

# 1. Kapitel

## Einleitung

Gem § 1052 S 1 muss derjenige, der auf die Übergabe dringen will, seine Verbindlichkeit erfüllt haben oder sie zu erfüllen bereit sein. Diese prägnante Bestimmung wirft sowohl im materiellen Recht als auch im Prozessrecht zahlreiche Fragen auf: Ist der Verjährungsbeginn von der Erbringung der Gegenleistung abhängig? Gilt § 1052 S 1 auch dann, wenn die Gegenforderung bereits verjährt ist? Kann sich die in Annahmeverzug geratene Vertragspartei darauf berufen, dass sie nur Zug-um-Zug zur Leistung verpflichtet ist? Hat das Gericht von Amts wegen oder nur auf Vorbringen des Beklagten auf § 1052 S 1 Rücksicht zu nehmen? Muss der Kläger leistungsbereit sein, um ein Zug-um-Zug-Urteil erwirken zu können? Steht das Mahnverfahren im Anwendungsbereich des § 1052 S 1 offen? Wie sind Streitwert und Kostentragung zu bemessen? Etc...

Obwohl die sog Einrede des nicht erfüllten Vertrags bereits mehrfach untersucht wurde, hier sind insb die Werke *Jaborneggs*<sup>1</sup> und *Kodeks*<sup>2</sup> zu nennen, bestehen nach wie vor zahlreiche Kontroversen. Dies mag auch daran liegen, dass sich die Deutung des § 1052 S 1 unter dem Einfluss der deutschen Lehre und des BGB gewandelt hat.<sup>3</sup> Zudem unterlag das maßgebliche Prozessrecht durch die Einführung von EO und ZPO wesentlichen Änderungen.<sup>4</sup> Diese Arbeit hinterfragt die Entwicklung von Lehre und Rechtsprechung zu § 1052 S 1 unter gleichzeitiger Berücksichtigung der prozessualen Änderungen kritisch.

- 
- 1 *Jabornegg*, Zurückbehaltungsrecht und Einrede des nicht erfüllten Vertrages (1982).
  - 2 *Kodek*, Die Einrede im Zivilrecht – Rechtsverteidigung mit rechtshemmenden Einwendungen und Gestaltungsrechten (2020).
  - 3 Dazu 4. Kap. I.B; 5. Kap. I. B.
  - 4 Dazu 5. Kap. II. D.1.



## 2. Kapitel Gang der Untersuchung

Die Beantwortung der soeben aufgeworfenen Fragen wird in Lehre und Rechtsprechung oft davon abhängig gemacht, ob § 1052 S 1 als Einrede oder Einwendung zu deuten ist. Eine nähere Betrachtung zeigt allerdings, dass sich auch diese Begriffe schwer fassen lassen: Sowohl hinsichtlich der genauen Einteilung als auch ihrer Rechtsfolgen besteht keineswegs Einigkeit. So wird etwa kontrovers beurteilt, ob oder welche Einreden verjähren können, sowie, ob Einreden stets der gerichtlichen Geltendmachung bedürfen oder ob auch die außergerichtliche Geltendmachung genügen kann. Das folgende Kapitel geht kurz auf die Begriffsverwendung ein. Dabei wird allerdings keine Bewertung oder neue Systematisierung dieser Begriffe angestrebt, die Ausführungen dienen lediglich dem besseren Verständnis des in der Folge darzustellenden Meinungsstandes zu § 1052 S 1.

Nach dieser Einleitung wendet sich die Arbeit ihrem eigentlichen Thema zu. Dabei wird zuerst die Grundsatzfrage untersucht, ob § 1052 S 1 eine Beschränkung der gegenüberstehenden Rechte an sich statuiert oder ob von unbeschränkten Rechten auszugehen ist, denen lediglich ein Gegenrecht entgegengehalten werden kann. Diese zugegeben sehr theoretisch und trocken anmutende Frage wirkt sich nicht nur im materiellen Recht, sondern auch im Prozessrecht aus. Gleichgültig, ob etwa die Auswirkungen einer im Synallagma stehenden verjährten Forderung auf die unverjährte Gegenforderung (Eintritt des Schuldnerverzugs, Urteilsgestaltung) zu beurteilen sind, oder die Frage der prozessualen Wahrnehmung (von Amts wegen oder nur auf Vorbringen des Beklagten), diese Grundsatzfrage geht der Untersuchung stets voran.

