

# Dogmatik als Fundament für Forschung und Lehre

Festschrift für Herbert Roth  
zum 70. Geburtstag

Herausgegeben von  
CHRISTOPH ALTHAMMER  
und CHRISTOPH SCHÄRTL

---

Mohr Siebeck

# Dogmatik als Fundament für Forschung und Lehre





Herb Roth

# Dogmatik als Fundament für Forschung und Lehre

*Festschrift für Herbert Roth  
zum 70. Geburtstag*

Herausgegeben von  
Christoph Althammer und Christoph Schärtl

Mohr Siebeck

ISBN 978-3-16-159444-1/eISBN 978-3-16-159445-8  
DOI 10.1628/978-3-16-159445-8

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2021 Mohr Siebeck Tübingen. [www.mohrsiebeck.com](http://www.mohrsiebeck.com)

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen aus der Stempel-Garamond gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Printed in Germany.

## Vorwort

*Herbert Roth* feiert am 17. April 2021 seinen 70. Geburtstag. Dies ist Anlass für in- und ausländische Kolleginnen und Kollegen sowie für seine Schüler und Freunde, einen großen Zivilrechts- und Zivilprozessrechtslehrer unserer Zeit zu ehren und mit einer Festschrift ihre herzliche Verbundenheit und hohe Wertschätzung zum Ausdruck zu bringen.

*Herbert Roth* wurde am 17. April 1951 in Roßhaupten (Bayern) geboren. Nach der Grundschule in Abensberg verbrachte er seine Gymnasialzeit am mathematisch-naturwissenschaftlichen Gymnasium Marquartstein und legte dort seine Reifeprüfung ab. Das Jurastudium, für das sich bald seine außergewöhnliche Begabung zeigen sollte, nahm er 1970 an der Universität Regensburg auf, wobei er das Sommersemester 1973 an der Universität Tübingen absolvierte. Als Stipendiat der Studienstiftung des Deutschen Volkes legte er das Erste Juristische Staatsexamen im Jahre 1975 mit der Note sehr gut ab. Es ist nicht verwunderlich, dass *Dieter Medicus* bald auf dieses außergewöhnliche juristische Talent aufmerksam wurde und für eine Tätigkeit als wissenschaftliche Hilfskraft am damaligen Regensburger Lehrstuhl gewinnen konnte (1975–1978). Das Zusammentreffen der beiden Persönlichkeiten muss rückblickend als besonders glückliche Begegnung für die Zivilrechtswissenschaft gelten. Ihr wissenschaftlicher Austausch setzte sich auch nach dem Wechsel des akademischen Lehrers nach München fort. Bei *Dieter Medicus* promovierte *Herbert Roth* im Jahr 1981 zum Thema „Haftungseinheiten bei § 254 BGB“. Die daraus entstandene, auch heute noch grundlegende Arbeit wurde mit dem Fakultätspreis der Universität München ausgezeichnet.

In beruflicher Hinsicht war *Herbert Roth* nach seinem Zweiten Juristischen Staatsexamen (1978), das er mit der Note gut (Platzziffer 3 in Bayern) abschloss, zunächst als wissenschaftlicher Referent am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg tätig (1979–1980), bevor er sich im Jahre 1980 entschied, in den bayerischen Justizdienst einzutreten. Dort war er in vielerlei herausgehobenen Positionen, u. a. als Regierungsrat im Bayer. Staatsministerium der Justiz, als Staatsanwalt bei den Staatsanwaltschaften München I und Regensburg, als Richter am Amtsgericht Regensburg sowie als Oberregierungsrat im Bayer. Staatsministerium der Justiz, aktiv. Eine weitere große Karriere in der Bayerischen Justiz schien bereits vorgezeichnet.

Sein Forscherdrang ließ *Herbert Roth* trotz all dieser wertvollen praktischen Erfahrungen aber niemals los und *Dieter Medicus* gelang es schließlich, ihn für eine wissenschaftliche Karriere zu begeistern. Im Jahr 1986 habilitierte er sich bei ihm mit der Arbeit „Die Einrede des bürgerlichen Rechts“, die er berufs begleitend neben seiner Tätigkeit in der Bayerischen Justiz angefertigt hatte und die an

einer der maßgeblichen Schnittstellen zwischen Zivilrecht und Zivilprozessrecht steht. In beiden Disziplinen sollte er in den folgenden Jahrzehnten als Forscher Maßstäbe setzen.

Das Risiko, die gesicherte Laufbahn in der Bayerischen Justiz für eine wissenschaftliche Karriere aufzugeben, erwies sich rückblickend als gering. Nach seiner sofortigen Berufung an die Universität Heidelberg war *Herbert Roth* dort von 1987 bis 1990 als Universitätsprofessor (C 3) für Bürgerliches Recht, Zivilprozessrecht und Juristische Methodenlehre tätig. Im Jahr 1990 folgte er – nach Ablehnung eines Berufungsangebots an die Universität Eichstätt (1989) – einem Ruf an die Universität Münster, an der er bis zum Jahr 1996 als Universitätsprofessor für Bürgerliches Recht und Zivilprozessrecht (C 4) und Direktor des Instituts für internationales Wirtschaftsrecht wirkte. Bei seinen Hörern war er als akademischer Lehrer, der besonderen Wert auf die Vermittlung dogmatischer Grundlagen legte, höchst geschätzt. Obwohl die Studierenden ihn unbedingt in Münster zu halten versuchten, entschied er sich, nochmals einem Ruf nach Heidelberg zu folgen, diesmal auf die Stelle eines der bekanntesten Zivilprozessualisten, *Othmar Jauernig*. In den Jahren 1996 bis 2000 hatte er dort die Professur für Bürgerliches Recht und Prozessrecht (C 4) inne. Als herausragender Wissenschaftler und Hochschullehrer sowie als Dekan (1997–1999) und Prodekan (1999–2000) erwarb sich *Herbert Roth* in Heidelberg hohes Ansehen (u. a. engagierte er sich dort auch für die Wiedereinführung der Talare), bevor er beschloss, mit Regensburg an den Ausgangsort seiner Laufbahn und in sein familiäres Zentrum zurückzukehren.

Von 2000 bis 2016 fand er dort als Professor für Bürgerliches Recht sowie Deutsches, Europäisches und Internationales Verfahrensrecht in der Nachfolge *Ekkehard Schumanns* seine zeitlich längste akademische Wirkungsstätte. Auch in Regensburg engagierte sich *Herbert Roth* als Prodekan (2006–2007) und Dekan (2007–2009) in der akademischen Selbstverwaltung der Fakultät. In den Jahren 2009 bis 2011 fungierte er überdies als Mitglied des Senats der Universität Regensburg und zugleich als dessen stellvertretender Vorsitzender. Hervorzuheben ist dabei auch sein Engagement als Mitglied des Prüfungsausschusses für die Erste Juristische Staatsprüfung beim Landesjustizprüfungsamt München (2006–2011), das wegen seines Sachverstands sehr geschätzt wurde. In der Regensburger Fakultät genoss sein Examensrepetitorium im Zivilrecht unter den Studierenden einen legendären Ruf, was durch die Wahl zur besten Lehrveranstaltung 2010 und 2013 sowie durch stets volle Hörsäle bestätigt wurde. Die Beliebtheit *Herbert Roths* zeigte sich im Übrigen auch an der Wahl zum Professor des Jahres 2010. Es war dabei weniger das Einzel- und Spezialwissen, welches der Jubilar vermitteln wollte, als vielmehr die tiefe dogmatische Durchdringung des Examensstoffes.

