

Univ.-Ass. Mag. Dr. Christian Huber, Wien

## Verjährungsunterbrechung durch Anerkenntnis bei Einwendung einer Gegenforderung?

### 1. Ausgangsfall

Der Gläubiger verlangt vom Schuldner die Bezahlung seiner Forderung. Der Schuldner versichert darauf dem Gläubiger, daß er dessen Forderung zwar anerkenne, aber zur Zahlung nicht bereit sei, weil ihm eine Gegenforderung in zumindest gleicher Höhe zustehe. Der Gläubiger gibt sich mit dieser Erklärung vorerst zufrieden und drängt nicht auf die Zahlung seiner Forderung. Später stellt er jedoch fest, daß die Gegenforderung nicht zu Recht besteht und klagt nunmehr den Schuldner auf Zahlung, worauf dieser Verjährung einwendet<sup>1)</sup>.

Das gleiche Problem kann auch bei vertauschten Parteirollen entstehen: Der Gläubiger klagt den Schuldner auf Zahlung eines bestimmten Betrages. Dieser wendet eine Gegenforderung ein, die der Gläubiger auch anerkennt. Im Prozeß wird im Urteil aber nicht über die Gegenforderung abgesprochen, etwa weil sich die Forderung des Klägers als unbegründet erweist. Daraufhin klagt der Schuldner die Gegenforderung ein, der Gläubiger des ersten Prozesses und nunmehrige Beklagte erhebt die Verjährungseinrede<sup>2)</sup>. Bei beiden Sachverhaltskonstellationen stellt sich die Frage, ob die Anerkennung des Bestehens einer Schuld bei Einwendung einer Gegenforderung ein Anerkenntnis im Sinn

des § 1497 ABGB ist, das den Lauf der Verjährung unterbricht, so daß die Verjährungsfrist ab dem Zeitpunkt der abgegebenen Erklärung von neuem zu laufen beginnt. Die Rechtsprechung des OGH lehnt das grundsätzlich ab, die spärlichen Literaturmeinungen neigen zur Gegenansicht.

Nach Erörterung des Meinungsstandes (2.) und Analyse der OGH-Entscheidungen (3.) wird anschließend (4.) untersucht, welche Folgerungen aus der Parallele zwischen Aufrechnung und Zahlung als grundsätzlich gleichberechtigten Schuldtildungsgründen zu ziehen sind.

### 2. Darstellung der Meinungen der Judikatur und der Lehre

In bisher sechs veröffentlichten Entscheidungen des OGH<sup>3)</sup> findet sich der Satz „Wer zugibt, daß gegen ihn eine Forderung entstanden sei, aber gleichzeitig geltend macht, daß ihm zumindest gleich hohe Gegenforderungen zustehen, anerkennt nicht den aufrechten Bestand dieser Forderung, sondern bestreitet ihn“, weshalb eine solche Erklärung kein Anerkenntnis darstellt und die Verjährungsfrist nicht unterbrochen wird.

Zum gleichen Ergebnis gelangt die deutsche Rechtsprechung zu § 208 BGB<sup>4)</sup>. Diese geht sogar

<sup>1)</sup> Dieser Sachverhalt lag den Entscheidungen SZ 33/11 = EvBl 1960/85; JBl 1969, 396 zugrunde.

<sup>2)</sup> In Arb 9590 hatte der OGH einen so gelagerten Sachverhalt zu beurteilen.

<sup>3)</sup> Zuletzt OGH Arb 9590; zuvor Rsp 1933/296 mit Anm von Wahle; SZ 33/11 = EvBl 1960/85; SZ 35/133 = JBl 1964, 218 = Arb 7671; JBl 1969, 396; SZ 42/54.

<sup>4)</sup> OLG Celle OLGZ 1970, 5; BGHZ 58, 103; vgl auch Augustin in Soergel, BGB<sup>11</sup> Rz 14 zu § 208; von Feldmann

noch einen Schritt weiter in Richtung Schuldnerschutz, indem sie eine Erklärung, die Forderung zu zahlen, sobald die Mängel der gelieferten Sache beseitigt seien, nicht als Anerkenntnis gelten läßt<sup>5)</sup>. Dadurch gerät der Gläubiger in folgende schwierige Lage: Bevor er den Mangel beseitigt hat, ist die Forderung nicht fällig. Der Schuldner kann das gesamte<sup>6)</sup> Entgelt zurückhalten, das Klagebegehren des Gläubigers wäre abzuweisen. Nach Beseitigung des Mangels kann ihm der Schuldner aber Verjährung einwenden, obwohl er sich von ihm ein Anerkenntnis über den Bestand der Forderung, die unter der aufschiebenden Bedingung der Mängelbeseitigung fällig wird, hat geben lassen.

