

//

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

Vergl0 §§ 36, 25

Zur Frage, inwieweit ein Bauhandwerker mit seiner Werklohnforderung Vergleichsgläubiger ist, wenn er den Bauvertrag zur Zeit der vom Besteller erwirkten Eröffnung des Vergleichsverfahrens noch nicht vollständig erfüllt hat.

BGH, Urt. v. 21. Oktober 1976 - VII ZR 335/75 - KG Berlin
LG Berlin

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 335/75

URTEIL

Verkündet am

21. Oktober 1976

W e r n e r ,
Justizamtsinspektor

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Hans-Joseph S [REDACTED], handelnd
unter der Firma T [REDACTED] W [REDACTED] - und Treuhandbüro Hans-
Joseph S [REDACTED], Sa [REDACTED], Hohe Wa [REDACTED] a,

Beklagten, Berufungsklägers
und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

die H. K [REDACTED] AG, vertreten durch ihren Vorstand
Dipl.-Kaufmann Gerhard B [REDACTED] und Bau-Ingenieur Herbert
H [REDACTED], B [REDACTED], J [REDACTED] Straße [REDACTED],

Klägerin, Berufungsbeklagte
und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. [REDACTED] und
Dr. [REDACTED] -

- 2 -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 21. Oktober 1976 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Vogt sowie die Richter Dr. Girisch, Dr. Recken, Bliesener und Obenhaus

für Recht erkannt:

Die Revision des Beklagten gegen das Urteil des 2. Zivilsenats des Kammergerichts in Berlin vom 24. Juli 1975 wird zurückgewiesen.

Der Beklagte hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Der Beklagte hatte es übernommen, als Generalunternehmer 120 Eigentumswohnungen in drei Häusern in Berlin-Zehlendorf zu erstellen. Die Ausführung der Arbeiten des Bauhauptgewerbes hat er durch Vertrag vom 21. Dezember 1972/12. Januar 1973 der Klägerin zu einem Pauschalpreis (einschließlich Mehrwertsteuer) von 5.910.750 DM übertragen. Die Vergütung sollte nach einem besonderen Zahlungsplan je nach dem Baufortschritt in 17 Raten, aufgegliedert nach den einzelnen Häusern, entrichtet werden.

Unter dem 15. Oktober 1973 stellte die Klägerin wegen einer fälligen Teilwerklohnforderung von 456.000 DM einen Wechsel aus, den der Beklagte annahm, bei Fällig-



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

keit am 15. Januar 1974 aber nicht einlöste, wodurch Wechselspesen in Höhe von 2.680,90 DM entstanden.

Die Bauarbeiten wurden auf Anweisung der Bauleitung des Beklagten am 7. Dezember 1973 eingestellt. Am gleichen Tag beantragte der Beklagte beim Amtsgericht Saarbrücken die Eröffnung des Vergleichsverfahrens zur Abwendung des Konkurses. Das Vergleichsverfahren wurde am 16. April 1974 eröffnet. Der vom Beklagten angebotene Liquidationsvergleich wurde am 6. Juni 1974 bestätigt.

Zuvor, nämlich am 18. Februar/5. März 1974, hatte die Klägerin mit dem Beklagten als Generalunternehmer, der We- -C - GmbH & Co KG als Baubetreuer und den einzelnen Wohnungseigentümern als Bauherren einen Bauvertrag über die Fertigstellung des Bauvorhabens geschlossen, der auch vom vorläufigen Vergleichsverwalter genehmigt wurde. Die Klägerin übernahm die darin noch ausstehenden Arbeiten des Bauhauptgewerbes zu einem Pauschalpreis von 1 Million DM. In dem Vertrag heißt es u.a., daß die Ansprüche der Klägerin gegen den Beklagten aus dem früheren Bauvertrag nicht berührt würden.

