

**32. Darf das Gericht, das ein Urteil unter Vorbehalt der Entscheidung über die Aufrechnung erlassen hat, im Nachverfahren die Zulässigkeit der Aufrechnung verneinen?**

**33D. §§ 302, 318.**

**V. Zivilsenat. Urtr. v. 3. Oktober 1938 i. S. Deutsches Reich (Bekl.)  
w. M. (Kl.). V 131/38.**

- I. Landgericht Düsseldorf.
- II. Oberlandesgericht daselbst.

Der Kläger hatte am 6. Januar 1935 in der Strafanstalt Wuppertal einen Unfall. Wegen der dabei erlittenen Verletzungen macht er den Beklagten Schadensersatzpflichtig. Den Klageanträgen gemäß erließ das Landgericht am 28. April 1936 ein Teil- und Zwischenurteil, das die Schadensersatzpflicht des Beklagten für allen dem Kläger bereits entstandenen und künftig noch entstehenden Schaden feststellte und den Anspruch des Klägers auf ein angemessenes Schmerzensgeld dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärte. Im zweiten Rechtszug erweiterte der Kläger seine Anträge, indem er auch noch begehrte, daß der Beklagte ihn befreie von einer

Forderung, die dem Bezirksfürsorgeverband Wuppertal aus Aufwendungen anlässlich des Unfalls erwachsen war. Der Beklagte rechnete nunmehr hilfsweise gegenüber einer etwa begründeten Schadenersatzforderung des Klägers auf mit einem Zahlungsanspruch aus der Strafvollstreckung in Höhe von 243 728,48 RM.

Das Oberlandesgericht erkannte am 24. Mai 1937 dahin:

1. Der neu erhobene Befreiungsanspruch des Klägers wurde dem Grunde nach zu  $\frac{3}{4}$  für gerechtfertigt erklärt.

2. Es wurde festgestellt, daß der Beklagte dem Kläger  $\frac{3}{4}$  allen weiteren schon entstandenen oder noch entstehenden Schadens zu ersetzen habe, soweit die Ansprüche des Klägers nicht auf den Träger der Arbeitslosenversicherung übergegangen seien.

3. Der Schmerzensgeldanspruch wurde dem Grunde nach zu  $\frac{3}{4}$  für gerechtfertigt erklärt.

4. Im übrigen wurde die Klage abgewiesen.

5. Das Urteil erging unter Vorbehalt der Entscheidung über die vom Beklagten geltend gemachte Aufrechnung mit der Gegenforderung aus der Strafvollstreckung.

6. Zur weiteren Verhandlung und Entscheidung über den Betrag der Ansprüche zu 1 und 3 und über die Prozeßkosten wurde der Rechtsstreit an das Landgericht zurückverwiesen.

Der Rechtsstreit teilte sich nunmehr:

A. in das Nachverfahren über die Aufrechnung gemäß § 302 Abs. 4 ZPO. vor dem Oberlandesgericht;

B. in das Bettragsverfahren gemäß § 538 Abs. 1 Nr. 3 ZPO. vor dem Landgericht.

Zunächst sprach im Verfahren B das Landgericht durch Endurteil vom 2. November 1937 dem Kläger ein Schmerzensgeld von 1200 RM. zu. Es ging dabei davon aus, daß der Aufrechnungsvorbehalt in Nr. 5 des Berufungsurteils vom 24. Mai 1937 sich nur auf den Befreiungsanspruch in Nr. 1 beziehe, den Schmerzensgeldanspruch in Nr. 3 aber nicht berühre. Unter Mißbilligung dieser Auffassung wies im Verfahren A das Oberlandesgericht durch Teilurteil vom 2. März 1938 den Schmerzensgeldanspruch als durch die Aufrechnung des Beklagten getilgt ab. Am 16. Mai 1938 erließ das Oberlandesgericht zwei weitere Urteile:

a) Im Verfahren A wies es den Befreiungsanspruch aus Nr. 1 des Urteils vom 24. Mai 1937 als durch die Aufrechnung des Be-

klagten getilgt ab, hob aber den Aufrechnungsvorbehalt der Nr. 5 bezüglich des in Nr. 2 festgestellten Anspruchs auf, weil diesem Anspruch gegenüber eine Aufrechnung unzulässig sei.

b) Im Verfahren B erklärte es die Berufung des Beklagten gegen das Urteil des Landgerichts vom 2. November 1937 für erledigt, weil der Schmerzensgeldanspruch bereits im Verfahren A durch das Urteil des Oberlandesgerichts vom 2. März 1938 abgewiesen worden war.