Die österreichische herrschende Meinung<sup>7)</sup> vermeidet solche Ungereimtheiten, indem sie den Beginn der Verjährungsfrist erst mit der tatsächlichen bzw. möglichen Mängelbeseitigung laufen läßt und dadurch der Wertung der Zentralnorm des Verjährungsrechts, § 1478 ABGB, entspricht, daß die Verjährung erst zu laufen beginnt, wenn das Recht an sich hätte ausgeübt werden können.

*Spiro*<sup>8)</sup> bemerkt zum schweizerischen Recht, daß eine Anerkennung unter einem Vorbehalt die Verjährung nicht unterbreche, obwohl das Gesetz das nicht besonders erwähnt.

Die österreichische Literatur hat sich mit dem hier behandelten Problem noch nicht näher auseinandergesetzt. *Wahle*<sup>9)</sup> und *Klang*<sup>10)</sup> nehmen lediglich zur Entscheidung des OGH Rsp 1933/296 Stellung, die aber insofern Besonderheiten aufweist, als es dort um ein Kontokorrentverhältnis ging.

*Reiterer*<sup>11)</sup> geht davon aus, daß eine außergerichtliche Aufrechnung nur bei Anerkennung der Forderung des Aufrechnungsgenegers wirksam sei. Jede Aufrechnungserklärung enthalte somit ein Anerkenntnis der Forderung, das die Verjährung unterbreche. *Reiterer* erstreckt dieses Ergebnis auch auf den Fall, daß die Gegenforderung niedriger als die Hauptforderung sei<sup>12)</sup> und begründet dies damit, daß die Aufrechnung mit einer niedrigeren Gegen-

forderung wie eine Teilzahlung wirke. Auch eine Teilzahlung führe zur Unterbrechung der Verjährung in bezug auf die ganze Forderung.

Das ist in dieser Allgemeinheit unzutreffend; eine Teilzahlung als solche bewirkt kein Anerkenntnis der gesamten Forderung<sup>13)</sup>. Das ist nur dann der Fall, wenn der Schuldner *dadurch unzweifelhaft* (§ 863 ABGB) zum Ausdruck bringt, daß er sich seiner weitergehenden Verpflichtung bewußt ist<sup>14)</sup>. Ergibt sich dieser Erklärungsgehalt nicht eindeutig aus der Zahlung und dem sonstigen Verhalten des Schuldners, liegt kein die Verjährung unterbrechendes Anerkenntnis vor<sup>15)</sup>.

Eine derartige Erklärungsbedeutung darf dem schuldnerischen Verhalten aber nicht ohne weiteres unterstellt werden, weil bei einer geltend gemachten Forderung von 100 die Aufrechnungserklärung von 60 durchaus *auch* bedeuten kann, daß der Schuldner die Forderung des Gläubigers nur im Ausmaß von 60 anerkennt, sich aber hinsichtlich des Restes nicht äußern will.

Vorsicht bei der Auslegung des Verhaltens des Schuldners ist auch im umgekehrten Fall geboten, wenn die Gegenforderung die Forderung übersteigt. Klagt der Schuldner von seiner Gegenforderung nur jenen Betrag ein, um den die Gegenforderung die Forderung des Gläubigers übersteigt, so kann das nicht nur als Aufrechnung und Anerkennung hinsichtlich des Betrages, mit dem eine gerichtliche Geltendmachung unterlassen wurde, angesehen werden<sup>16)</sup>, sondern es kann auch bedeuten, daß der Schuldner die Forderung des Gläubigers keineswegs anerkennt, seine Gegenforderung aber vorläufig nur im geltend gemachten Ausmaß beweisen kann, weshalb er sie nicht in weiterem Umfang einklagt.

*Schubert*<sup>17)</sup> bezeichnet die herrschende Rechtsprechung, daß ein Anerkennen unter Vorbehalt einer Gegenforderung die Verjährung nicht unterbreche, als nicht unzweifelhaft.

*Rummel*<sup>18)</sup> kritisiert die herrschende Rechtsprechung, die in einer unwirksamen Aufrechnungserklärung kein die Verjährung unterbrechendes Anerkenntnis sieht, weil im Regelfall immerhin ein deklaratorisches Anerkenntnis vorliegen werde. Die Ausführungen *Reiterers* lehnt *Rummel* als zu generell ab.

*Rummel* geht weiters davon aus, daß einer prozessualen Geltendmachung einer Gegenforderung auch dann verjährungsunterbrechende Wirkung zukommt, wenn diese den Klagsbetrag übersteigt.

in MünchKomm<sup>2</sup> Rz 11 zu § 208; kritisch zu dieser Rechtsprechung *Peters-Zimmermann*, Verjährungsfristen, in: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts I (1981) 254.

<sup>5)</sup> OLG Hamm NJW 1966, 1659; BGH NJW 1969, 1103.

<sup>6)</sup> Einschränkung jüngst *Koziol*, Die Grenzen des Zurückbehaltungsrechts bei nichtgehöriger Erfüllung, ÖJZ 1985, 737 ff.

