

# Exposé zur Dissertation

Vorläufiger Arbeitstitel der Dissertation

## Die „Einrede“ des nicht erfüllten Vertrages

Verfasserin

Mag. iur. Klara Holzner

angestrebter akademischer Grad

Doktor der Rechtswissenschaften (Dr. iur.)

Wien, 2018

Studienkennzahl lt. Studienblatt:

A 783 101

Dissertationsgebiet lt. Studienblatt:

Rechtswissenschaften

Betreuerin:

Univ.-Prof. Dr. Brigitta Zöchling-Jud

## Die „Einrede“ des nicht erfüllten Vertrages

„Wer auf die Übergabe dringen will, muß seine Verbindlichkeit erfüllt haben oder sie zu erfüllen bereit sein.“

§ 1052 S 1 ABGB

### I. Themeneinführung

Synallagmatische Verträge sind, wenn nichts anderes vereinbart wurde, Zug-um-Zug zu erfüllen. Dieser Grundsatz ist in § 1052 S 1 ABGB niedergeschrieben. § 1052 S 1 ABGB findet sich bei den Bestimmungen zum Tauschvertrag, wird nach hA<sup>1</sup> aber auch auf andere synallagmatische Verträge angewandt. So simpel dieser Grundsatz klingen mag, zeigt sich bei genauerer Betrachtung, dass das Zug-um-Zug Prinzip nur bei Verträgen über bewegliche Sachen, welche gegen Bargeld veräußert werden, einfach und unproblematisch anwendbar ist.

In der Praxis stellen sich zahlreiche Probleme. Dies gilt insbesondere bei der Zug-um-Zug Abwicklung im Liegenschaftsverkehr, und zwar auch dann, wenn ausnahmsweise kein Treuhänder eingeschaltet wird. Auch die bargeldlose Zahlung wirft noch unbeantwortete Rechtsfragen auf, ebenso wie Fälle der irrtümlichen Vorleistung. Ganz grundsätzlich ist außerdem die Qualifikation des § 1052 S 1 ABGB als Einrede oder Einwendung von entscheidender (prozessualer) Bedeutung.

Zur Verdeutlichung der Fragestellungen sollen hier exemplarisch einige Konstellationen näher beleuchtet werden:

#### A. Probleme bei der Zug-um-Zug Abwicklung im Liegenschaftsverkehr

##### 1. Lösungsmöglichkeiten ohne Einschaltung eines Treuhänders

Ist eine der Forderungen auf die Eigentumsübertragung einer Liegenschaft gerichtet, erfolgt die Zug-um-Zug Abwicklung nach hA<sup>2</sup> durch Zahlung des Kaufpreises bei Einreichung des Grundbuchgesuchs auf Einverleibung des Eigentums. Da der Einverleibungsantrag allerdings erst nach Erteilung etwaiger grundverkehrsbehördlicher Genehmigungen, Abführung der Grunderwerbssteuer und Erlangung der steuerlichen Unbedenklichkeitsbescheinigung nach § 160 BAO erfolgreich ist, muss der Käufer vor Erhalt

---

<sup>1</sup> Wahle in Klang<sup>2</sup> IV/2, 68; Aicher in Rummel/Lukas<sup>4</sup> § 1052 Rz 1; Verschraegen in Kletečka/Schauer<sup>1.06</sup> § 1052 Rz 1; Binder/Spitzer in Schwimann/Kodek<sup>4</sup> § 1052 Rz 1; OGH 5 Ob 134, 135/69 SZ 42/162 = HS 7285.

<sup>2</sup> Vgl nur Aicher in Rummel/Lukas<sup>4</sup> § 1062 Rz 1; Apathy/Perner in KBB<sup>5</sup> § 1062 Rz 2.

der Gegenleistung erhebliche Aufwendungen tätigen.<sup>3</sup> Auch besteht die Gefahr, dass kurz zuvor ein anderes Grundbuchgesuch eingelangt ist, das noch nicht plombiert wurde.<sup>4</sup> Die Liegenschaft könnte also bereits durch eine neu hinzugekommene Hypothek belastet oder im schlimmsten Fall verkauft worden sein.

Die Praxis behilft sich deshalb oft mit der Zahlung des Kaufpreises gegen Aushändigung eines Rangordnungsbeschlusses, dies wird von der Lehre<sup>5</sup> aber kritisiert. Die Anmerkung der Rangordnung schützt nur vor nach ihr neu begründeten Rechten. Bezieht sich eine Streitanmerkung auf ein schon vor Anmerkung der Rangordnung entstandenes Recht, zerstört die Streitanmerkung den guten Glauben.<sup>6</sup>

Teile der Lehre<sup>7</sup> empfehlen die Zahlung des Kaufpreises gegen Einreichung des Grundbuchgesuchs auf Vormerkung der Eigentumseinverleibung in Kombination mit einer vorherigen Anmerkung der Rangordnung zur Verwirklichung des Zug-um-Zug Prinzips. Der Käufer sollte auch bereits über alle zur Rechtfertigung erforderlichen Urkunden verfügen.<sup>8</sup> Die Vormerkung bietet Gutgläubensschutz und kann bereits vor Abführung der Grunderwerbssteuer und Erlangung der steuerlichen Unbedenklichkeitsbescheinigung durchgeführt werden.<sup>9</sup> Eine andere vorgeschlagene Variante ist die Rechtfertigung der Vormerkung der Eigentumseinverleibung gegen Zahlung des Kaufpreises.<sup>10</sup>

## 2. Probleme bei Einschaltung eines Treuhänders

Um den Sicherungszweck des § 1052 S 1 ABGB bestmöglich zu verwirklichen, wird oft ein Treuhänder bestellt.<sup>11</sup> Meist handelt es sich um eine mehrseitige Treuhand,<sup>12</sup> die einseitig unwiderruflich ist.<sup>13</sup> Hat eine Partei schon an den Treuhänder geleistet, kann sie die

---

<sup>3</sup> Bollenberger, ÖBA 1994, 832; Böhm, wobl 1999, 74.

<sup>4</sup> Bollenberger, ÖBA 1994, 830; Rabl, NZ 2015/13, 42.

<sup>5</sup> Hofmeister, ÖJZ 1979, 266; Bollenberger, ÖBA 1994, 827; Böhm, wobl 1999, 75 FN 42.

