

JURISTISCHE ARBEITSBLÄTTER

2008

JAHRESINHALTSVERZEICHNIS 40. JAHRGANG

HERAUSGEBER

ZIVILRECHT RiBGH Dieter Maihold, Nürnberg
Prof. Dr. Christian Wolf, Universität Hannover

STRAFRECHT VRiOLG Prof. Dr. Bernd von Heintschel-Heinegg, München
Prof. Dr. Hans Kudlich, Universität Erlangen-Nürnberg

ÖFFENTLICHES RECHT Prof. Dr. Ekkehart Reimer, Universität Heidelberg
RiBVerwG Prof. Dr. Rüdiger Rubel, Frankfurt



zustehende Ermessen nicht erkannt. Daher könnte ein Anspruch der Gemeinde A auf Neubescheidung ihres Antrages auf Erlass einer Rechtsverordnung – vergleichbar einer Klage auf Neubescheidung eines im Ermessen der Behörde stehenden Verwaltungsaktes – bestehen.

Auch insoweit ist jedoch die Eigenart des normativen Ermessens zu beachten. Für seine gerichtliche Überprüfung kann es nur auf das (positive oder negative) Ergebnis seiner Ausübung, also den Erlass bzw. Nichterlass der Norm, ankommen. Dieses Ergebnis hält sich, wie unter 1. dargelegt, innerhalb des dem Beklagten zustehenden normativen Gestaltungsspielraums. Anders als beim Verwaltungsakt kann eine verwaltungsgerichtliche Kontrolle der die Entscheidung tragenden Motive, d.h. des Abwägungsvorgangs, nur stattfinden, wenn der Normgeber – wie es etwa das Bauplanungsrecht für den Erlass des Bebauungsplans vorsieht – durch spezielle gesetzliche Abwägungsdirektiven gebunden ist (vgl. BVerwGE 125, 384 [386]). Solche Vorschriften bestehen für den Fall einer aufgabenübertragenden Rechtsverordnung nicht, so dass die unzutreffende Vorstellung des Beklagten über den Anwendungsbereich des § 203 I BauGB ohne Auswirkung bleibt.

Dieses Ergebnis könnte sich auch daraus ergeben, dass der Beklagte während des gerichtlichen Verfahrens etwaige Ermessensmängel geheilt hat. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung des geltend gemachten Normerlassanspruchs kann mangels anderer Regelungen nur die letzte mündliche Verhandlung vor dem Tatsachengericht sein. Zu diesem Zeitpunkt hat der Beklagte seine Ablehnung des begehrten Normerlasses zumindest auch auf den Gesichtspunkt der vorrangig zu realisierenden kommunalrechtlichen Kooperationsmöglichkeit zwischen den Gemeinden A und B gestützt. Selbst wenn man also eine fehlerfreie Ermessensausübung des Normgebers verlangte, läge sie zum maßgeblichen Zeitpunkt vor.

Demgemäß hat die Gemeinde A auch keinen Anspruch auf Feststellung der Verpflichtung des Beklagten zur Neubescheidung.

Hinweis: Besonders mit dem normativen Ermessen haben sich die Klausurbearbeiter schwer getan. Insbesondere die Problematik, dass die Gemeinde A den Weg der Vereinbarung mit der Gemeinde B hätte weiter beschreiten sollen, wurde meist übersehen oder unzutreffend als Frage des Rechtsschutzbedürfnisses im Rahmen der Zulässigkeit geprüft.

IV. Zwischenergebnis

Die Feststellungsklage ist unbegründet.

C. ENDERGEBNIS

Die Klage ist zwar zulässig, aber unbegründet.

ÜBUNGSBLÄTTER REFERENDARE

ÜBUNGSBLÄTTER REFERENDARE I FERNBEITRAG ZIVILRECHT · DIE PROZESSAUFRÉCHNUNG

RAin Magali Feser, Passau*

Die Aufrechnung im Prozess – eine Frage des Zeitpunkts

Schon immer gab es bei Gestaltungsrechten die Diskussion, ob bereits ihr Bestand an sich ausreicht, um prozessuale Folgen herbeizuführen, oder ob es hierzu erst der Gestaltungserklärung bedarf. Im Fall der Aufrechnung vertritt der BGH nun verschiedene Ansätze, je nachdem, ob es sich um die Aufrechnung im Rahmen der einseitigen Erledigungserklärung oder bei der Vollstreckungsgegenklage handelt.

A. EINFÜHRUNG

Die Aufrechnung ist ein beliebtes Instrument der Verteidigung in einem Zivilprozess. Zum einen kann bereits im Hauptprozess auf sie Bezug genommen werden, so dass die Klageforderung – zumindest in der Höhe der aufgerechneten Forderung – unbegründet wird und eine Klageänderung erforderlich wird, um eine Klageabweisung abzuwenden. Zum anderen fällt sie als Gestaltungsrecht unter die möglichen Einwendungen des § 767 II ZPO,

so dass die Zwangsvollstreckung für unzulässig erklärt werden kann. Problematisch ist jedoch, dass die objektive Aufrechnungslage und die tatsächliche Aufrechnungserklärung zumeist auseinanderfallen und somit verschiedene zeitliche Anknüpfungspunkte entstehen. Die unterschiedliche Anknüpfung kann dazu führen, dass nun auch die geänderte Klage abgewiesen werden muss oder die Einwendung im Zwangsvollstreckungsverfahren präkludiert wird. Welcher dieser Zeitpunkte jeweils herangezogen muss, wird sowohl in der Literatur wie auch in der Rechtsprechung kontrovers diskutiert.