Auch in wissenschaftlicher Hinsicht gilt für *Herbert Roth* dasselbe, was dieser einmal über seinen akademischen Lehrer *Dieter Medicus* bemerkt hat: Er ist ein Meister der Klarheit. Aus zivilrechtlicher Sicht haben seine Bearbeitung des Ma-

klerrechts (§§ 652–655, 656) im Münchener Kommentar zum BGB sowie seine Kommentierungen im *Staudinger* zum Allgemeinen Teil des BGB (§§ 139–144, 157) und zum Nachbarrecht (§§ 905–924) Maßstäbe gesetzt. Von großem Erfolg gekrönt war überdies seine langjährige Herausbertätigkeit beim *Bamberger/Roth*, Kommentar zum BGB. Besonders hervorzuheben ist sein Wirken als Mitherausgeber (neben *Reinhard Bork*) und Kommentator umfangreichster Passagen (rund 2000 Drucksachen) im Großkommentar zur Zivilprozessordnung, dem *Stein/Jonas*. *Herbert Roth* hat dabei nicht nur „Filetstücke“ der Zivilprozessordnung bearbeitet, sondern war sich niemals zu schade für echte prozessuale Kärnerarbeit, wie sie im für die Praxis so wichtigen Zustellungs- und Wiedereinsetzungsrecht gefragt ist. Neben seinen das gesamte Zivilprozessrecht, aber auch die freiwillige Gerichtsbarkeit umspannenden Kommentierungen in teilweise monographischem Umfang beeindruckten aufgrund ihrer gedanklichen Tiefe die rund 180 Aufsätze und Festschriftbeiträge sowie die rund 70 Urteilsanmerkungen, bei denen das feste dogmatische Fundament, auf dem der Verfasser aufbaut, jederzeit erkennbar ist. Großes Ansehen erwarb er sich schließlich über viele Jahre als Mitherausgeber der prominenten Juristenzeitung (seit 2001).

Die hohe Wertschätzung, die *Herbert Roth* genießt, zeigt sich auch an den Ehrenämtern, die ihm offeriert wurden und die er mit hohem Pflichtbewusstsein ausgeübt hat: So war er von 2000 bis 2007 als Mitglied des rechtswissenschaftlichen Beirats der Deutschen Bahn AG und von 2009 bis 2019 als Vorsitzender der Juristischen Studiengesellschaft Regensburg e.V. tätig. Besonders hervorzuheben neben seiner Mitgliedschaft im Rat der Wissenschaftlichen Vereinigung für Internationales Verfahrensrecht ist seine langjährige Tätigkeit im Vorstand der Vereinigung der Zivilprozessrechtslehrer (seit 2002) und schließlich als deren Vorsitzender (seit 2012). Gewissermaßen als Krönung seiner wissenschaftlichen Laufbahn und als Ausdruck hoher fachlicher und persönlicher Wertschätzung ist *Herbert Roth* im Jahr 2019 mit der Verleihung der Ehrendoktorwürde durch die Nationale und Kapodistrias-Universität Athen geehrt worden.

Trotz Eintritts in den wohlverdienten Ruhestand im Jahr 2016 ist *Herbert Roth* mit ungebretem Eifer weiter wissenschaftlich aktiv. Seine Forschung zeichnet sich seit jeher durch eine dogmatisch tiefgründige, am gesetzlichen Normenbestand orientierte Analyse aus, die dabei mit einem glasklaren Blick für die Anforderungen der Praxis einhergeht. Die vorliegende Festschrift möchte deswegen mit ihren Beiträgen ins Bewusstsein rufen, wie sehr der Jubilar in den vergangenen 40 Jahren die Dogmatik des deutschen Zivilrechts und des Zivilprozessrechts in seiner nationalen und internationalen Dimension bereichert hat.

Die wichtige menschliche Unterstützung für diese höchst erfolgreiche Forscherkarriere hat er dabei sicherlich im liebevollen familiären Umfeld erfahren, das ihm seine Ehefrau *Hannelore* und die beiden Kinder, *Maximilian* und *Margareta*, bereitet haben. Mittlerweile ist sein Leben durch die beiden Enkelkinder noch reicher geworden.

Stellvertretend für seine gesamte akademische Familie möchten auch wir als seine Schüler ihm für die langjährige Unterstützung herzlich danken und mit dieser Festschrift gratulieren. *Herbert Roth* ist und war für uns stets ein hervorragender Motivator und treuer Förderer!

Als Herausgeber dieser Festschrift schulden wir allen Autorinnen und Autoren großen Dank für die tiefgründigen Beiträge zum nun vorliegenden Gesamtwerk. Schließlich danken wir dem Verlag Mohr Siebeck für die stets umsichtige und verständnisvolle Betreuung dieses Werks sowie dem Regensburger Lehrstuhlteam (insbesondere *Simon Stäimer* und *Stephanie Gold*) für die Bemühungen in organisatorischer und redaktioneller Hinsicht.

Regensburg/Heidelberg,  
im November 2020

Christoph Althammer  
Christoph Schärtl

# Inhaltsverzeichnis

Vorwort . . . . .	V
-------------------	---

## I. Materielles Zivilrecht und Methodik

<i>Georg E. Kodek</i> Die einredeweise Geltendmachung von Gewährleistungsrechten – zugleich ein Beitrag zur Einredelehre des ABGB . . . . .	3
<i>Bernd Müller-Christmann</i> Überlegungen zum Normzweck der Erbnunwürdigkeitsregelungen im BGB . . . . .	33
<i>Eduard Picker</i> Leistungsstörungenrecht und Privatrechtssystem . . . . .	53
<i>Franz Schnauder</i> Schuldrechtliche Grundlagen von Hypothek und Grundschuld. Die Entwicklung des Grundkredits vom Partikularrecht zum BGB . . . . .	73
<i>Madeleine Tolani</i> Der nachbarrechtliche Ausgleichsanspruch gemäß § 906 Abs. 2 Satz 2 BGB analog als Wunderwaffe – eine kritische Würdigung . . . . .	97
<i>Peter A. Windel</i> Abstraktheit der Bevollmächtigung und Typisierung der Vollmacht . . . . .	119
<i>Markus Würdinger</i> Ähnlichkeiten im juristischen Denken und Arbeiten . . . . .	141

## II. Zivilprozessuales Erkenntnisverfahren

<i>Ekkehard Becker-Eberhard</i> Die (nur beschränkte) Regulierungswirkung der besonderen Prozess- voraussetzungen der Feststellungsklage . . . . .	159
<i>Christian Berger</i> Zur Bindung des Rechtsnachfolgers an einen vom Veräußerer im Rahmen des § 265 Abs. 2 Satz 1 ZPO geschlossenen Prozessvergleich . . . . .	173

