

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

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 Erbenwürdigkeitsregelungen 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“.¹ 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“.² Daraus wird verschiedentlich abgeleitet, eine derartige Anzeige könne nicht nur die Einrede,

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

² Vgl. statt vieler *Reischauer*, in: Rummel/Lukas, ABGB⁴ (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.³ Daher muss die Anfechtung wegen List, Irrtums oder *laesio enormis* sowie die Wandlung und Preisminderung gerichtlich geltend gemacht werden.⁴ 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.⁵

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.⁶ 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.⁷ Auch sonst wird die Einrede in der Literatur eher stiefmütterlich behandelt.⁸ *Spitzer* konstatiert sogar zu Recht, dass in Österreich die strenge Trennung

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

⁴ *Fasching*, Lehrbuch des österreichischen Zivilprozessrechts² (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.

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

⁶ *Roth*, Einrede (Fn. 1).

⁷ Eine Ausnahme bildet *Perner/Spitzer/Kodek*, Österreich-Casebook Bürgerliches Recht² (2019), S. 24.

⁸ 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.⁹ Vielfach wird der Begriff der „Einrede“ in einem weiten, untechnischen Sinn ganz allgemein für Verteidigungsmittel des Beklagten verwendet.¹⁰

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.¹¹

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“. ¹² Auch die vom Jubilar so sachkundig nachgezeichnete gemeinrechtliche Diskussion des 19. Jahrhunderts um das Wesen der Einrede¹³ 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.¹⁴

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

⁹ *Spitzer*, Aussonderung (Fn. 8), S. 30.

¹⁰ Vgl. *P. Bydlinski*, Bürgerliches Recht I. Allgemeiner Teil⁸ (2018), Rz. 3/49 Fn. 34.

¹¹ *Roth*, Einrede (Fn. 1), S. 41.

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

¹³ *Roth*, Einrede (Fn. 1), S. 8 ff.

¹⁴ 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.¹⁵ Ebenso stellt die Einrede der Vorausklage des Bürgen es dem Bürgen anheim, ob er einen Vollstreckungsversuch beim Hauptschuldner einfordern will.¹⁶ 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.¹⁷ 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.¹⁸

Wenngleich daher dem ABGB das Institut der Einrede i. e. S. zweifellos bekannt ist, bereitet die Abgrenzung zwischen Einwendung und Einrede teilweise Schwierigkeiten.¹⁹ 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 [...],

¹⁵ *Spitzer*, Aussonderung (Fn. 8), S. 29.

¹⁶ *Spitzer*, Aussonderung (Fn. 8), S. 29.

¹⁷ *Apathy/Perner*, in: Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB⁵ (2017), § 1052 Rz. 3; OGH 5 Ob 242/74 JBl 1975, 262, *Klausner/Kodek*, JN-ZPO¹⁸ (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).

¹⁸ *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.

¹⁹ 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 I⁶ (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.“²⁰ 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;²¹ Präklusivfristen waren damals nur im Prozessrecht bekannt.²² Ab der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts wurden diese jedoch zunehmend als Präklusivfristen angesehen.²³ Neben dem hier zweifellos bestehenden Einfluss der Pandektistik trug dazu ganz entscheidend das Bedürfnis nach der Möglichkeit einer Verlängerung der Gewährleistungsfristen durch Vereinbarung bei.²⁴ 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.²⁵

²⁰ Dabei genügt die rechtzeitige Absendung (OGH 1 Ob 479/60 SZ 34/2; a. A. *Reischauer*, in: Rummel/Lukas, ABGB⁴ (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).

²¹ *Reischauer*, Das neue Gewährleistungsrecht und seine schadenersatzrechtlichen Folgen, JBl 2002, 137; *Reischauer*, in: Rummel/Lukas, ABGB⁴ (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.

²² 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.

²³ OGH GIUNF 4638; GIUNF 4057.

²⁴ Ausdrücklich auf die Verlängerungsmöglichkeit abstellend OGH GIUNF 4057.

²⁵ *Stubenrauch*, Kommentar zum österreichischen Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche II⁸ (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.²⁶ 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.²⁷ und Art. 349 Abs. 3 ADHGB.²⁸

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 Grund²⁹ 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.³⁰ 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.³¹ 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“.

²⁶ 78. Beilagen zu den stenographischen Protokollen des Herrenhauses 21. Session, S. 297.

²⁷ § 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. [...]“.

²⁸ 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“.

²⁹ ErläutRV GewRÄG 422 BlgNR 21. GP 19.

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

³¹ 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.³² Es ging um einen Traktorkauf.³³ 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 ABGB³⁴ 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.³⁵ 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.³⁶ Andererseits bestehe weitgehend Einigkeit darüber, dass nach Abweisung der Kaufpreisklage infolge Wandlung der Käufer die Sache zurückgeben und daher auch Anzahlungen zurückbekommen müsse.³⁷ 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

³² OGH 10 Ob 506/93 SZ 67/187.

³³ 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.

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

³⁵ OGH 10 Ob 506/93 SZ 67/187.

³⁶ Unter Berufung auf Palandt/*Putzo*, Bürgerliches Gesetzbuch³² (1993), § 478 Rn. 3; Münchener Kommentar zum BGB/*Westermann*² (1988), § 478 Rn. 6; Staudinger/*Honsell*, BGB¹² (1978), § 478 Rn. 13; Soergel/*Huber*¹², BGB (1991), § 478 Rn. 17; *Fikentscher*, Schuldrecht⁸ (1992), Rn. 725; *Larenz*, Lehrbuch des Schuldrechts II/1 Besonderer Teil¹³ (1986), S. 65.

³⁷ Münchener Kommentar zum BGB/*Westermann*², § 478 Rn. 6; Staudinger/*Honsell*, BGB¹² (1978), § 478 Rn. 13; besonders *Schlosser*, Peremptorische Einrede und Ausgleichszusammenhänge, JZ 1966, 428.

bloß ein Zahlungsverweigerungsrecht übrigbleibe. Der OGH stützte sich dabei maßgeblich auf *Reischauer*.³⁸ 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.³⁹

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

³⁸ *Reischauer*, in: Rummel/Lukas, ABGB⁴ (2014), § 933 Rz. 171 ff., 202 ff.

³⁹ OGH 7 Ob 541/95.

⁴⁰ *Welser*, in: *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹¹ (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).

bereits geleisteten Kaufpreis ganz oder teilweise zurückzuverlangen, weil dadurch das Erfordernis der gerichtlichen Geltendmachung in der Frist unterlaufen werde.

4. Eigene Stellungnahme

Auszugehen ist zunächst vom Gesetzeswortlaut. § 933 Abs. 3 ABGB bezieht sich offenbar auf Abs. 1. Die klageweise Geltendmachung und die Ausübung mittels Einrede sind in § 933 ABGB stets parallel gedacht. Dies spricht dafür, dass der Gesetzgeber in § 933 Abs. 3 ABGB eine „echte“ Wandlung/Preisminderung vorgesehen wollte und nicht nur deren hypothetische Nachbildung, wie dies der in § 478 BGB a.F. verwendete Konjunktiv nahelegt. Damit wendet sich die Einrede des § 933 Abs. 3 ABGB bei der Wandlung offenbar gegen den gesamten Vertrag und nicht nur gegen den einzelnen Anspruch. Die Erhebung der (berechtigten) Einrede hat zur Folge, dass der Anspruch erlischt und nicht nur in der Durchsetzung gehemmt wird.

Damit zeigen sich wesentliche Unterschiede zwischen der Konzeption des § 478 BGB a.F. und dem ABGB: Die Einrede im BGB bezog sich nur auf den geltend gemachten Anspruch; die Wandlung wurde fingiert. Der Anspruch selbst blieb hingegen teilweise erhalten. Demgegenüber handelt es sich bei der „Einrede“ des § 933 Abs. 3 ABGB gar nicht um eine (echte) Einrede i. e. S., sondern um die verteidigungsweise Geltendmachung eines „echten“ Gestaltungsrechts. Zutreffend formuliert der OGH daher, rechtzeitige Mängelanzeige vorausgesetzt, sei das Einrederecht vor und nach Fristablauf dasselbe, auch nach Ablauf der Gewährleistungsfrist bleibe die Einrede aufrecht und nicht bloß ein Zahlungsverweigerungsrecht übrig.⁴¹ Der Vertrag würde daher auch bei Erhebung der Wandlungseinrede durch die Wandlung wirklich beseitigt (und dies nicht bloß fingiert), sodass eine Rückabwicklung nach Bereicherungsrecht stattzufinden habe.

Dass der Käufer im Traktorfall im ersten Prozess möglicherweise kein ausdrückliches Gestaltungsbegehren erhoben hat, ist unschädlich. In der Regel wird nämlich nach neuerer Auffassung bei den „gerichtlichen Gestaltungsrechten“ die Rechtsgestaltung vom Gericht inzidenter vorgenommen.⁴² Die Wandlung oder Preisminderung erfolgt daher in der Praxis üblicherweise nicht im Urteilsspruch, sondern nur in den Entscheidungsgründen, und auch dort wird sie vielfach nicht ausdrücklich ausgesprochen, sondern lediglich das Vorliegen von deren Voraussetzungen erörtert.

Schon aus dem Wortlaut „Einrede“, aber auch aus dem Charakter als Gestaltungsrecht ergibt sich, dass die Einrede im Prozess geltend gemacht werden muss;

⁴¹ OGH 10 Ob 506/93 SZ 67/187; 7 Ob 115/02s.

⁴² Rummel, in: Rummel/Lukas, ABGB⁴ (2014), § 871 Rz. 30 f; Kodek, in: Fasching/Konecny, Zivilprozessgesetze III/1³ (2017), § 244 ZPO Rz. 41/1; zum Irrtum OGH 3 Ob 216/06w; zur Insolvenzanfechtung König/Trenker, Die Anfechtung nach der IO⁶ (2020), Rz. 17/26 m. w.N.

das Vorliegen eines die Einrede begründenden Sachverhalts reicht daher für die Klageabweisung nicht aus.⁴³ Aus der Qualifikation als Gestaltungsrecht ergibt sich auch, dass die „Einrede“ nicht mehr zurückgenommen werden kann, wenn diese einmal zur Grundlage eines Urteils gemacht wurde und damit zu einer richterlichen Rechtsgestaltung geführt hat.

Der Entscheidung des OGH ist daher zuzustimmen. Die im Vorprozess (wenn auch nur inzidenter) ausgesprochene Wandlung beseitigte den Kaufvertrag insgesamt, sodass dieser rückabzuwickeln war. Zutreffend hat der OGH die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung selbst nicht an die Fristen des § 933 Abs. 1 ABGB gebunden.⁴⁴ Der Zweck der kurzen Gewährleistungsfristen war schon durch die seinerzeitige Anzeige des Mangels und in der Folge durch Geltendmachung des Rechts auf Wandlung mittels Einrede gewahrt.

Damit bleibt die Frage nach dem Rechtskraftumfang des Vorprozesses. Mit anderen Worten: War die im Vorprozess inzidenter ausgesprochene Wandlung für den Folgeprozess bindend oder hatte das Gericht im Folgeprozess selbständig zu beurteilen, ob während des Vorprozesses die Voraussetzungen für die Wandlung erfüllt waren. Rein logisch kann natürlich die Wandlung nur erfolgen oder nicht erfolgen; eine „teilweise Wandlung“ ist schon begrifflich nicht möglich. Allerdings erfolgte im Vorprozess die Bejahung der Voraussetzungen für die Wandlung nur inzidenter in den Entscheidungsgründen; dabei handelte es sich – ebenso wie im Folgeprozess – um eine bloße Vorfrage. Nach herrschender Auffassung erstreckt sich die Rechtskraft nicht auf die Beurteilung von Vorfragen.⁴⁵ Diese sind vielmehr in einem allfälligen Folgeprozess selbständig zu beurteilen. Dies ist nicht zuletzt wegen der streitwertgebundenen Zuständigkeits- und Anfechtungsregeln sinnvoll. So wäre die Bejahung der Voraussetzungen für die Wandlung in einem Prozess über einen Kaufpreisrest von bis zu EUR 2.700 nach § 501 ZPO auf der Tatsachenebene nicht anfechtbar; bei einem Streitwert bis zu EUR 5.000 wäre auch die Anrufung des OGH jedenfalls ausgeschlossen. In einem Folgeprozess auf Rückforderung des bezahlten Kaufpreisteils könnte demgegenüber, wenn der Streitwert höher ist, auch im Rechtsmittelverfahren überprüft werden, ob die Voraussetzungen für die Wandlung vorlagen. Der entscheidende Zeitpunkt für diese Prüfung ist freilich der Schluss der mündlichen Verhandlung erster Instanz (§ 406 ZPO) des Vorprozesses, weil dieser Zeitpunkt die Grundlage für das die Wandlung (wenn auch nur inzidenter) anordnende Urteil des Vorprozesses bildet.

⁴³ Vgl auch oben II.

⁴⁴ Anders wäre dies bei Geltendmachung eines Geldanspruchs wegen Rücktritts gem § 918 ABGB infolge Verbesserungsverzugs. Dieser muss innerhalb der Gewährleistungsfrist geltend gemacht werden (*Kurschel*, Baumängel: Rücktritt wegen Verbesserungsverzuges nach Ablauf der Gewährleistungsfrist, *ecolex* 1991, 229).

⁴⁵ *Klicka*, in: Fasching/Konecny, Zivilprozessgesetze III/2³ (2018), § 411 ZPO Rz. 68 ff. m. w. N.

5. Ausblick: Umsetzung der Warenkauf- und Digitale Inhalte-Richtlinie

Freilich ist darauf hinzuweisen, dass hier schon bald eine wesentliche Änderung eintreten wird: Nach Art. 16 Abs. 1 der Warenkauf-RL⁴⁶ und Art. 15 digitale Inhalte-RL⁴⁷ übt der Verbraucher sein Recht auf Vertragsbeendigung „durch eine Erklärung an den Verkäufer“ aus. Damit reicht bezüglich des Gestaltungsrechts⁴⁸ der Vertragsbeendigung nunmehr – wie auch beim Rücktritt wegen Verzugs nach § 918 ABGB oder nach §§ 11 ff. FAGG – zwingend eine außergerichtliche Geltendmachung durch den Verbraucher aus. § 933 Abs. 1 S. 1 ABGB, der ein Erfordernis gerichtlicher Geltendmachung normiert,⁴⁹ ist insofern bei der Umsetzung der RL aufzugeben.⁵⁰ Dann können (zumindest im Anwendungsbereich der Richtlinien)⁵¹ in Zukunft bei allen Leistungsstörungen Gestaltungsrechte außergerichtlich geltend gemacht werden. Die traditionelle Kategorie der nur gerichtlich geltend zu machenden Gestaltungsrechte wäre dann in Zukunft auf Wurzel­mängel beschränkt. Die innere Rechtfertigung für diese Differenzierung könnte darin erblickt werden, dass bei Wurzel­mängeln ein scheinbar gültiger Vertrag beseitigt werden muss, während bei der Gewährleistung oder beim Rücktritt nachträgliche Entwicklungen es einer Partei erlauben, sich vom Vertragspartner zu lösen. Damit verliert die Wandlung ihre dogmatische Eigenständigkeit und einen wesentlichen Unterschied zum Rücktritt.

Nach den Richtlinien muss dem Käufer nach außergerichtlicher Geltendma­chung noch eine angemessene Frist für die gerichtliche Geltendmachung seiner Ansprüche offenstehen.⁵² In Zukunft wird also auch für das österreichische Recht zwischen Haft(ungs)- und Verjährungsfristen zu unterscheiden sein.⁵³

⁴⁶ RL (EU) 2019/771 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Warenkaufs, zur Änderung der Verordnung (EU) 2017/2394 und der Richtlinie 2009/22/EG sowie zur Aufhebung der Richtlinie 1999/44/EG, ABl L 2019/136, 28.

⁴⁷ RL (EU) 2019/770 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen, ABl L 2019/136, 1.

⁴⁸ Die Warenkauf-RL spricht auch insofern freilich teilweise von „Ansprüchen“ des Verbrauchers (Art. 13 Abs. 4 und Abs. 5; siehe aber etwa Art. 16 Abs. 1).

⁴⁹ Zu Recht krit. bereits bislang etwa *Reischauer*, in: Rummel/Lukas, ABGB⁴ (2014), § 933 ABGB Rz. 152, 156 ff. Die Rspr. ließ eine bloß implizite Geltendmachung des Gestaltungsrechts bei bloßer Leistungsklage auf Rückzahlung zu. Dazu zuletzt *Kogler*, Die gerichtliche Geltendmachung von Gestaltungsrechten – Auflösung dogmatischer und prozessualer Widersprüche im Lichte der Europäisierung, JBl 2019, 420.

⁵⁰ Zum Folgenden *Kodek/Leupold*, Gewährleistung NEU – Ausgewählte Auslegungsfragen und Umsetzungsoptionen (2019), S. 45 ff. Die Verfasser sind Mitglieder der beim BMJ eingerichteten Arbeitsgruppe Gewährleistungsreform.

⁵¹ Für überschießende Umsetzung aus Kohärenzüberlegungen *Kodek/Leupold*, Gewährleistung NEU (Fn. 50), S. 45 ff.

⁵² A. A. *Zöchling-Jud*, Beweislast und Verjährung im neuen europäischen Gewährleistungsrecht, in: Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud (Hrsg.), Das neue europäische Gewährleistungsrecht (2019), S. 210.

⁵³ Vgl. dazu EuGH C-133/16, *Ferenschild*, ECLI:EU:C:2017:541.

Nur erstere ist durch die Richtlinien im Sinne einer Untergrenze harmonisiert; letztere unterliegen ausschließlich nationalem Recht, das freilich hier aufgrund des Effektivitätsgrundsatzes die mit der mindestens zweijährigen Haftungsfrist verfolgten Anliegen des Unionsrechts nicht konterkarieren darf.

Die Anpassung des österreichischen Rechts an die Richtlinien erfordert nicht, § 933 Abs. 3 ABGB aufzugeben. Dies ist nach dem derzeitigen Stand der Überlegungen auch nicht geplant. Der Gewährleistungsberechtigte wird daher auch in Zukunft durch außergerichtliche Anzeige die Einrede „perpetuieren“ können.⁵⁴ Allerdings wird er in Zukunft ohnedies auch die Wandlung und Preisminderung außergerichtlich geltend machen können, sodass die Möglichkeit, die Einrede durch außergerichtliche Anzeige zu perpetuieren, aus praktischer Sicht deutlich an Bedeutung verliert. Unter Umständen wird eine außergerichtliche Anzeige eines Mangels sogar bereits als Ausübung des Wandlungs- oder Preisminderungsrechts zu verstehen sein.

6. Perpetuierung der Klage durch Anzeige?

Wenngleich § 933 Abs. 3 ABGB nur davon spricht, dass die Anzeige des Mangels dem Gewährleistungsberechtigten die Geltendmachung seiner Rechte durch Einrede bewahrt, führt die Anzeige nach verbreiteter Auffassung auch zu einer „Perpetuierung“ der Möglichkeit klageweiser Geltendmachung. Damit soll dem Gewährleistungsberechtigten die in Österreich an die gerichtliche Geltendmachung gebundene Ausübung seines Wandlungs- oder Preisminderungsrechts auch nach Ablauf der Gewährleistungsfrist eröffnet werden, wenn er nur den Mangel rechtzeitig angezeigt hat. So formuliert *Reischauer*: „Wie die Einrede perpetuiert wird, wenn in der Frist angezeigt wird, so auch die Klage, wenn sie auf den Mangel gestützt eingebracht wird.“⁵⁵

Dem ist in dieser Allgemeinheit nicht zu folgen. Die von *Reischauer* zitierte Rechtsprechung bezieht sich nur auf Fälle, in denen bereits innerhalb der Frist eine Klage eingebracht wurde und in der Folge der Kläger lediglich den Gewährleistungsbehelf wechselte.⁵⁶ Dies hat aber mit einer allgemeinen „Perpetuierung der Klage“ durch Einrede nichts zu tun. Die Anzeige perpetuiert nur die Rechts-

⁵⁴ Nach dem derzeitigen Stand der Beratungen – der Verfasser ist Mitglied der im BMJ eingerichteten Arbeitsgruppe Gewährleistungsreform – wird die Umsetzung der Richtlinien in einem eigenen Gewährleistungsrichtlinien-Umsetzungsgesetz (GRUG) erfolgen. Dessen § 28 Abs. 2 soll lauten: „(2) Wenn der Verbraucher dem Unternehmer den Mangel innerhalb der Gewährleistungsfrist anzeigt, kann er den Mangel zeitlich unbeschränkt durch Einrede gegen die Entgeltforderung des Unternehmers geltend machen.“

⁵⁵ *Reischauer*, in: Rummel, ABGB³ (2007), § 933 ABGB Rz. 8 unter Berufung auf OGH 1 Ob 662/85 SZ 58/174; 3 Ob 520/94 SZ 68/152; 1 Ob 166/98p EvBl 1999/29. In der Kommentierung von *Reischauer*, in: Rummel/Lukas, ABGB⁴ (2014), § 933 Rz. 173, findet sich der betreffende Satz (zutreffend) nur mehr im Zusammenhang mit der Änderung des Gewährleistungsbehelfs nach rechtzeitiger Erhebung der Klage.

⁵⁶ So offenbar nunmehr auch *Reischauer*, in: Rummel/Lukas, ABGB⁴ (2014), § 933 Rz. 173. Dazu näher unten 7.

verteidigung, ist also rein defensiv. Zweck des § 933 Abs. 3 ABGB ist es, einen Gewährleistungsberechtigten, der noch nicht (zur Gänze) bezahlt hat und sich im Vertrauen darauf, dass der Gewährleistungspflichtige nicht klagen werde, passiv verhält, zu schützen. Dass diese Anzeige des Mangels auch die aktive Rechtsverfolgung perpetuiert, ist von diesem Zweck nicht gefordert. Ganz im Gegenteil: Damit würde das Anliegen des Gesetzgebers, die Gewährleistungsbefehle an die rasche gerichtliche Geltendmachung zu binden, völlig konterkariert. Innerhalb der Gewährleistungsfrist müsste nur die Anzeige des Mangels erfolgen, nicht hingegen die Klageführung. Dass dies nicht dem System des § 933 ABGB entspricht, ist evident.

7. Exkurs: Wechsel des Gewährleistungsbefehls

Mit der Frage der Perpetuierung des Klagerechts verwandt ist die Frage, ob der Gewährleistungsberechtigte, der rechtzeitig die Klage erhoben hat, in der Folge auch nach Fristablauf sein Begehren ändern kann, also von Wandlung auf Preisminderung umsteigen kann oder umgekehrt. Dies ist deswegen von Bedeutung, weil die Rechtsprechung die Wandlung im Verhältnis zur Preisminderung als aliud ansieht.⁵⁷ Im „Wandlungsanspruch“ sei der „Preisminderungsanspruch“ nicht inbegriffen.⁵⁸ Daher könne nicht, wenn auf Wandlung geklagt wird, stattdessen Preisminderung zugesprochen werden.⁵⁹

Allerdings kann der Gewährleistungsberechtigte nach der Rechtsprechung den geltend gemachten Gewährleistungsanspruch auch nach Fristablauf noch durch einen anderen ersetzen.⁶⁰ Die – wenig glückliche – Begründung für diese Auffassung lautet: „weil das, was für die Perpetuierung der Gewährleistungseinrede durch Mängelanzeige gilt, in gleicher Weise für die Perpetuierung des Gewährleistungsrechts durch Klage gilt.“⁶¹ Nun wird aber das Klagerecht durch die Anzeige des Mangels – wie gezeigt wurde – gerade nicht perpetuiert. Gleichwohl erscheint die Rechtsprechung im Ergebnis zutreffend: Entscheidend ist hier der Zweck der Verjährung. Dabei geht es unter anderem um den Schutz der Erwartung des Schuldners, nach Verstreichen längerer Zeit nicht mehr in Anspruch genommen zu werden.⁶² Für eine derartige (schutzwürdige) Erwartung besteht aber kein Raum, wenn der Gewährleistungsberechtigte bereits Klage erhoben hat. Bei dieser Sachlage kann der Beklagte nicht erwarten, dass der Kläger stillhalten werde. Auch ist kein Beweisverlust zu befürchten; die Beweislage im Pro-

⁵⁷ RIS-Justiz RS0018692.

⁵⁸ RIS-Justiz RS0018713.

⁵⁹ RIS-Justiz RS0018692.

⁶⁰ OGH 3 Ob 520/94 SZ 68/152; 1 Ob166/98p EvBl 1999/29 u. a.; RIS-Justiz RS0018763.

⁶¹ OGH 3 Ob 520/94 SZ 68/152; 1 Ob166/98p EvBl 1999/29 u. a.; RIS-Justiz RS0018763.

⁶² Vgl. *Vollmaier*, Verjährung und Verfall (2009), S. 54 ff., 57 ff. Vgl. auch in anderem Zusammenhang zur Wahrung der Verjährungsfrist durch ein „falsches“ Begehren (Feststellungs- statt Leistungsbegehren) OGH 6 Ob 53/13g; 4 Ob 135/13a; dazu *Kodek*, Ausgewählte aktuelle Entwicklungen im Verjährungsrecht, Zak 2014, 123.

zess erfährt durch die Klageänderung keine Verschlechterung. Daher ist dadurch auch kein öffentliches Interesse tangiert.⁶³ Zudem ist das Rechtsschutzziel von Wandlung und Preisminderung eng verwandt.

Eine großzügige Handhabung⁶⁴ ist hier im Übrigen auch durch das Unionsrecht gefordert. Nach Ansicht des EuGH muss das Gericht, auch wenn sich ein Gewährleistungsberechtigter nur auf Wandlung stützt, die Möglichkeit haben, sogar von Amts wegen auch Preisminderung zu prüfen und umgekehrt.⁶⁵ Der Entscheidung lag der Kauf eines Cabrios zugrunde, in dessen Dach Wasser eindrang. Die Klägerin erhob nur ein Wandlungs-, aber kein Minderungsbegehren. Das spanische Gericht wies die Klage ab, weil bei geringfügigem Mangel keine Wandlung möglich sei. Auch in einem Folgeprozess unterlag die Gewährleistungsberechtigte. Nach spanischem Recht präkludiert die Rechtskraft nämlich auch weitere mögliche Ansprüche aus demselben Sachverhalt, wenn diese schon im ersten Prozess erhoben werden hätten können. Nach dem EuGH steht diese Regelung mit dem Unionsrecht nicht in Einklang. Das Gericht müsse die Möglichkeit haben, auch den zweiten Anspruch zu prüfen und gegebenenfalls zuzusprechen. Dies gelte auch dann, wenn der Verbraucher weder berechtigt sei, seinen ursprünglichen Antrag zu präzisieren, noch, eine neue Klage zu erheben.⁶⁶

IV. Verjährung und Präklusion von Einreden

1. Meinungsstand

Im gemeinen Recht konnten Einreden nicht verjähren. Kennzeichnend sind die Parömien „*quae ad agendum sunt temporalia, ad excipiendum perpetua*“ oder „*tant dure l'action, tant dure l'exception*“.⁶⁷ Der Grund dafür wurde darin gesehen, dass der Kläger es ja in der Hand habe, die Klage zu erheben, hingegen der einredoberechtigte Beklagte auf den Zeitpunkt der Auseinandersetzung keinen Einfluss habe.⁶⁸ Die bald nach Inkrafttreten des ABGB erschienene Untersu-

⁶³ Zur Gefahr der Verschlechterung der Beweislage als ratio für die Verjährung vgl. *Vollmaier*, Verjährung (Fn. 62), S. 52 ff.

⁶⁴ Zur Zulassung von Klageänderungen vgl. allgemein *Klicka*, in: Fasching/Konecny, Zivilprozessgesetze III/1³ (2017), § 235 ZPO Rz. 31 ff.

⁶⁵ EuGH C-32/12, *Duarte Hueros*, ECLI:EU:C:2013:637.

⁶⁶ EuGH C-32/12, *Duarte Hueros*, ECLI:EU:C:2013:637 Rn. 43.

⁶⁷ Vgl. *Savigny*, System V (Fn. 19), S. 419 ff.; *Puchta*, Vorlesungen über das heutige römische Recht I⁵ (1862), S. 211; *Puchta*, Lehrbuch der Pandekten⁹ (1863), S. 139; beide Parömien ablehnend *Keller*, Pandekten (1861), S. 183; gegen diesen *Zrodowski*, Verjährung (Fn. 12), S. 124 Fn. 3. Die Maxime „*quae ad agendum sunt temporalia*“ findet sich in der neueren österreichischen Literatur noch bei *Klang*, in: Klang² VI (1951), S. 664; differenzierend *Vollmaier*, in: Klang³ § 1479 ABGB (2012), Rz. 21 ff.

⁶⁸ Vgl. *Paulus*, D 44, 4, 5, 6: „*Non sicut de dolo actio certo tempore finitur, ita etiam exceptio eodem tempore danda est. Nam haec perpetuo competit: cum actor quidem in sua potestate habeat, quando utatur suo iure, is autem, cum quo agitur, non habeat potestatem, quando conveniatur.*“ – „Die Einrede wegen *dolus* ist nicht in gleicher Weise wie die Klage wegen *dolus* einer

chung von *Unterholzner*⁶⁹ unterscheidet zwischen reinen Einrederechten und solchen, die auch mittels Klage geltend gemacht werden können. Einigkeit bestand darüber, dass solche Rechte, die *nur* mittels Einrede (*ope exceptionis*) geltend gemacht werden konnten, nicht verjährten.⁷⁰ Die Verjährung von Rechten, die sowohl mittels Einrede als auch selbständig mittels Klage geltend gemacht werden konnten, war jedoch umstritten. Während sie von Autoren wie *Savigny* und *Puchta* abgelehnt wurde,⁷¹ vertraten die meisten Autoren zum österreichischen Recht den gegenteiligen Standpunkt. Hier sind – in chronologischer Reihenfolge – *Zeiller*⁷², *Pachmann*,⁷³ *Unger*⁷⁴ sowie *Zrodowski*⁷⁵ zu nennen. Daher sei etwa das Recht auf Aufhebung eines Vertrags wegen Zwangs oder Irrtums innerhalb von drei Jahren geltend zu machen, unabhängig davon, ob das Recht durch Klage („Nullitätsquerel“) oder Einrede geltend gemacht werde.⁷⁶

In der neueren Literatur wird zwischen selbständigen und unselbständigen Einreden differenziert. Unter ersteren werden solche verstanden, denen kein klagbares Recht zur Seite steht. Diese sollen von der Verjährung ausgenommen sein. Als Beispiele für diese Kategorie von Einreden werden die Einrede der Verjährung (§ 1501 ABGB),⁷⁷ die Einrede der Stundung und die Einrede des nicht erfüllten Vertrages (§ 1052 ABGB) angeführt.⁷⁸ Unselbständige Einreden, also

bestimmten Frist unterworfen. Denn die Einrede stet fortwährend („*perpetuo*“) zu: Weil der Kläger es in seiner Macht hat, wann er sein Recht ausübt, steht es nicht in der Macht des Beklagten, wann der Prozess stattfindet.“ Vgl. auch *Wildhagen*, Ueber die Verjährung der Einreden im heutigen römischen Rechte (1882). Das Buch findet sich in Österreich nur in der Universitätsbibliothek Linz und ist dort pikanterweise noch immer unaufgeschnitten.

⁶⁹ *Unterholzner*, Ausführliche Entwicklung der gesammten (sic!) Verjährungslehre aus den gemeinen in Deutschland geltenden Rechten (1828).

⁷⁰ Vgl. etwa *Brinz*, Lehrbuch der Pandekten I (1857), S. 170; *Zrodowski*, Verjährung (Fn. 12), S. 129.

⁷¹ *Savigny*, System V (Fn. 19), S. 419ff.; *Puchta*, Vorlesungen I⁵ (Fn. 67), S. 211; ebenso im Ergebnis *Weber*, Beiträge zu der Lehre von gerichtlichen Klagen und Einreden I³ (1811), S. 7ff.

⁷² *Zeiller*, Commentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die gesammten (sic!) deutschen Erbländer der österreichischen Monarchie IV (1813), § 1499 Nr. 3 (zum Widerruf der Schenkung wegen Undanks).

⁷³ *Pachmann*, Die Verjährung nach dem allgemeinen bürgerlichen Rechte in Oestreich (sic!) (1833), S. 64.

⁷⁴ *Unger*, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts² II (1863), S. 540 Fn. 40.

⁷⁵ *Zrodowski*, Verjährung (Fn. 12), S. 123ff., 129ff.

⁷⁶ *Unger*, System² II (Fn. 74), S. 540 Fn. 40.

⁷⁷ Vgl. dazu *Vollmaier*, in: Klang³ (Fn. 67), § 1479 Rz. 21 Fn. 97, der diese Qualifikation jedoch relativiert. Gleichwohl verweist *Vollmaier* zutreffend darauf, dass die Verjährungseinrede der Verjährung entzogen sein muss, wenn nicht die Zwecke des Rechtsinstituts ad absurdum geführt werden sollen.

⁷⁸ Vgl. *Mader/Janisch*, in: Schwimann/Kodek, ABGB⁴ (2016), § 1451 Rz. 6; *Meissel*, in: Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB⁵ (2017), § 1451 Rz. 4; zur Unverjährbarkeit der Einrede nach § 1052 ABGB vgl. OGH 5 Ob 509/96 SZ 69/41. Für Einstufung der Einrede des nicht erfüllten Vertrags als „unselbständige Einrede“ jedoch *Ehrenzweig*, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts I/1² (1951), S. 326 und *Klang*, in: Klang² VI (Fn. 67), S. 664, die aber gleichwohl nicht der Verjährung unterworfen sein sollen. Gegen diese Einstufung zu Recht *Vollmaier*, in: Klang³ (Fn. 67), § 1479 Rz. 21 Fn. 98.

solche, die auch aktiv mittels Klage geltend gemacht werden können, sollen hingegen prinzipiell mit dem Recht verjähren, aus dem sie sich herleiten. Hier werden die *laesio enormis*,⁷⁹ der Schenkungswiderruf sowie die einredeweise Geltendmachung der Anfechtung wegen Irrtums⁸⁰ oder Drohung⁸¹ angeführt. Demgegenüber wurde zur Rechtslage vor der Erbrechtsreform 2015 vertreten, dass die einredeweise Anfechtung eines Testaments keiner Verjährung unterliege.⁸²

Hinter der Unverjährbarkeit der sogenannten „selbständigen Einreden“ steht die Überlegung, dass es sich bei diesen um bloße Verteidigungsmittel des Schuldners handle. Solange der Gläubiger seinen Anspruch nicht tatsächlich vor Gericht geltend mache, habe der Schuldner weder Möglichkeit noch Anlass, sein Gegenrecht geltend zu machen. Vor Klageeinbringung durch den Gegner könne ihm daher mangels Rechtsausübungsmöglichkeit keine Säumnis vorgeworfen werden.⁸³ Die wohl herrschende Auffassung lehnt jedoch die Aufstellung einer allgemeinen Regel ab; vielmehr sei im Einzelfall nach der Beschaffenheit der Einrede und mit Rücksicht auf den Zweck der Verjährung zu entscheiden.⁸⁴

Neuerdings hat *Vollmaier* die Unterscheidung zwischen selbständigen und unselbständigen Einreden kritisiert und darauf hingewiesen, dass es sich bei letzteren gar nicht um Einreden im eigentlichen Sinn handle; vielmehr seien diese als anspruchsvernichtende Gestaltungsrechte zu qualifizieren.⁸⁵ Der Bildung dieser Kategorie hätte es gar nicht bedurft, weil nach österreichischem Recht ohnedies das Recht und nicht der Anspruch verjähre. Allerdings tritt *Vollmaier* für eine Verallgemeinerung des hinter § 933 Abs. 3 ABGB stehenden Rechtsgedankens ein, dass auch die außergerichtliche Anzeige die Geltendmachung des betreffenden Rechts mittels Einrede perpetuiere.⁸⁶

2. Erste Vorüberlegungen

Konstruktiv-begrifflich kommt eine Präklusion oder Verjährung natürlich nur bei Rechten und (allenfalls) bei Einreden i. e. S. in Betracht; bloße Einwendungen verjähren nie. Daher kann ein auf Zahlung in Anspruch genommener Schuldner auch nach mehr als 30 Jahren geltend machen, er sei geschäftsunfähig (gewesen), der Vertrag sei nichtig oder er habe schon längst bezahlt.

⁷⁹ OGH 1 Ob 13/50 SZ 23/31; 6 Ob 222/61 EvBl 1961/357; 1 Ob 503/78 SZ 51/25 (obiter); vgl. bereits GIU 1268 = Judikat 36.

⁸⁰ *Klang*, in: *Klang*² VI (Fn. 67), S. 665; *Mader/Janisch*, in: *Schwimann/Kodek*, ABGB⁴, § 1451 Rz. 6; OGH 1 Ob 503/78 SZ 51/25 (obiter).

⁸¹ *Ehrenzweig*, System I/1² (Fn. 78), S. 326; *Mader/Janisch*, in: *Schwimann/Kodek*, ABGB⁴, § 1451 Rz. 6.

⁸² *Ehrenzweig*, System I/1² (Fn. 78), S. 326; *Klang*, in: *Klang*² VI (Fn. 67), S. 664f.; *M. Bydlinski*, in: *Rummel*, ABGB³ (2007), § 1487 Rz. 3; OGH 6 Ob 766/78 SZ 52/58.

⁸³ *Klang*, in: *Klang*² VI (Fn. 67), S. 664; *Vollmaier*, in: *Klang*³ (Fn. 67), § 1479 Rz. 22.

⁸⁴ *Ehrenzweig*, System I/1² (Fn. 78), S. 308; *Klang*, in: *Klang*² VI (Fn. 67), S. 664.

⁸⁵ *Vollmaier*, in: *Klang*³ (Fn. 67), § 1479 Rz. 22.

⁸⁶ *Vollmaier*, in: *Klang*³ (Fn. 67), § 1479 Rz. 22 a. E.

Die Überlegung, jemand, der sein Recht gar nicht geltend machen kann, solle dieses Rechts nicht durch Verjährung verlustig gehen können, sodass ein Recht, das *nur* mit Einwendung geltend gemacht werden kann, nicht verjährt,⁸⁷ erscheint nachvollziehbar. Sofern dieses Recht hingegen auch selbständig geltend gemacht werden kann, ist eine unterschiedliche Behandlung zu klageweise geltend gemachten Ansprüchen keineswegs selbstverständlich. Insoweit leuchtet die von *Unterholzner* und anderen vorgeschlagene Differenzierung zwischen Einreden, die auch selbständig mit Klage geltend gemacht werden können, und solchen, bei denen dies nicht der Fall ist, auf den ersten Blick durchaus ein.

Allerdings ist zwischenzeitlich durch die Entwicklung des materiellen Rechts und des Prozessrechts in zwei Punkten eine entscheidende Änderung im Gesamtgefüge des Rechtsschutzsystems eingetreten, die die „Balance“ zwischen selbständig geltend zu machenden Einreden und unselbständigen Einreden deutlich verschiebt: Auf der Ebene des materiellen Rechts ist hier die „Entdeckung“ der *Gestaltungsrechte*⁸⁸ zu nennen. Die Einsicht, dass hinter vielen bisher ausschließlich unter dem Aspekt der „Einrede“ behandelten Konstellationen in Wahrheit ein Gestaltungsrecht steckt,⁸⁹ eröffnet dessen selbständige Geltendmachung, sodass dann die Annahme naheliegt, dass dieses auch selbständig verjährt.

Die zweite wichtige Änderung war die Herausbildung der *Feststellungsklage*.⁹⁰ Diese führt dazu, dann nunmehr nicht mehr nur der Gläubiger klageweise vorgehen kann, sondern auch der Schuldner seinerseits die Initiative ergreifen und klageweise die Feststellung des Nichtbestehens einer Forderung o. ä. begehren kann. Damit gibt es aber kaum mehr Fälle, in denen der Schuldner eine ihm zustehende Einrede nicht auch selbständig im Weg einer (allenfalls negativen Feststellungs-) Klage geltend machen kann.⁹¹

Diese Beobachtung darf allerdings nicht überbewertet werden: Bereits die Stammfassung des ABGB kannte in § 1499 ABGB eine „Verjährungsklage“, mit der der Schuldner einer verjährten Forderung entgegentreten und dessen „Nichtigklärung“ erwirken konnte. Aus heutiger Sicht wird diese Klage als (materi-

⁸⁷ Vgl. schon *Savigny*, System V (Fn. 19), S. 418: „Denn es wäre widersinnig, demjenigen die Strafe einer Nachlässigkeit aufzubürden, welcher gar nicht thätig seyn konnte, da es ganz in der Willkühr des Gegners steht, die Klage anzustellen oder zu unterlassen.“ Ebenso für das österreichische Recht etwa *Zrodowski*, Verjährung (Fn. 12), S. 129f.

⁸⁸ Den Begriff hat erstmals *Seckel*, Die Gestaltungsrechte im Bürgerlichen Recht, in: Festgabe der juristischen Gesellschaft zu Berlin zum 50jährigen Dienstjubiläum ihres Vorsitzenden Richard Koch (1903), S. 205, verwendet. Zu dieser „Entdeckung“ *Dölle*, Juristische Entdeckungen, Verhandlungen des 42. Deutschen Juristentags II (1959), B 1, S. 11 f.

⁸⁹ Zutreffend *Vollmaier*, in: *Klang*³ (Fn. 67), § 1479 Rz. 22.

⁹⁰ Von einem eigenen „Anspruch“ kann bei der Feststellungsklage aus heutiger Sicht keine Rede sein; es handelt sich um ein rein prozessuales Institut. Die gemeinrechtliche Doktrin kannte hingegen noch einen (materiellrechtlich verstandenen) Anspruch auf „Anerkennung“ (*Kodek*, Besitzstörung, S. 335 Fn. 19).

⁹¹ *Spiro*, Die Begrenzung privater Rechte durch Verjährungs-, Verwirkungs- und Fatalfristen I (1975), § 215, verweist darauf, dass es zu weit ginge, dem Schuldner die Geltendmachung einer negativen Feststellungsklage zuzumuten. Zustimmend *Vollmaier*, in: *Klang*³ (Fn. 67), § 1479 Rz. 22 Fn. 104.

ellrechtliche) negative Feststellungsklage⁹² qualifiziert; sie ist, auch wenn dies im Gesetzeswortlaut nicht unzweifelhaft zum Ausdruck kommt, auch auf nicht verbücherte Forderungen angewendet.⁹³ Trotz dieser Möglichkeit aktiver Rechtsverfolgung durch den Einredberechtigten ist völlig unstrittig, dass die Erhebung der Verjährungseinrede selbst nicht der Verjährungsfrist unterliegt.

