

MARK MAKOWSKY

Einwendungen aus
fremdem Schuldverhältnis

Jus Privatum

Mohr Siebeck

JUS PRIVATUM
Beiträge zum Privatrecht

Band 233



Mark Makowsky

Einwendungen aus fremdem Schuldverhältnis

Mohr Siebeck

Mark Makowsky, geboren 1984; Studium der Rechtswissenschaft an der Universität Düsseldorf; Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung sowie Privatversicherungsrecht der Universität Düsseldorf; 2012 Promotion; Rechtsreferendariat am Landgericht Düsseldorf; 2014 Zweite Juristische Staatsprüfung; seit 2015 Akademischer Rat a.Z. am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung sowie Privatversicherungsrecht der Universität Düsseldorf; 2018 Habilitation.

ISBN 978-3-16-156577-9 / eISBN 978-3-16-156578-6
DOI 10.1628/978-3-16-156578-6

ISSN 0940-9610 / eISSN 2568-8472 (Jus Privatum)

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

© 2019 Mohr Siebeck Tübingen. 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 und auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt. Es wurde von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Printed in Germany.

Meiner Familie

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2018 von der Juristischen Fakultät der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf als Habilitationsschrift angenommen. Für die Veröffentlichung wurde sie auf den Stand von August 2018 gebracht.

Mein herzlicher Dank gilt meinem akademischen Lehrer Prof. Dr. Dirk Looschelders, der mich seit Beginn meines Studiums gefördert und für die Wissenschaft begeistert hat. Er war mir in all der Zeit ein inspirierender Gesprächspartner, kluger Ratgeber und akademisches Vorbild. Den Mitgliedern der Fakultät sowie den Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern des Lehrstuhls danke ich für die sehr angenehme Atmosphäre und die ständige Hilfsbereitschaft. Mein besonderer Dank gilt auch Herrn Prof. Dr. Jan Busche, der das Zweitgutachten außerordentlich zügig angefertigt und damit den Abschluss des Habilitationsverfahrens noch im Sommersemester ermöglicht hat.

Für zahlreiche anregende Diskussionen während der Erstellung der Arbeit sowie die kritische Durchsicht des Manuskripts bedanke ich mich herzlich bei meinen Freunden und Kollegen Dr. Astrid Götz, Dr. Patrick Meier, Dr. Jannik Otto sowie Dr. Lukas Rademacher.

Schließlich geht mein Dank an die Johanna und Fritz Buch-Gedächtnisstiftung sowie die Studienstiftung *ius vivum* für die großzügige Unterstützung bei der Drucklegung.

Düsseldorf, August 2018

Mark Makowsky

Inhaltsübersicht

Einleitung	1
§ 1 Einführung in ein schillerndes Dogma des Privatrechts	1
§ 2 Gegenstand und Ziel der Untersuchung	4
§ 3 Gang der Untersuchung	7
1. Kapitel: Allgemeine Grundlagen	9
§ 4 Zivilrechtliche Lehre von den Gegennormen	9
§ 5 Das Dogma exceptio ex iure tertii non datur	30
§ 6 Materiellrechtliche Neukonzeption	52
2. Kapitel: Fremde Schuldverhältnisse und eigene Rechte oder Pflichten	89
§ 7 Einwendungen aus fremdem Schuldverhältnis beim Vertrag zugunsten Dritter	91
§ 8 Einwendungen aus fremdem Schuldverhältnis beim Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte	175
§ 9 Einwendungen aus fremdem Schuldverhältnis bei der Abtretung . .	186
§ 10 Einwendungen aus fremdem Schuldverhältnis bei der Schuldübernahme	266
§ 11 Einwendungen aus fremdem Schuldverhältnis bei der Vertragsübernahme	295
3. Kapitel: Fremde Schuldverhältnisse und eigene akzessorische Rechte oder Pflichten	297
§ 12 Einwendungen aus fremdem Schuldverhältnis bei der Bürgschaft .	299
§ 13 Einwendungen aus fremdem Schuldverhältnis beim Schuldbeitritt	358
§ 14 Einwendungen aus fremdem Schuldverhältnis bei Schadensersatzansprüchen von Angehörigen	369

4. Kapitel: Fremde Schuldverhältnisse und eigene Rechtsgeschäfte	377
§ 15 Einwendungen aus fremdem Schuldverhältnis bei Geschäftseinheit und Bedingung	379
§ 16 Einwendungen aus fremdem Schuldverhältnis bei Geschäftsgrundlagen	381
Schlussbetrachtung und zentrale Thesen	413
Literaturverzeichnis	421
Sachregister	433

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	VII
Inhaltsübersicht	IX
Abkürzungsverzeichnis	XXIX
Einleitung	1
§1 Einführung in ein schillerndes Dogma des Privatrechts	1
§2 Gegenstand und Ziel der Untersuchung	4
§3 Gang der Untersuchung	7
1. Kapitel: Allgemeine Grundlagen	9
§4 Zivilrechtliche Lehre von den Gegennormen	9
I. Der Einwendungsbegriff	9
1. Implementierung eines prozessualen Begriffs in das Zivilrecht	9
2. Einwendungen und Einreden i. S. d. ZPO und i. S. d. BGB	10
3. Das prozessuale Begriffsverständnis des BGB-Gesetzgebers	12
4. Mehrdeutigkeit eines materiellrechtlichen Begriffsverständnisses	13
5. Plädoyer für eine materiellrechtliche Terminologie	14
II. Die Bedeutung der Gegennormen im BGB	15
1. Das zivilistische System von Grundnormen und Gegennormen	15
2. Die rechtstheoretische Dimension: Der vollständige Rechtssatz	17
3. Die Verteilung der Darlegungs- und Beweislast	19
III. Die Abgrenzung zwischen rechtshindernden, rechtsvernichtenden und rechtshemmenden Normen	20
1. Differenzierung nach der Reichweite der Rechtsfolgen	20
2. Differenzierung nach den Voraussetzungen für den Rechtsfologeneintritt	21
3. Die Rechtswirkungen der rechtshemmenden Tatsachen	23
a) Dilatorische und peremptorische Einrederechte	24
b) Die unterschiedlichen Wirkungen auf den Anspruch	24

4.	Das Problem des Einwendungsverzichts bzw. Einrediverzichts	26
	a) Der einseitige Einrederechtsverzicht des Schuldners	27
	b) Möglichkeiten eines Einwendungsverzichts	28
§ 5	<i>Das Dogma exceptio ex iure tertii non datur</i>	30
I.	Die historische Entwicklung vor Inkrafttreten des BGB	30
	1. Das Institut der exceptio im historischen Wandel	30
	a) Die exceptio im römischen Recht	31
	b) Die Rezeption der exceptio in der Pandektistik	31
	2. Ursprung und Sinngehalt des Dogmas exceptio ex iure tertii non datur	33
	3. Rezeption und Konzeption im gemeinen Recht	34
	a) Ältere Werke	34
	b) Aufsatz von W. Herold	35
	aa) Die Herold'sche Konzeption im Überblick	35
	bb) Bedeutungswandel des Dogmas exceptio ex iure tertii non datur	36
	c) Andere zeitgenössische Stimmen	37
	4. Bestimmungen in den Partikularrechten	38
	a) Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten	38
	b) Codex Iuris Bavarici Iudiciarii	38
II.	Die Theorien nach Inkrafttreten des BGB	39
	1. Das neue Verständnis des Dogmas exceptio ex iure tertii non datur	40
	2. Ablehnung der gemeinrechtlichen Lehren	41
	3. Das Erklärungsmodell von Rudolf Stammler (1900)	42
	a) Die Vorbedingungen der Zulässigkeit einer exceptio ex iure tertii	42
	b) Theorie von der Haupt- und Nebenverbindlichkeit	43
	4. Die Konzeption von Max Rauchenberger (1904)	44
	5. Das System von Achill Rappaport (1904)	46
	a) Zulässigkeit der Einreden aus fremdem Rechtsverhältnis	46
	b) Schlüssigkeit der Einreden bei kausaler Anspruchsverknüpfung	47
III.	Der aktuelle Diskussionstand	48
	1. Das Ausbleiben neuer Theorien	48
	2. Die Relativität des Schuldverhältnisses als neues Fundament	49
	3. Die subjektiven Rechte von Dritten	50
§ 6	<i>Materiellrechtliche Neukonzeption</i>	52
I.	Kritische Würdigung der bisherigen Theorien	52
	1. Evolution und Erosion des Dogmas exceptio ex iure tertii non datur	52

2. Kritik an den Konzeptionen nach Inkrafttreten des BGB	53
a) Einwände gegen die Konzeption von Stammler	53
aa) Keine Übertragbarkeit auf die Einreden gegen einen Dritten	53
bb) Ungeeignetheit für die Einreden eines Dritten	54
b) Einwände gegen die Konzeption von Rauchenberger	55
c) Einwände gegen die Konzeption von Rappaport	56
II. Keine allgemeingültige Formel	57
III. Erfordernis einer rein materiellrechtlichen Betrachtung	57
IV. Lehre vom subjektiven Recht	58
1. Grundsatz: Keine einschränkenden Rechtsfolgen aus fremdem Recht	59
a) Keine rechtsbegründenden Rechtsfolgen aus fremdem Recht	59
b) Keine einschränkenden Rechtsfolgen aus fremdem Recht	59
2. Ausnahmen: Einschränkende Rechtsfolgen aus fremdem Recht	60
3. Scheinausnahmen	61
V. Schuldrechtliches Relativitätsprinzip	62
1. Das Relativitätsprinzip als Prinzip der Selbstzurechnung	62
2. Grundsatz: Keine einschränkenden Rechtsfolgen aus fremdem Schuldverhältnis	63
a) Keine rechtsbegründenden Rechtsfolgen aus fremdem Schuldverhältnis	64
b) Keine einschränkenden Rechtsfolgen aus fremdem Schuldverhältnis	64
3. Ausnahmen: Einschränkende Rechtsfolgen aus fremdem Schuldverhältnis	67
a) Isolierte Fremdzurechnung von einschränkenden Rechtsfolgen	67
aa) Gesetzliche Sonderbestimmungen	68
bb) Rechtsgeschäftliche Gestaltungen	69
b) Komplementäre Fremdzurechnung von einschränkenden Rechtsfolgen	69
aa) Unmittelbare Berechtigung oder Verpflichtung eines Dritten	72
(1) Rechtsfolgenzurechnung	72
(2) Tatbestandsverwirklichung im „Dreiecksverhältnis“	73
bb) Akzessorische Rechte und Pflichten	74
cc) Verknüpfungen mit anderen Rechtsgeschäften	75
dd) Die sog. „Verdinglichung obligatorischer Rechte“	76

e)	Deliktischer Forderungsschutz	78
ff)	Drittwirkungen des Schuldverhältnisses	
	in anderen Rechtsordnungen	78
	(1) Europäisches Privatrecht	79
	(2) Frankreich	79
	(3) England	80
VI.	Zwischenfazit	82
VII.	Abschließende Systematisierungen	83
1.	Das fremde Schuldverhältnis als bloßer Lebenssachverhalt	84
a)	Zufällige tatsächliche Drittwirkungen	
	des Schuldverhältnisses	84
b)	Typische tatsächliche Drittwirkungen	
	des Schuldverhältnisses	85
2.	Die „Gesamtwirkung“ bei der Gesamtschuld	86
2. Kapitel:	Fremde Schuldverhältnisse und eigene Rechte	
	oder Pflichten	89
§ 7	<i>Einwendungen aus fremdem Schuldverhältnis beim Vertrag</i>	
	<i>zugunsten Dritter</i>	91
I.	Struktur des Vertrags zugunsten Dritter	93
1.	Das sog. Deckungsverhältnis	93
2.	Das sog. Vollzugsverhältnis	94
a)	Dogmatische Einordnung durch Rechtsprechung	
	und Literatur	94
b)	Würdigung	95
3.	Das sog. Valutaverhältnis	96
II.	Die restriktive Auslegung des § 334 BGB	97
1.	Auslegungsschwierigkeiten und Widersprüche der h.M.	97
2.	Entstehungsgeschichte des § 334 BGB	98
a)	Teilentwurf zum Obligationenrecht von 1877	98
b)	Beratungen der Ersten Kommission zum Entwurf	
	v. Kübels	100
c)	Überarbeiteter Teilentwurf zum Obligationenrecht	
	von ca. 1880	101
d)	Weitere Entstehungsgeschichte	102
3.	Würdigung	103
a)	Sachliche Begrenzung auf die Einwendungen	
	aus dem Vertrag	103
b)	Kein Aussagegehalt für alle „sonstigen Einwendungen“	105
4.	Teleologie des § 334 BGB	106
a)	Die Vertragsabhängigkeit der Forderung des Dritten	106

