern.³²⁰ Verfügbare und nicht anderweit benötigte Gelder sind nach § 11.2 ARGE-Mustervertrag zu verwenden, letztlich also an die Gesellschafter auszubezahlen. Zu den von den Gesellschaftern zu stellenden **Bürgschaft-**

³⁰⁸ BGH Urt. v. 1.12.1982 – VIII ZR 206/81, NJW 1983, 749.

³⁰⁹ RG Urt. v. 16.6.1914 – III 37/13, RGZ 85, 157 (162); RG Urt. v. 5.1.1937 – II 182/36, RGZ 153, 305 (311 f.); BGH Urt. v. 1.12.1982 – VIII ZR 206/81, NJW 1983, 749; MüKoBGB/Schäfer § 705 Rn. 209.

³¹⁰ Beuthien/Beuthien 16. Aufl. 2018, GenG § 18 Rn. 13.

³¹¹ Beuthien/Beuthien 16. Aufl. 2018, GenG § 18 Rn. 15.

³¹² So ausf. auch Kotte S. 110 ff. mwN; anders wohl OLG Hamm Urt. v. 7.6.2019 – I-12 U 101/18, BeckRS 2019, 11999 Rn. 45 („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.“), allerdings für § 24.2 Dach-ARGE-Mustervertrag.

³¹³ MüKoBGB/Schäfer § 705 Rn. 209.

³¹⁴ So OLG Frankfurt a. M. Urt. v. 24.11.2005 – 1 U 19/05, NZBau 2006, 376; BeckHdB PersGes/Bärwaldt § 21 Rn. 17; MHdB GesR I/Mantler/Noreisch § 26 Rn. 34; ähnlich Weitze S. 73 f.; wohl auch Messerschmidt/Thierau NZBau 2007, 205 (207); für echte Dritteleistungen dagegen OLG Hamm Urt. v. 11.5.2000 – 27 U 94/99, NZBau 2001, 28 (29); Hille BauR 2014, 443 ff.; wohl auch OLG Schleswig Urt. v. 12.1.2001 – 1 U 13/00, NZG 2001, 796 (798).

³¹⁵ So auch Kotte S. 175 f.

³¹⁶ Freiberger Handbuch/Ring/Burchardt § 11 Rn. 205; MHdB GesR I/Mantler/Noreisch § 26 Rn. 36; allg. MüKoBGB/Schäfer § 706 Rn. 19.

³¹⁷ Freiberger Handbuch/Ring/Burchardt § 11 Rn. 203; MHdB GesR I/Mantler/Noreisch § 26 Rn. 36.

³¹⁸ Freiberger Handbuch/Ring/Burchardt § 11 Rn. 209.

³¹⁹ Freiberger Handbuch/Ring/Burchardt § 11 Rn. 207.

³²⁰ S. Freiberger Handbuch/Ring/Burchardt § 11 Rn. 210.

ten zählen solche für vorläufige Auszahlungen (§ 11.25 ARGE-Mustervertrag) und solche gegenüber Dritten, beispielsweise dem Auftraggeber oder Banken (§ 20 ARGE-Mustervertrag).

Geräte werden in aller Regel nach Festlegung der Aufsichtsstelle von den Gesellschaftern angemietet (§ 14.21 ARGE-Mustervertrag), nur in Ausnahmefällen gekauft (§ 14.24 ARGE-Mustervertrag). **Stoffe** sind Ver- und Gebrauchsstoffe (§§ 13.11, 13.12 ARGE-Mustervertrag); sie werden durch Kauf von Dritten oder von den Gesellschaftern im Wettbewerb beschafft (§ 13.21 ARGE-Mustervertrag).³²¹ **Personal** stellen die Gesellschafter der ARGE im Wege der Abordnung oder der Freistellung zur Verfügung (§ 12.2 ARGE-Mustervertrag).³²² Bei der Abordnung besteht das Arbeitsverhältnis mit dem Gesellschafter fort, die ARGE übt allerdings das arbeitsvertragliche Direktionsrecht aus.³²³ Die Abordnung unterfällt grundsätzlich dem Gesetz zur Regelung der gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung (AÜG), ist aber nach der Arbeitsgemeinschaftsklausel des § 1 Abs. 1a AÜG in aller Regel nicht erlaubnispflichtig.³²⁴ Bei der Freistellung dagegen ruht das Arbeitsverhältnis mit dem Gesellschafter, während die ARGE ein eigenes Arbeitsverhältnis mit dem Arbeitnehmer begründet (§ 12.23 ARGE-Mustervertrag).

(3) Leistungsstörungen. Die geordnete Leistungserbringung gegenüber dem Auftraggeber wird häufig davon abhängen, dass die einzelnen Gesellschafter ihre ineinandergreifenden Leistungspflichten ordnungsgemäß erfüllen. Der ARGE-Mustervertrag verleiht diesen für die ARGE entscheidenden Pflichten durch ein dreigestuftes System scharfer Sanktionen Nachdruck. Werden Geldmittel oder Bürgschaften binnen schriftlich gesetzter Nachfrist nicht geleistet, schuldet der säumige Gesellschafter nach § 4.2 ARGE-Mustervertrag **verschuldensunabhängig Ausgleichszahlungen**. Die für Geldschulden ohnehin aufgrund § 276 Abs. 1 S. 1 BGB geltende Garantiehafung³²⁵ wird damit auch auf die Verletzung der Pflicht, Bürgschaften zu stellen, ausgedehnt.

Tritt ein unbilliges Missverhältnis zwischen geschuldeter und erbrachter Leistung ein, gestattet § 4.3 ARGE-Mustervertrag die **Änderung des Beteiligungsverhältnisses** zu Lasten des pflichtvergessenen Gesellschafters. Diese Änderung setzt kein Verschulden voraus,³²⁶ kann neben die Ausgleichszahlungen (→ Rn. 131) treten und auch gegen die Stimme des betroffenen Gesellschafters beschlossen werden. Zudem müssen Einwände gegen diese Maßnahme binnen Monatsfrist (schieds-)gerichtlich geltend gemacht werden; bei Fristversäumung kann der betroffene Gesellschafter das neue Beteiligungsverhältnis nicht mehr angreifen. Eine verringerte Beteiligung bedeutet freilich stets auch eine geringere Teilhabe an möglichen Verlusten der ARGE.³²⁷

Härteste Sanktion schließlich ist der **Ausschluss des Gesellschafters** aus der ARGE. Ein dafür erforderlicher wichtiger Grund kann nach § 23.31 ARGE-Mustervertrag auch darin liegen, dass der Gesellschafter wesentlichen Verpflichtungen nicht oder nicht gehörig nachkommt, obwohl er schriftlich in Verzug gesetzt wurde. Der Beschluss ist von den übrigen Gesellschaftern einstimmig zu fassen.

Die im Mustervertrag vorgesehenen Rechtsfolgen von Leistungsstörungen treten neben die **gesetzlichen Folgen**. So bleibt es den Gesellschaftern nach § 4.4 ARGE-Mustervertrag unbenommen, vom säumigen Gesellschafter Pflichterfüllung zu verlangen und über die Ausgleichszahlung hinausgehenden Schadensersatz zu fordern. Solcher Schadensersatz setzt allerdings ein – nach § 280 Abs. 1 S. 2 BGB vermutetes – Verschulden des Gesellschafters voraus, für das nach dem Einleitungstext des ARGE-Mustervertrags der Haftungsmaßstab des § 276 BGB unter Ausschluss leichter Fahrlässigkeit gilt. Die Schärfe der gesellschaftsvertraglich vorgesehenen Sanktionen wird das gesetzliche Leistungsstörungsrecht allerdings regelmäßig in den Hintergrund treten lassen. Die umstrittene Anwendbarkeit der §§ 323 ff. BGB auf die Beitragsleistung ist daher in aller Regel nicht entscheidend.³²⁸ Sie wird sich für Drittgeschäfte aufgrund Gesellschaftsvertrags (→ Rn. 126) sehr viel leichter bejahen lassen als für echte Beitragspflichten, weil klarer bestimmbar ist, welche Leistungen miteinander im Gegenseitigkeitsverhältnis stehen, und weil selbst die vollständige Rückabwicklung eines solchen Austauschverhältnisses den Bestand der Gesellschaft unberührt lässt.

³²¹ Dazu *Zerhusen/Nieberding* BauR. 2006, 296 (301 und 304).

³²² Näher *Schwab* NZA-RR 2008, 169.

³²³ *Freiberger Handbuch/Ring/Burchardt* § 11 Rn. 223.

³²⁴ Näher *Boewer* DB 1982, 2033; *Freiberger Handbuch/Ring/Burchardt* § 11 Rn. 222 ff.; *Greeve* NZBau 2001, 525; *Knigge* DB 1982 Beil. 4, 1 ff.

³²⁵ *Palandt/Grüneberg* BGB § 276 Rn. 28.

³²⁶ Zur Wirksamkeit der Regelung (verneinend) *Koebler/Schwärzel-Peters* DStR 1996, 1734 (1737).

³²⁷ *BeckHdB PersGes/Bärwaldt* § 21 Rn. 77; *Koebler/Schwärzel-Peters* DStR 1996, 1734 (1736).

³²⁸ Zum Streit *MüKoBGB/Schäfer* § 706 Rn. 25; *Kotte* S. 160 ff.