<i>Ulrich Foerste</i> Rechtsschutz bei Begründungsdefiziten unanfechtbarer zivilgerichtlicher Entscheidungen . . . . .	191
<i>Hans Friedhelm Gaul</i> Die heutige Rechtskraftlehre im Stadium der Überwindung der in die Kodifikation eingeflossenen privatrechtlichen Tendenzen . . . . .	205
<i>Reinhard Greger</i> Die unvollendete Zivilprozessreform . . . . .	275
<i>Michael Heese</i> Veröffentlichung gerichtlicher Entscheidungen im Zeitalter der Digitalisierung, Entwicklungsstand und Entwicklungsdefizite einer Funktionsbedingung des modernen Rechtsstaats . . . . .	283
<i>Jan von Hein</i> Die Verschwiegenheitspflicht der BaFin als Grenze der Beweiserhebung in Kapitalanlegerschutzprozessen . . . . .	341
<i>Burkhard Hess</i> Justiz und Kommunikation – zur veränderten Wahrnehmung der Ziviljustiz in Staat und Gesellschaft . . . . .	359
<i>Matthias Jacobs/Charlotte Schindler</i> Arbeitsrechtliche Ausschlussfristen und § 167 ZPO . . . . .	373
<i>Masanori Kawano</i> Dispositionsmaxime als ein wertbezogenes Fundament des Zivilprozessverfahrens . . . . .	387
<i>Christoph A. Kern</i> Zum Verbraucherbegriff im Zivilprozess . . . . .	407
<i>Dieter Leipold</i> Die Feststellungsziele des Kapitalanleger-Musterverfahrens und der Musterfeststellungsklage . . . . .	417
<i>Volker Lipp</i> Prozessfähigkeit und Menschenrechte – zur Diskussion um § 53 ZPO . . . .	429
<i>Joachim Münch</i> Die Privatisierung der Ziviljustiz – eine etwas andere SWOT-Analyse der Rechtsdurchsetzung . . . . .	445
<i>Georgios Orfanidis</i> Die Einwirkung des außergerichtlichen Vergleichs auf den schwebenden Prozess . . . . .	463

<i>Nicola Preuß</i> Prozessrechtliche Sonderwege im Offenlegungsrecht des GWB – ein Modell für das Zivilprozessrecht? . . . . .	479
<i>Hanns Prütting</i> Schadensersatz bei prorogationswidriger Klage . . . . .	497
<i>Haimo Schack</i> Rechtskrafterstreckung auf den Einzelrechtsnachfolger nach §§ 265 Abs. 2, 325 ZPO? . . . . .	501
<i>Eberhard Schilken</i> Zur Bindung des Rechtsnachfolgers an einen vom Rechtsvorgänger geschlossenen Prozessvergleich . . . . .	515
<i>Andreas Spickhoff</i> Richterliche Hinweispflichten: Gründe und Grenzen . . . . .	527
<i>Astrid Stadler</i> Kompensation ohne Schaden? – zugleich ein Beitrag zur Schadensschätzung nach § 287 ZPO . . . . .	539
<i>M. Kamil Yildirim</i> Die historische Entwicklung der richterlichen Beweiswürdigung . . . . .	559

### III. Einzel- und Gesamtvollstreckungsrecht

<i>Hans-Jürgen Ahrens</i> Beseitigungsvollstreckung nach § 890 ZPO . . . . .	577
<i>Moritz Brinkmann</i> Die rückblickende Feststellung der Zahlungsunfähigkeit als Problem des Beweisrechts . . . . .	591
<i>Christoph Schärtl</i> Nachrangdarlehen – Dogmatische und rechtspraktische Folgen eines (qualifizierten) Rangrücktritts . . . . .	605
<i>Christoph Thole</i> „Materialisierung“ der Vollstreckungsabwehrklage und der Präklusion des § 767 Abs. 2 ZPO? Zu jüngeren Tendenzen einer materiell- rechtlichen Deutung prozessrechtlicher Institute . . . . .	627
<i>Wolf-Dietrich Walker</i> Schutz von sonstigen Einkünften des Schuldners vor dem Vollstreckungszugriff seiner Gläubiger . . . . .	643

## IV. Europäisches und internationales Zivilverfahrensrecht

*Christoph Althammer*

Die Teilnahme ausländischer (insbesondere österreichischer) Forderungsinhaber an deutschen Musterfeststellungsklagen aus der Sicht des europäischen Zivilprozessrechts . . . . . 657

*Reinhard Bork*

Die internationale Zuständigkeit für Tabellenfeststellungsklagen . . . . . 683

*Peter Gottwald*

Sanktionen bei Verstoß gegen eine Gerichtsstandsvereinbarung . . . . . 699

*Masaaki Haga*

Parteiautonomie der internationalen Zuständigkeit für Ehesachen in Japan . . . . . 715

*Wolfgang Hau*

Anerkennungsrechtliches Günstigkeitsprinzip und Anerkennungsverbote in Zivil- und Handelssachen . . . . . 733

*Abbo Junker*

Die Dogmatik der Aufenthaltszuständigkeit nach der Europäischen Erbrechtsverordnung . . . . . 747

*Bernhard König*

Streitverkündung im Drittstaat und Wirkungserstreckung im Mitgliedstaat – am Beispiel Liechtenstein/Österreich . . . . . 763

*Heinz-Peter Mansel*

Staatsangehörigkeitserwerb infolge Vertrauensschutzes und Beweiswirkung des Staatsangehörigkeitsausweises . . . . . 773

*Caroline Meller-Hannich*

Vorläufige Vollstreckbarkeit und Sicherungsvollstreckung bei der Europäischen Titelfreizügigkeit . . . . . 785

*Walter H. Rechberger*

Zur „discovery light“ im Europäischen Zivilprozess . . . . . 803

*Dimitrios Tsirikas*

Gedanken über die Beachtung einer anderweitigen Rechtshängigkeit im europäischen Rechtsraum – insbesondere bei parallel laufenden Verfahren in Mitglied- und Drittstaaten . . . . . 821

*Matthias Weller*

Die Kontrolle der internationalen Zuständigkeit im Haager Anerkennungs- und Vollstreckungsübereinkommen 2019 . . . . . 835

