



# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

II ZR 136/06

Verkündet am:  
15. Oktober 2007  
Boppel  
Justizamtsinspektor  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

BGB §§ 426 Abs. 1, 705, 714

- a) Der Ausgleichsanspruch nach § 426 Abs. 1 Satz 1 BGB entsteht nicht erst mit der Befriedigung des Gläubigers, sondern als Befreiungsanspruch bereits mit der Entstehung des Gesamtschuldverhältnisses.
- b) Besteht die ernsthafte Möglichkeit, dass ein Gesellschafter bürgerlichen Rechts von einem Gesellschaftsgläubiger in Anspruch genommen wird, kann er von seinem im Innenverhältnis allein verpflichteten Mitgesellschafter Befreiung verlangen, wenn der Gesellschaft frei verfügbare Mittel zur Erfüllung der Gesellschaftsschuld nicht zur Verfügung stehen.
- c) Die Pflicht zur Freistellung umfasst auch die Verpflichtung, unbegründete Ansprüche von dem Freistellungsgläubiger abzuwehren.

BGH, Urteil vom 15. Oktober 2007 - II ZR 136/06 - OLG Koblenz  
LG Koblenz

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 15. Oktober 2007 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Goette und die Richter Dr. Kurzwelly, Dr. Strohn, Dr. Reichart und Dr. Drescher

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Kläger wird das Urteil des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Koblenz vom 26. April 2006 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an den 6. Zivilsenat des Berufungsgerichts zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Kläger und der Beklagte bildeten mit ihren Architekturbüros auf der Grundlage einer Vereinbarung vom 12. Mai 1999 eine Projektgemeinschaft für den Bereich "Städtebauliches Umfeld ICE-Bahnhof M. " (im Folgenden: Projektgemeinschaft). Die Projektgemeinschaft wurde von der - für die Stadt M. handelnden - D. -Aktiengesellschaft im Rahmen eines "Generalplanervertrags über Planungsleistungen" unter anderem mit Planungs- und Vergabeaufgaben für die Glas-/Stahlkonstruktion der Überdachung des zentralen Omnibusbahnhofs M. beauftragt. Innerhalb der Projektgemeinschaft war allein der Beklagte mit der Vorbereitung der Vergabe für die Stahl-/Glaskonstruktion befasst. Unter Berücksichtigung der - im

Auftrag der Projektgemeinschaft von der Firma R. GmbH als Tragwerksplanerin berechneten - Statik für die Stahlkonstruktion fertigte der Beklagte eine Planungszeichnung, auf deren Grundlage das Ingenieurbüro J. Re. (Streithelfer zu 1 des Beklagten) als Subunternehmer der Projektgemeinschaft die der Vergabe zugrunde liegende Leistungsbeschreibung erstellte. Die Überdachung sollte mit einem punktgehaltenen Verglasungssystem ausgeführt werden. Den Zuschlag erhielt die Fa. L. Ing.-Bau GmbH (Streithelferin zu 2 des Beklagten). Als die - von der Fa. L. Ing.-Bau GmbH beschaffte - Statik für die Glaskonstruktion vorlag, stellte sich heraus, dass das vorgesehene Befestigungssystem verstärkt werden musste. Hierfür war ein Zusatzauftrag in Höhe von 85.754,04 DM (43.845,34 €) erforderlich.

2 Eine andere Bieterin hatte ein Nebenangebot eingereicht, in dem sie zu einem um 100.000,00 DM niedrigeren Preis anbot, die Glaselemente nicht mit Punkthaltern zu befestigen, sondern auf Stahlprofilen zu lagern.