<sup>7)</sup> *Ehrenzweig*, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts<sup>2</sup> I/1 (1951) 306; *Gschütz*, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts (1966) 246; *Klang* in *Klang*<sup>2</sup> VI 602 f; OGH SZ 54/35; anders aber noch SZ 14/36.

<sup>8)</sup> Die Begrenzung privater Rechte durch Verjährungs-, Verwirkungs- und Fatalefristen I (1975) 367 FN 16.

<sup>9)</sup> Anm zu Rsp 1933/296.

<sup>10)</sup> In *Klang*<sup>2</sup> VI 653.

<sup>11)</sup> Die Aufrechnung (1976) 53, oben, in der weiteren Folge aber einschränkend: „Jede Aufrechnungserklärung enthält im Zweifel (Hervorhebung durch den Verfasser) ein Anerkenntnis der Hauptforderung“. AA *Rummel* in *Rummel*, ABGB, Rz 12 zu § 1438, der auch eine außergerichtliche Eventualaufrechnung für zulässig erachtet.

<sup>12)</sup> *Reiterer*, Aufrechnung 54.

<sup>13)</sup> Vgl etwa OGH JBI 1970, 40; ZVR 1974/23.

<sup>14)</sup> *Klang* in *Klang*<sup>2</sup> VI 653; OGH SZ 37/29; SZ 43/183 = JBI 1971, 523; ZVR 1973/202; SZ 48/44.

<sup>15)</sup> *Schubert* in *Rummel*, ABGB, Rz 3 zu § 1497 bemerkt zutreffend, daß Zweifel über die Tragweite der Teilzahlung zu Lasten des Gläubigers gehen.

<sup>16)</sup> OGH JBI 1974, 624; *Rummel* in *Rummel*, ABGB, Rz 12 zu § 1438; die Entscheidung des OGH EvBl 1972/187, auf die sich sowohl der OGH in JBI 1974, 624 als auch *Rummel* berufen, nimmt zu dieser Frage nicht Stellung.

<sup>17)</sup> In *Rummel*, ABGB, Rz 3 zu § 1497.

<sup>18)</sup> In *Rummel*, ABGB, Rz 19 zu § 1438.

ME ist jedoch der Gegenmeinung von *Schubert*<sup>19)</sup> zu folgen, der die verjährungsunterbrechende Wirkung in bezug auf die Gegenforderung mit der Höhe der Klagsforderung begrenzt. Das kann damit begründet werden, daß der Beklagte durch die Erhebung der Aufrechnungseinrede lediglich die Abweisung des Klagebegehrens, niemals aber einen darüber hinausgehenden Zuspruch erreichen kann. In bezug auf den die klägerische Forderung übersteigenden Betrag liegt noch kein Belangen iS des § 1497 ABGB vor. Das Urteil hinsichtlich der den Klagsbetrag übersteigenden Gegenforderung erwächst auch nicht in Rechtskraft<sup>20)</sup>. Will der Inhaber der Gegenforderung sein Recht unabhängig von der Forderung seines Prozeßgegners durchsetzen, muß er anstatt der Aufrechnungseinrede eine Widerklage erheben<sup>21)</sup>.

Die Bedenken der Literatur geben Anlaß, die veröffentlichten OGH-Entscheidungen in bezug auf ihre Begründungen sowie daraufhin zu untersuchen, ob die Ablehnung der Unterbrechung der Verjährung mangels Vorliegens eines Anerkenntnisses entscheidungswesentlich war.

### 3. Analyse der OGH-Entscheidungen

Die Entscheidung Rsp 1933/296, auf die sich die folgenden Entscheidungen immer wieder berufen, erging zu einem Kontokorrentverhältnis<sup>22)</sup>. Dem Begehren des Klägers auf Zahlung einer Forderung aus dem Kontokorrent wendeten die Beklagten ein, daß sie zwar diese Forderung in das Kontokorrentverhältnis aufgenommen haben, sich aber ein Saldo zu ihren Gunsten ergäbe, die Forderung des Klägers im übrigen aber verjährt sei. Der Kläger berief sich in seiner Klage hingegen darauf, daß durch die Aufnahme der Forderung in die Rechnungsaufstellung ein Anerkenntnis vorliege, das die Verjährung unterbrochen habe.

Weder der OGH noch *Wahle*<sup>23)</sup> haben das zentrale Problem des zu beurteilenden Sachverhalts erkannt, das darin liegt, daß es sich bei der Rechtsbeziehung zwischen den Parteien um ein Kontokorrentverhältnis handelt. Bei einem solchen können die davon erfaßten Forderungen und Gegenforderungen während der Abrechnungsperiode nicht selbständig eingeklagt werden<sup>24)</sup>, weil sie bis zum vereinbarten Abrechnungstermin gestundet sind. Mangels Fälligkeit läuft daher auch keine Verjäh-

rungsfrist<sup>25)</sup>. Aber selbst wenn man die Besonderheiten des Kontokorrents ausklammert, so ist die Aufnahme einer Forderung in eine Liste von Forderungen und Gegenforderungen und die anschließende Übersendung dieser Liste mE entgegen der Ansicht des OGH und von *Wahle* durchaus als deklaratorisches Anerkenntnis anzusehen<sup>26)</sup>.

