



Title	Die rechtzeitige Beibringung der Aufrechnungseinrede(2)
Author(s)	KASHIWAGI, Kuniyoshi
Citation	北大法学論集, 22(1), 105-92
Issue Date	1971-06-26
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/16121
Type	departmental bulletin paper
File Information	22(1)_p105-92.pdf



Die rechtzeitige Beibringung der Aufrechnungseinrede* (2)

Kuniyoshi KASHIWAGI
a. o. Professor für Zivilprozeßrecht.

- I. Die Situation des Problems
- II. Das schutzwürdige Interesse des Beklagten
- III. Die konkreten Ergebnisse nach den bisherigen Meinungen
- IV. Die eigene Untersuchung des Problems
 - A Die neue Lösungsmöglichkeit (bis 4 a) in dem letzten Heft)
 - B Nachprüfung meiner Ansicht
 - C Die Bedeutung dieses Aufsatzes
- V. Zusammenfassung der Ergebnisse

* 「相殺の抗弁の適時性」。本稿は日独両国に通用する解釈論を内容とするので独文で発表することとした。文中の民事訴訟法の条文はZPOのそれを示すので、日本法の問題としてはつぎのように読みかえていただきたい。

§ 279 ZPO = § 139 (時機に後れた攻撃防禦方法の却下)

§ 767 ZPO = § 545 (請求異議の訴え)

また § 139 BGB は日本民法に該当条文がないが、「法律行為ノ一部が無効ナルトキハ、ソノ無効部分ナクシテモ当該法律行為ガナサレタト認メエザルトキハ、ソノ法律行為全体ヲ無効トス」という旨の規定である。

IV. Die eigene Untersuchung des Problems

(Fortsetzung)

A. Die neue Lösungsmöglichkeit (fortgesetzt)

4. b) Gegen diese Konsequenz könnte behauptet werden, daß der Beklagte die eventuelle Aufrechnungseinrede geltend machen und dadurch den materiellrechtlich unerträglichen Nachteil, aufrechnen zu müssen, vermeiden kann. Die eventuelle Aufrechnungseinrede ist aber nicht zu dem Zweck eingerichtet, den Beklagten zur materiellen Willenserklärung zu zwingen, sondern vielmehr deswegen zugelassen, weil die Aufrechnung eine Erfüllungshandlung wie die Zahlung ist und daher ein nachteiligeres Verteidigungsmittel als andere Einreden darstellt, besonders als diejenigen der Verjährung oder der Stundung⁷⁰⁾. Außerdem wird die materielle Willenserklärung auch bei der eventuellen Aufrechnung nicht unter einer Bedingung abgegeben⁷¹⁾; deshalb erlischt die Gegenforderung des Beklagten auch in dem Fall, daß die Klage zurückgenommen oder als unzulässig abgewiesen wird. Daher kann nicht behauptet werden, daß dem Beklagten bei der eventuellen Aufrechnung kein materieller Nachteil entsteht. Es gelingt also nicht, den oben dargestellten Schluß mit der eventuellen Aufrechnungseinrede zu kritisieren.

c) Es wird vielleicht auch so widerlegt werden, daß das Aufrechnungsrecht wie die anderen Gestaltungsrechte durch die Rechtskraft und deswegen auch durch den § 279 präkludiert werden solle, wenn die Aufrechnungslage, ebenso wie die Gestaltungslage, bereits vor dem Schluß der letzten Verhandlung dieses Urteils vorlag. Die Verschiedenheit zwischen dem Aufrechnungsrecht und den anderen Gestaltungsrechten wird unten 5. dargestellt. Darum beschränke ich mich hier auf das folgende; erstens, wenn man bei dem hier behandelten Problem allein deswegen Schlüsse zieht, weil das Aufrechnungsrecht zu den Gestaltungsrechten gehört, dann sieht man sich der Kritik ausgesetzt, daß die angewendete Methode begriffsjuristisch ist. Zum anderen, daß man eine der wichtigsten Funktionen der Aufrechnung, also die Erfüllungsfunktion wie bei der Zahlung, ganz außer acht läßt. Folglich dürften sich daraus keine zutreffenden Folgerungen ziehen lassen.

Zweitens scheint es mir, daß man nur die Frage nach der zeitlichen Grenze der Rechtskraft betrachtet und das andere Problem der objektiven Grenze der Rechtskraft übersehen hat. Jenes ist aber nichts weiter als eine Teilfrage.

d) Damit ist festgestellt, daß wir den oben gezogenen Schluß — wenn wir uns auch

dessen weitere Nachprüfung vorbehalten — aufrechterhalten können. Der § 279 kann (der § 280 n. F. muß) auf diejenige Aufrechnungseinrede angewendet werden, vor der die materiellrechtliche Aufrechnungserklärung bereits vorher vollzogen ist. Im Gegensatz dazu kann vom § 279 (auch vom § 280 n.F.) nicht in bezug auf diejenige Aufrechnungseinrede Gebrauch gemacht werden, in der die materielle Aufrechnungserklärung und deren prozessuale Behauptung zugleich vorgebracht werden, weil der Beklagte durch den § 279 weder zur Zahlung noch zur Aufrechnung gezwungen werden darf.

