



Title	Die rechtzeitige Beibringung der Aufrechnungseinrede (1)
Author(s)	KASHIWAGI, Kuniyoshi; 柏木, 邦良
Description	論説
Citation	北大法学論集, 21(4), 237-215
Issue Date	1971-03
Doc URL	<a href="https://hdl.handle.net/2115/27915">https://hdl.handle.net/2115/27915</a>
Type	departmental bulletin paper
File Information	21(4)_P237-215.pdf



# Die rechtzeitige Beibringung der Aufrechnungseinrede\* (1)

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 diesem 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。したがってこの問題に関する日本側の文献で西ドイツのそれに拠って書かれたものは全く引用しない。なお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」という趣旨の規定である。

## I. Die Situation des Problems

1. Über die Frage nach der materiellrechtlichen Wirkung der Aufrechnung, wenn die Aufrechnungseinrede nach § 279 ZPO wegen verspäteten Vorbringens zurückgewiesen worden ist, haben bereits viele Zivilprozessualisten sehr verschiedene Vorschläge — ausgehend von *Nikisch* und hauptsächlich von dem Gesichtspunkt der Lehre über die Natur der Aufrechnung im Prozeß — unterbreitet. *Henckel* versucht das BGB ergänzend auszulegen<sup>1)</sup> und behauptet, daß die materiellrechtliche Aufrechnung trotz deren Vollzug unwirksam werde, wenn die Aufrechnungseinrede nach § 279 ZPO zurückgewiesen worden ist. Seinen Ausführungen hat sich *Blomeyer* angeschlossen<sup>2)</sup>. *Habscheid* nimmt statt der Unwirksamkeit der Aufrechnung Bereicherungsanspruch an<sup>3)</sup> und *Grunsky* räumt die Vollstreckungsklage ein<sup>4)</sup>. *Schwab* schlägt vor, daß die materiellrechtliche Aufrechnung kraft analoger Anwendung des § 139 BGB unwirksam werde, wenn die Aufrechnungseinrede nach § 279 ZPO zurückgewiesen worden ist<sup>5)</sup>. Dieser Meinung haben sich *Lüke*<sup>6)</sup> und neuerdings *Arens*<sup>7)</sup> angeschlossen.

Unter den hier genannten Meinungen kann *Schwabs* Lehre als die überwiegende bezeichnet werden<sup>8)</sup>. Jedoch scheint es mir, daß diese Kontroverse noch nicht bald zu Ende kommen wird<sup>9)</sup>.

2. Trotz der Vielfältigkeit der Meinungen bestehen drei gemeinsame Tendenzen:

- a) Die Anwendbarkeit des § 279 auf die Aufrechnungseinrede vorausgesetzt, will niemand solchen Schluß ziehen, daß der Beklagte seine Gegenforderung einbüßen solle. Im Gegenteil gestattet jeder dem Beklagten, seine Gegenforderung<sup>10)</sup> oder statt deren eine gleichzustellende andere Forderung<sup>11)</sup> im Prozeß zu behaupten.
- b) In fast allen Aufsätzen wird nicht geprüft, was für Probleme auftauchen, wenn der Beklagte seine nicht erloschene Gegenforderung nach dem Prozeß gegen den Kläger gestellt — insbesondere durch Klage — geltend macht<sup>12)</sup>. Ebenfalls wird nicht überprüft, was geschieht, wenn der Beklagte, der leicht während des Prozesses wegen des Unterbleibens der Beweisaufnahme über die Gegenforderung voraussehen kann, daß seine Aufrechnungseinrede nach dem § 279 ZPO zurückgewiesen werden wird, und unter den Umständen<sup>13)</sup> nachdem er seine Aufrechnungseinrede widerrufen hat, diese Gegenforderung mit der Widerklage geltend macht.

c) Dementsprechend hat niemand das von ihm gefundene Ergebnis mit Sinn und Zweck des § 279 ZPO verglichen<sup>14)</sup>. Der Sinn des § 279 ZPO liegt darin, der prozessualen Gerechtigkeit vor der materiellen den Vorrang zu geben. Mit anderen Worten bedeutet die Vorschrift, daß derjenige ertragen muß, sein Recht auch materiellrechtlich so gut wie zu verlieren, dessen Behauptung auf Grund der Beschleunigung des Prozesses zurückgewiesen wird. Dem Beklagten hat man dennoch bedingungslos sein Recht gewahrt und ihm infolgedessen vorbehalten, sein materielles Recht in demselben oder einem anderen Prozeß zu behaupten. Jedoch ist die Frage, ob das Ergebnis überhaupt mit dem Sinn oder der Funktion des § 279 ZPO vereinbar ist, gar nicht geklärt.

3. Durch die oben gezeigten, aber bisher kaum hervorgehobenen Hinweise müßte man erkennen, daß die Lehrmeinungen das Problem nur zur Hälfte erörtert haben. Der Grund dafür liegt klar auf der Hand; man hat die Frage allein von dem Gesichtspunkt des Streits über die Natur der Aufrechnungserklärung diskutiert und war daher immer damit zufrieden, daß die materiellrechtliche Theorie gegen *Nikischs* Angriff verteidigt werden konnte. Gerade deswegen muß man dieses Problem aus anderem Gesichtswinkel, besonders aus dem Zweck des Instituts des § 279 und aus der Funktion der Aufrechnung und der Aufrechnungseinrede gründlich untersuchen.

4. Die Frage nach dem rechtzeitigen Vorbringen war bisher nur theoretisch von Bedeutung, weil § 279 in der Praxis kaum angewendet wurde<sup>15)</sup>. Jedoch hat die Frage gerade in jüngster Zeit große Bedeutung erlangt, da der zur Beschleunigung des Zivilprozesses ausgearbeitete Entwurf eines Gesetzes zur Änderung der Zivilprozeßordnung, dessen Schwerpunkt in der Einrichtung der Zurückweisung des zu spät im Prozeß beigebrachten Angriffs- und Verteidigungsmittels und auch in der grundsätzlichen Abschaffung des Novenrechts in der zweiten Instanz liegt, dem Bundesrat am 6. Februar 1970 zugeleitet worden ist.<sup>16)</sup>

Danach ist dem Beklagten bei der Klageerwiderungsfrist<sup>17)</sup> und im allgemeinen<sup>18)</sup> wird von den Parteien verlangt, die Angriffs- und Verteidigungsmittel rechtzeitig vorzubringen. Für den Fall, daß dieses Verlangen nicht erfüllt wird, ist bestimmt:

§ 280 Abs. I: Angriffs- oder Verteidigungsmittel, die entgegen § 261a Abs. 1 Satz 2, § 274 Abs. 2 Nr. 1, §§ 275 bis 277 nicht rechtzeitig vorgebracht werden und deren Zulassung die Erledigung des Rechtsstreits verzögern würden, sind nur zuzulassen, wenn die Partei dartut, daß die Verspätung weder auf

der Absicht, den Prozeß zu verschleppen, noch auf grober Nachlässigkeit beruht.

Es ist also dem Richter nicht mehr freigestellt, sondern er ist jetzt gezwungen, den § 280 Abs. 1 anzuwenden und die nicht rechtzeitig vorgebrachten Angriffs- und Verteidigungsmittel zurückzuweisen. Außerdem wird das Novenrecht in der zweiten Instanz stark beschränkt.<sup>19)</sup>

Man wird ohne weiteres verstehen, daß der § 280 in der neuen Fassung (§ 280 n. F.) jetzt große mit dem bisherigen § 279 nicht mehr vergleichbare Bedeutung erlangt hat und im zukünftigen Zivilprozeß eine sehr wichtige Rolle spielen wird.

Es ist zugleich auch deutlich geworden, daß die Untersuchung des Problems um so dringender ist, in welchem Zusammenhang die Aufrechnungseinrede mit dem § 279 (§ 280 n. F.) steht, mit anderen Worten, ob und in welchem Fall der § 279 (§ 280 n. F.) auf die Aufrechnungseinrede angewendet werden kann.