## V. Ausländisches Prozessrecht, Prozessrechtsvergleichung und -vereinheitlichung

<i>Alexander Bruns</i>	
Materielle Prozessleitung im Rechtsvergleich . . . . .	855
<i>Remo Caponi</i>	
Procedural Law and Global Governance: Account of a Research Project and its Political Motives . . . . .	873
<i>Masahisa Deguchi</i>	
Sachaufklärung und effektiver Rechtsschutz in der Zwangsvollstreckung	885
<i>Nevhis Deren-Yildirim</i>	
Fordert die Waffengleichheit die legale Beweistheorie heraus? . . . . .	899
<i>Frédérique Ferrand</i>	
Die französische Berufung in Zivilsachen – eine sehr gemischte Bilanz der jüngeren Reformen . . . . .	913
<i>Yasunori Honma</i>	
The Role of Experts in Japanese Civil Adjudication Proceedings . . . . .	937
<i>Christian Katzenmeier/Tobias Voigt</i>	
Das Beweisrecht der Produkthaftung unter europäischem Einfluss . . . . .	947
<i>Nikolaos Klamaris</i>	
Die Wiederaufnahme des Verfahrens (auch im Hinblick einer partiellen Verfahrensvergleichung) am Beispiel der griechischen Zivil- prozessordnung. Eine in der europäischen Prozesskultur wurzelnde und in europäisch-nationalen Gesetzen kodifizierte prozessuale Institution . .	973
<i>Hiroyuki Matsumoto</i>	
Zur Praxis der Berufungsinstanz im japanischen Zivilprozess . . . . .	999
<i>Takehiko Mikami</i>	
Die Einführung der Informationstechnologie in das japanische Zivilprozessverfahren und ihre Probleme . . . . .	1023
<i>Hakan Pekcanitez/Bahar Tuna Kurtoğlu</i>	
Die Schiedsfähigkeit nach dem türkischen Zivilprozessrecht . . . . .	1041
<i>Rolf Stürmer</i>	
Voraussetzungen einer Tatsachenerhebung im Zivilprozess in Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung . . . . .	1055
<i>Thomas Sutter-Somm/Benedikt Seiler/Dario Ammann</i>	
Die Beiladung zur Wahrung des rechtlichen Gehörs Drittbetroffener nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) . . . . .	1071

*Pelaya Yessiou-Faltsi*

Das Verhältnismäßigkeitsprinzip in der Zwangsvollstreckung –  
Berührungspunkte der deutschen und griechischen Rechtsprechung . . . 1087

## VI. Rechtsdienstleistung und anwaltliches Berufsrecht

*Wolfgang Lüke*

Rechtsdurchsetzung durch Rechtsverfolgungsgesellschaft . . . . . 1103

*Ekkehard Schumann*

Der Of Counsel im deutschen Anwaltsrecht . . . . . 1119

Schriftenverzeichnis von Prof. Dr. Dr. h. c. Herbert Roth . . . . . 1145

Autorenverzeichnis . . . . . 1165

# I. Materielles Zivilrecht und Methodik



# Die einredeweise Geltendmachung von Gewährleistungsrechten – zugleich ein Beitrag zur Einredelehre des ABGB

*Georg E. Kodek*

## I. Einleitung und Widmung

Die Einrede stellt eine wichtige Verteidigungsmöglichkeit des Beklagten dar. Sie ist an der Schnittstelle von materiellem und Prozessrecht angesiedelt. Zu Recht spricht der Jubilar von einem „prozessual-materiellrechtlichen Zwitter“.<sup>1</sup> Dabei geht es um die materielle und prozessuale Ausgestaltung von „Verteidigungsrechten“ des Beklagten. In diesem Zusammenhang stellen sich ganz konkrete Fragen der Rechtsdurchsetzung bzw Rechtsverteidigung. Diese reichen im materiellen Recht von deren Voraussetzungen bis zu ihrer Wirkung auf den gegnerischen Anspruch und zu den hier bestehenden zeitlichen Grenzen ihrer Geltendmachung. Auf dem Gebiet des Prozessrechts geht es unter anderem um die Möglichkeit amtswegiger Wahrnehmung, um die Reichweite richterlicher Anleitungspflicht, aber auch um den Rechtskraftumfang eines klageabweisenden Urteils und die Reichweite von dessen Bindungswirkung für Folgeprozesse.

Das ABGB definiert die Einrede nicht. In der Stammfassung aus dem Jahr 1811 kommt der Begriff überhaupt nicht vor; er fand vielmehr erst durch die dritte Teilnovelle 1916 Eingang in das Gesetz. § 916 ABGB normiert eine „Einrede“ des Scheingeschäfts; § 933 Abs. 3 ABGB befasst sich mit der „Einrede“ der Wandlung bzw Preisminderung. Nach § 916 Abs. 2 ABGB kann einem Dritten, der im Vertrauen auf die Erklärung Rechte erworben hat, die „Einrede des Scheingeschäftes“ nicht entgegengesetzt werden. Dabei handelt es sich allerdings evident um keine Einrede i. e. S. Auch die Bestimmung des § 933 Abs. 3 ABGB bereitet unter diesem Gesichtspunkt Schwierigkeiten. Trotz des Vorbilds des § 478 BGB a. F. ist hier nämlich keineswegs selbstverständlich, ob es sich dabei um eine Einrede i. e. S. oder in Wahrheit um ein Gestaltungsrecht handelt. Zudem wird die „Einrede“ durch die rechtzeitige Anzeige des Mangels „perpetuiert“.<sup>2</sup> Daraus wird verschiedentlich abgeleitet, eine derartige Anzeige könne nicht nur die Einrede,

<sup>1</sup> *H. Roth*, Die Einrede des bürgerlichen Rechts (1988), S. 318.

<sup>2</sup> Vgl. statt vieler *Reischauer*, in: Rummel/Lukas, ABGB<sup>4</sup> (2014), § 933 Rz. 202. Bei der Arbeit von *Lindinger*, Präklusivfrist versus Perpetuierung der Einrede, *immolex* 2004, 137, geht es demgegenüber nicht um eine Einrede i. e. S., sondern um die Wirkungen der Geltendmachung von Ansprüchen nach § 1111 ABGB mittels im vorgeschalteten Schlichtungsstellenverfahren erhobener Aufrechnungseinrede in einem nachfolgenden Gerichtsverfahren.

sondern auch das Klagerecht, also die selbständige Geltendmachung der Wandlung oder Preisminderung mittels Klage, perpetuieren. Diese Diskussion ist freilich in einen größeren Kontext einzubetten; die Relevanz der Frage geht weit über das Gewährleistungsrecht hinaus: Dabei geht es nicht zuletzt um die praktisch extrem wichtige Frage, inwieweit aus § 933 Abs. 3 ABGB Schlüsse für die einredeweise Geltendmachung von Gestaltungsrechten in anderen Fällen abgeleitet werden können. Hier ist zu berücksichtigen, dass das ABGB in weitem Umfang nur die gerichtliche Rechtsgestaltung zulässt, also sogenannte „gerichtliche Gestaltungsrechte“ normiert.<sup>3</sup> Daher muss die Anfechtung wegen List, Irrtums oder *laesio enormis* sowie die Wandlung und Preisminderung gerichtlich geltend gemacht werden.<sup>4</sup> Der Frage, ob der Anfechtungsberechtigte einfach passiv bleiben und die Klageführung durch den Gegner abwarten kann oder dadurch Gefahr läuft, die Einrede zu verlieren, kommt daher zentrale Bedeutung zu. Für diese Frage muss freilich zunächst Klarheit über die Rechtsnatur der „Einrede“ des § 933 Abs. 3 ABGB gewonnen werden. Gleichsam als „Nebenprodukt“ ergibt sich sodann eine „Ehrenrettung“ für eine zwar schon länger zurückliegende, aber nach wie vor bedeutsame, in der Literatur heftig kritisierte Entscheidung des OGH.<sup>5</sup>

