

## § 17 Arbeitsgemeinschaft (ARGE)

Bearbeiter: Roman Bärwaldt

### Übersicht

	Rz.
<b>A. Die Bedeutung und die Formen der ARGE</b> . . . . .	1–24
I. Die Bedeutung der ARGE . . . . .	1–4
II. Die Typen der ARGE und ihre Rechtsformen . . . . .	5–24
1. Der Grundtyp . . . . .	5–16
a) Gesellschaft bürgerlichen Rechts „sui generis“ . . . . .	6, 7
b) Weitere Rechtsformen . . . . .	8
c) Abgrenzung zum Konsortium . . . . .	9–16
aa) Einführung . . . . .	9, 10
bb) Rechtsform und Erscheinungsformen . . . . .	11
cc) Vertragsinhalt und Leistungspflichten . . . . .	12
dd) Haftung . . . . .	13
ee) Geschäftsführung und Vertretung . . . . .	14
ff) Beschlußfassung . . . . .	15, 16
2. Die Dach-ARGE und die Los-ARGE . . . . .	17–19
3. Die Bieter-Gemeinschaft . . . . .	20
4. Die Beihilfe-Gemeinschaft (Innen-ARGE) . . . . .	21, 22
5. Die Dauer-ARGE (fortgesetzte ARGE) . . . . .	23, 24
<b>B. Die Gründung der ARGE</b> . . . . .	25–49
I. Die Bietergemeinschaft als Vorbereitung der ARGE-Gründung . . . . .	25–37
1. Die Bietergemeinschaft als Vor-ARGE . . . . .	25–29
2. Probleme der Bietergemeinschaft . . . . .	30–37
a) Wettbewerbsverbot und Kartellrecht . . . . .	31–33
b) Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen die Treuepflicht . . . . .	34–37
II. Die Gründung der ARGE . . . . .	38–49
1. Der ARGE-Vertrag . . . . .	38–43
a) Inhalt des Vertrags . . . . .	38–40
b) Form des Vertrags . . . . .	41
c) Name der Gesellschaft . . . . .	42, 43
2. Der faktische/fehlerhafte ARGE-Vertrag . . . . .	44–49
<b>C. Das Innenverhältnis der ARGE</b> . . . . .	50–84
I. Die Organe der ARGE und ihre Aufgaben . . . . .	50–62
1. Die Aufsichtsstelle (Gesellschafterversammlung) . . . . .	51–54
a) Aufgabe und Kompetenz . . . . .	51
b) Binnenorganisation und Entscheidungsfindung . . . . .	52–54
2. Die Geschäftsführungen . . . . .	55–60
a) Die technische Geschäftsführung . . . . .	55
b) Die kaufmännische Geschäftsführung . . . . .	56
c) Verhältnis der Geschäftsführer untereinander . . . . .	57
d) Vergütung für Sonderleistungen . . . . .	58–60
3. Die Bauleitung . . . . .	61, 62

	Rz.
II. Die Rechte und die Pflichten der Gesellschafter . . . . .	63–84
1. Die Rechte der Gesellschafter . . . . .	63–65
2. Die Pflichten der Gesellschafter . . . . .	66–84
a) Geldmittel . . . . .	67
b) Personal, Stoffe und Geräte . . . . .	68–72
c) Folgen von Pflichtverstößen . . . . .	73–84
aa) Haftung . . . . .	73, 74
bb) Sanktionen . . . . .	75–84
<b>D. Das Außenverhältnis der ARGE</b> . . . . .	85–99
I. Die Vertretung . . . . .	86–92
1. Vertretungsmacht . . . . .	86–89
2. Wirksamkeit der Vertretung . . . . .	90–92
II. Die Haftung . . . . .	93–99
1. Grundsatz . . . . .	93, 94
2. Möglichkeit der Haftungsbeschränkung . . . . .	95–99
<b>E. Das Ende der ARGE und das Ausscheiden eines Gesellschafters</b> . . . . .	100–124
I. Das Ende der ARGE . . . . .	101–104
1. Gründe für das Ende der ARGE . . . . .	101
2. Folgen der Beendigung . . . . .	102–104
II. Das Ausscheiden eines Gesellschafters . . . . .	105–124
1. Gründe für das Ausscheiden . . . . .	105–113
2. Folgen des Ausscheidens . . . . .	114–124
a) Weiterbestehen der ARGE . . . . .	115
b) Auseinandersetzung mit dem ausscheidenden Ge- sellschafter . . . . .	116–124
<b>F. Das Steuerrecht der ARGE</b> . . . . .	125–136
I. Einkommensteuer . . . . .	125–131
1. Die ARGE als Personengesellschaft iSv. § 15 Abs. 1 Nr. 2 EStG . . . . .	125–127
2. Bilanzierung/Gewinnrealisierung . . . . .	128–131
II. Gewerbesteuer . . . . .	132, 133
III. Umsatzsteuer . . . . .	134–136

**Literatur (Auswahl):** *Koebler/Schwärzel-Peters* DStR 1996, 1734; *Prange* Kommentar zum ARGE-Vertrag (Fassung 1961), 1963; *Burchardt/Pfiffelb* Kommentar zum ARGE- und Dach-ARGE-Vertrag (Fassungen 1995), 3. Aufl. 1998.

**Musterverträge (Auswahl):** *Hauptverband der Deutschen Bauindustrie e.V. und Zentralverband des Deutschen Baugewerbes e.V.* Arbeitsgemeinschaftsvertrag (Fassung 1995) (MV-ARGE); *Hauptverband der Deutschen Bauindustrie e.V.* Dach-Arbeitsgemeinschaftsvertrag (Fassung 1995) (MV-Dach-ARGE) und Bietergemeinschaftsvertrag (Fassung 1997); *Zentralverband des Deutschen Baugewerbes e.V.* Dach-ARGE-Mustervertrag; *Locher* in Beck'sches Formularbuch, 7. Aufl. 1998, S. 434 ff.

## A. Die Bedeutung und die Formen der ARGE

### I. Die Bedeutung der ARGE

Bei dem Begriff **Arbeitsgemeinschaft** (ARGE) handelt es sich um eine **Sammelbezeichnung**, unter die ein Konglomerat verschiedener Erscheinungen fällt.<sup>1</sup> Die ARGE steht daher nicht für eine bestimmte Gesellschaftsform. So finden sich ARGEn sowohl im Privatrecht als auch im Öffentlichen Recht. Im Privatrecht wiederum können ARGEn ganz unterschiedliche Zwecke erfüllen und unabhängig davon in verschiedenen Gesellschaftsformen auftreten. Im folgenden konzentriert sich die Darstellung der ARGE auf den bei weitem bedeutendsten Anwendungsbereich der ARGE im Privatrecht, die **bauausführende Wirtschaft**. In diesem Wirtschaftszweig stellt die ARGE eine der wichtigsten Kooperationsformen dar, soweit es um die **gemeinschaftliche Bauausführung** geht. Hintergrund dieser **Popularität der ARGE**<sup>2</sup> ist, daß die Ausführung größerer Bauaufträge durch einen einzelnen Unternehmer sowohl für den Unternehmer als auch für den Auftraggeber oft problematisch ist.

Der **Unternehmer** ist häufig **nicht in der Lage**, alle erforderlichen Leistungen selbst auszuführen, sei es, weil ihm Technik und Personal für bestimmte Leistungen fehlen, sei es, weil die Größe des Auftrags seine Kapazität übersteigt oder ihn zu sehr bindet, um flexibel unternehmerisch tätig zu sein. Das **wirtschaftliche Risiko** des Auftrags verlagert sich auf mehrere Unternehmer, so daß der potentielle Verlust jedes einzelnen Unternehmers begrenzt ist. Die Zusammenarbeit in ARGEn hilft, Material und Personal der beteiligten Unternehmen besser auszunutzen, sie erhöht Liquidität und Bonität.<sup>3</sup> Allerdings entstehen durch den mit der Gründung und Verwaltung der ARGE selbst verbundenen Aufwand zusätzliche Kosten gegenüber der Ausführung durch einen einzelnen Unternehmer.

Der Zusammenschluß in ARGEn kann den **Wettbewerb fördern**: Die Unternehmer, die zur Ausführung eines Bauauftrags zusammenarbeiten, können ihre eigene Technik optimieren, indem sie von ihren Partnern lernen, die außerhalb der ARGE ihre Konkurrenten bleiben.<sup>4</sup> Mittelständische Unternehmen können meist nur über den Zusammenschluß in ARGEn mit Großunternehmen um die Vergabe größerer Auf-

<sup>1</sup> Statt aller *Kleine-Möller* in Münch. Hdb. GesR I § 20 Rz. 1.

<sup>2</sup> *Barth StBp* 1994, 153, geht für 1994 von einem Auftragsvolumen von ARGEn in Deutschland zwischen sieben und zehn Mrd. DM aus. Dagegen nimmt *Kornblum ZfBR* 1992, 9, für 1989 ein Auftragsvolumen von zwanzig Mrd. DM i. b. auf die alten Bundesländer an. Zu den einzelnen Gründen, sich in ARGEn zu organisieren, vgl. z. B. *Knigge DB* 1982 Beilage Nr. 4, 1, 2; sehr ausführl. auch *Rühl/Koschmützki/Stelljes Kooperation, ARGE, Generalunternehmer*, 1976, S. 51 ff.; weitere, vor allem wirtschafts- und lokalpolitische Gründe bei *Prange* S. 11 ff.; s. a. *Palandt/Sprau* § 705 Rz. 45.

<sup>3</sup> *Knigge DB* 1982, Beilage Nr. 4, 2.

<sup>4</sup> *Barth StBp* 1994, 153; *Feldrappe* in *Feldrappe* S. 13, 15 f.

träge konkurrieren.<sup>5</sup> Andererseits **behindern** ARGen/Bietergemeinschaften bzw. Beihilfe-Gemeinschaften (Innen-ARGEn) in der Praxis jedoch oft auch den **Wettbewerb**, insbesondere wenn sie sich als solche bei Ausschreibungen nicht zu erkennen geben: Unter Umständen handelt es sich aufgrund interner Absprachen bei den dem Auftraggeber gegenüberstehenden, scheinbar um den Auftrag konkurrierenden Unternehmen in Wahrheit um eine große Bietergemeinschaft;<sup>6</sup> oder der scheinbar günstigste Bieter handelt aufgrund von Absprachen mit anderen, die gegen spätere Beteiligung auf ein Gebot verzichten. In diesem Zusammenhang ist streitig, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen die **nachträgliche Bildung** von ARGen zulässig ist<sup>7</sup> bzw. inwieweit bzgl. bestehender Beteiligungen eine **Offenbarungspflicht** des Bewerbers besteht.<sup>8</sup> Schließlich wirkt die Bildung von ARGen in der Praxis **disziplinierend auf die einzelnen Gesellschafter** wegen der möglichen Sanktionen durch die anderen Gesellschafter bei Pflichtverstößen. Jedoch ist in diesem Zusammenhang auch nicht zu übersehen, daß der Ruf der ARGen auf seiten der Auftraggeber und auch bei der Bauindustrie durch die Praxis einiger Unternehmen, ihre eigenen Baustellen gegenüber den ARGE-Baustellen bei der Versorgung mit qualifiziertem Personal zu bevorzugen, gelitten hat. Dabei spielt der Umstand eine Rolle, daß weder besonders gute Leistungen noch besondere Probleme eines Bauunternehmens bei einem in einer ARGE errichteten Vorhaben direkt mit diesem Unternehmen in Zusammenhang gebracht werden und die entsprechenden Folgen es weder im Positiven noch im Negativen in gleicher Weise wie bei Einzelaufträgen treffen. Aus diesen Gründen ist in letzter Zeit sowohl bei Auftraggebern als auch in der Bauindustrie die Entwicklung erkennbar, das Institut der ARGE restriktiver einzusetzen.

- 4 Für den **Auftraggeber** bedeutet der Abschluß mit einer ARGE eine Reduzierung des **Risikos**, daß ihm durch Leistungsstörungen oder Ausfall eines Unternehmers Schaden entsteht, da er den Auftrag an eine Gruppe von Unternehmern vergibt und sich gegebenenfalls an ihrer vereinten Wirtschaftskraft schadlos hält. Auch der verstärkte Wettbewerb der Unternehmer kommt dem Auftraggeber entgegen, soweit nicht eine verdeckte Preisabsprache vorliegt.

## II. Die Typen der ARGE und ihre Rechtsformen

### 1. Der Grundtyp

- 5 Typischerweise versteht man unter einer ARGE einen Zusammenschluß mehrerer Unternehmer zur Ausführung eines **einzigen Bauauf-**

<sup>5</sup> Deswegen fördert die VOB die Bildung von ARGen (arg. e § 25 Nr. 6 VOB/A); vgl. *Rusam* in Heiermann/Riedl/Rusam Einf. zu A § 8 Rz. 29.

<sup>6</sup> Vgl. *Kornblum* ZfBR 1992, 9, 10; *Ingenstau/Korbion* A Anh. Rz. 11, 13 f. mwN.

<sup>7</sup> Vgl. die Nachw. bei *Rusam* in Heiermann/Riedl/Rusam § 25.6 Rz. 111 ff.; *Ingenstau/Korbion* A Anh. Rz. 5.

<sup>8</sup> Vgl. *Hochstein/Jagenburg* Einl. Rz. 42 ff.

**trags.**<sup>9</sup> Für diesen Grundtyp der ARGE kommen mehrere Rechtsformen in Betracht.

**a) Gesellschaft bürgerlichen Rechts „sui generis“**

Wegen ihrer hohen Flexibilität,<sup>10</sup> tritt der Grundtyp der ARGE meistens als GbR auf. Die jahrzehntelange Kooperation im Baubereich hat einen **eigenständigen GbR-Typ „ARGE“** hervorgebracht,<sup>11</sup> der sich in einigen Punkten von der „klassischen“ GbR (§§ 705 ff. BGB) unterscheidet. Die Praxis orientiert sich seit langem fast ausschließlich an dem von den großen Bauverbänden herausgegebenen **Mustervertrag (MV-ARGE)**.<sup>12</sup>

Nachteil der GbR ist die unbeschränkte **gesamtschuldnerische und gesamthänderische Haftung** aller Gesellschafter gegenüber dem Auftraggeber, dem Staat (Steuerschuld)<sup>13</sup> und Dritten.

**b) Weitere Rechtsformen**

Neben der GbR sind theoretisch auch **andere Gesellschaftsformen**<sup>14</sup> für eine ARGE, vor allem die Organisation als **GmbH**,<sup>15</sup> denkbar. Die Organisationsform als Kapitalgesellschaft ist aber für die Durchführung eines einzigen Projekts unangemessen überorganisiert und -formalisiert; sie läuft dem Charakter des Grundtyps der ARGE als **Gelegenheitsgesellschaft**<sup>16</sup> zuwider. Einer Beurteilung des Zusammenschlusses als **OHG/KG** steht üblicherweise entgegen, daß die ARGE-Gesellschafter sich regelmäßig nur für die Dauer eines Projekts zusammenschließen. Der Gesellschaftszweck einer OHG/KG ist im Regelfall der Betrieb eines **kaufmännischen Handelsgewerbes** (§§ 105 Abs. 1, 161 Abs. 2 HGB). Nach allgemeiner Ansicht setzt ein Handelsgewerbe jedoch u. a. eine auf **gewisse Dauer** gerichtete Tätigkeit am Markt voraus.<sup>17</sup> Daran – allerdings meist auch nur daran<sup>18</sup> – **fehlt** es beim Grundtyp der ARGE, denn eine dauerhafte Tätigkeit liegt nicht vor, wenn es

<sup>9</sup> Vgl. BGH v. 18. 10. 1951 – III ZR 138/50 – NJW 1952, 217; so auch ausdrücklich § 2.3 MV-ARGE.

<sup>10</sup> *Koebler/Schwärzel-Peters* DStR 1996, 1734, 1735.

<sup>11</sup> *Barner* S. 1, 3 f., 6.

<sup>12</sup> *Hauptverband der Deutschen Bauindustrie e.V. und Zentralverband des Deutschen Bauergewerbes e.V. Arbeitsgemeinschaftsvertrag* (Fassung 1995) (MV-ARGE).

<sup>13</sup> *Koebler/Schwärzel-Peters* DStR 1996, 1734, 1735 mwN.

<sup>14</sup> Vgl. etwa zur ARGE in der Form einer Partnerschaftsgesellschaft oder einer Stillen Gesellschaft *Koebler/Schwärzel-Peters* DStR 1996, 1734, 1735 f.

<sup>15</sup> Die Bezeichnung von Kapitalgesellschaften als ARGE ist unüblich; gleichwohl haben *Koebler/Schwärzel-Peters* DStR 1996, 1734, 1735 zu Recht darauf hingewiesen, daß solche GmbHs durchaus ARGEn iSd. VOB/A, VOB/B und des früheren Vergahandbuchs des Bundes (bis 1993) sind.

<sup>16</sup> *Kleine-Möller* in Münch. Hdb. GesR I § 20 Rz. 9.

<sup>17</sup> Ausführl. hierzu *Kornblum* ZfBR 1992, 9, 10; *Koebler/Schwärzel-Peters* DStR 1996, 1734 mwN.

<sup>18</sup> Sehr ausführl. dazu *Barner* S. 65 ff., insbes. S. 75 ff.

um die Ausführung nur eines einzigen Projekts geht.<sup>19</sup> Des Fehlen eines kaufmännischen Handelsgesetzes hindert die ARGE-Gesellschafter jedoch nicht daran, die ARGE durch ihre bloße Eintragung als OHG/KG in das Handelsregister in der gewünschten Rechtsform entstehen zu lassen (§ 105 Abs. 2 S. 1 HGB).

### c) Abgrenzung zum Konsortium

#### aa) Einführung

- 9 Der Grundtyp der ARGE ist vom **Konsortium** abzugrenzen, das wie die ARGE eine Gelegenheitsgesellschaft ist.<sup>20</sup> Der Begriff ist jedoch eher auf den Gebieten der **Kreditwirtschaft**,<sup>21</sup> des **Anlagenbaus im In- und Ausland**<sup>22</sup> sowie des Frachtgeschäfts<sup>23</sup> als im Baugewerbe gebräuchlich. Insbesondere bei der Planung und Realisierung von technischen Großprojekten, im Geschäft mit Industrieanlagen und bei Infrastrukturvorhaben sind die Kapazitäten einzelner Anbieter nicht nur in finanzieller Hinsicht regelmäßig überschritten. Deshalb schließen sich mehrere rechtlich selbständige Unternehmen zu einem Konsortium zusammen, um ihre organisatorischen, wirtschaftlichen und technischen Kompetenzen zu bündeln. Ziel ist es, zunächst ein gemeinsames Angebot zu erstellen und im Falle des Zuschlags das Projekt gemeinsam zu realisieren.<sup>24</sup>
- 10 Im Unterschied zur ARGE beschränkt sich das Konsortium nicht auf die Erbringung von Bauleistungen, sondern verpflichtet sich darüber hinaus zu weiteren Tätigkeiten wie zur Herstellung und Montage von Anlagenteilen und Maschinen sowie zur Planung und die Finanzierung des Projekts. Wie die ARGE übernimmt das Konsortium zur Entlastung des Auftraggebers den Abstimmungs- und Koordinierungsaufwand. Während die **ARGE** das Vorhaben **gemeinschaftlich** durchführt, geht das **Konsortium jedoch arbeitsteilig** vor, was bedeutet, daß im Ergebnis jeder Konsorte nur für seine eigene Leistung verantwortlich ist. Dabei bestimmt sich der Umfang der einzelnen Leistungspflichten nach dem Inhalt des Hauptvertrages (Synchronisierung). Da Konsortien aus einem Netzwerk von vertraglichen Beziehungen bestehen, deren Gestaltung im Einzelfall sehr verschieden sein kann, existiert im Unterschied zur Vertragsform der ARGE kein national oder international anerkanntes generelles Bedingungsmerkmal oder Vertragsmuster.<sup>25</sup>

<sup>19</sup> Erman/H. P. Westermann Vor § 705 Rz. 32; Kleine-Möller in Münch. Hdb. GesR I § 20 Rz. 12, a.A. Jousen BauR 1999, 1071.