3 Die Stadt M. verlangt von der Projektgemeinschaft Schadensersatz in Höhe von 43.845,34 € mit der Begründung, sie hätte in Kenntnis der tatsächlichen Kosten der Punktverglasung das Vergabeverfahren für dieses System abgebrochen und eine Ausschreibung für eine - erheblich kostengünstigere, wenn auch optisch weniger ansprechende - Befestigung der Glaselemente mit Stahlprofilen veranlasst. Auf eine Anfrage der - im Namen der Stadt M.

handelnden - Verbandsgemeindeverwaltung M. an die Projektgemeinschaft vom 14. April 2002 erklärte der Beklagte mit Schreiben vom 23. April 2002 namens der Projektgemeinschaft die grundsätzliche Bereitschaft, als Generalplaner für die Fehlplanung zu haften. Nachdem die Haftpflichtversicherung des Beklagten mit Schreiben vom 10. April 2003 Ansprüche gegen ihren Versicherungsnehmer als unberechtigt zurückgewiesen hatte, wandte sich

die Verbandsgemeindeverwaltung M. mit Schreiben vom 30. Mai 2003 wegen der Schadensregulierung an die Kläger.

4 Die Kläger haben die Verurteilung des Beklagten beantragt, sie von der Inanspruchnahme durch die Stadt M. wegen der fehlerhaften Planung der Glas-/Stahlkonstruktion in Höhe von 43.845,34 € nebst Zinsen freizustellen. Das Landgericht hat der Klage im Wesentlichen stattgegeben, das Oberlandesgericht hat sie abgewiesen. Hiergegen richtet sich die von dem erkennenden Senat zugelassene Revision der Kläger.

5 Während des laufenden Revisionsverfahrens wurde am 1. Mai 2007 über das Vermögen der Streithelferin zu 2 das Insolvenzverfahren eröffnet.

#### Entscheidungsgründe:

6 Die Revision ist begründet und führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an einen anderen Senat des Berufungsgerichts (§ 563 Abs. 1 Satz 2 ZPO).

7 I. Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt:

8 Ein Gesellschafter, der von einem Gesellschaftsgläubiger in Anspruch genommen werde, könne von seinen Mitgesellschaftern nur in Ausnahmefällen Ausgleich verlangen. Die hierfür erforderlichen Voraussetzungen lägen jedoch nicht vor. Die Stadt M. habe nicht unmittelbar die Kläger, sondern die Projektgemeinschaft auf Schadensersatz in Anspruch genommen. Demzufolge hätten die Kläger an die Stadt M. auch keine Zahlung geleistet, die Grundlage eines Ausgleichsanspruchs nach § 426 Abs. 1 BGB sein könne. Zu-

dem sei ein ersatzfähiger Schaden der Stadt M. in der geltend gemachten Höhe nicht hinreichend vorgetragen und auch nicht erkennbar. Schließlich sei weder ausreichend dargelegt noch sonst ersichtlich, dass ein Ausgleich aus dem Gesellschaftsvermögen nicht möglich sei. Mit dem Regulierungsanspruch gegen seine Haftpflichtversicherung habe der Beklagte der Gesellschaft eine "Vermögensposition zur Verfügung gestellt", die im Falle einer Inanspruchnahme der Kläger einen Ausgleich aus dem Gesellschaftsvermögen ermöglichen würde.

9 II. Diese Beurteilung hält revisionsrechtlicher Nachprüfung in mehrfacher Hinsicht nicht stand.

10 1. Entgegen der Meinung des Berufungsgerichts steht dem Freistellungsbegehren der Kläger nicht entgegen, dass die Stadt M. die Kläger nicht unmittelbar in Anspruch genommen habe.

11 a) Schon die Auslegung des Berufungsgerichts, mit der es dem Schreiben der Verbandsgemeindeverwaltung M. vom 30. Mai 2003 lediglich Schadensersatzforderungen der Stadt M. gegen die Projektgemeinschaft, nicht jedoch gegen die Kläger persönlich entnehmen will, begegnet durchgreifenden rechtlichen Bedenken. Sie findet im Wortlaut des Schreibens keine Stütze und lässt gänzlich unberücksichtigt, dass das Schreiben, in dem die Stadt M. die gerichtliche Durchsetzung ihrer Forderungen ankündigt, nicht an die Projektgemeinschaft, sondern ausdrücklich an die Kläger persönlich gerichtet ist. Zudem steht diese Auslegung zu der - vom Berufungsgericht an anderer Stelle des angefochtenen Urteils (I Abs. 3 a.E.) ausdrücklich getroffenen - Feststellung in Widerspruch, dass die Verbandsgemeindeverwaltung in diesem Schreiben gerade von den Klägern Ersatz des Mehraufwandes gefordert hat.

