

I. Einleitung

Im Rahmen der Verteidigungsmöglichkeiten des Anspruchsgegners werden im Privatrecht¹ gemeinhin **rechtshindernde, rechtsvernichtende und rechtshemmende Einwendungen** (iwS) unterschieden.² Letztere nehmen eine gewisse **Sonderstellung** gegenüber den ersten beiden Gruppen, den Einwendungen ieS, ein. Sie werden in Deutschland regelmäßig, aber auch in Österreich (wenn auch weniger konsequent) als »**Einreden**« (ieS) bezeichnet.³ Ihr entscheidendes Merkmal wird darin erblickt, dass der (bestehende!) Anspruch nicht zerstört wird, sondern gewisse Wirkungen des Anspruchs aufrecht bleiben. Hier lässt sich wiederum zwischen peremptorischen und dilatorischen Einreden unterscheiden, je nachdem ob die Durchsetzung des Rechts zeitweilig oder dauernd gehindert wird. Von manchen Autoren wird auch die Notwendigkeit der Geltendmachung als Charakteristikum der Einrede und als der entscheidende Unterschied zur Einwendung ieS angesehen.⁴ Vielfach wird der Begriff der »Einrede« aber auch in einem weiten, untechnischen Sinn ganz allgemein für Verteidigungsmittel des Beklagten verwendet.⁵

-
- 1 Dem Prozessrecht liegt eine eigene Terminologie zugrunde. Dort bezeichnet § 229 ZPO die »Einwendungen« (iSd dort zuvor angesprochenen »Bestreiten« des Klagsanspruchs iwS) als möglichen Inhalt der Klagebeantwortung neben »Anträgen« und »Einreden«. Zur Terminologie auch unten S 37 ff.
 - 2 Vgl nur *Perner/Spitzer/Kodek*, Österreich-Casebook Bürgerliches Recht² (2019) 23 f; *P. Bydlinski*, Bürgerliches Recht Allgemeiner Teil⁸ (2018) 3/49.
 - 3 Vgl nur *Perner/Spitzer/Kodek*, Casebook² 23 f; *P. Bydlinski*, AT⁸ 3/49. Mitunter werden auch rechtshemmende Einwendungen ieS postuliert, also amtswegig wahrzunehmende Anspruchsbeschränkungen (vgl dazu *Larenz/Wolf*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts⁹ [2004] § 18 Rz 53). Dazu sollen Spiel und Wette sowie die Verwirkung gehören. Aus Sicht des Schweizer Rechts ablehnend *Schaller*, Einwendungen und Einreden im schweizerischen Schuldrecht (2010) Rz 123. Dazu näher unten S 198 f.
 - 4 Für Österreich etwa *Reiterer*, Die Aufrechnung – Funktionen und Rechtsnatur von außergerichtlicher Aufrechnung und Prozessaufrechnung (1976) 56; für Deutschland neuerdings *Thomale*, Die Einrede als materielles Gestaltungsrecht, AcP 212 (2012), 920 (935 ff); anders etwa *Gröschler*, Zur Wirkungsweise und zur Frage der Geltendmachung von Einrede und Einwendung im materiellen Zivilrecht, AcP 201 (2001) 48 (68 ff). Zum deutschen Recht näher unten S 33 ff.
 - 5 Vgl *P. Bydlinski*, BR AT⁸ Rz 3/23; für Deutschland *Medicus*, Anspruch und Einrede als Rückgrat einer zivilistischen Lehrmethode, AcP 174 (1974) 313.

Die nähere Analyse und systematische Erfassung dieser Verteidigungsmittel ist zunächst wichtig für das Verständnis der **Struktur** des Zivilrechts.⁶ Durch Verdeutlichung von Ableitungszusammenhängen sind die dabei gewonnen Einsichten auch didaktisch wertvoll, hilft ein diesbezügliches Verständnis doch beim Aufbau einer strukturierten Falllösung. Zudem stellt die Herausarbeitung der Verteidigungsmöglichkeiten des Schuldners eine Verbindungslinie zum Prozess dar. Sie ermöglicht auch eine prozessfördernde Gliederung des Stoffes und bietet Hinweise auf die Behauptungs- und Beweislast.⁷

