

PD Dr. Jean-Marc Schaller

## Darf ein Schuldner die Leistung verweigern?

---

Eine materiell-schuldrechtliche Einrede verleiht einem Schuldner das Recht, zeitweilig oder dauernd die Leistung zu verweigern, obwohl ein Anspruch des Gläubigers besteht. Diese Funktionsweise der Einrede macht sie nicht nur zu einer der speziellsten, sondern auch umstrittensten Rechtsfiguren des schweizerischen Schuldrechts. Der Beitrag erläutert anhand von Beispielen die Charakteristika der Einrede, setzt sie in Bezug zu weiteren Verteidigungsmitteln und legt dar, dass (auch) ein modernes Schuldrecht nicht auf die Rechtsfigur der Einrede verzichten kann. Alsdann wird mit Blick auf Art. 56 ZPO das Verhältnis zwischen prozessualer Geltendmachung der Einrede und richterlicher Fragepflicht geklärt.

---

Rechtsgebiet(e): Beiträge; Obligationenrecht; Zivilprozessrecht

Zitiervorschlag: Jean-Marc Schaller, Darf ein Schuldner die Leistung verweigern?, in: -

## Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Grundsatz: Der Schuldner muss leisten
- III. Ausnahme: Der Schuldner darf die Leistung verweigern
  - 1) Semantik des «Einrede»-Begriffs
  - 2) Einrede als materielles Recht auf «Nicht-Leisten»
  - 3) Rechtsgrund des Nichtleistens
  - 4) Vorleisten vs. Nichtleisten bei Abonnementsverträgen
  - 5) Verjährungseinrede
- IV. Exkurs: Zahlungsunfähigkeit
- V. Einrede vs. Einwendung
- VI. Die «Exceptio»
- VII. Rezeption der Einrede mit Bezug auf das schweizerische Schuldrecht
- VIII. Einrede vs. Einwendung: Begriffsjurisprudenz?
- IX. Geltendmachung der Einrede und richterliche Fragepflicht (Art. 56 ZPO)
- X. Schluss

## I. Einleitung

[Rz 1] Der vorliegende Beitrag soll sich einer etwas speziellen Rechtsfrage widmen: «*Darf ein Schuldner die Leistung verweigern?*» – Die aufgeworfene Fragestellung ist in der Tat tückisch. Nicht verwunderlich, ja sogar überaus verständlich wäre es daher, wenn hierdurch beim Leser dieser Zeilen (zumindest) anfängliches Stirnrunzeln oder (hierüber hinaus) gar fortgesetztes Kopfschütteln ausgelöst würde: Mit einigem Recht kann man sich nämlich fragen, weshalb ein Schuldner seine Leistung soll verweigern dürfen. Ein Schuldner schuldet nachgerade etwas, sonst wäre er ja kein Schuldner!

[Rz 2] Auf den ersten Blick erscheint es in der Tat paradox, etwas zu schulden, etwa eine Summe Geldes, diese Schuld dann aber doch nicht erfüllen zu müssen. Zur Veranschaulichung folgendes Beispiel: Man stelle sich vor, jemand abonniert eine Dienstleistung, die periodisch, mithin täglich, wöchentlich oder monatlich erbracht wird, so etwa im Rahmen eines Abonnements einer Zeitschrift oder Zeitung, die über das politische und ökonomische Zeitgeschehen informiert. Solche Abonnementsverträge (und zahlreiche weitere anderen Inhalts) zählen zur Rechtskategorie der *Sukzessivlieferungsverträge*<sup>1</sup>.

## II. Grundsatz: Der Schuldner muss leisten

[Rz 3] Die Frage, die in diesen Zusammenhang zu stellen und hiernach zu beantworten ist, lautet mithin: «*Darf der Abonnent einer Dienstleistung in seiner Rechtsposition als Schuldner der entsprechenden Abonnements-Gebühr deren Bezahlung an den Dienstleistungserbringer in bestimmten Situationen verweigern?*»

<sup>1</sup> Vgl. GUHL/KOLLER, Das schweizerische Obligationenrecht, 9. Aufl. Zürich 2000, § 41 N 49 (a.E.): «Auf die sogenannten Abonnementskaufverträge, z.B. für Zeitungen und Zeitschriften, sind die Rechtssätze über den Sukzessivlieferungsvertrag ebenfalls anzuwenden.»

[Rz 4] Nun, grundsätzlich darf er (der Schuldner) dies *nicht*. Der Schuldner hat grundsätzlich zu leisten. Der Skeptiker behält also (grundsätzlich) Recht: Ein Schuldner darf seine Leistung grundsätzlich *nicht* verweigern. Verpflichtungen im engeren bzw. Verträge im weiteren Sinne sind einzuhalten («*pacta sunt servanda*»)<sup>2,3</sup>.

## III. Ausnahme: Der Schuldner darf die Leistung verweigern

[Rz 5] Auch und gerade die vorliegende Thematik weist indessen eine «*berühmt-berühmte*»<sup>4</sup> *Ausnahme* (präziser: mehrere Ausnahmen) von der Regel auf, dass der Schuldner zu leisten hat, was er schuldet: Konkret kennt (auch) das schweizerische Schuldrecht eine Rechtsfigur, welche dergestalt funktioniert, als ein Schuldner in bestimmten Situationen seine Leistung gegenüber dem Gläubiger tatsächlich *nicht* zu erbringen hat. Diese Rechtsfigur nennt sich «*Einrede*».

### 1) Semantik des «Einrede»-Begriffs

[Rz 6] Um zu ergründen, was es mit dieser Rechtsfigur der Einrede auf sich hat, empfiehlt es sich, sich ihr (in einem ersten Schritt) vom *Wortlaut* her zu nähern, also dessen grammatikalische Komponente zu untersuchen. Sobald man zu diesem Zweck den *Duden*<sup>5</sup> aufschlägt (Schlagwort: «*Einrede*»), entdeckt man zur (zutreffend als «*Rechtsspr.*»<sup>6</sup> klassifizierten) Einrede die Umschreibungen «*Einwand*» und «*Einspruch*». Eine Vergegenwärtigung sämtlicher dieser Begriffe (Einrede/Einwand/Einspruch) erhellt, dass ein Schuldner, welcher sich der Einrede bedienen will, auf eine bestimmte Weise *opponiert, sich zur Wehr setzt*, also den Gläubiger bzw. dessen Forderungsansprache *abwehren* will<sup>7</sup>.

### 2) Einrede als materielles Recht auf «Nicht-Leisten»

[Rz 7] Konkret sieht die Abwehr des Schuldners

<sup>2</sup> Zu diesem (tragenden) Prinzip vgl. SCHLUEP, Einladung zur Rechtstheorie, Bern 2006, N 2909 («ethisch untermauerter Rechtsgrundsatz»).

<sup>3</sup> Der (aufmerksame) Leser hat in den letzten fünf Sätzen vier Mal das Wort «*grundsätzlich*» vernehmen können. Für Juristen *und* Nichtjuristen – dies als kleiner Exkurs – ist es stets gut zu wissen, dass wenn ein (anderer) Jurist erklärt, «*grundsätzlich verhalte es sich so und so*», so kann man (jedenfalls grundsätzlich) sicher sein, dass es vom Grundsätzlichen auch eine *Ausnahme* gibt, nach der man fragen sollte, um nicht nur die *halbe*, sondern die *ganze* Wahrheit zu erfahren.

<sup>4</sup> Zum rechtshistorischen Stellenwert («*berühmt*») der Einrede sowie zu den Angriffen auf diese besondere Rechtsfigur («*berühmte*») hinten VI.-VIII.

<sup>5</sup> DUDEN, Die deutsche Rechtschreibung, Bd. 1, 25. Aufl. Mannheim 2009.

<sup>6</sup> Abkürzung für Rechtssprache.