<sup>6</sup> Vgl OGH 3 Ob 77 EvBl 1951/242, 308; 5 Ob 173/67 RZ 1968, 178; 3 Ob 14/87 NZ 1988/118, 113 (Hofmeister); 4 Ob 516/88, JBl 1988, 513; 5 Ob 1/94 NZ 1994/294, 136 (Hofmeister); aA OGH 26 Ob I 862 ZBl 1927/71; Spielbüchler, JBl 1997, 138; der gute Glaube kann auch durch offenkundige Tatsachen zerstört werden Heinrich, NZ 1973, 137; auf eine Duldung der Ausübung des nicht verbücherten Rechts kommt es nicht an OGH 2 Ob 687/55 JBl 1956, 210; 4 Ob 635/71 NZ 1973, 38 (krit Leeb).

<sup>7</sup> Vgl Bittner, NZ 1985, 205 f.

<sup>8</sup> Bollenberger, ÖBA 1994, 831.

<sup>9</sup> Vgl Bittner, NZ 1985, 201; Lehner, NZ 1986, 122; zur alten Rechtslage Hofmeister, ÖJZ 1979, 266 f.

<sup>10</sup> Binder/Spitzer in Schwimann/Kodek<sup>4</sup> § 1052 Rz 46.

<sup>11</sup> Aicher in Rummel/Lukas<sup>4</sup> § 1062 Rz 7; vgl Rabl, NZ 2015/13, 42.

<sup>12</sup> Aicher in Rummel/Lukas<sup>4</sup> § 1062 Rz 7; Apathy/Perner in KBB<sup>5</sup> § 1062 Rz 3.

<sup>13</sup> Lehner, NZ 1986, 122.

Leistung nicht zurückfordern, ohne vertragswidrig zu handeln. Der Treuhänder darf Weisungen eines Treugebers, die den anderen Treugeber benachteiligen, nicht mehr befolgen.<sup>14</sup>

Bei treuhändiger Abwicklung soll § 1052 S 1 ABGB also durch den Treuhänder gewahrt werden. Der Treuhänder darf die Leistungen nach der Vereinbarung idR erst ausfolgen, wenn er beide Leistungen erhalten hat. Inwiefern der Treuhänder die Leistungen auf ihre Mangelfreiheit überprüfen muss, hängt von der Vereinbarung ab. Sollten keine Prüfpflichten bestehen und eine der Parteien von der mangelhaften Leistung der anderen Partei an den Treuhänder erfahren, stellt sich die Frage, ob sie noch die „Einrede“ des nicht gehörig erfüllten Vertrags erheben kann. Kann die Partei ihre Leistungserbringung an den Treuhänder noch verweigern, bzw kann sie, wenn beide Leistungen schon erbracht sind, die Ausfolgung verhindern?<sup>15</sup> Werden diese Fragen verneint, könnte darin eine Beschränkung des § 1052 S 1 liegen, die im Verbrauchergeschäft nach § 6 Abs 1 Z 6 KSchG unzulässig wäre.

Nach der E OGH 1 Ob 66/17p<sup>16</sup> ist der Käufer vorleistungspflichtig, wenn bei treuhändiger Abwicklung vereinbart wird, dass der Kaufpreis vom Treuhänder zur Lastenfreistellung der geschuldeten Liegenschaft verwendet werden soll,<sup>17</sup> deswegen könne der Käufer die „Einrede“ des nicht (gehörig) erfüllten Vertrages nicht erheben. Die Einschaltung eines Treuhänders erfolgt aber, um die Sicherheit der Zug-um-Zug-Abwicklung zu erhalten, und zwar gerade in den Fällen, in denen wie in der E OGH 1 Ob 66/17p aufgrund eines dritten Finanzierers und aushaftender Lasten eine Zug-um-Zug-Abwicklung ohne Treuhänder faktisch unmöglich wäre. Eine wie von der E OGH 1 Ob 66/17p angenommene Vorleistungspflicht würde jedenfalls den Verlust der „Einrede“ nach § 1052 S 1 ABGB auch vor Leistung an den Treuhänder bedeuten. Nach Leistung an den Treuhänder ist der einseitige Widerruf, wie oben ausgeführt, ohnehin vertragswidrig.<sup>18</sup> Mit dem Verbot des einseitigen Widerrufs hätte auch die Problematik der E OGH 1 Ob 66/17p gelöst werden können.

---

<sup>14</sup> OGH 1 Ob 204/06s wobl 2007/136, 346 (*Bollenberger*); zu der Problematik von gegensätzlichen Weisungen an den Treuhänder etwa OGH 8 Ob 39/07d NZ 2008/15.

<sup>15</sup> Vgl zu dieser Problematik bei der Ratenzahlung im BTVG *Pfeiffer*, bauaktuell 2016, 125.

<sup>16</sup> OGH 1 Ob 66/17p NZ 2017/98, 275.

<sup>17</sup> Mit Verweis auf die vorsichtiger formulierte E OGH 6 Ob 258/03v ÖBA 2004/1241, 964 (*Rabl*). Nach dieser E entspreche, selbst wenn eine solche Abrede als Vorleistungspflicht des Käufers ausgelegt werden sollte, bei Unmöglichkeit der treuhändigen Abwicklung eine Zug-um-Zug Abwicklung eher dem Parteiwillen als eine Vorleistungspflicht des Käufers.

<sup>18</sup> OGH 1 Ob 204/06s wobl 2007/136, 346 (*Bollenberger*), diese E verneint, obwohl sie eine etwaige Vorleistungspflicht des Käufers nicht thematisiert, die Unsicherheitseinrede ohne die Einrede des nichterfüllten Vertrages anzusprechen. *Bollenberger* erwähnt, dass hier aufgrund des vertragswidrigen Verhaltens auch die Einrede des nichterfüllten Vertrages nicht zugestanden wäre

## B. Probleme bei Vorleistung

Leistet ein nur Zug-um-Zug zur Leistung verpflichteter Vertragspartner irrtümlich vor Erhalt der Gegenleistung, ist strittig, ob § 1434 S 1 oder S 2 ABGB zur Anwendung kommt. Nach einem Teil der Lehre und der Rsp ist die Leistungspflicht noch von der Erbringung der Vorleistung abhängig und daher ungewiss iSd § 1434 S 1 ABGB.<sup>19</sup> Die Leistung könne demnach zurückgefordert werden. *Bollenberger*<sup>20</sup> lässt die Rückforderung „jedenfalls dann“ zu, wenn der Leistungsempfänger zahlungsunfähig ist.