Die Unterscheidung zwischen Einwendungen ieS und Einreden ieS ist jedoch keineswegs bloßer »Selbstzweck«, sondern hat »handfeste« Konsequenzen: Dabei geht es einerseits um die **Wirkung** auf den betreffenden **Anspruch**. Hat die Einrede nicht das Erlöschen, sondern nur eine Abschwächung des Anspruchs zur Folge, so kann dieser weiter erfüllt (und das zur Erfüllung Geleistete daher nicht zurückverlangt) werden; auch akzessorische Sicherungsrechte sind in diesem Fall zumindest denkbar. Weiters gilt es, die Wirkung einer derartigen Hemmung des Anspruchs auf den Lauf der **Verjährungsfrist** zu untersuchen. Grundsätzlich setzt die Verjährung ja die Möglichkeit der Geltendmachung bzw Ausübung eines Rechts voraus; nun kann aber ein einredebehafteter Anspruch nicht gerichtlich geltend gemacht werden. Vor allem aber ist auf grundsätzlicher Ebene die **Rechtsnatur** der **Einrede** zu untersuchen. Die Antwort auf diese Fragen hat wiederum Rückwirkungen auf die Frage der Notwendigkeit der Geltendmachung oder die Möglichkeit amtswegiger Wahrnehmung und auf die Möglichkeit der Zurücknahme einer bereits erhobenen Einrede, schließlich auf den Umfang der richterlichen Anleitungspflicht und möglicherweise auch auf den Umfang der Rechtskraft der Entscheidung.

Die Untersuchung wäre indes unvollständig, würde sie nicht auch eigenständige **Gestaltungsrechte** des Schuldners wie Irrtumsanfechtung, Rücktritt, Wandlung etc einbeziehen, die nach ganz hA auch mittels »Einrede« geltend gemacht werden können.⁸ In den gängigen

6 Zum Folgenden *Medicus*, AcP 174, 313.

7 Für die Zuweisung der Beweislast sind freilich vielfältige Gesichtspunkte maßgeblich; diese richtet sich zwar häufig, aber keineswegs ausnahmslos danach, ob ein Sachverhaltselement zur Anwendung einer für eine Partei günstigen Rechtsnorm führt (zu dieser »allgemeinen Beweislastregel« sowie zu weiteren hier maßgeblichen Gesichtspunkten *Rechberger* in *Fasching/Konecny*³ Vor § 266 ZPO Rz 33 ff).

8 Dazu näher unten S 304 ff.

Darstellungen stehen diese in gewisser Weise neben den angeführten Einwendungen (iwS),⁹ ohne dass ihr Verhältnis klargelegt würde. Hier besteht in Österreich bekanntlich eine Besonderheit insofern, als viele Gestaltungsrechte, nämlich vor allem die Anfechtung wegen Willensmängeln, aber auch die Wandlung und Preisminderung, nach hA nur **gerichtlich** geltend gemacht werden können,¹⁰ sodass von »gerichtlichen Gestaltungsrechten« (»**Gestaltungsklagerechten**«) gesprochen wird.¹¹ Teilweise sieht das Gesetz ausdrücklich vor, dass ein derartiges Recht im Wege der Klage oder »Einrede« geltend gemacht werden kann. Beispiele sind § 933 ABGB, aber auch § 43 IO sowie §§ 8 Abs 2, 10 AnFO.¹² Zumindest aus historischer Sicht ist die Einrede ieS durch ihre regelmäßige **Prozessbezogenheit** eng mit dieser Form der verteidigungsweisen Geltendmachung von Rechten verbunden; mitunter gab es auch »Übergänge« zwischen diesen beiden Formen. Eindrucksvollstes Beispiel ist die Entwicklung der Aufrechnung von einer bloßen anspruchshemmenden *exceptio* noch in Teilen der pandektistischen Literatur¹³ zu einem vollwertigen Gestaltungsrecht.