* Die Autorin ist Rechtsanwältin in der Kanzlei Würdinger-Brand & Hugger.

B. AUFRICHTUNG UND DIE EINSEITIGE ERLEDIGUNGS-ERKLÄRUNG

I. Die Aufrechnung im Prozess

Beispiel: A klagt gegen B auf Zahlung einer Vergütung aus einem Dienstvertrag. Dieser rechnet nun während der Hauptverhandlung mit einer Forderung aus einem Kaufvertrag auf, der zeitlich bereits vor dem Dienstvertrag geschlossen worden war.

Eine Aufrechnung gem. §§ 387 ff. BGB kann auf verschiedene Weise in den Hauptprozess eingebracht werden. Die aufrechnende Partei kann sich entweder auf eine bereits vorprozessual erklärte Aufrechnung berufen oder kann die Aufrechnung erst unmittelbar im Prozess selbst erklären (sog. Prozessaufrechnung). Im letzteren Fall ist die Aufrechnungserklärung materielles Rechtsgeschäft und Prozesshandlung in Einem und weist damit eine Doppelnatur auf.¹ Liegen die Voraussetzungen der Aufrechnung vor, so erlöschen gem. § 389 BGB die Haupt- und Nebenforderungen, soweit sie sich decken.² Dies führt dazu, dass die ursprüngliche Klageforderung unbegründet wird und somit die Klage für den Kläger kostenpflichtig abgewiesen werden muss. Um dieser Kostenfolge zu entgehen, kann der Kläger die Klage für erledigt erklären. Stimmt der Beklagte der Erledigung zu, so entscheidet das Gericht gem. § 91a ZPO nur noch über die Kosten, ohne darauf einzugehen, ob oder wann der Fall der Erledigung überhaupt eingetreten ist.³ Stimmt der Beklagte dieser Erklärung allerdings nicht zu, handelt es sich um eine einseitige Erledigungserklärung des Klägers. Diese stellt gem. §§ 263, 264 Nr. 2 ZPO eine grundsätzlich zulässige Klageänderung der Zahlungsklage in eine Feststellungsklage dar. Der Antrag an das Gericht richtet sich nunmehr darauf, festzustellen, dass die Hauptsache erledigt ist. Das Feststellungsinteresse des Klägers ist zu bejahen. Dies gilt nicht nur für eine vorprozessual erklärte Aufrechnung, sondern auch wenn die Aufrechnung erst im Prozess erklärt worden ist. Gerade wenn der Schuldner von der vorprozessualen Möglichkeit der Aufrechnungserklärung keinen bewussten Gebrauch gemacht hat und daher tatsächlich eine ursprünglich zulässige und begründete Klage bestand, gibt es keinen Anlass, dieses Interesse in Zweifel zu ziehen.⁴ Damit diese Feststellungsklage erfolgreich ist, muss das erledigende Ereignis nach der Rechtshängigkeit eingetreten und die Klage zu diesem Zeitpunkt zulässig und begründet gewesen sein.⁵ Es ist also auf den tatsächlichen Zeitpunkt des erledigenden Ereignisses abzustellen. Auch eine Aufrechnung gem. §§ 387 ff. BGB kann das erledigende Ereignis darstellen.

II. Entstehungszeitpunkt und Rechtshängigkeit

Wenn die Forderung, mit der aufgerechnet wird, erst nach Rechtshängigkeit entsteht, so tritt die Erledigungswirkung ohne weitere Probleme ein.⁶ Problematisch wird es jedoch dann, wenn die Forderung, mit der aufgerechnet wird, bereits vor Rechtshängigkeit entstanden ist. An sich kann ein Ereignis, das vor der Rechtshängigkeit eintritt, nicht die Hauptsache erledigen.⁷ Bei der Aufrechnung ist jedoch zu beachten, dass die Aufrechnungslage und die Aufrechnungserklärung erfahrungsgemäß zeitlich auseinanderfallen.

Die Aufrechnungslage besteht ab dem Zeitpunkt, in dem die Forderungen sich erstmals aufrechenbar gegenüberstanden.⁸ Im Beispielfall ist dies bereits vor Rechtshängigkeit der Klage der Fall, da die Vergütung als Hauptforderung bereits erfüllbar und die Kaufpreisforderung als Gegenforderung vollwirksam und fällig ist. Die Aufrechnungserklärung wurde dagegen erst während des Prozesses und damit nach Rechtshängigkeit abgegeben. Fraglich ist daher, auf welchen der beiden Zeitpunkte bei der Bestim-

