

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

VerglO § 7 Abs. 4

- a) Bei einem Liquidationsvergleich kann der Vergleichsgläubiger, solange der Vergleichsverwalter/Treuhänder die ihm vom Schuldner überlassenen Vermögensstücke im Interesse der Vergleichsgläubiger verwerten und den Erlös auskehren muß, vom Schuldner weder Zahlung des vollen Betrages noch der Vergleichsquote verlangen.
- b) Der Vergleichsgläubiger kann in einem solchen Falle den Schuldner aber auf Feststellung des Rechts in Anspruch nehmen, wegen seiner Forderung anteilige Befriedigung aus dem Liquidationserlös zu verlangen.

BGH, Urt. v. 9. April 1992 - IX ZR 304/90 - OLG München

LG München I

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

IX ZR 304/90

URTEIL

Verkündet am:
9. April 1992
Thiesies
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Dr. Franz Wolfgang G.,
H.-straße, R.,

Kläger und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. -

g e g e n

1. B. S. KG,
gesetzlich vertreten durch die persönlich haftende
Gesellschafterin BS G. - und
B. gesellschaft mbH, diese vertreten durch
den Geschäftsführer Dirk K.,
O.-von-M.-Ring, M. 2,
2. BS G. - und B. gesellschaft mbH,
gesetzlich vertreten durch den Geschäftsführer Dirk K.,
O.-von-M.-Ring, M. 2,

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

WII

- 2 -

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat
auf die mündliche Verhandlung vom 12. März 1992 durch
den Vorsitzenden Richter Brandes und die Richter
Dr. Kreft, Kirchhof, Dr. Zugehör und Dr. Ganter

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das
Urteil des 20. Zivilsenats des Ober-
landesgerichts München vom 18. Ju-
li 1990 aufgehoben.

Der Rechtsstreit wird zur anderweiten
Verhandlung und Entscheidung, auch
über die Kosten der Revision, an das
Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Der Kläger war Kommanditist der Erstbeklagten, die ein
Bankhaus betrieb. Er veräußerte seinen Geschäftsanteil an
die Anlagenberater W[REDACTED] und W[REDACTED], die ihrerseits Gesell-
schafter der WWS W[REDACTED] & W[REDACTED] GmbH, Gesellschaft für K[REDACTED]
[REDACTED] und V[REDACTED] in M[REDACTED] (im folgen-
den: WWS), waren. Nach seiner Behauptung hat er auf Empfeh-
lung des damaligen persönlich haftenden Gesellschafters



G [REDACTED] der Erstbeklagten am 23. September 1985 den Betrag von 45.807,68 US-Dollar (nach damaligem Wechselkurs 125.000 DM) bei WWS angelegt. Im Sommer 1987 setzten sich W [REDACTED] und W [REDACTED] mit dem Vermögen der WWS ins Ausland ab. Die WWS ging in Konkurs. Ein über das Vermögen der Erstbeklagten zur Abwendung des Konkurses eröffnetes Vergleichsverfahren wurde zugleich mit der gerichtlichen Bestätigung eines von der Erstbeklagten unterbreiteten und von den Vergleichsgläubigern angenommenen Vergleichsvorschlages wieder aufgehoben. Der Vergleich sieht vor, daß die Erstbeklagte ihren Gläubigern ihr gesamtes Geschäftsvermögen zur Verwertung mit der Abrede überläßt, daß der durch die Verwertung nicht gedeckte Teil der Forderungen erlassen ist. Falls die Verwertung weniger als 35 % der Forderungen erbringen sollte, erstreckt sich der Erlaß nicht auf den an 35 % fehlenden Betrag. Die Erstbeklagte erteilte dem bisherigen Vergleichsverwalter als Sachwalter der Gläubiger die Vollmacht, ihr gesamtes Geschäftsvermögen zugunsten der Gläubiger vollständig zu verwerten, und schloß mit ihm einen entsprechenden Treuhandvertrag.

Der Kläger verlangt von der beklagten Kommanditgesellschaft und deren Komplementär-GmbH wegen schuldhafter Verletzung eines Auskunfts- und Beratungsvertrages Schadensersatz in Höhe eines Betrages in Deutschen Mark, der dem Umrechnungskurs von 71.217,80 US-Dollar entspricht. Beide Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen. Dagegen wendet sich der Kläger mit seiner Revision.