Natürlich können die herkömmlichen Gestaltungsrechte auch »offensiv« verwendet werden; insoweit handelt es sich bei diesen um keine reinen Verteidigungsmittel. Allerdings ist die Möglichkeit »aktiver« Geltendmachung auch für Einreden ieS nicht von vornherein ausgeschlossen. So sieht § 1499 ABGB eine »Verjährungsklage« vor;¹⁴ zumindest das deutsche Recht lässt in bestimmten Fällen bei Erfüllung einer »einredebehafteten« Forderung die bereicherungsrechtliche Rückforderung zu (§ 813 BGB). Indes zeigt gerade der Blick auf das deutsche Recht, dass verteidigungsweise Geltendmachung von Gestaltungsrechten und Einreden ieS nicht nur historisch durch die Form der Geltendmachung, sondern vor allem auch aufgrund ihrer **Funktion** in engem

9 Vgl *Perner/Spitzer/Kodek*, Casebook² 20 ff.

10 Vgl zB *Pletzer in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON¹⁻⁰³ § 871 Rz 71; *Zöchling-Jud in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON¹⁻⁰² § 932 Rz 31. Näher dazu unten S 229 ff.

11 Vgl nur *Fasching*, Lehrbuch des österreichischen Zivilprozeßrechts² (1990) Rz 1111.

12 Weitere Beispiele unten S 304 ff.

13 Vgl *Windscheid/Kipp*, Lehrbuch des Pandektenrechts I⁸ (1900) § 349 FN 3; krit *Eisele*, Die Compensation nach römischem und gemeinem Recht (1876) 218 ff. Dazu unten S 322.

14 Der Schuldner muss also nicht die Klage des Gläubigers abwarten, um im Prozess die Verjährungseinrede erheben zu können, sondern er kann die Verjährung auch aktiv mit der unmittelbar aus dem Gesetz entspringen Verjährungsklage geltend machen (*Madl in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON¹⁻⁰⁶ § 1499 Rz 1).

Zusammenhang stehen: In vielen Fällen, in denen das deutsche Recht Einreden ieS vorsieht, bestehen nach österreichischem Recht echte Gestaltungsrechte. Insbesondere kennt das österreichische Recht, um ein Ergebnis der Untersuchung vorwegzunehmen, keine »Aufhebungseinreden« iSd §§ 478 BGB aF, §§ 821, 853, 2083 BGB. Diese Einreden stellen in gewisser Weise die »Fortsetzung« verjährter Gestaltungsrechte dar. Während nach deutschem Recht in diesen Fällen dem Schuldner daher nur eine Einrede ieS eröffnet ist, räumt das österreichische Recht hier echte Gestaltungsrechte ein. Damit ist ein in Deutschland in der Literatur wiederholt geäußerter Vorschlag, statt mit Einreden ieS mit »echten« Gestaltungsrechten zu arbeiten,¹⁵ in Österreich seit über 200 Jahren verwirklicht.

Die Notwendigkeit der gerichtlichen Geltendmachung verbietet, die angeführten Gestaltungsrechte einfach unter die Einwendungen iwS einzuordnen. Kann ein Gestaltungsrecht auch außergerichtlich geltend gemacht werden, so erübrigen sich besondere Regeln über dessen Geltendmachung im Prozess; der Verweis auf das ausgeübte (!) Gestaltungsrecht ist dann bloße Einwendung (iwS), deren Behandlung sich nach allgemeinen Regeln richtet. Demgegenüber kommt gerichtlichen Gestaltungsrechten (Gestaltungsklagerechten) offenbar eine – im Einzelnen freilich noch näher zu prüfende – Sonderstellung zu. Daher ist zunächst zu untersuchen, *welche* Gestaltungsrechte gerichtlich geltend zu machen sind. Bekanntlich qualifiziert die hL und Rsp das Anfechtungsrecht bei Willensmängeln, aber auch die Wandlung und Preisminderung als Gestaltungsklagerecht.¹⁶ Wenngleich in neuerer Zeit wiederholt Zweifel an der Richtigkeit dieser Auffassung geäußert wurden, fehlt bislang eine umfassende Untersuchung dieser Frage. Erst wenn für ein bestimmtes Gestaltungsrecht das Erfordernis gerichtlicher Geltendmachung bejaht wird, stellt sich in der Folge die Frage nach der **Form** der gerichtlichen Geltendmachung, also ob dieses Recht ausschließlich im Wege einer Klage oder auch im Wege der Einrede geltend gemacht werden kann.¹⁷ Dies ist – wie die diesbezügliche

15 *Schlosser*, Peremptorische Einrede und »Ausgleichszusammenhänge«, JZ 1966, 428 (429 ff); *Medicus/Petersen*, Allgemeiner Teil des BGB¹¹ (2016) Rz 48.