Ich widme die nachstehenden Ausführungen *Herbert Roth*, der sich schon vor mehr als 30 Jahren in seiner Habilitationsschrift grundlegend mit Fragen der Einrede auseinandergesetzt hat.<sup>6</sup> Mit dem Jubilar bin ich seit vielen Jahren eng verbunden. Ein Wiedersehen bei Tagungen, die er stets regelmäßig besucht, war für mich immer eine besondere Freude. Mögen die folgenden Überlegungen sein Interesse finden. *Ad multos annos!*

## II. Der Begriff der Einrede im ABGB

Der Begriff der Einrede ist im ABGB nicht definiert. Damit hängt wohl zusammen, dass sich der Begriff auch in den meisten gängigen Lehrbüchern nicht findet.<sup>7</sup> Auch sonst wird die Einrede in der Literatur eher stiefmütterlich behandelt.<sup>8</sup> *Spitzer* konstatiert sogar zu Recht, dass in Österreich die strenge Trennung

<sup>3</sup> *Gschnitzer*, in: *Klang IV/1*<sup>2</sup> (1968), S. 114, 136, 561.

<sup>4</sup> *Fasching*, Lehrbuch des österreichischen Zivilprozessrechts<sup>2</sup> (1990), Rz. 1111. Allerdings genügt ein Leistungsbegehren auf Rückstellung der erbrachten Leistung unter Behauptung der Ungültigkeit des Rechtsgeschäfts, weil in diesem Fall das Leistungsbegehren ein Gestaltungsbegehren miteinschließt; die Rechtsgestaltung erfolgt durch das Gericht nicht im Urteilspruch, sondern inzidenter. Vgl. für den Irrtum OGH 3 Ob 216/06w. Dazu näher unten III.4.

<sup>5</sup> Dazu unten III.3. Zum Folgenden auch *Kodek*, Die Einrede im Zivilrecht (2020).

<sup>6</sup> *Roth*, Einrede (Fn. 1).

<sup>7</sup> Eine Ausnahme bildet *Perner/Spitzer/Kodek*, Österreich-Casebook Bürgerliches Recht<sup>2</sup> (2019), S. 24.

<sup>8</sup> Vgl. aber *Spitzer*, Das persönliche Recht auf Aussonderung (2017), S. 28. Aus neuerer Zeit vgl. die Untersuchung des Verfassers: *Kodek*, Die Einrede im Zivilrecht – Rechtsverteidigung mit rechtshemmenden Einwendungen und Gestaltungsrechten (2020).

von Einrede und Einwendung nur ganz vereinzelt erfolgt; die in Deutschland auf hohem wissenschaftlichen Niveau betriebene Auseinandersetzung über die Rechtsnatur mancher Verteidigungsmittel habe in Österreich gar nicht stattgefunden.<sup>9</sup> Vielfach wird der Begriff der „Einrede“ in einem weiten, untechnischen Sinn ganz allgemein für Verteidigungsmittel des Beklagten verwendet.<sup>10</sup>

Aus heutiger Sicht handelt es sich bei der Einrede um ein Gegenrecht gegen einen Anspruch, das darauf gerichtet ist, dessen Durchsetzung entweder dauernd oder zeitweilig zu hindern oder abzuschwächen, ohne dass der Anspruch untergeht. Der Jubilar hat die Einrede überzeugend als die Privatautonomie verwirklichenden Rechtsbehelf des Schuldners gedeutet, der in seiner Wirkung auf den Anspruch unterhalb der Erlöschensschwelle liegt, wobei gewisse Ähnlichkeiten mit Gestaltungsrechten bestehen.<sup>11</sup>

Dieses Verständnis ist das Ergebnis moderner Dogmatik. Das ABGB kannte ursprünglich das Konzept von Anspruch, Einwendungen und Einreden im heutigen Sinn nicht. Hier ist daran zu erinnern, dass das ABGB aus dem Jahr 1811 stammt. Die Herausarbeitung des materiellen Anspruchsbegriffs durch *Windscheid* erfolgte erst wesentlich später. Noch Jahrzehnte nach dem Inkrafttreten des ABGB sprechen Lehre und Judikatur nicht vom „Anspruch“, sondern stets – noch ganz im Geiste des gemeinen Rechts – von „*actio*“ und bei vollwertigem Anspruch von „*actio nata*“ oder „Nativität der Klage“. <sup>12</sup> Auch die vom Jubilar so sachkundig nachgezeichnete gemeinrechtliche Diskussion des 19. Jahrhunderts um das Wesen der Einrede<sup>13</sup> konnte von den Verfassern des ABGB noch nicht berücksichtigt werden. Soweit in der älteren österreichischen Judikatur überhaupt die „Einrede“ näher behandelt wird, haftet die Diskussion vielfach noch stark am Konzept der *exceptio* des römischen Rechts.<sup>14</sup>

Daher überrascht nicht, dass sich in der Stammfassung des ABGB der Begriff der „Einrede“ nicht findet. Dieser Begriff fand bezeichnenderweise erst mit der dritten Teilnovelle im Jahr 1916 in das Gesetz Eingang. § 916 Abs. 2 ABGB schließt gegenüber dem Gutgläubigen die „Einrede“ des Scheingeschäfts aus; § 933 Abs. 3 ABGB (früher § 933 Abs. 2 ABGB) normiert die Geltendmachung der „Einrede“ der Wandlung und Gewährleistung. Dies bedeutet freilich nicht, dass dem ABGB in der Stammfassung Einreden im Sinne des heutigen (engeren) Verständnisses des Begriffs der Sache nach nicht bekannt gewesen wären. Hier ist vor allem auf die Zug-um-Zug-Einrede nach § 1052 ABGB sowie auf die Verjährungseinrede nach § 1501 ABGB zu verweisen. Letztere wird vom Gesetzgeber

<sup>9</sup> *Spitzer*, Aussonderung (Fn. 8), S. 30.

<sup>10</sup> Vgl. *P. Bydlinski*, Bürgerliches Recht I. Allgemeiner Teil<sup>8</sup> (2018), Rz. 3/49 Fn. 34.

<sup>11</sup> *Roth*, Einrede (Fn. 1), S. 41.

<sup>12</sup> So etwa noch *Zrodowski*, Die Verjährung nach österreichischem Recht mit vorzüglicher Berücksichtigung des römischen und gemeinen Rechts (1878), S. 124 und öfter.

<sup>13</sup> *Roth*, Einrede (Fn. 1), S. 8 ff.

<sup>14</sup> Vgl. etwa die Diskussion der *exceptio non numeratae pecuniae* bei *Zrodowski*, Verjährung (Fn. 12), S. 130 ff. Am ausführlichsten ist die (stark pandektistisch geprägte) Darstellung bei *Unger*, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts II (1859), S. 490 ff.

bemerkenswerterweise als „Einwendung“ (!) bezeichnet, ohne dass damit freilich ein Unterschied in der Sache intendiert wäre.

