

**BGH**

**5.3.2009**

**IX ZR 141/07**

**Ist eine Vollstreckungsgegenklage wegen Präklusion des Aufrechnungseinwandes abgewiesen worden, ist eine Klage auf Feststellung, dass die titulierte Forderung durch dieselbe Aufrechnung erloschen sei, unzulässig.**

**ZPO § 256 Abs. 1, § 767 Abs. 2**

LG Aachen, Entscheidung vom 31.08.2006 - 10 O 261/06

OLG Köln, Entscheidung vom 24.05.2007 - 8 U 52/06 -

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 5. März 2009 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Ganter, den Richter Vill, die Richterin Lohmann und die Richter Dr. Fischer und Dr. Pape für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 8. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 24. Mai 2007 im Kostenpunkt sowie insoweit aufgehoben, als zum Nachteil der Beklagten erkannt worden ist, und zur Klarstellung wie folgt neu gefasst:

Die Berufung des Klägers gegen das Urteil der 10. Zivilkammer des Landgerichts Aachen vom 31. August 2006 wird mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass die Klage als unzulässig abgewiesen wird, soweit der Kläger beantragt festzustellen, dass die Forderung der Beklagten aus dem Urteil des Landgerichts Aachen vom 18. Mai 2004 - 10 O 558/01 - durch Aufrechnung des Klägers gemäß Aufrechnungsschreiben vom 15. November 2004, zugestellt an beide Beklagte durch den Gerichtsvollzieher am 18. November 2004, in Höhe eines 1.916,51 € übersteigenden Betrages erloschen ist, sowie die Beklagten zu verurteilen, die vollstreckbare Ausfertigung des Urteils des Landgerichts Aachen vom 18. Mai 2004 - 10 O 558/01 - an ihn herauszugeben.

Der Kläger trägt die Kosten beider Rechtsmittelverfahren.

Von Rechts wegen

#### **Tatbestand:**

Der Kläger war der Steuerberater der Beklagten. Mit Urteil vom 18. Mai 2004 wurde er (mittlerweile rechtskräftig) verurteilt, an die Beklagten Schadensersatz in Höhe von 9.514,78 € zu zahlen. Mit Schreiben vom 15. November 2004, den Beklagten zugestellt am 18. November 2004, rechnete der Kläger gegenüber der titulierten Forderung mit folgenden Gegenforderungen auf: 11.127,45 € gemäß Urteil des Amtsgerichts Düren vom 30. April 2003 und Kostenfestsetzungsbeschluss vom 22. Juli 2004; 3.133,88 € gemäß Urteil des Amtsgerichts Düren vom 25. April 2001; 836,33 € gemäß Urteil des Landgerichts Aachen vom 15. März 2001. In der Folgezeit erhob der Kläger Vollstreckungsgegenklage gegen das Urteil. Die Klage hatte wegen des im Kostenfestsetzungsbeschluss vom 22. Juli 2004 titulierten Betrages von 1.916,51 € Erfolg. Im Übrigen wurde sie wegen Präklusion der Aufrechnungen abgewiesen.

Im vorliegenden Rechtsstreit hat der Kläger beantragt festzustellen, dass die im Urteil vom 18. Mai 2004 und in einem Kostenfestsetzungsbeschluss vom 4. November 2004 titulierten Ansprüche der Beklagten durch die mit Schreiben vom 15. November 2004 erklärte Aufrechnung erloschen seien, und die Beklagten zu verurteilen, die vollstreckbaren Ausfertigungen des Urteils und des Kostenfestsetzungsbeschlusses an ihn herauszugeben. Das Landgericht hat die gegen den Kostenfest-

setzungsbeschluss gerichtete Klage abgewiesen, weil sich die Aufrechnungserklärung nur auf das Urteil beziehe; hinsichtlich des Urteils vom 18. Mai 2004 hat es die begehrte Feststellung wegen des Betrages von 1.916,51 € getroffen und die weiter gehende Klage abgewiesen. Auf die nur auf das Urteil vom 18. Mai 2004 bezogene Berufung des Klägers hat das Berufungsgericht die Beklagten antragsgemäß verurteilt. Mit ihrer vom Berufungsgericht zugelassenen Revision begehren die Beklagten die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

### **Entscheidungsgründe:**

Die Revision der Beklagten hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückweisung der Berufung des Klägers.