16 Vgl nur *Pletzer* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 871 Rz 71; *Zöchling-Jud* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 932 Rz 31. Näher dazu unten S 245 ff.

17 Dazu unten S 304 ff.

umfangreiche gemeinrechtliche Diskussion zeigt¹⁸ – keineswegs selbstverständlich. Die Beantwortung dieser Frage eröffnet auch Einsichten über die Anforderungen an die Geltendmachung im Klageweg, können diese doch nicht höher sein als bei der Geltendmachung im Wege der Einrede.¹⁹

Anschließend sollen die wichtigsten Rechte, deren Geltendmachung im Wege der »Einrede« in Frage kommt, kurz skizziert werden.²⁰ Die Bandbreite reicht hier von der Anfechtung wegen Willensmängeln über Wandlung und Preisminderung bis zur Aufrechnung²¹ und einem aus der schadenersatzrechtlichen Naturalrestitution abgeleiteten Gegenrecht.²²

In allen diesen Fällen stellt sich die Frage nach der **Wirkung** der Erhebung einer derartigen »Einrede«: Praktisch bedeutsam ist diese Frage vor allem (aber nicht nur) im Gewährleistungsrecht, das auch in § 933 Abs 3 ABGB ausdrücklich die Geltendmachung von Gewährleistungsrechten im Wege der »Einrede« vorsieht. Handelt es sich hier um eine Einrede ieS, die nur zur Abschwächung des gegnerischen Anspruchs führt (wie dies nach § 478 BGB aF, dem seinerzeitigen Pendant zu § 933 Abs 3 ABGB, unzweifelhaft der Fall war), oder die »einredeweise« Geltendmachung eines vollwertigen Gestaltungsrechts? Dazu muss freilich zunächst Klarheit über die Rechtsnatur der »Einrede« des § 933 Abs 3 ABGB gewonnen werden. Dies führt uns zu einer schon länger zurückliegenden, aber nach wie vor bedeutsamen, in der Literatur heftig kritisierten Entscheidung des OGH im »Traktorfall«,²³ die seinerzeit Ausgangspunkt für mein Interesse an der Thematik war.

Schließlich stellt sich auch die Frage nach der **Verjährung** dieser Form der Rechtsverteidigungsmöglichkeit. Kann der Schuldner einfach passiv bleiben und die Klagsführung durch den Gläubiger abwarten oder läuft er dadurch Gefahr, die Verteidigungsmöglichkeit zu verlieren? Je mehr sich die »Einrede« (iwS) einem Gestaltungsrecht nähert, desto näher liegt zumindest auf den ersten Blick die Annahme, dass auch dieses Recht zeitlichen Schranken unterworfen ist. Dies ist jedoch

18 Vgl unten S 304 f.

19 Dazu unten S 303 f und S 306 f.

20 Unten S 311 ff.

21 Unten S 319.

22 Unten S 342.

23 10 Ob 506/93 = SZ 67/187. Dazu unten S 43 ff.

keineswegs selbstverständlich. § 43 IO, der die Insolvenzanfechtung mittels Einrede auch nach Ablauf der Anfechtungsfrist zulässt, zeigt, dass das Gesetz sogar Präklusivfristen kennt, deren Ablauf der verteidigungsweisen Geltendmachung eines Rechts nicht entgegenstehen. Eine eigene Regel findet sich im Rahmen des Gewährleistungsrechts: Hier führt nach § 933 Abs 3 ABGB eine außergerichtliche Anzeige des Mangels zu einer »Perpetuierung« der Einrede. Wenngleich das Gesetz diese Rechtsfolge nur für die »Einrede« anordnet, gilt dies nach verbreiteter Auffassung auch für die Klage. Demnach soll eine außergerichtliche Anzeige auch die spätere Geltendmachung von Gewährleistungsrechten im Klageweg wahren.²⁴ Der Richtigkeit dieser Ansicht ist ebenso nachzugehen wie der praktisch bedeutsamen Frage, ob der Gewährleistungsberechtigte nach Ablauf der Frist den zunächst gewählten Gewährleistungsbefehl wechseln kann.²⁵ Schließlich ist zu untersuchen, ob es sich bei § 933 Abs 3 ABGB, der die Möglichkeit der Fristwahrung durch außergerichtliche Anzeige des Mangels vorsieht, um eine Sonderregel nur für den Bereich der Gewährleistung handelt oder ob diese Regel einer Analogie zugänglich ist.²⁶

