

Zivilprozessrecht

Schilken / Brinkmann

8. Auflage 2022

ISBN 978-3-8006-6564-8

Vahlen

a) Gegenstand

Gegenstand eines Geständnisses sind **Tatsachen(behauptungen)**, nicht Rechtsausführungen (iura novit curia) oder Erfahrungssätze. Allerdings ist anerkannt, dass einfache, allgemein verwandte Rechtsbegriffe als abgekürzte Tatsachenbehauptungen zugestanden werden können, wenn die Partei sich über deren Bedeutung im Klaren ist.¹¹ Bei schwierigeren Rechtsbegriffen wird ein Geständnis überwiegend ebenfalls für zulässig gehalten, falls der Zugestehende sich ihrer Bedeutung bewusst ist.¹² Im Übrigen ist aber § 288 zurückhaltend anzuwenden und darf nicht die rechtliche Subsumtion durch das Gericht ersetzen.

Beispiele: Zugestanden werden können Vorgänge wie Kauf, Miete, Darlehen, Schenkung, wenn keine Anhaltspunkte für ein falsches Verständnis der Begriffe bestehen (Stichwort: „Leihwagen“). Nur unter dieser Voraussetzung kommt auch ein Zugeständnis von Eigentum oder Besitz in Betracht. Schon genauerer Prüfung bedarf die Verwendung des Begriffes des Halters eines Kraftfahrzeuges¹³ oder der Abnahme eines Bauwerkes.¹⁴

b) Form

Hinsichtlich der **Form** eines Geständnisses ist zu beachten, dass es sich um eine einseitige Erklärung der Partei gegenüber dem Gericht handelt (§ 288 Abs. 2), die in der mündlichen Verhandlung oder zu Protokoll eines ersuchten oder beauftragten Richters ausdrücklich oder konkludent¹⁵ abgegeben wird. Eine schriftsätzliche Erklärung ist – außer im schriftlichen Verfahren nach § 128 Abs. 2 und Abs. 3 – nur als Ankündigung eines Geständnisses anzusehen, das aber dann auch durch Bezugnahme erklärt werden kann.¹⁶

c) Wirkung

Die **Wirkung** eines Geständnisses besteht gem. § 288 Abs. 1 in dem für das Gericht bindenden Wegfall der Beweisbedürftigkeit der betreffenden Tatsache. Auch die Partei ist gebunden; sie kann ihr Geständnis nach § 290 nur wirksam widerrufen, wenn sie beweist, dass es nicht der Wahrheit entspricht und durch einen Irrtum veranlasst ist. Das bewusst unwahre oder als unwahr in Kauf genommene Geständnis ist unwiderruflich.¹⁷ Soweit das Geständnis durch einen Vertreter abgegeben wird, entscheiden analog § 166 Abs. 1 BGB dessen Willensmängel.¹⁸ Unter § 290 fallen sämtliche Irr-

11 S. etwa BGHZ 129, 136 (155) = NJW 1995, 1739; BGH NJW 2010, 3576 (3577); NJW-RR 2006, 281; 2007, 1563 (1565); allg. Sander, Normtatsachen im Zivilprozess, 1998; zum Begriff der Tatsache ausf. Panetta NJOZ 2008, 2166.

12 S. etwa Jacoby ZivilProzR Rn. 416; Blomeyer ZivilProzR ErkVerf § 68 I 2; Jauernig/Hess ZivilProzR § 44 Rn. 4; Rosenberg/Schwab/Gottwald ZivilProzR § 113 Rn. 4; Zeiss/Schreiber ZivilProzR Rn. 409.

13 S. dazu Zeiss/Schreiber ZivilProzR Rn. 409; evtl. Gegenstand einer Zwischenfeststellungsklage.

14 Jacoby ZivilProzR Rn. 416.

15 BGH NJW 1994, 3109; OLG Köln NJW-RR 1993, 573; hingegen nicht im Rahmen einer Parteivernehmung, BGH NJW 1995, 1432, str.

16 BGH NJW 1991, 1683; NJW-RR 1999, 1113; ausf. Panetta NJOZ 2008, 2166.

17 BGH NJW 2011, 2794 (2795) mwN; Rosenberg/Schwab/Gottwald ZivilProzR § 113 Rn. 15 mwN, hM; aA Bernhardt JZ 1963, 245; J. Schmidt, Teilbarkeit und Unteilbarkeit des Geständnisses im Zivilprozess, 1972, S. 148ff. Zur evtl. Unbeachtlichkeit bei Kollusion Cahn AcP 198 (1998), 35 (69f.); Pawlowski MDR 1997, 7.