- 12            b) Rechtsfehlerhaft ist die weitere Annahme des Berufungsgerichts, die von den Klägern begehrte Freistellung setze ihre - erfolgreiche - Inanspruchnahme durch die Stadt M.            voraus.
- 13            aa) Der Beklagte kann nicht damit durchdringen, für die Kläger bestehe schon deshalb keine Gefahr, von der Stadt M.            in Anspruch genommen zu werden, weil deren Forderung verjährt sei. Der erstmals in der Revisionsinstanz erhobene Einwand, die Forderung der Stadt M.            sei - noch vor Schluss der letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz - verjährt, ist einer Berücksichtigung durch das Revisionsgericht entzogen; die Verjährungseinrede kann in der Revisionsinstanz nicht mehr nachgeholt werden (BGHZ 1, 234, 239; Zöller/Gummer, ZPO 26. Aufl. § 559 Rdn. 7).
- 14            bb) Noch zutreffend geht das Berufungsgericht allerdings davon aus, dass zwischen mehreren - analog § 128 BGB persönlich haftenden - Gesellschaftern einer BGB-Außen-Gesellschaft ein echtes Gesamtschuldverhältnis besteht, auf das § 426 Abs. 1 BGB Anwendung findet (Sen.Urt. v. 2. Juli 1979 - II ZR 132/78, WM 1979, 1282; MünchKommBGB/Ulmer 4. Aufl. § 705 Rdn. 217; § 714 Rdn. 56). Anders als das Berufungsgericht in Verkennung der gefestigten höchstrichterlichen Rechtsprechung gemeint hat, entsteht jedoch der selbständige Ausgleichsanspruch nach § 426 Abs. 1 Satz 1 BGB nicht erst mit der Befriedigung des Gläubigers, sondern schon mit der Entstehung des Gesamtschuldverhältnisses (BGH, Urt. v. 7. November 1985 - III ZR 142/84, WM 1986, 170; BGHZ 114, 117, 122; BGH, Urt. v. 20. Juli 2006 - IX ZR 44/05, ZIP 2006, 1591, 1592). Ist die Schuld fällig, kann der mithaftende Gesamtschuldner schon vor Erbringung seiner eigenen Leistung von seinen Mitschuldnern verlangen, ihren Anteilen entsprechend an der Befriedigung des Gläubigers mitzuwirken und ihn von einer Inanspruchnahme durch den Gläubiger freizustellen (BGH, Urt. v. 5. März 1981 - III ZR 115/80, ZIP 1981, 594, 596; BGH,

Urt. v. 7. November 1985 aaO; Urt. v. 20. Juli 2006 aaO). Diese Grundsätze gelten auch unter mehreren persönlich haftenden Gesellschaftern, wenn von der Gesellschaft kein Ausgleich zu erlangen ist (BGHZ 37, 299, 303; Sen.Urt. vom 2. Juli 1979 aaO). In diesem Fall kann ein Gesellschafter von seinen Mitgesellschaftern schon dann Freistellung fordern, wenn die ernsthafte Möglichkeit seiner Inanspruchnahme durch einen Gesellschaftsgläubiger besteht (MünchKommHGB/K. Schmidt 2. Aufl. § 128 Rdn. 36; Hillmann in Ebenroth/Boujong/Joost, HGB § 128 Rdn. 37).

15            So liegt der Fall hier. Die Schreiben der Verbandsgemeindeverwaltung M.            vom 14. April 2002 und vom 30. Mai 2002 lassen keinen Zweifel daran, dass die Stadt M.            wegen des ihr entstandenen Mehraufwands für die Überdachung des Omnibusbahnhofes jedenfalls gegen die Projektgemeinschaft Ansprüche erhebt, die sie mit Hilfe der Gerichte durchzusetzen gewillt war.

16            2. Ebenso wenig gefolgt werden kann dem Berufungsgericht, soweit es den Klägern die begehrte Freistellung versagt, weil im Falle ihrer Inanspruchnahme ein Ausgleich aus dem Gesellschaftsvermögen möglich sei.

