

§§ 204, 213, 215, 634, 637 BGB; §§ 33, 322 ZPO

## Reichweite der Verjährungshemmung bei Prozessaufrechnung

BGH, Urt. v. 19.11.2020 – VII ZR 193/19, BeckRS 2020, 34947

### Fall

Der Kläger verlangt vom Beklagten aus einem 2005 geschlossenen und vom Beklagten später gekündigten Werkvertrag Zahlung des Restwerklohns für ein (unter Mängelvorbehalt abgenommenes) Bauwerk in Höhe von 150.000 €. Der Beklagte rügt (zu Recht) Mängel und hat sich in unverjährter Zeit zunächst mit einer Hilfsaufrechnung wegen eines Schadensersatzanspruchs in Höhe von 100.000 € verteidigt, berechnet nach sog. fiktiven Mängelbeseitigungskosten. Es ist umfangreich Beweis erhoben und ein Mangel bestätigt worden.

Wegen der in der Rechtsprechung des VII. Zivilsenats (BGH RÜ 2018, 688) entwickelten Bedenken an der Berechnungsweise berechnet der Beklagte im Jahr 2019 seinen Schaden neu und erklärt nunmehr die (Primär-)Aufrechnung mit einem Vorschussanspruch in Höhe von 165.000 €, wobei er wegen des die Klageforderung übersteigenden Betrages von 15.000 € Widerklage erhebt. Der Kläger erhebt die Einrede der Verjährung gegen die Aufrechnungsforderung.

Unterstellen Sie das Bestehen der Klageforderung, das Vorliegen eines Sachmangels und einen als Vorschuss geschuldeten Mängelbeseitigungsaufwand in behaupteter Höhe sowie die Zulässigkeit der Klage und Widerklage. Formulieren Sie sodann die Entscheidungsgründe einer gerichtlichen Entscheidung (ohne prozessuale Nebenentscheidungen).

### Vorüberlegung

Materiell geht es nach der etwas **beschränkten** Fallgestaltung hier nur um Fragen der **Verjährung**. Im **Originalfall** war die Änderung der Berechnungsweise der Aufrechnungsforderung im Kern der Tatsache geschuldet, dass der VII. Zivilsenat (BGH RÜ 2018, 688, dies bestätigend BGH NJW-RR 2018, 1038) mit der jahrelangen gerichtlichen Praxis gebrochen hatte, den **kleinen Schadensersatz** im **Werkvertragsrecht** mit den **sog. fiktiven Mängelbeseitigungskosten** zu berechnen; möglich sei nur eine (praktisch oft schwierige) Minderwertberechnung. Hat der Senat sich dabei auf (angebliche) Besonderheiten des Werkvertragsrechts berufen, stellte sich wegen der **gemeinsamen schadensrechtlichen Grundsatzprobleme** die Frage, wie im Mietrecht und Kaufrecht in vergleichbaren Fällen zu verfahren ist. Der V. Zivilsenat will insbesondere für den Kauf weiter an der alten Rspr. festhalten und eine Berechnung mit fiktiven Mängelbeseitigungskosten weiterhin zulassen (BGH NZBau 2021, 40). Da der VII. Zivilsenat auf Anfrage nach **§ 132 Abs. 3 GVG** erklärt hat, bei seinem Standpunkt bleiben zu wollen (BGH NJW 2021, 53; dazu Riehm NJW 2021, 27), erwartete man eine (seltene) Anrufung des **Gemeinsamen Senats** nach **§ 132 Abs. 2 GVG**. Der V. Zivilsenat hat davon jedoch abgesehen und mit Urt. v. 12.03.2021 – V ZR 33/19, RÜ 06/2021, 341) die werkvertragliche „Sonderlocke“ von anderen Vertragstypen des besonderen Schuldrechts abgekoppelt: So bleibt insbesondere beim **Erwerb gebrauchter Immobilien** eine Schätzung des mangelbedingten Minderwerts anhand der (fiktiven) Mängelbeseitigungskosten weiterhin möglich. Wegen der Grundlagenfragen des Schadensersatzrechts eignet sich das vor allem für ein mündliches Prüfungsgespräch.