<sup>20</sup> Weitere Abgrenzungen bei Ingenstau/Korbion A Anh. Rz. 107 ff. (insb. zum Leiharbeitsverhältnis und zur Maschinenarbeitsgemeinschaft).

<sup>21</sup> Statt aller Palandt/Sprau § 705 Rz. 44; Münch. Komm. V/Ulmer Vor § 705 Rz. 36–46. Einzelheiten s. u. unter § 20.

<sup>22</sup> Felddrappe in Felddrappe S. 13 ff. Vgl. auch ausführl. dazu Nickelisch NJW 1985, 2361, 2364.

<sup>23</sup> Vgl. nur die Containerkonsortien im Seehandel. Dazu statt aller Töstmann Containerkonsortien im Seelinienverkehr, 1997.

<sup>24</sup> Kleine-Möller in Münch. Hdb. GesR I § 20 Rz. 20.

<sup>25</sup> Bei Anlagenbauverträgen findet sich gelegentlich die Anlehnung an die sog.

**bb) Rechtsform und Erscheinungsformen**

Das Konsortium stellt wie die ARGE eine Gelegenheitsgesellschaft mit dem Zweck der Realisierung eines oder mehrerer Projekte dar. Die Konsorten vereinbaren, daß sie dem Konsortium gegenüber so verpflichtet sein sollen, als ob sie über den von ihnen übernommenen Leistungsanteil einen dem Hauptvertrag entsprechenden separaten (Werk-) Vertrag geschlossen hätten („als ob“-Regelung).<sup>26</sup> So werden die gesellschaftsrechtlichen Beziehungen durch werkvertragliche Elemente überlagert. Schließt der Auftraggeber den Hauptvertrag mit der Gesamtheit der Konsortialmitglieder, so spricht man von einem **Außenkonsortium** (offenes Konsortium). Es gleicht im Aufbau einer **Dach-ARGE**.<sup>27</sup> Beauftragt der Kunde hingegen nur ein bestimmtes Unternehmen und bildet dieses dann mit weiteren Unternehmen eine Innengesellschaft mit dem Zweck, den Vertrag gemeinsam zu erfüllen, handelt es sich um ein **Innenkonsortium** (stilles Konsortium), das ähnlich wie ein **Generalunternehmer-Vertrag** organisiert ist.<sup>28</sup> 11

**cc) Vertragsinhalt und Leistungspflichten**

Bei der ARGE werden Finanzmittel, Personal, Baustoffe und Geräte als Gesellschafterbeiträge eingebracht und bilden das Gesellschaftsvermögen.<sup>29</sup> Die ARGE erbringt ihre Leistung dem Kunden gegenüber demnach als Verband.<sup>30</sup> Stellen die Gesellschafter Arbeitskräfte für das Projekt ab, wird ein neues Arbeitsverhältnis mit der ARGE begründet. Das Konsortium hingegen stellt selbst keine qualifizierte Organisationseinheit dar und bildet kein Gesellschaftsvermögen.<sup>31</sup> Die Konsorten erbringen ihre Leistungen gewissermaßen als Subunternehmer<sup>32</sup> des Konsortiums eigenverantwortlich mit eigenen Mitteln und unter Einsatz eigener Arbeitskräfte. 12

**dd) Haftung**

Gewinn und Verlust werden bei der **ARGE** gemeinsam getragen („**risk sharing**“), wohingegen die Mitglieder eines **Konsortiums** am 13

---

FIDIC-Bedingungen (Fédération Internationale des Ingénieurs Conseils), vgl. *Hesse* Vertragsgestaltung und Streiterledigung in der Bauindustrie und im Anlagenbau (IV), German Institute of Arbitration 1995, S. 24; s. auch Münch. Vertragshandbuch/*Rosener* Bd. 2, III.3.

<sup>26</sup> *Nicklisch* BB 1999, 326 f.

<sup>27</sup> *Kleine-Möller* in Münch. Hdb. GesR I § 20 Rz. 23 f.; zur Dach-ARGE siehe unten II.2.

<sup>28</sup> *Hesse* Vertragsgestaltung und Streiterledigung in der Bauindustrie und im Anlagenbau (IV), German Institute of Arbitration 1995, S. 26.

<sup>29</sup> *Lotz* ZfBR 1996, 234.

<sup>30</sup> *Nicklisch/Weick* VOB Teil B, 2. Aufl. 1991, Einl. §§ 4-13 Rz. 83; *Vetter* ZIP 2000, 1042.

<sup>31</sup> *Nicklisch* NJW 1985, 2364.

<sup>32</sup> *Locher* Das private Baurecht, 6. Aufl. 1996, Rz. 391; a.A. *Vetter* ZIP 2000, 1045.

Risiko nur anteilmäßig im Umfang ihrer Leistungspflichten beteiligt sind („**risk splitting**“).<sup>33</sup> Während die ARGE-Mitglieder als Gesamtschuldner für eine mangelhafte Leistung oder Verzögerung unabhängig davon haften, wer sie erbracht hat, müssen die Konsorten nur für ihre eigenen Leistungsanteile einstehen. Dies gilt uneingeschränkt für das Innenkonsortium, bei dem nur der Federführer dem Auftraggeber für die Erfüllung des Vertrages haftet. Das Außenkonsortium ist zwar Gesamtschuldner. Im Innenverhältnis beschränkt sich die Haftung aber genauso auf den jeweiligen Leistungsteil.<sup>34</sup> Das sogenannte „Nahtstellenrisiko“ wird jedoch von den Konsorten gemeinschaftlich getragen, da sich die Termine für Gefahrübergang und Gewährleistungsfristbeginn für alle einheitlich auf den Termin der Gesamtabnahme durch den Auftraggeber verschieben.<sup>35</sup>

#### ee) Geschäftsführung und Vertretung

- 14 Die Geschäftsführung setzt sich wie bei der ARGE aus kaufmännischer und technischer Geschäftsführung zusammen. Die Konsortialmitglieder bestimmen ein Unternehmen als Federführer, das oft beide Geschäftsführungsaufgaben sowie meist auch die rechtsgeschäftliche Vertretung des Konsortiums nach außen übernimmt.<sup>36</sup> Der Federführer macht die Vergütung beim Auftraggeber geltend und leitet sie nach Abzug seiner Federführungsgebühr an die Konsorten weiter.<sup>37</sup>

Nach § 708 BGB ist der Haftungsmaßstab für Pflichtverletzungen des Federführers und der Konsorten auf die eigenübliche Sorgfalt beschränkt. Bei technischen Großprojekten erscheint es jedoch angemessener, auf die verkehrübliche Sorgfalt abzustellen. Hier zeigt sich die Überlagerung der Gesellschaft durch werkvertragliche Elemente: ein ausdrückliches Abdingen der Vorschrift des § 708 BGB ist nicht erforderlich, weil der gesellschaftsrechtliche Vertragszweck in der Erfüllung des Hauptvertrages besteht, welcher seinerseits keinen reduzierten Haftungsmaßstab kennt.<sup>38</sup>

#### ff) Beschlußfassung

- 15 Für die Beschlußfassung sieht § 709 Abs. 1 BGB Einstimmigkeit vor. Meist wird diese Vorschrift zugunsten der qualifizierten Mehrheit abbedungen. Unterbleibt dies, so kann trotzdem auf Einstimmigkeit verzichtet werden, wenn sich die Versagung der Zustimmung als Verletzung der gesellschaftlichen Treuepflicht darstellt. Die pünktliche Realisierung des

<sup>33</sup> Münch. Vertragshandbuch/Rosener (2), III.3 § 1, 5.

<sup>34</sup> Vgl. die Formulierung in Art. 21.2 des ORGALIME-Musters: „*as between themselves, each member shall be liable for his share in the work*“, abgedruckt bei Hesse Vertragsgestaltung und Streiterledigung in der Bauindustrie und im Anlagenbau (IV), German Institute of Arbitration 1995, S. 25.

<sup>35</sup> Vetter ZIP 2000, 1044.

<sup>36</sup> Vetter ZIP 2000, 1049.

<sup>37</sup> Riedl in Heiermann/Riedl/Rusam § 4.8 Rz. 104.

<sup>38</sup> Vetter ZIP 2000, 1042.

Projektes darf nicht durch einen Konsorten blockiert werden. Eine Regelung sollte auch darüber getroffen werden, ob jeder Konsorte die gleiche Anzahl an Stimmen erhält oder sich diese nach dem Anteil seiner Leistungsverpflichtung bemißt.

Das **Subunternehmerverhältnis**<sup>39</sup> ist regelmäßig **kein Gesellschaftsverhältnis**.<sup>40</sup> Vielmehr sind zwei inhaltlich ähnliche Vertragsverhältnisse **hintereinandergeschaltet**: Der Auftraggeber vergibt den Gesamtauftrag an einen (Haupt-)Unternehmer. Dieser wiederum überträgt einen Teil der Bauausführung auf einen Subunternehmer. Obwohl die Pflichten der beiden Unternehmer, bezogen auf diesen Teil des Bauvorhabens, inhaltlich idR weitgehend identisch sein dürften, bilden sie doch keine Gesellschaft iSd. §§ 705 ff. BGB. Anders als bei der GbR (und also auch bei dem Grundtyp der ARGE), die eine gemeinsame Zweckverfolgung der Gesellschafter voraussetzt, verfolgen hier der Haupt- und der Subunternehmer **unterschiedliche Zwecke**: Jeder will seinen Vertrag ordnungsgemäß erfüllen.<sup>41</sup> Entsprechend gibt es auch keine *gemeinsame* Förderungspflicht wie bei der ARGE.

## 2. Die Dach-ARGE und die Los-ARGE

Die **Dach-ARGE**<sup>42</sup> **kombiniert** den **ARGE-Grundtyp mit dem Subunternehmerverhältnis**: Nach **außen**, also im Verhältnis zu Auftraggeber und Dritten, tritt die Dach-ARGE als Gesamthands-Außen-gesellschaft mit unbeschränkter Haftung wie beim Grundtyp auf. Im **Innenverhältnis** erbringen die Gesellschafter die eigenen Bauleistungen aber nicht als Gesellschafterbeiträge. Vielmehr werden sie von der Dach-ARGE über **Subunternehmerverträge** zur eigenverantwortlichen Ausführung des jeweiligen Teils des Bauvorhabens beauftragt. Die Bildung einer Dach-ARGE ist insbesondere dann sinnvoll, wenn sich der **Auftrag teilen** läßt und Maschinen- und Personaleinsatz sich dabei nicht überschneiden bzw. wenn einzelne Teile des Bauauftrags in das alleinige Risiko eines Gesellschafter/einer Gruppe von Gesellschaftern fallen sollen.<sup>43</sup> Haupteffekt ist die Verringerung des ARGE-Verwaltungsaufwands.<sup>44</sup> Den einzelnen Unternehmern kommt damit eine **Doppelrolle**<sup>45</sup> zu: Sie sind die Gesellschafter der Dach-ARGE und zugleich deren Subunternehmer. Allerdings hat die Stellung als Gesellschafter Auswirkungen auf das Verhältnis zur ARGE als Auftraggeber: Dem Gesellschafter-Subun-

<sup>39</sup> Dazu ausführlich *Ingenstau/Korbion* A Anh. Rz. 116–159; *Hochstein/Jagenburg* Einl. Rz. 5 f.; ferner *Nicklisch* NJW 1985, 2361; *Kleine-Möller* in *Kleine-Möller/Merl/Oelmaier* § 3 Rz. 7 ff.

<sup>40</sup> Auch dann nicht, wenn der Subunternehmer am „Gewinn“ beteiligt ist (dann nur partiarische Beteiligung); uU aber dann, wenn *darüber hinaus* weitere Aspekte für das Vorliegen einer Innengesellschaft sprechen; dazu z. B. *Locher* § 37 Rz. 382.

<sup>41</sup> Vgl. dazu *Palandt/Sprau* § 631 Rz. 9.

<sup>42</sup> Ausführlich dazu *Burchardt* in *Burchardt/Pfühl* § 25 Dach-ARGE-Vertrag Rz. 1 ff.

<sup>43</sup> *Burchardt* in *Burchardt/Pfühl* § 25 Dach-ARGE-Vertrag Rz. 57, 59.

<sup>44</sup> *Hochstein/Jagenburg* Einl. Rz. 31; *Barner* S. 41.

<sup>45</sup> *Koebler/Schwärzel-Peters* DStR 1996, 1734.

ternehmer steht es nämlich nicht wie einem beliebigen dritten Subunternehmer frei, seine Rechte und Pflichten aus dem Subunternehmervertrag losgelöst vom gesellschaftsrechtlich begründeten **Treueverhältnis** wahrzunehmen.<sup>46</sup> Ein weiteres Problem durch einen Interessenkonflikt besteht in den Fällen, in denen der Subunternehmer-Gesellschafter mit sich selbst als technischem oder kaufmännischem Geschäftsführer der Dach-ARGE kontrahiert (§ 181 BGB).<sup>47</sup>

- 18 Die Dach-ARGE kann Subunternehmerverträge bezüglich einzelner Teile des Bauvorhabens („Lose“) nicht nur mit jeweils einem Gesellschafter, sondern auch mit Gruppen von ihnen abschließen, wobei die Gruppen ihrerseits eine ARGE („**Los-ARGE**“)<sup>48</sup> zur Erfüllung des Subunternehmervertrags mit der Dach-ARGE bilden.
- 19 Für die Dach-ARGE gibt es eigene Musterverträge,<sup>49</sup> die sich vor allem insoweit vom ARGE-Mustervertrag unterscheiden, als daß die andere gesellschaftsrechtliche Konstruktion nachvollzogen wird.<sup>50</sup> Gemäß dem Interessenschwerpunkt des das jeweilige Vertragsmuster herausgebenden Verbandes wird dabei in einen Fall die Position der ARGE, im anderen die des Subunternehmers gestärkt.<sup>51</sup>

### 3. Die Bieter-Gemeinschaft

- 20 Bevor die ARGE den Zuschlag für ein bestimmtes Projekt erhält, macht sie – idR auf eine Ausschreibung hin – ein entsprechendes Angebot. Zur Erstellung dieses Angebots bilden die Partner der zukünftigen ARGE eine GbR, die sog. **Bietergemeinschaft**, die eine **Vorgesellschaft zur eigentlichen ARGE** darstellt.<sup>52</sup>

### 4. Die Beihilfe-Gemeinschaft (Innen-ARGE)

- 21 Die Beihilfe-Gemeinschaft<sup>53</sup> oder – moderner – **Innen-ARGE**<sup>54</sup> tritt dem Bauherrn gegenüber, also im Außenverhältnis, nicht auf. Statt

<sup>46</sup> BGH v. 9. 12. 1991 – II ZR 87/91 – NJW-RR 1992, 543; Münch. Komm. V/Ulmer § 705 Rz. 168 („Überlagerung“ des Drittverhältnisses durch die gesellschaftliche Treuepflicht).

<sup>47</sup> Dazu Burchardt in Burchardt/Pfüll § 25 Dach-ARGE-Vertrag Rz. 141f.

<sup>48</sup> Ebenso Kleine-Möller in Münch. Hdb. GesR I § 20 Rz. 5; Burchardt in Burchardt/Pfüll § 25 Dach-ARGE-Vertrag Rz. 4; anders Kleine-Möller in Kleine-Möller/Merl/Oelmaier § 3 Rz. 80; wieder anders Knigge DB 1982, Beilage 4, 2; Koeble/Schwärzel-Peters DStR 1996, 1734, 1735; Locher § 37 Rz. 382 und Rusam in Heiermann/Riedl/Rusam Einf. zu A § 8 Rz. 27 verstehen dagegen unter Los-ARGE das, was hier Dach-ARGE genannt wird.

<sup>49</sup> Hauptverband der Deutschen Bauindustrie e.V. Dach-Arbeitsgemeinschaftsvertrag (Fassung 1995) (MV-Dach-ARGE). Daneben existiert ein eigener Dach-ARGE-Mustervertrag des Zentralverbandes des Deutschen Baugewerbes e.V., siehe zu den Unterschieden Burchardt in Burchardt/Pfüll § 25 Dach-ARGE-Vertrag Rz. 91ff.

<sup>50</sup> I. e. dazu Kleine-Möller in Münch. Hdb. GesR I § 20 Rz. 82ff.

<sup>51</sup> Kleine-Möller in Münch. Hdb. GesR I § 20 Rz. 88 und 96.

<sup>52</sup> Vgl. z. B. Feldrappe in Feldrappe S. 13ff.

<sup>53</sup> Dazu z. B. Burchardt in Burchardt/Pfüll § 25 Rz. 9ff.