5. a) Es besteht sicher kein Zweifel daran, daß man § 279 für die Einrede aus einem Gestaltungsrecht anwenden kann, die auf einem zuvor materiellrechtlich ausgeübten Gestaltungsrecht beruht. Darüber braucht man keine besonderen Ausführungen zu machen, außer daß sich diese Einrede in derselben Lage wie die einfache Aufrechnungseinrede befindet und die gleiche Funktion erfüllt. Im Gegensatz dazu ist es bei dem zusammengebundenen Vorbringen des Gestaltungsrechts und seiner prozessualen Behauptung nicht ganz so einfach. Diese Einrede wird wie folgt eingehend geprüft werden.

b) Der wichtigste Unterschied zwischen dem Aufrechnungsrecht und den übrigen Gestaltungsrechten liegt darin, daß das Aufrechnungsrecht sich auf den fremden Lebenssachverhalt bezieht, der mit dem von Kläger dargestellten Streitgegenstand nichts zu tun hat, bis der Beklagte materiellrechtlich aufgerechnet hat, während die anderen Gestaltungsrechte aus dem gleichen Grund entstehen, der in den durch den Kläger vorgebrachten Lebenssachverhalt fällt. Sie dienen zur nachträglichen Änderung oder Aufhebung des Rechtsverhältnisses, das in den meisten Fällen zu dem Streitgegenstand gehört oder sonst damit in engem Zusammenhang steht.

c) Die Bedeutung, den § 279 auf ein Angriffs- oder Verteidigungsmittel anzuwenden, liegt darin, wie wir bereits bei der Zahlungseinrede festgestellt haben, daß der Beklagte dadurch faktisch gezwungen wird, sein Angriffs- und Verteidigungsmittel rechtzeitig vorzubringen, da dessen Zurückweisung eine Präklusionswirkung hat und materiellrechtlichen Nachteil bringt, vor allem in der Prozeßbeschleunigung. Deswegen kann man durch § 279 den Parteien das rechtzeitige Vorbringen ihres Angriffs- und Verteidigungsmittels nicht aufzwingen, falls sie dann nach dem geltenden ganzen zivilrechtlichen Rechtssystem nicht gezwungen sind, wie etwa bei der oben erwähnten zusammengebundenen Aufrechnungseinrede. Wenn das geltende Recht, besonders das Zivilprozeßrecht jedoch die Partei nötigt, ihr Angriffs- und Verteidigungsmittel rechtzeitig,

d.h. bis zu einem bestimmten Zeitpunkt vorzubringen, dürfte diese Rechtslage für die Frage nach der Anwendbarkeit des § 279 relevant sein. Man könnte die Institution der Rechtskraft anführen, die auf die Parteien einwirkt, alle Angriffs- und Verteidigungsmittel rechtzeitig, also vor dem Schluß der letzten Verhandlung vorzubringen. Denn die Rechtskraft kann nicht nur das behauptete, sondern auch das nicht vorgebrachte Rechtsverhältnis ausschließen, somit werden die Parteien im letzten Fall praktisch gezwungen, ein Rechtsverhältnis rechtzeitig geltend zu machen⁷³⁾. Natürlich kann mit Ausnahme der Aufrechnungseinrede über die Einrede aus einem anderen Gestaltungsrecht nicht rechtskräftig entschieden werden. Wahrscheinlich aus diesem Grund wurden sie bisher nur unter dem Gesichtspunkt der zeitlichen Grenze der Rechtskraft betrachtet. Die Frage aber, in welchem Zusammenhang die übrigen Gestaltungsrechte mit der sich auf den Streitgegenstand beziehenden Rechtskraft stehen, ist sicher für unser Problem bedeutsam ; deshalb möchte ich mich hier mit dieser Frage eingehend beschäftigen.

Es besteht kein Zweifel, daß über den Streitgegenstand rechtskräftig entschieden wird. Also wird dem Kläger gewährleistet, daß sein durch das rechtskräftige Urteil festgestelltes Recht auf eine bestimmte Leistung oder seine festgestellte rechtlich Stellung — abgesehen von der Wiederaufnahme und der Verjährung — danach weder angegriffen werden wird noch verlorengeht. Für unsere Frage brauchen wir hier nicht das behauptete, sondern nur das nicht wahrgenommene Gestaltungsrecht zu berücksichtigen, denn es handelt sich um das nicht vorgebrachte Angriffs- und Verteidigungsmittel. Das nicht geltend gemachte Aufrechnungsrecht, mit anderen Worten die vorliegende, doch nicht aufgerechnete Gegenforderung, könnte zwar bei der Vollstreckungsklage ausgeschlossen werden⁷³⁾, aber sie gehört zu dem Rechtsverhältnis, das sich außerhalb der objektiven Grenze der Rechtskraft des ersten Prozesses befindet, darum kann sie durch dieses rechtskräftige Urteil nicht präkludiert werden. Da im Gegensatz dazu das andere Gestaltungsrecht den Zweck hat, das dem Antrag des Klägers oder dem Streitgegenstand zugrunde liegende Rechtsverhältnis zu ändern oder aufzuheben, müßte der Kläger sein durch das rechtskräftige Urteil festgelegtes Recht auf Leistung oder seine rechtliche Stellung verlieren, wenn man annähme, daß das Gestaltungsrecht auch nach dem des Klägers Recht rechtskräftig feststellenden Urteil ausgeübt werden kann. Deswegen muß man den Schluß ziehen, daß das andere Gestaltungsrecht durch das rechtskräftige Urteil ausgeschlossen wird. Jedoch ist es bisher unklar geblieben, wie man dies theoretisch formulieren kann. Gerade letzters hat Schwab aber behauptet, daß alles Vorbringen, das auf eine abweichende Darstellung oder Beurteilung des Prozeßstoffes abzielt, im