### Leitsätze

1. Nach § 213 BGB erstreckt sich die Hemmung der Verjährung eines Anspruchs auf Schadensersatz wegen des Mangels eines Werks gemäß §§ 634 Nr. 4, 280, 281 BGB auch auf einen Vorschussanspruch gemäß § 634 Nr. 2, § 637 Abs. 3 BGB.

2. Diese Hemmung ist auch dann nicht auf die Höhe des Schadensersatzanspruchs beschränkt, wenn dessen Verjährungshemmung durch die Geltendmachung einer Aufrechnung des Anspruchs im Prozess herbeigeführt wurde.

Beliebtes Klausur-Problem im Zusammenhang mit **§ 637 Abs. 1 BGB** ist die Behandlung einer sog. **unberechtigten Selbstvornahme**, die nach h.M. zu einem Ausschluss führt, selbst wenn ein Mangel vorliegt und dem Unternehmer somit eigene Aufwendungen für die Mängelbeseitigung „erspart“ werden (AS-Skript, Materielles Recht in der Assessor Klausur [2021], Rn. 73).

## Entscheidungsgründe

Die zulässige **Klage** ist **unbegründet**. Die **Klageforderung** – gegen deren Berechtigung dem Grunde nach aus § 648 a Abs. 5 BGB bzw. gegen deren Berechnung der Höhe nach sich der Beklagte zu Recht nicht mehr wendet – ist durch die hier zuletzt erklärte **Prozessaufrechnung** insgesamt erloschen, **§ 389 BGB**. Die **Widerklage (§ 33 ZPO)** ist zulässig und hat wegen der Klageforderung übersteigenden und deswegen nicht bereits durch die Aufrechnung „verbrauchten“ **weiteren Betrages von 15.000 € Erfolg**.

1. Der klageweise geltend gemachte **Werklohnanspruch** ist gemäß § 389 BGB erloschen. Mit der (**Primär-)Aufrechnung** in Höhe des nunmehr geltend gemachten Vorschussanspruchs hat der Beklagte dabei nicht mehr seinen auf Mängelgewährleistung (§ 634 BGB) gestützten Schadensersatzanspruch weiter verfolgt und nur anders berechnet. Der zur Aufrechnung gestellte Anspruch folgt vielmehr aus **§ 637 Abs. 3 BGB**.

„[23] ... Ein Besteller, der Schadensersatz statt der Leistung in Form des kleinen Schadensersatzes gemäß § 634 Nr. 4, §§ 280, 281 BGB verlangt hat, hat grundsätzlich **weiterhin** das Recht, Vorschuss gemäß § 634 Nr. 2, § 637 BGB zu fordern ... Dieser Anspruch **tritt dann an die Stelle des zunächst begehrten Schadensersatzes**. Der Besteller hat grundsätzlich ein **Wahlrecht** zwischen den in § 634 BGB genannten **Mängelrechten**.“

a) Damit hat der Beklagte seine **frühere (Hilfs-)Aufrechnung (konkludent) „fallengelassen“**, was prozessual möglich ist: Eine **im Prozess erklärte Aufrechnung kann stets zurückgenommen werden** (Thomas/Putzo/Seiler, ZPO, 42. Aufl. 2021, § 145 Rn. 14) und dies führt – weil es sich nur um ein prozessuales Verteidigungsmittel handelt, das auch in seiner materiell-rechtlichen Wirkung nach den §§ 387 ff. BGB verständlicherweise dann davon abhängen muss, dass die prozessuale Geltendmachung der Aufrechnung wirksam ist (Thomas/Putzo/Seiler § 145 Rn. 18) – dazu, dass auch die materiell-rechtliche Aufrechnungswirkung unwirksam wird.