b) Der Schutz des Versprechenden	107
III. Einwendungen aus dem Vertrag	108
1. Einwendungen gegen den wirksamen Bestand des Vertrags	108
a) Das Nichtzustandekommen des Vertrags	108
aa) Abgrenzung zu rechtsbegründenden Tatsachen	108
bb) Abgrenzung zur Auslegung des Vertrags	109
b) Die Unwirksamkeit des Vertrags	110
aa) Gesetzes- und Sittenwidrigkeit	111
(1) Beurteilung der Sittenwidrigkeit nach h.M.	111
(2) Stellungnahme	112
bb) Mangelnde Geschäftsfähigkeit	113
cc) Geheimer Vorbehalt	113
dd) Scheingeschäft	114
ee) Scherzerklärung	116
ff) Formmangel	116
gg) Unwirksamkeit der Drittbegünstigungsklausel	117
c) Die Anfechtung des Vertrags	117
aa) Entstehung des Anfechtungsrechts	117
bb) Die Erklärung der Anfechtung	119
cc) Kein Zustimmungserfordernis des Dritten	119
dd) Einrederecht wegen Anfechtbarkeit?	120
ee) Anfechtungsausschluss nach Leistungsannahme?	121
d) Die Auflösung des Vertrags	122
aa) Widerruf, Kündigung und Rücktritt vom Vertrag	122
(1) Zustimmungserfordernis des Dritten?	123
(2) Rücktritt des Versprechenden	125
(3) Rücktritt des Versprechensempfängers	126
bb) Störung der Geschäftsgrundlage	127
2. Einwendungen aus dem Inhalt des Vertrags	129
a) Vertragliche Auflösungsrechte	129
b) Bedingungen und Befristungen	130
c) Das vertragliche Synallagma	130
d) Versicherungsvertragliche Obliegenheiten und Risikoausschlüsse	133
aa) Folgen des § 334 BGB bei der Versicherung für fremde Rechnung	133
bb) Stellungnahme	135
(1) Prämienverzug des Versicherungsnehmers	135
(2) Risikoausschlüsse	136
(3) Obliegenheitsverletzung	137
e) Weitere aus dem Vertragsinhalt folgende Grenzen	137
f) Prozessbezogene Vereinbarungen	138

IV.	Sonstige Einwendungen	140
1.	Einwendungen aus dem Schuldverhältnis zwischen Versprechendem und Drittem	141
a)	Erläss und Stundung	141
b)	Erfüllung und Erfüllungssurrogate	141
c)	Aufrechnung und Zurückbehaltungsrechte	143
d)	Unmöglichkeit	143
e)	Mitverschulden und andere Obliegenheitsverletzungen	143
f)	Verjährung	144
g)	Bereicherungseinrede bei einem abstrakten Vertrag zugunsten Dritter	145
aa)	Problemstellung	146
bb)	Eigener Lösungsansatz	146
h)	Arglisteinrede bei unerlaubter Handlung	148
i)	Weitere Einwendungen	149
2.	Einwendungen aus dem übrigen Deckungsverhältnis . . .	149
a)	Keine Aufrechnung	150
aa)	Begründungsansätze in Rechtsprechung und Literatur	150
bb)	Stellungnahme	151
cc)	Ausnahmen kraft Gesetzes	152
(1)	Rechtsübertragender Vertrag zugunsten Dritter	152
(2)	Besonderheiten des Versicherungsrechts	153
b)	Zurückbehaltungsrecht	153
aa)	Die Auffassung der h.M.	153
bb)	Stellungnahme	154
c)	Keine Mitverschuldenszurechnung	156
aa)	Der Standpunkt der h.M.	156
bb)	Gegenauffassungen im Schrifttum	157
cc)	Stellungnahme	158
(1)	Zurechnung eines Mitverschuldens des Versprechensempfängers an den Dritten . . .	158
(2)	Zurechnung eines Mitverschuldens des Dritten an den Versprechensempfänger	160
d)	Einwendungen gegen das Forderungsrecht des Versprechensempfängers	160
3.	Einwendungen aus dem Schuldverhältnis zwischen Versprechensempfänger und Drittem	161
V.	Exkurs: Die Einwendungen des Versprechensempfängers . . .	162
a)	Einrede des nicht erfüllten Vertrags	162
b)	Zurückbehaltungsrecht	163

VI.	Grenzen der Zulässigkeit von Einwendungen	163
1.	Rechtserwerb des Dritten	164
2.	Die „Dispositivität“ des § 334 BGB	165
a)	Der Ausschluss der Einwendungen aus dem Vertragsinhalt	166
b)	Weitere Möglichkeiten eines Einwendungsverzichts . .	167
c)	Ausdrückliche Einwendungsausschlüsse	168
aa)	Sicherungsschein bei der Versicherung für fremde Rechnung	168
bb)	Sicherungsschein im Reiserecht	169
d)	Stillschweigende Einwendungsausschlüsse	169
aa)	Der Charterflugfall des BGH	170
bb)	Stellungnahme	171
e)	Allgemeine Möglichkeit eines Einwendungsverzichts . .	172
3.	Einwendungsausschluss gemäß § 417 Abs. 2 BGB analog? .	173
a)	Problemstellung und Meinungsspektrum	173
b)	Stellungnahme	174
§ 8	<i>Einwendungen aus fremdem Schuldverhältnis beim Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte</i>	175
I.	Einleitung	175
II.	Die „Analogie“ zu § 334 BGB	176
1.	Problemstellung	176
2.	Vertragsabhängigkeit der Schutzpflicht	177
a)	Abhängigkeit vom wirksamen Bestand des Vertrags . .	177
b)	Abhängigkeit vom Vertragsinhalt	177
3.	Einwendungen aus dem Vertrag	178
III.	Sonstige Einwendungen	179
1.	Einwendungen aus dem Schuldverhältnis zwischen Schuldner und Dritten	180
2.	Einwendungen aus dem übrigen Schuldverhältnis zwischen Schuldner und Gläubiger	181
a)	Keine Aufrechnungs- und Zurückbehaltungsrechte . .	181
b)	Keine Zurechnung des Mitverschuldens des Gläubigers .	182
IV.	Grenzen der zulässigen Einwendungen	183
1.	„Dispositivität“ des § 334 BGB	183
2.	Grenzen von Haftungsvereinbarungen	184
a)	Gültigkeit von allgemeinen Haftungsverzichten	184
b)	Gültigkeit von isolierten Haftungsverzichten	185
§ 9	<i>Einwendungen aus fremdem Schuldverhältnis bei der Abtretung . .</i>	186
I.	Einleitung	186
II.	Auslegung des § 404 BGB	188
1.	Entstehungsgeschichte des § 404 BGB	188

a)	Erste Kommission: Von der positiven hin zur negativen Fassung	188
b)	Zweite Kommission: Von der negativen zurück zur positiven Fassung	189
c)	Zwischenergebnis	190
2.	Das herrschende Verständnis von § 404 BGB	191
a)	Die Zulässigkeit der „im Abtretungszeitpunkt begründeten Einwendungen“	191
b)	Teleologisches Verständnis: Schuldnerschutz und Identitätsprinzip	192
aa)	Der Gedanke des Schuldnerschutzes	192
bb)	Der Gedanke des identitätswahrenden Forderungsübergangs	193
3.	Kritische Würdigung der h. M.	193
a)	Unbrauchbarkeit des Maßstabs in § 404 BGB	193
b)	Der vermeintlich konstitutive Gehalt des § 404 BGB	194
4.	Eigene Konzeption	195
a)	Deklaratorischer Charakter des § 404 BGB	195
b)	Rechtsfolgenzurechnung an den Zessionar	196
aa)	Unmittelbare Berechtigung des Zessionars aus dem Schuldverhältnis	196
bb)	Tatsächliche Drittwirkung des Schuldverhältnisses gegenüber dem intendierten Zessionar	197
c)	Rechtsfolgenerhalt nach der Abtretung	198
aa)	Rechtshindernde und rechtsvernichtende Rechtsfolgen	198
bb)	Rechtshemmende Rechtsfolgen	199
cc)	Kein redlicher Forderungserwerb	200
d)	Tatbestandsverwirklichung vor und nach der Abtretung	201
5.	Fazit	202
6.	Schuldnerschützender Charakter des § 404 BGB	204
a)	Konstitutiver Schuldnerschutz nur nach §§ 407 ff. BGB	204
b)	Schuldnerschutz in § 404 BGB als bloßer Reflex	206
III.	Einwendungen aus dem Schuldverhältnis zwischen Schuldner und Zedent	207
1.	Anspruchsbegründende Tatbestände	207
2.	Rechtshindernde Tatbestände	208
a)	Die Unwirksamkeit von Verträgen	208
b)	Die Anfechtung des Vertrags	209
aa)	Tatbestandsverwirklichung vor und nach der Zession	209
(1)	Zustimmungserfordernis des Zessionars?	210
(2)	Stellungnahme	210

bb)	Der richtige Erklärungsgegner	211
cc)	Einrederecht des Schuldners wegen Anfechtbarkeit?	213
dd)	Anfechtungsausschluss nach Leistungsannahme?	213
c)	Weitere rechtshindernde Tatbestände	214
3.	Rechtsvernichtende Tatbestände	215
a)	Erfüllung	216
aa)	Erfüllung an den Gläubiger	216
bb)	Erfüllung an empfangsberechtigte Dritte	216
cc)	Leistung an Erfüllung statt, erfüllungshalber und Hinterlegung	216
b)	Aufrechnung	218
aa)	Problemstellung	218
bb)	Stellungnahme	219
c)	Erlass und sonstige Verfügungen	220
aa)	Erlass	220
bb)	Sonstige Verfügungen	221
cc)	Aufhebungsvertrag	221
d)	Gestaltungsrechte	222
aa)	Ausübungsmodalitäten	222
bb)	Ausübung des Gestaltungsrechts nach der Zession	223
cc)	Leistungsstörungen bei gegenseitigen Verträgen	224
e)	Unzulässige Rechtsausübung und personenbezogene Einwendungen	224
aa)	Ausnahme für personenbezogene Einwendungen	225
bb)	Dogmatische Begründung	225
cc)	Stellungnahme	226
f)	Weitere rechtsvernichtende Tatbestände	227
4.	Rechtshemmende Tatbestände	227
a)	Verjährung	228
aa)	Die Behandlung des Verjährungstatbestands nach h. M.	228
bb)	Stellungnahme	229
(1)	Beginn der Verjährungsfrist	229
(2)	Einrederecht des Schuldners	230
b)	Einrede des nichterfüllten Vertrags	230
c)	Zurückbehaltungsrecht aus § 273 BGB	232
aa)	Meinungsspektrum in Rechtsprechung und Literatur	232
bb)	Stellungnahme	233
(1)	Entstandenes Zurückbehaltungsrecht	233
(2)	Noch nicht entstandenes Zurückbehaltungsrecht	234
(3)	Analoge Anwendung des § 406 BGB	234
(4)	Fazit	235