Ein Charakteristikum der Einrede i. e. S., nämlich die Notwendigkeit der Geltendmachung, ergibt sich schon aus der Formulierung „Einwendung“ bzw. „Einrede“ und aus dem in § 1052 ABGB angesprochenen „verweigern können“. Daher reicht es bei der Verjährung nicht aus, wenn es Indizien für den Eintritt der Verjährung gibt.<sup>15</sup> Ebenso stellt die Einrede der Vorausklage des Bürgen es dem Bürgen anheim, ob er einen Vollstreckungsversuch beim Hauptschuldner einfordern will.<sup>16</sup> Gleiches gilt für den Zug-um-Zug-Einwand (Einrede des nicht erfüllten Vertrags): Nur wenn sich der Beklagte darauf beruft, kommt es zu Verurteilung Zug-um-Zug.<sup>17</sup> Das Erfordernis der Geltendmachung der Einrede hat seinen Grund letztlich in der Privatautonomie und der diese im Prozess verwirklichenden Dispositionsmaxime. Dem Beklagten soll seine Befreiung im Prozess nicht aufgezwungen werden.<sup>18</sup>

Wenngleich daher dem ABGB das Institut der Einrede i. e. S. zweifellos bekannt ist, bereitet die Abgrenzung zwischen Einwendung und Einrede teilweise Schwierigkeiten.<sup>19</sup> Im Folgenden soll zunächst die Regelung des § 933 Abs. 3 ABGB näher untersucht werden, handelt es sich doch dabei um die ausführlichste Regelung einer vom Gesetzgeber als „Einrede“ bezeichneten Verteidigungsmöglichkeit des Schuldners. Die Regelung wurde zudem durch § 478 BGB a. F. beeinflusst, der unzweifelhaft einen Einredetatbestand normierte.

### III. Die einredeweise Geltendmachung von Gewährleistungsbehelfen

#### 1. Gesetzliche Regelung

§ 933 ABGB trägt seit der Gewährleistungsreform 2001 die Überschrift „Verjährung“. Nach § 933 Abs. 1 ABGB muss „[das] Recht auf die Gewährleistung [...],

<sup>15</sup> *Spitzer*, Aussonderung (Fn. 8), S. 29.

<sup>16</sup> *Spitzer*, Aussonderung (Fn. 8), S. 29.

<sup>17</sup> *Apathy/Perner*, in: Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB<sup>5</sup> (2017), § 1052 Rz. 3; OGH 5 Ob 242/74 JBl 1975, 262, *Klausner/Kodek*, JN-ZPO<sup>18</sup> (2018), § 405 E 22; RIS-Justiz RS0020997. Darin liegt ein wichtiger Unterschied zwischen Kaufvertrag und Werkvertrag. Bei Letzterem führt das Vorliegen von Mängeln nicht zur Verurteilung Zug-um-Zug, sondern zur Abweisung mangels Fälligkeit (§ 1170 Abs 1 ABGB). Dazu *Karollus/Lukas*, Das sogenannte Zurückbehaltungsrecht des Werkbestellers – Überlegungen zu § 1170 ABGB de lege lata und de lege ferenda (Teil I), JBl 2001, 677 (688 f).

<sup>18</sup> *Gröschler*, Zur Wirkungsweise und zur Frage der Geltendmachung von Einrede und Einwendung im materiellen Zivilrecht, AcP 201 (2001), 48; kritisch *Spitzer*, Aussonderung (Fn. 8), S. 30.

<sup>19</sup> Schon *Savigny* gesteht zu, dass die Grenzen historisch gezogen seien und „manches anders seyn könnte“ (*Savigny*, System des heutigen römischen Rechts V [1841], § 225 [156]); ähnlich *Windscheid*, Lehrbuch des Pandektenrechts I<sup>6</sup> (1887), § 47 (125). Zur Kritik am (zu) prozessualen Verständnis der Einrede bei *Savigny* vgl. *Roth*, Einrede (Fn. 1), S. 18 ff.

wenn es unbewegliche Sachen betrifft, binnen drei Jahren, wenn es bewegliche Sachen betrifft, binnen zwei Jahren gerichtlich geltend gemacht werden.“ § 933 Abs. 2 ABGB enthält eine Regelung für Viehmängel. Von besonderem Interesse für unsere Frage ist § 933 Abs. 3 ABGB. Die Bestimmung lautet: „In jedem Fall bleibt dem Übernehmer die Geltendmachung durch Einrede vorbehalten, wenn er innerhalb der Frist dem Übergeber den Mangel anzeigt.“<sup>20</sup> Dies wird als „Perpetuierung“ der Einrede bezeichnet. Strittig ist, inwieweit eine derartige Anzeige auch die aktive Rechtsverfolgung mittels Klage perpetuiert. Dabei ist es nötig, zunächst Klarheit über die Rechtsnatur der Einrede des § 933 Abs. 3 ABGB zu gewinnen.

## 2. Historisches

Die Regelung des § 933 Abs. 3 ABGB (früher § 933 Abs. 2 ABGB) wurde durch die dritte Teilnovelle 1916 eingefügt. Hintergrund war eine in der Dogmatik in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts eingetretene Entwicklung: Die Verfasser des ABGB von 1811 verstanden die Gewährleistungsfristen zweifellos als (kurze) Verjährungsfristen;<sup>21</sup> Präklusivfristen waren damals nur im Prozessrecht bekannt.<sup>22</sup> Ab der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts wurden diese jedoch zunehmend als Präklusivfristen angesehen.<sup>23</sup> Neben dem hier zweifellos bestehenden Einfluss der Pandektistik trug dazu ganz entscheidend das Bedürfnis nach der Möglichkeit einer Verlängerung der Gewährleistungsfristen durch Vereinbarung bei.<sup>24</sup> Während dies bei Verjährungsfristen nach § 1502 ABGB ausdrücklich ausgeschlossen war, hielt man dies bei den – gesetzlich nicht näher geregelten – Präklusivfristen für zulässig. Während dadurch die Position des Gewährleistungsberechtigten tendenziell gestärkt wurde, ergab sich auf einer anderen Ebene eine Schlechterstellung: Ein durch Fristablauf präkludiertes Recht konnte nämlich nach damaligem Verständnis auch nicht mehr durch Einrede geltend gemacht werden.<sup>25</sup>

<sup>20</sup> Dabei genügt die rechtzeitige Absendung (OGH 1 Ob 479/60 SZ 34/2; a. A. *Reischauer*, in: Rummel/Lukas, ABGB<sup>4</sup> (2014), § 933 Rz. 171). Dies entspricht der Rechtslage nach § 478 BGB a. F. („abgesendet“), § 377 Abs. 4 UGB und Art. 27 UNK. Die Beweislast für Rechtzeitigkeit der Rüge trägt der Käufer (so zur Rügeobliegenheit OGH 5 Ob 35/08w; RIS-Justiz RS0062557; ebenso zu § 933 ABGB OGH 7 Ob 642/85 SZ 58/208; 7 Ob 256/03b).