Andererseits zeigt § 933 Abs. 3 ABGB eindeutig, dass auch die einredeweise Geltendmachung von (Gestaltungs-)Rechten der Verjährungsfrist unterworfen sein kann. Dies führt zur allgemeineren Frage, inwieweit Einreden und die einredeweise Geltendmachung von (Gestaltungs-)Rechten verjähren können. Dies ist vor allem deshalb von Bedeutung, weil das ABGB in weitem Umfang nur die gerichtliche Rechtsgestaltung zulässt, also sogenannte „gerichtliche Gestaltungsrechte“ normiert. Daher müssen die Anfechtung wegen List, Irrtums oder *laesio enormis* sowie die Wandlung und Preisminderung gerichtlich geltend gemacht werden. 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. Hier sind zwei Aspekte zu unterscheiden: Zunächst ist die grundsätzliche Frage zu klären, ob eine Präklusion oder Verjährung auch bei einredeweiser Geltendmachung von Rechten in Betracht kommt. Nur wenn man diese Frage bejaht, stellt sich in der Folge die Frage nach der allfälligen „Perpetuierung“ der Einredemöglichkeit durch eine außergerichtliche Anzeige. Diesfalls „mildert“ die Perpetuierung der Einrede Konsequenzen, die sich sonst aus dem Erfordernis gerichtlicher Geltendmachung ergeben.

Die Beobachtung, dass im österreichischen Recht nicht der einzelne Anspruch, sondern das Recht selbst verjährt,⁹⁴ könnte auf den ersten Blick dafür sprechen, dass die Verjährung stets auch der Geltendmachung eines Rechts mittels Einrede entgegensteht.⁹⁵ Insoweit scheint aus § 933 Abs. 3 ABGB ein verallgemeinerungsfähiger Grundsatz zu entnehmen zu sein. Dies ist aber keineswegs selbstverständlich: So wurde bereits darauf hingewiesen, dass die – zweifellos als Gestaltungsrecht einzustufende – Testamentsanfechtung im Wege der Einrede jedenfalls vor dem ErbRÄG 2015 nicht der Verjährung unterlag.⁹⁶ Die bloße (zutreffende) Einsicht, dass viele der in Österreich als „Einreden“ bezeichneten Rechtsbehelfe des Beklagten in Wahrheit Gestaltungsrechte sind, vermag daher die Frage nach dem Einfluss der Verjährung auf deren einredeweise Geltendma-

⁹² *Madl*, in: Kletecka/Schauer, ABGB-ON^{1.06}, § 1499 Rz. 4. Zu dieser Kategorie von Feststellungsklagen allgemein *Frauenberger-Pfeiler*, in: Fasching/Konecny, Zivilprozessgesetze³ (2017), § 228 ZPO Rz. 33 ff. Anders als nach § 228 ZPO ist hier nicht der Nachweis eines besonderen Interesses erforderlich; dieses ergibt sich bereits aus der Erfüllung der Tatbestandsvoraussetzungen des § 1499 ABGB (*Vollmaier*, in: Klang³ (Fn. 67), § 1499 Rz. 3).

⁹³ *Vollmaier*, in: Klang³ (Fn. 67), § 1499 Rz. 3.

⁹⁴ *Vollmaier*, in: Klang³ (Fn. 67), § 1451 Rz. 2 m. w. N.

⁹⁵ So *Pachmann*, Verjährung (Fn. 73), S. 64 Fn. 10.

⁹⁶ Vgl. oben 1. Zum ErbRÄG vgl. unten 5.

chung nicht zu beantworten.⁹⁷ Außerdem gibt es sogar Präklusivfristen, die nur die Geltendmachung mittels Klage, nicht aber mittels Einrede beschränken. Diese Konstruktion liegt der Regelung der Anfechtungsfrist in § 43 IO zugrunde. Letztere Bestimmung könnte sogar einen Größenschluss nahelegen: Wenn es sogar Rechte gibt, die trotz Ablaufs einer (ihre „Lebensdauer“ beschränkenden) Präklusivfrist⁹⁸ mittels Einrede geltend gemacht werden können, müsste dies doch umso mehr auch für bloße Verjährungsfristen gelten. Jedenfalls zeigen die unterschiedlichen Konzeptionen von § 933 Abs. 3 ABGB einerseits und § 43 IO andererseits, dass die Frage nach dem Einfluss des Fristablaufs auf die einredeweise Geltendmachung von Rechten differenziert zu beantworten ist. Hier bedarf es umfassender systematischer und teleologischer Überlegungen.

3. Präklusivfristen

Der zentrale Unterschied zwischen Verjährungs- und Präklusivfristen liegt darin, dass bei Letzteren der Fristablauf zum völligen Erlöschen des Rechts führt. Dies legt (wenn auch nicht zwingend) eine amtswegige Wahrnehmung nahe. Weil der Fristablauf zum Erlöschen des Rechts führt, liegt bei Präklusivfristen die Anwendung auf die einredeweise Geltendmachung von Rechten auf den ersten Blick nahe. Hier ist daran zu erinnern, dass (materielle) Präklusivfristen erst mit der dritten Teilnovelle in das ABGB Eingang fanden; bis dahin kannte man nur prozessuale Präklusivfristen und Verjährungsfristen. Gerade die „Entdeckung“ der Präklusivfristen durch den Gesetzgeber war ja Grund für die Regelung des § 933 Abs. 3 ABGB (damals Abs. 2), weil man befürchtete, ohne Sonderregelung könnte nach Ablauf der damals als Präklusivfrist verstandenen Frist des § 933 Abs. 1 ABGB die Wandlung oder die Preisminderung nicht mehr geltend gemacht werden.⁹⁹ Diese Bestimmung ist zunächst von Bedeutung, weil es sich um die einzige ausdrückliche Regelung des Fristablaufs auf die einredeweise Geltendmachung von Rechten handelt.

Bemerkenswerterweise liegt der etwa zeitgleich erlassenen KO von 1914 aber ein anderes Konzept zugrunde: § 43 KO (heute: IO) sieht eine (Präklusiv-)Frist¹⁰⁰ ausdrücklich nur für die Geltendmachung der Insolvenzanfechtung (die das österreichische Recht als Gestaltungsrecht qualifiziert)¹⁰¹ mittels Klage vor; die Geltendmachung mittels Einrede ist unbefristet.¹⁰² Diese Beobachtung steht einer unbesehenen analogen Anwendung des § 933 Abs. 3 ABGB auf andere Rechte entgegen. Wenn der Gesetzgeber auch die Geltendmachung der Wandlung oder

⁹⁷ A. A. offenbar *Vollmaier*, in: Klang³ (Fn. 67), § 1479 Rz. 22.

⁹⁸ Siehe unten 4.

⁹⁹ Vgl. oben III. 2.

¹⁰⁰ Zur Rechtsnatur der Frist vgl. nur *König*, Anfechtung⁵ (Fn. 42), Rz. 17/63 m. w. N.

¹⁰¹ *König*, Anfechtung⁵ (Fn. 42), Rz. 2/10 und Rz. 17/26.

¹⁰² *König*, Anfechtung⁵ (Fn. 42), Rz. 17/86: „Die einredeweise Geltendmachung der Anfechtung ist unbefristet, [...], wenn sie tatsächlich eine Maßnahme der Abwehr ist“, also nicht etwa der Schaffung der Grundlage einer Gegenforderung dient.

Preisminderung mittels Einrede im Grundsatz an die (damals als Präklusivfrist verstandene) Gewährleistungsfrist band (wenngleich er die Möglichkeit deren „Perpetuierung“ mittels Anzeige des Mangels eröffnete), liegt der Zweck offenbar in einer raschen Klarstellung, ob die Leistung vertragsgemäß war oder nicht. Dieses spezifische rasche Klarstellungsinteresse im Gewährleistungsrecht (das sich im Handelsrecht noch in Form der Rügeobliegenheit des § 377 UGB verstärkt manifestiert) muss aber in anderen Rechtsbereichen nicht in gleicher Weise gegeben sein. Für den Normalfall erscheint vielmehr die von § 43 IO getroffene Wertung überzeugender: Demnach muss nicht unbedingt ein Prozess geführt werden; wenn ein Gläubiger aber seine Forderung geltend macht, soll der Insolvenzverwalter sich wehren können.

4. § 933 Abs. 3 ABGB als Analogiegrundlage?

§ 933 Abs. 3 ABGB war zunächst auf die als Präklusivfristen verstandenen Gewährleistungsfristen zugeschnitten. Deren Ablauf führte nach der Vorstellung des Gesetzgebers zum Erlöschen des Rechts, sodass dieses ohne Sonderregelung auch mittels Einrede nicht mehr geltend gemacht werden konnte.¹⁰³ Dem Gesetzgeber ging es um eine Abmilderung der Konsequenzen der Ausgestaltung der Gewährleistungsfristen als Präklusivfrist. Ein Gewährleistungsberechtigter, der noch nicht (zur Gänze) bezahlt hat und sich im Vertrauen darauf, dass Gewährleistungspflichtiger nicht klagen werde, passiv verhält, sollte geschützt werden. Dass der Ablauf bloßer Verjährungsfristen auch die Geltendmachung von Rechten mittels Einrede beschränkt, war daraus ursprünglich keineswegs zwingend abzuleiten.

Seit der Gewährleistungsreform handelt es sich bei der Gewährleistungsfrist aber eindeutig um Verjährungsfristen. Damit gibt es nunmehr jedenfalls Rechte, deren einredeweise Geltendmachung der Verjährung unterworfen ist. Die Gesetzesmaterialien zeigen, dass dem Gesetzgeber mögliche Auswirkungen der Änderung des Charakters der Frist auf die Geltendmachung anderer Rechte mittels Einrede nach Ablauf der Verjährungsfrist gar nicht bewusst waren.¹⁰⁴ Hier kommt wiederum der Beobachtung Bedeutung zu, dass das Gesetz in § 43 IO sogar bei einer Präklusivfrist die Einrede unbefristet offen hält. Diese Bestimmung steht einem Auslegungsergebnis entgegen, dass die Verjährung *immer* der einredeweisen Geltendmachung von Rechten entgegensteht. In diesem Zusammenhang ist nochmals darauf zu verweisen, dass die Anfechtungsfrist des § 43 IO nicht nur eine Präklusivfrist darstellt (und daher „stärker“ als die Verjährungsfrist des § 933 Abs. 3 ABGB ist), sondern seit der Gewährleistungsreform auch deutlich kürzer ist als die Verjährungsfristen. Dennoch verjährt die Geltendmachung des Anfechtungsrechts mittels Einrede nicht. Vor diesem Hinter-

¹⁰³ 78. Beilagen zu den stenographischen Protokollen des Herrenhauses 21. Session 297.

¹⁰⁴ Vgl. dazu III. 2.

grund kann aus § 933 Abs. 3 ABGB m. E. nicht ein genereller Grundsatz entnommen werden, dass *alle* Verjährungsfristen auch die einredeweise Geltendmachung beschränken.

5. Weitere Anhaltspunkte

Anhaltspunkte für die Beantwortung unserer Frage ergeben sich auch aus einer Reihe weiterer Regelungen. Die herrschende Rechtsprechung hält die Aufrechnung mit verjährten Forderungen – entgegen einer Tendenz im neueren Schrifttum¹⁰⁵ – für zulässig.¹⁰⁶ Diese Rechtsprechung (die nicht nur aus historischer Sicht viel für sich hat)¹⁰⁷ hat der OGH trotz Kritik aus dem Kreis der Lehre auch in neuester Zeit aufrechterhalten.¹⁰⁸ Diese Lösung entspricht auch derjenigen des deutschen Rechts (§ 215 BGB). Neben dem Gedanken der Rückwirkung der Aufrechnung wird dafür auch ins Treffen geführt, der Gläubiger der Gegenforderung habe keinen Anlass, seine Forderung innerhalb der Verjährungsfrist geltend zu machen, weshalb ihm eine die Verjährung allein rechtfertigende Saumsal *nicht vorgeworfen* werden könne.¹⁰⁹ Der Fall der Aufrechnung mit verjährten Forderungen untermauert somit den Befund, dass es Fälle gibt, in denen zwar die Rechtsverfolgung mittels Klage nicht mehr möglich ist, aber eine auf dieses Recht gestützte Einrede nach wie vor möglich ist. Dies entspricht dem Befund bei der Gewährleistung.

In gewissem Sinn vergleichbar ist schließlich die Regelung des § 1483 ABGB, wonach eine Forderung nicht verjährt, wenn der Gläubiger ein Pfand in Händen hat. Zwar ist nicht abschließend geklärt, welcher Grundgedanke hinter der Ausnahmevorschrift des § 1483 ABGB steckt.¹¹⁰ Der Hauptgrund für die verjäh-

¹⁰⁵ P. Bydlinski, Aufrechnung mit verjährten Forderungen, RZ 1991, 2; P. Bydlinski, Die Aufrechnung: Verjährung, Rückwirkung und § 414 Abs. 3 HGB, RdW 1993, 238; Eypeltauer, Verjährung und Aufrechnung, JBl 1991, 137; OGH 6 Ob 1622, 1623/91 JBl 1994, 181 (Eypeltauer); Dullinger, Handbuch der Aufrechnung (1995), S. 147 ff., insb. 172 ff.; Dullinger, in: Rummel, ABGB³ (2007), § 1438 Rz. 14; Heidinger, in: Schwimann/Kodek, ABGB⁴, § 1438 Rz. 24; Mader/Janisch, in: Schwimann/Kodek, ABGB⁴, § 1451 Rz. 4.

¹⁰⁶ RIS-Justiz RS0034016.

¹⁰⁷ Die Verfasser des ABGB gingen noch vom Grundsatz „*ipso iure compensatur*“ aus. Vgl. die materialreiche Untersuchung von Eypeltauer, JBl 1991, 137, der freilich letztlich aus heutiger Sicht die Aufrechnung mit verjährten Forderungen verneint. Dogmengeschichtlich instruktiv (auch zum österreichischen Recht) Pichonmaz, La compensation. Analyse historique et comparative des modes de compenser non conventionnels (2001).

¹⁰⁸ OGH 6 Ob 110/12p SZ 2010/90 = GesRZ 2013, 38 (Torggler); 7 Ob 9/13v. Zu letzterer auch unten VII. 2.

¹⁰⁹ Ch. Huber, Probleme der Verjährung und des Einlösungsrechts bei Faustpfandbestellung durch einen Dritten (Teil 1), ÖJZ 1986, 193 (195f.); Ch. Huber, Anmerkung zu OGH 14.9.1982, 4 Ob 121/82, DRdA 1985, 309 (314); Spiro, Begrenzung I (Fn. 91), S. 513; Kornfeld, Über die Kompensation mit verjährten Forderungen, GZ 1904, 429 (431); Hasenöhr, Das österreichische Obligationenrecht² (1899) II, S. 558; zu den Beratungen zum BGB siehe Mugdan, Die gesammten Materialien zum BGB für das Deutsche Reich II (1899, Neudruck 1979), S. 561 sowie die Denkschrift zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches (1899) 56f.

¹¹⁰ Eingehend dazu Vollmaier, in: Klang³ (Fn. 67), § 1483 Rz. 4 ff.

rungsrechtliche Besserstellung des Pfandgläubigers ist wohl darin zu suchen, dass ein Gläubiger, dessen Forderung dinglich besichert ist, offensichtlich keinen Grund hat, seinen Schuldner rasch in Anspruch zu nehmen; ihm ist daher kein bzw. nur ein sehr geringfügiger Säumnisvorwurf zu machen, wenn er über längere Zeit untätig bleibt.¹¹¹ Hier ist dem Befund *Vollmaiers* zu folgen: Demnach steckt hinter § 1483 ABGB die zentrale Wertung, dass der Gläubiger, der ohnedies ein Pfand in Händen hat, ohne Gefahr eines Rechtsverlustes untätig bleiben darf, weil ihm ein Säumnisvorwurf nicht gemacht werden kann.¹¹²

6. Maßgebliche Wertungsgesichtspunkte

Allen angeführten Fällen ist – auf sehr abstrakter Ebene – gemeinsam, dass der Gläubiger keine Veranlassung hat zu klagen. Dem liegt die *Wertung* zugrunde, dass die Rechtsverteidigung mittels Einrede (i. w. S.) länger möglich ist als die „aktive“ Geltendmachung eines Anspruchs im Wege der Klage. Letztlich geht es um eine *Bewertung* des *Klarstellungsinteresses* des Gläubigers auf der einen Seite und des „*Passivitätsinteresses*“ des (einredoberechtigten) Schuldners auf der anderen Seite. Hier ist daran zu erinnern, dass es im Verjährungsrecht stets eine *Wertungsfrage* darstellt, ab wann man verjährungsschädliche Untätigkeit annimmt.¹¹³ Dafür, dass diese Wertung anders ausfällt, wenn es nicht um die Rechtsverfolgung mittels Klage, sondern bloß um die *Rechtsverteidigung* mittels Einrede geht, bieten die angeführten Fälle einen deutlichen Beleg. Die Gegenauffassung würde einen Schuldner, der sich an sich rein passiv verhalten möchte, weil ihm die Möglichkeit der Abwehr weiterer Forderungen des Gläubigers ausreicht, stets dazu zwingen, selbst aktiv zu werden und eine Klage zu erheben. Dies wäre nicht zuletzt auch unter *prozessökonomischen Gesichtspunkten* (die bei der Frage, wann der Gläubiger zur Vermeidung der Verjährung tätig werden muss, eine zentrale Rolle spielen)¹¹⁴ kontraproduktiv. Die abstrakte Möglichkeit der Erhebung einer negativen Feststellungsklage führt daher noch nicht dazu, dass das einredeweise geltend zu machende Recht verjährt.¹¹⁵ Wiederum ist auf die „Verjährungs-

¹¹¹ Siehe *Ch. Huber*, ÖJZ 1986, 195; OGH 7 Ob 540, 541/89 ÖBA 1990, 46 (*Ch. Huber*); *Vollmaier*, Verjährung (Fn. 62), S. 109f.; ähnlich *Prunbauer*, Probleme des Eigentumsvorbehaltes nach verjährter Kaufpreisforderung, JBl 1981, 121 (124) sowie bereits *Nippel*, Erläuterung des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches IX (1838), S. 98. Vgl. auch OGH 5 Ob 509/96 SZ 69/41 = HS 27.382 = JBl 1997, 96; OGH 2 Ob 293/99y SZ 72/195 = EvBl 2000/86 = immolex 2000/30 (*Pfiel*) = wobl 2000/90; i. d. S. wohl schon OGH 4 Ob 558/88 SZ 61/146 = EvBl 1989/38 = JBl 1988, 721.

¹¹² *Vollmaier*, in: Klang³ (Fn. 67), § 1483 Rz. 6 (dort auch de lege ferenda zur Beseitigung des Unterschieds zur Hypothek).

¹¹³ *F. Bydlinski*, Schadensentstehung und Verjährungsbeginn im österreichischen Recht, in: FS Steffen (1995), S. 65 (83); *Leupold*, Fehlberatung bei Fremdwährungskredit und Verjährung, VbR 2013, 63.

¹¹⁴ Vgl. *Vollmaier*, Verjährung (Fn. 62), S. 70 ff.

¹¹⁵ Vgl. schon *Spiro*, Begrenzung I (Fn. 91), § 215; diesem zustimmend *Vollmaier*, in: Klang³ (Fn. 67), § 1479 Rz. 22 Fn. 104.

klage“ nach § 1499 ABGB zu verweisen,¹¹⁶ die nichts daran ändert, dass dem Schuldner die Einrede der Verjährung (eine Einrede i. e. S.) ohne zeitliche Beschränkung offen steht.¹¹⁷

§ 933 Abs. 3 ABGB will – wie gezeigt wurde – den Gewährleistungsberechtigten schützen, der sich passiv verhalten möchte, weil er annimmt, der Gewährleistungspflichtige werde ihn nicht in Anspruch nehmen. Dass die Bestimmung die Erhebung der Einrede an die rechtzeitige *Anzeige* des Mangels bindet, ist m. E. nicht Ausdruck eines allgemeinen Grundsatzes. Dies zeigt § 43 IO, der für die Geltendmachung der Insolvenzanfechtung mittels Einrede kein vergleichbares Erfordernis aufstellt, obwohl es sich bei der Anfechtungsfrist um eine Präklusivfrist handelt und diese seit der Gewährleistungsreform 2001 sogar deutlich kürzer ist als die Gewährleistungsfristen. § 43 IO ist zudem Beleg dafür, dass die Frage nach der Verjährung der Einrede nicht einfach begriffsjuristisch danach beantwortet werden kann, ob das betreffende Recht auch mittels Klage geltend gemacht werden kann.¹¹⁸ Dies ist bei § 43 IO unzweifelhaft der Fall und doch unterwirft der Gesetzgeber die Geltendmachung des Anfechtungsrechts mittels Einrede keiner Frist.

Ein zusätzlicher Gesichtspunkt ergibt sich aus rein praktischen Schwierigkeiten: Die meisten Verjährungsfristen sind im österreichischen Recht objektive Fristen, die unabhängig von der Kenntnis des anspruchsbegründenden Sachverhalts und der Identität des Schuldners laufen. Ausnahmen sind lediglich § 1489 ABGB für schadenersatzrechtliche Ansprüche und neuerdings § 1487a ABGB für erbrechtliche Ansprüche. Dieser Aspekt könnte dafür sprechen, die Rechtsverteidigung länger zuzulassen als die aktive Rechtsverfolgung mittels Klage, weil dem Beklagten vor der Klageerhebung unter Umständen das (behauptete) Recht gar nicht bekannt sein wird, sodass er keine Veranlassung (und auch gar keine Möglichkeit) hat, vorher selbst tätig zu werden. Hier ist auch darauf zu verweisen, dass nach einer Entscheidung des EGMR eine objektive Verjährungsfrist, die die Geltendmachung von Spätschäden (in concreto Gesundheitsschäden) verhindert, einen Verstoß gegen Art. 6 EMRK darstellen kann.¹¹⁹ Wenngleich die vom EGMR entwickelten Anforderungen an das Verjährungsrecht unter dem Aspekt des Art. 6 EMRK nicht zwischen der Geltendmachung mittels Klage und Einrede unterscheiden, könnte doch durch Beschränkung der Verjährung auf die klageweise Geltendmachung zumindest in einem Teilbereich ein möglicher Konventionsverstoß im Wege der Auslegung vermieden werden. In diese Kategorie dürfte zumindest vor dem ErbRÄG 2015 die einredeweise Be-

¹¹⁶ Dazu oben 2.

¹¹⁷ Dies gilt selbstverständlich nur aus der Perspektive des materiellen Rechts. Im Prozess muss die Verjährung wegen des strengen Neuerungsverbots (§ 482 ZPO) in erster Instanz eingewendet werden (vgl. *Pimmer*, in: Fasching/Konecny, Zivilprozessgesetze³ (2017), § 482 ZPO Rz. 8).

¹¹⁸ Zur diesbezüglichen Diskussion im 19. Jahrhundert s. oben 2.

¹¹⁹ EGMR 11.3.2014, 52067/10, 41072/11, *Howald Moor u. a. gegen Schweiz*.

kämpfung des Testaments gehört haben: Diese muss ja auch dann möglich sein, wenn dem Beklagten die Existenz des Testaments oder der Anfechtungsgründe vor seiner Inanspruchnahme gar nicht bekannt war.¹²⁰ Dieses Problem hat jedoch der Gesetzgeber zwischenzeitig entschärft, indem er mit dem ErbRÄG 2015 in § 1487a ABGB für die Geltendmachung erbrechtlicher Ansprüche eine subjektive, auf Kenntnis der betreffenden Tatsachen abstellende Verjährungsfrist eingeführt hat.¹²¹

Wenn das Gesetz in § 933 Abs. 3 ABGB für die Erhebung der Einrede nach Ablauf der Gewährleistungsfrist die rechtzeitige Anzeige erfordert, in § 43 IO für die – aufgrund der Verlängerung der Gewährleistungsfristen durch die Gewährleistungsreform zwischenzeitlich sogar deutlich kürzere – Präklusivfrist für die Insolvenzanfechtung ein derartiges Erfordernis nicht statuiert, stellt sich natürlich die Frage nach dem Grund für diese Differenzierung. Ein Unterschied wurde bereits angesprochen: Im vertraglichen Schuldverhältnis kennt der Einredoberechtigte seinen Gegner und ist daher prinzipiell in der Lage, sein dem Recht des Gegners entgegenstehendes (Gestaltungs-)Recht auszuüben oder dem Gegner zumindest anzuzeigen. Dieser Aspekt spricht dafür, das Klarstellungsinteresse seines Gegners höher als das Stillhalteinteresse des Einredoberechtigten zu bewerten. Anders liegt der Fall dann, wenn der Einredoberechtigte den Gegner vor der Klageerhebung gar nicht kennt. Hierher gehört die einredeweise Testamentsanfechtung ebenso wie die (Insolvenz-)Anfechtung durch Einrede. In beiden Fällen ist natürlich möglich, dass der Einredoberechtigte seinen Gegner bereits vorher kennt. Dies ist aber keineswegs notwendig der Fall. Aus diesem Grund soll sich der Einredoberechtigte auch gegen ihm zuvor unbekannte Gegner schützen können, gegen die er vor der Klageerhebung durch diese gar nicht tätig werden konnte.

Dazu kommt ein weiterer Unterschied: Die Anzeige nach § 933 Abs. 3 ABGB will dem Geschäftspartner eine Orientierung für sein weiteres Verhalten bieten; es geht hier um die Abwicklung eines noch aufrechten (vertraglichen) Schuldverhältnisses; hier erscheint der Anspruchsgegner daher schutzwürdiger als bei der im Zuge der Insolvenzanfechtung drohenden einmaligen Inanspruchnahme mit einem außervertraglichen Anspruch. Aus diesem Grund will § 933 Abs. 3 ABGB für eine rasche Klarstellung sorgen, ob der Gewährleistungsberechtigte Mängel der Lieferung oder Leistung behauptet oder nicht. Aus ähnlichen Gründen verlangt der Gesetzgeber für die aufrechnungsweise Geltendmachung verjährter Schadenersatzansprüche in §§ 414 Abs. 3, 438 Abs. 3 UGB eine rechtzeitige Anzeige. In beiden Fällen ist die rasche Klarstellung auch im Beweisinteresse geboten.

¹²⁰ Zur Unverjährbarkeit der Einrede in diesem Fall vgl die Nachweise oben Fn 81.

¹²¹ Die Reform hatte allerdings mit der Geltendmachung der Testamentsanfechtung mittels Einrede nichts zu tun. Zu den Motiven für die Änderung vgl. ErläutRV ErbRÄG 2015, 688 BlgNR 25. GP 40.

Zusammenfassend ist § 43 IO für den Regelfall wohl eine geeignetere Analogiebasis als § 933 Abs. 3 ABGB. Im Allgemeinen unterliegt die bloß einredeweise Geltendmachung von Rechten daher keiner zeitlichen Beschränkung; auch ein Erfordernis einer Anzeige zur Wahrung der Einrede besteht nicht.¹²² Dies gilt m. E. jedenfalls außerhalb der Abwicklung vertraglicher Schuldverhältnisse. Anders ist die Rechtslage, wenn ein – der Grundkonstellation des § 933 Abs. 3 ABGB vergleichbares – besonderes Interesse an rascher Klarstellung besteht. Ob dies der Fall ist, kann jeweils nur durch sorgfältige Prüfung des in Rede stehenden Rechts beurteilt werden. Insoweit erweist sich daher die bisherige Auffassung, die die Notwendigkeit differenzierter Beurteilung betont,¹²³ trotz der abweichenden Prämissen im Ergebnis als zutreffend.

Ein Fall, in dem das Stillhalteinteresse des Einredeberechtigten wohl höher zu bewerten ist als das Klarstellungsinteresse des Gegners, ist die subjektive Verjährungsfrist für Schadenersatzansprüche in § 1489 ABGB: Unter dem Aspekt des Interesses des Schädigers kommt es nur auf die (objektive) zeitliche Distanz zum haftungsbegründenden Ereignis an; dennoch stellt das Gesetz nicht darauf, sondern lediglich auf die Kenntnis des Geschädigten von der Identität des Schädigers ab. Daher muss der Schädiger vor Ablauf der absoluten, dreißigjährigen Verjährungsfrist stets damit rechnen, noch in Anspruch genommen zu werden. Aus dieser Überlegung hat der *Verfasser* an anderer Stelle vertreten, dass der Geschädigte sich im Vertrauen auf einen ihm zustehenden Freihalteanspruch zur Abwehr unbegründeter Forderungen seitens des Schädigers auch nach Kenntnis des den Freihalteanspruch begründenden Sachverhalts passiv verhalten und diesen Freihalteanspruch gegebenenfalls auch nach Ablauf der Verjährungsfrist einredeweise geltend machen kann.¹²⁴

7. Einreden im engeren Sinne

Abschließend ist noch kurz auf die Einreden i. e. S. zurückzukommen. Für diese passt der im gemeinen Recht entwickelte Grundsatz, wonach Einreden, die nicht selbständig (also nicht „*ope actionis*“, sondern nur „*ope exceptionis*“) geltend gemacht werden können (also die heute missverständlich als „selbständige Einreden“ bezeichneten Einreden), nicht verjähren können, am besten. Aus praktischer Sicht ist hier zunächst zu bedenken, dass der Ablauf einer allfälligen Verjährungsfrist für die Einrede vor Ablauf der Verjährungsfrist für den mittels der Einrede zu bekämpfenden Anspruch schwer denkbar ist. Dafür bedürfte es recht gekünstelter Sachverhaltsannahmen. Dogmatisch spricht für die Unverjährbar-

¹²² Zur Frage des Anzeigerfordernisses für die einredeweise Geltendmachung eines Freistellungsanspruchs vgl. *Kodek*, Verjährung von Schadenersatzansprüchen bei Fremdwährungskrediten – ein Denkanstoß, in: Leupold, Forum Verbraucherrecht 2015, S. 72 (92).

¹²³ Vgl. *Ehrenzweig*, System I/1² (Fn. 78), S. 308; *Klang*, in: *Klang*² VI (Fn. 67), S. 664.

¹²⁴ Näher *Kodek*, Verjährung von Schadenersatzansprüchen bei Fremdwährungskrediten – ein Denkanstoß, in: Leupold (Hrsg.), Forum Verbraucherrecht 2015, S. 72 (92 ff.).

keit der Einreden aus heutiger Sicht deren rein „defensive“ Funktion. Eine Verjährung der Verjährungseinrede wurde daher aus gutem Grund bisher noch nie postuliert.¹²⁵ Gleiches gilt für die Einrede des § 1052 ABGB.¹²⁶ Freilich ergibt sich dies nicht gleichsam begrifflich aus dem Wesen der „Einrede“, sondern ist – wie auch in allen anderen hier untersuchten Fällen – Ergebnis einer Wertung: Theoretisch könnte ja der Schuldner mittels Feststellungsklage (im Fall der Verjährung: mittels „Verjährungsklage“ gem. § 1499 ABGB¹²⁷) seinerseits die Initiative ergreifen und die Verjährung oder das Vorliegen eines das Leistungsverweigerungsrecht begründenden Umstands auf diese Weise klären lassen. Wollte man den Schuldner zu dieser Vorgangsweise gleichsam „zwingen“, würde dies jedoch dazu führen, dass eine Vielzahl von Prozessen geführt werden müsste, was die Einrede der Verjährung gerade vermeiden will. Der Schuldner soll sich vielmehr passiv verhalten können.¹²⁸

8. Fristwahrung durch außergerichtliche Anzeige

Sofern man zu dem Ergebnis gelangt, dass bei einem Recht der Ablauf der Verjährungsfrist auch der Geltendmachung mittels Einrede entgegensteht, stellt sich die Frage, ob die außergerichtliche Anzeige ausreicht, die Einrede offenzuhalten. Dies ist deshalb wesentlich, weil in den – im österreichischen Recht häufigen – Fällen der „gerichtlichen Gestaltungsrechte“ der Rechteinhaber sein Recht nicht einfach außergerichtlich geltend machen kann.

Nach mittlerweile wohl h.A. bewirkt in Analogie zu § 933 Abs. 3 ABGB eine außergerichtliche „Irrtumsanzeige“ die Perpetuierung der einredeweisen Geltendmachung des Irrtums¹²⁹ sowie der Anfechtung wegen *laesio enormis*.¹³⁰

¹²⁵ Vgl. dazu auch *Vollmaier*, in: Klang³ (Fn. 67), § 1479 Rz. 21 Fn. 97.

¹²⁶ Davon ist der Fall zu unterscheiden, dass der Schuldner bereits geleistet hat und das Geleistete zurückfordern will. Diesfalls gelten die Verjährungsfristen des § 933 Abs. 1 ABGB. Dabei handelt es sich freilich nicht mehr um einen Fall des § 933 Abs. 3 ABGB, sondern um die Geltendmachung von Bereicherungsansprüchen (§ 1435 ABGB) nach Wandlung bzw. Preisiminderung.

¹²⁷ Dazu oben 2.

¹²⁸ Zum Passivitätsinteresse oben 5.

¹²⁹ Vgl. *Welser/Kletecka*, Bürgerliches Recht I¹⁵ (2018), S. 175; *Rummel*, in: Rummel/Lukas, ABGB⁴ (2014), § 871 Rz. 30; *Vollmaier*, Verjährung (Fn. 62), S. 139f.; *Vollmaier*, in: Klang³ (Fn. 67), § 1479 Rz. 22 und § 1487 Rz. 28; *Madl*, in: Kletecka/Schauer, ABGB-ON^{1,06}, § 1487 Rz. 12 (Stand 1.10.2018, rdb.at); *Perner/Brunner*, in: Schwimann/Neumayr, ABGB Taschenkommentar⁴ (2017), § 1487 Rz. 7; *P. Bydlinski*, Allgemeiner Teil⁸ (Fn. 10), Rz. 8/22. – Überlegungen zur Perpetuierung der Klage durch die Anzeige erübrigen sich freilich weitgehend, wenn man mit Teilen der neueren Lehre (z. B. *Kerschner*, Irrtumsanfechtung insbesondere beim unentgeltlichen Geschäft [1984], S. 59ff.; dagegen OGH 3 Ob 20/97f JBl 1997, 791) auch außergerichtliche Geltendmachung der Irrtumsanfechtung für möglich hält (*Vollmaier*, in: Klang³ (Fn. 67), § 1487 Rz. 28); diesfalls würde i. d. R. ja wohl bereits die Anzeige die (ausreichende) außergerichtliche Geltendmachung darstellen.

¹³⁰ *Madl*, in: Kletecka/Schauer, ABGB-ON^{1,06}, § 1487 Rz. 8; *Reischauer*, in: Rummel/Lukas, ABGB⁴ (2014), § 934 Rz. 152.

Gleiches gilt für den Fall des Fehlens der Geschäftsgrundlage und der Furcht.¹³¹ Dem seinerzeit dagegen von *Kerschner*¹³² ins Treffen geführten Einwand, die Regelung des § 933 Abs. 3 ABGB sei im Zusammenhang mit der kurzen Gewährleistungsfrist von (damals noch) sechs Monaten zu sehen, ist durch die Verlängerung der Gewährleistungsfristen im Rahmen der Gewährleistungsreform der Boden entzogen.¹³³

Der neueren Auffassung ist zuzustimmen. Hier ist daran zu erinnern, dass das ABGB über keinen allgemeinen Teil verfügt. Das Gesetz regelt das Problem vielmehr in dem ihm bewusst gewordenen Einzelfall; ein Gegenschluss aus den einzelnen Bestimmungen würde zu willkürlichen Ergebnissen führen.¹³⁴ Wertungsmäßige Unterschiede zu § 933 Abs. 3 ABGB sind nicht zu sehen. Für § 1487 ABGB muss die Möglichkeit der Wahrung der Einrede durch außergerichtliche Anzeige sogar umso eher möglich sein, weil es sich dabei – anders als nach der Konzeption der Gewährleistungsfristen in der Dritten Teilnovelle – nicht um Präklusivfristen handelt, die durch Zeitablauf von selbst erlöschen, sondern nur um Verjährungsfristen.

Zweck des Erfordernisses der Anzeige des Mangels ist die rasche Klarstellung, ob der Übernehmer die Sache als mangelfrei akzeptiert oder nicht. Dieser ursprünglich sehr starke Unterschied zwischen den seinerzeit sehr kurzen, als Präklusivfristen ausgestalteten Gewährleistungsfristen¹³⁵ und den damals i. d. R. wesentlich längeren Verjährungsfristen hat freilich mit der deutlichen Verlängerung der Gewährleistungsfristen durch die Gewährleistungsreform¹³⁶ an Gewicht verloren. Dennoch ist die Bestimmung nach wie vor instruktiv: Der Gesetzgeber differenziert nämlich deutlich zwischen Klage und Einrede; nur letztere wird durch die Anzeige des Mangels perpetuiert. Damit unterwirft der Gesetzgeber zwar die Klageführung trotz Anzeige des Mangels den auch sonst geltenden (Verjährungs-)Schranken, behält dem Übergeber, der den Mangel angezeigt hat, aber die Einrede des Mangels ohne zeitliche Beschränkung vor. Damit ist die aktive Rechtsverfolgung zeitlich engeren Schranken unterworfen als die bloße Rechtsverteidigung. Offenbar sieht es der Gesetzgeber als „unfair“ an, wenn der Übernehmer auf Zahlung des Kaufpreises in Anspruch genommen werden könnte, obwohl die Sache mangelhaft ist und er dies dem Übergeber angezeigt hat. Obwohl ein Rechtsbehelf in Form der Gestaltungsklage zur Verfügung stünde, der dem Übernehmer erlauben würde, selbst die Initiative zu ergreifen und Preisminderung oder Wandlung zu begehren, verjähren die diesbezüglichen Rechte nicht, wenn sie nur in Form einer Einrede geltend gemacht

¹³¹ *Vollmaier*, in: Klang³ (Fn. 67), § 1487 Rz. 28 m. w. N.

¹³² *Kerschner*, Irrtumsanfechtung (Fn. 129), S. 72 f.

¹³³ *Vollmaier*, in: Klang³ (Fn. 67), § 1487 Rz. 28 Fn. 151.

¹³⁴ So in anderem Zusammenhang (Unterlassungsklage) treffend *Reischauer*, in: Rummel, ABGB³ (2007), § 1294 Rz. 23.

¹³⁵ Bis zur Gewährleistungsreform betrug die Gewährleistungsfrist für bewegliche Sachen sechs Monate (§ 933 ABGB aF).

¹³⁶ BGBl I 2001/48.

werden. Für diese Lösung sprechen nicht zuletzt auch prozessökonomische Gründe.¹³⁷

Eine gewisse Parallele¹³⁸ findet sich auch in § 414 UGB, der die Aufrechnung mit verjährten Ansprüchen gegen den Spediteur im Zusammenhang mit dem Verlust, der Minderung, der Beschädigung oder der verspäteten Ablieferung zulässt, wenn vorher der Verlust die Minderung, die Beschädigung oder verspätete Ablieferung *angezeigt* wurde. Eine idente Regelung enthält § 438 Abs. 3 UGB für Ansprüche gegen den Frachtführer.

§ 933 Abs. 3 ABGB ist aber noch unter einem weiteren Aspekt instruktiv: Auch wenn das Gesetz ein besonderes Interesse an rascher Klarstellung hat, kann dieser Zweck durch eine *außergerichtliche* Anzeige erfüllt werden, und zwar auch dann, wenn die Geltendmachung des betreffenden Rechts selbst nur gerichtlich möglich ist.

Der Vollständigkeit halber ist schließlich auf § 9 AnFO zu verweisen: Demnach können Anfechtungsansprüche außerhalb der Insolvenz durch eine *Anzeige der Anfechtungsabsicht* gewahrt werden; das Gesetz verlangt hier allerdings ausnahmsweise eine gerichtliche oder notarielle Zustellung. Dort geht es allerdings um die Wahrung der Klagefrist, nicht um die Einrede. Die Bestimmung will einen Ausgleich dafür bieten, dass die Anfechtung außerhalb der Insolvenz einen rechtskräftigen Titel erfordert. § 9 AnFO begegnet der daraus resultierenden Gefahr, dass während des betreffenden Prozesses die Anfechtungsfrist abläuft, indem er die Möglichkeit der Fristwahrung durch Anzeige vorsieht. Diese Bestimmung ist jedoch wohl nicht zu verallgemeinern. Für den Bereich des Zivilrechts erscheint die außergerichtliche Anzeige eine sachlich nähere (und sachgerechtere) Analogiegrundlage als § 9 AnFO.

V. Schluss

Die vorstehende knappe Untersuchung konnte zeigen, dass auch für das österreichische Recht die Figur der Einrede anzuerkennen ist. Gerade jene Verteidigungsmittel des Beklagten, bei denen das Gesetz das Wort „Einrede“ verwendet, stellen aber gar keine Einreden i. e. S. dar. Bei der im ABGB am ausführlichsten geregelten „Einrede“ des § 933 Abs. 3 ABGB handelt es sich um die verteidigungsweise Geltendmachung eines Gestaltungsrechts. Konsequenterweise führt die (berechtigte) Erhebung der Einrede daher wirklich zur Wandlung oder Preisminderung; anders als nach der Vorbildbestimmung des § 478 BGB a. F. wird diese nicht nur hypothetisch nachgebildet.

Ausgehend von der in § 933 Abs. 3 ABGB statuierten Möglichkeit, durch eine außergerichtliche Anzeige die Möglichkeit der verteidigungsweisen Geltendma-

¹³⁷ Zu diesen auch oben 6.

¹³⁸ Dazu *Kodek*, in: Leupold (Fn. 124), S. 72 (94).

chung des Wandlungs- oder Preisminderungsrechts auch über den Ablauf der Verjährungsfrist hinaus zu erhalten, war sodann die Frage der Verjährung der einredeweisen Geltendmachung von Rechten näher zu untersuchen. Dabei hat sich gezeigt, dass diese Frage nicht einheitlich für alle Rechte zu beantworten ist. Für den Regelfall stellt § 43 IO, der die einredeweise Geltendmachung des Anfechtungsrechts auch nach Ablauf der Klagefrist vorsieht, wohl eine geeignetere Analogiebasis dar als § 933 Abs. 3 ABGB. Im Allgemeinen unterliegt die bloß einredeweise Geltendmachung von Rechten daher keiner zeitlichen Beschränkung; auch ein Erfordernis einer Anzeige zur Wahrung der Einrede besteht nicht. Dies gilt jedenfalls außerhalb der Abwicklung vertraglicher Schuldverhältnisse. Anders ist die Rechtslage, wenn ein – der Grundkonstellation des § 933 Abs. 3 ABGB vergleichbares – besonderes Interesse an rascher Klarstellung besteht. Selbst wenn ein derartiges Interesse anzuerkennen ist, reicht zur Wahrung der Einredemöglichkeit die rechtzeitige außergerichtliche Anzeige.