	d) Die Einrede des Notbedarfs	235
	e) Sonstige Einreden	236
	5. Prozessbezogene Vereinbarungen	237
IV.	Einwendungen aus dem Schuldverhältnis zwischen Schuldner und Zessionar	239
	1. Einwendungen aus dem neu konstituierten Schuldverhältnis	239
	2. Einwendungen aus einem bereits bestehenden Schuldverhältnis	240
	3. Das Mitverschulden des Zessionars	241
	a) Problemstellung	241
	b) Stellungnahme	241
	aa) Anspruchsentstehung und Anspruchsübergang in voller Höhe	242
	bb) Sonderfall: Gesamtschuldnerische Haftung des Zedenten	242
	c) Mitverschulden des Zessionars bei der Schadensabwendung und Schadensminderung	243
V.	Einwendungen aus dem Rechtsverhältnis zwischen Zedent und Zessionar	244
	1. Einwendungen gegen die Wirksamkeit der Abtretung	244
	2. Einwendungen aus dem schuldrechtlichen Grundgeschäft	246
	a) Relativität des Schuldverhältnisses und Abstraktionsprinzip	246
	b) Ausnahme: Verknüpfung mit dem Abtretungsvertrag	247
VI.	Sonderfälle	248
	1. Vorausabtretung	248
	a) Problemstellung und h. M.	248
	b) Stellungnahme	249
	aa) Maßgebliche Besonderheiten der Vorausabtretung	249
	bb) Vorliegen von rechtsbeschränkenden Tatsachen	250
	2. Abtretungskette	251
	3. Legalzessionen	252
	a) Notwendigkeit eines Durchgangserwerbs?	252
	b) Zeitpunkt der Legalzession	253
VII.	Exkurs: Die Einwendungen des Zedenten	254
	1. Gegenansprüche des Schuldners	254
	a) Einrede aus § 320 BGB	254
	aa) Problemstellung	254
	bb) Stellungnahme	254
	b) Einrede aus § 273 BGB	255
	aa) Problemstellung	255
	bb) Stellungnahme	256

2. Anspruch des Zessionars auf Abtretung	257
VIII. Grenzen der Zulässigkeit von Einwendungen	258
1. Der „einwendungsfreie“ redliche Erwerb einer Scheinforderung	258
2. Die „Dispositivität“ des § 404 BGB	259
a) „Dispositionsbefugnis“ über die Einwendungen?	259
b) Modalitäten und Wirksamkeit eines Einwendungsverzichts	261
c) Reichweite eines Einwendungsverzichts im weiteren Sinne	262
IX. Zulässige Einwendungen kraft Vertrauensschutz	263
1. Das Vertrauen in die Berechtigung des Scheingläubigers . .	263
2. Das Vertrauen auf eine Aufrechnungslage	265
§ 10 <i>Einwendungen aus fremdem Schuldverhältnis</i> <i>bei der Schuldübernahme</i>	266
I. Einleitung	266
II. Die Auslegung des § 417 BGB	267
1. Problemstellung	267
2. Stellungnahme	268
a) Rechtsfolgenzurechnung an den Übernehmer	268
b) Rechtsfolgenerhalt	268
c) Zeitpunkt der Tatbestandsverwirklichung einer Gegenorm	269
3. Schuldnerschützender Charakter des § 417 Abs. 1 S. 1 BGB? .	270
III. Einwendungen aus dem Schuldverhältnis zwischen bisherigem Schuldner und Gläubiger	271
1. Anspruchsbegründende Tatbestände	271
2. Rechtshindernde Tatbestände	271
3. Rechtsvernichtende Tatbestände	272
a) Erfüllung und Erfüllungssurrogate	273
b) Aufrechnung	273
aa) Aufrechnung vor der wirksamen Schuldübernahme .	273
bb) Rechtslage nach dem Schuldnerwechsel	274
(1) Aufrechnung auf Schuldnerseite	274
(2) Aufrechnung durch den Gläubiger	275
c) Erlass und sonstige Verfügungen	275
aa) Abschluss eines Erlassvertrags	275
bb) Sonstige Verfügungen	276
cc) Insbesondere: Aufhebungsvertrag	276
d) Gestaltungsrechte	277
aa) Untergang der Schuld nach Ausübung eines Gestaltungsrechts	277

bb) Einrede der Gestaltbarkeit	278
e) Unzulässige Rechtsausübung und personenbezogene Einwendungen	280
aa) Allgemeine Grundsätze	280
bb) Personenbezogene Einwendungen	280
4. Rechtshemmende Tatbestände	282
a) Verjährung	283
b) Einrede des nicht erfüllten Vertrags	283
c) Zurückbehaltungsrecht aus § 273 BGB	284
aa) Problemstellung	284
bb) Stellungnahme	285
d) Stundungsabrede und pactum de non petendo	286
5. Prozessbezogene Vereinbarungen	286
IV. Einwendungen aus dem Schuldverhältnis zwischen Übernehmer und Gläubiger	287
1. Einwendungen aus dem neu konstituierten Schuldverhältnis	287
2. Einwendungen aus einem bereits vorhandenen Schuldverhältnis	288
V. Einwendungen aus dem Schuldverhältnis zwischen Übernehmer und bisherigem Schuldner	289
1. Relativität des Schuldverhältnisses und Abstraktionsprinzip	289
2. Ausnahme: Verknüpfung mit dem Schuldübernahmevertrag	290
a) Beurteilung in Rechtsprechung und Literatur	290
b) Stellungnahme	291
VI. Einwendungen gegen die Wirksamkeit der Schuldübernahme	292
VII. Grenzen der Zulässigkeit von Einwendungen	293
1. „Dispositivität“ des § 417 Abs. 1 S. 1 BGB	293
2. Kein „einwendungsfreier“ redlicher Schuldnerwerb	294
§ 11 <i>Einwendungen aus fremdem Schuldverhältnis bei der Vertragsübernahme</i>	295
 3. Kapitel: Fremde Schuldverhältnisse und eigene akzessorische Rechte oder Pflichten	 297
§ 12 <i>Einwendungen aus fremdem Schuldverhältnis bei der Bürgschaft</i> . .	299
I. Einwendungen aus dem fremden Schuldverhältnis zwischen Hauptschuldner und Gläubiger	300
1. Entstehungsakzessorietät der Bürgschaftsschuld	300
a) Dogmatik der Entstehungsakzessorietät	300
b) Die akzessorische Wirkung der rechtshindernden Tatsachen	302

2. Bestandsakzessorietät der Bürgschaftsschuld	302
a) Erfüllung und Erfüllungssurrogate	303
b) Verfügungsgeschäfte über die Hauptschuld	304
c) Novation der Hauptschuld	304
d) Unzulässige Rechtsausübung	305
e) Sonstige rechtsvernichtende Tatsachen	305
3. Durchsetzungsakzessorietät der Bürgschaftsschuld	306
a) Ausprägung oder Erweiterung des Akzessorietätsprinzips?	306
aa) Fragestellung	306
bb) Stellungnahme	307
b) Rechtsdogmatische Einordnung des § 768 BGB	308
aa) Eigene Einrederechte des Bürgen?	308
bb) Ausübungsrecht für die Einrederechte des Hauptschuldners?	308
cc) Stellungnahme	309
(1) Keine eigenen Einrederechte	309
(2) Akzessorische Wirkung der rechtshemmenden Tatsachen	310
(3) Befugnis zur eigenmächtigen Ausübung des Einrederechts	311
dd) Fazit	311
c) Die akzessorische Wirkung von rechtshemmenden Tatsachen	312
aa) Reichweite und Folgen des § 768 Abs. 1 S. 1 BGB	312
(1) Zurückbehaltungsrechte	313
(2) Stundungsabreden und Stillhalteabkommen	314
(3) Einordnung und Wirkung weiterer Einreden	315
bb) „Einreden“ aus Sicherungsabreden und Sicherungsgrenzen	316
(1) Bereicherungsansprüche des Hauptschuldners	316
(2) Anwendung des § 768 Abs. 1 S. 1 BGB?	316
(3) Einwendungen aus dem eigenen Schuldverhältnis	317
cc) Verjährung der Hauptschuld	318
(1) Die akzessorische Wirkung der Verjährung	318
(2) Der Untergang der Hauptschuld oder des Hauptschuldners	319
(3) Die Reichweite der akzessorischen Wirkung	320
4. Grenzen des Akzessorietätsprinzips	321
a) Der Sicherungszweck der Bürgschaft	321
aa) Vermögenslosigkeit des Hauptschuldners	321
bb) Sicherung eines Ersatzanspruches	323

b)	Verbot der Fremddisposition	324
aa)	Unbeachtlichkeit von Einwendungsverzichten?	325
bb)	Unbeachtlichkeit des Verzichts auf die Einrede der Verjährung	326
cc)	Einwendungsverlust aus sonstigen Gründen	327
(1)	Nachträgliche Heilung von rechtshindernden Rechtsfolgen	327
(2)	Nachträglicher Fortfall der Erfüllungswirkung	329
(3)	Nachträglicher Fortfall von dilatorischen Einrederechten	329
(4)	Nachträglicher Fortfall von Einwendungen gemäß § 242 BGB	329
c)	Dispositivität des Akzessorietätsprinzips	329
aa)	Disposition über die akzessorische Wirkung von rechtshindernden und rechtsvernichtenden Tatsachen	330
bb)	Disposition über die akzessorische Wirkung von rechtshemmenden Tatsachen	331
5.	Auswirkungen eines Vorprozesses gegen den Hauptschuldner	332
a)	Rechtskräftige Verurteilung des Hauptschuldners	332
aa)	Keine subjektive Rechtskrafterstreckung auf den Bürgen	332
bb)	Ausnahme bei rechtshemmenden Tatsachen?	333
(1)	Die Auffassung des BGH	333
(2)	Stellungnahme	333
cc)	Rechtskräftige Entscheidung über die Aufrechnung	334
b)	Rechtskräftige Klageabweisung	335
aa)	Problemstellung und Meinungsspektrum	335
bb)	Stellungnahme: § 768 Abs. 1 S. 1 BGB analog	336
II.	Einwendungen aus dem Schuldverhältnis zwischen Gläubiger und Bürge	337
1.	Einrede der Anfechtbarkeit nach § 770 Abs. 1 BGB	337
a)	Rechtssystematische Einordnung der Einrede	338
b)	Das Anfechtungsrecht des Hauptschuldners	339
aa)	Entstehung und Fortfall des Anfechtungsrechts	339
bb)	Der Verzicht auf das Anfechtungsrecht	340
(1)	Analogie zu § 768 Abs. 2 BGB	340
(2)	Stellungnahme	341
c)	Praktische Bedeutung des Einrederechts	342
d)	Rechtsfolgen des Einrederechts	343
e)	Sonstige Gestaltungsrechte des Hauptschuldners	344
aa)	Keine Analogie des § 770 Abs. 1 BGB	344

bb) Verbleibender Schutz des Bürgen	345
2. Einrede der Aufrechenbarkeit nach § 770 Abs. 2 BGB	347
a) Rechtssystematische Einordnung	347
b) Das Aufrechnungsrecht des Gläubigers	347
aa) Aufrechnungsrecht des Gläubigers	347
bb) Fälligkeit der Forderung des Hauptschuldners	348
cc) Teleologische Reduktion des § 770 Abs. 2 BGB	349
dd) Untergang des Aufrechnungsrechts	350
c) Rechtsfolgen des Einrederechts	351
d) Aufrechnungsrecht allein des Hauptschuldners	352
aa) Analogie oder „berichtigende Auslegung“ des § 770 Abs. 2 BGB?	352
bb) Analogie des § 770 Abs. 1 BGB?	354
3. Dispositivität des § 770 BGB	355
§ 13 <i>Einwendungen aus fremdem Schuldverhältnis beim Schuldbeitritt</i>	358
I. Einwendungen aus dem Schuldverhältnis zwischen Hauptschuldner und Gläubiger	359
1. Bedenken gegen die Analogie zu § 417 Abs. 1 S. 1 BGB	359
2. Rein rechtsgeschäftliche Konstruktion?	360
3. Die Begründungsakzessorietät der Beitrittsschuld	361
a) Analoge Anwendung von bürgschaftsrechtlichen Vorschriften	361
b) Begründungsakzessorietät, keine Bestandsakzessorietät	363
4. Zusammenfassung und praktische Folgerungen	363
a) Folgen der analogen Anwendung der §§ 767, 768 BGB	364
b) Die Verjährung der Beitrittsschuld	365
aa) Problemstellung und h. M.	365
bb) Stellungnahme	365
c) Rechtslage nach Entstehung der Beitrittsschuld	366
d) Analoge Anwendung des § 770 BGB	367
II. Einwendungen aus dem Schuldverhältnis zwischen Beitretendem und Gläubiger	367
III. Einwendungen beim Schuldbeitritt durch Vertrag zugunsten Dritter	368
§ 14 <i>Einwendungen aus fremdem Schuldverhältnis bei Schadensersatzansprüchen von Angehörigen</i>	369
I. Rechtsdogmatische Begründung für die Zulässigkeit der Einwendungen	369
1. Problemstellung und Meinungsspektrum	369
2. Stellungnahme	370
II. Rechtliche Folgerungen	372
1. Vertragliche Haftungsausschlüsse	372