18 Schilken Wissenszurechnung S. 205ff.

tumsfälle einschließlich des Irrtums aufgrund arglistiger Täuschung. Auf ein durch Drohung herbeigeführtes Geständnis ist die Vorschrift analog anzuwenden.¹⁹ Ferner tritt die Geständniswirkung nicht ein, wenn die Erklärung offenkundigen Tatsachen (→ § 9 Rn. 10f.) widerspricht.²⁰

- 27 Bei bloßem **Nichtbestreiten** einer Tatsache gilt diese zwar gem. § 138 Abs. 3 als zugestanden. Diese „Geständnisfiktion“ hat aber nicht die bindende Wirkung der §§ 288 Abs. 1, 290, sodass die Partei noch zum (substantiierten) Bestreiten der Tatsache übergehen kann.²¹ Ein **außergerichtliches Geständnis** – auch ein nicht den Formerfordernissen entsprechendes Geständnis oder ein solches im Strafverfahren – hat keine Bindungswirkung, immerhin aber im Rahmen der dann erforderlichen Beweisaufnahme die Bedeutung eines Indizes für die Richtigkeit der Tatsache.²²

3. Erhebung von Einreden

- 28 Der Beklagte erhebt eine Einrede im Sinne der ZPO (→ § 7 Rn. 10), wenn er Tatsachen vorbringt, die eine Gegennorm ausfüllen, welche den Rechtsfolgen der klagebegründenden Norm entgegenwirkt.²³ In diesem Fall bestreitet der Beklagte nicht unbedingt den Klagegrund, macht aber geltend, die daraus sich ergebende Rechtsfolge sei wegen eines gegenläufigen Tatbestandes nicht eingetreten, wieder entfallen oder nicht durchsetzbar („ja, aber“).
- 29 Hier wird in Anknüpfung an das BGB zwischen rechtshindernden, rechtsvernichtenden, rechtshemmenden und rechtsausschließenden Einreden im Sinne der ZPO unterschieden.²⁴

a) Rechtshindernde Einreden

- 30 **Rechtshindernde Einreden** sind vom Beklagten vorgebrachte Tatsachen, die den vom Kläger geltend gemachten Klageanspruch trotz Vorliegens der klagebegründenden Tatsachen an seiner wirksamen Entstehung hindern. Vom bloßen Bestreiten der rechtsbegründenden Tatsachen unterscheidet sich eine solche Einrede dadurch, dass der Beklagte damit nicht den regelmäßigen Entstehungstatbestand leugnet, sondern einen besonderen Ausnahmetatbestand geltend macht.²⁵

Beispiele: Der Beklagte bestreitet nicht die verbindliche Einigung über Kaufgegenstand und -preis, beruft sich aber mit entsprechendem Tatsachenvortrag auf Geschäftsunfähigkeit einer Partei (§§ 104ff. BGB), Gesetzeswidrigkeit (§ 134 BGB), Sittenwidrigkeit (§ 138 BGB). Hierunter fällt wegen der Rückwirkung (§ 142 BGB) auch die Anfechtung nach §§ 119f., 123 BGB. Eine Besonderheit gilt lediglich für die gesetzliche Formnichtigkeit (§ 125 BGB), da die Einhaltung gesetzlich vorgeschriebener Form vom Kläger (Anspruchsteller) vorzutragen ist.

19 Str.; zur generellen Unanwendbarkeit der Anfechtungsregeln bei Prozesshandlungen → § 4 Rn. 43f.

20 BGH NJW 1979, 2089; ZIP 2002, 1451; Jauernig/Hess ZivilProzR § 44 Rn. 10; Pawlowski MDR 1997, 7; Schilken ZJP 126 (2013), 403 (411) mwN.

21 BGH NJW-RR 1996, 1044.

22 BGH NJW-RR 2004, 1001.

23 Rosenberg/Schwab/Gottwald ZivilProzR § 103 Rn. 7.

24 Meller-Hannich ZivilProzR Rn. 320.

25 Rosenberg/Schwab/Gottwald ZivilProzR § 103 Rn. 8; krit. Bruns ZivilProzR Rn. 169b; Leipold, Beweislastregeln und gesetzliche Vermutungen, 1966, S. 38ff.

b) Rechtsvernichtende Einreden

Rechtsvernichtende Einreden haben Tatsachen zum Inhalt, die zum nachträglichen 31
Untergang des vom Kläger erhobenen Anspruchs führen. Eine besondere Stellung
nimmt dabei im Zivilprozess die rechtsvernichtende Einrede der Aufrechnung an, die
näherer Darstellung bedarf (→ § 7 Rn. 36 ff.).

