

Für das Nachschlagewerk ! Für die Amtliche Sammlung !
(Nur Ziff 2).

1. Gesetz: BGB §§ 134, 139, 812, 817 Satz 2; KtVO § 1a. .

Rechtssatz:

Eine Kaufpreisanzahlung, die im Zusammenhang mit einem verbotenen Kompensationsgeschäft geleistet worden ist, kann zurückgefordert werden, wenn die Kompensationsabrede erst getroffen worden ist, nachdem die Anzahlung geleistet war.

2. Gesetz: ZPO §§ 767, 794, 795.

Rechtssatz:

Der Kostenschuldner kann gegen den Erstattungsanspruch nach Erlass der Kostenentscheidung auch dann noch aufrechnen, wenn er die Aufrechnung vor der Schlussverhandlung im Rechtsstreit hätte erklären können. § 767 Abs 2 ZPO schliesst eine solche Aufrechnung aus prozessrechtlichen Gründen nicht aus. Das gilt auch, wenn man annimmt, der Kostenanspruch entstehe schon aufschiebend bedingt mit der Klagerhebung.

Aktenzeichen: IV ZR 72 / 51

BGH-Urteil vom 15. November 1951

I. LG München-Gladbach
II. OLG Düsseldorf.

Verkündet
am 15. November 1951
[REDACTED], Justizangestellter
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle.

Im Namen des Volkes
=====

In dem Rechtsstreit
der Firma Alfred B [REDACTED], Maschinenfabrik in
D[REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägerin,

- Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

g e g e n

die Firma F.W. P [REDACTED], Buntweberei, F[REDACTED]-
[REDACTED]-S[REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozessbevollmächtigter der Berufungsinstanz:

Rechtsanwalt [REDACTED] [REDACTED], [REDACTED] -

hat der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 8. November 1951 unter Mitwir-
kung der Bundesrichter Dr. Lersch, Raske, Dr. Hartz,
Johannsen und Dr. Kregel

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des
5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Düsseldorf
vom 2. März 1951 wird mit folgender Massgabe hin-
sichtlich der Kosten zurückgewiesen:

Die Kosten des ersten Rechtszuges werden gegeneinan-
der aufgehoben. Von den Kosten der Berufung und
der Revision fallen der Klägerin 1/4, der Beklagten
3/4 zur Last.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin wollte vor der Währungsreform bei der Beklagten zwei Spulmaschinen zum Gesamtpreise von 5.362,—RM kaufen. Sie zahlte am 11. Dezember 1947 einen Betrag von 1.500,—RM an. Im März/April 1948 vereinbarten die Parteien, dass die Klägerin statt eines Drittels des Kaufpreises 100 m Kammgarnstoffe liefern sollte. Die Beklagte bestätigte den Auftrag unter dem 14. April 1948. Sie lieferte nicht zum vereinbarten Zeitpunkt. Die Klägerin erhob Ende 1949 Klage auf Zahlung von 500,— DM Teilbetrag eines von ihr mit insgesamt 8.863,29 DM bezifferten Verzugsschadens. Die Beklagte erhob Widerklage auf Feststellung, dass der Klägerin auch über den Betrag von 500,— DM hinaus kein Ersatzanspruch zustehe. Sie machte u.a. mit Schriftsatz vom 19. November 1949 (Bl 12 BA) geltend, dass es sich um ein Kompensationsgeschäft handele. Gemäss § 817 BGB habe keine der Parteien aus diesem Geschäft irgendwelche Ansprüche herzuleiten. Sie werde allerdings der Klägerin die Anzahlung gemäss den Vorschriften des Umstellungsgesetzes zurückerstatten. Die Klägerin nahm die Klage zurück. Auf ein Schreiben des Prozessbevollmächtigten der Beklagten, dass die Widerklage noch schwebend und die Klägerin erklären müsse, sie berühme sich des Anspruchs nicht mehr, auch soweit er die Klageforderung übersteige, erwiderte der Prozessbevollmächtigte der Klägerin unter dem 17. Februar 1950 (Abschrift Bl 23 GA):



"In Sachen P. ./. B. gebe ich als Prozessbevollmächtigter der Klägerin vorsorglich hiermit die Erklärung ab, dass sich die Klägerin des Anspruchs, soweit er die Klagforderung übersteigt, nicht berührt. Die Klägerin fordert daher lediglich noch die Rückzahlung der geleisteten Anzahlung vom 11. Dezember 1947 im abgewerteten Betrag von 150,-- DM nebst 4 % Zinsen seit Klagezustellung."