2. Gesetzliche Haftungsausschlüsse und Deliktsfähigkeit . . .	373
3. Einwilligung des Verletzten	373
4. Handeln auf eigene Gefahr, Arglist und unzulässige Rechtsausübung	374
5. Verjährung des Anspruchs und Verfügungen	375
 4. Kapitel: Fremde Schuldverhältnisse und eigene Rechtsgeschäfte	 377
§ 15 <i>Einwendungen aus fremdem Schuldverhältnis bei Geschäftseinheit und Bedingung</i>	379
§ 16 <i>Einwendungen aus fremdem Schuldverhältnis bei Geschäftsgrundlagen</i>	381
I. Einwendungen aus fremdem Schuldverhältnis bei verbundenen Verträgen	382
1. Die dogmatische Einordnung des Einwendungsdurchgriffs	383
a) Dogmatische Konstruktionen im Schrifttum	384
aa) Abzulehnende Gegenauffassungen	384
bb) Geschäftsgrundlagenlehre	385
b) Dogmatische Konstruktion der Rechtsprechung	387
2. Allgemeiner Einwendungsdurchgriff aus § 242 BGB	388
a) Anerkennung eines allgemeinen Einwendungsdurchgriffs	388
b) Systematische Einordnung des allgemeinen Einwendungsdurchgriffs	389
II. Auslegung des § 359 BGB	390
1. Einwendungsdurchgriff und Widerrufserstreckung	391
2. Inhaltliche Reichweite des § 359	392
a) Erfasste rechtsbeschränkende Tatsachen	392
aa) Auch rechtshindernde und rechtsvernichtende Tatsachen?	392
bb) Teleologische Reduktion des § 359 BGB für die Erfüllung	393
b) Einwendungen aus dem verbundenen Vertrag	393
aa) Einwendungen aus dem Rechtsverhältnis zu einem Dritten	394
bb) Einwendungen aus einem anderen Rechtsverhältnis zum Unternehmer	394
(1) Problemstellung und h. M.	394
(2) Stellungnahme	395
III. Die zulässigen Einwendungen im Einzelnen	396
1. Leistungsstörungen	397

2. Gestaltungsrechte und Einrederechte	398
a) Notwendigkeit der Ausübung von Gestaltungsrechten	398
b) Kein Erfordernis zur Erhebung einer Einrede	399
3. Unwirksamkeit des finanzierten Geschäfts	400
4. Aufrechnung	401
a) Aufrechnung gegenüber dem Unternehmer	401
b) Aufrechnung gegenüber dem Darlehensgeber	402
5. Zurückbehaltungsrecht	403
6. Verjährung	404
IV. Rechtsfolgen des § 359 BGB	405
V. Prozessuale Fragen	406
VI. Grenzen der Zulässigkeit von Einwendungen	406
1. Subsidiaritätsdogma	407
a) Vorrang der Nacherfüllung durch den Unternehmer	407
b) Fehlschlagen der Nacherfüllung	408
2. Verbot der Fremddisposition	409
a) Teleologische Grundlagen	409
b) Beachtlichkeit eines Anerkenntnisses des Unternehmers	410
c) Personenidentität zwischen Unternehmer und Darlehensgeber	411
VII. Einwendungen aus dem Schuldverhältnis zwischen Verbraucher und Darlehensgeber	412
Schlussbetrachtung und zentrale Thesen	413
Literaturverzeichnis	421
Sachregister	433

Abkürzungsverzeichnis

Dieses Abkürzungsverzeichnis beschränkt sich auf die weniger geläufigen Abkürzungen. Die ansonsten verwendeten Abkürzungen sind allgemein gebräuchlich, vgl. *Kirchner*, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 8. Aufl., Berlin 2015.

ABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch von 1811 (Österreich)
ABl EG	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften
APLR	Allgemeines Landrechts für die Preußischen Staaten
BeckOK	Beck'scher Online Kommentar
BeckOGK	Beck'scher Online Großkommentar
BGE	Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts (Amtliche Sammlung)
BT-Drs.	Bundestag Drucksache
Bull.cass.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, Chambres civiles
Cass.	Corte di Cassazione (Italien)
Civ.	Cour de cassation, Chambre civile
Com.	Cour de cassation, Chambre commerciale et financière
DCFR	Draft Common Frame of Reference
E I	Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Erste Lesung, 1888 (1. Entwurf)
E II	Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Nach den Beschlüssen der Redaktionskommission. Zweite Lesung, 1894, 1895 (2. Entwurf)
GEKR	Gemeinsames Europäisches Kaufrecht
GRUR Int	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Internationaler Teil
Hervorheb.	Hervorhebung
Hervorheb. d. Verf.	Hervorhebung durch Verfasser
Hk	Handkommentar
HKK	Historisch-kritischer Kommentar
J.C.P.	Juris-Classeur périodique (La Semaine Juridique)
Mot.	Motive zum Entwurf eines BGB
MünchKomm	Münchener Kommentar
NomosKomm	Nomos Kommentar
OR	Obligationenrecht von 1881 (Schweiz)
PECL	Principles of European Contract Law
PICC	UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts
Prot.	Protokolle der 2. Kommission zum Entwurf des BGB
RheinZ	Rheinische Zeitung
RG	Reichsgericht

Einleitung

§ 1 Einführung in ein schillerndes Dogma des Privatrechts

Die Überzeugung, dass Einwendungen aus fremdem Recht oder aus fremdem Schuldverhältnis unzulässig seien, nimmt in der Privatrechtsdogmatik seit langem einen festen Platz ein.¹ *Exceptio ex iure tertii non datur* – so lautet die pointierte, offenbar von römischrechtlicher Autorität getragene Formel, die in Rechtsprechung und Schrifttum immer wieder und in den unterschiedlichsten Zusammenhängen als Argumentationstopos eingesetzt wird.² Nicht selten wird dabei die Geltung des Grundsatzes als axiomatisch und sein Sinngehalt als geradezu selbsterklärend vorausgesetzt.

Bei näherer Betrachtung entpuppt sich der Grundsatz der Unzulässigkeit von Einwendungen aus fremdem Recht bzw. fremdem Schuldverhältnis allerdings als ein recht schillerndes Dogma, dessen genaue dogmatische Bedeutung alles andere als leicht fassbar ist. Die Schwierigkeiten beginnen bereits damit, dass der tradierte Lehrsatz nach seinem Inhalt und seiner Form in materiellrechtlichen sowie prozessrechtlichen Farben changiert. So handelt es sich inhaltlich zwar um eine rein *materiellrechtliche* Regel über die begrenzte Wirkung von subjektiven Rechten bzw. Schuldverhältnissen. Gleichwohl ist der Lehrsatz von einem *prozessualen* Blickwinkel her formuliert, indem er bestimmte „Einwendungen“ oder „Einreden“ in einem gedachten Rechtsstreit für „unzulässig“ erklärt. Das überkommene Dogma atmet damit den Geist seiner Entstehungszeit, in der die Grenzen zwischen materiellem Zivilrecht und Prozessrecht noch nicht klar gezogen wurden. Die der Prozesssituation entstammenden Begriffe

¹ Exemplarisch RGZ 93, 74, 75; BGHZ 49, 278, 280; BGHZ 147, 269, 276f.; BGH NJW-RR 2007, 927; OLG Nürnberg NJW 1978, 2513, 2514; v. Tuhr, Allgemeiner Teil I/1, § 17 III 2 (S. 293 m. Fn. 18); MünchKomm-BGB/*Ernst* vor § 241 Rn. 21; MünchKomm-BGB/*Habersack* § 780 Rn. 49; Soergel/*Gröschler* § 768 Rn. 1.

² So und ähnlich z. B. BGH GRUR 1961, 572, 574; OLG Nürnberg NJW 1978, 2513, 2514; Ph. Heck, Grundriß des Schuldrechts, § 66, 11 c (S. 202); Staudinger/*Olzen* (2015) § 241 Rn. 312; MünchKomm-BGB/*Ernst* Einl. vor § 241 Rn. 21; MünchKomm-BGB/*Habersack* § 768 Rn. 1, § 784 Rn. 8; Hk-BGB/*Schulze* § 812 Rn. 23; jurisPK-BGB/*Martinek* § 812 Rn. 9; Larenz/*Canaris*, Schuldrecht II/2, § 62 II 1 (S. 39f.); Medicus/*Petersen*, Bürgerliches Recht, Rn. 667; Heermann, Geld und Geldgeschäfte, § 24 IV 1 a (S. 440 Rn. 29); Mankowski/*Schreier*, VuR 2007, 281, 282; Neuner, JZ 1999, 126, 127; Blaurock, NJW 1984, 1, 2, Denck, JuS 1981, 9; H. P. Westermann, JuS 1972, 18, 21. Zum schweizerischen und italienischen Recht vgl. BGE 31 II 105, 112; Cass. GRUR Int 1973, 44, 45.

der „Einwendung“ und „Einrede“ werden vom Schrifttum zwar teilweise auch in einem materiellrechtlichen Sinne verstanden.³ Die insoweit uneinheitlichen und wenig klaren Begriffsverständnisse helfen jedoch für sich genommen nicht weiter, um den genauen rechtsdogmatischen Bedeutungsgehalt des Grundsatzes der Unzulässigkeit von Einwendungen aus fremdem Recht bzw. aus fremdem Schuldverhältnis zu ermitteln.

Das Verdikt eines schillernden Dogmas verdient der Grundsatz *exceptio ex iure tertii non datur* insbesondere auch deshalb, weil ihm die moderne Privatrechtsdogmatik zwei grundlegend verschiedene Bedeutungen beimisst. Seine Doppeldeutigkeit wird von der Rechtsprechung sowie von der Lehre häufig erkannt oder zumindest nicht deutlich genug herausgestellt. Verfolgt man die historischen Wurzeln des Lehrsatzes bis zu seinen Ursprüngen zurück, so beruhte er zunächst allein auf der Wertung, dass die *Rechte eines Dritten*, mithin fremde Rechtspositionen, nicht im Wege eigener Einreden oder Einwendungen durch den Beklagten oder Schuldner geltend gemacht werden können. Dem Beklagten wird buchstäblich eine „Einrede aus dem Recht eines Dritten nicht gegeben“. Im Verlaufe der Zeit hat sich das Verständnis des Dogmas *exceptio ex iure tertii non datur* indessen gewandelt und ist weit über dessen ursprünglichen Sinngehalt hinausgewachsen.⁴ So wird der Lehrsatz von der modernen Privatrechtswissenschaft vor allem (auch) dahin interpretiert, dass als Grundlage eigener Einwendungen die Rechtsverhältnisse zu Dritten, also *fremde Schuldverhältnisse*, ausscheiden. Der Beklagte oder Schuldner soll gegenüber dem Anspruch des Klägers oder Gläubigers folglich keine Einwendungen aus einem fremden Schuldverhältnis herleiten, geschweige denn die in einem fremden Schuldverhältnis bestehenden Einwendungen geltend machen können.