Beispiele: Der Beklagte beruft sich auf Tatsachen einer Erfüllung (§ 362 BGB), eines Erlasses (§ 397 BGB),
einer befreienden Schuldübernahme (§§ 414, 415 BGB), eines Rücktritts (zB nach §§ 346 ff. BGB), einer
Kündigung (zB gem. §§ 568 ff. BGB beim Mietvertrag), des Wegfalls der Geschäftsgrundlage (§ 313
BGB)²⁶ oder der Aufrechnung mit einer Gegenforderung (§§ 387 ff. BGB).

c) Rechtshemmende Einreden

Bei den **rechtshemmenden Einreden** handelt es sich um entsprechende Einreden auch 32
im Sinne des bürgerlichen Rechts, nämlich um die Geltendmachung eines Leistungs-
verweigerungsrechts. Beruft sich der Beklagte auf ein solches Recht und werden ent-
sprechende Tatsachen im Prozess vorgetragen, so wird zwar der Anspruch des Klägers
nicht beseitigt, seine Durchsetzung aber vorübergehend gehemmt (auch sog. **dilatori-**
sche Einrede im Sinne des BGB).

Beispiele: Der Beklagte räumt das Bestehen des Klageanspruchs ein, beruft sich aber auf die rechtshem-
mende Einrede der Stundung, des Zurückbehaltungsrechts (§§ 273, 274, 1000 BGB) oder des nicht erfüllten
Vertrages (§§ 320, 322 BGB).

d) Rechtsausschließende Einreden

Rechtsausschließende Einreden, die zT mit den rechtshemmenden Einreden zusam- 33
mengefasst werden, sind nach hiesiger Diktion die peremptorischen Einreden im Sinne
des BGB. Es handelt sich ebenfalls um die Geltendmachung eines Leistungsverweige-
rungsrechts seitens des Beklagten, das aber im Gegensatz zur dilatorischen Einrede die
Durchsetzung des Klageanspruchs **auf Dauer** hindert. Eine solche rechtsausschlie-
ßende Einrede erhebt der Beklagte, wenn er sich auf eine **Verjährung** des Klage-
anspruches beruft (§ 214 Abs. 1 BGB).²⁷

e) Wirkungen der Einreden

Die Wirkungen der Einreden zeigen sich darin, dass der Kläger seinerseits auf den 34
entsprechenden Sachvortrag reagieren muss, wenn er nicht eine Klageabweisung oder (bei
den Einreden des Zurückbehaltungsrechts und des nicht erfüllten Vertrages) eine nur
eingeschränkte Verurteilung des Beklagten riskieren will. Der Kläger kann sich gegen-
über der Erhebung einer Einrede in gleicher Weise verteidigen wie der Beklagte gegen-
über der Klage, also insbesondere die Einredetatsachen bestreiten oder seinerseits eine
Gegenrede erheben.²⁸

Beispiel: Die Beklagte erhebt gegenüber dem vom Kläger geltend gemachten Kaufpreisanspruch die Ein-
rede, sie habe ihre Käuferklärung wegen Irrtums wirksam angefochten. Demgegenüber macht der Kläger
geltend, die Beklagte habe bei Verhandlungen der Parteien über die Abwicklung des Vertrages das an-
fechtbare Rechtsgeschäft bestätigt (§ 144 Abs. 1 BGB). Gegenüber dieser Einrede wendet die Beklagte

26 S. dazu Dauner-Lieb/Dötsch NJW 2003, 921 (927).

27 Dazu grundl. Meller-Hannich JZ 2005, 656; Wernecke JA 2004, 331.

28 S. dazu Jauernig/Hess ZivilProzR § 43 Rn. 20.

wiederum ein, sie habe auch die Bestätigung angefochten, und zwar wegen arglistiger Täuschung seitens des Klägers.