Die konkreteren Fragestellungen des materiellen Rechts und des Prozessrechts werden daher erst danach behandelt. Dabei wird aus Gründen der Übersichtlichkeit zuerst auf das materielle Recht und folgend auf das Prozessrecht eingegangen. Diese Unterteilung kann allerdings nur eine Annäherung darstellen, bestehen doch gerade im Fall des § 1052 S 1 zahlreiche Wechselwirkungen zwischen diesen Rechtsgebieten. Zuletzt wird untersucht, inwiefern die zuvor aufgestellten Grundsätze auf den Werkvertrag und die nicht gehörige Erfüllung anwendbar sind.



# 3. Kapitel

## Das Begriffspaar Einrede und Einwendung

### I. Die Begriffe in ihrer aktuellen Verwendung

Das Zivilprozessrecht kennt einerseits den Begriff der Prozesseinreden (vgl § 258 Abs 1 Z 1 ZPO; § 396 Abs 3 ZPO). Mit ihnen werden Fehlen von Prozessvoraussetzungen oder Prozesshindernisse geltend gemacht.<sup>5</sup> Andererseits kann mit Einrede oder Einwendung auch jegliches Vorbringen des Beklagten, das über ein bloßes Bestreiten der vom Gegner vorgebrachten Tatsachen hinausgeht, angesprochen werden.<sup>6</sup> Dieses Begriffsverständnis ist für die hier angesprochene Kontroverse allerdings von geringer Bedeutung.

Hier von Interesse ist der Begriff der Einrede im Sinne eines im materiellen Recht begründeten Verteidigungsmittels, dessen Geltendmachung die vom Kläger angestrebte Verurteilung verhindert (oder beschränkt).<sup>7</sup> Das ABGB enthält keine ausdrücklichen Bestimmungen zur Abgrenzung von Einrede und Einwendung. Der Begriff der Einrede wird lediglich in § 916 Abs 2 bei der „Einrede des Scheingeschäfts“ und in § 933 Abs 3 verwendet, nach dem der Mangel „durch Einrede“ zeitlich unbeschränkt geltend gemacht werden kann, wenn der Übernehmer den Mangel in der Frist anzeigt. Häufiger ist der der Begriff der Einwendung im ABGB enthalten, so insb in § 1501 zur Verjährung. Die Begrifflichkeit des ABGB stimmt – wie folgend ausgeführt wird – allerdings nicht mit dem Begriffsverständnis der aktuellen Lehre überein.

Die systematische Einordnung der materiellrechtlichen Verteidigungsmittel des Schuldners nahm in der deutschen Lehre einen größeren Platz ein als in der bisherigen österreichischen.<sup>8</sup> Schon in den Materialien zum BGB finden sich detaillierte Ausführungen zur Abgrenzung von Einrede und Einwendung: Bereits dort wird zwischen dem Einredebegriff des materiellen Rechts und dem des Prozessrechts unterschieden. Unter den Begriff der prozessualen Einrede, falle jedes Vorbringen des Beklagten, welches, ohne die Richtigkeit der Klagetatsachen in Frage zu stellen, dem Klagebegehren aufgrund anderweitiger Tatsachen entgegentrete. Darunter

5 Vgl Mayr in *Fasching/Konecny* III/1<sup>3</sup> § 239 ZPO Rz 12, 28 ff; *Rechberger/Klicka* in *Rechberger/Klicka*<sup>5</sup> § 239 ZPO Rz 6; *Ziehensack* in *Höllwerth/Ziehensack* § 239 ZPO Rz 4.

6 *Perner/Spitzer/Kodek* in *Perner/Spitzer/Kodek*, Österreich-Casebook<sup>2</sup> 23 ff; vgl bereits *Krainz*, System I<sup>4</sup> 448 ff, dieser spricht hier von Einreden im prozessualischen Sinn; zum deutschen Recht *Roth*, Einrede des bürgerlichen Rechts 37.

7 *P. Bydlinski*, AT<sup>9</sup> Rz 3/23.

8 Siehe etwa *Langheineken*, Anspruch und Einrede 272 ff; *Jahr*, JuS 1964, 293 ff; *Oesterle*, Zug um Zug 82 f mwN; *Roth*, Einrede des bürgerlichen Rechts 37 ff; *Gröschler*, AcP 201 (2001) 49 f, 90 mwN; *Thomale*, AcP 212 (2012) 928; vgl auch *Kodek*, Einrede 3.