In SZ 33/11 hat der Beklagte die Forderung des Klägers anerkannt, jedoch eingewendet, daß er mit einer den Klagsbetrag übersteigenden Gegenforderung aufrechnen wolle. Der OGH meinte, es könne dahingestellt bleiben, ob ein Aufrechnungsverbot bestanden habe oder nicht, weil der Schuldner die Forderung nicht anerkannt, sondern aus dem Grund der *Tilgung* bestritten habe. Ob die Tilgung wirklich erfolgt sei, darauf komme es nicht an, denn auch die Behauptung, die Schuld bestehe, sie wäre aber bereits bezahlt worden, sei eine Bestreitung und keine Anerkennung.

Auf die Parallele zwischen Aufrechnung und Zahlung als gleichberechtigte Schuldtilgungseinwände wird im nächsten Abschnitt noch zurückzukommen sein. Zur Begründung dieser Entscheidung ist vorerst nur anzumerken, daß der OGH die Erklärung des Beklagten als Tilgungseinwand auffaßt. Einer Aufrechnungserklärung kommt aber nur dann schuldtilgende Wirkung zu, wenn die Gegenforderung beziffert wird<sup>27)</sup>, was der Schuldner in SZ 33/11 gerade unterlassen hat.

Das Erfordernis der Bezifferung von Forderung und Gegenforderung hat den Zweck, feststellen zu können, zwischen welchen Forderungen und Gegenforderungen es zu einer Aufrechnung kommen soll. Steht einer Forderung aber nur eine Gegenforderung in höherem Ausmaß gegenüber und ist beiden Parteien klar, zwischen welchen Forderungen es zu einer Aufrechnung kommen soll, wird man an die Bezifferung der Aufrechnungserklärung – wie in SZ 33/11 – geringere Anforderungen stellen und sich mit der Bestimmbarkeit der Gegenforderung begnügen können.

In dem SZ 35/133 zugrundeliegenden Sachverhalt hat der Schuldner eine Erklärung nicht gegenüber dem Gläubiger, sondern als Drittschuldner gegenüber dem Pfändungsgläubiger abgegeben. Ein Anerkenntnis löst grundsätzlich nur dann verjährungsunterbrechende Wirkung aus, wenn es gegenüber dem Gläubiger der Forderung oder dessen Vertreter abgegeben wird<sup>28)</sup>.

<sup>19)</sup> In *Rummel*, ABGB, Rz 6 zu § 1497. Ob auch eine bloß eventualiter erhobene Aufrechnungseinrede als Belangen iS des § 1497 ABGB zu verstehen ist, erscheint fraglich, kann aber hier nicht weiter verfolgt werden. § 215 BGB unterscheidet jedenfalls nicht zwischen unbedingter und bloß für den Fall des Bestehens der Forderung abgegebener Aufrechnungserklärung.

<sup>20)</sup> *Fasching*, Lehrbuch des Zivilprozeßrechts (1984) Rz 1295; OGH JBl 1956, 317; JBl 1963, 535.

<sup>21)</sup> *Fasching*, Lehrbuch, Rz 1299.

<sup>22)</sup> Das ergibt sich zwar nicht aus den veröffentlichten Entscheidungsgründen, ist aber aus der Entscheidungsbesprechung zu schließen.

<sup>23)</sup> In der Anm zu dieser Entscheidung.

<sup>24)</sup> Vgl dazu *Hämmerle-Wünsch*, Handelsrecht<sup>3</sup> III (1979) 119.

<sup>25)</sup> *Schubert* in *Rummel*, ABGB, Rz 5 zu § 1478. OGH SZ 11/130 = Rsp 1929/228; Rsp 1934/60; ZBl 1934/120; EvBl 1942/220 = HS 1596; HS 1601; HS 7230; HS IV/28; QuHGZ 1984/230.

<sup>26)</sup> Eine davon zu unterscheidende Frage ist es jedoch, inwieweit einem solchen Anerkenntnis in bezug auf seine verjährungsunterbrechende Wirkung noch Bedeutung zukommt, wenn die Forderung durch eine zwischenzeitig eingetretene Aufrechnung erloschen ist. Hinzuweisen ist außerdem noch darauf, daß *Wahle* (Rsp 1933, 210) noch von der Geltung des Satzes „ipso iure compensatur“ ausgegangen ist.

<sup>27)</sup> *Rummel* in *Rummel*, ABGB, Rz 3 zu § 1438; OGH EvBl 1960/73; SZ 51/38.