<sup>7</sup> Funktional bedingt denn auch die Verteidigung eines Schuldners mittels Einrede die vorgängige (vor- /ausser-/innerprozessuale) *Inanspruchnahme* durch den *Gläubiger*, vgl. SCHALLER, Einwendungen und Einreden im schweizerischen Schuldrecht, Zürich 2010, N 83 ff.

folgendermassen aus: Ein Schuldner, der gegenüber seinem Gläubiger zu einer Leistung verpflichtet ist, im vorstehenden Beispiel also zur Bezahlung der Abonnements-Gebühr an den Zeitungs-/Zeitschriftenverlag, ist gestützt auf eine Einrede berechtigt, das Geschuldete nunmehr mindestens einstweilen *schlicht nicht zu leisten*. Mit anderen Worten darf genau das *Gegenteil* von dem passieren, wozu sich der Schuldner gegenüber dem Gläubiger vertraglich verpflichtet hat: Der Schuldner ist zwar gegenüber dem Gläubiger zur Leistung verpflichtet – jedoch braucht er *nicht zu leisten*<sup>8</sup>.

### 3) Rechtsgrund des Nichtleistens

[Rz 8] Jedoch ist der Schuldner (bzw. hier: der Abonnent der entsprechenden Dienstleistung) selbstredend nicht aus beliebigem Grund berechtigt, seine Leistung zu verweigern. Vielmehr darf der Schuldner die Leistung an seinen Gläubiger nur dann verweigern, wenn ein *bestimmter Grund* eingetreten ist, welchen das Recht auch als Grund für die Verweigerung seiner Leistung anerkennt<sup>9</sup>. So darf der Schuldner die Leistung verweigern, wenn etwa die Zustellung der abonnierten Tageszeitung in seinen Briefkasten *nicht ordnungsgemäss funktioniert* oder die bestellte Umleitung an sein Feriendomizil wegen eines Logistikfehlers beim Verlag *nicht klappt*. Bezogen auf andere Dienstleistungssegmente, etwa Internet-Abonnements, können *stetige Unterbrechungen* der Internet-Verbindung oder *langsamere Datentransfers* als ursprünglich vereinbart, im Falle eines Abonnements auf wöchentliche Belieferung mit frischen Lebensmitteln etwa ein *Qualitätsmangel* triftige Gründe für eine Leistungsverweigerung darstellen (vgl. Art. 82 OR).

### 4) Vorleisten vs. Nichtleisten bei Abonnementsverträgen

[Rz 9] In vielen Dauerschuldverhältnissen, wozu auch die vorliegenden Abonnementsverträge zählen, stellt sich jedoch für den Schuldner (Abonnent) das Problem der (eigenen) *Vorleistungspflicht*. In Nachachtung dieser Vorleistungspflicht hat der Abonnent die abonnierte Dienstleistung im Zeitpunkt, wo eine Störung in der Vertragserfüllung seitens des Dienstleisters eintritt, oftmals bereits *bezahlt*. Helfen würde hier etwa (wieder mit Bezug auf Zeitungs-Abonnements) die vertragliche Abrede, dass *zuerst* die Zeitung geliefert werden müsse und erst *anschliessend* die Abonnementsgebühr zu bezahlen sei, was zu vereinbaren jedoch in der Praxis erfahrungsgemäss fast «ein Ding der Unmöglichkeit» ist. Gerade als Zeitungs-Abonnent ist man in aller Regel vorleistungspflichtig, d.h. *zuerst* muss die Abonnements-Gebühr bezahlt werden und erst *anschliessend* liefert der Verlag die

Zeitung(en). Das ist auch im Rahmen von Abonnements-Verträgen mit anderen Inhalten vielfach so.

[Rz 10] Um die vorstehend erläuterte Problematik etwas zu «mildern», räumen Doktrin<sup>10</sup> und Praxis<sup>11</sup> dem Abonnenten das Recht ein, im Falle einer Schlechtleistung seines Anbieters erst *nach* Bezahlung der Abonnements-Gebühr für den *laufenden* Monat, statt dessen die Bezahlung der darauf *folgenden* Abonnements-Gebühr im *Folgemonat* zurückbehalten zu dürfen. Dies soll selbst dann gelten, wenn im Folgemonat die Leistung vom Anbieter wieder ordnungsgemäss erbracht wird. Das ist so indes rechtens und auch richtig, wird doch beim Abonnementsvertrag in aller Regel<sup>12</sup> nicht jede Teilleistung versprochen, um die entsprechende Teil-(Gegen-)leistung zu erhalten, sondern die *gesamte* eigene Leistung<sup>13</sup> wird *in Relation gebracht* (und gedacht<sup>14</sup>) zum Erhalt der *gesamten* Gegenleistung<sup>15</sup>.

[Rz 11] Jedoch sind auch mit dieser sequenziell verschobenen Leistungsverweigerungsmöglichkeit noch nicht sämtliche Probleme gelöst: Man stelle sich vor, man habe eine *Sonntagszeitung* für das laufende Jahr 2011 abonniert. Die Abonnements-Gebühr war, da es sich um ein *Jahresabonnement* handelt und sofern man nicht separat und explizit z.B. auf quartalsweiser Bezahlung (mit Zusatzgebühr notabene) beharrt hat (bzw. angesichts der eigenen Marktmacht überhaupt beharren konnte), sofort am *Anfang* dieses Jahres und im Umfang einer *vollen Jahresgebühr* fällig. Man stelle sich nun weiter vor, man habe die Gebühr auch ordnungsgemäss bezahlt, dazu war man auch ohne weiteres verpflichtet. Nun passiert folgendes: An mehreren Sonntagen ereignen sich Zustellprobleme, so dass die Sonntagszeitung nicht am Sonntag, sondern erst am Montag im Briefkasten

<sup>10</sup> Vgl. mit Bezug auf *Sukzessivlieferungsverträge* (wozu auch *Abonnementsverträge* zählen; vorn I., mit weit. Verw. in Fn. 1) WEBER, Berner Kommentar, Band VI/1/4, 2. Aufl. Bern 2005, N 85 f. zu Art. 82 OR; KOLLER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl. Bern 2009, § 40 N 48 f.; BSK OR I-LEU, in: Honsell/Vogt/Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar, 4. Aufl. Basel 2007, N 5 zu Art. 82 OR; SCHRANER, Zürcher Kommentar, Teilband VIe, 3. Aufl. Zürich 1991, N 55 zu Art. 82 OR; im Ergebnis gleich (wenn auch ohne Not von einem «droit de rétention» ausgehend) CR CO I-HOHL, in: Thévenoz/Werro (Hrsg.), Commentaire Romand, Basel 2003, N 9 zu Art. 82 OR; grundlegend ferner (mit Bezug auf das deutsche Recht) bereits BYDLINSKI, Die Einrede des nicht erfüllten Vertrages in Dauerschuldverhältnissen, in: Baltl (Hrsg.), Festschrift für A. Steinwenter, Graz/Köln 1958, S. 147 ff.

<sup>11</sup> Ständige bundesgerichtliche Rechtsprechung; vgl. BGE 84 II 150; 79 II 304; 78 II 34; 52 II 139 f.

<sup>12</sup> Vorbehalten bleibt eine explizite, anderslautende Abrede.

<sup>13</sup> Etwa die Bezahlung einer *Jahres*-Abonnementsgebühr durch den Abonnenten.

<sup>14</sup> So setzt etwa ein Abonnent einer Tageszeitung in aller Regel *nicht täglich* die von ihm erbrachte (*jährliche*) Abonnementsgebühr *in Relation* zum «Wert» (subjektiv messbar etwa am «Gehalt» / Interessantheits- / Informationsgrad) der jeweiligen *Tagesausgabe*.

<sup>15</sup> So – in Weiterführung des Beispiels in den beiden vorstehenden Fussnoten – die Belieferung mit der entsprechenden Tageszeitung durch den Verlag während dieses einen *Jahres*.

<sup>8</sup> Zur Rechtsnatur und Funktionsweise der Einrede vgl. (mit einlässlicher Begründung) SCHALLER (Fn. 7), N 111 ff.

<sup>9</sup> SCHALLER (Fn. 7), N 112, mit weit. Verw.

vorgefunden werden kann<sup>16</sup>. Welches sind die juristischen Reaktionsmöglichkeiten des Abonnenten? Die Bezahlung der Abonnements-Gebühr zu verweigern, funktioniert nicht. Denn diese wurde ja bereits anfangs des Jahres bezahlt. Es gibt somit seitens des Abonnenten momentan keine Möglichkeit, seine eigene Leistung zurückzubehalten, da er seinen Teil der vertraglichen Leistungspflicht bereits vollständig erfüllt hat. Erst für die nächste Jahres-Abonnements-Periode 2012 würde (theoretisch) wieder die Möglichkeit bestehen, die Zahlung (in einem Teilumfang) zu verweigern.

