BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

XII ZR 123/07

Verkündet am:
19. November 2008
Breskic,
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BGHR: ja

BGB §§ 396, 366

a) Zur materiell-rechtlichen Wirksamkeit der Hilfsaufrechnung im Prozess.

b) Das sich aus § 396 Abs. 1 Satz 2 BGB ergebende Widerspruchsrecht des Aufrechnungsgegners gilt auch für den Fall, dass dem Aufrechnenden mehrere Gegenforderungen zustehen.

c) Die sich aus § 396 Abs. 1 Satz 2 i.V.m. § 366 Abs. 2 BGB ergebende Tilgungsreihenfolge bei mehreren im Prozess zur Hilfsaufrechnung gestellten Gegenforderungen bestimmt sich nach dem Sachstand im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz.

BGH, Urteil vom 19. November 2008 - XII ZR 123/07 - OLG Koblenz
LG Mainz

Der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 19. November 2008 durch die Vorsitzende Richterin Dr. Hahne und die Richter Weber-Monecke, Prof. Dr. Wagenitz, Dose und Dr. Klinkhammer

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Koblenz vom 10. August 2007 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als die Berufung wegen der Klageforderung in Höhe von 7.132,63 € nebst Zinsen zurückgewiesen worden ist.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten des Revisionsverfahrens - an das Oberlandesgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Die Parteien, deren Ehe am 29. November 1993 rechtskräftig geschieden worden ist, sind hälftige Miteigentümer eines Hauses in B., das seit der Trennung (Anfang 1992) von der Beklagten (im folgenden: Ehefrau) allein bewohnt wird. Der Nutzungswert des Hauses beträgt nach dem zuletzt nicht mehr angegriffenen Gutachten des Sachverständigen 930 € monatlich. Der Kläger (im folgenden: Ehemann) beansprucht Nutzungsentschädigung für die Zeit vom 1. November 1998 bis 30. November 2005 in Höhe von (85 Monate x 930 € : 2

=) 39.525 €. Auf diesen Betrag will er sich zwei von insgesamt vier Gegenforderungen, welche die Ehefrau hilfsweise zur Aufrechnung gestellt hat, anrechnen lassen. Diese Gegenforderungen belaufen sich auf 6.391,15 € (= 12.500 DM; Vergütung für Übertragung eines GmbH-Geschäftsanteils) und auf 26.001,22 € (Restforderung Zugewinnausgleich einschließlich Zinsen); der Ehemann macht im Revisionsverfahren nur noch einen Betrag von 7.132,63 € nebst Zinsen geltend.

2 Gegenüber der ursprünglich in Höhe von 41.250 € klageweise geltend gemachten Nutzungsentschädigung hat die Ehefrau hilfsweise die Aufrechnung mit einem Verwendungsersatzanspruch aus Sanierungs- und Renovierungsarbeiten an dem Haus in Höhe von (38.884,51 € : 2 =) 19.442,25 €, mit einem Unterhaltsanspruch in Höhe von monatlich 1.250 € sowie mit einem beim Oberlandesgericht - Familiensenat - anhängigen Zugewinnausgleichsanspruch erklärt. Anschließend hat sie zusätzlich die Hilfsaufrechnung mit dem Vergütungsanspruch in Höhe von 6.391,15 € (= 12.500 DM) nebst Zinsen für die Übertragung eines GmbH-Geschäftsanteils erklärt. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, weil die Parteien stillschweigend eine unentgeltliche Nutzung durch die Ehefrau vereinbart hätten.