<sup>28)</sup> *Ehrenzweig*, System<sup>2</sup> I/1, 320; *Klang* in *Klang*<sup>2</sup> VI

Es stellt sich daher die Frage, ob der Pfändungsgläubiger als Vertreter des Gläubigers (des Verpflichteten) mit der Wirkung anzusehen ist, daß ein ihm gegenüber abgegebenes Anerkenntnis auch zugunsten des Gläubigers der Forderung wirkt. Der Pfändungsgläubiger ist zwar nicht ein Vertreter des Gläubigers der Forderung im materiellrechtlichen Sinn<sup>29)</sup>; wird ihm gegenüber jedoch ein Anerkenntnis abgegeben, ist die Verjährungsunterbrechungswirkung zugunsten des Gläubigers der Forderung trotzdem zu bejahen<sup>29a)</sup>. Nach Pfändung der Forderung ist dem Gläubiger nämlich die Verfügungsmacht über die Forderung entzogen, so daß alle dem Verfügungsberechtigten gegenüber abgegebenen Erklärungen, die iS des § 308 EO die Eintreibung der Forderung erleichtern, auch zugunsten des Gläubigers wirken müssen; die Rechtsstellung des betreibenden Gläubigers ist diesbezüglich mit der des Masseverwalters durchaus vergleichbar<sup>30)</sup>.

Die Entscheidung JBI 1969, 396 wiederholt zwar zunächst den Satz, daß eine Anerkennung unter Vorbehalt einer Gegenforderung die Verjährung nicht unterbreche, kommt aber letztlich zu einem gegenteiligen Ergebnis, weil „der festgestellte Sachverhalt Umstände aufweist, die bei der Beurteilung dieser Frage nicht außer Acht gelassen werden dürfen“<sup>31)</sup>. Der Schuldner hat die Forderung des Gläubigers anerkannt, jedoch eingewendet, daß er so lange nicht zahlen wolle, bis feststehe, ob ihm die durch den Gläubiger zugefügte Schädigung durch die Versicherung ersetzt werde. Wenn das nicht der Fall sein sollte, wende er eine Gegenforderung im Ausmaß von S 20.000,- ein. Der Gläubiger lehnte das ab und bestand auf der Anerkennung der gesamten Forderung und der Leistung einer Teilzahlung, dem der Schuldner auch nachkam. Als der Gläubiger die restliche Forderung später einklagte, wendete der Schuldner Verjährung ein.

Der OGH hat hinsichtlich der gesamten noch nicht getilgten Forderung eine Verjährungsunterbrechung angenommen, weil die Gegenforderung wegen der Ungewißheit der Zahlung durch den Versicherer noch in Schwebe war und der Schuldner trotz Ablehnung der Kompensation anerkannt habe. Letzteres könne nach Treu und Glauben nur als Kompensationsverzicht des Schuldners gedeutet werden<sup>32)</sup>.

652; Schubert in Rummel, ABGB, Rz 2 zu § 1497; Spiro, Begrenzung privater Rechte I 355.

<sup>29)</sup> Zur streitigen exekutionsrechtlichen Frage vgl. Heller-Berger-Stix, Kommentar zur Exekutionsordnung<sup>4</sup> III (1976) 2207 ff.

<sup>29a)</sup> Ausnahmsweise kann es aber auch sein, daß der Schuldner erkennbar nur gegenüber der Person des Pfändungsgläubigers ein Anerkenntnis abgeben wollte; in einem solchen Fall wirkt es auch nur gegenüber diesem, nicht aber zugunsten des Gläubigers (Verpflichteten).

<sup>30)</sup> Eine diesem gegenüber abgegebene Erklärung wirkt auch zugunsten des Gemeinschuldners. Vgl. dazu Kuhn-Uhlenbruck, Konkursordnung<sup>10</sup> (1986) Rz 9 zu § 6: „Alle Rechtshandlungen, die der Konkursverwalter innerhalb seines Aufgabenkreises wahrnimmt, wirken für und gegen den Gemeinschuldner.“

<sup>31)</sup> JBI 1969, 397 unten.

<sup>32)</sup> In SZ 33/11 hatte der OGH noch ausgeführt, daß es

Dazu ist anzumerken, daß bei Vorliegen aller Kompensationsvoraussetzungen die Schuldtilgung im Weg der Aufrechnung keiner Zustimmung durch den Gläubiger bedarf<sup>33)</sup>, weshalb auch vom Standpunkt des OGH aus der Ablehnung der Kompensation keine entscheidende Bedeutung für die Frage der durch ein Anerkenntnis bewirkten Verjährungsunterbrechung der Forderung zukommen kann. Maßgeblich ist vor allem der Umstand, daß der Schuldner die Geltendmachung der Gegenforderung noch vom Eintreten einer Bedingung abhängig gemacht hat. Mit einer bedingten Forderung kann aber nicht wirksam aufgerechnet werden, weshalb auch keine Schuldtilgung eintreten konnte.

In SZ 42/52 wurde auf die ständige Rechtsprechung des OGH zur hier untersuchten Frage nur obiter dictum verwiesen, entscheidungswesentlich war sie nicht, weil der Schuldner die Forderung bestritten hatte.