VI. Zusammenfassung in Thesen

1. Das ABGB kennt Einreden i. e. S. Beispiele sind die Einreden nach § 1052 ABGB und die Verjährungseinrede.
2. § 933 Abs. 3 ABGB stellt keine Einrede i. e. S. dar; § 933 Abs. 3 ABGB hat die Konstruktion des § 478 BGB a. F. nicht übernommen. Es handelt sich vielmehr um die verteidigungsweise Geltendmachung echter Gestaltungsrechte.
3. Zwischen einer Wandlung bzw. Preisminderung über Klage und einer solchen über Einrede besteht kein Unterschied in den Rechtsfolgen. Die Rechtsgestaltung erfolgt in beiden Fällen i. d. R. inzidenter im Urteil. Auch die über Einrede ausgesprochene Wandlung führt zur Rückabwicklung.
4. Ein allgemeiner Satz dahin, dass die Anzeige des Mangels zur Perpetuierung der Klage führt, besteht nicht.
5. Ein Umstellen des vom Kläger gewählten Gewährleistungsbehelfs ist auch nach Fristablauf grundsätzlich möglich, sofern die ursprüngliche Klage fristgerecht eingebracht wurde. Dies folgt aber nicht aus § 933 Abs. 3 ABGB.
6. Aus § 933 Abs. 3 ABGB sind keine allgemeinen Rückschlüsse auf die Verjährung der einredeweisen Geltendmachung von Gestaltungsrechten zu ziehen. Dies muss vielmehr aufgrund teleologischer Erwägungen für das jeweilige Recht beantwortet werden.
7. I. d. R. ist § 43 IO eine geeignete Grundlage für einen Größenschluss. Anderes gilt nur, wenn ein besonderes Interesse an rascher Klarstellung nachgewiesen werden kann. Diesfalls ist die Regelung des § 933 Abs. 3 ABGB über die Perpetuierung der Einrede durch außergerichtliche Anzeige analog anzuwenden.

Überlegungen zum Normzweck der Erbnunwürdigkeitsregelungen im BGB

Bernd Müller-Christmann

I. Vorbemerkung

Das Erbrecht zählt nicht zu den Schwerpunkten, in denen der Jubilar sein reiches und ungemein produktives Schaffen entfaltet hat. Gleichwohl verbinde ich aus einem persönlichen Grund dieses Rechtsgebiet auch mit seinem Namen.

Kennengelernt habe ich *Herbert Roth* während seiner Zeit als Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht und Prozessrecht an der Universität Heidelberg über den damaligen Schriftleiter der Ausbildungszeitschrift JuS, unseren gemeinsamen Freund Prof. Dr. Klaus-Peter Schroeder. Eines Tages, es mag in der Zeit seines Heidelberger Dekanats (1997–1999) gewesen sein, sprach mich *Herbert Roth* auf ein neues Projekt des C. H. Beck-Verlags an. Geplant sei ein (weiterer) innovativer BGB-Kommentar (Arbeitstitel: „BGB 2000“), für den er als Mitherausgeber „junge“ Autoren nicht nur aus der Wissenschaft, sondern auch aus der Praxis suche. Mit der ihm eigenen sanft-hartnäckigen Überzeugungskraft ist es ihm gelungen, mir nach einer Phase des Zögerns eine Zusage abzurufen. Meine ersten unsicheren Erwägungen, für die Kommentierung einige Abschnitte aus dem Erbrecht auszuwählen, hat er mit dem Argument bestärkt, dass das Erbrecht eine dogmatisch ausgereifte Rechtsmaterie darstellt, die nicht durch hektische Gesetzgebungsaktivitäten ständigen Wechseln unterworfen ist. Mit der letztgenannten, die Übernahme der Kommentierung erleichternden Aussage sollte er recht behalten.

Aus dem ursprünglich zweibändigen, erstmals 2003 erschienenen BGB-Kommentar *Bamberger/Roth* ist inzwischen ein auf fünf Bände angewachsenes Werk geworden, das als Printwerk auch nach *Herbert Roths* Ausscheiden als Herausgeber weiterhin seinen Namen mitträgt (jetzt *Bamberger/Roth/Hau/Poseck*, BGB, 4. Auflage 2019/2020). Als Online-Kommentar (BeckOK BGB) mit regelmäßigen Aktualisierungen ist das Werk längst etabliert und erfolgreich.

Auf dieser nun fast 20 Jahre währenden Kommentierungstätigkeit im Erbrecht beruhen die folgenden, dem Jubilar in langjähriger freundschaftlicher Verbundenheit gewidmeten Überlegungen.

II. Einleitung

Zu allen Zeiten und in allen Rechtsordnungen finden sich erbrechtliche Sanktionen gegen Personen, die Verfehlungen gegen einen Erblasser begangen haben. Dabei variiert die Art der erbrechtlichen Reaktion:¹ Teilweise wird der Täter für erbunfähig erklärt und kann wegen dieser Beschränkung seiner Rechtsfähigkeit überhaupt nicht erben (Inkapazität). Teilweise – und das ist auch das Charakteristikum der Erbunwürdigkeit (Indignität) im deutschen Recht – kann der zunächst erfolgte Erwerb der Erbschaft dem Täter wieder abgenommen werden.

Das aus dem römischen Recht stammende Rechtsinstitut der Erbunwürdigkeit findet sich in allen kontinentaleuropäischen Kodifikationen. Im römischen Recht führten Vergehen gegen den Erblasser oder Handlungen, die dessen letzten Willen in verwerflicher Weise bestimmt haben, zur Indignität eines erbrechtlichen Erwerbers.² Er blieb Erbe, der Fiskus konnte jedoch das dem Unwürdigen zuge dachte Gut an sich ziehen.³ Hauptfall der Indignität war im römischen Recht, ebenso wie im Gemeinen Recht⁴ (und ist es bis heute), die Tötung des Erblassers.⁵ Die naturrechtlichen Kodifikationen, namentlich das preußische ALR (1794), der französische Code civil (1804) und das österreichische ABGB (1811), schafften das fiskalische Ereptionsrecht ab⁶, das Erbe sollte an denjenigen fallen, der zum Zuge gekommen wäre, wenn der Erbunwürdige nicht existiert hätte. Die Verfasser des BGB übernahmen die Erbunwürdigkeit als geschichtlich gegebenes Institut.⁷ In der technischen Ausgestaltung entschlossen sie sich für das System der Anfechtungsklage (s. u. II.1.),⁸ das bereits das preußische ALR vorgesehen hatte.⁹

Die praktische Bedeutung der Erbunwürdigkeitsvorschriften im BGB ist eher gering. Einzelne spektakuläre Fälle, insbesondere im Anwendungsbereich von § 2339 Abs. 1 Nr. 1 BGB (Tötung des Erblassers)¹⁰, finden zwar das Interesse der Öffentlichkeit; Gerichtsentscheidungen sind allerdings selten. Auch in der Beratungspraxis spielt das Rechtsinstitut wohl keine bedeutende Rolle. Sehr wahrscheinlich sind Urkundendelikte zu Lasten des Erblassers, wie Fälschung von

¹ Überblick bei *Zimmermann*, in: Festschr. Koziol, 2010, S. 463, 473 ff., 485 ff.

² *Windscheid/Kipp*, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. 3, 9. Aufl. 1906, §§ 670 ff.

³ *Kaser/Knützel*, Römisches Privatrecht, 21. Aufl. 2017, § 71 Rn. 15.

⁴ Zur Entwicklung im Gemeinen Recht vgl. *Hempel*, Erbunwürdigkeit. Historische Entwicklung und geltendes Recht, Diss. 1969, S. 24 ff.

⁵ D. 34, 9, 3; 48, 20, 7, 4.

⁶ Näher *Zimmermann* (Fn. 1), S. 463, 473; *Hempel* (Fn. 4), S. 34 ff.

⁷ Die im Gesetz niedergelegte Gestaltung und systematische Einordnung geht auf die 2. Kommission zurück (vgl. Prot V 636, 638, 641).

⁸ Mot V 516, 517, 520.

⁹ ALR II 16 § 18.

¹⁰ Vgl. etwa BGH, Urt. v. 25.11.1987 – IVa ZR 160/86, BGHZ 102, 227 = NJW 1988, 822; BGH, Urt. v. 11.03.2015 – IV ZR 400/14, NJW 2015, 1382. Im letztgenannten Fall ging es um die Erbunwürdigkeit eines Ehemanns, der versucht hatte, seine schwerkranke, geschäftsunfähige Ehefrau durch Abbruch lebenserhaltender Maßnahmen zu töten. Strafrechtlich lag ein versuchter Totschlag in einem minder schweren Fall (§ 213 StGB) vor, der mit einer Freiheitsstrafe von einem Jahr auf Bewährung geahndet worden war. Vgl. zu diesem Fall auch u. III.2.b.

Testamenten, in der Praxis gar nicht so selten; häufig bleiben sie aber unbemerkt¹¹ oder man scheut das Risiko einer u.U. langwierigen und kostenintensiven gerichtlichen Auseinandersetzung.

Der Normzweck der Vorschriften über die Erbnunwürdigkeit ist umstritten.¹² Ein erster Blick in die Kommentarliteratur lässt Gemeinsamkeiten, aber auch erstaunliche Differenzen erkennen. In mehreren Kommentierungen liest man, das Gesetz gehe bei den in § 2339 BGB genannten Verfehlungen typisierend davon aus, dass der hypothetische Erblasserwille auf eine Enterbung des Täters gerichtet sei.¹³ Ein anderer BGB-Kommentar folgt dem, stellt aber parallel fest, dass die Regelung über die Erbnunwürdigkeit eine Sanktion für regelmäßig strafrechtlich relevantes Verhalten des Erbnunwürdigen darstelle.¹⁴ Gefolgschaft hat ferner die Auffassung von *Muscheler*¹⁵ gefunden, nach der derjenige erbnunwürdig wird, der die Würde des Erblassers in seiner Eigenschaft als Träger von Testierfreiheit verletzt.

Der Streit um den Normzweck der Erbnunwürdigkeitsregelungen kann nicht dahingestellt bleiben, da gerade der Normzweck für die Auslegung einzelner Vorschriften oder Tatbestandsmerkmale von Bedeutung ist.¹⁶

Vor einer näheren Untersuchung des Normzwecks sollen die – im Übrigen seit Jahrzehnten unverändert gebliebenen – Regelungen zur Erbnunwürdigkeit (§§ 2339–2345 BGB) im Überblick dargestellt werden.

1. Überblick über die Regelungen zur Erbnunwürdigkeit im BGB

Liegt einer der in § 2339 Abs. 1 BGB abschließend aufgeführten Erbnunwürdigkeitsgründe (s. u. III.) in der Person eines Erben vor, so kann dessen Erbenstellung nach Eintritt des Erbfalls angefochten werden. Die Anfechtung muss binnen Jahresfrist (§ 2340 Abs. 3 i. V. m. § 2082 BGB) in Form einer Klage gegen den unwürdigen Erben (§ 2342 BGB) geltend gemacht werden. Die Frist beginnt, wenn der Anfechtende „zuverlässige“ Kenntnis vom Erbnunwürdigkeitsgrund erlangt.¹⁷ Ausgeschlossen ist die Anfechtung spätestens 30 Jahre nach dem Erbfall, § 2340 Abs. 3 i. V. m. § 2082 Abs. 2 Satz 2 BGB. Die Verzeihung durch den Erblasser (§ 2343 BGB) schließt die Anfechtung wegen Erbnunwürdigkeit aus. Wird eine

¹¹ *Muscheler* (ZEV 2009, 58) äußert die (allerdings kaum belegbare) Vermutung, dass die Praxis den einen oder anderen Erbnunwürdigkeitsfall glatt übersieht, weil man die fraglichen Regelungen nicht kennt.

¹² Zusammenfassend *Muscheler*, ZEV 2009, 58, 60f.

¹³ Staudinger/*Olshausen*, BGB Neubearb. 2015, § 2339 Rn. 6; MüKoBGB/*Helms*, BGB, 8. Aufl. 2020, § 2339 Rn. 2; BeckOGK/*Rudy*, BGB, Stand 01.10.2020, § 2339 Rn. 6.

¹⁴ NK-BGB/*Kroiß*, Bd. 5, 5. Aufl. 2018, § 2339 Rn. 1.

¹⁵ *Muscheler*, ErbR II, 2010, Rn. 3148. Zustimmung Burandt/*Rojahn/Müller-Engels*, ErbR, 3. Aufl. 2018 (Fn. 15), § 2339 Rn. 2; ähnlich Erman/*Simon*, BGB, 16. Aufl. 2020, § 2339 Rn. 2.

¹⁶ *Bock*, JR 2018, 504, 505.

¹⁷ Bamberger/*Roth/Hau/Poseck/Müller-Christmann*, BGB, 4. Aufl. 2020, § 2340 Rn. 5.

Anfechtungsklage nicht erhoben, bleibt die Verfehlung des Erben ohne erbrechtliche Sanktion.

Berechtigt zur Erhebung der Erbinwürdigkeitsklage ist nach § 2341 BGB jeder, dem der Wegfall des Erbinwürdigen zustatten kommt. Es genügt bereits die mittelbare Betroffenheit, erst durch den Wegfall anderer Personen zur Erbfolge berufen zu sein.¹⁸ Diese Ausweitung des Kreises der anfechtungsberechtigten Personen soll gewährleisten, dass die Geltendmachung der Erbinwürdigkeit nicht aus Rücksichtnahme, Bequemlichkeit oder sonstigen individuellen Beweggründen der unmittelbar Betroffenen unterbleibt.¹⁹ Die Klage ist darauf zu richten, dass der Erbe für unwürdig erklärt wird, § 2342 Abs. 1 Satz 2 BGB. Der Streit, ob es hierbei um eine Gestaltungsklage²⁰ oder um eine Feststellungsklage²¹ handelt, spielt für die hier zu behandelnde Problematik keine Rolle und soll deshalb an dieser Stelle nicht weiter vertieft werden.

Mit Rechtskraft des stattgebenden Urteils gilt – wie bei der Ausschlagung – der Anfall der Erbschaft beim unwürdigen Erben als nicht erfolgt (§ 2344 BGB). An seiner Stelle wird – ohne Rücksicht darauf, wer das Erbinwürdigkeitsurteil erwirkt hat – Erbe, wer berufen wäre, wenn der unwürdige Erbe zur Zeit des Erbfalls nicht gelebt hätte (§ 2344 Abs. 2 BGB).

Erbinwürdigkeit trifft die Person nicht schlechthin, sondern immer nur in Bezug auf einen bestimmten Erblasser (relative Erbinwürdigkeit). Der Erbinwürdige kann daher Dritte beerben. Der im Schrifttum diskutierte Fall²², dass er somit „auf Umwegen“ doch noch den Nachlass erhalten könnte, dessen er unwürdig ist, ist denkbar, aber wohl ohne praktische Relevanz. Das Gesetz kennt auch keine „Sippenhaftung“, Erbinwürdigkeit wirkt sich nur auf den Unwürdigen selbst aus, nicht auf seine Abkömmlinge.

Neben der Erbinwürdigkeit kennt das Gesetz auch die Vermächtnisunwürdigkeit und die Pflichtteilsunwürdigkeit (§ 2345 BGB).

¹⁸ BeckOGK/Rudy (Fn. 13), § 2341 Rn. 3.

¹⁹ Prot. V 644.

²⁰ So BGH, Beschl. v. 12.09.2012 – IV ZR 177/11, ZEV 2013, 34; BeckOK/Müller-Christmann, BGB, Stand 01.05.2020, § 2342 Rn. 1; Staudinger/Olsbhausen (Fn. 13), § 2342, Rn. 7; MüKoBGB/Helms (Fn. 13), § 2342 Rn. 7.

²¹ Palandt/Weidlich, BGB, 79. Aufl. 2020, § 2342 Rn. 3; RGRK-BGB/Kregel, 12. Aufl. 1975, § 2342 Rn. 2; Muscheler, ZEV 2009, 101, 105.

²² Immer wieder erwähnt werden folgende Konstellationen: Der Sohn, der seinen Vater getötet hat, beerbt bei gesetzlicher Erbfolge sein eigenes kinderlos verstorbenes Kind, s. z. B. Hempel (Fn. 4), S. 46; ähnlich Lange/Kuchinke, ErbR, 5. Aufl. 2001, § 6 I 2 oder der arg konstruierte Fall, dass der Großvater, der vor Schreck über den Mord des Enkels an seinem Sohn stirbt, von dem Vatermörder beerbt wird (Beispiel von Lange, 4. Denkschrift des Erbrechtsausschusses der Akademie für Deutsches Recht, 1940, S. 10).

2. Abgrenzung zur Enterbung, Pflichtteilsentziehung und Testamentsanfechtung

a) Enterbung

Von Enterbung spricht man, wenn der Erblasser seinen Ehegatten oder einen Verwandten von der gesetzlichen Erbfolge ausschließt mit der Folge, dass diese Personen nicht Erbe werden. Die Enterbung erfolgt durch eine Erklärung in einer Verfügung von Todes wegen (§ 1938 BGB). Sofern die enterbten Personen zum Kreis der Pflichtteilsberechtigten zählen (vgl. § 2303 BGB), können sie jedoch den Pflichtteil verlangen.

b) Pflichtteilsentziehung

Zwischen der in §§ 2333 ff. BGB geregelten Pflichtteilsentziehung und der Erbnunwürdigkeit bestehen mehrere Unterschiede: Der Pflichtteil wird vor dem Erbfall entzogen; die Pflichtteilsentziehung verhindert von vornherein die Entstehung des Pflichtteils, während eine Erbnunwürdigkeitsklage zu einer nachträglichen Beseitigung des Erbrechts (bzw. des Vermächtnisanspruchs oder des Pflichtteils) führt. Die Pflichtteilsentziehung bewirkt der Erblasser selbst, die Anfechtung wegen Erbnunwürdigkeit macht ein Erbbeteiligter im Wege einer Klage geltend. Der Katalog der Pflichtteilsentziehungsgründe in § 2333 Abs. 1 BGB ist weiter als der der Erbnunwürdigkeitsgründe. So rechtfertigen beispielsweise auch Verfehlungen des Pflichtteilsberechtigten gegenüber dem Ehegatten oder Abkömmlingen des Erblassers (Nr. 1) sowie eine böswillige Verletzung der Unterhaltungspflicht gegenüber dem Erblasser (Nr. 3) die Entziehung des Pflichtteils.

c) Anfechtung

Die Anfechtung der Verfügung von Todes wegen kann bei bindendem Charakter der Verfügung im Gegensatz zur Erbnunwürdigkeitsanfechtung auch vom Erblasser erklärt werden (§§ 2281 ff. BGB). Sie kann nur bei gewillkürter Erbfolge eingreifen, die Anfechtung wegen Erbnunwürdigkeit auch bei gesetzlicher Erbfolge. Die Anfechtung einer letztwilligen Verfügung ist fristgebunden. Der Kreis der Anfechtungsgründe ist bei der Verfügungsanfechtung größer (§§ 2078 f. BGB) als bei der Anfechtung wegen Erbnunwürdigkeit (§ 2341 BGB). Die Verfügungsanfechtung beseitigt nur die Verfügung des Erblassers (ganz oder teilweise), die Anfechtung wegen Erbnunwürdigkeit (stets in vollem Umfang) die Erbenstellung.

III. Erbnunwürdigkeitsgründe

Um den Normzweck der Erbnunwürdigkeitsvorschriften zu erfassen, ist es unerlässlich, die Gründe, die zur Erbnunwürdigkeit führen (können), im Einzelnen darzustellen. Bereits dieser Überblick wird aufzeigen, dass man sich schwertut,

den Normzweck der Erbuwüdigkeitsvorschriften exakt und widerspruchsfrei zu bestimmen, weil eine erkennbare Leitlinie bei den Gründen für die Erbuwüdigkeit fehlt.²³

§ 2339 Abs. 1 BGB enthält eine abschließende Aufzählung der Erbuwüdigkeitsgründe.²⁴ Eine extensive Auslegung verbietet sich daher; eine entsprechende Anwendung auf andere Fälle ist ausgeschlossen.²⁵ Die Regelungen erfassen Angriffe auf das Leben, die Testierfähigkeit und die Testierfreiheit des Erblassers sowie Fälschungshandlungen.

1. Allgemeine Anforderungen an die Handlung des Erbuwüdigigen

Für alle in § 2339 Abs. 1 Nr. 1–4 BGB geregelten Fälle gilt, dass die Verfehlung des Erbuwüdigigen nur die abstrakte Möglichkeit der Einschränkung der Testierfähigkeit aufweisen, nicht aber, dass sie sich im konkreten Fall auf die Testierfähigkeit ausgewirkt haben muss.²⁶ Es genügt die abstrakte Möglichkeit der Einschränkung der Testierfreiheit.

Soweit nicht ausdrücklich der Versuch einer Tat in die Regelungen mit aufgenommen ist, muss die Tat vollendet sein.²⁷ Der Verweis auf Straftatbestände schließt alle Formen der Täterschaft und Teilnahme ein (§§ 25 ff. StGB).

Die Handlungen müssen vom Vorsatz umfasst sein. Ferner muss der Täter rechtswidrig gehandelt haben (im zivilrechtlichen Sprachgebrauch „widerrechtlich“). Das strafrechtliche Tatbestandserfordernis der Schuld wird im Gesetz nicht genannt. Der Wortlaut des § 2339 Abs. 1 Nr. 1 BGB lässt sogar den Schluss zu, dass auf das Merkmal der Schuld bewusst verzichtet wurde. Denn das Strafrecht verwendet die hier anzutreffende Formulierung – vorsätzliche und rechtswidrige (widerrechtliche) Tat – gerade dann, wenn diese beiden Merkmale – vorsätzliches und rechtswidriges Handeln – für die Strafbarkeit ausreichen sollen, z. B. in § 26 StGB. Im Ergebnis besteht jedoch Einigkeit, dass die zur Erbuwüdigkeit führende Verfehlung auch schuldhaft im strafrechtlichen Sinn begangen worden sein muss. Dies bedarf keiner Diskussion bei einem Täter, der im entschuldigenden Notstand (§ 35 StGB) gehandelt hat. Dieser geht nicht nur straffrei aus, er hat sich auch nicht als erbuwüdig erwiesen.²⁸ Weniger eindeutig ist der

²³ Burandt/Rojahn/Müller-Engels (Fn. 15), § 2339 Rn. 1; Palandt/Weidlich (Fn. 21), § 2339 Rn. 2.

²⁴ Burandt/Rojahn/Müller-Engels (Fn. 15), § 2339 Rn. 11; NK-BGB/Kroiß (Fn. 14), § 2339 Rn. 2; Lange, ErbR, 2. Aufl. 2018, § 40 Rn. 66; Jesgarzewski/Hermann, NZFam 2019, 663, 666.

²⁵ OLG Frankfurt, Urt. v. 29.10.2010 – 21 U 9/10, FamRZ 2011, 1177; BeckOGK/Rudy BGB (Fn. 13), § 2339 Rn. 11; BeckOK/Müller-Christmann (Fn. 20), § 2339 Rn. 5; großzügiger MüKoBGB/Helms (Fn. 13), § 2339 Rn. 7.

²⁶ Mot. V 517; MüKoBGB/Helms (Fn. 13), Rn. 10; Staudinger/Olshausen (Fn. 13), § 2339 Rn. 23; Lange (Fn. 24), § 40 Rn. 66.

²⁷ Zur Frage des Versuchs bei § 2339 Abs. 1 Nr. 4 BGB s. u. III.2f.

²⁸ BeckOK/Müller-Christmann (Fn. 20), § 2339 Rn. 7; BeckOGK/Rudy (Fn. 13), § 2339 Rn. 15; MüKoBGB/Helms (Fn. 13), Rn. 11.

Fall bei Vorliegen von Schuldunfähigkeit. Zwar hat das BVerfG die Auslegung, die für § 2345 Abs. 2, § 2339 Abs. 1 Nr. 1 BGB ein schuldhaftes Verhalten fordert, gebilligt, eine strikte Orientierung am Schuldbegriff des Strafrechts allerdings für § 2333 Abs. 1 Nr. 1 BGB abgelehnt und „natürlichen Vorsatz“ als ausreichend angesehen.²⁹

Eine strafgerichtliche Verurteilung wegen der zur Erbnunwürdigkeit führenden Handlungen ist nicht erforderlich. Der Zivilrichter ist bei seiner Bewertung an strafgerichtliche Urteile nicht gebunden, muss sich aber bei seiner Beweiswürdigung mit den Feststellungen des Strafrichters auseinandersetzen.³⁰

2. Die Erbnunwürdigkeitsgründe im Einzelnen

a) Vorsätzliche Tötung des Erblassers (§ 2339 Abs. 1 Nr. 1 Fall 1 BGB)

Erbunwürdig ist, wer den Erblasser vorsätzlich und widerrechtlich getötet hat. Erfasst wird die vollendete vorsätzliche rechtswidrige und schuldhafte³¹ Tötung in Form des Totschlags oder des Mordes, §§ 212, 211 StGB, nicht dagegen die Tötung auf Verlangen, § 216 StGB. Eine einschränkende Auslegung von § 2339 Abs. 1 Nr. 1 BGB, die auf die Motivlage des Täters abstellt,³² kommt nach der Rechtsprechung des BGH nicht in Betracht.³³ Nicht von Abs. 1 Nr. 1 werden erfasst die Körperverletzung mit Todesfolge (§ 227 StGB)³⁴ und die fahrlässige Tötung (§ 222 StGB).

b) Versuchte Tötung des Erblassers (§ 2339 Abs. 1 Nr. 1 Fall 2)

Ob der Versuch eines Tötungsdelikts vorliegt, bestimmt sich nach den Regeln des Strafrechts. Auch bei einem versuchten Totschlag im minder schweren Fall (§ 213 StGB) kann die Erbnunwürdigkeit zu bejahen sein.³⁵ Rücktritt vom Versuch (§ 24 StGB) beseitigt die Versuchsstrafbarkeit und damit den Erbnunwürdigkeitsgrund.³⁶

²⁹ BVerfG, Beschl. v. 19.04.2005 – 1 BvR 1644/00, BVerfGE 112, 332 = NJW 2005, 1561, 1566. *Holtmeyer*, ZErB 2010, 6 und *Lange* (Fn. 24), Rn. 68 fordern eine Übertragung dieser Grundsätze auf die Erb- und Pflichtteilsunwürdigkeit; abl. BGH, Urt. v. 11.03.2015 – IV ZR 400/14, NJW 2015, 1382; OLG Düsseldorf, Urt. v. 10.12.1999 – 7 U 114/99, OLGR 2000, 181; MüKoBGB/*Helms* (Fn. 13), § 2339 Rn. 11.

³⁰ BGH, NJW-RR 2005, 1024; LG Köln, FamRZ 2019, 489; *Bauer*, Der Erbnunwürdigkeitsprozess, 2007, Rn. 292 ff.; *Schulz*, ErbR 2012, 276, 278.

³¹ Zum Erfordernis der Schuld BGH, Urt. v. 11.03.2015 – IV ZR 400/14, NJW 2015, 1382; MüKoBGB/*Helms* (Fn. 13), § 2339 Rn. 11.

³² OLG Frankfurt, Urt. v. 28.05.2014 – 1 U 152/13, BeckRS 2014, 19731; *Schulz*, ErbR 2012, 276.

³³ BGH, Urt. v. 11.03.2015 – IV ZR 400/14, NJW 2015, 1382; dazu *de Leve*, ZEV 2015, 682.

³⁴ Hier kann uU § 2339 Abs. 1 Nr. 1 Fall 3 BGB eingreifen.

³⁵ BGH, Urt. v. 11.03.2015 – IV ZR 400/14, NJW 2015, 1382 m. Anm. *Keim*, FamRZ 2015, 922; *Herzog*, ErbR 2015, 314.

³⁶ BeckOGK/*Rudy* (Fn. 13), § 2339 Rn. 15.

c) *Herbeiführung der Testierunfähigkeit (§ 2339 Abs. 1 Nr. 1 Fall 3 BGB)*

Infolge der Tat muss der Erblasser sich in einem (wie aus der Formulierung „bis zu seinem Tod“ folgt: dauernden) Zustand befinden, in dem ihm aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen ein Testieren nicht mehr möglich ist. In Betracht kommen Siechtum, Geisteskrankheit oder körperliche Verstümmelung als Folge einer Körperverletzung. Der Vorsatz muss sich auf die Herbeiführung dieses Zustands, nicht aber auf dessen Fortdauer bis zum Tod beziehen (deshalb kann die Verwirklichung des § 227 StGB – Körperverletzung mit Todesfolge – für diese Alternative ausreichen,³⁷ wobei die Absicht, den Erblasser testierunfähig zu machen, nicht erforderlich ist).³⁸

d) *Verhinderung der Errichtung oder Aufhebung einer letztwilligen Verfügung (§ 2339 Abs. 1 Nr. 2 BGB)*

Die Hinderung einer – konkret beabsichtigten – letztwilligen Verfügung kann durch Gewalt, Täuschung oder Drohung erfolgen. Sie liegt z. B. vor bei arglistiger Herbeiführung der Formnichtigkeit einer letztwilligen Verfügung. Versuch und die nur vorübergehende Willenseinwirkung genügen nicht.³⁹ Die Hinderung kann aber auch durch Ausnutzung der Zwangslage des Erblassers geschehen.⁴⁰ Vorsatz und Widerrechtlichkeit sind zu verstehen wie bei § 123 BGB.⁴¹

Streitig ist, ob die Vorschrift auch dann anwendbar ist, wenn der Erblasser nicht an der Verfügung insgesamt, sondern (nur) an einer Verfügung bestimmten Inhalts gehindert wurde. Dies ist zu bejahen, ebenso, wenn der Täter nicht die Errichtung oder Aufhebung einer Verfügung überhaupt, sondern nur deren Wirksamkeit verhindert hat.⁴²

§ 2339 Abs. 1 Nr. 2 BGB nennt ausdrücklich die Aufhebung der Verfügung, um klarzustellen, dass auch die Verhinderung eines Widerrufs (§§ 2253 ff. BGB) zur Erbunwürdigkeit führt. Eine Verhinderung kann etwa vorliegen, wenn der durch eine Verfügung von Todes wegen Bedachte dem Erblasser wahrheitswidrig erklärt, er habe das in seinem Besitz befindliche Testament vernichtet.⁴³ Stets muss zwischen der Handlung des Täters und der Verhinderung ein Kausalzusammenhang bestehen. Daran fehlt es nicht, wenn die Errichtung oder Aufhebung der Verfügung an anderen Gründen gescheitert wäre.⁴⁴ Auch ist die etwaige Unwirk-

³⁷ MüKoBGB/*Helms* (Fn. 13), § 2339 Rn. 18.

³⁸ Mot. V 518; Palandt/*Weidlich* (Fn. 21), § 2339 Rn. 4.

³⁹ *JurisPK-BGB/Hau*, Stand 03.04.2020, § 2339 Rn. 13.

⁴⁰ MüKoBGB/*Helms* (Fn. 13), § 2339 Rn. 22; *Holtmeyer*, ZErB 2010, 6.

⁴¹ BGH, Urt. v. 14.02.1990 – IV ZR 286/88, NJW-RR 1990, 515, 516.

⁴² *Soergel/Damrau*, BGB, 13. Aufl. 2002, § 2339 Rn. 5; *Staudinger/Olshausen* (Fn. 13), § 2339 Rn. 33.

⁴³ BGH, Urt. v. 14.02.1990 – IV ZR 286/88, NJW-RR 1990, 515.

⁴⁴ MüKoBGB/*Helms* (Fn. 13), § 2339 Rn. 23; *Soergel/Damrau* (Fn. 42), § 2339 Rn. 5; aA *Staudinger/Olshausen* (Fn. 13), § 2339 Rn. 33.

samkeit der beabsichtigten letztwilligen Verfügung unbeachtlich.⁴⁵ Geschützt ist bei Abs. 1 Nr. 2 jede Willensbildung, nicht nur die wirksame.

e) Bestimmung zur Errichtung oder Aufhebung durch Täuschung oder Drohung (§ 2339 Abs. 1 Nr. 3 BGB)

Während in § 2339 Abs. 1 Nr. 2 BGB Fälle erfasst sind, in denen die vom Erblasser konkret beabsichtigte Verfügung nicht oder nicht wirksam errichtet wurde, muss bei Abs. 1 Nr. 3 eine wirksame, wenn auch unlauter beeinflusste Verfügung von Todes wegen getroffen worden sein. Nicht genannt ist die Gewalt. Der Schluss, bei ihrer Anwendung müsse (trotz Analogieverbot) Abs. 1 Nr. 3 erst recht gelten,⁴⁶ drängt sich auf, kann aber bei näherer Betrachtung nicht gezogen werden. Bei Anwendung von Gewalt (*vis absoluta*) ist die letztwillige Verfügung nichtig. Für die Aufnahme von Abs. 1 Nr. 3 in die Regelung über Erbnwürdigkeitsgründe war entscheidend, „dass durch die widerrechtliche Beeinflussung des Erblassers eine Unsicherheit darüber herbeigeführt wird, wie der Erblasser sonst vielleicht verfügt haben würde.“⁴⁷ Diese Unsicherheit besteht nicht, wenn die Verfügung ohnehin nicht wirksam ist. Der Tatbestand von Abs. 1 Nr. 3 ist daher bei allen Fällen ursprünglicher Unwirksamkeit der Verfügung von Todes wegen nicht gegeben.⁴⁸ Die Täuschung kann nach allgemeinen Grundsätzen auch durch Unterlassen begangen werden, wenn eine Rechtspflicht zur Aufklärung bestand.

Bei Vorliegen dieser Alternative ist auch eine Anfechtung nach § 2078 Abs. 2 BGB möglich. Diese führt jedoch nur zur Unwirksamkeit der Verfügung, bei der der Anfechtungsgrund durchgreift, während die auf § 2339 BGB gestützte Anfechtungsklage jede zugunsten des Täuschenden getroffene Verfügung erfasst.⁴⁹ Außerdem beseitigt die Anfechtung nach § 2078 BGB nicht die Stellung des Erbnwürdigen als gesetzlicher Erbe.

f) Urkundenfälschung (§ 2339 Abs. 1 Nr. 4)

Erfasst werden alle Modalitäten des Tatbestandes der Urkundenfälschung (§ 267 StGB) sowie die Tatbestände der §§ 271–274 StGB. Nicht nur die Verfälschung einer vorhandenen Verfügung des Erblassers fällt somit unter Nr. 4, sondern auch die Herstellung (oder das Gebrauchmachen von) einer unechten Urkunde (§ 267 Abs. 1 Alt. 1 StGB)⁵⁰, mag auch insoweit streng genommen eine Tat „in Ansehung einer Verfügung des Erblassers“ nicht vorliegen.

⁴⁵ Staudinger/Olshausen (Fn. 13), § 2339 Rn. 33; Erman/Simon (Fn. 15), § 2339 Rn. 4.

⁴⁶ V. Lübtow, ErbR II, 1972, S. 724; jurisPK-BGB/Hau (Fn. 39), § 2339 Rn. 14; AK-Teubner BGB, Bd. 6, 1990, § 2339 Rn. 15; Hempel (Fn. 4), S. 54.

⁴⁷ Mot. V 518f.

⁴⁸ MüKoBGB/Helms (Fn. 13), § 2339 Rn. 24; Staudinger/Olshausen (Fn. 13), § 2339 Rn. 40; Lange (Fn. 24), § 40 Rn. 79.

⁴⁹ S. o. II.2.c.

⁵⁰ OLG Stuttgart, Urt. v. 17.04. 56 – 2 U 123/55, Rpfleger 1956, 160; OLG Düsseldorf, Urt.

Die Straftat kann – im Gegensatz zu § 2339 Abs. 1 Nr. 1 BGB – auch nach Eintritt des Erbfalls begangen werden.⁵¹ Streitig ist, ob der Versuch eines Urkunden-delikts ausreicht.⁵² Eine an Wortlaut und Systematik orientierte Auslegung führt zu keinem eindeutigen Ergebnis. Denn einerseits schließt die Verweisung auf die Vorschriften im StGB die Versuchsstrafbarkeit mit ein, andererseits hat der Gesetzgeber bei § 2329 Abs. 1 Nr. 1 BGB den Versuch ausdrücklich erwähnt. Das Problem verliert an Bedeutung, wenn man berücksichtigt, dass bei einem Täter, der durch seine Fälschungshandlung eine formungültige Verfügung hergestellt hat, nicht nur Versuch, sondern schon Vollendung vorliegt, weil das für § 267 StGB erforderliche Merkmal der Beweiseignung objektiv zu beurteilen und im weitesten Sinn zu verstehen ist.⁵³ Bei den übrigbleibenden Fällen erfordert der Zweck der Norm eine Einbeziehung des Versuchs nicht.⁵⁴

Umstritten ist, ob der Unwürdigkeitsgrund auch dann vorliegt, wenn die Fälschung letztlich den wahren Willen des Erblassers zum Tragen bringt (und auch zu diesem Zweck vorgenommen wurde). Dafür spricht sich zu Recht die (jüngere) Rechtsprechung⁵⁵ und die überwiegende Meinung in der Literatur⁵⁶ aus. Für krasse Einzelfälle will eine Mindermeinung dem Täter gestatten, der Anfechtungsklage den Einwand des Rechtsmissbrauchs entgegenzuhalten.⁵⁷ Die Gegenauffassung,⁵⁸ darunter die ältere Rechtsprechung⁵⁹, begünstigt Fälschungen, weil der Fälscher kein (erbrechtliches) Risiko eingeht. Hinzu kommt, dass der „wahre“ Wille des Erblassers oft nicht zuverlässig feststellbar ist. Der Gesetzgeber hat die Ausnahmen für Unwürdigkeitsgründe in § 2339 Abs. 2 BGB und in § 2342 BGB normiert und bei § 2339 Abs. 1 Nr. 4 BGB gerade nicht auf die Ziele und Motive des Täters abgestellt. Wenn argumentiert wird, von einer Verfehlung gegen den Erblasser könne bei einem „einvernehmlichen“ Handeln nicht gesprochen werden,⁶⁰ so wird unterstellt, der Erblasser sei auch mit der Begehung von

v. 07.07.2000 – 7 U 206/99, OLGR 2001, 95; MüKoBGB/*Helms* (Fn. 13), § 2339 Rn. 27; Staudinger/*Olshausen* (Fn. 13), § 2339 Rn. 42.

⁵¹ OLG Celle, Beschl. v. 29.11.1971 – 7 W 70/71, NdsRPfl. 1972, 238, 239.

⁵² Dafür BeckOGK/*Rudy* (Fn. 13), § 2339 Rn. 29; Palandt/*Weidlich* (Fn. 21), § 2339 Rn. 7; v. *Lübtow* (Fn. 46), S. 726; *Hempel* (Fn. 4), S. 60ff.

⁵³ *Fischer*, StGB, 67. Aufl. 2020, § 267 Rn. 10.

⁵⁴ BeckOK/*Müller-Christmann* (Fn. 20), § 2339 Rn. 17; MüKoBGB/*Helms* (Fn. 13), § 2339 Rn. 28; Staudinger/*Olshausen* (Fn. 13), § 2339 Rn. 49; *Muscheler* (Fn. 15), Rn. 3158.

⁵⁵ BGH, Urt. v. 20.10.1969 – III ZR 208/67, NJW 1970, 197 198; BGH, Beschl. v. 27.02.2008 – IV ZR 138/07, ZEV 2008, 193, 194; OLG Celle, Beschl. v. 29.11.1971 – 7 W 70/71, NdsRPfl. 1972, 238, 239; OLG Stuttgart, Urt. v. 26.03.1998 – 19 U 239/97, ZEV 1999, 317.

⁵⁶ Burandt/*Rojahn/Müller-Engels* (Fn. 15), § 2339 Rn. 35; Erman/*Simon* (Fn. 15), § 2339 Rn. 6; jurisPK-BGB/*Hau* (Fn. 39), § 2339 Rn. 9; Palandt/*Weidlich* (Fn. 21), § 2339 Rn. 7; *Lange* (Fn. 24), § 40 Rn. 80; NK-BGB/*Kroiß* (Fn. 14), § 2339 Rn. 12; *Bentert*, Das pönale Element – ein Fremdkörper im Deutschen Zivilrecht? Diss. 1996, S. 130ff.

⁵⁷ *Lange/Kuchinke* (Fn. 22), § 6 II 3; *Hempel* (Fn. 4), S. 64.

⁵⁸ Jauernig/*Stürmer*, BGB, 17. Aufl. 2018, § 2339 Rn. 1; Brox/*Walker*, ErbR, 28. Aufl. 2018, § 20 Rn. 6a; *Speckmann*, JuS 1971, 235.

⁵⁹ RGZ 72, 207; RGZ 81, 413.

⁶⁰ MüKoBGB/*Helms* (Fn. 13), § 2339 Rn. 13.

Straftaten zur Verwirklichung seines Willens durch Dritte einverstanden. Dem Erblasser kann aber auch daran gelegen sein, dass sein Erbe sich in jeder Hinsicht an die Regeln der Rechtsordnung hält. Das Vorliegen des Erbnunwürdigkeitsgrundes kann daher allenfalls und nur dann verneint werden, wenn die (strafbare) Anfertigung des Testaments durch den Täter mit dem ausdrücklichen Einverständnis des Erblassers erfolgt ist.⁶¹

3. Die Ausnahmvorschrift des § 2339 Abs. 2 BGB

Nach der für § 2339 Abs. 1 Nr. 3 und Abs. 1 Nr. 4 BGB geltenden Ausnahmeregelung des § 2339 Abs. 2 tritt keine Erbnunwürdigkeit ein, wenn noch vor dem Tod des Erblassers die Verfügung, zu deren Errichtung der Erblasser bestimmt oder in Ansehung deren das Urkundendelikt begangen wurde, unwirksam geworden ist. Das Gleiche gilt, wenn die Verfügung, zu deren Aufhebung der Erblasser bestimmt worden ist, unwirksam geworden sein würde. Die mit zahlreichen Streitfragen belastete Bestimmung beruht auf der Erwägung, dass durch die Handlung des Täters hier keine Ungewissheit über den Willen des Erblassers geschaffen worden sei.⁶² Sie ist rechtspolitisch fragwürdig, weil sie zu unbefriedigenden, von Zufällen abhängigen Ergebnissen führt.⁶³ Die nachträgliche (zwischen unlauterer Einwirkung und Erbfall eintretende) Unwirksamkeit kann etwa auf dem Vorversterben des Bedachten, der Aufhebung der Verfügung durch den Erblasser oder dem Eintritt (oder Ausfall) einer Bedingung beruhen. Bei einem gefälschten Testament kommt es darauf an, ob ein echtes Testament gleichen Inhalts unwirksam geworden wäre.⁶⁴

Der späteren Unwirksamkeit soll die anfänglich bestehende gleichstehen, denn auch in diesem Fall sei die Handlung des Täters nicht kausal für die Beeinträchtigung des Erblasserwillens geworden.⁶⁵ Da Abs. § 2339 Abs. 1 Nr. 3 BGB tatbestandsmäßig eine wirksame Verfügung voraussetzt, ist eine entsprechende Anwendung von § 2339 Abs. 2 BGB von vornherein nicht denkbar. In den Fällen der § 2339 Abs. 1 Nr. 4 BGB (Urkundenfälschung) besteht für die Überschreitung des Wortlauts kein zwingender Grund. Die für diese Fälle erforderliche (abstrakte) Verdunklungsfahr ist auch bei Verfügungen gegeben, die wegen Formverstoßes oder aus anderen Gründen von Anfang an unwirksam sind.⁶⁶

⁶¹ *Muscheler* (Fn. 15), Rn. 3161.