- 1) Henckel, Materielle rechtliche Folgen der unzulässigen Prozeßaufrechnung, ZJP 74, 165, S. 176, 181, 183 f. Nach seiner Ansicht gibt es im BGB eine Gesetzeslücke, daß das BGB keine Liquidität der Gegenforderung als Voraussetzung des Vollzugs des Aufrechnungsrechts verlange, das BGB daher dem Beklagten seine Gegenforderung nehme, wenn die Liquidität nicht erwiesen werden konnte.
- 2) Blomeyer, Zivilprozeßrecht, 1963, S. 289.
- 3) Habscheid, Über die Rechtsfolgen der fehlgeschlagenen Prozeßaufrechnung, ZJP 76, 371, S. 376 ff. Er hat geäußert, daß die Aufrechnung zwar in dem Fall der Zurückweisung wirksam ist, aber dem Beklagten bleibe die Möglichkeit offen, seinen Bereicherungsanspruch nach § 812 Abs. 1 S. 2, 2 einzuklagen, weil der mit seiner Aufrechnungseinrede bezweckte Erfolg, im Prozeß berücksichtigt zu werden, nicht eintrete.
- 4) Grunsky, Die unzulässige Prozeßaufrechnung, JZ 1965, 391, S. 395 ff. Er meint, daß die Gegenforderung in dem Fall nicht zum Streitgegenstand gehöre, weshalb über sie auch nicht rechtskräftig entschieden sei. Es bleibe dem Beklagten unbenommen, die Gegenforderung durch Vollstreckungsgegenklage einzuwenden.
- 5) Schwab, Bemerkungen zur Prozeßaufrechnung, Festschrift für Nipperdey, S. 939, 951 ff.
- 6) Lüke, Jus 1965, 483.
- 7) Arens, Willensmängel bei Parteihandlungen im Zivilprozeß, 1968, S. 190 f. (Vgl. auch meine Buchbesprechung, Hokkaido-Gakuen-Hogakuenkyu 6, 181 ff.)
- 8) Gegen Schwab; Grunsky, a. a. O., S. 399 Anm. 71 (dagegen Arens, a. a. O., S. 191), Stein-Jonas-Pohle, ZPO § 145 IV 26.

- 9) Gegen Henckel (Blomeyer); Grunsky, a. a. O., S. 393; Habscheid, a. a. O., S. 374; Schwab, a. a. O., S. 951 mit Anm. 25; Arens, a. a. O., S. 189.  
Gegen Habscheid; Grunsky, a. a. O., S. 394; Arens, a. a. O., S. 189.  
Gegen Grunsky; Arens, a. a. O., S. 189 f.  
BGH 16, 124 (140) wird oft so zitiert, als ob BGH als ratio decidendi angesehen habe, daß der Beklagte trotz der Zurückweisung seiner Aufrechnungseinrede seine Gegenforderung nicht verliert. Ich hege aber darüber Zweifel, weil die Sache, die vom BGH behandelt wurde, nicht mit § 279 zu tun hat. Es ist mir unverständlich, daß irgendein rechtlicher Gedanke, den das Gericht zufällig erwähnt, obwohl es die Sache entscheiden kann, ohne ihn zu erwähnen, als feste Rechtsprechung angesehen wird.
- 10) Schwab, Lüke, Arens, Henckel und Blomeyer stimmen in dem Ergebnis vollkommen überein, daß die materiellrechtliche Wirkung der Aufrechnung nicht eintritt, d.h. die Gegenforderung immer noch fortbesteht.
- 11) Vgl. Anm. 3 und 4.
- 12) Grunsky (a. a. O., S. 399), Habscheid (a. a. O., S. 379) und Arens (a. a. O., S. 190) haben das zwar kurz erwähnt, aber dieses für die Praxis sehr bedeutungsvolle Problem nicht eingehend behandelt.
- 13) Besonders wenn man annimmt, daß die Erhebung Aufrechnungseinrede auch die Wirkung der Rechtshängigkeit, also die Rechtshängigkeitseinrede herbeiführt. Näheres vgl. unten III 9 und 3.
- 14) Vgl. z.B. Henckel, a. a. O., S. 184 ff.; Habscheid, a. a. O., S. 376 ff.; Grunsky, a. a. O., S. 399; Arens, a. a. O., S. 189 f.
- 15) Schwab hat das erwähnt (Schwab, a. a. O., S. 940).
- 16) Dazu vgl. die Begründung des Entwurfs, S. 1, 3 ff., 10 ff., 15 ff., 28 ff. und 39 ff., und auch meinen Bericht darüber, Jurist, 449, 98 ff. (in JAPAN).
- 17) § 276 Abs. 2: In der Klageerwiderung hat der Beklagte seine Verteidigungsmittel vorzubringen, soweit es bei sorgfältiger und auf Förderung des Verfahrens bedachter Prozeßführung nach der Prozeßlage von ihm erwartet werden muß.
- 18) § 277: Jede Partei hat in der mündlichen Verhandlung ihre Angriffs- und Verteidigungsmittel, insbesondere Behauptungen, Bestreiten, Einwendungen, Einreden, Beweismittel und Beweiseinreden, so zeitig vorzubringen, wie es bei sorgfältiger und auf Förderung des Verfahrens bedachter Prozeßführung nach der Prozeßlage von ihr erwartet werden muß.
- 19) § 527 Abs. 1: Neue Angriffs- oder Verteidigungsmittel, die entgegen § 261a Abs. 1 Satz 2, § 274 Abs. 2 Nr. 1, §§ 275 bis 278 im ersten Rechtszug nicht vorgebracht worden sind, sind nur zuzulassen, wenn die Partei die Verspätung genügend entschuldigt. Der Entschuldigungsgrund ist auf Verlangen des Gerichts glaubhaft zu machen.  
Abs. 2: Angriffs- und Verteidigungsmittel, die im ersten Rechtszug zurecht nicht zugelassen worden sind, sind ausgeschlossen.

## II. Das schutzwürdige Interesse des Beklagten

1. Da nach dem geltenden Gesetz der Beklagte die Aufrechnung einredeweise geltend machen kann, betrachtet man sie, und zwar mit Recht, als ein Verteidigungsmittel. Aus diesem Grund bezweifelt niemand, jedoch ohne das gründlich zu untersuchen,<sup>20)</sup> daß von § 279 gegenüber der Aufrechnungseinrede Gebrauch gemacht werden kann. Die Anwendbarkeit vorausgesetzt, sehen die Meinungen<sup>21)</sup> ein schutzwürdiges Interesse des Beklagten in dem Fall, daß der § 279 angewendet worden ist, und nehmen den wirksamen Fortbestand seiner Gegenforderung an. Es besteht heute darin keine Diakrepanz mehr zwischen der materiellrechtlichen Theorie und der prozessualen Lehre. Dennoch ist nicht genügend geklärt, worin das schutzwürdige Interesse des Beklagten liegt.<sup>22)</sup>

2. Als Grund, warum die Gegenforderung immer noch fortbestehen soll, wird von jeher behauptet, daß der Zweck des Verfahrensrechts in der Verwirklichung des materiellen Rechts besteht und darum die verfahrensrechtliche Theorie dessen Verwirklichung nicht stören darf. *Oertmann* stellt diese Meinung dort dar, wo er den Gesetzgebungsgrund des § 529 erklärt.<sup>23)</sup> Wenn die sich auf privatrechtlich vollzogene Aufrechnung beruhende Aufrechnungseinrede in der zweiten Instanz endgültig zurückgewiesen würde, ohne ein Vorbehaltsurteil auszusprechen, so hätte die endgültige Zurückweisung in der zweiten Instanz einen sehr starken Einbruch in das materielle Aufrechnungsrecht dargestellt und hätte auch die endgültige Anerkennung von privatrechtlich nicht mehr bestehenden Ansprüchen notwendig gemacht.<sup>24)</sup> Derselbe Gedanke scheint sich hinter *Henckels* Argumentation zu verstecken, wenn er mit der Darlegung von *Oertmann* Ernst macht und unter deren Voraussetzung einen Fehler in der Regelung des BGB erblickt, daß das BGB das Erfordernis der Liquidität nicht als materiellrechtlich relevant ansehe und schließlich verlangt, daß das BGB ergänzend ausgelegt werden solle.<sup>25)</sup> Außerdem findet man auch die gleiche Meinung bei *Arens*, wenn er das Problem um Willensmängel bei Anerkenntnis und Verzicht behandelt. Er will daraus den Schluß ziehen, daß die schnelle Beendigung des Prozesses niemals Selbstzweck sein könne und der eigentliche Zweck des Prozesses die Bewehrung des objektiven Rechts sei.<sup>26)</sup>

Es geht hier um die Grundfrage nach dem Zweck des Zivilprozesses oder nach dem Fehlurteil, die ich hier nicht eingehend prüfen kann.<sup>26a)</sup> Daher beschränke ich mich darauf, folgendes zu erwähnen:

Zuerst hat man ja zu beachten, daß man den Zweck des Zivilprozesses grundsätz-

lich nicht heranziehen darf, um eine einzelne prozessuale Frage zu lösen. Der Zweck des Prozesses kann, wie *Gaul* gezeigt hat,<sup>27)</sup> nur für die zentrale Frage eine Rolle spielen, wie etwa die Rechtskraft des Urteils oder die Wiederaufnahme. Es wäre gefährlich, das Problem hier allein vom Gesichtspunkt der jeweiligen Stellungnahme zu dem Zweck des Prozesses zu lösen.