Die **österreichische Literatur** hat diese Fragen bisher eher stiefmütterlich behandelt. Ein Gegenstück zur in Deutschland bis in die neueste Zeit intensiv geführten Diskussion über die Einrede *ieS*²⁷ fehlt in Österreich völlig.²⁸ Zu einigen praktisch wie theoretisch wichtigen Einreden *ieS* liegen immerhin Einzeluntersuchungen vor. Hier sind die Arbeit *Jaborneggs* zum Zurückbehaltungsrecht²⁹ und aus neuerer Zeit die Untersuchung *Vollmaiers* zur Verjährung³⁰ hervorzuheben. Ähnlich fällt der Befund bei den gerichtlichen Gestaltungsrechten (Gestaltungsklagerechten) aus. Hier ist auf die Untersuchungen der Irrtumsanfechtung

24 Vgl etwa *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³ § 933 Rz 8 unter Berufung auf 1 Ob 662/85 = SZ 58/174; 3 Ob 520/94 = SZ 68/152; 1 Ob 166/98p = EvBl 1999/29. Abw nunmehr *Reischauer* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 933 Rz 173. Dazu näher unten S 374 ff.

25 Dazu unten S 375.

26 Dazu unten S 405 ff.

27 Vgl etwa *H. Roth*, Die Einreden des bürgerlichen Rechts (1988); *Gröschler*, AcP 201, 48 ff; *Thomale*, AcP 212, 929 ff.

28 Einen Teilaspekt thematisiert *Spitzer*, Das persönliche Recht auf Aussonderung (2017) 28 ff. Vgl auch *Scheibelreiter*, Aristoteles vor dem Prätor: Von der Ethik der Einrede, in *Jablonek/Potacs/Scheibelreiter/Spilker*, Vienna Law Inauguration Lectures. Antrittsvorlesungen an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät IV (2019) 31.

29 *Jabornegg*, Zurückbehaltungsrecht und Einrede des nicht erfüllten Vertrages (1982).

30 *Vollmaier*, Verjährung und Verfall (2009).

von *Pfersche*³¹ und in neuerer Zeit von *Kerschner*³² sowie das Werk *Klevers* zur *laesio enormis*³³ zu verweisen.

Der Befund zum Stand der literarischen Diskussion spiegelt die **Entwicklung der einzelnen Rechtsinstitute** wider: Praxis und Dogmatik vor allem der gerichtlichen Gestaltungsrechte haben sich historisch für jedes Recht(sinstitut) gesondert entwickelt. Im gemeinen Recht waren alle Einreden ieS und viele Gestaltungsrechte nur gerichtlich geltend zu machen; entwicklungsgeschichtlich besteht eine deutliche Tendenz zur außergerichtlichen Geltendmachung. Das deutsche Recht ist diesen Weg am konsequentesten gegangen: Die außergerichtliche Geltendmachung der Anfechtung wegen Willensmängeln ist dort ausdrücklich im Gesetz verankert (§ 121 BGB). Auch für die Einrede ieS wird in Deutschland überwiegend vertreten, dass diese außergerichtlich geltend gemacht werden kann.³⁴ Beim rund hundert Jahre älteren ABGB ist die Situation anders. Dabei blieb die Entwicklung auf verschiedenen Stufen stehen; in einzelnen Fällen (aber keineswegs generell) wurde auch ein bestimmter Entwicklungsstand ausdrücklich im Gesetz festgeschrieben und damit gewissermaßen »einzementiert«. Dies führt zu einem stark **zersplitterten Rechtszustand**: So wird heute bei der – ursprünglich zweifellos an den Prozess gebundenen – Aufrechnung die Möglichkeit der außergerichtlichen Geltendmachung einhellig bejaht.³⁵ Beim Schenkungswiderruf ist diese Frage hingegen umstritten, wobei die wohl überwiegende Auffassung die außergerichtliche Geltendmachung für ausreichend ansieht.³⁶ Bei der Irrtumsanfechtung verhält es sich wiederum nahezu umgekehrt: Die hRsp und Teile der Lehre gehen von der Notwendigkeit gerichtlicher Geltendmachung aus; allerdings ist hier seit der Arbeit *Kerschners*³⁷ die Gegenauffassung im Vordringen begriffen. Bei der Wandlung und Preisminderung ist demgegenüber

31 *Pfersche*, Die Irrthumslehre des oesterreichischen Privatrechts: mit Berücksichtigung des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich (1891).