- 135 (4) Besonderheiten in der Dach-ARGE. (a) Anpassung der für die gewöhnliche ARGE geltenden Regeln.** Die **Beitragspflichten** in der Dach-ARGE entsprechen ihrer Struktur nach denjenigen in der gewöhnlichen ARGE (→ Rn. 124 ff.). Die Gesellschafter schulden neben Geldmitteln und Bürgschaften vor allem Werkvertragsleistungen (§ 4.1 Dach-ARGE-Mustervertrag), die sie im Wege eigenständiger Nachunternehmerverträge erbringen (§ 25.11 Dach-ARGE-Mustervertrag). Die Nachunternehmerverträge zwischen ARGE und jeweiligem Mitglied sind bereits im ARGE-Vertrag enthalten. Sie werden deshalb zeitgleich geschlossen und sind allenfalls noch einmal auszufertigen (s. §§ 25.11, 25.12 Dach-ARGE-Mustervertrag).³²⁹ Sie werden ebenso wie die Austauschverträge mit den Gesellschaftern in der gewöhnlichen ARGE (→ Rn. 126) gesellschaftsrechtlich überlagert und sind keine echten Drittgeschäfte. Die Beitragspflichten sind bereits im Zeitpunkt des ARGE-Vertragsschlusses abschließend bestimmt und brauchen daher nicht erst durch Abruf (→ Rn. 127) konkretisiert zu werden. §§ 12–14 ARGE-Mustervertrag finden im Dach-ARGE-Mustervertrag keine Entsprechung, weil die Gesellschafter außerhalb der Nachunternehmerverträge kein Personal zu stellen, keine Geräte zu vermieten und keine Stoffe zu verkaufen haben.
- 136** Im Gegensatz zur gewöhnlichen ARGE bemessen sich die einzelvertraglichen Vergütungen der Gesellschafter nicht nach dem Kostendeckungsprinzip. Die Gesellschafter erzielen aus den Nachunternehmerverträgen vielmehr **Gewinn**; die Dach-ARGE selbst ist darauf angelegt, ergebnisneutral zu arbeiten.³³⁰ Die Rechtsfolgen von **Leistungsstörungen** sind zunächst dieselben wie bei jedem anderen Nachunternehmervertrag. Der Dach-ARGE-Mustervertrag gestattet es zudem in § 23.31, den Gesellschafter aus wichtigem Grund aus der ARGE auszuschließen, was gleichzeitig ein Kündigungsrecht für den Nachunternehmervertrag gibt (§ 25.136 Dach-ARGE-Mustervertrag). Dagegen sind weder verschuldensunabhängige Ausgleichszahlungen (→ Rn. 131) noch eine Änderung des Beteiligungsverhältnisses (→ Rn. 132) vorgesehen. Da das endgültige Beteiligungsverhältnis der Gesellschafter untereinander erst nach Abrechnung der Einzellose ermittelt wird (§ 3 Abs. 3 Dach-ARGE-Mustervertrag, → Rn. 146), hielten die Mustervertragsverfasser weitere Sanktionen für nicht erforderlich.³³¹
- 137 (b) Der Dach-ARGE eigene Regelungsprobleme.** Ein zentrales Regelungsproblem im Bereich der Beitragspflichten in der Dach-ARGE ist das der **Schnittstellen**.³³² Die Dach-ARGE beschränkt sich ihrer Konzeption nach auf eine Bündelung der von den Gesellschaftern als Nachunternehmern selbständig erbrachten Teilleistungen. Sicherzustellen ist daher zum einen, dass zwischen den Pflichten der Gesellschafter gegenüber der ARGE und den Pflichten der ARGE gegenüber dem Auftraggeber keine Lücke zu Lasten der ARGE verbleibt. Solche Lücken drohen etwa durch auseinanderfallende Leistungsverpflichtungen, Verjährungsfristen für Mängelansprüche oder Haftungsmaßstäbe (→ Rn. 138 ff.). Ein zweites Schnittstellenproblem stellt sich im Innenverhältnis zwischen den Gesellschaftern, weil ein Ausgleich zwischen den Interessen des einzelnen Gesellschafter-Nachunternehmers und der ARGE insgesamt gefunden werden muss (→ Rn. 141 f.). Drittens schließlich können sich in der Dach-ARGE Regelungsprobleme daraus ergeben, dass die Gesellschafter zwar gegenüber dem Auftraggeber gesamtschuldnerisch haften, ihre Unternehmen aber selbst nur einen Teil der geschuldeten Leistungen erbringen können (→ Rn. 143).
- 138** Um einen **Gleichlauf zwischen den Verpflichtungen der ARGE und denjenigen ihrer Gesellschafter** zu ermöglichen, sollten die Leistungspflichten der Gesellschafter möglichst nicht abschließend bis ins einzelne, sondern funktional beschrieben werden (→ Rn. 224 ff.).³³³ § 25.132 Dach-ARGE-Mustervertrag setzt die Haftungsbeschränkung aus dem Einleitungstext des Mustervertrags (→ Rn. 134) für das Nachunternehmerverhältnis außer Kraft, so dass insoweit im Innenwie im Außenverhältnis derselbe Haftungsmaßstab gilt. Die Abnahme seines Werks kann der Nachunternehmer erst verlangen, wenn das Gesamtwerk der ARGE durch den Auftraggeber abgenommen wird (§ 25.217 Dach-ARGE-Mustervertrag). Unabdingbare Rechte wie dasjenige auf Leistung einer Bauhandwerkersicherung gegen Erstattung der dafür üblichen Kosten (§ 650f BGB) stehen allerdings auch dem Gesellschafter-Nachunternehmer gegenüber seiner ARGE zu.³³⁴

³²⁹ Krit. *Messerschmidt/Thierau* NZBau 2007, 205 (207).

³³⁰ Burchardt/Pfüll/*Burchardt* Dach-ARGE-Vertrag § 25 Rn. 52.

³³¹ Burchardt/Pfüll/*Burchardt* § 4 Rn. 70.

³³² *Langen* JbBauR 1999, 65 (71 ff.).

³³³ *Langen* JbBauR 1999, 65 (75 f.).

³³⁴ KG Urt. v. 17.12.2004 – 7 U 168/03, BauR 2005, 1035; *Diehr* ZfBR 2004, 3 (5 ff.); *Krause-Allenstein* BauR 2007, 617 (627).

Das möglichst vollständige Weiterreichen der Risiken aus dem Bauvertrag mit dem Auftraggeber an die Gesellschafter der ARGE wird häufig an der **Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen** nach §§ 305 ff. BGB scheitern, wenn diese Vorschriften Anwendung finden. So ist beispielsweise die bis zur Abnahme des Gesamtwerks hinausgezögerte Abnahme (→ Rn. 138) in gewöhnlichen Nachunternehmerverträgen unwirksam.³³⁵ Der **ARGE-Vertrag** selbst unterliegt als gesellschaftsrechtlicher Vertrag nach § 310 Abs. 4 BGB keiner Inhaltskontrolle.³³⁶ **139**

Der **Nachunternehmervertrag** mit dem Gesellschafter dagegen ist kein Vertrag auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts, sondern ein Bauvertrag. Er unterliegt gleichwohl nicht der Inhaltskontrolle, weil es an der AGB-typischen Übermacht einer Seite und der damit verbundenen drohenden Benachteiligung der anderen Seite³³⁷ fehlt. Die Gesellschafter der ARGE haben sich vielmehr zusammengeschlossen, um einen gemeinsamen Zweck zu erreichen (→ Rn. 40). Ihre Interessen sind also zumindest idealtypisch nicht einander entgegengesetzt. Der Gleichlauf der Interessen wird durch den Einfluss abgesichert, den jeder einzelne Gesellschafter über die Aufsichtsstelle auf die ARGE hat (→ Rn. 82). Diese Gesichtspunkte, die hinter § 310 Abs. 4 BGB stehen, beanspruchen auch für die Nachunternehmerverträge Geltung, weil durch sie die gesellschaftsvertraglichen Beitragspflichten erfüllt werden und so der Gesellschaftszweck unmittelbar verwirklicht wird (→ Rn. 126).³³⁸ Solange die Nachunternehmerverträge der Erfüllung der Beitragspflichten dienen, kommt es für die AGB-Kontrolle nicht darauf an, ob die Vertragsbedingungen im Einzelnen im ARGE-Vertrag vorgegeben sind.³³⁹ Die Doppelstellung als Gesellschafter und Nachunternehmer ermöglicht damit Regelungen, die in gewöhnlichen Nachunternehmerverträgen unzulässig wären.³⁴⁰ **140**

Dem **Ausgleich zwischen den Individualinteressen der Gesellschafter und denen der ARGE** dienen insbesondere die in § 25.2 Dach-ARGE-Mustervertrag formulierten gesellschaftsvertraglichen Grundsätze der Zusammenarbeit. So treffen die Folgen einer nicht ordnungsgemäßen, nicht rechtzeitigen oder mangelhaften Vertragserfüllung im Innenverhältnis allein denjenigen Gesellschafter, aus dessen Risikobereich sie stammen (§ 25.225 Abs. 2 Dach-ARGE-Mustervertrag). Sind mehrere Lose betroffen, richtet sich die Haftung im Innenverhältnis zunächst nach dem Verschulden der Parteien und nur im Falle einer Haftung ohne Verschulden nach den Verursachungsbeiträgen (§ 25.225 Abs. 4 Dach-ARGE-Mustervertrag). Das Beteiligungsverhältnis nach § 3 Abs. 1 Dach-ARGE-Mustervertrag kommt für den Innenausgleich nur zum Zuge, wenn kein anderer Maßstab greift (auch → Rn. 159).³⁴¹ Hat ein Gesellschafter seine nach allgemeinen Grundsätzen bestehende Pflicht verletzt, die (mangelhafte) frühere Leistung eines anderen Gesellschafters zu prüfen, so fällt der sich daraus ergebende Schaden in den Verantwortungsbereich beider Gesellschafter. **141**

Rechnungen samt Nachtragsrechnungen sind über die technische Geschäftsführung an den Auftraggeber weiterzureichen (§ 25.214 Dach-ARGE-Mustervertrag). So wird vermieden, dass ein Gesellschafter unter Wahrung eigener Interessen zum Nachteil einzelner Mitgesellschafter oder der gesamten ARGE unmittelbar mit dem Auftraggeber verhandelt.³⁴² Über die gerichtliche Durchsetzung von Forderungen entscheidet die Aufsichtsstelle (§ 25.221 Dach-ARGE-Mustervertrag), weil es im Interesse der Dach-ARGE liegen kann, bestimmte Forderungen nicht geltend zu machen. Hier steht also die gesellschaftsrechtliche Stellung des leistungserbringenden Unternehmens, nicht seine Stellung als Nachunternehmer im Vordergrund.³⁴³ Gegen die Dach-ARGE kann der Gesellschafter eigene Ansprüche bis zur Schlusszahlung bzw. Schlussrechnungserklärung des Auftraggebers nicht gerichtlich geltend machen (§ 25.221 Abs. 2). Eine zuvor **142**

³³⁵ BGH Urt. v. 10.10.1996 – VII ZR 224/95, NJW 1997, 394 (395).