Die Klägerin meint, sie sei mit ihrer restlichen Werklohnforderung gegen den Beklagten nicht am Vergleichsverfahren beteiligt, und hat deshalb gegen den Beklagten - zunächst im Wechselprozeß, von dem sie aber später Abstand genommen hat - die 456.000 DM nebst Zinsen und Wechselunkosten eingeklagt. Landgericht und Oberlandesgericht haben der Klage stattgegeben. Mit der Revision, um deren Zurückweisung die Klägerin bittet, verfolgt der Beklagte die Abweisung der Klage weiter.

Entscheidungsgründe

Das Berufungsgericht nimmt an, die Klägerin sei nach § 36 Vgl0 nicht Vergleichsgläubigerin, da die von ihr erhobene Werklohnforderung auf einem gegenseitigen Vertrag beruhe, den zur Zeit der Eröffnung des Vergleichsverfahrens noch keine Vertragspartei vollständig erfüllt gehabt habe. Die geschuldeten Leistungen seien auch nicht teilbar gewesen und insoweit von der Klägerin teilweise erbracht worden.

Die dagegen gerichtete Revision des Beklagten bleibt ohne Erfolg.

I.

Mit Recht wendet das Berufungsgericht auf das Vertragsverhältnis zwischen den Parteien § 36 Abs. 1 Vgl0 an.

1. Dabei stellt es zutreffend nicht auf die Forderung aus dem Wechsel ab, sondern greift durch auf die dem Wechsel zugrunde liegenden Ansprüche aus dem zwischen den Parteien bestehenden Bauvertrag.

Denn der Wechsel war, wie das im Zweifel immer geschieht (§ 364 Abs. 2 BGB), nur erfüllungshalber gegeben worden (BGHZ 3, 238, 242; RGZ 153, 179, 182; 158, 315, 317). Die durch die zusätzliche Begründung der Wechselforderung hergestellte Zweckbeziehung zur Werklohnforderung und die damit verbundene "Zweigleisigkeit" beider Ansprüche (vgl. dazu BGH Urteil vom 29. April 1974 - VIII ZR 200/72 = LM § 8 KO Nr. 1) spielt keine

Rolle mehr, wenn - wie hier - feststeht, daß der Gläubiger aus dem Wechsel keine Befriedigung finden kann.

Das Recht aus dem Wechsel soll die Stellung des Gläubigers verstärken. Deshalb erlischt die Grundforderung bei Weitergabe des Wechsels nur, wenn der Gläubiger den Gegenwert auch behalten darf (Bley/Mohrbutter 3. Aufl. Anm. 23 zu § 36 VglO). Das ist nicht der Fall, wenn er - wie hier die Klägerin - selbst im Rückgriff in Anspruch genommen worden ist und nun seinerseits gegen den Schuldner vorgeht. Nach dem Scheitern seines Befriedigungsversuchs aus dem Wechsel ist er nicht gehindert, sich jetzt auf die Grundforderung zu stützen.

Dabei nehmen die entstandenen Wechselnebenkosten keine Sonderstellung ein. Sie teilen das Schicksal der Grundforderung, mit der sie über die Wechselbegebung verknüpft sind.

2. Nach § 36 Abs. 1 VglO ist ein Gläubiger, dessen Forderung auf einem gegenseitigen Vertrag beruht, nicht Vergleichsgläubiger, wenn zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens noch keine Vertragspartei den Vertrag vollständig erfüllt hat.

a) Der von den Parteien abgeschlossene Werkvertrag ist ein gegenseitiger Vertrag. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts waren auch die der Klägerin obliegenden Bauleistungen bei Eröffnung des Vergleichsverfahrens noch nicht vollständig erbracht. Dabei kommt es entscheidend auf die Eröffnung des förmlichen Vergleichsverfahrens gemäß § 16 VglO, nicht etwa auf die Eröffnung des sogenannten Vorverfahrens gemäß § 11 VglO an (BGHZ 50, 242, 245, 249). Zu diesem Zeitpunkt darf sich auch das

ursprünglich gegenseitige Vertragsverhältnis nicht bereits in ein einseitiges Rechtsverhältnis verwandelt haben (Bley/Mohrbutter Anm. 25 aaO; Böhle-Stamschräder 7. Aufl. Anm. 2 zu § 36 VglO), sei es durch Ablehnung der Erfüllung und Übergang zum Schadensersatz wegen Nichterfüllung nach § 326 BGB oder durch Vertragskündigung etwa nach § 9 VOB/B bzw. § 643 BGB. Nicht ausschlaggebend ist dagegen Art und Umfang der vom Gläubiger noch zu erbringenden Leistung, wenn sie nur nicht völlig unbedeutend ist (BGHZ 58, 246, 249).