neuen Prozeß ausgeschlossen sein soll⁷⁴⁾. Dieser Gedanke der sogenannten relativen Rechtskraft dürfte für das hier behandelte Problem bedeutungsvoll sein. Es läßt sich dabei allerdings fragen, ob das noch nicht behauptete, aber geltend zu machende Gestaltungsrecht, bis auf das Aufrechnungsrecht, vor Schluß der letzten Verhandlung für das bereits bestehende Recht gehalten werden kann. Damit geht es nunmehr um die zeitliche Grenze der Rechtskraft, die imfolgenden erklärt wird.

d) Den Zusammenhang zwischen der zeitlichen Grenze der Rechtskraft und dem Gestaltungsrecht hat *Lent* wohl am eingehendsten dargestellt⁷⁵⁾. An *Lent* dürfte man die folgende Kritik von zwei Gesichtswinkeln aus üben⁷⁶⁾.

Erstens hat *Lent* erklärt, daß das Gestaltungsrecht vor dessen Ausübung nicht vorkomme und daher dessen Ausschließung vorher auch nicht denkbar sei⁷⁷⁾, d. h. er hat das Problem so angesehen, als ob es um ein physikalisches Dasein oder eine rein logische Frage ging, wie es bei *Lent* nicht selten gewesen ist. Jedoch ist diese Fragestellung m. E. falsch. Es handelt sich hies keineswegs um die Ausschließung des durch die Willenserklärung zustande gekommenen Gestaltungsrechts, sondern vielmehr um die Präklusion der Behauptung der Rechtslage, die durch die Ausübung des zwar noch nicht wahrgenommenen, doch auszuübenden Gestaltungsrechts entstehen wird, und die dadurch, also infolge der Aufhebung oder Änderung, zu der durch das rechtskräftige Urteil festgestellten Rechtslage des Klägers im Widerspruch stehen wird. Deshalb kann man die Frage dahin abwandeln, ob es durchführbar ist, faktisch die Ausübung des Gestaltungsrechts zu erzwingen, aber niemals so formulieren, ob das physikalisch zum Vorschein gekommene Gestaltungsrecht ausgeschlossen werden darf.

Zweitens hat *Lent* gemeint, wenn das Prozeßrecht zur Ausübung des Gestaltungsrechts nötigt, obwohl im materiellen Recht innerhalb einer gesetzlich bestimmten Frist freier Spielraum gegeben ist, dann bedeutet es nichts anderes als, daß der Prozeß die Bestimmungen des materiellen Rechts über die Ausübung der Gestaltungsrechte über den Haufen werfen solle. Ein solcher Schluß ließe sich nicht begründen⁷⁸⁾. Nun handelt es sich um die Frage der Interessenabwägung. Also man muß das Interesse, den Rechtsstreit möglichst gründlich und schnell zu erledigen, und das Interesse des Beklagten an der Überlegungsfrist für die Ausübung seines Gestaltungsrechts vergleichen⁷⁹⁾. Nach meiner Ansicht müssen zwei Rechtslagen in Betracht gezogen werden; einmal hat man zu beachten, daß ein Gestaltungsrecht unter bestimmten Voraussetzungen auch verwirkt werden kann. Daraus folgt, daß die Überlegungsfrist dem Beklagten nicht absolut garantiert ist. Außerdem muß man berücksichtigen, daß man durch den Prozeß oder die Rechtskraft

auch gezwungen ist, während des Prozesses das Zurückbehaltungsrecht auszuüben oder die Einrede des nichterfüllten Vertrages zu behaupten, für welche materiellrechtlich keine Frist festgesetzt ist. Zum anderen muß man berücksichtigen, daß es hier nicht um eine reine Wahl zwischen zwei Möglichkeiten geht, das Gestaltungsrecht auszuüben oder nicht. Vielmehr befindet sich der Beklagte von Anfang an in der Lage, als ob er seine Wahl getroffen hätte, auf die Ausübung seines Gestaltungsrechts zu verzichten. Der Beklagte, der sein Gestaltungsrecht geltend zu machen imstande ist, muß dies in den meisten Fällen wissen oder er müßte dies wissen, d.h. er muß demjenigen gleichgestellt werden, der davon Kenntnis hat. Die Rechtslage, daß ein solcher Beklagte, die seit Anfang bestehende Sachlage bewußt ausnutzend, überlegen kann, ob er sein Gestaltungsrecht ausüben wird oder nicht, muß m.E. bei der oben genannten Interessenabwägung eine große Rolle spielen.

Damit dürfte man zu dem Schluß kommen, daß man auf das Interesse, den Rechtsstreit möglichst gründlich und schnell zu erledigen, großen Wert legen muß. Die überwiegende Meinung, die die gleiche Folgerung gezogen hat⁸⁰⁾, muß aufrechterhalten werden.