Zweitens muß auch darauf hingewiesen werden, daß der Gedanke sich nur in dem Fall rechtfertigen läßt, wenn die zurückgewiesene Einrede die wahre Behauptung ist. Freilich könnte es aber nicht immer so sein. Übrigens hat die Einrichtung der Zurückweisung nichts mit der Richtigkeit der Behauptung, sondern nur mit deren Rechtzeitigkeit zu tun.

Und schließlich, auch wenn die gegenüberstehenden Forderungen bestehen, ist diese Fragestellung nicht richtig. Einerseits ist das Problem des richtigen Urteils vielmehr die Aufgabe eines einzelnen Prozesses. Andererseits ist eher das Prozeßbeschleunigungsproblem die Frage der Prozeßinstitution als ganzer oder des Prozesses als Massenerscheinung. Es ist klar, daß solch ein Prozeß in Wirklichkeit nicht durchzuführen ist, in dem sich zwar ein richtiges Urteil erlangen läßt, der aber erst mit äußerst viel Zeit und Mühe geführt werden kann. Die beiden Anforderungen an den Prozeß müssen in Einklang gebracht werden. Nicht zuletzt muß man berücksichtigen, daß aus diesem Grund die Einrichtung der Zurückweisung langsam ihre Bedeutung geändert hat.<sup>28)</sup>

Damit ist es klar geworden, daß man nicht immer dem Bedürfnis nach dem richtigen Urteil vor dem mit Prozeßbeschleunigung den Vorrang geben kann. Das muß besonders unter dem neuen auf die Beschleunigung großen Wert legenden Entwurf gelten. Es gelingt daher nicht, das schutzwürdige Interesse des Beklagten an dem Fortbestehen seiner Gegenforderung mit dem Verlangen nach dem richtigen Urteil zu begründen.

3. a) Das Problem der als verspätet zurückgewiesenen Aufrechnungseinrede ist — wie allgemein bekannt — auf *Nikischs* Anlaß<sup>29)</sup> vom Meinungsstreit um die Natur der Aufrechnungserklärung im Prozeß ausgeführt worden. Während der Beklagte nach der prozeßrechtlichen Lehre seine Gegenforderung nicht verliert, wird er nach der materiellrechtlichen Theorie durch das die Aufrechnungseinrede nicht berücksichtigende Urteil verurteilt und muß außerdem seine Gegenforderung opfern. Das Ergebnis nach der materiellrechtlichen Theorie scheint wohl untragbar zu sein. Deshalb wollte man diese unbefriedigende Konsequenz im Vergleich mit den beiden Meinungen, insbesondere von der Seite der materiellrechtlichen Theorie her überwinden. Man hat zuerst die Überlegenheit der prozeßrechtlichen Theorie voraus-

gesetzt,<sup>30)</sup> und zu beweisen versucht, daß man auch auf dem Weg der materiellrechtlichen Lehre zu demselben Ziel kommen kann.<sup>31)</sup> Ist aber die Lösung des hier behandelten Problems wirklich von der Meinungsverschiedenheit über die Aufrechnungsnatur abhängig? Ist die prozeßrechtliche Theorie tatsächlich deswegen vorzuziehen, weil sie die Gegenforderung weiterbestehen lassen kann? Mir scheint das zweifelhaft.

b) Nach meiner Meinung hätte man zuerst darauf achten müssen, welchen Zweck und welche Funktion das Institut des § 279 haben sollte. Es ist die allgemeine Schwäche der bisherigen Diskussion,<sup>32)</sup> das vernachlässigt zu haben. Nach § 252 CPO, aus dem der heutige § 279 hervorgeht, sollte die Zurückweisung des Verteidigungsmittels des Beklagten niemals den materiellrechtlichen Nachteil, sondern höchstens den Verlust des Instanzinteresses bringen. Das Verteidigungsmittel sollte nur in der ersten Instanz nicht berücksichtigt werden.<sup>33)</sup> Bei der Änderung der CPO im Jahre 1898 ist der § 252 CPO unverändert geblieben (§ 279 ZPO in 1898) und der § 491 CPO grundsätzlich beibehalten worden (§ 529 Abs. 1 ZPO). Die Aufrechnungseinrede kann auch danach in der zweiten Instanz unabhängig vom § 279<sup>34)</sup> zurückgewiesen werden. Dem Beklagten ist aber vorbehalten, das zurückgewiesene Verteidigungsmittel oder die zurückgewiesene Aufrechnungseinrede geltend zu machen (§§ 540, 529 Abs. III).

Der Gedanke des Verlustes des Instanzinteresses ist nämlich immer noch aufrechterhalten.<sup>35)</sup>

Im Gegensatz dazu hat das Änderungsgesetz in 1924 die Gedankenrichtung des früheren Gesetzgebers abgeschafft und der Zurückweisung des zu spät vorgebrachten Verteidigungsmittels eine ganz andere Bedeutung und Funktion gegeben. Sie hat das Novenrecht beschränkt wie der geltende § 529 Abs. 2 und auch in bezug auf die Aufrechnungseinrede das Vorbehaltsurteil beseitigt und durch dieselbe Beschränkung wie der geltende § 529 Abs. 5 ersetzt.<sup>36)</sup> In der Berufungsinstanz können das allgemeine Angriffs- und Verteidigungsmittel ausnahmsweise und die Aufrechnungseinrede nur beschränkt berücksichtigt werden. Damit bringt die Zurückweisung des nicht rechtzeitig beigebrachten Verteidigungsmittels nicht nur den Nachteil in der ersten Instanz, sondern auch den Verlust des ganzen Prozesses.<sup>37)</sup> Die Möglichkeit, daß sich die Anforderung der von der Prozeßinstitution als ganzer verlangten Prozeßbeschleunigung in den Vordergrund drängt und dementsprechend sich das Erfordernis, im einzelnen Prozeß ein richtiges Urteil zu suchen, nicht ganz befriedigen läßt, ist hiermit gegeben.

Je dringender das Problem der Prozeßbeschleunigung geworden ist, um so stärker ist der Reformgedanke des Jahres 1924 betont worden. Diese neue Richtung ist sowohl durch das Änderungsgesetz im Jahre 1933,<sup>38)</sup> hauptsächlich auf dessen Grund unsere ZPO steht, als auch durch die späteren Lehren<sup>39)</sup> unterstützt und nicht zuletzt besonders in dem jüngst bestimmten Entwurf, also wie oben gezeigt, durch dessen Verstärkung der Einrichtung des § 279 (§ 280 n.F.) und grundsätzliche Abschaffung des Novenrechts in der zweiten Instanz, sehr deutlich geworden.<sup>40)</sup>

Der Sinn und Zweck des § 279 (§ 280 n.F.) ist daher jetzt nicht mehr zu bezweifeln; das Gericht kann (nach dem § 280 n.F. muß) das zu spät vorgebrachte Angriffs- oder Verteidigungsmittel allein auf Grund der Verfahrensbeschleunigung und abgesehen von der Wahrheit der Behauptung zurückweisen. Es ist nicht mehr aufrechtzuerhalten, dieses Institut nur dahin zu verstehen, daß die Zurückweisung allein innerhalb des betreffenden Prozesses wirkt, d.h. daß die Verwertung des zurückgewiesenen Verteidigungsmittels und deshalb die Verwertung des materiellen ihm die Grundlage gebenden Rechts nur im anhängigen Prozeß verboten wird. Folgt man dieser engen Auffassung, dann läßt § 279 die Verwertung des zurückgewiesenen Verteidigungsmittels außerhalb des Prozesses in einem anderen Prozeß zu. Dem ist nicht zuzustimmen, da § 279 sonst sinnlos wäre. § 279 will erreichen, daß der Rechtsstreit nicht bruchstückweise, sondern einmalig und gründlich erledigt werde. Daher muß die Zurückweisung des Verteidigungsmittels als endgültig angesehen werden. Wenn § 279 die Wiederauflösung nicht mit der eines Verfahrens nicht verhindern sollte, dann steht auch noch die Rechtskraft entgegen. Aber die Rechtskraft bezieht sich nur auf den prozessualen Anspruch — insoweit über ihn entschieden worden ist — und nicht auf einzelne Angriffs- oder Verteidigungsmittel; daraus kann man nicht schließen, daß der § 279 voraussetzt, das zurückgewiesene Verteidigungsmittel werde durch die Rechtskraft ausgeschlossen.<sup>41)</sup> Insbesondere wird über die Aufrechnungseinrede nicht rechtskräftig entschieden, wenn sie zurückgewiesen worden ist. Deshalb wird die Möglichkeit ihrer Erhebung außerhalb des Prozesses in einer anderen Klage offen gelassen. Daher bringt die Anwendung des § 279 — nach der hier abgelehnten Auffassung im Gegensatz zur Absicht des Gesetzgebers — keinen wahren materiellen Nachteil.

