

Übungsfall: Immer Ärger mit dem Handy

Von Dr. Lars Weber, Bochum*

Semesterabschlussklausur Zivilprozessrecht

Sachverhalt

Der Telekommunikationsanbieter T hat am 15.7.2008 gegen den 16-jährigen J aus Bochum einen Vollstreckungsbescheid in Höhe von 150,63 € wegen nicht beglichener Mobilfunktelefonrechnungen vor dem für den Gerichtsbezirk Bochum zuständigen Mahngericht, dem Amtsgericht (AG) Hagen, erwirkt. Hiergegen hat der mit dem alleinigen Sorgerecht ausgestattete Vater (V) des J im Namen seines Sohnes fristgerecht Einspruch eingelegt. Daraufhin hat das AG Hagen den Rechtsstreit an das in dem Mahnbescheid für das streitige Verfahren als zuständig bezeichnete AG Bochum abzugeben. In dem auf die mündliche Verhandlung vom 22.10.2008 noch am selben Tage ergangenen, für vorläufig vollstreckbar erklärten und mittlerweile rechtskräftigen Urteil wurde der Vollstreckungsbescheid in voller Höhe gegen J aufrechterhalten. Daraufhin schlossen T und J, letzterer vertreten durch V, am 23.12.2008 folgenden außergerichtlichen Vergleich:

1. Die Parteien sind sich einig, dass gegen Zahlung von 100,- € keine weitere Vollstreckung des Klägers aus dem Vollstreckungsbescheid vom 15.7.2008 gegen den Beklagten erfolgen soll.
2. Dem Beklagten wird nachgelassen, die Zahlung der unter Punkt 1. genannten Summe in monatlichen Raten à 20,- € zu erbringen.
3. Die monatliche Rate wird jeweils zum 5. eines Monats fällig und muss bis spätestens zum 15. eines Monats an den Kläger bewirkt sein.
4. Kommt der Beklagte mit zwei aufeinander folgenden Monatsraten in Verzug, so entfällt die Beschränkung des Nr. 1. Die titulierte Forderung i.H.v. 150,63 € aus dem Vollstreckungsbescheid vom 15.7.2008 wird wieder fällig und ist sofort vollstreckbar.

Am 13. Februar 2009 erteilt J bei der Sparkasse Bochum den Überweisungsauftrag für den Monat Februar. Der Betrag wird noch am selben Tage von seinem Konto abgebucht, allerdings erst am 17. des Monats auf dem Konto des T gutgeschrieben. Im März erteilt J am 12. des Monats einen Überweisungsauftrag, der am 13. ausgeführt wird und am 18. des Monats auf dem Konto des T eingeht.

T beauftragt sodann am 20. März 2009 den Gerichtsvollzieher G mit der Zwangsvollstreckung in das Vermögen des J aus dem Vollstreckungsbescheid vom 15.7.2008, woraufhin G eine sich im Gewahrsam des J befindende Playstation formell ordnungsgemäß pfändet.

Daraufhin richtet V am 22. März 2009 im Namen des J einen mit „Erinnerung“ überschriebenen Schriftsatz an das AG Bochum und trägt folgende Einwendungen vor:

1. Die Vollstreckung aus dem Urteil des AG Bochum sei rechtswidrig, da die Voraussetzungen des Nr. 4 des außergerichtlichen Vergleichs nicht vorlägen.

2. Überdies sei die Klageforderung bereits gar nicht entstanden, da es an der Einwilligung des Vaters des J in den Abschluss des Telekommunikationsvertrages im Februar 2008 fehle.

3. Hilfsweise erkläre J die Aufrechnung mit einem Rückerstattungsanspruch des Kaufpreises des Mobiltelefons (152,60 €). Den Kaufvertrag über das Mobiltelefon habe J bereits vor Abschluss des in Rede stehenden Telekommunikationsvertrages mit Einwilligung seines Vaters abgeschlossen. Nachdem am 30.10.2008 der zweite Nachbesserungsversuch an dem defekten Telefonspeicher des Handys fehlgeschlagen sei, habe J ohne vorherige Zustimmung seines Vaters den Rücktritt vom Kaufvertrag erklärt und das Handy im Kundencenter zurückgegeben. Mit diesem Vorgehen sei T auch einverstanden gewesen. Der Vater des J genehmige nunmehr diese Rücktrittserklärung.

Nach Zustellung des Schriftsatzes an T durch das AG Bochum trägt dieser folgende Einwendungen vor:

1. Die Erinnerung sei für die Geltendmachung der erhobenen Einwendungen unstatthaft.
2. Der Einwand der Unwirksamkeit und der Aufrechnung hätten schon in der mündlichen Verhandlung vom 22.10.2008 geltend gemacht werden müssen. Dies sei aber nicht geschehen.
3. Hilfsweise sei dem Aufrechnungseinwand entgegenzuhalten, dass es an einer Aufrechnungslage fehle, da J ohne Einwilligung seiner gesetzlichen Vertreter den Rücktritt vom Kaufvertrag nicht wirksam habe erklären können. Eine nachträgliche Genehmigung sei bei einseitigen Rechtsgeschäften nicht möglich.

Frage:

Hat der eingelegte Rechtsbehelf des J Aussicht auf Erfolg?

Bearbeitervermerk:

Es ist davon auszugehen, dass die in dem Schriftsatz vom 22. März 2009 vorgetragene(n) Tatsach(e)n zutreffend sind. Auf § 1629 Abs. 1 BGB wird hingewiesen.

Lösungsvorschlag

Der von V im Namen des J beim AG Bochum eingelegte Rechtsbehelf hat Aussicht auf Erfolg, wenn er zulässig und begründet ist.

A. Zulässigkeit**I. Statthaftigkeit**

Der als „Erinnerung“ eingelegte Rechtsbehelf müsste zunächst statthaft sein. Statthaftigkeit bedeutet, dass der eingelegte Rechtsbehelf seinem Begehren nach von dem Anwendungsbereich eines in der jeweiligen Prozessordnung vorgesehenen Rechtsbehelfs erfasst wird¹. Bei der Beurteilung der Statthaftigkeit hat das Gericht dabei von Amts wegen analog §§ 133, 157 BGB nach dem wirklichen Begehren des Rechtsbehelfsführers zu forschen und darf nicht lediglich den bloßen Wortlaut der Prozessklärung zugrunde legen². Die Erinnerung ist in § 766 ZPO als Rechtsbehelf gegen Maßnahmen des Vollstreckungsorgans im Rahmen der Zwangsvollstreckung ausdrücklich vorgesehen. Fraglich ist allerdings, ob das Begehren des J vom Anwendungsbereich dieser Vorschrift erfasst wird oder mit einem anderen Rechtsbehelf verfolgt werden muss.