⁶² Prot. V 642.

⁶³ *MüKoBGB/Helms* (Fn. 13), § 2339 Rn. 30; *Staudinger/Olshausen* (Fn. 13), § 2339 Rn. 52; *Lange* (Fn. 24), § 40 Rn. 81; *Muscheler* (Fn. 15), Rn. 3151; *Bartholomeyczik*, NJW 1955, 795.

⁶⁴ *MüKoBGB/Helms* (Fn. 13), § 2339 Rn. 32; *Staudinger/Olshausen* (Fn. 13), § 2339 Rn. 53.

⁶⁵ *Soergel/Damrau* (Fn. 42), § 2339 Rn. 9; *Brox/Walker* (Fn. 58), § 20 Rn. 8.

⁶⁶ OLG Stuttgart, Urt. v. 26.03.1998 – 19 U 239/97, ZEV 1999, 317; *MüKoBGB/Helms* (Fn. 13), § 2339 Rn. 33; *Staudinger/Olshausen* (Fn. 13), § 2339 Rn. 56.

IV. Normzweck der Regelungen

Fast alle Kommentierungen und Lehrbuchdarstellungen stellen an den Anfang der Erläuterungen zur Erbuwürdigkeit einen mehr oder weniger knappen Abriss zum Normzweck der Regelungen. Die Lektüre dieser Abschnitte vermittelt ein diffuses Bild von teilweise sich überschneidenden oder ergänzenden Auffassungen, die sich nicht immer sauber auseinanderhalten lassen. Sie können im Wesentlichen wie folgt zusammengefasst werden:

1. Strafcharakter

In der älteren Literatur wird der Strafcharakter der Vorschriften in den Vordergrund gestellt.⁶⁷ Ganz deutlich wird dies im zuletzt 1990 aufgelegten Erbrechtslehrbuch von *Kipp/Coing* ausgesprochen: „Es handelt sich um eine zivilrechtliche Strafe“.⁶⁸ Auch der Erbrechtssenat des BGH neigt dieser Auffassung zu, wenn er zum Gesetzeszweck der Erbuwürdigkeitsvorschriften ausführt: „Nach Auffassung des Senats ist die Erbuwürdigkeit gem. § 2339 Abs. 1 Nr. 1 BGB eine spezifisch erbrechtliche Sanktion auf schwerstes vorsätzlich begangenes Handlungsunrecht, das es als unerträglich erscheinen ließe, wenn der Nachlass des Opfers auf den Täter überginge. Das rückt die Erbuwürdigkeit in die Nähe schuldhaft begangener unerlaubter Handlungen.“⁶⁹ Auch wenn der letzte (sprachlich wohl misslungene) Satz in seinem Inhalt eher rätselhaft bleibt, zeigt sich die Einordnung des Senats ganz deutlich in der daran sich anschließenden Formulierung, der Verlust des Erbrechts stelle sich insoweit ungeachtet (?) ihres strafähnlichen Charakters als zivilrechtliche Sanktion dar.⁷⁰ In diesem Zusammenhang wird oft auch der Gedanke der Verwirkung herangezogen.⁷¹

2. Gerechtigkeitsempfinden

Gelegentlich wird auf das Gerechtigkeits- oder Rechtsempfinden rekurriert, das bei schweren Verfehlungen des Erben gegen den Erblasser den Ausschluss des Erbrechts erfordere. So hält es *v. Lübtow* für „die ethische Pflicht der Rechtsord-

⁶⁷ RGRK/*Kregel* (Fn. 21), § 2339 Rn. 1; *Müller-Freienfels*, in: Festschr. G. Schiedermaier, 1976, S. 409, 434; jetzt noch *Langel/Kuchinke* (Fn. 22), § 6 I 2; NK-BGB/*Kroiß* (Fn. 14), § 2339 Rn. 1; HK-BGB/*Hoeren*, 10. Aufl. 2019, § 2339 Rn. 1.

⁶⁸ *Kipp/Coing* ErbR, 14. Bearb. 1990, § 85 II; *v. Tuhr*. Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts Bd. 2, 2. Hälfte 1918, § 88 V; ebenso *Weimar*, MDR 1962, 633.

⁶⁹ BGH, Urt. v. 11.03.2015 – IV ZR 400/14, ZEV 2015, 282 Rn. 17. So schon BGH, Urt. v. 25.11.1987 – IVa ZR 160/86, NJW 1988, 822; LG Ravensburg, Urt. v. 21.10.1954 – O 370/53, NJW 1955, 795 m. Anm. *Bartholomeyczik*.

⁷⁰ BGH, Urt. v. 11.03.2015 – IV ZR 400/14, ZEV 2015, 282 Rn. 17. Vom Strafcharakter der Erbuwürdigkeit spricht jetzt auch *Röthel*, ErbR, 18. Aufl. 2020, § 28 Rn. 1.

⁷¹ BGH, Urt. v. 25.11.1987 – IVa ZR 160/86, BGHZ 102, 227 Rn. 10; BGH, Urt. v. 11.03.2015 – IV ZR 400/14, ZEV 2015, 282 Rn. 17; *Röthel* (Fn. 70), § 28 Rn. 1.

nung, dafür Sorge zu tragen, dass dem Unwürdigen die Erbeneigenschaft und mit ihr die Erbschaft wieder genommen werden kann.⁷² Denn es würde dem sittlichen Rechtsbewusstsein der Allgemeinheit aufs Schärfste widersprechen, wenn der Erbe, der sich dem Erblasser gegenüber bestimmte Verfehlungen hat zuschulden kommen lassen, im Genuss des ererbten Vermögens bleiben würde. Nach *Brox/Walker*⁷³ verlangt bei bestimmten schweren Verfehlungen des Erben gegen den Erblasser „das Gerechtigkeitsempfinden“ den Ausschluss oder die Beschränkung des Erbrechts.

3. Ergänzungsfunktion

Teilweise wird auf die Ergänzungsfunktion der §§ 2339 ff. BGB abgehoben.⁷⁴ Im Verhältnis zu den sonstigen Vorschriften im Buch 5 des BGB, die der Verwirklichung des Erblasserwillens dienen, nämlich § 1938 BGB (Enterbung), §§ 2333 ff. BGB (Pflichtteilsentziehung) und §§ 2078 ff. BGB (Anfechtung letztwilliger Verfügungen)⁷⁵, wird das Institut der Erbenwürdigkeit als eine Ergänzung dieser Vorschriften verstanden.⁷⁶ Die §§ 2078 ff. BGB seien unzureichend, wenn dem Bedachten kraft Gesetzes ein Erbrecht zustehe. Verwiesen wird darauf, dass – soweit § 2333 BGB und § 2339 BGB tatbestandlich übereinstimmen – die Regeln über die Erbenwürdigkeit eine Lücke schließen, wenn der Erblasser vom Unwürdigen am Vollzug der Entziehungserklärung gehindert wird oder wenn der Erblasser keine Kenntnis von den Verfehlungen hat. Dies gelte auch für § 1938 BGB, etwa in den Fällen, in denen der Erblasser die Taten des Erben nicht kenne und deshalb keinen Anlass gehabt habe, eine Entscheidung über die Enterbung zu treffen. Die Regeln der Erbenwürdigkeit entsprechen daher nach dieser Auffassung einem praktischen Bedürfnis, den Ausschluss auch nach dem Tode des Erblassers zu vollziehen.

Dadurch solle auch Vorsorge dagegen getroffen werden, dass ein künftiger Erbe es unternimmt, den Erbfall vorzeitig herbeizuführen oder den Erblasser daran zu hindern, von der gesetzlichen oder angeordneten Erbfolge durch Verfügung von Todes wegen in bestimmter Weise abzuweichen.⁷⁷

⁷² v. *Lübnow* (Fn. 46), S. 720; zust. *Strobel*, JuS 2016, 401, 404. Auch *Kuchinke* (Fn. 22), § 6 I 2 spricht von der „sittlichen Verurteilung“ der schweren Verfehlung, ähnlich *Hempel* (Fn. 4), S. 41, wonach das Gesetz in allen Fällen versuche, dem allgemeinen sittlichen Empfinden [...] zur Geltung zu verhelfen.

⁷³ *Brox/Walker* (Fn. 58), § 20 Rn. 1.

⁷⁴ *AK/Teubner* (Fn. 46), § 2339 Rn. 1; *Holtmeyer*, ZErB 2010, 6, 7; *Lutz*, Ist das Rechtsinstitut der Erb-, Vermächtnis- und Pflichtteilsunwürdigkeit reformbedürftig? Diss. 2005, S. 47 ff.

⁷⁵ Dazu oben II.2.

⁷⁶ *Michalski/Schmidt*, ErbR, 5. Aufl. 2019, Rn. 494.

⁷⁷ *RGRK/Kregel* (Fn. 21), vor § 2339 Rn. 1.

4. Entwürdigung des Erblassers

Ein anderer Ansatz verneint einen einheitlichen Grundgedanken der Regelungen über die Erbinwürdigkeit und argumentiert von den Rechtsfolgen her: Wer eines anderen Würde verletze, werde selbst unwürdig in Bezug auf den in seiner Würde Verletzten. Der Erblasser habe die ihm von Gesetz und Verfassung (Art. 14 Abs. 1 GG) zugesprochene Würde eines potenziell von Todes wegen Verfügenden. Die Erbinwürdigkeit trifft nach dieser Auffassung denjenigen, der die Würde des Erblassers in dessen Eigenschaft als Träger von Testierfreiheit verletzt („Unwürdigkeit des Erben durch Entwürdigung des Erblassers“).⁷⁸

5. Verwirklichung des wirklichen oder mutmaßlichen Willens des Erblassers

Eine vordringende Auffassung im Schrifttum sieht den Normzweck der §§ 2339 ff. BGB in der Verwirklichung des wirklichen oder mutmaßlichen Willens des Erblassers, der bei den in § 2339 BGB genannten Verfehlungen auf eine Enterbung des Täters gerichtet sei.⁷⁹ Zweck der Erbinwürdigkeitsregelungen sei es, die „Verdunkelung“ dieses Willens durch Handlungen des Unwürdigen abzuwehren.⁸⁰ So erblickte die 2. Kommission den Grund der Erbinwürdigkeit darin, dass der wahre Wille des Erblassers nicht zum Ausdruck gekommen sei oder einen unzuverlässigen Ausdruck gefunden habe.⁸¹

Ähnlich argumentiert die Auffassung, die die ratio legis im Schutz der Testierfreiheit des Erblassers sieht.⁸² Der Erbinwürdige habe den Erblasser daran gehindert, von seiner Testierfreiheit Gebrauch zu machen. Aufgabe des Gesetzgebers sei es, möglichst präzise diejenigen Tatbestände zu identifizieren, in denen der Erbe die Gefahr begründet oder gar eine Situation herbeiführt, in der sich die Gefahr realisiert, dass der Erblasser seinen wirklichen Willen nicht kundtun kann oder dass der wirkliche Wille des Erblassers für die Erbfolge nicht zum Tragen kommt.⁸³

V. Kritische Würdigung

Im Folgenden werden zum Abschluss dieser kleinen Abhandlung die einzelnen Auffassungen einer kritischen Würdigung unterzogen. Im Vordergrund steht die

⁷⁸ *Muscheler* (Fn. 15), Rn. 3148 und ZEV 2009, 58, 61; *Burandt/Rojahn/Müller-Engels* (Fn. 15), § 2339 Rn. 2.

⁷⁹ *MüKoBGB/Helms* (Fn. 13), § 2339 Rn. 3; *Staudinger/Olshausen* (Fn. 13), § 2339 Rn. 6; *PWW/Deppenkemper*, BGB, 15. Aufl. 2020, § 2339 Rn. 1.

⁸⁰ Mot. V 519; *MüKoBGB/Helms* (Fn. 13), § 2339 Rn. 10; *Langel/Kuchinke* (Fn. 22), § 6 I 2; *Keim*, FamRZ 2015, 922.

⁸¹ Prot. V 636 f.

⁸² Mot V 276, Prot 817. *Ebert*, Pönale Elemente im deutschen Privatrecht, 2004, S. 397.

⁸³ *Zimmermann* (Fn. 1), S. 463, 507.

Frage, ob sie den Normzweck der Erbnunwürdigkeitsgründe überzeugend und widerspruchsfrei erklären können, wobei unter dem Zweck des Gesetzes der zu Grunde liegende Hauptgedanke einer Rechtsnorm oder der Grund, warum eine Norm besteht, verstanden wird.

1. *Ergänzungsfunktion*

Die Auffassung, die den Regelungen zur Erbnunwürdigkeit eine Ergänzungsfunktion zuschreibt, hebt zweifellos einen zutreffenden Aspekt hervor. Die sonstigen Vorschriften im Buch 5 des BGB, die in diesem Zusammenhang der Verwirklichung des Erblasserwillens dienen, nämlich § 1938 BGB (Enterbung), §§ 2333 ff. BGB (Pflichtteilsentziehung) und §§ 2078 ff. BGB (Anfechtung letztwilliger Verfügungen), decken in der Tat nicht alle Fälle von Verfehlungen eines Erben ab. Sie ermöglichen insbesondere nicht oder nur beschränkt den Ausschluss eines „Unwürdigen“ nach dem Tod des Erblassers. Die Erbnunwürdigkeit wird daher zu Recht als Ergänzung der Institute der Enterbung, der Pflichtteilsentziehung und der Anfechtung letztwilliger Verfügungen verstanden. Für Fallkonstellationen, bei denen Enterbung, Anfechtung und Pflichtteilsentziehung typischerweise versagen, fungiert die Erbnunwürdigkeit als eine Art Auffangnetz.⁸⁴

Dieser Aspekt beschreibt indes nur eine Funktion dieser Regelungen, nicht jedoch den eigentlichen Normzweck. Mit der Feststellung, dass das Institut der Erbnunwürdigkeit andere Regelungen ergänzt, ist kein Kriterium für die Auswahl der einzelnen Erbnunwürdigkeitsgründe gefunden. Im Übrigen wäre diese Ergänzung wiederum nur lückenhaft ausgefallen. So kann zwar der Erbnunwürdigkeitsgrund des § 2339 Abs. 1 Nr. 1 BGB (teilweise) die Fälle erfassen, in denen der Erblasser eine Pflichtteilsentziehung nicht vornehmen konnte (vgl. § 2336 BGB), weil er von der Tat nicht erfahren hat oder testierunfähig war; eine Ergänzung zu den in § 2333 Nr. 2–4 BGB geregelten Pflichtteilsentziehungsgründe findet man in § 2339 BGB jedoch nicht.⁸⁵ Hat der Erbe sich eines Verbrechens gegen den Ehegatten oder einen Abkömmling des Erblassers schuldig gemacht (§ 2333 Abs. 1 Nr. 2 BGB) oder seine Unterhaltspflicht gegenüber dem Erblasser böswillig verletzt (§ 2333 Abs. 1 Nr. 3 BGB), liegt kein Erbnunwürdigkeitsgrund vor.

Auch trifft der Gedanke der Vorsorge dagegen, dass ein künftiger Erbe den Erbfall vorzeitig herbeizuführt oder den Erblasser daran hindert, von der gesetzlichen oder angeordneten Erbfolge durch Verfügung von Todes wegen in bestimmter Weise abzuweichen, nicht den eigentlichen Grund der Regelungen. Dies zeigt sich daran, dass die Tötung des Erblassers immer zur Erbnunwürdigkeit führt, ohne dass ein Zweckbezug zur Gestaltung der Erbrechtslage vorzulie-

⁸⁴ Zimmermann (Fn. 1), S. 463, 507.

⁸⁵ Muscheler, ZEV 2009, 58, 60.

gen braucht.⁸⁶ Insbesondere ist auch der Abkömmling erbunwürdig, der den Erblasser aus Wut über eine Kränkung erschlägt, ohne dabei im Geringsten an den Anfall der Erbschaft zu denken. Die Tötung des Erblassers muss zur Verwirklichung des § 2339 Abs. 1 Nr. 1 BGB gerade nicht aus erbrechtlichen Motiven erfolgen oder mit erbrechtlichen Vorgängen zu tun haben. Weder muss der Erblasser vorgehabt haben, ein Testament zu errichten, noch der Erbe beabsichtigt haben, ihn an einer Testierung zu hindern. Stünde der Vorsorgegedanke im Vordergrund, wäre nicht verständlich, warum der Gesetzgeber sich nur und gerade für die Unwürdigkeitsgründe des § 2339 Abs. 1 Nr. 1–4 BGB entschieden und andere Unwürdigkeitsgründe früherer oder fremder Rechtsordnungen nicht aufgenommen hat, etwa die vorsätzliche Verletzung des Erblassers.

2. Rechts- oder Gerechtigkeitsempfinden

Den Grundgedanken der Erbunwürdigkeit im „sittlichen Rechtsbewusstsein der Allgemeinheit“⁸⁷ oder dem „Gerechtigkeitsempfinden“⁸⁸ zu suchen, führt auch nicht weiter. Natürlich ist bei Straftaten eines Erben gegen den Erblasser das Rechtsbewusstsein oder das Gerechtigkeitsempfinden angesprochen, wie es in dem altfriesischen Rechtssprichwort „Blutige Hand nimmt kein Erbe“⁸⁹ zum Ausdruck kommt. Diese Begriffe des sittlichen Rechtsbewusstseins und des Gerechtigkeitsempfindens sind jedoch vage und nicht geeignet, den Normzweck gesetzlicher Regelungen zu begründen. Dem Rechtsempfinden der Allgemeinheit wäre der knappe Katalog der Unwürdigkeitsgründe des § 2339 BGB wohl zu zurückhaltend. Nicht in das System würde die Vorschrift des § 2343 BGB passen, die die Anfechtung des Erbschaftserwerbs ausschließt, wenn der Erblasser dem Erbunwürdigen verziehen hat.⁹⁰ Denn über das „sittliche Rechtsbewusstsein der Allgemeinheit“ könnte der einzelne Erblasser nicht disponieren.

3. Strafcharakter

Auf den ersten Blick ist es einleuchtend und naheliegend, den Ausschluss von der Erbschaft als eine spezifisch erbrechtliche Sanktion auf vorsätzlich begangenes Handlungsunrecht zu verstehen. Verweist doch der Katalog der Erbunwürdigkeitsgründe sogar ausdrücklich auf Vorschriften des Strafgesetzbuchs (in § 2339 Abs. 1 Nr. 4 BGB) oder nimmt in § 2339 Abs. 1 Nr. 1 BGB in den Varianten der vollendeten oder versuchten vorsätzlichen und rechtswidrigen Tötung auf pönalisiertes Verhalten Bezug. Auch wenn die Feststellung in der Entscheidung des

⁸⁶ *Muscheler* (Fn. 15), Rn. 3137 („Handlungszweckneutralität“), verkannt von *Kurze*, in: *Damrau/Tanck*, Praxiskommentar Erbrecht, 4. Aufl. 2020, Vorb. § 2339 Rn. 1.

⁸⁷ *V. Lübtow* (Fn. 46), S. 720.

⁸⁸ *Brox/Walker* (Fn. 58), § 20 Rn. 1.

⁸⁹ *Sachsenspiegel*, LandR, III, 84, § 3.

⁹⁰ *Michalski/Schmidt* (Fn. 76), Rn. 494; *Muscheler* ZEV 2009, 58, 60.

BGH, wonach das Handlungsunrecht „die Erbnunwürdigkeit in die Nähe schuldhaft begangener unerlaubter Handlungen“ rückt, sprachlich misslungen ist, so mag man doch ohne weiteres die These akzeptieren, dass das Gesetz dem Erbnunwürdigen eine „Strafe“ auferlegt. Man kennt die Diskussion um den Strafcharakter zivilrechtlicher Regelungen von der Geldentschädigung durch Schmerzensgeld (§ 847 a. F. BGB), wo der Genugtuungsfunktion, wie sie der Große Senat in Zivilsachen entwickelt hat,⁹¹ nach allgemeiner Auffassung ein pönales Element innewohnt.⁹²

Gegen die Einordnung als zivilrechtliche Strafe können mehrere durchgreifende Bedenken erhoben werden. Bereits der historische Gesetzgeber hat sich ausdrücklich gegen den Strafcharakter der §§ 2339 ff. BGB ausgesprochen. In den Motiven zum ersten BGB-Entwurf wird eingangs klargestellt, dass es bei der Schaffung der Erbnunwürdigkeitsgründe nicht – wie bei der Pflichtteilsentziehung – auf eine besonders schwere Verfehlung gegenüber dem Erblasser ankommen soll, durch die sich eine strafähnliche Zufügung eines Vermögensnachteils rechtfertigt.⁹³ Ferner trifft diese Auffassung auch der Vorwurf der Systemwidrigkeit. Zivilrechtliche Strafvorschriften sind eher ein Spezifikum der angloamerikanischen Rechtsordnung; der deutschen Privatrechtsdogmatik ist der Begriff einer zivilrechtlichen Strafe fremd.⁹⁴ Im Übrigen passt die Einordnung als zivilrechtliche Strafe nicht zur systematischen Ausgestaltung der Erbnunwürdigkeitsregelungen. Auch eine Privatstrafe soll dem Gekränkten oder seinen Erben Genugtuung verschaffen; die Anfechtungsklage des § 2342 BGB ist jedoch nicht zum Zwecke der Genugtuung für die Anfechtungsberechtigten eingeführt worden, was allein schon der weite Kreis der Klageberechtigten in § 2341 BGB zeigt.⁹⁵

Ferner sind Sanktionen, auch zivilrechtliche, in ihrer Verhängung nicht vom Handeln Dritter abhängig. Der Wegfall der Erbschaft tritt aber bei Verwirklichung eines Erbnunwürdigkeitsgrunds gerade nicht automatisch ein. Der zu Bestrafende läuft lediglich Gefahr, dass seine Erbschaft durch eine (befristete) Anfechtungsklage rückwirkend wegfällt. Solange der gerichtliche Weg nicht eingeschlagen wird, kann von einer Sanktion schwerlich die Rede sein.⁹⁶

Darüber hinaus hängt, was für Strafbestimmungen typisch ist, die Erbnunwürdigkeit nicht oder zumindest nicht nur von der Schwere des Fehlverhaltens des Unwürdigen ab.⁹⁷ Erbnunwürdig ist beispielsweise, wer eine letztwillige Verfügung des Erblassers verfälscht oder wer den Erblasser durch arglistige Täuschung bestimmt hat, eine Verfügung von Todes wegen zu errichten oder aufzuheben,

⁹¹ BGH, Beschl. v. 06.07.1955 – GSZ 1/55, BGHZ 18, 149, 158; *Ebert* (Fn. 82), S. 453 ff.; *Bentert* (Fn. 576), S. 58 ff.

⁹² BeckOK/*Spindler* BGB, Stand 01.08.2020, § 253 Rn. 15 ff.; *Ebert* (Fn. 82), S. 453 ff.

⁹³ Mot. V 517; Prot. V 636.

⁹⁴ Dies ist freilich angesichts der Existenz von Vertragsstrafen, Vereinsstrafen und Betriebsbußen nicht unangefochten; vgl. *Ebert* (Fn. 82), S. 247 ff.; *Bentert* (Fn. 56), S. 114 ff.

⁹⁵ *Muscheler* (Fn. 15), Rn. 3142; v. Lübtow (Fn. 46), S. 720.

⁹⁶ *Bock*, JR 2018, 504, 508.

⁹⁷ Prot. V 636; *Zimmermann* (Fn. 1), S. 463, 509.

nicht aber, wer den Erblasser vorsätzlich schwer verletzt (Tatbestand des § 226 StGB). Wenn aber die Schwere des Fehlverhaltens – ob aus Sicht der Allgemeinheit oder aus Sicht des Erblassers – nicht der eigentliche Grund der Erbnunwürdigkeit ist, dann kann diese auch kaum als eine zivilrechtliche Strafe verstanden werden.⁹⁸

Schließlich zeigen die Regelungen in § 2339 Abs. 2 BGB und in § 2343 BGB, dass das missbilligenswerte Verhalten des Erbnunwürdigen ohne eigenes Zutun des Täters unbeachtlich werden kann. Auch diese Folge passt nicht zum Charakter einer Sanktion.

4. Beeinträchtigung der Testierfreiheit oder „Entwürdigung des Erblassers“

Besteht der entscheidende Gesichtspunkt darin, dass der Täter den Erblasser entweder an der Ausübung seiner Testierfähigkeit hindert oder nach dessen Tod die sichere Feststellung seines letzten Willens gefährdet, also letztlich in der Beeinträchtigung der Testierfreiheit? Dagegen spricht, dass der zur Erbnunwürdigkeit führende Tötungsversuch die Testierfreiheit in der Regel unberührt lässt. Wie oben aufgezeigt,⁹⁹ muss die Tötung des Erblassers auch nicht aus erbrechtlichen Motiven erfolgen. Außerdem wird auch derjenige geschützt, dem die Testierfähigkeit fehlt.

Auch der Versuch, die Auswahl der Tatbestandsalternativen damit zu erklären, hier werde die „Würde des Erblassers in seiner Eigenschaft als Träger von Testierfreiheit“ verletzt, vermag letztlich nicht zu überzeugen. Zwar lassen die Überschrift und die Normtexte das Urteil zu, dass unwürdig sei, wer die Würde des Erblassers verletze. Fällt es einerseits schon schwer, Angriffe auf das Leben und die Gesundheit, also auf die höchsten Rechtsgüter des Menschen vorwiegend unter dem blassen Begriff der „Würdeverletzung“ zu sehen, so drängt sich andererseits die Frage auf, warum der Gesetzgeber den Erbnunwürdigen nicht mit einem Ausschluss von der Erbschaft belegt, sondern nur direkt betroffenen Personen ein Anfechtungsrecht zugesteht.¹⁰⁰ Stünde die Würde des Erblassers im Vordergrund, hätte es nahegelegen, nicht nur für Taten gegenüber dem Erblasser, sondern auch für andere Konstellationen, etwa die Tötung naher Angehöriger des Erblassers die Erbnunwürdigkeit des Täters vorzusehen.

5. Verwirklichung des wirklichen oder mutmaßlichen Willens des Erblassers

Auch die vordringende Auffassung im Schrifttum, die den Normzweck der §§ 2339 ff. BGB in der Verwirklichung des wirklichen oder mutmaßlichen Willens des Erblassers sieht, der bei den in § 2339 BGB genannten Verfehlungen auf

⁹⁸ MüKoBGB/Helms (Fn. 13), § 2339 Rn. 2; Staudinger/Olshausen (Fn. 13), § 2339 Rn. 5; Hempel (Fn. 4), S. 41; Lutz (Fn. 75), S. 40 ff.

⁹⁹ S. V. 1.

¹⁰⁰ Bock, JR 2018, 504, 507.

eine Enterbung des Täters gerichtet sei, vermag den Erbnunwürdigkeitsgrund der versuchten Tötung nicht schlüssig zu erklären. Jedenfalls wenn dem testierfähigen Erblasser Tat und Täter rechtzeitig bekannt werden, ist er durchaus noch in der Lage, den „vermutlichen Erblasserwillen“ formgerecht zum Ausdruck zu bringen.¹⁰¹ Außerdem hat dieser Ansatz Schwierigkeiten, die Wahl der konkreten Tatbestände des § 2339 Abs. 1 Nr. 1–4 BGB zu erklären. Denn höchstwahrscheinlich wäre der zu vermutende Wille des durchschnittlichen Erblassers auch auf eine Enterbung desjenigen gerichtet, der ihn vorsätzlich und schwer an Körper, Ehre oder Vermögen verletzt.¹⁰²

VI. Ergebnis und Zusammenfassung

Das Ergebnis ist einerseits ernüchternd – keiner der Einordnungsversuche vermag vollständig zu überzeugen. Allen Unwürdigkeitsgründen ist eine Verfehlung gegen den Erblasser gemeinsam. Hieraus lässt sich jedoch nicht eindeutig auf den Sinn und Zweck des Rechtsinstituts der Erbnunwürdigkeit schließen. So sehr die dargestellten Auffassungen im Einzelnen richtige und wichtige Gesichtspunkte betonen, so wenig gelingt es ihnen, das Ganze der gesetzlichen Regelung und das Spezifische an ihr zu erfassen.

Andererseits ist dieses Resultat auch nicht überraschend. Warum sollte einem Regelungskomplex nur ein einziger Normzweck zugrunde liegen? Schließlich handelt es sich bei den Erbnunwürdigkeitsgründen um ganz unterschiedliche Konstellationen, wie die Tötung des Erblassers und die Fälschung einer Urkunde. Daraus folgt die Einsicht, dass die Tatbestände des § 2339 Abs. 1 Nr. 1–4 BGB nicht auf derselben Linie liegen, nicht auf einem einheitlichen Grundgedanken, sondern auf einer, wie es *Muscheler* formuliert,¹⁰³ ratio mixta beruhen.

Am besten, wenn auch nicht völlig widerspruchsfrei, wird der Normzweck der §§ 2339 ff. BGB mit der Verwirklichung des wirklichen oder mutmaßlichen Willens des Erblassers erklärt, der bei den in § 2339 BGB genannten Verfehlungen auf eine Enterbung des Täters gerichtet ist.¹⁰⁴ Insoweit ergänzen die Regelungen über die Erbnunwürdigkeit die sonstigen Vorschriften im Buch 5, die in diesem Zusammenhang der Verwirklichung des Erblasserwillens dienen, nämlich § 1938 BGB (Enterbung), §§ 2333 ff. BGB (Pflichtteilsentziehung) und §§ 2078 ff. BGB (Anfechtung letztwilliger Verfügungen). Neben der Ergänzung dieser Vorschriften zur Verwirklichung des Erblasserwillens haben die Erbnunwürdigkeitsregeln

¹⁰¹ Hier setzt auch die Kritik von *Bock* (JR 2018, 504, 505 f.) an, der zudem die Frage stellt, ob ein strafbefreiender Rücktritt vom Versuch ein Entfallen der Erbnunwürdigkeit nach sich ziehen muss.

¹⁰² *Muscheler* (Fn. 15), Rn. 3146; *Bock*, JR 2018, 504, 506.

¹⁰³ *Muscheler* (Fn. 15), Rn. 3147.

¹⁰⁴ MüKoBGB/*Helms* (Fn. 13), § 2339 Rn. 3; *Staudinger/Olshausen* (Fn. 13), § 2339 Rn. 6; *Michalski/Schmidt* (Fn. 76), Rn. 494.

auch eine Präventivfunktion: Sie sollen verhindern, dass ein künftiger Erbe den Erbfall vorzeitig herbeiführt oder den Erblasser daran hindert bzw. dazu bestimmt, von der gesetzlichen oder angeordneten Erbfolge abzuweichen.¹⁰⁵ Ganz frei von Elementen einer Strafe ist der Normzweck der Erbunwürdigkeitsregelungen damit doch nicht. Denn in der Präventivfunktion kommt eine typische Aufgabe der Strafe zum Tragen.

¹⁰⁵ Burandt/Rojahn/Müller-Engels (Fn. 15), § 2339 Rn. 2; RGRK-BGB/Kregel (Fn. 21), Vor § 2339 Rn. 1.

Leistungsstörungenrecht und Privatrechtssystem

Eduard Picker

I. Die systemgeforderte Trennung von parteiautonom begründeter Schuld und gesetzesheteronom begründeter Haftung

1. Die Präjudizialität der Rechtszuweisung für den Rechtsschutz

Als integraler Bestandteil des Zivil- und insgesamt des Privatrechts untersteht das Leistungsstörungenrecht deren Wertungs- und Gestaltungsmaximen. Beide sind für dieses Gebiet bislang nicht zu allgemeiner Überzeugung geklärt:

Das Privat- und mit ihm das Zivilrecht fungieren als eine Rechtszuweisungsordnung¹. Sie weisen dem Einzelnen materiale Rechte zu, die ihm deren exklusiven Genuss, Gebrauch oder sonstige Verwertung erlauben. Und sie stellen diese Substanzrechte durch die Trias der instrumentellen Schutzrechte sicher, die sich aus der Erfahrung der typischen Verletzungsphänomene als Ansprüche auf negatorische Rechtsverwirklichung, restitutorischen Schadensersatz und abschöpfende Bereicherungsauskehr ausgeformt haben. Auch das Leistungsstörungenrecht ist damit der fundamentalen Maxime zu unterstellen, dass nur, aber auch immer dort, wo die geltende Ordnung materiale Rechtspositionen anerkennt, deren Inhabern die drei funktionell zwar getrennten, final aber komplementären Verteidigungsrechte zustehen müssen, die das zugewiesene Recht rundum schützen. Zur systemgerechten Erfassung auch dieses Teilgebiets ist also auszugehen von einem Grundsatz, der für alle Formen von Haftungen gilt, der freilich auch bei allen Einstandspflichten häufig missachtet und deshalb verletzt wird: Leitgesichtspunkt muss das Prinzip sein, dass die Rechtszuweisung für den Rechtsschutz präjudiziell ist und dass deshalb das zugewiesene Recht in dem Umfang der von ihm gegenüber dem Gegner begründeten Herrschaftsmacht zu ermitteln ist, soll über den Schutz seines Trägers entschieden werden².

¹ Zu dem hier verfolgten Systemkonzept und seinen Termini des Substanz- und des Schutzrechts s. mit umfangreichen Nachw. älterer und jüngerer Stimmen und zahlr. Erprobungen an verschiedenen Rechtsproblemen zuletzt *Picker*, Privatrechtssystem und negatorischer Rechtsschutz, 2019, S. 46 ff.

² S. als Beleg für die fortdauernde Verfehlung dieses Prinzips für das außervertragliche Schuldrecht hier nur den Streit über die Haftbarkeit für Nutzungsbeeinträchtigungen ohne Substanzverletzung und dazu etwa *Picker*, JZ 2010, 541 ff.; für das vertragliche Schuldrecht s. außer den noch folg. Belegen die zahlreichen undifferenzierten Versuche der Begründung von Leistungspflichten, die sich etwa auf Garantiefiktionen oder haftungsrechtliche Zurechnungsgründe berufen; s. dazu hier nur die eingehende Darstellung und treffende Kritik von *Lobinger*,

2. Die Trennung der Obligationen nach Schuld und Haftung

Konkret verlangt danach die Entscheidung über die Voraussetzungen und Folgen einer Leistungsstörung eine doppelte Klärung:

a) Als erstes erfordert sie die Prüfung, welche Rechtsposition dem Gläubiger der gestörten Beziehung als Substanzrechte zugewiesen und deshalb im Verletzungsfall gegenüber dem Schuldner durch Schutzrechte zu verteidigen sind. Sie verlangt damit für das vertragliche Schuldverhältnis, das hier wegen seiner größeren Anschaulichkeit primär verfolgt werden soll³, generell die gleiche Ermittlung, wie sie besonders anschaulich auch etwa die Entscheidung über die Haftung für eine Eigentumsverletzung voraussetzt: Auch dort ist allem voran die Antwort auf die Frage zu geben, ob dieses Recht, nicht lediglich sein Substrat, seinem Inhalt nach einen Eingriff der bekämpften Art als zuweisungswidrig ausschließt⁴. Speziell für die Rechtsposition des Gläubigers verlangt diese Klärung deshalb die genaue inhaltliche Bestimmung dessen, was der Schuldner durch den Vertrag dem Gläubiger als fortan ihm gegenüber Berechtigtem zuweist. Insbesondere ist mit dieser Klärung des Substanzrechts zu präzisieren, welches Rechtsobjekt mit welchem Leistungsverhalten und -aufwand erbracht werden soll.

b) Als zweite Bedingung verlangt die systemgerechte Erfassung des Leistungsstörungenrechts damit zugleich aber auch die scharfe Unterscheidung und Trennung der Schutzrechte von dem so präzisierten Substanzrecht:

Sie muss diese instrumentalen Rechte auf die Funktion reduzieren, jene materialen Positionen zu sichern. Sie darf folglich insbesondere nicht die kategorial verschiedenen Geltungsgründe beider Rechte missachten. Vielmehr muss sie verhindern, dass diese sich auf Seiten des Schuldners zu einer diffusen Obligation vermengen, deren Grund in einer apokryphen Erfolgsszusage oder Garantiepflicht zu finden sein soll und deren Grenzen sich deshalb nur noch mit Notkriterien wie der Unmöglichkeit oder der Unzumutbarkeit festlegen lassen. Insbesondere die Frage, ob und wann der Schuldner wegen einer Veränderung der Realitäten von seiner Leistungspflicht frei wird, muss folglich allein aus dem Inhalt des Leistungsversprechens beantwortet werden. Im Ergebnis muss diese Klärung also eben den dogmatischen Stand überwinden, der, wie sich noch weiterhin zeigen wird, für die heutigen Diskussionen kennzeichnend ist.

Rechtsgeschäftliche Verpflichtung und autonome Bindung, 1999, bes. S. 17 ff. sowie noch *Picker*, in Artz/Gsell/Lorenz (Hrsg.), *Zehn Jahre Schuldrechtsmodernisierung*, 2014, S. 1, 9 ff.

³ S. dazu und zum Folg. auch *Picker*, AcP 183, 1983, S. 369, 399 ff. m.w. Nachw. Das gesetzliche Schuldverhältnis ordnet die Leistungsschuld dem Gläubiger genauso als Substanzrecht zu wie das rechtsgeschäftliche.

⁴ Besonders anschaulich etwa der berühmte Bruteier- und der Fleet-Fall, BGHZ 42, 123 und 55, 153 und dazu *Picker*, FS Koziol, 2010, S. 813 ff. und *ZfPW* 2015, 385.

c) Insgesamt ist danach mit der legitimatorischen Trennung von Substanzrecht und Schutzrecht deren funktionaler Zusammenhang klarzustellen:

Zu klären ist die Komplementarität, die die rechtsgeschäftlich begründete Leistungsverpflichtung und die gesetzlich begründete Einstandspflicht im Fall einer Verletzung des Leistungsversprechens zu einer Rechtsgestaltung verbindet, wie sie die geltende Ordnung zugunsten aller sonstigen Rechtspositionen vorsieht. Die systemkonforme Einordnung des Leistungstörungsrechts in das Zivil- und generell das Privatrecht, die seine Unterordnung unter das Grundprinzip der Vorgreiflichkeit der Rechtszuweisung für den Rechtsschutz voraussetzt, erfordert also nächst der inhaltlichen und funktionalen Klärung der beteiligten Rechte und Pflichten die ihres Zusammenwirkens als privatautonom begründete Schuld und gesetzesheteronom angeordnete Haftung.

3. Die Ungeklärtheit der Trennung

Wie die eine, so steht auch die andere Klärung in Rechtsprechung und Schrifttum nach wie vor aus. Zwei zentrale Streitfragen des Leistungstörungsrechts machen das vorab beispielhaft deutlich:

a) Exemplarisch zeigen sich die Ungeklärtheit und in der Folge die Überspielung der Unterscheidung von versprechensbegründeter Schuld und störungsbegründeter Haftung an dem bis heute unerledigten Streit über die rechtliche Begründbarkeit von Mehrleistungspflichten im Rahmen von § 275 Abs. 2 BGB⁵. Denn diese sind weder auf ein vertragliches Leistungsversprechen noch auf ein zurechenbares Verhalten des Pflichtigen als legitimatorischen Grund zurückzuführen. An ihrer Einführung durch die Schuldrechtsreform wird deshalb zur Evidenz offenbar, wie weit man von einem Denken entfernt ist, das mit der Mechanik von Rechtszuweisung und Rechtsschutz den privatrechtlichen Fundamentalsatz beachtet, dass jede Vermögensbewegung unter Privaten einer materialen causa bedarf und dass dieser Satz als Ausdruck des Rechtsgedankens auch den Gesetzgeber bindet: Man unterscheidet und trennt nicht die nach Grund und Aufgaben differenten Obligationen der rechtsgeschäftlich begründeten Schuld und der gesetzlich begründeten Haftung. Im Gegenteil verdunkelt und überspielt man deren legitimatorische und funktionale Abgrenzung und Begren-

⁵ S. dazu eingehend *Lobinger*, Die Grenzen rechtsgeschäftlicher Leistungspflichten, 2004, S. 9 ff.; *Picker* (Fn. 2), S. 1, 4 ff. m. Nachw. aus der Judikatur; *Wilhelm*, DB 2004, 1599 ff.; *Schermaier*, GS Mayer-Maly, 2011, S. 409, 410 ff., 422; mäandernd *Grigoleit*, in Artz/Gsell/Lorenz (Hrsg.), Zehn Jahre Schuldrechtsreform, 2014, S. 55, 61 ff., der die Regelung einerseits als die Privatautonomie wärend verteidigt, andererseits ihren Charakter als gesetzesheteronome Risiko- zuweisung unterstellt; zu dem beliebten Einwand, das Abstellen auf den Parteiwillen führe zu Spekulationen, eingehend *Lobinger* (Fn. 5), S. 127 ff.; den verwunderlichen Widerspruch zwischen der behaupteten Wahrung der Privatautonomie und deren tatsächlichen Nichtbeachtung besonders deutlich demonstrierend *Canaris*, JZ 2004, 214, bes. S. 220 ff., wo es von Rückgriffen auf heteronome Zurechnungsgründe nur so wimmelt.

zung. Die Folge zeigt sich in der Anerkennung von Obligationen, die rechtsgrundlose und deshalb auch maßstabslose Einstandspflichten des Schuldners begründen.

b) Paradigmatisch für die fehlende grundsätzliche Klärung des Leistungsstörungsrechts im System des Zivilrechts ist zum anderen das gleichfalls ungeklärte Problem des Verhältnisses von Leistungserfolg und Leistungsverhalten⁶. Denn an ihm wird wiederum in aller Greifbarkeit deutlich, dass man selbst bei der Folgefrage, in welchem Umfang und mit welchem Aufwand der Schuldner den geplanten Leistungserfolg zu gewährleisten hat, das Zusammenspiel von Rechtszuweisung und Rechtsschutz nicht beachtet: Auch hier klärt man nicht zunächst das Substanzrecht, das neben Sach- eben auch Dienstleistungen beinhalten kann, um dann von ihm aus das im Störungsfall entstehende Schutzrecht zu begründen und zu begrenzen. Auch hier wird vielmehr die rechtsgeschäftlich begründete Schuld, die neben dem zu transferierenden Gut auch die Art und Weise und damit die Kostenregelung des Transfers mitumfasst, vermengt mit der kraft Gesetzesbefehls eröffnete Haftung. Man klärt deshalb auch die Frage der vom Schuldner zu prästierenden „Kraftanstrengung“ nicht von dem Systemprinzip des Zivilrechts aus, dass erst die Rechtszuweisung über den Rechtsschutz entscheidet. Man praktiziert schon hier und also schon bei der der Störungsproblematik vorgelagerten Frage nach dem Inhalt der Leistungspflicht ein freies, von isoliertem Haftungsdenken beherrschtes Ermessen.

c) Die gemeinsame Konsequenz dieser Defizite wird äußerlich an Recht und Rechtswirklichkeit dieses Normenkomplexes deutlich:

Trotz intensivster, seit dem gemeinen Recht betriebener dogmatischer Arbeit, trotz immer neuer Gesetzesentwürfe seit der Geltung des BGB und trotz der großangelegten jüngsten „Modernisierung“ des Schuldrechts gerade in diesem Bereich haben die Klagen, Kritiken und Verdikte⁷ ihre Berechtigung nicht verloren. Trotz der überbordenden Klärungsversuche sind vielmehr so fundamentale und zeitlos erörterte Fragen wie die Genannten ungeklärt und deshalb umstritten geblieben. Die Defizite werden vor allem aber an der inneren Unfertigkeit dieses Rechtsgebiets offenbar, sobald man es an den Wertungs- und Gestaltungsprinzipien misst, nach denen das geltende Recht *außerhalb* der leistungsstörungsrechtlichen Normen und mit größerer Klarheit als dort die von ihm anerkannten

⁶ Das zeigen anschaulich die zahlr. Stimmen, die den rechtsgeschäftlichen Leistungspflichten eine strikte Erfolgsbezogenheit unterstellen, ohne aus dem Vertrag und also aus der partei-autonomen Absprache den jew. geschuldeten Aufwand als deren Bestandteil zu ermitteln; s. dazu m. Nachw. *Lobinger* (Fn. 5), bes. S. 194 ff.; aufschlussreich ist insbes. etwa die stillschweigende Gleichschaltung der Pflichten bei Platz- und Verschaffungsgeschäften, s. dazu m. Nachw. *Picker* (Fn. 2), S. 1, 23 ff.