Solange man das Institut des § 279 nicht beseitigt und diese Vorschrift anwendet, ist es nicht zu leugnen, daß das materielle Recht infolgedessen praktisch erlöschen kann.<sup>42)</sup> Und sofern behauptet wird, daß das materielle Recht bestehen bleibt, obwohl der § 279 angewandt worden ist, dann müßte man diese theoretische

Konstruktion in Frage stellen, denn deren Voraussetzung und Schluß sind inkonsequent.

c) Ist eine materielle Einrede nach dem § 279 zurückgewiesen, so kann der Beklagte inner- und außerhalb des Prozesses weder dieselbe Einrede, noch das materielle der Einrede die Grundlage gebende Recht, noch die Wirkung seines Vollzuges behaupten oder verwerten.<sup>43)</sup> Das muß auch bei der Aufrechnungseinrede gelten. Denn sie muß vom Gesichtspunkt des § 279 aus nicht bloß als die die Aufrechnung erklärende Einrede, sondern als die Einrede, welche behauptet, daß man seine Gegenforderung gegen eine andere aufgerechnet hat oder jetzt aufrechnet, betrachtet werden,<sup>44)</sup> weil sonst diese Einrede inhaltslos wird. Bei Zurückweisung der Aufrechnungseinrede müßte, wenn man Sinn und Zweck des § 279 nicht außer acht läßt, auch nach der prozeßrechtlichen Theorie das Aufrechnungsrecht —praktisch betrachtet— erlöschen. Der Beklagte könnte daher die Gegenforderung inner- und außerhalb des Prozesses nicht mehr verwerten. Jedoch will die prozeßrechtliche Theorie diese Konsequenz nicht ziehen.<sup>45)</sup> Sie behauptet vielmehr, ihr Vorteil liege darin, daß die Gegenforderung des Beklagten bestehen bleibe.<sup>46)</sup> Das kann doch keineswegs Vorteil, sondern es muß ein tobringender Nachteil sein, weil die Theorie, die konsequenterweise den dem Sinn und Zweck des § 279 widrigen Schluß ziehen muß, nicht aufrechtzuhalten ist.<sup>47)</sup>

Ist diese Betrachtung folgerichtig, so gibt es keinen Grund dafür, daß die materiellrechtliche Theorie glaubt, die Überlegenheit der prozeßrechtlichen Theorie in bezug auf diese Frage anerkennen zu müssen. Es besteht deshalb auch kein Grund mehr, die neue dogmatische Konstruktion auf dem Boden der alten materiellrechtlichen Theorie aufzubauen, um die — so betrachtete — Schwierigkeit zu überwinden.

d) Andererseits ist die materiellrechtliche Theorie auch nicht unzweifelhaft. Sie nimmt an, daß bei Zurückweisung der Aufrechnungseinrede nach § 279 das Urteil diese Einrede nicht berücksichtigt. Trotzdem solle aber wegen der materiellrechtlich wirksamen Aufrechnungserklärung die Gegenforderung erlöschen.<sup>48)</sup> Zwei Fragen hat man dabei getrennt betrachtet. Bei der Zurückweisung hat man rein prozeßrechtlich auf die Einrede abgestellt, beim materiellen Aufrechnungsrecht nur materiellrechtlich die Gegenforderung betrachtet. Die Frage, ob und wie die Zurückweisung im Prozeßrecht Einfluß auf das materielle Recht ausübt, wird dabei außer acht gelassen. Insoweit muß es relevant sein, ob das Aufrechnungsrecht oder die Gegenforderung nach der Zurückweisung prozeßrechtlich *und* materiellrechtlich noch verwertet werden kann. Unwichtig ist es, nach welcher dogmatischen Lehre man

ihr materiellrechtliches Erlöschen annimmt. Es hat keinen Zweck, mit der letzten Frage anzufangen, wenn die erste aufgeklärt werden kann. Es muß gefragt werden, ob man von der Naturdogmatik ausgehen kann und muß oder vom Institut des § 279. Es ist nicht zu leugnen, daß die Naturdogmatik nicht unwichtig ist. Jedoch ist es besser, von den einzelnen praktischen Problemen der Aufrechnungserklärung auszugehen. Es ist auch nicht zu verneinen, daß man einzelne Eigenschaften der betreffenden Handlung, hier der Aufrechnung analysieren und dabei in Betracht ziehen muß, wie die Gegenforderung durch die Aufrechnung erlischt. Aber es ist nur insoweit von Bedeutung, um die rechtliche Eigenschaft der Aufrechnung mit der Zahlung zu vergleichen;<sup>49)</sup> das bedeutet nicht, der Naturdogmatik bei der Betrachtung den Vorrang zu geben oder von ihr auszugehen.

e) Damit ist es klar geworden, daß die Gegenüberstellung der beiden prozeßrechtlichen und materiellrechtlichen Theorien keinen Grund dafür aufzeigen kann, die Gegenforderung des Beklagten trotz der Zurückweisung der Aufrechnungseinrede weiter bestehen lassen zu müssen.

4. a) Es wird auch behauptet, daß der Beklagte bei der Aufrechnungseinrede nicht schlechter gestellt werden darf als bei der Zahlungseinrede. Dem Beklagten sei durch Zurückweisung seiner Aufrechnungseinrede seine Gegenforderung zu nehmen, wäre unhaltbar. Falls er während des Prozesses zahlt und die Einrede der Zahlung erhebt, kann seine Zahlungseinrede nicht zurückgewiesen werden. Falls er nach Schluß der letzten mündlichen Verhandlung zahlt, kann er die Vollstreckungsgegenklage erheben und damit die Zahlung mit Erfolg geltend machen. Im Fall der Zahlung stünde er folglich besser als bei der Aufrechnung, wenn er seine Gegenforderung verlöre. Dieses Ergebnis ist nicht haltbar.<sup>50)</sup>

b) Zuerst wird geprüft, ob das erste Argument als die Begründung ausreicht, um die Gegenforderung trotz der Anwendung des § 279 fortbestehen zu lassen. Dabei ist folgendes vorzuschicken. Hat der Beklagte während des Prozesses gezahlt und ist die Forderung dadurch erloschen, wird der Kläger regelmäßig einen Antrag auf Erledigungserklärung stellen oder seinen Klageantrag beschränken oder seine Klage zurücknehmen. Es wird in diesem Fall auf § 279 nicht ankommen. Sagt man deshalb, daß die Zahlungseinrede nie zurückgenommen wird, so heißt das, daß es zwischen den Parteien einen Streit über die Zahlung an sich oder deren Gültigkeit gibt, denn die Zurückweisung setzt offensichtlich die Fortdauer des Prozesses voraus. Es ist auch denkbar, daß der Beklagte einen Antrag auf Er-

ledigungserklärung stellen<sup>51)</sup> oder einen Prozeßvergleich vorschlagen wird, und daß es auch deshalb nicht auf § 279 ankommt. Deshalb ergeben sich nur wenige Fallgestaltungen, in denen die Zurückweisung der Zahlungseinrede nach § 279 in Betracht kommen kann.

Nun ist der Grund dafür nicht genügend klar, warum Zahlungseinrede nie zurückgewiesen wird. Aber es muß so sein, daß die Zahlungseinrede sich auf die endgültige Erfüllungshandlung stützt. Dann müßte aber auch die auf der während des Prozesses vollzogenen Aufrechnungserklärung beruhende Aufrechnungseinrede unter dieselbe Kategorie fallen. Die Aufrechnung ist eben auch eine Erfüllungshandlung und nicht immer schwerer zu beweisen als die Zahlung. Jedoch wird dieses Argument vernachlässigt. Im Gegenteil behauptet *Henckel*,<sup>52)</sup> daß die Aufrechnungseinrede im Gegensatz zu der Zahlungseinrede schon deswegen zurückgewiesen werden kann, weil die Aufrechnungslage bereits früher begründet war. Durch den § 279 darf der Beklagte aber ebensowenig zur Aufrechnung wie zur Zahlung gezwungen werden. Daher dürfte nach der bisherigen Meinung auch die Aufrechnungseinrede nicht zurückgewiesen werden. Jedoch gelang es nicht, aus der Gegenüberstellung der beiden Einreden die Konsequenz zu ziehen, daß die Gegenforderung trotz der Zurückweisung fortbestehen muß.

c) Dem zweiten Argument muß man vorausschicken, daß es eine Stellungnahme zu einem der bekanntesten und am heftigsten diskutierten Probleme des Zivilrechts voraussetzt. Wenn man aber sich der von *Henckel* und *Arens* vertretenen Meinung nicht anschließt, so greift dieses Argument nicht durch. Es muß als zu schwach angesehen werden, um einen so gewichtigen Schluß gegen Sinn und Zweck des § 279 zu ziehen.