³³⁶ Kotte S. 186; *Wölfling-Hamm* BauR 2005, 228 (232); im Ergebnis auch OLG München Urt. v. 1.3.2000 – 7 U 5573/99, BauR 2002, 1409 (1410).

³³⁷ Ausf. zum Sinn und Zweck der AGB-Kontrolle *Beck* „Fragerecht“ und „Recht zur Lüge“, 2004, S. 123 ff. mwN.

³³⁸ S. BGH Urt. v. 11.11.1991 – II ZR 44/91, NJW-RR 1992, 379; MüKoBGB/*Basedow* § 310 Rn. 126; s. auch OLG Frankfurt a. M. Urt. v. 19.12.2017 – 5 U 149/16, BauR 2019, 259 (262).

³³⁹ Burchardt/Pfülb/*Burchardt* Dach-ARGE-Vertrag § 25 Rn. 139 f.; wohl enger *Messerschmidt/Thierau* NZBau 2007, 205 (208).

³⁴⁰ *Langen* JbBauR 1999, 65 (89) (zum Abnahmebeispiel); im Ergebnis auch *Peters* NZBau 2007, 337 (343) (zur Verjährung).

³⁴¹ OLG Köln Urt. v. 30.10.2015 – 19 U 20/15, BeckRS 2016, 16770 Rn. 81, 84.

³⁴² *Langen* JbBauR 1999, 65 (84).

³⁴³ Näher *Langen* JbBauR 1999, 65 (85 ff.).

erhobene Klage ist wegen dieses pactum de non petendo als zur Zeit unzulässig abzuweisen.³⁴⁴ Dieser befristete Durchsetzungsverzicht gilt auch nach Ausscheiden des Gesellschafters aus der Dach-ARGE, weil die Dach-ARGE in keinem Fall Klagen ausgesetzt sein soll, bevor sie bereits selbst Ansprüche gegen den Auftraggeber geltend machen kann.³⁴⁵

143 Das **Auseinanderfallen der Verpflichtungen im Innen- und im Außenverhältnis** kann weitere Fragen aufwerfen. Scheidet etwa ein Unternehmer infolge Insolvenz aus der Dach-ARGE aus, steht in Frage, ob der Auftraggeber mahnen und Frist setzen muss, obwohl ihm bekannt ist, dass innerhalb der Dach-ARGE jeder Gesellschafter nur einen abgegrenzten Teil der Gesamtleistung erbringen kann. Das wird zu bejahen sein, weil die Rest-ARGE die ausgefallenen Leistungen in aller Regel am Markt von Nachunternehmern beschaffen kann. Dürfen – wie nach § 4 Abs. 8 Nr. 1 VOB/B – Leistungen nur mit Zustimmung des Auftraggebers an Nachunternehmer vergeben werden, wird der Auftraggeber in solchen Fällen regelmäßig zur Zustimmung verpflichtet sein. – Mit der Auftragserteilung an eine Dach-ARGE wird die Genehmigung, die nach § 4 Abs. 8 Nr. 1 VOB/B schon für den Abschluss von Nachunternehmerverträgen mit den Gesellschaftern erforderlich ist, stillschweigend erteilt.³⁴⁶

144 **bbb) Gewinn- und Verlustbeteiligung. (1) Gewöhnliche ARGE.** Der Gewinn- und Verlustverteilung schenkt der ARGE-Mustervertrag nur wenig Raum. Sie erfolgt abschließend erst, wenn die **Schlussbilanz** vorliegt, also erst nach Abwicklung aller Geschäftsvorfälle nach Beendigung des Bauvorhabens (§ 8.6 Abs. 3 ARGE-Mustervertrag). Zu diesem Zeitpunkt werden aber letztlich nur die bereits verteilten Gewinne oder Verluste bilanziert, denn freie Liquidität ist nach § 11.25 ARGE-Mustervertrag fortlaufend an die Gesellschafter auszuschütten und ihren Finanzierungsbedarf kann die ARGE stets durch die Anforderung der erforderlichen Geldmittel von den Gesellschaftern sicherstellen, § 11.1 ARGE-Mustervertrag (→ Rn. 129). **Maßstab** der Gewinn- und Verlustverteilung ist das in § 3 Abs. 1 ARGE-Mustervertrag festgeschriebene Beteiligungsverhältnis der Gesellschafter untereinander. Nach diesem Verhältnis richten sich auch die Rechte und Pflichten der Gesellschafter, so dass es letztlich das Verhältnis der Beiträge der Gesellschafter zueinander abbilden muss. Wurde im ARGE-Vertrag kein Beteiligungsverhältnis wirksam vereinbart, so werden Gewinn und Verlust gemäß § 722 BGB nach Köpfen verteilt.³⁴⁷ Ist die ARGE OHG, wird vorab ein Teil der Kapitalanteile ausgeschüttet (§ 121 HGB).

145 Die **vorläufige Ausschüttung** freier Mittel an die Gesellschafter steht nach § 11.25 ARGE-Mustervertrag unter dem Vorbehalt der jederzeitigen Rückforderung. Die Vorschrift soll den Gesellschaftern lediglich den Vorteil verschaffen, mit von der ARGE nicht benötigten Mitteln möglichst weitgehend wirtschaften zu können. Sie soll aber keine Vorauszahlung auf einen letztlich möglicherweise gar nicht entstehenden Gewinn bewirken.³⁴⁸ Auf Verlangen auch nur eines Gesellschafters sind die vorläufig ausgeschütteten Beträge durch **Bürgschaft** zu besichern, um die ARGE und damit letztlich die Mitgesellschafter vom Risiko zu entlasten, dass der Gesellschafter den empfangenen Betrag später nicht zurückzahlen kann. In früheren Fassungen des § 11.25 ARGE-Mustervertrag war unklar, ob die Bürgschaft auch – und bejahendenfalls in welcher Höhe – einen Auseinandersetzungsanspruch gegen einen früheren Gesellschafter sichert, der insolvenzbedingt aus der ARGE ausgeschieden ist.³⁴⁹ Diese Unklarheit wurde mit der Fassung 2005 des ARGE-Mustervertrags ausgeräumt.³⁵⁰ Nach der seither wörtlich vorgegebenen Bürgschaftserklärung ist auch der Auseinandersetzungsanspruch Gegenstand der Bürgschaft, allerdings nur in Höhe des nach § 11.25 ARGE-Mustervertrag an den Gesellschafter ausgeschütteten Betrags. Im Einzelfall kann es sich empfehlen, nach der Schlussbilanz bestehende Verlustausgleichsansprüche der ARGE durch Bürgschaften der Gesellschafter abzusichern.³⁵¹

³⁴⁴ OLG Hamm Ur. v. 7.6.2019 – I-12 U 101/18, BeckRS 2019, 11999 Rn. 33.

³⁴⁵ OLG Hamm Ur. v. 7.6.2019 – I-12 U 101/18, BeckRS 2019, 11999 Rn. 35 = NZG 2019, 1427 (Ls.).

³⁴⁶ *Langen JbBauR* 1999, 65 (73 f.).

³⁴⁷ OLG Hamm Ur. v. 11.5.2000 – 27 U 94/99, NZBau 2001, 28 (29).

³⁴⁸ Burchardt/Pfülb/Pfülb/Burchardt § 11 Rn. 15c; *Zerhusen/Nieberding BauR* 2006, 296 (300).

³⁴⁹ Dazu OLG Frankfurt a. M. Ur. v. 12.7.2005 – 8 U 200/04, BauR 2005, 1818; LG Köln Ur. v. 27.6.2003 – 32 O 61/03, ZIP 2003, 1648; LG Köln Ur. v. 31.1.2006 – 27 O 232/05, BauR 2006, 736; LG Köln Ur. v. 12.4.2006 – 91 O 56/05, BauR 2006, 1030; LG Osnabrück Ur. v. 16.12.2003 – 7 O 1615/03, ZIP 2004, 307; *Krause-Allenstein BauR* 2007, 617 (625 f.); MHdB GesR I/*Mantler/Noreisch* § 26 Rn. 63 ff.; *Wölfling-Hamm BauR* 2005, 228 (233 ff.); *Wölfling-Hamm/Hochstadt NZBau* 2007, 65 (68 f.); s. auch LG Frankfurt a. M. Ur. v. 16.9.2003 – 2–18 O 501/02, BauR 2004, 1993.

³⁵⁰ Zu verbleibenden Fragen *Wölfling-Hamm/Hochstadt NZBau* 2007, 65 (69 f.).

³⁵¹ S. *Wölfling-Hamm BauR* 2005, 228 (236); s. auch LG Hamburg Ur. v. 10.3.2009 – 303 O 375/08, NJW-RR 2009, 1470.

(2) Dach-ARGE. Für die Dach-ARGE gilt die Besonderheit, dass § 3 Dach-ARGE-Mustervertrag lediglich ein **vorläufiges Beteiligungsverhältnis** der Gesellschafter untereinander festlegt; das endgültige ergibt sich erst nach Abrechnung der einzelnen Lose. Dahinter steht die unmittelbare Abhängigkeit des Beteiligungsverhältnisses von bauvertraglichen Änderungen: Teilkündigungen oder Nachtragsaufträge durch den Auftraggeber betreffen regelmäßig nicht alle Nachunternehmerverhältnisse gleichermaßen. In welchem Verhältnis die von den Gesellschaftern erbrachten Leistungen stehen, lässt sich daher erst nach Abschluss der Arbeiten feststellen.³⁵² **146**

ccc) Geschäftsführung. Während das Personengesellschaftsrecht grundsätzlich jeden Gesellschafter zur Mitwirkung bei der Geschäftsführung (→ Rn. 97) der Gesellschaft berechtigt und verpflichtet, sind die Mitglieder einer ARGE nur in dem Umfang an der Geschäftsführung beteiligt, wie sie geschäftsführungsberechtigten Organen angehören. Das sind in erster Linie die technische (→ Rn. 100 ff.) und die kaufmännische Geschäftsführung (→ Rn. 109 f.), aber auch die Aufsichtsstelle (→ Rn. 82 f.). Die übrigen Gesellschafter sind von den jeweiligen Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnissen ausgeschlossen.³⁵³ **147**