⁷ S. o. hier nur die Darstellungen u. Nachw. etwa von *Jakobs*, Unmöglichkeit und Nichterfüllung, 1969, S. 11 ff.; *ders.*, Gesetzgebung im Leistungsstörungsrecht, 1985, S. 10 ff.; *Lobinger* (Fn. 5), S. 4 ff.; *Picker* (Fn. 2), S. 1, 5 ff.; *Schur*, Leistung und Sorgfalt, 2001, S. 70.

Rechtspositionen sichert. Denn vollends an diesem Maßstab wird der hier verfolgte Haupteinwand deutlich: Das Recht der Leistungstörung, so sind sein Stand und sein Zustand zusammenzufassen, fristet weithin ein abgekapseltes Dasein jenseits der Systems des Zivilrechts.

II. Die parteiautonom begründete Schuld als Substanzrecht

1. Die Übereinstimmung der Rechtszuweisung im Vertrags- und im übrigen Zivilrecht

Die erstgenannte grundsätzliche Klärung, die scharfe Trennung von Schuld und Haftung, ergibt sich im Genaueren von dem hier verfolgten Systemdenken aus, sobald man die autonome Veränderung der bis dahin bestehenden Güterverteilung durch die Parteien als eine neue, zwischen ihnen gültige Rechtsordnung deutet:

a) Durch ihren Vertrag schaffen die Beteiligten über die allgemeine, zwischen jedermann geltende Rechts- und Güterverteilung hinaus weitere zu respektierende und deshalb verletzbar Rechte des Gläubigers gegenüber dem Schuldner. Denn mit seinem Leistungsversprechen stockt der Schuldner das Vermögen des Gläubigers auf⁸. Er gleicht also nicht lediglich, wie die negatorische, schadens-

⁸ S. Picker, AcP 183, 1983, S. 369, 399ff., 510f.; *dens.*, JZ 1987, S. 1041, 1044; eingehende Darstellung bei Lobinger (Fn. 2), bes. S. 3, 14f., 92ff.; *dens.* (Fn. 5), Grenzen, S. 227f.; s. weiter Wilhelm, Sachenrecht, 6. Aufl., 2019, Rn. 66ff., 75ff.; Katzenstein, Jura 2004, S. 584, 585; Jansen, AcP 216, 2016, S. 112, 120f., 222ff.; Michaels, Sachzuordnung durch Kaufvertrag, 2014, bes. S. 182ff., 354ff., 429f., der freilich eine über das Innenverhältnis der Parteien hinausgehende Sachzuordnung postuliert; die Kritik, die hier vertretene Sicht erkläre nicht, „warum erstens die Parteien mit dem Vertragsschluss eine solche Zuordnung vornehmen und worin zweitens die Anerkennung dieser Zuordnung durch den Gesetzgeber liegt“, erledigt sich mit der Einsicht, dass die Parteien diese Rechtswirkung wollen und dass das Gesetz diesen Willen für wirksam erklärt. Auch muss die inter-partes-Zuordnung keineswegs natural, sie kann auch, wie etwa bei einer Gattungsschuld oder bei Fehlen eines Naturalerfüllungsanspruchs, rein vermögensrechtlich wertmäßig zugeordnet sein. Alles das sieht schließlich auch der *Verf.* selbst, wenn er resümiert, „das Gesetz (macht) durch Zuerkennung des Naturalerfüllungsanspruchs deutlich, dass es die kaufvertragliche Vereinbarung [...] als eine relative Sachzuordnung versteht“ (S. 187). Die Übertreibung der relativen Zuordnung in Richtung eines *ius ad rem* führt freilich, wie exemplarisch die Befürwortung der Drittwiderspruchsklage aus eigenem Recht bei nur obligatorischen Ansprüchen zeigt, zu Fehlkonsequenzen (s. einerseits S. 413f., andererseits Picker, Die Drittwiderspruchsklage in ihrer geschichtlichen Entwicklung als Beispiel für das Zusammenwirken von materiellem Recht und Prozeßrecht, 1981, bes. S. 30ff., 351ff.; *dens.*, FS Jan Schröder, 2013, S. 517ff.; Schwintanski, Deliktsrecht, Unternehmensschutz und Arbeitskampfrecht, 1986, S. 287ff., der S. 289ff. freilich die aus der Verletzung des Vertragsobjekts entspringende Haftung dem Deliktsrecht als solchem zuordnen will); Peukert, Güterzuordnung als Rechtsprinzip, 2008, S. 874ff. (zu dessen großangelegter Lehre von der Rechtszuordnung, die letztlich unschlüssig bleibt, weil sie die den Substanzrechten zugeordneten Schutzrechte – insbesondere die negatorische, s. S. 296ff., und die bereicherungsrechtliche Haftung, s. bes. S. 457ff., 523ff., 826ff. – nicht funktional voneinander trennt und deshalb den Rundumschutz

und bereicherungsrechtliche Haftung, Rechts- und Vermögenseinbußen an schon bestehenden Positionen des Vertragspartners aus. Vielmehr bewirkt er eine Vermehrung in dessen Vermögen, die deren Gegenstand dem Begünstigten in rechtlich gesicherter Weise als Dispositionsobjekt zuweist: Das Leistungsversprechen des Schuldners, dem das Recht Verbindlichkeit beilegt, begründet für den Gläubiger die eingangs beschriebene neue Rechtsposition, die dieser nach freiem Belieben nutzen, namentlich etwa durch Weiterübertragung verwerten oder zur Kreditgewinnung einsetzen kann. Es verschafft ihm folglich als Bindung des Schuldners eine Wertposition, die den sonstigen subjektiven Rechten ökonomisch äquivalent ist und die deshalb auch das Recht als solche beachtet.

b) Als rechtlich relevanter Vermögensbestandteil bildet die obligatorisch zugeordnete Rechtsposition damit eine der beiden Erscheinungsformen der rechtsrelevanten Berechtigungen, die das BGB als Typen der zivilrechtlichen subjektiven Rechte betrachtet:

In früher Klarheit und Anschaulichkeit beschreibt das bereits *Hugo Donellus*. In Abkehr vom rein aktionenrechtlichen Denken der Zeit⁹ bringt er die Vorstellung von einem subjektiven Recht auch des Versprechensempfängers geradezu in dem modernen Verständnis eines property right zum Ausdruck, wenn er wie folgt formuliert: „Id quod nostrum cuiusque est, duplex est. Est enim, quod vere, & proprie nostrum sit: est etiam, quod nobis debeat.“ Wie nämlich beispielhaft für das Eigentum, das „vere“ zum „nostrum“ gehört, gilt auch für das, „quod nobis debeat“, das heißt für das, „ad quod praestandum nobis alius obligatus est“: „Veruntatum effectu iuris quodammodo nostrum videtur, quia ad id consequendum actionem habemus“¹⁰. Das Leistungsversprechen als Zuweisungsakt verschafft dem Empfänger also, so eine heutige aufschlussreiche Beschreibung, „einen Vermögensvorteil – ,[w]ealth, in a commercial age, is made up largely of promises‘ [...] – und der wird ihm wie sein sonstiges Vermögen geschützt [...]“¹¹.

nicht sichert, eingehend *Hoffmann*, Zession und Rechtszuweisung, 2012, S. 51 ff.; s. ferner die u. Fn. 14 ff. Genannten).

⁹ Anders hinsichtlich dieses Wandels des Denkens *Dubischar*, Über die Grundlagen der schulsystematischen Zweiteilung der Rechte in so genannte absolute und relative, Diss. Tübingen, 1961, S. 50 ff.; dort S. 16 auch Proben für die „entprivatisierenden“ Folgen seiner Deutung; *Coing*, in: *Coing/Lawson/Grönfors* (Hrsg.), Das subjektive Recht und der Rechtsschutz der Persönlichkeit, 1959, S. 7, 16f.; dort auch zu dem außerordentlichen Einfluss dieser seinerseits neuen Systematik; *Fezer*, Teilhabe und Verantwortung, 1986, S. 168 mit Fn. 148; *Michaels* (Fn. 8), S. 126.

¹⁰ *Hugo Donellus*, Commentarii de iure civile, lib. II, Cap. VIII, I, Opera Omnia, Tom. Primus, Lucae, 1762, Sp. 227; die weitere Unterscheidung dessen, was „vere [...] nostrum est“ nach „in persona cuiusque“ und „in rebus externis“ ist hier nicht zu verfolgen. Aus der späteren Gesetzgebungsarbeit s. hier nur Protokolle, Bd. II, 1898, S. 567f., wonach man davon ausging, „der Rechtskreis des Einzelnen umfasse [...] zunächst seine eigentlichen Vermögensrechte, dingliche wie obligatorische [...]“.

¹¹ So *Kegel*, Vertrag und Delikt, 2002, S. 98 unter Zitat von *Pound*, An Introduction to the Philosophy of Law, 1922, S. 236 (ohne die Hervorh. i.O.); *Kegels* Kritik an der „Aufsto-

Die Jurisprudenz, so zeigen beide Zitate zeitübergreifend, ging und geht mit der Wirklichkeit: Sie stellt fest, dass der Vertrag neben den schon bestehenden Rechten einen weiteren Rechts- und Güterkreis schafft. Und sie stellt sicher, dass der letztere, beachtet man nur den Unterschied zwischen den je Gebundenen und damit die Beschränkung des Kreises der Schuldner, als Rechtszuweisung die gleiche Anerkennung erfährt wie der erstere.

c) Das geltende Recht lässt an dieser Gleichstellung keinen Zweifel:

Die durch den Vertrag bewirkte Vermögensaufstockung wird vom Gesetz als inter partes zugewiesene Rechtsposition im Prinzip nicht anders behandelt als die übrigen Rechte. Die Tatsache, dass ihr, wie im Weiteren zu verfolgen, mit Selbstverständlichkeit die nach Grund und Ziel gleichen Verteidigungsinstrumente zuerkannt werden, belegt das: Sie offenbart ein einheitliches System von Rechtszuweisung und Rechtsschutz für die schon bestehenden und die rechtsgeschäftlich neu geschaffenen Rechtspositionen. Sie belegt so die Übereinstimmung der Rechtszuweisung im Vertrags- und im übrigen Zivilrecht. Damit aber ist die auch dogmatische Erfassung des Leistungsobjekts als ein inter partes dem Schuldner fremdes, weil dem Gläubiger zugewiesenes und deshalb im Verletzungsfall haftungsbegründendes Gut nicht nur nicht als Produkt eines „vernunftrechtlichen Höhenflugs“¹² beiseite zu schieben – rechtshistorisch verwehrt das bereits *Donellus*! Die Deutung sollte auch konstruktiv nicht die Fassungskraft der gemeinen Vernunft überfordern: Sie beachtet nur eine vom Recht über die Zeiten hinweg anerkannte und deshalb von ihm nach seinen allgemeinen Regeln von Rechtszuweisung und Rechtsschutz behandelte ökonomische Realität.

2. Der Vertrag als substanzrechtsbegründende *lex contractus*

Normativ schaffen Gläubiger und Schuldner danach für ihre Beziehung eine Sonderrechtsordnung:

Durch diese autonom geschaffene Sonderrechtsordnung wird die allgemeine Rechtsordnung modifiziert und ergänzt. Diese Erweiterung der Rechtspositionen des Gläubigers dehnt zugleich die gegenüber dem Schuldner verteidigungsfä-

ckungs“-These (a. a. O., S. 104f.), der „der Gedanke, daß die Wahrscheinlichkeit der Erfüllung einen Vermögensvorteil darstellt [...] fehlt“, missachtet, dass die Rechtsverbindlichkeit als normatives Moment den „Wert“ der Zuordnung begründet. Sein eigenes System, nach dem „die gemeinschaftliche Aufgabe des Vermögensschutzes [...] Vertrag, Delikt, Geschäftsführung ohne Auftrag und ungerechtfertigte Bereicherung tatbestandlich und in den Rechtsfolgen als Geschwister erscheinen [lässt]“ (S. 135 als „Gesamtergebnis“), bleibt trotz zutreffender Ansätze unklar und irreführend, weil es nicht nach Substanz- und Schutzrechten unterscheidet.

¹² So aber *Jakobs*, Gesetzgebung (Fn. 7), S. 28f., Fn. 62, in seiner auch im Weiteren noch aufzugreifenden Kritik der hier verfolgten Lösung; s. dagegen auch schon *Picker*, JZ 1987, 1041, 1044, Fn. 17; dort auch zu der gleichen Deutung des bereicherungsrechtlichen Schutzes nach § 285 BGB.

higen Schutzzräume aus. Der Vertrag als der rechtliche Grund der Verpflichtung, die ihrerseits die Zuordnung neuer subjektiver Rechte im Rahmen der Sonderbeziehung der Parteien begründet, konstituiert und konkretisiert folglich zwischen den Partnern die gleiche Rechtszuweisungs- und Rechtsschutzbeziehung, wie sie bezüglich der schon vorhandenen absoluten Rechte – man nehme als Beispiel nur wieder das Eigentum – zwischen dem Rechtsinhaber und jedem rechtsbedrohendem oder -verletzendem Dritten bestehen. Als die fortan zwischen ihnen gültige „*lex contractus*“, als „selbstgesetztes [...] Recht“ *inter partes*¹³, begründet der Vertrag also mit der autonom geschaffenen rechtsgeschäftlichen Schuld gleichsam ein spezielles Sachen- und Vermögensrecht *inter partes*. Und mit diesem schafft er zugleich den Schutzgegenstand der korrespondierenden speziellen Verhaltens- und Einstandspflichten, die daraus für beide Parteien entstehen.

3. Die Äquivalenz der relativen und der absoluten Rechtszuweisung *inter partes*

Die grundsätzliche Übereinstimmung dieser parteiautONOMEN Rechtszuweisung mit der des Gesetzes wird vollends an den Unterschieden und Gemeinsamkeiten beider Zuweisungsformen deutlich:

Mit dem Abschluss des schuldrechtlichen Vertrags als verbindlichem Leistungsversprechen weist der Schuldner den Leistungsgegenstand dem Gläubiger zu. Er überträgt ihn diesem zwar noch nicht, wie mit dem Erfüllungsakt, „absolut“. Er leistet ihn also noch nicht mit Wirksamkeit jedermann gegenüber. Wohl aber verschafft er ihn „relativ“: Er überträgt ihn mit Wirksamkeit ihm selbst gegenüber. Mit dem Kauf etwa ist folglich „die Sache obligatorisch – ‚*inter partes*‘ – als Eigentum des Käufers anzusehen“¹⁴. Mit dem Vertragsversprechen macht der Schuldner generell dem Gläubiger das Versprochene *inter partes* „zu eigen“. Er ordnet es ihm durch seine Verpflichtung als „relatives Eigen“ zu. „D.h., das im Vertrag versprochene Eigen steht *inter partes* und idealiter bereits dem Erwerber zu“¹⁵. Genauer heißt das: Der Versprechende ordnet es dem Versprechensemp-

¹³ So *Dulckeit*, Die Verdinglichung obligatorischer Rechte, 1951, S. 33 (ohne die Hervorhebung i.O.).

¹⁴ So v. *Caemmerer*, ZHR 127, 1965, S. 241, 262, ebenso schon S. 261 und wieder S. 263 in Herleitung aus den Vorschriften namentlich des Annahmeverzugs und des *stellv. commodum*.

¹⁵ So *Dulckeit* (Fn. 13), S. 33, s. auch S. 34, 40, 45 ff., freilich in anderen Zusammenhängen und ohne die hier zu ziehenden Konsequenzen; die dortigen Übertreibungen (dingliche Berechtigung des Versprechenden nur noch kraft Rechtsscheins, S. 43) ändern an der grundsätzlichen Richtigkeit dieser Deutung nichts; verfehlt deshalb Kritiken wie die von *Heinrich Lange*, NJW 1952, 1366; *Weitnauer*, 2. FS Larenz, 1983, S. 705, 707; zustimmend insoweit dagegen *H. Westermann*, AcP 152, 1952/53; S. 97 ff.; *Enneccerus/Nipperdey*, Allg. Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. I, 1959, § 79 Fn. 22, S. 466; *Brecher*, FS Schmidt-Rimpler, 1957, S. 181, 199; s. auch schon v. *Caemmerer*, FS Rabel Bd. I, 1954, S. 333, 389 Fn. 1; *dens.*, ZHR 127, 1963, 241, 261 ff.; s. im hiesigen Zusammenhang näher *Picker*, AcP 183, 1983, 399, 510 ff.; *dens.*, etwa FS Bydlinski, 2002, S. 269, 316 f.; *dens.*, 1. FS Canaris, Bd. I, 2007, S. 1001, 1028; eingehend *Wilhelm*, Sachenrecht (Fn. 8), Rn. 64 ff., 75 ff.; *ders.*, FG Flume, Zum 90. Geb., 1998, S. 301, 337 ff.; *Lobinger*

fänger *in ihrer Beziehung* im Prinzip wie ein absolutes Recht zu. Er muss das Vertragsobjekt deshalb, obwohl noch jedermann gegenüber sein Eigentum, dem Gläubiger gegenüber wie dessen Rechtsgut behandeln¹⁶. Immer dem Gläubiger gegenüber ist der Schuldner also kraft dessen obligatorischer Rechtsposition fortan nicht anders gestellt als gegenüber jedem Dritten kraft dessen dinglicher Rechte: Im Verhältnis der beiden Vertragsparteien verliert die Unterscheidung nach relativen und absoluten Rechten ihre kategoriale Bedeutung¹⁷. *Inter partes* sind beide Formen der Rechtszuweisung folglich äquivalent. Grundsätzlich anders als im Verhältnis zu Dritten – hier besonders plastisch im Insolvenzfall – steht deshalb in der Beziehung des Gläubigers zu seinem Schuldner das Recht „auf“ die Sache dem Recht „an“ dem Gegenstand gleich¹⁸. Ob dieser kraft dinglichen oder schuldrechtlichen Anspruchs verlangt wird, bleibt hier – immer im Gegensatz zur Rechtsstellung gegenüber externen Dritten – für die Durchsetzbarkeit wie das Ergebnis der Rechtsverfolgung ohne Belang.

III. Die gesetzesheteronom begründete Haftung als Schutzrecht

1. Die Übereinstimmung des Rechtsschutzes im Leistungstörungs- und im sonstigen Zivilrecht

a) Die Übereinstimmung als Konsequenz der Rechtszuweisung

Die Funktion des Vertrags für Schuld und Haftung ist danach im Grundsätzlichen klar zu beschreiben:

Schaffen die Parteien durch ihren Vertrag eine Rechtsposition des Gläubigers gegenüber dem Schuldner, so hat das Recht sie in Konsequenz seiner Anerkennung dieser autonomen Gestaltung wie alle anderen subjektiven Rechte zu schützen. Es muss sie folglich durch die Gewährung seiner heteronomen Verteidigungsinstrumente sichern. Es muss dem Schuldner im Verhältnis zum Gläubiger also die prinzipiell gleichen Sorgfaltspflichten gegenüber dem neuen, vertraglich zugeordneten Gegenstand auferlegen, wie es sie jedem Rechtsgenossen gegenüber den schon bestehenden Rechten Dritter aufgibt. Und es muss ihn im Fall einer zurechenbaren Verletzung dieser Verhaltensgebote mit den wiederum prinzipiell

(Fn. 2), S. 14; *ders.* Fn. 5), S. 227 ff.; *Hartmann*, Der Anspruch auf das stellvertretende *commodum*, 2007, bes. S. 18 ff., 61 ff.; *Richardi*, JuS 1984, S. 825, 828; *ders.*, ZfA 1985, S. 101, 111 f.

¹⁶ S. mit Hinweis auf weitere Klärungen auch schon *Picker*, JZ 1987, S. 1041, 1044 f. Fn. 17.

¹⁷ S. dazu *Jakobs*, Eingriffserwerb und Vermögensverschiebung in der Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung, 1964, S. 20 Fn. 16; *Picker*, AcP 183, 1983, S. 369, 401, 511; *Wilhelm*, Rechtsverletzung und Vermögensentscheidung als Grundlagen und Grenzen des Anspruchs aus ungerechtfertigter Bereicherung, 1973, S. 25 Fn. 40., 73 ff.; *Lobinger* (Fn. 2), S. 90.

¹⁸ Zu der parallelen Problematik des Verhältnisses zwischen dem Recht „an“ der Forderung und dem „aus“ der Forderung s. – dort unter dem Thema des deliktischen Schutzes der Forderung – m.w. Nachw. *Picker*, FS Canaris (Fn. 14), S. 1001, 1005 ff., 1027 ff.

gleichen Einstandspflichten belasten, wie sie jeden Verletzer fremder Rechtspositionen treffen: Wie sonst hat die Rechtszuweisung hier den Rechtsschutz zur zwingenden Folge. Und wie erwähnt reagiert denn auch das Gesetz wie selbstverständlich diesem Sachzwang entsprechend: Inter partes besteht, so ist zu erinnern, kein Unterschied zwischen absoluten und relativen Rechtspositionen. Entsprechend kann auch kein grundsätzlicher Unterschied zwischen den Strukturen und Funktionen ihres Schutzes bestehen. Allein das fortwirkende verfehlte Verständnis, dass das Leistungsversprechen des Schuldners schon selbst und als solches auch dessen Versprechen oder die Garantie umfasse, er werde im Störfall das finanzielle Interesse des Gläubigers leisten, allein also die Vermengung von nicht genau ermittelter rechtsgeschäftlich begründeter Schuld und gesetzlich angeordneter Haftung hat diese Einsicht erschwert und steht ihr bis heute im Wege.

b) Die zeitübergreifende Anerkennung einer einheitlichen Schutzstruktur

aa) Exemplarische frühe Stimmen

Auch diese Konsequenz aus dem Verständnis des Leistungsversprechens als eines dem Gläubiger gegenüber dem Schuldner zugewiesenen Rechts hat Tradition:

Eröffnet war diese Tradition mit dem zitierten System von *Donellus*. Denn von ihm aus konnten, wie man treffend bemerkt hat, „die unerlaubten Handlungen als Verletzung subjektiven Rechts aufgefasst werden“¹⁹. Besonders klar hat diese Sicht *Hugo Grotius* zum Ausdruck gebracht: Für diesen wie seine gesamte Epoche galt als so gut wie fraglose Regel, dass Pflichtverletzungen im Rahmen einer Sonderverbindung, einschließlich der der Vertragsanbahnung, die Haftung auf Schadensersatz begründen²⁰: Tatbestandliche Verengungen, wie sie sich später aus der Anknüpfung an die Merkmale von „Unmöglichkeit“ und „Unvermögen“ ergeben, bestanden noch nicht. Man formulierte vielmehr: „Maleficium hic appellamus culpam omnem, sive in faciendo, sive in non faciendo, pugnantem in eo quo aut homines communiter aut pro ratione certae qualitatis facere debent. Et tali culpa obligatio naturaliter oritur si damnum datum est, nempe ut id resarciatur“²¹. *Grotius* unterschied darüber hinaus aber auch in aller Klarheit den legitimatorischen Grund dieser heteronomen Verpflichtung von dem der autonom begründeten Leistungspflicht. Unter dem Thema „De promissis“ heißt es insoweit: „Quod si promissor negligens fuit in re exploranda, aut in suo exprimendo, et damnum inde alter passus est, tenebitur id resarcire promittor, non ex vi promissionis, sed ex damno per culpam dato [...]“²². Die Bewertung des vom Schuld-

¹⁹ So *Coing* (Fn. 9), S. 7, 17.

²⁰ S. dazu m. weiteren Nachw. *Picker*, AcP 183, 1983, S. 369, 460ff. sowie JZ 1987, S. 1041, 1048.

²¹ *Grotius*, *De iure belli ac pacis*, Ausg. Amsterdam 1670, Lib. II, cap. XVII, § 1, S. 294.

²² *Grotius* (Fn. 21), Lib. II, cap. XI § 6, 3, S. 225.

ner versprochenen Gegenstands als Teils des Vermögens des Gläubigers und damit als Bestandteils seiner zu schützenden Rechte liegt hier zutage: Die Gleichbehandlung mit dessen übrigen Rechtspositionen ist hier nicht mehr als eine schon logisch zwingende Folge. Beides aber, die Zuordnung des Versprochenen als Rechtsposition des Gläubigers wie deren Schutz im Fall eines verletzenden Verhaltens des Schuldners, stellt sich als eine selbstverständliche Deutung der Parteibeziehungen dar.

bb) Exemplarische gemeinrechtliche Stimmen

So geläufig wie dieser frühen Epoche ist dasselbe Rechtsdenken offenbar auch der späten gemeinrechtlichen Doktrin:

(1) Exemplarisch ist aus dieser Zeit die Beschreibung von *Schlossmann*, dass „die Nichterfüllung der Zusage wie eine Vermögensbeschädigung“ zu betrachten sei und dass deshalb der Nachteil des Gläubigers, welcher „jemandem dadurch verursacht wird, dass ihm eine versprochene Sache nicht geleistet wird, [...] in nichts von demjenigen verschieden ist“, welchen jemand durch „die Zerstörung oder die Entwendung einer ihm gehörigen Sache“ erleidet. Auch hier liegt die Gleichbehandlung des vertraglich Versprochenen mit den beim Gläubiger schon vorhandenen namentlich dinglichen Rechten als eine natürliche, wenn nicht selbstverständliche Deutung zutage: Beide werden gleichermaßen als Substanzrecht erfasst. Entsprechend unbefangen wird deshalb aber auch beiden der gleiche Schutz zuerkannt: „Es giebt“, so wird als Konsequenz ausgeführt, „keinen Grund, diese verschiedenen Fälle als juristisch zu sondernde Erscheinungen aufzufassen“. Vielmehr soll als „Axiom“ der „Grundsatz“ gelten, dass der, der „schuldhafterweise einen anderen verletzt, [...] zur Wiederausgleichung des Schadens verpflichtet“ sei²³.

(2) Dem entspricht, immer auch in der Selbstverständlichkeit dieser Sicht, die These der einflussreichen Arbeit von *Hasse* über die culpa. Zwar hebt der Autor mehrfach hervor, dass die aquilische und die „auf einer vorhergehenden obligatio beruhende ... culpa“ zu unterscheiden seien²⁴. Denn dort gehe es um ein „widerrechtliches Thun“, während hier „das Thun nur darum verwerflich“ sei, „weil es ein negligere, quod fieri debet zur Folge hatte“. Daran aber, dass Delikt und Vertragsverletzung dennoch „in einem Punkt zusammentreffen“²⁵, besteht für ihn kein ernsthafter Zweifel: Zur culpa innerhalb der Obligation, die ausdrücklich mit der aquilischen culpa zu vergleichen sein soll, „gehört“ nach ihm „vor allem auch das Beschädigen oder gar Zerstören einer dem anderen schuldigen

²³ So *Schlossmann*, *Der Vertrag*, 1876, S. 288f., ohne die dortigen Hervorh. und in teilweiser Abänderung seiner physiologisch orientierten Wortwahl; s. insbes. auch *Carl Neuner*, *Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse*, 1866, bes. S. 162ff. und dazu *Picker*, 2. FS Canaris, 2017, S. 579, 601f.

²⁴ So *Hasse*, *Die Culpa des Römischen Rechts*, 1. Aufl., 1815, § 35, pr., S. 166.

²⁵ So *Hasse* (Fn. 24), S. 168f.

Sache“. Denn auch dieses Verhalten ist rechtlich „verwerflich“, weil es „sich von selbst versteht, daß der, welcher alles Mögliche thun muß, was zur Leistung erforderlich ist, nicht etwas thun dürfe, was ihm die Leistung ganz oder zum Theil unmöglich macht“²⁶.

(3) Besonders klar kommt diese Vorstellung gleichsam von einem Delikt innerhalb der Obligation schließlich in der pandektistischen Lehrbuchliteratur bei *Brinz* zum Ausdruck: Dieser beklagte zwar, „worin des näheren innerhalb einer Obligation überhaupt eine Verschuldung durch dolus und culpa möglich sei, ist vielleicht niemals eigens untersucht, keinesfalls aber einig festgestellt worden“²⁷. Er konstatierte also ein Defizit, das sich aufgrund der schon erwähnten geringen Bedeutung der Frage angesichts einer umfassenden Haftung ergab²⁸. Seinerseits aber bestimmte er den Tatbestand der Vertragsverletzung unter Ablehnung der *Windscheid*'schen Beschränkung auf Fälle der Leistungsunmöglichkeit²⁹ – damit die Verfehltheit dieses bis heute mitgeschleppten Kriteriums demonstrierend – gleichfalls so lapidar wie umfassend: „Ihrem allgemeinen Wesen nach“, so heißt es bei ihm, „ist die Verschuldung innerhalb der Obligation von gleicher Beschaffenheit wie außerhalb der Obligation; hier wie dort ist sie eine Uebelstiftung (Uebelthat) [...]“³⁰.

cc) Exemplarische heutige Stimmen

(1) Die grundsätzliche Anerkennung der Gleichheit von Verletzung und Schutz in beiden Rechtsgebieten

Die Vorstellung von der prinzipiellen Gleichartigkeit der Rechtsverletzung, die ein dem Gläubiger gegenüber dem Schuldner zugewiesenes Leistungsobjekt oder das jedermann gegenüber geschützte Gut eines Dritten betrifft, ist bald mehr, bald minder bewusst auch in der Gegenwartsdogmatik lebendig geblieben:

(a) So betont man, dass sich die Haftungsstruktur bei relativen und absoluten Rechten „entgegen dem äußeren Anschein [...] im Prinzip ähnlich“ verhalte. Und man verdeutlicht diese Parallelität daran, dass die Nichtleistung – mithin immer auch die Leistung eines beschädigten oder fehlerhaften Objekts – „als ‚Verletzung‘ der auf Leistung gerichteten Forderung“ zu betrachten sei³¹. Man betont

²⁶ So *Hasse* (Fn. 24), S. 166, 167, dort das Zitat; s. auch 2. Aufl., 1838, S. 126 f.

²⁷ So *Brinz*, Lehrbuch der Pandekten, 2. Bd., 2. Aufl., 1879, § 266, 1, Fn. 7, S. 250.

²⁸ Darauf weist zutreffend *Himmelschein*, AcP 158, 1959/60, S. 273, hin.

²⁹ S. *Brinz* (Fn. 27), § 266 pr., S. 249; zu beachten ist, dass der Autor laut Fn. 3 a. a. O. die – heu-

tige – Rechtswidrigkeit miteinschließen will; s. zur Lehre von *Brinz* schon *Himmelschein*, AcP 158, 1959/60, S. 273 und 291 Fn. 17; *Picker*, AcP 183, 1983, S. 369, 452 ff., 454 f. mit w. Texten; *Würthwein*, Schadensersatz für Verlust der Nutzungsmöglichkeit einer Sache oder für entgangene Gebrauchsvorteile?, 2001, S. 205; *Schur* (Fn. 7), S. 1 f.; s. auch noch *Wollschläger*, Die Entstehung der Unmöglichkeitstheorie, 1979, S. 143 ff.

³¹ So *Braun*, AcP 205, 2005, 127, 129 ff., 137; s. auch S. 134 ff. sowie S. 140, mit treffender

die heute „nicht mehr ausreichend bewusst“ gemachten „gemeinsamen Grundlagen des deliktischen und vertraglichen Haftungsrechts“. Und man sieht deshalb in der „Verletzung einer Leistungspflicht [...] ähnlich der Verletzung eines der nach § 823 I BGB geschützten Rechte und Rechtsgüter [...] die Verletzung eines bestimmten Rechts des Gläubigers [...], nämlich die [...] seines schuldrechtlichen Anspruchs“³².

(b) Insbesondere hebt man hervor, dass „das Erfüllungsversprechen als autonome Regelung [...] nur die Grundlage der Leistungspflicht ist, nicht aber die Grundlage des Schadensersatzes der Nichtleistung“. Und man betont, dass diese „heteronome Haftung“ „aus dem allgemeinen Gedanken der Schadenshaftung“, also aus einem generellen, für alle Rechtspositionen gültigen Schutzprinzip zu begründen sei³³. Damit sind in diesen Lehren alle Nachwehen der römischen Tradition, namentlich aber auch ihre Anleihen beim angloamerikanischen Recht überwunden: Die Vorstellung von einer rechtsgeschäftlichen Garantie ist als Fiktion aus tatsächlichen Gründen zurückgewiesen, die von einer gesetzlichen Erfolgsgewähr ist als Vorteil, der keinerlei causa hätte, aus rechtlichen Gründen aus den Legitimationsüberlegungen ausgeschieden.

(c) Besonders klar hat man diese prinzipielle Gleichförmigkeit des Schutzes der relativen und der absoluten Rechte im schon berührten Streit um die Mehrleistungspflichten nach § 275 Abs. 2 BGB hervorgehoben:

Man hat betont, dass der Schuldner „mit dem Abschluss des Schuldvertrags [...] abstrakt nicht anders als etwa bei einer Eigentumsübertragung [...] dem Gläubiger lediglich eine Rechtsposition verschafft, den Leistungsanspruch [...]“. Und man hat von dieser Rechtszuweisung ebenso klar den Rechtsschutz unterschieden: Diese Rechtsposition, so wird das im Vorangegangenen Ausgeführte verdeutlicht, werde nicht mehr durch den vertraglichen Anspruch als solchen geschützt. Vielmehr werde sie „wie jede andere Rechtsposition [...] in ihrem Bestand und in ihrem Wert durch Sorgfalts- und schließlich Haftpflichten“ als zugewiesenes Gut gesichert³⁴. Als greifbare positivrechtliche Anerkennung dieser Sicherung wird auch hier die sachliche Übereinstimmung der Haftungssysteme genannt, die wie die absoluten, so auch die relativen Rechte durch Verwirklichung, Wiedergutmachung und Abschöpfung schützen. Zugleich wird damit die

Rechtfertigung der Maßgeblichkeit des Substanzrechts für die Schutzrechte; s. namentlich auch die grundsätzlichen Überlegungen von *J. Schmidt*, FS Jahr, 1993, S. 401, 412 ff.; s. auch *Picker*, AcP 183, 1983, S. 369, 371 ff., 460 ff., 473 f.; *dens.*, JZ 1987, 1041, 1043 ff.

³² So *Schur* (Fn. 7), S. 3, s. weiter S. 69 ff. und dann passim, der diese mit dem hier verfolgten, sich berührenden Axiom (s. auch S. 243 ff.), dann freilich nicht konsequent durchführt, namentlich deshalb nicht, weil er in der Nichterfüllung keine Rechtsverletzung sieht (S. 3, 69 f.) und die Pflichten nicht als Schutzrechte aus dem Substanzrecht des Gläubigers entwickelt, sondern eher umgekehrt verfährt; zu ihm *Braun*, AcP 205, 2005, S. 127 ff., 146 ff.; auch *Lobinger* (Fn. 5), S. 227 f., Fn. 496.

³³ So *Wilhelm* (Fn. 14), S. 301, 340; *ders.* (Fn. 8), Rn. 88 ff.

³⁴ So *Lobinger* (Fn. 5), S. 227; *Bernhardt*, Jura 2006, 801 ff.

herrschende Gegenvorstellung von einer versprechensübersteigenden Leistungsverpflichtung als Paradoxie widerlegt: Im Umkehrschluss aus der Strukturgleichheit des rechtlichen Schutzes wird treffend gefolgert, dass es „ganz und gar künstlich erscheinen müsste, wollte man die jeweiligen Ansprüche nur *nach* der Übereignung auf einen Befehl der Rechtsordnung selbst zurückführen und davor, mangels eines solchen Befehls, auf eine entsprechende Haftungszusage des Schuldners“³⁵.

(2) Die grundsätzliche Unterscheidung zwischen Leistungs- und Schutzpflicht

Nicht zuletzt ist für die hier verfolgte Deutung aber auch das breite, weithin freilich eher problemverdunkelnde Bemühen innerhalb der Schuldrechtsdogmatik vor wie nach der Reform anzuführen, das darauf zielt, den Leistungspflichten des Schuldners „*Schutzpflichten*“³⁶ oder, so die moderne Spielart, „*Verkehrspflichten*“³⁷ gegenüberzustellen:

(a) Diese Versuche sind im Schwerpunkt auf die Fälle der positiven Forderungsverletzung bezogen, mithin auf Gläubigerrechte und -interessen jenseits des Leistungsgegenstands. Und schon hier haben sie, wie an anderer Stelle gezeigt, wenig Klarheit geschaffen, wenn sie etwa mit Sozialkontakts-, Vertrauens- oder Berufshaftungskonstruktionen eine „*dritte Spur*“³⁸ zwischen vertraglicher und deliktischer Haftung zu begründen versuchen. Denn statt das Systemprinzip des geltenden Rechts aufzudecken, nach dem jede Rechtszuweisung den prinzipiell gleichen Rechtsschutz erfährt, haben sie mit diesen hybriden Konstrukten die Problematik weiter verdunkelt, hier insbesondere die der Haftung für primäre Vermögensschäden³⁹. Die unüberschaubaren Diskussionen in diesem Bereich offenbaren deren Dilemma: Man verfehlt den systemkonstitutiven strengen Dualismus von autonomer und heteronomer Begründung der Pflichten. Man sucht deshalb in neuen, rechtsunbekannten Haftungsgründen die Lösung.

(b) Erst recht können diese Lehren damit das zentrale Problem der Harmonisierung von Leistungs- und Einstandspflichten nicht lösen:

³⁵ So *Lobinger* (Fn. 5), S. 228, Hervorh. i.O.

³⁶ S. nur etwa *Kreß*, Lehrbuch des allgemeinen Schuldrechts, 1929, § 16 III 3a, S. 324 f; das., b, S. 330f.; *Heinrich Stoll*, AcP 136, 1932, S. 377, 387ff., 398ff.; *dens.*, Die Lehre von den Leistungsstörungen, 1936, S. 27ff.; *Canaris*, JZ 1965, S. 475ff.; *Grigoleit*, 1. FS Canaris, Bd. I, 2007, S. 275ff.; Überblick bei *Huber*, in Bundesminister der Justiz (Hrsg.), Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bd. I, 1981, S. 647, 736ff.; *Schur* (Fn. 7), S. 15ff.

³⁷ S. etwa v. *Caemmerer*, FS Deutscher Juristentag, Bd. II, 1960, S. 49, 71ff., auch S. 115ff.; *Huber* (Fn. 36), S. 647, 737f.; zur Erfassung der Verkehrspflichten und ihrer Rechtszuweisungsfunktion s. *Picker* (Fn. 1), S. 347ff., 456ff.

³⁸ So *Canaris*, 2. FS Larenz, 1983, S. 27, 84ff.; *Grigoleit* (Fn. 36), S. 275, 306.

³⁹ S. auch dazu *Picker*, AcP 183, 1983, S. 369, 385ff., 433ff., 489ff.; *dens.*, JZ 1987, S. 1041, bes. 1043ff.; *dens.*, 1. FS Medicus, 1999, S. 397, 426ff.

Auch diese Lösung ist zwangsläufig so lange nicht zu erwarten, wie man sie nicht in dem genannten Systemprinzip sucht. Sie wird im Gegenteil weiter verhindert, solange man etwa die „Schutzpflichten“ als Obligationen begreift, die, um eine prominente Doktrin zu zitieren, nicht nur von den „Nebenschulden“ sowie von den „allgemeinen Verhaltenspflichten“ zu unterscheiden, die vielmehr darüber hinaus „erst durch die Begründung eines Vertrauensverhältnisses“ entstehen und deshalb „mit dem Vertragsinhalt nichts zu tun [haben] sollen“⁴⁰: Mit den neuen rechtsfremden Obligationen schafft man neue rechtsferne Pflichten. Mit den Versuchen ihrer Implementierung in das etablierte System verschärft man die ohnehin schon bestehende Verwirrung. Insgesamt bleiben diese Versuche also hinter den hiervor zitierten Stellungnahmen zurück.

(c) Unverkennbar aber zielen auch diese Lehren ihrem grundsätzlichen Anlass nach in die gleiche oder eine ähnliche Richtung wie das hier verfolgte Konzept:

Wenn nach ihnen zwischen „Erwerbsansprüchen“ und „Schutzansprüchen“ differenziert⁴¹ oder wenn genereller das Schuldverhältnis als das Fundament der Leistungsverpflichtung gleichsam komplettiert werden soll durch ein „Schutzverhältnis“⁴², so lassen sie sich zumindest annäherungsweise von einer Vorstellung leiten, wie sie dem dargelegten Denken entspricht. Auch ihnen geht es dann nämlich offenkundig darum, die durch das Schuldverhältnis begründete Obligation, das versprochene Leistungsobjekt zu erbringen, sachlich wie dogmatisch von der kraft Gesetzesbefehl bestehenden Pflicht abzugrenzen, die Rechte und Interessen des Leistungsempfängers nicht zu verletzen. Auch sie sind folglich zumindest ansatzweise darauf gerichtet, von der Rechtszuweisung aus den Rechtsschutz zu bestimmen. Allen schon dargelegten und allen noch aufzuzeigenden Unfertigkeiten und Fehlfolgerungen zum Trotz demonstrieren damit auch diese modernen Doktrinen, dass das in der Geschichte gewachsene, ins BGB als Systemprinzip eingegangene Denken in Kategorien, wie sie die Begriffe des Substanz- und des Schutzrechts formulieren, zumindest subkutan weiter fortlebt.