würden einerseits Tatsachen fallen, die lediglich die Durchführbarkeit des an sich begründeten Klageanspruchs bestreiten, aber auch Tatsachen, aus denen sich ergebe, dass der Anspruch ungeachtet der Klagetatsachen nicht entstanden oder bereits erloschen sei. Nur die erste Kategorie sei aber auch Einrede iSd materiellen Rechts. Rechtsverhindernde oder rechtsvernichtende Tatsachen würden hingegen mit oder durch ihren Eintritt dem materiellen Recht ihren Bestand entziehen und bedürften daher materiell keiner Verteidigung. Auf eine Einrede des materiellen Rechts könne verzichtet werden und sie wirke nur, wenn sich der Verpflichtete/der Beklagte auf sie berufe. Die Einrede des materiellen Rechts werde im BGB schlicht als Einrede, rechtsverhindernde und rechtsvernichtende Tatsachen als Einwendungen bezeichnet.<sup>9</sup>

Soweit sich die österreichische Lehre mit der Unterscheidung von Einrede und Einwendung befasst, orientiert sie sich zumeist an den in Deutschland verwendeten Kategorien. Die materiellrechtlichen Verteidigungsmittel des Beklagten (Einwendungen iwS) werden daher überwiegend in rechtshindernde Einwendungen, die schon das Entstehen des Rechts verhindern, rechtsvernichtende Einwendungen, die das Recht erlöschen lassen, sowie rechtshemmende Einwendungen, die bloß die (derzeitige) Durchsetzung des Rechts verhindern oder beschränken, unterschieden.<sup>10</sup> Die Kategorie der rechtshemmenden Einwendungen wird häufig als Einreden, Einreden im materiellrechtlichen Sinn<sup>11</sup> oder Einreden im engeren Sinn (ieS) bezeichnet.<sup>12</sup> Diese Einreden lassen nach der üA das Recht selbst unberührt und hindern (peremptorische Einrede) oder beschränken (dilatorische Einrede) lediglich seine (derzeitige) Durchsetzung, indem dem Recht ein Gegenrecht entgegengehalten wird.<sup>13</sup> Einreden (ieS) müssen nach üA – ebenso wie Gestaltungsrechte – vom Schuldner ausgeübt werden und dürfen daher nicht von Amts wegen wahrgenommen werden.<sup>14</sup>

Zuletzt wurde die Einrede im österreichischen Recht durch *Kodek* ausführlich untersucht.<sup>15</sup> *Kodek* betont, dass die Worte Einrede und Einwendung im ABGB zwar nicht mit einer einheitlichen Systematik gebraucht worden seien, die Figur der Einrede aber dennoch im österreichischen Recht anzuerkennen sei. Ausgangspunkt für die Entwicklung des Instituts der Einrede müssten die im ABGB ausdrücklich geregelten Einreden des § 1052 und der Verjährung sein.<sup>16</sup> Charakteristisch für alle Einreden sei eine bloße Abschwächung des Anspruchs.<sup>17</sup> Als Folge der Privatautonomie bedürfe die Einrede stets der – wenn auch nur außergerichtlichen – Gel-

---

9 *Mugdan*, Materialien I 549 f.

10 *P. Bydlinski*, AT<sup>9</sup> Rz 3/49; *Perner/Spitzer/Kodek* in *Perner/Spitzer/Kodek*, Österreich-Casebook<sup>2</sup> 23 ff; vgl dazu *Kodek*, Einrede 3 mwN; s bereits *Krainz*, System I<sup>4</sup> 448 ff.

11 *Krainz*, System I<sup>4</sup> 448 ff.

12 *Perner/Spitzer/Kodek* in *Perner/Spitzer/Kodek*, Österreich-Casebook<sup>2</sup> 24; vgl *Kodek*, Einrede 3 FN 3.

13 *Perner/Spitzer/Kodek* in *Perner/Spitzer/Kodek*, Österreich-Casebook<sup>2</sup> 25; vgl bereits *Krainz*, System I<sup>4</sup> 448 ff.

14 *Perner/Spitzer/Kodek* in *Perner/Spitzer/Kodek*, Österreich-Casebook<sup>2</sup> 25.

15 Siehe auch *Spitzer/Kodek* in *Schwimann/Kodek*<sup>5</sup> § 1052 Rz 2 ff.

16 *Kodek*, Einrede 461 f.