Nach aA ist § 1434 S 2 ABGB anzuwenden,<sup>21</sup> eine Rückforderung ist nicht mehr möglich. Wenn die Rückforderung sogar bei einer noch betagten Forderung ausgeschlossen sei, müsse dies umso mehr gelten, wenn eine bereits fällige<sup>22</sup> Forderung, der nur noch die „Einrede“ des nichterfüllten Vertrages entgegensteht, erfüllt werde. Im Gegensatz zu einer bedingten Forderung stünde hier die Leistungspflicht als solche nicht mehr in Frage.<sup>23</sup> Teilweise wird die Anwendung des S 2 auf Situationen eingeschränkt, in denen keine Willensbeeinträchtigung durch List, Zwang oder nicht volle Geschäftsfähigkeit vorliegt.<sup>24</sup>

## C. Qualifikation als Einrede oder Einwendung

### 1. Allgemeines

Die Einordnung von § 1052 S 2 ABGB ist aber nicht nur bei der Vorleistung einer Vertragspartei strittig. Auch im Prozessrecht war lange unklar, ob auf § 1052 S 1 ABGB von Amts wegen oder nur auf Einrede des Beklagten Bedacht zu nehmen ist. Die alte Rsp<sup>25</sup> verlangte bei sonstiger Abweisung der Klage, dass schon im Klagebegehren auf die Verpflichtung des Klägers zur Zug-um-Zug zu erbringenden Gegenleistung Bezug genommen

---

<sup>19</sup> *Koziol/Spitzer* in KBB<sup>5</sup> § 1434 Rz 1; OGH 6 Ob 559/85 ÖBA 1987, 505 (*Koziol*).

<sup>20</sup> *Bollenberger*, RdW 1996, 202.

<sup>21</sup> *Rummel* in *Rummel*<sup>3</sup> § 1434 Rz 4; *Mader* in *Schwimann/Kodek*<sup>4</sup> § 1434 Rz 3, der aber im Einzelfall § 1435 ABGB analog bejaht.

<sup>22</sup> Ausführlich zum Verhältnis der Einrede des nichterfüllten Vertrages zur Fälligkeit *F. Bydlinski*, JBl 1973, 284 ff. Die Fälligkeit ist nach üA nicht vom Erbringen der Gegenleistung abhängig *Aicher* in *Rummel/Lukas*<sup>4</sup> § 1052 Rz 20, § 1062 Rz 14; *Verschraegen* in *Kletečka/Schauer*<sup>1.06</sup> § 1062 Rz 17; *Geroldinger* in *Fasching/Konecny*<sup>3</sup> § 226 ZPO Rz 157; OGH 1 Ob 931/52 SZ 25/310. Vgl hingegen *Verschraegen* in *Kletečka/Schauer*<sup>1.06</sup> § 1062 Rz 4 „*Der Kaufpreis ist grundsätzlich fällig mit Erhalt der Ware*“; *Jakusch* in *Angst/Oberhammer*<sup>3</sup> § 36 EO Rz 16 „*Hat der Verpfl die betriebene Leistung nach dem Exekutionstitel nur Zug um Zug gegen eine Gegenleistung zu erbringen, so bedeutet dies materiellrechtlich, dass die Hauptleistung nicht fällig ist, wenn und solange die Gegenleistung nicht gleichzeitig erbracht wird. Insofern ist die Hauptleistung bedingt*“.

<sup>23</sup> *Jabornegg*, Zurückbehaltungsrecht 93 f.

<sup>24</sup> *Wilburg* in *Klang*<sup>2</sup> VI, 459; zustimmend *Lurger* in *Kletečka/Schauer*<sup>1.05</sup> § 1434 Rz 3.

<sup>25</sup> OGH Rv I 444/08 = GIUNF 4872 (allerdings wurde die Klage hier derart eingeschränkt, dass der OGH eine Sanierung des Klagebegehrens durch eine Zug-um-Zug Verurteilung als unmöglich ansah, weil er nicht mehr über den ganzen Komplex an Rechten und Pflichten entscheiden könne); Rv VI 209/15 GIUNF 7684.

werden muss. In späteren Entscheidungen<sup>26</sup> konnte der Kläger bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung die (Bereitschaft zur) Erbringung seiner Gegenleistung nachweisen.<sup>27</sup> Nach der aktuellen Lehre<sup>28</sup> und Rsp<sup>29</sup> ist der Beklagte unbedingt zu verurteilen, wenn der Gläubiger seine Leistungsbereitschaft nicht nachweist, der Beklagte aber auch nicht die Einrede nach § 1052 S 1 erhebt. Erhebt der Beklagte die Einrede, kommt es zur Zug-um-Zug Verurteilung. Dies entspricht auch der deutschen Rechtslage.<sup>30</sup> Die Einordnung des § 1052 S 1 ABGB hat sich also von einer Einwendung, auf die von Amts wegen Bedacht genommen wird, zu einer echten Einrede, die vom Beklagten geltend gemacht werden muss, entwickelt.

## 2. Mahnklage und Versäumungsurteil

Auswirkungen hat diese Einordnung auch auf das Versäumungsurteil. Solange § 1052 S 1 ABGB als Einwendung beurteilt wurde, wäre für ein stattgebendes Versäumungsurteil der Nachweis der Vorleistung oder zumindest der Erfüllungsbereitschaft des Klägers zu erbringen.<sup>31</sup> Bei der Deutung als Einrede führt ein Versäumungsurteil bei unbedingter Klage hingegen zur unbedingten Verurteilung.<sup>32</sup> Eine ausdrückliche Regelung gibt es für das Mahnverfahren. Nach § 244 Abs 2 Z 2 ZPO ist ein Zahlungsbefehl nicht zu erlassen, wenn die Forderung nach Angaben in der Klage oder offenkundig noch von einer nicht erbrachten

---

<sup>26</sup> Abweisung mangels (ausreichender) Leistungsbereitschaft OGH Rv I 699/09 = GIUNF 4752; Rv II 476/11 = GIUNF 5488; Rv II 27/13 = GIUNF 6278. Den Entscheidungen ist nicht zu entnehmen, ob auf § 1052 S 1 ABGB von Amts wegen oder nur auf Einrede des Beklagten Rücksicht genommen wurde.