Darüber hinaus habe ich Zweifel, ob bei § 767 Abs. 2 ZPO die Aufrechnungslage maßgebend ist. Wäre die Aufrechnungslage das entscheidende Kriterium, müßte der Beklagte auch die Zahlungseinrede vor Schluß der letzten Verhandlung vorbringen, weil er genau so in der Lage war zu zahlen, wie seine Gegenforderung zu opfern. An der Geltendmachung der Gegenforderung außerhalb des laufenden Prozesses in einem anderen Prozeß kann deshalb Interesse bestehen, weil seine Gegenforderung etwa hundertmal größer als die Klageforderung ist oder eine Sicherheit hierzu besteht. Im übrigen ist diese Gegenforderung objektiv durch die Rechtskraft — von der zeitlichen Grenze um die es hier geht, abgesehen — nicht ausgeschlossen, und darin liegt deutlich der Unterschied zwischen der Aufrechnung und

den sonstigen Gestaltungsrechten.<sup>53)</sup> Daher muß m.E. die Aufrechnung im Zusammenhang des § 767 Abs. 2 gleich wie die Zahlung gestellt werden.<sup>54)</sup> Die gegenteilige Meinung ist wohl ein zu starker Einbruch in den freien Willen des Beklagten.

d) Die Meinung, die Gegenforderung dürfe trotz der Anwendung des § 279 nicht erlöschen, wird durch den oben angeführten Vergleich von Aufrechnungs- und Zahlungseinrede nicht überzeugend begründet. Dieses Ergebnis muß anders begründet werden.

5. *Henckel* verweist auch auf folgende Ungleichmäßigkeit: die prozessualen Ausschlußwirkungen des § 279 bringen Nachteile für die untätige Prozeßpartei und sie dürfen nicht dazu führen, daß derjenige, der noch verspätet tätig wird, schlechter gestellt wird als derjenige, der gar nichts tut.<sup>55)</sup> Wie man an dem verwendeten Begriff „prozessuale Ausschlußwirkung“ erkennen kann, hält *Henckel* die Wirkung der Zurückweisung nach § 279 allein für prozeßrechtlich. Er sieht andererseits den Grund für das Erlöschen der Gegenforderung darin, daß die Aufrechnung schon im materiellen Recht vollzogen ist. Es braucht nicht noch einmal dargelegt zu werden, daß diese Annahme mit Sinn und Zweck des § 279 nicht vereinbar ist.<sup>56)</sup>

Der Fall der Zahlung kann als Vergleich herangezogen werden, denn die Zahlung ist Erfüllungshandlung wie die Aufrechnung. Wird beim Beklagten die Einrede der Zahlung zurückgewiesen, wird sein geleistetes Geld verloren sein. Wer jedoch nicht gezahlt und folglich keine Einrede vorgebracht hat, verliert nichts. Das gilt auch für die Aufrechnung. Derjenige, dessen Aufrechnungseinrede zurückgewiesen wird, verliert praktisch seine Gegenforderung, weil darin die Wirkung der Zurückweisung liegt. Aber wer nicht aufgerechnet und darum keine Aufrechnungseinrede geltend macht, verliert seine Gegenforderung nicht. Wer gezahlt oder aufgerechnet, aber das nicht behauptet hat, verliert durch das rechtskräftige Urteil die Chance, es zu behaupten. Es besteht in diesem Fall keine Verschiedenheit weder zwischen den beiden Einreden noch zwischen demjenigen, der noch verspätet gehandelt hat, und demjenigen, der untätig geblieben ist. Damit ist offensichtlich, daß sich das Argument der ungleichen Behandlung nicht für den Erhalt der Gegenforderung anführen läßt.

6. Somit ist festzustellen, daß die Gründe, aus denen die bisherigen Meinungen das schutzwürdige Interesse des Beklagten am Fortbestand seiner Gegenforderung ableiten wollen, nicht ausreichen. Es erscheint nicht zulässig, die Anwendbarkeit des § 279

anzunehmen und trotzdem das Fortbestehen (oder die Verwertungsmöglichkeit) der Gegenforderung des Beklagten zu behaupten. Die bisherige Meinung ist deshalb schließlich im Ergebnis nichts anders außer diejenige Auslegung, die den Sinn und Zweck des § 279 durch dessen Anwendung vereiteln will oder die zweckwidrige Anwendung des § 279 beabsichtigt. Es ist daneben auch deutlich gemacht worden, daß es bisher nicht exakt aufgeklärt ist, in welcher Beziehung die Aufrechnung, die Zahlung und deren Behauptung im Prozeß gleich und welche verschieden sind, und daß ein Vergleich zwischen dem Aufrechnungsrecht und den anderen Gestaltungsrechten auch nicht angestellt worden ist.

Aber bevor wir uns mit dieser Frage beschäftigen, wollen wir zunächst sehen, welche Probleme sich ergeben, wenn man nach der übrigen Meinung die Gegenforderung des Beklagten fortbestehen läßt.

- 20) Nur Oertmann, Die Aufrechnung im deutschen Zivilprozeßrecht, Berlin 1916, S. 91, hat das erwähnt.
- 21) Baumgärtel, Wesen und Begriff der Prozeßhandlung einer Partei im Zivilprozeß, 1957, S. 164, macht die einzige Ausnahme. Vgl. auch Arens, a.a.O., S. 183 mit Anm. 31.
- 22) Vgl. die in den Anm. 1 bis 7 genannte Literatur.
- 23) Es ist bei ihm allerdings vorausgesetzt, daß der damalige § 279, wie unten 3. b) gezeigt wird, nur Nachteil in der ersten Instanz bringt.
- 24) Oertmann, a.a.O., S. 93, auch Geib, Über die Behandlung der Kompensationsinrede, Zeitsch. Zpr. 22, 541.
- 25) Henckel, a.a.O., S. 183 f.
- 26) Arens, a.a.O., S. 213.
- 26 a ) Über die Kontroverse darum in Deutschland und deren Bedeutung für die japanische Zivilprozeßrechtswissenschaft vgl. Kashiwagi, Über die deutschen Hauptkontroversen im Zivilprozeßrecht, II A, Jurist 470, 117, S. 119 ff.
- 27) Gaul, Zweck des Zivilprozesses, AcP 168, 35.
- 28) Näheres vgl. unten 3. b).
- 29) Nikisch, Die Aufrechnung im Prozeß (Festschrift für Lehmann, Bd. II), S. 772 ff.
- 30) Henckel, a.a.O., S. 175; Grunsky, a.a.O., S. 392; vgl. auch Habscheid, a.a.O., S. 373 ff.
- 31) Ausdrücklich Henckel, a.a.O., S. 176 mit Anm. 31; auch Grunsky, a.a.O., S. 394.
- 32) S. oben I 2 c.

- 33) Hahn, Die gesamten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen, Berlin 1898, Bd. 2, S. 130. Dementsprechend gewährt § 491 CPO allseitig das Novenrecht in der Berufungsinstanz.
- 34) Wenn nicht der Kläger in deren Geltungmachung einwilligt oder der Beklagte glaubhaft macht, daß er ohne sein Verschulden außer Stand gewesen ist, die Aufrechnung in erster Instanz geltend zu machen (§ 529 Abs. III).
- 35) Vgl. Hahn, a.a.O., S. 113 (Bd. 8); Förster-Kann, Zivilprozeßordnung, 3. Aufl. 2. Bd., S. 68.
- 36) Außerdem wird der Wortlaut „Verteidigungsmittel des Beklagten“ wie „Angriffs- und Verteidigungsmittel der Parteien“ umschrieben.
- 37) Vgl. Kisch, Deutsches Zivilprozeßrecht, 1929, Bd. 3, S. 14 f.
- 38) Entwurf einer Zivilprozeßordnung, Berlin, 1931, S. 344 ff.
- 39) Z.B. damals Seuffert-Walsmann, Kommentar zur ZPO, 12. Aufl., Bd. I. S. 460; de Boor, Rechtsstreit, S. 113; jetzt Blomeyer, a.a.O., S. 102; Rosenberg-Schwab, Zivilprozeßrecht, 10. Aufl., S. 331 ff.
- 40) Vgl. oben I. 4.
- 41) Darüber, daß das Institut des §279 und die Lehre von der sogenannten relativen Rechtskraft auf der gleichen Grundlage zu verstehen ist, s. unten IV A Anm. 67. Das bedeutet, daß § 279 die Einmaligkeit des Prozesses voraussetzt, jedoch keinesfalls, daß die Ansicht der beschränkten Wirkung der Zurückweisung richtig ist.
- 42) Die Bedeutung, daß das materielle Recht praktisch — nicht physikalisch — erlischt, ist unten IV. A Anm. 67 klargestellt.
- 43) Rosenberg-Schwab, a.a.O., S. 333.
- 44) Es ist auch anders als die Behauptung der Gegenforderung wie etwa in CPO (1877). Vgl. dazu Schwab, a.a.O., S. 942 f.
- 45) Die prozeßrechtliche Theorie versagt jede materiellrechtliche Wirkung; deswegen soll die Zurückweisung der prozessualen Aufrechnungseinrede die Wirkung haben, die nur innerhalb des Prozesses sich erstreckt. Vgl. Nikisch, a.a.O., S. 772.
- 46) Nikisch, a.a.O., S. 772 ff. S. o. Anm. 42.
- 47) In dem Sinne müßte man am Anfang zweifeln, ob die Fragestellung von Nikisch, die die Naturdogmatik in Zusammenhang mit der Institution des § 279 gebracht hat, überhaupt zutreffend gewesen ist. Henckel hat auch kritisiert, daß die Frage nach Nikischs Theorie bleibt, ob die materiellrechtlich vollzogene Aufrechnungserklärung wirksam ist, wenn sie im Prozeß nicht mehr verwertet werden kann (Henckel, a.a.O., S. 176). Er hat aber das nur hinsichtlich der nach der letzten Verhandlung abgegebenen Aufrechnungserklärung erwähnt. Das muß jedoch bei Zurückweisung der Aufrechnungseinrede gelten.
- 48) Vgl. vor allem Henckel, a.a.O., S. 168; Arens, a.a.O., S. 183.
- 49) Vgl. unten IV.
- 50) Henckel, a.a.O., S. 169; Grunsky, a.a.O., S. 393; Arens, a.a.O., S. 183.