- 35 Die **Beweislast** für die tatsächlichen Voraussetzungen einer Einrede trägt derjenige, der sich auf sie beruft, bei der Erhebung einer Einrede gegenüber dem Klageanspruch also der Beklagte. Bei den rechtshemmenden und den rechtsausschließenden Einreden besteht die Besonderheit, dass der Beklagte nicht nur die tatsächlichen Voraussetzungen der bürgerlich-rechtlichen Einreden vortragen, sondern die Leistungsverweigerungsrechte auch ausüben, also eine entsprechende Willenserklärung abgeben muss. Diese („materiell-rechtliche“) Berufung auf die Einrede, die bei den rechtshindernden und rechtsvernichtenden Einreden (= Einwendungen im Sinne des BGB) nicht erforderlich ist, kann auch außerhalb des Prozesses erfolgen. Sämtliche Einreden müssen freilich durch entsprechenden Sachvortrag in den Prozess eingebracht werden. Insofern ist es etwas missverständlich, wenn formuliert wird,²⁹ rechtshindernde und rechtsvernichtende Einreden seien von Amts wegen zu beachten, auf rechtshemmende und rechtsausschließende Einreden müsse der Beklagte sich berufen. Sämtliche Einreden sind vom Gericht (nur dann) zu beachten, wenn sie von einer der beiden Parteien vorgebracht werden; freilich wird es in der Regel der Beklagte sein, der die Einredetatsachen im Prozess geltend macht.³⁰

Beispiele: Der Kläger trägt selbst vor, die Beklagte habe ihre Kauferklärung wegen arglistiger Täuschung angefochten, macht aber geltend, es habe keine Täuschung vorgelegen. Dann muss Beweis über die Täuschung erhoben werden, sofern die Beklagte entsprechenden Beweis angetreten hat (zB Benennung von Zeugen) oder das Gericht eine von Amts wegen zulässige Beweisaufnahme (zB Einholung eines Sachverständigengutachtens) für geboten hält.

Räumt der Kläger hingegen die Täuschung ein, so ist die Klage aufgrund seines (Einrede-)Vorbringens un schlüssig und als unbegründet abzuweisen, ohne dass die Beklagte sich noch auf die (bereits vorgetragene) Anfechtung berufen oder Beweis erhoben werden müsste.

Die Klage ist auch un schlüssig, wenn der Kläger vorträgt, die Beklagte habe sich vorprozessual auf eine Verjährung des Klageanspruchs berufen, sofern die Voraussetzungen der Verjährung gegeben sind. Trägt der Kläger hingegen lediglich Tatsachen vor, die die Einrede der Verjährung rechtfertigen würden, ohne dass die Beklagte sich darauf beruft oder für ein solches Berufen vorgetragen wird, so bleibt die Klage schlüssig. Es stellt sich dann die Frage, ob das Gericht die Beklagte auf die Möglichkeit der Einrede der Verjährung hinweisen kann, oder ob es sich hierdurch befangen machen würde (→ § 3 Rn. 26f.).

4. Die Einrede der Aufrechnung im Besonderen

- 36 Die rechtsvernichtende Einrede der Aufrechnung ist ein bedeutsames Verteidigungsmittel, das besondere Probleme aufwerfen kann. Man muss sich zunächst der Unterscheidung zwischen der Erklärung der Aufrechnung und deren Geltendmachung im Prozess bewusst sein. Die Aufrechnungserklärung ist ihrer **Rechtsnatur** nach eine **materiell-rechtliche Willenserklärung** (§§ 387 ff. BGB), deren Wirksamkeit sich nach dem bürgerlichen Recht bestimmt. Die Geltendmachung der (Einrede der) Aufrechnung, von der allein die ZPO handelt (vgl. §§ 145 Abs. 3, 302 Abs. 1, 322 Abs. 2, 533), ist demgegenüber eine Prozesshandlung, die den dafür einschlägigen Regeln unter-

29 S. etwa Jacoby ZivilProzR Rn. 394; krit. auch Meller-Hannich ZivilProzR Rn. 320 und JZ 2005, 656 (659).

30 Näher Jauernig/Hess ZivilProzR § 43 Rn. 7f.; ferner Rosenberg/Schwab/Gottwald ZivilProzR § 103 Rn. 14f.

liegt.³¹ Allerdings führt sie gem. § 204 Abs. 1 Nr. 5 BGB zu einer Hemmung der Verjährung.³²

a) Aufrechnungserklärung

Die materiell-rechtliche **Aufrechnungserklärung** kann außerhalb des Prozesses abgegeben und in den Prozess als Einrede eingeführt werden. Es kann aber auch eine Aufrechnungserklärung im Prozess erfolgen, bei der dann materiell-rechtliche Willenserklärung und prozessuale Geltendmachung als **Doppeltatbestand** zusammenfallen.³³ Die einmal erklärte Aufrechnung bleibt grundsätzlich materiell wirksam, die Geltendmachung der Aufrechnung im Prozess kann hingegen widerrufen werden.³⁴ 37

b) Eventualaufrechnung

Bestreitet der Beklagte (ausnahmsweise) die klagebegründenden Tatsachen nicht und erhebt er auch keinerlei Einwendungen oder sonstige Einreden, so ist die Einrede der Aufrechnung gegenüber einer schlüssigen Klageforderung als einziges Verteidigungsmittel sogleich zu berücksichtigen. 38