<sup>27</sup> Dem aufgrund des Wortlauts des § 1052 S 1 ABGB zustimmend *Gschnitzer/Faistenberger/Barta/Eccher*, Schuldrecht Allgemeiner Teil<sup>2</sup> 87 f, dies führe auch zu einem Gleichlauf von prozessualer Behandlung und materiellem Recht.

<sup>28</sup> *Wahle* in Klang<sup>2</sup> IV/2, 71 hier komme es zu einem gewissen Gegensatz von materiellem und formellen Recht. Leistungsbereitschaft und – fähigkeit seien eine Voraussetzung für den geltend gemachten Leistungsanspruch. Der gegenleistungspflichtige Kläger gerate zwar in Verzug, wenn er nicht gleichzeitig mit dem Leistungsverlangen seine Gegenleistung anbiete, dennoch werde der Beklagte Zug-um-Zug verurteilt; dazu auch *Wahle*, JBI 1965, 282; *Aicher* in Rummel/Lukas<sup>4</sup> § 1052 Rz 21, 30; *Binder/Spitzer* in Schwimann/Kodek<sup>4</sup> § 1052 Rz 43, 78.

<sup>29</sup> OGH 1 Ob 293/48 SZ 21/145 (die Erklärung der Leistungsbereitschaft könne dem Klagebegehren nach der Verkehrsübung unterstellt werden); 3 Ob 333/51 SZ 24/164; 1 Ob 103/52 JBI 1953, 47; 1 Ob 467/60 HS 285; 1 Ob 191/67 HS 6325; 8 Ob 336/66 SZ 39/209 = HS 7288; 5 Ob 242/74 JBI 1975, 262; aA 1 Ob 248/62 SZ 35/62.

<sup>30</sup> *Kirn*, JZ 1969, 325. Das BGB hat sich allerdings, nachdem die Rechtslage auch in Deutschland strittig war, ausdrücklich für die prozesstechnische Form der Einrede entschieden. Unter der Überschrift „*Einrede des nichterfüllten Vertrages*“ bestimmt § 320 Abs 1 BGB „*Wer aus einem gegenseitigen Vertrag verpflichtet ist, kann die ihm obliegende Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung verweigern, es sei denn, dass er vorzuleisten verpflichtet ist (...)*“.

<sup>31</sup> *Gschnitzer/Faistenberger/Barta/Eccher*, Schuldrecht Allgemeiner Teil<sup>2</sup> 88; OGH 25 Ob I 808 ZBI 1926/32; vgl 6 Ob 295/67 HS 6321 u 6478/18 (Der Kläger müsse seine Leistungsbereitschaft nicht behaupten, nenne der Kläger aber seine Gegenleistungspflicht und lehne er ihre Erbringung ohne stichhaltige Gründe ab, sei die unbedingte Klage unschlüssig und es könne kein Versäumungsurteil gegen den Beklagten gefällt werden).

<sup>32</sup> *Gschnitzer/Faistenberger/Barta/Eccher*, Schuldrecht Allgemeiner Teil<sup>2</sup> 89-

Gegenleistung abhängt.<sup>33</sup> Diese Bestimmung wird allerdings auf Fälle eingeschränkt, in denen der Kläger ein Zug-um-Zug Begehren erhoben hat.<sup>34</sup>

### 3. Fehlender Leistungswille des Klägers

Der Kläger muss seine Leistungsbereitschaft im Prozess also nach der hA nicht mehr nachweisen, um einer Abweisung zu entgehen. Die Zug-um-Zug Verurteilung sei ein Minus zur unbedingten Verurteilung und könne auch gegen den Willen des Klägers ausgesprochen werden.<sup>35</sup> Allerdings wird die Klage nach hA<sup>36</sup> „derzeit“<sup>37</sup> abgewiesen, wenn der Kläger die Erbringung seiner Gegenleistung endgültig verweigert. Dem Kläger steht eine neue Klage zu, wenn er seine Leistungsbereitschaft oder die Erbringung seiner Gegenleistung nachweist.

### 4. Annahmeverzug des Beklagten

Nach überwiegender Lehre<sup>38</sup> und Rsp<sup>39</sup> kann der Beklagte die „Einrede“ nach § 1052 Abs 1 ABGB nicht erheben, wenn er sich im Annahmeverzug befindet. Der Gläubiger habe hier mit dem Anbieten seiner Gegenleistung die Erfordernisse des § 1052 S 1 ABGB bereits erfüllt.<sup>40</sup> Nach aA kommt es für eine Zug-um-Zug Verurteilung auf das bloße Bestehen von Zug-um-Zug zu erfüllenden Verbindlichkeiten an.<sup>41</sup> Trotz Annahmeverzugs habe eine Zug-um-Zug Verurteilung zu erfolgen, der Annahmeverzug wirke sich erst im Exekutionsverfahren

---

<sup>33</sup> *Gschnitzer/Faistenberger/Barta/Eccher*, Schuldrecht Allgemeiner Teil<sup>2</sup> 88.

<sup>34</sup> *Kodek* in *Fasching/Konecny*<sup>3</sup> § 244 ZPO Rz 60; *Klauser/Kodek*<sup>17</sup> § 244 ZPO Anm 8.

<sup>35</sup> *Wahle*, JBl 1965, 291 f; OGH 1 Ob 103/52 JBl 1953, 47; zum deutschen Recht OLG Kiel 4 U 397/31 JW 1933, 1537 (krit *Jacobi*); *Münzberg*, NJW 1961, 541; aA *Koenigk*, NJW 1961, 543.

<sup>36</sup> *Binder/Spitzer* in *Schwimann/Kodek*<sup>4</sup> § 1052 Rz 41; *Geroldinger* in *Fasching/Konecny*<sup>3</sup> § 226 ZPO Rz 160; *Fucik* in *Fasching/Konecny*<sup>3</sup> § 405 ZPO Rz 57; OGH 2 Ob 735/54 EvBl 1955/129; 1 Ob 25/70 HS 7286; 4 Ob 555/70 HS 7287; aA *Wahle* in *Klang*<sup>2</sup> IV/2, 68; vgl *Aicher* in *Rummel/Lukas*<sup>4</sup> § 1052 Rz 23, 31. Für eine endgültige Abweisung *Ehrenzweig*, System II/1, 199; *Mayr*, Lehrbuch II, 88.

