

Jean-Marc Schaller

Dr. iur., Rechtsanwalt

Privatdozent für Privat- und Bankenrecht an der Universität Zürich

Einwendungen und Einreden im schweizerischen Schuldrecht

DIKE

Inhalt

Abkürzungen.....	XIX
Literatur	XXIII
Materialien	XXXVII
1. Teil Grundlagen.....	1
§ 1 Einführung.....	1
§ 2 Rechtsprobleme des «status quo» in Gesetz, Lehre und Rechtsprechung.....	4
I. Ursachen: Indifferente Terminologien und mannigfache Streitfragen betreffend Einwendungen und Einreden	4
1. Gesetz.....	4
a) ZGB/OR	4
b) SchKG (und CH ZPO [definitive Fassung])	6
c) KKG	8
2. Lehre	8
3. Rechtsprechung	10
II. Wirkung: Rechtsunsicherheit.....	13
§ 3 Entstehungsgeschichte, dogmatische Entwicklung und Rezeption der Rechtsfigur der Einrede.....	15
I. Römischer Zivilprozess	15
II. Entwicklung im «Gemeinen Recht»	17
1. Rechtsproblem.....	17
2. Die «exceptio» bei Savigny.....	17
3. Die «Einrede» bei Windscheid.....	18
4. Rezeption durch das BGB	21
III. Rezeption durch das schweizerische Schuldrecht.....	23
1. Entstehungsgeschichte der Einreden des OR	23
a) Einredenormen in den Quellen des altOR von 1881	23
b) Einredenormen in der Gesetzgebung zum altOR von 1881	26
c) Fehlendes Einredekonzept.....	28
d) Indirekte Rezeption	30
2. Von Tuhrs schweizerische Einredenlehre, inbegriffen die Abgrenzung zur Einwendung.....	31
IV. Exkurs: Rezeption im Europäischen Vertragsrecht	32
§ 4 Einwendungen und Einreden vs. Forderung und Anspruch	35
I. Inanspruchnahme des Schuldners als funktionale Voraussetzung für Einwendungen und Einreden	35
II. Forderung und Anspruch	36
1. Forderung	36
2. Anspruch	38
III. Einwendungen und Einreden	42
1. Rechtsnatur.....	42
a) Einwendung.....	42

aa)	Einwendung als Tatsachenbehauptung und Abgrenzung zur Bestreitung.....	42
ab)	Einwendung und Gegennorm	45
b)	Einrede.....	46
ba)	Einrede als Leistungsverweigerungsrecht	46
bb)	Einrede, gesetzliche Einredenorm, vertragliche Einredeklauseel	50
2.	Rechtswirkungen.....	51
a)	Materiellrechtliche Wirkungen.....	51
aa)	Einwendung	51
ab)	Einrede.....	53
(i)	Grundlagen.....	53
(ii)	Materielle Rechtswirkungen im Einzelnen	58
(1)	Kein Schuldnerverzug	58
(2)	Verrechnungsverbot	60
(3)	Keine (berechtigte) Selbsthilfe	61
(iii)	Zwischenfazit: Einrede als Rechtsfigur des materiellen Rechts	62
(iv)	Kein Erfordernis einer ausserprozessualen Geltendmachung der Einrede.....	63
(v)	Unterscheidung anhand der Wirkungsdauer: dilatorische vs. peremptorische Einreden.....	65
b)	Prozessuale Wirkungen	66
ba)	Einwendung	66
bb)	Einrede.....	67
3.	Geltendmachung und richterliche Berücksichtigung.....	68
a)	Einwendung.....	68
b)	Einrede.....	69
ba)	Rechtfertigung des Erfordernisses der Geltendmachung	69
bb)	Erfordernis der Geltendmachung vor dem Richter	72
bc)	Richterliche Frage- bzw. Aufklärungspflicht und Wahrnehmbarkeit der Einredeerhebung	75
4.	Widerruf und Verzicht	77
a)	Einwendung	77
b)	Einrede.....	79
§ 5	Abgrenzungen	82
I.	Überblick	82
II.	Einwendungen und Einreden des ZGB	83
1.	Erbrecht.....	83
2.	Sachenrecht	83
III.	Einwendungen und Einreden des Zivilprozess- und Vollstreckungsrechts.....	85
1.	Zivilprozessrecht	85
2.	Vollstreckungsrecht.....	86
a)	SchKG	86
b)	Vollstreckung ausserhalb des SchKG.....	88
§ 6	Zwischenfazit	89
2. Teil	Analyse	91
§ 7	Struktur der Analyse	91
§ 8	Einwendungen und Einreden im Einzelnen	94
I.	Nichtentstehen von Forderung und Anspruch.....	94
1.	Unredlicher Erwerb eines «Rechts»	95