Ebenso schillernd wie der Grundsatz *exceptio ex iure tertii non datur* selbst erscheinen auch die zahlreichen (vermeintlichen) Ausnahmekonstellationen, in denen Einwendungen aus fremdem Recht oder aus fremdem Schuldverhältnis für zulässig erachtet werden. Bereits im gemeinen Recht galt das Interesse der Rechtswissenschaft vornehmlich jenen Ausnahmetatbeständen und dem Versuch ihrer stimmigen Systematisierung. Das Aufspüren immer weiterer (angeblicher) Durchbrechungen wirkte allerdings mittelbar auf das Verständnis des Grundsatzes zurück und führte dadurch zu dessen inhaltlicher Ausdehnung. Die Vielzahl und Vielgestaltigkeit der unterschiedlichen Phänomene, in denen Einwendungen aus fremdem Recht oder aus fremdem Schuldverhältnis zulässig zu sein scheinen, lässt sich heute anhand vieler, verstreuter Einzelschriften des BGB erahnen (vgl. z. B. §§ 334, 359, 404, 422, 417, 768, 770, 986, 1137, 1157, 1211 BGB). Insofern ist durchaus bemerkenswert, dass einige der Gesetzes-

³ Dazu eingehend unten 1. Kap. § 4 I 4.

⁴ Zur dogmengeschichtlichen Entwicklung des Grundsatzes *exceptio ex iure tertii non datur* eingehend unten 1. Kap. § 5.

fassungen – in Parallele zum ungeschriebenen Dogma – einen prozessualen Duktus aufweisen. So sehen beispielsweise die zentralen Vorschriften der §§ 334, 404 BGB vor, dass dem Versprechenden beim Vertrag zugunsten Dritter die „Einwendungen“ aus dem Vertrag auch gegenüber dem Dritten „zustehen“ und der Schuldner bei der Abtretung dem neuen Gläubiger die zur Zeit der Abtretung bereits begründeten „Einwendungen“ „entgegensetzen“ kann.

§ 2 Gegenstand und Ziel der Untersuchung

Die Figur der Einrede aus fremdem Recht übte vor allem auf die Juristen des gemeinen Rechts eine besondere Anziehungskraft aus. Auch nach Inkrafttreten des BGB schien es zunächst so, als würde der von der *exceptio ex iure tertii* ausgehende wissenschaftliche Reiz nahtlos fortwirken. So erschienen in den Jahren 1900 und 1904 gleich drei umfangreiche Monografien, welche die Rechtsfigur rezipierten und unter dem Blickwinkel der neuen Kodifikation beleuchteten. Diese Werke von *Rudolf Stammler*,¹ *Max Rauchenberger*² und *Achill Rappaport*³ sollten in der rechtsdogmatischen Auseinandersetzung mit dieser Frage jedoch Höhepunkt und Schlusspunkt zugleich bleiben. Seit nunmehr weit über einhundert Jahren ist die Thematik nicht erneut aufgegriffen und systematisch aufbereitet worden und das, obwohl die damaligen Untersuchungen – auf die teils heute noch Bezug genommen wird⁴ – kaum befriedigende Lösungen beithalten.⁵

Die entstandene Forschungslücke gibt Anlass, den Faden der alten Diskussion wieder aufzunehmen. Wie sich dem Arbeitstitel der vorliegenden Studie bereits entnehmen lässt, gilt das Erkenntnisinteresse dabei primär den *Einwendungen aus fremdem Schuldverhältnis*. Bisweilen wird freilich nicht klar genug zwischen dem Grundsatz der Unzulässigkeit von Einwendungen aus fremdem Schuldverhältnis einerseits und dem Grundsatz der Unzulässigkeit von Einwendungen aus fremdem Recht andererseits differenziert. Ein erstes Anliegen dieser Studie ist es deshalb, jene beiden Grundsätze, die sich in dem janusköpfigen Dogma *exceptio ex iure tertii non datur* vereinigt haben, deutlich voneinander abzugrenzen und zu separieren. Um die beiden Lehrsätze auf eigenständige Fundamente stellen zu können, müssen vor allem ihre divergierenden Geltungsgründe und Sinngehalte herausgearbeitet werden. Diesen grundlegenden Fragen ist vor allem in der Vergangenheit zu wenig Beachtung geschenkt worden. So hat der ständige, einseitige Fokus auf die verschiedenen und zahlreichen

¹ Die Einrede aus dem Rechte eines Dritten, 1900.

² Die Einwendung aus dem Rechte Dritter und gegen Dritte, 1904.

³ Die Einrede aus dem fremden Rechtsverhältnis, 1904.

⁴ So etwa BGH NJW-RR 2007, 927 (*Stammler*); Soergel/Gröschler § 768 Rn. 1 (*Stammler*); Bayer, Der Vertrag zugunsten Dritter, S. 334 Fn. 661 (*Rappaport*); Heermann, Drittfinanzierte Erwerbsgeschäfte, S. 212 Fn. 2; ders., Geld und Geldgeschäfte, § 24 IV 1 a (*Rappaport*); Dörner, Dynamische Relativität, S. 71 Fn. 239 (*Stammler, Rappaport*).

⁵ Zu den Werken und ihrer Kritik s. unten 1. Kap. § 5 II.

Ausnahmekonstellationen lange Zeit den Blick darauf verstellt, dass der Grundsatz der Unzulässigkeit von Einwendungen aus fremdem Recht einerseits und der Grundsatz der Unzulässigkeit von Einwendungen aus fremdem Schuldverhältnis andererseits auf gänzlich unterschiedlichen normativen Gründen beruhen. Bis heute wirkt diese Vermengung beider Regeln nach.

Das Ziel der Arbeit ist es, eine dogmatische Theorie zur Zulässigkeit von Einwendungen aus fremdem Schuldverhältnis zu entwickeln. Auf diesem Fundament sollen die mannigfaltigen Konstellationen in ein kohärentes System eingebettet und die maßgeblichen Bestimmungen des BGB rechtsdogmatisch im Einzelnen vermessen werden. Die vorliegende Studie gründet insoweit vor allem auf einer genuin materiellrechtlichen Neukonzeption der Thematik, die sich von dem prozessualen Einwendungsbegriff emanzipieren und somit den seit jeher verstellten Blickwinkel nejustieren soll. Die im BGB selbst angelegte und gängige Redeweise, dass dem einen Rechtssubjekt gegenüber dem anderen bestimmte „Einwendungen“ (aus fremdem Schuldverhältnis) zustünden, ist nicht geeignet, die maßgeblichen materiellrechtlichen Vorgänge und Wertungen adäquat abzubilden. So lässt die Beschreibung der materiellen Rechtslage aus der Perspektive eines fiktiven Rechtsstreits vollends im Dunkeln, aus welchen Gründen und auf welche Weise die betreffenden Tatsachen auf ein Recht oder Rechtsverhältnis einwirken und insoweit drittwirksam werden. Zwar herrscht vielfach Einigkeit darüber, welche Einwendungen im Einzelnen zulässig sind, z. B. welche „Einwendungen“ der Schuldner dem Zessionar „entgegensetzen“ kann (vgl. § 404 BGB) oder welche „Einwendungen“ dem Versprechenden gegenüber dem Dritten „zustehen“ (vgl. § 334 BGB). Die umstrittenen Grenzfälle legen indes bloß, dass teils erhebliche Ungewissheiten und Irrtümer über die dogmatische Struktur der einschlägigen Regelungen bestehen. Der Mangel an dogmatischer Klarheit und Kohärenz wird nicht zuletzt durch eine verwirrende terminologische Vielfalt bestätigt. So ist in den unterschiedlichen Normzusammenhängen, mitunter willkürlich, von einem „Erhalt“⁶, einer „Erstreckung“⁷, einem „Durchgriff“⁸, einer „Gesamtwirkung“⁹ oder einer „Drittwirkung“¹⁰ der „Einwendungen“ die Rede.

⁶ So z. B. MünchKomm-BGB/Roth/Kieninger § 404 Rn. 5 zu § 404 BGB; BeckOGK-BGB/Heinig § 414 Rn. 100 zu §§ 404, 417 BGB (analog); Lorenz, JuS 2014, 589, 590 zu § 334.

⁷ So z. B. Staudinger/Gursky (2012) § 986 Rn. 50 zu § 986 Abs. 2 BGB; MünchKomm-BGB/Bydliniski Vor § 414 Rn. 18 zu § 334 BGB; MünchKomm-BGB/Habersack Vor § 765 Rn. 18 zu § 768 BGB; BeckOGK-BGB/Madaus § 765 Rn. 603 zu §§ 767, 768 BGB; ders., Der Schuldbeitritt, S. 282 zu § 334 BGB; BeckOGK-BGB/Kähler § 242 Rn. 1448 zu § 242 BGB.

⁸ So z. B. Erman/Koch § 359 Rn. 1.

⁹ So z. B. BeckOGK-BGB/Madaus § 767 Rn. 17 zu § 767 BGB; OLG Hamm NJW 2017, 268, 276 zur Gesamtwirkung des „Erfüllungseinwands“ bei der Gesamtschuld nach § 422 BGB.

¹⁰ So z. B. Harke, Allgemeines Schuldrecht, Rn. 438 zu § 334 BGB; Wilhelm, Sachenrecht, Rn. 1220 zu § 986 Abs. 2 BGB.

Der prozessual verschlüsselte Topos der „Unzulässigkeit“ oder „Zulässigkeit“ von „Einwendungen“ aus fremdem Schuldverhältnis muss folglich dechiffriert und in dogmatisch tragfähige und handhabbare materiellrechtliche Aussagen übersetzt werden. Auf dem Fundament eines rein materiellrechtlichen Verständnisses wird sich erweisen, dass selbst zentrale Normen wie die gerade genannten §§ 334, 404 BGB neu gedacht werden müssen.

§ 3 Gang der Untersuchung

Die Arbeit gliedert sich in insgesamt vier Kapitel und endet mit einer Schlussbetrachtung und Zusammenfassung der zentralen Thesen.

Im 1. Kapitel werden die dogmatischen Grundlagen entfaltet, die schließlich in die Formulierung einer Theorie zur Zulässigkeit von Einwendungen aus fremdem Schuldverhältnis zusammenfließen sollen. Die Untersuchung wendet sich zu diesem Zweck zunächst der allgemeinen zivilrechtlichen Lehre von den Gegennormen zu (§ 4). Im Anschluss daran stehen das Dogma *exceptio ex iure tertii non datur* sowie die zu den Ausnahmen dieses Grundsatzes entwickelten Theorien im Fokus (§ 5). Das Grundlagenkapitel endet mit der Ausarbeitung einer eigenen Theorie zur Zulässigkeit von Einwendungen aus fremdem Schuldverhältnis auf dem Fundament einer genuin materiellrechtlichen Neukonzeption (§ 6).

Im 2. Kapitel wird die Zulässigkeit von Einwendungen aus fremdem Schuldverhältnis in den Fällen behandelt, in denen ein Dritter aus dem Schuldverhältnis unmittelbar berechtigt oder verpflichtet ist. Im Einzelnen sollen die zulässigen Einwendungen beim Vertrag zugunsten Dritter gemäß § 334 BGB (§ 7), beim Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte (§ 8), bei der Abtretung gemäß § 404 BGB (§ 9), bei der Schuldübernahme gemäß § 417 BGB (§ 10) sowie bei der Vertragsübernahme (§ 11) geklärt werden.