<sup>37</sup> In anderem Zusammenhang wurde ausgesprochen, dass das österreichische Prozessrecht eine Abweisung „derzeit“ oder „dermalen“ nicht kenne s OGH 2 Ob 405/25 SZ 7/174; 3 Ob 325/37 RZ 1937, 300.

<sup>38</sup> *Ehrenzweig*, System II/1, 199; *Mayr*, Lehrbuch II, 88; *Aicher* in *Rummel/Lukas*<sup>4</sup> § 1052 Rz 23 mwN; *Binder/Spitzer* in *Schwimann/Kodek*<sup>4</sup> § 1062 Rz 41; aA *Reischauer* in *Rummel*<sup>3</sup> § 1419 Rz 4; *Heidinger* in *Schwimann/Kodek*<sup>4</sup> § 1419 Rz 11.

<sup>39</sup> OGH Rv V 777/11 GIUNF 5443; 3 Ob 899/23 SZ 5/309; 7 Ob 352/56b HS 1702; 5 Ob 479/58 HS 206/2; 5 Ob 17/62 EvBl 1962/159 (trotz Ratenkauf); 6 Ob 58/69 HS 7277/4; 5 Ob 778/80 SZ 54/3 = JBl 1982, 96; 1 Ob 523/92 JBl 1992, 590. Für die Zug-um-Zug Verurteilung OGH 3 Ob 635/38 SZ 20/220 (Kläger war aber nicht mehr leistungsbereit); 2 Ob 241/59 HS 205/23; 5 Ob 9/72 SZ 45/11 = JBl 1973, 309 = EvBl 1972/200. Für die Zug-um-Zug Verurteilung nur im Sonderfall des Ratenkaufs OGH 3 Ob 440/58 RZ 1959, 72; 1 Ob 94/59 HS 264/15; 3 Ob 277/61 HS 671/63.

<sup>40</sup> *F. Bydlinski*, JBl 1973, 290; OGH Rv V 777/11 GIUNF 5443.

<sup>41</sup> *Jabornegg*, Zurückbehaltungsrecht 266, 273; mit dieser Ansicht sympathisierend *Aicher* in *Rummel/Lukas*<sup>4</sup> § 1052 Rz 23, der, wenn man *Jaborneggs* Ansicht folgt, konsequenterweise auch eine Zug-um-Zug-Verurteilung bei Weigerung des Klägers fordert.

aus.<sup>42</sup> Schließlich könne der leistungsbereite Gläubiger auch nachträglich leistungsunwillig werden. Das Sicherungsinteresse des Beklagten bestehe auch im Annahmeverzug fort.<sup>43</sup>

Will man die Leistung des Vertragspartners zwar annehmen, seine eigene Leistung aber nicht erbringen, befindet man sich nicht nur im Schuldner- sondern auch im Annahmeverzug.<sup>44</sup> Aufgrund der synallagmatischen Verknüpfung beider Leistungen, muss jeder Vertragspartner seine Leistung nicht vor Erbringung der Gegenleistung herausgeben. Man versäumt also eine notwendige Mitwirkungshandlung für die Abnahme.<sup>45</sup>

## 5. Fehlende Leistungsbereitschaft von Kläger und Beklagtem

Auf die „Einrede“ kann sich nach hA<sup>46</sup> nur derjenige berufen, der zur Erbringung seiner Leistung fähig und bereit ist. Fraglich ist, ob man die „Einrede“ auch dann nicht erheben kann, wenn Vertragspartner ebenso wenig zur Leistung fähig und bereit ist. Ist hier tatsächlich keiner der Vertragspartner zur Erhebung der „Einrede“ befugt, könnte also umgekehrt jeder von ihnen die unbedingte Verurteilung des anderen erreichen? Sieht man § 1052 S 1 als Einwendung hätte die Klage erst bei Nachweis der eigenen Leistungsbereitschaft Erfolg. Vergleichbar könnte die Frage des Verzugesintritts sein.<sup>47</sup> Hier wird vertreten, dass der Verzug einer Partei erst eintritt, wenn die andere Partei gehörig angeboten hat, weil zuvor noch das Leistungsverweigerungsrecht nach § 1052 S 1 ABGB zusteht.<sup>48</sup>

## II. Gang der Untersuchung

Die Arbeit wird sich zuerst mit Problemen der Zug-um-Zug Abwicklung beschäftigen. Es soll dargestellt werden, wie das Zug-um-Zug Prinzip bei der Übertragung von Liegenschaften am besten gewahrt wird und wie sich die treuhändige Abwicklung auf die „Einrede“ nach § 1052 S 1 ABGB auswirkt. Obliegt die Wahrung des Zug-um-Zug Prinzip nur mehr dem Treuhänder oder kann sich der Treugeber in bestimmten Konstellationen noch auf

---

<sup>42</sup> *Jabornegg*, Zurückbehaltungsrecht 270; dazu *Jakusch* in *Angst/Oberhammer*<sup>3</sup> § 8 EO Rz 6/2.

<sup>43</sup> *Reischauer* in *Rummel*<sup>3</sup> § 1419 Rz 4.

<sup>44</sup> OGH 7 Ob 151/71 SZ 44/164; *Gschnitzer/Faistenberger/Barta/Eccher*, Schuldrecht Allgemeiner Teil<sup>2</sup> 114.

<sup>45</sup> *Aicher* in *Rummel/Lukas*<sup>4</sup> § 1062 Rz 15; *Verschraegen* in *Kletečka/Schauer*<sup>1.06</sup> § 1062 Rz 18; vgl aber *Reischauer* in *Rummel*<sup>3</sup> § 1419 Rz 22 Gläubigerverzug setze Nichtabnahme voraus, aus dem Schuldnerverzug könne nicht automatisch auf Gläubigerverzug geschlossen werden.

<sup>46</sup> *Verschraegen* in *Kletečka/Schauer*<sup>1.06</sup> § 1052 Rz 17; *Binder/Spitzer* in *Schwimann/Kodek*<sup>4</sup> § 1052 Rz 27; *Pfeiffer*, bauaktuell 2016, 126; vgl OGH 1 Ob 204/06s wobl 2007/136, 348 (*Bollenberger*); 4 Ob 180/15x immolex 2016/54 (*Klein*).