In aller Regel handelt es sich bei einer Aufrechnung im Prozess aber um eine sog. Eventualaufrechnung. Der Beklagte erklärt **die Aufrechnung nur hilfswiese** für den Fall, dass das Gericht die Klageforderung für bestehend hält. Primär will der Beklagte in diesem Fall also erreichen, dass die Klage aus anderen (rechtlichen oder tatsächlichen) Gründen abgewiesen wird. Nur für den „Eventualfall“, dass der Beklagte mit seinen sonstigen Einreden nicht durchdringen kann, erklärt er die Aufrechnung und „opfert“ dadurch seine Gegenforderung. Der Zulässigkeit einer solchen Eventualaufrechnung steht die materiell-rechtliche Bedingungsfeindlichkeit der Aufrechnung (§ 388 S. 2 BGB) nicht entgegen, weil es sich richtiger Ansicht nach³⁵ nicht um eine iSv § 158 BGB bedingte Aufrechnung handelt. Vielmehr ist das Bestehen der Klageforderung Tatbestandsvoraussetzung der Aufrechnung.³⁶ Auch prozessrechtlich ist die hilfswiese Vornahme der Prozesshandlung ausnahmsweise zulässig, weil eine **innerprozessuale Bedingung** vorliegt (→ § 4 Rn. 34 ff.). 39

Bei einer Eventualaufrechnung hat das Gericht die Einrede der Aufrechnung erst und nur dann zu beachten, wenn es die Klageforderung für begründet hält. Deshalb und im Hinblick auf die Rechtskraftwirkung einer Entscheidung über die Aufrechnung (→ § 27 Rn. 31) kann das Bestehen der Klageforderung in solchen Fällen nicht offengelassen werden, sondern es muss darüber verhandelt und – gegebenenfalls nach Be- 40

31 S. näher Rosenberg/Schwab/Gottwald ZivilProzR § 104. Ausf. zur Aufrechnung im Prozess in neuerer Zeit Noltze, Aufrechnung und Prozess, 2000, passim; Schreiber FG 50 Jahre BGH, 2000, 227 ff.; Möller JA 2001, 49; Wolf JA 2008, 673 und 753; zur Klägeraufrechnung Brückner, Die Klägeraufrechnung im Prozess, 2006, passim.

32 Dazu BGHZ 176, 128 (131 ff.) = NJW 2008, 2429; BGH JR 2009, 108 mAnm F. Peters; BGH-Report 2009, 741.

33 Rosenberg/Schwab/Gottwald ZivilProzR § 104 Rn. 13, str.; ausf. Wolf JA 2008, 673 (676 ff.) mwN.

34 BGH WM 1991, 196; 2009, 379 (380); Rosenberg/Schwab/Gottwald ZivilProzR § 104 Rn. 6; Schellhammer Zivilprozess Rn. 320; aA E. Schmidt ZZZ 87 (1974), 29 (41).

35 S. zu den kontroversen Begründungen der Zulässigkeit der Eventualaufrechnung näher Rosenberg/Schwab/Gottwald ZivilProzR § 104 Rn. 14 ff. mit umfangreichen Nachweisen; ausf. auch Musielak NJW 1994, 817 (818 ff.); Wolf JA 2008, 676 ff.

36 Jauernig/Hess ZivilProzR § 45 Rn. 7; Rosenberg/Schwab/Gottwald ZivilProzR § 104 Rn. 18 mwN.

weiserhebung – entschieden werden, ehe das Gericht sich – bei Begründetheit der Klageforderung – der Aufrechnungseinrede zuwendet. Allerdings kann es durch die Aufrechnung auch zu einer Erledigung der Hauptsache kommen (s. näher § 12).