Im 3. Kapitel stehen die zulässigen Einwendungen aus fremdem Schuldverhältnis in den Fällen akzessorischer Rechte und Pflichten im Mittelpunkt der Untersuchung. Den Schwerpunkt bilden insoweit die nach §§ 767, 768 BGB zulässigen Einwendungen bei der Bürgschaft (§ 12). Anschließend soll außerdem die Zulässigkeit von Einwendungen aus fremdem Schuldverhältnis beim Schuldbeitritt (§ 13) sowie bei Ersatzansprüchen von Angehörigen aus §§ 844 f. BGB (§ 14) geklärt werden.

Das 4. Kapitel befasst sich schließlich mit der Zulässigkeit von Einwendungen aus fremdem Schuldverhältnis in den Konstellationen, in denen ein schuldrechtlicher Vertrag mit einem anderen Rechtsgeschäft verknüpft ist. Insoweit soll knapp auf die zulässigen Einwendungen bei einer Geschäftseinheit gemäß § 139 BGB oder einem Bedingungszusammenhang gemäß §§ 158 ff. BGB (analog) eingegangen werden (§ 15). Im Fokus der Betrachtung steht hingegen die Zulässigkeit von Einwendungen aus fremdem Schuldverhältnis in den Fällen, in denen das wirksame Bestehen des schuldrechtlichen Vertrags gemäß § 313 BGB

die Geschäftsgrundlage für einen anderen Vertrag bildet; in diesem Kontext soll insbesondere der Einwendungsdurchgriff des § 359 BGB bei verbundenen Verträgen interessieren (§ 16).

1. Kapitel

Allgemeine Grundlagen

§ 4 Zivilrechtliche Lehre von den Gegennormen

Für die Entwicklung einer Theorie zur Zulässigkeit von Einwendungen aus fremdem Schuldverhältnis bildet die allgemeine zivilrechtliche Lehre von den Gegennormen einen notwendigen Eckpfeiler. Denn die Figur sowie der Begriff der Einwendung fußen auf den Gegennormen des BGB. Die nachfolgenden generellen Ausführungen erfüllen daher keinen Selbstzweck. Sie dienen vielmehr als zentrales dogmatisches Fundament, auf das im Laufe der Untersuchung immer wieder zurückgegriffen wird.

I. Der Einwendungsbegriff

Der Begriff der „Einwendung“ ist heute als ein selbstverständlicher Bestandteil der zivilrechtlichen Nomenklatur etabliert und allseits gebräuchlich. Bei genauem Hinsehen wird jedoch schnell deutlich, dass der genaue Sinngehalt eines *materiellrechtlich verstandenen* Einwendungsbegriffs unklar ist und mit diesem Terminus sehr Unterschiedliches gemeint sein kann. Die Mehrdeutigkeit des Einwendungsbegriffs im materiellen Recht beruht darauf, dass der Begriff originär dem Prozessrecht entstammt und seine Implementierung in das Zivilrecht nur unvollkommen gelungen ist.

1. Implementierung eines prozessualen Begriffs in das Zivilrecht

Der Einwendungsbegriff hat schon früh Eingang in deutschsprachige Zivilrechtskodifikationen gefunden. Bereits das Allgemeine Landrecht für die Preussischen Staaten von 1794 enthielt zahlreiche Vorschriften, in denen von den „Einwendungen“ eines Rechtssubjekts die Rede war. Trotz des in der Pandektistik weiter vorangetriebenen Trennungsdenkens zwischen materiellem Recht und Prozessrecht¹ und entgegen der Kritik² an der Einführung eines prozessualen Begriffs in das materielle Recht entschloss sich auch der historische Gesetz-

¹ Dazu eingehend *Simshäuser*, Zur Entwicklung des Verhältnisses von materiellem Recht und Prozessrecht, *passim*; *Zöllner*, AcP 190 (1990), 471 ff.

² Vgl. etwa *F. Friedenthal*, Einwendung und Einrede in der Civilprozeßordnung und dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, S. 34.

geber des BGB dazu, in einige Regelungen den Begriff der „Einwendungen“ zu implementieren.³ Die betreffenden Vorschriften nehmen demgemäß einen prozessualen Standpunkt ein und bringen die materielle Rechtslage aus der Perspektive eines gedachten Streitfalls zwischen den beteiligten Privatrechtssubjekten zum Ausdruck. Eine derartige Gesetzesfassung weisen insbesondere die hier interessierenden Bestimmungen der §§ 334, 404, 417, 768, 986 Abs. 2 BGB auf, die bestimmte „Einwendungen“ aus fremdem Schuldverhältnis zulassen. Die prozessuale Formulierung der bürgerlichrechtlichen Normen ist ausgehend von § 334 BGB bereits im Jahr 1899 von *Konrad Hellwig* treffend wie folgt beschrieben worden:

„Dass übrigens das B.G.B. selbst die Sachlage vom Standpunkte der miteinander Streitenden, also vom prozessualen Gesichtspunkte aus betrachtet, ergibt sich aus der Fassung der Vorschriften. Anstatt zu sagen, dass bestimmte Umstände ein Rechtsverhältnis affizieren, wird davon gesprochen, dass der eine Teil dem Gegner bestimmte Einwendungen entgegensetzen oder nicht entgegensetzen kann.“⁴

2. Einwendungen und Einreden i. S. d. ZPO und i. S. d. BGB

Ein erstes Problem der Implementierung der prozessrechtlichen Terminologie in das BGB folgt schon daraus, dass die Begrifflichkeiten im materiellen Recht in einem anderen Sinne als im Prozessrecht selbst gebraucht werden. Die ganz h. M. differenziert daher seit jeher terminologisch zwischen den Einwendungen und Einreden i. S. d. ZPO einerseits und den Einwendungen und Einreden i. S. d. BGB andererseits.⁵ Bereits in den Motiven zum ersten Entwurf des BGB findet sich, bezogen auf den Begriff der „Einrede“, ein offenes Bekenntnis zu den unterschiedlichen Begriffsverständnissen im materiellen Recht und im Prozessrecht:

„Der Einredebegriff des materiellen Rechtes deckt sich nicht mit demjenigen des Prozessrechtes. Nach den heutigen Beweisgrundsätzen fällt (...) in den Bereich der prozessualen Einrede jedes Anführen, welches, ohne die Nichtigkeit der Klagethatsachen in Frage zu stellen, dem Klagebegehren auf Grund anderweiter Thatsachen entgegentritt,

³ Vgl. §§ 334, 359 Abs. 1, 404, 417, 496 Abs. 1, 556 Abs. 3, 648a Abs. 3, 651k Abs. 3, 676b Abs. 2, 774 Abs. 1, 784 Abs. 1, 792 Abs. 3, 796, 986 Abs. 2, 1148, 1158, 1412 Abs. 1 BGB.

⁴ *Hellwig*, Die Verträge auf Leistung an Dritte, S. 268 Fn. 526. Ähnlich auch *Friedenthal*, Einwendung und Einrede in der Civilprozeßordnung und dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, S. 35: „Ueber den Inhalt der Einwendungen ist nirgends etwas bestimmt. Stets wird nur gesagt, aus welchem Rechtsverhältnis sie sich herleiten sollen und zwar zu dem Zwecke, um die Geltendmachung von Mängeln eines Rechtsverhältnisses einem anderen als dem ursprünglich Beteiligten oder gegen einen anderen zu gestatten oder zu verbieten.“

⁵ v. *Tuhr*, Allgemeiner Teil I/1, § 17 I (S. 289); *Matthias*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechtes, § 70 II (S. 167f.); *Jahr*, JuS 1964, 125, 128f.; *H. Roth*, Die Einrede des Bürgerlichen Rechtes, S. 37f.; *Faust*, Allgemeiner Teil, § 30 Rn. 1 ff.; *Medicus/Petersen*, Allgemeiner Teil des BGB, Rn. 92 ff., 95; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, § 103 Rn. 1; *Meller-Hannich*, Zivilprozessrecht, Rn. 411 ff.; *Ulrici/Purmann*, JuS 2011, 104, 105.

und zu diesen Thatsachen gehören nicht bloß diejenigen, welche die Durchführbarkeit des an sich begründeten Klaganspruches ausschließen, sondern auch diejenigen, welche ergeben, daß der Anspruch, der Klagethatsachen ungeachtet, nicht zur Entstehung gelangt oder daß derselbe zwar entstanden, aber wieder erloschen sei. Einreden im Sinne des materiellen Rechtes sind nur Umstände der ersteren Art, dh. solche Umstände, welche die Befugniß gewähren, die Befriedigung eines Anspruches verweigern zu dürfen, obwohl der Anspruch an und für sich besteht.“⁶

In der ZPO umfassen die Einwendungen nach dem vorherrschenden Begriffsverständnis das gesamte Verteidigungsvorbringen des Beklagten, welches das Bestreiten des Klagegrundes sowie die Einreden i.S.d. ZPO einschließt.⁷ Die Einreden i.S.d. ZPO kennzeichnen demgegenüber sämtliches Tatsachenvorbringen, mit dem der Beklagte Gegennormen des materiellen Rechts geltend macht, mithin den Vortrag von rechtshindernden, rechtsvernichtenden oder rechtshemmenden Tatsachen.⁸ Auf dem Gebiet des Zivilprozessrechts sind die Begriffe „Einwendungen“ und „Einreden“ somit grundsätzlich als Tatsachenbehauptungen zu begreifen, die der Beklagte zur Verteidigung gegenüber dem klägerischen Tatsachenvortrag aufstellt.

Im materiellen Zivilrecht wird dagegen zwischen den rechtshindernden und rechtsvernichtenden Einwendungen, d. h. den Einwendungen im engeren Sinne, einerseits und den rechtshemmenden Einwendungen, d. h. den Einreden i.S.d. BGB, andererseits differenziert.⁹ Auf der Grundlage dieses abweichenden materiellrechtlichen Begriffsverständnisses ist allerdings nicht eindeutig klar, was unter einer „Einwendung“ oder „Einrede“ im Einzelnen genau zu verstehen ist. Insbesondere erhebt sich die Frage, ob der Einwendungsbegriff i.S.d. BGB gleichfalls, ebenso wie in der ZPO, eine bloße Tatsachenbehauptung oder aber eine wirklich vorliegende Tatsache bzw. ein anderes materiellrechtlich relevantes Element (Tatbestand, Norm, Rechtsfolge usw.) kennzeichnen soll. Die nicht abgeworfenen prozessualen Wurzeln des implementierten Einwendungs- und Einredebegriffs wirken außerdem in der missverständlichen Abgrenzungsformel nach, dass die Einwendungen i.S.d. BGB „von Amts wegen“ zu berücksichtigen seien, während die Einreden i.S.d. BGB grundsätzlich vom Schuldner erhoben werden müssten.¹⁰

⁶ Mot. I, S. 359 (Mugdan I, S. 549f.)

⁷ *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, § 103 Rn. 1; *H. Roth*, Die Einrede des Bürgerlichen Rechts, S. 37; *Meller-Hannich*, Zivilprozessrecht, Rn. 412; MünchKomm-ZPO/*Rimmelspacher* § 520 Rn. 65; *Musielak/Voit/Foerste* § 282 Rn. 2.

⁸ *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, § 103 Rn. 1, 5 ff.; *Jauernig/Hess*, Zivilprozessrecht, § 43 Rn. 10 ff.; *Meller-Hannich*, Zivilprozessrecht, Rn. 411 ff.; *Brox/Walker*, Allgemeiner Teil, Rn. 656.

