

Schuldrecht: Schuldrecht AT

Allgemeiner Teil

Bearbeitet von
Von Prof. Dr. Dirk Looschelders

16. Auflage 2018. Buch. XXXV, 514 S. Kartoniert
ISBN 978 3 8006 5765 0
Format (B x L): 16,0 x 24,0 cm

[Recht > Zivilrecht > BGB Allgemeines Schuldrecht](#)

Zu [Inhalts-](#) und [Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei

The logo for beck-shop.de features the text 'beck-shop.de' in a bold, red, sans-serif font. Above the 'i' in 'shop' are three red dots of increasing size. Below the main text, the words 'DIE FACHBUCHHANDLUNG' are written in a smaller, red, all-caps, sans-serif font.

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

Zur Vertiefung: Ein wichtiger Fall der Leistung an Erfüllungs statt ist nach traditioneller Auffassung die Zahlung durch *Überweisung* im Giroverkehr.⁴⁰ Nach einer in der Literatur verbreiteten Auffassung handelt es sich dagegen um einen Fall der Erfüllung.⁴¹ Da für die Zahlung durch Überweisung in jedem Fall das Einverständnis des Gläubigers vorliegen muss (→ § 13 Rn. 34), hat dieser Streit keine praktische Bedeutung.⁴² Der BGH hat die Entscheidung daher wiederholt offen gelassen.⁴³

2. Abgrenzung zur Leistung erfüllungshalber

Von der Leistung an Erfüllungs statt ist die gesetzlich nicht eigenständig geregelte **Leistung erfüllungshalber** abzugrenzen. Wesentlicher Unterschied zur Leistung an Erfüllung statt ist, dass die ursprüngliche Leistungspflicht des Schuldners nicht direkt mit der Annahme der anderen Leistung erlischt, sondern zunächst mit allen Sicherheiten bestehen bleibt. Der Gläubiger erhält neben dem ursprünglichen Anspruch eine zusätzliche Befriedigungsmöglichkeit, verbunden mit der Verpflichtung, sich mit der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt vorrangig um die Verwertung des erfüllungshalber überlassenen Gegenstands zu bemühen.⁴⁴ Solange dem Gläubiger ein Verwertungsversuch möglich und zumutbar ist, ist ihm die Inanspruchnahme des Schuldners aus der ursprünglichen Forderung verwehrt.

Zur Vertiefung: Aus welchem Grund die ursprüngliche Forderung nicht geltend gemacht werden kann, ist umstritten. Die hM geht davon aus, dass die **Leistung erfüllungshalber** regelmäßig mit einer *Stundungsabrede* hinsichtlich der ursprünglichen Forderung einhergeht.⁴⁵ Dies hat zur Folge, dass zunächst auch kein Schuldnerverzug (→ § 26 Rn. 3ff.) eintreten kann. Letztlich handelt es sich aber um eine Frage der Auslegung der konkreten Vereinbarung (§§ 133, 157). Ist der Schuldner bereits in Verzug, so wird man im Regelfall nicht davon ausgehen können, dass der Verzug nach dem Willen der Parteien schon mit der Hingabe des Schecks oder Wechsels beendet sein soll. Interessengerecht erscheint vielmehr die Annahme, dass die Parteien in diesem Fall nur die *Klagbarkeit* der ursprünglichen Forderung ausschließen wollen.⁴⁶ Der Verzug endet damit erst mit der Einlösung des Wechsels oder Schecks.

Gelingt dem Gläubiger die Befriedigung durch die Verwertung des erfüllungshalber geleisteten Gegenstands (zB durch Einlösung des Wechsels oder Schecks), so **erlischt** die ursprüngliche Forderung nach § 362.⁴⁷ Einen den Forderungsbetrag übersteigenden Verwertungserlös muss der Gläubiger an den Schuldner entsprechend § 667 herausgeben.⁴⁸ Scheitert der Verwertungsversuch oder führt er zu keiner vollständigen Befriedigung, so kann der Gläubiger wieder aus der ursprünglichen Forderung vorgehen.