ddd) Auskunfts- und Rechnungslegungsansprüche. Soweit die Gesellschafter von der Geschäftsführung ausgeschlossen sind (→ Rn. 147), bleiben ihnen einige absichernde Verwaltungsrechte, insbesondere das Recht, von den geschäftsführenden Organen unterrichtet zu werden (§§ 7.5, 7.6, 8.6–8.9 ARGE-Mustervertrag, §§ 713, 666 BGB), und Kontrollrechte (§ 19.3 ARGE-Mustervertrag, § 716 BGB, § 118 HGB) einschließlich des Rechts, kaufmännische und technische Prüfungen der ARGE zu verlangen (§§ 19.1, 19.2 ARGE-Mustervertrag). Als Mitglieder der Aufsichtsstelle können sie im Übrigen alle Angelegenheiten an sich ziehen (→ Rn. 82). **148**

eee) Treuepflicht. Aus dem Gesellschaftsverhältnis erwachsen Treuepflichten zwischen dem einzelnen Gesellschafter und seinen Mitgesellschaftern sowie der ARGE. Die konkrete Bedeutung der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht im Einzelfall lässt sich nur anhand der Struktur der Gesellschaft und des Gegenstands der Rechtsausübung bestimmen.³⁵⁴ Wichtiger Anwendungsbereich der Treuepflicht ist die Ausübung des Stimmrechts in der Aufsichtsstelle (→ Rn. 90). **149**

cc) Haftung im Innenverhältnis. Im Innenverhältnis zur ARGE und zu den Mitgesellschaftern ist – neben der Haftung für die Erfüllung der Beitragspflichten (→ Rn. 123 ff.) und den Ausgleichspflichten bei Inanspruchnahme eines Mitgesellschafter für Verbindlichkeiten der ARGE (→ Rn. 159) – vor allem die Haftung für die Verletzung gesellschaftsvertraglicher Pflichten von Bedeutung. Im Vordergrund steht dabei die Verletzung von Geschäftsführungspflichten, die dem Gesellschafter als Mitglied eines der ARGE-Organen obliegen. Tritt lediglich bei den Mitgesellschaftern ein Schaden ein, sind diese unmittelbar berechtigt, im Übrigen ist es die ARGE.³⁵⁵ Der Haftungsmaßstab folgt nicht aus § 708 BGB, sondern aus dem Einleitungstext des ARGE-Mustervertrags (§ 276 BGB unter Ausschluss leichter Fahrlässigkeit³⁵⁶). **150**

dd) Streitbeilegung. § 27.1 ARGE-Mustervertrag überlässt es den vertragsschließenden Gesellschaftern, die Streitentscheidung durch ein staatliches Gericht oder durch ein Schiedsgericht (→ Syst. T Rn. 122 ff.) zu vereinbaren. Die Wahl gilt für alle Streitigkeiten aus oder im Zusammenhang mit dem ARGE-Vertrag, was auch Ansprüche aufgrund ungerechtfertigter Bereicherung und unerlaubter Handlung einschließt.³⁵⁷ In der Dach-ARGE erstreckt sich die Wahl zudem auf die Streitigkeiten aus den Nachunternehmerverträgen (§ 25.137 Dach-ARGE-Mustervertrag). Versäumen die ARGE-Gesellschafter eine Wahl, ist allein das staatliche Gericht zuständig (§ 27.1 Abs. 2 ARGE-Mustervertrag). Wird die Entscheidung einem Schiedsgericht unterworfen, aber in § 27.1 Abs. 3 ARGE-Mustervertrag keine Schiedsordnung gewählt, so gilt nach § 27.1 Abs. 4 ARGE-Mustervertrag die Streitlösungsordnung Bau (SL Bau).³⁵⁸ Nach der SL Bau nimmt der Deutsche Beton- und Bautechnik-Verein eV lediglich Ersatzbenennungen vor. Wünschen die Parteien ein stärker administriertes Schiedsverfahren, das (etwas) weniger von den als Schiedsrichtern bestellten Personen abhängt, so empfiehlt sich die Vereinbarung einer **151**

³⁵² MHD B GesR I/Mantler/Noreitsch § 26 Rn. 71.

³⁵³ Koeble/Schwärzel-Peters DStR 1996, 1734 (1739).

³⁵⁴ S. MüKoBGB/Schäfer § 705 Rn. 230 ff.

³⁵⁵ MüKoBGB/Schäfer § 708 Rn. 21 f.

³⁵⁶ Krit. Kornblum ZfBR 1992, 9 (13).

³⁵⁷ S. Musielak/Voit/Voit ZPO § 1029 Rn. 23.

³⁵⁸ Abrufbar unter <https://www.dg-baurecht.de/sl-bau> (zuletzt besucht am 1.8.2021).

Schiedsordnung wie derjenigen der Deutschen Institution für Schiedsgerichtsbarkeit eV (DIS)³⁵⁹ oder gar der Internationalen Handelskammer (ICC).³⁶⁰

- 152 § 27.1 Abs. 5–8 ARGE-Mustervertrag sehen **Einzelregelungen** vor, die die Regelungen der vereinbarten Schiedsordnung ergänzen und im Kollisionsfalle verdrängen. § 27.1 Abs. 5 ARGE-Mustervertrag wiederholt und bekräftigt lediglich § 1059 Abs. 5 ZPO. Das Schiedsgericht entscheidet nach § 27.1 Abs. 6 ARGE-Mustervertrag im Falle einer Aufrechnung auch über die schiedsgebundene Gegenforderung. Das ist selbstverständlich, wenn die Gegenforderung der Entscheidung durch ebendieses Schiedsgericht unterworfen wurde, andernfalls wegen des zweifelhaften Vorrangs dieser Regelung vor der Vereinbarung eines anderen Schiedsgerichts problematisch.³⁶¹ Die Entscheidung durch Vorbehaltsschiedsspruch, die § 27.1 Abs. 7 ARGE-Mustervertrag für die Aufrechnung gegen nicht schiedsgebundene Ansprüche anordnet, entspricht der ohnehin geltenden Rechtslage; eine Ausnahme ist allerdings für unstrittige oder rechtskräftig festgestellte Gegenansprüche zu machen.³⁶²
- 153 **f) Außenverhältnis. aa) Name.** Ist die ARGE **OHG** (→ Rn. 65 ff.), so muss sie kraft Gesetzes eine Firma führen (§ 105 Abs. 1, §§ 29 ff. HGB). Als **GbR** dagegen muss sie von Rechts wegen keinen eigenen Namen führen, wird dies aber tun, um ihre Teilnahme am Rechtsverkehr zu erleichtern. Der Name der GbR darf nicht irreführend sein und keine Rechte Dritter verletzen; er wird nach § 12 BGB geschützt. Die Fußnote zu § 2.1 ARGE-Mustervertrag nennt als typischen Namen einer ARGE „Arbeitsgemeinschaft Stadion X-Stadt, Franz Meier KG – Josef Müller AG – Hans Schulz GmbH“.
- 154 **bb) Vertretung.** Die ARGE wird durch ihre Organe vertreten, insbesondere durch die Geschäftsführungen. Dabei obliegen der technischen Geschäftsführung die gesamte Vertretung gegenüber dem Auftraggeber und die Vertretung gegenüber Dritten in technischen Angelegenheiten (→ Rn. 101), der kaufmännischen Geschäftsführung die Vertretung gegenüber Dritten in kaufmännischen Angelegenheiten (→ Rn. 109).
- 155 **cc) Haftung im Außenverhältnis. aaa) Haftung der ARGE.** Die ARGE ist als solche Trägerin von Rechten und Pflichten, und zwar unabhängig davon, ob sie GbR oder OHG ist (→ Rn. 75, 77). Sie haftet als solche für die von ihr eingegangenen vertraglichen Verpflichtungen, für von ihr verwirklichte Vertragsverletzungen und für gegen sie gerichtete gesetzliche Ansprüche. Da die ARGE als Gesellschaft nicht selbst handeln kann, setzt ihre Haftung regelmäßig voraus, dass Zurechnungstatbestände verwirklicht wurden. Beim Abschluss von Schuldverträgen – insbesondere mit dem Auftraggeber, aber auch mit ihren Gesellschaftern (→ Rn. 124 ff.) – wird die ARGE **vertreten, § 164 BGB** (→ Rn. 154). Vertreter sind vorrangig die Geschäftsführungen als ihre Organe und die Bauleitung als ihre Bevollmächtigte (→ Rn. 79).
- 156 Bei **schuldhaftem Handeln** natürlicher Personen ist für die Haftung der ARGE zu unterscheiden: Nach **§ 831 BGB** haftet die ARGE wegen vermuteten eigenen Verschuldens für unerlaubte Handlungen ihrer Verrichtungsgehilfen. Verrichtungsgehilfe der ARGE ist, wer von ihren Weisungen abhängig ist. Nicht weisungsgebunden und damit keine Verrichtungsgehilfen sind die Gesellschafter der ARGE.³⁶³ Ebenfalls keine Verrichtungsgehilfen, sondern Organe sind die technische und kaufmännische Geschäftsführung. Für sie haftet die ARGE **entsprechend § 31 BGB** ohne Entlastungsmöglichkeit,³⁶⁴ und zwar sowohl für unerlaubte Handlungen als auch innerhalb von Sonderverbindungen.³⁶⁵ Obwohl die Bauleitung kein Organ ist (→ Rn. 79), gilt für sie § 31 BGB entsprechend. Das liegt freilich nicht an ihrer unrichtigen Bezeichnung als Organ im ARGE-Mustervertrag,³⁶⁶ sondern am weiten Verständnis des „verfassungsmäßig berufenen Vertreters“ in § 31 BGB. Das ist jeder, der einen bestimmten Aufgaben- oder Funk-

³⁵⁹ www.disarb.org (zuletzt besucht am 1.8.2021).

³⁶⁰ iccwbo.org/dispute-resolution-services/arbitration (zuletzt besucht am 1.8.2021).

³⁶¹ Zur ähnlichen Regelung in Art. 21 Abs. 5 Swiss Rules s. Zuberbühler/Ch. Müller/Habegger/Berger Swiss Rules of International Arbitration, 2. Aufl. 2013, Art. 21 Rn. 30 ff.

³⁶² Kreindler/Schäfer/Wolff Schiedsgerichtsbarkeit, 2006, Rn. 188 mwN.

