

*Arbeitsgemeinschaft Zivilrecht:*  
**Lösungen zum Thema Aufrechnung**

**Fall 1 a**

**I. Begründetheit der Klageforderung aus § 488 Abs. 1 Satz 2 BGB**

1. Aus dem Sachverhalt ergibt sich ein **fälliger Anspruch** auf **Rückzahlung** von 300.000 Euro sowie 12 % Zinsen hieraus für sechs Monate, zuzüglich Verzugszinsen.
2. **Einwendungen** gegen den Anspruch **selbst** hat der Beklagte **nicht** erhoben.

**II. Aufrechnung mit Gegenanspruch aus § 631 Abs. 1 BGB**

1. Der zur Aufrechnung gestellte Gegenanspruch ist **gleichartig**.
2. Es fehlt aber an der **Gegenseitigkeit**, genauer an der **Personen-Identität** auf Klägerseite: Gläubiger der **Klageforderung** ist die Müller **Grundstücksgesellschaft**. Schuldner der **Gegenforderung** ist allein **Hans Müller**.  
§ 719 Abs. 2 BGB stellt ausdrücklich klar, dass in solchen Fällen **nicht** aufgerechnet werden kann.
3. **Ergebnis:** Die **Aufrechnung** ist aus materiell-rechtlichen Gründen **unzulässig**. Die **Klage** ist **begründet**.

**III. Nebenentscheidungen**

1. Die **Kosten** trägt gemäß § 91 Abs. 1 ZPO der **Beklagte**.
2. **Vorläufige Vollstreckbarkeit:** gegen **Sicherheitsleistung**, § 709 ZPO.
3. **Streitwert: 300.000 Euro**, § 48 Abs. 1 GKG und § 3 ZPO.  
Die **Aufrechnung** führt nach § 45 Abs. 3 GKG nur dann zu einer **Erhöhung**, wenn sie **hilfswise** geltend gemacht wird. **Hier** war sie das **einzige Verteidigungsmittel**.  
Unabhängig davon würde § 45 Abs. 3 GKG hier auch deshalb nicht greifen, weil über den zur Aufrechnung gestellten Anspruch nicht inhaltlich entschieden worden ist.

**Fall 1 b**

**I. Zulässigkeit und Begründetheit der Berufung**

1. Probleme hinsichtlich der **Zulässigkeit** sind aus dem Sachverhalt nicht ersichtlich.
2. Hinsichtlich der **Begründetheit** stellt sich gegenüber Fall 1 a zusätzlich die Frage, ob Neumann noch **wirksam bestreiten** kann, die **Darlehenssumme erhalten** zu haben.
  - a) Dies ist nach § 290 ZPO jedenfalls dann ausgeschlossen, wenn Neumann den Erhalt der Darlehenssumme in erster Instanz **zugestanden** hat.
    - (1) Ein **ausdrückliches** Geständnis lässt sich dem Sachverhalt nicht entnehmen.
    - (2) Wenn sich der Beklagte gegenüber einem schlüssigen Klagevortrag **ausschließlich** mit einer **Aufrechnung** verteidigt, liegt darin in der Regel jedoch ein **konkludentes Geständnis** aller den Klageanspruch begründenden tatsächlichen Behauptungen des Klägers (BGH NJW-RR 1996, 699).
  - b) Die Voraussetzungen, unter denen ein Geständnis gemäß § 290 ZPO **widerrufen** werden kann, liegen **nicht** vor.

c) **Zwischenergebnis:** Der Beklagte kann die Auszahlung des Darlehens **nicht** mehr wirksam bestreiten.

3. **Ergebnis:** Die Berufung ist unbegründet.

## II. Nebenentscheidungen

1. Die **Kosten** des Berufungsverfahrens trägt der **Beklagte** (§ 97 Abs. 1 ZPO).

Über die erstinstanzlichen Kosten ist schon im Urteil des Landgerichts entschieden. Dieses bleibt bestehen.

2. **Vorläufige Vollstreckbarkeit:**

ohne Sicherheitsleistung, aber mit Abwendungsbefugnis, § 708 Nr. 10, § 711 ZPO.

3. **Zulassung der Revision** (vgl. § 543 Abs. 1 Nr. 1 ZPO):

Zulassungsgründe sind **nicht** ersichtlich.

4. **Streitwert: 300.000 Euro**, § 48 Abs. 1 GKG, § 3 ZPO.

§ 45 Abs. 3 GKG greift auch hier nicht. Zwar hat der Beklagte in zweiter Instanz nur noch **hilfsweise** aufgerechnet, weil er auch das Bestehen der Klageforderung an sich bestritten hat. Über die zur Aufrechnung gestellte Forderung ist aber sowohl in erster als auch in zweiter Instanz **keine Sachentscheidung** im Sinne von § 322 Abs. 2 ZPO getroffen worden. Die Versagung der Aufrechnung mangels Gegenseitigkeit enthält hier keine Aussage darüber, ob die zur Aufrechnung gestellte Forderung besteht oder nicht.