Die Beklagte erklärte nunmehr mit Schriftsatz vom 25. Februar 1950 (Bl 20 BA) die Widerklage zur Hauptsache für erledigt. Das Gericht legte die Kosten der Klage und der Widerklage der Klägerin auf. Die von ihr an die Beklagte zu erstattenden Kosten wurden auf 412,85 DM festgesetzt.

Die Beklagte hat aus dem Festsetzungsbeschluss in voller Höhe die Zwangsvollstreckung betrieben. Die Klägerin hat hiergegen Vollstreckungsgegenklage erhoben und zunächst die Anträge angekündigt,

die Zwangsvollstreckung aus dem Kostenfestsetzungsbeschluss für unzulässig zu erklären

1. in vollem Umfange,

2. hilfsweise in Höhe des 262,85 DM übersteigenden Betrages.

Sie hat in der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht jedoch nur den Hilfsantrag gestellt und geltend gemacht, sie rechne mit ihrem Anspruch auf Rückgewähr der Anzahlung in Höhe von 150,-- DM auf. Das Landgericht hat die Zwangsvollstreckung in Höhe des den Betrag von 262,85 DM übersteigenden Betrags für unzulässig erklärt. Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen und die Revision zugelassen.

Die Beklagte verfolgt ihren Antrag auf Klagabweisung mit der Revision weiter.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht hat ausgeführt:

Die Klägerin habe keinen Rückzahlungsanspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung, da der Anzahlung ein Kompensationsgeschäft zu Grunde gelegen habe und daher die Rückforderung gemäss § 817 Satz 2 BGB ausgeschlossen sei. Die Beklagte habe aber in ihrem Schriftsatz vom 19. November 1949 ein selbständiges Schuldversprechen abgegeben, das die Klägerin, wie sich aus ihrem weiteren Verhalten im Vorprozess und ihrem Schreiben vom 17. Februar 1950 ergebe, auch angenommen habe. Diesem stehe § 817 Satz 2 nicht entgegen. Das Schuldversprechen sei zur Bereinigung des Vorprozesses und daher nicht schenkungsweise abgegeben worden, so dass es der Form des § 518 BGB nicht bedurft habe. Mindestens hätten die Parteien die Schuld der Beklagten in dem Sinne bestätigt, dass diese auf die Anwendung des § 817 Satz 2 BGB verzichtet habe. Die Klägerin habe auch durch die Rücknahme ihrer Klage im Vorprozess nicht auf alle ihre Ansprüche, insbesondere nicht auf den Betrag von 150,-- DM verzichtet. Mit dem Rückzahlungsanspruch könne die Klägerin im Wege der Vollstreckungsgegenklage gegenüber dem Kostenerstattungsanspruch der Beklagten aufrechnen.

II. Die Revision rügt die Verletzung der §§ 271, 387, 518, 780, 781, 812 ff, 817 BGB, §§ 91, 92, 767, 794, 795, 797 ZPO. Sie ist jedoch nur im Kostenpunkt begründet.

1. Soweit die Revision zur Nachprüfung stellt, ob die Klägerin einen Anspruch gegen die Beklagte auf Rückzahlung von 150,-- DM habe, sind die Angriffe gegen die Ausführungen des Berufungsgerichts gegenstandslos, da ein solcher Anspruch schon aus anderen Gründen gegeben ist. Nach dem zwischen den Parteien unstreitigen Sachverhalt hat die Klägerin die Anzahlung von 1.500,-- RM bereits im Dezember 1947 geleistet, während die Kompensationsabreden erst im März/April 1948 erörtert wurden und der beabsichtigte Kaufvertrag selbst, wie das Berufungsgericht festgestellt hat, erst am 14. April 1948 geschlossen worden ist. Bei dieser Sachlage hat die Klägerin einen Anspruch auf Herausgabe der Anzahlung gemäss § 812 Abs 1 Satz 2 BGB, weil der mit der Anzahlung nach dem Inhalt des Rechtsgeschäfts bezweckte Erfolg nicht eingetreten ist. Denn solche Anzahlungen vor Vertragsschluss werden in der Erwartung geleistet, dass ein ordnungsmässiger Vertrag zustande kommt. Zu einem solchen ist es aber nicht gekommen, da der am 14. April 1948 geschlossene Vertrag als verbotenes Kompensationsgeschäft gemäss § 1a KWVO in Verbindung mit den §§ 134, 139 BGB in vollem Umfange nichtig war (vgl BGHZ 1, 128). Der Bereicherungsanspruch der Klägerin ist, auch wenn - der Rechtsprechung des Reichsgerichts folgend (vgl RGZ 151, 70) - § 817 Satz 2 auf die Ansprüche aus § 812 angewandt wird, im vorliegenden Falle nicht ausgeschlossen. § 817 Satz 2 ist seinem Wortlaut nach nur anwendbar, wenn der Zweck einer Leistung in der Art bestimmt war, dass der Leistende durch die Leistung gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstossen hat.

