

Nachschlagewerk: ja

Amtliche Sammlung: ja

VerglO § 9 Abs.1, § 97 Abs.1 und 2

Hat der Vergleichsschuldner die bestrittene Forderung eines Vergleichsgläubigers, zu der eine Entscheidung des Vergleichsgerichts über das Stimmrecht nicht ergangen ist, bei Fälligkeit nicht erfüllt, so hängt das Wiederaufleben der ursprünglichen Forderung unter den Voraussetzungen des § 9 Abs.1 VerglO nicht davon ab, daß zuvor eine Entscheidung des Vergleichsgerichts über die mutmaßliche Höhe der Forderung nach § 97 Abs.1 VerglO ergangen ist.

BGH, Urt. v. 26. April 1960 - VIII ZR 81/59 - Kammergericht

Verkündet laut Protokoll
am 26. April 1960
Heil, ap. Justizassistent
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Joseph Cowan E [REDACTED] in H [REDACTED],
Lie [REDACTED],

Klägers, Berufungsbeklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Kommanditgesellschaft M [REDACTED] Gummiwarenfabrik Fried-
rich Max Ha [REDACTED] & Co. in B [REDACTED]-M [REDACTED], W [REDACTED] v. S [REDACTED]-
straße, vertreten durch den persönlich haftenden Gesellschafter:
Kommanditgesellschaft Max Ha [REDACTED] & Co. in He [REDACTED], diese ver-
treten durch den persönlich haftenden Gesellschafter Kaufmann
Reinhold Wa [REDACTED] in He [REDACTED], Im St [REDACTED],

Beklagte, Berufungsklägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED] -

hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 26. April 1960 unter Mitwirkung des Senats-
präsidenten Dr. Pagendarm sowie der Bundesrichter Dr. Gelhaar,
Artl, Dr. Dorschel und Dr. Mezger

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des
10. Zivilsenats des Kammergerichts in Berlin vom
5. November 1958, soweit es die Klage gegen die
Beklagte abweist, und hinsichtlich der Kostenent-
scheidung, soweit sie zwischen dem Kläger und der
Beklagten zum Nachteil des Klägers ergangen ist,
aufgehoben.

Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil der
91. Zivilkammer für Handelssachen des Landgerichts
in Berlin-Charlottenburg vom 9. Oktober 1957 wird
zurückgewiesen.

Von den Kosten der ersten beiden Rechtszüge hat
die Beklagte auch das restliche Drittel der Ge-
richtskosten und der außergerichtlichen Kosten des
Klägers sowie ihre gesamten eigenen Kosten zu tra-
gen.

Die Kosten der Revision⁴ fallen der Beklagten zur
Last.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kaufmann Dr. Ba■■■■ schuldete dem Kläger 15 961,88 DM. Die Beklagte hatte sich schriftlich verpflichtet, für den Fall, daß die Abdeckung der Schuld nicht bis zum 30. Juni 1956 erfolge, dem Kläger den genannten Betrag an diesem Tage zu zahlen. Weder Dr. Ba■■■■ noch die Beklagte haben Zahlung geleistet. Über das Vermögen der Beklagten wurde das Vergleichsverfahren eröffnet. Der gerichtlich bestätigte Vergleich sah eine Befriedigung der Gläubiger mit Forderungen über 2500 DM zu einem Satz von 50 % vor. Der im Revisionsrechtszuge nicht mehr beteiligte Mitbeklagte, Dr. Ba■■■■, hatte für die Erfüllung des Vergleiches die selbstschuldnerische Bürgschaft übernommen.

Die Beklagte hat den Kläger in dem von ihr eingereichten Verzeichnis der Gläubiger nicht aufgeführt. Der Kläger hat seine Forderung nicht angemeldet, da ihm die Eröffnung des Vergleichsverfahrens nicht bekannt war.

Nachdem der Kläger von dem Ausgang des Vergleichsverfahrens Kenntnis erhalten hatte, verlangte er von der Beklagten auf Grund des bestätigten Vergleiches Zahlung von 7980,94 DM und setzte ihr hierzu eine Frist von einer Woche.

Nach fruchtlosem Fristablauf hat der Kläger die Beklagte auf Zahlung des nach seiner Auffassung wieder in voller Höhe fällig gewordenen Schuldbetrages von 15 961,88 DM nebst Zinsen seit dem 1. Juli 1956 und den Mitbeklagten auf Zahlung von 7980,94 DM nebst Zinsen in Anspruch genommen.