mung des erledigenden Ereignisses abzustellen ist.⁹ Dies ist allerdings sehr umstritten. Einer Ansicht nach muss das objektive Bestehen der Aufrechnungslage als entscheidendes Ereignis herangezogen werden.¹⁰ Als Hauptargument wird hierfür die materiell-rechtliche Rückwirkung gem. § 389 BGB herangezogen. Des Weiteren wird der Kläger für nicht schutzwürdig gehalten, da er hätte prüfen können und müssen, ob eine aufrechenbare Gegenforderung des Beklagten besteht. Bei Vorliegen einer Gegenforderung hätte der Kläger selbst aufrechnen können und somit nicht zu klagen brauchen.¹¹ Dem wird jedoch von der Gegenauffassung¹², der sich nun auch der BGH¹³ angeschlossen hat, entgegen gehalten, dass es sich bei dieser Rückwirkung gem. § 389 BGB lediglich um eine materiell-rechtliche Fiktion handelt. Allein durch die Erklärung wird der Prozess auch nicht aus der Welt geschafft, so dass der Bezug zu der fiktiven Wirkung etwas mechanisch klingt.¹⁴ Die materiell-rechtlichen Wirkungen sind aber von den prozessualen Folgen zu unterscheiden, so dass für die verfahrensmäßige Frage der Erledigung die materiell-rechtliche Fiktion nicht von Relevanz ist. Das erledigende Ereignis kann nämlich nur eine Tatsache darstellen, somit ist auf den tatsächlichen Vorgang der Erledigungserklärung als erledigendes Ereignis abzustellen.¹⁵ Außerdem führt das alleinige Bestehen einer Aufrechnungslage ohne weiteres noch nicht zum Erlöschen der Forderungen, da eine Aufrechnung kraft Gesetz nicht stattfindet. Es bedarf stets erst der Aufrechnungserklärung.¹⁶ Darüber hinaus ist es die alleinige Entscheidung des Schuldners, ob und wann er durch die Erklärung der Aufrechnung die Erlöschungswirkung eintreten lassen möchte.¹⁷ Liegt keine wirksame Aufrechnungserklärung vor, so wird der Rechtsstreit der Parteien ohne Rücksicht auf die bestehende Aufrechnungslage weitergeführt. Diese Dispositionsfreiheit liegt bei den Parteien und wird von der gegnerischen Ansicht ohne Rechtfertigung eingeschränkt.¹⁸ Dem Kläger kann auch nicht eine mangelnde Schutzwürdigkeit vorgeworfen werden, da er sowohl aus rechtlichen (z.B. wegen §§ 393, 390 BGB) als auch aus tatsächlichen Gründen gehindert sein kann, die Aufrechnung zu erklären oder zu erkennen.¹⁹ Dieses kann z.B. der Fall sein, wenn der Beklagte die Forderung ohne Wissen des Klägers durch Abtretung²⁰ oder Erbfolge erlangt hat oder die Forderung, mit der aufgerechnet werden kann, dem-

1 Vgl. nur Palandt/Grüneberg 66. Aufl. 2007, § 388 Rn. 2.
 2 Die eigentliche Ursache der Tilgungswirkung ist damit aber noch nicht bestimmt, vgl. Heyers JR 2004, 242.
 3 BGHZ 21, 298 = NJW 1956, 1517, Musielak GK ZPO, 8. Aufl. 2005, Rn. 262 m.w.N.
 4 Vgl. Meller-Hannich JZ 2005, 656 (664) (zur Verjährung).
 5 Vgl. nur Thomas/Putzo 28. Aufl. 2007, § 91a Rn. 4, 33; Stein/Jonas/Bork ZPO, 22. Aufl. 2004, § 91a Rn. 5.
 6 Vgl. nur BGH NJW 1986, 588 (589).
 7 BGHZ 83, 12 (14); 127, 156 (163).
 8 Palandt/Grüneberg (Fn. 1) § 387 Rn. 3.
 9 In RGZ 58, 414 (417) offen gelassen, obwohl in Entscheidungen zuvor noch auf die Aufrechnungslage abgestellt wurde, vgl. RGZ 50, 389 (391).
 10 MüKo-ZPO/Lindacher 2. Aufl. 2000, § 91a Rn. 134; § 389 Rn. 3; OLGR Hamm 2000, 100 = MDR 2000, 296 (297); OLGR Jena 1997, 135 (136); Althammer/Löhnig NJW 2004, 3077.
 11 OLG Hamm MDR 2000, 296 (297).
 12 BayObLG NJW-RR 2002, 373; OLGR Düsseldorf 2000, 76 = NJW-RR 2001, 432 = MDR 2000, 540; Thomas/Putzo (Fn. 5) § 91a Rn. 4a; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann ZPO, 65. Aufl. 2007, § 91a Rn. 43; Heistermann NJW 2001, 3527; Schneider MDR 2000, 507; Schröcker NJW 2004, 2203; Billing JuS 2004, 186; angeklungen in BGH NJW 1986, 588; nun auch Erman/Wagner BGB, 11. Aufl. 2004, § 389 Rn. 7; MüKo-BGB/Schlüter 5. Aufl. 2007, § 389 Rn. 11; Palandt/Grüneberg (Fn. 1) § 389 Rn. 2.
 13 BGHZ 155, 392 = NJW 2003, 3134; mit Anmerkung Luckey VersR 2004, 128.
 14 Peters NJW 2001, 2289 (2290).
 15 Schneider MDR 2000, 507.
 16 So schon BGHZ 2, 300 (303 f.) = NJW 1951, 599.
 17 Vgl. auch Meller-Hannich JZ 2005, 656 (663).
 18 Vgl. auch LG Berlin NJW-RR 2002, 1655 (1656).
 19 Vgl. hierzu BGH NJW 2003, 3134 (3136).
 20 Vgl. nur BayObLG NJW-RR 2002, 373; LG Berlin NJW-RR 2002, 1655.