Die Bestimmung soll ihrem Sinne nach nur das verwerfliche Handeln im Zeitpunkt der Leistung treffen. Es ist aber auch aus dem Vorbringen der Beklagten nicht ersichtlich, dass die Klägerin schon mit der Anzahlung im Dezember 1947 gegen § 1a KWVO verstossen hat. Denn die Kompensationsabreden, die die Nichtigkeit des Kaufvertrages herbeigeführt haben, sind nach dem eigenen Vortrag der Beklagten in dem Schriftwechsel der Parteien vom 1. März, 11. März und 2. April 1948 enthalten gewesen (Schriftsatz vom 19. November 1949 - Bl 12 der Beiakte). Das Kompensationsgeschäft hat mithin nicht, wie das Berufungsgericht - auf Grund seiner eigenen tatsächlichen Feststellungen zu Unrecht - angenommen hat, der Anzahlung zu Grunde gelegen; es ist ihr vielmehr erst erfolgt, ohne dass bereits bei Leistung der Anzahlung ein Verstoss gegen ein gesetzliches Verbot ersichtlich war. Bei dieser Sachlage ist es auch unerheblich, ob die Parteien etwa am 14. April 1948 vereinbart haben, die Anzahlung vom Dezember 1947 solle nunmehr auf den in Geld zu zahlenden Teil des Kaufpreises verrechnet werden. Eine solche - als Teil eines verbotenen Kompensationsgeschäfts gleichfalls nichtige - Abrede wäre keine Leistung im Sinne des § 817 BGB gewesen, da mit ihr keine Vermögensverschiebung verbunden gewesen wäre.

Es kann hiernach dahingestellt bleiben, ob die Klägerin daneben auch einen Anspruch aus einem selbständigen Schuldversprechen hat, und ob die vom Berufungsgericht hilfsweise erörterte Schuldbestätigung wirksam sein könnte.

2. Die Revision rügt auch zu Unrecht, das Berufungsgericht habe den Rückzahlungsanspruch gegenüber dem Kostenerstattungsanspruch der Beklagten nicht berücksichtigen dürfen. Das Berufungsgericht hat insoweit - abweichend vom Landgericht - auf die Frage abgestellt, ob die Aufrechnung gegenüber dem Kostenerstattungsanspruch im Wege der Vollstreckungsgegenklage noch zulässig ist, obwohl die von der Klägerin geltend gemachte Gegenforderung schon vor der letzten mündlichen Verhandlung des Vorprozesses bestanden hat. Es hat diese Frage bejaht und die Revision wegen der grundsätzlichen Bedeutung dieser Rechtsfrage zugelassen.

Die Erwägungen des Berufungsgerichts treffen im Ergebnis zu. Nach den §§ 794, 795 ZPO ist § 767 ZPO auf die Zwangsvollstreckung aus Kostenfestsetzungsbeschlüssen entsprechend anzuwenden. Nach § 767 Abs 2 ZPO sind Einwendungen, die den durch das Urteil festgestellten Anspruch selbst betreffen, nur zulässig, soweit die Gründe, auf denen sie beruhen, erst nach dem Schluss der mündlichen Verhandlung, in der Einwendungen spätestens hätten geltend gemacht werden müssen, entstanden sind und durch Einspruch nicht mehr geltend gemacht werden können. Die Frage, inwieweit demgemäss gegenüber Kostenerstattungsansprüchen im Wege der Vollstreckungsgegenklage mit Forderungen aufgerechnet werden kann, die schon vor der letzten mündlichen Verhandlung des Rechtsstreits bestanden haben, ist umstritten. Sie ist u.a. vom Reichsgericht in RGZ 124; 2 und vom RArbG in RAG 18, 226 = JW 37, 2614 mit im Ergebnis zustimmender Anmerkung von Jonas in JW 37, 2709 bejaht