**Beachte:** Anders liegt es, wenn die Parteien darüber streiten, ob der Beklagte Inhaber der Gegenforderung ist und das Gericht diese Frage verneint. Dann enthält das Urteil die Feststellung, dass die vom Beklagten geltend gemachte Forderung nicht besteht. Diese Feststellung ist der Rechtskraft fähig. Im vorliegenden Fall steht hingegen außer Streit, dass die verklagte Gesellschaft nicht Inhaberin der Gegenforderung ist.

### Fall 1 c

#### I. Rechtliche Beurteilung

1. Hinsichtlich des mit der **Klage** geltend gemachten Anspruchs aus **Darlehen** ergeben sich **keine Änderungen** gegenüber dem Grundfall. Der Anspruch ist **begründet**.

2. Hinsichtlich der zur **Aufrechnung** gestellten Gegenforderung ergeben sich folgende **Änderungen:**

a) Die **Gegenseitigkeit** ist nunmehr **gegeben:**

(1) Auf **Klägerseite:**

Die Müller **Grundstücksgesellschaft** ist Gläubigerin der Hauptforderung und nunmehr auch Schuldnerin der Gegenforderung aus Werkvertrag.

(2) Auf **Beklagtenseite:**

Norbert **Neumann** ist Schuldner der Hauptforderung und – infolge Abtretung – Gläubiger der Gegenforderung.

b) Die **Hauptforderung** aus Darlehen ist seit der fristlosen Kündigung **erfüllbar**.

c) Ausgehend vom *Beklagtenvortrag* ist die **Gegenforderung** aus Werkvertrag **fällig**. Zwar ist das Werk noch nicht abgenommen.

Die Abnahmefiktion des § 640 Abs. 2 BGB greift ebenfalls nicht, weil Müller die Abnahme nach Fristsetzung unter Angabe eines Mangels verweigert hat.

Die Vergütung ist aber auch dann fällig, wenn der Besteller gemäß § 640 Abs. 1 BGB zur Abnahme verpflichtet ist, d.h. wenn das Werk keine wesentlichen Mängel hat.

- d) Ausgehend vom *Klägervortrag* ist die Vergütungsforderung ebenfalls **fällig**, weil die Baumann GmbH die von Müller gesetzte Frist zur Nachbesserung verstreichen ließ. Nach Ablauf der Frist ist eine Nachbesserung ausgeschlossen und der Werkvertrag wandelt sich in ein Abrechnungsverhältnis um. Der Unternehmer kann nur noch die Differenz zwischen der vereinbarten Vergütung einerseits und Minderung, Beseitigungskosten und Schadensersatz andererseits verlangen. Dieser Anspruch wird unabhängig von einer Abnahme sofort fällig.
- e) Ausgehend vom *Klägervortrag* ist die Vergütungsforderung aber **unbegründet**, weil die geltend gemachten Beseitigungskosten höher sind als der Vergütungsanspruch.
- f) **Zwischenergebnis:** Ob die Aufrechnung durchgreift, hängt davon ab, ob das Werk der Baumann GmbH die von den Klägern behaupteten **Mängel** aufweist. Hierüber ist **Beweis** zu erheben.

## II. Möglichkeiten zur Verfahrensgestaltung

Wenn der Rechtsstreit hinsichtlich der **Klageforderung** für sich gesehen **entscheidungsreif** ist, hinsichtlich der **Gegenforderung** aber noch **Beweis** erhoben werden muss, eröffnen sich verschiedene Möglichkeiten:

1. Das Gericht kann die Beweiserhebung durchführen und anschließend über Klageforderung und Aufrechnung **gemeinsam** entscheiden.
2. Unter den Voraussetzungen des **§ 302 Abs. 1 ZPO** kann das Gericht stattdessen über die **Klageforderung** vorab durch **Vorbehaltsurteil** entscheiden.

Ein Vorbehaltsurteil kann auch dann ergehen, wenn zwischen den beiden Forderungen ein **rechtlicher Zusammenhang** besteht. Ein bestehender Zusammenhang kann aber im Einzelfall dafür sprechen, vom Erlass eines Vorbehaltsurteils abzusehen.

Grundsätzlich **unzulässig** ist ein Vorbehaltsurteil, wenn die zur Aufrechnung gestellte Forderung der Aufrechterhaltung der **Äquivalenz** von Leistung und Gegenleistung dient, etwa bei der Aufrechnung mit einem Anspruch auf Ersatz von Mängelbeseitigungskosten gegenüber einem Anspruch auf Werklohn (BGH NJW 2006, 698 Rn. 9 ff.).