nächst verjährt oder keine sichere Kenntnis über den Bestand der Forderung vorliegt. Hierdurch wird auch deutlich, dass es für das erledigende Ereignis unerheblich ist, welche Partei die Aufrechnung erklärt.²¹ Nur die bloße vorprozessuale Möglichkeit der Aufrechnung kann nicht dazu führen, dass das Kostenrisiko einseitig auf den Gläubiger verlagert wird.²² Auch eine Klagerücknahme stellt keine befriedigende Ersatzlösung dar, da § 269 III 3 ZPO nicht einschlägig ist, wenn allein in der Aufrechnungserklärung das erledigende Ereignis liegt.²³ Eine zwingende Lösung des Problems über § 269 III 3 ZPO war auch nicht von der Intention des Gesetzgebers umfasst, auch wenn der Wortlaut nicht entgegensteht.²⁴

Wenn A die Klage nun für erledigt erklärt und B nicht zugestimmt hat, prüft das Gericht, ob eine Erledigung tatsächlich eingetreten ist. Da hier auf die Aufrechnungserklärung als erledigendes Ereignis abzustellen ist und diese erst nach Rechtshängigkeit abgegeben wurde, hat sich die Hauptsache erledigt und die geänderte Klage ist erfolgreich.

III. Kostenentscheidung

Die Entscheidung über die Kosten ergeht gem. §§ 91, 92 ZPO, da es sich um eine normale Feststellungsklage handelt.²⁵ Auf Grund des eindeutigen Wortlauts von § 91a ZPO steht auch keine dogmatische Rechtfertigung für eine analoge Anwendung zur Verfügung.²⁶ Billigkeitserwägungen allein reichen ebenfalls nicht aus, um ein abweichendes Ergebnis zu erzielen, da es sich um eine rein objektiv zu beantwortenden Frage handelt.²⁷ Die Kostenfrage ergeht daher grundsätzlich als eine »Alles-oder-Nichts«-Entscheidung. Zwar kann so dem Veranlassungsprinzip bei der einseitigen Erledigungserklärung nicht Rechnung getragen werden, dies kann jedoch auch mittels einer analogen oder reziproken Anwendung des § 93 ZPO nicht geschehen.²⁸

B hat daher als unterlegene Partei die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

C. AUFRICHTUNG UND PRÄKLUSION GEM. § 767 II ZPO

I. Vollstreckungsgegenklage gem. § 767 ZPO

Bei der Vollstreckungsgegenklage gem. § 767 ZPO handelt es sich um eine prozessuale Gestaltungsklage, die einen neuen Rechtsstreit einleitet.²⁹ Allerdings wird hierdurch lediglich die Zwangsvollstreckung aus einem bestimmten Titel für unzulässig erklärt, der Titel selbst wird aber nicht berührt. Wenn also Einwendungen gegen den materiellen Anspruch entstanden sind, kann sich der Vollstreckungsschuldner hiermit gegen die Vollstreckbarkeit des Titels wehren. Die Klage ist erforderlich, da im stark formalisierten Zwangsvollstreckungsrecht das jeweils zuständige Vollstreckungsorgan grundsätzlich nicht überprüft, ob der titulierte Anspruch noch besteht.³⁰

Beispiel: C betreibt die Zwangsvollstreckung gegen D. Dieser erklärt nun die Aufrechnung mit einer Forderung und will die Zwangsvollstreckung aus dem Titel für unzulässig erklären lassen.

II. Präklusion von Einwendungen gem. § 767 II ZPO

Es kann allerdings nicht jede geltend gemachte Einwendung zur Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung führen. Gem. § 767 II ZPO kommen grundsätzlich nur rechtsvernichtende und rechthemmende Einwendungen in Betracht, da nur solche erst nach dem Schluss der letzten Tatsachenverhandlung im Rechtsstreit über den Titel entstehen können.³¹ Die Aufrechnung als Gestaltungsrecht stellt eine solche an sich zulässige Einwendung dar.

Allerdings stellt sich auch hier die Frage nach dem maßgeblichen Entstehenszeitpunkt der Einwendung, da bei diesem Gestaltungsrecht – wie bereits oben dargestellt – verschiedene zeitliche Anknüpfungspunkte möglich sind. Auch im Rahmen der Zwangsvollstreckung ist daher die Frage der Präklusion von Gestaltungsrechten umstritten.

III. Maßgeblicher Anknüpfungspunkt der Aufrechnung

Die Forderungen von C und D standen sich bereits während des Hauptsacheverfahrens aufrechenbar gegenüber. Die Aufrechnungserklärung des D erfolgt aber erst im Rahmen der Vollstreckungsgegenklage.

Nach der im Schrifttum herrschenden Auffassung entstehen die Gründe, also die Tatsachen, auf denen die Einwendungen beruhen, erst dann, wenn diese ausgeübt sind.³² Vor der Ausübung ist ein Gestaltungsrecht grundsätzlich weder ein Einwand noch eine Einrede. Es ist daher nicht zur Beseitigung der Vollstreckbarkeit geeignet, genauso wenig wie es bereits im Hauptprozess die Herstellung der Vollstreckbarkeit verhindert hat. Dies gilt auch unabhängig davon, ob es sich um vertraglich vereinbarte oder gesetzliche Gestaltungsrechte handelt, da das materielle Recht für jede Art von Gestaltungsrecht auf die Ausübung abstellt.³³ Des Weiteren wird herangeführt, dass sich der Entstehenszeitpunkt einer Einwendung nur nach materiellem Recht bestimmt. Da erst mit Ausübung (hier also die Erklärung der Aufrechnung) des Gestaltungsrechts die materielle Rechtsänderung eintritt, stellt dies den »Grund« gem. § 767 II ZPO dar. Somit kann nur dann eine Präklusion eintreten, wenn die Aufrechnungserklärung vor Erhebung der Vollstreckungsgegenklage abgegeben worden ist. Im Fall der Aufrechnung enthalten die §§ 387 ff. BGB auch keine Fristen zur Ausübung dieses Gestaltungsrechts, so dass dieses auch nicht durch die Präklusionsvorschrift des § 767 II ZPO ausgeschlossen werden kann.³⁴