b) Ohne Erfolg versucht die Revision schon aus der Einstellung der Bauarbeiten am 7. Dezember 1973 eine Umwandlung des ursprünglich gegenseitigen Vertragsverhältnisses zwischen den Parteien in ein einseitiges Rechtsverhältnis herzuleiten. Dafür fehlt jeder Anhaltspunkt. Die Stillegung der Baustelle ist vom Beklagten verfügt worden. Damit hat sich die Klägerin abfinden müssen. Sie blieb aber nach wie vor erfüllungsbereit und hat sich in der Folgezeit sogar um die Fertigstellung der Bauten bemüht. Die Revision kann denn auch keinen Tatsachenvortrag nachweisen, aus dem sich eine Auflösung des ursprünglichen Werkvertragsverhältnisses zwischen den Parteien ergäbe.

c) Entgegen der Ansicht der Revision gibt dafür auch der am 18. Februar/5. März 1974 zwischen der Klägerin, dem Beklagten, dem Baubetreuer und den Wohnungseigentümern geschlossene, vom vorläufigen Vergleichsverwalter genehmigte Bauvertrag über die Fertigstellung der abgebrochenen Bauarbeiten nichts her. Zwar war es den Parteien verwehrt, durch besondere Vereinbarung zu bestimmen, ob und inwieweit die Klägerin Vergleichsgläubigerin sein kann.

Wer Vergleichsgläubiger ist, ergibt sich allein aus dem Gesetz und ist deshalb der Parteidisposition entzogen (Bley/Mohrbutter aaO Anm. 4 zu § 26 VglO).

Die Parteien haben in dem Vertrag über die Fertigstellung der Bauten aber auch gar nichts derartiges bestimmt. Wenn es darin heißt, die "Rechts- und Anspruchsverhältnisse" aus dem ursprünglichen Vertrag sollen unberührt bleiben, so kann das nur dahin verstanden werden, daß der neue Vertrag, soweit er reicht, nicht an Stelle des alten Vertrags treten, sondern neben ihm gelten soll. Aus diesem Grund ist gerade der Beklagte Partner auch des neuen Vertrags geworden. Die Wohnungseigentümer sind in "Bauherren"-Eigenschaft als Gläubiger und als Schuldner der für die Fertigstellung ausgemachten Pauschalsumme nur hinzugekommen. Alle Auftraggeber werden deshalb ausdrücklich als Gesamtschuldner und Gesamtgläubiger bezeichnet. Bei einer Vertragsgestaltung, wie sie hier gewählt ist, hat sich an den Rechten und Pflichten auf Grund des ursprünglichen Vertragsverhältnisses zwischen den Parteien nichts geändert. Diese bleiben gegenseitig zur Erfüllung verpflichtet und waren dazu auch gegenseitig weiterhin bereit. Der neue Vertrag sollte gerade der vollständigen Erfüllung des alten Vertrags durch die Klägerin dienen, er sollte sie sicherstellen.

Eine solche Regelung ist nach der Vergleichsordnung nicht zu beanstanden und nimmt einem Gläubiger seine aus § 36 Abs. 1 VglO folgende Rechtsstellung nicht.

d) Anders wäre es nur, wenn der neue Vertrag vor Eröffnung des Vergleichsverfahrens vollständig erfüllt worden wäre. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts

hat die Klägerin die Arbeiten zwar inzwischen beendet, aber erst nach der Eröffnung des Vergleichsverfahrens. Das ist unschädlich (Bley/Mohrbutter aaO Anm. 55 zu § 36 VglO).

II.

Dem Berufungsgericht ist schließlich auch darin zu folgen, daß es § 36 Abs. 2 VglO nicht angewendet hat.

