

31. 1. Zur hilfsweise erklärten Aufrechnung.

2. Gilt das Aufrechnungsverbot des § 393 BGB. auch gegenüber einem vertraglichen Anspruch, der auf einem den Tatbestand der vorsätzlichen unerlaubten Handlung verwirklichenden Sachverhalt beruht, wenn der Anspruch aus unerlaubter Handlung selbst nicht ausdrücklich verfolgt wird oder wegen Verjährung nicht mehr verfolgt werden kann?

VII. Zivilsenat. Urtr. v. 2. September 1941 i. S. D. (Rl.) w. B. (Bekl.). VII 29/41.

I. Landgericht Bielefeld.

II. Oberlandesgericht Hamm.

Der Sachverhalt ergibt sich aus den

Gründen:

I. Der Kläger verlangt aus Vertrag und unerlaubter Handlung Schadensersatz mit der Behauptung, daß der Beklagte über die Verhältnisse der W. B. & Co. G. m. b. H., in die er durch Erwerb des Geschäftsanteils des damaligen zweiten Gesellschafters H. K. im Juni 1928 eingetreten sei, eine bewußt falsche Auskunft gegeben habe. Das erste Berufungsurteil, das, wie das landgerichtliche Urteil, die Klage aus beiden rechtlichen Gesichtspunkten für unbegründet erachtet und abgewiesen hatte, ist auf die Revision des Klägers wegen rechtsirriger Beurteilung des Anspruchs unter vertraglichem Gesichtspunkt aufgehoben worden. In der neuen Berufungsverhandlung hat der Beklagte „in erster Linie“, aber unter weiterem Bestreiten der Klagesforderung nach Grund und Höhe, die Aufrechnung mit einer erst am 28. November 1939 durch Abtretung erworbenen Forderung im Betrage von 27055,55 RM. erklärt. Das Berufungsgericht hat wegen dieser Aufrechnung die Klage abgewiesen. Etwaige Schadensersatzansprüche des Klägers aus unerlaubter Handlung hält es für verjährt; ob ihm Ansprüche vertraglicher Art zuständen, könne, so meint es, unerörtert bleiben, da diese, wenn sie entstanden wären, durch die vom Beklagten erklärte „unbedingte“ Aufrechnung erloschen seien. Die Aufrechnung im Berufungsverfahren sei noch zuzulassen. Der Erwerb der Forderung durch den Beklagten sei bedenkenfrei und die Forderung selbst in voller Höhe

begründet. Die Schadensersatzforderung des Klägers — die dieser nunmehr auf insgesamt 55826,12 M. berechnet — gehe, wenn sie überhaupt bestehe, und soweit sie in diesem Falle begründet sein könne, über den Betrag der Gegenforderung nicht hinaus.

Das Berufungsurteil vermag der Revision nicht standzuhalten. Die in der Rechtslehre umstrittene Frage, ob, wenn einer streitigen Klageforderung eine begründete Gegenforderung entgegengestellt wird, die erste auf Grund der hilfsweise erklärten Aufrechnung ohne weiteres abzuweisen sei, oder ob ihr Bestehen oder Nichtbestehen festgestellt werden müsse, ist in der reichsgerichtlichen Rechtsprechung ständig in letzterem Sinn entschieden worden (RGZ. Bd. 37 S. 403, Bd. 42 S. 320 [322], S. 362 [364], Bd. 80 S. 165; JW. 1913 S. 101, S. 388 und oft). An dieser Rechtsprechung, die allein die unentbehrliche Klarheit über die Tragweite der Rechtskraft des Urteils für Forderung und Gegenforderung verbürgt, muß festgehalten werden. Das Berufungsgericht hat sich über diesen verfahrensrechtlichen Grundsatz hinweggesetzt, indem es das Bestehen des bestrittenen vertraglichen Anspruchs ungeprüft gelassen und über Klage und Widerklage lediglich auf Grund der Aufrechnungseinrede entschieden hat. Dieses Verfahren kann nicht darin seine Rechtfertigung finden, daß der Beklagte „in erster Linie“ aufrechnen zu wollen erklärt hat. Blieb die Forderung streitig, bedurfte sie, bevor auf die Einrede der Verjährung eingegangen werden konnte, ohne Rücksicht auf jene Erklärung des Beklagten der Prüfung. Von dieser Prüfung hätte nur dann abgesehen werden können, wenn der Beklagte, um die sofortige Abweisung der Klage zu erreichen, erklärt hätte, er wolle die klagebegründenden Behauptungen — wenn und soweit es zu diesem Zwecke nötig sei — zugestehen und sich auf die Aufrechnungseinrede beschränken. Ein solches — an sich zulässiges und wirksames — bedingtes Anerkenntnis berechtigt den Richter, die Klageforderung für den Fall, daß die Gegenforderung begründet ist, in ihrem Umfang als unstreitig und durch die Aufrechnung erloschen zu behandeln (RGZ. Bd. 42 S. 320 [322]; RGKomm. z. BGB. Bem. 3b zu § 388). Eine Erklärung dieses Inhalts hat der Beklagte hier nicht abgegeben.