#### **I.**

Das Berufungsgericht hat ausgeführt: Die negative Feststellungsklage sei zulässig. Es sei allgemein anerkannt, dass der Titelschuldner das gegen ihn gerichtete Urteil nicht nur in Bezug auf seine Vollstreckbarkeit mit einer Vollstreckungsgegenklage, sondern auch in Bezug auf das Nichtbestehen des titulierten Anspruchs durch eine Feststellungsklage angreifen könne. Vollstreckungsgegenklage und Feststellungsklage seien auf verschiedene Ziele - die Vollstreckbarkeit einerseits, das Bestehen des Anspruchs andererseits - gerichtet und hätten daher verschiedene Streitgegenstände. Weder die Rechtskraft des Ausgangsurteils noch diejenige des Urteils über die Vollstreckungsgegenklage stünden daher einer erneuten Klage entgegen.

Begründet sei die Klage, weil die titulierte Forderung durch die mit Schreiben vom 15. November 2004 erklärte Aufrechnung erloschen sei. Die materielle Rechtskraft des Ausgangsurteils vom 18. Mai 2004 hindere die Aufrechnung nicht. Auch § 767 Abs. 2 ZPO (in entsprechender Anwendung) stehe ihr nicht entgegen. Zwar unterlägen die Einwendungen, die mit der negativen Feststellungsklage gegen eine titulierte Forderung geltend gemacht werden könnten, grundsätzlich denselben Beschränkungen wie im Falle einer Vollstreckungsgegenklage. Im vorliegenden Fall hätten die Aufrechnungen bereits im Ausgangsprozess geltend gemacht werden können. Darauf komme es jedoch im Ergebnis nicht an. Eine nicht durch Aufrechnung im Vorprozess erloschene Forderung könne selbstverständlich eingeklagt werden. Dann müsse es auch möglich sein, das Bestehen der Forderung im Wege der Feststellungsklage und das Nichtbestehen der Gegenforderung im Wege der negativen Feststellungsklage geltend zu machen. Insoweit sei auf den Zeitpunkt der Aufrechnungserklärung abzustellen; § 767 Abs. 2 ZPO greife folglich nicht. Der Anspruch auf Herausgabe des Titels folge aus einer analogen Anwendung des § 371 Satz 1 BGB.

#### **II.**

Diese Ausführungen halten einer rechtlichen Überprüfung nicht stand.

1. Die Feststellungsklage ist bereits unzulässig. Voraussetzung einer Feststellungsklage, auch einer negativen Feststellungsklage, ist ein rechtliches Interesse an der begehrten Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses, § 256 Abs. 1 ZPO. Daran fehlt es hier, weil die Klage auf dieselbe Aufrechnungserklärung vom 15./18. November 2004 gestützt wird, die bereits Gegenstand einer - soweit hier von Interesse - erfolglosen Vollstreckungsgegenklage war.

a) Grundsätzlich schließen sich Vollstreckungsgegenklage und negative Feststellungsklage nicht gegenseitig aus (RGZ 59, 301, 305). Mit beiden Klagen werden zwar materielle Einwendungen gegen den durch Urteil festgestellten Anspruch geltend gemacht. Die Klagen haben jedoch unterschiedliche Rechtsschutzziele. Die Vollstreckungsgegenklage ist eine rein prozessrechtliche Klage, deren Ziel die Beseitigung der Vollstreckbarkeit des Titels ist (ständige Rechtsprechung, z.B. RGZ 100, 98, 100; 158, 145, 149; 165, 374, 380; BGHZ 22, 54, 56; BGH, Urt. v. 30. Mai 1960 - II ZR 207/58, ZZP 1961, 187, 188 mit zust. Anm. Zeuner, ebenda S. 190 f; v. 19. Juni 1984 - IX ZR 89/83, MDR 1985, 138 f unter II 1 b bb; v. 3. Juni 1997 - XI ZR 133/96, WM 1997, 1280, 1281; v. 14. Juli 2008 - II ZR 132/07, WM 2008, 1806, 1807 Rn. 12; KG OLG-Rspr. 21, 88, 89; OLG Rostock OLG-NL 2003, 186, 187; OLG München WM 2008, 580). Über den weiteren Bestand des ti-