In dem Arb 9590 zugrundeliegenden Sachverhalt hatte der Schuldner im Vorprozeß eine Gegenforderung compensando eingewendet. Der Gläubiger hat diese Gegenforderung auch anerkannt. Aus Gründen, die die Entscheidung nicht näher ausführt, ist es im Vorprozeß zu keiner Entscheidung über die Aufrechnungseinrede gekommen. Als der Schuldner die zunächst bloß compensando eingewendete Gegenforderung gesondert einklagte, hielt dem der Gläubiger des Vorprozesses die Verjährungseinrede entgegen. Nach Ansicht des OGH zu Recht, weil ein Anerkennen unter Einwendung einer Gegenforderung kein Anerkenntnis iS des § 1497 ABGB sei und daher die Verjährung nicht unterbreche.

Im übrigen hat sich die Entscheidung Arb 9590 nur mit der Frage befaßt, ob durch die eingewendete Gegenforderung wie bei Vergleichsverhandlungen eine Ablaufshemmung bewirkt werde, was verneint wurde. Schubert<sup>34)</sup> merkt dazu kritisch an, daß der OGH zwar die Hemmung der Verjährung zu Recht abgelehnt habe, auf den durch die prozessuale Aufrechnungseinrede bewirkten Unterbrechungsgrund aber nicht eingegangen sei.

Auch wenn man mit dem OGH die Verjährungsunterbrechungswirkung nicht auf ein Anerkenntnis stützt, so bleibt zur Begründung dieses Ergebnisses noch immer der Rückgriff auf die der Klagserhebung gleichzustellende prozessuale Einwendung einer Gegenforderung. Aus dieser Gleichstellung ergibt sich dann als weitere Konsequenz, daß die Unterbrechungswirkung nur dann erhalten bleibt, wenn das Verfahren gehörig fortgesetzt wird<sup>35)</sup>. Das bedeutet, daß demjenigen, der eine Aufrechnungseinrede erhoben hat, die Unterbrechungswir-

dahingestellt bleiben könne, ob der Aufrechnung ein Kompensationshindernis entgegenstehe.

<sup>33)</sup> Rummel in Rummel, ABGB, Rz 13 zu § 1438.

<sup>34)</sup> In Rummel, ABGB, Rz 6 zu § 1497; Rz 2 zu § 1501.

<sup>35)</sup> So Schubert in Rummel, ABGB, Rz 6 zu § 1497. Es sind die gleichen Grundsätze wie bei einer Verweisung eines Privatbeteiligten auf den Zivilrechtsweg anzuwenden. Vgl. dazu Ch. Huber, Verjährungsunterbrechung durch Privatbeteiligung? NZ 1985, 163 ff.

kung nur dann erhalten bleibt, wenn er bei Ab- oder Zurückweisung bzw Nichtberücksichtigung seiner Aufrechnungseinrede die Gegenforderung innerhalb angemessener Frist klagsweise geltend macht. Auf diese Überlegungen ist die Entscheidung Arb 9590 aber nicht eingegangen.

Zusammenfassend kann festgestellt werden, daß der Satz „Wer anerkennt, aber gleichzeitig eine Gegenforderung in zumindest gleicher Höhe einwendet, gibt kein die Verjährung unterbrechendes Anerkenntnis ab“ zwar in ständiger Rechtsprechung wiederkehrt, er aber nur in SZ 33/11 und SZ 35/133 für die Begründung des Eintritts der Verjährung ausschlaggebend war. Während der OGH in SZ 33/11 noch betonte, daß das Bestehen von Kompensationshindernissen dahin gestellt bleiben könne, begründet er das gegenteilige Ergebnis in JBl 1969, 396 ua damit, daß die Parteien stillschweigend einen Kompensationsverzicht vereinbart haben.

#### 4. Folgerungen aus der Parallele zur Zahlung

Die Entscheidung SZ 33/11 stellt den Zusammenhang zwischen Aufrechnung und Zahlung her, indem darauf verwiesen wird, daß die Behauptung, die Schuld sei infolge Aufrechnung getilgt, ebenso wenig als Anerkenntnis anzusehen sei wie die, die Schuld sei durch Zahlung erloschen<sup>36)</sup>. Auch die Behauptung, gezahlt zu haben, könnte man nämlich implizit als Anerkenntnis darüber qualifizieren, daß die Schuld bestanden hat. Durch eine solche Äußerung bringe der Schuldner aber gerade zum Ausdruck, daß der Gläubiger im Zeitpunkt der Abgabe der Erklärung von ihm nichts mehr begehren könne, weil die Forderung infolge der Tilgungswirkung der Zahlung früher bereits erloschen sei.