a)	Der sog. «unredliche Rechtserwerb» als Fallgruppe des Rechtsmissbrauchs	95
b)	Beispiel	96
c)	Rechtsgrundlagen	96
d)	Rechtsnatur und Rechtswirkungen	98
da)	Erscheinungsformen und Abgrenzung	98
db)	Unredlicher Erwerb eines «Rechts» als Inhaltsschranke	99
dc)	Rechtsfolgenebene: Zweck (Vertrauensschutz) als sachgerechter Massstab	101
e)	Qualifikation: Einwendung	104
f)	Geltendmachung	104
g)	Beweislast	106
h)	Widerruf und Verzicht	106
2.	(Beschränkte) Handlungsunfähigkeit	107
a)	Beispiel	107
b)	Rechtsgrundlagen	107
c)	Rechtsnatur und Rechtswirkungen	108
d)	Qualifikation: Einwendung	109
e)	Geltendmachung	110
f)	Beweislast	110
fa)	Urteilsfähigkeit	110
fb)	Mündigkeit	111
g)	Widerruf und Verzicht	111
3.	Simulation	112
a)	Beispiel	112
b)	Rechtsgrundlagen	112
c)	Rechtsnatur und Rechtswirkungen	113
d)	Qualifikation: Einwendung	115
e)	Geltendmachung	116
f)	Beweislast	117
g)	Widerruf und Verzicht	118
4.	Nichteintritt, Ausfall oder treuwidriges Bewirken einer Suspensivbedingung	118
a)	Beispiel	118
b)	Rechtsgrundlagen	119
c)	Rechtsnatur und Rechtswirkungen	119
d)	Qualifikation: Einwendung	121
e)	Geltendmachung	122
f)	Beweislast	122
g)	Widerruf und Verzicht	124
5.	Spiel und Wette	124
a)	Beispiel	124
b)	Rechtsgrundlagen	125
c)	Rechtsnatur und Rechtswirkungen	125
d)	Qualifikation: Einwendung	129
e)	Geltendmachung, Beweislast, Widerruf und Verzicht	130
II.	Verfrühte Inanspruchnahme	131
1.	Nichteintritt der Fälligkeit	131
a)	Beispiel	131
b)	Rechtsgrundlagen	132
c)	Rechtsnatur und Rechtswirkungen	133