1. Erinnerung, § 766 ZPO

Die Erinnerung ist gem. § 766 Abs.1 ZPO bei Einwendungen gegen die Art und Weise der Zwangsvollstreckung statthaft. Gegenstand des Verfahrens sind eine oder mehrere Vollstreckungsmaßnahmen des jeweiligen Vollstreckungsorgans³. Unter einer Maßnahme versteht man in Abgrenzung zu einer Entscheidung die Anwendung staatlichen Zwangs *ohne* vorherige Gewährung rechtlichen Gehörs⁴.

a) Maßnahme in der Zwangsvollstreckung

Hier wendet sich J gegen die Pfändung der sich in seinem Gewahrsam befindenden Playstation. Bei der Pfändung einer Sache durch den Gerichtsvollzieher gem. § 808 Abs. 1 ZPO handelt es sich um staatlichen Zwang ohne vorherige Gewährung rechtlichen Gehörs gegenüber dem Vollstreckungsschuldner, so dass hier eine *Vollstreckungsmaßnahme* vorliegt⁵.

* Der Autor ist Wissenschaftliche Hilfskraft am Wilhelm Peter Radt Stiftungslehrstuhl für Bürgerliches Recht, Gewerblichen Rechtsschutz, Internationales Privat- und Zivilprozessrecht von Prof. Dr. *Sebastian Kubis*, LL.M. (Illinois) an der Fernuniversität in Hagen.

¹ *Schwab*, Grundzüge des Zivilprozessrechts, 2. Aufl. 2007, Rn. 781.

² *Ellenberger*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 68. Aufl. 2009, Überblick v. § 104 Rn. 37 und § 133 Rn. 4.

³ *Hüßtege*, in: Thomas/Putzo, Kommentar zur ZPO, 29. Aufl. 2008, § 766 Rn. 1.

⁴ *Stöber*, in: Zöller, Kommentar zur ZPO, 26. Aufl. 2007, § 766 Rn. 2.

⁵ Vgl. *Hüßtege* (Fn. 3), § 766 Rn. 16.

b) Verletzung einer Verfahrensvorschrift

Bei der angegriffenen Maßnahme müsste sich das Begehren des J gegen die Art und Weise der Zwangsvollstreckung richten⁶. Dabei gilt, dass nur die Missachtung solcher Vorschriften mit der Erinnerung angegriffen werden kann, die gerade vom Vollstreckungsorgan zu beachten sind⁷. Die Rechtsschutzgarantie des § 766 ZPO ist folglich mit dem Pflichtenkreis des jeweiligen Vollstreckungsorgans kongruent. In der Zwangsvollstreckung gilt der *Grundsatz der formalisierten Betrachtungsweise*. Dieser Grundsatz bedeutet, dass das Vollstreckungsorgan bei seiner Tätigkeit nur die Einhaltung der Verfahrensvorschriften überprüft und nicht etwa die materielle Richtigkeit der zu vollstreckenden Entscheidung⁸. Gegenstand der Erinnerung kann also stets nur ein *Verfahrensfehler* des Vollstreckungsorgans sein⁹.

Hier rügt J u.a. die fehlerhafte Anwendung des Nr. 4 i.V.m. Nr. 1 des außergerichtlichen Vergleichs. Bei einer Vereinbarung, die einen Vollstreckungsaufschub oder einen Vollstreckungsnachlass gewährt, handelt es sich um einen sog. „*vollstreckungsbeschränkenden Vertrag*“¹⁰. Letzterer gestaltet die vollstreckungsrechtliche Lage um und ist deshalb im Vollstreckungsverfahren vom Vollstreckungsorgan ebenso wie die gesetzlich normierten Verfahrensvorschriften zu beachten. Daher steht im Falle der Nichtbeachtung eines vollstreckungsbeschränkenden Vertrages dem Schuldner nach wohl h.M. die Erinnerung *analog* § 766 ZPO zu¹¹. Allerdings rügt J hier nicht die Nichtbeachtung des außergerichtlichen Vergleichs durch das Vollstreckungsorgan, sondern die fehlerhafte Anwendung von dessen Nr. 4. Bei der Frage, ob dessen Voraussetzungen vorliegen, handelt es sich aber um eine materiell-rechtliche Auslegungsfrage, namentlich die Bestimmung des Verzugsintritts. Zur Klärung dieser Frage fehlt es dem Vollstreckungsorgan an der erforderlichen Prüfungskompetenz. Da G die Playstation im Übrigen formell ordnungsgemäß gepfändet hat, fehlt es an einem den Anwendungsbereich der Erinnerung eröffnenden Verfahrensfehler. Die eingelegte Erinnerung ist folglich unstatthaft.

2. Vollstreckungsabwehrklage, § 767 ZPO

Nach dem Begehren des J könnte allerdings die Vollstreckungsabwehrklage gem. § 767 Abs. 1 ZPO statthaft sein. Danach können Einwendungen, die den durch das Urteil festgestellten Anspruch selbst betreffen (=materiell-

⁶ *Stöber* (Fn. 4), § 766 Rn. 10.

⁷ *Musielak*, Grundkurs ZPO, 9. Aufl. 2007, Rn. 704, 705.

⁸ *Lackmann*, in: Musielak, Kommentar zur ZPO, 6. Aufl. 2008, § 766 Rn. 1 und *Rauscher*, in: Münchener Kommentar zur ZPO, 3. Aufl. 2008, Einl. Rn. 369.

⁹ *Lackmann* (Fn. 8), § 766 Rn. 1.

¹⁰ *Hüßtege* (Fn. 3), § 767 Rn. 25.

¹¹ Beachte: Die analoge Anwendung resultiert daraus, dass Vollstreckungsvereinbarungen keine gesetzliche Verfahrensvorschrift i.S.d. § 766 ZPO sind, vgl. *Brox/Walker*, Zwangsvollstreckungsrecht, 8. Aufl. 2008, Rn. 204; *Lackmann* (Fn. 8), § 766 Rn. 7; analoge Anwendung offen gelassen von *Stöber* (Fn. 4), Vor. § 704 Rn. 25.

rechtliche Einwendungen), von dem Schuldner gerichtlich geltend gemacht werden¹². Hier macht J zunächst geltend, dass das Nichtvorliegen des Verzugsseintritts gem. Nr. 4 des außergerichtlichen Vergleichs einer Vollstreckung des titulierten Anspruchs entgegenstehe. Die Beurteilung des Verzugsseintritts richtet sich nach §§ 271, 286 BGB und damit nach materiellem Recht. Die durch das Nichtvorliegen des Verzugs begründete Einwendung richtet sich auch gegen den titulierten Anspruch, da gem. Nr. 1 des außergerichtlichen Vergleichs gegen Zahlung von 100,- € keine weitere Vollstreckung aus dem Urteil des AG Bochum erfolgen soll. Ebenso richten sich der Einwand der fehlenden Einwilligung des gesetzlichen Vertreters in den Abschluss des Telekommunikationsvertrages und der Aufrechnungseinwand gegen den titulierten Anspruch. Die Vollstreckungsabwehrklage ist somit statthaft.

3. Ergebnis

Der als „Erinnerung“ vom Prozessbevollmächtigten des J eingelegte Rechtsbehelf ist als Vollstreckungsabwehrklage statthaft.