[Rz 12] In solchen und ähnlichen Konstellationen stösst das Leistungsverweigerungsrecht des Schuldners, die «Einrede», *ins Leere*. Der Abonnent ist auf einen Schadenersatz- oder Rückerstattungsanspruch verwiesen, den er gegenüber dem Anbieter (sofern sich dieser nicht kulant zeigt) unter Aufbringung von Zeit und Kosten *aktiv* geltend machen muss, statt schlicht und einfach *passiv* die Leistung zu verweigern. Einem Abonnenten ist es daher zu empfehlen, wenn immer möglich mit seinem Anbieter *periodische (Teil-)Zahlungen* in möglichst *kleiner Stückelung* und *kurzen Zeitabständen* (idealerweise wöchentlich, oder immerhin monatlich) zu vereinbaren. Denn nur dann kann der Abonnent als Schuldner der Abonnements-Gebühr zeitnah auf nicht ordnungsgemässe Leistungen seines Anbieters mit einer entsprechenden Leistungsverweigerung *reagieren*.

## 5) Verjährungseinrede

[Rz 13] Ein weiterer klassischer Grund für eine Leistungsverweigerung seitens des Schuldners ist der Eintritt der *Verjährung*: Der Gläubiger der Abonnements-Gebühr, also etwa der Zeitungs-Verlag, der Internet-Provider oder der Lebensmittel-Lieferant, hat es wegen eines Systemfehlers beim Rechnungslauf *für einige Zeit* unterlassen, die fällige Abonnements-Gebühr gegenüber dem Schuldner durch Schuldbetreibung oder Klage zu verfolgen. Da Abonnements-Gebühren «*periodisch*» zu leisten sind, verjährt der Anspruch *nach 5 Jahren*<sup>17</sup>. Das heisst jedoch konkret, dass der einredegehaltene Anspruch auf Bezahlung der Abonnements-Gebühr selbst nach fünf Jahren noch besteht<sup>18</sup>. Ebenso lässt sich der Anspruch seitens des Schuldners (des Abonnenten) noch freiwillig erfüllen, unter Ausschluss einer Rückforderungsmöglichkeit<sup>19</sup>. Indessen kann der Gläubiger die Leistung *gegen* den Willen des Schuldners *nicht mehr*

*erzwingen*: Der Schuldner (der Abonnements-Gebühr) ist also wegen *Zeitablaufs* berechtigt, die Leistung an den Gläubiger *für immer* zu verweigern<sup>20</sup>.

## IV. Exkurs: Zahlungsunfähigkeit

[Rz 14] Im Kontrast zu den bereits besprochenen Beispielen anerkennt das schweizerische Schuldrecht die *Zahlungsunfähigkeit*, etwa den Privatkonkurs des Abonnenten, *nicht* als Grund für eine Einrede bzw. Leistungsverweigerung: Der Schuldner *muss* zahlen, auch wenn er wegen Geldmangels gar nicht zahlen *kann*. Wenn also der Schuldner sagt: «*Ich habe kein Geld!*»<sup>21</sup>, dann antwortet ihm der Jurist: «*Geld hat man schlechterdings zu haben!*»<sup>22</sup>– Gemeint ist damit lediglich, dass Geldmangel nicht von der Schuld befreit<sup>23</sup>. Eine Ausnahme hiervon macht das Schuldrecht bei *Schenkungsversprechen*: Wenn sich die Vermögensverhältnisse des Schenkers derart verschlechtert haben, dass ihn die Schenkung ausserordentlich schwer belasten würde<sup>24</sup>, so ist der Schenker nicht eigentlich berechtigt, die einst versprochene Schenkung zu verweigern, sondern es findet nachgerade eine Aufhebung bzw. Auflösung der vormaligen Leistungsverpflichtung statt, sobald der Schenker sein Schenkungsversprechen widerruft<sup>25</sup>.

## V. Einrede vs. Einwendung

[Rz 15] Ähnlich eines solchen Widerrufs einer Schenkung bzw. eines Schenkungsversprechens funktioniert nun (wiederum mit Blick auf Abonnements-Verträge) die *Kündigung* eines Abonnements-Vertrags: Das Schuldverhältnis erlischt, indes nur *für die Zukunft*. Das heisst, die *vor* Ende der Kündigungsfrist aufgelaufenen Abonnements-Gebühren *bleiben geschuldet*, doch entstehen nachher zulasten des Abonnenten keine neuen Abonnements-Gebühren (mehr)<sup>26</sup>.

<sup>16</sup> Statt eine Sonntagszeitung also quasi eine «Montagszeitung».

<sup>17</sup> Art. 128 Ziff. 1 OR.

<sup>18</sup> Die Verjährungseinrede (wie auch sämtliche weiteren Leistungsverweigerungsrechte/Einreden) richtet sich nicht gegen den Bestand des Anspruchs, sondern nur (aber immerhin) gegen dessen Durchsetzbarkeit, vgl. SCHALLER (Fn. 7), N 597, mit weit. Verw.

<sup>19</sup> Vgl. Art. 63 Abs. 2 OR. – Da der verjährte Anspruch im Zeitpunkt der Erfüllung gleichwohl (nach wie vor) Bestand hat, ist der Gläubiger durch die Erfüllung seitens des Schuldners nicht ungerechtfertigt bereichert; vgl. SCHALLER (Fn. 7), N 599.

<sup>20</sup> Vgl. SCHALLER (Fn. 7), N 597, mit weit. Verw. in Fn. 979, ferner N 603 (peremptorische Einrede).

<sup>21</sup> Sog. Einwendung der Mittellosigkeit; weiterführend SCHALLER (Fn. 7), N 206.

<sup>22</sup> In Anlehnung an VON BÜREN, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Zürich 1964, S. 392 (Hervorhebungen hinzugefügt); «Das Schuldrecht speziell, aber überhaupt das Privatrecht als Ganzes würden allen Boden verlieren, wenn nicht eisern der Satz bestünde, *dass man Geld schlechtweg zu haben hat* und dass Geldmangel unter keinen Umständen ein Grund sein kann, die Verbindlichkeit in Frage zu stellen», sowie ferner S. 368: «Für das Haben von Geld ist der Schuldner immer verantwortlich».

<sup>23</sup> Vgl. VON TUHR/ESCHER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 2. Band, 3. Aufl. Zürich 1974, S. 163.

<sup>24</sup> Vgl. Art. 250 Abs. 1 Ziff. 2 OR.

<sup>25</sup> Kein Leistungsverweigerungsrecht (keine Einrede), sondern ein rechtsaufhebendes Gestaltungsrecht; vgl. weiterführend und mit eingehender Begründung SCHALLER (Fn. 7), N 864 ff.

<sup>26</sup> Vgl. BGE 115 III 67; grundlegend bereits BGE 41 III 230 f.; (noch) für das deutsche Recht VON TUHR, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 1. Band, Allgemeine Lehren und Personenrecht, Leipzig 1910,

[Rz 16] Mit dieser soeben beschriebenen, mit Bezug auf Ansprüche rechtshindernden<sup>27</sup> Wirkung einer Kündigung wird ein weiteres wichtiges Verteidigungsmittel eines Schuldners berührt, welches mit der *Einrede* jedoch deutlich kontrastiert: die sog. «*Einwendung*». Unter einer Einwendung wird gemeinhin eine *Tatsache* verstanden<sup>28</sup>, die von Gesetzes wegen eine Forderung bzw. einen Anspruch entweder erst gar *nicht entstehen* lässt oder ihn nachträglich *vernichtet*. Hierzu kontrastiert die Einrede in aller Schärfe, tangiert sie doch einen Anspruch inhaltlich gerade *nicht*, sondern lässt ihn *bestehen*, verleiht jedoch einem Schuldner das Recht, trotz dieser nach wie vor bestehenden Schuld die Leistung zu *verweigern*.