Entscheidungsgründe

Das Rechtsmittel führt zur Aufhebung und Zurückverweisung.

A.

Das Berufungsgericht hat ausgeführt, die gerichtliche Bestätigung des Vergleichs wirke sich auf den Rechtsstreit nicht aus. Der Kläger sei auch nicht gehalten, auf Feststellung zu klagen, weil nicht im Vergleichsverfahren - schon gar nicht nach dessen Aufhebung - darüber entschieden werden könne, ob eine vom Schuldner bestrittene Forderung dem Gläubiger zustehe. Der geltend gemachte Schadensersatzanspruch wegen Schlechterfüllung eines Beratungsvertrages stehe dem Kläger indessen nicht zu, weil er nicht nachgewiesen habe, daß ihm ein Schaden erwachsen sei. Aus den vorgelegten Unterlagen ergebe sich nicht, daß der Kläger bei WWS Geld angelegt habe. Im übrigen habe die der Erstbeklagten angelastete Anlageempfehlung einen etwaigen Schaden nicht adäquat verursacht. Dieser sei allein auf die Straftaten der WWS-Gesellschafter W■■■■■ und W■■■ zurückzuführen. Ein derartiges Geschehen sei mangels konkreter Anhaltspunkte äußerst unwahrscheinlich und nicht vorhersehbar gewesen.

B.

Diese Ausführungen halten einer rechtlichen Überprüfung nicht stand.

I.

Die Auffassung des Berufungsgerichts, der Kläger habe die Anlage bei WWS nicht schlüssig dargelegt und es fehle an der adäquaten Ursächlichkeit des behaupteten Fehlverhaltens G [REDACTED] für den angeblichen Schaden (so daß dahinstehen könne, ob zwischen Kläger und Erstbeklagter ein Auskunfts-/Beratungsvertrag zustande gekommen sei), beruht auf unrichtigen Erwägungen.

1. Revisionsrechtlich ist mangels gegenteiliger Feststellungen zugunsten des Klägers zu unterstellen, daß es zwischen ihm und der Erstbeklagten zum Abschluß eines Auskunfts-/Beratungsvertrages gekommen ist. Der Rat und die Empfehlung, die der Geschäftsführer der Erstbeklagten dem Kläger erteilt hat, betraf die sichere Anlage eines hohen Geldbetrages und war deshalb erkennbar für den Kläger von erheblicher Bedeutung. Sollten bis dahin noch keine vertraglichen Beziehungen bestanden haben, so kam der haftungsbegründende Auskunftsvertrag zwischen den Parteien mit der Erteilung der Auskunft zustande (vgl. BGHZ 74, 103, 106; BGH, Urt. v. 28. Januar 1985 - II ZR 10/84, WM 1985, 381; v. 17. April 1986 - III ZR 246/84, KTS 1986, 665, 668;

Canaris, Bankvertragsrecht 3. Bearb. Rdnr. 77). Daß der Kläger einer zutreffenden Beratung gefolgt wäre und das Geld nicht bei WWS angelegt hätte, wird vermutet (BGHZ 61, 118, 122; Canaris aaO Rdnr. 83 a).

2. Das Berufungsgericht hat nicht festzustellen vermocht, daß der Kläger der von ihm behaupteten unrichtigen Empfehlung gefolgt ist und sein Geld bei WWS angelegt hat. Einem vom Kläger vorgelegten Kontoauszug der WWS vom 24. Oktober 1985, der ausweist, daß dem Kläger am 23. September 1985 eine Einzahlung von 45.807,68 US-Dollar gutgeschrieben wurde, hat es keine Beweiskraft beigemessen, weil er von einer Firma stamme, deren Gesellschafter und Geschäftsführer unstreitig zum Schaden vieler Anleger Betrugsdelikte begangen hätten. Die Revision rügt mit Recht, daß diese Ausführungen auf einem Denkfehler beruhen. Es ist nicht ersichtlich, aus welchem Grunde Betrüger, die Gutgläubige um ihr Geld bringen, zu ihren eigenen Lasten Einlagen eines Kunden hätten erfinden sollen. Die Gutschrift einer Bank stellt in der Regel ein abstraktes (Schuldversprechen oder) Schuldanerkenntnis gegenüber dem Kunden dar (BGH, Urt. v. 16. April 1991 - XI ZR 68/90, ZIP 1991, 859, 860 m.w.N.). Wenn die Beklagten und ihnen folgend das Berufungsgericht "Einzahlungsbelege" für die Anlage des Klägers verlangen, lassen sie unberücksichtigt, daß der Kläger einen Teil des ihm von W■■■■ und W■■■ für seine Kommanditeinlage geschuldeten Kaufpreises bei den Käufern angelegt, den betreffenden Betrag also bei ihnen "stehengelassen" hat (vgl. auch den Vermerk "Transfer" auf dem Kontoauszug). Aus

welchem Grunde WWS dem Kläger - irrtümlich oder absichtlich - eine nicht bestehende Forderung hätte gutschreiben sollen, haben die Beklagten nicht dargelegt.