**Erst recht** möglich sein muss dies bei einer – wie hier – nur **hilfsweise** erklärten und mangels Bedingungseintritts damit schlussendlich noch gar nicht endgültig zum Zuge gekommenen **Prozessaufrechnung**.

b) Der **Vorschussanspruch** aus § 637 Abs. 3 BGB **besteht** in Höhe der Klageforderung und kann hier auch **zur Aufrechnung gestellt** werden.

aa) Es liegt – die Parteien stellen das zuletzt nicht mehr infrage – ein **Sachmangel** i.S.d. **§ 634 BGB** vor und der Kläger hat auch den **Willen, die Mängelbeseitigungsarbeiten durchzuführen**, was Voraussetzung für einen Anspruch gemäß **§ 637 Abs. 3 BGB** ist. Auch die weiteren Voraussetzungen der Anspruchsgrundlage liegen vor.

bb) Der erforderliche Mängelbeseitigungsaufwand lässt sich auf Basis der – ebenfalls nicht mehr angegriffenen und inhaltlich überzeugenden – Ausführungen des Sachverständigen auf 165.000 € **schätzen** (§ 287 ZPO).

cc) Auf die Frage der **Verjährung** des Vorschussanspruchs – die sich nach § 634 a Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 BGB richtet (5 Jahre ab Abnahme) – kommt es **an dieser Stelle** letztlich (noch) nicht an: Denn gemäß **§ 215 BGB** – der eine **gesetzliche Ausnahme zu § 390 BGB** darstellt – schließt selbst eine (unterstellt) mittlerweile tatsächlich **eingetretene Verjährung** die Aufrechnung ohnehin rechtlich **nicht** aus, wenn der Anspruch – wie hier offenkundig der Fall – **in dem Zeitpunkt noch nicht verjährt war, in dem erstmals aufgerechnet werden konnte**.

**Ungeachtet dessen** ist aber richtigerweise hier **ohnehin keine Verjährung eingetreten**, was dann vor allem für die den überschießenden Vorschussanspruch betreffende **Widerklage** – bei der § 215 BGB nicht weiterhilft - rechtlich von Belang ist. Angesichts dessen kann der Kläger daher auch hinsichtlich des widerklagend verfolgten **weiteren** Betrages die Zahlung nicht nach **§ 214 Abs. 1 BGB** verweigern.

(1) Durch die **Erhebung der Widerklage im Februar 2019** ist die Verjährung des Anspruchs gemäß **§ 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB** gehemmt worden, sodass der **seitdem** laufende Zeitraum nicht in die Verjährungsfrist eingerechnet wird, **§ 209 BGB**.

(2) Zu **diesem** Zeitpunkt war die Verjährungsfrist noch **nicht** abgelaufen. Denn gemäß **§ 213 BGB** gilt u.a. eine Hemmung der Verjährung auch für solche Ansprüche, die aus demselben Grunde wahlweise neben dem Anspruch oder an seiner Stelle gegeben sind. Hier hat die – anfangs erklärte – **Hilfsaufrechnung** mit **Schadensersatzansprüchen** gemäß **§ 204 Abs. 1 Nr. 5 BGB** in unverjährter Zeit die Verjährung somit auch bereits für den **Vorschussanspruch** gehemmt.

„[34] Nach § 213 BGB **erstreckt sich die Hemmung der Verjährung eines Anspruchs auf alle Ansprüche, die aus demselben Grund wahlweise neben dem Anspruch oder an seiner Stelle gegeben sind**. Nach allgemeiner Auffassung trifft dies für **alle** in § 634 BGB geregelten werkvertraglichen Nacherfüllungs- und Mängelrechte zu, die auf **demselben Mangel** beruhen ... Im Werkvertragsrecht fällt hierunter auch der Vorschussanspruch gemäß § 634 Nr. 2, § 637 Abs. 3 BGB. Dieser steht dem Besteller aufgrund eines Werkmangels etwa **wahlweise** zu einem Schadensersatzanspruch gemäß § 634 Nr. 4, §§ 280, 281 BGB zu.“

Damit hat die **jedenfalls** bis zu dem **Wechsel** auf den Vorschussanspruch **andauernde** Hemmung der **Verjährung des Schadensersatzanspruchs auch zur Hemmung der Verjährung des Vorschussanspruchs** zumindest bis zu dem Zeitpunkt geführt, in dem er **mit der Primäraufrechnung/Widerklage erstmals verfolgt** wurde.