Im Unterschied zur Behauptung, gezahlt zu haben, ist die Forderung bei Einwendung einer aufrechenbaren Gegenforderung aber nicht schon in der Vergangenheit erloschen, sondern sie erlischt erst mit Abgabe der Aufrechnungserklärung, mag diese auch zurückwirken, was Konsequenzen für den Zinsenlauf und das Verjährungsrecht hat<sup>37)</sup>. Die Erklärung, die Forderung anzuerkennen, aber gegen sie gleichzeitig eine Aufrechnungserklärung abzugeben, muß daher mit der Erklärung, die Forderung anzuerkennen und sie *nurmehr* durch Zahlung zu tilgen, verglichen werden.

Eine, wenn auch nicht schuldtilgende Zahlung ist grundsätzlich als Anerkenntnis iS des § 1497 ABGB anzusehen, weil der Schuldner durch sein Verhalten zum Ausdruck bringt, daß auch er davon ausgeht, verpflichtet zu sein<sup>38)</sup>. Wie auch sonst bei

Übergabe einer körperlichen Sache wird die Unterbrechungswirkung des in der versuchten mangelfreien Leistungserbringung liegenden schlüssigen Anerkenntnisses modifiziert, wenn dem Empfänger der Leistung wegen der mangelhaften Erfüllung bloß die Gewährleistungsbeihilfe zustehen; diese können vom Berechtigten nur innerhalb der kurzen Gewährleistungsfristen geltend gemacht werden. Handelt es sich hingegen um eine Aliud-Leistung, bleibt es bei der durch das Anerkenntnis bewirkten Unterbrechung der Verjährung. Deshalb hängt von der Unterscheidung, ob eine Nichtzahlung<sup>39)</sup> oder eine bloß mangelhafte Zahlung<sup>40)</sup> vorliegt, ab, ob die durch das Anerkenntnis bewirkte Verjährungsunterbrechungswirkung aufrecht bleibt oder durch die kurzen Gewährleistungsfristen modifiziert wird.

Hat der Schuldner nämlich eine bloß mangelhafte Leistung erbracht, die der Gläubiger entgegengenommen hat, und darf der Schuldner davon ausgehen, von der Schuld befreit worden zu sein, schützt die Rechtsordnung sein Vertrauen dadurch, daß der Gläubiger die aus der Mangelhaftigkeit der empfangenen Leistung sich ergebenden Rechte innerhalb der kurzen Gewährleistungsfrist geltend machen muß. Diese in § 933 ABGB zum Ausdruck kommende Zielsetzung des Gesetzgebers würde aber unterlaufen, wenn man in jeder mangelhaften Leistung zugleich ein die Verjährung des Erfüllungsanspruchs unterbrechendes Anerkenntnis iS des § 1497 ABGB sehen würde, weshalb § 933 ABGB als abschließende Regelung anzusehen ist.

Im folgenden ist zu prüfen, ob die Unterscheidung zwischen Nichterfüllung und Schlechterfüllung, die bei entgeltlichen Austauschverträgen darüber entscheidet, wie lange der Gläubiger seine Rechte geltend machen kann, auch bei der Aufrechnung herangezogen werden kann.

Das ist mE zu verneinen. Im Unterschied zu den Austauschverträgen, bei denen es um synallagmatische Ansprüche geht, handelt es sich bei der Aufrechnung um ein Gestaltungsrecht<sup>41)</sup>. Dieses Gestaltungsrecht ermöglicht es dem Schuldner, ähnlich wie bei der Ersetzungsbefugnis anstelle der ursprünglich geschuldeten Leistung eine andere an deren Stelle zu erbringen. Sind die Gestaltungsvoraussetzungen gegeben, tritt die gewollte Rechtsfolge ein, die Aufrechnung bewirkt die Tilgung der vom Gläubiger geltend gemachten Forderung. Ist auch nur eine der Aufrechnungsvoraussetzungen nicht erfüllt, kommt es nicht zur Tilgung der Forderung.

Gegen die Anwendung des Gewährleistungsrechts bei der Aufrechnung spricht weiters noch

<sup>36)</sup> Auch *Rummel in Rummel*, ABGB, Rz 12 zu § 1438 tritt dafür ein, daß die Wirkung der Aufrechnung der der Zahlung angenähert werden soll, weil beide funktionsverwandt seien.

<sup>37)</sup> Näheres dazu bei *Rummel in Rummel*, ABGB, Rz 14 f zu § 1438.

<sup>38)</sup> Auch bei einem Verbesserungsversuch beginnt die Verjährungsfrist für den Erfüllungsanspruch wieder neu zu laufen. Vgl dazu *Reischauer in Rummel*, ABGB, Rz 5 zu § 933; ebenso OGH HS I/175; SZ 50/85 = JBl 1978, 374 = EvBl 1978/9.

<sup>39)</sup> Das ist etwa der Fall, wenn der Schuldner Spielzeuggeld verwendet.

<sup>40)</sup> Das ist zB gegeben, wenn der Schuldner alte Banknoten (zB alte S 1000-Scheine) verwendet, aber sowohl er als auch der Gläubiger davon ausgehen, daß es sich bei diesen um ein vollgültiges Zahlungsmittel handelt.