## VI. Die «Exceptio»

[Rz 17] An dieser Stelle erweist es sich als hilfreich, die geschilderte Rechtslage für einmal aus einer anderen, nämlich *rechtshistorischen* Optik zu betrachten. Gerade um die Funktionsweise der Einrede im heutigen Schuldrecht besser zu verstehen und den Unterschied zur Einwendung klarer ziehen zu können, ist ein kurzer Blick in die Rechtsgeschichte unerlässlich.

[Rz 18] Die heutige Einrede fusst auf einer Rechtsfigur des klassischen *römischen* Zivilprozesses, der sog. «*exceptio*». Die Übersetzung dieses Begriffs, «Ausnahme», weist in erstaunlicher Prägnanz auf die juristische Funktion der «*exceptio*» im damaligen Prozess hin: Die «*exceptio*» stellte die *Ausnahme* von den Verurteilungsbedingungen einer *Prozessformel* dar<sup>29</sup>. Im Rahmen dieses *Formularprozesses* kam dem römischen Prätor alsdann die Aufgabe zu, zuhänden des Richters das Streitprogramm der Parteien schriftlich festzuhalten, welches sich vorab ergab aus dem Antrag des Klägers auf Erteilung einer bestimmten Klage, lateinisch «*actio*», alsdann aus der Reaktion bzw. *Verteidigung* des Beklagten in einem Antrag auf Erteilung einer «*exceptio*», also einer Einrede gegen die vom Kläger beantragte Klage<sup>30</sup>.

[Rz 19] Es dauerte anschliessend eine Weile, nämlich bis in das 19. Jahrhundert hinein, bis dass sich die Juristen wieder einlässlicher mit der Rechtsfigur der «*exceptio*» befassten. Solches geschah vor allem, und zwar sehr fundiert und systematisch, im *deutschen* Rechtsraum<sup>31</sup>.

## VII. Rezeption der Einrede mit Bezug auf das schweizerische Schuldrecht

[Rz 20] Gänzlich anders verhält es sich mit Blick auf *unser* schweizerisches Obligationenrecht (OR), welches in erster Fassung aus dem Jahr 1881 stammt<sup>32</sup>. Zwar wurde im Rahmen des damaligen Gesetzgebungsprozesses an bereits bestehenden oder im Entstehen begriffenen Kodifikationen Anleihe genommen<sup>33</sup>, welche Teile der damaligen Einredenlehre bereits beinhalteten. Jedoch fand eine systematische Übernahme der Einredenormen aus diesen Gesetzesquellen gerade *nicht* statt<sup>34</sup>. Die heute im OR vorhandenen Einreden sind vielmehr zu verschiedenen Zeitpunkten und damit *unsystematisch* und *ungeordnet* in den Gesetzgebungsprozess einbezogen worden<sup>35</sup>. Vor allem *fehlte* dem alten OR von 1881 ein eigentliches «Einredekonzept», wie es vor allem dem deutschen *BGB* zugrunde lag<sup>36</sup>. Dem heutigen (revidierten) OR erging es nicht besser<sup>37</sup>.

[Rz 21] Nun, auf welchem Wege fand die Lehre über Einwendungen und Einreden denn überhaupt Eingang in das schweizerische Schuldrecht, wenn nicht durch den Gesetzgeber? Die Antwort lautet: Durch einen *deutschen Rechtsprofessor*. – «Honi soit qui mal y pense.» – Ein Schelm, wer schlecht hierüber denkt, was einige der heutigen politischen Exponenten in der Schweiz, dieser Tatsache gewahr geworden, mit Bestimmtheit tun würden. Jedoch ist diese Tatsache nicht negativ zu werten, ganz im Gegenteil: Wir Schweizer Juristen haben es nämlich gerade dem deutschen Rechtsprofessor ANDREAS VON TUHR<sup>38</sup> zu verdanken, dass sich (zumindest) die heutige schweizerische Schuldrechts*dogmatik* im internationalen Vergleich sehen lassen kann. Konkret war es denn auch VON TUHR, der die Lehre zu den Einwendungen und Einreden in den Grundzügen *rezipiert* hat<sup>39</sup>. Unter Schweizer Schuldrechtlern gilt daher das Werk VON TUHRS zum schweizerischen Obligationenrecht nach wie vor als unerlässliches Standardwerk, ungeachtet des Umstands, dass bereits seit

S. 264.

<sup>27</sup> Vgl. SCHALLER (Fn. 7), N 894 und 898.

<sup>28</sup> Zur Rechtsnatur und zu den Rechtswirkungen einer Einwendung ausführlich SCHALLER (Fn. 7), N 99 ff. und N 122 ff., jeweils mit weit. Verw.

<sup>29</sup> Statt vieler KASER/KNÜTEL, Römisches Privatrecht, 19. Aufl. München 2008, § 4 N 10.

<sup>30</sup> Hierzu weiterführend und mit weit. Verw. SCHALLER (Fn. 7), N 35 ff.

<sup>31</sup> Ausführlicher hierzu SCHALLER (Fn. 7), N 40 ff.

<sup>32</sup> Das schweizerische OR feiert demnach in diesem Jahr 2011 notabene sein *120-jähriges* Bestehen.

<sup>33</sup> So am Privatrechtlichen Gesetzbuch für den Kanton Zürich, am französischen Code Civil, am österreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch, sowie am sog. «Dresdner Entwurf», ein Vorläufer des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs; vgl. MERZ, Das Schweizerische Obligationenrecht von 1881 – Übernommenes und Eigenständiges, in: Peter/Stark/Tercier (Hrsg.), Hundert Jahre Schweizerisches Obligationenrecht, Fribourg 1982, S. 12.

<sup>34</sup> Vgl. SCHALLER (Fn. 7), N 73.

<sup>35</sup> SCHALLER (Fn. 7), N 74.

<sup>36</sup> SCHALLER (Fn. 7), N 73.

<sup>37</sup> SCHALLER (Fn. 7), a.a.O. sowie dort Fn. 125.

<sup>38</sup> Zur Person und zum akademischen Werdegang VON TUHRS eindrücklich FASSEL, Auf den Spuren von Tuhr, in: Wiegand/Koller/Walter (Hrsg.), Tradition mit Weitsicht, Festschrift für Eugen Bucher zum 80. Geburtstag, Bern 2009, S. 129-144.

<sup>39</sup> Hierzu eingehender SCHALLER (Fn. 7), N 75 ff.

über 30 Jahren keine Neuauflage mehr erschienen ist<sup>40</sup>. Die Lehre von ANDREAS VON TUHR zum schweizerischen Schuldrecht hat somit auf zahllose Schweizer Juristen einen gewaltigen Einfluss gehabt<sup>41</sup>, dessen Tragweite sich manche vielleicht gar nicht bewusst sind.

[Rz 22] VON TUHR war somit *die* prägende Persönlichkeit, welche dem schweizerischen Schuldrecht die heute noch in weiten Teilen geltenden Konturen verliehen hat. Auch und gerade seine *Einredelehre* wurde von den späteren Lehrbüchern und Kommentaren zwar rezipiert<sup>42</sup>, jedoch nie konsequent analysiert und erweitert<sup>43</sup>. Mithin hat in der (früheren) Lehre und Rechtspraxis keine gesamtheitliche Behandlung der Einwendungen und Einreden stattgefunden, ebenso hat es an einer konsequenten Begriffsverwendung gefehlt<sup>44</sup>. Diese Faktoren haben zu einer latenten Rechtsunsicherheit über Natur und Wirkungsweise (insb.) der Einrede beigetragen<sup>45</sup>, begleitet von einer «Scheu», sich mit dieser (denn auch nicht auf Anhieb vollauf zu begreifenden) Rechtsfigur befassen zu müssen<sup>46</sup>.

## VIII. Einrede vs. Einwendung: Begriffsjurisprudenz?

[Rz 23] Doch damit nicht genug der Baustellen: In der Literatur wurde<sup>47</sup> und wird die *Unterscheidung zwischen Einrede und Einwendung*<sup>48</sup> zwar selten (aber gleichwohl) als «relativiert»<sup>49</sup> bezeichnet oder gar als «reine Begriffsjurisprudenz»<sup>50</sup> qualifiziert. Auch im mündlichen Diskurs wird bisweilen (selbst von

promovierten Juristen) dafür gehalten, eine Differenzierung zwischen Einwendungen und Einreden sei «*juristischer Nonsense*» (sic). Dieser Kritik ist vertieft nachzugehen, da sie in der Lage ist, die juristische Existenzberechtigung (insbesondere) der Einrede in Frage zu stellen.