17 *Kodek*, Einrede 154 ff.

tendmachung, sie sei daher nicht amtswegig wahrzunehmen.<sup>18</sup> Als Verteidigungsmittel könne der Beklagte – neben der Bestreitung des Tatsachenvorbringens des Klägers – daher einerseits Tatsachen vorbringen, die die Entstehung des Anspruchs (ganz oder teilweise) verhindern (rechthindernde Einwendungen), den Anspruch abschwächen (rechtshemmende Einwendungen ieS) oder zum Erlöschen bringen (rechtsvernichtende Einwendungen). Andererseits könne der Schuldner Gestaltungsrechte ausüben, und zwar sowohl solche, die auch außergerichtlich geltend gemacht werden können, als auch solche, die nur im Prozess geltend gemacht werden können (gerichtliche Gestaltungsrechte/Gestaltungsklagerechte). Einreden (ieS) würden in den gewöhnlichen Gestaltungsrechten aufgehen, sie seien jedoch wegen ihrer Prozessbezogenheit mit den einredeweise geltendzumachenden Gestaltungsrechten als Einreden (iwS) zusammenzufassen. Das einzige Abgrenzungsmerkmal zu den klassischen Gestaltungsrechten bleibe die spezifisch schwache Wirkung auf den gegnerischen Anspruch.<sup>19</sup>

Dieser kurze Überblick zeigt, dass den Begriffen der Einrede oder Einwendung schon in ihrer aktuellen Verwendung mit Vorsicht begegnet werden muss. Einerseits werden sie gerade in der österreichischen Literatur oft in einem weiten Bedeutungssinn gebraucht. Andererseits gibt es auch unter jenen, die eine genaue Differenzierung der Begriffe Einrede und Einwendung vornehmen, kein vollständiges Einvernehmen über ihre Einteilung und dementsprechend über den Bedeutungsgehalt dieser Begriffe. Zur Einrede (ieS) kann für die folgende Untersuchung allerdings festgehalten werden, dass diese nach hA als Gegenrecht vom Schuldner ausgeübt werden muss, um vom Gericht wahrgenommen werden zu können. Schon bei der Frage, ob diese Ausübung auch außergerichtlich erfolgen kann, scheiden sich allerdings die Geister.

## II. Die Begriffe in der älteren Literatur

Diese Beobachtung gilt umso mehr für den Meinungsstand kurz nach Inkrafttreten des ABGB, der hier dennoch kurz dargestellt wird, um die älteren Stellungnahmen zu § 1052 aF<sup>20</sup> besser verständlich zu machen.<sup>21</sup>

In der AGO<sup>22</sup> war die Einrede der Überbegriff für die Beantwortung der in der Klage angebrachten Umstände (§ 5 AGO),<sup>23</sup> den Nachtrag und die Ergänzung von

---

18 *Kodek*, Einrede 160 ff.

19 *Kodek*, Einrede 193 ff.

20 Dh § 1052 S 1, S 2 wurde erst durch die 3. Teilnovelle hinzugefügt. Dazu unten 4. Kap. I.D.2.e).

21 Zum historischen Rückblick bis zum römischen Recht *Kodek*, Einrede 15 ff.

22 Allgemeine Gerichtsordnung für Böhme, Mähren, Schlesien, Oesterreich 1781.

23 § 5 AGO „Der Beklagte hat in der Einrede alle von dem Kläger angebrachte Umstände und zwar jeden insbesondere in eben jener Ordnung in welcher sie erzählt worden sind ohne Zweideutigkeit zu beantworten: daher soll die Beirückung einer allgemeinen Verneinungsklausel verboten und ohne Wirkung seyn.“ Dazu *Kees*, Allgemeine Gerichtsordnung I 6ff; *Nippel*, Allgemeine Gerichtsordnung I 48 ff.

Umständen (§ 6 AGO),<sup>24</sup> sowie die Erhebung von Einwendungen (§ 7 AGO)<sup>25</sup> durch den Beklagten. Als Einrede wurde damit grundsätzlich die Erwiderung des Beklagten auf die Klage bezeichnet.<sup>26</sup> Nach *Kodek* stimme dieses Begriffsverständnis der Einrede mit dem heutigen Begriff der Klagebeantwortung überein.<sup>27</sup>

Auch die ältere Lehre erwähnt allerdings eine spezielle Art der Verteidigungsmittel, mit denen der Beklagte zwar nicht das Klagefactum bestreite, aber sonstige Umstände anführe, die der Klage entgegenstehen.<sup>28</sup> Diese Verteidigungsmittel seien je nachdem, wie eng sie definiert wurden, nie<sup>29</sup> oder nur in gewissen Fällen<sup>30</sup> von Amts wegen wahrzunehmen. Zu ihnen würden auch Verteidigungsmittel gehören, mit denen nicht das gegnerische Recht an sich bestritten, sondern nur Umstände vorgebracht werden, die der Geltendmachung entgegenstehen.<sup>31</sup> Mit der verneinenden Klagebeantwortung<sup>32</sup> (negative Litiscontestatio oder Widerspruch) werde hingegen schon der rechtliche oder faktische Grund der Klage bestritten.<sup>33</sup>