<sup>41)</sup> Vgl dazu *Böttcher*, Die „Selbstexekution“ im Wege der Aufrechnung und die Sicherungsfunktion des Aufrechnungsrechts, Schima-FS (1969) 100 f.

das Argument, daß bei den Austauschverträgen der Gläubiger die Übernahme einer mangelhaften Leistung grundsätzlich zurückweisen bzw bei Übernahme die Sache auf ihre Mangelhaftigkeit überprüfen kann, während bei der Aufrechnung dem Gläubiger diese einseitig „aufgedrängt“ wird und er auch geringere Überprüfungsmöglichkeiten in bezug auf die Mangelfreiheit der eingewendeten Gegenforderung hat.

Von der Erklärung des Schuldners, die Forderung des Gläubigers anzuerkennen, aber mit einer Gegenforderung aufzurechnen, bleibt im Fall einer nicht erfolgreichen Kompensation nur das Anerkenntnis übrig. Dieses bewirkt aber, daß die Verjährung der geltend gemachten Forderung unterbrochen wird, so daß für den Gläubiger die Verjährungsfrist seiner Forderung ab dem Zeitpunkt des Zugangs der Erklärung des Schuldners wieder von neuem zu laufen beginnt. Die bisher vom OGH vertretene Meinung, daß die Anerkennung bei Einwendung einer Gegenforderung in dem Fall, daß sich die Aufrechnung im nachhinein als unwirksam herausstellt, die Verjährung *nicht* unterbreche, ist daher nach der hier vertretenen Ansicht abzulehnen.

Zu erörtern bleibt noch ein Sonderfall, in dem der Gläubiger schutzwürdig erscheint, ihm mit Hilfe der *Unterbrechungswirkung* aber die gerichtliche Durchsetzung seiner Forderung nicht ermöglicht wird. Das ist dann gegeben, wenn der Schuldner gegen eine in einer kurzen Frist verjährende Forderung des Gläubigers mit einer einer längeren Verjährungsfrist unterliegenden Forderung aufrechnet und diese Gegenforderung dann durch eine ex tunc-wirkende Anfechtung beseitigt. Das ist etwa gegeben, wenn der Schuldner einer auf Preisminderung gerichteten Gewährleistungsforderung mit einer aus einem anderen Vertrag <sup>42)</sup> fälligen Kaufpreisforderung aufrechnet.

<sup>42)</sup> Besteht zwischen der Kaufpreisforderung des Verkäufers und dem aus dem *gleichen* Vertragsverhältnis abgeleiteten Preisminderungsanspruch des Käufers eine Aufrechnungslage, ist der Käufer bei rechtzeitiger Män-

gelanzeige auch im Fall einer nachträglich vom Verkäufer erfolgreich durchgesetzten ex tunc-Anfechtung vor der Verjährung seines Anspruchs durch § 933 Abs 2 ABGB geschützt.

Ficht der Schuldner diesen Kaufvertrag dann etwa innerhalb der ihm nach § 1487 ABGB zustehenden Dreijahresfrist wegen Irrtums an und dringt er mit diesem Begehren durch, muß der Gläubiger, gegen dessen Forderung mit der Kaufpreisforderung aufgerechnet wurde, den Kaufpreis wieder herausgeben.

Auch wenn man in der mit Wirkung ex tunc weggefallenen Aufrechnung ein deklaratorisches Anerkenntnis hinsichtlich des Preisminderungsanspruchs sieht, so hat dieses bloß den neuerlichen Lauf der sechsmonatigen Gewährleistungsfrist bewirkt; diese ist aber zum Zeitpunkt der Geltendmachung des Kondiktionsanspruchs auf Grund der erfolgreichen Irrtumsanfechtung unter Umständen bereits abgelaufen.

Der Gläubiger erscheint mE jedoch auch in einem solchen Fall schützenswert. Es wäre wenig sachgerecht, ihn mit der Sanktion der Verjährung zu belegen, durfte er doch bis zur erfolgreichen Geltendmachung des Anfechtungsgrundes durch den Schuldner davon ausgehen, daß seine Forderung durch Aufrechnung getilgt worden ist. Selbst wenn er den Schuldner auf Zahlung geklagt hätte, hätte ihm das nichts genützt, denn sein Begehren wäre abgewiesen worden.

Deshalb ist in einem solchen Fall mE eine *Hemmung* der Verjährung seines Anspruchs anzunehmen. Zu begründen ist dieses Ergebnis mit einer Analogie zu den §§ 1494 ff ABGB bzw mit Hilfe des § 1478 ABGB: Der Gläubiger hatte während des Zeitraums, in dem die Aufrechnung durch den Schuldner wirksam war, keinerlei Grund, gegen diesen vorzugehen; auch nach objektiven Gesichtspunkten kann ihm keine Saumsal vorgeworfen werden. Dann wäre es aber geradezu paradox, ihm die gerichtliche Durchsetzung seiner Forderung mit Hilfe des Verjährungsrechts zu versagen.