<sup>21</sup> *Reischauer*, Das neue Gewährleistungsrecht und seine schadenersatzrechtlichen Folgen, JBl 2002, 137; *Reischauer*, in: Rummel/Lukas, ABGB<sup>4</sup> (2014), § 933 Rz. 6; zur neueren historischen Entwicklung allgemein *Reischauer*, Die Entwicklung des Leistungsstörungsrechts im 20. Jahrhundert bis zur Gegenwart, in: FS 200 Jahre ABGB I (2011), S. 577.

<sup>22</sup> Kennzeichnend dafür ist die Diskussion um die Rechtsnatur der Klagefrist für das Besitzstörungsverfahren (heute § 454 ZPO), die von manchen Autoren als materielle Frist, von anderen als (eben: prozessuale) „Präklusivfrist“ verstanden wurde. Dazu ausführlich *Kodek*, Die Besitzstörung (2002), S. 486ff.

<sup>23</sup> OGH GIUNF 4638; GIUNF 4057.

<sup>24</sup> Ausdrücklich auf die Verlängerungsmöglichkeit abstellend OGH GIUNF 4057.

<sup>25</sup> *Stubenrauch*, Kommentar zum österreichischen Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche II<sup>8</sup> (1903), S. 120f.: „Ist der Anspruch auf Gewährleistung durch Fristablauf *erloschen*, so kann

Ein Anliegen der dritten Teilnovelle war nun, die Konsequenzen, die sich aus der Ausgestaltung der Gewährleistungsfristen als Präklusivfristen ergaben, abzumildern.<sup>26</sup> Die „strengste Konsequenz“, nämlich das Erlöschen auch des Einrederechts mit Ablauf der Frist, sollte „aus Gründen des redlichen Verkehrs“ gemildert werden. Ein Gewährleistungsberechtigter, der noch nicht (zur Gänze) bezahlt hat und sich im Vertrauen darauf, dass der Gewährleistungspflichtige nicht klagen werde, passiv verhält, sollte geschützt werden. Vorbild für die Neuregelung waren § 478 BGB a.F.<sup>27</sup> und Art. 349 Abs. 3 ADHGB.<sup>28</sup>

Im Zuge der Gewährleistungsreform 2001 gestaltete der Gesetzgeber die Gewährleistungsfristen wieder als Verjährungsfristen aus. Diese Reform führte somit insoweit zur Rechtslage unmittelbar nach Inkrafttreten des ABGB zurück. Der Grund<sup>29</sup> für diese Änderung der Rechtsnatur der Frist durch die Gewährleistungsreform lag darin, dass die Rechtsprechung schon bisher auf zahlreiche, mit der Befristung zusammenhängende Fragen (z. B. Unterbrechung und Hemmung des Fristenlaufs, Wahrnehmung von Amts wegen, Bestehen einer Naturalobligation nach Fristablauf) die Verjährungsregeln anwendete.<sup>30</sup> Diese Auslegung sollte in das Gesetz aufgenommen werden. Dafür spreche nicht zuletzt der Umstand, dass die bisherige kurze Gewährleistungsfrist für bewegliche Sachen den allgemeinen Verjährungsfristen angenähert würde. Inhaltlich seien mit dieser Klarstellung im Vergleich zur bisherigen Lehre und Rechtsprechung keine substantziellen Rechtsänderungen verbunden.<sup>31</sup> Die Bindung der Erhebung der Einrede nach Fristablauf an eine rechtzeitige Anzeige nach dem Vorbild des § 478 BGB a.F. wurde beibehalten. Im Detail bestehen freilich – wie zu zeigen sein wird – erhebliche Unterschiede.

---

er auch nicht mehr im Wege der Einwendung (!) geltend gemacht werden, weil ein *erloschenes*, somit nicht mehr bestehendes Recht kein Gegenstand einer Rechtsdurchsetzung sein kann und bei einem entgegengesetzten Vorgange auch die Absicht des Gesetzgebers, Gewährleistungsansprüche in kürzerer Zeit untergehen zu lassen, vereitelt würde.“ *Stubenrauchs* Terminologie ist nicht ganz konsequent. Er spricht einmal vom „Erlöschen“ des Rechts, ein andermal von einer „verlängerbaren Legalfrist“, wieder ein anderes Mal von einer „Verjährungsfrist“.

<sup>26</sup> 78. Beilagen zu den stenographischen Protokollen des Herrenhauses 21. Session, S. 297.

<sup>27</sup> § 478 BGB a.F. lautete: „Hat der Käufer den Mangel dem Verkäufer angezeigt oder die Anzeige an ihn abgesendet, bevor der Anspruch auf Wandelung oder Minderung verjährt war, so kann er auch nach der Vollendung der Verjährung die Zahlung des Kaufpreises insoweit verweigern, als er auf Grund der Wandelung oder der Minderung dazu berechtigt gewesen wäre. [...]“.

<sup>28</sup> Art. 349 Abs. 3 ADHGB lautete: „Die Einreden sind erloschen, wenn die im Artikel 347 vorgeschriebene sofortige Absendung der Anzeige des Mangels nicht innerhalb sechs Monate nach der Ablieferung an den Käufer geschehen ist. Ist die Anzeige in dieser Weise erfolgt, so bleiben die Einreden bestehen.“ Art. 349 Abs. 2 ADHGB spricht übrigens ausdrücklich von einer „Verjährung“.

<sup>29</sup> ErläutRV GewRÄG 422 BlgNR 21. GP 19.

<sup>30</sup> Vgl. näher *Krejci*, Reform des Gewährleistungsrechts (1994), S. 131 ff. m. w. N.

<sup>31</sup> ErläutRV GewRÄG 422 BlgNR 21. GP 19.

### 3. Der „Traktorfall“

Die Bedeutung der hier diskutierten Frage sei anhand einer lange Zeit heftig kritisierten Entscheidung des OGH illustriert.<sup>32</sup> Es ging um einen Traktorkauf.<sup>33</sup> Der Kläger hatte 1984 einen gebrauchten Traktor gekauft. Bis April 1987 leistete er in mehreren Teilbeträgen insgesamt ATS 87.000. Beim Kauf war dem Kläger fälschlich zugesichert worden, dass das Fahrzeug generalüberholt war. Bis April 1987 erfolgten ständig Rügen des Käufers und anschließende Mängelbehebungsversuche. Im April 1987 stellte der Käufer den Traktor zurück und erklärte, daran kein Interesse mehr zu haben. Das LG für Zivilrechtssachen Graz (LGZ) wies 1991 eine Klage auf Zahlung des Restkaufpreises wegen Wandlung ab. Die Wandlung stand dem Käufer damals noch offen, weil die Anzeige des Mangels die diesbezügliche Einrede nach § 933 Abs. 3 ABGB<sup>34</sup> perpetuiert hatte. 1993 beehrte der Käufer sodann Rückzahlung des von ihm bezahlten (Teil-)Kaufpreises von ATS 87.000. Zu diesem Zeitpunkt war die Gewährleistungsfrist (die damals noch sechs Monate betrug) natürlich längst abgelaufen. Es ging in dem Verfahren daher um die Frage, ob die im Vorprozess erhobene Wandlungseinrede eine „echte“ Rechtsgestaltung zur Folge hatte, sodass der gesamte Kaufvertrag vernichtet war und daher nach Bereicherungsrecht rückabzuwickeln war.