Zwar hat sich der BGH in seiner Entscheidung zum maßgeblichen Zeitpunkt der Aufrechnung bei der einseitigen Erledigungserklärung³⁵ dieser Argumentation angeschlossen. Dieser Linie folgt er aber im Fall der Vollstreckungsgegenklage nicht.³⁶ Der BGH geht hier weiter in ständiger Rechtsprechung davon

21 Vgl. *Billing* JuS 2004, 186 (188).
 22 OLG Düsseldorf MDR 2000, 540 (541).
 23 BGH NJW 2003, 3134 (3136); *Billing* JuS 2004, 186 (188).
 24 Vgl. *Luckey* VersR 2004, 128 (129); *Althammer/Löbnig* NJW 2004, 3077 (3079); weiterführend zur Klagerücknahme und Erledigungserklärung BGH NJW 2004, 223 (224); *Elzer* NJW 2002, 2006; *Bonifacio* MDR 2002, 499.
 25 Ständige höchstrichterliche Rechtsprechung, vgl. nur BGH NJW 1994, 2895; *Thomas/Putzo* (Fn. 5) § 91a Rn. 39.
 26 *Musielak/Wolst*, 4. Aufl. 2005, § 91a Rn. 45.
 27 Vgl. nur *Meller-Hannich* (für Verjährung) JZ 2005, 656 (664); a.A. *Althammer/Löbnig* NJW 2004, 3077.
 28 *Musielak/Wolst* (Fn. 26) § 91a Rn. 45; OLG Düsseldorf NJW-RR 1997, 1566; OLG Düsseldorf NJW-RR, 1566; a.A. *Heyers* JR 2004, 242 (243), da nur so interessengerechte Resultate zu erzielen sind; *MüKo-ZPO/Lindacher* (Fn. 10) § 91a Rn. 107.
 29 H.M., vgl. nur *Thomas/Putzo* (Fn. 5) § 767 Rn. 1.
 30 *Musielak* GK ZPO (Fn. 3) Rn. 712.
 31 Vgl. nur *Thomas/Putzo* (Fn. 5) § 767 Rn. 20; für den Fall, dass eine Berufung zurückgenommen wird, so ist auf den Schluss der mündlichen Verhandlung im ersten Rechtszug des Vorprozesses abzustellen, vgl. nur BGHZ 163, 339 = BGH NJW 2005, 2926 (2927).
 32 *Rosenberg/Gaull/Schilken* Zwangsvollstreckungsrecht, 10. Aufl. 1987, § 40 V 2 b; *Brox/Walker* Zwangsvollstreckungsrecht, 7. Aufl. 2003, Rn. 1346; *Stein/Jonas/Münzberg*, 22. Aufl. 2002, § 767 Rn. 32 ff.; *Musielak/Lackmann* (Fn. 26) § 767 Rn. 36 f.
 33 *Jauernig/Berger* Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht, 22. Aufl. 2007, § 12 Rn. 13; *Billing* JuS 2004, 186 (189).
 34 *Musielak/Lackmann* (Fn. 26) § 767 Rn. 37.
 35 BGHZ 155, 392.
 36 BGHZ 163, 339 = BGH NJW 2005, 2926.

aus, dass bereits die objektive Möglichkeit der Geltendmachung eines gesetzlichen³⁷ Gestaltungsrechts in dem früheren Verfahren das nachträgliche Vorbringen mit der Vollstreckungsgegenklage ausschließt. Es ist hierbei unerheblich, ob der Schuldner die Einwendung aus Unkenntnis nicht geltend gemacht hat oder sie aus prozessualen Gründen (etwa gem. § 533 ZPO) unberücksichtigt geblieben ist.³⁸ Im Gegensatz zu anderen Präklusionsvorschriften (vgl. etwa § 296 ZPO) hat der Gesetzgeber die Wirkung des § 767 II ZPO unabhängig vom Verschulden gestaltet. Bereits das tatsächliche Bestehen einer Aufrechnungslage führt folglich zur Präklusion einer Einwendung, wenn diese hätte eingeführt und dem Gericht zur Entscheidung hätte unterbreitet werden können.³⁹ Grund hierfür ist zum einen der Schutz der Rechtskraft des im Vorprozess ergangenen Urteils, die bereits durch die Vollstreckungsgegenklage an sich beeinträchtigt wird und somit eine restriktive Handhabung der zu erhebenden Einwendungen erfordert. Zum anderen kann nur so eine weitere Verfahrensverzögerung verhindert werden, da für die gegnerische Seite keinerlei Möglichkeit besteht, den Zeitpunkt der Aufrechnungserklärung zu beeinflussen. Die Schutzbedürftigkeit des damaligen Klägers und jetzigen Beklagten ist höher als das Interesse des Gegners einzustufen. Der Partei, die erst zu diesem Zeitpunkt die Aufrechnung erklärt, kann entgegen gehalten werden, dass sie die (objektive) Möglichkeit zur Aufrechnung bereits im Erkenntnisverfahren gehabt hat und schon damals hätte nutzen können (oder auch aus Gründen der Prozessförderungspflicht sogar sollen!).⁴⁰ Auch bleibt immer der Weg der eigenen Leistungsklage. Diese ist dann allerdings auch wieder mit dem allgemeinen Prozess- und Insolvenzrisiko belastet.⁴¹

Der BGH hat mit dieser erneuten Entscheidung⁴² klargestellt, dass er an seiner Argumentation festhält und die – mittlerweile wohl als Gewohnheitsrecht⁴³ zu bezeichnende – Auffassung beibehält.