Durch diese Erwägung ist auch festgestellt, daß das hier behandelte Problem nichts anderes als die Frage der relativen Rechtskraft ist. Es wird also dem Beklagten durch die relative Rechtskraft verwehrt, sein Gestaltungsrecht — außer dem Aufrechnungsrecht — später zu behaupten. Er muß praktisch den gleichen Nachteil über sich ergehen lassen, als ob das Gestaltungsrecht nicht vorhanden gewesen wäre.

e) Diese Ausschlußwirkung der relativen Rechtskraft kommt nun der des § 279 (§ 280 n.F.) nahe, denn beide bringen materiellrechtlichen Nachteil. Wenn der § 279 allerdings auf die Einrede angewendet werden kann, mit der der Beklagte die materiellrechtliche Ausübung seines Gestaltungsrechts und deren prozessuale Behauptung vorbringt, muß ihm der Überlegungszeitraum zwischen dem Zeitpunkt, nach welchem das Vorbringen des Angriffs- oder Verteidigungsmittels für zu spät angesehen und daher zurückgewiesen werden sollte, und dem Schluß der letzten Verhandlung, in welcher er überlegen kann, ob er sein Gestaltungsrecht ausüben wird, entzogen wird. Jedoch gibt es diese Erscheinung nicht nur bei dieser Einrede, sondern bei allen Einreden, auf die § 279 anwendbar ist, soweit sie durch die Rechtskraft präkludiert werden. Alle durch die relative Rechtskraft auszuschließenden Einreden, wie etwa Einrede des Zurückbehaltungsrechts, des nichterfüllten Vertrags, der Verjährung, des Mangels der Geschäftsfähigkeit, der Zahlung, der Stundung, des Verstoßes gegen Treu und Glauben usw., dürfen nicht bloß vor Schluß der letzten Verhandlung,

sondern müssen nach § 279 (§ 280 n.F.) davor rechtzeitig vorgebracht werden. Eine Partei kann deshalb im allgemeinen nicht lange überlegen, ihr Recht wahrzunehmen oder ihre Einrede zu behaupten. Vielmehr ist ihre Überlegungsfrist — unabhängig davon, ob sie gesetzlich geregelt ist oder nicht — praktisch begrenzt. Man muß erneut feststellen, daß gerade darin die Bedeutung des § 279 besteht.

Somit muß man den Schluß ziehen, daß der § 279 auch — aber anders als bei der zusammengebundenen Aufrechnungseinrede — auf die zusammengebundene Einrede des Gestaltungsrechts angewendet werden kann und muß.

6. Die oben dargestellten Ergebnisse kann man kurz zusammenfassen. Auf die Einrede, die durch die relative Rechtskraft ausgeschlossen wird, kann das Gericht den § 279 (muß es den § 280 n. F.) anwenden. Das gleiche gilt nicht nur für die einfache Einrede des vorher ausgeübten Gestaltungsrechts einschließlich der einfachen Aufrechnungseinrede, sondern auch für die zusammengebundene Einrede des Gestaltungsrechts, die zugleich dessen Ausübung und deren prozessuale Behauptung darstellt. Die einzige Ausnahme macht die zusammengebundene Aufrechnungseinrede. Auf sie ist der § 279 (und auch der § 280 n. F.) nicht anzuwenden, erstens weil der Beklagte nicht gezwungen ist, während des Prozesses aufzurechnen, wie er etwa auch nicht gezwungen ist, materiellrechtlich zu zahlen, zweitens weil seine nicht behauptete Gegenforderung durch die Rechtskraft des ersten Prozesses nicht präkludiert wird, auch wenn die Aufrechnungslage im Zusammenhang mit § 767 Abs. 2 das entscheidende Kriterium ist. Denn § 767 Abs. 2 bezieht sich nur auf die Vollstreckungsgegenklage und verbietet daher dem Beklagten nicht, seine noch geltend gemachte Gegenforderung später mit einer selbständigen Klage einzuklagen.

B. Nachprüfung meiner Ansicht

1. Gegen diese Ansicht sind folgende Kritiken vorzusehen :
2. Es könnte etwa eingewendet werden: wenn sich der § 279 auf die zusammengebundene Aufrechnungseinrede anwenden läßt, so kann das Gericht die Aufrechnungseinrede in dem Fall zurückweisen, wo es vermutet, der Beklagte habe wahrscheinlich in Wirklichkeit keine Gegenforderung und daher werde von seiner Seite her keine Klage erhoben werden und schließlich könne es dadurch den Rechtsstreit schneller erledigen. Jedoch wäre das nicht richtig. Erstens weil § 276 die Prozeßbeschleunigung bezweckt,

eine nicht rechtzeitig vorgebrachte Behauptung aus der Verhandlung auszuschneiden, ohne dabei zu fragen, ob die Behauptung begründet ist oder nicht. Diese Einwendung entspräche zudem der Meinung, daß der Richter nicht durch Beweisaufnahme, sondern bloß nach seinem Gefühl die Begründetheit der Behauptung beurteilen und sich danach entschließen darf, ob er von § 279 Gebrauch macht. Doch kann man diese Ansicht weder in Einklang mit dem Sinn und Zweck des § 279 bringen, sondern man muß sie für einen Mißbrauch der richterlichen freien Beweiswürdigung halten. Zweitens läßt es sich nicht beurteilen, ob der Beklagte, der seine zusammengebundene Aufrechnungseinrede verspätet vorbringt, keine Gegenforderung hat und damit nur die Prozeßverschleppung beabsichtigt. Es ist durchaus denkbar, daß der Beklagte bis zu einer späten Prozeßstufe materiellrechtlich nicht aufrechnen will, weil er ehrlich bis dahin gemeint hat, der Kläger werde unterliegen. In solchen Fällen kann man wohl dem Beklagten nicht vorwerfen, daß er vorher materiell nicht aufgerechnet und dadurch seine Schuld noch nicht getilgt hat. Der hier erwähnten Einwendung ist daher nicht zuzustimmen.