32 *Kerschner*, Irrtumsanfechtung insbesondere beim unentgeltlichen Geschäft (1984).

33 *Klever*, Laesio enormis: von der Natur der Schadloshaltung wegen Verkürzung über die Hälfte (2019).

34 Vgl nur *Thomale*, AcP 212 (2012) 920 (926) mwN. Weitere Nachweise zum Meinungsstand in Deutschland unten S 34 FN 193.

35 Vgl S 327.

36 Vgl S 314 ff.

37 *Kerschner*, Irrtumsanfechtung 59 ff.

die gerichtliche Geltendmachung ausdrücklich gesetzlich angeordnet.³⁸ Indes wird auch dort in der Literatur mitunter die Möglichkeit außergerichtlicher Geltendmachung postuliert. Dieses Bild setzt sich – wenig überraschend – bei Detailfragen fort.³⁹

Vor diesem Hintergrund entstand das Vorhaben einer Gesamtuntersuchung, die die dargestellten Verteidigungsmöglichkeiten umfassend behandelt. Erst eine derartige, bisher nicht unternommene Zusammenschau erschließt den Blick für Zusammenhänge, ermöglicht eine Systembildung und vermeidet Wertungswidersprüche. Hingegen ist es bewusst nicht Ziel der vorliegenden Arbeit, gewissermaßen handbuchartig auf alle Einzelprobleme einzugehen.⁴⁰ Hierzu muss auf die Kommentarliteratur verwiesen werden. Vielmehr soll unter bewusstem Verzicht auf Vollständigkeit der Schwerpunkt auf Grundfragen gelegt werden.

Abschließend noch ein Wort zur **Methode**: Die vorliegende Arbeit ist dogmatischer, nicht rechtshistorischer Natur. Gleichwohl war es bei vielen Fragen unerlässlich, auch auf die dogmengeschichtliche Entwicklung näher einzugehen.⁴¹ Diesbezügliche Untersuchungen liegen bisher lediglich zu Teilaspekten vor. Wiederum ist auf die Arbeiten *Jaborneggs* zum Zurückbehaltungsrecht und *Vollmaiers* zum Verjährungsrecht zu verweisen. Instrukтив ist auch die breit angelegte Untersuchung von *Pichonnaz* über die Entwicklung der Aufrechnung, die auch Österreich eingehend behandelt.⁴² Hingegen decken andere Untersuchungen aufgrund ihrer Zielrichtung die Entwicklung in Österreich mitunter nur unzureichend ab. So widmet die faszinierende dogmengeschichtliche Darstellung der Einrede des nicht erfüllten Vertrages von *Ernst* dem ABGB gerade einmal sechseinhalb Zeilen.⁴³

38 § 933 Abs 1 ABGB.

39 Vgl zur Verjährung der einredeweisen Geltendmachung von Gestaltungsrechten unten S 349 ff.

40 Eine derartige Gesamtdarstellung hat für das Schweizer Recht *Schaller*, Einwendungen (2010), vorgelegt.

41 Schon *Jabornegg* (Zurückbehaltungsrecht 24) hat darauf hingewiesen, dass nicht selten für den unzureichenden Stand theoretischer Durchdringung einer Rechtsinstitution die mangelnde Bewältigung der historischen Grundlagen verantwortlich oder zumindest mitverantwortlich ist. Zum besonderen Wert der historischen Methode in bestimmten Konstellationen schon *Kodek*, Die Besitzstörung (2002) 8 ff.

42 *Pichonnaz*, La compensation. Analyse historique et comparative des modes de compenser non conventionnels (2001).

43 *Ernst*, Die Einrede des nichterfüllten Vertrages (2000) 111. Außerdem wird das ABGB dort auf S 99 FN 374 erwähnt.