Da die Forderungen von C und D bereits während des Hauptprozesses aufrechenbar gegenüberstanden, bestand bereits zu diesem Zeitpunkt die objektive Möglichkeit zur Geltendmachung der Aufrechnung. Die Aufrechnung des D während des Zwangsvollstreckungsverfahrens ist daher gem. § 767 II ZPO präkludiert und kann nicht dazu führen, dass die Zwangsvollstreckung für unzulässig erklärt wird.

V. Pflicht zur Herbeiführung einer Aufrechnungslage?

Allerdings geht die Ansicht zu weit, die fordert, dass die Präklusion bereits dann eintritt, wenn nur die bloße Möglichkeit vorliegt, die Voraussetzungen für das Eintreten der Aufrechnungslage zu schaffen.⁴⁴ Der BGH hat in diesem Punkt die Grenzen der Präklusionswirkung der materiellen Rechtskraft präzisiert und ist dieser Auffassung nicht gefolgt, da sie nicht mit der gesetzlichen Regelung in Einklang steht.⁴⁵ Erst die objektive Entstehung der Aufrechnungslage kann den maßgeblichen Zeitpunkt i.S.v. § 767 II ZPO darstellen, nicht aber nur die bloße Möglichkeit, die Voraussetzungen der Aufrechnung herbeizuführen. Durch eine Gleichstellung dieser Zustände wird die Tragweite des von der Rechtsprechung entwickelten Grundsatzes verkannt. Es kommt lediglich darauf an, ob die Einwendung objektiv hätte erhoben werden können. Liegen ihre materiell-rechtlichen Voraussetzungen im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung jedoch noch gar nicht vor, so kann dem Schuldner nicht zur Last gelegt werden, dass er die hierfür erforderlichen Handlungen nicht vorgenommen hat. Der Schuldner muss nicht die Voraussetzungen für eine Aufrechnung, möglicherweise gegen seine eigenen Interessen und seinen Willen schaffen.⁴⁶ Es ist aus § 767 II ZPO nicht ersichtlich, warum ein Schuldner mittelbar gezwungen wer-

den soll, z.B. auf sein Leistungsverweigerungsrecht zu verzichten und die Voraussetzungen für einen auf Geldzahlung gerichteten Anspruch dadurch zu schaffen, dass er den Gläubiger in Verzug mit der Mängelbeseitigung setzt.

D. GEGENÜBERSTELLUNG

Es fällt auf, dass trotz gleicher materiell-rechtlicher Ausgangslage die prozessuale Behandlung der Aufrechnung durch die höchstgerichtliche Rechtsprechung unterschiedlich ausfällt. Es wird eingewandt, dass diese vom BGH verfolgte unterschiedliche Handhabung einen Systembruch darstellt.⁴⁷ Allerdings ist fraglich, ob es zwingend einer einheitlichen Betrachtungsweise des Zeitpunkts der Einwendungsentstehung bedarf. § 215 BGB zeigt bereits, dass dem Gesetzgeber eine derart unterschiedliche Betrachtungsweise nicht fremd ist.⁴⁸ Allein aus einem formalen Grund muss der BGH seine Rechtsprechung in den Fällen der Aufrechnung nicht aufeinander abstimmen.⁴⁹ Auch wenn der Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung eine materiell-rechtsfreundliche Auslegung des Prozessrechts erfordert, kann dies dennoch zu einer unterschiedlichen Handhabung wie im Fall der Aufrechnung führen.⁵⁰ Hierzu sind die Wertungen des Prozessrechts und die Interessenlagen der Parteien zu berücksichtigen. § 767 II ZPO bezweckt den größtmöglichen Schutz der Rechtskraft des im Vorprozess ergangenen Urteils gegen nachträgliche Einwendungen und soll die Vollstreckbarkeit des Titels vor Verzögerungen absichern.⁵¹ Somit werden der materiell-rechtlichen Entscheidungsfreiheit prozessrechtliche Grenzen gezogen.⁵² Mittels der einseitigen Erledigungserklärung kann der Kläger auf Veränderungen reagieren, die die Klage während des Rechtsstreits mit oder ohne sein Zutun unzulässig oder unbegründet machen und somit eine für ihn negative Kostenfolge vermeiden.⁵³

Demnach ist bei der einseitigen Erledigungserklärung als das erledigende Ereignis die Aufrechnungserklärung heranzuziehen. Anders dagegen im Fall der Vollstreckungsgegenklage: Damit der Schuldner seiner Rechte nicht beraubt wird, ist auf den Zeitpunkt abzustellen, in dem sich die Forderungen aufrechenbar gegenüberstanden. Maßgeblich ist hier somit der Zeitpunkt der Aufrechnungslage. Darüber hinaus wird hiermit auch eine Verfahrensverzögerung verhindert; nicht umsonst gibt es den Grundsatz der Prozessförderungspflicht. Diese Rechtsansicht führt auch nicht zur gänzlichen Schutzlosigkeit des Aufrechnenden, da – gerade bei Unkenntnis der Aufrechnungslage – immer noch die Möglichkeit der eigenen Leistungsklage besteht.