3. Man könnte auch argumentieren, wenn die Beweisaufnahme über die Gegenforderung nicht einfach ist, wird das Verfahren mehr verzögert als in dem Fall, daß der § 279 angewendet worden wäre. Daß diese Beweisaufnahme kompliziert ist, heißt aber, daß der Beklagte fast ohne Ausnahme seine Gegenforderung irgendwie geltend machen wird, da er so viele Chancen hat. Wenn aber seine zusammengebundene Aufrechnungseinrede nach § 279 zurückgewiesen wird, wird er seine Gegenforderung durch die Widerklage oder eine neue Klage durchsetzen. Der ganze Rechtsstreit läßt sich also nicht schneller erledigen, als wenn über die Gegenforderung zugleich im Vorprozeß verhandelt wird. Die Anwendung des § 279, die zu diesem Ergebnis führt, ist, wie oben gezeigt, unzweckmäßig⁹¹⁾. Deshalb ist es nicht mehr zu leugnen, daß das Gegenargument unhaltbar ist.

4. Es ist sicher, daß die Ergebnisse nach meiner Ansicht bei der einfachen und bei der zusammengebundenen Aufrechnungseinrede und insbesondere zwischen dem Fall, daß die Aufrechnung bereits während des Prozesses vollzogen ist, ihre prozessuale Behauptung aber verspätet vorgebracht wird, und dem Fall, daß die materielle Aufrechnungserklärung und ihre prozessuale Geltendmachung gleichzeitig vorgebracht werden, sehr unterschiedlich sind. Träte der zuletzt genannte Fall häufig ein, dann könnte diese Verschiedenheit untragbar sein. Jedoch ist dieser Fall in Wirklichkeit sehr selten. Wer während des Prozesses aufrechnen und das geltend machen will, versucht nicht getrennt, also nicht stufenweise zuerst materiell aufzurechnen und dann

prozessual dies zu behaupten, sondern pflegt beides zusammen zu behaupten^{81a)}. Auch der Fall, daß die Aufrechnungserklärung bereits vor Beginn des Prozesses vollzogen worden ist, aber deren prozessuale Behauptung verspätet vorgebracht wird, dürfte nicht oft vorkommen. Da die Aufrechnung die wechselseitige Tilgung zweier Forderungen zwischen dem späteren Kläger und dem späteren Beklagten ist, muß der Beklagte sofort erkennen, daß die Forderung, die er durch die Aufrechnung erfüllt hat, eingeklagt wird. In diesem Fall bringt der Beklagte sicher zuerst die Aufrechnungseinrede ebenso wie die Zahlungseinrede, wenn er früher schon gezahlt hat. Der Kläger muß auch selbst wissen, daß er eine Klage eben über die Forderung erhoben hat, gegen die der Beklagte bereits aufgerechnet hat. Es dürfte daher in dieser Sache gerade um die Wirkung der vorher vollzogenen Aufrechnung gehen und der Kläger muß, das Bestehen der Aufrechnungserklärung durch den Beklagten vorausgesetzt, die Unwirksamkeit der Aufrechnung behauptet haben. Es ist praktisch nicht vorstellbar, daß der Kläger eine Klage allein in der Hoffnung auf eine Gedächtnislücke des Beklagten einklagt.

5. Wir müssen auch den folgenden Fall erwägen, daß der Beklagte die zusammengebundene Aufrechnungseinrede vorbringt, obwohl er in Wirklichkeit keine Gegenforderung hat⁹²⁾. Nach meiner Meinung kann von § 279 auf diese Aufrechnungseinrede kein Gebrauch gemacht werden. Das Gericht muß daher über die Gegenforderung zugleich oder nach der Verhandlung über die Forderung des Klägers verhandeln und das wird dadurch verzögert. Jedoch muß man in diesem Fall wohl berücksichtigen, daß § 279 nicht anzuwenden ist, bedeutet nicht, daß auch von § 283 Abs. 2 nicht Gebrauch gemacht werden kann (nach dem Entwurf sind die §§ 277, 280 n. F. wohl nicht auf die Einredebehauptung, aber auf den Beweisantrag darüber anzuwenden). Wenn die zusammengebundene Aufrechnungseinrede in dem Zeitpunkt behauptet wird, in dem das allgemeine Verteidigungsmittel nach § 279 zurückgewiesen werden sollte, muß das Gericht besonders rücksichtsvoll von § 283 Abs. 2 Gebrauch machen. Außerdem dürfte der Beklagte, der ernsthaft das Bestehen seiner Gegenforderung nachweisen will, das schlagkräftigste Beweismittel vorbringen⁸³⁾, weil das Gericht vielleicht Zweifel an der Aufrechnungseinrede wegen des verspäteten Vorbringens, zwar nicht durch Beweisaufnahme, aber als durch die Verhandlung zutage geförderten Umstände, haben mag. Daher kann das Gericht, außer bei Anwendung des § 283 Abs. 2, die Beweisaufnahme über die Gegenforderung je nach den Umständen unterlassen. Daraus folgt, daß das Verfahren auch in dem oben genannten Fall nicht beträchtlich verzögert werden kann, sondern daß das vielmehr ein Zustand ist, den man in Kauf nehmen muß, soweit der § 279 dem Richter die Beweiswürdigung ohne