Die Revision des Beklagten wendet sich gegen das Urteil a mit dem Antrag, den Aufrechnungsvorbehalt in Nr. 5 des Urteils vom 24. Mai 1937 gegenüber dem dort in Nr. 2 festgestellten Anspruch wiederherzustellen und kraft der Aufrechnung auch diesen Anspruch abzuweisen. Das Rechtsmittel führte zur Aufhebung und Zurückverweisung.

#### Gründe:

Mit der Revision ist davon auszugehen, daß der Aufrechnungsvorbehalt in Nr. 5 des Urteils vom 24. Mai 1937 sich auch auf den dort in Nr. 2 festgestellten, jetzt allein noch streitigen Anspruch bezog. (Wird näher ausgeführt.) Nicht zuzustimmen ist aber der Ansicht der Revision, das Oberlandesgericht sei durch § 318 ZPO. gehindert gewesen, im Nachverfahren des § 302 Abs. 4 ZPO. die Frage der Zulässigkeit einer Aufrechnung gegenüber diesem Anspruch zu prüfen und für den Fall, daß sich die Unzulässigkeit der Aufrechnung herausstellte, den Vorbehalt zu beseitigen. Zwar wird mit den Erläuterungsbüchern (Jonas ZPO., 16. Aufl., Bd. 1 § 302 Anm. II 3; Seuffert-Walßmann ZPO., 12. Aufl., Bd. 1 § 302 Anm. 2b; Baumbach ZPO., 14. Aufl., § 302 Anm. 1c) davon auszugehen sein, daß regelmäßig der Prozeßrichter, der ein Vorbehaltsurteil nach § 302 Abs. 1 ZPO. erlassen will, zuvor die Zulässigkeit der geltend gemachten Aufrechnung prüfen und vorbehaltlos erkennen muß, wenn er die Aufrechnung für unzulässig hält. Einen gewissen Anhalt für diese Ansicht wird man schon der Gesetzesfassung, insbesondere dem Wörtchen „nur“ in § 302 Abs. 1 ZPO., entnehmen können. Jedenfalls aber ergibt sich aus der Natur der Sache, daß ein Aufrechnungsvorbehalt außer Betracht bleiben muß, wenn sich die geltend gemachte Aufrechnung von vornherein als unzulässig herausstellt. Hier liegt indessen die Sache insofern eigenartig, als gerade die Zulässig-

keit einer Aufrechnung gegenüber dem Anspruch 2 des Urteils vom 24. Mai 1937 schon beim Erlaß dieses Urteils rechtlich zweifelhaft war und auch später zweifelhaft geblieben ist. Diese Frage war nicht nur im Verfahren vor dem Oberlandesgericht zwischen den Parteien streitig, sondern ist auch jetzt noch nicht restlos geklärt: Das Oberlandesgericht hat sie verneint; die Revision wünscht sie bejaht zu sehen; auch für das Reichsgericht ist sie, wie weiter unten darzulegen sein wird, noch nicht spruchreif. Ob das Gesetz auch in einem solchen Falle die Entscheidung über die Zulässigkeit der Aufrechnung schon in das mit dem Vorbehaltsurteil aus § 302 Abs. 1 ZPO. endende Vorverfahren und nicht erst in das nach § 302 Abs. 4 sich anschließende Nachverfahren verlegen wollte, ist keineswegs sicher, braucht aber auch im vorliegenden Falle nicht entschieden zu werden. Denn selbst wenn man mit der Revision die Ansicht vertritt, das Oberlandesgericht hätte die Frage der Zulässigkeit der Aufrechnung schon beim Erlaß des Urteils vom 24. Mai 1937 prüfen und entscheiden müssen, so folgt daraus noch nicht, daß es sie tatsächlich geprüft und entschieden hat und so durch den Erlaß des Vorbehaltsurteils eine Bindung nach § 318 ZPO. im Sinne der Zulässigkeit der Aufrechnung eingegangen ist. Schon die Gründe des Urteils vom 24. Mai 1937 lassen schweigend erkennen, daß das Gericht diese Frage damals nicht erwogen hat, und die Gründe des Urteils vom 16. Mai 1938 stellen jetzt sogar ausdrücklich klar, daß das Oberlandesgericht im Vorbehaltsurteil vom 24. Mai 1937 zwar keinen der unter Nr. 1 bis 3 der Urteilsformel erwähnten Ansprüche von der Aufrechnung ausschließen, aber auch für keinen die Zulässigkeit der Aufrechnung bereits bejahen wollte. Bei dieser Sachlage muß festgestellt werden, daß eine das Gericht in Zukunft bindende Entscheidung über die Zulässigkeit der Aufrechnung gegenüber diesem oder jenem Klageanspruch in der Nr. 5 der Urteilsformel vom 24. Mai 1937 nicht enthalten war. Denn grundsätzlich geht die Bindung nach § 318 ZPO. nicht weiter, als es dem aus Urteilsformel und Urteilsgründen zu ermittelnden Willen des entscheidenden Gerichts entspricht (RGZ. Bd. 132 S. 20). Die von der Revision erwähnte Bemerkung des Erläuterungsbuchs Seuffert-Walshmann (§ 302 Anm. 5c), daß mit dem Erlaß des Urteils aus § 302 Abs. 1 ZPO. die Zulässigkeit der Aufrechnung feststehe, knüpft an die (in Anm. 2b) vorausgehende Bemerkung an, nach der das Gericht schon beim Erlaß des Vorbehaltsurteils die