<sup>54</sup> Synonyme: Beteiligungsgesellschaft, stille ARGE, unechte ARGE; vgl. Barner

dessen wird nach außen nur einer der Gesellschafter der Innen-ARGE als Auftragnehmer aktiv. Er ist eine Art **mittelbarer Stellvertreter** der im **Innenverhältnis bestehenden GbR**, die das von ihm im eigenen Namen, aber auf Rechnung der Innen-ARGE übernommene Werk gemeinschaftlich erstellt. Folglich ist auch nur der Auftragnehmer am „Gesellschaftsvermögen“ dinglich berechtigt.<sup>55</sup> Die **Binnen-Organisation** der Innen-ARGE erfolgt jedoch **schuldrechtlich** wie bei der echten ARGE.<sup>56</sup> Dies gilt insbesondere für die Auseinandersetzungs- und Abrechnungsansprüche gegen den Auftragnehmer.<sup>57</sup>

Innen-ARGEn bestehen in großer Zahl. Als **Motiv** für die Bildung einer Innen-ARGE kommt vor allem in Betracht, als beteiligter Unternehmer nicht erkannt zu werden. Jedoch ist es **kein konstitutives Merkmal** der Innen-ARGE, daß sie **nach außen nicht erkennbar** ist. Vielmehr ist entscheidend, daß der Auftragnehmer nur für sich, nicht jedoch für die Gesellschaft oder die anderen Gesellschafter handeln kann.<sup>58</sup>

### 5. Die Dauer-ARGE (fortgesetzte ARGE)

Insbesondere bei Großaufträgen der öffentlichen Hand kommt es häufig vor, daß Lose (z. B. Abschnitte einer Bundesautobahn) **zeitlich nacheinander** vergeben werden. Erhält eine ARGE im Anschluß an die Ausführung eines Loses den Auftrag für ein weiteres Los, liegt es nahe, daß sie nach Vollendung des ersten Loses als ARGE bestehen bleibt. Dadurch kann sie strukturelle Vorteile ausnutzen und von den erworbenen Kenntnissen in bezug auf das Gesamtprojekt profitieren. Ähnlich ist die Situation bei der **Anschaffung teurer Spezialgeräte**, die eine schnellere Bauausführung ermöglichen, deren Rentabilität aber von der Auftragserteilung für weitere Lose abhängt.<sup>59</sup>

Auch die Dauer-ARGE ist entgegen der insoweit irreführenden Bezeichnung nur eine **auf Zeit angelegte Kooperationsform**. Das Merkmal der Dauerhaftigkeit iSd. Gewerbebetriebes erfüllt sie also nicht. Somit ist auch die fortgesetzte ARGE **keine OHG oder KG, sondern eine GbR**,<sup>60</sup> soweit die ARGE-Gesellschafter nicht von sich aus die (konstitutive) Eintragung der ARGE als OHG/KG in das Han-

S. 39. *Hochstein/Jagenburg* Einl. Rz. 27 ff. unterscheiden allerdings die Beteiligungsgesellschaft als Oberbegriff und die anderen ARGE-Formen als jeweils unterschiedliche Gesellschaftstypen. Diese begriffliche Differenzierung steht jedoch in keinem Verhältnis zu den marginalen Abweichungen, zumal die hier beschriebenen Typen allesamt nicht gesetzlich festgelegt, sondern nur phänomenologisch bestimmbar sind. Abgrenzung zur Stillen Gesellschaft bei *Kleine-Möller* in Münch. Hdb. GesR I § 20 Rz. 30 f.

<sup>55</sup> *Kleine-Möller* in Münch. Hdb. GesR I § 20 Rz. 19.

<sup>56</sup> Siehe i. e. *Barner* S. 39 f.; zum Vertrag der Innen-ARGE i. e. *Kleine-Möller* in Münch. Hdb. GesR I § 20 Rz. 102 ff.

<sup>57</sup> BGH v. 21. 12. 1972 – II ZR 13/71 – WM 1973, 296; BGH v. 26. 6. 1989 – II ZR 128/88 – NJW 1990, 573.

<sup>58</sup> *Kleine-Möller* in Münch. Hdb. GesR I § 20 Rz. 21; *Locher* Rz. 382.

<sup>59</sup> *Barner* S. 43 f.

<sup>60</sup> *Hochstein/Jagenburg* Einl. Rz. 37 ff., 54 mwN.

delsregister betreiben (§ 105 Abs. 2 S. 1 HGB).<sup>61</sup> Eine **andere Beurteilung** bezüglich der Gesellschaftsform wäre erst dann gerechtfertigt, wenn sich Unternehmer **unabhängig von konkreten (Folge-)Baufträgen** darauf verständigten, generell bei der Ausführung von Bauprojekten zusammenzuwirken. Je nach Gestaltung des Vertrags handelte es sich dann um eine OHG.<sup>62</sup>

## B. Die Gründung der ARGE

### I. Die Bietergemeinschaft als Vorbereitung der ARGE-Gründung

#### 1. Die Bietergemeinschaft als Vor-ARGE

- 25 Zur Zusammenarbeit in einer ARGE kommt es am häufigsten in folgenden Fällen:<sup>63</sup>
- Der Auftraggeber vergibt den Auftrag an eine Gruppe von einzeln anbietenden Unternehmern mit der Aufforderung, eine ARGE zu bilden.
  - Ein einzelner Unternehmer, der den Zuschlag erhalten soll, bittet den Auftraggeber darum, weitere Unternehmer unter Bildung einer ARGE beteiligen zu dürfen.
  - Vor der Vergabe des Auftrags schließen sich mehrere Unternehmer zur Abgabe eines gemeinsamen Angebots zusammen.
- 26 In der dritten Konstellation schließen die Unternehmer miteinander einen **Vorvertrag**. Damit bilden sie eine **Bietergemeinschaft (GbR)**. **Gesellschaftszweck** der Bietergemeinschaft ist es, sich um einen bestimmten Auftrag zu bemühen und diesen auch zu erhalten.<sup>64</sup>
- 27 Die Regelungsdichte des Vorvertrages ist in der Praxis recht unterschiedlich:
- Sie kann so weit gehen, daß der Vorvertrag bereits den gesamten späteren ARGE-Vertrag, aufschiebend bedingt durch die Erteilung des Zuschlags, enthält.
  - Der Vorvertrag kann aber auch lediglich die Verpflichtung enthalten, im Falle der Auftragserteilung einen ARGE-Vertrag abzuschließen.
- 28 An einen Vorvertrag sind gewisse **Bestimmtheitsanforderungen** zu stellen, damit im Falle einer gerichtlichen Auseinandersetzung wenigstens durch **ergänzende Vertragsauslegung** ermittelt werden kann, welche Vereinbarungen für die Bietergemeinschaft bestanden. Lassen sich die zwingenden Vertragsbestandteile nicht im Wege der Auslegung (§§ 133, 157 BGB) ermitteln, ist der Vertrag nichtig.<sup>65</sup> Zur Vermeidung von Streitigkeiten während der Bieterphase und nach der Auftragsertei-

<sup>61</sup> S. dazu bereits oben Rz. 8.

<sup>62</sup> *Hochstein/Jagenburg* Einl. Rz. 37 ff., 55.

<sup>63</sup> S. auch *Barner* S. 26 f.

<sup>64</sup> Vgl. *Ingenstau/Korbion* A Anh. Rz. 18; *Kleine-Möller* in *Münch. Hdb. GesR* I § 20 Rz. 97.

<sup>65</sup> *Hochstein/Jagenburg* Einl. Rz. 62 f.

lung sollten die Unternehmer die **Aufgabenverteilung zur Erstellung des Angebots** und die **Eckdaten** der zu bildenden ARGE mindestens in folgenden Punkten festlegen:<sup>66</sup>

- **Quoten der Beteiligung** der Gesellschafter;<sup>67</sup>
- **Organe** der ARGE;
- **Vergütung für Sonderaufgaben**;
- **Charakter** der ARGE als Grundtyp oder Dach-ARGE;
- Durchführung der **technischen Bearbeitung** einschließlich der dafür zu zahlenden Vergütung;
- **Absicherung** der ARGE-Gesellschafter untereinander;
- ggf. **Vertragsstrafe-** und **Schiedsklausel**.<sup>68</sup>

Der Mustervertrag<sup>69</sup> für die Bietergemeinschaft (**BG-Mustervertrag**) weist eine hohe Regelungsdichte auf und schließt alle relevanten Punkte des späteren ARGE-Vertrages bereits mit ein, insbesondere sieht er bereits den Abschluß des späteren ARGE-Vertrages unter der aufschiebenden Bedingung der Auftragserteilung vor.<sup>70</sup> Allerdings hat dieser Mustervertrag in der Praxis bislang nicht dieselbe Verbreitung wie die anderen Musterverträge gefunden.

Nach Erteilung des Zuschlags kommt es meist nicht sofort zu Verhandlungen über den eigentlichen ARGE-Vertrag; vielmehr tritt zunächst ein **Zwischenstadium** ein, in dem der ARGE-Vorvertrag dergestalt **erweitert** wird, daß die „ARGE“ überhaupt **handlungsfähig** ist. Der Bauherr ist regelmäßig nicht bereit, eine Verzögerung des Baubeginns wegen langwieriger Verhandlungen über den ARGE-Vertrag hinzunehmen. Er strebt vielmehr eine **zügige Aufnahme** der Bautätigkeit an, so als habe er einen Einzelunternehmer beauftragt. Deswegen kommt es häufig vor, daß der eigentliche ARGE-Vertrag erst abgeschlossen wird, wenn die Bauausführung schon begonnen hat.<sup>71</sup> In diesem Zwischenstadium einigen sich die Gesellschafter sinnvollerweise jedenfalls auf **Sitz und Namen**<sup>72</sup> der ARGE, verteilen die **Kompetenzen** in groben Zügen, organisieren die **Verwaltung** (Büro, Konten, Steueranmeldung) und richten (ggf. mit Personal und Geräten) die **Baustelle** ein. 29

<sup>66</sup> Vgl. *Barner* S. 27; *Feldrappe* in *Feldrappe* S. 13, 21f.; *Hochstein/Jagenburg* Einl. Rz. 63, z. T. mit Abweichungen.

<sup>67</sup> Die Angabe der Rechtsform ist überflüssig, da die Bietergemeinschaft stets eine GbR darstellt; aA *Hochstein/Jagenburg* Einl. Rz. 63.

<sup>68</sup> Dazu z. B. *Giefers* S. 24. Gestaltungsvorschläge für Schiedsklauseln nach neuem Recht z. B. bei *Lachmann* Rz. 159 ff., 1074; vgl. aber die Problematik des Mehrparteienverfahrens, *ebd.* Rz. 647 ff.

<sup>69</sup> *Hauptverband der Deutschen Bauindustrie e.V.*, Dach-Arbeitsgemeinschaftsvertrag (Fassung 1995) (MV-Dach-ARGE) Bietergemeinschaftsvertrag (Fassung 1997).

<sup>70</sup> Ausführlich dazu *Burchardt* in *Burchardt/Pföhl* Exkurs Bietergemeinschaftsvertrag.

<sup>71</sup> *Barner* S. 27. Von einer anderen Zeitabfolge geht § 22 MV-ARGE aus, demzufolge die ARGE mit Aufnahme der gemeinsamen Geschäftstätigkeit, spätestens aber mit Zustandekommen des Bauvertrages beginnt.

<sup>72</sup> *Hochstein/Jagenburg* Einl. Rz. 63 raten an, den Namen schon in den Bietergemeinschafts-Vertrag aufzunehmen.

2. Probleme der Bietergemeinschaft<sup>73</sup>

- 30 Probleme der Bietergemeinschaft bestehen vor allem bezüglich der **Bindung der Bieter** untereinander. Die Praxis zeigt, daß gerade hier häufig besonders vage Formulierungen anzutreffen sind oder die Parteien sogar vergessen, überhaupt eine Vereinbarung zu treffen.

## a) Wettbewerbsverbot und Kartellrecht

- 31 Schon aus der Treuepflicht zu den anderen Gesellschaftern folgt, daß sich **kein Gesellschafter**, auch nicht versteckt als Innen-ARGE-Gesellschafter oder „Schein“-Subunternehmer, **an mehreren Bietergemeinschaften** beteiligen darf. Dennoch empfiehlt es sich, dieses Verbot deutlich zu formulieren.

(**Formulierungsvorschlag:** „Den Gesellschaftern ist es untersagt, sich unmittelbar oder mittelbar an anderen Bietergemeinschaften zu beteiligen.“)<sup>74</sup>

- 32 Die **ausdrückliche** Formulierung aber, daß die Gesellschafter neben der Bietergemeinschaft **kein eigenes Angebot** abgeben dürfen, stieß lange Zeit auf **kartellrechtliche Bedenken** (§ 1 GWB).<sup>75</sup> Der BGH hat jedoch entschieden, daß solche Vereinbarungen grundsätzlich zulässig sind, wenn das Engagement in einer ARGE auf vernünftige kaufmännische Erwägungen zurückzuführen und wirtschaftlich zweckmäßig ist.<sup>76</sup> Sinnvoll erscheint es daher, **im Vorvertrag die Gründe für die Bildung** der Bietergemeinschaft aufzuführen.<sup>77</sup> Stellt die ARGE aber im Ergebnis eine Preisabsprache dar, ist sie in jedem Falle wettbewerbsrechtlich unzulässig und zudem sittenwidrig iSv. § 138 BGB.<sup>78</sup>

- 33 Außerdem sollte eindeutig festgelegt werden, zu welchem Zeitpunkt die **Bietergemeinschaft** endet. Anderenfalls besteht die Gefahr, daß einer der Gesellschafter das Ende der Bietergemeinschaft behauptet oder sogar willentlich herbeiführt, um sich anderweitig beteiligen zu können. Empfehlenswert erscheinen Formulierungen, die die Bietergemeinschaft erst enden lassen, wenn der **Auftrag anderweitig rechtsverbindlich vergeben ist und es zusätzlich** allen Gesellschaftern verbieten, als Subunternehmer für andere Unternehmer/ARGEN im Rahmen dieses Projekts tätig zu werden.<sup>79</sup> Solche Formulierungen sind um so bedeutender, als die (befristete) Bietergemeinschaft nicht ordentlich, sondern

<sup>73</sup> Zur Rolle der Bietergemeinschaft im Vergabeverfahren nach der VOB/A s. *Kleine-Möller* in Münch. Hdb. GesR I § 20 Rz. 109 ff.; *Feldrappe* in *Feldrappe* S. 13, 21 f.; zu kernrechtlichen Fragen vgl. *Kornblum* ZfBR 1992, 9, 10.

<sup>74</sup> Vgl. auch *Feldrappe* in *Feldrappe* S. 13, 16.

<sup>75</sup> Vgl. *Giefers* S. 21 ff.; *Hochstein/Jagenburg* Einl. Rz. 56 ff. mwN zur früheren hM; aA *Kornblum* ZfBR 1992, 9, 10, demzufolge die ARGE grundsätzlich kartellrechtlich unbedenklich sei.

<sup>76</sup> BGH v. 13. 12. 1983 – KRB 3/83 – BB 1984, 364 f.

<sup>77</sup> Vgl. *Feldrappe* in *Feldrappe* S. 13, 19 f.

<sup>78</sup> *Hochstein/Jagenburg* Einl. Rz. 60.

<sup>79</sup> Vgl. *Feldrappe* in *Feldrappe* S. 13, 17.

nur aus wichtigem Grund gekündigt werden kann (vgl. § 723 Abs. 1 BGB).

### b) Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen die Treuepflicht

Verläßt ein Gesellschafter die Bietergemeinschaft treuwidrig, so steht den übrigen Gesellschaftern dem Grunde nach regelmäßig ein **Schadensersatzanspruch aus positiver Forderungsverletzung** des Gesellschaftsvertrags zu.<sup>80</sup> Meist unüberwindbare Schwierigkeiten bereitet in der Praxis jedoch die **Berechnung** des Schadensersatzes:

– **Erhält** die Bietergemeinschaft den **Auftrag**, kann sich aus dem „Ausscheren“ des Gesellschafters ein Schaden ergeben, wenn das Ergebnis der ARGE negativ ausfällt. Mit der Verpflichtung, der späteren ARGE beizutreten, hat sich nämlich jeder Gesellschafter konkludent verpflichtet, evtl. Verluste mitzutragen. Wenn der ausscheidende Gesellschafter jedoch die haftungsausfüllende Kausalität bestreitet, indem er z. B. geltend macht, das negative Ergebnis beruhe auf schlechter Führung der ARGE-Geschäfte durch die anderen Gesellschafter, tragen letztere die Darlegungs- und Beweislast.

– **Erhält** die Bietergemeinschaft den **Auftrag nicht** und möchte sie Ersatz für vergeblich aufgewandte Mittel erhalten, so hat sie den (meist schwierigen) Beweis zu führen, daß der Auftrag bei einem Verbleib des untreuen Gesellschafters an die Bietergemeinschaft gegangen wäre.<sup>81</sup>

**Anzuraten** ist daher für beide Konstellationen die Vereinbarung einer **Vertragsstrafe** für den Fall des „Ausscherens“, die den übrigen Gesellschaftern den Nachweis der Schadenskausalität erspart.<sup>82</sup> Der BG-Mustervertrag enthält eine solche Regelung nicht, sie muß also zusätzlich vereinbart werden. Im übrigen kann aus dem Bietergemeinschaftsvertrag auf Erfüllung, also auf **Abschluß des ARGE-Vertrages**, geklagt werden.<sup>83</sup>

## II. Die Gründung der ARGE

### 1. Der ARGE-Vertrag

#### a) Inhalt des Vertrags

Spätestens wenn die Bietergemeinschaft den Zuschlag für ein Projekt erhalten hat, schließen die Gesellschafter den eigentlichen **ARGE-Vertrag** ab. Mit Abschluß des ARGE-Vertrags bzw. Beginn seiner Wirksamkeit<sup>84</sup> **endigt die Bietergemeinschaft** ohne weiteren Auflösungs-

<sup>80</sup> Im Falle des Verzugs ist aber der Schadensersatzanspruch aus § 286 BGB vorrangig; dazu *Hochstein/Jagenburg* Einl. Rz. 64.

<sup>81</sup> Vgl. hierzu *Feldrappe* in *Feldrappe* S. 13, 17 f.

<sup>82</sup> *Kleine-Möller* in *Münch. Hdb. GesR I* § 20 Rz. 101.

<sup>83</sup> *Hochstein/Jagenburg* Einl. Rz. 64.

<sup>84</sup> Vgl. zum Beginn der ARGE § 22 MV-ARGE; s. dazu auch *Fahrenschon* in *Burhardt/Pfüll* §22 Rz. 4 ff.

akt (vgl. § 726 BGB).<sup>85</sup> Hatte sie **Gesamthandsvermögen** gebildet, geht dieses auf die ARGE über.<sup>86</sup> Der ARGE-Vertrag bezieht sich regelmäßig nur auf das konkrete Projekt. Folgt er nicht einem der gängigen Vertragsmuster (meist MV-ARGE),<sup>87</sup> sollte er **mindestens Regelungen** zu folgenden Punkten enthalten:<sup>88</sup>

- Bezeichnung der **Gesellschafter**<sup>89</sup> und ihrer **Beteiligung** (§§ 706, 722 BGB, §§ 1, 3 MV-ARGE),
  - **Art und Umfang** des Auftrags und der auszuführenden Arbeiten (§ 2 MV-ARGE) inklusive Neben- und Zusatzarbeiten,<sup>90</sup>
  - **Ort und Form** der Zusammenarbeit (Präambel MV-ARGE und § 2 MV-ARGE),
  - **Beiträge** der Vertragspartner (§ 4 MV-ARGE).
- 39 **Zweckmäßig** erscheint es darüber hinaus, für die ARGE zu vereinbaren:
- einen **Namen** (Deckblatt MV-ARGE und § 2 MV-ARGE),
  - eine **Binnenorganisation**<sup>91</sup> (§§ 5 ff. MV-ARGE),
  - eine **Schiedsklausel** (§ 27 MV-ARGE),<sup>92</sup>
  - ggf. eine **Gerichtsstandsvereinbarung** (§ 27 MV-ARGE), sowie
  - eine Regelung bezüglich **Teilunwirksamkeit** (§ 26 MV-ARGE).
- 40 Soweit der ARGE-Vertrag eigenständige Regelungen enthält, sind die **§§ 705 ff. BGB grds. abbedungen**. Nicht möglich ist die Abbedingung der §§ 712 (Entziehung und Kündigung der Geschäftsführung), 716 Abs. 2 (Kontrollrecht), 719 Abs. 1 (Gesamthandsvermögen), 723 Abs. 3 (Kündigung durch Gesellschafter) sowie 725 Abs. 1 BGB (Kündigung durch Pfändungspfandgläubiger).<sup>93</sup>

#### b) Form des Vertrags

- 41 Der ARGE-Vertrag ist grundsätzlich **formfrei**.<sup>94</sup> Ein konkludenter Abschluß kann insbesondere in der gemeinsamen Aufnahme von Arbeiten an einem Projekt liegen. Ausnahmsweise formbedürftig sind ARGE-Verträge, die als Gesellschafterbeitrag die Einbringung von Grundstücken vorsehen (§ 313 S. 1 BGB: notarielle Beurkundung) oder eine

<sup>85</sup> Sie endigt durch Zweckerreichung. Erhält ein anderer Bieter den Auftrag, so endigt die Bietergemeinschaft (ebenfalls gem. § 726 BGB), weil die Zweckerreichung unmöglich geworden ist. Vgl. *Kleine-Möller* in Münch. Hdb. GesR I § 20 Rz. 99.

