

Reicht m. E. schon die eben vorgenommene Betrachtung der Ergebnisse der beiden Ansichten zu § 767 Abs. 2 ZPO aus, um die von der Justizverwaltungsstelle vertretene abzulehnen, so kommt noch hinzu, daß diese Ansicht auch nicht mit dem Wortlaut der Vorschrift übereinstimmt. Die Einwendung, die der Schuldner hier geltend macht, ist, genau gesagt, die Behauptung des Erlöschens der Urteilsforderung durch Aufrechnung. Diese Wirkung tritt bekanntlich aber nicht schon dadurch ein, daß sich die beiden Forderungen aufrechenbar gegenüberstehen. Das ist erst die Voraussetzung für die Aufrechnung. Diese selbst erfolgt gemäß § 388 BGB durch Erklärung gegenüber dem anderen Teil, und erst diese Erklärung bewirkt das Erlöschen der Forderungen (§ 389 BGB). Das Vorliegen der Aufrechnungsvoraussetzungen allein — und so ist die Situation im Vorprozeß — schafft demnach noch keine erhebliche Einwendung, denn es läßt den Klageanspruch unberührt. Die Auffassung der Justizverwaltungsstelle läuft also darauf hinaus, daß man dem Schuldner nicht entgegenhält, daß er eine mögliche Einwendung nicht rechtzeitig erhoben, sondern daß er es unterlassen habe, durch Vornahme eines einseitigen Rechtsgeschäfts eine Einwendung zur Entstehung zu bringen. Darauf aber stellt § 767 Abs. 2 ZPO ersichtlich nicht ab.

WERNER REIMERS,

wiss. Assistent am Institut für Zivilrecht  
der Humboldt-Universität Berlin

## 11

Ich kann Reimers nicht zustimmen; seine Lösung muß sich im Ergebnis als Beeinträchtigung des Konzentrationsprinzips auswirken. Reimers hält die Verweisung des nachträglich aufrechenenden Schuldners auf eine besondere Klage für unökonomisch; ihn schreckt die Aussicht, daß die Versagung der Vollstreckungsgegenklage zur Geltendmachung einer schon früher möglichen Aufrechnung dazu führen könne, daß wegen Forderung und Gegenforderung je ein besonderer Prozeß mit anschließender, also zweimaliger Zwangsvollstreckung durchgeführt werden müsse mit dem Ergebnis, daß am Ende dieser Prozedur die Dinge wieder genauso stünden wie vor Beginn, staatliche Tätigkeit und Kosten also gänzlich unnötig aufgewendet sein würden.

Reimers berücksichtigt jedoch nicht:

erstens: daß ja auch die Vollstreckungsgegenklage eine „neue Klage“ ist, zwei verschiedene Prozesse im Falle der nachträglichen Aufrechnung also auch bei seiner Version nötig werden;

zweitens: daß bei seiner Lösung auch nicht einmal die zweite Vollstreckung dann vermieden werden kann, wenn — auf diese Möglichkeit weist er ausdrücklich hin — die Einstellung der Zwangsvollstreckung aus dem ersten Urteil nach Erhebung der Klage aus § 767 ZPO abgelehnt und die Klageforderung daraufhin beigetrieben worden ist (hierbei wird vorausgesetzt, daß der Kläger nach Beendigung der Vollstreckung die Vollstreckungsgegenklage auf eine Klage auf Zahlung der Gegenforderung umgestellt hat und die Klageänderung zugelassen worden ist — andernfalls würde die Reimersche Konstruktion diese Klage sogar als dritten Prozeß erforderlich machen!);

drittens: daß die Notwendigkeit einer zweiten Vollstreckung auch bei Nichtzulassung der Vollstreckungsgegenklage doch nur in den — wie wir sehen werden — seltenen Fällen denkbar ist, in denen die Gegenforderung begründet ist und zugesprochen wird;

viertens schließlich, und das ist das Hauptargument gegen Reimers: daß sein Vorschlag nur eine — praktisch kaum vorkommende — negative Auswirkung der herrschenden Rechtsprechung sieht, nicht aber die positive Auswirkung, die darin besteht, zu verhindern, daß auch nur zwei Prozesse, Klage und Vollstreckungsgegenklage, erforderlich werden, indem der Beklagte zur Erklärung der Aufrechnung schon im ersten Prozeß gezwungen wird.