irgendeine Beweisaufnahme nicht erlaubt. Hierzu kommt nicht zuletzt die Möglichkeit eines Vorbehaltsurteils^{83a)}. Das Gericht kann ein Vorbehaltsurteil aussprechen, wenn es den Prozeß beschleunigt beenden will. Einerseits weil die Verhandlung über die Forderung des Klägers zur Entscheidung reif ist, andererseits etwa weil es wegen des verspäteten Vorbringens an der Begründetheit der Aufrechnungseinrede zweifelt, aber sich auch noch nicht entschließen kann, die Beweisaufnahme über die Gegenforderung zu unterlassen. Es liegt daher jetzt auf der Hand, daß der Schluß, der § 279 könne nicht auf die zusammengebundene Aufrechnungseinrede angewendet werden, keinen Schaden besonders für das Verlangen der Prozeßbeschleunigung bringen wird.

6. Am Ende muß man erwähnen, daß meine Ansicht im Gegensatz zu der heute überwiegenden Meinung steht, die die Anwendung des § 139 BGB auf die Aufrechnungseinrede annimmt⁸⁴⁾. Jedoch hege ich einige Zweifel an dieser Lehre.

Erstens ist es nicht deutlich, ob diese Lehre nur die Aufrechnungseinrede oder auch andere Gestaltungsrechte betrifft. Es scheint aber, daß sie wohl nur betreffs der Aufrechnungseinrede behauptet ist.

Warum sich der § 139 BGB allein auf die Aufrechnungseinrede und nicht auf die andere Einrede aus dem sonstigen Gestaltungsrecht anwenden läßt, ist zweifelhaft. Wenn die Anfechtung während und innerhalb des Prozesses mit ihrer prozessualen Behauptung zusammen abgegeben wird, dann bestehen zwischen den beiden sowohl die äußere Verbindung als auch die wirtschaftliche Einheit nach Inhalt und Zweck. Folglich kann man auch hier die Voraussetzungen für die Anwendung des § 139 BGB finden und es ist nicht vorstellbar, warum von dem Paragraphen nicht auf die Einrede aus dem anderen Gestaltungsrecht Gebrauch gemacht werden darf. Der Einwand gegen diese Kritik, daß die Aufrechnung im Prozeß einen Doppeltatbestand bildet, dürfte nicht begründet sein, weil der § 139 BGB nicht wegen des Doppeltatbestandes, sondern wegen zusammengesetzten einheitlichen Rechtsgeschäftes angewendet werden soll.

Zweitens wenn diese überwiegende Meinung sich allgemein auf die Behauptung des Gestaltungsrechts im Prozeß bezieht, dann muß die Institution des § 279 völlig vereitelt werden. Denn deren Funktion liegt darin, daß das zurückgewiesene Angriffs- und Verteidigungsmittel nicht mehr verwendet werden kann. Wie oben aber nachgeprüft, kann man keinen überzeugenden Grund dafür finden, daß die Gegenforderung trotz der Zurückweisung noch fortbestehen soll⁸⁵⁾. Außerdem nicht zuletzt darf man die problematische Sachlage in der Berufungsinstanz nicht übersehen; da nach dieser Lehre das Gestaltungsrecht trotz der Zurückweisung von dessen Einrede fortbestehen soll, kann und wird dieses Gestaltungsrecht einredeweise in der Berufungsbegrün-

derungsschrift geltend gemacht werden. Diese Beibringung darf aber keinesfalls für verspätet angesehen werden, weil deren Berücksichtigung zu einer Verzögerung der Erledigung des Rechtsstreits in der Berufungsinstanz nicht führt. Dann bedeutet das aber, daß die die Prozeßbeschleunigung bezweckte Anwendung des § 279 regelmäßig im Ergebnis die Verzögerung dieses Prozesses herbeiführt. Diese unvermeidbare Konsequenz ist nicht zu ertragen und daher dürfte man jetzt anerkennen, daß die Anwendung des § 139 BGB in dem Fall kein günstiges Ergebnis bringt.

C. Die Bedeutung dieses Aufsatzes

1. Nach den bisherigen Meinungen kann der § 279 (§ 280 n. F.) auf die Aufrechnungseinrede angewendet werden, deren materielle Aufrechnungserklärung sei es bereits vorher, sei es zugleich mit der prozessualen Behauptung abgegeben wird, und trotz der Zurückweisung der Aufrechnungseinrede solle die Gegenforderung fortbestehen. Diese Konsequenz ist, insofern es um die Aufrechnungseinrede geht, besonders für die Stellungnahme des neuen Entwurfs sehr gewichtig, weil dieser gerade bestimmen will, daß die Zurückweisung nach § 280 n. F. einen materiellen Nachteil bringen soll, und eben darauf entscheidendes Gewicht legt, um die Prozeßbeschleunigung zu realisieren. Im Gegensatz dazu wird sich die Wirksamkeit der Institution des § 280 n. F. nach meiner Ansicht nicht so sehr verlieren, denn das Aufrechnungsrecht, das vor dessen prozessualer Behauptung vollzogen worden ist, kann nach der Zurückweisung der Aufrechnungseinrede nicht mehr verwendet werden. Aber es ist andererseits auch nicht zu leugnen, daß der § 280 n. F. meiner Meinung nach betreffs der zusammengebundenen Aufrechnungseinrede begrenzt ausgelegt werden muß.