17            Im Ausgangspunkt nicht zu beanstanden ist allerdings die Auffassung des Berufungsgerichts, dass während des Bestehens der Gesellschaft ein Mitgesellschafter nur dann nach § 426 Abs. 1 Satz 1 BGB auf Ausgleich in Anspruch genommen werden kann, wenn von der Gesellschaft keine Erstattung zu erlangen ist (Sen.Urt. v. 17. Dezember 2001 - II ZR 382/99, ZIP 2002, 394, 396 m.w.Nachw.; vgl. schon oben II 1 b bb). Dieser Grundsatz gilt für den Befreiungsanspruch ebenso wie für den Rückgriffsanspruch nach Befriedigung eines Gesellschaftsgläubigers (MünchKommHGB/K. Schmidt aaO; Hillmann in Ebenroth/Boujong/Joost aaO).

- 18 Von Rechtsfehlern beeinflusst ist jedoch die Annahme des Berufungsgerichts, ein Ausgleich aus dem Gesellschaftsvermögen sei schon deshalb möglich, weil der Beklagte mit dem Regulierungsanspruch gegen seine Haftpflichtversicherung der Gesellschaft eine "Vermögensposition zur Verfügung gestellt" habe. Wie die Revision mit Recht rügt, hat das Berufungsgericht schon nicht ordnungsgemäß festgestellt, dass der Beklagte den Regulierungsanspruch gegen seinen Haftpflichtversicherer an die Gesellschaft abgetreten hat. Hierfür ist auch nichts ersichtlich. Zudem ist dem Schreiben des Haftpflichtversicherers vom 10. April 2003 an die Verbandsgemeindeverwaltung M. keinesfalls die Bereitschaft des Versicherers zu entnehmen, auch die Projektgemeinschaft und damit die Kläger als deren Gesellschafter in den Haftpflichtversicherungsschutz einzubeziehen.
- 19 Schließlich hat das Berufungsgericht übersehen, dass nach der Rechtsprechung des Senats die subsidiäre Haftung der Mitgesellschafter schon dann eingreift, wenn der Gesellschaft frei verfügbare Mittel zur Erfüllung der Gesellschaftsschuld nicht zur Verfügung stehen (BGHZ 37, 299, 303; Sen.Urt. v. 2. Juli 1979 aaO; BGHZ 103, 72, 76; Sen.Urt. v. 17. Dezember 2001 aaO). Ein erst noch durchzusetzender Regulierungsanspruch gegen den Haftpflichtversicherer verdient nicht die Qualifizierung als "frei verfügbare Mittel" der Gesellschaft.
- 20 Sonstiges Gesellschaftsvermögen, aus dem die Kläger von der Gesellschaft Befreiung erlangen könnten, ist nach dem für das Revisionsverfahren maßgebenden Sachverhalt nicht vorhanden. Die Kläger haben, ohne dass das Berufungsgericht gegenteilige Feststellungen getroffen hätte, vorgetragen, die Gesellschaft verfüge nicht über eigenes Vermögen. Für das Revisionsverfahren ist deshalb davon auszugehen, dass die Projektgemeinschaft kein Gesellschaftsvermögen hat.

21           3. Schon im Ansatz unrichtig ist schließlich die Auffassung des Berufungsgerichts, ein Freistellungsanspruch bestehe nicht, weil ein ersetzungsfähiger Schaden der Stadt M.           nicht erkennbar sei.

22           Der von den Klägern verfolgte umfassende Freistellungsanspruch setzt nicht voraus, dass die Forderung der Stadt M.           auf Ersatz der Mehrkosten berechtigt ist. Denn die Pflicht zur Freistellung umfasst nicht nur die Verpflichtung, begründete Ansprüche zu erfüllen, sondern auch die Verpflichtung, unbegründete Ansprüche von dem Freistellungsgläubiger abzuwehren. Der Gefahr, eine unbegründete Forderung zu erfüllen oder sich wegen einer begründeten Forderung mit einer Klage überziehen zu lassen, soll der Freizustellende nach dem Sinn der Freistellung gerade enthoben werden (BGH, Urt. v. 19. April 2002 - V ZR 3/01, ZIP 2002, 1299; Urt. v. 19. Januar 1983 - IVa ZR 116/81, NJW 1983, 1729, 1730, jeweils für den vertraglichen Befreiungsanspruch).