Das Landgericht hat beide nach dem Klageantrage verurteilt. Auf die Berufung der Beklagten wurde das landgerichtliche Urteil dahin geändert, daß die Beklagte als Ge-



samtschuldnerin mit dem Mitbeklagten nur 7980,94 DM nebst Zinsen seit dem 19. September 1956 zu zahlen hatte; die weitergehende Klage gegen die Beklagte wurde abgewiesen; im übrigen wurde die Berufung der Beklagten zurückgewiesen.

Mit der Revision begehrt der Kläger die Verurteilung der Beklagten in voller Höhe. Die Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

Zwischen dem Kläger und der Beklagten ist nur noch streitig, ob der im bestätigten Vergleich enthaltene Erlaß in Höhe von 50 % der Forderungen nach § 9 Abs.1 VerglO dem Kläger gegenüber hinfällig geworden ist.

§ 9 Abs.1 VerglO bestimmt, daß eine Stundung oder ein Erlaß für den Gläubiger hinfällig wird, gegenüber dem der Schuldner mit der Erfüllung des Vergleiches in Verzug gerät. Nach § 97 Abs.2 VerglO können den Schuldner die für den Fall des Verzuges in der Erfüllung des Vergleiches vorgesehenen Rechtsfolgen dann nicht treffen, wenn er bei der Erfüllung des Vergleiches die bestrittene Forderung in dem Ausmaße berücksichtigt, das einer vom Vergleichsgericht getroffenen Entscheidung entspricht. Wenn eine Forderung vom Schuldner oder Vergleichsverwalter bestritten ist und noch keine vom Vergleichsgericht ergangene Entscheidung über das Stimmrecht vorliegt, hat das Vergleichsgericht nach § 97 Abs.1 VerglO auf Antrag des Schuldners oder Gläubigers die mutmaßliche Höhe der bestrittenen Forderung festzustellen. Das Berufungsgericht vertritt die Ansicht, es sei, wenn bei einer bestrittenen Forderung noch keine Entscheidung des Vergleichsgerichts über das Stimmrecht vorliege, Sache des Gläubigers, eine Entscheidung nach § 97 Abs.1 VerglO herbeizuführen, wenn er das Wiederaufleben der ursprünglichen

Forderung erreichen wolle. Da hier eine Entscheidung des Vergleichsgerichts über das Stimmrecht der bestrittenen Forderung nicht vorliegt und der Kläger einen Antrag auf Entscheidung über die mutmaßliche Höhe der bestrittenen Forderung nicht gestellt hat, sieht das Berufungsgericht die ursprüngliche Forderung nicht als wiederaufgelebt an.

Der Auffassung des Berufungsgerichts, es sei Sache des Klägers gewesen, das Feststellungsverfahren nach § 97 Abs.1 VerglO zu betreiben, kann nicht gefolgt werden.

Zu entscheiden ist die Frage, ob eine bestrittene Forderung, zu der eine Entscheidung des Vergleichsgerichts über das Stimmrecht nicht ergangen ist, unter den Voraussetzungen des § 9 Abs.1 VerglO in ursprünglicher Höhe nur dann wiederaufleben kann, wenn zuvor eine Entscheidung des Vergleichsgerichts über die mutmaßliche Höhe der Forderung nach § 97 Abs.1 VerglO - auf Antrag des Gläubigers oder des Vergleichsschuldners - ergangen ist.

Der Bundesgerichtshof hat in dem Urteil vom 9. Mai 1956 - IV ZR 318/55 - (insoweit in NJW 1956,1200 nicht veröffentlicht) diese Frage dahingestellt gelassen. Die Auffassung in der Rechtslehre ist unterschiedlich. Bley (VerglO 2.Aufl. § 97 Anm.2) glaubt, ein Verstoß gegen die Pflicht zur vergleichsmäßigen Berücksichtigung könne bei Forderungen, die nicht im Gläubigerverzeichnis aufgeführt sind und für die kein vorläufiger Feststellungsbescheid ergangen ist, nur angenommen werden, wenn der Gläubiger bis zum vergleichsmäßigen Zahlungstermin einen Vollstreckungstitel oder ein rechtskräftiges Feststellungsurteil erwirkt habe. Ein Gläubiger, der einen solchen Titel nicht besitzt, müßte mithin nach der Meinung von Bley, um den Erlaß oder die Stundung hinfällig zu machen, erst einen Festsetzungsbeschuß durch das Vergleichsgericht erlangen. Vogels (VerglO 1935 § 97 Anm.II 2 c) geht davon aus, die Vorschrift des § 97 VerglO stelle für den Schuldner eine