worden (ebenso Stein-Jonas 17. Aufl Erl II 5 und 6, insbesondere Anm 19b zu § 104 ZPO mit Nachw. über die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte; Baumbach-Lauterbach 20. Aufl Anm 2 zu "§ 767" bei § 795 ZPO; Sydow-Busch 22. Aufl Anm 1 A zu § 797 ZPO; Rosenberg, Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrechts 5. Aufl S 338). Verneint worden ist sie u. a. vom Reichsgericht in RGZ 62, 188 und vom Kammergericht in OLG 29, 186. Das Reichsgericht hat diese Frage ferner in seiner Entscheidung in RGZ 145, 13 16 gelegentlich der allgemeinen Entscheidung der Frage berührt, wann der Kostenerstattungsanspruch entsteht (ob mit Rechtshängigkeit oder mit Erlass der Kostenentscheidung), sie damals jedoch nicht zu entscheiden brauchen, da es in seinem Falle nicht über einen Aufrechnungseinwand zu befinden hatte. Die Rechtsprechung hat auch für die Aufrechnung überwiegend auf die Frage abgestellt, wann der Kostenerstattungsanspruch entsteht (insbesondere in RGZ 62, 188; KG in OLG 29, 186). Die Unterscheidung, ob der Kostenanspruch vor Erlass der Kostenentscheidung bereits bedingt besteht (so RGZ 145, 13; Baumbach-Lauterbach 20. Anm 3 B vor § 91 ZPO), oder ob die Partei vorher nur eine Anwartschaft hat (so Stein-Jonas Anm II 4 vor § 91 ZPO; Rosenberg aaO), ist jedoch für diese Frage nicht wesentlich, wie auch das Berufungsgericht zutreffend angenommen hat. § 795 ZPO schreibt nur eine entsprechende Anwendung des § 767 ZPO auf Kostenfestsetzungsbeschlüsse vor. Der Absatz 2 des § 767 lässt sich jedoch schon aus prozessrechtlichen Gründen nicht sinngemäss auf die Aufrechnung gegenüber Kostenerstattungsansprüchen

anwenden. Die Zivilprozessordnung trennt scharf zwischen dem ordentlichen Streitverfahren und dem Kostenfestsetzungsverfahren. Dessen Selbständigkeit kommt in der in den §§ 103 ff ZPO getroffenen Regelung deutlich zum Ausdruck. Es wäre hiernach denkbar, Einwendungen gegenüber dem im Kostenfestsetzungsverfahren festgestellten Erstattungsanspruch dem Festsetzungsverfahren selbst zuzuweisen. Auch das könnte eine entsprechende Anwendung des § 767 ZPO sein. Diese Möglichkeit entfällt jedoch. Für eine Aufrechnung mit einer Gegenforderung wäre in diesem Verfahren schon deshalb kein Raum, weil der Urkundsbeamte der Geschäftsstelle nach der ihm vom Gesetz zugewiesenen Stellung nicht befugt wäre, über den Bestand und die Höhe dieser Gegenforderung zu entscheiden.- Die weitergehende Ansicht, gegenüber dem bedingt bestehenden Kostenerstattungsanspruch müsse mit etwaigen Gegenforderungen schon im Rechtsstreit selbst aufgerechnet werden, verkennt andererseits die Stellung des Prozessrichters. Er befindet zwar in seiner Entscheidung auch über die Kosten. Der Kostenerstattungsanspruch könnte daher ebenfalls als ein "durch das Urteil festgestellter Anspruch" entsprechend § 767 Abs 1 angesehen werden. Über diesen Anspruch entscheidet der Prozessrichter aber regelmässig gemäss den §§ 91 ff ZPO nur dem Grunde, nicht dem Betrage nach. Er kann daher, auch wenn schon im Rechtsstreit vorsorglich gegenüber einem etwaigen Kostenanspruch aufgerechnet wird, nicht berechnen, inwieweit die Aufrechnung ein Erlöschen der Gegenforderung bewirkt (§ 390 BGB). Er kann somit nicht "feststellen" (im Sinne des § 767 Abs 1), welcher Erstattungsanspruch noch gegeben ist, wenn die Aufrechnung

berücksichtigt wird. Nun hat zwar das Reichsgericht in RGZ 62, 188 [190] ausgeführt, es sei erlaubt und zweckmässig, der Ordnung und Vereinfachung wegen schon im Urteil jenen Betrag bestimmt festzustellen, den der Schuldner bei der künftigen Kostenfestsetzung als schon getilgt an- und abrechnen dürfe. Jonas hat aaO jedoch zutreffend bemerkt, dass dieses keine Entscheidung über die Tilgung eines Anspruchs durch Aufrechnung wäre, sondern lediglich eine solche über Bestand und Höhe der zur Aufrechnung gestellten Gegenforderung, wobei unklar sei, wie weit das Gericht bei seiner Feststellung zu gehen habe. Der Senat schliesst sich mit seinen Erwägungen auch im übrigen wesentlich an die von Jonas aaO gegebene Begründung an, das Prozessgericht könne über die Kostenerstattung nur dem Grundsatz nach und nicht als einen Geldsummenanspruch entscheiden. Es könne daher auch die Ausgleichsberechnung nicht vornehmen, die begrifflich für eine Aufrechnung mit einem summenmässigen Gegenanspruch erforderlich sei. Das gelte auch, wenn man annehme, dass der Kostenerstattungsanspruch schon mit der Klagerhebung bedingt entstanden sei. Entsprechend ist bei Baumbach-Lauterbach aaO bei § 795 trotz dieser Annahme ausgeführt, man dürfe den Gegner nicht nötigen, schon vor Eintritt der Bedingung Einwendungen zu erheben, zumal das Urteil über die Kosten nur dem Grunde nach befinde.