23           Darauf, dass das Berufungsgericht - wie die Revision zu Recht rügt - von seinem verfehlten Rechtsstandpunkt aus dann auch noch verfahrensfehlerhaft der durch Einholung eines Sachverständigengutachtens unter Beweis gestellten Behauptung der Kläger nicht nachgegangen ist, durch die ausgeführte Dachkonstruktion sei keine Werterhöhung des Grundstücks eingetreten und auch der Nutzungswert des Grundstücks habe sich nicht erhöht, kommt es deshalb im Ergebnis nicht an.

24           III. Mangels Endentscheidungsreife ist die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, damit die noch erforderlichen Feststellungen getroffen werden können (§§ 562, 563 Abs. 1 ZPO).

25           Das Berufungsgericht wird wegen der Subsidiarität der Gesellschafterhaftung nicht nur dem Vorbringen der Kläger nachzugehen haben, die Gesellschaft verfüge nicht - mehr - über eigenes Vermögen, sondern wird, gegeb-

nenfalls nach ergänzendem Vortrag der Parteien, auch Feststellungen zu der - zwischen den Parteien streitigen - Verlustbeteiligung in der Gesellschaft zu treffen haben. Wurden die Aufträge für die Gesellschaft abgewickelt und waren die Gesellschafter - wie der Beklagte behauptet - zu gleichen Teilen an Gewinn und Verlust der an die Projektgemeinschaft vergebenen Aufträge beteiligt, ist dieser Maßstab grundsätzlich auch für den Ausgleich im Innenverhältnis maßgeblich (Sen.Urt. v. 17. Dezember 2001 aaO; BGHZ 103, 72, 76). Anderes könnte gelten, wenn die Verbindlichkeit auf einem - gemessen an § 708 BGB - pflichtwidrigen und schuldhaften Verhalten des Beklagten beruht (Staudinger/Noack, BGB 2005 § 426 Rdn. 188 m.w.Nachw.).

26 In dem neu eröffneten Berufungsverfahren ist außerdem zu klären, ob die Projektgemeinschaft durch die - unstreitige - Kündigung der Kläger oder infolge Zweckerreichung zwischenzeitlich aufgelöst ist und sich im Abwicklungsstadium befindet. In diesem Fall kann der Freistellungsanspruch nach § 426 Abs. 1 BGB grundsätzlich nicht mehr selbständig geltend gemacht werden; er ist dann nur noch ein unselbständiger Rechnungsposten in der Auseinandersetzungsbilanz (st.Rspr., vgl. nur Sen.Urt. v. 3. April 2006 - II ZR 40/05, ZIP 2006, 994, 996 m.w.Nachw.). Dies allein könnte freilich eine vollständige Abweisung der Klage nicht rechtfertigen, weil in dem auf Freistellung gerichteten Leistungsantrag als Minus ein Feststellungsbegehren enthalten ist (Sen.Urt. v. 18. März 2002 - II ZR 103/01, NZG 2002, 519). Allerdings steht - worauf die Revision zu Recht hinweist - die Auflösung der Gesellschaft der Leistungsklage

dann nicht entgegen, wenn - wie die Kläger behaupten - kein Gesellschaftsvermögen (mehr) vorhanden ist (Sen.Urt. v. 21. November 2005 - II ZR 17/04, ZIP 2006, 232 f. Tz. 11; Sen.Urt. v. 23. Oktober 2006 - II ZR 192/05, ZIP 2006, 2271, 2272 Tz. 10).

Goette

Kurzwelly

Strohn

Reichart

Drescher

Vorinstanzen:

LG Koblenz, Entscheidung vom 15.07.2004 - 9 O 258/03 -

OLG Koblenz, Entscheidung vom 26.04.2006 - 1 U 1026/04 -