⁹ Statt aller *Wolf/Neuner*, Allgemeiner Teil, § 21 Rn. 11 ff.

¹⁰ Zu dieser Differenzierung sogleich unten 1. Kap. § 4 III 2.

3. Das prozessuale Begriffsverständnis des BGB-Gesetzgebers

Bei der Beantwortung der Frage, was unter den Einwendungen i.S.d. BGB zu verstehen ist, wird regelmäßig übersehen, dass der historische Gesetzgeber den implementierten Begriff gar nicht in einem materiellrechtlichen Sinne verstanden wissen wollte. Die Materialien zum Ersten Entwurf des BGB (E I) belegen vielmehr, dass der Einwendungsbegriff vom Gesetzgeber bewusst in einem prozessualen Sinne, nämlich gleichbedeutend mit der Einrede i.S.d. ZPO, gebraucht worden ist. So stellen die Motive ausdrücklich klar, dass im Entwurf „für die *prozessuale*, die rechtshindernden und rechtsvernichtenden Thatsachen mit begreifende *Einrede* (...) der Ausdruck ‚Einwendung‘ gewählt [ist]“¹¹. Die Erläuterung zu § 416 E I, dem Vorläufer zu § 334 BGB, bestätigt diese Definition der Einwendung i.S.d. BGB als (bloße) Tatsachenbehauptung: „unter Einwendungen sind hier, wie sonst, die *Einreden* im engeren Sinne und die *Berufung* auf ipso jure rechtshindernde oder rechtsvernichtende Thatumstände verstanden“¹². Ganz ähnlich lesen sich die Motive zu den §§ 303, 304 E I, den Vorgängern zu §§ 404, 406 BGB, wonach die Einwendungen „in *Einreden* im eigentlichen (materiellen) Sinne bestehen oder *sich in* rechtshindernden oder rechtsvernichtenden *Thatsachen gründen*“¹³. Sehr deutlich tritt das prozessuale Verständnis des historischen Gesetzgebers schließlich in der Begründung zu § 1084 E I (vgl. § 1137 BGB) hervor: „Unter Einwendung wird hier nicht bloß die eigentliche *Einrede*, sondern jede *Behauptung* verstanden, welche der Eigenthümer aufstellt, um die gänzliche oder theilweise Zurückweisung des Anspruches aus der Hypothek zu rechtfertigen“¹⁴.

Mit den prägnanten Worten von *Arwed Blomeyer* lässt sich demnach festhalten, dass „[d]er Begriff der Einwendung als Berufung auf eine Gegennorm (...) rein prozessual [ist]“ und „er (...) auch nicht dadurch zu einem materiellrechtlichen Begriff [wird], daß ihn auch das BGB verwendet“¹⁵. Auch wenn der Einwendungsbegriff des BGB konzeptionell von demjenigen der ZPO abweicht, weist er gleichwohl selbst einen prozessualen Sinngehalt auf. Uneingeschränkte Zustimmung verdient daher ebenfalls *Günther Jähr*, der in seinen grundlegenden Beiträgen zur bürgerlichrechtlichen Einrede aus dem Jahr 1964 ausführt:

¹¹ Mot. I, S. 360 (Mugdan I, S. 550) [Hervorheb. d. Verf.].

¹² Mot. II, S. 272 (Mugdan II, S. 151) [Hervorheb. d. Verf.].

¹³ Mot. II, S. 128f. (Mugdan II, S. 70f.) [Hervorheb. d. Verf.].

¹⁴ Mot. III, S. 696 (Mugdan III, S. 388) [Hervorheb. d. Verf.].

¹⁵ *Blomeyer*, Zivilprozessrecht, S. 281. Für ein prozessuales Begriffsverständnis auch *Schermer*, Allgemeiner Teil, S. 29: „Einwendung ist die Berufung auf anspruchshindernde (...) oder anspruchvernichtende (...) Tatsachen (...)“. Ähnlich *Hübner*, Allgemeiner Teil, Rn. 444f., der als rechtshindernde Einwendung die *Geltendmachung* von Nichtigkeitsgründen und als rechtsvernichtende Einwendung die *Behauptung* von Erfüllung, Erlass oder Aufrechnung qualifiziert.

„Demgemäß ist ‚Einwendung‘ im Sinne des BGB alles, was ein Schuldner zu seiner Verteidigung vorbringen kann mit Ausnahme des einfachen Bestreitens einer Leistungspflicht, das als unproblematisch und nicht regelungsbedürftig ausscheidet. D. h. aber: die ‚Einwendung im Sinne des BGB‘ ist dasselbe wie die ‚Einrede des Zivilprozeßrechts‘, der Einwand. Es handelt sich demnach nicht um einen zivilrechtlichen, sondern um einen prozeßrechtlichen Begriff, der freilich im BGB einen anderen Namen hat als im Prozeßrecht, wofür das Prozeßrecht den im BGB gebrauchten Namen für einen anderen (weiteren) Begriff verwendet: ‚Einwendung‘ des BGB = ‚Einrede‘ der ZPO (= Einwand); ‚Einwendung‘ der ZPO = ‚Einwendung des BGB‘ + Klageleugnen!“¹⁶.

Allein auf der Grundlage des prozessualen Begriffsverständnisses des Gesetzgebers lassen sich folglich die mit dem Einwendungsbegriff versehenen Bestimmungen des BGB, namentlich die hier interessierenden §§ 334, 404, 417 BGB, sachgerecht verstehen und auslegen. Die mitunter anzutreffende Methode, das Tatbestandsmerkmal der „Einwendungen“ schlichtweg durch materiellrechtliche Ersatzbegriffe, z. B. rechtshindernde, rechtsvernichtende oder rechtshemmende Tatsachen, zu substituieren, vermag ein richtiges Normverständnis hingegen nicht zu gewährleisten.

4. Mehrdeutigkeit eines materiellrechtlichen Begriffsverständnisses

Obwohl der BGB-Gesetzgeber den Einwendungsbegriff unzweifelhaft prozessual verstanden wissen wollte, ist das Schrifttum schon frühzeitig dazu übergegangen, die Einwendungen i. S. d. BGB rein materiellrechtlich zu deuten. Es setzte sich rasch die Überzeugung durch, dass abweichend vom prozessualen Sprachgebrauch der ZPO im materiellen Recht sinnvollerweise nicht von bloßen, noch beweisbedürftigen Tatsachenbehauptungen gesprochen werden könne. Materiellrechtlich maßgeblich seien vielmehr allein die wirklich vorliegenden Tatsachen, an die das Gesetz rechtsbeschränkende Wirkungen anknüpfe.¹⁷ Unter den Einwendungen i. S. d. BGB könnten deshalb nur bestimmte Tatsachen verstanden werden, wenngleich sie „als im Prozesse geltend gemachte gedacht und formuliert“¹⁸ seien bzw. „der Benennung zufolge (...) unter dem Gesichtswinkel ihrer Geltendmachung seitens der Interessenten angesehen“¹⁹ würden.

Gegen ein materiellrechtliches Begriffsverständnis ließe sich bereits anführen, dass der Begriff der „Einwendung“ auf eine „Handlung des Schuldners“²⁰

¹⁶ *Jahr*, JuS 1964, 125, 129.

¹⁷ Vgl. bereits *F. Friedenthal*, Einwendung und Einrede in der Civilprozeßordnung und dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, S. 34ff.; *Matthiaß*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechtes, § 70 II (S. 167).

¹⁸ So *Matthiaß*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechtes, § 70 II (S. 167).

¹⁹ So *F. Friedenthal*, Einwendung und Einrede in der Civilprozeßordnung und dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, S. 34.

²⁰ So *Jahr*, JuS 1964, 125, 129. Ähnlich *F. Friedenthal*, Einwendung und Einrede in der Civilprozeßordnung und dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, S. 34 und 35: „Thätigkeit im Prozesse“.

hindeutet und daher jedenfalls für *ipso iure* wirkende rechtshindernde oder rechtsvernichtende Tatsachen nicht passt. Das zentrale Problem besteht indes vor allem darin, dass ein materiellrechtlicher Einwendungsbegriff in hohem Maße mehrdeutig ist. Als „Einwendung“ können und werden in Rechtsprechung und Schrifttum nämlich sehr unterschiedliche rechtserhebliche Elemente gekennzeichnet: Die einzelne Tatsache, die nur eine Tatbestandsvoraussetzung der Gegennorm erfüllt;²¹ die Tatsachen (Lebenssachverhalt), die den Tatbestand der Gegennorm vollständig verwirklichen; die konkrete Rechtsfolge, die von einer verwirklichten Gegennorm ausgelöst wird;²² der Tatbestand der Gegennorm;²³ die Gegennorm selbst²⁴. Nicht weniger mehrdeutig ist der materiellrechtliche Begriff der „Einrede“, der gleichfalls entweder die rechtshemmenden Tatsachen, das hieraus folgende Leistungsverweigerungsrecht des Schuldners, die Ausübung dieses Rechts, die Gegennorm selbst oder deren Tatbestand kennzeichnen kann.²⁵ Vielfach bleibt offen, welche der unterschiedlichen Bedeutungen dem Einwendungs- oder Einredebegriff im Einzelnen beigemessen wird.²⁶ Dabei wird die Mehrdeutigkeit durch den Kontext häufig eher noch verschärft als disambiguiert, weil die Begriffe sowohl in dem einen als auch in dem anderen materiellrechtlichen Sinne gebraucht werden.

5. Plädoyer für eine materiellrechtliche Terminologie

Die aufgezeigten terminologischen Schwierigkeiten können in dieser Arbeit nicht abschließend geklärt oder ausgeräumt werden. Die Ausführungen belegen aber, dass die ubiquitären Begriffe der „Einwendung“ und „Einrede“ hinsichtlich ihres genauen Sinngehalts im Zivilrecht durchaus kritisch zu hinterfragen

²¹ In diesem Sinne etwa *Hellwig*, Die Verträge auf Leistung an Dritte, S. 278 sowie *Bayer*, Der Vertrag zugunsten Dritter, S. 336, die beide beim Vertrag zugunsten Dritter die bloße Existenz einer Gegenforderung des Versprechenden (wegen Vertragsverletzung) als „Einwendung aus dem Vertrag“ i. S. d. § 334 BGB qualifizieren.

²² In diesem Sinne wohl *Gröschler*, AcP 201 (2001), 48: „Solche Gegennormen erzeugen Einwendungen (...).“ Ferner *Matthias*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechtes, § 70 II (S. 167): „Einwendungen und Einreden nach dem BGB. bezeichnen materielle Rechtswirkungen (...).“

²³ In diesem Sinne wohl *Bork*, Allgemeiner Teil, Rn. 312: „Einwendungen sind Tatbestände, die die Existenz des subjektiven Rechts betreffen (...).“

²⁴ In diesem Sinne etwa *Boemke/Ulrici*, Allgemeiner Teil, § 19 Rn. 3: Einwendungen „als Bezeichnung der einen Anspruch hindernden, vernichtenden oder hemmenden Rechtssätze“; ebenso *Ulrici/Parrmann*, JuS 2011, 104. Ferner *Gröschler*, AcP 201 (2001), 48, 90: „Ein und dieselbe Gegennorm kann nach dem Kriterium der Wirkungsweise etwa als ‚Einrede‘ einzuordnen sein (...), nach dem Kriterium der Geltendmachung aber als ‚Einwendung‘ (...).“

²⁵ Zu den verschiedenen Sinngehalten vgl. bereits *v. Tuhr*, Allgemeiner Teil I/1, § 17 I (S. 288 Fn. 1): „‚Einrede‘ kann je nach dem Zusammenhang bedeuten: die Tatsachen, aus denen das Recht der Leistungsverweigerung entsteht; das Recht, die Leistung zu verweigern; die Ausübung dieses Rechts.“

²⁶ Exemplarisch *Wolf/Neuner*, Allgemeiner Teil, § 21 Rn. 11 ff.; *Medicus/Petersen*, Allgemeiner Teil, § 13 Rn. 92 ff., die Einwendungen und Einreden außerdem vage als materiellrechtliche Verteidigungsmittel bezeichnen.

sind. Das gilt insbesondere im rechtsdogmatischen Diskurs, der nicht selten, etwa wenn es um die Frage der Abgrenzung zwischen „Einwendungen“ und „Einreden“ geht, durch die missverständliche und uneinheitliche Terminologie erschwert wird.