(3) Die Unfertigkeit der Klärung

Gerade die Lehren, die die gegenwärtige Dogmatik bestimmen, machen damit neben dem Grund, dem dieses Fortleben zu verdanken ist, zugleich die Ursache für das Verdeckte und Unfertige dieses Fortlebens deutlich:

(a) Seit dem historischen Schritt von der aktionenrechtlichen Konzeption des Zivilrechts zu dessen Verständnis als einer materiellrechtlich-vorprozessualen Ordnung von subjektiven Rechten des Einzelnen ist ein wie immer dann konkret

⁴⁰ So die bis heute fortwirkenden (s. nur etwa *Kramer*, in MünchKomm BGB, Bd. 2a, 4. Aufl., 2003, Einl. Rn. 80 ff.; § 241 Rn. 7 ff., jew. m.w. Nachw.) Beschreibungen bei *Heinrich Stoll*, *Lehre* (Fn. 36), S. 28 ff.

⁴¹ So *Kreß* (Fn. 35), § 1, 2 S. 1 im folg. Text.

⁴² S. nur *Huber* (Fn. 36), S. 647, 736.

ausgestaltetes Denken in Substanz- und Schutzrechten nicht zu umgehen⁴³. Es ergibt sich von ihm aus gleichsam mit dem Zwang der Natur der Sache. Denn mit der Vorstellung von individuell zugewiesenen Ge-, Verbrauchs- und Nutzungsrechten ist die Anerkennung von akzessorischen instrumentellen Verteidigungsrechten untrennbar verbunden, soll die Rechtsgewährung ihre Zwecke erfüllen. Die modernen Schutzpflichtdoktrinen sind also, die Kontingenz selbst solcher Großentwicklungen zugestanden, von den einmal gewählten Prämissen aus das Resultat und der Ausdruck einer entwicklungsgeschichtlichen Logik und geradezu Gesetzmäßigkeit.

(b) Die zitierten Lehren verfehlen jedoch die volle Klärung der inhaltlichen Verschiedenheit und des funktionellen Zusammenspiels dieser beiden Rechte:

Sie scheitern, weil sie deren unterschiedlichen Geltungsgründe und mit diesen die strikte Präjudizialität des einen für das andere nicht oder nicht genügend beachten. Ihre Anhänger denken deshalb ihren richtigen Ansatz nicht wirklich fort und zu Ende: Sie sehen nicht oder decken nicht auf, dass sich die Haftung wegen Nichterfüllung von der wegen Verletzung anderer beim Gegner oder bei Dritten schon vorhandener Rechte, sei es aus Delikt oder aus funktionsgleicher „positiver Vertragsverletzung“ allein nach dem Schutzobjekt unterscheidet⁴⁴. Sie berücksichtigen deshalb nicht oder nicht genügend, dass insbesondere die Eigenschaft des zu schützenden Rechts als relative oder absolute Berechtigung an der grundsätzlichen Gleichheit der Einstandspflichten nichts ändert, weil diese Wesensverschiedenheiten allein für den Kreis der Geschützten Bedeutung besitzt. Selbst in weit elaborierten Lehren bleibt es infolgedessen bei dunklen Andeutungen wie denen, es müssten die Schutzpflichten gegenüber den allgemeinen Rechtspflichten „anders bemessen“ werden⁴⁵. Oder es bleibt, noch defizitärer, bei Erläuterungen wie der, diese Schutzpflichten seien gegenüber den Leistungspflichten als „verschiedenartige Beziehungen“ zu begreifen⁴⁶.

(c) Insgesamt demonstrieren damit die heutigen Unterscheidungen von Leistungs- und Schutzpflichten mit ihrer Durchführung ihre Ferne, mit ihrem Ansatz aber auch ihre Nähe zum System des Zivilrechts:

Zwar gelingt ihnen nicht, das Zusammenwirken von Substanz- und Schutzrecht exakt zu erfassen und als das übergreifende Gestaltungsprinzip aller Haftungen

⁴³ S. hier nur *Picker*, 2. FS Canaris (Fn. 23), S. 579 ff.

⁴⁴ Anders insoweit aber *Kreß* (Fn. 36), § 1, 2a und b, S. 2 ff. angesprochen; s. dazu auch *Schur* (Fn. 7), S. 19; wie hier die o. Fn. 34 f. Genannten.

⁴⁵ So wiederum die repräsentative Darstellung von *Heinrich Stoll*, Lehre (Fn. 36), S. 28, insofern in der Absicht, statt § 831 den wirksameren § 278 BGB anwenden zu können.

⁴⁶ So *Stoll*, Lehre (Fn. 36), S. 29 in der weiteren Beschreibung seines Konzepts. Ungeklärt und deshalb weiter verwirrend bleibt dort schließlich auch – immer exemplarisch für den heutigen Diskussionsstand –, dass auch die Nebenpflichten auf die Verwirklichung der für sie referenziellen Rechtsposition bezogen sind und deshalb ihrer Natur nach negatorische Haftungen darstellen.

fruchtbar zu machen. In ihrer prinzipiellen Strukturvorstellung aber bewegen auch sie sich auf der hier verfolgten, namentlich von den zitierten frühneuzeitlichen Autoren gebrochenen Bahn: Bald mehr, bald minder intuitiv und deshalb bald mehr, bald minder klar artikuliert folgen auch sie einer Zivil- und Privatrechtsdeutung, die von der Mechanik zwischen Rechtszuweisung und Rechtsschutz als Leitregel ihrer Rechtsgestaltungen ausgeht.

c) *Das Leistungsversprechen als Gegenstand des leistungsstörungenrechtlichen Schutzes*

Zusammengefasst bestätigen die exemplarisch referierten Lösungsvorschläge dieses Systemverständnis danach als bald erkannte, bald nur mehr erfüllte tragende Rechtsvorstellung:

Wird die vertragliche Erfüllungspflicht des Schuldners auf das reduziert, was dieser dem Gläubiger zu leisten verspricht, so ergibt sich eine einheitliche Struktur des Schutzes, die dieser Rechtsposition wie allen sonstigen Rechten in der geltenden Ordnung zuteilwird. Die vertraglich begründete Schuld verhält sich dann zu der gesetzlichen leistungsstörungenrechtlichen Haftung wie jede Rechtszuweisung zu ihrem Rechtsschutz. Immer ist folglich auch das Zusammenspiel von materialer Herrschafts- und instrumentaler Verteidigungsbefugnis grundsätzlich ein und dasselbe. Für das Recht der Leistungsstörungen heißt das: Sachlich wie rechtlich legt der Vertrag mit seinen schuld begründenden Versprechen die Substanzrechte fest, die Gegenstand einer inter partes relevanten Rechtsverletzung sein können und damit Objekt der speziellen Schutzrechte der Parteien, die das Leistungsstörungenrecht in Übereinstimmung mit dem generellen Rechtsschutz des Zivilrechts gewährt.

2. Die Übereinstimmung der Schutzrechtsfiguren

Die Figuren und Formen des rechtlichen Schutzes, den das BGB und seine heute gesicherten Fortbildungen den vertraglich geschaffenen relativen Rechtspositionen gewähren, führen diese prinzipielle Übereinstimmung mit der Sicherung aller übrigen, namentlich auch der absoluten Rechte, genauer vor Augen:

Wirkt ein vertragsexterner Dritter nachteilig auf das Vertragsobjekt ein, stehen dem Gläubiger kraft eigenen Rechts keine Abwehr-, Wiedergutmachungs- oder Abschöpfungsbefugnisse zu. Nimmt dagegen der Schuldner die gleiche Einwirkung vor oder verweigert er die Erfüllung, so setzt er sich dem ungeschriebenen vertraglichen Unterlassungs- oder dem seiner Natur nach negatorischen Erfüllungsanspruch⁴⁷ sowie den Schadensersatz- und Bereicherungsansprüchen nach den §§ 280 ff., 285 BGB aus. Der Gläubiger kann sich folglich ihm gegenüber mit

⁴⁷ S. dazu schon *Neuner* (Fn. 23), S. 162 ff., ferner *Picker* (Fn. 1), S. 33 Fn. 12; ähnlich, wenn auch unscharf, *Hans Stoll*, JZ 2001, 589, 590.

dem Rundumschutz der negatorischen, schadens- und bereicherungsrechtlichen Rechte auf Rechtsverwirklichung, Wiedergutmachung und Abschöpfung wehren. Der Schuldner, der mit seinem inter partes nicht mehr ihm gehörigen Vertragsgegenstand wie mit einem fremden Gut umgehen muss, haftet ihm wie jeder Rechtsunterworfenen, der fremde Rechtspositionen verletzt. Der Vertrag, der das Leistungsobjekt dem Gläubiger innerhalb der Sonderbeziehung als „relatives Eigen“ gegenüber dem Schuldner zuweist, steht zu dessen Sonderhaftung kraft Leistungsstörung also in demselben Korrespondenzverhältnis wie etwa die paradigmatischen substanzrechtlichen Regelungen der §§ 903 ff. BGB zu denen der §§ 985/1004, 823 und 812 BGB⁴⁸ als der hier „zuständigen“ schutzrechtlichen Gestaltung.

3. *Das Leistungsstörungsrecht als Anwendung der allgemeinen Haftungssysteme in einer Sonderverbindung*

Als grundsätzliches Resultat und als Ausgangspunkt für alle hier nur anzuregenden weiteren Prüfungen ergibt sich aus allem:

a) Auch die Leistungsstörung ist mit den Geltungs- und Gestaltungsprinzipien zu erfassen, nach denen die geltende Ordnung generell über Einstandspflichten bei Verletzungen von Rechtspositionen entscheidet. Maßgeblich ist auch hier das Prinzip, dass das Zivil- und generell das Privatrecht durch die Rechtszuweisung den Rechtsschutz präjudizieren. Auch für das Leistungsstörungsrecht als Teil des Zivilrechts gilt es also zu sehen, dass nur, dass grundsätzlich aber auch immer dann ein negatorischer Rechtsverwirklichungs-, ein schadensrechtlicher Restitutions- und ein bereicherungsrechtlicher Abschöpfungsanspruch in Betracht kommen kann, wenn der Verletzer durch sein Verhalten oder den Zustand seines eigenen Rechtsraums in einen gerade ihm gegenüber geschützten Rechtsbereich des Verletzten zuweisungswidrig eingreift. Innerhalb der Sonderbeziehung der Parteien eines vertraglichen oder gesetzlichen Schuldverhältnisses und mithin für die von ihm begründeten relativen Rechtspositionen gilt folglich dieselbe Mechanik zwischen Rechtszuweisung und Rechtsschutz, wie das Gesetz sie für die absoluten Rechte und ihren Schutz jedermann gegenüber bestimmt und durch die Trennung der §§ 903 ff. BGB von den Haftungsnormen besonders klar für das Eigentum vorschreibt.

b) Danach ist die *Leistungsstörung* nicht als ein Konflikt zu begreifen, der einem Regime von systemabgelösten Sondervorschriften untersteht. Ihre verbreitete abgekapselte Behandlung ist nach geltendem Recht weder nötig noch berechtigt. Vielmehr ist sie mit der Unterstellung unter die allgemeinen Grundsätze von

⁴⁸ Zu den §§ 987 ff. BGB als bloßen Spezialregelungen der letzteren Haftung s. *Dimopoulos-Vosikis*, Die bereicherungs- und deliktsrechtlichen Elemente der §§ 987–1003, 1966, bes. S. 52 ff., 100 ff.; *Picker* (Fn. 1), S. 252.

Rechtszuweisung und Rechtsschutz im Prinzip wie jede sonstige Kollision von Rechtspositionen zu erfassen: Hier wie dort entscheidet das Substanzrecht, konkret also die durch das Leistungsversprechen begründete Schuld, im Verletzungsfall über das je begründete gesetzliche Schutzrecht. Und hier wie sonst gewährleisten diese Schutzrechte ungeachtet ihrer unterschiedlichen Benennung und Lozierung im BGB der Sache nach die Rundumsicherung, die außerhalb des Leistungsstörungenrechts die Trias der allgemeinen Haftungssysteme herstellt. Der Schutz des Gläubigers gegenüber dem Schuldner ist folglich bruchlos in das geltende Privatrechtssystem einzuordnen.

c) Das *Leistungsstörungenrecht* erweist sich danach als ein spezieller Anwendungsfall der allgemeinrechtlichen Instrumente, die auf der Jedermannsebene den Schutz der absoluten Rechtspositionen sichern. Es erstreckt diesen Schutz auf alle, insbesondere auch auf die relativen Rechtspositionen, die gegenüber den durch sie Gebundenen Schutz genießen. Das Leistungsstörungenrecht ist in der geltenden Ordnung also zu begreifen als die nur in besonderen Figuren und Normen positivierten, im Prinzip aber homogene Anwendung der gesetzlichen Haftungssysteme im Rahmen einer vertraglichen oder gesetzlichen Sonderverbindung.

Schuldrechtliche Grundlagen von Hypothek und Grundschuld

Die Entwicklung des Grundkredits vom Partikularrecht zum BGB*

Franz Schnauder

Der von den Herausgebern der Festschrift für *Herbert Roth* vorangestellte Titel „Dogmatik als Fundament für Forschung und Lehre“ gibt dem Verfasser dieses – dem *septuagenarius* in freundschaftlicher Verbundenheit gewidmeten – Beitrags Gelegenheit, die Herausbildung der Rechtsdogmatik im historischen Kontext am Beispiel der schuldrechtlichen Grundlagen der Grundpfandrechte aufzuzeigen. Die juristische Dogmatik soll nach gewöhnlichem Verständnis die geltenden Rechtsnormen erklären und den Rechtsstoff systematisch ordnen. Ihre Aufgabe besteht daher in der Suche nach dem „*innere(n) System* einer in verschiedenen Entwicklungsstufen gewachsenen, unübersichtlichen und oft nicht widerspruchsfreien geschriebenen Rechtsordnung“.¹

Im Folgenden ist den über 200 Jahre alten Traditionslinien nachzugehen, die das Bodenkreditrecht der Vergangenheit mit dem Realkredit der Gegenwart verbinden. Dabei wird zu zeigen sein, wie unter wechselnden dogmatischen Vorzeichen aus der amorphen Struktur der gemeinrechtlichen Hypothek (Unterpfand) die schuldrechtlichen Elemente heraus präpariert worden sind und wie es schließlich zur Zweispurigkeit von Hypothek und Grundschuld gekommen ist, hinsichtlich derer der Jubilar – im Hinblick auf den gemeinsamen Sicherungszweck – mit Recht eine Konvergenz von Verkehrshypothek und Sicherungsgrundschuld im Sinne eines „rechtsformunabhängigen Grundpfandrechts“ festgestellt hat².

* Die hier anschließende Untersuchung zum Rechtsgrund von Hypothek und Grundschuld sowie zum rechtssystematischen Standort des Sicherungszwecks und zu den damit in Zusammenhang stehenden Begriffen der Akzessorietät und der Abstraktheit der Grundpfandrechte in der heutigen Rechtsdogmatik ist aus Raumgründen abgetrennt; sie erscheint in Heft 8 der JZ 2021.

¹ *Rüthers*, Rechtsdogmatik und Rechtspolitik unter dem Einfluss des Richterrechts, 2003, S. 10 (Hervorh. im Original).

² *H. Roth*, in: Festschr. Laufs, 2006, S. 623, 624, 625: „Funktionsgleichheit“ der Grundpfandrechte; die abstrakte Grundschuld als Grundpfandrechtsmodell favorisiert *Stürner*, in: Festschr. Serick, 1992, S. 377–389.

I. Partikularrechtliche Quellen der Hypothek

Im Zuge der Industrialisierung kam dem Einsatz und der Beschaffung von Kapital mittels Kredit eine besondere Bedeutung zu. Die vom römischen Recht rezipierte akzessorische Hypothek genügte den Anforderungen der Kreditpraxis nicht länger. Nachdem sich das besitz- und formlose (Unter-)Pfandrecht an unbeweglichen Sachen (*pactum hypothecae*) nach Maßgabe des *ius commune* am Ende des 18. Jahrhunderts „als das Grab des Verkehrs und des Kredits“³ herausgestellt hatte, war Abhilfe nur auf legislativem Weg möglich. Einzelne Staaten wie Preußen und Bayern reagierten auf das Bedürfnis, zur Stärkung der Kreditfähigkeit von Landwirtschaft, Industrie und Gewerbe „das Pfand bei unbeweglichen Sachen in Abkehr vom gemeinen Recht anders als bei beweglichen Sachen zu gestalten“.⁴ Nach und nach bildeten die partikularstaatlichen Rechtsordnungen ein neues Hypothekenrecht heraus, das dann Ende des 19. Jahrhunderts im BGB zu einem einheitlichen Grundkreditrecht zusammengeführt worden ist. Bei der Reform des Hypothekenrechts ging Preußen den deutschen Staaten voran, Jahrzehnte später folgte Bayern. Dabei erwies sich die aus dem römischen Recht überkommene strikte Akzessorietät der Hypothek als ein rechtskonstruktives Problem, das man zunächst durch Begrenzung der akzessorischen Eigenschaft der Hypothek und sodann durch Abstrahierung des Realrechts von der Forderung (Ausschaltung der Forderung) zu lösen versuchte.

1. Das bayerische Hypothekengesetz von 1822

Nachdem eine Instruktion an die obersten Landesbehörden im Jahre 1779 mit dem Auftrag, für die Einführung von Hypothekenbüchern zu sorgen, keinen Erfolg gezeitigt hatte, widmete sich das Königreich Bayern unter Federführung des königlichen Kommissärs *Gönner*⁵ seit 1811 der „Herstellung eines richtigen Hypotheken-Instituts“, das insbesondere auch zur Rechtseinheit in Bayern führen sollte.⁶

a) Akzessorische Eigenschaft der Hypothek

Zum Vorbild nahm sich das bayerische Hypothekengesetz das preußische und das österreichische Gesetzbuch, mit denen es in den wichtigsten Punkten über-

³ *Gönner*, Kommentar über das Hypothekengesetz für das Königreich Bayern, 1. Bd., 2. Aufl. 1868, bearb. v. *Graf* (1. Aufl. 1823), S. 6.

⁴ So *Gönner* (Fn. 3), S. 17.

⁵ *Nikolaus Thaddäus v. Gönner* (1764–1827) wurde 1811 in die Gesetzgebungskommission nach München berufen, später zum Geheimrat ernannt; näher zur Biografie *Mertens*, *Gönner*, *Feuerbach*, *Savigny*, 2018; rezensiert von *Hettinger*, *Fachbuchjournal* 2019, Heft 1, S. 38–39.

⁶ Dazu *Gönner* (Fn. 3), S. 46; vgl. zum Reformziel auch S. 72: „vollständig neues Hypothekenrecht“; ausführlich zur Entstehung und Wirkung des Gesetzes *Stolleis*, in: *Coing/Wilhelm*, *Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert*, Bd. III (1976), S. 240–272.

einstimmte⁷, sich aber etwa im Aufbau darin unterschied, dass es die Hypothek als selbstständiges Rechtsinstitut auffasste und nicht zusammen mit dem Pfandrecht an beweglichen Sachen in einem Abschnitt (so ALR I 20 „Erster Abschnitt. Vom Rechte des Unterpandes“) oder in einem Kapitel (so §§ 447 ff. österr. ABGB 1811) regelte, obwohl Hypothek und Pfand als „Species eines Genus“ betrachtet werden können.⁸ Damit konnte das bayerische Hypothekengesetz den wesentlichen Unterschied zwischen dem neuen Rechtsinstitut der Hypothek und dem Fahrnispfand (*pignus*) besser zum Ausdruck bringen.⁹ Denn während das Faustpfand mit dem Erlöschen der Verbindlichkeit, zu deren Sicherung es bestellt wurde, untergeht,¹⁰ limitierte das Hypothekengesetz den Grundsatz der Akzessorietät bei der Hypothek mit Rücksicht auf die Publizität des neu eingeführten Hypothekenbuches u. a. auch in dieser Hinsicht.¹¹

Von dem allgemeinen pfandrechtlichen Grundsatz geht das Hypothekengesetz allerdings noch in § 2 („accessorische Eigenschaft“) aus: „Von der Richtigkeit und Dauer der Forderung hängen auch die Wirkungen der Hypothek ab“. Damit galt in Fortführung der gemeinrechtlichen Auffassung weiterhin, dass die Hypothek das wirksame Entstehen und den Fortbestand der zu sichernden Verbindlichkeit (sog. Hauptverbindlichkeit) voraussetzt und infolgedessen die Hypothek mit der Forderung erlischt.¹² Der Gesetzgeber hielt den Rechtssatz von der Akzessorietät, „der mehr der Doctrin als der Gesetzgebung“ angehöre, für so selbstverständlich, dass er § 2 HypG an sich für überflüssig erachtete. Nur im Hinblick auf die vom Hypothekengesetz vorgesehenen Ausnahmen, nämlich die „Beschränkungen, welche daran aus der Oeffentlichkeit des Hypothekenbuchs entstehen“, sei der Grundsatz „in seiner dotrinellen Gestalt“ aufgenommen worden.¹³ Der gesetzliche Regelatbestand hielt damit im Ausgangspunkt am tradierten römischen Recht fest, das in jedem Fall dem Pfandrecht eine zu sichernde Hauptverbindlichkeit unterlegte. Der Grundsatz blieb damit nach wie vor derselbe: „die Forderung sey das Principale, die Hypothek das Accessorium“.¹⁴

Ohne wirksame, d. h. „gültige“ oder „richtige“ Forderung hatte auch die Hypothek keine Wirkung. Ob die Forderung rechtsgültig war, beurteilte sich nach

⁷ So *Gönner* (Fn. 3), S. 82.

⁸ Wie *Gönner* (Fn. 6), S. 81 im Hinblick auf ihren gemeinsamen Sicherungszweck ausführt.

⁹ Das Pfandrecht an beweglichen Sachen (auch Faustpfand) war nicht Gegenstand des bayerischen Hypothekengesetzes, *Gönner* (Fn. 3), S. 109; das Gesetz galt im Übrigen nicht für den Rheinkreis, wo das französische Hypothekensystem des *code civil* eingeführt war, dessen Prinzipien das neue Hypothekengesetz nicht folgte.

¹⁰ Vgl. auch § 469 Satz 1 österr. ABGB: „Durch Tilgung der Schuld hört das Pfandrecht auf“.

¹¹ Zur Einschränkung des Prinzips der Akzessorietät vgl. schon *Gönner*, Motive zu dem Entwurf der allgemeinen Hypotheken-Ordnung für das Königreich Baiern, 1819, S. 31.

¹² § 71 Nr. 5: die Hypothek erlischt „durch Tilgung der Schuld“; § 80: „Wird der Anspruch, für welche die Hypothek eingetragen ist, ganz oder zum Theil getilgt, so erlischt auch in gleichem Verhältniß die Hypothek“; ebenso auch § 449 Satz 1 österr. ABGB.

¹³ So *Gönner* (Fn. 3), S. 113.

¹⁴ Formulierung bei *Gönner* (Fn. 3), S. 342; ebenso z. B. noch *Regelsberger*, Das bayerische Hypothekenrecht, 1874, S. 128; *P. v. Roth*, Bayrisches Civilrecht, Zweiter Theil, 1872, S. 480.

gemeinem Zivilrecht. Hiernach war jedenfalls ein bestimmter Rechtstitel, die sog. *causa debendi* (auch: *causa obligandi*) erforderlich, woraus sich der Rechtsgrund der Verbindlichkeit ergab (z. B. aus Kauf, Darlehen, Schenkung etc.). Die bloße Willenseinigung für sich brachte keinen verpflichtenden Schuldvertrag hervor, wie *Georg Friedrich Puchta* in seinem 1838 erschienenen Pandektenlehrbuch ausführte:

„Zur Erstellung einer Obligatio durch Vertrag ist die formelle Rechtsbeständigkeit des Versprechens und der Acceptation keineswegs hinreichend, es muß auch ein materieller Grund für die Obligation (*causa* in diesem materiellen Sinn) vorhanden seyn [...]. Ohne eine solche materielle *causa debendi*, die entweder Schenkung oder Vergeltung oder Erfüllung einer schon bestehenden Verbindlichkeit seyn kann, ist der Vertrag unwirksam.“¹⁵

Einen Mangel der *causa debendi* (resp. des Rechtstitels) der Forderung konnte der Schuldner dem ursprünglichen Gläubiger mit Wirkung für die Hypothek entgegenhalten. Diese Folgerung leitete der Entwurfsverfasser und Kommentator des Hypothekengesetzes *Gönner* aus der begrifflichen Abhängigkeit der Hypothek von der persönlichen Forderung ab.¹⁶ Die schuldrechtliche Verknüpfung des Forderungsrechts mit dem dinglichen Recht durch den Sicherungszweck spielte hierbei noch keine Rolle. Der Sicherungszweck erscheint auch später noch als bloßer „wirtschaftlicher Zweck“ der Hypothek.¹⁷ Die Frage nach dem Rechtsgrund, der *causa* der Hypothek erschöpfte sich vielmehr auf der Grundlage der alten Lehre vom *titulus* und *modus acquirendi* im sog. Hypothekentitel. Bei der Hypothekeneintragung war der Forderungsgrund anzugeben, damit „die Forderung individualisirt und die Hypothek auf eine bestimmte Forderung fixiert“ werde.¹⁸ Denn die dingliche Rechtsänderung war an ihren obligatorischen Grund geknüpft: „Vermöge der akzessorischen Natur des Hypothekenrechts bildet die Forderung nicht bloß die Veranlassung zur Errichtung desselben (Bestimmungsgrund, *causa*) sondern eine Bedingung seiner Entstehung und seines Daseins.“¹⁹

b) Limitierung des Akzessorietätsprinzips

Das Ziel der legislativen Reform des Bodenkreditrechts in Bayern bestand im Gefolge der bereits vorhandenen großen Kodifikationen (ALR, österr. ABGB) in

¹⁵ *Puchta*, Pandekten, 3. Aufl. 1845, § 257, S. 307f.; vgl. auch dessen Lehrer *v. Savigny*, Obligationenrecht als Theil des heutigen Römischen Rechts, 2. Bd., 1853, § 78, S. 251: die *causa* der Stipulation sei in einer der „drei Classen“ zu finden, „auf welche sich alle Vermögenszuwendungen zurückführen lassen. Diese heißen: *donare, solvere, credere*“.

¹⁶ Vgl. *Gönner* (Fn. 3), S. 114: fehlende oder ungültige Hauptverbindlichkeit macht Hypothek wirkungslos.

¹⁷ Etwa bei *Regelsberger* (Fn. 14), S. 174; ebenso Motive zum BGB bzgl. der Grundschild, *Mugdan* III, S. 333.

¹⁸ *Regelsberger* (Fn. 14), S. 79.

¹⁹ So *Regelsberger* (Fn. 14), S. 186; vgl. auch *v. Roth* (Fn. 14), S. 435: „Die Grundlage der Hypothek (bildet) die Forderung des Gläubigers“.

der Herstellung der Verkehrsfähigkeit der Hypothek; es sollte eine „Bedingung zur Entfesselung des Realcredits“ geschaffen werden.²⁰

Bei uneingeschränkter Durchführung des Akzessorietätsdogmas konnten Zessionare wegen der von der persönlichen Forderung notwendig abhängigen Hypothek weder bezüglich des Entstehens noch des Fortbestehens des dinglichen Sicherungsrechts sicher sein. Da die überkommene Hypothek nur als Zubehör der Forderung galt und deshalb mit ihr stand und fiel,²¹ musste ein Dritterwerb des Sicherungsrechts bei ungültiger oder getilgter Forderung an dem Rechtsgrundsatz „*nemo plus iuris in alterum transferre potest quam se ipse habet*“ notwendig scheitern. Hier sollte das neue Hypothekengesetz durch die Anlegung der öffentlichen Hypothekenbücher und den Eintragungszwang (Publizität) Abhilfe schaffen.²² Die „Limitation“ der Akzessorietätsregel durch die Öffentlichkeit des Hypothekenbuches erfolgte in Bezug auf dritte Personen, die im Vertrauen auf den Bucheintrag und im guten Glauben gehandelt haben (§§ 24–26 HypG).

Eine ausdrückliche Regelung für den Fall, dass bereits bei Begründung der Hypothek eine gültige Forderung nicht bestand, enthielt das Hypothekengesetz allerdings nicht. Dennoch sollte der Schuldner diesen Umstand einem Zessionar schon deshalb nicht entgegensetzen können, weil der Rechtstitel der Forderung (die *causa debendi*) lediglich nach Verfahrensrecht (§ 145 HypG), nicht jedoch nach materiellem Recht (§ 22 HypG) in das Hypothekenbuch eingetragen werden musste.²³ Der Erwerber der Forderung konnte sich nach dieser formalistischen und gekünstelten Ableitung auf das Schweigen des Hypothekenbuches über den mangelnden Rechtsgrund der Forderung verlassen. Für den Kreditverkehr spielte es (*mala fides* ausgenommen) daher nach Eintragung der Hypothek keine Rolle, ob die zu sichernde Forderung bestand oder nicht. Die Hypothek war damit zirkulationsfähig.

Demgegenüber sah § 83 HypG für den Fall des Erlöschens der Hypothek (u. a. wegen Tilgung der Forderung) eine ausdrückliche Bestimmung vor:

„Die Erlöschung einer Hypothek ist in Ansehung derjenigen, in deren Handlung sie sich gründet, so bald wirksam, als der Erlöschensgrund vorhanden ist. Wie ferne daraus Rechte gegen einen Dritten entstehen, ist nach den Bestimmungen der §§. 25 und 26. zu beurteilen“.

Hiernach blieb die Hypothek im Verhältnis zu dem Erwerber, „der die eingetragene Hypothek durch lästigen Titel und in gutem Glauben an sich brachte“ (§§ 25, 26 Nr. 4 HypG) trotz Zahlung oder Aufrechnung der Obligation fortbestehen und damit verkehrsfähig, solange die erloschene Hypothek (§ 80 HypG) nicht wirklich im Hypothekenbuch gelöscht war, § 26 Nr. 5 HypG. Entsprechend ord-

²⁰ Gönner (Fn. 3), Vorrede XIV.

²¹ So anschaulich *Dernburg*, Pandekten I, 5. Aufl. 1896, § 261, S. 652.

²² So Gönner (Fn. 3), S. 82/83.

²³ So Gönner (Fn. 3), S. 114 Note **.

nete auch § 469 Satz 3 österr. ABGB an: „Ein Hypothekar-Gut bleibt so lange verhaftet, bis die Schuldurkunde aus den öffentlichen Büchern gelöscht ist.“²⁴

Als Folge der Öffentlichkeit des Hypothekensystems behandelte das bayerische Hypothekengesetz auch die „unter den Rechtslehrern sehr controvertirte Frage, ob der Schuldner nach erloschener aber im Hypotheken-Buche noch nicht gelöschter Hypothek den Rang dieser Hypothek einem anderen auch neuen Gläubiger einräumen könne“.²⁵ „Der juristische Anstoß“ bestand darin, „daß es nicht denkbar sey, wie er (sc. der Eigentümer) gleichsam als sein eigener Gläubiger auftreten, und die an sich gebrachte Forderung cedieren wolle“.²⁶ Die Möglichkeit einer Revaluierung der Hypothek für die eingelöste Schuld war freilich in der Rechtspraxis für den Schuldner von großer wirtschaftlicher Bedeutung, weil er damit das Vorrücken der nachstehenden Gläubiger verhindern konnte. Daher bestimmte § 84 Abs. 1 HypG:

„Der Schuldner kann nach erloschener, aber im Hypothekenbuche noch nicht gelöschter Hypothek den Rang dieser Hypothek einem Andern, auch einem neuern Gläubiger, jedoch für keine größere Summe einräumen.“

Entscheidend hierbei sei, so *Gönner*, dass die Forderung „noch äußerlich und öffentlich durch den Eintrag im Hypothekenbuch“ bestehe, so dass der Schuldner das eingetragene Recht des Gläubigers durch Zession wieder von seiner Person trennen könne.²⁷ Die gezwungen wirkende Argumentation nahm für sich in Anspruch, „auf den Zusammenhang der Principien des Rechts“ zu beruhen und zugleich im praktischen Rechtsleben „zweckmäßig“ zu sein.²⁸ Ihr lag jedoch ein Denkfehler zugrunde; *Gönner* verkannte das Publizitätsprinzip, weil die Rechtslage eines Grundstücks nicht vom Inhalt des Hypothekenbuches bestimmt wird. Ein Erwerb der getilgten, aber ungelöschten Hypothek durch einen Dritten kommt überhaupt nur in Betracht, wenn der Erwerber Kenntnis von der tatsächlichen Rechtslage hat. Anderenfalls wäre der Eigentümer zur Verfügung über das Recht nicht befugt.²⁹ Damit aber blieb das rechtsdogmatische Rätsel um die Hypothek des Eigentümers ungelöst.

²⁴ Dazu v. *Zeiller*, *Commentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die gesammten Deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie*, 2. Bd., 1812, S. 284: „Denn so lange die Löschung nicht erfolgt, haftet der Eigentümer noch immer für die Forderungen, welche auf das Hypothekar-Recht eingetragen werden“.

²⁵ So *Gönner* (Fn. 11), S. 98; *ders.* (Fn. 3), S. 567.

²⁶ Zu diesem juristischen Anstoß im Zusammenhang mit dem Publizitätsprinzip *Gönner* (Fn. 3), S. 577.

²⁷ Nicht anders als bei einer Reallast, so *Gönner* (Fn. 3), S. 577 f.

²⁸ Vgl. *Gönner* (Fn. 3), S. 567 und S. 579.

²⁹ So die zutreffende Kritik von *Regelsberger* (Fn. 14), S. 279.

2. Das preußische Hypothekensystem

Das bayerische Hypothekengesetz von 1822 hat ausdrücklich an dem im Verlaufe des 18. Jahrhunderts ausformulierten und schließlich im Allgemeinen Landrecht für die preußischen Staaten (ALR I 20 §§ 390 ff.) kodifizierten Hypothekenrecht Maß genommen. Dieses seinerzeit moderne preußische Hypothekensystem zeichnete „sich nicht bloß durch die Richtigkeit seiner Principien, sondern auch noch dadurch besonders aus, daß es das erste Gesetz war, welches diesen Gegenstand mit der, dem Preußischen Landrecht eignen Vollständigkeit und consequenten Durchführung der Principien behandelte“.³⁰ Inzwischen waren jedoch im praktischen Rechtsleben Zweifel an der Tauglichkeit des akzessorischen Pfandrechtsystems laut geworden, die zu einer über Jahrzehnte anhaltenden heftigen Kontroverse führen (a) und schließlich zum Entstehen der selbstständigen Grundschuld (neben der herkömmlichen Hypothek) beitragen sollten (b).

a) Kontroverse um das Akzessorietätsdogma

Das im Ersten Teil, Titel 20 des preußischen Landrechts unter dem Begriff „Unterpfandsrecht“ normierte „dingliche Recht (Faustpfand und Hypothek), welches jemand auf eine fremde Sache zur Sicherheit seiner Forderung eingeräumt worden“ (§ 1), nannte das Gesetz Hypothek, wenn das Recht durch „gerichtliche Eintragung auf Grundstücke“ entsteht (§ 8). „Nur durch die wirkliche Eintragung in die öffentlichen Grundbücher wird das Hypothekenrecht selbst erworben“ (§ 411).

Es handelte sich somit um ein Buchrecht, das als von der persönlichen Forderung notwendig abhängig konstruiert war, wie die Grundnorm des § 415 zeigt: „Die Gültigkeit des Hypothekenrechts hängt an und für sich von der Gültigkeit des Anspruchs ab, zu dessen Sicherheit dasselbe bestellt worden“.³¹ Der Grundbucheintrag änderte an der akzessorischen Natur der Hypothek noch nichts: „Dadurch allein, daß ein Anspruch in das Hypothekenbuch eingetragen worden, verliert der Schuldner noch nicht die ihm sonst gegen dessen Gültigkeit zustehenden Einwendungen“ (§ 422). Aus der Publizität des öffentlichen Grundbuchs folgte konsequent § 423:

„In so fern jedoch ein Dritter auf eine solche Forderung, nach deren Eintragung, ein Recht durch einen lästigen Vertrag erworben hat, kann der Schuldner gegen diesen Dritten von solchen Einwendungen, die er demselben vorher nicht kund gethan hat, keinen Gebrauch machen.“³²

³⁰ So *Gönner* (Fn. 3), S. 32; von einem „Muster der Gesetzgebung“ spricht *Förster*, Preußisches Grundbuchrecht, 1872, S. 6f.

³¹ Die allgemeinen pfandrechtlichen Grundnormen ALR I 20 §§ 11, 12 lauteten: „Für jeden an sich rechtsbegründeten Anspruch kann durch Pfand oder Hypothek gültig Sicherheit bestellt werden“ (§ 11); „Ist der Anspruch in sich ungültig: so ist auch die dafür bestellte Sicherheit ohne Wirkung“ (§ 12).

³² Ebenso § 26 Nr. 4 bayr. HypG.

Der Schuldner konnte aber seine Gegenrechte auch gegenüber dem Zessionar der Forderung durch Eintragung eines Vermerks oder Widerspruchs im Hypothekenbuch (Protestation) binnen einer Frist von 4 Wochen erhalten (§§ 424, 425). Der Zessionar, der „mit völliger Sicherheit ein Recht erwerben will“, musste daher mit dem Erwerb vier Wochen nach der Eintragung zuwarten (§ 426).

Diese Regelung erfasste jedoch nicht den Fall der Tilgung der eingetragenen Hypothekenforderung. Hierzu bestimmte zunächst allgemein für alle Pfandrechte ALR I 20 § 55 deren Erlöschen, „wenn der Anspruch, für welche die Sicherheit bestellt worden, getilgt oder erloschen ist“. Speziell für die Hypothek wiederholte ALR I 20 § 520 den Rechtsgrundsatz, dass mit der Forderungstilgung auch das dingliche Recht des Gläubigers erlischt, was der Schuldner im Hypothekenbuch eintragen lassen kann (§ 521). Erst „durch eine gehörig erfolgte Löschung wird das dingliche Recht des Gläubigers aufgehoben, auch wenn der Anspruch selbst, für welchen es bestellt worden, noch nicht getilgt wäre“ (§ 524). In diesem Fall rückten die nachrangigen Gläubiger auf. Ohne Lösungsvermerk im Hypothekenbuch konnte der Schuldner jedoch andererseits gegenüber einem Dritten, der vom „eingetragenen Gläubiger in redlicher Weise, auf den Glauben des Hypothekenbuchs“ die Forderung erworben hatte, mit dem Erfüllungseinwand nicht durchdringen (§ 522).

Schon wenige Jahre nach Inkrafttreten des preußischen Landrechts stellte sich in der Rechtspraxis jedoch die Frage, ob der Eigentümer die von ihm bereits bezahlte, aber im Hypothekenbuch noch nicht gelöschte Hypothekenforderung selbst zur erneuten Kreditsicherung nutzen und mit dem eingetragenen Rang an einen neuen Gläubiger abtreten könne. Da das preußische Landrecht eine pragmatische Lösung dieses Problems im Unterschied zur bayerischen *lex posterior* (§ 84 Abs. 1 HypG) nicht vorsah, musste das Gesetz nachgebessert werden (1802 durch den Anhangsparagraph 52 zu ALR I 16 § 484 sowie durch die Deklaration vom 3. April 1824), ein Umstand, der „eine reichhaltigere Literatur hervorgerufen (hat), als irgend ein anderes Gesetz des Preußischen Rechts“.³³ Die bis zum Erlass des Eigentumserwerbsgesetzes vom 5. Mai 1872 in Preußen ausgetragene Kontroverse um den Akzessorietätsgrundsatz ist als ein jahrzehntelanges Ringen um die Hypothek des Eigentümers zu begreifen.³⁴

Zunächst war die Frage aufgetaucht, ob die als Hypothek eingetragene Schuldforderung, die im Wege des Erbgangs auf den Schuldner (Grundstückseigentümer) übergegangen war (Konfusion), erlischt oder vom Eigentümer (Erben) als Kreditunterlage anderweit zediert werden kann. Obwohl ALR I 16 § 482 im Fall der Konfusion ausnahmslos das Erlöschen objektiv-dinglicher Rechte vorsah, entschied der Gesetzgeber im Anhang § 52 zu ALR I 16 § 484, dass solche Hypo-

³³ So urteilte *Gräff*, in: Ergänzungen und Erläuterungen des Allgemeinen Landrechts für die preußischen Staaten durch Gesetzgebung und Wissenschaft, 2. Bd., 3. Aufl. 1848, S. 263.