Ob im Einzelfall von einer Leistung an Erfüllungs statt auszugehen ist oder lediglich eine Leistung erfüllungshalber vorliegt, muss nach §§ 133, 157 durch **Auslegung** der Parteivereinbarung unter Berücksichtigung der Interessenlage ermittelt werden. Ent-

40 BGH NJW 1953, 897; *Fikentscher/Heinemann* SchuldR Rn. 261; *Soergel/Schreiber* § 362 Rn. 4.

41 Palandt/*Grüneberg* § 362 Rn. 9; MüKoBGB/*Fetzer* § 362 Rn. 20.

42 Vgl. MüKoBGB/*Fetzer* § 362 Rn. 20.

43 BGHZ 87, 156 (163); 98, 24 (30); BGH NJW 1999, 210.

44 BGHZ 96, 182 (193); *Erman/Buck-Heeb* § 364 Rn. 10ff.

45 BGHZ 96, 182 (193); 116, 278 (282); NJW 2007, 1357 (1358); *Soergel/Schreiber* § 364 Rn. 6; *Looschelders/Erm* JA 2014, 161 (165).

46 Staudinger/*Olzen*, 2016, § 364 Rn. 26ff.; Palandt/*Grüneberg* § 364 Rn. 8.

47 Vgl. *Gernhuber* Erfüllung § 9 II 7.

48 Staudinger/*Olzen*, 2016, § 364 Rn. 25; vgl. auch *Erman/Buck-Heeb* § 364 Rn. 12.

scheidende Frage ist, wer das *Verwertungsrisiko* tragen soll. Haben die Parteien dem Gläubiger das Verwertungsrisiko auferlegt, so ist von einer Leistung an Erfüllung statt auszugehen. Soll das Verwertungsrisiko dagegen dem Schuldner zufallen, dann muss von einer Leistung erfüllungshalber ausgegangen werden. Eine gesetzliche *Auslegungsregel* enthält § 364 II. Danach ist im Zweifel von einer Leistung erfüllungshalber auszugehen, wenn der Schuldner zur Befriedigung des Gläubigers diesem gegenüber eine neue Verbindlichkeit übernimmt.

Beispiele: Traditionelles Musterbeispiel für die Leistung erfüllungshalber ist die Hingabe eines *Wechsels* oder *Schecks*.⁴⁹ Die heute wesentlich stärker verbreitete Zahlung unter Verwendung einer *Kreditkarte* oder einer *EC-Karte* mit persönlicher Identifikationsnummer (PIN) ist nach dem Rechtsgedanken des § 364 II im Zweifel ebenfalls als Leistung erfüllungshalber anzusehen.⁵⁰ Der Gläubiger erlangt in diesen Fällen eine neue Forderung gegen den Kartenherausgeber, die neben die Grundforderung (zB aus § 433 II) tritt. Rechtsgrundlage für die neue Forderung ist ein abstraktes Schuldversprechen (§ 780) des Kartenherausgebers gegenüber seinen Vertragsunternehmen (potentiellen Gläubigern), die sich ihrerseits gegenüber dem Kartenherausgeber verpflichten, Zahlungen mittels Karte erfüllungshalber zu akzeptieren. Die Vertragsunternehmen sind verpflichtet, sich vorrangig aus dem Schuldversprechen zu befriedigen. Die Grundforderung gegen den Schuldner erlischt nach § 362 I iVm § 267 mit der Gutschrift der Zahlung des Kartenherausgebers auf dem Konto des Gläubigers.

3. Gewährleistung

- 27 Besondere Probleme können auftreten, wenn der an Erfüllung statt geleistete Gegenstand **Rechts-** oder **Sachmängel** aufweist. § 365 ordnet für diesen Fall die Geltung der kaufrechtlichen Gewährleistungsvorschriften an. Das hat beispielsweise zur Folge, dass der *Käufer* eines Neuwagens gegenüber dem Autohändler für Mängel seines in Zahlung gegebenen Gebrauchtwagens *wie ein Verkäufer* nach §§ 434ff. eintreten muss.⁵¹ Nach seinem Wortlaut erfasst § 365 *alle* Leistungen an Erfüllung statt. Die Anwendung der kaufrechtlichen Gewährleistungsbestimmungen erscheint jedoch unbillig, wenn der Schuldner für die ursprüngliche Forderung nur eingeschränkt eintreten musste. Das Problem stellt sich insbesondere in *Schenkungsfällen*. Nach §§ 523, 524 haftet der Schenker für Sach- und Rechtsmängel nur bei Arglist. Die Anwendung der kaufrechtlichen Gewährleistungsvorschriften auf die Leistung an Erfüllung statt wäre daher mit einer erheblichen Haftungsverschärfung verbunden.
- 28 Einige Autoren wollen den Anwendungsbereich des § 365 durch **teleologische Reduktion** einschränken. Die kaufrechtlichen Vorschriften sollen lediglich bei *entgeltlichen* Verträgen zur Anwendung gelangen, während es bei unentgeltlichen Verträgen bei dem eingeschränkten Haftungsmaßstab bleibt.⁵² Diese Lösung harmonisiert mit dem Gedanken, dass das ursprüngliche Schuldverhältnis durch die Annahme einer Leistung an Erfüllung statt gerade nicht in einen entgeltlichen Austauschvertrag umgewandelt wird (→ § 17 Rn. 22). Die Vertreter der Gegenauffassung halten unter Hinweis auf den klaren Wortlaut und die Gesetzesmaterialien an einer uneingeschränkten Anwendung des § 365 fest. Die Parteien werden auf die Möglichkeit verwiesen, die Vorschrift ver-