**Hier** besteht ein enger Zusammenhang im zuletzt genannten Sinne nicht. Zwar ist die zur Aufrechnung gestellte Gegenforderung auf Zahlung von Werklohn gerichtet. Sie dient aber nicht dazu, die Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung aus dem der Klage zugrunde liegenden Darlehensvertrag zu sichern.

Ein Vorbehaltsurteil hat für den Kläger den Vorteil, dass er über seine Klageforderung ein (vorläufig) **vollstreckbares Urteil** bekommt. Dem Beklagten steht aber ein **Schadensersatzanspruch** aus § 302 Abs. 4 Satz 3 ZPO zu, wenn sich die Aufrechnung später als berechtigt herausstellt und ihm durch die vorläufige Vollstreckung ein Schaden entstanden ist.

3. Daneben kann das Gericht nach Maßgabe des **§ 145 Abs. 3 ZPO** anordnen, dass über den Anspruch und den Gegenanspruch **getrennt verhandelt** wird. Auch bei dieser Verfahrensweise kann über den Klageanspruch ein **Vorbehaltsurteil** gemäß § 302 Abs. 1 ZPO ergehen.

Voraussetzung für eine getrennte Verhandlung ist nach § 145 Abs. 3 ZPO, dass **kein rechtlicher Zusammenhang** zwischen Forderung und Gegenforderung besteht.

Ein rechtlicher Zusammenhang liegt vor, wenn die beiden Ansprüche demselben rechtlichen Verhältnis entstammen oder zumindest als ein innerlich zusammengehöriges

Lebensverhältnis erscheinen, so dass es treuwidrig wäre, den einen Anspruch ohne Berücksichtigung des anderen durchzusetzen (BGH NJW-RR 1990, 948, 950).

**Hier** haben Anspruch und Gegenanspruch **keine** solchen Gemeinsamkeiten. Sie betreffen unterschiedliche Grundstücke und beruhen in ihrer Entstehung auch im Übrigen auf unterschiedlichen Sachverhalten.

Eine getrennte Verhandlung kann sinnvoll sein, wenn hinsichtlich des Gegenanspruchs noch zusätzlicher Parteivortrag erforderlich ist, hinsichtlich der Klageforderung dagegen schon „alles gesagt“ ist.

Anhaltspunkte, die eine getrennte Verhandlung sinnvoll erscheinen lassen könnten, wären im vorliegenden Fall aus dem Sachverhalt allerdings nicht ersichtlich.

### III. Tenor des Vorbehaltsurteils

1. Der Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 300.000,00 Euro nebst 12 % Zinsen hieraus für die Zeit vom 12.05.2019 bis 28.11.2019 sowie Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 29.11.2019 zu zahlen. Die Entscheidung über die vom Beklagten erklärte Aufrechnung bleibt vorbehalten.
2. Der Beklagte trägt die Kosten des Rechtsstreits.
3. Das Urteil ist gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des jeweils beizutreibenden Betrages vorläufig vollstreckbar.

Anmerkung zur Kostenentscheidung: Das Verfahren bis zum Vorbehaltsurteil und das Nachverfahren bilden gebührenrechtlich zwar eine Einheit (§ 35 GKG, § 15 RVG). Dennoch ist in das Vorbehaltsurteil eine Kostenentscheidung aufzunehmen. Dies wird aus § 302 Abs. 4 Satz 2 ZPO abgeleitet, wonach bei einer Aufhebung des Vorbehaltsurteils „über die Kosten *anderweit* zu entscheiden“ ist.

### IV. Streitwert: 300.000 Euro, vgl. oben Fall 1 a.

### V. Weiteres Verfahren

1. Das **Vorbehaltsurteil** kann selbständig mit **Berufung** und ggf. mit Revision oder Nichtzulassungsbeschwerde **angefochten** werden.
2. Der Streit über die **Gegenforderung** bleibt in der **ersten Instanz** anhängig. Das Gericht muss also über die behaupteten Mängel **Beweis** erheben.  
Je nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme kann sich die Gegenforderung als unbegründet oder als ganz oder teilweise begründet erweisen. Der **Tenor** lautet dann:

#### a) Wenn die **Gegenforderung unbegründet** ist:

1. Das Urteil vom .... wird für vorbehaltlos erklärt.
2. Der Beklagte trägt die weiteren Kosten des Rechtsstreits.
3. Das Urteil ist gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des jeweils beizutreibenden Betrages vorläufig vollstreckbar.

Über die Kosten bis zum Erlass des Vorbehaltsurteils enthält dieses bereits eine Entscheidung. Diese bleibt bestehen.