Abschwächung der Wiederauflebensklausel des § 9 dar; es stehe dem Schuldner frei, ob er von dieser Möglichkeit Gebrauch machen wolle oder nicht; der Schuldner setze sich allerdings, wenn er die Möglichkeiten des § 97 unausgenutzt lasse, der ganzen Strenge der Wiederauflebensklausel aus. Vogels führt dann in Anmerkung II 3 e aus, antragsberechtigt sei zunächst der Schuldner, er habe in der Regel auch das größte Interesse an der vorläufigen Feststellung. Dieselbe Ansicht findet sich bei Vogels/Nölte, VerglO 3.Aufl. § 97 Anm.II 2 c und II 3 b. Sie wird ähnlich auch von Sydow/Busch/Krieg, VerglO § 97 Anm.3 vertreten. Den entsprechenden § 55 f der österreichischen Ausgleichsordnung, an den sich § 97 VerglO anlehnt, würdigt das Erläuterungsbuch von Bartsch/Pollak (Ausgleichsordnung, Anfechtungsordnung, Einführungsverordnung, Geschäftsaufsichtsgesetz, 1937 Anm.6 zu § 55 Ausgleichsordnung) ebenfalls als Milderung der ausgleichsrechtlichen Verzugsfolgen (§ 53 Abs.4 österreichische Ausgleichsordnung), ohne allerdings zu den hier streitigen Fragen ausdrücklich Stellung zu nehmen. Die Ansicht, daß in einem wie hier gegebenen Falle das Wiederaufleben bei Erfüllung der Voraussetzungen des § 9 VerglO auch ohne Vorliegen einer Entscheidung nach § 97 Abs.2 VerglO eintritt, verdient den Vorzug.

Entscheidend ist die rechtliche Einordnung der Vorschrift des § 97 Abs.2 VerglO in das Verzugsrecht der Vergleichsordnung. Die von Bley vertretene Auffassung, der im Ergebnis das Berufungsgericht folgt, führt zu dem Ergebnis, daß die Bestimmung des § 9 VerglO entgegen ihrem Wortlaut nicht den vollen Tatbestand des Verzuges umrisse, sondern daß der Begriff des Verzuges erst durch § 97 Abs.2 VerglO erschöpfend gekennzeichnet würde. Der Wegfall der Stundung oder des Erlasses wäre nicht nur an die Nichterfüllung des Vergleichs und an Mahnung und Fristsetzung durch den Gläubiger geknüpft, sondern hätte weiter zur Vor-

aussetzung, daß der Gläubiger durch die vorherige Erwirkung einer Entscheidung über die mutmaßliche Höhe der Forderung einen etwa bestehenden guten Glauben des Schuldners, die Leistung verweigern zu dürfen, zerstörte.

Eine solche rechtliche Gestaltung ließe den allgemeinen Grundsätzen des Verzugsrechtes zuwider. Nach § 284 BGB kommt der Schuldner, der eine ihm obliegende Leistung auf eine Mahnung des Gläubigers nicht erbringt, in Verzug. Er muß daher dartun, daß er ausnahmsweise nicht in Verzug gekommen ist, weil die Leistung infolge eines Umstandes unterblieben ist, den er nicht zu vertreten hat (§ 285 BGB). Er trägt daher die Gefahr, daß er schuldhaft eine irrtümliche Rechtsauffassung vertritt. Die Voraussetzungen, unter denen nach § 9 VerglO ein Erlaß oder eine Stundung wegen "Verzuges" hinaufgeführt wird, weichen zwar von den Voraussetzungen, die in § 284 BGB für die allgemeinen Verzugsfolgen aufgestellt sind, zum Teil ab. Daß die Vergleichsordnung aber in § 9 den Verzug mit der Erfüllung des Vergleiches begrifflich anders hätte werten wollen als den Verzug bei unterbliebener Leistung nach § 284 BGB, ist nicht anzunehmen. Die Auffassung von Bley (aaO), um den Erlaß oder die Stundung hinaufgeführt zu machen, müsse der Gläubiger einen Feststellungsbeschluß des Vergleichsgerichts erwirken, fußt allerdings auf der schon für die alte Fassung der Vergleichsordnung vertretenen Ansicht, daß der Begriff des Verzuges für den Fall der Nichterfüllung des Vergleiches ein anderer sei als für den Fall sonstiger Nichterfüllung. Es mag sein, daß die alte Fassung der Vergleichsordnung vom 5. Juli 1927, die eine dem § 97 entsprechende Bestimmung nicht kannte, genötigt hat, zur Vermeidung von Unbilligkeiten hinsichtlich der Verfallsklausel den Begriff des entschuldbaren Irrtums weit auszulegen und ein Wiederaufleben der Forderung schon dann auszuschließen, wenn der Schuldner verständige Gründe für die Annahme gehabt hat, die Forderung des Gläubigers be-