In der vorliegenden Studie soll daher bei der rechtsdogmatischen Aufbereitung der auftretenden Fragestellungen und deren Beantwortung weitestgehend auf den aus dem Prozessrecht importierten Einwendungsbegriff verzichtet werden. Stattdessen sollen, soweit möglich und nötig, die jeweils maßgeblichen materiellrechtlichen Elemente und Vorgänge genau gekennzeichnet werden, um jegliche Ambiguität zu vermeiden. In diesem Sinne wird nachfolgend von *rechtsbeschränkenden* – d. h. rechtshindernden, rechtsvernichtenden oder rechtshemmenden – *Tatsachen, Tatbeständen, (Gegen-)Normen* oder *einschränkenden Rechtsfolgen* die Rede sein. Die rechtsbeschränkenden Tatsachen, Tatbestände usw. lassen sich zur einen Seite hin sinnvoll von *den rechtsbegründenden* Tatsachen, Tatbeständen etc. abgrenzen. Auf der anderen Seite lässt sich stimmig zwischen den *rechtshindernden* und *rechtsvernichtenden* Tatsachen, Tatbeständen usw. einerseits und den *rechtshemmenden* Tatsachen, Tatbeständen etc. andererseits differenzieren. Die *Leistungsverweigerungsrechte* des Schuldners lassen sich sachgerecht als *Einrederechte* bezeichnen.

II. Die Bedeutung der Gegennormen im BGB

1. Das zivilistische System von Grundnormen und Gegennormen

Der Privatrechtsordnung kommt die Aufgabe zu, die Beziehungen der Einzelnen auf der Basis ihrer Gleichordnung und Selbstbestimmung zu regeln und die dabei auftretenden Interessenkonflikte zu entscheiden.²⁷ Dieses grundlegende Postulat an das Privatrecht verlangt nach einem Regelungssystem, das in der Lage ist, die vielfältigen und dynamischen Freiheitssphären der Bürger adäquat zu erfassen und die unterschiedlichen Interessenkonflikte zu einem gerechten Ausgleich zu bringen. Vor diesem Hintergrund vermag es nicht zu verwundern, dass das BGB sich in zahlreiche, miteinander in Beziehung stehende Regelungen gliedert, die vielfach ineinander greifen, sich ergänzen oder unterstützen, oder aber einander entgegenwirken und sich gegenseitig ausschließen. Das System der bürgerlichrechtlichen Rechtssätze ist in diesem Sinne vor allem durch *Grundnormen* und *Gegennormen* geprägt.²⁸ *Leo Rosenberg* hat diese Rege-

²⁷ Vgl. Palandt/*Sprau* Einl. Rn. 2; *Brox/Walker*, Allgemeiner Teil, § 1 Rn. 10.

²⁸ Zu den Grund- und Gegennormen vgl. *Wolf/Neuner*, Allgemeiner Teil, § 21 Rn. 11; *Brox/Walker*, Allgemeiner Teil, Rn. 656; *Hübner*, Allgemeiner Teil, Rn. 86. *Schapp*, Methodenlehre und System des Rechts, S. 63 ff.; *ders.*, Einführung in das Bürgerliche Recht, S. 56 ff. Zur prozessrechtlichen Perspektive grundlegend *Rosenberg*, Die Beweislast, S. 100 ff.; vgl. ferner *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, § 103 Rn. 5; Hk-ZPO/*Saenger* § 286 Rn. 58; *Blomeyer*, Zivilprozessrecht, § 59 I, S. 280.

lungsstruktur des Gesetzes in seiner grundlegenden Arbeit zur Beweislast besonders anschaulich beschrieben:

„Wenn nämlich eine Rechtsordnung die Mannigfaltigkeit und Vielgestaltigkeit unserer Lebensverhältnisse wenigstens annähernd erschöpfend umfassen und regeln will, so kann sie dies nur dadurch, daß sie einen Normalfall des betreffenden Rechtsverhältnisses zum Ausgangspunkte nimmt und seine Rechtsfolge feststellt. Je nach den Abweichungen der tatsächlichen Gestaltungen von diesem Normalfalle schafft sie besondere Vorschriften, welche als Gegennormen zu der ersten Norm erscheinen und deren Wirkung ändern, meist beseitigen. Neu hinzukommende Momente können neue Ausnahmenvorschriften mit neuen Rechtsfolgen hervorrufen oder die Rückkehr zu der Wirkung des Normalfalls rechtfertigen usf.“²⁹.

Die dem BGB zugrunde liegende, zwischen Grund- und Gegennorm, Recht und Gegenrecht, Angriff und Verteidigung differenzierende Denkweise reicht zurück bis in die antike Prozesssituation.³⁰ Schon im klassischen römischen Formularprozess stand der *actio* des Klägers die *exceptio* als Verteidigungsmittel des Beklagten gegenüber. Als einst rein prozessuales Institut bedeutete die *exceptio* damals eine „Ausnahme“ von den Verurteilungsbedingungen der Klageformel, wie z. B. die *exceptio rei venditae et traditae* gegenüber der *rei vindictio*. Sie wurde auf der Grundlage des Zivilrechts (*ius civile*) oder des prätorischen Rechts (*ius honorarium*) als Formelbestandteil entweder auf Antrag des Beklagten oder von Amts wegen durch den Prätor in die Klageformel eingefügt.³¹ Wiederum andere der Klage entgegenstehende Umstände hatte der Richter freilich auch unabhängig von der Aufnahme einer Klausel in die Prozessformel zu berücksichtigen.³² Der *exceptio* konnte der Kläger wiederum eine *replicatio*, also eine Gegeneinrede, entgegensetzen, die der Beklagte mit einer *duplicatio* beantworten konnte und so weiter.³³ Damals wie heute ergab sich somit ein „weitreichendes, sich ständig wiederholendes Widerspiel von Rechtsätzen, weil die Wirkung jeder Norm durch eine andere gehindert oder vernichtet werden kann“³⁴.

Die Rechtsvergleichung lehrt freilich, dass eine derart ausgereifte, fein nach Ausnahmen und Gegenausnahmen auszieselierte Systematik wie diejenige des BGB nicht notwendig ist für das „Gelingen“ einer Zivilrechtskodifikation. Die technisch-akribische Präzision,

²⁹ Rosenberg, Die Beweislast, S. 99.

³⁰ Vgl. Medicus/Petersen, Allgemeiner Teil, Rn. 91.

³¹ Kaser/Knütel/Lobsse, Römisches Privatrecht, § 4 Rn. 10, § 82 Rn. 9; Harke, Römisches Recht, § 1 Rn. 6, 23; Honsell, Römisches Recht, § 11 I (S. 37); v. Tuhr, Allgemeiner Teil I/1, § 17 I (S. 288); Medicus/Petersen, Allgemeiner Teil, Rn. 91; H. Roth, Die Einrede des Bürgerlichen Rechts, S. 13 f.; Musielak, Die Grundlagen der Beweislast, S. 193; Krampe, AcP 191 (1991), 163.

³² Jabr, JuS 1964, 125, 132.

³³ Kaser/Knütel/Lobsse, Römisches Privatrecht, § 4 Rn. 10, § 82 Rn. 9; Musielak, Die Grundlagen der Beweislast, S. 194.

³⁴ Rosenberg, Die Beweislast, S. 102; Fervers, ZJS 2015, 454, 455 mit didaktischen Beispielen; siehe als praktisches Beispiel auch BGH NJW 1999, 352, 353.

die dem BGB Prädikate wie die einer „juristische[n] Rechenmaschine par excellence“³⁵ oder einer „juristische[n] Filigranarbeit von außergewöhnlicher Präzision“³⁶ eingebracht hat, geht aus historischer Sicht vor allem auf die Einflüsse der Pandektistik des 19. Jahrhunderts zurück. Das ebenfalls als gelungen geltende schweizerische Zivilgesetzbuch von 1912 setzt dagegen vielfach auf offene Generalklauseln, die erst von den Gerichten durch Konkretisierung der maßgeblichen Abwägungsgesichtspunkte ausgefüllt werden müssen.³⁷ Infolge dieser bewussten Unvollständigkeit³⁸ kommt den schweizerischen Richtern eine besonders bedeutsame Stellung zu. Die grundlegende strukturelle Einteilung in Grund- und Gegennormen liegt allerdings auch dem schweizerischen Zivilrecht zugrunde (vgl. etwa Art. 28g S. 2 ZGB, Art. 20 OR).³⁹

2. Die rechtstheoretische Dimension: Der vollständige Rechtssatz

Die Aufspaltung und Unterteilung des BGB in Grundnormen und Gegennormen, die der Unterscheidung zwischen rechtsbegründenden Tatsachen einerseits und rechtsbeschränkenden Tatsachen andererseits zugrunde liegt, ist von elementarer, rechtstheoretischer Bedeutung. Die einzelnen Grund- und Gegennormen stellen für sich genommen nämlich bloß *unvollständige Rechtssätze* dar, die erst zum vollständigen Rechtssatz zusammengesetzt werden müssen.⁴⁰

Bei den Grundnormen (Anspruchs-, Haupt-, Regelnormen⁴¹) des BGB handelt es sich um unvollständige *rechtsbegründende Rechtssätze*, die an bestimmte Tatbestände als Rechtsfolge die Entstehung von Rechten oder Rechtsverhältnissen anknüpfen (vgl. etwa §§ 145 ff., 823 Abs. 1, 985 BGB). Unter den Gegennormen sind demgegenüber solche unvollständigen Rechtssätze zu verstehen, die von den Grundnormen abweichende Rechtsfolgen anordnen (z. B. §§ 116 ff., 138, 142, 280 Abs. 1 S. 2, 320 BGB). Als *einschränkende Rechtssätze*⁴² legen sie die rechtshindernden, rechtsvernichtenden und rechtshemmenden Tatbestände

³⁵ *Andreas B. Schwarz*, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch in der ausländischen Rechtsentwicklung, S. 8.

³⁶ *Isele*, AcP 150 (1949), 1, 6.

³⁷ *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, S. 171. Sehr plastisch zum Unterschied zwischen BGB und schweizerischem ZGB *Ernst Rabel*, RheinZ 2 [1910], 320: „Wo (...) die größten Schwierigkeiten anfangen, in die sich das BGB mit besonderem Behagen zu versenken pflegt, hört das ZGB ganz zu reden auf.“

³⁸ *Ph. Heck*, Grundriß des Schuldrechts, § 4, 1 (S. 11) bezeichnet Generalklauseln prägnant als „Delegationsnormen“. Ähnlich *J.W. Hedemann*, Die Flucht in die Generalklauseln, S. 58, der Generalklauseln umschreibt als „ein Stück offengelassener Gesetzgebung“.

³⁹ Eingehend *Schaller*, Einwendungen und Einreden im schweizerischen Schuldrecht, S. 42 ff.

⁴⁰ Zur rechtsmethodischen Kategorie der vollständigen und unvollständigen Rechtssätze vgl. *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 71 ff., 78 ff.; *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, Rn. 129 ff.

⁴¹ Vgl. *Medicus/Petersen*, Allgemeiner Teil des BGB, Rn. 77; *Musielak*, Die Grundlagen der Beweislast, S. 287.

⁴² Zur methodischen Kategorie des einschränkenden Rechtssatzes vgl. *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 80 f.; *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, Rn. 129, 135.