³⁴ In Österreich sollte das Ringen um eine gesetzliche Lösung noch bis 1916 dauern, dazu *Hofmeister*, in: Coing/Wilhelm, Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert, Bd. III (1976), S. 346, 361 ff.

thekenrechte „nur durch eine auf Antrag des Besitzers erfolgende, von seiner Willkühr abhängende Löschung im Hyp.Buche aufhören, und der Besitzer auch befugt ist, ein solches noch ungelöschtes Hypothekenrecht einem Anderen gültig abzutreten“.³⁵

War hier noch angeordnet, dass die Konfusion in Ansehung des (ungelöschten) Hypothekenrechts nicht stattfinden, die hypothekarische Forderung also weiter existieren soll, so stellte sich das rechtsdogmatische Problem des Verhältnisses von Forderung und Sicherungsrecht alsbald zugespitzt dahin, ob im Fall der Schuldtilgung durch den Eigentümer das Forderungsrecht ebenfalls rechtlich aufrechterhalten und der Disposition des Eigentümers über das ungelöschte Hypothekenrecht zugeschrieben werden könne. Die hochstreitige Frage war Gegenstand eines Gutachtens der vereinigten Abteilungen für die Justiz und das Innere vom 22. Januar 1824³⁶ unter Mitwirkung des Staatsrats *Carl Friedrich v. Savigny*.³⁷ In dem ausführlichen Gutachten kommt die schuldrechtliche Verbindung von persönlichem Forderungs- und dinglichem Sachenrecht nicht in den Blick. Es bestand allgemein Einigkeit darin, dass nach dem Pfandrechtsbegriff die Hypothek als akzessorisches Recht ohne Forderung nicht denkbar sei. Da jedoch die Bedürfnisse des Bodenkreditverkehrs in vielen Fällen nach Einlösung der Hypothek deren Weiterbestehen in der Hand des Eigentümers verlangten, setzte sich am Ende in der Gesetzesdeklaration vom 3. April 1824 die Abteilung des Justizministers mit der Auffassung durch, der Eigentümer erwerbe mit der Zahlung ein vollständiges Hypothekenrecht, wenn er die Forderung in dem Hypothekenbuche nicht löschen lasse.³⁸ Das gewünschte Ergebnis konnte freilich nur erreicht und das Dogma von der Akzessorietät der Hypothek nur aufrechterhalten werden um den Preis einer höchst zweifelhaften Interpretation des Parteiwillens. Die Zahlung des Schuldners wurde nämlich nicht als Erfüllungs-, sondern als Kaufgeschäft qualifiziert. Gegen diese Hilfskonstruktion war im Staatsrat – freilich vergebens – vorgebracht worden, der Schuldner bezwecke bei natürlicher Betrachtungsweise die Erfüllung seiner Verbindlichkeit, nicht jedoch den Kauf der Hypothekenforderung. „Erlösche (aber) die Forderung, so falle auch die Hypothek der Wahrheit nach hinweg“.³⁹

Die Kritik an der gesetzlichen Deklaration vom 3. April 1824 verstärkte sich in den folgenden Jahren. Immer wieder wurde bemängelt, dass das preußische Hypothekenrecht in einem unauflösliehen und groben Widerspruch zu den Grund-

³⁵ Zitat aus dem Gutachten der Gesetzeskommission vom 10. Juli 1802, abgedruckt bei *Gräff*, Sammlung sämtlicher Verordnungen [...] der Preußischen Gesetzgebung, 12. Bd., 1840, S. 33–40; der Anh. § 52 ist dort ebenfalls abgedruckt auf S. 19; ebenso bei *Achilles*, Die Preußischen Gesetze über Grundeigentum und Hypothekenrecht vom 5. Mai 1872, 2. Aufl. 1873, S. 62.

³⁶ Abgedruckt bei *Gräff* (Fn. 35), S. 22–32.

³⁷ Savigny war seit 1817 als Staatsrat Mitglied im preußischen Justizministerium.

³⁸ Die Deklaration ist abgedruckt bei *Gräff* (Fn. 35), S. 41.

³⁹ Gutachten, abgedruckt bei *Gräff* (Fn. 35), S. 30.

sätzen des Pfandrechts stehe.⁴⁰ Der erste Entwurf eines Gesetzes über das Hypothekenwesen in Preußen von 1864 führte aus, es sei „nicht zu verkennen, [...] daß (sc. die bisherigen Grundsätze der Gesetzgebung) der Natur einer nur akzessorischen Qualität der Hypothek vollkommen widerstreben“.⁴¹ Dieser Systembruch der Gesetzgebung leitete jedoch den Prozess der Ablösung des zu engen Pfandrechtsbegriffs ein, aus dem die für das praktische Rechtsleben dringend erforderlichen und angemessenen Folgerungen nicht mehr zu gewinnen waren. In der Pfandrechtslehre wurde der Gedanke entwickelt, dass die im Falle der Ablösung der Hypothekenforderung an den Schuldner/Eigentümer fallende Hypothek nichts weiter sei als der (jetzt wieder) freie Teil seines Eigentumsrechts, über den er ohne weiteres disponieren könne.⁴² Damit war der weitere Weg zu einer gegenüber der Forderung selbstständigen Form der Hypothek im Sinne einer dogmatischen Neuorientierung gebahnt.

b) Durchbruch des Selbstständigkeitsdogmas

Immer mehr zeichnete sich im Verlaufe des Jahrhunderts ab, dass die Regeln des akzessorischen Pfandrechts den Anforderungen des modernen Kreditverkehrs nicht mehr genügten. Das begrifflich-logische Gebäude, in dem das Hypothekenrecht auf der persönlichen Forderung gründete, war im Fundament brüchig geworden. Schon das ALR hatte das Akzessorietätsprinzip gelockert, indem es die getilgte, aber im Hypothekenbuch ungelöschte Hypothek dem Eigentümer zur weiteren Disposition überlassen und zugelassen hat, dass der Gläubiger das Hypothekenrecht auf einen Dritten übertragen kann, auch wenn die ursprüngliche Forderung nicht mehr bestand. Damit hatte die Hypothek sich praktisch losgelöst von der Forderung, zu deren Sicherung sie eingetragen worden war, und schon eine gewisse Selbstständigkeit erlangt; sie war ein zugleich akzessorisches und prinzipiales Rechtsinstitut geworden.⁴³ Auf Dauer waren die ambivalenten, ja gegenläufigen Rechtsprinzipien im Hypothekensystem aber nicht durchzuhalten, der Reformbedarf war unabweislich.⁴⁴

⁴⁰ Literaturnachweise bei Gräff (Fn. 33), S. 267, 268; vgl. auch Bahlmann, Das Preußische Grundbuchrecht, 2. Aufl. 1873, S. 60f.; Achilles (Fn. 35), S. 62.

⁴¹ So der später nicht weiter verfolgte Gesetzesentwurf nebst Motiven, 1864, S. 53; die Motive 1868 sprachen davon, das „Preußische Recht kranke wesentlich“ hieran, abgedruckt bei Bahlmann (Fn. 40), S. 60f.

⁴² So der Oberlandesgerichts-Assessor v. d. Hagen in seiner Schrift „Die Hypothek des Eigentümers“, 1836; dazu Gräff (Fn. 33), S. 270f.

⁴³ Bahlmann (Fn. 40), S. 60, 61; Achilles, Die Preußischen Gesetze über Grundeigentum und Hypothekenrecht vom 5. Mai 1872, 3. Aufl. 1881, S. 154.

⁴⁴ Dazu etwa v. Meibom, Mecklenburgisches Hypothekenrecht, 1871, S. 105 Fn. 26: die Inkongruenz erheische „legislatorische Abhülfe“.

aa) Loslösung der Hypothek von der persönlichen Forderung

Nachdem die zu sichernde Forderung in wesentlichen Punkten des Kreditverkehrs von Gesetzes wegen ohnehin keine Rolle mehr spielte, erschien es nur konsequent, das akzessorische Element der Hypothek (den Mangel der römischen Hypothek) unter Rückbesinnung auf die deutschrechtliche Tradition des Grundpfandes ohne Besitzübertragung (Satzung) ganz abzustreifen und „das hypothekarische Recht vom persönlichen zu emanzipieren“.⁴⁵ In diesem Sinne hatten die Entwürfe der preußischen Regierung (1868, 1869, 1871)⁴⁶ die akzessorische Qualität der Hypothek fallen gelassen und als Hypothek der neuen Art nur noch die „selbstständige Hypothek“ vorgesehen.⁴⁷ Preußen suchte damit Anschluss an neuere Reformbestrebungen mit dem Ziel, die Freiheit der Hypothek von der Obligation zu konstituieren. Das Hypothekenrecht sollte auf der Grundlage des Dogmas der Selbständigkeit der Hypothek einheitlich für alle Provinzen umgestaltet werden.⁴⁸ Der preußische Entwurf für das Eigentumserwerbsgesetz (EEG) orientierte sich an dem mecklenburgischen Hypothekenrecht, das in „doctrinärer Schärfe“⁴⁹ die Hypothek als selbstständige dingliche Belastung konzipiert hatte.⁵⁰ Entsprechend diesem legislativen Vorbild sollte das moderne preußische Hypothekenrecht „dem Verkehr mit Hypotheken durch größere Einfachheit und Sicherheit“ dienen.⁵¹

Auf Intervention der Kommission des Herrenhauses wurde aber die (akzessorische) Hypothek im Gesetz mit ihrer bisherigen Bezeichnung beibehalten und zur besseren Unterscheidung⁵² die „selbstständige Hypothek“ des Entwurfs als „Grundschuld“ eingeführt. Für diese spreche, so die Mehrheit des Herrenhauses, zwar „unzweifelhaft“ ihre „praktische Zweckmäßigkeit“, jedoch übergehe der Gesetzesentwurf die Erwartungen des Rechtspublikums und gehe zu weit, wenn er die „bisherige juristische Konstruktion der Hypothek [...] völlig beiseitelasse“ und sie dem Rechtsverkehr „plötzlich entziehe“.⁵³ Das Gesetz von 1872 überließ daher dem Grundeigentümer die Freiheit der Entscheidung, welche Art von Hypothek er eintragen lassen wolle. Nach § 19 Nr. 1 Satz 2 EEG konnte der Eigentümer wählen, ob er seine Einwilligung zur Eintragung mit „Angabe eines Schuld-

⁴⁵ So v. Meibom (Fn. 44), S. 100 Fn. 5; zu den deutschrechtlichen Wurzeln *Achilles* (Fn. 43), S. 20–25.

⁴⁶ Verfasser war der Geh. Oberjustizrat Förster, vgl. *Bahlmann* (Fn. 40), S. 7.

⁴⁷ *Bahlmann* (Fn. 40), S. 60, 65 f., 68; die selbstständige Hypothek wurde in den Gesetzesberatungen auch „Verkehrshypothek“ genannt.

⁴⁸ *Achilles* (Fn. 43), S. 155.

⁴⁹ So *Bahlmann* (Fn. 40), S. 62.

⁵⁰ *Sedes materiae* war § 16 der revidierten Hypothekenordnung vom 18.10.1848, dazu v. Meibom (Fn. 44), S. 99: die Unabhängigkeit der Realobligation von der persönlichen Obligation galt hiernach als „Fundamentalsatz“.

⁵¹ Motive 1868, abgedruckt bei *Bahlmann* (Fn. 40), S. 62.

⁵² Förster (Fn. 30), S. 121; *Achilles* (Fn. 43), S. 156.

⁵³ Materialien bei *Bahlmann* (Fn. 40), S. 66; zur Kontroverse im Schrifttum Förster (Fn. 30), S. 121 ff.

grundes (Hypothek)“, oder „ohne Angabe eines Schuldgrundes (Grundschuld)“ geben will.

Die Selbstständigkeit der Grundschuld gegenüber der herkömmlichen Hypothek brachte die Regierungsvorlage (Gesetzesentwurf 1868) insbesondere auch bei der Drittwirkung von Einreden aus dem persönlichen Schuldverhältnis zum Ausdruck. Gegen die Grundschuldklage sollten „Einreden, welche die Begründung des persönlichen Schuldverhältnisses betreffen, unzulässig“ sein.⁵⁴ Diese Rechtsfolge lag in der Konsequenz der Freiheit der Grundschuld von der Obligation, nachdem die persönliche Forderung aus dem Entstehungstatbestand des dinglichen Rechts eliminiert worden war und der Schuldgrund von vornherein nicht im Grundbuch eingetragen werden durfte (§ 19 Nr. 1 EEG). Infolgedessen sollte sich ein Erwerber des dinglichen Rechts um die obligatorischen Verhältnisse auch nicht zu kümmern brauchen.⁵⁵ Der Entwurf 1868 zog aus dem Konsensprinzip und der strikten Trennung von dinglichem Sicherungsrecht und obligatorischer Beziehung jedoch in Übersteigerung des Abstraktionsprinzips die weitergehende Folgerung, dass selbst die Klage des ursprünglichen (ersten) Grundschuldgläubigers frei von schuldrechtlichen Einreden gehalten werden müsse.⁵⁶

Damit ging der Entwurf sogar noch über die wechselrechtliche Einwendungslehre hinaus, die einem Wechselschuldner Einreden aus der Schuldbeziehung gegenüber dem ursprünglichen Wechselgläubiger erlaubt und außerdem die *exceptio doli* gegenüber einem Indossatar gestattet. Der schon im Abgeordnetenhaus lebhaft angegriffene Standpunkt der Regierungsvorlage scheiterte wiederum am (einstimmigen) Widerstand der Kommission des Herrenhauses.⁵⁷ Nachdem der Regierungsvertreter erklärte, es habe niemals in der Absicht der Staatsregierung gelegen, die *exceptio doli* auszuschließen,⁵⁸ orientierte man § 38 Abs. 1 EEG an Art. 82 WechselO und erklärte Einreden gegen eine *Grundschuldklage* insoweit für zulässig, „als sie dem Beklagten gegen den jedesmaligen Kläger unmittelbar zustehen oder aus dem Grundschuldbrief sich ergeben“. Einem Zessionar gegenüber waren Einreden schon dann zulässig, wenn die sie begründenden Tatsachen „dem Kläger beim Erwerb der Grundschuld bekannt gewesen sind“. Nach dem Wortlaut des Gesetzes kam es also nicht darauf an, ob dem Zessionar auch Arglist (doloses Verhalten) zur Last gelegt werden konnte.⁵⁹ Vielmehr konnten der

⁵⁴ So § 40 des Entwurfs 1868, siehe Förster (Fn. 30), S. 191 f.

⁵⁵ Das entsprach auch dem ersten, aber wieder fallengelassenen „Gesetzesentwurf 1864 nebst Motiven“, S. 55; ebenso das mecklenburgische Hypothekenrecht, v. Meibom (Fn. 44), S. 251 f.

⁵⁶ Auf diesen vorgeblichen Prinzipienwechsel wies der Regierungsvertreter 1869 in den Beratungen des Abgeordnetenhauses hin, dazu Förster (Fn. 30), S. 195. Die Theorie vom dinglichen Recht griff die 1. Kommission zum BGB wieder auf, vgl. unten II.1.c.

⁵⁷ Förster (Fn. 30), S. 198; maßgeblich hierfür war die Fundamentalkritik von Otto Bähr, Die preußischen Gesetzesentwürfe über die Rechte am Grundvermögen, 1870, S. 111.

⁵⁸ Förster (Fn. 30), S. 199; Achilles (Fn. 35), S. 91.

⁵⁹ Kritisch dazu Bahlmann (Fn. 40), S. 112: nur schwer mit dem Wesen der Grundschuld als

Grundschuldklage alle Einreden entgegengehalten werden, die dem Beklagten gegen den Kläger unmittelbar zustanden, auch solche aus der schuldrechtlichen Beziehung der Parteien,⁶⁰ und zwar nicht nur gegenüber dem ersten Grundschuldgläubiger, sondern auch gegen einen späteren Erwerber der Grundschuld, wenn dieser Kenntnis von den die Einrede begründenden Umständen in der Person des Zedenten gehabt hatte.⁶¹

Demgegenüber änderte § 38 Abs. 2 EEG das bisherige Recht (vgl. ALR I 20 § 423, dazu oben a) in Ansehung der gegen den *Hypothekenkläger* zulässigen Einreden nicht und gewährte Einreden gegenüber dem Zessionar nur, wenn sie diesem vorher bekannt gewesen waren oder sich aus dem Grundbuch ergaben. Hiernach entschied beim entgeltlichen („lästigen“) Dritterwerb der Hypothek ebenso wie bei der Grundschuld allein die Kenntnis des Zessionars von den Einreden aus der Person des Rechtsvorgängers (Zedenten) über ihre Zulässigkeit. Dieser Befund ließ seinerzeit Förster an der *ratio legis* zweifeln und „mit einiger Verwunderung“ fragen: „wodurch unterscheidet sich Grundschuld und Hypothek?“ Er sah keinen ausreichenden Grund, der „das Nebeneinanderstellen“ von Grundschuld und Hypothek im Gesetz rechtfertigen könnte; richtigerweise hätte man zumindest gegenüber dem Zessionar der Grundschuld alle persönlichen Einreden ausschließen sollen.⁶²

bb) Rechtsgrundlage der (akzessorischen und der selbstständigen) Hypothek

Die Duplizität der Grundpfandrechte rückte auch die Frage nach der schuldrechtlichen Grundlage von selbstständigem und akzessorischem Recht in den Vordergrund des wissenschaftlichen Interesses, weil das Gesetz den maßgeblichen Unterschied der beiden Sachenrechte in der Angabe des Schuldgrundes erkannte. Die wissenschaftliche Diskussion knüpfte an der bisherigen begrifflichen Vorstellung von der akzessorischen Natur des Pfandrechts an, das „seinen Zweck nicht in sich selbst (hat), sondern in einem anderen Rechte, einem persönlichen Ansprüche, dessen Realisierung dadurch verbürgt werden soll“.⁶³ Das *außerhalb* der Hypothek bestehende Forderungsrecht wurde von der *communis opinio doctorum* als Schuldgrund (*causa debendi*) des Hypothekenrechts angesehen. Der

selbstständigem und formalem Recht vereinbar; *Achilles* (Fn. 35), S. 93 war demgegenüber der Auffassung, der *dolus* des Klägers, der ungeachtet seiner Kenntnis der gegen die Grundschuld dem Beklagten zustehenden Einreden erworben habe, werde vom Gesetz fingiert; darin spiegelt sich noch die alte Regel des ALR I 10 § 25 (*ius ad rem*), welche die bloße Kenntnis des Erwerbers von dem Titel eines anderen mit der *mala fides* gleichsetzte, dazu *Achilles* (Fn. 43), S. 52/53; vgl. dagegen § 4 EEG: Kenntnis des Auflassungsanspruchs eines Dritten steht Eigentumsverwerb nicht entgegen.

⁶⁰ So ausdrücklich Förster (Fn. 30), S. 200; zustimmend *Achilles* (Fn. 35), S. 91.

⁶¹ Zur Begründung der *exceptio doli* reichte in der Rechtsprechungspraxis allerdings schon die bloße Kenntnis des Erwerbers, dazu *Wilhelm*, JZ 1980, 625, 630; *Buchholz*, AcP 203 (2003), 786, 806.

⁶² Förster (Fn. 30), S. 201.

⁶³ *Achilles* (Fn. 35), S. 61.

(gültige) Schuldgrund entschied unmittelbar über den Bestand des dinglichen Rechts.⁶⁴ Die begrifflich vorausgesetzte Verbindung von Forderung und dinglichem Recht brachte das Gesetz dadurch besonders anschaulich zum Ausdruck, dass es die Vorlage der Schuldurkunde nebst körperlicher Verbindung (Anheftung an den Hypothekenbrief) anordnete (§ 19 Nr. 1 Satz 3 EEG, § 122 preuß. Grundbuchordnung), wie es der hergebrachten Hypothekenordnung entsprach.⁶⁵

Hinsichtlich des Rechtsgrundes der Grundschild herrschte allerdings weniger Klarheit. Die Selbstständigkeit der Grundschild gebot, die *causa* der Grundschildbestellung nicht in einem zu Grunde liegenden Schuldverhältnis zu sehen. Sie wurde vielmehr – entsprechend der Vieldeutigkeit des *causa*-Begriffs lediglich im Sinne des Grundes, der Ursache der Eintragung – in dem erklärten Willen des Eigentümers zur Eintragung (der Eintragungsbewilligung) erblickt, und zwar ganz parallel zur Aufassungserklärung beim Eigentumsübergang (Konsensprinzip).⁶⁶ Der Entwurfsverfasser Förster kommentiert: „die Grundschild ist zwar auch bestimmt, die Erfüllung einer Kapitalsleistung zu sichern, aber [...] (ihr) alleiniger Rechtsgrund ist ihre Bestellung, ihre Eintragung“.⁶⁷ Der Schuldgrund als solcher sollte ohne Einfluss auf die Entstehung des dinglichen Rechts sein.⁶⁸

In den Motiven selbst ist die Rede davon, dass die selbstständige Hypothek, die später sog. Grundschild, als Sicherungsrecht „ihre Begründung, mithin ihre Gültigkeit in sich selbst tragen (muß)“ und daher gleichsam „den Schuldgrund absorbiert“.⁶⁹ Gleichwohl sollte der Schuldgrund (die persönliche Forderung) in der Rechtsbeziehung zwischen Eigentümer und *erstem* Gläubiger nicht vollständig eliminiert, d. h. eine absolute Unabhängigkeit der Grundschild von der persönlichen Forderung (wie noch im Entwurf 1868) nicht ausgesprochen werden.⁷⁰ Über die juristische Konstruktion der Verbindung von selbstständiger Grundschild und persönlicher Forderung bestand seinerzeit ein lebhafter Streit unter den Rechtsgelehrten⁷¹. Schon die Motive 1864 hatten bemerkt: „Die persönliche Obligation ist die Veranlassung und der entfernte Grund der Eintragung“.⁷² Die Gesetzesmotive 1869 konkretisierten nunmehr weiter, (auch) die Hypothek der neuen Art sei „ohne unterliegende Schuldverbindung schlechthin nicht denkbar“, so dass das Dogma von der Selbstständigkeit der Hypothek „etwas Anderes als

⁶⁴ *Achilles* (Fn. 35), S. 66; *Achilles* (Fn. 43), S. 170: „Gültigkeit der Forderung respektive des Schuldgrundes“; *v. Meibom* (Fn. 44), S. 104f.; *Bahlmann* (Fn. 40), S. 75.

⁶⁵ Dazu auch *v. Meibom* (Fn. 44), S. 142f.

⁶⁶ Vgl. *Bahlmann* (Fn. 40), S. 71; *v. Meibom* (Fn. 44), S. 93; *Achilles* (Fn. 35), S. 61; *ders.* (Fn. 43), S. 155.

⁶⁷ Förster (Fn. 30), S. 133f.; ebenso *v. Meibom* (Fn. 44), S. 99f.

⁶⁸ *Achilles* (Fn. 43), S. 155; ebenso die mecklenburgische Hypothek, welche für „die Entstehung der Hypothek die Existenz der persönlichen Obligation nicht voraussetzt“, *v. Meibom* (Fn. 44), S. 100.

⁶⁹ Motive, abgedruckt bei *Bahlmann* (Fn. 40), S. 64 und *Achilles* (Fn. 43), S. 155; vgl. auch Förster (Fn. 30), S. 125: Grundschild trägt Gültigkeit in sich.

⁷⁰ So *Bahlmann* (Fn. 40), S. 111.

⁷¹ Nachweis bei Förster (Fn. 30), S. 135ff.

⁷² Gesetzesentwurf nebst Motiven, 1864, S. 57.

ihre gänzliche Beziehungslosigkeit zu einem Schuldverhältnis bedeuten“ müsse.⁷³ Mehrfach stellen die Motive heraus, dass die Grundschuld zwar in ihrer formalen Begründung selbstständig sei und unabhängig von der Gültigkeit der Forderung entstehe, aber in ihrem Zweck *akzessorisch* sei.⁷⁴ Damit ist zum Ausdruck gebracht, dass der Grundschuldbestellung der Sicherungszweck zugrunde liegt. Auch Förster hielt eine Konstruktion der Grundschuld ohne „akzessorischen Zweck“ für „offenbar widersinnig“; er fragte, „wie kann der Eigenthümer dazu kommen, ein Recht [...] einem Dritten einzuräumen, ohne daß dies eines Zweckes wegen geschieht“.⁷⁵ Der Ausfall des Sicherungszwecks der Grundschuld müsse daher, so wiederum die Motive, schuldrechtliche Folgen haben. Der Schuldner könne der Klage, mit der das formelle Recht verfolgt werde, Einreden aus seinem Schuldverhältnis zum Gläubiger (Kläger) entgegenhalten⁷⁶ und die Herausgabe der Bereicherung vom Gläubiger mit der *condictio sine causa* fordern.⁷⁷

II. Das Grundpfandrechtssystem des BGB

Als sich nach Herstellung der Reichseinheit die Aufgabe stellte, im Zuge der Überwindung der partikularen Rechtszersplitterung eine rechtseinheitliche Hypothekenordnung zu schaffen, orientierte sich der Gesetzgeber an dem preußischen Hypothekensystem. Die Entwürfe zum BGB folgten dem preußischen Eigentumserwerbsgesetz bereits im Ausgangspunkt darin, dass sie mit der (akzessorischen) Hypothek und der Grundschuld die duale Struktur der Realobligationen übernahmen. Damit trat das BGB gleichsam das sachenrechtliche Erbe Preußens an samt den Erblasten im Zusammenhang mit der Hypothek des Eigentümers und dem ungeklärten Verhältnis von akzessorischer Verkehrshypothek und selbstständiger Grundschuld. Der historische Gesetzgeber entschied sich für eine Neugestaltung und Fortbildung der Eigentümerhypothek unter weiterer Zurückdrängung des Akzessorietätsprinzips, so dass die Verkehrshypothek rechtskonstruktiv noch näher an die Grundschuld rückte (1). Der moderne Gesetzgeber wiederum hat die rechtsdogmatischen Unebenheiten nicht beseitigt, sondern im Gegenteil einen veritablen Systembruch hinzugefügt (2).

⁷³ Motive, abgedruckt bei *Bahlmann* (Fn. 40), S. 64; ebenso v. *Meibom* (Fn. 44), S. 174.

⁷⁴ Motive, abgedruckt bei *Bahlmann* (Fn. 40), S. 65, 107: „accessorische Stipulation“; S. 108: „die Hypothek (ist) zwar in ihrem Zweck accessorisch, aber in ihrer Begründung selbstständig“; ebenso Förster (Fn. 30), S. 135.

⁷⁵ Förster (Fn. 30), S. 136.

⁷⁶ Motive, abgedruckt bei *Bahlmann* (Fn. 40), S. 107, 109.

⁷⁷ Dazu v. *Meibom* (Fn. 44), S. 93, 174 f., 177 (*condictio indebiti*).

1. Das preußische Erbe

Nach dem Vorbild Preußens entschied der Reichsgesetzgeber, die in ihrer Akzessorietät limitierte Verkehrshypothek als Erscheinungsform des Realkredits zwischen der streng akzessorischen Sicherungshypothek und der selbständigen Grundschuld ebenso fortbestehen zu lassen (a) wie das Rechtsinstitut der Hypothek in der Hand des Eigentümers (b) und das im preußischen Recht vorgezeichnete Einredensystem (c).

a) Beibehaltung der redundanten Verkehrshypothek

Bis zum preußischen Eigentumserwerbsgesetz vom 5. Mai 1872, das die tradierte akzessorische Hypothek auf Intervention des Herrenhauses neben die Grundschuld gestellt hatte, war man in allen deutschen Rechtsgebieten mit nur einer einzigen Hypothekenform ausgekommen.⁷⁸ Die preußische Regierung hatte seinerzeit im Gesetzgebungsverfahren erklärt: „Bei Abfassung des Entwurfs habe man (die Beibehaltung der akzessorischen Hypothek) ebenfalls erwogen und nur die Besorgniß [...], daß durch die Existenz zweier Arten von Hypotheken für die Praxis und den Verkehr Verwirrung und Schwierigkeiten herbeigeführt werden könnten“, sei der Grund gewesen, dass – abgesehen von der Kautionshypothek – lediglich die selbständige Hypothek habe gestattet werden sollen.⁷⁹

Der erste – im Sachenrecht preußisch geprägte – Entwurf zum BGB stellte nun mit der Sicherungshypothek, der Verkehrshypothek und der Grundschuld drei Grundformen des Realkredits (und ihre Varianten) nebeneinander. Für die Aufnahme der Grundschuld in das BGB spreche ungeachtet dessen, dass schon bei der herkömmlichen Verkehrshypothek das dingliche Recht durch den öffentlichen Glauben des Grundbuchs von der persönlichen Forderung gelöst sei, der Umstand, dass sich die Dinge, wenn man das hypothekarische Recht ohne Verbindung mit einer Forderung erzeuge, „ungemein“ vereinfachen würden: „Es braucht dann das persönliche Schuldverhältnis weder bei der Eintragungsbewilligung aufgedeckt noch in dem Eintragungsvermerke berücksichtigt zu werden. [...] Der Gläubiger ist prozessualisch in hohem Grade sichergestellt, weil sein Anspruch aus dem endgültig begründeten Rechte nur im Wege der Kondiktion von dem Eigenthümer entkräftet werden kann.“⁸⁰ Die Motive nahmen damit die Grundsatzdebatte des preußischen Landtags mit der Frage wieder auf, ob die Verkehrshypothek nicht auf die Grundschuld verschmolzen werden solle: „Für die Struktur des BGB. wäre es unleugbar ein Gewinn, wenn dasselbe an einer Rechtsform für die Bethätigung des Realkredits sich genügen lassen könnte.“⁸¹ Bereits in der Vorkommission war die Beschränkung auf zwei Pfandrechtsfor-

⁷⁸ *Mugdan* III, S. 789.

⁷⁹ Bericht der Kommission des Herrenhauses, abgedruckt bei *Bahlmann* (Fn. 40), S. 68 f.

⁸⁰ *Mugdan* III, S. 339.

⁸¹ *Mugdan* III, S. 340.

men (Sicherungsgrundschuld und Sicherungshypothek) erwogen, aber wieder fallengelassen worden.

Im Gesetzgebungsverfahren wurden dann erneut Sinn und Zweck der zwei konkurrierenden Formen des Realkredits (Verkehrshypothek und Grundschuld) bezweifelt. Mehrere Anträge zielten auf ein vereinfachtes System und plädierten dafür, die Verkehrshypothek in der Grundschuld aufgehen zu lassen.⁸² Zur Begründung wiesen die Antragsteller darauf hin, dass die Verkehrshypothek im Grunde nichts anderes sei als die Grundschuld, so dass die Vielfalt der Formen nur verwirrend wirken könne. Die Mehrheitsmeinung erkannte zwar an, dass „eine Vereinfachung des Pfandrechts am Grundstück wünschenswerth wäre“.⁸³ Sie war jedoch der Auffassung, die Hypothek habe sich in den einzelnen Rechtsgebieten derart eingebürgert, dass schon die Rücksicht auf die Neigung der Kapitalisten „zur Befriedigung des Kreditbedürfnisses des Grundbesitzes“ verbiete, die geschichtliche Entwicklung zurückzudrehen und „einen radikalen Bruch mit der Vergangenheit“ zu vollziehen.⁸⁴ Im Reichstag wiederholten sich die rechtspolitischen Argumente, die schon vor zweieinhalb Jahrzehnten im preußischen Landtag ausgetauscht worden waren. Der Hinweis auf die Gewohnheit des Kreditverkehrs und die Verschiedenheit des Rechts in den einzelnen Teilen des Reichsgebiets genügte der Kommission des Reichstags, die Verkehrshypothek als „gewöhnliche“ (normale)⁸⁵ Hypothek neben der Sicherungshypothek und der Grundschuld in das Gesetz einzuführen.⁸⁶

Dabei hätte aus rechtsdogmatischer Sicht die Einheit des Grundpfandrechtsystems durchaus die Verschmelzung der gewöhnlichen Hypothek auf die Grundschuld gerechtfertigt oder sogar geboten. Denn unter dem Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes ist diese Hypothekenform bei Nichtexistenz der Forderung in der Hand des gutgläubigen Zessionars (§ 1138 BGB) als Hypothek ohne Forderung der Grundschuld so weit angenähert, dass im Ergebnis kein Unterschied zwischen der Grundschuld und der Verkehrshypothek besteht.⁸⁷ Bei Beschränkung des Systems auf die Formen der Grundschuld und der Sicherungshypothek hätte dem BGB auch die geheimnisvolle Einrichtung der Hypothek des Eigentümers bei unwirksamer oder erloschener Forderung erspart bleiben können, die das preußische Landrecht zu Anfang des 19. Jahrhunderts als Provisori-

⁸² *Mugdan* III, S. 787f., in Übereinstimmung mit den Vorschlägen der mecklenburgischen Regierung.

⁸³ *Mugdan* III, S. 791.

⁸⁴ Das gilt für alle drei Entwürfe, vgl. *Mugdan* III, S. 436, 791, 1004f.

⁸⁵ Zu dieser Nomenklatur des BGB vgl. § 1186 Satz 1 BGB.

⁸⁶ Das Abstimmungsergebnis in der Kommission lautete 14 gegen 7 Stimmen, *Mugdan* III, S. 787; die Entscheidung für die Vielfalt von Grundpfandrechten „war ein besonders weiser Entschluss“, so *Stürner*, in: *Festschr. Serick*, 1992, S. 377, 379; ähnlich *Wolfsteiner*, in: *Staudinger, BGB*, Neubearb. 2019, Einl. zu §§ 1113 ff. Rn. 4, 8.

⁸⁷ So zutreffend *Hachenburg*, *Das BGB*, Vorträge, 2. Aufl. 1900, S. 556 ff., 574.

um und gesetzliche Ausnahme vom akzessorischen Charakter der Hypothek eingeführt hatte („Denkkunstwerk des 19. Jahrhunderts“⁸⁸).

b) Erweiterung des Anwendungsbereichs der Eigentümerhypothek

Stattdessen hat der BGB-Gesetzgeber den Anwendungsbereich für die Hypothek des Eigentümers erweitert und das Akzessorietätsprinzip für die „gewöhnliche“ Hypothek noch stärker limitiert als im preußischen Eigentumserwerbsgesetz. Denn für die BGB-Hypothek gilt schon im Rechtsverhältnis zum ersten Gläubiger, dass nicht dieser, sondern der Eigentümer das dingliche Recht erwirbt, und zwar nicht nur in dem Fall, dass die Forderung nachträglich durch Zahlung des mit dem Eigentümer identischen Schuldners erlischt, sondern im Unterschied zum preußischen Recht auch schon dann, wenn eine wirksame Forderung von vornherein nicht bestand.⁸⁹ Der Eigentümer erwirbt dann die – forderungsentkleidete – Hypothek (§ 1163 Abs. 1 BGB), die sich jetzt als Grundschuld des Eigentümers zeigt, § 1177 Abs. 1 BGB. Die Aufrechterhaltung der Hypothek ohne Forderung (Eigentümergrundschuld) diene demselben wirtschaftlichen Zweck wie schon im preußischen Landrecht am Beginn des 19. Jahrhunderts, sie sollte das Aufrücken der nachrangigen Hypothekare verhindern.⁹⁰

Bei der Beratung des BGB war nicht mehr die Rede davon, dass die Eigentümerhypothek dem Wesen der Hypothek an sich nicht entspreche.⁹¹ Vielmehr war man bestrebt, alle Formen der Grundpfandrechte auf die einheitliche Grundlage des gemeinsamen dinglichen Vertrages (§ 873 BGB) zurückzuführen und an der Grundschuld als abstrakter Grundstücksbelastung (mit den geringsten Entstehungsvoraussetzungen) auszurichten. Wie schon die Eigentümerhypothek zeige, sei es auch bei der Hypothek nicht erforderlich, den Bestand des dinglichen Rechts von der Existenz der Forderung abhängig zu machen, wenn „die Belastung mit einer persönlichen Schuld in Zusammenhang gebracht werden soll“.⁹² Die Hypothek soll damit nicht länger als bloßes Anhängsel der Forderung und diese nicht mehr als bloßes Begriffs- oder Tatbestandselement des dinglichen Rechts, sondern – ebenso wie die Grundschuld – als eigenständiges dingliches Recht verstanden werden.⁹³ In den Protokollen ist davon die Rede, dass die Hypothek ähnlich wie die Grundschuld das Abhängigkeitsverhältnis von der Forde-

⁸⁸ *Hoche*, in: Palandt, 6. Aufl. 1944, Einl. vor § 854 Anm. 8, zitiert nach *Bassenge*, in: Festschr. Palandt zur 75. Aufl., 2016, S. 37, 39.

⁸⁹ *Strecker*, in: Planck, Komm. zum BGB, 4. Aufl. 1920, S. 757; *Wolff*, Sachenrecht, 1910, § 143 III, IV.

⁹⁰ Dazu die Denkschrift zur Reichstagsvorlage, *Mugdan* III, S. 983; vgl. jetzt aber § 1179a BGB.

⁹¹ Vgl. aber die Bemerkung der Denkschrift zu § 1163 BGB: „Diese dem Wesen der Hypothek an sich nicht entsprechende Vorschrift“, *Mugdan* III, S. 983; über solche rechtsdogmatischen Bedenken war man schon 30 Jahre zuvor im preußischen Landtag hinweggegangen, *Bablmann* (Fn. 40), S. 149, 150 f.

⁹² So die 2. Kommission, *Mugdan* III, S. 796.

⁹³ Vgl. demgegenüber aber noch die Motive bei *Mugdan* III, S. 355 (Forderung ist Begriffs-

rung gleichsam abgestreift habe, so dass die Forderung lediglich noch für die Legitimation des Gläubigers von Bedeutung sei.⁹⁴ Gleichwohl ist anerkannt, dass die Hypothek als akzessorisches Sicherungsrecht konzipiert ist, weil von der Forderung der Bestand des dinglichen Rechts *als Hypothek* abhängt.⁹⁵ In sachenrechtlicher Hinsicht besteht jedoch kein Unterschied mehr zwischen den einzelnen Belastungsformen des Grundeigentums, sie sind in der Grundstruktur gleich. Folgerichtig ermöglicht das BGB daher die Umwandlung einer jeden von ihnen in eine der anderen Formen, §§ 1186, 1198 BGB.

Nach der Vorstellung des Gesetzgebers war damit der rechtskonstruktive Weg für die Eigentümergrundschuld im Fall des Nichtentstehens oder des Untergangs der Forderung gemäß §§ 1163, 1177 Abs. 1 BGB geebnet. Auch in dem Fall, dass der mit dem Schuldner nicht identische Eigentümer Forderung und Hypothek erwirbt (§§ 1142, 1143 BGB), gelten die Regeln der Grundschuld für den Eigentümer, § 1177 Abs. 2 BGB. Eigentümerhypothek und Eigentümergrundschuld sind damit vollkommen identisch, wie schon die Protokolle vermerken: „man müsse den Anschein vermeiden, als sei die Eigentümerhypothek ihrem Wesen nach ein von der Grundschuld verschiedenes Rechtsverhältnis, während sie in Wahrheit der Grundschuld gleichstehe“.⁹⁶

Stehen sich aber die Verkehrshypothek des BGB und die Grundschuld in der Hand des ersten Gläubigers bei Nullität der Forderung völlig gleich, hätte tatsächlich vieles für eine Zusammenführung dieser Realkreditformen als (prinzipiell einredefreie) Grundschuld gesprochen. Dennoch hat der BGB-Gesetzgeber sowohl an der Hypothek des Eigentümers als auch an der „gewöhnlichen“ Hypothek wie an einem teuren Erbstück aus dem preußischen Landrecht festgehalten.

c) *Drittwirkung von Einreden gegen das dingliche Recht*

Das BGB hat das preußische Erbe noch unter einem weiteren Gesichtspunkt angetreten, was die Wirkung der Einreden des Eigentümers gegen die Klage aus einer Hypothek oder Grundschuld betrifft. In beiden Fällen hat es die Einreden gegen das dingliche Recht in den Erwerb kraft öffentlichen Glaubens des Grundbuchs einbezogen, wie das bereits im preußischen Recht der Fall war (vgl. oben S. 84 f.). Mit Blick auf diese Gleichbehandlung des Zessionars stellt sich erneut die Frage, ob der Parallelismus von Verkehrshypothek und Grundschuld gerechtfertigt war.

element der Hypothek), S. 394 (begriffliche Zusammengehörigkeit von Hypothek und Forderung), S. 404 (Begriffselement).

⁹⁴ So eine Einzelstimme, siehe *Mugdan* III, S. 796; hieraus leitet *Hachenburg* (Fn. 87), S. 529, 533 ff. zu Unrecht den Rechtssatz her, dass die persönliche Forderung für die Hypothek ganz ohne Bedeutung geworden sei.

⁹⁵ *Wolff* (Fn. 89), § 132 I; *Strecker*, in: *Planck* (Fn. 89), S. 752.

⁹⁶ *Mugdan* III, S. 852 f.; vgl. auch *Hachenburg* (Fn. 87), S. 526, 527.

Nach dem 1. Entwurf (E I § 1084 Abs. 1) sollten allerdings in bewusster Abkehr von § 38 preuß. EEG die Verkehrshypothek und entsprechend auch die Grundschuld (E I § 1136) im Fall der Abtretung ohne Unterschied bis auf die – jetzt genuin deliktsrechtlich verstandene – *exceptio doli* frei sein von Einreden, die dem Eigentümer unmittelbar gegen den ursprünglichen Gläubiger (Zedenten) zustanden, selbst und gerade dann, wenn dem Zessionar die die Einrede begründenden Tatsachen beim Rechtserwerb bekannt gewesen waren. Dieser Vorschlag wäre zwar für die Hypothek wegen des in Entw. I §§ 1045, 1046 (= §§ 1137, 1138 BGB) auf die Einreden des Eigentümers bezogenen öffentlichen Glaubens des Grundbuchs ohne größere praktische Bedeutung gewesen.⁹⁷ Er hätte jedoch gegenüber einem Zessionar der Grundschuld zu dem im Interesse der angestrebten Umlauffähigkeit gewünschten Ausschluss von persönlichen Einreden des Eigentümers geführt. Zur Begründung dieses Regelungsziels verwiesen die Entwurfsverfasser⁹⁸ allerdings auf das (zweifelhafte) dogmatische Argument, dass Hypothek und Grundschuld als dingliche Rechte von den relativen Gegenrechten aus den zu Grunde liegenden Schuldverhältnissen „scharf geschieden“ werden müssen.⁹⁹

Im weiteren Gesetzgebungsverfahren kam es zu einem dogmatischen Paradigmenwechsel. Die 2. Kommission lehnte die aus der scharfen Trennung der dinglichen Rechte von den obligatorischen Rechtsverhältnissen abgeleiteten Rechtsfolgen des Abstraktionsprinzips ab¹⁰⁰ und brachte in § 1157 BGB den entgegengesetzten Grundsatz zur Geltung. Die Vorschrift erstreckt die relativen Gegenrechte des Eigentümers auf den Erwerber des dinglichen Rechts. Die Kommissionsmehrheit für den Änderungsvorschlag kam bei Stimmgleichheit durch den Stichentscheid des Vorsitzenden allerdings nur denkbar knapp zu Stande.¹⁰¹ Im Ergebnis hat der Gesetzgeber damit den Anschluss an § 38 preuß. EEG hergestellt.¹⁰²

Der 2. Kommission war allerdings bewusst, dass mit dieser Entscheidung der praktische Wert der Grundschuld „wesentlich beeinträchtigt“ werden würde. Das ursprüngliche Ziel des Entwurfs, Zweck und Wesen der Grundschuld, nämlich die Verkehrsfähigkeit im Vergleich mit der Verkehrshypothek weiter zu steigern,¹⁰³ konnte aufgrund der Revision des § 1157 BGB nicht erreicht werden. Tatsächlich sollte sich der vorgenommene Vorzeichenwechsel als rechtsdogmatische

⁹⁷ Vgl. Beratungen in der 2. Kommission, *Mugdan* III, S. 821.

⁹⁸ Anzumerken ist, dass Förster „Hilfsarbeiter“ der Kommission für das Immobiliarsachenrecht war und schon die Erstreckung von Einreden des Schuldners gegenüber dem Grundschuldzessionar in § 38 Abs. 1 preuß. EEG für falsch gehalten hatte, siehe Förster (Fn. 30), S. 201 und oben I.2.b.aa. a. E.

⁹⁹ *Mugdan* III, S. 391, 438; damit kehrte die Theorie vom dinglichen Recht aus der preußischen Gesetzgebungsgeschichte wieder, vgl. oben I.2.b.aa.