#### b) Wenn die **Gegenforderung begründet** ist:

1. Das Urteil vom ... wird aufgehoben. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Kosten des Rechtsstreits trägt die Klägerin.
3. Das Urteil ist gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des jeweils beizutreibenden Betrages vorläufig vollstreckbar.

Die Klägerin muss die Kosten in vollem Umfang tragen, weil der Beklagte sich ausschließlich mit der Aufrechnung verteidigt hat und damit erfolgreich war.

- c) Wenn die **Gegenforderung teilweise begründet** ist (z.B. in Höhe von **100.000 Euro**):
1. Das Urteil vom ... wird für vorbehaltlos erklärt, soweit der Beklagte darin zur Zahlung von 200.000 Euro nebst anteiligen Zinsen verurteilt worden ist. Im Übrigen wird es aufgehoben und die Klage abgewiesen.
  2. Von den Kosten des Rechtsstreits tragen der Beklagte 2/3, die Klägerin 1/3.
  3. Das Urteil ist gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des jeweils beizutreibenden Betrages vorläufig vollstreckbar.

### Fall 1 d

#### I. Zulässigkeit des Beitritts der Baumann GmbH

Wenn sich für den Beklagten niemand meldet, muss der (schlüssigen) Klage durch **Versäumnisurteil** stattgegeben werden. Wenn die Baumann GmbH dem Rechtsstreit wirksam gemäß § 66 Abs. 1 ZPO als **Streithelferin** beigetreten ist, wirkt aber der von ihr angekündigte Antrag auf Klageabweisung gemäß § 67 ZPO auch **zu Gunsten des Beklagten**.

1. **Formelle Mängel** des Streitbeitritts (siehe dazu § 70 ZPO) sind **nicht ersichtlich**.
2. Die **sachlichen Voraussetzungen** für einen Beitritt als Streithelfer (§ 66 Abs. 1 ZPO) sind nur auf **Antrag** des Gegners gemäß § 71 ZPO zu prüfen (BGHZ 165, 358, 362). Mangels eines solchen Antrages ist der Beitritt hier als zulässig zu behandeln.

Unabhängig davon sind die Voraussetzungen des § 66 ZPO hier erfüllt:

Die Baumann GmbH hat ein **rechtliches Interesse** an einer Klageabweisung, weil sie anderenfalls **Regressansprüche** des Neumann befürchten muss. Das reicht aus.

3. **Ergebnis:** Die Baumann GmbH ist dem Rechtsstreit wirksam beigetreten.

#### II. Begründetheit der Klage

1. Hinsichtlich der **Klageforderung** aus Darlehen ergeben sich **keine Änderungen** gegenüber Fall 1 a.
2. Hinsichtlich der **Gegenforderung** aus Werkvertrag ist fraglich, ob die Baumann GmbH **zur Aufrechnung berechtigt** ist.
  - a) Die **Geltendmachung** einer Aufrechnung **im Prozess** ist **Prozesshandlung**. Sie unterliegt insoweit den allgemeinen Regeln für Prozesshandlungen (z.B. Anwaltszwang nach § 78 ZPO) und kann unter den Voraussetzungen von § 67 ZPO (d.h. wenn die Hauptpartei der Aufrechnung nicht widerspricht) auch durch den **Streithelfer** erfolgen. **Prozessual** ist eine Aufrechnung durch die Baumann GmbH hier demnach **zulässig**.
  - b) **Materiell-rechtlich** ist zur Aufrechnung nur der **Gläubiger der Gegenforderung** befugt. Dies ist die Baumann GmbH nach der Abtretung **hier nicht** mehr. Ihr Vorgehen hat also nur dann Aussicht auf Erfolg, wenn sie **Neumann** dazu bringt, wenigstens materiell-rechtlich eine Aufrechnungserklärung abzugeben, oder wenn Neumann eine solche Erklärung bereits außergerichtlich abgegeben hat.
3. **Ergebnis:** Nach derzeitigem Sachstand die Beklagte ohne inhaltliche Prüfung der Gegenforderung **vorbehaltlos zu verurteilen**. Die Baumann GmbH hat nur dann eine Chance, wenn Neumann eine Aufrechnungserklärung abgegeben hat oder abgibt.