<sup>86</sup> *Hochstein/Jagenburg* Einl. Rz. 65.

<sup>87</sup> Zur Frage, ob § 23 Abs. 1 AGBG anwendbar ist, vgl. *Hickl* in Burchardt/Pfüll Präambel Rz. 20.

<sup>88</sup> Subsidiär gelten die §§ 705 ff. BGB.

<sup>89</sup> Zur Frage, wer Gesellschafter einer ARGE sein kann, vgl. ausführlich *Hochstein/Jagenburg* § 1 Rz. 3 ff. Die Gesellschafter sollten unbedingt mit vollständigem Namen bzw. Firma und ladungsfähiger Anschrift benannt werden.

<sup>90</sup> § 2.3 MV-ARGE; dazu z. B. *Kleine-Möller* in Münch. Hdb. GesR I § 20 Rz. 43; *Hochstein/Jagenburg* § 2 Rz. 17 ff.

<sup>91</sup> *Giefers* S. 18.

<sup>92</sup> Gestaltungsvorschläge nach neuem Recht z. B. bei *Lachmann* Rz. 159 ff., 1074; vgl. aber die Problematik des Mehrparteienverfahrens *ebd.* Rz. 647 ff.

<sup>93</sup> *Kleine-Möller* in Münch. Hdb. GesR I § 20 Rz. 32 mit Fn. 31.

<sup>94</sup> *Hickl* in Burchardt/Pfüll Einf. Rz. 20 ff.

nichtkaufmännische Bürgschaftserklärung (§ 766 BGB: Schriftform) enthalten.<sup>95</sup> Die **schriftliche Abfassung** des Vertrags ist jedoch **dringend anzuraten**.<sup>96</sup>

### c) Name der Gesellschaft

Schon aus Gründen der Publizität, aber auch, um sinnvoll am Rechts- und Wirtschaftsverkehr teilnehmen zu können, gibt sich die ARGE einen **Namen**. In der Regel enthält dieser die Bezeichnung des Bauprojekts, uU auch die Namen der beteiligten Unternehmer.<sup>97</sup>

**Rechtliche Grenzen** bestehen hinsichtlich der Namenswahl nur insoweit, als eine Irreführung, insbesondere Verwechslungen mit bestehenden Namen anderer, vor allem anderer ARGEn, vermieden werden müssen<sup>98</sup> und beim Zusatz „Partner“ bzw. „und Partner“ u. ä. Vorsicht geboten ist (§ 11 PartGG).<sup>99</sup> Auf **Geschäftspapieren** der ARGE sollten sicherheits halber der gesamte Name und die Anschrift der ARGE sowie Name und Anschrift der einzelnen Gesellschafter angegeben werden.<sup>100</sup>

## 2. Der faktische/fehlerhafte ARGE-Vertrag<sup>101</sup>

Der ARGE-Vertrag kann nach den allgemeinen Vorschriften **nichtig** (vgl. insb. §§ 134, 138 BGB) oder **anfechtbar** (vgl. insb. §§ 119, 123 iVm. 142, 143 BGB) sein. Im Fall der Nichtigkeit bzw. nach Anfechtung hat eine wirksame ARGE theoretisch nie bestanden. Zum Schutz des Vertrauens in das Bestehen der Gesellschaft bzw. zum Schutz des gebildeten Gesamthandsvermögens greift aber die Lehre vom **faktischen/fehlerhaften Gesellschaftsverhältnis** ein. Danach kann die Nichtigkeit bzw. die Unwirksamkeit des Gesellschaftsvertrags den Gläubigern nicht entgegengehalten werden.<sup>102</sup> Im **Innenverhältnis** wirken sich die Geltendmachung der Nichtigkeit wie auch die Anfechtung wie eine bloße Kündigung also, nur mit Wirkung **ex nunc**, aus.

(einstweilen frei)

45–49

<sup>95</sup> *Hochstein/Jagenburg* Präambel Rz. 7.

<sup>96</sup> *Ingenstau/Korbion* A Anh. Rz. 27; *Hochstein/Jagenburg* Präambel Rz. 4.

<sup>97</sup> *Hickl* in Burchardt/Pfüll § 2 Rz. 2.

<sup>98</sup> *Ingenstau/Korbion* A Anh. Rz. 28.

<sup>99</sup> Dazu *Bärwaldt/Schabacker* MDR 1997, 114. Nach Ansicht des BGH sind diese Bezeichnungen für die Partnerschaftsgesellschaft „reserviert“; BGH v. 21. 4. 1997 – II ZB 14/96 – ZIP 1997, 1109 mit abl. Anm. *Bärwaldt/Schabacker* EWiR 1997, 715 (§ 11 PartGG 1/97).

<sup>100</sup> Zum Namen der ARGE *Hickl* in Burchardt/Pfüll § 2 Rz. 3; vgl. zu Geschäftspapieren insgesamt (am Beispiel von Kapitalgesellschaften) *Bärwaldt/Schabacker* AG 1996, 461.

<sup>101</sup> Dazu ausführlich *Hochstein/Jagenburg* Einl. Rz. 66–94.

<sup>102</sup> *Giefers* S. 20 f.; Münch. Komm. V/*Ulmer* § 705 Rz. 261. S. auch *Goette* DStR 1996, 266, 267.

### C. Das Innenverhältnis der ARGE

#### I. Die Organe der ARGE und ihre Aufgaben

- 50 Die Binnenorganisation der ARGE unterscheidet sich im Regelfall erheblich vom Leitbild der §§ 705 ff. BGB. Nach § 5 MV-ARGE sind Organe der ARGE die **Aufsichtsstelle** (= Gesellschafterversammlung, § 6 MV-ARGE), die **technische** (§ 7 MV-ARGE) und die **kaufmännische** (§ 8 MV-ARGE) **Geschäftsführung** sowie die **Bauleitung** (§ 9 MV-ARGE). Alle diese Organe haben bestimmte **Geschäftsführungskompetenzen**, die untereinander hierarchisch gegliedert und nach Sachgebieten abgegrenzt sind.<sup>103</sup>

##### 1. Die Aufsichtsstelle (Gesellschafterversammlung)

###### a) Aufgabe und Kompetenz

- 51 § 6 MV-ARGE charakterisiert die **Aufsichtsstelle als oberstes Leitungsorgan für die Entscheidung von Grundsatzfragen**. Dazu gehören alle wesentlichen Probleme und die Fragen,<sup>104</sup> die der Aufsichtsstelle von einem Gesellschafter unterbreitet werden oder die ihr der Vertrag zuweist oder die sie selbst an sich zieht.<sup>105</sup> Dieser „**Kompetenz-Kompetenz**“ der Aufsichtsstelle entspricht § 709 BGB (gemeinschaftliche Geschäftsführung); andererseits ist die Aufsichtsstelle aber ein reines **Beschlußorgan**, während die Ausführung der Beschlüsse allein den anderen Organen obliegt.<sup>106</sup>

###### b) Binnenorganisation und Entscheidungsfindung

- 52 Die Aufsichtsstelle **tagt bei Bedarf oder auf Antrag** eines Gesellschafters. Zu Beginn eines Projekts tagt die Aufsichtsstelle typischerweise häufiger, im Verlauf der Projektausführung seltener, gegen Ende, d. h. bei den Schlußsitzungen nach Abschluß und Abrechnung der Arbeiten, wieder verstärkt.<sup>107</sup> Für die Ausrichtung der Sitzungen (Tagesordnung, Einberufung, Protokoll) ist die technische Geschäftsführung zuständig (§ 6.5 MV-ARGE).
- 53 Jeder Gesellschafter ist in der Aufsichtsstelle vertreten, die **Stimmverteilung** erfolgt paritätisch oder nach Beteiligung. **Beschlußfähig** ist die Aufsichtsstelle nur bei Anwesenheit der Vertreter aller Gesellschafter nach rechtzeitiger Einladung (acht Kalendertage Regelfrist). Wird nach

<sup>103</sup> Übersicht bei *Burchardt* in Burchardt/Pfühl Vorbem. zu §§ 7 und 8 Rz. 4 ff.

<sup>104</sup> *Ingenstau/Korbion* A Anh. Rz. 23 nennen z. B.: Ausführung der Geschäftsführung, Kredite und Wechsel, Anforderung von Gesellschafterbeiträgen, Festlegung und Änderung der Beteiligungsverhältnisse, Dauer und Beendigung der Geschäftsführung sowie Bauleitung, Ausschluß von Gesellschaftern, Forderungsabtretung, Anerkennung oder Zurückweisung von Gewährleistungsansprüchen.

<sup>105</sup> Vgl. die Aufzählung bei *Kleine-Möller* in Münch. Hdb. GesR I § 20 Rz. 57.

<sup>106</sup> *Kleine-Möller* in Münch. Hdb. GesR I § 20 Rz. 58.

<sup>107</sup> *Barner* S. 32.

Beschlußunfähigkeit eine zweite Sitzung einberufen, ist die Aufsichts- stelle in dieser zweiten Sitzung ohne Rücksicht auf die Zahl der vertre- tenen Gesellschafter beschlußfähig. **Grundsätzlich wird einstimmig** entschieden, unaufschiebbare Entscheidungen können **mehrheitlich** erfolgen, wenn in einem früheren Termin keine Einstimmigkeit erzielt wurde. Bei **Stimmgleichheit** entscheidet der zuständige Geschäfts- führer. Sollte Streit darüber bestehen, welchem Sachbereich eine Frage zuzuordnen ist, kann ein Patt über die Geschäftsführer-Lösung nicht vermieden werden. Für solche Fälle sollte ein Dritter als **Streitschlichter** ernannt werden oder turnusgemäß das **Letztentscheidungsrecht zwischen den Gesellschaftern wechseln**.<sup>108</sup> Bei Interessenkollision ist der betroffene Gesellschafter von der Abstimmung ausgeschlossen.<sup>109</sup>

**Abweichend** von diesen Grundsätzen kann im **ARGE-Vertrag** vereinbart werden, daß für bestimmte Entscheidungen ein (qualifizierter) **Mehrheitsbeschluß** ausreicht. Für **Änderungen des Geschäftsvertrags selbst** ist eine solche Vereinbarung nur dann möglich, wenn sie dem Bestimmtheitsgrundsatz<sup>110</sup> Rechnung trägt. Im einzelnen besteht Streit, ob bereits eine Änderung des **Projekts** (vor allem eine Verlängerung der Gewährleistungspflicht)<sup>111</sup> oder erst eine Änderung der ARGE an sich ein solches Grundlagengeschäft darstellt.<sup>112</sup> Um die ARGE auch bei schwierigen Projekten **handlungsfähig** zu halten, darf der Begriff der **Vertragsänderung nicht zu weit ausgelegt** werden. Es spricht einiges dafür, sie erst anzunehmen, wenn die **ARGE an sich** berührt ist.

Für **einige** Beschlüsse schreibt der MV-ARGE neben der Einstimmigkeit **Schriftform** für die Zustimmung vor.<sup>113</sup>

## 2. Die Geschäftsführungen

### a) Die technische Geschäftsführung

Nach § 7 MV-ARGE wird einem Gesellschafter (zwingende **Selbst- organschaft**)<sup>114</sup> die **technische Geschäftsführung** (früher: „federführende Geschäftsführung“) übertragen. Der technische geschäftsführende Gesellschafter ist verantwortlich für die **technische Seite** des Bauvorhabens, die **Einhaltung des ARGE-Vertrags** und die **Ausführung von Beschlüssen der Aufsichtsstelle**, soweit sie technische Fragen betreffen.<sup>115</sup> Der technische Geschäftsführer muß sich vor allem um die **Über-**

<sup>108</sup> Kornblum ZfBR 1992, 9, 11.

<sup>109</sup> Brodbeck/Bostelmann/Burchardt in Burchardt/Pföhl § 6 Rz. 34.

<sup>110</sup> Dazu Palandt/Sprau § 705 Rz. 5 ff.

<sup>111</sup> So Prange S. 61; Hochstein/Jagenburg § 6 Rz. 15 unter Hinweis auf § 7.46 MV-ARGE.

<sup>112</sup> So Barner S. 58 f. mwN.

<sup>113</sup> Vgl. §§ 6.8 (Änderung/Ergänzung des Vertrags, Rechtsstreit), 11.8 (Aufnahme von Bankkrediten etc.), 20.2 MV-ARGE (Aufhebung des Abtretungsverbots).

<sup>114</sup> Kornblum ZfBR 1992, 9, 11.

<sup>115</sup> Gegen die Zulässigkeit der Verteilung von Letztverantwortung nach Fachgebieten Ingenstau/Korbion A Anh. Rz. 58.

**wachung der Bauarbeiten**, die Unterweisung und die Überwachung der örtlichen Bauleitung kümmern. Er **vertritt die ARGE** gegenüber dem Auftraggeber (z. B. Nachträge), in kaufmännischen Fragen aber nur mit Einverständnis des kaufmännischen Geschäftsführers, und gegenüber Dritten (z. B. Subunternehmerverträge) in technischen Fragen. § 7 MV-ARGE enthält einen detaillierten, aber nicht abschließenden („insbesondere“, vgl. z. B. § 21 MV-ARGE – Gewährleistung) **Katalog** von Aufgaben;<sup>116</sup> teilweise sind zu ihrer Erfüllung das Einverständnis der kaufmännischen Geschäftsführung und/oder die Zustimmung der Aufsichtsstelle erforderlich.

#### b) Die kaufmännische Geschäftsführung

- 56 Auch die **kaufmännische Geschäftsführung** wird einem Gesellschafter übertragen (§ 8 MV-ARGE). Früher war sie vertraglich und tatsächlich innerhalb der ARGE von geringerem Gewicht als die „federführende“ technische Geschäftsführung. Die ARGE-Musterverträge tendierten im Laufe der Zeit jedoch dazu, den kaufmännischen Geschäftsführer dem technischen immer mehr gleichzuordnen.<sup>117</sup> So entspricht der **Aufgabenbereich** des kaufmännischen Geschäftsführers mittlerweile im **kaufmännischen Bereich** dem des technischen Geschäftsführers. Auch in § 8 MV-ARGE findet sich ein nicht abschließender detaillierter **Aufgabenkatalog**. Insbesondere gehört es zu den Aufgaben der kaufmännischen Geschäftsführung, den Geldverkehr, den Einkauf und die Materialverwaltung zu erledigen, alle erforderlichen Bilanzen zu erstellen sowie sämtliche Steuerfragen zu klären. Die kaufmännische Geschäftsführung fordert auch die Geldbeiträge der Gesellschafter an (§ 11.1 MV-ARGE). **Vertretungsbefugt** ist der kaufmännische Geschäftsführer allerdings nach wie vor nur gegenüber Dritten und nur in kaufmännischen Angelegenheiten.

#### c) Verhältnis der Geschäftsführer untereinander<sup>118</sup>

- 57 Abweichend von § 711 BGB steht den Gesellschafter-Geschäftsführern **kein Widerspruchsrecht** untereinander zu.<sup>119</sup> Bei „**Misch-Geschäften**“, die sowohl den technischen als auch den kaufmännischen Bereich betreffen, wäre denkbar, daß jeder Geschäftsführer allein befugt ist, da sein jeweiliger Bereich betroffen ist.<sup>120</sup> Alternativ könnte von konkludent erteilter bzw. Duldungsvollmacht ausgegangen werden

<sup>116</sup> Dazu i. e. *Renauer* in Burchardt/Pföhl § 7 Rz. 4 ff.

<sup>117</sup> Vgl. *Fahrenschon/Burchardt* 1990 § 8 Rz. 2. Zum heutigen Aufgabenkatalog der kaufmännischen Geschäftsführung *Renauer/Burchardt* in Burchardt/Pföhl § 8 Rz. 3f., 13f.

<sup>118</sup> Zur Abgrenzung zwischen den Geschäftsführungsbefugnissen der Aufsichtsstelle, der Geschäftsführer und der Bauleitung vgl. i. e. *Burchardt* in Burchardt/Pföhl Vorbem. zu §§ 7 und 8 Rz. 4 ff.

<sup>119</sup> *Koebler/Schwärzel-Peters* DStR 1996, 1734, 1739; *Palandt/Sprau* § 705 Rz. 46; *Kleine-Möller* in Münch. Hdb. GesR I § 20 Rz. 64; *Hochstein/Jagenburg* § 5 Rz. 25.