titulierten Anspruchs wird auf eine Vollstreckungsgegenklage hin nicht entschieden (RGZ 158, 145, 149 f; BGHZ 173, 328, 335 Rn. 25; BGH, Urt. v. 19. Juni 1984 - IX ZR 89/83, MDR 1985, 138 f; v. 23. Januar 1985 - VIII ZR 285/83, WM 1985, 703, 704; KG OLG-Rspr. 21, 88, 89; OLG Koblenz FamRZ 1994, 1195, 1196; OLG Rostock OLG-NL 2003, 186, 187). Dieser kann folglich Gegenstand einer Feststellungsklage sein.

b) Vollstreckungsgegenklage und negative Feststellungsklage können im Wege der Klagehäufung miteinander verbunden werden. Wenn ein rechtliches Interesse an einer entsprechenden Feststellung besteht, kann der Titelschuldner auch nach einer erfolgreichen Vollstreckungsgegenklage Klage auf Feststellung erheben, dass der titulierte Anspruch nicht mehr bestehe. Nach gefestigter Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann sogar nach Abweisung einer Vollstreckungsgegenklage eine auf denselben materiellen Einwand gegen die titulierte Forderung gestützte negative Feststellungsklage zulässig sein (BGH, Urt. v. 19. Juni 1984 - IX ZR 89/83, aaO; v. 23. Januar 1985 - VIII ZR 285/83, aaO). Mit der Abweisung der Klage nach § 767 ZPO wird lediglich abgelehnt, einem titulierten Anspruch durch rechtsgestaltendes Urteil die Vollstreckbarkeit zu nehmen. Damit wird aber nicht zugleich bindend entschieden, dass der titulierte Anspruch materiellrechtlich besteht. Das rechtliche Interesse an der Feststellung des Erlöschens der titulierten Forderung kann etwa daraus folgen, dass der Titelgläubiger im Hinblick auf nach erfolgter Vollstreckung mögliche Bereicherungsansprüche des Titelschuldners von vornherein auf eine zwangsweise Durchsetzung der titulierten Forderung verzichtet.

c) Im vorliegenden Fall geht es nicht um den Einwand der Erfüllung. Vielmehr hat der Kläger vergeblich versucht, gegen die titulierte Forderung aufzurechnen. Die mit Schreiben vom 15. November 2004 erklärte Aufrechnung ist als präkludiert behandelt worden (§ 767 Abs. 2 ZPO). Für diesen Fall gelten die soeben dargestellten Grundsätze nicht. Mit der Abweisung der Vollstreckungsgegenklage steht vielmehr fest, dass die Aufrechnung endgültig gescheitert ist.