**Fall 2 a****I. Abweisung der Klage ohne weitere Beweisaufnahme?**

1. Nachdem die Beweisaufnahme ergeben hat, dass die zur Aufrechnung gestellte **Gegenforderung begründet** ist, könnte man daran denken, die Klage ohne weitere Beweisaufnahme als unbegründet abzuweisen. Ein Ergebnis steht nämlich fest: Die **Klage** wird auf jeden Fall **abzuweisen** sein, unabhängig davon, wie die Beweisaufnahme über die Darlehensforderung ausgeht:
  - Erweist sich im weiteren Verlauf des Prozesses die **Darlehensforderung** als **unbegründet**, ist die Klage schon aus diesem Grund abweisungsreif.
  - Erweist sich die **Darlehensforderung** als **begründet**, muss die Klage wegen der erfolgreichen **Hilfsaufrechnung** abgewiesen werden.
2. Ein auf diese Alternativ-Begründung gestütztes Urteil wäre im Ergebnis aber **wirkungslos**, weil es nicht erkennen ließe, wie weit dessen **Rechtskraft** reicht:
  - a) Wird die Klage wegen Nichtbestehens der **Hauptforderung** aus Darlehen abgewiesen, ist hinsichtlich der hilfsweise zur Aufrechnung gestellten **Gegenforderung** nichts entschieden. Der Beklagte kann sie in einem **neuen Verfahren** gegen den Kläger geltend machen; die Entscheidung im vorliegenden Verfahren entfaltet insoweit **keine Bindungswirkung**.
  - b) Wenn die Klage wegen erfolgreicher **Hilfsaufrechnung** abgewiesen wird, hat dies gemäß § 322 Abs. 2 ZPO auch **Rechtskraftwirkung** hinsichtlich der **Gegenforderung**. Es ist dann rechtskräftig festgestellt, dass die Forderung **nicht mehr besteht**, weil sie infolge Aufrechnung erloschen ist.
  - c) Ein Urteil, das **alternativ** auf die eine oder andere Begründung gestützt wird, ließe alles im Unklaren:
    - (1) Wenn der jetzige Beklagte die Gegenforderung in einem zweiten Prozess einklagte, könnte seine Klage nicht als unzulässig abgewiesen werden, weil nicht feststünde, ob über die Forderung schon rechtskräftig entschieden ist.
    - (2) Der jetzige Kläger könnte sich aber mit dem Argument verteidigen, die Werklohnforderung sei durch Aufrechnung im ersten Prozess erloschen. Auch insoweit entfaltete das erste Urteil keine Bindungswirkung.
3. Um dieses sinnlose Ergebnis zu vermeiden, bleibt nur ein **Ausweg**: Über die Begründetheit der **Klageforderung** aus Darlehen muss in jedem Fall **entschieden** werden. Die hierfür erforderliche **Beweisaufnahme** ist also durchzuführen, auch wenn der Urteilstenor zur Hauptsache schon feststeht.

**Fall 2 b (1)****I. Vorüberlegungen**

1. **Hauptsache- und Kostenentscheidung** sind angesichts des vorgegebenen Ergebnisses **unproblematisch**.
2. **Streitwert: 300.000 Euro**, § 48 Abs. 1 GKG und § 3 ZPO.  
Die Hilfsaufrechnung führt nicht zu einer Erhöhung, weil über die Gegenforderung nicht entschieden wurde.
3. **Vorläufige Vollstreckbarkeit: § 709 ZPO**

**II. Tenor**

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Klägerin trägt die Kosten des Rechtsstreits.
3. Das Urteil ist gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des jeweils beizutreibenden Betrages vorläufig vollstreckbar.

**Fall 2 b (2)****I. Vorüberlegungen**

1. **Hauptsache- und Kostenentscheidung** sind **unproblematisch**.
2. Der **Streitwert** beträgt **600.000 Euro**, weil über die hilfsweise zur Aufrechnung gestellte Gegenforderung rechtskraftfähig entschieden wurde, § 45 Abs. 3 GKG.
3. **Vorläufige Vollstreckbarkeit: § 709 ZPO**

**II. Tenor**

1. Der Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 300.000,00 Euro nebst 12 % Zinsen hieraus für die Zeit vom 12.05.2019 bis 28.11.2019 sowie Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 29.11.2019 zu zahlen.
2. Der Beklagte trägt die Kosten des Rechtsstreits.
3. Das Urteil ist gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des jeweils beizutreibenden Betrages vorläufig vollstreckbar.

**Fall 2 b (3)****I. Vorüberlegungen**

1. Die Entscheidung zur **Hauptsache** lautet gleich wie vorher.
2. Bei den **Kosten** ergibt sich eine Änderung: Jetzt sind sowohl die **Klägerin** als auch der **Beklagte** mit jeweils 300.000 Euro **unterlegen**: Die Klägerin hinsichtlich der Gegenforderung, der Beklagte hinsichtlich der Hauptforderung.
3. Der **Streitwert** beträgt **600.000 Euro**, weil über die hilfsweise zur Aufrechnung gestellte Gegenforderung rechtskraftfähig entschieden wurde, § 45 Abs. 3 GKG.
4. **Vorläufige Vollstreckbarkeit: § 709 Satz 1 ZPO**  
Die **Klägerin** kann die **Differenz** zwischen den von ihr **verauslagten** 3 Gerichtsgebühren aus 300.000,00 Euro und den von ihr nach Kostenaufhebung **zu tragenden** 1,5 Gerichtsgebühren aus 600.000 Euro vom Beklagten ersetzt verlangen. Das sind 1.542 Euro.