Der Versuch, die dogmengeschichtliche Entwicklung nachzuzeichnen, führt zur **methodischen Frage des Stellenwerts der historischen Interpretation**: In den meisten Punkten lässt sich – wie zu zeigen sein wird – relativ deutlich zeigen, wie die Gesetzesverfasser selbst die Rechtslage im Jahr 1811 gesehen hätten. Hierzu gehört etwa die Notwendigkeit gerichtlicher Geltendmachung der Anfechtung wegen Willensmängeln⁴⁴ oder der Wandlung und Preisminderung, aber auch der Grundsatz *ipso iure compensatur*.⁴⁵ Die historische Auslegung ist allerdings nicht einzige und – entgegen einer neuerdings mitunter vertretenen Auffassung⁴⁶ – auch keineswegs vorrangige Auslegungsmethode, zumal die Rechtsentwicklung nicht 1811 endete. Vielmehr handelt es sich dabei nur um eine von mehreren Methoden, denen keine feste Rangordnung zukommt.⁴⁷ Aus dogmatischer Sicht geht es **nicht** um die möglichst **lupenreine Rekonstruktion des historischen Rechtszustandes** von 1811 (oder einem anderen Zeitpunkt), sondern um Ermittlung des **heutigen Sinngehalts** des ABGB durch Abwägung der mittels verschiedener Auslegungsmethoden gewonnenen Argumente.

Dies führt freilich dazu, dazu, dass das Auslegungsergebnis bei unterschiedlichen Fragen in unterschiedlich starkem Ausmaß von der historischen Auslegung bestimmt wird. Gleiches gilt selbstverständlich auch für die anderen Auslegungsmethoden. Die Vorstellungen der Gesetzesverfasser fanden nämlich in ganz unterschiedlichem Ausmaß Eingang in den Gesetzestext und die Materialien. So ist die Notwendigkeit der gerichtlichen Geltendmachung der Aufrechnungseinrede weder im Wortlaut noch in den Materialien auch nur angedeutet, was die Entwicklung zur heute allseits akzeptierten außergerichtlichen Aufrechnung eröffnete.⁴⁸ Bei der Anfechtung wegen Willensmängeln sprechen

44 Unten S 229 ff.

45 Unten S 320 ff.

46 Vgl namentlich *Kerschner*, Wissenschaftliche Arbeitstechnik und Methodenlehre⁶ (2014) 47; *Kerschner/Kehrer* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ §§ 6, 7 Rz 15 ff. Eine andere Frage ist, inwieweit die Vertreter dieser Auffassung den Primat der historischen Interpretation durchhalten. So steht gerade die von *Kerschner* in seiner Habilitationsschrift (Irrtumsanfechtung 88 ff) vertretene Möglichkeit der außergerichtlichen Irrtumsanfechtung mit der historischen Interpretation mit Sicherheit nicht in Einklang. Dazu ausführlich unten S 229 ff.

47 Zur Notwendigkeit einer Gesamtabwägung *Kodek* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 6 Rz 128 ff; *ders*, Richterliche Rechtsfortbildung – Möglichkeiten und Grenzen, in *Torggler*, Richterliche Rechtsfortbildung und ihre Grenzen (2019) 1 (23 ff).

48 Dazu unten S 320 ff.

demgegenüber – wie zu zeigen sein wird – nicht nur historische, sondern auch systematische Argumente für die gerichtliche Geltendmachung.⁴⁹ Wieder anders verhält es sich bei den Gewährleistungsbehelfen. Hier wurde die gerichtliche Geltendmachung mit dem GewRÄG 2001 sogar ausdrücklich im Gesetz verankert.⁵⁰

Gerade die »Offenheit« des ABGB in vielen Punkten ermöglichte erst die im Vorigen kurz angedeutete Entwicklung. Dieses Ergebnis mag man als »Kompromiss« zwischen der historischen Auslegung und anderen Argumenten betrachten.⁵¹ Mit dem schärferen Blick der von außen kommenden Beobachterin diagnostiziert *Wendehorst* sogar eine »eigenartige Gemengelage an Rechtsquellen, wobei oft schwer zu unterscheiden ist, ob primäre Rechtsquelle das ABGB oder ein durch ABGB und Pandektistik gleichermaßen geprägtes, letztlich durch die Lehre transportiertes Gewohnheitsrecht ist.«⁵² Letztlich ist dieser Zustand aber wohl zwangsläufig Folge des Alters des Normbestandes, muss doch ein im Kern über 200 Jahre altes Gesetzeswerk heutige Herausforderungen bewältigen. Damit hängt auch das Bestehen verschieden alter, auf unterschiedlichen (auch dogmatischen!) Anschauungen und Wertungen basierender, gleichwohl zu harmonisierender »Rechtsschichten« zusammen,⁵³ das besondere Anforderungen an die Auslegung mit sich bringt.⁵⁴ In diesem Sinne stellt die vorliegende Arbeit daher auch ein Beispiel für die von mir an anderer Stelle⁵⁵ – gegenüber verschiedenen »reinen« Lehren – postulierte Notwendigkeit der Gesamtabwägung aller Auslegungsargumente dar.⁵⁶