ca)	Fälligkeit als materielle Voraussetzung für Anspruch, Leistungsklage und Rechtsöffnungsbegehren	133
cb)	Fälligkeit als Teil des Anspruchsfundaments	133
cc)	Rechtsfolgen einer noch nicht eingetretenen Fälligkeit	137
d)	Qualifikation: Bestreitung	139
e)	Beweislast	140
f)	Geltendmachung, Widerruf und Verzicht	142
2.	Stundung	143
a)	Beispiel	143
b)	Rechtsgrundlagen	144
c)	Rechtsnatur und Rechtswirkungen	144
d)	Qualifikation: Einrede	148
e)	Geltendmachung, Beweislast, Widerruf und Verzicht	149
3.	«Pactum de non petendo»	150
a)	Beispiel	150
b)	Rechtsgrundlagen	150
c)	Rechtsnatur und Rechtswirkungen	151
d)	Qualifikation: Einrede	154
e)	Geltendmachung und Beweislast	155
f)	Widerruf, Kündigung und Verzicht	155
4.	«Vorausklage» (Vorausbelangung) und vorausgehende Pfandverwertung (Art. 495 Abs. 1 und 2 OR)	156
a)	Beispiel und Abgrenzung	156
b)	Rechtsgrundlagen und Terminologie	158
c)	Rechtsnatur und Rechtswirkungen	160
d)	Qualifikation: Einrede	165
e)	Geltendmachung	165
f)	Beweislast	167
g)	Verzicht	169
h)	Widerruf	169
III.	Gegenforderungen und Gegenansprüche	169
1.	Nicht (ordnungsgemäss) erfüllter Vertrag (Art. 82 OR)	170
a)	Beispiel	170
b)	Rechtsgrundlagen	171
c)	Rechtsnatur und Rechtswirkungen	173
ca)	Herrschende Lehre und Rechtspraxis	173
cb)	Wortlaut von Art. 82 OR	174
cc)	Theorien zur «exceptio non (rite) adimpleti contractus»	175
cd)	Verteidigung des Schuldners unter Berufung auf Art. 82 OR als Recht, die Erfüllung zu verweigern	179
ce)	Materielle Wirkungen im Einzelnen	183
cf)	Prozessuale Wirkungen	185
(i)	Ordentlicher Prozess	185
(ii)	Rechtsöffnungsverfahren	187
cg)	Exkurs: Rechtsvergleich (Common Law)	188
d)	Qualifikation: Einrede	189
e)	Geltendmachung durch den Schuldner	190
f)	Beweislast	191
fa)	Ordentlicher Prozess	191
fb)	Provisorische Rechtsöffnung: Beweislast vs. Beweismass, insb. die «Basler Rechtsöffnungspraxis»	193
g)	Verteidigung des Gläubigers	195

h) Widerruf und Verzicht.....	196
2. Gefährdung der Erfüllung wegen Zahlungsunfähigkeit (Art. 83 OR).....	197
a) Beispiel.....	197
b) Rechtsgrundlagen.....	197
c) Rechtsnatur und Rechtswirkungen.....	199
ca) Art. 83 Abs. 1 OR (Leistungsverweigerungsrecht).....	199
cb) Art. 83 Abs. 2 OR (Rücktrittsrecht).....	202
d) Qualifikation.....	202
e) Geltendmachung.....	203
f) Beweislast.....	204
g) Widerruf und Verzicht.....	204
3. Verrechnung.....	205
a) Beispiel.....	205
b) Rechtsgrundlagen.....	206
c) Rechtsnatur und Rechtswirkungen.....	207
ca) Verrechnung als materielles, rechtsaufhebendes Gestaltungsrecht.....	207
cb) Materielle Wirkungen im Einzelnen.....	209
cc) Prozessuale Wirkungen.....	210
(i) Ordentlicher Prozess.....	210
(ii) Rechtsöffnungsverfahren.....	211
cd) Abgrenzung: Das Verteidigungsmittel des Bürgen aus Art. 121 OR.....	212
ce) Exkurs: Rechtsvergleich (englisches Recht).....	212
d) Qualifikation.....	213
e) Geltendmachung.....	214
ea) der Verrechnungserklärung.....	214
(i) Adressat: Gegenpartei (Gläubiger der Hauptforderung), nicht der Richter.....	214
(ii) Zeitpunkt der Verrechnungserklärung, insb. die prozessual verspätet erklärte Verrechnung.....	215
(1) Ausgangslage.....	215
(2) Theorienstreit.....	216
(3) Lösung.....	217
eb) der erklärten Verrechnung.....	219
ec) der Einrede des Bürgen.....	220
f) Beweislast.....	220
g) Widerruf und Verzicht.....	221
4. Retentionsrechte.....	222
a) Beispiel.....	222
b) Rechtsgrundlagen.....	223
c) Rechtsnatur und Rechtswirkungen.....	225
ca) Grundvoraussetzung: Fälligkeit der Retentionsforderung (Retentionsanspruch).....	225
cb) Retentionsrecht als materielles Leistungsverweigerungsrecht.....	225
cc) Ausübung des Retentionsrechts.....	227
cd) Materielle Wirkungen im Einzelnen.....	228
ce) Prozessuale Wirkungen.....	230
d) Qualifikation: Einrede.....	231
e) Geltendmachung.....	233
ea) Im Allgemeinen.....	233
eb) Im Speziellen: Konversion der Retentionseinrede in eine Verrechnungserklärung (und vice versa)?.....	233
f) Beweislast.....	234
g) Widerruf und Verzicht.....	235