³⁶³ BGH Urt. v. 24.6.2003 – VI ZR 434/01, NJW 2003, 2984 (2985) (zur GbR).

³⁶⁴ BGH Urt. v. 24.2.2003 – II ZR 385/99, NJW 2003, 1445 (1446); BGH Urt. v. 24.6.2003 – VI ZR 434/01, NJW 2003, 2984 (2985).

³⁶⁵ Palandt/Ellenberger BGB § 31 Rn. 2.

³⁶⁶ In diese Richtung aber MHdB GesR I/Mantler/Noreisch § 26 Rn. 51; Roquette/Schweiger/Oldigs D II Rn. 110.

tionsbereich innerhalb der Organisation selbständig und eigenverantwortlich wahrnimmt.³⁶⁷ Auch wer – wie die Bauleitung nach § 9.11 ARGE-Mustervertrag – im Innenverhältnis weisungsabhängig ist, unterfällt § 31 BGB, sofern ihn nur sein Aufgabenkreis nach außen als für das Unternehmen „repräsentativ“ qualifiziert.³⁶⁸ Die Bauleitung als Repräsentanz der ARGE auf der Baustelle erfüllt diese Voraussetzungen. Innerhalb von Sonderbeziehungen muss die ARGE schließlich nach **§ 278 Abs. 1 BGB** auch für Verschulden ihrer Erfüllungshelfer haften. Darunter fällt beispielsweise das zur Ausführung des Bauauftrags eingesetzte Personal. Für ein Verschulden ihrer nichtgeschäftsführenden Gesellschafter haftet die ARGE ebenfalls lediglich unter den Voraussetzungen des § 278 Abs. 1 BGB, also nur, soweit sie sich dieser Gesellschafter bedient, um ihre Pflichten aus einem Schuldverhältnis zu erfüllen.

bbb) Haftung der Gesellschafter. Die Gesellschafter der ARGE haften für Verbindlichkeiten der ARGE (→ Rn. 156) gesamtschuldnerisch persönlich und unbeschränkt. Das folgt aus §§ 128, 129 HGB, die auf die ARGE unmittelbare (OHG) oder entsprechende (GbR³⁶⁹) Anwendung finden. Der Gläubiger eines Anspruchs gegen die ARGE kann also nach seiner Wahl die ARGE und/oder jeden einzelnen ihrer Gesellschafter in Anspruch nehmen. Der Gesellschafter kann seiner Inanspruchnahme sowohl eigene Einwendungen als auch solche der ARGE entgegensetzen (§ 129 Abs. 1 HGB).³⁷⁰ Soll die Verjährung einer Schuld der ARGE durch Verhandlungen nach § 203 BGB gehemmt werden, müssen diese Verhandlungen mit einem geschäftsführenden Gesellschafter der ARGE geführt werden.³⁷¹ – Eine Haftung einzelner Gesellschafter, der keine Haftung der ARGE entspricht, kann sich insbesondere aufgrund unerlaubter Handlungen gegenüber Dritten ergeben.

ccc) Haftung für Altverbindlichkeiten und Haftung nach Ausscheiden. Einer bereits bestehenden ARGE können weitere Gesellschafter nachträglich beitreten. Für Verbindlichkeiten der ARGE, die im Zeitpunkt des Beitritts bereits bestehen, haften sie nach (OHG) oder entsprechend (GbR³⁷²) § 130 HGB. Scheidet ein Gesellschafter aus der ARGE aus, wird er damit nicht von seiner Haftung für Verbindlichkeiten der ARGE frei. Seine Nachhaftung ist allerdings nach (§ 736 Abs. 2 BGB,) §§ 159 f. HGB begrenzt.

ddd) Ausgleich bei Inanspruchnahme. Ein Gesellschafter, der für eine Verbindlichkeit der ARGE in Anspruch genommen wird (→ Rn. 157), kann von der ARGE aus §§ 713, 670 BGB Freistellung oder Regress fordern.³⁷³ Von seinen Mitgesellschaftern muss sich der in Anspruch Genommene wegen § 707 BGB zunächst auf die Inanspruchnahme der ARGE verweisen lassen.³⁷⁴ Nur wenn diese – wegen § 11.2 ARGE-Mustervertrag naheliegend – nicht über ausreichende Mittel verfügt, können Ausgleichsansprüche aus § 426 Abs. 1 BGB gegen die Mitgesellschafter geltend gemacht werden.³⁷⁵ In welcher Höhe solche Ansprüche bestehen, richtet sich mangels anderer Vereinbarungen nach dem Beteiligungsverhältnis (§ 3 Abs. 1 ARGE-Mustervertrag).³⁷⁶ Beruht der Anspruch gegen die ARGE auf dem Verschulden eines ihrer Gesellschafter, kann dies zu einer Verteilung im Innenverhältnis führen, die von der Gewinn- und Verlustverteilung bis hin zur alleinigen Haftung des betroffenen Gesellschafters abweicht.³⁷⁷ Der in § 3 Abs. 1 ARGE-Mustervertrag bestimmte Maßstab für den „Anteil an allen Rechten und Pflichten“ sollte insoweit nicht abschließend sein (auch → Rn. 141).

eee) Besonderheiten der Austauschverträge mit Gesellschaftern. Nach dem ARGE-Mustervertrag erbringen die Gesellschafter Beiträge in Form von Geldmitteln, Bürgschaften,

³⁶⁷ MüKoBGB/Wagner § 823 Rn. 120 mwN.

³⁶⁸ BGH Urt. v. 12.7.1977 – VI ZR 159/75, NJW 1977, 2259 (2260).

³⁶⁹ BGH Urt. v. 29.1.2001 – II ZR 331/00, BGHZ 146, 341 (358) = NJW 2001, 1056 (1061); BGH Urt. v. 7.9.2017 – III ZR 618/16, BauR 2018, 133 Rn. 29; OLG Hamm Urt. v. 7.6.2019 – I-12 U 101/18, BeckRS 2019, 11999 Rn. 41.

³⁷⁰ Mindestens missverständlich KG Urt. v. 29.12.2017 – 21 U 120/15, BauR 2018, 840 (843) („Die Hemmungswirkung gegenüber der ARGE erstreckt sich auf deren Gesellschafter.“).

³⁷¹ OLG Naumburg Urt. v. 30.4.2014 – 1 U 103/13, NJW 2015, 255 (257).

³⁷² BGH Urt. v. 7.4.2003 – II ZR 56/02, NJW 2003, 1803 (1804); Palandt/Sprau BGB § 736 Rn. 6.

³⁷³ MüKoBGB/Schäfer § 714 Rn. 54 (zur GbR); s. auch § 25.225 Abs. 3 Dach-ARGE-Mustervertrag.

³⁷⁴ BGH Urt. v. 2.7.1962 – II ZR 204/60, BGHZ 37, 299 (301 f.) = NJW 1962, 1863 (1864) (zur OHG); BGH Urt. v. 10.4.1989 – II ZR 158/88, NJW-RR 1989, 866 (zur KG).

³⁷⁵ BGH Urt. v. 2.7.1979 – II ZR 132/78, NJW 1980, 339 (340); BGH Urt. v. 17.12.2001 – II ZR 382/99, NZG 2002, 232 f.; zur Versicherbarkeit Krause-Allenstein BauR 2007, 617 (627 ff.).

³⁷⁶ S. BGH Urt. v. 24.9.2013 – II ZR 391/12, NJW 2013, 3572 Rn. 10.

³⁷⁷ BGH Urt. v. 24.9.2013 – II ZR 391/12, NJW 2013, 3572 Rn. 10.

Geräten, Stoffen und Personal, indem sie gesonderte Austauschverträge abschließen und erfüllen (→ Rn. 124 ff.). Die an die Dach-ARGE zu erbringenden Werkleistungen werden durch Nachunternehmerverträge erbracht, die bereits im Dach-ARGE-Mustervertrag enthalten sind (→ Rn. 135). Diese Verträge schließt die ARGE mit den Gesellschaftern aber nicht wie mit Dritten ab; die aus ihnen erwachsenden Ansprüche können deshalb – obschon gegen die ARGE gerichtet – nicht nach oder entsprechend § 128 HGB gegen die Mitgesellschafter geltend gemacht werden (→ Rn. 126).³⁷⁸