49 Vgl. Staudinger/Olzen, 2016, Vorbem. vor §§ 362ff. Rn. 33ff.

50 MüKoBGB/Fetzer § 362 Rn. 18; Soergel/Schreiber § 362 Rn. 8; Looschelders/Erm JA 2014, 161 (166).

51 Vgl. BGH NJW 2013, 1733 = JA 2013, 546 (Looschelders).

52 Gernhuber Erfüllung § 10 (8); Larenz SchuldR I § 18 IV; Medicus/Lorenz SchuldR AT Rn. 280; MüKoBGB/Fetzer § 365 Rn. 1; Palandt/Grüneberg § 365 Rn. 1.

traglich auszuschließen und eine mildere Haftung zu vereinbaren.⁵³ Von einer solchen (stillschweigend getroffenen) Vereinbarung dürfte in den meisten Schenkungsfällen auszugehen sein, sodass dem Streit keine große praktische Bedeutung beizumessen ist.⁵⁴

Auf die Leistung **erfüllungshalber** ist § 365 unanwendbar.⁵⁵ Für eine Analogie fehlt die erforderliche Regelungslücke. Da der Gläubiger die mangelhafte Sache zurückgeben und aus der ursprünglichen Forderung vorgehen kann, müssen ihm keine Gewährleistungsrechte zugebilligt werden.⁵⁶

Literatur: *Avenarius*, Die Anrechnung von Teilleistungen auf mehrere Forderungen bei Fehlen einer Tilgungsbestimmung, AcP 203 (2003), 511; *Beck*, Die Zuordnungsbestimmung im Rahmen der Leistung, 2008; *Beckhaus*, Die Rechtsnatur der Erfüllung, 2013; *Bülow*, Grundfragen der Erfüllung und ihrer Surrogate, JuS 1991, 529; *Ehmann*, Die Funktion der Zweckvereinbarung bei der Erfüllung, JZ 1968, 549; *Ehricke*, Die Anfechtung einer Tilgungsbestimmung gem. § 366 Abs. 1 BGB wegen Irrtums, JZ 1999, 1075; *Fabienke*, Erfüllung im bargeldlosen Zahlungsverkehr, JR 1999, 47; *Gernhuber*, Die Erfüllung und ihre Surrogate, 2. Aufl. 1994; *Grigoleit*, Die Leistungszweckbestimmung zwischen Erfüllung und Bereicherungsausgleich, FS Medicus, 2009, 125; *Köhler*, Die Leistung erfüllungshalber, WM 1977, 242; *Looschelders/Erm*, Die Erfüllung – dogmatische Grundlagen und aktuelle Probleme, JA 2014, 161; *S. Lorenz*, Grundwissen Zivilrecht: Erfüllung (§ 362 BGB), JuS 2009, 109; *Muscheler/Bloch*, Erfüllung und Erfüllungssurrogate, JuS 2000, 729; *Peters*, § 366 BGB bei einer Mehrheit von Gläubigern, JR 2007, 397; *Schreiber*, Leistungen an Erfüllungs Statt und erfüllungshalber, JURA 1996, 328; *Schreiber*, Erfüllung durch Leistung an Minderjährige, JURA 1993, 666; *Schulz-Merkel/Meier*, Spielarten der Tilgungsbestimmung, JA 2016, 333; *Thomale*, Leistung als Freiheit, 2012; *Taupitz*, Vertragserfüllung durch Leistung an den »Vertreter« des Gläubigers, JuS 1992, 449.