[Rz 24] Vorab ist jedoch zu klären, was unter «Begriffsjurisprudenz» verstanden wird. Begriffsjurisprudenz zu betreiben, heisst, mit juristischen Begriffen zu «operieren» und dies, ohne ihren Zweck zur gesellschaftlichen Konfliktlösung im Auge zu behalten. Es wird mit Begriffen quasi «gerechnet», so, als ob die Rechtswissenschaft eine «exakte» Wissenschaft entsprechend der Mathematik wäre – was sie natürlich niemals sein kann –, statt dass ein praktisches, aus dem Leben gegriffenes Problem einer juristisch zufriedenstellenden Lösung zugeführt würde<sup>51</sup>.

[Rz 25] Dem darf selbstredend nicht so sein. Der Jurist RUDOLF V. JHERING hat eine derart «abgehobene», weil abstrakt-theoretische Denkweise sowie generell das Operieren mit juristischen Begriffen und Rechtsfiguren ohne praktischen Bezug bereits 1884 in seinem Büchlein «*Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*»<sup>52</sup> mit beissender Ironie an den Pranger gestellt<sup>53</sup>. Diese Publikation JHERINGS bereitete seine berühmt gewordene Schrift «*Der Zweck im Recht*» vor. Im Rahmen dieses Werks argumentiert JHERING, die Aufgabe der Rechtswissenschaft müsse gerade in der *Lösung* gesellschaftlicher Probleme bestehen, und dürfe *keinesfalls Selbstzweck* sein<sup>54</sup>. Das gilt auch heute noch – vielleicht gar mehr denn je.

[Rz 26] Auch die Einrede bzw. die *exceptio* blieb nicht von JHERINGS (hintergründig allerdings sehr ernst gemeinten) Scherzen verschont: So hat JHERING speziell für säumige Briefeschreiber die «*Exceptio Kallabbiana*» kreiert<sup>55</sup>. Was hatte es mit dieser Einrede auf sich? Der Darstellung JHERINGS zufolge<sup>56</sup> trieb in jener Zeit ein *österreichischer Postoffizier* namens KALLAB sein Unwesen. Konkret hatte dieser KALLAB nichts Besseres im Sinn, als über Monate hinweg sämtliche Briefe, in denen er Bargeld oder Wertpapiere vermutete, zu unterschlagen. In seiner Wohnung fand die Polizei, als die Sache an das Tageslicht kam, eine Menge aufgerissener

<sup>40</sup> 1. Aufl.: VON TUHR, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, (2 Bände) Tübingen 1924/1925; 3. (neuste) Aufl.: VON TUHR/PETER bzw. VON TUHR/ESCHER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, (2 Bände) Zürich 1979/1974 (sic).

<sup>41</sup> Ähnlich auch FASEL (Fn. 38), S. 136/144.

<sup>42</sup> Vgl. SCHALLER (Fn. 7), N 77 und dort Fn. 133, mit weit. Verw.

<sup>43</sup> SCHALLER (Fn. 7), N 3 sowie dort Fn. 10.

<sup>44</sup> Vgl. SCHALLER (Fn. 7), N 21 ff., N 24 ff.

<sup>45</sup> SCHALLER (Fn. 7), N 30 ff.

<sup>46</sup> Dies könnte mitunter ein Grund sein, weshalb bisweilen sowohl früher wie auch gegenwärtig einer Relativierung oder gar «Einebnung» der Unterscheidung Einrede vs. Einwendung das Wort geredet wird. Herrschend ist diese (lediglich vereinzelt vorkommende) Auffassung indes nie geworden. Es gibt denn auch einige Gründe, weshalb an einer Unterscheidung festzuhalten ist, vgl. hierzu einlässlich sogleich im Text unter VIII.

<sup>47</sup> Zu früheren, unterdessen jedoch, gemessen am gegenwärtigen Rechtssystem, als «veraltet» zu betrachtenden, aus *rechtshistorischer Sicht* indes gleichwohl beachtenswerten Gegenargumenten vgl. die Verw. bei SCHALLER (Fn. 7), Fn. 92.

<sup>48</sup> Betreffend Einwendungen insbesondere solche im Nachgang zu einem *rechtsaufhebenden Gestaltungsrecht* (z.B.: Einwendung der erklärten Verrechnung; Einwendung der erklärten Anfechtung eines Vertrags).

<sup>49</sup> LARDELLI, Die Einreden des Schuldners bei der Zession, Diss. Zürich 2008, S. 4 f.; die Begründung für eine solche «Relativierung» ist indessen nicht stichhaltig; hierzu bereits SCHALLER (Fn. 7), Fn. 1606, mit weit. Verw.

<sup>50</sup> SCHLOSSER, Selbständige peremptorische Einrede und Gestaltungsrecht im deutschen Zivilrecht, Jus 1966, S. 257 ff., 260.

<sup>51</sup> Zur Kategorie der «*Begriffsjuristen*» zählen im Übrigen auch diejenigen Juristen, die der Auffassung sind, eine Habilitationsschrift solle *weder* einen praktischen Bezug aufweisen, *noch dürfe* sie dies, vielmehr habe eine Habilitationsschrift eine *rein theoretische Abhandlung* darzustellen. Praxisrelevanz sei daher weder erforderlich noch erwünscht (sic). – Dass eine solche Auffassung auch heute noch existiere, wurde dem Autor mündlich zugetragen; eine (schriftliche) Belegstelle hierfür gibt es bis anhin (soweit ersichtlich) keine.

<sup>52</sup> JHERING, Scherz und Ernst in der Jurisprudenz, 1. Aufl. 1884 (Nachdruck Darmstadt 1964).

<sup>53</sup> Vgl. hierzu die Rezension des Autors des vorliegenden Beitrags, in: Jusletter 4. Oktober 2004 (www.weblaw.ch).

<sup>54</sup> JHERING, Der Zweck im Recht, 1. Band, Leipzig 1884, Vorrede S. VIII, alsdann S. 435, S. 439 ff., S. 443, S. 449 und S. 452.

<sup>55</sup> JHERING (Fn. 52), S. 35.

<sup>56</sup> JHERING (Fn. 52), S. 35 und dort Fn. 2.

und zerstörter Briefe – ein «Schlachtfeld, ein Kirchhof von Briefen»<sup>57</sup>. Die «Exceptio Kallabiana» nun, frei übersetzt mit die «Einrede des von Kallab unterschlagenen Briefes», diente damals säumigen Briefeschreibern als willkommene *Ausrede*, denn wer einem Brief-«Freund» seit längerem eine Antwort schuldete, sei es aus Vergesslichkeit, sei es aber auch aus Absicht, war mit der kallabianischen «Einrede» nunmehr in der Lage, den entsprechenden Vorwurf (zumindest) halbwegs glaubwürdig zu entkräften.

[Rz 27] Doch zurück zur eigentlichen, hintergründigen Problematik: Die überaus ernst zu nehmende Frage, ob die Einrede in der modernen Rechtswissenschaft und Rechtspraxis einen Platz verdient hat oder als rechtshistorisches «Überbleibsel» einer einstmals überbordenden Begriffsjurisprudenz in die juristische Abstellkammer gehört, ist damit noch nicht beantwortet, zumal JHERING nicht nur die Exceptio, die Einrede, sondern auch deren Gegenüber, die *Forderung* kritisch unter die Lupe nahm<sup>58</sup>. Jedoch kann die Existenzberechtigung der Forderung selbstverständlich nicht zur Diskussion stehen: ohne Forderungen kein Schuldrecht, ohne Schuldrecht kein Rechtssystem, auf welches Wirtschaft und Gesellschaft ihren Güter-/Geld- und Dienstleistungsaustausch in rechtlicher Hinsicht stützen und gegenseitig absichern können.