Es wäre darum wünschenswert, daß man dieses Problem schon bei der Gesetzgebungsarbeit überlegt und dazu Stellung nimmt. Ich finde es durchaus richtig, daß der Entwurf versucht, die Institution des § 279 zu reformieren und unterstütze daher die neue Bestimmung des § 280 n. F. usw. Dies vorausgesetzt, möchte ich vorschlagen, ebenso wie man eine besondere Regel über die Aufrechnungseinrede in der zweiten Instanz aufgestellt hat, vielleicht als § 280 Abs. 4 klar zu bestimmen, daß die Behauptung der zusammengebundenen Aufrechnungseinrede nicht als verspätetes Verteidigungsmittel zurückgewiesen werden darf, daß aber ein nachträglicher Beweis-antrag darüber zurückgewiesen werden kann. Es wird dadurch zugleich dann Stellung genommen werden, daß das Vorbringen des anderen Gestaltungsrechts sowohl betreffs des § 280 n. F. als auch des § 767 Abs. 2 präkludiert werden kann und muß.

2. Die zusammengebundene Aufrechnungseinrede, die ich im Gegensatz zu der mit der Zahlungseinrede gleichzustellenden einfachen Aufrechnungseinrede für die typische Aufrechnungseinrede halte, muß nach meiner Meinung in bezug auf § 279 und § 767 Abs. 2 verschieden gegenüber der Einrede der anderen Gestaltungsrechte behandelt werden. Bei der Aufrechnungseinrede gibt es mehrere Besonderheiten, wie etwa die Rechtskraft (§ 322 Abs. 2), die Zulässigkeit der eventuellen Einrede, das Vorbehaltsurteil (§ 302), das grundsätzliche Verbot des neuen Vorbringens in der zweiten Instanz (§ 509 Abs. 5), die Unterbrechung der Verjährung (§§ 209 Abs. 2, 3, 215 BGB) oder das Problem, ob die Einrede der Rechtshängigkeit auch dabei anzuerkennen ist usw.⁸⁶⁾. Man dürfte deshalb vielleicht erwarten, daß dieser Aufsatz einen neuen Gesichtspunkt für die eingehende und umfangreiche Untersuchung der Aufrechnungseinrede ergeben wird.

3. Dieser Aufsatz dürfte nicht zuletzt auch dazu dienen, die folgende Warnung vor den bisherigen Meinungstendenzen auszusprechen. Es ist gewiß sehr gefährlich, wenn man die wissenschaftliche Diskussion besonders im Bereich des Zivilprozesses führt, ohne dabei deren konkrete Ergebnisse, ohne die Praktikabilität der Schlüsse nachzuprüfen und schließlich ohne nachzudenken, ob man den Zweck der Diskussion richtig gesetzt hat. Die Frage der Rechtsnatur der Aufrechnung im Prozeß ist zwar wichtig, aber sie ist nur insoweit von Bedeutung, um die Rechtsprobleme wie etwa die anzuwendende Vorschrift, den Bereich der unmittelbaren Wirkung usw. zusammenfassend auszudrücken.

Darüber hinaus darf sie keine große Rolle spielen. Wenn man bei der Untersuchung des Problems um die Aufrechnung und die Aufrechnungseinrede immer von der Rechtsnaturlehre ausgeht und auch am Ende damit zufrieden ist, daß man die bestimmte Lehre, die man für richtig hält, gegen irgendeinen Einwand gut verteidigen konnte, dann ist diese Diskussion nicht richtig. Die Disputanten, die dieses hier behandelte Problem um das Verhältnis zwischen der Aufrechnungseinrede und dem § 279 erwogen haben, können sich nicht von der Kritik befreien, daß sie schließlich die Praktikabilität ihrer Diskussion völlig außer acht gelassen und sich in dem Zweck ihres Disputs geirrt haben. Niemand außer *Schwab*⁸⁷⁾ hat sogar erwähnt, daß das Problem um den § 279 unter dem geltenden Recht praktisch fast ohne Bedeutung ist.

Und um so viel weniger gewollt, zu untersuchen, welche Funktion die Institution des § 279 ausüben soll, oder welcher konkrete Vor- und Nachteil in der Praxis von dem selbst gezogenen Schluß her gebracht werden muß. Diese Neigung muß allerdings unverzüglich beseitigt werden.

4. Die Gegenforderung, die dem öffentlichen Recht angehört oder die mit einer Schiedseinrede behaftet ist, ist in diesem Aufsatz nicht erwähnt, weil die Situationen der beiden Probleme verschieden sind.

70) Schwab, a.a.O., S. 945 ff.

71) Schwab, a.a.O., S. 949 f.

72) Die Institution des § 279 und diejenige der Rechtskraft haben in dem hier gezeigten Sinn einen gemeinsamen Zweck, aber es gibt zwischen den beiden auch einen kleinen Unterschied. Dieser wird unten bei e) dargestellt.

73) Dazu vgl. z.B. Rosenberg-Schwab, a.a.O., S. 809 f.

74) Vgl. Anm. 67.

75) Lent, Ausübung von Gestaltungsrechten nach einem Prozeß, DR 1942, 868 ff.