II. Das angefochtene Urteil beruht noch auf einem weiteren Rechtsfehler. Es läßt dahingestellt, ob der vom Kläger vorgetragene Sachverhalt die Schadensersatzpflichtung des Beklagten aus dem Gesichtspunkte der unerlaubten Handlung zu begründen vermöge,

weil ein solcher Anspruch verjährt sei. Der Berufungsrichter sieht sich deshalb durch die Vorschrift des § 393 BGB. nicht gehindert, die Aufrechnung gegenüber dem sich etwa unter vertraglichem Gesichtspunkt aus dem gleichen Sachverhalt ergebenden Schadenersatzanspruch zuzulassen. Die Revision findet hierin mit Recht eine Verletzung des § 393 BGB. Diese Bestimmung, die gegen eine Forderung aus einer vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung die Aufrechnung nicht zuläßt, ist zwingenden Rechts und beruht auf der Auffassung, daß derjenige, der einen anderen durch eine vorsätzliche unerlaubte Handlung geschädigt hat, diesen Schaden, ohne eigene andersgeartete Ansprüche gegen den Geschädigten zum Zwecke des Ausgleichs benutzen zu können, durch wirkliche Ersatzleistung wieder gutmachen müsse. Derselbe Gedanke kommt in der Vorschrift des § 273 Abs. 2 BGB. zum Ausdruck. Diese Sonderstellung desjenigen, der vorsätzlich eine unerlaubte Handlung begangen hat, ist sittlich begründet. Sie verliert deshalb ihre Rechtfertigung nicht dann, wenn der Schädiger gegenüber seiner Inanspruchnahme aus den besonderen Bestimmungen über die unerlaubte Handlung die Einrede der Verjährung erheben kann, aber wegen des gleichen Sachverhalts aus dem vertraglichen oder einem anderen rechtlichen Gesichtspunkte (§ 852 Abs. 2 BGB.) zur vollen oder teilweisen Wiedergutmachung verpflichtet bleibt. Denn durch die Verjährung jenes Anspruchs wird der Handlung des vorsätzlichen Rechtsbrechers der Makel des Un sittlichen nicht genommen. Deshalb kann nicht der Sinn des Gesetzes sein, die Aufrechnung nur dann auszuschließen, wenn die Inanspruchnahme des Schädigers rechtsbegrifflich auf die Bestimmungen über die unerlaubte Handlung gestützt wird. Der sittlichen Bedeutung der Bestimmung und gesundem Rechtsempfinden entspricht vielmehr die Verjagung der Aufrechnungsberechtigung in allen den Fällen, in denen der dem Anspruch zugrunde liegende Sachverhalt die Merkmale der vorsätzlichen unerlaubten Handlung aufweist, unabhängig davon, ob dieser Gesichtspunkt zur Begründung des Anspruchs geltend gemacht ist oder aus ihm die Wiedergutmachung im Hinblick auf den Zeitablauf noch erzwungen werden kann. In diesem Sinne hat sich das Reichsgericht bereits in der Entscheidung IV 452/10 vom 12. Oktober 1911 (inhaltlich mitgeteilt in *Soergel* *Rspr.* 1912 Nr. 2 zu § 333) klar ausgesprochen, nachdem es in früheren Entscheidungen (*RGZ.* Bd. 54 S. 137 [142], Bd. 56 S. 317 [321]) eine solche Beurteilung

als naheliegend bezeichnet hatte. Eine entgegengesetzte Auffassung wird auch in der Entscheidung des I. Zivilsenats des Reichsgerichts I 185/27 vom 21. November 1927 (abgedr. in *SeuffArch.* Bd. 82 Nr. 47) nicht vertreten. Wenn dort die Anwendung der Vorschrift des § 393 BGB. gegenüber einer auf § 852 Abs. 2, § 819 BGB. gestützten Klage mißbilligt worden ist, so deshalb, weil es sich bei den in Betracht kommenden Leistungen der beklagten Partei um solche handelte, die auf derselben Grundlage beruhten und daher bei der Bemessung des Bereicherungsanspruchs auch ohne Aufrechnung zu berücksichtigen waren. Der Berufungsrichter hätte hiernach bei richtiger Anwendung des § 393 BGB. die Frage, ob sich der Beklagte durch das in der Klage behauptete Verhalten einer vorsätzlichen unerlaubten Handlung schuldig gemacht habe, nicht auf sich beruhen lassen dürfen. Er mußte vielmehr, ohne Rücksicht auf die etwaige Verjährung eines sich daraus ergebenden Anspruchs, zu dieser Frage Stellung nehmen und im Fall ihrer Bejahung dem Beklagten die Aufrechnung gegenüber einem nicht verjährten, auf dem gleichen Sachverhalt beruhenden vertraglichen Anspruch versagen . . .