<sup>47</sup> Vgl *Bollenberger*, Anmerkung zu 1 Ob 204/06s, wobl 2007/136, 349 (Pattstellung, wenn keine Partei ordnungsgemäß anbietet).

<sup>48</sup> *F. Bydlinski*, JBl 1973, 286; ebenso zum deutschen Recht *Huber*, Leistungsstörungen I, 352; vgl 4 Ob 180/15x immolex 2016/54 (*Klein*).

die „Einrede“ berufen? Außerdem soll ausgeführt werden, wie sich die verschiedenen Arten der bargeldlosen Zahlung auf das Zug-um-Zug Prinzip auswirken.

Der Fokus wird allerdings auf der Einordnung von § 1052 S 1 ABGB als Einrede oder Einwendung liegen. Die oben aufgezeigten Meinungsstreitigkeiten scheinen zumindest teilweise aus einer Vermischung des Einrede- und des Einwendungsprinzips herzurühren. Dies gilt etwa bei der derzeitigen Klagsabweisung, wenn der Kläger die Leistung endgültig verweigert. Es wird geprüft, ob die österreichische Rechtslage hier tatsächlich mit der deutschen übereinstimmt. Anhand der vorgenommenen Einordnung wird schließlich eine schlüssige Lösung der Problematiken angestrebt.

### **III. Vorläufige Gliederung**

- I. Überblick zur Entwicklung der „Einrede“ des nichterfüllten Vertrages
- II. Materielles Recht
  - A. Zug-um-Zug Abwicklung
    - 1. Probleme bei Zug-um-Zug Abwicklung im Liegenschaftsverkehr
      - a) Lösungsmöglichkeiten ohne Einschaltung eines Treuhänders
      - b) Probleme bei Einschaltung eines Treuhänders
    - 2. Probleme bei Zug-um-Zug Abwicklung und bargeldloser Zahlung
  - B. Probleme bei irrtümlicher Vorleistung
  - C. Verzug
    - 1. Besonderheiten des Annahmeverzugs
    - 2. Fehlende Leistungsbereitschaft beider Parteien
- III. Zivilprozess
  - A. Qualifikation als Einrede oder Einwendung
    - 1. Allgemeines
    - 2. Abweisung oder Zug-um-Zug Verurteilung
    - 3. Mahnklage und Versäumungsurteil
    - 4. Bestimmung der Gegenleistung
    - 5. Fehlender Leistungswille des Klägers
      - a) Abweisung derzeit?
      - b) Klagemöglichkeit nach Abweisung
    - 6. Versagung der „Einrede“?
      - a) Annahmeverzug des Beklagten
      - b) Fehlende Leistungsbereitschaft des Beklagten
      - c) Fehlende Leistungsbereitschaft von Kläger und Beklagtem
  - B. Klage des Beklagten
- IV. Zusammenfassung der Ergebnisse in Thesen

#### **IV. Vorläufige Zeiteinteilung**

WS 2017/2018	<b>Lehrveranstaltungen gem § 5 Abs 2 lit a</b>  VO zur rechtswissenschaftlichen Methodenlehre  <b>Lehrveranstaltungen gem § 5 Abs 2 lit c</b>  SE Judikatur- oder Textanalyse (anerkannt als weiteres SE aus dem Dissertationsfach)
SS 2018	<b>Lehrveranstaltungen gem § 5 Abs 2 lit c</b>  SE Seminar aus Zivilverfahrensrecht  Recherche zum Dissertationsthema
WS 2018/2019	<b>Lehrveranstaltungen gem § 5 Abs 2 lit b</b>  SE zur Vorstellung und Diskussion des Dissertationsvorhabens  Recherche zum Dissertationsthema
SS 2019	<b>Lehrveranstaltungen gem § 5 Abs 2 lit b</b>  SE aus Zivilrecht  Verfassen der Dissertation
WS 2019/2020	Verfassen der Dissertation
SS 2020	Verfassen der Dissertation
WS 2020/2021	Einreichen der Dissertation und Defensio

## V. Vorläufiges Literaturverzeichnis

- Angst, Peter*, Das Zurückbehaltungsrecht beim Werkvertrag, RZ 1992, 2
- Angst, Peter/Oberhammer, Paul* (Hrsg), Kommentar zur Exekutionsordnung, 3. Auflage (2015)
- Appel, Friedrich*, Das Zurückbehaltungsrecht im Privatrecht (1946)
- Binder, Martin*, Die Verzahnung von Arbeits- und Zivilrecht – dargestellt anhand von Umgehungskonstruktionen und des allgemeinen Leistungsverweigerungsrechts, ZAS 2008, 162
- Bittner, Ludwig*, Das nunmehrige Recht der Vormerkung, NZ 1985, 204
- Blomeyer, Arwed*, Studien zur Bedingungslehre (1939)
- Böhm, Helmut*, Der einseitig erfüllte Bauträgervertrag im Konkurs des Bauträgers, wobl 1999, 69
- Böhm, Helmut*, Der „Barhafrücklass“ nach dem BTVG in der praktischen Abwicklung, immolex 2011, 178
- Bollenberger, Raimund*, Treuhändiger Liegenschaftsverkehr und Konkurs einer Partei, ÖBA 1994, 825
- Bollenberger, Raimund*, Treuhand und Liegenschaftsverkauf im Konkurs: Wunschvorstellungen und geltende Rechtslage, JBl 1995, 398
- Bollenberger, Raimund*, Drittfinanzierter Liegenschaftsverkehr: Stellung der Bank vor Verbücherung der Hypothek, RdW 1996, 199
- Bollenberger, Raimund*, Drittfinanzierter Liegenschaftsverkehr: Haftung des Treuhänders gegenüber der Bank -zugleich eine Besprechung der E OGH 6 Ob 509/96, ÖBA 1997, 139
- Bollenberger, Raimund*, Das Veruntreuungsrisiko bei treuhändiger Abwicklung des Liegenschaftsverkehrs, ÖBA 2000, 847
- Bollenberger, Raimund*, Konkurs des Liegenschaftsverkäufers und ungenützter Ablauf der Rangordnung, ecolex 2004, 258
- Bollenberger, Raimund*, Unsicherheitseinrede beim treuhändig abgewickelten Liegenschaftsverkauf, wobl 2017/136, 346
- Braumüller, Gerhard*, Diplomarbeit: Zug-um-Zug-Verpflichtungen im Exekutionsverfahren (1989)
- Braumüller, Gerhard*, Das Zurückbehaltungsrecht in Exekution und Insolvenz (1991)
- Burgstaller, Alfred*, Vollstreckung von Zug-um-Zug-Titeln in Österreich, ZZP 1992, 420
- Burgstaller, Alfred/Deixler-Hübner, Astrid* (Hrsg), Exekutionsordnung (seit 2015)
- Bydlinski, Franz*, Die Einrede des nicht erfüllten Vertrags in Dauerschuldverhältnissen, in Baltl, Hermann (Hrsg), Festschrift Arthur Steinwenter zum 70. Geburtstag (1958) 140