Gleichfalls berechtigt ist die Rüge, das Berufungsgericht habe einen Beweisantritt übergangen. Mit Schriftsatz vom 8. Mai 1989 hatte der Kläger zum Nachweis, daß er den in der Klageschrift genannten Betrag bei WWS eingezahlt habe, das Zeugnis G[REDACTED] angeboten. Diesen Beweisantritt hat er bis zum Schluß aufrechterhalten.

3. Der Kläger hat vorgetragen, Gensberger habe versichert, dafür einstehen zu können, daß WWS die ihr anvertrauten Gelder ausschließlich in festverzinslichen US-Schatzbriefen unter Ausschaltung des Währungsrisikos anlege; tatsächlich seien seine Gelder für hochspekulative Termingeschäfte ohne Kurssicherung verwandt worden. Das hätte G[REDACTED] erkennen können. Sind hiernach die Kundengelder verspekuliert (und nicht von W[REDACTED] und W[REDACTED] aufgrund eines plötzlichen, für alle Beteiligten unvorhergesehenen Entschlusses mitgenommen) worden, so fehlt es entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts nicht an dem adäquaten Ursachenzusammenhang zwischen der behaupteten Falschberatung und dem behaupteten Schaden. Davon abgesehen ist bei betrügerisch handelnden Anlageberatern die Gefahr nicht von der Hand zu weisen, daß sie sich mit den restlichen Kundenguthaben "absetzen", sobald sie den geschäftlichen Zusammenbruch vor Augen haben.

II.

Obwohl sich der Vergleich entgegen der Meinung des Berufungsgerichts auf den geltend gemachten Anspruch ausgewirkt hat, ist die Klage insgesamt nach dem bisherigen Sach- und Streitstand auch nicht deshalb zu Recht abgewiesen worden.

1. Es handelt sich um einen Liquidationsvergleich im Sinne von § 7 Abs. 4 VerglO. Bei dieser Unterart eines Teilerlaßvergleiches überläßt der Schuldner sein Vermögen ganz oder teilweise seinen Gläubigern mit der Abrede, daß der nicht durch die Verwertung gedeckte Teil der Forderungen erlassen sein soll. Zu dem Teilerlaß gesellt sich notwendigerweise eine Stundung: Gestundet wird dem Schuldner der Teil der Forderung, der nicht erlassen wird, bis zur völligen Verwertung des den Gläubigern überlassenen Vermögens (RG KTV 1934, 24, 25; Bley/Mohrbutter, VerglO 4. Aufl. § 9 Rdnr. 5). Auch für den Liquidationsvergleich besteht das Erfordernis der Mindestquote. Er ist nur zulässig, wenn aus der Liquidation voraussichtlich mindestens 35 % erzielt werden und der Forderungserlaß, falls die Verwertung weniger ergibt, sich nicht auf den an 35 % fehlenden Betrag erstreckt.

Entscheidend ist für den Liquidationsvergleich die Aussonderung der Liquidationsmasse aus dem sonstigen Vermögen des Vergleichsschuldners. Hier ist der Liquidationsvergleich in der Form eines Treuhandvergleichs abgeschlossen worden. Dabei wird die Aussonderung der Liquidationsmasse

dadurch vollzogen, daß der Vergleichsschuldner entweder die zu verwertenden Vermögensgegenstände einem Treuhänder überträgt (echte Treuhand) oder den Treuhänder zu Verfügungen über diese Gegenstände ermächtigt (unechte Treuhand). Welcher Fall hier gegeben ist, läßt sich dem Parteivorbringen nicht entnehmen. Der Wortlaut des Vergleichs ("ausschließlich und unwiderrufliche Vollmacht", das Gesellschaftsvermögen "zugunsten der Gläubiger vollständig zu verwerten") spricht eher für eine unechte Treuhand.