Es können sich bei einer Eventualaufrechnung vor allem folgende Konstellationen ergeben:

1. Die Klageforderung erweist sich als un schlüssig oder als aufgrund einer unbestrittenen Einwendung/ Einrede unbegründet: Klageabweisung ohne Rücksicht auf die Aufrechnung.
2. Die Klageforderung ist wegen umstrittener klagebegründender, einwendungs- oder einredebegründender Tatsachen zweifelhaft, die Aufrechnungsforderung entscheidungsreif: Beweiserhebung über die Klageforderung; Berücksichtigung der Aufrechnungsforderung nur, wenn sich die Klageforderung schließlich als begründet erweist.
3. Die Klageforderung ist begründet, die Gegenforderung streitig (auch bei 2. möglich): Beweiserhebung über die Aufrechnungsforderung, uU kann über die Klageforderung bereits in einem Vorbehaltsurteil entschieden werden (→ § 10 Rn. 10f.); möglich ist gegebenenfalls auch die Abtrennung der Verhandlung über die Gegenforderung, wenn diese mit der Hauptforderung **nicht** in rechtlichem Zusammenhang steht (§ 145 Abs. 3).

- 41 Rechnet der Beklagte mit mehreren Forderungen auf, so muss er in Anwendung des Bestimmtheitsgrundsatzes (§ 253 Abs. 2) die Forderungen hinreichend genau bezeichnen und die **Reihenfolge der Aufrechnung** festlegen.³⁷ Auch muss es sich um selbstständige Gegenforderungen und nicht lediglich un selbstständige Rechnungsposten handeln.³⁸

c) Rechtshängigkeit der Aufrechnungsforderung

- 42 Die Frage der **Rechtshängigkeit der Aufrechnungsforderung** bei Erhebung der Einrede der Aufrechnung ist umstritten.³⁹ Die Anordnung der Rechtskraftfolge nach § 322 Abs. 2 (→ § 27 Rn. 31) ohne Rechtshängigkeit⁴⁰ ist eine ungewöhnliche Erscheinung. Dennoch ist die Rechtshängigkeit nach herrschender Meinung zu verneinen, weil der Aufrechnende keine selbstständige Entscheidung über die Aufrechnungsforderung begehrt. Daraus folgt, dass sowohl eine klageweise Geltendmachung der aufgerechneten Forderung als auch eine Aufrechnung in mehreren Prozessen zulässig ist, § 261 Abs. 3 Nr. 1 steht nicht entgegen! Der Gefahr doppelter oder divergierender Entscheidungen muss durch Aussetzung nach § 148 begegnet werden, wenn das Gericht entsprechende Informationen erhält.⁴¹

37 BGH JZ 2002, 501 mAnm Dörner.

38 BGH NJW-RR 1993, 386; 1997, 1157; 2004, 1715.

39 Abl. insbesondere BGHZ 57, 242 = NJW 1972, 450 und öfter; BGH ZZZ 118 (2005), 7, 497 mAnm Althammer; BLAH/Bünnigmann ZPO § 145 Rn. 15; Bruns ZivilProzR Rn. 157b; Jacoby ZivilProzR Rn. 401; Huber JuS 2008, 1050 (1051); Jauernig/Hess ZivilProzR § 45 Rn. 9; Kleinbauer JA 2007, 416 (417); Lindacher JZ 1972, 429; MüKoZPO/Fritsche ZPO § 145 Rn. 29; Musielak/Voit GK ZPO Rn. 566ff., Musielak JuS 1994, 817 (824f.) und FS Leibold, 85ff.; Paulus ZivilProzR Rn. 197; Rosenberg/Schwab/Gottwald ZivilProzR § 104 Rn. 23; Schellhammer Zivilprozess Rn. 328; Stein/Jonas/Althammer ZPO § 145 Rn. 49ff.; Wolf JA 2008, 753 (754f.); Zöller/Greger ZPO § 145 Rn. 18.

40 Für Rechtshängigkeit, iE diff., zB Bettermann ZZZ 85 (1972), 485 (488); Blomeyer ZivilProzR ErkVerf § 60 I 1a; Heckelmann NJW 1972, 1350; Rimmelspacher, Materiellrechtlicher Anspruch und Streitgegenstandsprobleme im Zivilprozess, 1970, S. 324ff.; E. Schmidt ZZZ 87 (1974), 29 (36); Schreiber FG 50 Jahre BGH, 2000, 243ff.; Zeiss JR 1972, 337 und Zeiss/Schreiber ZivilProzR Rn. 394f.