§ 18 Die Aufrechnung

I. Allgemeines

Schulden zwei Personen einander gleichartige Leistungen (insbesondere die Zahlung von Geld), so wäre das wechselseitige Bewirken der Leistungen nach § 362 unpraktikabel. In dieser Situation ermöglicht die Aufrechnung (§§ 387 ff.) eine **vereinfachte Abwicklung**. Die Aufrechnung erfolgt nach § 388 durch Erklärung gegenüber dem anderen Teil. Liegen die Voraussetzungen der Aufrechnung vor, so erlöschen *beide* Forderungen, soweit sie sich decken, mit Rückwirkung auf die Entstehung der Aufrechnungslage (§ 389). Die Aufrechnungserklärung hat damit *rechtsgestaltende* Wirkung.

Beispiel: G hat gegen S eine Forderung von 5.000 EUR. S hat seinerseits eine Forderung gegen G von 4.000 EUR. Erklärt S die Aufrechnung, so erlöschen beide Forderungen iHv 4.000 EUR. S muss also nur noch 1.000 EUR an G zahlen.

Die Aufrechnung hat eine **Doppelfunktion**: Zum einen gibt sie dem Erklärenden die Möglichkeit, die gegen ihn gerichtete Forderung zu erfüllen und damit seine Verbind-

⁵³ *Brox/Walker SchuldR AT* § 14 Rn. 6; *Joussen SchuldR I* Rn. 807; *Looschelders/Erm JA* 2014, 161 (165).

⁵⁴ *Staudinger/Olzen*, 2016, § 365 Rn. 13; *Erman/Buck-Heeb* § 365 Rn. 1.

⁵⁵ *Erman/Buck-Heeb* § 365 Rn. 1.

⁵⁶ RGZ 65, 79 (81); *Erman/Buck-Heeb* § 364 Rn. 12.

lichkeit zu tilgen (*Tilgungsfunktion*). Die Aufrechnung ist insofern das wichtigste Erfüllungssurrogat. Zum anderen kann der Erklärende mithilfe der Aufrechnung aber auch seine eigene Forderung durchsetzen (*Befriedigungs-* bzw. *Vollstreckungsfunktion*).⁵⁷ Dies ist besonders wichtig, wenn die Leistungsfähigkeit des Aufrechnungsgegners in Zweifel steht oder die eigene Forderung des Erklärenden inzwischen verjährt ist (vgl. § 215). Nach § 94 InsO bleibt die Aufrechnung selbst dann zulässig, wenn nach Entstehung der Aufrechnungslage über das Vermögen des Aufrechnungsgegners das Insolvenzverfahren eröffnet wird.⁵⁸

II. Voraussetzungen

1. Aufrechnungslage

- 3 Die Aufrechnung setzt das Vorliegen einer **Aufrechnungslage** voraus. Die einzelnen Elemente sind in § 387 geregelt.

a) Gegenseitigkeit der Forderungen

- 4 Erforderlich ist zunächst, dass die infrage stehenden Forderungen zwischen denselben Parteien bestehen (Gegenseitigkeit der Forderungen). Dem Aufrechnungsgegner muss also einerseits eine Forderung gerade gegen den Erklärenden zustehen (**Haupt- oder Passivforderung**). Andererseits muss der Erklärende aber auch eine Forderung gerade gegen den Aufrechnungsgegner haben (**Gegen- oder Aktivforderung**).

Die Aktivforderung muss dem Erklärenden **selbst** zustehen. Mit der Forderung eines *Dritten* kann nicht aufgerechnet werden. Dies gilt auch bei Einwilligung des Dritten. Denn nach § 267 müsste es der Aufrechnungsgegner auch nicht hinnehmen, dass der Dritte selbst die Hauptforderung durch Aufrechnung erfüllt (→ § 12 Rn. 9).

Zur Vertiefung: Im Rahmen der Vertragsfreiheit können die Parteien das Gegenseitigkeitserfordernis ausschließen und die Aufrechnung mit Forderungen Dritter zulassen. Praktisch relevant sind in diesem Zusammenhang *Konzernverrechnungsklauseln*, welche der begünstigten Partei die Aufrechnung mit Forderungen anderer konzernangehöriger Unternehmen erlauben.⁵⁹

Das Gegenseitigkeitserfordernis wird an einigen Stellen **durchbrochen** (vgl. §§ 406, 409, 566d). Zu nennen ist insbesondere § 406. Wurde die Hauptforderung an einen Dritten **abgetreten**, so kann die Aufrechnung unter den dort geregelten Voraussetzungen gegenüber dem neuen Gläubiger erfolgen (→ § 52 Rn. 45 ff.). Dahinter steht der aus der Vollstreckungsfunktion der Aufrechnung folgende Gedanke, dass eine einmal bestehende Aufrechnungslage möglichst erhalten bleiben soll. Weitere Ausnahmen können sich im Einzelfall aus Treu und Glauben (§ 242) ergeben.⁶⁰

Eine **Verschärfung** des Gegenseitigkeitserfordernisses wird aus verwaltungstechnischen Gründen von § 395 statuiert. Gegen die Forderung einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft kann danach nur aufgerechnet werden, wenn Haupt- und Gegenforderung auf dieselbe *Kasse* bezogen sind.