- 161 dd) Zuständigkeit der Kammer für Handelssachen.** Klagen im Zusammenhang mit ARGEn können vor die Kammer für Handelssachen am Landgericht gebracht werden, wenn sie in die sachliche Zuständigkeit des Landgerichts fallen, gegen einen ins Handelsregister eingetragenen Kaufmann gerichtet sind und aus Geschäften herrühren, die für beide Teile Handelsgeschäfte sind (§ 95 Abs. 1 Nr. 1 GVG).
- 162** Praktisch geht es meist um **Ansprüche gegen eine ARGE**. Sie können vor der Kammer für Handelssachen nach dem klaren Wortlaut des § 95 Abs. 1 Nr. 1 GVG nur erhoben werden, wenn die ARGE als Handelsgesellschaft (§ 6 Abs. 1 HGB) Kaufmann und ins Handelsregister eingetragen ist. Ist sie dagegen GbR oder – trotz Pflicht zur Anmeldung (§ 106 HGB) – nicht eingetragene OHG, so liegen die Voraussetzungen des § 95 Abs. 1 Nr. 1 GVG nicht vor, so dass die Klage vor einer Zivilkammer erhoben werden muss. Da mehrere Beklagte nach § 95 Abs. 1 Nr. 1 GVG sämtlich ins Handelsregister eingetragene Kaufleute sein müssen,³⁷⁹ wird die Kammer für Handelssachen in solchen Fällen auch dann nicht zuständig, wenn neben der nicht eingetragenen ARGE ihre eingetragenen Gesellschafter verklagt werden.³⁸⁰
- 163** Im letztgenannten Fall wird zunehmend gleichwohl eine Handelssache nach § 95 Abs. 1 Nr. 1 GVG angenommen.³⁸¹ Zu Unrecht, denn auch hier beansprucht der gesetzgeberische Zweck des Eintragungserfordernisses, vermehrte Beweisaufnahmen über das Vorliegen der Voraussetzungen des § 1 Abs. 2 HGB zu verhindern,³⁸² Geltung. Das Eintragungserfordernis kann nicht unter Hinweis darauf umgangen werden, vor Anerkennung der Rechtsfähigkeit der GbR hätten die (ins Handelsregister eingetragenen) Mitglieder der ARGE vor der Kammer für Handelssachen verklagt werden können und die Möglichkeit, zusätzlich die GbR zu verklagen, habe nur den Spielraum der Gläubiger erweitern und nicht zum Verlust der Zuständigkeit der Kammer für Handelssachen für eine solche Klage führen sollen.³⁸³ Denn wer sich – mit dem Bundesgerichtshof³⁸⁴ – für ein kollektivistisches Verständnis der GbR entscheidet, kann nicht gleichzeitig für die Eintragung ins Handelsregister (individualistisch) auf die Gesellschafter der GbR durchgreifen.³⁸⁵
- 164** Für die Handelsregistereintragung auf die Gesellschafter abzustellen wäre im Übrigen auch kaum praktikabel. Denn was soll gelten, wenn nur ein Teil der Gesellschafter ins Handelsregister eingetragen ist? Und selbst wenn sämtliche Gesellschafter Kaufleute oder Handelsgesellschaften sind, kann ihre Gesellschaft auch ausschließlich auf Zwecke gerichtet sein, die nicht vor die Kammer für Handelssachen gehören (Beispiel: Gesellschaft zur Förderung der örtlichen Bauwirtschaft oder Gesellschaft zur Unterstützung eines Baumuseums). Schließlich müsste folgerichtig nicht nur eine (notwendig) nicht eingetragene GbR, sondern auch eine nicht eingetragene OHG vor der Kammer für Handelssachen verklagt werden können. Spätestens hier versagt die Erwägung (→ Rn. 163), der Bundesgerichtshof habe mit der Annäherung der GbR an die OHG die Klagemöglichkeiten nicht beschränken wollen.
- 165** Ist die **ARGE Klägerin**, kann sie Ansprüche dagegen vor der Kammer für Handelssachen geltend machen, auch wenn sie selbst nicht ins Handelsregister eingetragen ist. § 95 Abs. 1 Nr. 1

³⁷⁸ MüKoBGB/Schäfer § 705 Rn. 203 (zur GbR).

³⁷⁹ BLHAG/Hunke GVG § 95 Rn. 2.

³⁸⁰ Jousen Festgabe Kraus, 2003, 73 (83).

³⁸¹ LG Bonn Beschl. v. 9.9.2003 – 13 O 194/03, BauR 2004, 1170 (1171) (13. Zivilkammer); *Buscher* BauR 2003, 136 f.; *Hirsch* JbBauR 2011, 135 (153); *Kunze* BauR 2005, 473 (475); *Theurer* BauR 2001, 1791 (1792); aA LG Bonn Beschl. v. 30.1.2003 – 14 O 113/02, BauR 2005, 138 (140) (14. Zivilkammer); *Schwarz* ZfBR 2007, 636 (638 f.).

³⁸² Begr. RegE BT-Drs. 13/8444, 83.

³⁸³ LG Bonn Beschl. v. 9.9.2003 – 13 O 194/03, BauR 2004, 1170 (1171); *Buscher* BauR 2003, 136 f.; *Kunze* BauR 2005, 473 (475 f.) (unter verfehltem Hinweis auf eine „Rechts- und Parteifähigkeit zweiter Klasse“ infolge Zuständigkeit der Zivilkammer); *Theurer* BauR 2001, 1791 (1792); sich anschließend KG Beschl. v. 14.2.2008 – 2 AR 3/08.

³⁸⁴ Leitentscheidung: BGH Urt. v. 29.1.2001 – II ZR 331/00, BGHZ 146, 341 = NJW 2001, 1056.

³⁸⁵ S. *Schwarz* ZfBR 2007, 636 (638 f.).

GVG setzt lediglich die Registereintragung des Beklagten, nicht auch des Klägers voraus. Erforderlich ist aber in jedem Fall ein beiderseitiges Handelsgeschäft, wobei nach § 343 Abs. 1 HGB Handelsgeschäfte alle Geschäfte eines Kaufmanns sind, die zum Betrieb seines Handelsgewerbes gehören. Handelsgeschäfte kann die ARGE demnach nur haben, wenn sie Handelsgesellschaft, insbesondere OHG, ist, wobei es hier auf die Eintragung ins Handelsregister nicht ankommt.³⁸⁶

ee) Gerichtsstandsvereinbarung. Ist die ARGE OHG (→ Rn. 65 ff.), kann sie auch vor Entstehen der Streitigkeit nach § 6 Abs. 1 HGB, § 38 ZPO Gerichtsstandsvereinbarungen schließen. Eine ARGE, die als GbR besteht, kann auch dann keine wirksamen Gerichtsstandsvereinbarungen treffen, wenn alle oder die überwiegende Zahl ihrer Gesellschafter eingetragene Kaufleute sind (→ Rn. 163 f.).³⁸⁷ Die Zuständigkeit des unwirksam vereinbarten Gerichts kann aber durch rügelose Verhandlung nach § 39 ZPO begründet werden. **166**

g) Gesellschafterwechsel. Die ARGE ist nicht auf den Wechsel ihrer Gesellschafter angelegt, sondern auf den Abschluss des Bauvorhabens unter Mitwirkung aller Gesellschafter, die sich zur ARGE zusammengeschlossen haben. Der ARGE-Mustervertrag hält einigermaßen ausführliche Regelungen der Gründe (→ Rn. 168 ff.) und Folgen (→ Rn. 171 ff.) des Ausscheidens eines Gesellschafters vor, schweigt dagegen zum nachträglichen Beitritt eines Gesellschafters (→ Rn. 177) und zur Übertragung der Gesellschafterstellung (→ Rn. 178). **167**

aa) Ausscheiden eines Gesellschafters. aaa) Ausscheidensgründe. Aus eigenem Willen kann jeder Gesellschafter bei Vorliegen eines wichtigen Grundes kündigen (§ 23.1 ARGE-Mustervertrag, §§ 723, 736 BGB, § 131 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 HGB); die ordentliche Kündigung ist damit ausgeschlossen.³⁸⁸ Ein einvernehmliches Ausscheiden ist nicht eigens geregelt, aber stets möglich.³⁸⁹ Für das Ausscheiden eines Gesellschafters gegen seinen Willen sieht der ARGE-Mustervertrag einen abgestuften Katalog von Tatbeständen vor. Je gefährlicher der Tatbestand für das Fortbestehen der ARGE ist, umso geringerer Spielraum verbleibt. Mit einstimmigem Beschluss der übrigen Gesellschafter, also nur unter Überwindung hoher formaler Hürden, kann ein Gesellschafter aus wichtigem Grund (→ Rn. 99) ausgeschlossen werden (§ 23.3 ARGE-Mustervertrag, § 737 BGB, §§ 133, 140 HGB). **168**

Die einfache Mehrheit der übrigen Gesellschafter reicht nach § 23.4 ARGE-Mustervertrag aus, wenn die Solvenz des Gesellschafters bedroht ist, nämlich in Fällen seiner Zahlungseinstellung, des Antrags auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens (auch in Verbindung mit einem Eigenverwaltungs- oder Schutzschirmantrag nach §§ 270a f. InsO),³⁹⁰ des außergerichtlichen Vergleichsvorschlags, der Zwangsvollstreckung in die ARGE-Beteiligung oder der Pfändung eines der ARGE zur Verfügung gestellten Geräts.³⁹¹ Der Beschluss ist dem auszuschließenden Gesellschafter durch Einschreiben zu übersenden (§ 23.4 Abs. 2 ARGE-Mustervertrag). Das Einschreiben dient nur Nachweis- und Fristberechnungszwecken, ist für die Wirksamkeit des Ausschlusses aber nicht entscheidend.³⁹² Gänzlich ohne Verfahrensaufwand, nämlich ohne weiteres scheidet ein Gesellschafter nach § 23.5 ARGE-Mustervertrag schließlich aus, wenn einer seiner Gläubiger die ARGE kündigt (§ 725 BGB, § 131 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 HGB) oder wenn ein Insolvenzverfahren über sein Vermögen eröffnet (§ 728 Abs. 2, § 736 BGB, § 131 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 HGB) oder die Eröffnung mangels Masse abgelehnt wird.³⁹³ **169**

Für jeden einzelnen Ausscheidensgrund gibt § 23.6 ARGE-Mustervertrag den Zeitpunkt vor, zu dem der Gesellschafter aus der ARGE ausscheidet. Im Bestreben, keine Unsicherheit über die Wirksamkeit des Ausscheidens aufkommen zu lassen, ordnet § 23.7 ARGE-Mustervertrag eine **170**

³⁸⁶ S. OLG Frankfurt a. M. Beschl. v. 10.12.2004 – 21 AR 138/04, NZG 2005, 590 (Ls.) = OLGR 2005, 257 f.; LG Berlin Beschl. v. 4.11.2002 – 21 O 154/02, BauR 2003, 136.

³⁸⁷ BGH Beschl. v. 21.1.2009 – Xa ARZ 273/08, BeckRS 2009, 5200 Rn. 15; s. auch LG Frankfurt a. M. Beschl. v. 23.4.2012 – 2–31 O 261/11 (BauR 2012, 1289 (Ls.)); aA Hirsch JbBauR 2011, 135 (155).

³⁸⁸ Freiburger Handbuch/Ring/Burchardt § 11 Rn. 275; zu den Kündigungstatbeständen allg. s. auch Sticker/Fehrenbach Rn. 100 ff.; zur nach § 723 Abs. 3 BGB unwirksamen übermäßigen Beschränkung des Kündigungsrechts BeckHdB PersGes/Bärwaldt § 21 Rn. 120.

³⁸⁹ Freiburger Handbuch/Ring/Burchardt § 11 Rn. 274.

³⁹⁰ Zur Wirksamkeit der Regelung OLG Naumburg Ur. v. 28.12.1999 – 13 U 126/99, BauR 2002, 1271 (1272 f.).

³⁹¹ Zur Wirksamkeit der Regelung Koeble/Schwärzel-Peters DStR 1996, 1734 (1737).