II. Prozessfähigkeit

J müsste des Weiteren prozessfähig sein. Die Prozessfähigkeit ist die Fähigkeit, Prozesshandlungen selbst oder durch selbst bestellte Vertreter vorzunehmen¹³. Gem. §§ 51 Abs. 1, 52 ZPO ist eine Person insoweit prozessfähig, als sie sich durch Verträge verpflichten kann. Die Prozessfähigkeit beurteilt sich also nach der bürgerlich-rechtlichen Geschäftsfähigkeit gem. §§ 2, 104 ff. BGB¹⁴. Als 16-jähriger ist J lediglich gem. §§ 2, 106 BGB beschränkt geschäftsfähig und damit nach § 52 ZPO prozessunfähig. Allerdings wird J hier von V als seinem mit dem alleinigen Sorgerecht ausgestatteten gesetzlichen Vertreter i.S.d. § 1629 Abs. 1 S. 3 BGB vertreten. Die Vertretungsmacht des gesetzlichen Vertreters bezieht sich auch auf die Durchführung von Rechtsstreitigkeiten im Namen des Minderjährigen¹⁵. V kann daher im Namen des J alle erforderlichen Prozesshandlungen vornehmen.

III. Zuständigkeit

Ferner müsste das AG Bochum zur Entscheidung über die Vollstreckungsabwehrklage sachlich und örtlich zuständig sein. Gem. § 767 Abs. 1 ZPO ist die Klage vor dem Prozessgericht der ersten Instanz geltend zu machen, welches gem. § 802 ZPO ausschließlich zuständig ist¹⁶. Hier wurde das Urteil, das den Vollstreckungsbescheid aufrecht erhält, vom AG Bochum erlassen. Dieses ist daher gem. §§ 767 Abs. 1, 802 ZPO sachlich und örtlich ausschließlich für die Entscheidung über die Vollstreckungsabwehrklage zuständig.

¹² Musielak (Fn. 7), Rn. 713.

¹³ Hüfstege (Fn. 3), § 51 Rn. 2.

¹⁴ Hüfstege (Fn. 3), § 52 Rn. 1.

¹⁵ Diederichsen, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 68. Aufl. 2009, § 1629 Rn. 5.

¹⁶ Hüfstege (Fn. 3), § 802 Rn. 2.

IV. Frist

Die Erhebung der Vollstreckungsabwehrklage ist an keine Klagefrist gebunden.

V. Rechtsschutzbedürfnis

Für die Vollstreckungsabwehrklage müsste schließlich noch ein Rechtsschutzbedürfnis bestehen. Als spezieller Rechtsbehelf in der Zwangsvollstreckung ist das Rechtsschutzbedürfnis für eine Vollstreckungsabwehrklage durch den zeitlichen Rahmen der Zwangsvollstreckung limitiert. Es *beginnt* daher, sobald ein zur Zwangsvollstreckung geeigneter Titel vorliegt und *entfällt*, sobald die Zwangsvollstreckung als Ganzes beendet ist, namentlich durch Befriedigung des Gläubigers und Herausgabe des Titels¹⁷ oder ein vom Gläubiger ausgestellt Anerkenntnis der Befriedigung an den Schuldner¹⁸.

Hier hat der Gerichtsvollzieher die Playstation im Wege der Sachpfändung gem. § 808 Abs. 1 ZPO formell ordnungsgemäß durch Inbesitznahme gepfändet, so dass die Zwangsvollstreckung bereits begonnen hat. Diese ist auch noch nicht beendet, da eine Verwertung der gepfändeten Playstation durch Versteigerung und Erlösauskehr an den Vollstreckungsgläubiger gem. §§ 814, 819 ZPO noch nicht erfolgt ist¹⁹. Es besteht daher zum jetzigen Zeitpunkt noch ein Rechtsschutzbedürfnis für die Erhebung der Vollstreckungsabwehrklage.

VI. Ergebnis

Der als „Erinnerung“ eingelegte Rechtsbehelf des J ist als *Vollstreckungsabwehrklage* zulässig.

B. Begründetheit des Rechtsbehelfs

Bei der Vollstreckungsabwehrklage handelt es sich nach umstrittener, aber h.M. um eine prozessuale *Gestaltungsklage*, bei deren Erfolg nicht der Bestand, sondern lediglich die Vollstreckbarkeit des titulierten Anspruchs beseitigt wird²⁰. Sie ist begründet, wenn materiell-rechtliche Einwendungen gegen den titulierten Anspruch bestehen, sofern diese erst nach der dem Urteil vorangehenden letzten mündlichen Verhandlung entstanden sind (§ 767 Abs. 1 und 2 ZPO). Letztere Einschränkung dient dem Schutz der materiellen Rechtskraft gem. § 322 Abs. 1 ZPO, indem verhindert werden soll, dass

¹⁷ Herauszugeben ist bei *Endurteilen* gem. § 704 Abs. 1 ZPO die vollstreckbare Ausfertigung, also das mit der *Vollstreckungsklausel* gem. §§ 724, 725 ZPO versehene Urteilsexemplar, bei *Vollstreckungsbescheiden* wegen der grundsätzlichen Entbehrlichkeit einer Klausel gem. § 796 Abs. 1 ZPO dagegen die *Originalurkunde*.

¹⁸ BGH NJW-RR 1989, 124; *Herget*, in: Zöller, Kommentar zur ZPO, 26. Aufl. 2007, § 767 Rn. 8 und *Hüfstege* (Fn. 3), § 767 Rn. 14, 16.

¹⁹ *Hüfstege* (Fn. 3), § 814 Rn. 1 und § 819 Rn. 1 und 10.

²⁰ BGH NJW 1994, 3225; *Schmidt*, in: Münchener Kommentar zur ZPO, 3. Aufl. 2008, § 767 Rn. 3; *Hüfstege* (Fn. 3), § 767 Rn. 1; a.A. etwa *Bettermann*, in: Festschrift für Weber, 1975, S. 94, der sie als *materielle Beseitigungs- und Unterlassungsklage* ansieht.

der Schuldner über das Vollstreckungsverfahren nachträglich Einwendungen erhebt, die er bereits im Erkenntnisverfahren hätte geltend machen können oder die ihm wegen verspäteten Vorbringens gem. § 296 ZPO abgeschnitten gewesen sind. Daher können im Anwendungsbereich des § 767 Abs. 1 und 2 ZPO nur rechtsvernichtende und rechtshemmende Einwendungen zum Erfolg des Rechtsbehelfs führen, sofern sie nach dem Schluss der letzten mündlichen Verhandlung entstanden sind. Im Fall des Erlasses eines Vollstreckungsbescheids, welcher ohne mündliche Verhandlung ergeht, wird § 767 Abs. 2 ZPO durch § 796 Abs. 2 ZPO dahingehend modifiziert, dass die Einwendungen nach Erlass des Vollstreckungsbescheids und nach Ablauf der zweiwöchigen Einspruchsfrist gem. §§ 700 Abs. 1, 339 Abs. 1 ZPO entstanden sein müssen. Dagegen sind rechtshindernde Einwendungen vom Anwendungsbereich des Rechtsbehelfs ausgeschlossen, da sie im Erkenntnisverfahren hätten geltend gemacht werden müssen²¹. Der Einwendungsausschluss des § 767 Abs. 2 ZPO greift lediglich dann nicht ein, wenn nach dem Gesetzeszweck entweder kein Unterlaufen der Rechtskraft droht (etwa bei nicht der Rechtskraft fähigen *Prozessvergleichen*) oder der Einwendungsausschluss kraft ausdrücklicher Regelung (z.B. § 797 Abs. 4 ZPO) nicht eingreift²². Bei dem den Vollstreckungsbescheid bestätigenden Urteil des AG Bochum vom 22. Oktober 2008 handelt es sich aber um ein der Rechtskraft fähiges Endurteil i.S.d. §§ 300 Abs. 1, 322 Abs. 1 ZPO, so dass die Vorschrift des § 767 Abs. 2 ZPO anzuwenden ist. Es ist daher ausschließlich zu prüfen, ob rechtsvernichtende oder rechtshemmende Einwendungen gegen den im Urteil titulierten Anspruch bestehen. Dabei ist hier trotz Vorliegens eines Vollstreckungsbescheids nicht mehr der in § 796 Abs. 2 ZPO bezeichnete Zeitpunkt maßgeblich, da aufgrund fristgerechten Einspruchs eine Überleitung ins streitige Verfahren gem. § 700 Abs. 3 S. 1 ZPO stattgefunden hat. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Zulässigkeit der Erhebung von Einwendungen ist damit der Schluss der letzten mündlichen Verhandlung.