Der OGH gab der Klage statt.<sup>35</sup> Dabei erörterte der OGH zunächst die damalige deutsche Literatur. Demnach könne, wenn der Kaufpreis teilweise bezahlt worden sei, bei rechtzeitiger Anzeige des Mangels nur der Restkaufpreis verweigert werden; es bestehe aber kein Anspruch auf Rückgewähr der geleisteten Anzahlung.<sup>36</sup> Andererseits bestehe weitgehend Einigkeit darüber, dass nach Abweisung der Kaufpreisklage infolge Wandlung der Käufer die Sache zurückgeben und daher auch Anzahlungen zurückbekommen müsse.<sup>37</sup> Ausdrücklich zitiert der OGH hier *Larenz*, wonach die Begründung dafür „nicht ganz leicht“ sei.

Für das österreichische Recht, so der OGH, bedürfe es hingegen keiner komplizierten Konstruktionen, weil nach § 933 Abs. 2 (heute: Abs. 3) ABGB auch nach Ablauf der Gewährleistungsfrist eindeutig die Einrede aufrecht und nicht

<sup>32</sup> OGH 10 Ob 506/93 SZ 67/187.

<sup>33</sup> Bemerkenswerterweise spielen in Österreich für die Entwicklung des Gewährleistungsrechts Traktorenkäufe eine besondere Rolle. Eine andere wichtige Entscheidung in diesem Kontext ist OGH 6 Ob 272/05a ZVR 2006, 414 (*Kathrein*) zur Vermutung des § 924 ABGB bei gebrauchten Sachen.

<sup>34</sup> Zum damaligen Zeitpunkt fand sich die Regelung des heutigen § 933 Abs. 3 ABGB inhaltlich unverändert in § 933 Abs. 2 ABGB a. F.

<sup>35</sup> OGH 10 Ob 506/93 SZ 67/187.

<sup>36</sup> Unter Berufung auf Palandt/*Putzo*, Bürgerliches Gesetzbuch<sup>32</sup> (1993), § 478 Rn. 3; Münchener Kommentar zum BGB/*Westermann*<sup>2</sup> (1988), § 478 Rn. 6; Staudinger/*Honsell*, BGB<sup>12</sup> (1978), § 478 Rn. 13; Soergel/*Huber*<sup>12</sup>, BGB (1991), § 478 Rn. 17; *Fikentscher*, Schuldrecht<sup>8</sup> (1992), Rn. 725; *Larenz*, Lehrbuch des Schuldrechts II/1 Besonderer Teil<sup>13</sup> (1986), S. 65.

<sup>37</sup> Münchener Kommentar zum BGB/*Westermann*<sup>2</sup>, § 478 Rn. 6; Staudinger/*Honsell*, BGB<sup>12</sup> (1978), § 478 Rn. 13; besonders *Schlosser*, Peremptorische Einrede und Ausgleichszusammenhänge, JZ 1966, 428.

bloß ein Zahlungsverweigerungsrecht übrigbleibe. Der OGH stütze sich dabei maßgeblich auf *Reischauer*.<sup>38</sup> Rechtzeitige Mängelanzeige vorausgesetzt, sei das Einrederecht vor und nach Fristablauf dasselbe; erst der abweichende Wortlaut des BGB schaffe dort die aufgezeigten Probleme. Werde auf die Kaufpreisklage hin die Einrede der Wandlung zu Recht erhoben, so sei zu wandeln, und zwar unabhängig davon, ob die Einrede innerhalb der Gewährleistungsfristen oder infolge ihrer Perpetuierung erhoben wurde. Es sei also nicht nur die Preisklage abzuweisen; sie sei vielmehr abzuweisen, weil ihr durch die Wandlung der Rechtsgrund entzogen werde. Entzogen werde damit aber auch der Rechtsgrund für das Behaltendürfen bereits erlangter Zahlungen; das bereits Bezahlte könne innerhalb der Verjährungsfrist zurückverlangt werden, weil es keinen sachlichen Grund dafür gäbe, die Rückzahlung des Kaufpreises trotz gerichtlicher Feststellung des Wegfalls des Rechtsgrundes dem Wandelnden zu verweigern. Dieser müsse auch die erworbene Sache nur Zug um Zug gegen die Rückzahlung herausgeben.

Im vorliegenden Fall sei unstrittig davon auszugehen, dass sich der vom Kläger gekaufte Traktor seit 1987 ununterbrochen im Gewahrsam der Beklagten befinde, so dass der Pflicht des Wandelnden, den Kaufgegenstand zurückzugeben, bereits entsprochen wurde. Damit habe aber der Kläger auch Anspruch auf Rückerstattung der bereits auf den Kaufpreis geleisteten Teilzahlungen. Dieser Anspruch gründe sich nicht unmittelbar auf das Gewährleistungsrecht, sondern beruhe auf dem Gedanken der Rückabwicklung des durch Wandlung aufgehobenen Kaufvertrages. Von den Gewährleistungsrechten selbst (hier: der Wandlung) seien die durch deren erfolgreiche Geltendmachung erst ausgelösten (entsprechenden) bereicherungsrechtlichen Rückabwicklungsansprüche zu unterscheiden. Dem Gewährleistungsberechtigten sei nach Fristablauf nur der Angriff verwehrt, das heißt, dass er nach Fristablauf nicht mehr aktiv Gewährleistungsansprüche geltend machen könne. Der Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreisteiles nach Vertragsaufhebung sei jedoch als Bereicherungsanspruch ein Unterfall der *condictio causa finita* des § 1435 ABGB und unterliege der 30-jährigen Verjährung des § 1478 ABGB. Ähnlich entschied der OGH in einer Folgeentscheidung.<sup>39</sup>

Diese Auffassung wurde von *Koziol/Welser* in mehreren Auflagen ihres Lehrbuchs heftig kritisiert.<sup>40</sup> Es erscheine nicht vertretbar, durch Erhebung der Einrede dem Käufer das Recht zu geben, nach Ablauf der Gewährleistungsfrist den

<sup>38</sup> *Reischauer*, in: Rummel/Lukas, ABGB<sup>4</sup> (2014), § 933 Rz. 171 ff., 202 ff.

<sup>39</sup> OGH 7 Ob 541/95.

<sup>40</sup> *Welser*, in: *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II<sup>11</sup> (2000), S. 74: „Nicht vertretbar erscheint es aber, durch Erhebung der Einrede dem Käufer das Recht zu geben, nach Ablauf der Gewährleistungsfrist den bereits geleisteten Kaufpreis ganz oder teilweise zurückzuverlangen, weil dadurch das Erfordernis der gerichtlichen Geltendmachung in der Frist unterlaufen wird“ (dabei wird die Entscheidung OGH 10 Ob 506/93 SZ 67/187 zitiert). Ähnlich in der 12. und 13. Auflage (dort auf S. 80 bzw S. 82) und in der von *Welser* und *Zöchling-Jud* betreuten 14. Auflage (2015, dort auf S. 92).