**II. Tenor**

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Kosten des Rechtsstreits werden gegeneinander aufgehoben.
3. Das Urteil ist gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des jeweils beizutreibenden Betrages vorläufig vollstreckbar.

**Fall 2 b (4)****I. Vorüberlegungen**

1. Die Entscheidung zur **Hauptsache** ist **unproblematisch**.
2. **Kosten:** Die **Klägerin** ist hinsichtlich der Gegenforderung mit **150.000 Euro unterlegen**, der **Beklagte** mit insgesamt **450.000 Euro**, nämlich hinsichtlich der Hauptforderung mit 300.000 Euro und hinsichtlich der Gegenforderung mit 150.000 Euro. Dies ergibt eine Quote von  $\frac{1}{4}$  zu  $\frac{3}{4}$  zu Gunsten des Klägers.
3. Der **Streitwert** beträgt **600.000 Euro**, weil über die hilfsweise zur Aufrechnung gestellte Gegenforderung rechtskräftig entschieden wurde, § 45 Abs. 3 GKG.
4. **Vorläufige Vollstreckbarkeit:** § 709 ZPO.

**II. Tenor**

1. Der Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 150.000,00 Euro nebst 12 % Zinsen hieraus für die Zeit vom 12.05.2019 bis 28.11.2019 sowie Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 29.11.2019 zu zahlen. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.
2. Von den Kosten des Rechtsstreits tragen der Beklagte  $\frac{3}{4}$  und die Klägerin  $\frac{1}{4}$ .
3. Das Urteil ist gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des jeweils beizutreibenden Betrages vorläufig vollstreckbar.

**Fall 3 a****Einzige Frage: Zulässigkeit der Hilfsaufrechnung**

1. Die Zulässigkeit einer **Aufrechnung** des Beklagten in der **Berufungsinstanz** ist in § 533 ZPO geregelt. Diese Vorschrift geht den allgemeinen Verspätungsregeln als Sonderregelung vor.
2. § 533 ZPO setzt – zusätzlich zur Zustimmung der Gegenseite bzw. zur Sachdienlichkeit – voraus, dass die Aufrechnung auf Tatsachen gestützt werden kann, die das Berufungsgericht seiner Entscheidung ohnehin zugrunde zu legen hat.
  - a) Nach § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO sind die in **erster Instanz festgestellten** Tatsachen zu berücksichtigen. Dazu gehören die Vorgänge im Zusammenhang mit der Aufrechnungsforderung **hier nicht**.
  - b) Nach § 529 Abs. 1 Nr. 2 und § 531 Abs. 2 ZPO dürfen **neue** Tatsachen nur unter engen Voraussetzungen berücksichtigt werden:
    - (1) Ein **Fehler** des erstinstanzlichen Gerichts (Nr. 1 oder Nr. 2) liegt **hier nicht** vor.

- (2) Die Entscheidung hängt damit davon ab, ob das Unterbleiben der Aufrechnung in erster Instanz auf **Nachlässigkeit** des Beklagten beruhte (Nr. 3). Schädlich ist bereits einfache Fahrlässigkeit.  
**Hier** hätte der Beklagte die Aufrechnung bereits in erster Instanz erklären können. Gründe, damit bis zur Berufungsinstanz zu warten, sind nicht ersichtlich. Sein Verhalten war deshalb **nachlässig**.
- c) **Zwischenergebnis:** Die Aufrechnung ist **nicht zulässig**.
3. Nur der Vollständigkeit halber: Weil die Klägerin der Aufrechnung widersprochen hat, käme es zusätzlich darauf an, ob die Zulassung des Aufrechnungseinwandes **sachdienlich** wäre. Die Sachdienlichkeit bestimmt sich (wie im Falle einer Klageänderung gemäß § 263 ZPO) im Wesentlichen nach dem Gesichtspunkt der **Prozessökonomie**.
- a) **Sachdienlich** ist eine Aufrechnung in der Regel, wenn über die zur Aufrechnung gestellte Forderung **ohne weitere Beweisaufnahme** entschieden werden kann.  
Dies ist **hier nicht** der Fall.
- b) **Sachdienlich** ist eine Aufrechnung auch dann, wenn für die Entscheidung über die zur Aufrechnung gestellte Forderung im Wesentlichen **derselbe Prozessstoff** maßgeblich ist wie für die Hauptforderung. Auch dies ist **hier nicht** der Fall.
4. **Ergebnis:** Die Aufrechnung ist **nicht zulässig**.