Gerade der Einfluss der Pandektistik ist im vorliegenden Zusammenhang allerdings relativ gering: Die reichhaltige pandektistische

49 Ausführlich unten S 259 ff.

50 § 933 Abs 1 ABGB. Dazu näher unten S 242.

51 So zur Rückwirkung der Aufrechnung *Dullinger*, Handbuch der Aufrechnung (1995) 157, die selbst freilich diese Lösung ablehnt.

52 *Wendehorst*, Zum Einfluss pandektistischer Dogmatik auf das ABGB, in FS 200 Jahre ABGB I (2011), 75 (98).

53 Ein Beispiel für die Veränderung auch des normativen Umfelds im vorliegenden Zusammenhang ist die Anerkennung der außergerichtlichen Aufrechnung in Nebengesetzen (vgl § 19 IO, § 7 DHG, § 6 OrgHG). Dazu unten S 327.

54 *Kodek in Torggler*, Rechtsfortbildung 1 (10).

55 *Kodek in Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 6 Rz 133 ff; *Kodek in Torggler*, Rechtsfortbildung 1 (23 ff).

56 Dies erscheint sinnvoller als das mitunter zu beobachtende Voranstellen abstrakter »methodischer Vorbemerkungen« oÄ, hat doch jede dogmatische Arbeit sich der anerkannten rechtswissenschaftlichen Methoden zu bedienen.

Diskussion zur Einrede konnten die Verfasser des ABGB naturgemäß noch nicht berücksichtigen; ja sie hatten für die Einrede iES im heutigen Sinne nicht einmal ein eigenes Wort. Überraschenderweise hat allerdings die Pandektistik auch später in diesem Punkt die österreichische Rechtswissenschaft kaum beeinflusst.⁵⁷ Durch die Dritte Teilnovelle fand daher zwar an zwei Stellen das Wort »Einrede« in das Gesetz Eingang;⁵⁸ das **Konzept der Einrede des BGB** wurde jedoch **nicht übernommen**. Vor diesem Hintergrund bedarf es besonders sorgfältiger Untersuchung, ob einzelne Einsichten, die zum BGB entwickelt wurden, sich auf das österreichische Recht übertragen lassen. Dabei wird sich zeigen, dass die Einrede iES im Sinne des heutigen Verständnisses des Begriffs zwar der Sache nach auch für Österreich anzuerkennen ist,⁵⁹ dass sich ihre Ausgestaltung hinsichtlich Voraussetzungen und Wirkungen jedoch deutlich vom deutschen Recht unterscheidet. Insoweit ist die vorliegende Untersuchung – bei aller Wertschätzung für die Errungenschaften deutscher Dogmatik – auch⁶⁰ ein Beitrag zur Schärfung des Bewusstseins für den **eigenständigen Charakter des österreichischen Rechts**.⁶¹

57 Allgemein zum Einfluss der Pandektistik auf Österreich *Wendehorst* in FS 200 Jahre ABGB I 75.

58 § 916 Abs 2 und § 933 Abs 2 ABGB (heute § 933 Abs 3 ABGB). Dazu unten S 39 ff.

59 Unten S 151 ff.

60 Gleichsam als »Nebenprodukt« ergibt sich auch eine »Ehrenrettung« für die im vorigen (vgl FN 23) erwähnte Entscheidung des OGH. Dazu unten S 43 ff.

61 Gegen Überformung des ABGB durch Konzeptionen des deutschen Rechts im Zusammenhang mit dem Besitz schon *Kodek*, Besitzstörung 1112 ff. Dazu auch *Wendehorst* in FS 200 Jahre ABGB I 75 (96 f).