⁵⁷ Sog. Kombinationstheorie, vgl. *Gernhuber* Erfüllung § 12 I 3 a; *Harke* SchuldR AT Rn. 384 ff.

⁵⁸ Vgl. dazu (krit.) *Harke* SchuldR AT Rn. 394.

⁵⁹ Vgl. BGHZ 94, 132 (135); Palandt/*Grüneberg* § 387 Rn. 22.

⁶⁰ Vgl. Staudinger/*Looschelders/Olzen*, 2015, § 242 Rn. 688 ff.

b) Gleichartigkeit der Forderungen

Die gegenseitig geschuldeten Leistungen müssen ihrem Gegenstand nach **gleichartig** 5 sein. Eine Aufrechnung kommt daher nur bei Geld- und Gattungsschulden über vertretbare Sachen (§ 91) in Betracht. Praktisch geht es fast immer um *Geldschulden*. Bei fehlender Gleichartigkeit ist nur die Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts (§§ 273f.) möglich.

Die Gleichartigkeit wird nicht durch eine unterschiedliche *Höhe* der Forderungen in Frage gestellt.⁶¹ Dies ergibt sich aus der Formulierung »soweit« in § 389. Nicht erforderlich ist außerdem die Gleichartigkeit der *Rechtsnatur* oder des *Rechtsgrundes*. So können auch öffentlich-rechtliche und privatrechtliche Forderungen gegeneinander aufgerechnet werden.⁶² Die Verschiedenheit der *Leistungs-* oder *Ablieferungsorte* (§ 391) sowie anderer *Leistungsmodalitäten* schließt die Gleichartigkeit ebenfalls nicht aus.

c) Durchsetzbarkeit der Gegenforderung

Nach § 387 setzt die Aufrechnung weiter voraus, dass der Erklärende die ihm gebührende Leistung verlangen kann. Die **Gegenforderung** muss also durchsetzbar, dh *voll-* 6 *wirksam* und *fällig* (§ 271) sein.⁶³

Nicht vollwirksam sind **einredebehaftete** Forderungen. Mit ihnen kann daher nicht aufgerechnet werden (§ 390). Nach hM genügt, dass die Einrede besteht; sie muss also nicht geltend gemacht worden sein.⁶⁴ Wichtige Beispiele sind in diesem Zusammenhang das Zurückbehaltungsrecht nach § 273 und die Einrede des nicht erfüllten Vertrages nach § 320.⁶⁵

Eine Ausnahme gilt für die **Verjährung**. Nach § 215 bleibt die Aufrechnung möglich, wenn die Gegenforderung bei Eintritt der Aufrechnungslage noch verjährt war. Die einmal entstandene Aufrechnungsmöglichkeit kann also auch nicht durch Verjährung verloren gehen.

Beispiel (BGHZ 101, 244): Mieter M hat den Mietvertrag mit Vermieter V wirksam zum 31.3. gekündigt und die Wohnung pünktlich zurückgegeben. Am 15.10. verlangt M von V Rückzahlung der Mietkaution (§ 551) iHv 1.000 EUR, die er bei Abschluss des Mietvertrags gezahlt hatte. V zahlt lediglich 125 EUR. Im Übrigen rechnet er mit einem Schadensersatzanspruch iHv 875 EUR wegen Beschädigung des in der Wohnung verlegten Teppichbodens auf.