aa) Im Vorprozess über die Vollstreckungsgegenklage war die mit Schreiben vom 15. November 2004 erklärte Aufrechnung präkludiert. Einwendungen gegen den titulierten Anspruch können nur insoweit im Wege der Vollstreckungsgegenklage geltend gemacht werden, als die Gründe, auf denen sie beruhen, nach dem Schluss der mündlichen Verhandlung im Ausgangsprozess entstanden sind (§ 767 Abs. 2 ZPO). Sind die Gründe vor diesem Zeitpunkt entstanden und wird die Rechtswirkung der Einwendung erst durch eine Willenserklärung ausgelöst, so ist nach gefestigter Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs der Zeitpunkt maßgebend, in dem die Willenserklärung objektiv abgegeben werden konnte (BGHZ 24, 97, 99; 34, 274, 279 f; 100, 222, 225; 125, 351, 352 f; 163, 339, 342; 173, 328, 334 f Rn. 23, 25; BGH, Urt. v. 16. November 2005 - VIII ZR 218/04, NJW-RR 2006, 229, 230 Rn. 14). Die zur Aufrechnung gestellten Gegenforderungen stammen - soweit sie noch im Streit sind - sämtlich aus der Zeit vor Schluss der mündlichen Verhandlung im Ausgangsprozess, der zur Titulierung des Anspruchs der Titelgläubiger und jetzigen Beklagten führte. Sie hätten damit bereits in diesem Prozess unbedingt oder hilfsweise zur Aufrechnung gestellt werden können und müssen. Die Geltendmachung im Wege der Vollstreckungsgegenklage war damit ausgeschlossen.

bb) Nach der oben dargestellten Rechtsprechung hindert zwar die Abweisung der Vollstreckungsgegenklage grundsätzlich nicht die Geltendmachung der nämlichen materiell-rechtlichen Einwendung in einem Folgeprozess über den titulierten Anspruch selbst (wobei die analoge Anwendung des § 767 Abs. 2 ZPO allerdings einer genaueren Untersuchung bedürfte). Der Aufrechnungseinwand nimmt insoweit jedoch eine Sonderstellung ein. Nach ständiger höchstgerichtlicher Rechtsprechung (RG HRR 1935 Nr. 691; BGHZ 24, 97, 99; 34, 274, 280; 125, 351, 354; ähnlich Stein/Jonas/Leipold, ZPO 22. Aufl. § 145 Rn. 63 ff, 66 f; MünchKomm-ZPO/Wagner, ZPO 3. Aufl. § 145 Rn. 28; jeweils zu den Rechtswirkungen einer bereits vor dem Ausgangsprozess erklärten, in diesem Prozess aber wegen Verspätung präkludierten Aufrechnung) hat die Präklusion der Aufrechnung nicht nur verfahrensrechtliche Wirkung. Vielmehr treten auch die materiell-rechtlichen Wirkungen der Aufrechnung (§ 389 BGB) nicht ein. Die zur Aufrechnung gestellten Gegenforderungen des Titelschuldners (hier also: des Klägers) werden so behandelt, als sei die Aufrechnung nie erklärt worden. Sie können folglich vom Titelschuldner selbständig gegen den

Titelgläubiger geltend gemacht und durchgesetzt werden. Der vom Berufungsgericht gezogene Schluss - wenn das Bestehen der Forderung im Wege einer Feststellungsklage geltend gemacht werden könne, müsse auch eine auf das Nichtbestehen der Gegenforderung gerichtete negative Feststellungsklage möglich sein - ist indessen nicht gerechtfertigt.

Steht die materiell-rechtliche Wirkung der Abweisung einer auf eine Aufrechnung gestützten Vollstreckungsgegenklage fest, bedeutet das zugleich, dass eine auf die nämliche Aufrechnung gestützte negative Feststellungsklage erfolglos bleiben muss. Ein Auseinanderfallen von Titel einerseits, materiellem Recht andererseits kann - anders als bei dem im Urteil des Bundesgerichtshofs vom 23. Januar 1985 (aaO) behandelten Erfüllungseinwand - nicht eintreten. Gelänge es den Beklagten, den titulierten Betrag beizutreiben, könnten sie ihn auch behalten. Der Kläger könnte ihn nicht nach § 812 Abs. 1 BGB zurückverlangen; die Beklagten hätten also keinen Grund, die Vollstreckung im Hinblick auf die zu erwartende Rückforderung zu unterlassen. Ein rechtliches Interesse an einer solchen Klage ist damit nicht ersichtlich.