I. Außergerichtlicher Vergleich

Als Einwendung kommt hier zunächst das Nichtvorliegen der Voraussetzungen des Nr. 4 i.V.m. Nr. 1 des außergerichtlichen Vergleichs als vollstreckungsbeschränkendem Vertrag in Betracht (siehe A. I. 1) b). Bei Nr. 4 handelt es sich um eine sog. „Wiederauflebensklausel“. Eine solche liegt vor, wenn eine erlassene Forderung wiederauflebt, sofern eine dafür vereinbarte Bedingung eintritt²³. Hier soll gem. Nr. 1 des außergerichtlichen Vergleichs eine Vollstreckung der titulierten Forderung aus dem Vollstreckungsbescheid vom 15.7.2008 gegen Zahlung von 100,- € nicht mehr erfolgen. Daraus folgt, dass gegen Zahlung dieser Summe die im Voll-

streckungsbescheid titulierte Forderung i.H.v. 150,63 € dem J erlassen werden soll. Gem. Nr. 4 des außergerichtlichen Vergleichs wird diese Forderung aber wieder fällig und vollstreckbar (=Wiederaufleben), wenn die der Klausel zugrundeliegende Bedingung eintritt, hier also J mit zwei aufeinander folgenden Monatsraten gem. Nr. 2 und 3 in Verzug gerät. Der außergerichtliche Vergleich begründet daher im Falle des Nichtvorliegens der Voraussetzungen des Nr. 4 eine rechtsvernichtende Einwendung gegen den titulierten Anspruch.

1. Auslegung der Verzugsregelung des Nr. 3 des Vergleichs

Maßgeblich für die Beurteilung des Vorliegens der Voraussetzungen des Nr. 4 ist das Verständnis von Nr. 3 des außergerichtlichen Vergleichs. Danach ist die monatliche Rate jeweils zum 5. eines Monats fällig und muss spätestens bis zum 15. eines Monats bewirkt sein. Fraglich ist hier, ob unter „Bewirken“ i.S.d. Vergleichsklausel die Vornahme des Überweisungsauftrags, also die *Leistungshandlung*, oder aber der Eingang auf dem Konto des Empfängers, also der *Leistungserfolg* zu verstehen ist. Hierzu ist die Klausel gem. §§ 133, 157 BGB nach dem Parteiwillen unter Berücksichtigung des objektiven Empfängerhorizontes auszulegen²⁴.

a) Bislang h.M.: Erheblichkeit des Zahlungseingangs nur bei Rechtzeitigkeitsklausel

Nach bislang herrschender Ansicht war bei einer Zahlung mittels Überweisung für die Rechtzeitigkeit der Leistung die Vornahme des Überweisungsauftrags und dessen konkludente Annahme in Form der Bearbeitung durch die Bank (=Überweisungsvertrag), mithin also die *Leistungshandlung*, maßgeblich²⁵. Anders war dies nur zu bewerten, wenn sich aus einer sog. *Rechtzeitigkeitsklausel* ergab, dass es für die Rechtzeitigkeit auf den Eintritt des *Leistungserfolges* ankommen soll²⁶. Hier ist nach dem Willen der Parteien die monatliche Rate bereits am 5. eines jeden Monats fällig. Unter Fälligkeit versteht man den Zeitpunkt, von dem ab der Gläubiger die Leistung verlangen darf²⁷. Bei der Vornahme einer Geldleistung mittels Überweisung bedeutet dies nach dem oben Gesagten, dass zumindest am 5. eines Monats die *Leistungshandlung*, also der Überweisungsauftrag, vorgenommen worden sein muss. Geht man hiervon aus, kann das Erfordernis der Bewirkung bis spätestens zum 15. eines Monats nach dem Willen der Parteien nur bedeuten, dass zu diesem Zeitpunkt das Geld auf dem Konto des Gläubigers eingegangen, also der *Leistungserfolg* eingetreten sein muss.

b) EuGH: Generelle Erheblichkeit des Zahlungseingangs bei Banküberweisung

In einem *Vorabentscheidungsverfahren* gem. Art. 234 EGV zu Art. 3 Abs. 1 Buchst. c Ziff. ii der Richtlinie 2000/35/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. Juni

²¹ Vgl. zum ganzen BGH NJW 1987, 3266 (3267); Hüßtege (Fn. 3), § 767 Rn. 2, 20 und § 796 Rn. 2; Schmidt (Fn. 20), § 767 Rn. 58, 73 und Wolfsteiner, in: Münchener Kommentar zur ZPO, 3. Aufl. 2008, § 796 Rn. 6.

²² Hüßtege (Fn. 3), § 767 Rn. 20, 24-26.

²³ Lackmann, Zwangsvollstreckungsrecht, 7. Aufl. 2005, Rn. 724.

²⁴ Ellenberger (Fn. 2), § 133 Rn. 7 und § 157 Rn. 7.

²⁵ So noch Heinrichs, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 67. Aufl. 2008, § 270 Rn. 7.

²⁶ Heinrichs (Fn. 25), § 270 Rn. 7.

²⁷ Heinrichs (Fn. 25), § 271 Rn. 1.

2000 zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr hat der EuGH nunmehr entschieden, dass bei einer Zahlung durch Banküberweisung der geschuldete Betrag auf dem Konto des Gläubigers rechtzeitig gutgeschrieben sein muss, damit der Schuldner nicht in Verzug gerät²⁸. Dies ergebe eine Auslegung der Richtlinie nach *Wortlaut* und *Zweck*. Nach Art. 3 Abs. 1 Buchst. c Ziff. ii sei der Gläubiger berechtigt, gegenüber dem Schuldner Zinsen insoweit geltend zu machen, als er den fälligen Betrag nicht rechtzeitig erhalten habe, es sei denn, dass der Schuldner für die Verzögerung nicht verantwortlich sei. Aus dem Wortlaut letzterer Bestimmung ergebe sich somit ausdrücklich, dass die Zahlung des Schuldners im Hinblick auf die Fälligkeit von Verzugszinsen als verspätet angesehen werde, wenn der Gläubiger nicht rechtzeitig über den geschuldeten Betrag verfügen könne. Bei einer durch Banküberweisung abgewickelten Zahlung versetze aber nur die Gutschrift des geschuldeten Betrags auf dem Konto des Gläubigers diesen in die Lage, über den Betrag zu verfügen²⁹. Dieses Auslegungsergebnis stehe auch im Einklang mit dem Zweck der Zahlungsverzugsrichtlinie, die auf den Schutz des Inhabers einer Geldforderung gerichtet sei³⁰. Das ermittelte Verständnis von Nr. 3 des außergerichtlichen Vergleichs (vgl. B. I. 1) a) entspricht daher nunmehr auch der Rechtsprechung des EuGH zur Bestimmung des Verzugs Eintritts im bargeldlosen Zahlungsverkehr.