76) Um Mißverständnisse zu vermeiden, möchte ich aufmerksam machen, daß es hier nicht um das Aufrechnungsrecht, sondern um die sonstigen Gestaltungsrechte geht.

77) Lent, a.a.O., S. 869.

78) Lent, a.a.O., S. 870 f.

79) Lent, hat zwar auch den Interessenausgleich vorgenommen (Lent, a.a.O., S. 871), aber er hat das erste Interesse an Prozeßkonzentration fast übersehen.

80) Rosenberg-Schwab, S. 810; Mohrbutter, Handbuch des gesamten Vollstreckungs- und Insolvenzrechts, 1965, S. 88 und vgl. dort die zitierte Rechtsprechung und Literatur. Hinsichtlich des Anfechtungsrechts und des Rücktrittsrechts kommt die japanische Literatur auch zu demselben Ergebnis, jedoch ohne Lents Kritik zu erwähnen. Sie lehnt im Gegensatz dazu die Anwendbarkeit des § 767 auf das Aufrechnungsrecht ab. Vgl. Kikui, Minsoho (ZPR) 2, 1950, S. 103; Mikazuki, Minsoho 1959, S. 32; Koyama, Minsoho, 1968, S. 350; Saito, Minsoho, 1969, S. 390 (dabei ist beachtenswert, daß Koyama den Unterschied zwischen—von mir genannten—der einfachen Aufrechnungseinrede und der zusammengebundenen macht.).

81) S. oben III 5 c, 6 und 7.

81a) Dabei ist zu bemerken, daß das hier behandelte Problem nicht mit der Frage zu tun hat, ob und wann die materiellrechtliche Aufrechnungserklärung, die während des Ausbleibens des Klägers im Termin in der Form der zusammengebundenen Aufrechnungseinrede abgegeben worden ist, als dem Kläger zugegangen angesehen wird. Und zwar kann man m.E. wohl annehmen, daß diese Aufrechnungserklärung trotz des Ausbleibens des Klägers bereits in dem Termin als zugegangen gilt. (s. Näheres meine Buchbesprechung von *Arens'* Habilitationsschrift (Hokkaigakuen - Hogakukenyu, Bd. 6, S. 207f.)).

82) Vgl. darüber, daß der § 279 keinesfalls auf die Ausschließung dieser grundlosen Aufrechnungseinrede abzielt, oben IV B 2.

83) Vgl. dazu auch Rosenberg - Schwab, a.a.O., S. 595.

83a) Es fehlt in der japanischen ZPO an dem Vorbehaltsurteil. Es wäre wünschenswert erneut zu prüfen, ob diese Institution in Japan eingeführt werden soll.

- 84) Vgl. oben I 1.
 85) Vgl. oben II.
 86) BGH 33, 236 (240 ff.) hat geäußert, daß sich die Nichtberücksichtigung nach dem § 279a nicht auf die Aufrechnungseinrede bezieht. S. auch Rosenberg-Schwab, a.a.O., S. 332.
 87) Schwab, a.a.O. (Bemerkung zur Prozeßaufrechnung), S. 940.

V. Zusammenfassung der Ergebnisse

1. Auf die zusammengebundene Aufrechnungseinrede an sich, d. h. die Aufrechnungseinrede, die in der Form behauptet wird, daß der Beklagte zugleich sowohl die materielle Aufrechnungserklärung als auch deren prozessuale Behauptung vorbringt, kann der § 279 (§ 280 n. F.) nicht angewendet werden. Aber auf einen Beweisantrag darüber kann von § 283 Abs. 2 (muß von § 280 n. F.) Gebrauch gemacht werden.
2. Ist die materielle Aufrechnungserklärung bereits vor dem Prozeß abgegeben worden, wird die Aufrechnungseinrede, die diese Tatsache behauptet, in den meisten Fällen rechtzeitig vorgebracht. Wenn aber diese (einfache) Aufrechnungseinrede verspätet geltend gemacht wird, kann sie nach § 279 (muß sie nach § 280 n. F.) zurückgewiesen werden.
 Der Fall, daß während des Prozesses die materielle Aufrechnungserklärung schon außerhalb des Prozesses abgegeben worden ist, aber erst danach dies im Prozeß behauptet wird, ist eigentlich sehr selten. Wenn aber dieses Vorbringen verspätet ist, kann ebenso darauf der § 279 (muß der § 280 n. F.) angewendet werden.
3. Im Gegensatz dazu kann bei § 279 (muß bei § 280 n. F.) von der Einrede der übrigen Gestaltungsrechte, d. h. ausschließlich des Aufrechnungsrechts, immer Gebrauch gemacht werden, ohne wie bei der Aufrechnungseinrede unterscheiden zu müssen.
4. Das Problem um den § 767 Abs. 2 muß erneut und eingehend im Zusammenhang mit dem § 279 (§ 280 n. F.) und der sogenannten relativen Rechtskraft untersucht werden. Jedoch kann man sicher bereits folgenden Schluß ziehen; bei dem Aufrechnungsrecht muß der Zeitpunkt, in dem die Aufrechnungserklärung abgegeben worden ist, und bei den anderen Gestaltungsrechten muß der Zeitpunkt, in dem sich das Gestaltungsrecht ausüben läßt, maßgebend betrachtet werden.

(den 30. Nov. 1970)