- 1 -

stene nicht zu Recht (so OLG Dresden, KonkFreu 1931,159). Diese Betrachtungsweise ist aber gegenstandslos geworden, nachdem das Gesetz dem Schuldner ein Mittel an die Hand gegeben hat, eine vorläufige gerichtliche Prüfung des Anspruches zu erreichen. Wenn im Anschluß an das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 9. Mai 1956 (-IV ZR 318/55 - NJW 1956, 1200 = WM 1956,822,824) davon gesprochen wird, Verzug nach Vergleichsrecht bedeute nicht dasselbe wie im bürgerlichen Recht, so bezieht sich diese Auffassung nur darauf, daß im Gegensatz zu der Regelung des § 284 BGB der vergleichsrechtliche Verzug nach § 9 Abs.1 VerglO eine unter Nachfristsetzung erfolgte schriftliche Mahnung voraussetzt (vgl. Kuhn, WM 1957,150,157).

Gegen die Annahme, daß der Gläubiger das Wiederaufleben seiner Forderung nur geltend machen könne, wenn er mangels eines rechtskräftigen Titels seinerseits eine ihm günstige vorläufige Feststellung des Vergleichsgerichts erwirkt habe, sprechen sowohl Sinn als auch Wortlaut und Aufbau der gesetzlichen Vorschriften. Nach § 9 Abs.1 VerglO tritt der Verzug, an den das Wiederaufleben der Forderung geknüpft ist, schon ein, wenn der Schuldner eine fällige Vergleichsverbindlichkeit trotz Mahnung unter Fristsetzung nicht bezahlt. Damit ist ähnlich der Bestimmung des § 284 BGB der Tatbestand des vergleichsrechtlichen Verzuges eindeutig festgelegt. Der Gesetzgeber hat aber auch dem für das Vergleichsrecht bedeutsamen Umstand Rechnung tragen wollen, daß das Wiederaufleben einer Forderung die Erfüllung des ganzen Vergleiches gefährden kann. Die Vorschrift des § 97 Abs.2 VerglO läßt, wie ihr Wortlaut sagt, die Folgen des Verzuges in der Erfüllung des Vergleiches den Schuldner nicht treffen, wenn er bei der Erfüllung den Gläubiger zwar objektiv unzureichend, jedoch in einem der Entscheidung des Vergleichsgerichts entsprechenden Ausmaße berücksichtigt hat. Die Regelung des § 97 Abs.2 VerglO soll also verhindern, daß ein Erlaß oder eine Stundung

schon deshalb hinfällig wird, weil zwischen Gläubiger und Schuldner Meinungsverschiedenheit besteht, ob eine Forderung begründet ist. Berücksichtigt der Schuldner die bestrittene Forderung mit dem vom Vergleichsgericht vorläufig festgesetzten Betrage, soll er sich den Verzugsfolgen entziehen können (Amtliche Begründung zur Vergleichsordnung vom 26. Februar 1935, DJ 1935,389). Der Schuldner, der eine Forderung bestreitet, wird, wenn er die Entscheidung des Vergleichsgerichts einholt, des Wagnisses entoben, das er sonst mit einer Leistungsverweigerung für den Fall eingehen würde, daß das Prozeßgericht seine Ansicht nicht teilt. Hat das Vergleichsgericht den mutmaßlichen Betrag festgesetzt, so wird dem Schuldner eine der Feststellung entsprechende Leistungsverweigerung nicht als ein das Wiederaufleben des Anspruches auslösender Verzug angerechnet (Sydow/Busch/Krieg, VerglO 1937 § 97 Anm.2; Vogels, VerglO 1935 § 97 Anm.I; Vogels/Nölte, VerglO 3.Aufl. § 97 Anm.I). Der Sinn der Bestimmung des § 97 Abs.2 VerglO liegt also darin, die Voraussetzungen festzulegen, unter denen ein Rechtsirrtum des Schuldners als unverschuldet, die Verzugsfolgen ausschließend angesehen werden soll.