<sup>120</sup> *Barnert* S. 124.

oder Gesamtgeschäftsführungs- und -vertretungsbefugnis anzunehmen sein.<sup>121</sup> Dieser Konstruktionen bedarf es im Ergebnis nicht: Nach dem Sinn und Zweck jedenfalls des MV-ARGE, der an vielen Stellen Einvernehmen vorsieht, wenn nicht nur der Bereich eines Geschäftsführers berührt ist, darf sich der einzelne Geschäftsführer in Zweifelsfragen nicht über den anderen hinwegsetzen, sondern hat dessen **Einvernehmen** zu suchen. Streitfragen entscheidet die Aufsichtsstelle.<sup>122</sup> „**Bereichsspezifische**“ **Fremdgeschäfte** entziehen sich der Geschäftsführungsbefugnis aller Gesellschafter mit Ausnahme des zuständigen Geschäftsführers.<sup>123</sup> Die übergeordnete Geschäftsführungsbefugnis der Aufsichtsstelle bleibt freilich unberührt.<sup>124</sup>

#### d) Vergütung für Sonderleistungen

§ 10 MV-ARGE sieht für **Sonderleistungen**, vor allem für die Geschäftsführung iSd. §§ 7, 8 MV-ARGE, einen **finanziellen Ausgleich** vor, dessen Höhe sich nach einem vereinbarten Prozentsatz des Netto-Umsatzes bemisst. **Weitere Ausgleichszahlungen** erfolgen an Gesellschafter, die die evtl. erforderliche Lohn- und Gehaltsbuchhaltung oder bestimmte EDV-Auswertungen leisten, die Fachkraft für Arbeitssicherheit stellen, die Entwurfs- und Planbearbeitungen ausführen, die Arbeitsvorbereitung übernehmen, den Stunden- und/oder Kostenarten-Soll-Ist-Vergleich anstellen oder für die ARGE Gewährleistungsarbeiten durchführen.<sup>125</sup>

Bei den aufgeführten Leistungen handelt es sich um **Gesellschafterbeiträge**, nicht um entgeltliche Dienstleistungen. Somit besteht nach BGB kein Anspruch auf gesonderte Vergütung (§ 733 Abs. 2 S. 3 BGB).<sup>126</sup> Die **ausdrückliche Vereinbarung einer Vergütung** für diese aufwendigen Sonderleistungen ist deswegen anzuraten, zumal die Rechtsprechung selbst bei scheinbar eindeutigen Sachverhalten offenbar nicht bereit ist, eine stillschweigende Vereinbarung dieses Inhalts anzuerkennen.<sup>127</sup> Die Höhe der Vergütung sollte sich auf die tatsächlich entstandenen Ausgaben beschränken, da grundsätzlich eine „Entlohnung“ der Gesellschafter für ihre Beiträge über die Ergebnisbeteiligung stattfindet.<sup>128</sup>

Ab einer gewissen Größe der ARGE empfiehlt sich die Führung einer **eigenen Verwaltung auf der Baustelle mit eigens hierfür freigestellten Mitarbeitern**, damit Reibungsverluste und Verzögerungen

<sup>121</sup> *Hochstein/Jagenburg* § 5 Rz. 26.

<sup>122</sup> So auch *Koebler/Schwärzel-Peters* DStR 1996, 1734, 1739; *Kleine-Möller* in Münch. Hdb. GesR I § 20 Rz. 64; *Burchardt* in Burchardt/Pfülb Vorbem. zu §§ 7 und 8 Rz. 7 f.

<sup>123</sup> *Kleine-Möller* in Münch. Hdb. GesR I § 20 Rz. 64.

<sup>124</sup> Insoweit ist § 710 BGB modifiziert; vgl. *Palandt/Sprau* § 705 Rz. 46; *Burchardt* in Burchardt/Pfülb Vorbem. zu §§ 7 und 8 Rz. 4.

<sup>125</sup> Zu Einzelheiten vgl. z. B. *Suttner/Pfülb/Burchardt* in Burchardt/Pfülb § 10 Rz. 1 ff.

<sup>126</sup> Z. B. *Pfülb/Burchardt* in Burchardt/Pfülb Vorbem. zu §§ 10 bis 15 Rz. 2 ff.

<sup>127</sup> Z. B. OLG Koblenz EWiR 1986, 565 mwN mit Anm. *Kirberger*.

<sup>128</sup> *Kleine-Möller* in Münch. Hdb. GesR I § 20 Rz. 65.

durch Übermittlungsfehler vermieden werden und die tatsächlich erbrachten Sonderleistungen in einem wirtschaftlich sinnvollen Verhältnis zur Vergütung stehen.<sup>129</sup>

### 3. Die Bauleitung

- 61 Unterhalb der Gesellschafterebene ist die **Bauleitung** angesiedelt, die **vor Ort die Bauausführung** leitet. Die Bauleitung wird von der Aufsichtsstelle ernannt. Die Ernennung erfolgt idR hinsichtlich des technischen Bauleiters („Bauleiter“) durch die technische Geschäftsführung, hinsichtlich des kaufmännischen Bauleiters („ARGE-Kaufmann“) durch die kaufmännische Geschäftsführung.<sup>130</sup> Bauleiter und ARGE-Kaufmann unterliegen dem **Weisungsrecht des jeweiligen Geschäftsführers**. Sie sind nur **gemeinsam** und nur in Fragen mit **örtlichem** Bezug, nicht jedoch in Grundsatzfragen vertretungsberechtigt. Da Bauleiter und ARGE-Kaufmann praktisch nie Gesellschafter sind, kommt ihnen das in der Präambel MV-ARGE festgelegte Haftungsprivileg<sup>131</sup> nicht zugute. Es gelten aber die Grundsätze des Arbeitsrechts zur betrieblich veranlaßten Tätigkeit.<sup>132</sup> Die Kosten der Bauleitung sind Kosten der ARGE.<sup>133</sup>
- 62 Trotz dieser Formel eher schwachen Stellung kommt der Bauleitung tatsächlich eine **entscheidende Position** in der ARGE zu, denn sie ist das Leitungsorgan vor Ort und somit allein in der Lage, die Weichen für Entscheidungen der übergeordneten Organe richtig zu stellen oder Fehlentwicklungen rechtzeitig entgegenzuwirken bzw. sie den Geschäftsführern oder der Aufsichtsstelle bekanntzugeben.<sup>134</sup> Wegen dieser wichtigen Mittlerfunktion bedarf die Bauleitung des besonderen Vertrauens der ARGE-Gesellschafter. Hat sie es verloren, kann sie durch einstimmigen Beschluß der Aufsichtsstelle aus wichtigem Grund von ihren Aufgaben entbunden werden (§ 6.8 Abs. 3 MV-ARGE).<sup>135</sup>

## II. Die Rechte und die Pflichten der Gesellschafter

### 1. Die Rechte der Gesellschafter

- 63 § 19 MV-ARGE räumt allen Gesellschaftern das Recht ein, **die Unterlagen der ARGE einzusehen** sowie über die Aufsichtsstelle **kaufmännische und technische Prüfungen** der ARGE durchführen zu lassen.<sup>136</sup> Daneben bestehen umfangreiche **Prüfungs-, Informations- und Kontrollrechte gegenüber den Geschäftsführern** (§§ 7.3, 7.5,

<sup>129</sup> *Barner* S. 36 ff.

<sup>130</sup> Vgl. auch *Burchardt/Pföhl* § 9 Rz. 12.

<sup>131</sup> S. dazu unter Rz. 73.

<sup>132</sup> *Kleine-Möller* in Münch. Hdb. GesR I § 20 Rz. 70.

<sup>133</sup> *Hochstein/Jagenburg* § 9 Rz. 17.

<sup>134</sup> *Barner* S. 33, 59 f.; *Burchardt/Pföhl* § 9 Rz. 1; *Hochstein/Jagenburg* § 9 Rz. 19.

<sup>135</sup> Vgl. *Kleine-Möller* in Münch. Hdb. GesR I § 20 Rz. 70.

<sup>136</sup> Zum Verhältnis von § 19 MV-ARGE zu § 716 Abs. 1 BGB s. *Giefers* S. 42 einerseits und *Burchardt* in *Burchardt/Pföhl* Vorbem. zu §§ 7 und 8 Rz. 16 andererseits.

7.6, 8.3, 8.6–8.9 MV-ARGE). Hervorzuheben ist das Recht auf Einspruch gegen die Schlußbilanz, der – schriftlich und mit Begründung versehen – innerhalb einer dreimonatigen Frist erhoben werden muß.<sup>137</sup> Ultima ratio bei Problemen mit den Geschäftsführern ist deren Abberufung aus wichtigem Grund<sup>138</sup> mit einstimmigem Beschluß aller übrigen Gesellschafter (§ 6.8 Abs. 2 MV-ARGE).<sup>139</sup>

Von zentraler Bedeutung ist das Recht der Gesellschafter auf **Mitwirkung in der Aufsichtsstelle**, bei der jedem Gesellschafter in wesentlichen Fragen unabhängig von seiner Beteiligung grundsätzlich ein **Veto-Recht** zusteht. Jeder Gesellschafter hat das Recht, eine Frage „hochzustufen“ und damit den Geschäftsführern bzw. der Bauleitung zu entziehen, indem er sie der Aufsichtsstelle vorlegt. Diese „Hochstufung“ hat jedoch das Recht der Geschäftsführer zu beachten, nicht ohne sachlichen Grund ihrer Befugnisse entzogen zu werden.<sup>140</sup>

Weitere Rechte der Gesellschafter stellen die Ansprüche auf den Gewinn (§ 721 Abs. 1 BGB) und auf das Auseinandersetzungsguthaben dar.<sup>141</sup>

## 2. Die Pflichten der Gesellschafter

Jeder Gesellschafter unterliegt den **allgemeinen Pflichten**, die für GbR-Gesellschafter anerkannt sind, also Treuepflicht,<sup>142</sup> Förderungspflicht,<sup>143</sup> Mitwirkungspflicht,<sup>144</sup> Verschwiegenheitspflicht, Wettbewerbsverbot.<sup>145</sup> Die **wichtigste Pflicht** der Gesellschafter einer ARGE ist darüber hinaus die **Erbringung von Beiträgen und Leistungen**<sup>146</sup> (§ 4.1 und Präambel MV-ARGE). Sie wird mengenmäßig über das **Beteiligungsverhältnis** (also nur relativ, nicht absolut),<sup>147</sup> das in § 3 MV-ARGE prozentual festgelegt ist, und inhaltlich über den **Zweck der Gesellschaft** (den übernommenen Auftrag) definiert.<sup>148</sup> Die Anforderung von Leistungen gemäß der Beteiligung und des jeweiligen Kontenstandes (vgl. z. B. § 11.1 MV-ARGE) stellt sich als Konkretisierung dieser zunächst „abstrakten“ Leistungspflicht dar. Diese **Konkretisierung** (und damit letztlich die Bewertung, soweit der Vertrag sie nicht

<sup>137</sup> Zu Form und Frist im einzelnen *Renauer/Burchardt* in Burchardt/Pföhl § 8 Rz. 100 ff.

<sup>138</sup> Fallgruppen bei *Burchardt* in Burchardt/Pföhl Vorbem. zu §§ 7 und 8 Rz. 37.

<sup>139</sup> Dazu z. B. *Kleine-Möller* in Münch. Hdb. GesR I § 20 Rz. 68.

<sup>140</sup> *Brodbeck/Bostelmann/Burchardt* in Burchardt/Pföhl § 6 Rz. 19 f.

<sup>141</sup> Vgl. auch *Giefers* S. 45 ff.

<sup>142</sup> Z. B. *Hickl* in Burchardt/Pföhl Einf. Rz. 35.

<sup>143</sup> Mit allen fachlichen und ideellen Möglichkeiten, die jeder Gesellschafter hat: Vgl. *Prange* S. 44.

<sup>144</sup> *Hochstein/Jagenburg* § 5 Rz. 8 ff.

<sup>145</sup> Z. B. *Giefers* S. 42 ff. Vgl. i. ü. Präambel MV-ARGE.

<sup>146</sup> Der Begriff „Beiträge und Leistungen“ entspricht dem Begriff der „Beiträge“ iSd. § 706 BGB; so auch *Kleine-Möller* in Münch. Hdb. GesR I § 20 Rz. 47 mwN.

<sup>147</sup> Zur Herleitung der (unstreitigen) Zulässigkeit einer solchen nur der Relation nach bestimmten Beitragshöhe vgl. z. B. *Hochstein/Jagenburg* § 3 Rz. 26 mwN.

<sup>148</sup> *Barner* S. 29.

zweifelsfrei vornimmt) obliegt allein der Aufsichtsstelle (vgl. §§ 12.1, 14.21 Abs. 1 MV-ARGE).

#### a) Geldmittel

- 67 Um der ARGE finanzielle Beweglichkeit zu verschaffen, sieht § 11 MV-ARGE vor, daß die Gesellschafter **Geldmittel** zur Verfügung stellen; alternativ kann durch die ARGE ein Kredit aufgenommen werden, für den sich die Gesellschafter idR verbürgen müssen. Schließlich verlangen Auftraggeber häufig, daß die Gesellschafter der ARGE eine Bürgschaft in Höhe der Auftragssumme besorgen (vgl. § 20.1 MV-ARGE).<sup>149</sup> Die von den Gesellschaftern zu leistenden **Bürgschaften** haben in den letzten Jahren deutlich an Anzahl und Umfang zugenommen: Neben den Bürgschaften zur Absicherung des Auftraggebers fordern die Gesellschafter häufig untereinander Bürgschaften zur Absicherung vorzeitiger Kapitalentnahmen. Der dadurch ständig steigende Avalbedarf der einzelnen Gesellschafter bereitet vielen Unternehmen Probleme.<sup>150</sup>

#### b) Personal, Stoffe und Geräte

- 68 Zur Ausführung des Auftrags sind nach Maßgabe der §§ 12–14 MV-ARGE **Personal**,<sup>151</sup> **Stoffe und Geräte** zur Verfügung zu stellen. Der MV-ARGE enthält detaillierte **Vergütungsregelungen**, die die **Aufwendungen** eines Gesellschafters im Vergleich zu denen der anderen Gesellschafter **ausgleichen** sollen. Aus diesem Grund findet grundsätzlich lediglich eine **Kontenangleichung** (§ 12.53 MV-ARGE) und nur unter qualifizierten Voraussetzungen eine Auszahlung an den betreffenden Gesellschafter statt.
- 69 Es ist in der Praxis nicht immer vorgesehen, daß die Gesellschafter eigenes **Personal** für die ARGE abstellen; vielmehr zeigen sich hier regional unterschiedliche Verfahrensweisen: Während vor allem in Süddeutschland der ARGE eher Personal der ARGE-Gesellschafter zur Verfügung gestellt wird, ist es in Norddeutschland häufiger üblich, daß die ARGE selbst Mitarbeiter einstellt. Generell bietet sich die Einstellung eigenen Personals eher für große und langfristige ARGen an. Häufig besteht jedoch das Bestreben, überhaupt keine eigenen Arbeitnehmer zu beschäftigen, um die Notwendigkeit einer eigenen Lohnbuchhaltung für die ARGE zu vermeiden. Bei der Abstellung von Arbeitnehmern an eine ARGE, bei der das befristete Abwerbverbot des § 12.6 MV-ARGE zu beachten ist, sind zwei Arten zu unterscheiden: Eine Form ist die in § 9 BRTV (Bundesrahmentarifvertrag für das Baugewerbe) genannte

<sup>149</sup> Barner S. 29.

<sup>150</sup> Zur wachsenden – belastenden – Rolle von Bürgschaften für die ARGE vgl. auch Renauer/Burchardt in Burchardt/Pfüll § 8 Rz. 34.

<sup>151</sup> In diesem Zusammenhang ergeben sich zahlreiche arbeitsrechtliche Probleme, vgl. i. e. Ingenstau/Korbion A Anh. Rz. 33; Anderson BauR 1977, 225; Knigge DB 1982, Beilage Nr. 4; jeweils mwN. Instruktiv zu dem äußerst komplizierten Regelwerk des § 12 MV-ARGE Krol/Pfüll/Burchardt in Burchardt/Pfüll § 12.

**Freistellung** (vgl. § 12.23 MV-ARGE). Hierbei ruht das Arbeitsverhältnis des Arbeitnehmers zu seinem Stammbetrieb für die Zeit der Tätigkeit für die ARGE und lebt nach Ende der Tätigkeit für die ARGE wieder auf. Zugleich wird mit der ARGE selbst ein (befristetes) vollwertiges Arbeitsverhältnis begründet. Die zweite Form der Abstimmung von Arbeitnehmern ist die **Abordnung** (vgl. § 12.22 MV-ARGE). Dabei wird im Gegensatz zur Freistellung kein Arbeitsverhältnis zur ARGE begründet. Der Arbeitnehmer wird vielmehr im Rahmen seines Arbeitsverhältnisses mit dem Stammbetrieb für die ARGE tätig. Im Falle der Abordnung zu einer ARGE ist es wichtig, daß § 1 b AÜG eine Arbeitnehmerüberlassung im Baugewerbe grundsätzlich verbietet (Ausnahme in § 1 b S. 2 AÜG: Überlassung zwischen Baugewerbebetrieben, die denselben Rahmen- und Sozialkassentarifverträgen oder deren Allgemeinverbindlichkeit unterliegen). Die Abordnung zu einer ARGE (nicht die Freistellung!) stellt eigentlich den klassischen Fall einer **Arbeitnehmerüberlassung** dar. Dennoch bestimmt § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG vermittle eine gesetzlichen Fiktion, daß die Abordnung eines Arbeitnehmers zu einer ARGE keine Arbeitnehmerüberlassung iSd. Gesetzes darstellt, wenn für alle Gesellschafter der ARGE Tarifverträge desselben Wirtschaftszweiges aufgrund beidseitiger Tarifgebundenheit oder Allgemeinverbindlichkeit (also nicht kraft einzelvertraglicher Verweisung!) gelten und alle ARGE-Gesellschafter aufgrund des ARGE-Vertrages eigene Leistungen zu erbringen haben. Dies schloß bislang die Beteiligung ausländischer ARGE-Gesellschafter an der Abordnung von Personal aus, weil auf die grundsätzlich ausländischem Recht unterfallenden Arbeitsverhältnisse die deutschen Tarifverträge des Baugewerbes keine Anwendung fanden. Diese Rechtslage hat sich nach Inkrafttreten des **Arbeitnehmer-Entsendegesetzes** (AEntG) grundlegend geändert. Auf dessen Grundlage finden nunmehr auf grundsätzlich ausländischem Recht unterfallende Arbeitsverhältnisse sowohl der TV-Mindestlohn, Baugewerbe, als auch die einschlägigen Sozialkassentarifverträge Anwendung. Es läßt sich deshalb neuerdings mit guten Argumenten vertreten, daß (EU-)ausländische Arbeitgeber als Gesellschafter einer inländischen ARGE Arbeitnehmer abordnen können. Diese Abordnung stellt keine Arbeitnehmerüberlassung iSd. Gesetzes dar, weil „Tarifverträge desselben Wirtschaftszweiges gelten“ (§ 1 Abs. 1 S. 2 AÜG).

Von der Abordnung zu einer ARGE ist die **konzerninterne Arbeitnehmerüberlassung** (§ 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG) zu unterscheiden. Die vorübergehende konzerninterne Arbeitnehmerüberlassung ist von der Erlaubnispflicht des § 1 Abs. 1 AÜG befreit. Die konzerninterne Arbeitnehmerüberlassung unterliegt jedoch im Baugewerbe den Einschränkungen des § 1 b AÜG (vgl. § 1 Abs. 3 AÜG). Im Ergebnis ist deshalb die vorübergehende konzerninterne Arbeitnehmerüberlassung innerhalb des Baugewerbes nur zwischen inländischen Bauunternehmen erlaubnisfrei möglich, da auf die Arbeitsverhältnisse der bei diesen Unternehmen angestellten Arbeitnehmer sowohl der Bundesrahmentarifvertrag für das Baugewerbe als auch die Sozialkassentarifverträge kraft Allgemeinverbindlichkeit Anwendung finden (§ 1 b S. 2 AÜG).