d) Die negative Feststellungsklage ist auch aus einem anderen Grund unzulässig. Der Kläger hat das Feststellungsinteresse für seine Klage ausdrücklich damit begründet, dass die Beklagten aus dem Urteil vollstrecken wollten. Er hat deshalb auch die Herausgabe des Titels beantragt. Geht es nur um eine Verhinderung der Zwangsvollstreckung, ist kein Grund ersichtlich, neben der Vollstreckungsgegenklage gemäß § 767 ZPO die negative Feststellungsklage nach § 256 Abs. 1 ZPO zuzulassen. Es fehlt dann das Rechtsschutzbedürfnis (Schuschke/Walker/Raebel, Vollstreckung und Vorläufiger Rechtsschutz 4. Aufl. § 767 Rn. 7). Die erfolgreiche Vollstreckungsgegenklage führt gemäß § 775 Nr. 1, § 776 ZPO zur Einstellung der Zwangsvollstreckung und zur Aufhebung bereits getroffener Vollstreckungsmaßnahmen. Die (vollstreckungsrechtlichen) Wirkungen des einer negativen Feststellungsklage stattgebenden Urteils bleiben hinter diejenigen eines Urteils nach § 767 ZPO zurück (vgl. BGHZ 124, 164, 171). Es fällt allenfalls unter § 775 Nr. 4 ZPO. Bereits getroffene Vollstreckungsmaßnahmen bleiben daher bestehen (§ 776 ZPO).

e) Die Abweisung der Klage - soweit sie in der zweiten Instanz angefallen ist - als unzulässig verstößt nicht gegen das Verbot der *reformatio in peius* (§ 528 ZPO). Das Verschlechterungsverbot greift grundsätzlich nicht, wenn das erstinstanzliche Verfahren wegen eines von Amts wegen zu beachtenden, nicht behebbaren Verfahrensmangels unzulässig war. Die Abweisung der Klage als unbegründet hat dem Kläger keine erhaltenswerte Rechtsposition verschafft. Das Berufungsgericht kann deshalb eine von der ersten Instanz sachlich abgewiesene Klage im Falle des Fehlens von Verfahrensvoraussetzungen regelmäßig als unzulässig abweisen (BGH, Urt. v. 10. Dezember 1998 - III ZR 2/98, NJW 1999, 1113, 1114 mit weiteren Nachweisen).

2. Die Klage auf Herausgabe der titulierten Ausfertigung des Urteils vom 18. Mai 2004 ist ebenfalls unzulässig. Eine auf § 371 BGB analog gestützte Klage auf Herausgabe der vollstreckbaren Ausfertigung eines unter § 794 ZPO fallenden Titels ist nach gefestigter Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs dann zulässig, wenn über eine Vollstreckungsgegenklage rechtskräftig zugunsten des Herausgabeklägers entschieden worden ist und die Erfüllung der dem Titel zugrunde liegenden Forderung zwischen den Parteien unstreitig ist oder vom Titelschuldner zur Überzeugung des Gerichts bewiesen wird (BGHZ 127, 146, 148 ff; BGH, Urt. v. 21. Januar 1994 - V ZR 238/92, WM 1994, 650, 651 f; OLG München WM 2008, 580; vgl. auch BGH, Urt. v. 14. Juli 2008 - II ZR 132/07, WM 2008, 1806, 1807 Rn. 9, wonach es ausreicht, dass die genannten Voraussetzungen alternativ vorliegen). Nur unter diesen Voraussetzungen ist eine Umgehung der Vorschriften über die Vollstreckungsgegenklage nicht zu befürchten. Im vorliegenden Fall ist die Vollstreckungsgegenklage des Titelschuldners und jetzigen Herausgabeklägers abgewiesen worden. Das Erlöschen der titulierten Forderung gemäß §§ 387, 389 BGB ist zwischen den Parteien nicht unstreitig; weil die auf die Aufrechnung gestützte Vollstreckungsgegenklage wegen Präklusion der Aufrechnung (§ 767 Abs. 2 ZPO) abgewiesen worden ist, steht umgekehrt fest, dass die Aufrechnung wirkungslos geblieben ist.