Dem M stand zunächst ein Rückzahlungsanspruch von 1.000 EUR zu. Dieser ist iHv 125 EUR nach § 362 I durch Erfüllung erloschen. Der Anspruch könnte in Höhe der restlichen 875 EUR nach § 389 durch Aufrechnung erloschen sein. Im Zeitpunkt der Aufrechnung war der Schadensersatzanspruch des V nach § 548 verjährt. Die Aufrechnung könnte daher nach § 390 ausgeschlossen sein. Gemäß § 215 bleibt die Aufrechnung jedoch möglich, wenn die Gegenforderung bei Eintritt der Aufrechnungslage noch nicht verjährt war. Die Aufrechnungslage ist mit Beendigung des Mietverhältnisses und Rückgabe der Wohnung entstanden. Zu diesem Zeitpunkt war der Schadensersatzanspruch des V noch nicht verjährt. Die Aufrechnung wird auch nicht dadurch ausgeschlossen, dass V die Kaution nicht innerhalb von sechs

61 Vgl. Brox/Walker SchuldR AT § 16 Rn. 6.

62 BGHZ 16, 124 (127); PWW/Pfeiffer § 387 Rn. 3.

63 HK-BGB/Schulze § 387 Rn. 9; Jauernig/Stürner § 387 Rn. 7.

64 Vgl. BGH NJW 2001, 287 (288); Palandt/Grüneberg § 390 Rn. 1.

65 HK-BGB/Schulze § 390 Rn. 2; Jauernig/Stürner § 390 Rn. 1.

Monaten seit Beendigung des Mietverhältnisses abgerechnet hat.⁶⁶ Der Rückzahlungsanspruch des M ist somit iHv 875 EUR nach § 389 erloschen.

d) Wirksamkeit und Erfüllbarkeit der Hauptforderung

- 7 Die Aufrechnung ist erst möglich, wenn der Erklärende die ihm obliegende Leistung bewirken kann. Die **Hauptforderung** muss also *wirksam* und *erfüllbar* (§ 271) sein. Einredefreiheit ist nicht erforderlich. Denn ein Schuldner ist auch sonst nicht gehindert, eine einredebehaftete Forderung zu erfüllen. Die Aufrechnung kann damit auch gegen eine Forderung erklärt werden, die schon vor Eintritt der Aufrechnungslage verjährt war.

2. Aufrechnungserklärung

- 8 Der Eintritt der Aufrechnungslage führt nicht automatisch zum Erlöschen der Forderungen. Erforderlich ist vielmehr, dass eine Partei die Aufrechnung erklärt (§ 388). Es handelt sich um eine empfangsbedürftige **Willenserklärung**, auf welche die allgemeinen Regeln der §§ 104 ff. anwendbar sind.⁶⁷ Da die Aufrechnung ein einseitiges Gestaltungsgeschäft ist (→ § 18 Rn. 1), hat der Aufrechnungsgegner ein besonderes Interesse an Rechtssicherheit. Die Aufrechnung kann daher weder unter einer *Bedingung* (§ 158) noch unter einer *Zeitbestimmung* (Befristung) erklärt werden (§ 388 S. 2).
- 9 In Rechtsprechung und Literatur ist anerkannt, dass die Regelung des § 388 S. 2 der **Eventualaufrechnung** im Prozess nicht entgegensteht.

Beispiel: A wird von B auf Rückzahlung eines Darlehens iHv 10.000 EUR verklagt. A behauptet, er habe das Darlehen bereits zurückbezahlt. Hilfsweise rechnet er mit einer eigenen Kaufpreisforderung gegen B in gleicher Höhe auf.

Mit der Eventualaufrechnung will der Beklagte primär erreichen, dass die Klage aus anderen Gründen abgewiesen wird. Die Aufrechnung soll nur berücksichtigt werden, wenn die vom Kläger geltend gemachte Forderung nach Ansicht des Gerichts besteht. Da das Bestehen der Klageforderung kein künftiges ungewisses Ereignis ist, handelt es sich um keine Bedingung iSd § 158, sondern um eine (verfahrensrechtlich zulässige) **Rechtsbedingung**.⁶⁸ Die Zulässigkeit der Hilfsaufrechnung im Prozess ist somit keine echte Durchbrechung des § 388 S. 2.

Zur Vertiefung: Ist der Bestand der zur Aufrechnung gestellten Forderung streitig, so kann die Prozessaufrechnung die Entscheidung über die Klageforderung erheblich verzögern. Sofern die Forderung des Beklagten in keinem rechtlichen Zusammenhang mit der Klageforderung steht, kann das Gericht daher nach § 145 III ZPO anordnen, dass über die Klage und die Aufrechnung getrennt verhandelt wird. Die Entscheidung über die Klageforderung ergeht dann gegebenenfalls in einem Vorbehaltsurteil (§ 302 ZPO).

3. Kein Ausschluss der Aufrechnung

- 10 Die Aufrechnung darf nicht durch Vertrag oder Gesetz ausgeschlossen sein.

⁶⁶ Vgl. dazu auch BVerfG NJW 1995, 581 (582).