- 51) Dazu vgl. Rosenberg-Schwab, a.a.O., S. 678; auch Schwab, ZZP 72, 104.  
52) Henckel, a.a.O., S. 174.  
53) Näheres vgl. unten IV. A 5.  
54) Schwab hat darauf schon in einer Anmerkung hingewiesen; vgl. Schwab, ZZP 74, 302.  
55) Henckel, a.a.O., S. 174.  
56) Vgl. oben II 3 b)

### III. Die konkreten Ergebnisse nach den bisherigen Meinungen

1. Zunächst muß hervorgehoben werden, daß die bisherigen Meinungen vernachlässigt haben, ihre Ergebnisse konkret nachzuprüfen und über ihre Praktikabilität nachzudenken.<sup>57)</sup> Es wird deshalb untersucht, welche Probleme auftauchen, wenn man die Gegenforderung des Beklagten nach den bisherigen Meinungen fortbestehen (verwenden) läßt.
2. Die Rechtsprechung steht auf dem Standpunkt, daß der Beklagte keine Vollstreckungsgegenklage erheben kann, wenn die Aufrechnungslage bereits vor dem Schluß der letzten Verhandlung vorlag. Es ist daher für den Beklagten die einzige Möglichkeit, seine Forderung mit der neuen Klage entweder während des Prozesses oder nach dem Prozeß einzuklagen.
3. In dem Fall, daß der Beklagte eine neue Klage über seine Gegenforderung während der Rechtshängigkeit des Vorprozesses führt, taucht die Frage auf, ob der Kläger die Rechtshängigkeitseinrede der Gegenforderung behaupten kann. Diese Frage ist heute sehr bestritten. Nach der negativen Meinung<sup>58)</sup> steht dem Beklagten nichts im Wege, seine Gegenforderung einzuklagen. Der Beklagte, der seine Gegenforderung durchsetzen will, wird sie sicher mit der eigenen Klage behaupten und das Gericht muß darüber mit Sachurteil entscheiden. Jedoch auch bei der positiven Meinung<sup>59)</sup> muß man damit rechnen, daß der Beklagte ebenso seine Gegenforderung mit der neuen Klage behaupten wird, nachdem er die Aufrechnungseinrede widerrufen hat ; zwar erfolgt die Zurückweisung der Aufrechnungseinrede erst durch das Urteil, aber der Beklagte bemerkt die fehlende Berücksichtigung seiner Einrede bereits dadurch, daß die Beweisaufnahme über seine Gegenforderung nicht stattfand. Der Beklagte, der sie immer noch behaupten will, wird seine Aufrechnungseinrede zurücknehmen<sup>60)</sup> und eine neue Klage erheben.

4. Diese Klage des Beklagten kann aber nicht immer bei demselben Gericht rechts-  
hängig gemacht werden, bei dem der Vorprozeß rechtshängig ist. Es wird nicht  
selten vorkommen, daß die Gegenforderung wegen der Verschiedenheit des Be-  
trags bei einem anderen sachlich dafür zuständigen Gericht geltend gemacht  
werden muß, oder daß ein anderes Gericht dafür örtlich zuständig ist, wenn die  
Parteien nicht am gleichen Gerichtsort wohnen. Besteht Anwaltszwang, so muß  
jede Partei noch einen Rechtsanwalt bevollmächtigen, der bei diesem Gericht  
zugelassen ist (BRAO §§ 18, 19). Dem Rechtsanwalt muß die unterliegende  
Partei Gebühren und Auslagen zahlen. Die gleichen Beweismittel in beiden Pro-  
zessen und daher auch die Ergebnisse des Vorprozesses können in dem zweiten  
Prozeß weder benutzt noch berücksichtigt werden. Die Parteien müssen noch  
einmal dieselbe Urkunde vorlegen, und die Zeugen haben zweimal vor den  
verschiedenen Gerichten zu erscheinen.
  
5. Daraus folgt, daß zwei Urteile ausgesprochen werden. Noch schlechter ist aber,  
daß man zweimal gegeneinander zwangsvollstreckt werden muß.<sup>61)</sup> Ob dieses  
Ergebnis für das Vollstreckungsorgan oder das Institut der Vollstreckung  
wünschenswert ist, muß zweifelhaft sein, wenn man berücksichtigt, daß sonst das  
zurückgewiesene Verteidigungsmittel nicht verwertet werden darf. Außerdem  
kann sich ergeben, daß beide Parteien mehr als die Forderungssumme einbüßen,  
weil die gepfändeten Gegenstände in der Regel für den Schuldner ungünstig  
zu einem niedrigen Preis versteigert werden, und daß sie ihr wirtschaftliches  
Vertrauen durch die gegeneinander vorgenommenen Zwangsvollstreckungen ver-  
lieren. Der Beklagte kann aber auch die Zwangsvollstreckung weder durch die  
einstweilige Anordnung (vgl. § 769) noch durch die einstweilige Verfügung  
einstellen lassen.
  
6. Nicht selten wird der Beklagte aus Sorge um die Leistungsfähigkeit des Klägers  
den Erlös aus der Vollstreckung des ersten Urteils mit dem Arrest belegen. In  
diesem Fall konnte zwar der Rechtsstreit um die Forderung des Klägers durch  
Anwendung des § 279 schneller entschieden werden, doch wird die wirkliche  
Erledigung des Rechtsstreits eben in der letzten Stufe der Befriedigung der  
Forderung behindert.
  
7. Diese Konsequenz — zwei Vollstreckungen und Arrest — müssen dem Kläger auch  
unerträglich sein. Wenn er aber jetzt mit seiner im Vorprozeß eingeklagten  
Forderung aufrechnen und diese Einrede vorbringen könnte, dürfte es ihm günstig

sein. Aber diesmal steht ihm die Rechtshängigkeitseinrede des Beklagten im Wege. Um zwei Vollstreckungen zu vermeiden, muß er entweder seinen Antrag im Vorprozeß beschränken oder seine Klage — zwar mit der Einwilligung des Beklagten, aber er wird zustimmen — zurücknehmen und kann erst dadurch im Nachprozeß aufrechnen und diese Einrede behaupten. In diesem Fall wird das Gericht, bei dem auch der Nachprozeß rechtshängig geworden ist, zweimal, zwar von verschiedenen Seiten, doch mit denselben Aufrechnungen und deren Einreden befaßt, obwohl es ihm gleichgültig ist, von welcher Seite diese vorgebracht werden.