Nach dieser Vorschrift ist ein Gläubiger, dessen Forderung auf einem gegenseitigen Vertrag beruht, wenn die geschuldeten Leistungen teilbar sind und der Gläubiger die ihm obliegende Leistung zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens bereits teilweise erbracht hat, mit dem der Teilleistung entsprechenden Betrage seiner Forderung auf die Gegenleistung - entgegen der Regelung in Abs. 1 - doch Vergleichsgläubiger.

1. Voraussetzung für die Anwendung der Bestimmung ist, daß die geschuldeten Leistungen beiderseits teilbar sind (BGHZ 51, 350, 355; BGH NJW 1972, 827 Nr. 12).

a) Als teilbar in diesem Sinne wird eine Leistung im Anschluß an RGZ 155, 306, 313 allgemein dann angesehen, "wenn ein beliebiger Leistungsteil seinem Wesen und Wert nach verhältnismäßig (anteilig) der Gesamtleistung entspricht, d.h. sich nur der Größe, nicht der Beschaffenheit nach von ihm unterscheidet" (vgl. Bley/Mohrbutter aaO Anm. 48 a, Böhle-Stamschräder aaO Anm. 6 je zu § 36 VglO). Auch das Berufungsgericht lehnt sich

an diese Formel an und meint, es müsse sich um einen Leistungsteil handeln, der als Einheit verselbständigt ist und als kleine Einheit wesensmäßig dem Ganzen entspricht, d.h. in entsprechender Vergrößerung zum Ganzen wird (das "kleine Ganze"). Das ist allerdings zu eng gesehen.

b) Wie schon das Reichsgericht (aaO) hervorgehoben hat, ist die angeführte Begriffsbestimmung nicht starr, sondern unter Beachtung des Gesetzeszweckes im jeweiligen Einzelfall anzuwenden. Während § 36 Abs. 1 VglO bei gegenseitigen Verträgen in erster Linie und möglichst lange den Vertragsgegner des Vergleichsschuldners schützen will (BGHZ 58, 246, 249), bezweckt § 36 Abs. 2 VglO es im Interesse der gleichmäßigen Behandlung aller Gläubiger zu verhindern, daß die für die Erfüllung eines Vergleichs verfügbaren Mittel geschmälert werden und dadurch das Zustandekommen des Vergleichs erschwert wird. Die Bestimmung kam in die Vergleichsordnung erst mit deren Neufassung im Jahre 1935. Vorher waren nicht selten Unzuträglichkeiten entstanden, die als Mißstände empfunden wurden, weil Sukzessivlieferungsverträge im Gegensatz zu Wiederkehrschuldverhältnissen (insbesondere bei der Lieferung von Gas, Wasser und Elektrizität) als einheitliche Verträge angesehen wurden, die insgesamt vom Vergleich unberührt blieben. Dem sollte vorgebeugt werden (vgl. RGZ 148, 326, 335; 155, 306, 312; Vogels Deutsche Justiz 1935, 373, 374/375 und die amtliche Begründung S. 389, 390). § 36 Abs. 2 VglO hebt deshalb für das Vergleichsverfahren die unterschiedliche Behandlung von Sukzessivlieferungsverträgen und Wiederkehrschuldverhältnissen auf (BGHZ 51, 350, 355).

c) Die Interessenlage kann bei anderen gegenseitigen Verträgen ähnlich sein. So hat das Reichsgericht dem Gesetz die Zielrichtung entnommen, jedenfalls alle Gläubiger aus Dauerrechtsverhältnissen, deren zeitlich ablaufende Leistungen ihrem wirtschaftlichen Wert nach geteilt werden können, am Vergleich teilnehmen lassen, soweit ihre bis zur Verfahrenseröffnung erbrachten Leistungen in Frage kommen (RGZ 155, 306, 312/313). Es hat deshalb einen Lizenzvertrag, in dem monatliche Abrechnung von Stücklizenzen vereinbart war, unter § 36 Abs. 2 VglO fallen lassen (aaO). Ferner wird angenommen, daß die Lieferung von Warenmengen unter Eigentumsvorbehalt teilbar im Sinne dieser Bestimmung sein kann (BGHZ 51, 350, 355; Bley/Mohrbutter aaO Anm. 47 b zu § 36 VglO mit weiteren Nachweisen). Aus dem Gesetzeszweck heraus ist daher eine weite Auslegung des Begriffs der Teilbarkeit geboten (RG aaO).