### Fall 3 b

#### I. Zulässigkeit der Klage

1. Der Klage könnte der Einwand der **anderweitigen rechtskräftigen Entscheidung** entgegenstehen.  
Nach § 322 Abs. 2 ZPO entfaltet das Urteil aus dem **Vorprozess** hinsichtlich der Werklohnforderung Rechtskraft, soweit darin **entschieden** ist, dass die Forderung **nicht** (oder nicht mehr) **besteht**.  
**Hier** wurde die Aufrechnung als nicht sachdienlich und deshalb **unzulässig** zurückgewiesen. Darin liegt **keine** Entscheidung über das Bestehen oder Nichtbestehen der zur Aufrechnung gestellten Forderung (vgl. BGH NJW 2015, 955 Rn. 48).  
Der jetzigen Klage steht damit **keine rechtskräftige Entscheidung** entgegen.
2. **Sonstige** Zulässigkeitsprobleme sind **nicht ersichtlich**.
3. **Ergebnis:** Die Klage ist **zulässig**.

#### II. Begründetheit der Klage

1. Ob die Werklohnforderung besteht, hängt davon ab, ob das Werk **mangelfrei** ist. Hierzu ist **Beweis** zu erheben.
2. Eine **Beweisaufnahme** könnte jedoch **entbehrlich** sein, wenn die Forderung **jedenfalls** durch **Aufrechnung** erloschen wäre.
  - a) Das Bestehen der Hauptforderung dürfte **nicht dahingestellt** bleiben, wenn das Urteil im vorliegenden Rechtsstreit nach **§ 322 Abs. 2 ZPO** auch hinsichtlich der Gegenforderung Rechtskraftwirkung hätte (vgl. oben Fall 2 a).

- (1) **Unmittelbar** ist die Vorschrift **nicht** anwendbar. Hier haben **nicht** die (jetzigen) **Beklagten** die Aufrechnung erklärt. Sie berufen sich lediglich auf eine vom **Kläger** erklärte Aufrechnung
  - (2) Eine **analoge Anwendung** der Vorschrift für den Fall der **Aufrechnung durch den Kläger** ist nach der Rechtsprechung **nur** möglich, wenn dieser in der Rolle des **Schuldners** Klage erhebt, also bei einer **Vollstreckungsgegenklage** oder bei einer **negativen Feststellungsklage**.  
Eine darüber hinausgehende **allgemeine Analogie** wird von der Rechtsprechung abgelehnt (so z.B. BGH NJW 1992, 982, 983; dagegen Zeuner, NJW 1992, 2870). Nach dieser Auffassung soll § 322 Abs. 2 ZPO nur den **Aufrechnungsgegner** vor einer erneuten Inanspruchnahme schützen. In der vorliegenden Konstellation könnte von einer Anwendung des § 322 Abs. 2 ZPO hingegen nur die Klägerin profitieren.
  - (3) **Zwischenergebnis:** § 322 Abs. 2 ZPO ist hier **nicht** anwendbar. Die Klage könnte bei Bestehen der Gegenforderung ohne Rücksicht auf das Bestehen der Hauptforderung **abgewiesen** werden.
- b) Die (übrigen) **Voraussetzungen** für eine **Aufrechnung** (Gegenseitigkeit, Gleichartigkeit usw.) **liegen** an sich **vor**.
  - c) Die Aufrechnung wurde im Vorprozess auch **erklärt**.
  - d) **Fraglich** ist, ob diese Erklärung **materiell-rechtliche Wirkung** entfaltet, obwohl sie im Vorprozess als **prozessual unzulässig** zurückgewiesen wurde.  
Bei streng formaler Betrachtung könnte man dies bejahen. Die materiell-rechtlichen Folgen einer Handlung sind grundsätzlich unabhängig von der prozessualen Wirkung zu beurteilen. Wenn eine Aufrechnung im Prozess als unzulässig zurückgewiesen wurde, ist sie jedoch auch materiell-rechtlich als **unwirksam** anzusehen (BGH NJW 2015, 955 Rn. 48).
  - e) **Fazit:** Die im Vorprozess erklärte (und als unzulässig zurückgewiesene) Aufrechnung ist hier **unbeachtlich**.
3. **Ergebnis:** Die für das Bestehen der Hauptforderung angebotenen **Beweise** sind zu **erheben**. Wenn sich die Klageforderung als begründet erweist, ist der Klage stattzugeben, es sei denn, die Beklagten erklären von sich aus die Aufrechnung mit ihrer bereits titulierten Gegenforderung.