2. Auswirkung auf die Rechtzeitigkeit der Überweisung

Fraglich ist, ob J nach dem oben ermittelten Verständnis von Nr. 3 des außergerichtlichen Vergleichs mit den monatlichen Ratenzahlungen gem. Nr. 4 des außergerichtlichen Vergleichs in Verzug geraten ist. Mangels abweichender Regelungen in dem außergerichtlichen Vergleich beurteilt sich die Frage des Verzugs Eintritts nach gesetzlichen Vorschriften. Danach kommt der Schuldner gem. § 286 Abs. 1, 2 Nr. 1, Abs. 4 BGB in Verzug, wenn er im Falle einer Bestimmung der Leistungszeit die geschuldete Leistung bei Fälligkeit schuldhaft nicht erbringt³¹. J hat am 13. Februar 2009 bei der Sparkasse Bochum den Überweisungsauftrag für den Monat Februar erteilt, der noch am selben Tag von der Bank ausgeführt und am 17. des Monats auf dem Konto des T gutgeschrieben wurde. Im März hat J am 12. des Monats einen Überweisungsauftrag erteilt, der am 13. ausgeführt und am 18. des Monats auf dem Konto des T eingegangen ist. In beiden Fällen ist damit der Leistungserfolg erst nach dem 15. des jeweiligen Monats eingetreten. J hat damit in beiden Fällen zum vereinbarten Leistungszeitpunkt die fällige Monatsrate nicht erbracht. Mangels entgegenstehender Anhaltspunkte ist von Verschulden auszugehen (vgl. § 286 Abs. 4 BGB). Damit liegen die Voraussetzungen des Nr. 4 des außergerichtlichen Vergleichs vor, so dass die rechtsvernich-

tende Wirkung des außergerichtlichen Vergleichs entfallen ist. T konnte damit die Zwangsvollstreckung des Zahlungsanspruchs aus dem Vollstreckungsbescheid betreiben.

3. Ergebnis

J kann gegenüber dem titulierten Anspruch nicht den außergerichtlichen Vergleich als rechtsvernichtende materiellrechtliche Einwendung geltend machen, da dessen Vollstreckungsbeschränkende Kraft durch den Eintritt des Verzugs gem. Nr. 4 entfallen ist.

II. Fehlende Einwilligung der gesetzlichen Vertreter

Als weitere Einwendung kommt aber die fehlende Einwilligung des V in den Abschluss des Telekommunikationsvertrages gem. §§ 241 Abs. 1, 311 Abs. 2 BGB im Februar 2008 in Betracht.

1. Wirkungen der fehlenden Einwilligung

Gem. §§ 106, 107 BGB bedarf ein Minderjähriger, der das siebente Lebensjahr vollendet hat, zur Abgabe einer Willenserklärung, durch die er nicht lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangt, der Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters, sofern diese nicht im Fall des § 110 BGB als konkludent erteilt gilt³². Als minderjährig i.S.d. Vorschrift ist jede Person anzusehen, die das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet hat³³. Gesetzlicher Vertreter des Minderjährigen sind gem. § 1629 Abs. 1 S. 2 Hs. 1 und Abs. 1 S. 3 BGB grundsätzlich beide Elternteile, sofern nicht ausnahmsweise ein Elternteil die elterliche Sorge allein ausübt³⁴. Schließt ein Minderjähriger ohne die Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters einen Vertrag, hängt dessen Wirksamkeit gem. § 108 Abs. 1 BGB von der Genehmigung des gesetzlichen Vertreters ab. Die Genehmigungserteilung wirkt gem. § 184 Abs. 1 BGB auf den Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts zurück, so dass das Rechtsgeschäft als von Anfang an wirksam anzusehen ist. Ohne die Genehmigung ist der geschlossene Vertrag hingegen schwebend unwirksam und begründet keine wechselseitigen Verpflichtungen³⁵.

J war im Zeitpunkt des Abschlusses des Telekommunikationsvertrages mit T 16 Jahre alt und damit minderjährig. Durch den Telekommunikationsvertrag wird eine Zahlungspflicht des J gegenüber T für die entstandenen Telefongebühren begründet. Die auf Abschluss des Telekommunikationsvertrages gerichtete Willenserklärung war damit für J nicht lediglich rechtlich vorteilhaft, so dass zu ihrer Abgabe die Einwilligung des mit dem alleinigen Sorgerecht ausgestatteten V erforderlich gewesen wäre. Diese hat V aber nicht erteilt. Selbst wenn in der Überlassung von Taschengeld an J ein Fall einer konkludenten Einwilligung des V in den Abschluss eines Mobilfunkvertrages gem. § 110 BGB gesehen

²⁸ EuGH NJW 2008, 1935 (1936); dem folgt nun auch *Heinrichs*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 68. Aufl. 2009, § 270 Rn. 5, 6.

²⁹ EuGH NJW 2008, 1935 (1936).

³⁰ EuGH NJW 2008, 1935 (1936).

³¹ *Grüneberg*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 68. Aufl. 2009, § 286 Rn. 8, 22.

³² *Ellenberger* (Fn. 2), § 110 Rn. 1.

³³ = Eintritt der Volljährigkeit, § 2 BGB; vgl. *Ellenberger* (Fn. 2), § 106 Rn. 1.

³⁴ *Diederichsen* (Fn. 15), § 1629 Rn. 10 ff.

³⁵ *Ellenberger* (Fn. 2), Überblick v. § 104 Rn. 31, 32 und § 184 Rn. 1.

werden könnte, würde dieser Vertrag erst mit Bewirkung der geschuldeten Leistung (=Erfüllung i.S.d. § 362 Abs. 1 BGB) wirksam³⁶. Eine solche ist hier aber gerade nicht erfolgt. Da V den geschlossenen Vertrag auch nicht mit der heilenden Wirkung des § 184 Abs. 1 BGB genehmigt hat, ist der zwischen J und T im Februar 2008 geschlossene Telekommunikationsvertrag schwebend unwirksam und begründet für J keine Zahlungspflicht gegenüber T.