⁶⁷ Vgl. Brox/Walker SchuldR AT § 16 Rn. 10.

⁶⁸ Vgl. Palandt/Grüneberg § 388 Rn. 3; Brox/Walker SchuldR AT § 16 Rn. 11; aA Harke SchuldR AT Rn. 386: teleologische Reduktion des § 388 S. 2.

a) Vertraglicher Ausschluss der Aufrechnung

Aufgrund der Privatautonomie steht es den Parteien grundsätzlich frei, die Aufrechnung durch **Vertrag** auszuschließen. Nach der *Auslegungsregel* des § 391 II ist eine solche Vereinbarung im Zweifel anzunehmen, wenn Leistungszeit und Leistungsart der Hauptforderung vertraglich festgelegt sind und die Gegenforderung an einem anderen Ort zu erfüllen ist. In diesem Fall hätte die Aufrechnung nämlich zur Folge, dass der Gläubiger die Leistung nicht zu der vereinbarten Zeit am vereinbarten Ort erhält.

Beispiel: Wenn einem Reisenden eine Geldsumme zu einer bestimmten Zeit an einem bestimmten Ort ausgezahlt werden soll, um die weitere Reise zu finanzieren, so kann es dem Schuldner nach dem Zweck der Vereinbarung nicht erlaubt sein, die Forderung des Reisenden durch Aufrechnung zu erfüllen.⁶⁹

Der Ausschluss der Aufrechnung kann auch in AGB vereinbart werden. Im nicht-unternehmerischen Geschäftsverkehr sind **formularmäßige** Aufrechnungsverbote aber nach § 309 Nr. 3 unwirksam, wenn sie (auch) unbestrittene oder rechtskräftig festgestellte Forderungen erfassen. Da § 309 Nr. 3 eine konkretisierte Ausgestaltung des Benachteiligungsverbots aus § 307 darstellt, müssen entsprechende Klauseln im unternehmerischen Verkehr gleichfalls für unwirksam erachtet werden.⁷⁰ 11

Der Aufrechnungsgegner kann im Übrigen nach **Treu und Glauben** (§ 242) gehindert sein, sich auf ein wirksames Aufrechnungsverbot zu berufen. Dies gilt insbesondere, wenn seine Vermögensverhältnisse sich im Nachhinein so verschlechtert haben, dass der andere Teil Gefahr läuft, die Forderung endgültig nicht durchsetzen zu können.⁷¹

b) Ausschluss der Aufrechnung durch Gesetz

Gesetzliche Aufrechnungsverbote finden sich in den §§ 392–394. § 392 regelt den Fall, dass die Hauptforderung **beschlagnahmt** worden ist (zB Pfändung nach §§ 829ff. ZPO). Nach allgemeinen Grundsätzen hat dies zur Folge, dass der Schuldner die Forderung nicht mehr gegenüber dem Gläubiger erfüllen darf (vgl. § 829 I 1 ZPO). Dieses Erfüllungsverbot gilt an sich auch für die Aufrechnung. Da dem Schuldner hierdurch keine begründete Aufrechnungsaussicht genommen werden darf, gilt das Aufrechnungsverbot aber nur, wenn der Schuldner seine Forderung nach der Beschlagnahme erworben hat oder wenn seine Forderung erst nach der Beschlagnahme und später als die in Beschlagnahme genommene Forderung fällig geworden ist. In beiden Fällen konnte der Schuldner nicht darauf vertrauen, seine Forderung im Wege der Aufrechnung durchsetzen zu können. Er ist daher nicht schutzwürdig. 12

Nach § 393 kann gegen eine Forderung aus einer vorsätzlich begangenen **unerlaubten Handlung** nicht aufgerechnet werden. Die Vorschrift soll verhindern, dass der vorsätzlich handelnde Schädiger die Vorteile der Aufrechnung in Anspruch nehmen kann. Damit soll auch der Gefahr einer »sanktionslosen Privatrache« begegnet werden.⁷² So könnte der Gläubiger einer uneinbringlichen Forderung ohne § 393 versucht sein, den Schuldner zu verprügeln, um dann gegen dessen Schadensersatzanspruch mit seiner ohnehin uneinbringlichen Forderung aufrechnen zu können. 13

⁶⁹ Vgl. Staudinger/Gursky, 2016, § 391 Rn. 12.

⁷⁰ Vgl. BGHZ 92, 312 (316); Palandt/Grüneberg § 309 Rn. 21.

⁷¹ Staudinger/Looschelders/Olzen, 2015, § 242 Rn. 707ff.