Damit stehen die Vorschriften der §§ 97 Abs.2 und 9 Abs.1 VerglO etwa in demselben Verhältnis, in dem § 285 BGB zu § 284 BGB steht. Für § 285 BGB ziehen Rechtsprechung und Schrifttum aus dem Umstande, daß die Vorschrift in verneinender Form gefaßt und in einer besonderen, vom § 284 BGB getrennten Bestimmung ausgesprochen ist, allgemein die Folgerung, daß der Schuldner sich entlasten muß, wenn die Verzugsvoraussetzungen des § 284 gegeben sind, er aber geltend machen will, die Leistung sei infolge eines von ihm nicht zu vertretenden Umstandes unterblieben (RGZ 75,333,336; BGB RGRK 10.Aufl. § 285 Anm.2; Staudinger, BGB 9.Aufl. § 285 Anm.3). In gleicher Weise rechtfertigt sich aus der verneinenden Fassung des § 97 Abs.2 VerglO, wonach die für den

Fall des Verzuges vorgesehenen Rechtsfolgen den Schuldner nicht treffen, wenn er die bestrittene Forderung in der angegebenen Weise berücksichtigt hat, und dem Ausspruch in einer besonderen Vorschrift der Schluß, der Schuldner müsse sich entlasten, sofern im übrigen die Voraussetzungen des Verzuges nach § 9 VerglO gegeben sind. Hätte der Gesetzgeber den Eintritt des Verzuges auch davon abhängig machen wollen, daß der Gläubiger dem Schuldner zuvor vor Augen führe, daß die geforderte Leistung mutmaßlich bestehe, hätte nichts näher gelegen, als unter den Voraussetzungen des Verzuges neben Mahnung und Fristsetzung auch die Erwirkung einer Entscheidung des Vergleichsgerichts aufzuführen. Auch die angeführte amtliche Begründung zu § 97 der Vergleichsordnung (DJ 1935, 389, 392) geht davon aus, daß der Schuldner, der die bestrittene Forderung trotz Mahnung und Nachfrist nicht bezahle, in Verzug gerate und der Vergleich dem obsiegenden Gläubiger gegenüber hinfällig sein würde. Der Schuldner, so heißt es, könne sich den Verzugsfolgen entziehen, wenn er den vorläufig festgesetzten Betrag bezahle. In der Anrufung des Vergleichsgerichts ist danach dem Schuldner eine Möglichkeit gegeben, sich gegenüber dem Vorwurf pflichtwidriger Verzögerung der Vergleichserfüllung durch Berufung auf die vorläufige Entscheidung des Vergleichsgerichts, eine Zahlungspflicht bestehe nicht, zu entlasten und sein Verschulden an der irrtümlichen Rechtsauffassung, die zur Leistungsverweigerung geführt hat, auszuschließen. Dem Schuldner liegt es daher ob, das Vergleichsgericht anzurufen.

Der Umstand, daß hier die geltend gemachte Forderung im Vergleichsverfahren nicht geltend gemacht worden ist, daß sie im Gläubigerverzeichnis nicht und zwar auch nicht als bestrittene Forderung aufgeführt ist, rechtfertigt nicht eine andere rechtliche Beurteilung.

Das Berufungsgericht meint zwar, es könne für die vorliegende Entscheidung dahingestellt bleiben, ob es

nach § 97 VerglO im Falle der Aufnahme der Forderung im Gläubigerverzeichnis Pflicht der Beklagten als der in Anspruch genommenen Schuldnerin gewesen wäre, durch einen von ihr zu stellenden Antrag die vorläufige Festsetzung der Höhe der zu berücksichtigenden Forderung zu veranlassen. Da die in Frage stehende Forderung im Gläubigerverzeichnis nicht enthalten sei, wäre es bei der Interessenlage der Parteien erforderlich gewesen, daß der Kläger, der das Wiederaufleben der ganzen Forderung erstrebt, durch einen von ihm zu stellenden Antrag die Feststellungsentscheidung des Vergleichsgerichts herbeigeführt hätte. Eine Begründung, weshalb die Interessenlage so gestaltet sei, gibt das Berufungsgericht nicht. Da es keine Umstände anführt, die erkennen ließen, inwiefern die Interessen gerade im vorliegenden Einzelfall einen Antrag des Gläubigers beim Vergleichsgericht erforderten, dürfte es allgemein eine solche Interessenlage angenommen haben. Dem kann jedoch nicht gefolgt werden.