69 a

- 70 Der Ankauf neuer **Stoffe** durch die ARGE von ihren Gesellschaftern ist die Ausnahme, die Gesellschafter sollen regelmäßig nur gebrauchte Stoffe als Beitrag leisten; neue Stoffe werden grundsätzlich von Dritten bezogen. Wenn neue Stoffe ausnahmsweise von Gesellschaftern gekauft werden, soll dies nur zu Konkurrenzpreisen geschehen.<sup>152</sup> Wichtig ist, daß im Vertrag vereinbart wird, zu welchen Leistungen die Gesellschafter verpflichtet sind und welche Stoffe und Geräte sich die Gesellschaft anderweitig (gegebenenfalls von den Gesellschaftern wie von einem außenstehenden Dritten) beschaffen muß.<sup>153</sup>
- 71 **Geräte** werden idR mietweise zur Verfügung gestellt, also anders als Stoffe<sup>154</sup> nicht Gesamthandseigentum (vgl. § 14.31 MV-ARGE).<sup>155</sup> Hierdurch ergibt sich für die Gesellschafter oftmals eine attraktive Möglichkeit, bereits (vollständig) abgeschriebene, technisch aber noch voll funktionsfähige Geräte wirtschaftlich ein zweites Mal zu verwerten.
- 72 Bei Leistungsstörungen bezüglich der Beiträge und Leistungen gilt grundsätzlich das Recht der GbR.<sup>156</sup>

### c) Folgen von Pflichtverstößen

- 73 **aa) Haftung.**<sup>157</sup> **Verletzt** ein Gesellschafter **schuldhaft** seine **Verpflichtungen**, stehen den anderen Gesellschaftern Schadensersatzansprüche zu. Zu beachten ist die **Haftungsprivilegierung** im Innenverhältnis, wonach leichte Fahrlässigkeit nicht als Verschulden iSd. § 276 BGB gilt (Präambel MV-ARGE).<sup>158</sup> Diese erlangt **insbesondere bei Fehlern von Geschäftsführern** Bedeutung.<sup>159</sup>
- 74 Mitunter vereinbaren die Gesellschafter in Abweichung von der Präambel MV-ARGE den uneingeschränkten Haftungsmaßstab des § 276 BGB, um die nach außen regelmäßig nicht eingeschränkte Haftung angemessen nach innen zu „transportieren“.<sup>160</sup> Dagegen spricht jedoch, daß die ARGE eine **Zweck- und Risiko-Gemeinschaft** ist, die gewisse Gefahren gemeinschaftlich trägt. Es scheint angemessen, die leichte Fahrlässigkeit mit in den Kreis der gemeinsamen Risiken einzubeziehen; anderenfalls besteht die Gefahr, daß intern „vorsorglich“ die Geltendmachung von Haftungsansprüchen vorbereitet wird; diese besteht vor allem dann, wenn sich ein negatives Ergebnis der ARGE abzeichnet.<sup>161</sup>

<sup>152</sup> Barner S. 30.

<sup>153</sup> Ingenstau/Korbion A Anh. Rz. 34.

<sup>154</sup> Ingenstau/Korbion A Anh. Rz. 37.

<sup>155</sup> Dazu Giefers S. 26 f.

<sup>156</sup> Giefers S. 31 ff. Zu den damit verbundenen Streitfragen vgl. K. Schmidt GesR § 20 III.

<sup>157</sup> Vgl. detailliert zur Haftung der Gesellschafter im allgemeinen und der der Sonderleistungen erbringenden Gesellschafter im besonderen Wagner in Feldrappe S. 24, 28 ff.

<sup>158</sup> § 708 BGB wird dadurch abbedungen, s. Ingenstau/Korbion A Anh. Rz. 47; vgl. auch Wagner in Feldrappe S. 24, 28 ff.

<sup>159</sup> Kleine-Möller in Münch. Hdb. GesR I § 20 Rz. 39.

<sup>160</sup> Hierzu tendiert wohl auch Kleine-Möller in Münch. Hdb. GesR I § 20 Rz. 40.

<sup>161</sup> So auch Hickel in Burchardt/Pfüll Präambel Rz. 12.

**bb) Sanktionen.** Kommt ein Gesellschafter seinen Beitrags- und Leistungspflichten **nicht nach**, sieht der MV-ARGE zu ihrer Durchsetzung folgende (z.T. auch nebeneinander anwendbare) Sanktionen vor:

- § 4.2 MV-ARGE statuiert im Falle des Verzuges<sup>162</sup> eine verschuldensunabhängige<sup>163</sup> **Vertragsstrafverpflichtung**<sup>164</sup> („Ausgleichszahlung“), die sich nach einem vertraglich festgelegten Prozentsatz der geschuldeten Leistung bemißt.
- Nach § 4.3 MV-ARGE können die übrigen Gesellschafter unter bestimmten Voraussetzungen das **Beteiligungsverhältnis** zu Lasten des sich im Verzug befindlichen Gesellschafters ändern.
- Außerdem ist in § 23.4 MV-ARGE die **außerordentliche Kündigung** aus wichtigem Grund für den Fall vorgesehen, daß der Verzugschuldner nicht leistet.

**Auch ohne Verschulden**<sup>165</sup> können die übrigen Gesellschafter durch einstimmigen Beschluß die **Beteiligungsverhältnisse** zu Lasten desjenigen **ändern**, der seiner Beitragsverpflichtung nachhaltig nicht nachkommt,<sup>166</sup> wenn dies angesichts seiner Gesamtverpflichtung als angemessener und **billiger Ausgleich** erscheint (§ 4.3 MV-ARGE).<sup>167</sup> Dies ist dann der Fall, wenn sich durch die Nichtleistung das ursprünglich vereinbarte Verhältnis von Beiträgen und Leistungen derart gravierend verschiebt, daß dem nur eine Änderung der Beteiligungsverhältnisse gerecht werden kann. Geringfügige Versäumnisse bleiben daher unterhalb der Schwelle, die zur Beteiligungsänderung berechtigt. Maßstab ist auch insoweit die gesellschaftliche Treuepflicht.<sup>168</sup> Diese Sanktion läßt sowohl den finanziellen „Ausgleich“ iSd. § 4.2 MV-ARGE als auch den Erfüllungsanspruch und evtl. (verschuldensabhängige) Schadensersatzansprüche unberührt (§ 4.3, 4.4 MV-ARGE). Der von der Beteiligungsveränderung betroffene Gesellschafter kann innerhalb eines Monats ab Zugang des Beschlusses dagegen **Klage** erheben (§ 4.31 MV-ARGE). Die Gesellschafter sollten allerdings im Auge behalten, daß die Beteiligungsveränderung zu Lasten des säumigen und zugunsten der übrigen Gesellschafter bei einem negativem Ergebnis der ARGE in ihr Gegenteil

<sup>162</sup> Erfasst wird darüber hinaus das (auch unverschuldete) Unvermögen, *Kleine-Möller* in Münch. Hdb. GesR I § 20 Rz. 52; *Hochstein/Jagenburg* § 4 Rz. 31.

<sup>163</sup> § 285 BGB gilt für den Verzug innerhalb der ARGE ihrer Eigenart wegen nicht, vgl. *Prange* S. 55; *Kleine-Möller* in Münch. Hdb. GesR I § 20 Rz. 52 mwN; *Brodbeck/Bostelmann/Burchardt* in *Burchardt/Pfüll* § 4 Rz. 49 ff.

<sup>164</sup> *Brodbeck/Bostelmann/Burchardt* in *Burchardt/Pfüll* § 4 Rz. 36 ff.; § 341 Abs. 3 BGB (Vorbehalt der Vertragsstrafe bei Annahme) ist abbedungen.

<sup>165</sup> *Ingenstau/Korbion* A Anh. Rz. 43; aA *Koebler/Schwärzel-Peters* DStR 1996, 1734, 1737 mwN.

<sup>166</sup> Für andere Pflichtverletzungen scheidet diese Sanktionsform nach Wortlaut und Vertragssystematik aus; vgl. *Hochstein/Jagenburg* § 4 Rz. 25 ff.

<sup>167</sup> Zur Vorgehensweise ausführlich *Brodbeck/Bostelmann/Burchardt* in *Burchardt/Pfüll* § 4 Rz. 39 ff., 52 ff.; *Hochstein/Jagenburg* § 4 Rz. 34 ff.

<sup>168</sup> *Brodbeck/Bostelmann/Burchardt* in *Burchardt/Pfüll* § 4 Rz. 40; *Hochstein/Jagenburg* § 4 Rz. 44 f.

verkehrt wird: Der säumige Gesellschafter wäre dann am Verlust geringer, die übrigen Gesellschafter stärker beteiligt.<sup>169</sup>

77 Bei nachhaltiger Nichtleistung trotz schriftlicher Inverzugsetzung können die übrigen Gesellschafter dem Verzugsschuldner nur dann **außerordentlich kündigen**, wenn er die **Nichtleistung zu vertreten** hat (§ 23.4 MV-ARGE).<sup>170</sup> Dies ergibt sich aus dem allgemeinen Rechtsgedanken, daß derart schwere Folgen nur gerechtfertigt sind, wenn ein schuldhaftes vertragswidriges Verhalten vorliegt.<sup>171</sup>

78 Je wichtiger die Beiträge und Leistungen für die ARGE sind, desto dringender ist anzuraten, die **genauen Umstände zu vereinbaren**, von denen der Einsatz dieser Sanktionen abhängen soll. Insbesondere bei Schlüsselbeiträgen, wie z. B. der Stellung technischen Spezialgeräts, mit dessen rechtzeitigem Einsatz die termingerechte Durchführung des Projekts steht und fällt, sollte der betreffende Gesellschafter durch die Androhung hoher Ausgleichszahlungen dazu angehalten werden können, seiner Verpflichtung rechtzeitig nachzukommen, bzw. die Möglichkeit bestehen, ihn rasch durch einen neuen, leistungsbereiten Gesellschafter zu ersetzen.<sup>172</sup>

79–84 (einstweilen frei)

#### D. Das Außenverhältnis der ARGE

85 Seit dem 29. 1. 2001 ist von einer **Rechtsfähigkeit der (Außen-) ARGE** auszugehen.<sup>173</sup> Die ARGE kann nunmehr selbständig vertragliche und gesetzliche Ansprüche erwerben und Schuldner solcher Ansprüche werden. Folge der Rechtsfähigkeit der ARGE ist zugleich ihre Parteifähigkeit im Aktiv- wie auch im Passivprozess.<sup>174</sup> Es bleibt jedoch dem Gesellschaftsgläubiger auch bei Anerkennung der Parteifähigkeit der ARGE unbenommen, ausschließlich die Gesellschafter persönlich in Anspruch zu nehmen.<sup>175</sup> Keine Zweifel werden nunmehr daran bestehen, dass die Grundsätze über das kaufmännische Bestätigungsschreiben auch für die ARGE gelten.<sup>176</sup> Ebenso ist nunmehr eine entsprechende Anwendung des § 24 AGBG (eingeschränkte Anwendbarkeit der AGBG auf Kaufleute) auf die ARGE ganz allgemein zu bejahen. Bislang wurde dies für nur den Fall angenommen, dass die Gesellschafter der

<sup>169</sup> *Kleine-Möller* in Münch. Hdb. GesR I § 20 Rz. 50 und 53.

<sup>170</sup> Für den Fall, daß die ARGE nur zwei Gesellschafter hat, s. *Ingenstau/Korbion A Anh. Rz. 44*.

<sup>171</sup> Str.; wie hier *Ingenstau/Korbion A Anh. Rz. 43*; *Koebler/Schwärzel-Peters DStR 1996, 1734, 1737*; dagegen *Kleine-Möller* in Münch. Hdb. GesR I § 20 Rz. 52.

<sup>172</sup> Vgl. *Fischer* S. 192.

<sup>173</sup> BGH v. 29. 1. 2001 – II ZR 331/00 – NJW 2001, 1056.

<sup>174</sup> Vgl. BGH v. 29. 1. 2001 – II ZR 331/00 – NJW 2001, 1056, 1058.

<sup>175</sup> BGH v. 29. 1. 2001 – II ZR 331/00 – NJW 2001, 1056, 1060.

<sup>176</sup> In diesem Sinne wohl bereits BGH v. 3. 10. 1974 – VII ZR 93/72 – BauR 1975, 67, 68.

ARGE Kaufleute sind.<sup>177</sup> Die Scheckfähigkeit der ARGE war bereits zuvor vom *BGH* bestätigt worden.<sup>178</sup>

## I. Die Vertretung

### 1. Vertretungsmacht

**Vertretungsmacht und Geschäftsführungsbefugnis decken** sich bei der ARGE in Abweichung von § 714 BGB **nicht**.<sup>179</sup> Organe, die die ARGE in der Regel nach außen vertreten, sind: die **technische Geschäftsführung**, die **kaufmännische Geschäftsführung** sowie die **Bauleitung**. Die Aufsichtsstelle dagegen, obschon oberstes Geschäftsführungsorgan, vertritt die ARGE nicht.<sup>180</sup> 86

Gegenüber dem **Auftraggeber** wird die ARGE allein von der **technischen Geschäftsführung** vertreten, in kaufmännischen Angelegenheiten allerdings nur nach interner Abstimmung<sup>181</sup> mit der kaufmännischen Geschäftsführung (§ 7.2 MV-ARGE). Diese **Konzentration der Vertretungsmacht** gegenüber dem Auftraggeber in der Hand der technischen Geschäftsführung hat nicht nur historische, sondern vor allem praktische Gründe: Gerade gegenüber dem Auftraggeber ist eine klare Regelung der Vertretungsbefugnis notwendig. Öffentliche Auftraggeber verlangen ohnehin die Benennung eines einzigen bevollmächtigten Vertreters.<sup>182</sup> Bauleiter und ARGE-Kaufmann sind im örtlichen Rahmen (insbesondere im Rahmen der Konkretisierung der Planung) gegenüber dem Auftraggeber (gemeinsam) vertretungsberechtigt, soweit der ARGE-Vertrag das vorsieht (vgl. z. B. § 9.11 S. 2 und 3 MV-ARGE) bzw. die technische Geschäftsführung Weisungen erteilt oder die Aufsichtsstelle Vertretungsmacht im Einzelfall verleiht.<sup>183</sup> 87

**Gegenüber sonstigen Dritten** haben die Geschäftsführungen in ihrem jeweiligen Fachbereich (§§ 7.2, 8.2 MV-ARGE), in örtlichen Angelegenheiten auch Bauleiter und ARGE-Kaufmann (gemeinsam) auf der Baustelle Vertretungsmacht (§§ 9.11, 9.3 MV-ARGE). Auch insoweit kommt eine Ausdehnung der Vertretungsmacht der Bauleitung im Einzelfall in Frage. 88

Intern bestehen für die Ausübung der Vertretungsmacht bestimmte **Formerfordernisse** (Zeichnung mit dem Namen der ARGE unter Angabe der Funktionsbezeichnung des Unterzeichners auf dem Briefpapier der ARGE). Den Gesellschaftern, die nicht die Geschäftsführungen stel- 89

<sup>177</sup> OLG München v. 29. 9. 1994 – U (K) 7111/93 – NJW 1995, 733, 734.

<sup>178</sup> Vgl. BGH v. 15. 7. 1997 – VZ ZR 154/96 – NJW 1997, 2754, 2755.

<sup>179</sup> *Koebler/Schwärzel-Peters* DStR 1996, 1734, 1738; *Kleine-Möller* in Münch. Hdb. GesR I § 20 Rz. 63; unklar *Hochstein/Jagenburg* § 5 Rz. 38.

<sup>180</sup> *Barner* S. 60.

<sup>181</sup> Zur Reichweite dieser Pflicht vgl. *Burchardt* in *Burchardt/Pfühl* Vorbem. zu §§ 7 und 8 Rz. 7 f.

<sup>182</sup> Zu Sinn und Zweck der Vollmachtenkonzentration gegenüber dem Auftraggeber *Renauer* in *Burchardt/Pfühl* § 7 Rz. 10.

<sup>183</sup> *Burchardt/Pfühl* § 9 Rz. 52.

len, ist im **Zweifel** keine wirksame **Vertretung** der ARGE möglich.<sup>184</sup> Die **Kontrolle** der Vertretung erfolgt entsprechend der Regelungen zur Geschäftsführung. Die Vertretungsmacht darf nur aus wichtigem Grund (§ 6.8 Abs. 2 MV-ARGE) und nur in Verbindung mit der Geschäftsführung (§ 715 BGB) **entzogen** werden.<sup>185</sup>

## 2. Wirksamkeit der Vertretung

- 90 **Wirksam** wird die ARGE grundsätzlich nur durch ein Handeln der vertretungsbefugten Organe **im Rahmen ihrer Vertretungsmacht** vertreten. Es ist daher z. B. der Abschluß eines ausschließlich in den kaufmännischen Bereich fallenden Vertrages gegenüber Dritten durch den technischen Geschäftsführer schwebend unwirksam, sofern nicht ein Fall einer Duldungs- oder Anscheinsvollmacht vorliegt. Auf eine solche kann sich der Geschäftspartner jedoch zumindest dann nicht berufen, wenn er weiß, daß es sich um eine ARGE und um deren technische oder kaufmännische Geschäftsführung handelt und diese erkennbar im Sachbereich der jeweils anderen Geschäftsführung tätig wird, da im Geschäftsverkehr die mit der Aufteilung der Geschäftsführung einhergehende Begrenzung der Vertretungsmacht bekannt ist. Hinsichtlich der Frage der Zuordnung einer Handlung zum Bereich der kaufmännischen oder technischen Geschäftsführung trifft den Dritten jedoch im Zweifelsfalle keine Prüfungspflicht.<sup>186</sup> Bezüglich der Bauleitung ist dagegen zu beachten, daß im Geschäftsverkehr das Ausmaß, in dem Vertretungsmacht auf die Bauleitung delegiert wird, mangels allgemeiner Standards nicht bekannt sein kann; daher ist die Gefahr einer wirksamen Verpflichtung der ARGE bei einer Überschreitung der Vertretungsmacht durch die Bauleitung höher als bei den Geschäftsführungen.<sup>187</sup> Handelt ein an sich **nur im Einvernehmen** mit einem anderen Organ vertretungsberechtigtes Organ ohne Einvernehmen, also intern unbefugt, so ist dies in der Regel nach außen nicht ersichtlich und bindet daher die ARGE so wie intern ordnungsgemäßes Handeln.
- 91 Im MV-ARGE ist bewußt **keine Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB** (Verbot des Selbstkontrahierens) vorgesehen, so daß im Einzelfall eine Gestattung der Aufsichtsstelle notwendig sein kann.<sup>188</sup>
- 92 **Scheitert ein Vertrag** mit der ARGE an mangelnder Vertretungsmacht des für die ARGE Handelnden, **haftet** der Vertreter dem Vertragspartner nach den allgemeinen Regeln (insbesondere nach § 179 BGB).<sup>189</sup> Wie bei der GbR empfiehlt es sich sowohl aus Sicht der ARGE (Gefahr der Duldungs- bzw. Anscheinsvollmacht) als auch aus der Sicht

<sup>184</sup> Giefers S. 48.