IV. Verspätete Inanspruchnahme	236
1. Verjährung.....	236
a) Beispiel.....	236
b) Rechtsgrundlagen	237
c) Rechtsnatur und Rechtswirkungen	238
ca) «Starke» vs. «schwache» Wirkung der Verjährung	238
cb) Zweck der Verjährung als Massstab	239
cc) Verteidigungsmittel der Verjährung als Leistungsverweigerungsrecht.....	240
d) Qualifikation: Einrede	243
e) Einredenverjährung?.....	244
ea) Selbstständige Einreden	244
eb) Unselbstständige Einreden.....	245
f) Geltendmachung.....	247
fa) Rechtfertigung der gesetzlichen Regel (Art. 142 OR)	247
fb) Art und Weise der Geltendmachung	249
fc) Verjährungseinrede: richterliche Frage- bzw. Aufklärungspflicht?	250
fd) Rechtsmissbräuchliche Geltendmachung der Verjährung.....	251
g) Beweislast.....	252
h) Widerruf	254
i) Verzicht	254
2. Verwirkung	258
a) Beispiel.....	258
b) Rechtsgrundlagen	259
c) Rechtsnatur und Rechtswirkungen	259
ca) Erscheinungsformen der Verwirkung	259
cb) Vollständiges Erlöschen des (schuldrechtlichen) Anspruchs	261
d) Qualifikation: Einwendung.....	264
e) Geltendmachung	265
f) Beweislast.....	266
g) Widerruf und Verzicht.....	268
V. Erlöschen von Forderung und Anspruch.....	268
1. Erfüllung	269
a) Beispiel.....	269
b) Rechtsgrundlagen	270
c) Rechtsnatur und Rechtswirkungen	270
d) Qualifikation: Einwendung.....	273
e) Geltendmachung.....	273
f) Beweislast.....	274
g) Widerruf und Verzicht.....	274
2. Erlass.....	275
a) Beispiel.....	275
b) Rechtsgrundlagen	275
c) Rechtsnatur und Rechtswirkungen	276
d) Qualifikation: Einwendung.....	277
e) Geltendmachung	277
f) Beweislast, Widerruf und Verzicht.....	278
3. Novation.....	279
a) Beispiel.....	279
b) Rechtsgrundlagen	280
c) Rechtsnatur und Rechtswirkungen	280
d) Qualifikation: Einwendung.....	281