Zulässigkeit der Aufrechnung zu prüfen und im Falle ihrer Verneinung von dem Vorbehalt abzuweichen habe. Ist so verfahren worden und hat somit das Gericht erkennbar durch den Erlaß des Vorbehaltsurteils die Frage der Zulässigkeit der Aufrechnung in bejahendem Sinne entschieden, so wird es später im Nachverfahren die Zulässigkeit der Aufrechnung nicht mehr leugnen dürfen, auch wenn es dies vielleicht für richtig halten sollte. Ist aber das Gericht — sei es mit Recht oder mit Unrecht — anders verfahren und hat den Vorbehalt aus § 302 Abs. 1 ZPO. erweislich ohne Prüfung der Frage nach der Zulässigkeit der Aufrechnung gemacht, so geht es nicht an, allein aus der Tatsache des Vorbehalts eine im Nachverfahren für das Gericht unabänderliche Entscheidung der Zulässigkeitsfrage im Sinne ihrer Bejahung zu entnehmen. Die von der Revision vertretene Gegenmeinung würde nicht nur prozessrechtlich dem Gericht und seinem für die Bindung aus § 318 ZPO. maßgeblichen Entscheidungswillen Gewalt antun, sondern könnte auch zu dem sachlich-rechtlich nicht vertretbaren Ergebnis führen, daß eine unzulässige Aufrechnung ohne jede wirkliche richterliche Prüfung und Entscheidung der Zulässigkeitsfrage schon kraft eines lediglich um der Beschleunigung des Rechtsstreits willen zugelassenen „Vorbehalts der Entscheidung“ zulässig geworden wäre. Hiernach ergibt sich folgendes: Das Oberlandesgericht mag vielleicht, als es das Vorbehaltsurteil vom 24. Mai 1937 ohne jede Prüfung der Frage, ob die Aufrechnung des Beklagten gegenüber den einzelnen Ansprüchen des Klägers zulässig sei, ergehen ließ, gegen § 302 Abs. 1 ZPO. verstoßen haben. Dieser Verstoß beschwert aber keinesfalls den Beklagten, zu dessen Gunsten der Vorbehalt aufgenommen war und der ihn jetzt wiederhergestellt sehen möchte. Eine Bindung nach § 318 ZPO., die im Nachverfahren des § 302 Abs. 4 ZPO. eine Prüfung jener Frage und gegebenenfalls ihre Verneinung ausgeschlossen hätte, war das Oberlandesgericht durch das Urteil vom 24. Mai 1937 nicht eingegangen. Kam es also im Nachverfahren zu der Überzeugung, daß die Aufrechnung unzulässig sei, so durfte es den Vorbehalt streichen und den Beklagten vorbehaltlos verurteilen. Denn der Sinn und Zweck des Nachverfahrens besteht ja gerade darin, aus dem vorbehalt-belasteten Urteil ein vorbehaltloses, sei es im Sinne der glatten Verurteilung, sei es im Sinne der Klageabweisung unter Aufhebung des Vorbehalts, zu machen.

Die Entscheidung hängt mithin davon ab, ob die Aufrechnung des Beklagten gegen den Klageanspruch in Nr. 2 der Urteilsformel vom 24. Mai 1937 zulässig ist oder nicht. Das Oberlandesgericht hält sie für unzulässig und gibt dafür zwei Gründe:

1. Voraussetzung für die Aufrechnung sei nach § 387 BGB., daß der Schuldner seine Leistung zumindest gemäß § 271 Abs. 2 bewirken könne. Dieses Erfordernis entfalle bei einem Feststellungsanspruch schon deswegen, weil ein ziffermäßig bestimmter Anspruch des Klägers unter Umständen niemals entstehen werde, mindestens aber zur Zeit nicht bestehe.