8. Das Gericht, das das bedenkt, wird beide Verfahren möglichst gleichmäßig führen und gleichzeitig zwei Urteile aussprechen in der Erwartung, daß die Parteien gegebenenfalls außerhalb des Prozesses aufrechnen und vereinbaren werden, sowohl die Häufigkeit als auch den Umfang der Zwangsvollstreckung zu beschränken. Der Vorprozeß würde dadurch genau so spät erledigt, als wenn die Aufrechnungseinrede des Beklagten nach § 279 nicht zurückgewiesen worden wäre. Es erhebt sich daher die Frage, wozu § 279 angewendet worden ist.
9. Übrigens darf man nicht die Möglichkeit übersehen, daß der Beklagte, der leicht die Zurückweisung seiner Aufrechnungseinrede vorher voraussehen kann,<sup>62)</sup> seine Forderung in dem laufenden Vorprozeß mit der Widerklage geltend machen kann. Folgt man der Meinung,<sup>63)</sup> daß die Gegenforderung durch die Aufrechnungseinrede rechtshängig wird, dann muß der Beklagte freilich seine Aufrechnungseinrede widerrufen, um die Abweisung der Widerklage zu vermeiden. Es besteht aber dann kein Hindernis, die Widerklage über die Gegenforderung zu erheben, denn er braucht dafür keine Einwilligung der Gegenpartei und der § 279 ist darauf nicht anzuwenden. Das Gericht wird sicher zugleich über die Klage und die Widerklage entscheiden, weil sonst zweimal zwangsvollstreckt werden kann. Es ist deshalb auch in dem Fall nicht zu begreifen, wofür dann das Gericht vom § 279 Gebrauch gemacht hat.
10. Der Zivilprozeß ist konstruktiv so aufgebaut, daß sein Verhandlungsbereich zuerst durch den von dem Kläger gestellten Streitgegenstand und dessen Behauptung bestimmt, und dann allmählich durch Einreden, Replik, Duplik, Triplik usw. erweitert wird. Und die Funktion des § 279 liegt darin, das Verhandlungsobjekt durch das bewußte Ausschließen der Behauptung, Einrede, Replik usw. zu begrenzen und dadurch den Prozeß zu beschleunigen. Diese ausgeschlossene

Einrede darf deshalb keinen nachwirkenden Einfluß auf den laufenden oder erledigten Prozeß ausüben, weil sonst bedeutungslos wird, daß der § 279 angewendet worden ist.

Wenn man jedoch den bisherigen Meinungen folgend die Gegenforderung trotz der Zurückweisung der Aufrechnungseinrede fortbestehen läßt, muß man die unbefriedigenden Ergebnisse berücksichtigen, wie die parallel laufenden Prozesse, zwei Urteile und schließlich zwei Zwangsvollstreckungen, welche sich jedenfalls hätten vermeiden lassen, wenn die Aufrechnungseinrede nach dem § 279 nicht zurückgewiesen worden wäre. Es ist auch nicht zu leugnen, daß eine Theorie, nach welcher zwar das Leistungsurteil früher auszusprechen ist, jedoch dessen tatsächliche Verwirklichung gerade in der letzten Stufe der Befriedigung gehemmt wird, welche das Gericht veranlaßt, den zuerst rechtshängig gewordenen Prozeß langsam zu führen, nicht mit dem Sinn und Zweck des § 279 in Einklang steht. Das dürfte auch in dem Fall gelten, daß der Kläger diesmal von seiner Seite die Aufrechnungseinrede behauptet, nachdem er seinen Klagantrag entweder beschränkt oder zurückgenommen hat. Wenn man außerdem nicht zuletzt die Möglichkeit der Widerklage des Beklagten berücksichtigt, kann man sicher finden, daß die Ergebnisse sehr unbefriedigend sind, zu denen die bisherigen Meinungen führen.

Damit ist festgestellt, daß die bisher behaupteten Meinungen dem Sinn und Zweck des § 279 entgegenstehende Schlüsse ziehen.<sup>57)</sup> Der Ansicht, die glaubt das Problem um § 279 überzeugend gelöst zu haben, aber zu solchen Ergebnissen führt, kann man sich nicht mehr anschließen. Das hier behandelte Problem muß erneut und besonders unabhängig von der Rechtsnatur der Aufrechnung untersucht werden.

- 
- 57) Über den Grund, warum das die bisherigen Meinungen unterlassen haben, s. oben I 3.
- 58) Baumbach-Lauterbach, Zivilprozeßordnung, 30. Aufl., S. 342; Bruns, Zivilprozeßrecht, S. 255; Lent-Jauernig, Zivilprozeßrecht, 14. Aufl., S. 136; Nikisch, Zivilprozeßrecht, 2. Aufl., S. 177; Schönke-Kuchinke, Zivilprozeßrecht, 9. Aufl., S. 224; Stein-Jonas-Pohle, § 145 VI 3; Thamas-Putzo, Zivilprozeßordnung, 4. Aufl., S. 339; Zöller, Zivilprozeßordnung, 10. Aufl., S. 255, 361.
- 59) Rosenberg-Schwab, a.a.O., S. 523; Bettermann, Rechtshängigkeit und Rechtsschutzform, S. 84 ff.; Blomeyer, a.a.O., S. 284; Bernhardt, Das Zivilprozeßrecht.

3. Aufl., S. 212. Ich halte auch diese Meinung für richtig. Kuchinke hat betont, daß der Beklagte wegen der sonstigen Wirkungen der Klageerhebung ein berechtigtes Interesse daran haben kann, neben der Aufrechnungseinrede die Gegenforderung selbständig einzuklagen. Aber wenn man die Möglichkeit berücksichtigt, daß der Beklagte sie mit der Widerklage geltend machen kann, dann dürfte man dieses Interesse des Beklagten nicht für gewichtiger ansehen als das Interesse, daß man die Verdoppelung und schließlich die Verzögerung des Prozesses möglichst vermeiden muß.

- 60) Dafür braucht der Beklagte nach jeder Ansicht keine Einwilligung des Klägers. Nach meiner Meinung ist es nicht inkonsequent, daß man, die Rechtshängigkeit der Gegenforderung bejahend, hier keine Einwilligung verlangt, weil die Rechtshängigkeitseinrede wegen der in der Anmerkung 59 dargestellten Zweckmäßigkeits- und Interessenerwägung begründet ist, aber nicht wegen deren formellen Gleichartigkeit mit der Klageerhebung. Falls der Beklagte die Einwilligung des Klägers braucht, dann kommen unvermeidlich zwei Urteile und zwei Zwangsvollstreckungen in Frage (s. unten 5.). Man kann daher dadurch den unannehmbaren Schluß nicht umgehen.
- 61) Dabei muß man beachten, daß diese zwei Entscheidungen nicht gleichzeitig rechtskräftig werden. Daraus folgt, daß die Parteien nach den Ergebnissen der zwei Prozesse außerhalb des Prozesses nicht aufrechnen und vereinbaren können, die Häufigkeit und den Umfang der Zwangsvollstreckung zu beschränken.
- 62) S. oben III 3.
- 63) BGH NJW 1961, 1862 scheint der gegenteiligen Meinung zu sein.
- 64) S. oben II 6.

#### IV. Die eigene Untersuchung des Problems

##### A. Die neue Lösungsmöglichkeit

1. Die oben dargestellte Analyse weist deutlich nach, daß es nicht durchführbar ist, einerseits die Anwendbarkeit des § 279 auf die Aufrechnungseinrede zu bejahen, aber zugleich trotz deren Anwendung die Gegenforderung fortbestehen<sup>64a)</sup> zu lassen. Wenn von § 279 Gebrauch gemacht werden soll, muß man den Schluß ziehen, daß die Gegenforderung des Beklagten nicht mehr verwendet werden darf, also so gut wie erloschen ist. Wenn die Gegenforderung nicht erloschen soll, muß man die Konsequenz ziehen, daß der § 279 auf die Aufrechnungseinrede nicht anzuwenden ist. Es besteht hier keine andere Möglichkeit.
2. Wie oben gezeigt, hat man bislang die Aufrechnung und deren Einrede allein von dem Gesichtspunkt der Rechtsnaturlehre betrachtet. Wenn auch zufälligerweise

ein eigenes Merkmal der Aufrechnung erwähnt wurde,<sup>66)</sup> hat man nur die Rückwirkung der Aufrechnung betrachtet, die mit dem hier behandelten Problem nichts zu tun hat. Wenn man aber die Aufrechnung und deren Einrede im Zusammenhang mit dem § 279 erörtern will, muß man Eigenschaft und Funktion der Aufrechnung und deren Einrede dadurch begreifen, indem man sie mit der Zahlung und deren Behauptung, zum anderen mit den anderen Gestaltungsrechten und deren Behauptungen vergleicht.