⁷² MüKoBGB/Schlüter § 393 Rn. 1.

Das Aufrechnungsverbot des § 393 gilt auch dann, wenn **beide Forderungen auf vorsätzlichen unerlaubten Handlungen** beruhen. In der Literatur wird zwar dafür plädiert, den § 393 auf gegenseitige vorsätzliche Schädigungen im Rahmen eines **einheitlichen Lebensvorgangs** (zB Prügelei) nicht anzuwenden, weil der Grundgedanke der Vorschrift in diesen Fällen nicht zutrefte.⁷³ Der BGH hat dem jedoch zu Recht widersprochen.⁷⁴ Gegen eine solche Auslegung der Vorschrift spricht schon der eindeutige Gesetzeswortlaut. Eine **teleologische Reduktion** scheitert am Fehlen einer planwidrigen Regelungslücke. Davon abgesehen würde die Notwendigkeit der Prüfung, ob die Delikte im Rahmen eines einheitlichen Lebensvorgangs erfolgt sind, die Rechtssicherheit erheblich beeinträchtigen.⁷⁵

- 14 Nach § 394 kann nicht gegen **unpfändbare Forderungen** (§§ 850ff. ZPO) aufgerechnet werden. Die Vorschrift soll den Gläubiger einer unpfändbaren Forderung davor schützen, dass der Vollstreckungsschutz vom Schuldner im Wege der Aufrechnung entwertet werden kann.

Beispiel: Arbeitnehmer A hat im Betrieb seines Arbeitgebers B infolge grober Fahrlässigkeit einen hohen Schaden verursacht. Rechnet B mit seinem Schadensersatzanspruch gegen den Lohnanspruch des A auf, so muss er dem A doch den pfändungsfreien Teil seines Lohnes zahlen (§ 394 iVm §§ 850ff. ZPO).

III. Wirkung der Aufrechnung

- 15 Die Aufrechnung hat zur Folge, dass beide Forderungen, soweit sie sich decken, nach § 389 mit **rückwirkender Kraft** (ex tunc) erlöschen. Die Rückwirkung bezieht sich auf den Eintritt der Aufrechnungslage. Mit der Erklärung der Aufrechnung entfallen auch Ansprüche wegen Verzögerung der Leistung bzw. Verzugs (§§ 280, 281, 286, 288 etc) rückwirkend.

Zur Vertiefung: Die Rückwirkung der Aufrechnung ist rechtspolitisch umstritten.⁷⁶ Aus dogmatischer Sicht wird zu Recht darauf hingewiesen, dass sich die ex tunc-Wirkung keineswegs zwingend aus dem »Wesen der Aufrechnung« ergibt.⁷⁷ Die Principles of European Contract Law und der Draft Common Frame of Reference (→ § 2 Rn. 12) messen der Aufrechnungserklärung daher nur ex nunc-Wirkung bei (Art. 13:106 PECL, Art. III.-6:107 DCFR).⁷⁸

IV. Mehrheit von Forderungen

- 16 Hat einer der Beteiligten **mehrere** zur Aufrechnung geeignete **Forderungen**, so muss geklärt werden, welche von der Aufrechnung betroffen sind. Nach § 396 I hat der Aufrechnende ein **Bestimmungsrecht**. Da es nicht darauf ankommen soll, wer die Aufrechnung zuerst erklärt, kann der andere Teil der Bestimmung aber unverzüglich wi-

⁷³ So etwa Soergel/Schreiber § 393 Rn. 5; BeckOK BGB/Dennhardt, 46. Ed. 1.5.2018, § 393 Rn. 7; Deutsch NJW 1981, 735.

⁷⁴ BGH NJW 2009, 3508 = JA 2010, 146 (Stadler); vgl. auch MüKoBGB/Schlüter § 393 Rn. 5; Palandt/Grüneberg § 393 Rn. 4; PWW/Pfeiffer § 393 Rn. 5.

⁷⁵ BGH NJW 2009, 3508.

⁷⁶ Vgl. Harke SchuldR AT Rn. 393; Bydlinski AcP 196 (1996), 276 (281 ff.); Zimmermann FS Medicus, 1999, 721 ff.

⁷⁷ HKK/Zimmermann §§ 387–396 Rn. 5 ff.; Zimmermann JURA 2005, 441 (443).

⁷⁸ Vgl. Looschelders/Makowsky in Leible/Lehmann, European Contract Law and German Law, 2014, 685 (709 ff.).