¹⁰⁰ *Mugdan* III, S. 821: die Hypothek als rein dingliches Recht „sei eine *petitio principii*“.

¹⁰¹ *Mugdan* III, S. 821.

¹⁰² So ausdrücklich Denkschrift, *Mugdan* III, S. 986.

¹⁰³ So noch *Mugdan* III, S. 436.

Schwachstelle und als Quelle fortwährenden Streits bei der Abgrenzung der Sicherungsgrundschuld und der Verkehrshypothek erweisen. Der bei Gegenüberstellung dieser Rechtsinstitute häufig angeführte Hinweis auf die besondere Verkehrsfähigkeit der Grundschuld ist ein untaugliches Argument, nachdem der Gesetzgeber die Grundschuld gegenüber der Verkehrshypothek hinsichtlich der Drittwirkung der Einreden gerade nicht privilegiert hat.¹⁰⁴

Unter Beachtung des Willens des Gesetzgebers hat das Reichsgericht in der viel erörterten Entscheidung vom 24.11.1917 dem vom Zessionar mit der Klage aus der Grundschuld belangten Beklagten gemäß § 1157 BGB die Einrede gestattet, der – dem Zessionar bekannte – Sicherungszweck der Grundschuld sei nach Übertragung des dinglichen Rechts durch Tilgung der Forderung erledigt und die Grundschuld infolgedessen zurückzugewähren.¹⁰⁵ Dagegen wurde das Schlagwort von der Verkehrsfähigkeit der Grundschuld mobilisiert und bemängelt, dass dem Erwerber der Verkehrsschutz des § 1157 Satz 2 BGB genommen worden sei.¹⁰⁶ Nach mehr als einem halben Jahrhundert zeigte die Kritik schließlich Wirkung beim BGH, der in einem erstaunlich knapp begründeten Urteil nur solche Einreden des mit der Grundschuld in Anspruch genommenen Eigentümers zuließ, die im Zeitpunkt des Erwerbs bereits bestanden und dem Erwerber bekannt waren.¹⁰⁷ Fehlt es an einer dieser Voraussetzungen, so soll der vereinbarte Sicherungszweck gegenüber dem Dritterwerber nicht mehr wirken, vielmehr die Sicherungsgrundschuld in der Hand des Erwerbers als „isolierte Grundschuld“ durchgesetzt werden können.

Damit versuchte der BGH unter Berufung auf die h.M. die Grundentscheidung des BGB-Gesetzgebers zu korrigieren, der sich bewusst an die „praktisch bewährte“ Vorschrift des § 38 EEG angeschlossen hat.¹⁰⁸ Mit der Aufgabe der Rechtsprechung des RG näherte sich der BGH dem im Gesetzgebungsverfahren verworfenen Vorschlag des 1. Entwurfs (E I § 1084), der eine Erstreckung der schuldrechtlichen Einreden auf das dingliche Recht prinzipiell ablehnte. Die hier anschließende Frage, ob die Rechtsprechung zu einem solchen Systemeingriff berechtigt war, erscheint inzwischen nach einem erneuten Wechsel der dogmatischen Vorzeichen durch Einführung des § 1192 Abs. 1a BGB in einem neuen Licht.

¹⁰⁴ Zutreffend *Wilhelm*, Sachenrecht, 5. Aufl., 2016, Rn. 1785; *ders.*, JZ 1980, 625, 628; *Kiehnle*, in: BeckOGK, Stand 01.09.2020, § 1157, Rn. 30; ähnlich auch *Füller*, Eigenständiges Sachenrecht, 2006, S. 72f.

¹⁰⁵ RGZ 91, 218, 224/225.

¹⁰⁶ Vgl. nur *Wolff/Raiser*, Sachenrecht, 10. Bearb. 1957, § 154 VI Fn. 15; *Baur/Stürmer*, Sachenrecht, 18. Aufl., 2009, § 45 Rn. 63; *Medicus*, Bürgerliches Recht, 21. Aufl., 2007, Rn. 506: Grundschuld werde der Verkehrsfähigkeit „beraubt“; ebenso *H. Roth*, in: Festschr. Laufs (Fn. 2), S. 623, 624, 626.

¹⁰⁷ BGHZ 59, 1–3.

¹⁰⁸ *Mugdan* III, S. 822; keineswegs hat der Gesetzgeber die Grundschuld gleichsam übersehen, wie *Buchholz*, AcP 203 (2003), 786, 807 meint; ebenso *ders.* schon AcP 187 (1987), 107, 116, 135 f. (Lückentheorie).

2. Systemeingriffe des modernen Gesetzgebers

Nachdem der Gesetzgeber schon im Jahre 1978 mit dem „in großer Hektik“ eingeführten gesetzlichen Lösungsanspruch des Grundpfandgläubigers gemäß § 1179a BGB das BGB-System der Rangreservierung zerstört und damit der Eigentümergrundschild die ursprüngliche Legitimation entzogen hatte,¹⁰⁹ nahm er im Jahre 2008 einen noch größeren Eingriff in das System der Grundpfandrechte vor.

Der seinerzeit im Zuge des sog. Risikobegrenzungsgesetzes¹¹⁰ in das BGB aufgenommene Abs. 1a des § 1192 bedeutet nichts anderes als die (endgültige) Abkehr von der im 19. Jahrhundert mit der abstrakten (Sicherungs-) Grundschild angestrebten Einredeunabhängigkeit. Damit ist die Statik des ohnehin nicht stabilen Gebäudes der Grundpfandrechte erneut schwer und irreparabel beschädigt worden. Der „nicht immer sehr sachverständige“ und im Übrigen auch schlecht beratene Gesetzgeber hat in einem unüberlegten „Schnellschuss“ die Verkehrsfähigkeit der Sicherungsgrundschild beseitigt.¹¹¹ Nach § 1192 Abs. 1a BGB vermag ein Zessionar die Grundschild nur belastet mit den Beschränkungen aus dem „Sicherungsvertrag“ zu erwerben. Der Eigentümer kann ihm alle sicherungsvertraglichen Einreden entgegenhalten, ein gutgläubiger einredefreier Erwerb der Sicherungsgrundschild gemäß §§ 1192 Abs. 1, 1157 Satz 2 BGB ist ausgeschlossen, § 1192 Abs. 1a Satz 2 BGB.

Mit diesem fundamentalen Vorzeichenwechsel bezweckte der moderne Gesetzgeber den Schutz des Eigentümers/Schuldners. Alle Einreden des Eigentümers aus dem Sicherungsvertrag mit dem Zedenten werden auf den Zessionar ohne Rücksicht darauf erstreckt, ob dieser die Einrede kannte oder ob ein entsprechender Vermerk im Grundbuch eingetragen war. Der gute Glaube des Zessionars der (Sicherungs-) Grundschild ist nicht einmal dann geschützt, wenn er keine Kenntnis davon hat, dass er eine Sicherungsgrundschild erwirbt. Damit reicht *de lege lata* der Schutz des Eigentümers erheblich weiter als bei der Verkehrshypothek. Anlass für die grundstürzende Neuausrichtung der (Sicherungs-) Grundschild waren die in Presseveröffentlichungen beschworenen Missstände im Zusammenhang mit der Verbriefung von Darlehensforderungen und dem Verkauf von Kreditportfolios an Finanzinvestoren. Nachdem auch Verbraucherschutzverbände die perhorreszierende Rede von der mit der Abstraktheit der Grundschild verbundenen Gefahr der doppelten Inanspruchnahme aufgegriffen hatten, sah sich der Gesetzgeber zum Handeln gezwungen.

¹⁰⁹ Wolfsteiner, in: Staudinger, BGB, Neubearb. 2019, § 1179a Rn. 5, 6; sowie § 1192 Rn. 32.

¹¹⁰ Gesetz zur Begrenzung der mit Finanzinvestitionen verbundenen Risiken, BGBl I 2008, 1666.

¹¹¹ Baur/Stürmer (Fn. 106), § 45 Rn. 671 und Rn. 61; ebenso krit. Wolfsteiner, in: Staudinger, BGB, Neubearb. 2019, § 1192 Rn. 31: „politisch motivierter Schnellschuss“; Haertlein, in: Langenbacher/Bliesener/Spindler, Bankrechts-Kommentar, 3. Aufl. 2020, 25. Kap., § 1192 Rn. 2: „ein Treppenwitz“.

Die kurzatmige Dogmatik der Gesetzgebung warf dabei die Grundsätze der Publizität und des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs, also nicht weniger als bedeutende legislative Errungenschaften und tragende Säulen des Realkreditrechts, gleichsam das dogmatische Erbe des 19. Jahrhunderts, kurzerhand über Bord. Der rechtspolitische Aktionismus hat damit ohne Notwendigkeit¹¹² die gesetzliche Ordnung der Grundpfandrechte zerstört. Der Gesetzgeber machte sich nicht einmal die Mühe, das System der Grundpfandrechte nachzuvollziehen. Die Neuregelung ist nicht nur systematisch verfehlt, sondern auch teleologisch missglückt. Das zeigt sich an regelungstechnischen Ungereimtheiten und offenen Fragen im Zusammenhang mit dem neuen Tatbestand, der einige Verwirrung gestiftet hat.¹¹³ Kritik verdient die Neuregelung aber vor allem auch deshalb, weil dem Gesetzgeber grobe handwerkliche Fehler bei der Aufstellung des Tatbestands unterlaufen sind.

Schon die Formulierung „zur Sicherung eines Anspruchs verschafft“ ist zu eng, weil sie sich lediglich auf eine (einzige) Anlassverbindlichkeit beschränkt und nicht die in der Kreditsicherungspraxis übliche „weite“ Zweckerklärung in den Blick nimmt.¹¹⁴ Während insoweit das Tatbestandsmerkmal teleologisch erweitert werden soll, wird bezüglich der tatbestandlichen Beschränkung auf den „Eigentümer“ vertreten, dass „kein echtes Tatbestandsmerkmal“ vorliege;¹¹⁵ eine andere Meinung versucht, den Sukzessionsschutz für den Eigentümer durch analoge Anwendung des § 1192 Abs. 1a BGB zu erreichen.¹¹⁶ Die Kontroverse betrifft u. a. den Fall der Drittsicherung, in dem der Eigentümer/Sicherungsgeber und der Schuldner personenverschieden sind und der Eigentümer (angeblich) nicht selbst Partei des Sicherungsvertrages ist. Nach einer dritten Auffassung soll in diesem Fall der Eigentümer keine Einrede erheben können und § 1192 Abs. 1a BGB daher leerlaufen.¹¹⁷ Tatsächlich hat der Gesetzgeber an den praktisch bedeutsamen Interzessionsfall überhaupt nicht gedacht, jedenfalls aber die unbefriedigende Rechtsfolge hingenommen.¹¹⁸

Die gesetzliche Erstreckung der Einreden aus dem „Sicherungsvertrag“ ist in rechtsdogmatischer Hinsicht schon deshalb bedenklich, weil das Gesetz damit einen im Schuldrecht nicht vertypen Vertrag in Bezug nimmt. Diese tatbestandliche Voraussetzung verfügt daher nicht über ein gesetzliches Fundament. Gera-

¹¹² Baur/Stürner (Fn. 106), § 45 Rn. 67; ebenso Habersack, NJW 2009, 3173, 3176.

¹¹³ Die Sicherungsgrundschuld soll jetzt Typus eines neuen dinglichen Rechts sein, so Wolfsteiner, in: Staudinger, BGB, Neubearb. 2019, Vorbem. §§ 1191 ff. Rn. 3, 7 und § 1192 Rn. 35; Meyer, WM 2010, 58, 64; Zetzsche, AcP 209 (2009), 543, 562.

¹¹⁴ Rebhan, in: BeckOGK, Stand 01.09.2019, § 1192 Rn. 8 m.w.Nachw.

¹¹⁵ Rebhan, in: BeckOGK, Stand 01.09.2019, § 1192 Rn. 12 m.w.Nachw.; unklar Wilhelm (Fn. 104), Rn. 1778.

¹¹⁶ Bülow, WM 2012, 289, 290.

¹¹⁷ Wolfsteiner, in: Staudinger, BGB, Neubearb. 2019, § 1192 Rn. 37; Reischl, in: jurisPK-BGB, 9. Aufl. 2020, § 1192, Rn. 15.

¹¹⁸ Siehe einerseits Rebhan, in: BeckOGK, Stand 01.01.2020, § 1192 Rn. 12; andererseits Clemente, ZfIR 2010, 441, 446 Fn. 52.

de in den Drittsicherungsfällen ist aber ungeklärt und hoch streitig, wer Partei des Sicherungsvertrages ist und bei Erledigung des Sicherungszwecks Rückgewähr der Sicherheit verlangen kann.¹¹⁹

Ebenso hat der Gesetzgeber nicht den Fall bedacht, dass der Sicherungsvertrag unwirksam ist oder nicht zu Stande kommt. Hier läuft § 1192 Abs. 1a BGB ebenfalls leer, weil dem Eigentümer von vornherein keine sicherungsvertraglichen Einreden zustehen (können). Vielmehr steht dem Eigentümer/Sicherungsgeber gegen den ursprünglichen Grundschuldgläubiger nur die Bereicherungseinrede gemäß § 821 BGB zu, die jedoch von § 1192 Abs. 1a BGB gerade nicht erfasst wird.¹²⁰ Im Ergebnis führt die gesetzliche Neuregelung damit auch zu einer unerfreulichen Zersplitterung der Rechtslage in Bezug auf die Einreden gegen die Grundschuld.

III. Zurück zum Ausgangspunkt

Am Ende muss man feststellen, dass das Grundpfandrecht in dem hier betrachteten Zeitraum von 200 Jahren keine konsistente Entwicklung genommen hat. Im Rückblick zeigt sich, dass der Gesetzgeber im Grunde nur einmal im Kreis gelaufen ist. Zu Beginn des 19. Jahrhunderts gab es schon die auf den öffentlichen Glauben des Grund- bzw. Hypothekenbuchs gegründete (Verkehrs-) Hypothek und die streng akzessorische Kautionshypothek. Diese Ausgangslage ist heute wieder hergestellt, nachdem die Sicherungsgrundschuld in Bezug auf die Einreden aus dem Sicherungszweck durch § 1192 Abs. 1a BGB der Sicherungshypothek völlig gleichgestellt worden ist. Hinsichtlich der Verkehrsfähigkeit funktioniert im System der Grundpfandrechte *de lege lata* nur noch die Verkehrshypothek.

Unter dem Gesichtspunkt des Verkehrsschutzes haben sich die Verhältnisse daher umgekehrt. Man muss heute fragen, wozu braucht es die Grundschuld neben der Verkehrshypothek überhaupt noch. Den vielfach gepriesenen Vorteil der kostengünstigen Flexibilität der Grundschuld erreicht man bei der gewöhnlichen Hypothek ohne weiteres durch die Zwischenschaltung eines abstrakten Schuldversprechens gemäß § 780 BGB als hypothekarisch gesicherte Forderung, der wiederum bis zum Nennbetrag (beliebig außerhalb des Grundbuchs austauschbare) kausale Forderungen im Wege der Sicherungsabrede unterlegt werden können.

¹¹⁹ Dazu näher *Schnauder*, JZ 2021 Heft 8 (unter II.2.c.).

¹²⁰ *Baur/Stürmer* (Fn. 106), § 36 Rn. 78a Beispiel 1, § 45 Rn. 67h; str., a. A. *Rebhan*, in: Beck-OGK, Stand 01.09.2019, § 1192 Rn. 15 m. w. N.; noch weitergehend (schuldrechtliche Einrede der Stundung der Grundschuld) *Kiehnle*, in: BeckOGK, Stand 01.09.2020, § 1157, Rn. 31.

Der nachbarrechtliche Ausgleichsanspruch gemäß § 906 Abs. 2 Satz 2 BGB analog als Wunderwaffe – eine kritische Würdigung

Madeleine Tolani

Einen der Schwerpunkte des ebenso umfangreichen wie inhaltlich beeindruckenden Œuvre des verehrten Jubilars bildete nicht zuletzt das Grundstücksrecht¹ und hier wiederum die Regelung des Rechtsverhältnisses unter Grundstücksnachbarn gemäß den §§ 906 ff. BGB. Besonders mit den in § 906 BGB getroffenen Regeln über die Zuführung von unwägbaren Stoffen von einem Grundstück auf eine benachbarte Liegenschaft hat sich *Herbert Roth* wiederholt eingehend befasst und sich hier insbesondere mit der von der Rechtsprechung und der heute überwiegenen Lehre anerkannten, aber gleichwohl nach wie vor umstrittenen Konstruktion einer entsprechenden Anwendung des § 906 BGB im Sinne eines sogenannten bürgerlich-rechtlichen Aufopferungsanspruches gewidmet.² Ich hoffe daher, dass der nachfolgende Beitrag zu dem Problemkreis, der ein 2018 ergangenes Urteil des BGH betrifft, in dem die Reichweite des nachbarrechtlichen Ausgleichsanspruches nochmals nicht unerheblich ausgeweitet wird, das Interesse von *Herbert Roth* finden wird.

I. Einführung

Am 09.02.2018 urteilte der für das Grundstücksrecht zuständige V. Zivilsenat des BGH: „Ein Grundstückseigentümer, der einen Handwerker Reparaturarbeiten am Haus vornehmen lässt, ist als Störer im Sinne des § 1004 Abs. 1 BGB verantwortlich, wenn das Haus infolge der Arbeiten in Brand gerät und das Nachbargrundstück beschädigt wird. Dass der Handwerker sorgfältig ausgesucht wurde, ändert daran nichts.“³ Ein verschuldensunabhängiger Anspruch sei in entsprechender Anwendung von § 906 Abs. 2 S. 2 BGB gegeben.

Das Urteil verdeutlicht die hohe praktische Bedeutung des sog. nachbarrechtlichen Ausgleichsanspruches, der nach ständiger Rechtsprechung dann zum Tragen kommt, wenn es an einem Verschulden des Eigentümers gerade fehlt und ein

¹ Insbesondere die Kommentierung der §§ 905–924 BGB im Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, zuletzt Neubearbeitet 2016.

² *Roth*, Der bürgerlich-rechtliche Aufopferungsanspruch. Ein Problem der Systemgerechtigkeit im Schadensersatzrecht, 2001.

³ BGH NJW 2018, 1542 ff.

Schadensersatzanspruch daher scheitert. Hier traf die Auftraggeber und Grundstückseigentümer keine Fahrlässigkeit; alleinig verantwortlich war der grob fahrlässig handelnde Handwerker. Dieser war erstinstanzlich verurteilt worden, während die Klage der aus gemäß § 86 Abs. 1 VVG übergegangenem Recht klagenden Versicherung gegenüber den Rechtsnachfolgern der Grundstückseigentümer abgewiesen wurde.⁴ Über das Vermögen des Handwerkers wurde sodann das Verbraucherinsolvenzverfahren eröffnet. Das Berufungsgericht wies die Berufung der Klägerin, mit der auch die Verurteilung der Rechtsnachfolger der Grundstückseigentümer erstrebt wurde, zurück.

Das Urteil erregte besonderes Aufsehen gerade vor dem Hintergrund der abweichenden Wertung der beiden Vorinstanzen, die sich mutig gegen die etablierte Linie des V. Zivilsenates stellten.⁵ Das LG Magdeburg sowie das OLG Naumburg erkannten den Anspruch des § 906 Abs. 2 S. 2 BGB analog zwar an. Jedoch qualifizierte die erste Instanz diesen – ganz anders als der BGH – nicht als einen völlig verschuldensunabhängigen Anspruch und vertrat die Auffassung, dass eine Haftung insoweit ausscheide, wenn dem beauftragten Handwerker grobe Fahrlässigkeit zur Last gelegt wird.⁶ Die zweite Instanz stimmte dieser Argumentation nur im Ergebnis zu, verneinte bereits die Störereigenschaft der Beklagten.

Die Entscheidung gibt Anlass, die Frage nach einer Berechtigung des nachbarrechtlichen Ausgleichsanspruches gemäß § 906 Abs. 2 S. 2 BGB analog nochmals zu stellen und Möglichkeiten einer Begrenzung aufzuzeigen.

II. Konzeption des Nachbarrechts

Die konzeptionelle Ausgestaltung des Nachbarrechts wird durch die Bestimmung des § 903 BGB, wonach der Eigentümer einer Sache mit der Sache nach Belieben verfahren und andere von jeder Einwirkung ausschließen kann, geprägt. Dieser Programmsatz findet seine Austarierung in § 1004 BGB und § 906 BGB.⁷ An sich wäre jede Tätigkeit, die mit einer grenzüberschreitenden Einwirkung verbunden ist, ein Anknüpfungspunkt des § 1004 Abs. 1 BGB.⁸ Dem Interesse des Nachbarn, sein Grundstück beeinträchtigende Einwirkungen abzuwehren, steht indes das Interesse des Nutzers des anderen Grundstücks an ungehinderter Nutzung seiner Liegenschaft entgegen, womit ein Konflikt zwischen eigentumsrechtlichen Nutzungs- und Abwehransprüchen zutage tritt.⁹ Das nachbarliche

⁴ LG Magdeburg, Urt. vom 03.07.2015 – 10 O 1082/13, BeckRS 2015, 120088.

⁵ LG Magdeburg, Urt. vom 03.07.2015 – 10 O 1082/13, BeckRS 2015, 120088; OLG Naumburg, Urt. vom 14.01.2016 – 4 U 52/15, BeckRS 2016, 120865.

⁶ LG Magdeburg, Urt. vom 03.07.2015 – 10 O 1082/13, BeckRS 2015, 120088.

⁷ Näher dazu *Bauer/Stürmer*, Sachenrecht, 2009, § 25 D I Rn. 17.

⁸ *Schmidt*, Der nachbarliche Ausgleichsanspruch, 2000, S. 22.

⁹ *Thier*, in: Falk/Mohnhaupt, Das BGB und seine Richter, 2000, S. 407 ff. (407).

Verhältnis verschiedener Grundstückseigentümer lässt sich prägnant auch als ein „rechtliches Gegeneinander“ bei einem „räumlichen Nebeneinander“ kennzeichnen.¹⁰ Die Interessendivergenz wird durch Beschränkungen der negativen Befugnis des Eigentümers, jeden von einer Einwirkung auf seine Sache auszuschließen, sowie durch Entschädigungen zugunsten des beeinträchtigten Grundstückseigentümers gelöst. Dabei erlangen vornehmlich die Vorschriften der §§ 906–916 BGB Bedeutung, die von Nachbargrundstücken ausgehende Einwirkungen auf Grundstücke zum Gegenstand haben.

III. Abwehranspruch, § 1004 BGB, Duldungspflichten und Ausgleichsanspruch, § 906 BGB

1. Duldungspflichten gemäß § 906 Abs. 1, 2 S. 1 BGB

Grundlegende Bedeutung kommt dem § 906 BGB zu. Die Norm des § 906 BGB etabliert in ihren Absätzen 1 und 2 S. 1 rechtliche Duldungspflichten i. S. v. § 1004 Abs. 2 BGB im Falle der Zuführung unwägbarer Stoffe (Imponderabilien), etwa Gasen, Gerüchen, Rauch. Diese Vorschrift gilt als „Generalnorm des zivilrechtlichen Nachbarschutzes“¹¹, da sie die widerstreitenden, prinzipiell gleichrangigen Nutzungsinteressen verschiedener Grundstückseigentümer zum Ausgleich bringen soll.¹² Regelungsziel ist die Klärung der Frage, ob und inwieweit der Eigentümer des betroffenen Grundstückes Einwirkungen zu dulden hat. Eine Duldungspflicht besteht zunächst nach Absatz 1, wenn die Einwirkung die Benutzung seines Grundstückes nicht oder nur unwesentlich beeinträchtigt. Gemäß § 906 Abs. 1 S. 2 und S. 3 BGB¹³ ist vor dem Hintergrund einer Harmonisierung von privatem und öffentlichem Immissionsschutzrecht¹⁴ vorgesehen, dass bei Einhaltung bestimmter Grenz- und Richtwerte in der Regel eine unwesentliche Beeinträchtigung gegeben ist.

Ist die Beeinträchtigung hingegen wesentlich, so hängt die Duldungspflicht gemäß § 906 Abs. 2 S. 1 von den beiden Voraussetzungen (1) der Ortsüblichkeit der Benutzung des anderen Grundstücks und (2) von der Unmöglichkeit ab, die wesentliche Beeinträchtigung durch Benutzern dieser Art wirtschaftlich zumutbare Maßnahmen zu verhindern. Besteht eine Duldungspflicht, können Beeinträchtigungen vom Betroffenen nicht nach § 1004 Abs. 1 BGB abgewehrt werden; sie sind rechtmäßig.

¹⁰ So *Thier*, in: Falk/Mohnhaupt a. a. O. (Fn. 9), S. 407 ff. (407): „Das räumliche *Nebeneinander* verschiedener Grundstückseigentümer ist nach der Eigentumskonzeption des Bürgerlichen Gesetzbuches grundsätzlich ein *Gegeneinander*.“

¹¹ BGHZ 198, 327 Rn. 8 = NJW 2014, 458.

¹² *Brückner*, in: Münchener Kommentar BGB, 8. Aufl. 2020, § 906 Rn. 1.

¹³ Eingefügt durch das Sachenrechtsänderungsgesetz vom 21.09.1994, BGBl. I, 2457.

¹⁴ *Wenzel*, NJW 2005, 241 ff. (244) mit Hinweis auf *Fritz*, NJW 1996, 573.

2. Ausgleichsanspruch, § 906 Abs. 2 S. 2 BGB

a) Tatbestand

Dem nach § 906 Abs. 2 S. 1 BGB duldungspflichtigen Eigentümer steht gemäß § 906 Abs. 2 S. 2 BGB ein Ausgleichsanspruch gerichtet auf einen „angemessenen Ausgleich“ in Geld zu, wenn die Einwirkung eine ortübliche Nutzung seines Grundstückes oder dessen Ertrag beeinträchtigt und diese Beeinträchtigung über das zumutbare Maß hinaus erfolgt. Dieser Ausgleichsanspruch war im Zeitpunkt des Inkrafttretens des BGB indes noch nicht geregelt, denn der historische Gesetzgeber ging davon aus, die Vor- und Nachteile ortsüblicher Immissionen würden sich für die betroffenen Grundstücke selbst ausgleichen.¹⁵ Der Anspruch gemäß § 906 Abs. 2 S. 2 BGB wurde erst im Jahr 1959 parallel zu einer Novellierung des öffentlichen Immissionsschutzrecht nach der damaligen Fassung der Gewerbeordnung eingefügt.¹⁶

Sowohl auf Seiten des Verpflichteten als auch des Betroffenen ist eine ortsübliche Nutzung Voraussetzung. Diese bemisst sich danach, ob in der Umgebung eine Mehrzahl von Grundstücken nach Art und Umfang gleich genutzt wird.¹⁷ Auf Seiten des Betroffenen ist zudem erforderlich, dass die Einwirkung die Benutzung seines Grundstückes oder dessen Ertrag über das zumutbare Maß hinaus beeinträchtigt. Jenseits der Wesentlichkeit der Beeinträchtigung gibt es indes keinen Ausgleichsanspruch, da sich Absatz 2 Satz 2 systematisch nur auf Absatz 2 Satz 1 bezieht. Anhand der dargestellten Tatbestandsmerkmale, insbesondere der Ortsüblichkeit und der technisch bzw. wirtschaftlichen Unverhinderbarkeit, verdeutlicht sich, dass § 906 Abs. 2 S. 2 BGB in seiner direkten Anwendung einen qualifizierten Nutzungskonflikt¹⁸ zwischen zwei Grundstückseigentümern regelt. Charakteristisch für den Ausgleichsanspruch ist dessen Abhängigkeit vom Bestand einer Rechtspflicht des betroffenen Eigentümers zur Duldung einer konkret beeinträchtigenden Einwirkung („Dulde und liquidie-

¹⁵ Dazu: *Hagen*, Der nachbarrechtliche Ausgleichsanspruch nach § 906 Abs. 2 S. 2 BGB als Musterlösung und Lösungsmuster – Rechtsfortbildung in mehreren Etappen, in: FS für Lange, 1992, S. 483 ff. (484). Richterrechtlich wurde aber zuvor bereits ein Ausgleichsanspruch für den Bereich des § 906 BGB gewährt; es waren Konstellationen betroffen, die Einwirkungen aus ortsüblichen Nutzungen betrafen, die nach § 906 BGB a.F. an sich ausgleichlos zu dulden waren. Der Ausgleichsanspruch wurde aber auf unterschiedliche Grundlagen gestützt.

So zog das Reichsgericht den Gesichtspunkt der drohenden Existenzvernichtung zur Begründung eines Ausgleichsanspruches heran und gewährte einen Anspruch auf Grundlage des § 26 GewO, nunmehr § 14 BImSchG. So in RGZ 154, 161 (sog. GHH-II-Entscheidung). Der BGH stützte einen Ausgleichsanspruch vor der Neufassung des § 906 BGB in freier Rechtschöpfung auf das nachbarschaftliche Gemeinschaftsverhältnis. So BGHZ 30, 273 ff. (280). Dazu *Rotb.*, a. a. O. (Fn. 2), S. 31 ff.; *Hagen*, a. a. O. (Fn. 15), S. 487 ff.

¹⁶ Gesetz zur Änderung der Gewerbeordnung und Ergänzung des Bürgerlichen Gesetzbuches vom 22.12.1959, BGBl. I S. 781. Das Bundesimmissionsschutzgesetz trat erst 1974 in Kraft (BGBl. I S. 721) und ging aus §§ 16–25 Gewerbeordnung hervor.

¹⁷ BGHZ 97, 97 (105) = NJW 1986, 2309 ff.; BGHZ 111, 63 (72) = NJW 1990, 2465 ff.; BGHZ 117, 110 (113) = NJW 1992, 1389 ff.

¹⁸ *Schmidt*, a. a. O. (Fn. 8), S. 85.

re“), welche zwingend und unvermeidbar mit der emittierenden Nutzung eines Grundstückes verknüpft ist.¹⁹ Regelungsgegenstand sind demnach Einwirkungen, die für den Emittenten prognostizierbar sind.²⁰

b) Haftungsgrund – Entzug der Abwehrklage

Der Haftungsgrund, verstanden als ein bestimmter Grund der Verantwortlichkeit²¹, wird nach der Rechtsprechung und h.L. in dem Aufopferungsprinzip gesehen, weil der Ausgleichsanspruch bei Bestehen einer Duldungspflicht nach § 906 Abs. 2 S. 1 BGB an die Stelle des ausgeschlossenen Anspruches aus § 1004 Abs. 1 BGB tritt²², womit der Abwehranspruch aufgeopfert wird.²³ Tragend ist nach der Rechtsprechung der Entzug der Abwehrklage. An die Stelle des § 1004 Abs. 1 BGB, der aufgrund der rechtlichen Duldungspflicht des § 906 Abs. 2 S. 1 BGB ausgeschlossen ist, tritt als Kompensation der § 906 Abs. 2 S. 2 BGB.²⁴

IV. Die analoge Anwendung des § 906 Abs. 2 S. 2 BGB

In der Rechtsprechung des BGH hat sich eine analoge Anwendung des § 906 Abs. 2 S. 2 BGB etabliert. Diese erfasst zwei verschiedene Sachlagen, die streng auseinanderzuhalten sind: erstens das Bestehen einer sonstigen rechtlichen Duldungspflicht aus einem übergeordneten öffentlichen Interesse oder aus einem anderen Grund, wie insbesondere einer nachbarschaftlichen Duldungspflicht, und zweitens die sogenannte faktische Duldung.²⁵

¹⁹ Schmidt, a. a. O. (Fn. 8), S. 85.

²⁰ Bauer/Stürner, a. a. O. (Fn. 7), § 25 D I Rn. 17. Der Anspruch ist in das Nachbarrecht, das ein möglichst friedliches Zusammenleben der Nachbarn sichern soll, eingebettet.

²¹ Der Begriff des Haftungsgrundes bezeichnet die sachlichen Kriterien, die die Zurechnung des Schadens zu einem verantwortlichen Verursacher rechtfertigen. Haftung tritt nur ein, wenn ein bestimmter Grund i. S. der Verantwortlichkeit einer anderen Person ausgemacht werden kann. Er umfasst inhaltlich zwei Aspekte: Zum einen die Frage, warum eine bestimmte Person als Verpflichteter in Anspruch genommen wird, zum anderen, warum und unter welchen Voraussetzungen eine bestimmte Person geschützt ist. Schmidt, a. a. O. (Fn. 8), S. 57 m. w. N.

²² BGH NJW 1995, 714 (714).

²³ Roth, a. a. O. (Fn. 2), S. 8.

²⁴ Wilhelm, Sachenrecht, 3. Aufl. 2007, Rn. 784.

²⁵ Vgl. Wenzel, NJW 2005, 241 ff. (246).

1. *Privatrechtliche Aufopferung aus einem übergeordneten öffentlichen Interesse²⁶ und sonstige Ausgleichsansprüche bei besonderen rechtlichen Duldungspflichten*

a) *Gemeinwohlinteresse*

Zum einen wird demjenigen Grundstückseigentümer ein bürgerlich-rechtlicher Aufopferungsanspruch gemäß § 906 Abs. 2 S. 2 BGB analog zugesprochen, der aus einem übergeordneten Interesse rechtlich zur Duldung verpflichtet ist. Das Reichsgericht und der BGH erkannten Duldungspflichten gegenüber gemeinwichtigen Betrieben an: Dies betraf einerseits staatlich konzessionierte Betriebe, wie Eisenbahnen und Straßen²⁷, andererseits private Betriebe, die der öffentlichen Daseinsvorsorge dienen.²⁸

Auf Grundlage dieser Duldungspflichten vollzog die Rechtsprechung den Schritt, anstelle des ausgeschlossenen Abwehranspruches einen bürgerlich-rechtlichen Aufopferungsanspruch treten zu lassen²⁹, der ebenso wie der ausgeschlossene Abwehranspruch des § 1004 Abs. 1 BGB ein Verschulden nicht voraussetzt. Auch hier besteht die maßgebliche Erwägung mithin in dem Entzug der Abwehrklage.³⁰ Es handelt es sich um ein Haftungsinstitut, das der Entschädigung für Einwirkungen aus Nutzungen dient, denen ein öffentliches Interesse zugrunde liegt.³¹ Tragender Gesichtspunkt ist die Gemeinwohlorientierung, womit diese Fallgruppe auf dem Gedanken der Aufopferung vor dem Hintergrund der Gerechtigkeitsidee fußt.

b) *Besondere Duldungspflicht*

Daneben gibt es Ausgleichsansprüche als Kompensation bei Eingriffen, die aus besonderen Gründen, etwa aufgrund des nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnisses, zu dulden sind. So soll ein Ausgleichsanspruch gegeben sein bei Bauarbeiten, die den Kontakt nach außen behindern und z. B. Beeinträchtigungen für den Inhaber eines Ladenlokals nach sich ziehen.³²

²⁶ Grundlegend: BGHZ 110, 17 = NJW 1990, 978.

²⁷ RGZ 58, 130. *Hagen*, a. a. O. (Fn. 15), S. 483 ff. (485). Hier war der Aufnahme des Betriebes eine staatliche Konzession vorgeschaltet; man nahm an, diese Genehmigung schließe Abwehransprüche aus, obgleich eine mit § 26 GewO vergleichbare Regelung nicht vorlag. *A. Schmidt*, a. a. O. (Fn. 8), S. 87.

²⁸ Z. B. die Einwirkungen infolge eines Wasserwerkes, RG JW 1910, 74, und infolge des Betriebes einer Munitionsfabrik während des Krieges, RGZ 101, 102 ff. Dazu: *A. Schmidt*, a. a. O. (Fn. 8), S. 87 f.

²⁹ RGZ 58, 130, 134; BGHZ 16, 366.

³⁰ *Schmidt*, a. a. O. (Fn. 8), S. 88.

³¹ *Schmidt*, a. a. O. (Fn. 8), S. 126.

³² BGHZ 62, 361 ff.; dazu: *A. Schmidt*, a. a. O. (Fn. 8), S. 95.

c) Bestehen einer rechtlichen Duldungspflicht

Die Gemeinsamkeit dieser Haftungsinstitute ist das Anknüpfen an eine ausnahmsweise gegebene rechtliche Duldungspflicht. Die von der Rechtsprechung entwickelten Ansprüche stimmen in ihren Voraussetzungen mit denjenigen des Ausgleichsanspruches aus § 906 Abs. 2 S. 2 BGB also insofern überein, als sich der Anspruch als Folge einer Pflicht des betroffenen Grundstückseigentümers zur Duldung darstellt. Damit entspricht der Konflikt der Situation des § 906 BGB. Das Handeln ist auch hier rechtmäßig.³³

*2. Der nachbarrechtliche Ausgleichsanspruch bei tatsächlichem Ausschluss der Abwehrmöglichkeit – Faktischer Duldungszwang (faktische unverschuldete Duldung)*³⁴*a) Nichtbestehen einer rechtlichen Duldungspflicht*

Die folgenden Ausführungen konzentrieren sich allein auf die zweite Fallgruppe, die der *faktischen* Duldungspflicht, für die sich die Bezeichnung: „nachbarrechtlicher oder nachbarlicher Ausgleichsanspruch“ eingebürgert hat. Das entscheidende Merkmal besteht in der lediglich tatsächlichen Hinderung des betroffenen Eigentümers an der Geltendmachung des negatorischen Eigentumsanspruchs. Eine Pflicht des betroffenen Eigentümers zu Duldung besteht gerade nicht. Der Eigentümer ist an sich allein auf die Geltendmachung des Beseitigungsanspruches verwiesen. Dies ist dann besonders misslich, wenn der Beseitigungsanspruch zwar besteht, der Eigentümer aber aus besonderen tatsächlichen Gründen, wie einer Unkenntnis über die Ursache der Beeinträchtigung, an dessen Geltendmachung gehindert ist. Die Rechtsprechung hat sich daher veranlasst gesehen, dem Betroffenen unter den Voraussetzungen des Bestehens des Beseitigungsanspruches, aber bei Hindernis seiner Geltendmachung, ebenfalls einen Ausgleichsanspruch zu gewähren. Hierzu zieht sie die Kompensation einer Duldungslast³⁵, die § 906 Abs. 2 S. 2 BGB gewährt, heran.

b) Historische Grundlagen

Zunächst war der Ausgleichsanspruch allerdings zugeschnitten auf die Haftung der öffentlichen Hand, wenn diese privatrechtlich handelte. Grundlegend ist insoweit ein Urteil des BGH vom 15.06.1967.³⁶ Die Staubentwicklung infolge eines Autobahnbaus beeinträchtigte ein benachbartes landwirtschaftlich genutztes Grundstück. Der betroffene Pächter machte Ersatzansprüche gegen das Land

³³ Roth, in: Staudinger BGB 2016, § 906 BGB Rn. 67. Die Einwirkungen sind auch hier zwingende Folgen der emittierenden Nutzung.

³⁴ Grundlegend BGHZ 85, 375 ff. (384 ff.).

³⁵ Wilhelm, Sachenrecht, 5. Aufl. 2017, Rn. 782.

³⁶ BGHZ 48, 98 = NJW 1967, 1857. Dazu Schmidt, a. a. O. (Fn. 8), S. 101 ff.

und die BRD geltend.³⁷ Der BGH nahm zu der Frage des Verhältnisses des sog. bürgerlichrechtlichen Aufopferungsanspruches zum öffentlichrechtlichen Entschädigungsanspruch aus enteignendem Eingriff dahingehend Stellung, dass nur der eine oder der andere gegeben sein könne, abhängig davon, ob die Einwirkungen privatwirtschaftlich oder hoheitlich verursacht worden sind. Entscheidend sei daher der Charakter der Durchführung der Autobahnbauarbeiten, der entweder hoheitlich, etwa wenn die private Firma lediglich Werkzeug der öffentlichen Behörde war, oder privatrechtlich sein kann.³⁸ In diesem Kontext wird erstmalig der Terminus des nachbarrechtlichen Ausgleichsanspruches verwendet, dessen Voraussetzungen mit Entschädigungsansprüchen des öffentlichen Rechts identisch seien. Im Ergebnis wurde der enteignungsgleiche Eingriff in das Privatrecht hineintransportiert.

Grundlegende Ausführungen insbesondere zu der tatsächlichen Verhinderung einer Abwehr der Einwirkungen finden sich in einem Urteil des III. Zivilsenats aus dem Jahr 1978.³⁹ Der Entscheidung lag die Fallgestaltung einer im Auftrag der öffentlichen Hand privatrechtlich organisierten Grundstücksvertiefung zugrunde, welche entgegen § 909 BGB derart ausgeführt wurde, dass der Boden des Nachbargrundstückes die erforderliche Stütze verloren hatte.⁴⁰ Der Kläger, so der III. Zivilsenat, hätte die Beeinträchtigungen seines Grundstückes, soweit die Straßenbauarbeiten privat-rechtlich organisiert waren, nach § 1004 Abs. 1 i. V. m. § 909 BGB abwehren und in Einzelfällen den Erlass einer einstweiligen Verfügung gemäß § 935 ZPO beantragen können.⁴¹ Die faktische Verhinderung resultierte aus den Umständen, dass der Kläger zunächst auf die sachkundige Durchführung der Bauarbeiten vertrauen durfte und sodann im Zeitpunkt der Kenntniserlangung erster Schädigungen mit der Ermittlung des zu beschreitenden Rechtsweges abhängig von der Beantwortung der Frage, ob die Beklagte öffentlichrechtlich oder privatrechtlich handelte, konfrontiert war.⁴² Die schwierige Darlegungs- und Beweislage sei auf das Verhalten der Beklagten zurückzuführen, weshalb diese die Annahme, die Klägerin sei zur Abwehr der Einwirkungen nicht imstande gewesen, hinnehmen müsse.⁴³ Während die Entscheidungen die Haftung der öffentlichen Hand, getragen von der Erwägung, diese solle sich nicht der Haftung entziehen können („Keine Flucht in das Privatrecht“), betrafen und damit eine Ergänzung des Staatshaftungsrechts beinhalteten, erfolgte im Jahre 1982 die erstmalige Anwendung des nachbarrechtlichen Ausgleichsanspruches gegenüber Privaten in der Situation einer Grundstücksvertiefung.⁴⁴ Dieses

³⁷ BGHZ 48, 98 (99) = NJW 1967, 1857 (1858).

³⁸ BGHZ 48, 98 (98 ff.) = NJW 1967, 1857 (1857 ff.).

³⁹ BGH NJW 1979, 164 ff.

⁴⁰ BGH NJW 1979, 164 ff.

⁴¹ BGH NJW 1979, 164 ff. (165).

⁴² BGH NJW 1979, 164 ff. (165).

⁴³ BGH NJW 1979, 164 ff. (165).

⁴⁴ BGHZ 85, 375 ff. = NJW 1983, 872 ff.