37 Vgl. zur Rechtslage bei vertraglichen Gestaltungsrechten BGHZ 94, 29 (33 ff.) = BGH NJW 1985, 2481 (2482).

38 BGHZ 34, 274 (279) = NJW 1961, 1067; BGH NJW 2003, 3134 (3135) m.w.N.; Zöller/Herget ZPO, 26. Aufl. 2007, § 767 Rn. 12 m.w.N.; BGHZ 145, 352 = NJW 2001 231 = JZ 2001, 465 mit Anmerkung Foerster; BGH, NJW 1994, 2769 (2770).

39 Vgl. BGHZ 125, 351 = BGH NJW 1994, 2769 (2770).

40 Luckey VersR 2004, 128 (12).

41 Vgl. Schusche/Walker Zwangsvollstreckungsrecht, 2. Aufl. 1997, § 767 Rn. 31.

42 BGHZ 163, 339 = BGH NJW 2005, 2926.

43 Musielak/Lackmann (Fn. 26) § 767 Rn. 37.

44 OLG Braunschweig (aufgehoben von BGHZ 163, 339 = BGH NJW 2005, 2926); OLG Koblenz 2001, 455 (457).

45 BGHZ 163, 339 = NJW 2005, 2926.

46 So schon OLG Hamm BauR 1989, 744.

47 Heyers JR 2004, 242 (243).

48 Vgl. auch Luckey VersR 2004, 128 (130).

49 So auch Billing JuS 2004, 186 (189).

50 Althammer/Löhnig NJW 2004, 3077 (3079).

51 Vgl. nur BGHZ 34, 274 (280) = NJW 1961, 1067 (1068), Musielak/Lackmann (Fn. 26) § 767 Rn. 35.

52 Zöller/Herget (Fn. 38) § 767 Rn. 14.

53 Vgl. Thomas/Putzo (Fn. 5) § 91a Rn. 1.

E. ZUSAMMENFASSUNG

Der Schluss von der Behandlung der Aufrechnung im Fall der einseitigen Erledigungserklärung auf die Präklusion i.S.v. § 767 II ZPO ist nicht zwingend und eine autonome Wertung der Einwendungsentstehung ist zulässig. Gerade auch unter Berücksichtigung von Parteiinteressen und Billigkeitserwägungen handelt es sich um in der jeweiligen Prozesssituation gut vertretbare Argumentationslinien.

In der Konstellation des Hauptprozesses genießt der Schutz des Klägers vor negativen Kostenfolgen nach einer Aufrechnung hö-

here Priorität. So bleibt in diesem Fall immer die Möglichkeit einer erfolgreichen Feststellungsklage, wenn als maßgeblicher Zeitpunkt die Aufrechnungserklärung herangezogen wird.

Im Fall der Vollstreckungsgegenklage fordert das Interesse des nunmehr Beklagten an der Rechtskraft des Urteils und an der Verhinderung von Verfahrensverzögerungen eine möglichst große Reichweite der Präklusionswirkung des § 767 II ZPO, so dass bereits auf das Bestehen der Aufrechnungslage als Entstehungszeitpunkt der Einwendung abzustellen ist.

Dr. Georg Ott, Augsburg*

Das Fragerecht in der Hauptverhandlung

Für das Ergebnis der Hauptverhandlung im Strafverfahren ist von maßgeblicher Bedeutung, wer wem welche Fragen stellt bzw. stellen darf. Dabei kann es zu spannungsgeladenen Situationen kommen. So charakterisiert der BGH beispielsweise die Befragung einer Zeugin von Verteidigerseite einmal als »exzessiv, die Zeugin bedrängend, zum Teil auf Wiederholungen gerichtet und durch nicht ausreichende Aktenkenntnis motiviert«, und sieht dies als »kritikwürdig« an.¹ Die StPO regelt das Fragerecht v.a. in den §§ 240 und 241,² zu seiner korrekten Handhabung ist ergänzend die Kenntnis der von Rechtsprechung und Rechtslehre erarbeiteten Fallgruppen unzulässiger Fragen von Nöten.

A. GRUNDLAGEN

Frageberechtigt sind nach § 240 I StPO neben dem Vorsitzenden beisitzende Berufsrichter, nach § 240 II StPO Schöffen, Staatsanwalt, Angeklagter und Verteidiger.³ Die Aufzählung ist jedoch nicht abschließend, das gleiche Recht haben auch Privatkläger (§ 385 StPO) und Nebenkläger (§ 397 I 3 StPO), schließlich findet sich eine Regelung für den Sachverständigen in § 80 II StPO.⁴ Im Interesse der Wahrheitsfindung kann der Vorsitzende aber auch Beteiligten, denen vom Gesetz kein Fragerecht eingeräumt ist, einzelne Fragen gestatten, beispielsweise Zeugen und Zeugenbeiständen.⁵