Der Treuhänder ist immer zugleich Sachwalter der Gläubiger. Er hat - wenn das Vergleichsverfahren nicht nach § 96 VerglO fortgesetzt wird - den Schuldner zu überwachen (§§ 91 ff VerglO) und die Vergleichsgläubiger zu befriedigen. Die Gläubiger haben gegen ihn aus dem Treuhandvertrag (§ 328 BGB) - der in den gerichtlichen (Treuhand)-Vergleich aufgenommen werden kann, aber nicht muß - einen Anspruch auf bestmögliche Verwertung des Treuguts und gleichmäßige Verteilung des Erlöses (BGH, Urt. v. 14. März 1966 - VII ZR 7/64, NJW 1966, 1116 = KTS 1966, 98 = WM 1966, 445 = LM § 328 BGB Nr. 30; BGHZ 55, 307, 309; 71, 309, 312; Bley/Mohrbutter, aaO § 92 Rdnr. 33; Böhle-Stamschräder/Kilger, VerglO 11. Aufl. § 7 Anm. 3; Künne KTS 1971, 235, 239 f; Kuhn WM 1979, 742, 755). Mit der Annahme und gerichtlichen Bestätigung des Vergleichs ist eine Haftungs- und Zugriffsbeschränkung auf das Treugut eingetreten. Hat der Schuldner die im Vergleich bestimmte Liquidationsmasse ausgesondert und "den Gläubigern zur Verwertung überlassen", so hat er seine Vergleichsverpflichtungen zunächst einmal erfüllt. Mehr kann und braucht er vorläufig nicht zu tun. Die Gläubiger haben sich von vornherein mit dem Ver-

wertungserlös dieser Masse zufrieden gegeben mit der einzigen Einschränkung, daß er mindestens 35 % der Forderungen decken muß. Bleibt der Erlös darunter, wird der Vergleich dadurch nicht unwirksam; denn für den Unterschiedsbetrag hat der Schuldner nach § 7 Abs. 4 VerglO unabdingbar weiter einzustehen (BGHZ 26, 126, 131 f). Kommt er wegen des Unterschiedsbetrages in Verzug, ist die Anwendung der Wiederauflebensklausel des § 9 Abs. 1 VerglO kraft Gesetzes ausgeschlossen (§ 9 Abs. 3 Satz 1 VerglO). Es kann also kein Gläubiger, dessen Schuldner mit der Zahlung des Unterschiedsbetrages im Verzuge ist, den über den Mindestsatz hinausgehenden Betrag verlangen. Ein Verzug des Treuhänders fällt dem Vergleichsschuldner nicht zur Last (BGHZ 55, 307, 310; Bley/Mohrbutter, aaO § 9 Rdnr. 5; Böhle-Stamschräder/Kilger, aaO § 9 Anm. 4; Uhlenbruck GmbH-Rundschau 1976, 189, 191); jener ist nicht der Erfüllungsgehilfe des Vergleichsschuldners (BGHZ, Urt. v. 1. Juni 1953 - IV ZR 196/52, LM § 771 ZPO Nr. 2; OLG München, HRR 1936 Nr. 904; Bley/Mohrbutter, aaO § 92 Rdnr. 34, 36). Der Erlaß wird nur hinfällig, wenn der Vergleichsschuldner ihn selbst betreffende Hilfspflichten schuldhaft verletzt, beispielsweise (bei der echten Treuhand) das Treugut nicht unverzüglich auf den Treuhänder überträgt (Bley/Mohrbutter, aaO § 9 Rdnr. 5, § 92 Rdnr. 34; Uhlenbruck aaO), die Verwertung des Treuguts durch den Treuhänder vergleichswidrig stört oder Schädigungen der Vergleichsgläubiger durch den Treuhänder wissentlich und willentlich geschehen läßt (Böhle-Stamschräder/Kilger, aaO § 9 Anm. 4). Dafür fehlt im Streitfall jeglicher Anhalt.

Soweit die Schuld erlassen ist, besteht eine natürliche Verbindlichkeit fort, das heißt der erlassene Teil der Forderung ist erfüllbar, aber nicht erzwingbar (Schuld ohne Haftung; vgl. BGH, Urt. v. 30. Oktober 1967 - VII ZR 31/65, WM 1968, 39, 40; v. 28. Juni 1968 - I ZR 142/67, KTS 1969, 50, 53; Bley/Mohrbutter, aaO § 82 Rdnr. 15, 16; Böhle-Stamschräder/Kilger, aaO § 82 Anm. 3, § 85 Anm. 7; Baur/Stürner, Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht Bd. II 12. Aufl. S. 350).