41 S. etwa BGH ZZZ 117 (2004), 497 mwN und Anm. Althammer.

Beispiel: Rechnet der Beklagte gegen die Klageforderung mit der von ihm beanspruchten Gegenforderung auf, so ist eine von ihm im Anschluss erhobene Leistungsklage gegen K über diese Forderung an sich zulässig, kann allerdings am fehlenden Rechtsschutzbedürfnis scheitern.

Ebenso wenig schließt nach herrschender Meinung eine schon rechtshängige Leistungsklage die Geltendmachung der Aufrechnungseinrede in einem Passivprozess aus. Allerdings entfällt mit Erhebung der Aufrechnungseinrede uU das Rechtsschutzbedürfnis für die bei Erfolg der Aufrechnung zudem unbegründete (erledigte) Leistungsklage. **43**

Beispiel: Hat B seine Forderung zunächst gegen K eingeklagt und rechnet er nunmehr in einem Parallelprozess, den der K angestrengt hat, mit diesem Anspruch auf, so ist diese Aufrechnung zulässig,⁴² die Klage des B bleibt bei Eventualaufrechnung weiter zulässig, sonst ist sie hingegen nunmehr unzulässig geworden, weil es am Rechtsschutzbedürfnis fehlt.

d) Sachentscheidungs Voraussetzungen

Die **Sachentscheidungs Voraussetzungen** sind für die Geltendmachung der Aufrechnungsforderung nach ganz hM nicht zu prüfen.⁴³ Probleme ergeben sich insoweit aber jedenfalls bei der Aufrechnung mit Forderungen vor einem für die klageweise Geltendmachung (sachlich oder örtlich) unzuständigen Gericht sowie mit solchen Forderungen, deren aktive Geltendmachung in einem anderen Rechtsweg erfolgen müsste. **44**

Beispiele: Klägerin K macht vor dem Landgericht Bonn einen Kaufpreisanspruch iHv 10.000 EUR gegen den Beklagten B geltend. B verteidigt sich unter anderem damit, er habe wegen eines Mietzinsanspruches für die von K in Berlin gemietete Wohnung iHv 700 EUR die Aufrechnung erklärt.

Hinsichtlich der sachlichen und örtlichen Zuständigkeit besteht heute Einigkeit darüber, dass mit einer Gegenforderung aufgerechnet werden kann, die im Wege der Klage vor einem anderen Zivilprozessgericht geltend zu machen wäre. Eine Aufrechnung mit rechtswegfremden Forderungen, beispielsweise also mit einem Anspruch der vor einem Arbeitsgericht einzuklagen wäre, ist hingegen nach der wohl herrschenden Meinung nicht möglich.⁴⁴ **45**

e) Rechtskraftfähigkeit

§ 322 Abs. 2 (→ § 27 Rn. 31) sieht vor, dass die Entscheidung über die Aufrechnungseinrede der **Rechtskraft fähig** ist, während ansonsten über Einreden, denen ein Gegenanspruch des Beklagten zugrunde liegt, im Zivilprozess nicht rechtskraftfähig entschieden wird. Hat der Beklagte die Aufrechnung einer Gegenforderung geltend gemacht, so ist danach die Entscheidung, dass die Gegenforderung nicht besteht, bis zur Höhe des Betrages der Rechtskraft fähig, für den die Aufrechnung geltend gemacht worden ist. Das gilt auch für den Fall, dass die Gegenforderung infolge der Aufrechnung nicht (mehr) besteht, dh, wenn und soweit die Klage wegen Durchgreifens der Aufrechnungseinrede abgewiesen wird.⁴⁵ **46**

42 So auch BGHZ 57, 242 = NJW 1972, 450; BGH JZ 1999, 624 mAnm Foerste; Schreiber FG 50 Jahre BGH, 2000, 243 ff.

43 Jauernig/Hess ZivilProzR § 45 Rn. 9; Zeiss/Schreiber ZivilProzR Rn. 396; krit. Schreiber ZZZP 90 (1977), 395.

44 Kritisch und mwN hierzu Musielak/Voit/Stadler ZPO § 145 Rn. 31 f.

45 RGZ 161, 167 (171); BGHZ 36, 316 (319) = NJW 1962, 907; BGHZ 89, 349 (352) = NJW 1984, 1356; Musielak JuS 1994, 817 (825); Rosenberg/Schwab/Gottwald ZivilProzR § 154 Rn. 18 mwN; Wolf JA 2008, 753 (755 f.), ganz hM.