³⁹² OLG Naumburg Ur. v. 28.12.1999 – 13 U 126/99, BauR 2002, 1271 (1272).

³⁹³ Ausf. zur Insolvenz eines Gesellschafters Wölffing-Hamm BauR 2005, 228 ff.; zur Wirksamkeit des § 23.41 ARGE-Mustervertrag Schwarz ZfBR 2007, 636 (640).

einmonatige Frist zur Klage gegen einen Ausschlussbeschluss an. Ist diese Ausschlussfrist fruchtlos verstrichen, so kann der Ausgeschlossene keine Einwendungen mehr dagegen erheben. Ein Gesellschafter kann auch dann noch vorzeitig ausscheiden, wenn die Bauarbeiten bereits abgeschlossen sind.³⁹⁴

- 171 (bbb) Auseinandersetzung.** Die Auseinandersetzung mit einem ausgeschiedenen Gesellschafter ist in § 24 ARGE-Mustervertrag so geregelt, dass dem Ausgeschiedenen einerseits möglichst schnell Einblicke in die Gesellschaft genommen,³⁹⁵ er andererseits aber nach Möglichkeit an späteren Verlusten beteiligt wird. So ist nach § 24.2 ARGE-Mustervertrag auf den Tag seines Ausscheidens eine Auseinandersetzungsbilanz zu erstellen, die die Vermögenslage erforderlichenfalls im Wege der Schätzung (§ 738 Abs. 2 BGB) abschließend³⁹⁶ ermittelt.³⁹⁷ Dabei nimmt der ausscheidende Gesellschafter an Gewinn und Verlust noch laufender Arbeiten und schwebender Geschäfte nicht teil, wohl aber an bereits erkennbaren Verlusten. Konkret drohende Mängelansprüche können unabhängig davon berücksichtigt werden, welcher Gesellschafter sie letztlich zu vertreten hat.³⁹⁸ Für das Risiko der Mängelhaftung ist ein pauschaler Prozentsatz vorgesehen, der bis zu einer Höhe von 5 % des Umsatzes für wirksam erachtet wird.³⁹⁹ § 24.2 Abs. 2 aE ARGE-Mustervertrag sieht als Auffangregelung einen Prozentsatz von 2 % vor, wenn sich die Parteien nicht anderweit geeinigt haben. Der Vereinfachungszweck dieser Pauschalierung schließt es aus, etwa vorhandene Sicherheiten in Abzug zu bringen.⁴⁰⁰
- 172** Einwände gegen die Auseinandersetzungsbilanz kann der betroffene Gesellschafter nur binnen drei Monaten erheben (§ 24.2 Abs. 4 ARGE-Mustervertrag).⁴⁰¹ Die Frist beginnt mit Zugang der Auseinandersetzungsbilanz, ohne dass es eines Hinweises auf die Ausschlusswirkung des Verstreichens der Frist bedarf.⁴⁰² Dabei reicht es zur Fristwahrung aus, wenn der betroffene Gesellschafter hinreichend deutlich macht, dass er mit der vorgelegten Bilanz nicht einverstanden ist.⁴⁰³ Innerhalb der Frist sind die Einwände nach § 24.2 Abs. 4 ARGE-Mustervertrag auch hinreichend schriftlich zu begründen.⁴⁰⁴ Erst nach Erstellen der Auseinandersetzungsbilanz erkennbar gewordene Verluste hat der Ausgeschiedene außerhalb der Auseinandersetzung nach § 24.4 ARGE-Mustervertrag zu ersetzen.
- 173** Seinen etwaigen Verlustanteil hat der ausgeschiedene Gesellschafter unverzüglich (§ 121 Abs. 1 S. 1 BGB) auszugleichen (§ 24.6 ARGE-Mustervertrag), während er eine Freistellung von Verbindlichkeiten nicht verlangen können soll (§ 24.8 ARGE-Mustervertrag). § 24.3 ARGE-Mustervertrag gibt der ARGE zudem ein Zurückbehaltungsrecht im häufigen Falle unklarer Risiken, § 24.9 Abs. 2 ARGE-Mustervertrag sieht ein entgeltliches Nutzungs- und Verwertungspfandrecht an den Geräten und Stoffen im Mitbesitz der anderen Gesellschafter vor. § 24.9 Abs. 1, 3 ARGE-Mustervertrag lässt zudem Nutzungsrechte an überlassenen Geräten, Stoffen und Personal zu den vereinbarten Entgelten fortbestehen. Schließlich hat der ausgeschiedene Gesellschafter alle Kosten zu tragen, die der ARGE durch sein Ausscheiden entstehen (§ 24.5 ARGE-Mustervertrag). Der Anteil des ausscheidenden Gesellschafters wächst den verbleibenden Gesellschaftern zu (§ 738 Abs. 1 S. 1 BGB). Zur Haftung des Ausgeschiedenen im Außenverhältnis → Rn. 158.
- 174** Sobald ein Gesellschafter aus der ARGE ausscheidet, werden alle seine Ansprüche aus dem Gesellschaftsverhältnis zu **unselbständigen Rechnungsposten** der Auseinandersetzungsbilanz. Sie können nicht mehr selbständig geltend gemacht werden, um unnötiges Hin- und Herzahlen

³⁹⁴ BGH Urt. v. 8.7.1991 – II ZR 164/90, BauR 1991, 624 (625) = NJW-RR 1991, 1381 (1382).

³⁹⁵ Freiberger Handbuch/*Ring/Burhard* § 11 Rn. 300.

³⁹⁶ OLG Koblenz Beschl. v. 29.6.2007 – 2 U 797/06, BauR 2007, 1780 (Ls.).

³⁹⁷ Freiberger Handbuch/*Ring/Burhard* § 11 Rn. 301.

³⁹⁸ OLG Celle Urt. v. 3.3.1993 – 3 U 50/92, BauR 1993, 612 (613).

³⁹⁹ OLG München Urt. v. 1.3.2000 – 7 U 5573/99, BauR 2002, 1409 (1410); LG Trier Urt. v. 9.5.2006 – 4 O 250/05, BauR 2006, 1356 (Ls., keine Auflösung der Rückstellung bei Ausbleiben des Gewährleistungsfalls); *Wölffing-Hamm* BauR 2005, 228 (231 f.) (mit Ausnahmen); für 2% OLG Celle Urt. v. 3.3.1993 – 3 U 50/92, BauR 1993, 612 (613); *Koebler/Schwärzel-Peters* DStR 1996, 1734 (1738).

⁴⁰⁰ OLG München Urt. v. 1.3.2000 – 7 U 5573/99, BauR 2002, 1409 (1411 f.); differenzierend *Schmitz* EWiR 2000, 479 (480).

⁴⁰¹ Zum Nachweis der Bevollmächtigung *Linnertz* ZfIR 2003, 624; zur Wirksamkeit der Regelung LG Hamburg Urt. v. 10.3.2009 – 303 O 375/08, NJW-RR 2009, 1470.

⁴⁰² LG Köln Beschl. v. 11.10.2006 – 90 O 68/06, BauR 2007, 156 (Ls.).

⁴⁰³ OLG München Urt. v. 1.3.2000 – 7 U 5573/99, BauR 2002, 1409 (1410).

⁴⁰⁴ LG Köln Beschl. v. 11.10.2006 – 90 O 68/06, BauR 2007, 156 (Ls.).

zu vermeiden.⁴⁰⁵ Die nach § 24.9 ARGE-Mustervertrag für die Überlassung von Gegenständen und Personal nach Ausscheiden geschuldeten Entgelte kann der Insolvenzverwalter des Ausgeschiedenen dagegen selbständig geltend machen, weil sie nicht in die Auseinandersetzungs-bilanz einbezogen sind.⁴⁰⁶

Umstritten war das Schicksal des Entgelts für Leistungen, die ein Gesellschafter mit Wissen der ARGE zwischen Stellen des Insolvenzantrags und Eröffnung des Insolvenzverfahrens erbracht hat. Manche stellten den Schutz der Masse in den Vordergrund und hielten die Verrechnung wegen Herbeiführung einer Verrechnungslage durch anfechtbare Rechtshandlung entsprechend § 96 Abs. 1 Nr. 3, § 130 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 InsO für unzulässig.⁴⁰⁷ §§ 95, 96 InsO regeln allerdings, inwieweit das Vertrauen der Insolvenzgläubiger auf das Fortbestehen einer Aufrechnungslage schutzwürdig ist. Diese Frage stellt sich für unselbständige Rechnungsposten, wie es Ansprüche des Gesellschafters gegen die ARGE nach § 11.4 ARGE-Mustervertrag sind, aber nicht.⁴⁰⁸ Dieses Ergebnis wird durch den Vorrang der gesellschaftsrechtlichen Auseinandersetzung nach § 84 Abs. 1 InsO bestätigt.⁴⁰⁹ – Erfüllen die übrigen Gesellschafter die vom ausgeschiedenen Gesellschafter geschuldete Bauleistung, können sie eine dem Auftraggeber gegenüber bestellte **Vertragserfüllungsbürgschaft** wegen § 426 Abs. 2, § 401 BGB in Anspruch nehmen.⁴¹⁰

Scheidet der **vorletzte Gesellschafter** aus der ARGE aus, so wächst das Gesellschafts- vermögen dem verbliebenen Gesellschafter an (vgl. § 24.1 Abs. 2 ARGE-Mustervertrag). 176
Gleichzeitig endet die Gesellschaft, weil eine Personengesellschaft stets wenigstens zwei Gesellschafter haben muss. Der verbliebene „Gesellschafter“ wird damit Gesamtrechtsnachfolger der beendeten Gesellschaft und rückt als solcher in die Außenrechtsbeziehungen der ARGE ein.⁴¹¹ Da die ARGE nicht abgewickelt (liquidiert) wird, wird sie im Augenblick ihrer Auflösung auch vollbeendet.⁴¹² Ein laufender Prozess, an dem die ARGE beteiligt ist, wird unterbrochen, bis der verbliebene „Gesellschafter“ ihn wieder aufnimmt.⁴¹³ Eine erst nach ihrer Vollbeendigung gegen die ARGE erhobene Klage ist als unzulässig abzuweisen.⁴¹⁴ Der Auseinandersetzungsanspruch des ausgeschiedenen Gesellschafters richtet sich nicht gegen die beendete ARGE, sondern gegen den früheren Mitgesellschafter.⁴¹⁵ Offene Gesellschafts- verbindlichkeiten schließen den Ausgleichsanspruch nicht aus, wenn kein Gesellschaftsvermögen vorhanden ist.⁴¹⁶

bb) Eintritt eines Gesellschafters. Die nachträgliche Aufnahme eines Gesellschafters in eine bereits bestehende ARGE erfolgt durch Vereinbarung zwischen allen bisherigen Gesellschaftern und dem Beitretenden. Der Beitritt ist ein Grundlagengeschäft, das nicht in die Zuständigkeit der technischen Geschäftsführung fällt (→ Rn. 97).⁴¹⁷ Mit dem Beitritt wird eine Änderung des in § 3 Abs. 1 ARGE-Mustervertrag vereinbarten Beteiligungsverhältnisses erforderlich. Das ARGE-Vermögen wächst dem neu eintretenden Gesellschafter an.⁴¹⁸ Zur Haftung des Beitretenden für Altverbindlichkeiten → Rn. 158. 177

⁴⁰⁵ BGH Urt. v. 9.3.2000 – IX ZR 355/98, BauR 2000, 1057 (1058); OLG Hamm Urt. v. 7.6.2019 – I-12 U 101/18, BeckRS 2019, 11999 Rn. 43 = NZG 2019, 1427 (Ls.).