2. Daß auch Werkleistungen teilbar im Sinne der Vorschrift sind, ist keineswegs von vornherein ausgeschlossen (wie offenbar das Reichsgericht in RGZ 155, 306, 316 und wohl auch Alff in RGRK 12. Aufl. Rdn. 2 zu § 266 BGB annehmen; wie hier Bley/Mohrbutter Anm. 48 a aaO). Bauverträge bieten keine Ausnahme. Dabei brauchen die geschuldeten Leistungen nicht unbedingt gleichartig zu sein und sich die Teilleistungen nur im Umfang oder in der Größe von der Gesamtleistung zu unterscheiden, also ein "kleines Ganzes" im Sprachgebrauch des Berufungsgerichts zu sein. Es ist durchaus denkbar, daß auch nebeneinander geschuldete ungleichartige Leistungen teilbar im Sinne des § 36 Abs. 2 VglO sind. Insofern kommt alles auf die Umstände des Einzelfalles an, vor allem die Ausgestaltung des jeweiligen

Bauvertrags und dabei wiederum auf die Wechselbeziehung zwischen Leistung und Gegenleistung.

a) So kann der Revision nicht darin gefolgt werden, daß eine Leistung schon immer dann als teilbar im Sinne des § 36 Abs. 2 VglO angesehen werden müsse, wenn sich der Umfang und die Art der Teilleistung zu einem bestimmten Stichtag tatsächlich feststellen und auch berechnen lasse, was insbesondere dann der Fall sei, wenn der Leistende ausgetauscht werden könne.

Das würde zu weit gehen und nicht im Einklang mit dem Zweck des § 36 Abs. 1 VglO stehen. Denn dann würde es in der ganz überwiegenden Zahl der Fälle praktisch keinen Unterschied mehr machen, ob bei einem beiderseits noch nicht vollständig erfüllten gegenseitigen Vertrag der Gläubiger beim Vertrag stehen bleibt oder vor Vergleichseröffnung selbst von ihm abgeht (vgl. vorstehend I 2 a). § 36 Abs. 1 VglO will aber die Gläubiger aus gegenseitigen Verträgen privilegieren (Bley/Mohrbutter aaO Anm. 17 zu § 36 VglO); sie sollen in erster Linie und möglichst lange geschützt werden (BGHZ 58, 246, 249). Wenn solche Gläubiger vorgeleistet haben, zur vollständigen Erfüllung verpflichtet bleiben und dazu auch weiter bereit sind, sollen sie grundsätzlich ihren vollen Anspruch auf die Gegenleistung behalten und nicht auf die anteilige Befriedigung für ihre bisher erbrachte Leistung angewiesen sein.

§ 36 Abs. 2 VglO schränkt diesen Grundsatz ein, hebt ihn aber nicht auf. Eine wenn auch weite, so doch interessengerechte Auslegung der Teilbarkeit kann deshalb nicht dazu führen, eine Leistung schon immer dann

als "teilbar" im Sinne des § 36 Abs. 2 VglO anzusehen, wenn sich eine erbrachte Teilleistung feststellen und bewerten läßt. Das ist fast immer so.

b) Aus § 648 Abs. 1 Satz 2 BGB ergibt sich nichts anderes. Danach kann der Unternehmer eines Bauwerks, wenn das Werk noch nicht vollendet ist, die Einräumung einer Sicherungshypothek auf dem Grundstück des Bestellers für einen der geleisteten Arbeit entsprechenden Teil der Vergütung und für die in der Vergütung nicht inbegriffenen Auslagen verlangen. Die Vorschrift verfolgt einen anderen Zweck als § 36 Abs. 2 VglO.