§ 322 Abs. 2 ist also zu verstehen: „... so ist die Entscheidung, dass die Gegenforderung nicht oder infolge der Aufrechnung nicht mehr besteht, ... der Rechtskraft fähig“.

- 47 Zweifelhaft kann der **Umfang** der rechtskräftigen Entscheidung über die Aufrechnungsforderung sein, wenn sie die Klageforderung übersteigt oder mehrere Gegenforderungen zur Aufrechnung gestellt werden. Verneint das Gericht die gesamte Aufrechnungsforderung oder mehrere gestaffelte Gegenforderungen, so beschränken sich die Rechtskraftwirkungen stets auf die Höhe der Klageforderung⁴⁶ entsprechend dem Wortlaut des § 322 II.

Beispiel: K klagt gegen B 1.000 EUR ein. B rechnet mit einer Gegenforderung iHv 2.500 EUR auf. Wird B zur Zahlung von 1.000 EUR mit der Begründung verurteilt, dass die Gegenforderung über 2.500 EUR nicht bestehe, so hat B zwar den Gesamtbetrag dieser Forderung und nicht nur 1.000 EUR für die Aufrechnung eingesetzt, dennoch ist die Forderung des B nach ganz hM nur iHv 1.000 EUR verbraucht, sodass B die weiteren 1.500 EUR gegen K einklagen könnte, ohne daran durch die Rechtskraft gehindert zu sein.

f) Prozessual unzulässige Aufrechnungseinrede

- 48 In Fällen, in denen die prozessrechtliche Einrede der **Aufrechnung prozessual unzulässig** ist, beispielsweise weil das Vorbringen als verspätet zurückzuweisen ist, stellt sich die Frage, ob die materiell-rechtliche Aufrechnungserklärung wirksam ist und zum Erlöschen gem. § 389 BGB führt. Dies wird insbesondere deutlich, wenn die Aufrechnung im Prozess erklärt wird; diese Erklärung hat dann einen **Doppeltatbestand**, sodass prozessuale und materielle Wirksamkeit getrennt zu prüfen sind.
- 49 Die hM geht mit unterschiedlichen Begründungen davon aus, dass auch die materiell-rechtliche Wirkung der Aufrechnung in diesen Fällen ausscheidet, unabhängig davon, ob sie außerhalb oder innerhalb des Prozesses erklärt worden ist.⁴⁷ Zur Begründung wird zum Teil auf § 139 BGB verwiesen. Zum Teil wird angenommen, die materiell-rechtliche Aufrechnung stehe unter der (stillschweigenden) Bedingung, dass die Geltendmachung prozessual zulässig ist.⁴⁸

g) Gegenstandswert

- 50 Der **Gegenstandswert** der Aufrechnungsforderung spielt für die Bestimmung der Zuständigkeit des Gerichts keine Rolle, der Zuständigkeitsstreitwert wird von der Aufrechnung nicht berührt. Beim für die Prozesskosten maßgeblichen Gegenstandswert findet allerdings gem. § 45 Abs. 3 GKG eine Zusammenrechnung statt, wenn die Aufrechnung nur hilfswise und mit einer bestrittenen Gegenforderung erfolgt und beschieden wird.⁴⁹

46 S. etwa BGHZ 57, 301 = NJW 1972, 257; OLG Celle OLGZ 1970, 5 und AnwBl 1984, 311; Meller-Hannich ZivilProzR Rn. 425; MüKoZPO/Gottwald ZPO § 322 Rn. 208; Zeiss/Schreiber ZivilProzR Rn. 393.

47 So zB BGHZ 16, 124 (140) = NJW 1955, 497; BGH NJW-RR 1987, 1196; NJW 1997, 743; Blomeyer ZJP 88 (1975), 439; Grunsky JZ 1965, 391; Jacoby ZivilProzR Rn. 400; Hässemeyer FS Weber, 1975, 218ff.; Henckel ZJP 74 (1961), 165 (174); Huber JuS 2008, 1050f.; Jauernig/Hess ZivilProzR § 45 Rn. 8; Kawano ZJP 94 (1981), 1 (25); Lüke/Huppert JuS 1971, 165 (169); Musielak/Voit GK ZPO Rn. 563ff.; Wolf JA 2008, 753f.; Zeiss/Schreiber ZivilProzR Rn. 391f. Ausf. zur Rücknahme der Prozessaufrechnung Leichsenring NJW 2013, 2155.

48 Vgl. BGH NJW 1994, 2769 (2770).

49 Vgl. dazu Pfennig NJW 1976, 1074.