2. Die eingeklagte Forderung wird von dem Liquidationsvergleich erfaßt.

Ob der Kläger seine Forderung im Vergleich angemeldet hat, läßt sich dem festgestellten Sachverhalt nicht entnehmen. Von dem Vergleich erfaßt wird nach § 82 Abs. 1 VerglO eine Forderung gegen den Vergleichsschuldner aber auch dann, wenn der Gläubiger an dem Vergleichsverfahren nicht teilgenommen oder gegen den Vergleich gestimmt hat. Insofern ist es bedeutungslos, ob die Forderung angemeldet und der Kläger in das Gläubigerverzeichnis aufgenommen worden ist (Bley/Mohrbutter, aaO § 82 Rdnr. 6; Böhle-Stamschräder/Kilger, aaO § 82 Anm. 1).

Allerdings ergeben sich hinsichtlich der völligen Gleichstellung aller Gläubiger für die sogenannten "Nachzügler" gewisse Schranken. Beruht etwa eine ungleichmäßige Verteilung des Erlöses auf einer verspäteten Geltendmachung der betreffenden Forderung, so hat der "Nachzügler" dies in der Regel hinzunehmen (Bley/Mohrbutter, aaO § 82 Rdnr. 6, § 92 Rdnr. 32; Uhlenbruck GmbH-Rundschau 1976, 189, 192).

Solche Nachteile hat der Vergleichsgläubiger, dessen Forderung rechtzeitig angemeldet, aber vom Vergleichsverwalter bestritten wurde, nicht zu befürchten. Soweit die Forderungen nach Grund, Betrag oder Berücksichtigungsfähigkeit streitig sind, hat der Treuhänder/Sachwalter bis zum Abschluß des Streites die entsprechenden Beträge bei der Ausschüttung einzubehalten und beim Ende der Verwertung sicherzustellen (Bley/Mohrbutter, aaO § 7 Rdnr. 14, § 92 Rdnr. 29, 32, 38, § 97 Rdnr. 16).

3. Die Tatsacheninstanzen haben nichts dazu festgestellt, ob die Verwertung des von der Erstbeklagten den Gläubigern zur Verfügung gestellten Geschäftsvermögens durch den Treuhänder noch andauert oder bereits beendet ist.

a) Ist die Verwertung beendet und der Erlös ausgeschüttet und beträgt die Quote 35 % oder mehr, hätte der Kläger, wenn er seine Forderung nicht angemeldet haben und der Vergleich ordnungsgemäß abgewickelt worden sein sollte, weder gegen den Treuhänder noch gegen den Schuldner einen durchsetzbaren Anspruch.

Falls der Kläger seine Forderung rechtzeitig angemeldet haben sollte, könnte er den Treuhänder, der den streitigen Betrag in Höhe der Vergleichsquote zugunsten des Klägers sichergestellt hat oder zumindest hätte sicherstellen müssen, auf Freigabe oder auf Schadensersatz (RG,

SeuffArch 91 (1937) Nr. 45; Bley/Mohrbutter, aaO § 7 Rdnr. 14) in Anspruch nehmen. Gegen die Beklagten könnte er nicht mit Erfolg vorgehen. Insbesondere fehlte es - wegen der Möglichkeit der Leistungsklage gegen den Treuhänder - an einem Feststellungsinteresse.

Beträgt die Quote weniger als 35 %, könnte der Kläger - selbst wenn er die Anmeldung der Forderung unterlassen haben sollte - vom Vergleichsschuldner den Unterschiedsbetrag zur gesetzlichen Mindestquote verlangen. Für eine Feststellungsklage bestünde wiederum kein Bedürfnis. Gegen den Treuhänder hätte er insoweit keine Ansprüche.

b) Sollte die Verwertung noch nicht beendet sein und der Kläger seine Forderung angemeldet haben oder die Anmeldung vor der Verteilung des Erlöses nachholen, kann er - solange das Ergebnis der Liquidation noch nicht absehbar und die Höhe der dem Kläger zustehenden Beträge deshalb nicht bezifferbar ist - den Treuhänder nicht auf Leistung in Anspruch nehmen.