2. Keine materielle Präklusion der Einwendung

Der Einwand der schwebenden Unwirksamkeit des Telekommunikationsvertrages dürfte aber nicht nach § 767 Abs. 2 ZPO präkludiert sein. Wie bereits oben dargestellt, können zum Schutz der materiellen Rechtskraft mit der Vollstreckungsabwehrklage nur solche Einwendungen gegen den titulierten Anspruch geltend gemacht werden, die nicht bereits im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung im Erkenntnisverfahren hätten geltend gemacht werden können (siehe oben B.). Erfasst sind also nur nach dem Schluss der mündlichen Verhandlung entstandene rechtsvernichtende und rechtshemmende Einwendungen. Bei dem Einwand der schwebenden Unwirksamkeit handelt es sich um eine rechtshindernde Einwendung, da das Rechtsgeschäft bis zur Genehmigung unwirksam ist (vgl. B. II. 1). Der Einwand hätte daher spätestens in der mündlichen Verhandlung vor dem Urteil des AG Bochum am 22.10.2008 vorgetragen werden müssen. Nunmehr ist J mit diesem Einwand präkludiert.

3. Ergebnis

J kann gegenüber dem titulierten Anspruch nicht den Einwand der schwebenden Unwirksamkeit des Telekommunikationsvertrages geltend machen, weil dieser als rechtshindernde Einwendung bereits in der mündlichen Verhandlung vor dem Urteil des AG Bochum am 22.10.2008 hätte erhoben werden müssen.

III. Einwand der Aufrechnung

Hilfsweise hat der V für den Fall der Unbeachtlichkeit des Einwands seiner fehlenden Einwilligung in den Abschluss des Telekommunikationsvertrages (vgl. B. II.) die Aufrechnung mit einem Rückgewähranspruch des Kaufpreises für das Mobiltelefon erklärt. Die Aufrechnung bewirkt, dass die Forderungen, soweit sie sich decken, als in dem Zeitpunkt erloschen gelten, in welchem sie zur Aufrechnung geeignet einander gegenübergetreten sind, § 389 BGB. Eine Berücksichtigung des Aufrechnungseinwands im Rahmen der Vollstreckungsabwehrklage setzt zunächst eine wirksame Aufrechnung voraus. Des Weiteren darf der Aufrechnungseinwand nicht gem. § 767 Abs. 2 ZPO präkludiert sein.

1. Wirksame Aufrechnung

J müsste zunächst gegenüber T wirksam die Aufrechnung erklärt haben.

a) Aufrechnungserklärung

Als Gestaltungsrecht setzt die Aufrechnung zunächst gem. § 388 S. 1 BGB eine Erklärung gegenüber dem anderen Teil voraus³⁷. Hier hat der V als gesetzlicher Vertreter des J i.S.d. § 1629 Abs. 1 S. 3 BGB am 22.03.2009 gegenüber T die Aufrechnung erklärt. Fraglich ist allerdings, ob die hilfsweise Erklärung für den Fall der Nichtberücksichtigung des Einwands der fehlenden Einwilligung in den Vertragsabschluss (= Fortbestand der titulierten Forderung) wirksam ist. Gem. § 388 S. 2 BGB ist eine Aufrechnungserklärung unwirksam, wenn sie unter einer Bedingung oder einer Zeitbestimmung abgegeben worden ist. Hier wird die Aufrechnungserklärung aber gerade von der Bedingung abhängig gemacht, dass der Einwand der fehlenden Einwilligung nicht durchgreift. Allerdings ist § 388 S. 2 BGB insoweit teleologisch zu reduzieren, als der von der Vorschrift verfolgte Gesetzeszweck, namentlich die Vermeidung von Rechtsunsicherheit, nicht beeinträchtigt wird³⁸. Bei der Hilfs- bzw. *Eventualaufrechnung* im Rahmen eines Prozesses handelt es sich nach wohl h.M. um keine echte Bedingung, sondern um eine lediglich *innerprozessuale Rechtsbedingung*³⁹. Die Berücksichtigung des Aufrechnungseinwands hängt einzig von der Entscheidung des Gerichts über die Hauptforderung im anhängigen Prozess ab. Wird der Hauptforderung stattgegeben, so wird über die zur Aufrechnung gestellte Forderung entschieden und ihr Erlöschen in Höhe der zur Aufrechnung gestellten Gegenforderung festgestellt. Erfolgt dagegen hinsichtlich der Hauptforderung eine Klageabweisung, dann wird die zur Aufrechnung gestellte Forderung nicht berücksichtigt. Die Rechtslage ist dann so, als ob die Aufrechnung nie erklärt worden wäre. Folglich besteht nach Prozessausgang bei den Parteien keine Unklarheit über das Schicksal der zur Aufrechnung gestellten Gegenforderung. Die Prozessaufrechnung führt folglich zu keiner Rechtsunsicherheit. Daher ist die bedingte Aufrechnungserklärung des V wirksam.

b) Aufrechnungslage

Des Weiteren müsste eine Aufrechnungslage gem. § 387 BGB gegeben sein:

aa) Erfüllbare Hauptforderung

Zunächst müsste eine erfüllbare Hauptforderung vorliegen, gegen welche der Schuldner – hier also J – aufrechnen kann. Eine erfüllbare Hauptforderung liegt vor, sofern sie besteht. Nicht erforderlich sind dagegen volle Wirksamkeit und Fälligkeit⁴⁰. Als Hauptforderung kommt hier der Zahlungsanspruch der T gegen J i.H.v. 150,63 € aus dem Telekommunikationsvertrag gem. §§ 241 I, 311 Abs. 1 BGB in Betracht. Zwar ist dieser Anspruch wegen fehlender Einwilligung des V gem. §§ 106, 107 BGB in den Abschluss des Vertrages aus

³⁶ Ellenberger (Fn. 2), § 110 Rn. 4.

³⁷ Grüneberg (Fn. 31), § 388 Rn. 1.

³⁸ Musielak (Fn. 7), Rn. 299.

³⁹ So etwa Grüneberg (Fn. 31), § 388 Rn. 3; Schlüter, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2007, § 388 Rn. 4; a.A. Musielak (Fn. 7), Rn. 300.

⁴⁰ Grüneberg (Fn. 31), § 387 Rn. 12.

materiell-rechtlichen Gründen schwebend unwirksam (vgl. B. II.). Es liegt jedoch ein rechtskräftiger Titel vor, welcher einen Zahlungsanspruch der T gegen J bestimmt. Der Eintritt der Rechtskraft überwindet die materiell-rechtliche Fehlerhaftigkeit einer gerichtlichen Entscheidung und sorgt zwischen den Parteien des Rechtsstreits in Bezug auf den Streitgegenstand für eine verbindliche Regelung⁴¹. Daher besitzt T kraft rechtskräftigen Titels gegen J einen Zahlungsanspruch i.H.v. 150,63 €. Es liegt damit ein erfüllbare Hauptforderung vor.

bb) Fällige und einredefreie Gegenforderung

J müsste gegenüber der Hauptforderung eine fällige und einredefreie Gegenforderung zur Aufrechnung gestellt haben⁴². Als solche kommt ein Rückgewähranspruch des gezahlten Kaufpreises aus § 346 Abs. 1 BGB in Betracht:

(1) Rückgewähranspruch

Ein Rückgewähranspruch aus § 346 Abs. 1 BGB setzt die Ausübung eines vertraglich vorbehaltenen oder gesetzlichen Rücktrittsrechts voraus⁴³. Hier kommt die Ausübung eines gesetzlichen Rücktrittsrechts wegen Mangelhaftigkeit der Kaufsache gem. §§ 437 Nr. 2, 440, 323 Abs. 1 BGB in Betracht:

(a) Rücktrittsgrund

Ein solches Rücktrittsrecht setzt zunächst eine Nicht- oder nicht vertragsgemäße Erbringung einer fälligen Leistung aus einem gegenseitigen Vertrag trotz Bestimmung einer angemessenen Nacherfüllungsfrist voraus, sofern letztere nicht ausnahmsweise entbehrlich ist.