### III. Ergänzung

Wenn eine Aufrechnung an § 296 ZPO scheitert, ist hinsichtlich der Möglichkeit, die zur Aufrechnung gestellte Forderung in einem neuen Prozess geltend zu machen, zu unterscheiden:

1. Wenn der **Aufrechnungseinwand** insgesamt gemäß § 296 ZPO als verspätet zurückgewiesen wurde, ist die Aufrechnung (ebenso wie bei einer Zurückweisung nach § 533 ZPO) als unwirksam anzusehen (BGH NJW 2015, 955 Rn. 48). Eine erneute Geltendmachung der zur Aufrechnung gestellten Forderung ist dann zulässig.

2. Wenn die Aufrechnung als solche zwar rechtzeitig geltend gemacht, einzelnes Vorbringen des Aufrechnenden aber als verspätet zurückgewiesen und die **Gegenforderung** deshalb als unbegründet beurteilt wird, greift § 322 Abs. 2 ZPO (BGH NJW 1994, 2769, 2770). Eine klageweise Geltendmachung des Gegenanspruchs in einem zweiten Prozess ist dann wegen des Einwandes der anderweitigen rechtskräftigen Entscheidung **unzulässig**.

#### Fall 4

### I. Begründetheit der einseitigen Erledigungserklärung

Die einseitig gebliebene Erledigungserklärung ist begründet, wenn die Klage ursprünglich zulässig und begründet war und nach Rechtshängigkeit unzulässig oder unbegründet worden ist.

1. **Vor** der Aufrechnung war die Klage **zulässig und begründet**.
2. **Nach** der Aufrechnung ist die Klage **unbegründet**.  
Die Klägerin hat keine Einwendungen gegen die zur Aufrechnung gestellte Gegenforderung erhoben. Diese ist deshalb als begründet anzusehen.
3. Fraglich ist, **zu welchem Zeitpunkt** die Klage unbegründet geworden ist.
  - a) Die Aufrechnungserklärung erfolgte erst **nach Rechtshängigkeit**.
  - b) Nach § 389 BGB wirkt die Aufrechnung aber auf den Zeitpunkt zurück, in dem eine **Aufrechnungslage** bestanden hat. Dies war hier schon **vor Rechtshängigkeit**.
  - c) Nach der Rechtsprechung des **Bundesgerichtshofs** ist der Zeitpunkt der **Aufrechnungserklärung** maßgeblich (BGH NJW 2003, 3134, 3135 f.). § 389 BGB hat nur materiell-rechtliche Bedeutung, beispielsweise für die aus der Hauptforderung abgeleiteten Zinsansprüche. Prozessual soll der Kläger hingegen die Möglichkeit haben, trotz bestehender Aufrechnungslage Klage zu erheben, ohne Kostennachteile wegen einer späteren Aufrechnungserklärung fürchten zu müssen.
4. **Ergebnis:** Die Erledigungserklärung ist **begründet**.

### II. Nebenentscheidungen

1. Kosten: § 91 ZPO. Der Beklagte ist mit seinem Antrag auf Abweisung der Erledigungserklärung unterlegen.
2. Vorläufige Vollstreckbarkeit: § 709 Satz 1 ZPO  
Der Kläger kann Gerichtskosten und eine Verfahrensgebühr aus dem ursprünglichen Streitwert von 300.000 Euro und eine Termingebühr aus dem reduzierten Streitwert von knapp 11.300 Euro vollstrecken. Das sind zusammen etwas mehr als 12.000 Euro.

### III. Tenor

1. Der Rechtsstreit ist in der Hauptsache erledigt.
2. Der Beklagte trägt die Kosten des Rechtsstreits.
3. Das Urteil ist gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des jeweils beizutreibenden Betrages vorläufig vollstreckbar.

#### IV. Abgrenzung

Eine vermeintlich ähnliche Fragestellung ergibt sich, wenn der Beklagte die Aufrechnung (erstmalig) im Rahmen einer **Vollstreckungsgegenklage** geltend macht. Gemäß § 767 Abs. 2 ZPO ist der Aufrechnungseinwand nur zulässig, wenn er erst nach dem Schluss der mündlichen Verhandlung des vorangegangenen Verfahrens entstanden ist.

Hierfür ist – anders als im Zusammenhang mit § 91a ZPO - nicht die Aufrechnungserklärung, sondern das Bestehen einer **Aufrechnungslage** maßgebend (BGHZ 100, 222, 225). Die bloße Möglichkeit, eine Aufrechnungslage herbeizuführen, reicht aber nicht aus (BGH NJW 2005, 2926, 2927). Auch eine negative Feststellungsklage mit dem Ziel, das Erlöschen der titulierten Forderung aufgrund der Aufrechnung festzustellen, ist in dieser Konstellation unzulässig (BGH NJW 2009, 1671 Rn. 7 ff.).