3 In dem vom Ehemann eingeleiteten Berufungsverfahren hat die Ehefrau sodann erklärt, „in erster Linie“ hilfsweise mit dem Vergütungsanspruch über 6.391,15 € (= 12.500 DM) aufrechnen zu wollen. Während des Berufungsverfahrens ist der Ehemann - in dem parallel geführten Zugewinnausgleichsverfahren - rechtskräftig zur Zahlung von Zugewinnausgleich in Höhe von 237.369,82 € nebst 4 % Zinsen seit dem 29. November 1993 verurteilt worden. Auf diese Zugewinnausgleichsforderung, die sich einschließlich der aufgelaufenen Zinsen auf insgesamt 358.427,42 € belief, hat der Ehemann am 1. August 2006 332.426,20 € bezahlt, so dass noch restlich 26.001,22 € nebst Zinsen auf

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

die Hauptforderung seit 1. August 2006 verblieben. Im vorliegenden Verfahren hat die Ehefrau sodann in der mündlichen Verhandlung vom 26. Juli 2007 - unter Widerspruch des Ehemannes - erklärt, sie wolle im Rahmen ihrer Hilfsaufrechnung die inzwischen titulierte Zugewinnausgleichsforderung hintanstellen; zugleich hat sie erklärt, mit dieser Forderung nur noch in (der um die vom Ehemann erbrachte Zahlung verminderten) Höhe von (358.427,42 € - 332.426,20 € =) 26.001,22 € nebst 4 % Zinsen seit dem 1. August [wohl richtig:] 2006 aufrechnen zu wollen.

4 Das Oberlandesgericht hat die Berufung des Ehemannes zurückgewiesen, weil dessen Anspruch auf Nutzungsentschädigung zwar in Höhe von (85 Monate x 930 € : 2 =) 39.525 € entstanden, jedoch durch Aufrechnung mit der Forderung aus der Übertragung des GmbH-Geschäftsanteils von 6.391,15 € (= 12.500 DM) und dem (nicht nur in Höhe des nach teilweiser Zahlung verbleibenden Restbetrags, sondern) in voller Höhe zu berücksichtigenden Anspruch auf Zugewinnausgleich erloschen sei.

5 Hiergegen wendet sich der Ehemann mit der zugelassenen Revision, mit der er die Aufhebung des Berufungsurteils insoweit begehrt, als seine Klage in Höhe von (39.525 € - 6.391,15 € - [358.427,42 € - 332.426,20 € =] 26.001,22 € =) 7.132,63 € nebst Zinsen abgewiesen worden ist. Die Parteien streiten nur noch über die Reihenfolge, in der die verschiedenen Gegenforderungen mit dem Nutzungsentschädigungsanspruch zu verrechnen sind. Der Ehemann macht insoweit geltend, dass die Zugewinnausgleichsforderung im Rahmen der Aufrechnung nur an letzter Stelle und hinsichtlich des noch nicht bezahlten Restbetrags von (358.427,42 € - 332.426,60 € =) 26.001,22 € bei der Aufrechnung hätte berücksichtigt werden dürfen.

Entscheidungsgründe:

6 Die Revision ist begründet und führt zur teilweisen Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Oberlandesgericht.

7 1. Nach Auffassung des Oberlandesgerichts, dessen Entscheidung in OLGR Koblenz 2007, 949 veröffentlicht ist, bestimmt sich, wenn eine Partei im Prozess die Aufrechnung mit mehreren Forderungen erklärt, die Tilgungsreihenfolge nach dem Erklärungs- und Sachstand im Zeitpunkt der auf die Aufrechnungserklärung folgenden mündlichen Verhandlung (hier: erster Instanz); spätere Änderungen - auch der Erklärung des Aufrechnenden - müssten wegen der materiell-rechtlichen Wirkung der zuvor wirksam erklärten Aufrechnung unwirksam bleiben. Mit dieser Maßgabe sei für die Tilgungsreihenfolge vorrangig die vom Aufrechnenden getroffene Bestimmung maßgebend (§ 396 Abs. 1 Satz 1 BGB). Fehle es an einer solchen Bestimmung, beurteile sich die Tilgungsreihenfolge nach § 396 Abs. 1 Satz 2 i.V.m. § 366 Abs. 2 BGB.