§ 648 BGB gewährt dem Unternehmer eines Bauwerkes für seine Werklohnforderung eine Sicherheit am Grundstück, weil er durch seine Leistung den Wert des Grundstücks erhöht hat (BGHZ 51, 190, 191). Erbringt er diese Leistung nicht voll, kann er nicht volle Sicherheit verlangen, sondern nur Sicherheit für einen der geleisteten Arbeit entsprechenden Teil der Vergütung (§ 648 Abs. 1 Satz 2 BGB), denn nur insoweit ist ein Gegenwert in das Grundstück eingegangen (vgl. Glanzmann in RGRK 12. Aufl. Rdn. 7 zu § 648 BGB). Mit der Teilbarkeit der Werkleistung im Sinne des § 36 VglO hat das nichts zu tun.

3. Dafür kann allein maßgebend sein, ob und inwieweit nach dem Inhalt des Werkvertrags einzelne Leistungen von der Gesamtleistung abtrennbar sind und sich die Gegenleistung auf diese Teilleistungen beziehen läßt. Teilbar in diesem Sinn ist eine Leistung demnach nur dann, wenn man sie in hinreichend verselbständigte Teile aufspalten kann. Darin ist dem Berufungsgericht zu folgen. Nur dann ist die Interessenlage der bei Sukzessiv-

lieferungs- und ähnlichen Verträgen vergleichbar, die der Bestimmung des § 36 Abs. 2 VglO zugrunde liegt (vgl. RGZ 155, 306). Dagegen ist es nicht, wie das Berufungsgericht meint, für Bauverträge unbedingt erforderlich, daß die verselbständigte Einheit "wesensmäßig dem Ganzen entspricht, von dem sie sich also nur in der Größe unterscheidet". Trotzdem ist hier § 36 Abs. 2 VglO nicht anzuwenden, so daß das Berufungsgericht im Ergebnis recht hat. Denn es fehlt hier an hinreichenden Anhaltspunkten für eine Verselbständigung von Teilleistungen in dem dargelegten Sinn, die die Klägerin bei Vergleichseröffnung voll erbracht hätte.

a) So geben die Ausschreibungsunterlagen, das Leistungsverzeichnis, das der von der Klägerin zu erbringenden Gesamtleistung zu Grunde liegt, nichts her, da es nur den Gesamtumfang der Leistungen festlegt, nicht aber die Vergütung für die Einzelleistungen. Die Parteien haben vielmehr einen Pauschalbetrag für die von der Klägerin durchzuführenden Arbeiten des Bauhauptgewerbes an den 120 Eigentumswohnungen festgelegt, der in gewissem Rahmen auch als Festpreis zu gelten hatte. Es ist also nicht möglich, aus der ausgemachten Gesamtvergütung auf das Entgelt für bestimmte Einzelarbeiten zu schließen. Daß der Errechnung der Pauschalsumme eine Kalkulation nach Einheitspreisen vorausgegangen ist, genügt nicht. Deshalb liegt hier auch kein dem - ohnehin in anderem Zusammenhang (zu §§ 325, 326 BGB) ergangenen - Senatsurteil BGHZ 36, 316 vergleichbarer Fall vor.

b) Auch die einzelne der 120 errichteten Eigentumswohnungen scheidet als Maßeinheit für selbständige Teilleistungen aus. Die Arbeiten an der jeweiligen Woh-

nung sind nicht trennbar von den Arbeiten an den Gemeinschaftseinrichtungen, die zu den jeweiligen Wohnungen gehören. Die Klägerin schuldete die Ausführung der insofern insgesamt anfallenden Arbeiten des Bauhauptgewerbes und erhält sie auch nur innerhalb des ausgemachten Pauschalvertrags vergütet.

c) Der zum Vertragsinhalt gemachte Zahlungsplan bietet ebenfalls keine hinreichenden Anknüpfungspunkte für verselbständigte Teilleistungen. In diesem Zahlungsplan ist die Gesamtpauschale in bis auf jeweils 1.000 DM auf- oder abgerundete Einzelbeträge aufgegliedert, die sich auf ganz bestimmte, zusammengefaßte Leistungen, etwa in einzelnen Stockwerken, beziehen. Trotzdem sollten damit ersichtlich nicht Teilentgelte für einzelne Arbeiten festgelegt, sondern nur überschlägig die Rahmenleistungen bestimmt werden, nach denen sich die vom Beklagten nach dem jeweiligen Baufortschritt zu erbringenden Abschlagszahlungen richten.