Aber auch vom Schuldner können die Gläubiger, solange die Verwertung der Liquidationsmasse nicht beendet ist, grundsätzlich keine Leistung verlangen.

Aus § 49 VerglO ergibt sich zwar, daß Klagen der Gläubiger gegen den Schuldner auch noch nach Eröffnung des Vergleichsverfahrens möglich sind. Da dem Vergleichsschuldner die Vermögensverwaltung nicht entzogen ist, und zwar auch dann nicht, wenn Verfügungsbeschränkungen aus

§§ 58 ff VerglO ergangen sind (BGHZ 23, 307, 318; Bley/Mohrbutter, aaO § 49 Rdnr. 1), beeinträchtigt die Vergleichseröffnung die Prozeßführungsbefugnis des Schuldners nicht (Bley/Mohrbutter aaO; Böhle-Stamschräder/Kilger, aaO § 49 Anm. 1; Baur/Stürner, aaO S. 336; Schrader/Uhlenbruck/Delhaes, Konkurs- und Vergleichsverfahren 5. Aufl. Rdnr. 1194). Anhängige Prozesse werden nicht unterbrochen; neue Klagen - auch Leistungsklagen - sind zulässig. Daran ändert auch die Bestätigung des Vergleiches nichts.

Für den Liquidationsvergleich gilt indessen etwas anderes. Mit dessen Bestätigung durch das Vergleichsgericht erwächst dem Schuldner der Einwand des Forderungserlasses. Hinsichtlich des über die Vergleichsquote hinausgehenden Betrages kann er - unbeschadet des Fortbestandes einer natürlichen Verbindlichkeit - von den Gläubigern nicht zur Leistung gezwungen werden, solange die Vergleichsschranken bestehen, also die Bestimmungen der §§ 9, 88, 69 VerglO nicht eingreifen (BGH, Urt. v. 28. Juni 1968 aaO; Senatsurt. v. 21. März 1991, BGHZ 114, 117, 124; Bley/Mohrbutter, aaO § 82 Rdnr. 15; im Ergebnis ebenso Künne KTS 1971, 235, 240).

Ob der Gläubiger, während die Verwertung der Liquidationsmasse noch andauert, von dem Schuldner wenigstens die Zahlung der Vergleichsquote einklagen kann, hat der Senat in seinem Urteil vom 21. März 1991 (aaO, 126) offengelassen. Er verneint diese Frage nunmehr.

Der Klage auf Zahlung der Vergleichsquote steht der Einwand der Stundung entgegen. Durch den gerichtlich bestätigten Liquidationsvergleich verpflichten sich alle Vergleichsgläubiger, Befriedigung ihrer Forderungen zunächst allein beim Treuhänder aus dem Treugut zu suchen. Damit tragen sie der Aussonderung des Treuguts aus dem sonstigen Vermögen des Schuldners Rechnung. Solange dieser seine Verpflichtungen aus dem Liquidationsvergleich erfüllt, das heißt die im Vergleich bestimmte Liquidationsmasse aussondert, aufnimmt und "den Gläubigern zur Verwertung überläßt", haben die Gläubiger ihm gegenüber "stillezuhalten" (Baur JZ 1956, 661; Böhle-Stamschräder/Kilger, aaO § 85 Anm. 7). Sie können sich nur an den Treuhänder, ihren Sachwalter, halten (vgl. BGH, Urt. v. 21. März 1979 - II ZR 91/78, WM 1979, 614; ebenso Bley/Mohrbutter, aaO § 82 Rdnr. 15; Künne KTS 1971, 235, 240). Wenn sie den Schuldner in Anspruch nehmen könnten, wäre dieser - um die Forderung zu erfüllen - gehalten, selbst auf die haftende Masse zuzugreifen, was ihm allenfalls um den Preis einer Verletzung des Treuhandvertrages möglich wäre. Mit der Ermächtigung des Treuhänders zur Verwertung des Treuguts hat sich der Schuldner - freilich nur mit obligatorischer Wirkung (§ 137 BGB) - der eigenen Verfügungsbefugnis begeben. Vergleichsstörende Verfügungen des Schuldners bedeuten eine Verletzung der ihm obliegenden Hilfs- und Nebenpflichten und können zum Eintritt der Wiederauflebensklausel (§ 9 Abs. 1 VerglO) gegenüber allen Vergleichsgläubigern führen (Bley/Mohrbutter, aaO § 9 Rdnr. 5, § 92 Rdnr. 22; Böhle-Stamschräder/Kilger, aaO § 9 Anm. 4). Deshalb darf ein Leistungsgebot an den Schuldner nicht ergehen, solange es vergleichsstörend wirken kann.