8 Da die Ehefrau die Tilgungsreihenfolge in erster Instanz nicht bestimmt habe, sei zur Aufrechnung vorrangig der Vergütungsanspruch aus der Übertragung des GmbH-Geschäftsanteils heranzuziehen, der - 1992 entstanden - der älteste der zur Aufrechnung gestellten Ansprüche sei. Dieser Anspruch belaufe sich auf 6.391,15 € (= 12.500 DM) nebst 4 % Zinsen und habe den Nutzungsentschädigungsanspruch des Ehemannes für die Zeit von November 1998 bis März 2000 in vollem Umfang und für April 2000 in Höhe von 156,41 € zum Erlöschen gebracht. Der verbleibende Nutzungsentschädigungsanspruch sei durch die Aufrechnung mit der Zugewinnausgleichsforderung der Ehefrau erloschen. Diese Forderung sei mit der Rechtskraft der Scheidung am [richtig:] 29. November 1993 entstanden und - als die zweitälteste Forderung - vorrangig vor

dem Verwendungsersatzanspruch sowie dem Anspruch auf nachehelichen Unterhalt heranzuziehen. Zwar sei möglicherweise auch der Verwendungsersatzanspruch zum Teil bereits 1993 entstanden, da er u.a. auf Hausreparaturen aus dem Jahre 1993 gestützt werde; die Ehefrau habe jedoch nicht mitgeteilt, dass die auf diese Reparaturen entfallenden Kosten vor dem [richtig:] 29. November 1993 fällig geworden seien. Die Aufrechnung mit der Zugewinnausgleichsforderung umfasse den gesamten der Ehefrau nach dem Sachstand in der mündlichen Verhandlung erster Instanz (21. Juli 2005) zustehenden (und bis dahin durch keine Zahlung erfüllten) Zugewinnausgleichsanspruch, soweit er zur Verrechnung mit der Klagforderung benötigt werde. Der Umstand, dass dieser Zugewinnausgleichsanspruch - obschon durch die Aufrechnung im vorliegenden Verfahren erster Instanz teilweise erloschen - der Ehefrau im parallelen Zugewinnausgleichsverfahren in vollem Umfang zuerkannt und vom Ehemann während des Berufungsverfahrens (im vorliegenden Rechtsstreit) weitgehend bezahlt worden sei, stehe nicht entgegen. Ob eine insoweit möglicherweise vorliegende Zuvielzahlung des Ehemannes nach § 812 ff. BGB zurückgefordert oder im Wege der Vollstreckungsgegenklage geltend gemacht werden könne, sei hier nicht zu entscheiden.

9 2. Diese Ausführungen halten der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

10 a) Allerdings hat das Oberlandesgericht für die Reihenfolge, in der die von der Ehefrau zur (Hilfs-)Aufrechnung gestellten Forderungen zum Erlöschen der Klagforderung (§ 389 BGB) führen können, im Ergebnis zutreffend auf § 366 Abs. 2 BGB abgestellt.

11 aa) Werden von einem Beklagten - wie hier von der Ehefrau - mehrere Gegenforderungen hilfsweise zur Aufrechnung gestellt, so bestimmt sich die Reihenfolge, in der diese Gegenforderungen zur Tilgung der Klagforderung he-

ranzuziehen sind, nach § 396 BGB. Nach § 396 Abs. 1 Satz 1 BGB ist dabei grundsätzlich die Tilgungsreihenfolge maßgebend, die der Aufrechnende bestimmt.

12 Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist der Aufrechnende nicht gehindert, eine einmal erklärte Prozessaufrechnung zurückzunehmen (Bundesgerichtshof Urteil vom 11. Oktober 1990 - I ZR 32/89 - NJW-RR 1991, 156, 157). Dies ist eine Folge des Umstandes, dass die im Prozess erklärte Aufrechnung ein Verteidigungsmittel ist, das auch in seiner sachlich-rechtlichen Auswirkung davon abhängig ist, dass die prozessuale Geltendmachung der Aufrechnung wirksam wird. Dementsprechend ist es der aufrechnenden Prozesspartei auch nicht verwehrt, eine zurückgenommene Aufrechnung später erneut zu erklären und nunmehr mit einem anderen Tilgungsrang zu versehen, später nur die Bestimmung über die Tilgungsreihenfolge zu ändern oder eine solche Bestimmung überhaupt erst nachträglich zu treffen. Eine solche Änderung oder nachträgliche Bestimmung der Tilgungsreihenfolge ist auch in der Berufungsinstanz - abgesehen von den in den §§ 530, 531 ZPO geregelten Verspätungsfolgen - grundsätzlich möglich (vgl. BGHZ 149, 120, 124). Das Oberlandesgericht will die aufrechnende Partei demgegenüber an der ersten Aufrechnungserklärung festhalten, die sie im Verfahren vor dem Landgericht abgegeben hat. Die dem zugrunde liegende Auffassung wird bereits der Rechtsnatur einer Hilfsaufrechnung nicht gerecht, die nur für den Fall erklärt ist, dass das Gericht die Klagforderung in seiner abschließenden Entscheidung für begründet erachtet. Die Hilfsaufrechnung greift etwa dann nicht, wenn der Kläger seine Klage zurücknimmt.