[Rz 28] Aber auch die Unterscheidung zwischen Einwendungen und Einreden ist keine Begriffsjurisprudenz. Folgende Überlegungen hierzu:

1. Das Denken in den Kategorien *Anspruch* (Angriffsmittel), *Einwendung* und *Einrede* (Verteidigungsmittel; hierzu zählt auch die *Bestreitung*<sup>59</sup>) gründet nachgerade auf dem (wenn auch vielfach untechnischen) *Buchstaben des Gesetzes* bzw. des *schweizerischen OR*<sup>60</sup>: So verleiht etwa Art. 83 OR einem Schuldner in (für einmal) *einredetypischer* «*Kann/Verweigern*»-*Formulierung*<sup>61</sup> in zweiseitigen Verträgen das *Recht*, bei Zahlungsunfähigkeit der Gegenpartei und hieraus folgender Erfüllungsgefährdung seine geschuldete Leistung bis zur Sicherstellung der Gegenleistung *zurückhalten zu dürfen*<sup>62</sup>.
2. Ein modernisiertes schweizerisches Schuldrecht sollte für verschiedene lebensstatsächliche Vorkommnisse denn auch eine *auf den jeweiligen Einzelfall*

*massgeschneiderte Rechtsfolge* vorsehen. So rechtfertigt sich z.B., aufgrund des dem Verteidigungsmittel der Verwirkung wegen treuwidriger Verspätung inhärenten Vorwurfs des *Rechtsmissbrauchs* den Anspruch *erlöschen* zu lassen (rechtsaufhebende *Einwendung* der Verwirkung)<sup>63</sup>. Dagegen ist bei der Verjährung wegen des hier fehlenden Vorwurfs des Rechtsmissbrauchs eine «schwächere» Wirkung, nämlich eine «blosse» (wenn auch dauernde) *Hemmung* der Anspruchsdurchsetzung angebracht (peremptorische *Einrede* der Verjährung)<sup>64</sup>.

3. Letzteres, eine Hemmung des Anspruchs eines Gläubigers, erscheint sodann als passende Rechtsfolge mit Bezug auf die Fälle übermässig bindender, jedoch sittenkonformer Verträge: Da es bei diesen Verträgen auf die Frage ankommen muss, als *wie stark bindend* die betroffene Partei einen solchen Vertrag (subjektiv) *empfindet*<sup>65</sup>, soll ein (objektiv) übermässig bindender Vertrag (auch) in Nachachtung des Rechtsgrundsatzes «*pacta sunt servanda*»<sup>66</sup>, weder (entgegen der Rechtslage bei Übervorteilung und Willensmängel) anfechtbar, noch (entgegen der Situation bei Sittenwidrigkeit) ungültig sein. Mit Bezug auf das einleitend eingeführte Beispiel liesse sich von einem übermässig bindenden Vertrag etwa ausgehen, wenn ein Zeitungs-Abonnent mit dem Verlag einen Abonnements-Vertrag «*auf Lebenszeit*» vereinbart hat. Auch in diesem Fall ist der Abonnent berechtigt, die Leistung zu verweigern, jedoch erst von dem Zeitpunkt an, in dem der Vertrag das Mass an zeitlich zulässiger Dauer *überschritten* hat. Es entsteht einem übermässig gebundenen Schuldner somit ein dauerndes Leistungsverweigerungsrecht (peremptorische Einrede); der Vertrag fällt jedoch (auch hier) nicht dahin<sup>67</sup>.
4. In solchen und zahlreichen weiteren Fällen ist es mithin angezeigt, den Anspruch nicht untergehen zu lassen, sondern «nur» dessen Durchsetzung zu hemmen. Diese Rechtsfolge passt auch und gerade bei den *zeitweiligen* (dilatatorischen) Leistungsverweigerungsrechten, so etwa der Einrede des nicht (ordnungsgemäss) erfüllten Vertrags nach Art. 82 OR<sup>68</sup>. Denn das hieraus erwachsende Leistungsverweigerungsrecht soll bloss *während einer gewissen Zeitspanne* seine hemmende Rechtswirkung entfalten (können). Anschliessend soll der Gläubiger seinen Anspruch wieder einschränkungslos durchsetzen können; dazu

<sup>57</sup> JHERING (Fn. 52), a.a.O.

<sup>58</sup> JHERING (Fn. 52), S. 279.

<sup>59</sup> Zur teilweise fehlenden oder zu geringen Beachtung der Bestreitung in der Doktrin SCHALLER (Fn. 7), N 947 (mit weit. Verw.).

<sup>60</sup> Zum indessen fragmentarischen (unsystematischen) Einbezug der Einwendungen und Einreden in das schweizerische OR vorn VII.

<sup>61</sup> Die Einrede bzw. das entsprechende Leistungsverweigerungsrecht ist indessen ein (subjektives) *Recht des Dürfens* und nicht ein Recht des Könnens; vgl. SCHALLER (Fn. 7), N 113 ff., 116.

<sup>62</sup> Art. 83 Abs. 1 OR (in fine): «... so kann dieser seine Leistung so lange zurückhalten, bis ihm die Gegenleistung sichergestellt wird.»

<sup>63</sup> Vgl. SCHALLER (Fn. 7), N 654, mit weit. Verw.

<sup>64</sup> Vgl. SCHALLER (Fn. 7), N 603.

<sup>65</sup> Zu diesem Empfindungsargument vgl. SCHALLER (Fn. 7), N 821/822.

<sup>66</sup> Vgl. bereits vorn II. sowie dort Fn. 2.

<sup>67</sup> Vgl. SCHALLER (Fn. 7), N 826.

<sup>68</sup> Zu dieser Einrede vgl. einlässlich SCHALLER (Fn. 7), N 424 ff.

darf der Anspruch jedoch während der Dauer des Leistungsverweigerungsrechts nicht erloschen sein. Wäre dem anders, so müsste der Anspruch (mitsamt allfälliger Sicherheiten, etwa einer nochmaligen Errichtung von Grundpfandrechten) *neu begründet* werden, was weder im Interesse beider Parteien noch besonders zeit- und kosteneffizient wäre.

5. Was die *dauernden* (peremptorischen) Leistungsverweigerungsrechte anbetrifft (etwa die Verjährungseinrede oder die Einrede übermässig bindender Verträge), ist es mit Blick auf eine ordnungsgemässe, den Gläubiger nicht benachteiligende Abwicklung von Schuldverhältnissen wünschenswert, dass der Schuldner sich trotz Leistungsverweigerungsrecht gleichwohl und nach wie vor zu einer Leistungserbringung verpflichtet «*fühlt*». Solches wäre gerade nicht (mehr) der Fall, würde man Forderung und Anspruch gänzlich *erlöschen* lassen. Zudem soll der Schuldner, etwa bei Eintritt der Verjährung, *selbst* entscheiden dürfen, ob er die Forderung erfüllen oder unter Inkaufnahme allfälliger persönlicher oder geschäftlicher Nachteile die Leistung verweigern möchte<sup>69</sup>.

[Rz 29] Der Vorwurf, mit der Rechtsfigur der Einrede und deren Abgrenzung zur Einwendung werde «konstruktivistische Begriffsjurisprudenz» betrieben, ist somit von der Hand zu weisen.

## IX. Geltendmachung der Einrede und richterliche Fragepflicht (Art. 56 ZPO)

[Rz 30] Sodann ist ein letzter (wichtiger) einredetypischer Aspekt zu erörtern, nämlich das Erfordernis der prozessualen *Geltendmachung* eines Leistungsverweigerungsrechts (Einrede). Während der Richter eine Einwendung von Amtes wegen zu beachten hat<sup>70</sup>, da die Einwendung auf den Anspruch inhaltlich einwirkt, ihn mithin in aller Regel<sup>71</sup> entweder nicht entstehen lässt oder nachträglich zerstört, ist eine Einrede durch den Richter nur dann zu berücksichtigen, wenn sich der Schuldner *vor Schranken* auf sie *beruft*<sup>72</sup>. Ausdrücklich sieht

das Gesetz die Geltendmachung nur bei der «klassischen» Einrede der Verjährung vor<sup>73</sup>. Nicht nur aus diesem Grund wird indessen vermehrt in Zweifel gezogen, ob das Erfordernis der Geltendmachung einer Einrede sinnvoll sei. Skeptiker führen ins Feld, es sei stets als erwiesen zu betrachten, dass ein Schuldner bei Vorliegen eines Leistungsverweigerungsrechts hiervon Gebrauch machen wolle, da ihm ein solches Recht nur Vorteile bringe<sup>74</sup>.