⁴⁰⁶ BGH Urt. v. 9.3.2000 – IX ZR 355/98, BauR 2000, 1057 (1058); OLG Hamm Urt. v. 7.6.2019 – I-12 U 101/18, BeckRS 2019, 11999 Rn. 48; *Fehl/Streicher EZWIR* 2005, 320 (323).

⁴⁰⁷ OLG Frankfurt a. M. Urt. v. 24.11.2005 – 1 U 19/05, NZBau 2006, 376; *Fehl/Streicher EZWIR* 2005, 320 (322 f.).

⁴⁰⁸ BGH Urt. v. 14.12.2006 – IX ZR 194/05, NJW 2007, 1067 Rn. 9.

⁴⁰⁹ BGH Urt. v. 14.12.2006 – IX ZR 194/05, NJW 2007, 1067 Rn. 20 f.; OLG Köln Urt. v. 19.10.2005 – 2 U 28/05, NZBau 2006, 378.

⁴¹⁰ BGH Urt. v. 20.9.1990 – IX ZR 214/89, BauR 1990, 758 (759); *Adler/May BauR* 2006, 756 (757 ff.).

⁴¹¹ BGH Urt. v. 16.12.1999 – VII ZR 53/97, NZG 2000, 474 mwN; OLG Düsseldorf Urt. v. 27.4.2012 – I-16 U 34/11, BauR 2012, 1261 (1262); OLG Hamm Urt. v. 8.4.2013 – I-8 U 122/12, NZG 2014, 540; *Thode BauR* 2007, 610 (612); s. auch OLG Köln Urt. v. 30.1.2020 – 3 U 42/05, BeckRS 2020, 48443 Rn. 44; aA *Wagner ZfBR* 2006, 209 (211 ff.); zu den steuerrechtlichen Folgen *Wagner ZfBR* 2006, 627.

⁴¹² OLG Karlsruhe Urt. v. 24.1.2012 – 8 U 172/10, NJW 2012, 2204 (2205).

⁴¹³ *Thode BauR* 2007, 610 (616).

⁴¹⁴ OLG Karlsruhe Urt. v. 24.1.2012 – 8 U 172/10, NJW 2012, 2204 (2205).

⁴¹⁵ BGH Urt. v. 23.10.2006 – II ZR 192/05, NJW-RR 2007, 245 Rn. 10; *MüKoBGB/Schäfer* § 738 Rn. 17.

⁴¹⁶ BGH Urt. v. 21.11.2005 – II ZR 17/04, NJW-RR 2006, 468 Rn. 11; BGH Urt. v. 23.10.2006 – II ZR 192/05, NJW-RR 2007, 245 Rn. 10.

⁴¹⁷ *Unrichtig Freiberger Handbuch/Ring/Burchardt* § 11 Rn. 269.

⁴¹⁸ *MüKoBGB/Schäfer* § 718 Rn. 8.

- 178 cc) Übergang der Gesellschafterstellung.** Ein Gesellschafterwechsel kann nicht nur im Wege des Ausscheidens des bisherigen und des eigenständigen Beitritts des neuen Gesellschafters, sondern auch durch **Übertragung der Gesellschafterstellung** erfolgen. Der übernehmende tritt dann in die Rechtsstellung des bisherigen Gesellschafters vollständig ein;⁴¹⁹ dazu bedarf es allerdings der Zustimmung aller übrigen Gesellschafter.⁴²⁰ Seiner Haftung im Außenverhältnis (→ Rn. 158) kann sich der übertragende Gesellschafter auf diese Weise allerdings nicht entziehen,⁴²¹ schon weil die Gesellschaftsgläubiger andernfalls ohne ihr Mittun womöglich einen weniger zahlungskräftigen Schuldner erhielten. – Im Wege der **Erbfolge** kann die Stellung als Gesellschafter einerwerbenden ARGE nicht übergehen, weil der Tod zu seinem Ausscheiden aus einer ARGE-OHG (§ 131 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 HGB) und mangels gesellschaftsvertraglicher Regelung (→ Rn. 181) zur Auflösung einer ARGE-GbR (§ 727 BGB) führt.
- 179 h) Auflösung und Beendigung der ARGE.** Auflösung und Beendigung sind zu unterscheiden: Mit der Auflösung ändert sich der Zweck der ARGE von einerwerbenden Gesellschaft in eine Abwicklungsgesellschaft. Die (Voll-)Beendigung tritt grundsätzlich erst ein, wenn die Abwicklung abgeschlossen und das Vermögen verteilt ist.
- 180 aa) Auflösungsgründe.** Die ARGE endet durch Beschluss der Gesellschafter (§ 22 S. 2 Fall 2 ARGE-Mustervertrag), durch Zweckerreichung (§ 726 Fall 1 BGB), regelmäßig also durch Abnahme des Bauwerks,⁴²² durch Unmöglichwerden der Zweckerreichung (§ 726 Fall 2 BGB), etwa durch Wegfall des Bauauftrags,⁴²³ und durch Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Gesellschaft, § 728 Abs. 1 BGB, § 131 Abs. 1 Nr. 3 HGB. Nicht aufgelöst wird die ARGE dagegen bereits durch einen Beschluss der Gesellschafter, einen Insolvenzantrag für die ARGE zu stellen. § 22 S. 2 ARGE-Mustervertrag geht zwar vom Gegenteil aus, regelt allerdings die Haftung der Gesellschafter und nicht die Auflösung der ARGE.
- 181** Die Regelung des § 23.2 aF ARGE-Mustervertrag, wonach die ARGE beim Tod des Inhabers eines Einzelunternehmens, der Gesellschafter der ARGE war, unter bestimmten Bedingungen fortgesetzt wurde, hielten die Mustervertragsverfasser für praktisch nicht mehr erforderlich.⁴²⁴ Nach der aktuellen Fassung des ARGE-Mustervertrags kommt es beim Tod eines Einzelunternehmers daher zur Auflösung der ARGE, wenn sie GbR ist (→ Rn. 178). Ist ein Einzelunternehmer an der ARGE beteiligt, wird sich meist eine ergänzende Vereinbarung empfehlen.⁴²⁵ An die übrigen gesetzlich vorgesehenen Auflösungsgründe knüpft der ARGE-Mustervertrag zulässigerweise das Ausscheiden des betroffenen Gesellschafters (→ Rn. 168 ff.).
- 182 bb) Auseinandersetzung und Beendigung.** Mit der Auflösung verlieren die Ansprüche aus dem Gesellschaftsverhältnis ihre eigenständige Durchsetzbarkeit und werden unselbständige Rechnungsposten der Auseinandersetzungsrechnung.⁴²⁶ Nach Auflösung der ARGE hat die kaufmännische Geschäftsführung eine Schlussbilanz nach § 8.6 ARGE-Mustervertrag aufzustellen. In dieser Schlussbilanz ausgewiesener Gewinn und Verlust sind nach Maßgabe des Beteiligungsverhältnisses (§ 3 Abs. 1 ARGE-Mustervertrag) auf die Gesellschafter zu verteilen. Nur wenn kein zu liquidierendes Gesellschaftsvermögen mehr vorhanden ist, ist keine Bilanz nötig, um ein Auseinandersetzungsguthaben unmittelbar gegenüber dem ausgleichspflichtigen Gesellschafter geltend machen zu können.⁴²⁷ Beendet wird die ARGE erst mit Erfüllung der sich aus dem ARGE-Vertrag und dem Bauvertrag ergebenden Rechte und Pflichten, insbesondere der Mängelhaftung (§ 22 S. 1 ARGE-Mustervertrag).

⁴¹⁹ BGH Urt. v. 2.12.2002 – II ZR 194/00, DB 2003, 497; MüKoBGB/Schäfer § 719 Rn. 40.

⁴²⁰ MüKoBGB/Schäfer § 719 Rn. 27 ff.

⁴²¹ MüKoBGB/Schäfer § 714 Rn. 71 f.

⁴²² Freiberger Handbuch/Ring/Burhardt § 11 Rn. 329.

⁴²³ Freiberger Handbuch/Ring/Burhardt § 11 Rn. 329.

⁴²⁴ Burhardt/Pfühl/Burhardt Vorbem. zu §§ 23, 24 Rn. 19.

⁴²⁵ So auch Koeble/Schwärzel-Peters DStR 1996, 1734 (1737); Zerhusen/Nieberding BauR 2006, 296 (303 Fn. 48).

⁴²⁶ BGH Urt. v. 2.7.1962 – II ZR 204/60, BGHZ 37, 299 (304) = NJW 1962, 1863 (1864); OLG Schleswig Urt. v. 12.1.2001 – 1 U 13/00, NZG 2001, 796 (798).

⁴²⁷ BGH Urt. v. 21.11.2005 – II ZR 17/04, NJW-RR 2006, 468 Rn. 11; BGH Urt. v. 23.10.2006 – II ZR 192/05, NJW-RR 2007, 245 Rn. 10.