§ 240 StPO erlaubt Fragen an den Angeklagten, die Zeugen und die Sachverständigen. Die unmittelbare Befragung eines Angeklagten durch den Mitangeklagten ist jedoch nach § 240 II StPO ausgeschlossen, nach h.M. schlechthin, während dies nach anderer Ansicht vom Vorsitzenden gestattet werden kann.⁶ An den Staatsanwalt darf nur der Vorsitzende im Rahmen der Verhandlungsleitung Fragen richten, ansonsten sind sie unzulässig.⁷

Die Frageberechtigten dürfen ihre Fragen grundsätzlich unmittelbar stellen, dem Vorsitzenden obliegt dabei lediglich die Erteilung des Wortes. Dabei ist er an keine bestimmte Reihenfolge gebunden.⁸ Bei vorausgegangenem Missbrauch des Fragerechts kann er allerdings verlangen, dass ihm vorher mitgeteilt wird, welche Fragen gestellt werden sollen.⁹ Bei Zeugen unter 16 Jahren sieht § 241a StPO vor, dass die Vernehmung ausschließlich durch den Vorsitzenden geführt wird, andere Prozessbeteiligte können nur mittelbar über ihn Fragen stellen. Den Zeitpunkt, zu dem eine Befragung begonnen, fortgesetzt oder zum Abschluss gebracht wird, bestimmt allein der Vorsitzende, er kann demnach auch eine vom Verteidiger begonnene Zeugenbefragung wieder unterbrechen.¹⁰

B. UNZULÄSSIGE FRAGEN

Vor unzulässigen Fragen schützt den Zeugen insbesondere die Vorschrift des § 241 II StPO. Danach kann der Vorsitzende ungeeignete oder nicht zur Sache gehörige Fragen zurückweisen.

I. Ungeeignete Fragen

1. Durch Spezialnormen untersagte Fragen

Manche Fragen werden durch besondere Regelungen untersagt, man sieht sie deshalb als ungeeignet im Sinne von § 241 StPO an.¹¹ Hierher gehören insbesondere

- Fragen nach dem Wohnort oder der Identität des Zeugen im Falle einer zu besorgenden Gefährdung (§ 68 II, III StPO)
- Fragen nach Gegenständen, auf die sich die Verschwiegenheitspflicht öffentlicher Bediensteter bezieht und für die keine Aussagegenehmigung vorliegt (§ 54 StPO)
- bloßstellende Fragen an Zeugen (§ 68a StPO). Diese Vorschrift untersagt Fragen nach entehrenden Tatsachen und nach dem persönlichen Lebensbereich des Zeugen, wenn sie nicht unerlässlich sind.¹² Die Unerlässlichkeit ist anhand der Zielsetzung des Strafprozesses zu beurteilen: unerlässlich ist eine Frage daher immer dann, wenn sie zur Wahrheitserforschung notwendig ist.¹³ Auf die Bedeutung des Strafverfah-

* Der Autor ist Richter am LG Augsburg.

1 BGH NStZ 2005, 218. Statt die Ausübung des Fragerechts zu beschränken griff die mit diesem Verteidigerverhalten konfrontierte Strafkammer später zu Formulierungen wie »taktlose Torheit«, »abgefäimete Perfidie« und »üble, menschenverachtende Entgleisung«, womit sie die Besorgnis der Befangtheit begründete.
 2 Das Kreuzverhör (§ 239 StPO) hat im deutschen Strafprozess im Gegensatz zu Filmen amerikanischer Provenienz kaum Bedeutung.
 3 Die Verteilung auf zwei Absätze ist wichtig wegen der nur an Abs. 2 anknüpfenden Zurückweisungsbefugnis des § 241 II 2 StPO.
 4 Ferner: in Verfahren gegen Jugendliche die gesetzlichen Vertreter und die Erziehungsberechtigten (§ 67 I JGG), der Einziehungs- oder Verfallsbeteiligte (§§ 433 I, 442 StPO), der Vertreter der Finanzbehörde im Steuerstrafverfahren (§ 407 I AO), der Vertreter einer juristischen Person (§ 444 I StPO).
 5 Löwe-Rosenberg/Gollwitzer StPO, 25. Aufl., § 240 Rn. 10 m.w.N.
 6 Zur h.M. vgl. Meyer-Göfner StPO, 50. Aufl., § 240 Rn. 10, zur a.A. Löwe-Rosenberg/Gollwitzer (Fn. 5) § 240 Rn. 15.
 7 Löwe-Rosenberg/Gollwitzer (Fn. 5) § 240 Rn. 16.
 8 Löwe-Rosenberg/Gollwitzer (Fn. 5) § 240 Rn. 11 sieht es als herrschende Übung an, nach Beendigung der Befragung durch den Vorsitzenden und die beisitzenden Richter zunächst dem Beteiligten die Befragung zu gestatten, der einen Zeugen benannt hat. Oftmals ist aber nach den Laienrichtern auch zuerst der Staatsanwalt an der Reihe.
 9 BGH NStZ 1985, 205.
 10 BGH NStZ 1995, 143. Wesentlich enger OLG Hamm StV 1993, 462 f. und die Rechtslehre, z.B. Löwe-Rosenberg/Gollwitzer (Fn. 5) § 240 Rn. 13 f.
 11 BGHSt 13, 252 (254).
 12 Zum Verhältnis zur nicht zur Sache gehörenden Frage vgl. unten bei Fn. 51.
 13 BGHSt 13, 253 (254).