[Rz 31] Zutreffend ist freilich, dass der Schuldner aus einer rein *juristischen* Optik von einer Einredeerhebung vor Gericht nur profitiert: Die Klage des Gläubigers wird abgewiesen<sup>75</sup>. Jedoch ist hierüber hinaus in Betracht zu ziehen, dass in bestimmten Fällen ein Schuldner aus *gesellschaftlich-sozialen Überlegungen* nicht gewillt ist, die ihm zustehende Einrede geltend zu machen<sup>76</sup>. So will etwa ein Geschäftsmann freiwillig auf die Einrede gegenüber einem Handelspartner verzichten, weil ihm mittel- und langfristig der *Erhalt guter Geschäftsbeziehungen* wichtiger erscheint als die kurzfristige Möglichkeit der Leistungsverweigerung. Auch bringen *freundschaftliche* oder *familiäre Bindungen* einen Schuldner regelmässig und spätestens vor Gericht davon ab, die geschuldete Leistung zu verweigern und die entsprechende Einrede in den Prozess einzuführen, so etwa im Falle eines Vaters, der für seine Tochter gebürgt hat und nun vorschnell von deren Gläubiger betrieben wird<sup>77</sup>.

[Rz 32] Aus solchen und ähnlichen Gründen darf mithin einem Schuldner die Geltendmachung seines Leistungsverweigerungsrechts im Prozess nicht aufgezwungen werden. Vielmehr soll jeder Schuldner *in Abwägung aller (tatsächlicher) Vor- und Nachteile* selber entscheiden können, ob er sich, sofern es nach anfänglicher (vorprozessualer) Leistungsverweigerung tatsächlich zu einem Gerichtsverfahren kommt, vor dem Richter auf die Einrede berufen möchte.

[Rz 33] Wird das Erfordernis der Geltendmachung einer Einrede vor Gericht somit zur Voraussetzung erhoben, so ist darauf zu achten, dass vor allem *Laien*, also nicht rechtskundige Schuldner hierdurch nicht benachteiligt werden. Mit anderen Worten sind die Anforderungen an eine rechtsgültig erhobene Einrede nicht zu überspannen. Etwa darf von einem Schuldner nicht verlangt werden, dass er etwa die massgebliche Gesetzesbestimmung (z.B.: «Ich berufe mich auf Art. 82 OR») oder auch nur die Einrede richtig benennt (z.B.: «Ich mache Verjährung geltend»). Vielmehr muss genügen,

<sup>69</sup> Einem Schuldner darf mithin seitens des Gerichts die Erhebung der ihm zustehenden Einrede nicht aufgedrängt werden (hierzu auch weiterführend sogleich im Text unter IX.); zu den Motiven eines Schuldners, in bestimmten Einzelfällen auf die Erhebung der Einrede freiwillig zu verzichten, vgl. SCHALLER (Fn. 7), N 168 ff.

<sup>70</sup> Vgl. (statt vieler sowie grundlegend) VON TUHR/PETER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 1. Band, 3. Aufl. Zürich 1974, S. 29.

<sup>71</sup> Ganz ausnahmsweise kann eine Einwendung *rechtsverzögernd* wirken, so im Falle einer Stundung, welche dem Anspruchsfundament das Element der *Fälligkeit* vorübergehend entzieht; vgl. SCHALLER (Fn. 7), N 367, mit weit. Verw.

<sup>72</sup> Eine nur ausserprozessual (gegenüber dem Gläubiger) erklärte Einrede genügt demgegenüber nicht; vgl. hierzu mit einlässlicher Begründung (so wie mit weiteren Hinweisen auf gleiche und andere Meinungen) SCHALLER (Fn. 7), N 173 ff.

<sup>73</sup> Vgl. Art. 142 OR.

<sup>74</sup> Vgl. etwa SARBACH, Die richterliche Aufklärungs- und Fragepflicht im schweizerischen Zivilprozessrecht, Diss. Bern 2003, S. 231 sowie (mit Bezug auf die Verjährungseinrede) S. 235 f.

<sup>75</sup> In Ausnahmefällen (z.B. Art. 82 OR) wird stattdessen ein Zug-um-Zug-Entscheid gefällt.

<sup>76</sup> Ausführlich hierzu SCHALLER (Fn. 7), N 167 ff.

<sup>77</sup> Dem Schuldner (Bürgen/i.c. dem Vater) stünde hier die «Einrede der Vorausklage» (Art. 495 OR) zu; hierzu einlässlich (mit weit. Verw.) SCHALLER (Fn. 7), N 391 ff.

wenn der Schuldner *sinngemäss* zu erkennen gibt, dass er die Leistung aus einem bestimmten (zulässigen) Grund verweigern will.

[Rz 34] Hieran knüpft nun die Folgefrage, *ob* und *inwieweit* es einem Richter erlaubt ist, einen Schuldner auf die Existenz eines Leistungsverweigerungsrechts (Einrede) *hinweisen* zu dürfen<sup>78</sup>. Mit anderen Worten geht es um die Reichweite der *richterlichen Fragepflicht*<sup>79</sup>. Sie ist in der seit 1. Januar 2011 in Kraft stehenden schweizerischen Zivilprozessordnung in Art. 56 ZPO normiert.

[Rz 35] Nach vorliegend vertretener Auffassung ist es *nicht* zulässig, dass ein Richter den Schuldner auf sein Leistungsverweigerungsrecht (Einrede) aufmerksam macht<sup>80</sup>, aus folgenden drei Gründen:

1. Die richterliche Fragepflicht erstreckt sich lediglich (aber immerhin) auf unklar gebliebene *Tatsachen*, nicht aber auf *Rechte*<sup>81</sup>, insbesondere nicht auf Leistungsverweigerungsrechte (Einreden).
2. Sobald ein Richter eine Partei, den Schuldner (Beklagten), in (insoweit korrekter) Ausübung seiner richterlichen Fragepflicht nicht nur *befragt*, sondern ihn darüber hinausgehend (und insoweit unzulässig) auf die letztlich matchentscheidende Möglichkeit einer Einredeerhebung *hinweist* bzw. hierüber *aufklärt*, verletzt er nicht nur die neuen gesetzlichen Vorgaben

zur richterlichen *Fragepflicht*<sup>82,83</sup> (Art. 56 ZPO)<sup>84</sup>, sondern erweckt bei der Gegenpartei (Gläubiger/Kläger) ausserdem den Anschein der *Parteilichkeit*<sup>85</sup>. Dieser Richter riskiert ein Ablehnungsbegehren des Gläubigers wegen *Befangenheit*<sup>86</sup>. Wer hiergegen erwidert, dass mit einem solchen Hinweis gerade kein Ungleichgewicht zwischen den Parteien hergestellt werde, da der Richter den Schuldner nur auf ein Recht hinweist, welches bereits bestehe und daher dem Schuldner ohnehin zustehe, dem ist zu entgegnen, dass einem Gläubiger, der eine Forderung besitzt, hiervon aber ebenfalls keine (oder zu wenig fundierte) Kenntnis hat, gleichermassen *nicht geholfen* wird, jedenfalls *nicht vom Richter*, welcher sich mit dem Fall befasst. Der Gläubiger muss *aus eigenem Antrieb* auf die Idee kommen, seinem Anspruch mittels

<sup>78</sup> Zum Ganzen vgl. auch SCHALLER (Fn. 7), N 181 ff. (im Allgemeinen) und N 620 ff. (mit Bezug auf die Verjährungseinrede).

<sup>79</sup> Abzugrenzen von einer (vermeintlichen bzw. unzutreffend verstandenen) *Aufklärungspflicht*; hierzu sogleich im Text. – SARBACH (Fn. 74), S. 46, erklärt demgegenüber, nicht zwischen Frage- und Aufklärungspflicht unterscheiden zu wollen.