Die im Gläubigerverzeichnis nicht enthaltenen Forderungen werden dem Wortlaut nach von § 97 Abs.2 VerglO zwar nicht betroffen. Sie werden aber nach allgemeiner Meinung für die Regelung der Verzugsfolgen den bestrittenen gleichgestellt, da die unterlassene Angabe ein Bestreiten bedeutet (Bley aaO § 97 Anm.5). Die entsprechende Anwendung des § 97 Abs.2 rechtfertigt sich unter dem Gesichtspunkt, daß auch bei diesen Forderungen durch einen Wegfall des Erlasses oder der Stundung der ganze Vergleich gefährdet werden kann. Ein Anlaß, einem Schuldner, der eine ihm zweifelhaft erscheinende Forderung nicht im Gläubigerverzeichnis aufführt, eine andere und zwar bessere Rechtsstellung zuzubilligen, als sie der Schuldner hat, wenn er eine angemeldete Forderung bestreitet und im Vergleichstermin eine Entscheidung über das Stimmrecht unterbleibt, ist nicht zu ersehen. Der Schuldner muß bei ausdrücklich bestrittenen Forderungen ebenso damit rechnen, daß der Gläubiger noch

mit Ansprüchen hervortritt, wie er im allgemeinen mit solchen Ansprüchen noch rechnen muß, wenn er eine möglicherweise bestehende Forderung nicht mit in das Gläubigerverzeichnis aufnimmt.

Die gleiche Behandlung der im Vergleichsverfahren als bestritten angeführten Forderungen und derjenigen, die im Vergleichsverfahren überhaupt nicht berücksichtigt sind, braucht auch nicht zur Folge zu haben, daß der Vergleichsschuldner dadurch für die im Vergleichsverfahren nicht berücksichtigten Forderungen des Rechtsvorteiles des § 97 Abs.2 VerglO verlustig ginge. In der Regel werden derartige Forderungen, auch wenn sie im Vergleichsverfahren nicht berücksichtigt waren, vor der Fristsetzung des § 9 VerglO angemahnt, so daß der Vergleichsschuldner alsdann noch jederzeit die Feststellung der mutmaßlichen Höhe der von ihm bestrittenen Forderung durch das Vergleichsgericht beantragen und sich so die Rechtsvorteile des § 97 Abs.2 VerglO sichern kann. In den Ausnahmefällen, in denen der Gläubiger ohne vorhergehende Anforderung sogleich die Frist nach § 9 VerglO setzt, wird zu erwägen sein, ob der Vergleichsschuldner nicht auch durch eine innerhalb jener Frist herbeigeführte Entscheidung des Vergleichsgerichts über die mutmaßliche Höhe der Forderung und die Zahlung dieses Betrages (entsprechend der Vergleichsregelung) sich die Vorteile des § 97 Abs.2 VerglO verschaffen könnte. Selbst wenn eine Entscheidung des Vergleichsgerichts nicht vor Ablauf der Wochenfrist ergehen würde, so wäre zu prüfen, ob entsprechend dem Sinn und Ziel der Vorschrift des § 97 Abs.2 VerglO, den Vergleich bei einem durch die Entscheidung des Vergleichsgerichts gedeckten Irrtum des Schuldners aufrechtzuerhalten, die Verzugsfolgen des § 9 jedenfalls nicht vor der Entscheidung des Vergleichsgerichts und Zahlung innerhalb der Wochenfrist des § 9 VerglO verlängert um die bis zur Entscheidung des Vergleichsgerichts eingetretene Wartefrist, eintreten.