<sup>185</sup> Giefers S. 49; Burchardt in Burchardt/Pfüll Vorbem. zu §§ 7 und 8 Rz. 43.

<sup>186</sup> Zur Vertretungsmacht der Geschäftsführungen Burchardt in Burchardt/Pfüll Vorbem. zu §§ 7 und 8 Rz. 47.

<sup>187</sup> Burchardt/Pfüll § 9 Rz. 54.

<sup>188</sup> Burchardt in Burchardt/Pfüll Vorbem. zu §§ 7 und 8 Rz. 49.

<sup>189</sup> Dazu etwa Hochstein/Jagenburg § 5 Rz. 39.

des Geschäftspartners, die **Vertretungsverhältnisse vor Abschluß von Rechtsgeschäften zu klären**<sup>190</sup> und – aus Sicht der ARGE – Abweichungen davon nicht zu dulden.<sup>191</sup> Im **Innenverhältnis** ist bei wirksamem, aber unberechtigtem Handeln zu Lasten der ARGE die **Haftung** der Geschäftsführungen für leichte Fahrlässigkeit wegen des Haftungsprivilegs aus der Präambel MV-ARGE ausgeschlossen; Bauleiter und ARGE-Kaufmann haften nur nach den Grundsätzen der betrieblich veranlaßten Tätigkeit.

## II. Die Haftung

### 1. Grundsatz

Das Verhältnis zwischen einer Verbindlichkeit einer ARGE in der Rechtsform der GbR und der Haftung des Gesellschafters entspricht derjenigen bei der OHG.<sup>192</sup> Daraus folgt, daß die Gesellschafter für die Verbindlichkeiten ARGE den Gläubigern als Gesamtschuldner persönlich haften und daß entgegenstehende Vereinbarungen gegenüber Dritten unwirksam sind (§ 128 HGB). Dies gilt auch für Gewährleistungsansprüche, und zwar unabhängig davon, wer intern die mangelhafte Leistung erbracht hat.<sup>193</sup> Deswegen ist es ratsam, sich vor Eingehung der ARGE über die Vermögensverhältnisse der anderen ARGE-Mitgesellschafter genau zu informieren.<sup>194</sup> Während bislang die Ansicht vertreten wurde, daß später eintretende ARGE-Gesellschafter für Altverbindlichkeiten nur hafteten, wenn dies gesondert mit dem jeweiligen Gläubiger vereinbart wurde,<sup>195</sup> ist diese Ansicht nicht länger haltbar. Mit der Angleichung der Gesellschafterhaftung an die OHG ist auch die Regelung des § 130 HGB zu übertragen, d. h. der neu eintretende Gesellschafter haftet für die Altverbindlichkeiten, es sei denn, ein Haftungsausschluß ist ausdrücklich mit dem Gläubiger vereinbart worden.<sup>196</sup> Der von einem Gläubiger der ARGE mit seinem Privatvermögen in Anspruch genommene Gesellschafter muß sich zum **Ausgleich** des von ihm nicht zu tragenden Anteils zunächst an das ARGE-(Gesamthands-)Vermögen halten; nur soweit dieses zu seiner Befriedigung nicht ausreicht, kann er das Privatvermögen der übrigen Gesellschafter in Anspruch nehmen.<sup>197</sup> Gesellschafter-Gläubiger dürfen als „Dritte“ wegen ihrer Treuepflicht aus dem ARGE-Vertrag ihre Forderungen gegen die Gesellschaft nur eingeschränkt geltend machen, gegen das Privatvermögen einzelner Ge-

<sup>190</sup> *Ingenstau/Korbion* A Anh. Rz. 64.

<sup>191</sup> *Hochstein/Jagenburg* § 5 Rz. 44.

<sup>192</sup> BGH – II ZR 331/00 – NJW 2001, 1056.

<sup>193</sup> *Koebler/Schwärzel-Peters* DStR 1996, 1734, 1739.

<sup>194</sup> So auch *Koebler/Schwärzel-Peters* DStR 1996, 1734, 1739.

<sup>195</sup> Vgl. BGH v. 30. 4. 1979 – II ZR 137/78 – BGHZ 74, 240, 242.

<sup>196</sup> So auch *Habersack* BB 2001, 477, 482; *Peifer* NZG 2001, 296, 299; *Schmidt* NJW 2001, 993, 999; a. A. *Westermann* NZG 2001, 289, 295.

<sup>197</sup> Das ist auch dann der Fall, wenn der Gesellschaft keine frei verfügbaren Mittel zur Verfügung stehen; vgl. BGH v. 2. 7. 1979 – II ZR 132/78, NJW 1980, 339.

sellschafter nur subsidiär und nur nach Abzug ihres eigenen Gesellschafter-Anteils.<sup>198</sup>

- 94 Für die deliktische Haftung des geschäftsführenden Gesellschafters ist bislang ausschließlich auf § 831 BGB als Zurechnungsnorm zurückgegriffen worden, und zwar dann, wenn dieser auf Weisung der Aufsichtsstelle und „in Verrichtung“ (und nicht nur gelegentlich der Verrichtung) gehandelt hat. Eine analoge Anwendung des § 31 BGB wurde von der Rechtsprechung wegen der mangelnden körperschaftlichen Organisation der GbR bislang abgelehnt.<sup>199</sup> Mit der Anerkennung der Rechtsfähigkeit der ARGE<sup>200</sup> ist ein wesentlicher Schritt hin zu einer körperschaftlichen Organisation erfolgt und die analoge Anwendbarkeit des § 31 BGB nunmehr zu bejahen.<sup>201</sup>

## 2. Möglichkeit der Haftungsbeschränkung

- 95 Eine **Haftungsbeschränkung** nach außen ist im MV-ARGE nicht vorgesehen, die Privilegierung aus der Präambel bezieht sich nur auf das Innenverhältnis.<sup>202</sup> Eine wirksame Beschränkung der Haftung nach außen kann ohnehin nur mit dem jeweiligen Vertragspartner im Rahmen einer individualvertraglichen Vereinbarung<sup>203</sup> erreicht werden. Die Vereinbarung einer Haftungsbeschränkung bietet sich vor allem für eine ARGE mit scharf abgrenzbaren Pflichten der Gesellschafter an.

(**Beispiel:** Jeder Gesellschafter errichtet „sein eigenes“ Los und haftet nur in diesem Umfang).<sup>204</sup>

In der Regel wird dem Auftraggeber jedoch daran gelegen sein, sowohl auf das Gesamthands- als auch das Privatvermögen jedes einzelnen Gesellschafters zurückgreifen zu können.<sup>205</sup>

96–99 (*einstweilen frei*)

## E. Das Ende der ARGE und das Ausscheiden eines Gesellschafters

- 100 Das Ende der Gesellschaft wird im MV-ARGE nur sehr knapp, das Ausscheiden eines Gesellschafters wesentlich ausführlicher, jedoch ebenfalls nicht abschließend geregelt. Die Behandlung aller offenen Punkte, insbesondere derjenigen, die im Zusammenhang mit Liquidation und Gewinnverteilung der ARGE entstehen, folgen dem Recht der GbR.<sup>206</sup>

<sup>198</sup> *Hochstein/Jagenburg* Präambel Rz. 39 ff.; Münch. Komm. V/*Ulmer* § 705 Rz. 168 („Überlagerung“ des Drittverhältnisses durch die gesellschaftliche Treuepflicht).

<sup>199</sup> Vgl. BGH v. 30. 6. 1966 – II ZR 23/65 – BGHZ 45, 311, 312 f.

<sup>200</sup> BGH v. 29. 1. 2001 – II ZR 331/00 – NJW 2001, 1056.

<sup>201</sup> So auch *Habersack* BB 2001, 477, 479; *Schmidt* NJW 2001, 993, 998.

<sup>202</sup> *Hochstein/Jagenburg* Präambel Rz. 51.

<sup>203</sup> BGH v. 27. 9. 1999 – II ZR 371/98 – NJW 1999, S. 3483.

<sup>204</sup> Vgl. *Ingenstau/Korbion* A Anh. Rz. 50 mwN; *Kleine-Möller* in *Kleine-Möller/Merl/Oelmaier* § 3 Rz. 85.

<sup>205</sup> *Hochstein/Jagenburg* Präambel Rz. 54 f. mwN.

<sup>206</sup> Zusammenfassend *Hochstein/Jagenburg* Übers. §§ 22–24 Rz. 1 ff.

## I. Das Ende der ARGE

### 1. Gründe für das Ende der ARGE

Die ARGE selbst endet mit ihrer **Zweckerreichung** (Auflösung), also mit der Erstellung des Bauwerks, der Vertrag jedoch erst mit der **Erfüllung aller Pflichten** aus ARGE- und Bauvertrag (Vollbeendigung); dazu gehören auch alle Gewährleistungspflichten (vgl. § 22 Abs. 1 MV-ARGE). Das Recht der GbR kennt als **ordentliche Auflösungsgründe** unter anderem die Anteilsvereinigung in einer Hand, den Zeitablauf oder eine auflösende Bedingung.<sup>207</sup> Darüber hinaus können die Gesellschafter die ARGE durch einen vorzeitigen Auflösungsbeschluß beenden (vgl. § 22 Abs. 2 MV-ARGE). Dieser Fall dürfte aber weitgehend theoretisch bleiben, da durch die Auflösung der Gesellschaft die Gesellschafter im Verhältnis zum Auftraggeber nicht frei werden, so daß selbst die verlustbringende Weiterführung der ARGE immer das „kleinere Übel“ sein wird.<sup>208</sup> 101

### 2. Folgen der Beendigung

Mit der Auflösung der ARGE, also regelmäßig mit dem Abschluß der Bauarbeiten, beginnt die **Abwicklung** der ARGE. Die technische Geschäftsführung der ARGE bemüht sich darum, möglichst schnell die **Abnahme** durch den Auftraggeber zu erreichen, um die Gewährleistungsfrist in Gang zu setzen, die **Baustelle** wird **aufgelöst**, noch vorhandene Sachmittel werden verteilt oder verkauft, die Arbeitnehmer der ARGE können von Gesellschaftern übernommen werden (es gilt jedoch das Abwerbverbot des § 12.6 MV-ARGE).<sup>209</sup> Die kaufmännische Geschäftsführung erstellt innerhalb eines Monats nach Anerkennung der Schlußrechnung durch den Auftraggeber ein **Schlußprotokoll** und eine **Schlußbilanz**; die Bilanz erlangt nach einer Einspruchsfrist von drei Monaten Feststellungswirkung (§ 8.6 MV-ARGE). 102

Bezüglich der **Gewinnverteilung** ist vor allem auf § 11.25 MV-ARGE hinzuweisen, der schon bei laufender Bautätigkeit Gewinnauszahlungen zuläßt. Davon wird in der Praxis vor allem in folgenden Fällen Gebrauch gemacht: 103

- Besonders hohe Vergütungen für Gesellschafterbeiträge (z. B. als Anreiz, die Beiträge pünktlich zu erbringen),<sup>210</sup>
- direkter Zugriff auf das Kapital vor allem bei langfristig angelegten ARGEn oder zum Zwecke der Bereinigung ungleich hoher Kontostände.

Im Regelfall erfolgt die Auszahlung eines Gewinns aber erst nach Abschluß der Bauarbeiten. Im übrigen gilt das **gesetzliche Modell der** 104

<sup>207</sup> Hierzu *Hochstein/Jagenburg* Übers. §§ 22–24 R.z. 10 ff.

<sup>208</sup> *Barner* S. 63.

<sup>209</sup> *Krol/Pfülb/Burchardt* in *Burchardt/Pfülb* § 12 R.z. 112 ff.

<sup>210</sup> *Barner* S. 64.

§§ 730 ff. BGB,<sup>211</sup> d.h. es gilt folgende Abwicklungsreihenfolge (vgl. aber § 13.4 MV-ARGE):

- **Rückgabe** der zur Benutzung überlassenen **Gegenstände** (§ 732 S. 1 BGB),
- **Versilberung des ARGE-Vermögens** zur
- **Berichtigung** der (internen und externen) **ARGE-Schulden** (§ 733 Abs. 1 BGB),
- **Rückerstattung** der **erbrachten Einlagen** in Geld (§ 733 Abs. 2 S. 1 BGB),
- Verteilung des **Überschusses** entsprechend der Beteiligungshöhe (§ 734 BGB).

## II. Das Ausscheiden eines Gesellschafters

### 1. Gründe für das Ausscheiden

- 105 § 23 MV-ARGE nennt als mögliche Ausscheidensgründe für Gesellschafter:
- 106 – **Kündigung durch einen Gesellschafter** aus wichtigem Grund iSv. § 723 Abs. 1 S. 2 BGB (§ 23.1 MV-ARGE),<sup>212</sup> auch bei schuldhafter Kündigung zur Unzeit (dann aber Schadensersatzpflicht des Kündigenden, vgl. § 723 Abs. 2 S. 2 BGB),
- 107 – **Tod** des Inhabers eines Einzelunternehmens, wenn (vgl. § 23.2 MV-ARGE)<sup>213</sup>
- seine Erben nicht innerhalb von sechs Wochen anzeigen, daß sie willens und in der Lage sind, die ARGE selbst oder durch einen kompetenten Stellvertreter fortzuführen, *und*
  - die übrigen Gesellschafter die Erben deswegen mit Monatsfrist zum Monatsende durch Mehrheitsbeschluß ausschließen, *und*
  - die übrigen Gesellschafter den Ausschluß innerhalb von drei Monaten nach Kenntnis der Identität der Erben beschließen,
- 108 – **Auflösung** einer an der ARGE beteiligten Gesellschaft, wenn die übrigen Gesellschafter sie innerhalb eines Monats zum Monatsende mit Mehrheitsbeschluß ausschließen (§ 23.3 MV-ARGE),
- 109 – **Ausschluß eines Gesellschafters** aus **wichtigem Grund** (vor allem wegen Nichterfüllung wesentlicher Pflichten trotz Inverzugsetzung) durch einstimmigen Beschluß der übrigen Gesellschafter (§ 23.4 MV-ARGE),
- 110 – **Ausschluß eines Gesellschafters** durch Mehrheitsbeschluß der übrigen Gesellschafter bei (vgl. § 23.5 MV-ARGE)
- Zahlungseinstellung, beantragtes Insolvenzverfahren,<sup>214</sup>

<sup>211</sup> Dazu ausführl. *Hochstein/Jagenburg* Übers. §§ 22–24 Rz. 55 ff., insb. 61 ff.; s. a. *Ingenstau/Korbion* A Anh. Rz. 100 ff.

<sup>212</sup> Zum wichtigen Grund s. auch *Hochstein/Jagenburg* Übers. §§ 22–24 Rz. 20.

<sup>213</sup> In Abweichung von § 736 Abs. 1 BGB. Vgl. *Hochstein/Jagenburg* Übers. §§ 22–24 Rz. 35 ff., dort auch zu weiteren denkbaren Klauseln.

<sup>214</sup> Dazu ausführl. *Burchardt/Pföhl* § 23 Rz. 44 ff. Allg. zu InsO und ARGE *ebd.* § 23 Rz. 48.

- Vollstreckung in die ARGE-Beteiligung oder in ein zur Verfügung gestelltes Gerät durch einen Gesellschafter-Gläubiger (aber befristetes Ablöserecht),<sup>215</sup>
- **Kündigung durch den Gesellschaftergläubiger** gemäß § 725 111  
BGB (§ 23.61 MV-ARGE),<sup>216</sup>
- **Eröffnung des Insolvenzverfahrens** über das Vermögen des Ge- 112  
sellschafters oder ihre Ablehnung mangels Masse (vgl. § 23.62 MV-  
ARGE).<sup>217</sup>

§ 23.7 MV-ARGE legt für jeden Fall des Ausscheidens einen eigenen 113  
**Ausscheidens-Zeitpunkt** fest. Nach § 23.8 MV-ARGE kann der be-  
troffene Gesellschafter gegen das Ausscheiden nur vorgehen, indem er  
innerhalb eines Monats ab Zugang des Beschlusses **Klage** erhebt. Ver-  
säumt er dies, gilt der Ausschluß als von ihm gebilligt.

## 2. Folgen des Ausscheidens

Die Folgen des Ausscheidens eines Gesellschafters aus der ARGE 114  
regelt § 24 MV-ARGE z.T. in erheblicher Abweichung vom gesetz-  
lichen Leitbild der §§ 738–740 BGB.<sup>218</sup>

### a) Weiterbestehen der ARGE

Die **ARGE bleibt als solche bestehen** (§ 24.1 MV-ARGE).<sup>219</sup> Die 115  
verbleibenden Gesellschafter erwerben die Beteiligung des ausgeschie-  
denen Gesellschafters im Wege der **Anwachsung** entsprechend ihrer Be-  
teilungsverhältnisse. Bei einer zweigliedrigen ARGE führt nach Aus-  
scheiden des einen Gesellschafters der verbleibende Gesellschafter die  
Geschäfte der ARGE allein zu Ende.<sup>220</sup>

### b) Auseinandersetzung mit dem ausscheidenden Gesellschafter

Die kaufmännische Geschäftsführung (im Falle ihres eigenen Aus- 116  
scheidens ihr Nachfolger) hat eine **Auseinandersetzungsbilanz** auf  
den Zeitpunkt des Ausscheidens zu erstellen (§ 24.2 MV-ARGE). Der  
ausscheidende Gesellschafter nimmt an allen **Gewinnen und Verlusten**  
bis zu diesem Zeitpunkt entsprechend seinem Anteil an der ARGE, dar-  
über hinaus nur an bereits in diesem Zeitpunkt erkennbaren Verlusten  
teil.<sup>221</sup> Sind die Verluste ihrer Höhe nach noch nicht abschätzbar, steht

<sup>215</sup> Zu Recht kritisch *Koebler/Schwärzel-Peters* DStR 1996, 1734, 1737 mwN.

<sup>216</sup> Vgl. *Hochstein/Jagenburg* Übers. §§ 22–24 Rz. 25.

<sup>217</sup> Abweichung von § 728 BGB. Vgl. *Hochstein/Jagenburg* Übers. §§ 22–24 Rz. 40 f.

<sup>218</sup> Vgl. dazu *Ingenstau/Korbion* A Anh. Rz. 90 ff.; *Hochstein/Jagenburg* Übers. §§ 22–24 Rz. 51 ff. Kritisch *Kornblum* ZfBR 1992, 9, 14 mwN.

<sup>219</sup> Vgl. zu den Rechtsfolgen eines Ausscheidens, wenn § 24 MV-ARGE nicht vereinbart wird, *Hochstein/Jagenburg* Übers. §§ 22–24 Rz. 21.

<sup>220</sup> Dazu ausführlich *Hochstein/Jagenburg* § 22 Rz. 10 ff.