d) Allenfalls die Aufgliederung der Schlußsummen im Zahlungsplan auf die drei Häuser, die auf die einzelne Mark genau vorgenommen ist ($1.638.653 + 1.861.940 + 2.410.157 = 5.910.750$ DM), könnte einen Anhaltspunkt dafür bieten, daß wenigstens die beiderseitigen Leistungen für diese voneinander völlig getrennten Baukörper verselbständigt in dem dargelegten Sinne sind und daher die von der Klägerin zu erbringende Gesamtleistung insofern "teilbar" ist.

Auch das kann jedoch dahinstehen, denn nach den - von der Revision nicht angegriffenen - Feststellungen des Berufungsgerichts waren die von der Klägerin

übernommenen Arbeiten im Zeitpunkt der Eröffnung des Vergleichsverfahrens an keinem der drei Häuser ganz ausgeführt. Selbst wenn also die von den Parteien geschuldeten Leistungen in diesem Umfang teilbar gewesen wären, wäre es in dem maßgebenden Zeitpunkt doch nicht zu einer Teilerfüllung durch die Klägerin gekommen, wie sie für die Anwendung des § 36 Abs. 2 VglO notwendig wäre.

4. Daß bei einer Auslegung des Begriffs der beiderseitigen Teilbarkeit der geschuldeten Leistungen, wie sie der Senat im wesentlichen im Einklang mit dem Berufungsgericht vornimmt, Vergleichsverfahren, in denen Bauhandwerker Forderungen aus nicht fertiggestellten Gebäuden geltend machen können, regelmäßig scheitern müßten, kann der Revision nicht zugegeben werden.

Zum einen stellt sich die Frage der Teilbarkeit überhaupt nicht, wenn der Bauhandwerker schon vor Eröffnung des Vergleichsverfahrens nicht mehr am Vertrag festhält, was wegen des regelmäßig vorangehenden Zahlungsverzugs des Vergleichsschuldners häufig der Fall sein wird. Zum anderen ist die Teilbarkeit der geschuldeten Leistungen je nach den Umständen des Einzelfalles, der Art der auszuführenden Arbeiten und der getroffenen Vereinbarungen, verschieden zu beurteilen, so daß auch nicht ohne weiteres von einem "Regelfall" gesprochen werden kann.

Schließlich kann, wenn zwar die Voraussetzungen des § 36 Abs. 1 VglO, nicht aber die des Abs. 2 gegeben sind, der Vergleichsschuldner nach § 50 VglO die

AA

Erfüllung des Vertrags mit der Folge ablehnen, daß der Gläubiger mit seiner Forderung doch am Vergleich teilnimmt (§ 52 VglO). Allerdings bedarf der Vergleichsschuldner dazu der vorherigen Ermächtigung durch das Vergleichsgericht (§ 50 Abs. 2 VglO), das die Ermächtigung nur erteilen soll, wenn die Erfüllung oder die weitere Erfüllung des Vertrags das Zustandekommen oder die Erfüllbarkeit des Vergleichs gefährden würde und die Ablehnung der Erfüllung dem Vertragsgegner keinen unverhältnismäßigen Schaden bringt (§ 50 Abs. 2 Satz 5 VglO). Das ist eine angemessene Regelung, die es ermöglicht, die berechtigten Interessen aller Beteiligten gegeneinander abzuwägen und die Voraussetzungen für das Zustandekommen eines Vergleichs zu schaffen, wenn das im Einzelfall angezeigt erscheint.

III.

Beide Vorinstanzen haben daher der Klage zu Recht stattgegeben. Die Revision ist mit der Kostenfolge des § 97 Abs. 1 ZPO zurückzuweisen.

Vogt

Girisch

Recken

Bliesener

Obenhaus