13 Die beklagte Ehefrau konnte daher grundsätzlich noch im Berufungsverfahren bestimmen, dass in erster Linie ihr Anspruch auf Vergütung für die Über-

tragung des GmbH-Geschäftsanteils und erst in letzter Linie ihr Zugewinnausgleichsanspruch gegen die Klagforderung aufgerechnet werden solle.

14 bb) Allerdings hat der Ehemann der von der Ehefrau in der mündlichen Verhandlung vor dem Oberlandesgericht abgegebenen Erklärung, die Zugewinnausgleichsforderung im Rahmen der Hilfsaufrechnung hintanzustellen, unverzüglich - nämlich sofort in der mündlichen Verhandlung - widersprochen.

15 Nach § 396 Abs. 1 Satz 2 BGB bestimmt sich die Tilgungsreihenfolge mehrerer zur Aufrechnung gestellter Forderungen, wenn der Aufrechnungsgegner der vom Aufrechnenden insoweit getroffenen Bestimmung unverzüglich widerspricht, nach § 366 Abs. 2 BGB; dies gilt - entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung - auch für den Fall der Prozessaufrechnung (zur Anwendbarkeit des § 366 Abs. 2 BGB in den Fällen des § 396 Abs. 1 Satz 2 BGB: BGHZ 149, 120, 124). In der Literatur wird zwar zum Teil die Auffassung vertreten, das dem Aufrechnungsgegner eingeräumte Widerspruchsrecht gelte nur für die Aufrechnung gegen mehrere Passivforderungen (Hauptforderungen des Aufrechnungsgegners), nicht aber auch für die Aufrechnung mit mehreren Aktivforderungen (Gegenforderungen des Aufrechnenden) (RGRK/Weber BGB § 396 Anm. 1; Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. I, 14. Aufl. § 18 Rdn. 73; w.N. bei Staudinger/Gursky BGB [2006] § 396 Rdn. 42). Diese Auffassung widerspricht indes nicht nur dem Wortlaut, sondern auch dem Zweck des § 396 Abs. 1 Satz 2 BGB: Das Widerspruchsrecht des Aufrechnungsgegners (Gläubigers) gegen die vom Aufrechnenden (Schuldner) getroffene Auswahl seiner aufzurechnenden Gegenforderungen erklärt sich aus dem Umstand, dass der jetzige Aufrechnungsgegner (Gläubiger) bei schnellerem Handeln dem jetzt aufrechnenden Schuldner hätte zuvorkommen und dann die auf dessen Seite zu verrechnende Forderung - vorbehaltlich der Korrektur durch § 396 Abs. 1 Satz 2 BGB - selbst hätte bestimmen können. Es erscheint sachgerecht, insoweit nicht

den Zufall der früheren Aufrechnungserklärung über die endgültige Belastung einer der beiden Parteien mit den sich aus der konkreten Wahl der zu verrechnenden Forderungen ergebenden Nachteile entscheiden zu lassen (Staudinger/Gursky BGB [2006] § 396 Rdn. 42; MünchKomm/Schlüter BGB 4. Aufl. § 396 Rdn. 2, jeweils m.w.N.).