(3) Dass der **Betrag** der zur Hilfsaufrechnung gestellten **Schadensersatzforderung geringer** war als der nunmehr verlangte **Vorschussanspruch**, ist ohne Belang.

„[37] Nach der Rspr. ... ist die Wirkungserstreckung des § 213 BGB **nicht auf den Umfang der Hemmung durch eine erhobene Klage beschränkt**. Wollte man dem Gläubiger in Anbetracht der unterschiedlichen Rechtsfolgen etwa von Minderung und Rücktritt die Erstreckung einer Verjährungshemmung nur in Höhe eines zunächst eingeklagten Betrags zubilligen, liefe der **Schutz des § 213 BGB**, der nach den Vorstellungen des Gesetzgebers nicht hinter dem durch § 477 Abs. 3, § 639 Abs. 1 BGB a.F. gewährleisteten Niveau zurückbleiben sollte (vgl. BT-Drs. 14/6040, S. 121), weitgehend leer.“

**Nichts anderes** gilt, wenn eine **Verjährungshemmung durch die Geltendmachung einer Aufrechnung des Anspruchs im Prozess gemäß § 204 Abs. 1 Nr. 5 BGB** auf einen anderen Anspruch erstreckt wird. **§ 213 BGB unterscheidet nicht nach dem Grund der Hemmung**. Der Gläubiger – hier der Mängelansprüche – soll in **allen Fällen** davor geschützt werden, dass inzwischen andere Ansprüche auf dasselbe Interesse verjähren, die von vornherein wahlweise neben dem geltend gemachten Anspruch gegeben sind oder auf die er stattdessen übergehen kann. **Der Gläubiger soll nicht gezwungen werden, sich etwa durch Hilfsanträge im Prozess vor der Verjährung dieser weiteren Ansprüche zu schützen**. Der Schuldner ist insoweit nicht schutzbedürftig, da er durch die Hemmung hinsichtlich des einen Anspruchs **hinreichend gewarnt** ist und sich auf die Rechtsver-

**Aufbautechnisch** kann man bei Klage und Aufrechnung natürlich auch einfach nur auf § 215 BGB abstellen und die Verjährung dann im Detail unten prüfen; hier wurde das zusammengezogen.

Richtigerweise endet beim „**Fallenlassen**“ **einer Prozessaufrechnung** die Hemmung der Verjährung (§ 204 Abs. 1 Nr. 5 BGB) wegen **§ 204 Abs. 2 S. 1 BGB** sogar erst sechs Monate nach der „Beendigung des Verfahrens“, was hier dann das „Fallenlassen“ der Geltendmachung der Aufrechnung meint (so deutlich Beck-OGK-BGB/Meller-Hannich, Stand: 01.12.2020, § 204 Rn. 229).

Eine **im Prozess zur Aufrechnung gestellte Forderung wird übrigens nicht rechtshängig**, sodass weder in einem weiteren Verfahren, in dem die Gegenforderung klageweise geltend gemacht wird oder gegenüber der Prozessaufrechnung selbst der Einwand anderweitiger Rechtshängigkeit erhoben werden kann. Daher muss das Gericht bei einer Aufrechnung mit einer bereits anderweitig rechtshängigen Forderung selbstständig prüfen, ob diese noch besteht; oft bietet sich hier eine **Aussetzung nach § 148 ZPO** an (instruktiv BGH NJW-RR 2004, 1000).

folgung des Gläubigers hinsichtlich der übrigen Ansprüche einstellen kann (vgl. BT-Drs. 14/6040, S. 121).“

(4) Der Annahme einer Verjährungshemmung für die **gesamte** Vorschussforderung über **§ 213 BGB** steht zuletzt auch nicht entgegen, dass eine **erfolgreiche Prozessaufrechnung** mit einem **Vorschussanspruch** ansonsten anerkanntermaßen gerade **keine Hemmung** der Verjährung herbeiführen soll, **so weit der Anspruch über den Klageanspruch, gegen den aufgerechnet wird, hinausgeht** (BGH NJW-RR 1986, 1079).