2. Jedenfalls sei die Zulässigkeit der Aufrechnung deshalb zu verneinen, weil mit der Bejahung über einen etwaigen Rentenanspruch des Klägers (§ 843 BGB.) entschieden würde, der gemäß § 850 g ZPO. unpfändbar und damit nach § 394 BGB. auch der Aufrechnung entzogen sei.

Gegen beide Gründe erhebt die Revision durchgreifende Bedenken:

Zu 1. Ob der Klageanspruch verfahrensmäßig in der Form der Leistungsklage oder des Feststellungsbegehrens geltend gemacht wird, ist für die sachlich-rechtliche Zulässigkeit der Aufrechnung nach §§ 387 flg. BGB. ohne Belang. Die Aufrechnung des Beklagten wendet sich gegen den Anspruch des Klägers, daß ihm  $\frac{3}{4}$  des bereits entstandenen und des künftig noch entstehenden Schadens ersetzt werde. Das Bedenken des Oberlandesgerichts, dieser Anspruch sei noch so unbestimmt, daß der Beklagte ihn nicht erfüllen könne, trifft vielleicht zu für einen noch ungewissen künftigen Schaden, aber nicht für den bereits entstandenen und feststellbaren Vergangenheits- und Gegenwartsschaden. Warum der Beklagte den letztgenannten Schaden zu ersetzen durch § 271 Abs. 2 BGB. gehindert sein sollte, ist nicht ersichtlich. Die Voraussetzungen des § 387 BGB. können nicht schon deshalb geleugnet werden, weil die Höhe dieses Schadens noch streitig ist. Die Möglichkeit, daß dem Kläger überhaupt kein ziffermäßig bestimmter (bestimmbarer) Schaden entstanden sein könnte, scheidet nach den Feststellungen über die Verletzungen seines Körpers aus. Gegenseitigkeit, Gleichartigkeit und Fälligkeit der beiderseitigen Ansprüche im Sinne des § 387 BGB. lassen sich also nicht schlechthin in Abrede stellen. Mit gutem Grunde weist die Revision auch darauf hin, daß der Beklagte nach § 767 ZPO. Gefahr laufen könnte, mit

seiner Aufrechnung zurückgewiesen zu werden, wenn er sie nicht schon dem Feststellungsbegehren der jetzt erhobenen Klage, sondern erst dem Leistungsbegehren eines etwa später zu erwartenden neuen Rechtsstreits entgegengesetzt hätte.

Zu 2. Soweit ersichtlich, hat der Kläger bisher seinen Schaden allerdings im wesentlichen mit dem Verdienstausfall in seinem Beruf begründet. Insoweit werden die vom Oberlandesgericht herangezogenen §§ 843, 394 BGB., § 850 Nr. 1 ZPO. eingreifen. Daneben hat aber der Kläger, wenn er von seinem Verdienstausfall und der Beschränkung seiner Erwerbsfähigkeit sprach, auch darauf hingewiesen, daß sein Schaden in den Einzelheiten sich noch nicht übersehen lasse. Mithin ist mangels näherer Feststellungen hierüber noch nicht mit Sicherheit zu erkennen, ob sich der eingeklagte und vom Oberlandesgericht festgestellte Erfahrsanspruch Nr. 2 lediglich im Rahmen eines Geldrentenanspruchs nach § 843 BGB. bewegt oder ob nicht vielleicht daneben noch andere, der Aufrechnung zugängliche Geldleistungen vom Kläger gefordert werden. Solange diese Frage nicht geklärt ist, erscheint die völlige Streichung des Aufrechnungsvorbehalts, den das Oberlandesgericht zu Gunsten des Beklagten in Nr. 5 des Urteils vom 24. Mai 1937 gegenüber dem in Nr. 2 festgestellten Anspruch gemacht hatte, rechtlich nicht unbedenklich. Der Revisionsbitte gemäß war daher der Rechtsstreit zur neuen Prüfung der Frage, ob und inwieweit dem Beklagten die Aufrechnung gegen den Anspruch zu 2 des Urteils vom 24. Mai 1937 vorbehalten bleiben muß, an das Oberlandesgericht zurückzuverweisen.