16 Im vorliegenden Fall lässt der unverzügliche Widerspruch des Ehemannes zwar die Bestimmung der Ehefrau, den Anspruch auf Vergütung für die Übertragung des GmbH-Geschäftsanteils vorrangig zur Aufrechnung heranzuziehen, unberührt; denn über die vorrangige Aufrechnung dieses Anspruchs besteht unter den Parteien Einigkeit. Der Widerspruch bewirkt jedoch gemäß § 396 Abs. 1 Satz 2 BGB, dass sich die Tilgungsreihenfolge hinsichtlich der übrigen drei von der Ehefrau zur Aufrechnung gestellten Forderungen nach § 366 Abs. 2 BGB bestimmt.

17 b) Bei Zugrundelegung der in § 366 Abs. 2 BGB genannten Kriterien ist nach Auffassung des Oberlandesgerichts der Zugewinnausgleichsanspruch der Ehefrau - als die ältere Forderung - vor deren (angeblichen) Ansprüchen auf Ersatz ihrer Verwendungen sowie auf Unterhalt zur Aufrechnung heranzuziehen. Das ist nicht frei von Rechtsirrtum.

18 aa) Das Oberlandesgericht verkennt, dass sich der Tilgungsvorrang zwischen mehreren zur Aufrechnung gestellten Forderungen in erster Linie nicht nach deren Alter, sondern danach bemisst, welche Forderung dem Gläubiger die geringere Sicherheit bietet. Gläubiger ist, wenn § 366 Abs. 2 BGB im Rahmen des § 396 Abs. 1 Satz 2 BGB Anwendung findet, der mit mehreren Forderungen Aufrechnende (Staudinger/Gursky BGB [2006] § 396 Rdn. 39). Deshalb wird diejenige Forderung zuerst zur Aufrechnung herangezogen, die für den mit

mehreren Gegenforderungen aufrechnenden Gläubiger (hier: Beklagter) am unsichersten ist.

19 Soweit - wie hier - für keine der Forderungen Bürgschaften oder dingliche Sicherheiten bestehen und auch keine dieser Forderungen - etwa aufgrund einer Schuldnermehrheit - leichter durchsetzbar ist als die anderen, kommt der Verjährbarkeit besonderes Gewicht zu: Eine früher verjährende Forderung stellt für den aufrechnenden Gläubiger eine geringere Sicherheit dar (BGH Urteil vom 5. April 1965 - VIII ZR 10/64 - NJW 1965, 1373).

20 Wenn mehrere Forderungen im Prozess zur Hilfsaufrechnung gestellt werden, kann die Tilgungsreihenfolge ohnehin frühestens dann verlässlich bestimmt werden, wenn alle Forderungen geltend gemacht und nachträgliche Änderungen der Tilgungsreihenfolge ausgeschlossen sind. Das ist jedenfalls nicht vor dem Ende der letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz (hier: Berufungsinstanz) der Fall; denn erst in diesem Zeitpunkt steht verlässlich fest, welche der Forderungen für den Aufrechnenden am unsichersten und für den Aufrechnungsgegner am lästigsten ist. Deshalb beurteilt sich die von §§ 396 Abs. 1, 366 Abs. 2 BGB vorgesehene Tilgungsreihenfolge bei mehreren zur Aufrechnung gestellten Forderungen nach dem Sachstand im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz. Unter Zugrundelegung dieses Zeitpunktes war hier die Zugewinnausgleichsforderung - als einziger titulierter Anspruch - unter den mehreren von der Ehefrau zur Aufrechnung gestellten Forderungen für diese die sicherste; denn sie verjährt nach rechtskräftiger Titulierung erst in 30 Jahren (§ 197 Abs. 1 Nr. 3 BGB, Art. 229 § 6 Abs. 1 Satz 1 EGBGB). Deshalb waren die Ansprüche auf Verwendungsersatz und Unterhalt - für den Fall und im Umfang ihres Bestehens - vorrangig zur Aufrechnung heranzuziehen. Das Oberlandesgericht durfte folglich nicht das Bestehen und ggf. die Höhe dieser Ansprüche dahinstehen lassen und die Klag-

forderung als durch Aufrechnung mit der Zugewinnausgleichsforderung erloschen ansehen.