(aa) Gegenseitiger Vertrag

Hier hat J mit der Einwilligung seines Vaters V als seinem gesetzlichen Vertreter (§§ 107, 1629 Abs. 1 S. 3 BGB) einen Kaufvertrag über ein Mobiltelefon gem. § 433 BGB geschlossen. Bei diesem Vertrag handelt es sich um ein gegenseitiges (=synallagmatisches) Rechtsverhältnis i.S.d. § 323 Abs. 1 BGB, bei dem sich die Parteien die Übergabe und Eigentumsverschaffung an der sach- und rechtsmangelfreien Kaufsache gegen Zahlung des Kaufpreises schulden⁴⁴.

(bb) Nicht oder nicht vertragsgemäße Leistung

Weiterhin müsste eine Nicht- oder nicht vertragsgemäße Leistung vorliegen. Gem. §§ 437 Nr. 2, 323 Abs. 1 BGB ist bei einem Kaufvertrag eine nicht vertragsgemäße Leistung bei einer Mangelhaftigkeit der Kaufsache gegeben⁴⁵. Die Kaufsache ist gem. § 434 Abs. 1 S. 1 und 2 BGB frei von Sachmängeln, wenn sie entweder die vereinbarte Beschaffen-

heit aufweist oder bei Fehlen einer solchen Vereinbarung sich für die nach dem Vertrag vorausgesetzte oder gewöhnliche Verwendung eignet, wobei sie im Falle der gewöhnlichen Verwendung eine Beschaffenheit aufweisen muss, die bei Sachen der gleichen Art üblich ist und die der Käufer nach der Art der Sache erwarten kann⁴⁶. Bei dem von J bei T erworbenen Mobiltelefon war der Telefonspeicher defekt. Ein intakter Telefonspeicher zählt zu einer typischen Funktion eines solchen Geräts, so dass bei dem Erwerb eines Mobiltelefons insoweit von einer vereinbarten Beschaffenheit, zumindest aber von einer solchen Beschaffenheit ausgegangen werden kann, welche sowohl für die vertraglich vorausgesetzte als auch für die gewöhnliche Verwendung eines Mobiltelefons wesentlich ist und vom Käufer erwartet werden darf. Ein funktionstüchtiger Telefonspeicher ist nämlich für die Eignung eines Mobiltelefons als Kommunikationsmittel von grundlegender Bedeutung, da dort die Nummern von Gesprächspartnern hinterlegt werden können, um bei Bedarf eine Telefonverbindung zu ihnen herstellen zu können. Die Funktion eines Mobiltelefons als Kommunikationsmittel wird im Falle eines defekten Telefonspeichers entwertet, da der Gebrauch des Mobiltelefons regelmäßig dann geschieht, wenn die zu wählenden Nummern in anderweitig dokumentierter Form nicht erreichbar sind. Bei dem defekten Telefonspeicher handelt es sich folglich um eine Sachmangel und damit um eine nicht vertragsgemäße Leistung i.S.d. § 323 Abs. 1 BGB.

(cc) Angemessene Nacherfüllungsfrist

Gem. §§ 437 Nr. 2, 323 Abs. 1 BGB muss zum Entstehen eines Rücktrittsgrundes grundsätzlich vom Käufer auch eine angemessene Frist zur Nacherfüllung i.S.d. § 439 BGB gesetzt worden sein⁴⁷. Einer solchen Fristsetzung bedarf es jedoch dann nicht, wenn die Ausnahmetatbestände des §§ 323 Abs. 2, 440 BGB eingreifen⁴⁸. Hier könnte eine Nachfristsetzung des J gem. § 440 S. 1 Alt. 2, S. 2 BGB entbehrlich sein, wenn die Nacherfüllung des Verkäufers fehlgeschlagen ist, was regelmäßig nach dem erfolglosen zweiten Nachbesserungsversuch vermutet wird, wenn sich nicht insbesondere aus der Art der Sache oder des Mangels oder aus sonstigen Umständen etwas anderes ergibt. Hier ist der zweite Nachbesserungsversuch an dem Telefonspeicher des Handys fehlgeschlagen. Anhaltspunkte für eine abweichende Bewertung bestehen nicht. Daher ist hier von einer fehlgeschlagenen Nacherfüllung auszugehen. Es bedarf daher keiner Fristsetzung mehr.

(dd) Zwischenergebnis

Ein Rücktrittsgrund ist gegeben.

⁴¹ Reichhold, in: Thomas/Putzo, Kommentar zur ZPO, 29. Aufl. 2008, § 322 Rn. 1, 21.

⁴² Grüneberg (Fn. 31), § 387 Rn. 11.

⁴³ Grüneberg (Fn. 31), § 346 Rn. 2-4.

⁴⁴ Weidenkaff, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 68. Aufl. 2009, § 433 Rn. 2, 11, 16, 21, 38.

⁴⁵ Weidenkaff (Fn. 44), § 437 Rn. 22.

⁴⁶ Weidenkaff (Fn. 44), § 434 Rn. 13-30.

⁴⁷ Grüneberg (Fn. 31), § 323 Rn. 14.

⁴⁸ Grüneberg (Fn. 31), § 323 Rn. 18-22 und Weidenkaff (Fn. 44), § 440 Rn. 1-10.

(b) Rücktrittserklärung

Neben einem Rücktrittsgrund bedarf es zur Entstehung des Rückzahlungsanspruchs des § 346 Abs. 1 BGB einer Rücktrittserklärung gem. § 349 BGB gegenüber dem anderen Teil. Hier hat J am 30.10.2008 den Rücktritt gegenüber T erklärt. Fraglich ist allerdings, ob diese Willenserklärung wirksam ist. Durch die Erklärung des Rücktritts gem. § 346 Abs. 1 BGB entsteht für J die Pflicht zur Rückgabe der empfangenen Leistung, hier also des Mobiltelefons. Die Rücktrittserklärung begründet daher für J gem. § 107 BGB nicht lediglich einen rechtlichen Vorteil, so dass es zu ihrer Wirksamkeit der vorherigen Einwilligung des Vaters V des J bedurft hätte. Eine solche hat dieser aber nicht erteilt. Fraglich ist daher, ob die Rücktrittserklärung zunächst schwebend unwirksam war und durch die Genehmigung des V gem. § 184 Abs. 1 BGB rückwirkend geheilt worden ist (vgl. oben II. 1). Bei der Rücktrittserklärung handelt es sich um eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung⁴⁹. Gem. § 111 S. 1 BGB ist ein einseitiges Rechtsgeschäft, das der Minderjährige ohne die erforderliche Einwilligung des gesetzlichen Vertreters vornimmt, unwirksam. Anders als bei zweiseitigen Rechtsgeschäften ist die Unwirksamkeit in diesem Fall grundsätzlich nicht schwebend, sondern endgültig (=Nichtigkeit)⁵⁰. Eine nachträgliche Genehmigung durch den gesetzlichen Vertreter gem. § 184 Abs. 1 BGB ist daher grundsätzlich nicht möglich. Diese strenge Nichtigkeitsfolge des § 111 BGB ist mit dem Wesen einseitiger Rechtsgeschäfte zu erklären. Sinn dieser Regelung ist es, für die Personen Klarheit zu schaffen, die durch das Rechtsgeschäft betroffen, aber an seiner Vornahme nicht beteiligt sind⁵¹. Eine *Ausnahme* von der Nichtigkeitsfolge besteht aber, wenn der Geschäftsgegner mit der Vornahme des Geschäfts ohne Einwilligung des gesetzlichen Vertreters einverstanden war, sich also freiwillig des Schutzes des § 111 BGB begeben hat. In diesen Fällen gilt das einseitige Rechtsgeschäft als schwebend unwirksam und wird mit Genehmigung voll wirksam⁵². Hier hat sich T mit der Rücktrittserklärung des J ohne Einwilligung des V einverstanden erklärt. Die Rücktrittserklärung vom 30.10.2008 war damit nicht endgültig, sondern lediglich schwebend unwirksam und ist durch die Genehmigung des Vaters V gem. § 184 Abs. 1 BGB rückwirkend wirksam geworden. Es liegt daher eine wirksame Rücktrittserklärung gem. § 349 BGB vor.