Der Auffassung, daß es dem Schuldner obliege, sich durch Anrufung des Vergleichsgerichts den Verzugsfolgen zu entziehen, steht auch das Urteil des erkennenden Senats BGHZ 31,174 (dazu Anm. von Kuhn MDR 1960,307) nicht entgegen. Dort hatte ein Darlehensgläubiger, der durch Übereignungen und Abtretungen gesichert war, seine persönliche Forderung im Vergleichsverfahren nicht angemeldet, da er sie als voll gesichert ansah. Nach Bestätigung des Vergleichs verlangte er Befriedigung nach Maßgabe des Vergleiches. Der Senat hat die Abweisung der Klage gebilligt mit der Begründung, der Absonderungsberechtigte könne nach § 27 Abs.1 VerglO eine Vergleichsquote nur nach seinem tatsächlichen Ausfall oder nach dem mutmaßlichen Ausfall fordern, nachdem dieser gemäß § 97 Abs.1 VerglO durch das Vergleichsgericht festgestellt worden sei. Der Gläubiger habe jedoch nicht geltend gemacht, daß er von dieser rechtlichen Möglichkeit Gebrauch gemacht habe. Was für den im genannten Urteil behandelten Anspruch auf Berücksichtigung einer Ausfallsforderung gilt, besagt nichts über die Geltendmachung des erlassen oder gestundet gewesenen Forderungsbetrages im Falle des Verzuges. Beide Ansprüche unterscheiden sich grundlegend in der vergleichsrechtlichen Behandlung. Wie der Senat ausgeführt hat, steht dem absonderungsberechtigten Gläubiger solange keine vergleichsweise Befriedigung zu, als weder ein Ausfall tatsächlich eintritt noch ein mutmaßlicher Ausfall nach den Vorschriften der Vergleichsordnung festgestellt wird. Da nur der tatsächliche oder mutmaßliche Ausfall Anspruch auf vergleichsmäßige Befriedigung gibt, begründet die Feststellung des Ausfalls, und sei es auch nur eine vorläufige, erst die Fälligkeit der Vergleichsforderung. Die Fälligkeit der Forderung herbeizuführen und im Rechtsstreit darzutun, ist allerdings Sache des Gläubigers. Wenn sich also ein Gläubiger, weil er sich voll gesichert glaubt,

nicht am Vergleichsverfahren beteiligt hat und erst nachträglich wegen seines Ausfalls vergleichsmäßige Befriedigung erstrebt, muß er die mutmaßliche Ausfallforderung durch das Vergleichsgericht feststellen lassen. Daraus ergibt sich, daß der Schuldner, wie der Senat ebenfalls ausgeführt hat, gegenüber einem absonderungsberechtigten Gläubiger bis zur endgültigen Feststellung des Ausfalls nicht in Verzug geraten kann, wenn nicht der Gläubiger den mutmaßlichen Ausfall hat feststellen lassen. Das bedeutet aber nicht, daß der Gläubiger verpflichtet wäre, dem Schuldner das Wagnis einer falschen Beurteilung der Rechts- oder Sachlage abzunehmen, sondern beruht darauf, daß die vorläufige Feststellung erst die Voraussetzung für eine Berücksichtigung der Forderung bei der Vergleichserfüllung schafft.

Die vorstehenden Ausführungen zeigen zugleich, daß auch die weitere Erwägung des Berufungsgerichts nicht durchgreift, es hätte des in § 97 Abs.1 vorgesehenen Antragsrechtes des Gläubigers nicht bedurft, wenn es stets Sache des Schuldners wäre, zur Vermeidung der Verzugsfolgen die vorläufige Entscheidung des Vergleichsgerichts herbeizuführen. Es ist sehr wohl eine Lage denkbar, die einen Antrag des Gläubigers erfordert. Im übrigen hebt Vogels (aaO § 97 Anm.II 3 b) mit Recht hervor, auch der Gläubiger sei antragsberechtigt, er dürfe hoffen, daß der Schuldner ihn bei der Vergleichserfüllung wenigstens in der vorläufig festgesetzten Höhe berücksichtige, und könne dann prüfen, ob sich ein Rechtsstreit über die endgültige Feststellung des Bestehens der streitigen Forderung noch lohne.

Auf die Revision war daher das Urteil des Landgerichts wieder herzustellen. Auch der in § 83 Abs.2 VerglO bestimmte Erlaß der Zinsen ist durch den Verzug der Beklagten zu 1 hinfällig geworden.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 91, 97 ZPO.

Dr.Pagendarm	Bundesrichter Dr.Gelhaar ist beurlaubt und ortsabwesend; er ist an der Leistung der Unterschrift verhindert. Dr.Pagendarm	Artl	Dr.Dorschel	Dr.Mezger
--------------	---	------	-------------	-----------