21 bb) Aber selbst wenn man - mit dem Oberlandesgericht und entgegen § 366 Abs. 2 BGB - vorgreiflich auf das Alter der von der Ehefrau zur Aufrechnung gestellten Forderungen abstellen würde, rechtfertigte dies nicht, die Zugewinnausgleichsforderung vorrangig vor dem Verwendungsersatzanspruch zur Aufrechnung heranzuziehen.

22 Zwar ist die Annahme des Oberlandesgerichts, der Zugewinnausgleichsanspruch sei - unbeschadet seiner damals umstrittenen Höhe - bereits mit der Rechtskraft der Scheidung der Parteien (am 29. November 2003) entstanden, nicht zu beanstanden. Daraus lässt sich indes nicht - mit dem Oberlandesgericht - folgern, dass dieser Anspruch älter ist als der Verwendungsersatzanspruch, der zum Teil auf Reparaturarbeiten aus dem Jahre 1993 gestützt wird. Aus dem Umstand, dass die Ehefrau zum genauen Entstehungsdatum dieses Anspruchs nichts vorgetragen hat, lässt sich Gegenteiliges nicht herleiten; denn die Ehefrau trifft keine Darlegungslast für das Alter der von ihr aufgerechneten Ansprüche mit der Folge, dass bei einer Aufrechnung alle altersmäßig nicht genau fixierbaren Ansprüche nachrangig zu berücksichtigen wären.

23 Das ergibt sich bereits aus dem Sinn des beiden Parteien in § 396 Abs. 1 BGB eingeräumten Bestimmungs- bzw. Widerspruchsrechts: Die im Fall des Widerspruchs nach § 396 Abs. 1 Satz 2 i.V.m. § 366 Abs. 2 BGB zu bestimmende Tilgungsreihenfolge kann nicht davon abhängen, ob der beklagte Schuldner - wie hier die Ehefrau - mit mehreren Forderungen gegen die Klagforderung aufrechnet oder der klagende Gläubiger - hier der Ehemann - die Aufrechnung gegen eine von mehreren Gegenforderungen des beklagten Schuldners erklärt. Vielmehr ist, wenn das Rangverhältnis der mehreren zur Aufrech-

nung gestellten Forderungen nach den vorrangigen Kriterien des § 366 Abs. 2 BGB ungewiss ist, von der dort zuletzt genannten Beurteilungsvariante auszugehen und eine verhältnismäßige Verrechnung vorzunehmen (Staudinger/ Gursky BGB [2006] § 396 Rdn. 17).

24 c) Losgelöst von der richtigen Reihenfolge, in welcher der Zugewinnausgleichs-, Verwendungsersatz- und Unterhaltsanspruch zu berücksichtigen waren, hätte die Klagforderung zudem durch die Aufrechnung mit der Zugewinnausgleichsforderung ohnehin nur dann vollständig erlöschen können und die Klage im vollen Umfang abgewiesen werden dürfen, wenn die Ehefrau die Zugewinnausgleichsforderung in einer Höhe aufgerechnet hätte, die der Höhe der Klagforderung - vermindert um die bereits aufgerechnete Vergütungsforderung (für die Übertragung des GmbH-Anteils) nebst Zinsen - entsprochen hätte. Das ist indes nicht der Fall.

25 aa) Durch die Aufrechnung mit dem Vergütungsanspruch nebst Zinsen ist - nach den nicht zu beanstandenden Berechnungen des Oberlandesgerichts - der mit der Klage geltend gemachte Nutzungsentschädigungsanspruch für die Zeit von November 1998 bis einschließlich März 2000 in vollem Umfang und für April 2000 in Höhe von 156,41 € erloschen. Es verbleibt mithin ein Nutzungsentschädigungsanspruch für April 2000 in Höhe von (465 € - 156,41 € =) 308,59 € sowie für die Zeit von Mai 2000 bis einschließlich November 2005 in Höhe von (67 Monate x 930 € = 62.310 € : 2 =) 31.155 € nebst Rechtshängigkeitszinsen.