„[38]... Diese Folge ergibt sich aus **§ 204 Abs. 1 Nr. 5 BGB**, weil die Aufrechnung eines Anspruchs **von vornherein nur bis zur Höhe der Klageforderung, die durch die Aufrechnung zu Fall gebracht werden soll, in einem Prozess geltend gemacht** werden kann.

Zur **Hemmung eines überschießenden Anteils** desselben Anspruchs bedarf es deshalb für **diesen** Teil eines **eigenen Hemmungstatbestands**. Die Fälle des **§ 213 BGB** erfassen dagegen **nicht** [nur] den weiteren **Teil** eines Anspruchs, sondern **andere** Ansprüche, deren Verjährung nicht schon aus anderen Gründen gehemmt ist, und zwar **unabhängig** von deren Höhe.“

**2.** Mit dem Vorgenannten hat dann die **Widerklage** in vollem Umfang Erfolg, weil der Kläger sich – wie gezeigt – **nicht** auf die Verjährungseinrede (§ 214 BGB) berufen kann.

Vgl. eingehend zu den **anwaltstaktischen Gesichtspunkten bei Gegenansprüchen des beklagten Mandanten** AS-Skript Die zivilgerichtliche Anwaltsklausur (2020), Rn. 438 ff.

**Prozessaufrechnung und Widerklage** (§ 33 ZPO) sind „**Dauerbrenner**“ im Examen (und natürlich auch in der Praxis). Gerade für die **Anwaltsklausur** sind **taktische** Überlegungen oft wichtig:

Scheitert etwa eine Prozessaufrechnung an einem **Aufrechnungsverbot (z.B. § 393 BGB)**, kann und muss die Gegenforderung im Wege der Widerklage geltend gemacht werden. Ist ggf. unklar, ob eine Aufrechnung scheitert, kann eine **Hilfswiderklage** unter der zulässigen innerprozessualen Bedingung des Scheiterns der Prozessaufrechnung (sowohl bei Haupt- als auch Hilfsaufrechnung) erhoben werden. Übersteigt – wie hier – die zur Aufrechnung gestellte Gegenforderung den Klageanspruch, sollte der Beklagte wegen des übersteigenden Betrages – der also nicht über § 389 BGB „verbraucht“ wird, um die Klageforderung abzuwehren – unbedingte Widerklage erheben.

Ist die Aufrechnung eine **Hilfsaufrechnung**, wehrt man sich also auch gegen die Klage als solche, kann man wegen des dem Klageanspruch entsprechenden Betrages insofern auch **Eventualwiderklage** erheben, die dann durchgreift, wenn und soweit die Klageforderung bereits aus anderen Gründen abgewiesen wird. Die deswegen nicht gemäß § 389 BGB „verbrauchte“ Gegenforderung wird auch so dann sogleich und prozessökonomisch für den Beklagten titulierte.

Bei der Prozessaufrechnung ist zudem stets auch ein Blick auf **§ 322 Abs. 2 ZPO** anzuraten, der die Rechtskraft einer Entscheidung auf die Gegenforderung erstreckt, soweit die Aufrechnung für unbegründet (nicht: unzulässig!) erachtet wird (dazu Thomas/Putzo/Seiler § 322 Rn. 44 ff.). Lesenswert zur Prozessaufrechnung – an etwas versteckter Stelle – zudem etwa auch Thomas/Putzo/Seiler § 145 Rn. 11 ff. u. 30.

Für die **Gebührenstreitwerte** ist **§ 45 GKG** zu studieren, der bei **Hilfswiderklage und Hilfsaufrechnung** mit einer streitigen Forderung über § 45 Abs. 1 S. 2 und Abs. 3 GKG eine Relevanz (nur) bei einer insofern tatsächlich ergehenden gerichtlichen Entscheidung anordnet. Die Primäraufrechnung (**Hauptaufrechnung**) und die **Hilfsaufrechnung mit einer unstreitigen Forderung** haben hingegen keine Auswirkungen auf den Streitwert.