- Bydlinski, Franz*, Fälligkeit und Grundlagen des Entgelts bei Störungen in der Erfüllung des Kaufes und Werkvertrags, JBl 1973, 281
- Demelius, Heinrich*, Aufschiebungsrecht des Schuldners wegen fälliger Gegenforderung bei Kaufverträgen mit mehreren Leistungspaaren. Ein Streifzug durch die deutsche und österreichische Rechtsprechung, in Seidl, Erwin (Hrsg), Aktuelle Fragen aus modernem Recht und Rechtsgeschichte, Gedächtnisschrift für Rudolf Schmidt (1966) 199
- Ehrenzweig, Armin*, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts II/1 (1920)
- Ernst, Wolfgang*, Die Einrede des nichterfüllten Vertrages: zur historischen Entwicklung des synallagmatischen Vertragsvollzugs im Zivilprozeß (1956)
- Esser, Josef*, Schuldrecht Allgemeiner und Besonderer Teil – Ein Lehrbuch, 2. Auflage (1960)
- Fasching, Hans/Konecny, Andreas (Hrsg), Zivilprozessgesetze, 3. Auflage (2017)
- Fink, Herbert*, Zahlung von Leasingraten als Zug-um-Zug-Geschäft, ÖBA 1992, 809
- Fischer, Peter*, Das Zurückbehaltungsrecht im Arbeitsrecht, ZAS 1987, 109
- Födisch, Andrea*, Zug-um-Zug-Leistungen im streitigen Erkenntnisverfahren und im Vollstreckungsverfahren (2015)
- Fulterer, Walter*, Anwendung und Auslegung des § 1052 ABGB bei Verträgen über Speziessachen, ÖJZ 1952, 399
- Geller, Leo*, Das Allgemeine Retentionsrecht, ZBl 1883, 8
- Gerstberger, Dominic*, Zum Zurückbehaltungsrecht des Werkbestellers bei Vorschussvereinbarungen, JBl 2017, 282
- Gölles, Hans*, ÖNORM B 2110: Bauleistungsübernahme und Mängelfolgen, ecolex 1996, 831
- Graf, Georg*, Kreditfinanzierter Liegenschaftserwerb – Wer trägt das Risiko der Veruntreuung durch den Treuhänder? RdW 1991, 283
- Graf, Georg*, Wer trägt das Veruntreuungsrisiko beim über einen Treuhänder abgewickelten Liegenschafts Kauf? ÖBA 1997, 27
- Gruber, Martin*, Der „unverhältnismäßige“ Verbesserungsaufwand in § 1167 ABGB, RdW 1990, 434
- Gschnitzer, Franz/Faistenberger, Christoph/Barta, Heinz/Eccher, Bernhard*, Österreichisches Schuldrecht Allgemeiner Teil<sup>2</sup> (1986)
- Günther, Andreas*, Die Vollstreckung von Urteilen auf Leistung Zug um Zug (2010)
- Harrich, Andrea*, Das mangelhafte Leasingobjekt – Gewährleistung beim mittelbaren Finanzierungsleasing, Zak 2009, 347
- Heinrich, Johann*, Die E d OGH 8.2.1972, 4 Ob 635/71 und ihre Konsequenzen für den Notar, NZ 1973, 134

- Heller, Ludwig Viktor/Berger, Franz/Stix, Leopold*, Kommentar zur Exekutionsordnung, 4. Auflage, Band I (1969)
- Helmich, Elisabeth*, Volle Zurückbehaltung des Mietzinses bei Mangelhaftigkeit der Wohnung? *ecolex* 2003, 395
- Hofmeister, Herbert*, Anmerkung der Rangordnung oder Vormerkung? *ÖJZ* 1979, 266
- Holzner, Christian*, Zur Anwendbarkeit der gesetzlichen Verarbeitungsregeln auf den Werkvertrag, *JB1* 2009, 684
- Hoyer, Hans*, Einseitig erklärter Eigentumsvorbehalt, *WBl* 1995, 181
- Hoyer, Hans*, Doppelverkauf und kein Ende – Anmerkungen zu OGH 1 Ob 537, 1551/95, *JB1* 1996, 539
- Huber, Ulrich*, Leistungsstörungen, Band I (1999)
- Iro, Gert*, Das Zug-um-Zug-Prinzip im Insolvenzverfahren, *RdW* 1985, 101
- Iro, Gert/Riss, Olaf*, Der Haftrücklass im Bauträgervertrag, *wobl* 2007, 266
- Jabornegg, Peter*, Zurückbehaltungsrecht und Einrede des nicht erfüllten Vertrages (1982)
- Jabornegg, Peter*, Kein Zurückbehaltungsrecht des Arbeitnehmers? in Martinek, Oswin (Hrsg), Arbeit, Recht und Gesellschaft. Festschrift Walter Schwarz zum 65. Geburtstag (1991) 89
- Jud, Brigitta*, Zur Einfügung einer Bestimmung über die „Bauhandwerkersicherung“ in das ABGB, *RdW* 1998, 248
- Jud, Brigitta*, Sicherstellung bei Bauverträgen, *ecolex* 2004, 12
- Karollus, Martin*, Konkursanfechtung: Muss der Anfechtungsgegner vorleisten? *ÖBA* 1988, 123
- Karollus, Martin*, Das sogenannte Zurückbehaltungsrecht des Werkbestellers Teil 1, *JB1* 2001, 677
- Karollus, Martin/Lukas, Meinhard*, Das sogenannte Zurückbehaltungsrecht des Werkbestellers Teil 2, *JB1* 2001, 766
- Kirn, Michael*, Leistungspflichten im gegenseitigen Vertrag, *JZ* 1969, 326
- Klang, Heinrich/Gschnitzer, Franz (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, Band IV/2, 2. Auflage (1978)
- Klauser, Alexander/Kodek, Georg*, JN – ZPO – Österreichisches und Europäisches Zivilprozessrecht, 17. Auflage (2012)
- Kletečka, Andreas/Schauer, Martin (Hrsg), ABGB-ON - Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch (seit 2010)
- Koenig, Johannes*, Replik auf Münzberg, *NJW* 1961, 542
- König, Bernhard*, Treuhand und Liegenschafts Kauf im Konkurs, *JB1* 1995, 38