Die Stundung entfaltet erst dann keine Wirkung mehr, wenn feststeht, daß die Verwertung des haftenden Vermögens weniger als die den Gläubigern zustehende Mindestquote ergibt (BGH, Urt. v. 21. März 1979 aaO). Bis dahin ist ungewiß, ob der Schuldner überhaupt noch etwas schuldet, so daß auch eine Klage auf künftige Leistung nicht in Betracht kommt.

Für die Stundung der Vergleichsforderung ist es unerheblich, ob der Vergleichsverwalter die Liquidationsmasse verwertet und das Vergleichsverfahren erst anschließend aufgehoben wird (§ 96 Abs. 1, 2, 4 Satz 1 VerglO) oder ob das Vergleichsverfahren mit der Bestätigung des Vergleiches aufgehoben wird und anschließend der im Vergleich bestimmte Sachwalter der Gläubiger die Liquidationsmasse verwertet (§ 91 Abs. 1 VerglO). Diese Verwertung und die Überwachung der Erfüllung des Vergleichs durch den Vergleichsverwalter oder durch einen Treuhänder als Sachwalter der Gläubiger sind - auch und gerade aus der Sicht der Gläubiger - gleichwertig. Entscheidend ist allein, ob die Verwertung als solche noch andauert oder beendet ist.

Eine vor Abschluß des Liquidationsverfahrens gegen den Vergleichsschuldner erhobene Zahlungsklage ist somit regelmäßig unbegründet, soweit nicht die Zahlung eines Unterschiedsbetrages zwischen dem von der Vergleichsquote tatsächlich gedeckten Teil der Forderung und der gesetzlichen Mindestquote von 35 % in Betracht kommt; insoweit ist sie zur Zeit unbegründet.

4. Die Klage muß jedoch selbst dann nicht insgesamt unbegründet sein, wenn sie als Leistungsklage keinen Erfolg hat. Sie könnte nämlich, falls die Verwertung noch andauert, als Feststellungsklage aufrechterhalten bleiben.

Das Recht, wegen einer Forderung gegen den Vergleichsschuldner anteilige Befriedigung aus dem Liquidationserlös des Vergleichsverfahrens zu verlangen, ist ein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis im Sinne von § 256 ZPO (Bley/Mohrbutter, aaO § 49 Rdnr. 2). Davon geht auch § 97 VerglO aus, der eine vorläufige Feststellung bestrittener Vergleichsforderungen durch das Vergleichsgericht und eine endgültige Feststellung durch das Prozeßgericht vorsieht.

Das rechtliche Interesse an einer alsbaldigen richterlichen Feststellung ist ebenfalls nicht zu bezweifeln. Es folgt aus dem Bestreiten der Vergleichsforderung durch den Schuldner (Böhle-Stamschräder/Kilger, aaO § 49 Anm. 5). In diesem Falle muß der Gläubiger eine Möglichkeit haben, einen Titel zu erlangen. Eine unbestrittene Forderung ist mit der Vergleichsbestätigung tituliert: Aus dem bestätigten Vergleich in Verbindung mit einem Auszug aus dem berichtigten Gläubigerverzeichnis (§§ 6, 67 Abs. 3 VerglO) findet wegen der darin eingetragenen Vergleichsforderungen gegen den Schuldner die Zwangsvollstreckung statt, "sofern nicht im Gläubigerverzeichnis vermerkt ist, daß die Forderung vom Schuldner oder vom Vergleichsverwalter bestritten wurde" (§ 85 Abs. 1 VerglO). Der Gläubiger einer bestrittenen Forderung kann also - obwohl diese vom Vergleich erfaßt wird - nicht aus dem bestätigten Liquidationsvergleich vollstrek-