Es kann hiernach dahingestellt bleiben, ob ausserdem auch sachlich-rechtliche Erwägungen durchgreifen, ob etwa die Nötigung, aufzurechnen, einen ungesetzlichen Zwang zu vorzeitiger Erfüllung enthalten würde

(so Baumbach-Lauterbach aaO) oder ob, wie das Berufungsgericht meint, die Voraussetzungen des § 387 BGB nicht erfüllt sind, weil die Klägerin ihre Leistung erst nach der Festsetzung der Kosten habe bewirken können.

Der Hinweis der Revision, der Schuldner könne gemäss § 271 Abs 2 ~~500~~ den Gläubiger vorzeitig befriedigen, deshalb bestehe auch kein Hindernis, die Aufrechnung gegenüber einer aufschiebend bedingten Gegenforderung zu erklären, bedarf gleichfalls keiner Prüfung. Denn angesichts der prozessrechtlichen Erwägungen, die dieser Entscheidung zu Grunde liegen, ist es unerheblich, wann die Aufrechnungslage eingetreten ist, ob insbesondere die Klägerin die Aufrechnung schon im Rechtsstreit hätte erklären können. Es ist bei der gegebenen Begründung auch unerheblich, ob die Pflicht, Kosten zu tragen, sich - wie hier bei der Klagrücknahme (§ 271 Abs II ZPO) - schon ohne weiteres aus dem Gesetz ergibt oder ob sie - wie im Regelfalle - erst vom Prozessgericht ausdrücklich ausgesprochen werden muss.

Die Revision hat noch geltend gemacht, die Klägerin habe ihre auf Zahlung von 500,-- DM gerichtete Klage in vollem Umfange, also auch hinsichtlich des aufrechterhaltenen Teils von 150,-- DM zurückgenommen. Sie habe insoweit erkennen lassen, dass sie einen gerichtlichen Rechtsschutz damals nicht gewünscht habe. Sie

könne sich dann nicht beschwert fühlen, wenn die Beklagte sie an diesem Entschluss festhalte und ihr anheimstelle, diese Forderung nunmehr gesondert geltend zu machen. - Dieser Angriff der Revision ist schon nicht schlüssig. Der Umstand, dass die Klägerin den Rückzahlungsanspruch im früheren Streitverfahren - anscheinend im Vertrauen darauf, dass die Beklagte ihrer Erklärung vom 19. November 1949 gemäss freiwillig zahlen würde - nicht weiter verfolgt hat, hindert die Klägerin nicht, gegenüber dem Kostenerstattungsanspruch rechtlich zulässige Einwendungen zu erheben. Auch damit macht sie überdies ihre Forderung bereits "gesondert geltend".

3. Zutreffend rügt die Revision allein, das Berufungsgericht habe die Rüge der Beklagten nicht beachtet, dass die Kostenentscheidung des Landgerichts die Vorschriften der §§ 91, 92 ZPO verletze. Insoweit ist übersehen worden, dass die Klägerin die Zwangsvollstreckung zunächst in vollem Umfange, also mit einem Streitwert von 400,-- bis 500,-- DM, und erst seit der ersten mündlichen Verhandlung in Höhe von 150,-- DM angegriffen hat. Diese Beschränkung des ursprünglich angekündigten Klagantrages enthielt eine teilweise Rücknahme der Klage. Die Klägerin war daher gemäss § 27 ZPO verpflichtet, die durch den weitergehenden Antrag entstandenen Mehrkosten zu tragen. Es erschien angezeigt, die Kosten des ersten Rechtszuges gegeneinander aufzu-

heben. Da die Beklagte insoweit schon mit der Berufung hätte Erfolg haben müssen und sie in dieser Hinsicht mit der Revision durchgedrungen ist, waren die Kosten der weiteren Rechtszüge gemäss § 92 ZPO verhältnismässig zu teilen.

Dr.Lersch Raske Dr.Hartz Johannsen Kregel.