- Koziol, Helmut*, Die Grenzen des Zurückbehaltungsrechts bei nicht gehöriger Erfüllung, ÖJZ 1985, 737
- Koziol, Helmut*, Zur Auslegung der Haftungserklärung eines Treuhänders, ÖBA 1997/598, 61
- Koziol, Helmut/Bydlinski, Peter/Bollenberger, Raimund* (Hrsg), ABGB Kurzkommentar, 5. Auflage (2017)
- Kriegner, Johann*, Unternehmerschutz im Verbraucherrecht! wbl 2015, 620
- Krist, Andreas*, Zur Anwendung des § 1168 Abs 1 Satz 1 ABGB bei (vorläufiger) Verbesserungsverzögerung durch den Werkbesteller. Anmerkung zur E 3 Ob 213/15t, ÖJZ 2016/134, 989
- Kurschel, Irene*, Baumängel: Rücktritt wegen Verbesserungsverzögerung nach Ablauf der Gewährleistungsfrist, ecolex 1991, 229
- Lehner, Kurt*, Treuhand und Liegenschaftsverkehr, NZ 1986, 121
- Liedermann, Hans*, Die handelsrechtlichen Personalgesellschaften und der bürgerlich-rechtliche Gesellschaftsbegriff, ÖJZ 1955, 102
- Mayer-Maly, Theo*, Dogmatik und Interessenwertung im Kaufrecht, ÖJZ 1973, 197
- Mayr, Robert*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Band II (1923)
- Melchart, Rudolf*, Das Zurückbehaltungsrecht und seine Wirkung im zivilgerichtlichen Verfahren (1947)
- Münzberg, Wolfgang*, Die Einreden des Zurückbehaltungsrechts und des nicht erfüllten Vertrags im Prozess, NJW 1961, 540
- Oesterle, Fritz*, Die Leistung Zug um Zug (1980)
- Oppel, Albert*, Übernahme des Werks – Ausgewählte Themen zur ÖNORM B 2110, ZVB 2015, 447
- Pfeiffer, Klaus*, Das Zurückbehaltungsrecht des Käufers in Kaufverträgen gemäß BTVG, bau aktuell 2016, 123
- Rabl, Christian*, Gläubigerverzug und beiderseits zu vertretende Unmöglichkeit der Leistung, JBl 1997, 488
- Rabl, Christian*, Verteilung des Veruntreuungsrisikos bei mehrseitiger Treuhand - Anmerkung zu 6 Ob 248/03v, ÖBA 2004, 964
- Rabl, Christian*, Haftungserklärungen des Notars in Treuhandvereinbarungen, NZ 2015/13, 41
- Rebernick, Reinhard*, Das Phantom des „Zug-um-Zug-Geschäftes“ im System der Konkursanfechtung, ZIK 2000/97, 74
- Rechberger, Walter H./Kieweler, Friedrich*, Verpfändungsrangordnung und fremdfinanzierter Liegenschaftsverkauf - ein Widerspruch? NZ 2012/17, 79
- Riss, Olaf*, Sicherung von Gewährleistungsansprüchen in der Insolvenz des Werkunternehmers, ÖBA 2008, 18

- Rummel, Peter (Hrsg), Kommentar zu Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch, 3. Auflage (2000)
- Rummel, Peter/Lukas, Meinhard (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, 4. Auflage (2015)
- Schmidt, Daniel*, Die Verurteilung zur Leistung Zug um Zug und deren Vollstreckung (1963)
- Schneider, Egon*, Die Einrede aus §§ 274, 322 BGB im Prozeß, MDR 1964, 732
- Schumacher, Hubertus*, Konkursöffnung, Treuhand und Liegenschaftsverkehr, NZ 1991, 1
- Schwimann, Michael (Hrsg), ABGB Taschenkommentar, 3. Auflage (2015)
- Schwimann, Michael/Kodek, Georg (Hrsg), ABGB Praxiskommentar, Band IV, 4. Auflage (2014)
- Spielbüchler, Karl*, Rangordnungsbeschluss und Streitanmerkung, JBl 1997, 138
- Spielbüchler, Karl*, Die Leistungskondition im System der kausalen Übereignung, JBl 2001, 38
- Tilsch, Emanuel*, Der Einfluss der Civilprocessgesetze auf das materielle Recht und die in vorwiegend materiellrechtlichen Gesetzen enthaltenen processualen Bestimmungen (1901)
- Urbanek, Sigrid*, Die treuhändige Abwicklung von Liegenschafts Kaufverträgen durch Notare und Rechtsanwälte (1999)
- Wahle, Karl*, Kaufrechtsstudien I: Setzt die Verurteilung zu einer Zug-um-Zug-Leistung Anbieten der Gegenleistung voraus? JBl 1965, 281
- Webel, Wolfgang*, Die Einrede des nichterfüllten Vertrages des § 329 Abs 1 Satz 1 BGB und das Zurückbehaltungsrecht des § 273 Abs 1 BGB. Ein Beitrag insbesondere zu den Begriffen der Gegenseitigkeit und der Konnexität (1933)
- Widhalm, Katharina*, Kontokorrentkredit und Anfechtung nach den Gläubigertatbeständen (§§ 30, 31 Abs 1 Z 2 erster Fall KO), ZIK 1999, 39
- Wilhelm, Georg*, Baumängel: Das Zurückbehaltungsrecht bleibt scharfe Waffe, WBl 1987, 34
- Wimmer, Manfred*, Die Einrede der Unsicherheit in Zielschuldverhältnissen, ÖJZ 1980, 449
- Winkler, Bettina*, Vertragliches Zurückbehaltungs- und Aufrechnungsverbot trotz erfolgter Mängelbehebungsversuche? ÖJZ 2014/32, 203