**§ 322 Abs. 2 ZPO** erfasst vom **Wortlaut** her nur die **erfolglos gebliebene Aufrechnung**, doch ist das zu eng gefasst. Die Norm gilt **entsprechend, wenn die Aufrechnung des Beklagten Erfolg hat**. In diesem Fall wird durch das abweisende Urteil rechtskräftig entschieden, dass Klageforderung und Gegenforderung im Zeitpunkt der Aufrechnungserklärung bestanden haben und mit Wirkung des § 389 BGB erloschen sind (BGH NJW 2002, 900). Das schließt es natürlich nicht aus, dass der Beklagte in einem **weiteren Prozess** die Gegenforderung geltend macht, soweit diese höher ist als die Klageforderung des ersten Prozesses (OLG Schleswig NJW 2016, 2580 Rn. 13).

In den Fällen der **Hilfsaufrechnung** mit einer **streitigen Gegenforderung** und einer daraus folgenden **Streitwerterhöhung nach § 45 Abs. 3 GKG** muss bei der Kostenentscheidung oft nach **§ 92 Abs. 1 ZPO gequotelt** werden (s. auch Thomas/Putzo/Hüßtege § 92 Rn. 4). Denn soweit die Klageforderung ohne Rücksicht auf die Hilfsaufrechnung besteht, scheitert der Beklagte ja mit seiner Primärverteidigung und muss deswegen seine Gegenforderung überhaupt erst ins Rennen bringen. Soweit diese dann durchgreift, unterliegt wirtschaftlich der Kläger, sodass die **jeweiligen Obsiegens- und Unterliegensanträge ins Verhältnis zum Gesamtstreitwert zu setzen** sind.

**Beispiel:** Der Kläger verlangt 10.000 €, der Beklagte verteidigt sich und wendet zudem dann eine Hilfsaufrechnung mit einer streitigen Gegenforderung in Höhe von 15.000 € ein. Die Klageforderung besteht in Höhe von 8.000 €, die Hilfsaufrechnung greift nur mit 4.000 € durch, sodass der Beklagte zur Zahlung von 4.000 € verurteilt wird.

„Angriffe“	Verlustanteil Kläger	Verlustanteil Beklagter
Klageforderung: 10.000 €	2.000 €	8.000 €
Hilfsaufrechnung: 8.000 € (wegen <b>§ 322 Abs. 2 ZPO, § 45 Abs. 3 GKG</b> nur in Höhe der zuerkannten Klageforderung!)	4.000 €	4.000 €
Streitwert: 18.000 €	6.000 €	12.000 €
Quote	1/3	2/3

Das Ergebnis ist **auf den ersten Blick „komisch“**, weil das Gericht (natürlich) die streitige Gegenforderung in voller Höhe von 15.000 € „durchprüft“, quasi hier 11.000 € „zurückweist“ und dann dennoch beim Streitwert „nur“ 8.000 € relevant werden, doch ist das **Folge des § 322 Abs. 2 ZPO und des § 45 Abs. 3 GKG** und gewollt.

Werden – dann ist die Reihenfolge im Prozess klarzumachen (!) – **mehrere streitige Gegenforderungen gestaffelt zur Hilfsaufrechnung gestellt** und wird i.S.d. § 322 Abs. 2 ZPO entschieden, vervielfältigt sich der Gebührenstreitwert entsprechend, jeweils begrenzt durch die Höhe der noch verbleibenden restlichen Klageforderung. Würde oben also noch eine weitere streitige Forderung von 10.000 € zur Aufrechnung gestellt, griffe § 45 Abs. 3 GKG mit Blick auf die verbleibenden 4.000 € (= Gesamtstreitwert dann 22.000 €) und die Tabelle wäre entsprechend fortzuschreiben. Bei einem „Durchgreifen“ mit weiteren 2.000 € wäre daher der Verlustanteil des Klägers 8.000 € und der des Beklagten 14.000 €, die Quote 36 % zu 64 %.

**RiOLG Wolfgang Dötsch**