(c) Ergebnis

Es besteht ein Rückgewähranspruch des J über den gezahlten Kaufpreis i.H.v. 152,60 € wegen wirksam ausgeübten Rücktritts gem. § 346 Abs. 1 i.V.m. §§ 437 Nr. 2, 440, 323 Abs. 1 BGB.

(2) Fälligkeit und Einredefreiheit

Der Rückgewähranspruch aus § 346 Abs. 1 BGB müsste auch fällig und einredefrei sein (§ 387 letzter Hs. BGB).

Mangels anderweitiger gesetzlicher Bestimmung sind die Rückgewährpflichten aus § 346 Abs. 1 BGB nach der Zweifelsregel § 271 Abs. 1 BGB sofort fällig⁵³. Einreden sind im vorliegenden Fall nicht ersichtlich. Insbesondere kann T die Erfüllung des Rückgewähranspruchs des Kaufpreises nicht Zug-um-Zug gegen Rückgabe des Handys gem. § 348 BGB verlangen, da J das Handy am 30.10.2008 bereits im Kundencenter abgegeben hat. Der Rückgewähranspruch ist somit auch fällig und einredefrei.

cc) Gleichartigkeit von Haupt- und Gegenforderung

Schließlich müsste die zur Aufrechnung gestellte Gegenforderung gem. § 387 BGB mit der Hauptforderung gleichartig sein. Was gleichartig ist, bestimmt sich nach der *Verkehrsanschauung*⁵⁴. Sowohl Haupt-, als auch Gegenforderung sind hier auf Geldzahlung in Euro gerichtet. Dies wird nach der Verkehrsanschauung als gleichartig betrachtet⁵⁵.

dd) Ergebnis

J kann gegen den Zahlungsanspruch der T mit dem Rückgewähranspruch des Kaufpreises aus § 346 Abs. 1 i.V.m. §§ 437 Nr. 2, 440, 323 Abs. 1 BGB aufrechnen.

2. Keine materielle Präklusion der Einwendung

J dürfte indes auch hier mit dem Aufrechnungseinwand nicht gem. § 767 Abs. 2 ZPO präkludiert sein. Bei der Aufrechnung handelt es sich um ein *Gestaltungsrecht*, das zu seiner Wirksamkeit neben dem Vorliegen seiner tatbestandlichen Voraussetzungen von dem Berechtigten durch Erklärung gegenüber dem Gläubiger der Hauptforderung ausgeübt werden muss⁵⁶. Im Rahmen des § 767 Abs. 2 ZPO ist daher umstritten, ob zur Feststellung der materiellen Präklusion des Aufrechnungseinwands bereits auf den Zeitpunkt des Entstehens der Aufrechnungstatbestands (=Aufrechnungslage) oder auf den Zeitpunkt der Vornahme der Aufrechnungserklärung abzustellen ist. Nach ständiger Rechtsprechung und einem Teil der Literatur kommt es bei gesetzlichen Gestaltungsrechten für die Auslösung der Präklusion allein auf die *objektive Möglichkeit* ihrer Geltendmachung an⁵⁷. Nach Ansicht der herrschenden Lehre ist dagegen die Ausübung des Gestaltungsrechts maßgeblich, weil erst dadurch der titulierte Anspruch vernichtet oder beschränkt würde⁵⁸. Für die erstgenannte Ansicht spricht der von § 767 Abs. 2 ZPO bezweckte Schutz der Rechtskraft⁵⁹. Der Inhaber eines Gestaltungsrechts hätte es ansonsten in der Hand, die Rechtskraft nach seinem

⁵³ Heinrichs (Fn. 28), § 271 Rn. 10.

⁵⁴ Schlüter (Fn. 39), § 387 Rn. 30.

⁵⁵ Vgl. Grüneberg (Fn. 31), § 387 Rn. 9.

⁵⁶ Grüneberg (Fn. 31), § 388 Rn. 1.

⁵⁷ BGH NJW 1987, 1691; NJW 1994, 2769 (2770); BGHZ 163, 339 (342 f.); Herget (Fn.18), § 767 Rn. 12; Hüfstege (Fn. 3), § 767 Rn. 22a.

⁵⁸ Brox/Walker (Fn. 11), Rn. 1345; Lackmann (Fn. 8), § 767 Rn. 37; Musielak (Fn. 7), Rn. 718.

⁵⁹ Kindl, in: Handkommentar zur ZPO, 2. Aufl. 2007, § 767 Rn. 20.

⁴⁹ Grüneberg (Fn. 31), § 349 Rn. 1.

⁵⁰ Ellenberger (Fn. 2), § 111 Rn. 3.

⁵¹ Brox, Allgemeiner Teil des BGB, 24. Aufl. 2000, Rn. 248.

⁵² Ellenberger (Fn. 2), § 111 Rn. 3.

Belieben durch Ausübung des Gestaltungsrechts zu durchbrechen, insbesondere den im Erkenntnisverfahren wegen verspäteten Vorbringens gem. § 296 ZPO unberücksichtigten Tatsachenstoff über die „Hintertür“ des Vollstreckungsverfahrens doch noch dem titulierten Anspruch entgegenzuhalten. Hier ist die Aufrechnungslage erst mit Erklärung des Rücktritts am 30.10.2008 und damit nach dem Schluss der mündlichen Verhandlung vom 22.10.2008 entstanden. Daher ist nach der vorzugswürdigen Ansicht der herrschenden Rechtsprechung keine materielle Präklusion des Aufrechnungseinwandes gegeben.

IV. Ergebnis

J kann durch Erhebung des Aufrechnungseinwandes die Beseitigung der Vollstreckbarkeit des titulierten Anspruchs der T durch rechtsgestaltendes Urteil des AG Bochum erreichen.

C. Endergebnis

Die Vollstreckungsabwehrklage ist zulässig und begründet.