<sup>80</sup> Grundsätzlich a.M. SARBACH (Fn. 74), S. 231, wonach das Gericht im Rahmen seiner Fragepflicht auf die Möglichkeit der Einredeerhebung hinzuweisen habe. – Diese Auffassung SARBACHS *zu Recht* (und entschieden) *ablehnend* SUTTER-SOMM/VON ARX, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), Zürich 2010, N 43 zu Art. 56 ZPO.

<sup>81</sup> Ein solch (unzulässiger) Hinweis auf Rechte eines Schuldners ist insbesondere nicht zu verwechseln mit der Bekanntgabe der (einstweiligen) *Rechtsauffassung* seitens des *Gerichts* im Rahmen einer Vergleichs- bzw. Instruktionsverhandlung. Solches ist und bleibt (auch unter neuer ZPO) selbstredend zulässig und hat den Zweck, die Parteien vor einer überraschenden Rechtsanwendung zu schützen.

<sup>82</sup> Mit Bezug auf die alte ZH ZPO bereits grundlegend FRANK/STRÄULI/MESSMER, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl. Zürich 1997, N 2 zu § 55 (alt) ZH ZPO: «Sie [die richterliche Fragepflicht] geht aber keineswegs so weit, dass das Gericht die Parteien auf den für die Urteilsfällung wesentlichen Sachverhalt hinzuweisen hätte».

<sup>83</sup> Dass sich eine richterliche *Aufklärungspflicht* nicht auf die Bestimmung zur richterlichen *Fragepflicht* in Art. 56 ZPO abstützen lässt (vgl. hierzu einlässlicher die nachstehende Fussnote 84), erkennen auch SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 9. Aufl. Bern 2010, S. 94, wollen indessen eine solche einerseits aus Art. 52 ZPO (Handeln nach Treu und Glauben), andererseits aus einer Vorschrift zum Beweisverfahren (Art. 161 ZPO) herleiten. – Diese Vorschriften sehen jedoch in keiner Weise eine richterliche Aufklärungspflicht vor, zumal diese wegen ihres weitreichenden Eingriffs in die Dispositionsmaxime und den Grundsatz der Gleichbehandlung der Parteien einer expliziten gesetzlichen Grundlage bedürfte. Es bleibt somit dabei: Die neue schweizerische ZPO sieht (zutreffend) schlicht *keine* richterliche Aufklärungspflicht vor.

<sup>84</sup> Art. 56 ZPO ist nunmehr ausreichend deutlich normiert, so dass sich eine über die richterliche *Fragepflicht* hinausgehende Aufklärungs- bzw. Hinweispflicht von dieser Bestimmung als nicht gedeckt erweist, vgl. die Marginalie («*gerichtliche Fragepflicht*») sowie den klaren Wortlaut (Hervorhebung hinzugefügt): «Ist das Vorbringen einer Partei unklar, widersprüchlich, unbestimmt oder offensichtlich unvollständig, so gibt ihr das Gericht durch entsprechende *Fragen* Gelegenheit zur Klarstellung und zur Ergänzung».

<sup>85</sup> So mit Bezug auf die Verjährungseinrede *zutreffend* STAHELIN/STAHELIN/GROLIMUND, Zivilprozessrecht, Zürich 2008, § 10 N 22: «Erst recht darf es die Parteien nicht auf sonstige Behelfe, z.B. Erhebung der Verjährungseinrede, hinweisen (umstritten). Mit solchen Informationen würde sich das Gericht zum Gehilfen einer Partei machen und seine Unabhängigkeit einbüßen.»; *zustimmend* BSK ZPO-GEHRI, in: Spühler/Tenchio/Infanger (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Basel 2010, N 15 (a.E.) zu Art. 56 ZPO. – Ebenfalls mit Bezug auf die Verjährungseinrede für «*äusserste Zurückhaltung*» bei der Ausübung der richterlichen Fragepflicht «jedenfalls im Falle einer anwaltlichen Vertretung einer Partei» plädiert AFFENTRANGER, in: Baker&McKenzie (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Bern 2010, N 14 zu Art. 56 ZPO.

<sup>86</sup> Vgl. hierzu den instruktiven Entscheid des *deutschen Bundesgerichtshofs* (BGH) vom 2. Oktober 2003 (BGHZ 156. Band 2004), S. 269: «Weist der Richter nach Widerspruch gegen einen Mahnbescheid den Beklagten mit der Zustellung der Anspruchsbegründungsschrift darauf hin, dass der Anspruch verjährt ist, besteht Grund, ihn abzulehnen», alsdann S. 271: «Ein solcher Hinweis wirkt wie die Aufforderung, die Einrede zu erheben».

Einleitung eines Zivilprozesses rechtliche Geltung zu verschaffen. Allenfalls wird ihn ein *Rechtsanwalt* über die Möglichkeiten der (prozessualen) Anspruchsdurchsetzung aufklären (können). Ein Richter kann und darf ihm insoweit nicht zu Hilfe eilen.

3. Darf der Richter also einen Gläubiger nicht zur prozessualen Geltendmachung eines (weiteren) Anspruchs verleiten, so darf er auch den Schuldner nicht auf die erforderliche Geltendmachung eines Gegenrechts (Einrede) hinweisen. Eine *korrekte Fragetechnik*, welche im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften zur richterlichen Fragepflicht bleibt, sieht (standardisiert) folgendermassen aus<sup>87</sup>: Der Richter fragt den Schuldner im Rahmen einer mündlichen Verhandlung, im Anschluss an die Klagebegründung des Gläubigers, was er (der Schuldner) dem Anspruch entgegen halten möchte. Antwortet der Schuldner etwa, er bestreite an sich die Forderung nicht, doch wundere es ihn, dass der Gläubiger eine Forderung eingeklagt habe, welche bereits seit über zehn Jahren fällig sei, so kann der Richter hier unverfänglich nachhaken und fragen, weshalb ihn denn konkret diese lange Zeitdauer störe. Gibt der Schuldner (Beklagte) zur Antwort, er habe nicht mehr damit gerechnet, dass der Gläubiger nach so langer Zeit noch auf ihn zukomme, vielmehr habe er die Schuld bereits «*abgeschrieben*» (oder: er, der Schuldner, wisse nicht, ob eine solche «*Verspätung*» überhaupt zulässig sei), so hat der Richter dieses Vorbringen jedenfalls als *sinngemässe Erhebung der Verjährungseinrede* zu qualifizieren.

## X. Schluss

[Rz 36] Die vorstehenden Erörterungen zur Rechtsfigur der Einrede («*exceptio*») lassen sich mit folgender Beobachtung abrunden: Gegen die Einrede sind in der Doktrin immer wieder Angriffe geführt worden, auch in neuerer Zeit<sup>88</sup>. Sämtliche hat sie jedoch bis heute überstanden. Das zeigt sich (auch) eindrücklich anhand des Europäischen Vertragsrechts, welches die Verteidigungsmittel der Verjährung und des nicht erfüllten Vertrags bewusst als Einreden ausgestaltet hat<sup>89</sup>. Warum auch eine Rechtsfigur bekämpfen, die Sinn macht, zahlreiche Rechtsprobleme auf überzeugende Weise zu lösen vermag und sich vor allem auch in der Rechtspraxis bewährt hat? – Festzuhalten bleibt jedenfalls, dass die aus dem römischen Recht tradierten «*exceptio*» bzw. die heutige «*Einrede*» ein *unerlässlicher Teil* eines modernen *schweizerischen Schuldrechts* darstellt.

---

<sup>87</sup> Dieses Beispiel ist an eine vom Autor (in seiner früheren Funktion als Gerichtsschreiber) persönlich miterlebte richterliche Fragepraxis angelehnt.

<sup>88</sup> Vgl. vorn Fn. 47/49/50.

<sup>89</sup> Hierzu weiterführend SCHALLER (Fn. 7), N 79 ff.

---

PD Dr. Jean-Marc Schaller ist Privatdozent an der Universität Zürich und Rechtsanwalt in Zürich (Holenstein Rechtsanwälte AG; [www.hol-law.ch](http://www.hol-law.ch)).

Bei dem vorliegenden Beitrag handelt es sich um eine inhaltlich erweiterte und mit Anmerkungen und Quellenangaben ergänzte Fassung der Antrittsvorlesung des Autors vom 25. Oktober 2010 in der Aula der Universität Zürich.

---

\* \* \*