26 Dieser Anspruch ist durch Aufrechnung mit dem Zugewinnausgleichsanspruch nicht in vollem Umfang erloschen. Denn die Ehefrau hat nach den Feststellungen des Berufungsgerichts in der Berufungsinstanz ausdrücklich erklärt, mit der Zugewinnausgleichsforderung nur noch wegen eines Betrags von

26.001,22 € nebst 4 % Zinsen seit dem 1. August 2008 (richtig ist wohl: 2006; Datum der Zahlung des Ehemannes) aufrechnen zu wollen. Diese Erklärung war auch wirksam. Richtig ist zwar, dass die Ehefrau die Zugewinnausgleichsforderung in erster Instanz in voller Höhe zur (Hilfs-)Aufrechnung gestellt hatte. Dies hindert - wie dargelegt - die Ehefrau jedoch nicht, die Aufrechnung im Berufungsverfahren zurückzunehmen oder - wie hier geschehen - nach Rang und Höhe einzuschränken.

27 bb) Im Übrigen hätte die Ehefrau mit der Zugewinnausgleichsforderung ohnehin nur dann in einem weitergehenden Umfang als geschehen aufrechnen können, wenn und soweit diese Forderung im Zeitpunkt ihrer Aufrechnungserklärung vor dem Oberlandesgericht noch in voller Höhe (von 358.427,42 € einschließlich Zinsen) bestanden hätte. Das wäre indes nur dann der Fall gewesen, wenn diese Forderung nicht bereits zuvor - nämlich durch die am 1. August 2006 erfolgte Zahlung des Ehemannes (in Höhe von 332.426,20 €) - weitgehend getilgt worden wäre.

28 Eine solche Erfüllung der Zugewinnausgleichsforderung ist nicht - wie das Oberlandesgericht meint - bereits deshalb (teilweise) fehlgeschlagen, weil die Ehefrau bereits in erster Instanz die Aufrechnung mit dieser Forderung erklärt und diese damit in Höhe der restlichen Klagforderung zum Erlöschen gebracht habe. Da das Landgericht den Klaganspruch als von vornherein nicht gegeben erachtet hat, ist die von der beklagten Ehefrau hilfsweise erklärte Prozessaufrechnung nicht zum Tragen gekommen; sie ist deshalb auch materiellrechtlich nicht wirksam geworden und hat den Bestand der Zugewinnausgleichsforderung nicht berührt mit der Folge, dass diese Forderung (jedenfalls zunächst) weiterhin durch Zahlung getilgt werden konnte.

29 Anders liegen die Dinge allenfalls hinsichtlich der von der Ehefrau in der Berufungsinstanz erneut erklärten Hilfsaufrechnung. Die Ehefrau hat die Aufrechnung mit der Zugewinnausgleichsforderung bereits in ihrer Berufungserwiderung vom 3. Januar 2006 wiederholt; der Ehemann hat auf die Zugewinnausgleichsforderung erst am 1. August 2006 gezahlt. Wäre die Aufrechnung der Ehefrau mit der Zugewinnausgleichsforderung bereits im Zeitpunkt der erneuten Aufrechnungserklärung (hier: mit der Berufungserwiderung) wirksam geworden, wäre die Zugewinnausgleichsforderung damit im Umfang der Aufrechnung erloschen und die - spätere - Zahlung des Ehemannes teilweise auf eine Nichtschuld erfolgt. Ob eine in der Berufungsinstanz wiederholte Aufrechnungserklärung gegen die Klagforderung schon im Erklärungszeitpunkt (wenn auch unter der Bedingung, dass die Aufrechnung später zum Tragen kommt) wirksam wird oder ob für ihr Wirksamwerden - ebenso wie für die Voraussetzungen des § 396 Abs. 1 Satz 2 i.V.m. § 366 Abs. 2 BGB (vgl. oben b) aa)) - auf den Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz abzustellen ist, ist indes zweifelhaft. Folgt man der ersten Auffassung (Wirksamwerden der Prozessaufrechnung im Erklärungszeitpunkt), wäre - wie vom Oberlandesgericht erkannt - die Klagforderung bereits aufgrund der Aufrechnung mit der (bis dahin nicht erfüllten) Zugewinnausgleichsforderung in vollem Umfang erloschen. Folgt man der zweiten Auffassung (Wirksamwerden der im Berufungsrechtszug erklärten Prozessaufrechnung erst mit dem Schluss der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht), konnte die Aufrechnung mit der Zugewinnausgleichsforderung die Klagforderung nur noch in Höhe von (358.427,42 € - 332.426,20 € =) 26.001,22 € zum Erlöschen bringen; denn in Höhe von 332.426,20 € war die Zugewinnausgleichsforderung im Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Aufrechnung bereits getilgt. Dem Ehemann stünde nur noch eine Nutzugsentschädigung in Höhe von (39.525 € - 8.061,41 € [6.391,15 € Vergütung für Überlassung des GmbH-Anteils + Zinsen] - 26.001,22 € [Auf-