3. Die Aufrechnung hat eine gemeinsame Funktion mit der Zahlung, denn beide tilgen die Schuld, und gerade darin liegt eine der großen Verschiedenheiten zwischen dem Aufrechnungsrecht und den sonstigen Gestaltungsrechten. Es ist aber bei der Aufrechnung möglich, durch eine und dieselbe Handlung gleichzeitig die Willenserklärung und deren prozessuale Behauptung abzugeben. Damit erhält die Aufrechnungseinrede eine gemeinsame Eigenschaft mit den Einreden der übrigen Gestaltungsrechte und unterscheidet sich von der Zahlungseinrede, die immer die materiellrechtliche Zahlung voraussetzt.<sup>66)</sup> Ist die materiellrechtliche Willenserklärung zuvor vollzogen worden, liegt diese Eigenschaft allerdings weder bei der Aufrechnungseinrede noch bei den Einreden der sonstigen Gestaltungsrechte vor. Die andere wichtige, weder bei der Zahlung noch den übrigen Gestaltungsrechten erkennbare Eigenschaft der Aufrechnung besteht darin, daß sie sich auf die sich nicht auf denselben Lebenssachverhalt, zu dem die Forderung des Klägers gehört, gehörende Gegenforderung bezieht, d.h. daß der Beklagte der mit der Klage behaupteten Forderung eine Gegenforderung, die unabhängig von dem betreffenden Rechtsstreit geltend machen könnte, entgegensetzen und zum Erlöschen bringen kann. Diese Verschiedenheit des Lebenssachverhaltes dürfte eine besondere Eigenart sein, wenn man die Aufrechnung und deren Behauptung im Zusammenhang mit dem § 279 untersucht, weil sie sowohl mit der Rechtskraft als auch mit der prozessualen und materiellen Ausschlußwirkung des § 279 zu tun haben dürfte.

4. a) Es wird nicht bezweifelt, daß § 279 auf die Zahlungseinrede angewendet werden kann. Die Bedeutung des § 279 liegt hier darin, daß der Beklagte, der schon gezahlt hat und dennoch die Zahlungseinrede nicht rechtzeitig in dem Prozeß vorbringt, ausgeschlossen wird, in dem betreffenden Prozeß seine Zahlungseinrede zu behaupten und infolgedessen nochmals durch das die geleistete Zahlung nicht berücksichtigende Urteil gezwungen wird, dem Kläger zu zahlen. Dadurch gerät er zugleich in die Lage, das ausgegebene Geld nicht mehr zurückverlangen zu können, also es praktisch zu verlieren.<sup>67)</sup> Es muß aber dabei aufmerksam gemacht

werden, daß der Beklagte zwar durch den § 279 und nach dem Entwurf durch den § 280 n.F. strenger als je<sup>68)</sup> gezwungen ist, die bereits geleistete Zahlung zu behaupten, jedoch niemals materiellrechtlich zu zahlen. Bei der Aufrechnungseinrede muß man ihre zwei verschiedenen Typen hervorheben.<sup>69)</sup> Einmal die Aufrechnungseinrede, die in dem Fall vorliegt, daß der Beklagte schon die Aufrechnung vor dem Prozeß oder während des Prozesses vollzogen hat (die *einfache* Aufrechnungseinrede). Zum anderen die Aufrechnungseinrede, die in der Form behauptet wird, daß der Beklagte zugleich sowohl die materiellrechtliche Aufrechnungserklärung als auch deren prozessuale Behauptung vorbringt (die *zusammengebundene* Aufrechnungseinrede) und daher noch nicht vorliegt, bis er sie im Prozeß tatsächlich behauptet. Der erste Typ der Aufrechnungseinrede steht der Zahlungseinrede gleich, denn beiden geht die materiellrechtliche Erfüllung voraus. Es ist darum nicht zu zweifeln, daß § 279 auf die einfache Aufrechnungseinrede angewendet werden kann. Wenn der Beklagte diese einfache Aufrechnungseinrede nicht rechtzeitig im Prozeß vorbringt, wird sie zurückgewiesen und wird das die Einrede nicht berücksichtigende Urteil rechtskräftig. Infolgedessen muß der Beklagte seine Schuld noch einmal erfüllen, es ist ihm nicht mehr erlaubt, seine erloschene Gegenforderung oder statt dessen den Anspruch auf ungerechtfertigte Bereicherung geltend zu machen. Solange der § 279 nicht nur prozessualen Nachteil wie etwa Instanzverlust, sondern auch materiellrechtlichen Nachteil bringen kann, muß man diese Konsequenz richtigerweise aufrechterhalten.

Daß sich § 279 auf die einfache Aufrechnungseinrede anwenden läßt, bedeutet nur, daß der Beklagte in der Tat gezwungen wird, die materiellrechtlich bereits vollzogene Aufrechnung zu behaupten. Jedoch darf es keineswegs bedeuten, daß er während des Prozesses materiellrechtlich unbedingt aufrechnen solle. Wenn der § 279 auch auf die mit der materiellrechtlichen Aufrechnungserklärung zusammengebundene Aufrechnungseinrede angewendet werden sollte, würde der Beklagte schlicht gezwungen, die materiellrechtliche Aufrechnungserklärung zu vollziehen, also gezwungen durch den § 279 die vom Kläger behauptete Schuld mit seiner Gegenforderung zu erfüllen. Dieses Ergebnis darf nicht angenommen werden, weil man sonst konsequenterweise den Schluß ziehen müßte, daß der Beklagte eben durch den § 279 während des Prozesses zur Zahlung gezwungen werden soll. Die Institution des § 279 bezweckt keineswegs, den Rechtsstreit schnell zu erledigen, indem sie den Beklagten zur Zahlung und Aufrechnung zwingt.

(fortgesetzt im 22. Band, Heft 1)

北法21(4·216)812

- 
- 64a) Es geht nicht um die physikalische, sondern viel mehr um die pragmatisch gefaßte Existenz. S. oben Anm. 42.
- 65) Vgl. Henckel, a.a.O., S. 174.
- 66) Die Behauptung des Beklagten, daß das Geld zu zahlen vorbereitet ist, ist natürlich keine Zahlungseinrede.
- 67) Die Bedeutung der Ausschlußwirkung des § 279 ist bislang unklar geblieben: Es ist außer Zweifel, daß § 279 kein materielles Recht unmittelbar, also wie etwa durch die Zahlung, erlöschen läßt. Wenn man aber annimmt, daß die Zurückweisung nach § 279 keine materiellrechtliche Wirkung, sondern nur die prozessuale Ausschlußwirkung haben soll (vgl. oben II 3 d) und 5), muß das falsch sein. Es besteht m.E. insoweit kein Zweifel, daß die Zurückweisung nach § 279 folgende Wirkung hat: das Gericht (und die Parteien auch) muß die zurückgewiesene Behauptung so ansehen, als ob sie niemals in dem betreffenden Prozeß vorgebracht wurde. Freilich ist der Zweck der Institution des § 279 mit dieser prozessualen Wirkung nicht erschöpfend aufgeklärt. Wie ich oben erwähnt habe (vgl. oben I, 4), beruht vielmehr diese Institution auf der folgenden prozeßpolitischen Stellungnahme. Man muß, um den Prozeß zu beschleunigen, in Kauf nehmen, daß die Partei, deren nicht rechtzeitig vorgebrachtes Verteidigungsmittel nach § 279 zurückgewiesen wird, gerade wegen dieser Zurückweisung den Verlust dieses Prozesses hinnehmen muß. Dürfte aber dieser Verlust später irgendwie korrigiert werden, dann müßte die Institution ihre ganze Bedeutung und Funktion verlieren. Deshalb müssen wir zu dem Schluß kommen, daß der wahre Zweck des § 279 darin liegt, die Partei, deren Verteidigungsmittel infolge der Anwendung des § 279 zurückgewiesen wird, dürfe die Rechtskraft des in dem betreffenden Prozeß ausgesprochenen Urteils durch das nochmalige Vorbringen dieses Verteidigungsmittels nicht angreifen und erschüttern. Der Sinn des § 279 muß also in dem Erschütterungsverbot des rechtskräftigen Urteils gesehen werden. Damit liegt es nahe, daß dieses Erschütterungsverbot nichts anderes ist als die von *Schwab* neuerdings behauptete sogenannte relative Rechtskraft ist (vgl. Schwab, Die Bedeutung der Entscheidungsgründe, Festschrift für Bötticher, S. 321, auch Rosenberg-Schwab, a.a.O., S. 810 f.). Dieses Ergebnis ist aber kein Zufall, weil es sich hier ebenso um die nicht behaupteten Angriffs- und Verteidigungsmittel, also um die nicht vorgebrachte Tatsache handelt, wie bei der relativen Rechtskraft. Aus der hier durchgeführten Analyse folgt einmal, daß die Wirkung der Zurückweisung kein unmittelbarer, darum kein ungewöhnlicher Einbruch des Prozeßrechts in das materielle Recht ist, sondern vielmehr auf derselben Basis wie die Rechtskraftinstitution steht. Zum anderen, daß sie die relative Rechtskrafttheorie von *Schwab* unterstützt.
- 68) Vgl. oben I 4.
- 69) Grunsky hat zwar auch die Aufrechnungseinrede in die zwei Gruppen eingeteilt, aber anders als hier (Grunsky, a.a.O., S. 397).