Da insb *Unger* für die Einordnung des § 1052 aF in der österreichischen Lehre eine entscheidende Rolle spielt, soll auf seinen Einredobegriff näher eingegangen werden: *Unger* definiert drei Arten der (materiellrechtlichen) Verteidigungsmittel: Erstens die reine Negation des klägerischen Rechtsanspruchs, durch Verneinung des historischen Klagegrunds (negative Einlassung/Litiscontestatio) oder der rechtlichen Begründung der Klage. Zweitens die qualifizierte Negation des klägerischen

24 § 6 AGO „Nach dieser Beantwortung hat der Beklagte in der Einrede das Faktum allenfalls zu ergänzen, und jene Umstände, die der Kläger verschwiegen, oder anders, als sie sich verhalten, angebracht haben dürfte, in der gehörigen Zeitordnung nachzutragen.“ Dazu *Kees*, Allgemeine Gerichtsordnung I 8; *Nippel*, Allgemeine Gerichtsordnung I 52 f.

25 § 7 AGO „Endlich soll der Beklagte alle Einwendungen, womit er sich wider den Kläger auf eine Zeit, oder aus immer schützen zu können glaubet, (exceptiones dilatorias et peremptorias) zugleich und zwar jene zum ersten anführen, welche aus einem Faktum entspringen.“ Dazu *Kees*, Allgemeine Gerichtsordnung I 9 ff; *Nippel*, Allgemeine Gerichtsordnung I 53 ff.

26 *Haimperl*, Zeitschrift für österreichische Rechtsgelehrsamkeit und politische Gesetzeskunde 1839 I 1 ff.

27 *Kodek*, Einrede 25.

28 *Fischer*, Handbuch 3 ff spricht hier von *exceptiones* (Einreden oder Einwendungen); *Haimperl*, Zeitschrift für österreichische Rechtsgelehrsamkeit und politische Gesetzeskunde 1839 I 17 ff spricht von Einwendungen iES des § 7 AGO (*exceptiones*); *Nippel*, Allgemeine Gerichtsordnung I 53 spricht von Einwendungen iSd § 7 AGO; vgl auch die Einrededefinition von *Canstein*, Civilprocessrecht II<sup>2</sup> 77 ff.

29 *Haimperl*, Zeitschrift für österreichische Rechtsgelehrsamkeit und politische Gesetzeskunde 1839 I 32.

30 *Fischer*, Handbuch 180 ff; *Nippel*, Allgemeine Gerichtsordnung I 56 f; *Aigner*, Gerichtliches Verfahren<sup>8</sup> 14.

31 *Haimperl*, Zeitschrift für österreichische Rechtsgelehrsamkeit und politische Gesetzeskunde 1839 I 17 ff; vgl zum deutschen Recht *Unterholzner*, Verjährungslehre II 20 f, der hier von der Einrede im römischen Sinn spricht.

32 Die allerdings nicht der Klagebeantwortung im heutigen Sinn entspricht, dazu *Kodek*, Einrede 25.

33 *Fischer*, Handbuch 3 ff, 195; *Haimperl*, Zeitschrift für österreichische Rechtsgelehrsamkeit und politische Gesetzeskunde 1839 I 1 ff, 7; vgl zum deutschen Recht *Unterholzner*, Verjährungslehre II 20 f.



Rechtsanspruchs, durch Anführung von Tatsachen, nach denen – selbst, wenn die Klagstatsachen wahr wären – das Recht dennoch nicht bestünde (Einwendung/Einrede im weiteren Sinn). Drittens die Berufung auf ein entgegenstehendes Recht, aufgrund dessen das Klagerecht nicht geltend gemacht werden kann (Einrede im engeren, technischen Sinn/*exceptio*).<sup>34</sup> Die beiden letzteren Verteidigungsarten seien nicht von Amts wegen aufzugreifen, außer der Kläger führe selbst rechtshindernde oder rechtsvernichtende Tatsachen an, die mit der Klage im Widerspruch stehen. Auf eine Einrede im technischen Sinn müsse sich der Beklagte hingegen stets berufen, weil es nur an ihm liege, sein Recht geltend zu machen.<sup>35</sup> Auch *Unger* vertritt daher bereits die Einteilung in rechtshindernde und rechtsvernichtende Einreden iWS,<sup>36</sup> sowie die *exceptio*, die bloß die Klage dauernd oder vorübergehend abwende oder die Verurteilung abschwäche.<sup>37</sup>

---

34 *Unger*, System II<sup>5</sup> 472 ff.

35 *Unger*, System II<sup>5</sup> 485 FN 24.

36 *Unger*, System II<sup>5</sup> 488 ff.

37 *Unger*, System II<sup>5</sup> 492 ff.