Wie sieht es denn in der Praxis aus? Der normale Fall ist doch, daß der Beklagte, falls er eine begründete Gegenforderung besitzt, diese im Prozeß selbst gegen die

Klageforderung zur Aufrechnung stellt; gegebenenfalls, d. h. wenn er die Klageforderung bestreitet, im Wege der Eventualaufrechnung. Ein vernünftiger und gerechtfertigter Grund, von diesem auf der Hand liegenden Verteidigungsmittel bereits gegen die Klage keinen Gebrauch zu machen, ist kaum vorstellbar; benützt es der Beklagte, besonders wenn er nach § 139 ZPO darauf hingewiesen worden ist, gleichwohl nicht, so ist in 99 von 100 Fällen der Grund dafür das Bewußtsein, daß die Gegenforderung „faul“ ist, jedoch zur Verschleppung der Zwangsvollstreckung aus dem ersten Urteil noch gute Dienste leisten kann. (Von dem ganz ungewöhnlichen Fall, daß dem Beklagten erst nach Erlaß des ersten Urteils seine ihm schon vorher zustehende Gegenforderung bekannt wird, kann man wohl absehen.)

In solchen Fällen pflegte ein böswilliger Schuldner zunächst den Prozeß mit einer Reihe unbegründeter Einwendungen womöglich zwei Instanzen hindurch zu verschleppen; war endlich rechtskräftiges Urteil ergangen, so wartete er bis unmittelbar vor Beginn der Zwangsvollstreckung, reichte dann Vollstreckungsgegenklage — womöglich verbunden mit einem Armenrechtsgesuch — ein, in der er nunmehr die Aufrechnung mit seiner zweifelhaften Gegenforderung erklärte, und rechnete mit der Chance, die Zwangsvollstreckung, vielleicht sogar ohne Sicherheitsleistung, eingestellt zu erhalten — und damit hatte er dann die Gelegenheit, die Sache über zwei weitere Instanzen zu verschleppen und in der Zwischenzeit sein pfändbares Vermögen beiseite zu bringen. Und jene Chance war nicht klein, weil es stets Richter gab, die vor der mit der Ablehnung gerade eines Einstellungsantrages verbundenen Verantwortung zurückschreckten; nicht umsonst fühlt sich Baumbach<sup>1)</sup> gerade im Zusammenhang mit der Einstellung der Zwangsvollstreckung auf erhobene Vollstreckungsgegenklage veranlaßt, besonders zu betonen, daß bei der Entscheidung auf einen solchen Einstellungsantrag „ganz wesentlich die Aussichten der Klage zu berücksichtigen“ seien und daß „eine Einstellung in aussichtsloser Sache auf Rechtsverweigerung hinauslaufe“. Daß diese Scheu vor der Ablehnung auch sachlich unbegründeter Einstellungsanträge noch heute nicht restlos überwunden ist, zeigt die bekannte Erfahrung, daß in vielen Fällen Instanzgerichte schon auf die bloße Mitteilung hin, eine Partei habe die Kassation eines rechtskräftigen Urteils angeregt, die von dieser Partei beantragte Einstellung der Zwangsvollstreckung aus dem Urteil beschlossen haben.\*<sup>2)</sup>

Diese Erfahrungen mit der auf nachträgliche Aufrechnung gestützten Vollstreckungsgegenklage waren es, die schließlich die frühere Rechtsprechung zu der Nachprüfung führten, ob deren Zulassung nicht gegen § 767 Abs. 2 ZPO verstoße, und daß dies tatsächlich der Fall ist, kann m. E. nicht gut bestritten werden: der „Grund, auf dem die Einwendung beruht“, ist doch materiell das Vorhandensein einer aufrechenbaren Gegenforderung, und es erscheint recht formalistisch und als Verstoß gegen den offensichtlich auf Prozeßkonzentration hinzielenden Sinn der Vorschrift, ihre Anwendbarkeit zu leugnen, wenn die im freien Belieben des Beklagten liegende Aufrechnungserklärung absichtlich erst nach dem maßgebenden Zeitpunkt abgegeben wird.

Wie Reimers selbst zitiert, bezweckte diese Rechtsprechung, „im Interesse eines energischen Fortgangs der Vollstreckung Schikanen und Verzögerungen des Schuldners möglichst entgegenzutreten“, und er selbst stellt auch ganz richtig fest, daß auch in unserer neuen Ordnung eine solche Tendenz gerechtfertigt ist — wenn auch nicht im Interesse der schnelleren Realisierung des kapitalistischen Mehrwerts, so doch im Interesse des Schutzes des Volkseigentums und des Eigentums der Bürger. Und gerade diesem Interesse wird mit einer solchen Rechtsprechung gedient: weiß der Beklagte — und erhält er es obendrein gemäß § 139 ZPO noch ausdrücklich gesagt —, daß er, um die Vollstreckung der Klageforderung zu vermeiden, seine Gegenforderung im Prozeß selbst aufrechnen muß und sich nicht auf eine nachträgliche Vollstreckungsgegenklage verlassen kann, so wird er eben in aller Regel 1 m Prozeß und nicht erst nach dem Prozeß auf rechnen.

<sup>1)</sup> § 769, Aura. 1 B.

<sup>2)</sup> vgl. NJ 1952, S. 586 ff., NJ 1953 S. 572.