<sup>221</sup> Von dieser Bestimmung kann durch eine Individualabrede zum Nachteil des ausscheidenden Gesellschafters abgewichen werden (Ausschluß des Restverteilungsanspruchs bei Ausscheiden wegen Insolvenz), vgl. BGH v. 8. 7. 1991 – II ZR 164/90 – ZIP 1991, 1220, 1221 f.

der ARGE ein **Zurückbehaltungsrecht** am Ausscheidungsguthaben zu (§ 24.3 MV-ARGE).<sup>222</sup> Der MV-ARGE bezieht das Zurückbehaltungsrecht auch auf evtl. Gewährleistungsansprüche, was jedoch unzulässig sein dürfte, da es an einem fälligen Gegenanspruch der ARGE fehlt (Entstehung von Gewährleistungsansprüchen erst mit Abnahme).<sup>223</sup>

117 Der **Wert** des Gesamthandsvermögens wird gegebenenfalls gemäß § 738 Abs. 2 BGB geschätzt,<sup>224</sup> das Risiko der Gewährleistung pauschal mit einkalkuliert.<sup>225</sup> Der Geschäftswert (**good-will**), d. h. der Betrag, um den der tatsächliche Wert der ARGE ihren Buchwert übersteigt, bleibt – anders als bei der Auflösungsbilanz iSv. § 8.6 MV-ARGE – unberücksichtigt (§ 24.2 Abs. 3 MV-ARGE).

118 Nach einer **Einspruchsfrist** von drei Monaten hat die Bilanz im Verhältnis zwischen ausscheidendem Gesellschafter und ARGE abschließende und endgültige **Feststellungswirkung** (§ 24.2 Abs. 4, 5 MV-ARGE). Unabhängig davon haftet der ausscheidende Gesellschafter für alle erst **später erkennbaren Verpflichtungen** (einschließlich Gewährleistung), deren Entstehung bereits zur Zeit des Ausscheidens angelegt war, es sei denn, der ausscheidende Gesellschafter weist ein Alleinvertretenmüssen der übrigen Gesellschafter nach (§ 24.4 MV-ARGE). Einen etwaigen **Verlustanteil** muß der ausscheidende Gesellschafter **sofort ausgleichen** (§ 24.6 MV-ARGE). An den eingebrachten Beiträgen besteht so lange ein **Pfandrecht der ARGE**, bis der ausscheidende Gesellschafter seine Verbindlichkeiten gegenüber der ARGE erfüllt hat (§ 24.9 MV-ARGE).<sup>226</sup>

119 Die **Kosten des Ausscheidens** trägt der ausscheidende Gesellschafter (§ 24.5 MV-ARGE). Dies erscheint in dem Fall, daß die ARGE dem Gesellschafter einen wichtigen Grund zur Kündigung gegeben hat (§ 23.1 MV-ARGE), bedenklich. Alle **Beiträge** (Personal, Stoffe, Geräte) des ausscheidenden Gesellschafter darf die ARGE gegen Vergütung weiter nutzen bzw. in Anspruch nehmen (§ 24.9 MV-ARGE).

120 Eine Schwierigkeit droht, wenn eine profitabel arbeitende ARGE in der Aufsichtsstelle klare Mehrheitsverhältnisse zuungunsten eines finanziell schwächeren Gesellschafter aufweist: Es besteht die Gefahr, daß die übrigen Gesellschafter Kapitalentnahmen durch den schwächeren Gesellschafter verhindern oder nur gegen für diesen wirtschaftlich untragbare Sicherungen zulassen, um ihn in letzter Konsequenz **aus der ARGE hinauszudrängen** (vgl. §§ 23.4, 23.5 MV-ARGE) und den gewinnträchtigen ARGE-Anteil unter sich aufzuteilen (§ 24.1 MV-ARGE). Dem kann nur vorgebeugt werden, indem im ARGE-Vertrag Sicherungsklauseln für Minderheitsgesellschafter vereinbart werden

<sup>222</sup> Dauer und Umfang des Zurückbehaltungsrechts richten sich nach Treu und Glauben; vgl. *Hochstein/Jagenburg* § 24 Rz. 9.

<sup>223</sup> Vgl. *Koebler/Schwärzel-Peters* DStR 1996, 1734, 1738 mwN.

<sup>224</sup> Vgl. dazu ausführlich *Fahrenschon/Pfühl* in Burchardt/Pfühl § 24 Rz. 36.

<sup>225</sup> Dazu *Fahrenschon/Pfühl* in Burchardt/Pfühl § 24 Rz. 38.

<sup>226</sup> Zweifel an der Zulässigkeit dieser Klausel äußert *Fischer* S. 194; aA *Fahrenschon/Pfühl* in Burchardt/Pfühl § 24 Rz. 96 ff.

oder indem nur ARGEn abgeschlossen werden, in denen keine ungünstigen Mehrheitsverhältnisse herrschen. Die Praxis zeigt, daß es trotz solcher Vorkommnisse erstaunlich selten zu gerichtlichen Auseinandersetzungen im Zusammenhang mit ARGE-internem Streit kommt: So hart die Verhandlungen zum Abschluß des ARGE-Vertrages auch geführt werden, so haben die Gesellschafter meistens doch ein Interesse daran, auch zukünftig weiter an ARGEn beteiligt zu werden.

Insgesamt gestaltet der MV-ARGE die Folgen des Ausscheidens eines Gesellschafters zu dessen Nachteil und stärkt die verbleibenden Gesellschafter. <sup>227</sup> Dies ist in den Fällen **bedenklich**, in denen die verbleibenden dem ausscheidenden Gesellschafter einen wichtigen Grund zur Kündigung gegeben haben. Außerdem führen zu starke Benachteiligungen des ausscheidenden Gesellschafters zu einem **Verstoß gegen den unabdingbaren § 723 Abs. 3 BGB** (kein Ausschluß des Kündigungsrechts). <sup>228</sup> Relativiert wird diese Kritik jedoch dadurch, daß die Kündigung nach § 23.1 MV-ARGE in der Praxis so gut wie nicht vorkommt. <sup>229</sup>

(einstweilen frei)

121  
122–124

## F. Das Steuerrecht der ARGE

### I. Einkommensteuer

#### 1. Die ARGE als Personengesellschaft iSv. § 15 Abs. 1 Nr. 2 EStG

Bei der **ARGE** handelt es sich regelmäßig um eine GbR, die als **Personengesellschaft iSv. § 15 Abs. 1 Nr. 2 EStG** besteuert wird. <sup>230</sup> Somit ist sie nicht selbst einkommen- oder körperschaftsteuerpflichtig, sondern ihr Einkommen wird anteilig bei ihren Gesellschaftern der Steuer unterworfen. Bei der ARGE handelt es sich um eine **Mitunternehmerschaft**, <sup>231</sup> denn ihre Gesellschafter können und müssen bei der gemeinsamen Ausführung des Bauauftrages unternehmerische Initiative entfalten (Mitunternehmerinitiative) und sie haben das volle unternehmerische Risiko (Mitunternehmerrisiko) zu tragen. <sup>232</sup> Obwohl die ARGE regelmäßig in der jeweiligen konkreten personellen Zusammensetzung nur ein einziges Mal zusammentritt, ist ihre Betätigung doch von der Wiederholungsabsicht getragen und damit nachhaltig iSv. § 15 Abs. 2 EStG.

<sup>227</sup> Kleine-Möller in Münch. Hdb. GesR I § 20 Rz. 78.

<sup>228</sup> Klauselvorschläge bei Koebler/Schwärzel-Peters DStR 1996, 1734, 1737 f. mwN.

<sup>229</sup> Fahrnshon/Burchardt 1990 § 24 Rz. 40.

<sup>230</sup> Bichel StBp 1975, 133.

<sup>231</sup> BFH v. 23. 2. 1961 – IV 313/49 U – BStBl. III 1961, 194; FG Düsseldorf v. 18. 4. 1996 – 10 K 6465/92 F – EFG 1997, 207, 208; Barth StBp 1994, 153, 154.

<sup>232</sup> Albrod StBp 1994, 6, 7; vgl. allg. zu den Voraussetzungen der Mitunternehmerschaft L. Schmidt § 15 Rz. 262 ff.

- 126 Aus der Behandlung der ARGE als Personengesellschaft folgt zugleich, daß ihr steuerpflichtiges Einkommen im Wege der **einheitlichen und gesonderten Feststellung** gem. §§ 179, 180 Abs. 1 Nr. 2 a AO festgestellt werden muß.
- 127 Allerdings ist eine einheitliche und gesonderte Feststellung gem. § 180 Abs. 4 AO für solche ARGEN nicht erforderlich, deren alleiniger Zweck in der Erfüllung **eines einzigen Werkvertrages oder Werklieferungsvertrages** besteht. Dabei wird unter Werkvertrag oder Werklieferungsvertrag der Hauptauftrag verstanden, der für die Bildung der ARGE maßgebend war. Kommt es während der Ausführungszeit des einzelnen Auftrages zu **Nachträgen** (z. B. bei unvorhergesehenen und von der ARGE nicht zu vertretenen technischen Problemen bei der Bauausführung), so sind diese Nachträge nicht als selbständige Zusatzaufträge anzusehen. Erfolgt die Nachtragserteilung vor der Erfüllung des eigentlichen Auftrages, so gilt dies selbst dann, wenn der Nachtrag vom Volumen her selbst Gegenstand eines Hauptauftrages sein könnte bzw. vom Volumen her den Hauptauftrag überschreitet.<sup>233</sup> Nach der Rechtsprechung ist die Frage, ob eine ARGE den alleinigen Zweck hat, einen **einzigsten Werk- oder Werklieferungsvertrag** zu erfüllen, durch **Auslegung des Gesellschaftsvertrages** über die Bildung der ARGE zu beantworten.<sup>234</sup> Hat eine aus denselben Gesellschaftern zusammengesetzte ARGE bereits mehrfach Projekte abgewickelt, so kann aus dieser tatsächlichen und dauerhaften Zusammenarbeit zwischen den Gesellschaftern der ARGE auf eine entsprechende und von Anfang an bestehende Absicht geschlossen werden, daß es sich bei dieser konkreten ARGE um eine **Dauer-ARGE** handelt, deren Zweck sich gerade nicht in der Erfüllung eines einzigen Werk- oder Werklieferungsvertrages erschöpft.

## 2. Bilanzierung<sup>235</sup>/Gewinnrealisierung

- 128 Aus der Rechtsnatur der ARGE als GbR folgt, daß sie keine Kaufmannseigenschaft besitzt und daher für sie **keine handelsrechtliche Buchführungspflicht** besteht. Steuerrechtlich kann sich eine **Buchführungspflicht aus § 141 AO** ergeben. Dies setzt allerdings eine entsprechende Mitteilung des Finanzamtes an die ARGE voraus, § 141 Abs. 2 S. 1 AO. In der Praxis werden jedoch die Bücher freiwillig geführt.<sup>236</sup> Dies geschieht schon deshalb, weil die an der ARGE beteiligten Unternehmen in der Regel nach §§ 140, 141 AO buchführungspflichtig sind. Da nämlich die ARGE steuerrechtlich als eine Zusammenfassung der anteiligen Betriebstätten der beteiligten Unternehmen behandelt wird, können diese ihren Buchführungs- und Bilanzierungsverpflichtungen nicht nachkommen, wenn die ARGE nicht selbst Bücher führt und Abschlüsse macht, aus denen die beteiligten Unternehmen die sie betreffenden Geschäftsvorfälle der ARGE entnehmen können.<sup>237</sup>

<sup>233</sup> *Albrod StBp* 1994, 6, 8.

<sup>234</sup> *BFH v. 2. 12. 1992 – I R 165/90 – BStBl. II 1993, 577, 578.*

<sup>235</sup> Ausführlich dazu *Dill DB* 1987, 752 ff.

<sup>236</sup> *Winnefeld Bilanz-Handbuch*, 1997, Rz. L 185.

<sup>237</sup> *Wöhe Betriebswirtschaftliche Steuerlehre II* 2, 4. Aufl. 1997, S. 43.

Die Buchführung der ARGE erfolgt in einem eigenen, in sich abgeschlossenen Buchungskreis. Die jeweiligen Anteile der Gesellschafter der ARGE werden über **Verrechnungskonten** dargestellt. Diese Verrechnungskonten stellen die einzige Verbindung zu den Buchführungen der Gesellschafter dar. Dementsprechend wird in den Jahresabschlüssen der Gesellschafter der ARGE die anteilige Differenz zwischen Vermögensposten und Schulden, also das anteilige Netto-Vermögen der ARGE, ausgewiesen. Erst bei Gewinnrealisierung durch Beendigung des Auftrages und damit der Beendigung der ARGE steht fest, welcher anteilige Gewinn auf die Gesellschafter entfällt. Die Auflösung vollzieht sich dergestalt, daß die Gesellschafter das Ergebnis der ARGE anteilig bilanzwirksam übernehmen. Dies führt dazu, daß die Gesellschafter der ARGE den **Gewinn** aus der ARGE **erst im Jahr ihrer Auflösung realisieren**, selbst wenn die ARGE über mehrere Jahre hinweg besteht. Dies ergibt sich als unmittelbare Konsequenz aus der Ergebnisermittlung der ARGE<sup>238</sup> und aus dem Realisationsprinzip.

Für den Fall der **Verlust-ARGE** ergibt sich nach dem **Imparitätsprinzip** die Verpflichtung, daß noch nicht realisierte Verluste ergebniswirksam in den Bilanzen der Gesellschafter der ARGE mittels Rückstellungsbildung erfaßt werden müssen. Wenn aus einem Auftrag ein Verlust droht, so muß dieser zu Aufwand antizipiert werden, auch wenn der Auftrag erst zum Teil ausgeführt oder wenn mit seiner Ausführung gerade erst begonnen worden ist.<sup>239</sup> Da sich der endgültige anteilige Gewinn oder Verlust erst bei Beendigung der ARGE mit der Ergebnisübernahme bei den Gesellschaftern auswirkt, kann ein Verlustausweis bei der ARGE selbst nicht zu bilanziellen Auswirkungen bei ihren Gesellschaftern führen. Die Bewertung, ob und wie hoch ein zu erwartender Verlust ausfallen wird, ist von jedem einzelnen Gesellschafter der ARGE vorzunehmen.

Ab dem Bilanzstichtag 31. 12. 1997 dürfen gemäß § 5 Abs. 4 a EStG<sup>240</sup> Rückstellungen für drohende Verluste aus schwebenden Geschäften in der Steuerbilanz nicht mehr gebildet werden. Früher zulässigerweise gebildete Rückstellungen sind seit 1997 innerhalb der nächsten sechs Jahre gewinnerhöhend aufzulösen.<sup>241</sup> Damit entfällt die Möglichkeit der zulässigen Verlustantizipation, was zu einer Aushöhlung des Imparitätsprinzips führt.<sup>242</sup> Handelsbilanziell ist die Rückstellungsbildung für drohende Verluste aus schwebenden Geschäften erforderlich. Somit ergibt sich in diesem Bereich eine Divergenz zwischen Steuer- und Handelsbilanz.

<sup>238</sup> Albrod StBp 1994, 6, 12.

<sup>239</sup> Albrod StBp 1994, 6, 12.

<sup>240</sup> BT-Drs. 13/8325.

<sup>241</sup> § 52 Abs. 6 a EStG, BT-Drs. 13/8325.

<sup>242</sup> Vgl. dazu die berechnete Kritik von Moxter DB 1997, 1477 ff.

## II. Gewerbesteuer

- 132 Unter der Voraussetzung, daß der alleinige Zweck der ARGE in der Erfüllung eines einzigen Werk- oder Werklieferungsvertrages besteht, ist die ARGE **nach § 2a GewStG nicht selbst gewerbesteuerpflichtig**. Vielmehr gelten die Betriebsstätten der ARGE anteilig als Betriebsstätten der an der ARGE beteiligten Gesellschafter. Hat die ARGE allerdings noch einen anderen Zweck, z.B. die Erfüllung eines zweiten Werk- oder Werklieferungsvertrages, so fällt sie nicht unter die Vorschrift des § 2a GewStG. Gemeinschaften, die beispielsweise lediglich einen gemeinsamen Ein- und Verkauf betreiben, sind demzufolge selbständige Gewerbebetriebe.<sup>243</sup>
- 133 Unterhält die ARGE ihre **Betriebsstätte länger als sechs Monate** (§ 12 Nr. 8 AO) außerhalb der Gemeinde, in der ein beteiligtes Unternehmen den Sitz seiner Geschäftsleitung oder seine einzige Betriebsstätte hat, so ist der einheitliche Gewerbesteuermeßbetrag des Unternehmens gem. § 28 Abs. 1 GewStG zu zerlegen. Zerlegungsmaßstab sind dabei die an die bei den Betriebsstätten in den einzelnen Gemeinden beschäftigten Arbeitnehmer gezahlten Arbeitslöhne, vgl. § 29 Abs. 1 Nr. 1 GewStG.

## III. Umsatzsteuer

- 134 Obwohl die typische ARGE in ihrer konkreten Zusammensetzung nur ein einziges Mal am Markt auftritt, handelt es sich bei der ARGE nach der Auffassung des *BFH* um einen **Unternehmer iSd. § 2 Abs. 1 S. 1 UStG**.<sup>244</sup> Der *BFH* geht dabei offensichtlich davon aus, daß das Ziel der Umsatzbesteuerung nicht erreicht werden würde, wenn eine typische gewerbliche Tätigkeit von der Umsatzsteuer nicht erfaßt würde, nur weil sie aus einer einmaligen Leistung besteht.<sup>245</sup>
- 135 Lieferungen und sonstige Leistungen der ARGE-Gesellschafter, die diese gegen Entgelt an die ARGE bewirken, sind ebenfalls umsatzsteuerpflichtig.
- 136 Leistungen, die die ARGE-Gesellschafter nach dem Gesellschaftsvertrag zu erbringen haben (**Gesellschafterbeiträge**) und die ohne Kostenerstattung durch entsprechende Beteiligung am Gewinn und Verlust abgegolten werden, sind **nicht umsatzsteuerbar**.<sup>246</sup> Sofern die Beiträge einzelner Gesellschafter die nach dem Gesellschaftervertrag vereinbarten Leistungen überschreiten, ist zwischen den Gesellschaftern ein Ausgleich der Spitzenbeträge erforderlich. Nur diese Ausgleichszahlungen unterliegen als Entgelt für Lieferungen und sonstige Leistungen der Umsatzsteuer.<sup>247</sup>

<sup>243</sup> Vgl. Abschn. 24a GewStR; *Lenski/Steinberg*, GewStG, Loseblatt (Stand: September 2001), § 2a Rz. 26.

<sup>244</sup> BFH v. 10. 5. 1961 – IV 155/60 U – BStBl. III 1961, 317.

<sup>245</sup> Vgl. dazu auch *Fischer* S. 198 f.

<sup>246</sup> *Wöhe* Betriebswirtschaftliche Steuerlehre II 2, 4. Aufl. 1997, S. 44.

<sup>247</sup> *Fischer* S. 200.