ken. Ihm hilft auch kein Antrag an das Vergleichsgericht nach § 71 Abs. 2 Satz 1 oder § 97 Abs. 1 VerglO. Denn die Feststellung des Stimmrechts eines nicht anerkannten Vergleichsgläubigers wie auch der mutmaßlichen Höhe der bestrittenen Forderung durch das Vergleichsgericht hat nur formale Bedeutung; die Tragweite der Entscheidungen beschränkt sich auf die vorläufige verfahrensrechtliche Behandlung des Anspruchs im Vergleichsverfahren oder bei der Vergleichserfüllung (Bley/Mohrbutter, aaO § 25 Rdnr. 10; Böhle-Stamschräder/Kilger, aaO § 97 Anm. 6). Die materiellrechtliche Frage, ob dem Gläubiger der geltend gemachte Anspruch dem Grunde und/oder der Höhe nach zusteht, ist im ordentlichen Rechtsweg von dem Prozeßgericht zu entscheiden (Bley/Mohrbutter, aaO § 25 Rdnr. 10, § 82 Rdnr. 8, § 97 Rdnr. 19). Dessen rechtskräftiges Urteil verschafft dem Gläubiger die "endgültige Feststellung" der im Vergleichsverfahren bestrittenen Forderung und zwingt damit den Schuldner, diese nunmehr nach Maßgabe des § 97 Abs. 3 VerglO bei der Erfüllung des Vergleiches zu berücksichtigen.

Daß der Gläubiger vor Abschluß des Liquidationsverfahrens den Treuhänder unter besonderen Umständen auf eine Teilleistung, jedenfalls aber auf Feststellung seines Rechts auf anteilige und gleichmäßige Befriedigung aus dem Liquidationserlös in Anspruch nehmen kann, läßt im Verhältnis zum Schuldner das Feststellungsinteresse nicht entfallen. Denn ein solcher Prozeß gegen den Treuhänder ist in der Regel kein einfacherer Weg zur Erreichung des angestrebten Zieles. Auf der anderen Seite verspricht ein Urteil gegen den Schuldner ebenso eine Beendigung des bestehenden Streites wie ein solches gegen den Treuhänder. Im

Umfang der Vergleichsquote ist dieser - entsprechend seiner vertraglich übernommenen Aufgabe, aus der Liquidationsmasse die Gläubiger des Vergleichsschuldners anteilig zu befriedigen - an ein gegen den Schuldner ergangenes Urteil gebunden und könnte ihm nur auf eigenes Risiko zuwiderhandeln.

Wenn die erhobene Klage als Feststellungsklage aufrechterhalten wird, verstößt dies nicht gegen § 308 ZPO. Eine Feststellung ist im Vergleich zu einem Leistungsgebot ein Weniger. In dem weitergehenden Zahlungsantrag des Klägers ist deshalb sinngemäß ein Feststellungsantrag inbegriffen. Erweist sich die erhobene Leistungsklage als unbegründet, entspricht aber der Erlaß eines Feststellungsurteils dem Interesse des Klägers, so kann das Gericht dem in dem Leistungsbegehren enthaltenen Antrag auf Feststellung des Rechtsverhältnisses auch dann stattgeben, wenn dieser Antrag nicht ausdrücklich hilfsweise gestellt ist (BGH, Urt. v. 31. Januar 1984 - VI ZR 150/82, NJW 1984, 2295 f; v. 6. Februar 1984 - II ZR 88/83, NJW 1984, 1455, 1456; v. 1. Juli 1987 - VIII ZR 184/86, WM 1987, 1313, 1315; v. 4. März 1992 - IV ZR 309/90, z.V.b; Zöllner/Vollkommer, ZPO 17. Aufl. § 308 Rdnr. 4; Baumbach/Lauterbach/Hartmann, ZPO 50. Aufl. § 308 Anm. 1 B).

5. Die persönliche Haftung der Zweitbeklagten aus § 128 HGB wird nach § 109 Abs. 1 Nr. 3 VerglO ebenfalls durch den Vergleich begrenzt. Forderungserlaß und Stundung wirken in gleicher Weise auch zugunsten der persönlich haftenden Gesellschafterin (BGHZ 26, 126, 132; Urt. v. 21. März 1979 aaO; Bley/Mohrbutter, aaO § 109 Rdnr. 21).

C.

Das Berufungsurteil ist deshalb aufzuheben und die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, damit dieses feststellen kann, wie der Stand des Liquidationsverfahrens ist und ob der Kläger sich daran beteiligt hat. Sollte sich danach ergeben, daß ihm noch eine Vergleichsquote zustehen kann, wird das Berufungsgericht über seine bestrittenen Tatsachenbehauptungen Beweis erheben müssen.

Brandes

Kreft

Kirchhof

Zugehör

Ganter