e) Geltendmachung, Beweislast, Widerruf und Verzicht	281
4. Vereinigung (Konfusion)	282
a) Beispiel	282
b) Rechtsgrundlagen	282
c) Rechtsnatur und Rechtswirkungen	283
d) Qualifikation: Einwendung	284
e) Geltendmachung, Beweislast, Widerruf und Verzicht	284
5. Nachträgliche unverschuldete Unmöglichkeit	285
a) Beispiel	285
b) Rechtsgrundlagen	286
c) Rechtsnatur und Rechtswirkungen	286
d) Qualifikation: Einwendung	289
e) Geltendmachung, Beweislast, Widerruf und Verzicht	290
6. Eintritt oder treuwidriges Verhindern einer Resolutivbedingung	290
a) Beispiel	290
b) Rechtsgrundlagen	291
c) Rechtsnatur und Rechtswirkungen	292
d) Qualifikation: Einwendung	293
e) Geltendmachung, Beweislast, Widerruf und Verzicht	293
7. Wandelung und Minderung	294
a) Beispiel	294
b) Rechtsgrundlagen	295
c) Rechtsnatur und Rechtswirkungen	295
ca) Wandelungs- und Minderungsrecht als Gestaltungsrechte	295
cb) Rechtsfolgen	298
d) Qualifikationen, insb. die «Einrede» aus Art. 210 Abs. 2 OR	299
e) Geltendmachung	301
ea) des Wandelungs- bzw. Minderungsrechts	301
eb) der erklärten Wandelung bzw. Minderung	301
f) Beweislast, Widerruf und Verzicht	302
VI. Spezialfälle	302
1. Übervorteilung und Willensmängel	303
a) Beispiel	303
b) Rechtsgrundlagen	304
c) Rechtsnatur und Rechtswirkungen	305
d) Qualifikation	309
e) Geltendmachung	310
ea) der Anfechtungserklärung	310
eb) der erklärten Anfechtung	312
f) Beweislast	312
g) Widerruf und Verzicht	313
2. Nichtigkeit	314
a) Schranken des Vertragsinhalts: Kontrollkriterien	314
b) Beispiel	315
c) Rechtsgrundlagen	315
d) Rechtsnatur und Rechtswirkungen	317
da) Vom traditionellen zum «flexiblen» Nichtigkeitsbegriff	317
db) Nichtigkeitsfolgen im Einzelnen	322
(i) Nichtigkeitsfolgen bei Widerrechtlichkeit	322
(ii) Nichtigkeitsfolgen bei Sittenwidrigkeit	323
(iii) Nichtigkeitsfolgen bei anfänglicher objektiver Unmöglichkeit	323

(iv) Nichtigkeitfolgen bei Verletzung des Rechts der Persönlichkeit, insb. die (sittenkonforme) übermässige vertragliche Bindung	324
e) Qualifikation	329
f) Geltendmachung	330
g) Beweislast	331
h) Widerruf und Verzicht	331
3. Delikts- und Bereicherungseinrede	332
a) Beispiel	332
b) Rechtsgrundlagen	333
c) Rechtsnatur und Rechtswirkungen	334
ca) Leistungsverweigerungsrecht	334
(i) Art. 60 Abs. 3 OR	334
(ii) Art. 67 Abs. 2 OR	336
cb) Materielle und prozessuale Wirkungen	340
d) Qualifikation: Einrede	342
e) Geltendmachung	343
f) Beweislast	344
g) Widerruf und Verzicht	344
4. Verteidigungsmittel des Schenkers	345
a) Beispiel	345
b) Rechtsgrundlagen und Abgrenzung zu Art. 249 OR	346
c) Rechtsnatur und Rechtswirkungen	347
ca) Art. 250 Abs. 1 OR	347
cb) Art. 250 Abs. 2 OR	349
d) Qualifikation	350
e) Geltendmachung	351
ea) des Schenkungswiderrufs	351
eb) des widerrufenen Schenkungsversprechens	351
ec) des ipso iure aufgehobenen Schenkungsversprechens	352
f) Beweislast	352
g) Widerruf (des Schenkungswiderrufs) und Verzicht	352
5. Kündigung und Rücktritt	353
a) Beispiel	353
b) Rechtsgrundlagen	354
c) Rechtsnatur und Rechtswirkungen	355
d) Qualifikation	359
e) Geltendmachung	360
ea) der Kündigung bzw. des Rücktritts	360
eb) des gekündigten bzw. durch Rücktritt aufgelösten Vertrags	360
f) Beweislast	361
g) Widerruf und Verzicht	362
§ 9 Konkurrenzen	364
I. Einwendung vs. Einwendung	365
1. Im Allgemeinen	365
2. Eventualanfechtung und Eventualverrechnung im Speziellen	367
a) Eventualanfechtung	367
b) Eventualverrechnung	368
II. Einwendung vs. Einrede	369
III. Einrede vs. Einrede	371

3. Teil Synthese.....375

**§ 10 Schlussbetrachtung: Wesen und Wirkung materieller Verteidigungsmittel
eines Schuldners375**

 I. Einwendung375

 II. Einrede378

 III. Bestreitung381

 IV. Abschliessende Überlegungen383

§ 11 Definitionen391

§ 12 System392