rechnung Zugewinnsausgleich] =) 5.462,37 € zu. Die Frage bedarf keiner Entscheidung, da eine vorrangige Aufrechnung mit der Zugewinnausgleichsforderung schon aus den unter b) genannten Gründen nicht Platz greift und die Ehefrau zudem, wie unter c) aa) dargelegt, ihre Aufrechnung im Berufungsrechtszug wirksam beschränkt hat.

30 3. Das Berufungsurteil kann nach allem im Umfang der Anfechtung nicht bestehen bleiben. Der Senat vermag in der Sache nicht abschließend zu entscheiden, da das Oberlandesgericht zu den vorrangig zur Aufrechnung gestellten Forderungen auf Verwendungsersatz und Unterhalt keine Feststellungen getroffen hat. Auch wenn die Ehefrau die Aufrechnung wirksam auf den nach der Zahlung des Ehemannes auf die Zugewinnausgleichsforderung verbleibenden Restbetrag von 26.001,22 € beschränkt hat und die Klagforderung schon aus diesem Grunde teilweise - nämlich in Höhe von (39.525 € - 8.061,41 € [6.391,15 € Vergütung für Überlassung des GmbH-Anteils + Zinsen] - 26.001,22 € [Aufrechnung Zugewinnsausgleich] =) 5.462,37 € - begründet wäre, so wäre der Zugriff auf die zur Aufrechnung gestellte Zugewinnausgleichsforderung zunächst gleichwohl verwehrt. Denn nicht nur die beklagte Ehefrau, sondern auch der klagende Ehemann als Revisionsführer können verlangen, dass über die vorrangig zur Aufrechnung stehenden Forderungen auf Verwendungsersatz und Unterhalt eine rechtskräftige - aus der Sicht des Ehemannes: die Unbegründetheit dieser Ansprüche feststellende - Entscheidung ergeht, bevor die nachrangig zur Aufrechnung stehende Zugewinnausgleichsforderung herangezogen wird. Mit Rücksicht auf die auf den Betrag von 7.132,63 € beschränkte Anfechtung kann das Berufungsurteil jedoch nur in entsprechendem Umfang aufgehoben werden.

31 Für das weitere Verfahren weist der Senat auf Folgendes hin: Die Klagforderung ist aufgrund der insoweit rechtskräftigen Entscheidung des Oberlan-

desgerichts in Höhe von (39.525 € [Klagforderung] - 7.132,63 € [Anfechtung] =) 32.392,37 € durch die Aufrechnung mit dem Vergütungsanspruch und mit dem Anspruch auf Zugewinnausgleich in Höhe von 26.001,22 € erloschen. Es bleibt zu prüfen, ob der verbliebene Teil der Klagforderung in Höhe von 7.132,63 € durch die Aufrechnung mit Verwendungsersatzanspruch und Unterhaltsanspruch erloschen ist.

Hahne Weber-Monecke Wagenitz

Dose Klinkhammer

Vorinstanzen:
LG Mainz, Entscheidung vom 18.08.2005 - 4 O 119/04 -
OLG Koblenz, Entscheidung vom 10.08.2007 - 5 U 1256/05 -