



HEMMER / WÜST

BGB-AT II

Das Scheitern des Primäranspruchs

Das Prüfungswissen

- für Studium
- und Examen

§ 1 EINLEITUNG	1
A. Mängel des Rechtsgeschäfts.....	1
B. Prüfung von Einwendungen und Einreden im Anspruchsaufbau	5
I. Rechtshindernde Einwendungen.....	5
II. Rechtvernichtende Einwendungen und rechtshemmende Einreden	5
III. Aufbauschema	6
§ 2 DIE RECHTSHINDERNDEN EINWENDUNGEN IM EINZELNEN	7
A. § 105 BGB	7
I. Nichtigkeit nach § 105 I BGB.....	7
a) Die Betreuung volljähriger Geschäftsunfähiger	11
b) Geschäfte des täglichen Lebens volljähriger Geschäftsunfähiger, § 105a BGB	12
II. Nichtigkeit nach § 105 II BGB.....	15
III. Vertretung und entsprechende Anwendung von § 105 BGB	16
IV. Exkurs: Prozessfähigkeit des Geschäftsunfähigen.....	17
B. §§ 108 I, 111 BGB	17
I. Schwebende Unwirksamkeit	17
II. Rechtsfolgen bei Willenserklärungen beschränkt Geschäftsfähiger	18
1. Rechtlich vorteilhafte Willenserklärungen.....	18
2. Rechtlich nachteilige Willenserklärungen	18
a) Rechtsfolge bei einseitigen Rechtsgeschäften	18
b) Rechtsfolge bei mehrseitigen Rechtsgeschäften.....	20
aa) Probleme des § 108 II BGB.....	20
bb) Zugang gegenüber Minderjährigen, § 131 II BGB	21
III. Zustimmungsfreie Geschäfte nach § 107 BGB	22
1. Höchstpersönliche Rechtsgeschäfte	22
2. Rechtlich vorteilhafte Rechtsgeschäfte.....	22
IV. Zustimmungsbedürftige Geschäfte	25
1. Vertretungsmacht des Zustimmenden.....	25
2. Formen der Zustimmung.....	25
a) Einwilligung	25
aa) Spezialeinwilligung	26
bb) Beschränkter Generalkonsens.....	26
cc) § 110 BGB: „Taschengeld-Paragraph“	27
dd) Geschäfte über das Surrogat	28
ee) §§ 112, 113 BGB: Partielle Geschäftsfähigkeit des Minderjährigen und fehlerhafter Arbeitsvertrag	28
b) Genehmigung und schwebende Unwirksamkeit: § 108 BGB.....	30
3. Wirkung der Zustimmung	32
V. Notwendigkeit der Genehmigung des Familiengerichts nach §§ 1643, 1821, 1822 BGB.....	33
1. Zweck.....	33
2. Genehmigung i.S.v. § 1643 BGB.....	33
3. Einwand der schwebenden Unwirksamkeit	34
VI. Sonderprobleme	35
1. Vererbung eines Handelsgeschäfts auf Erbengemeinschaft mit Beteiligung Minderjähriger und fehlerhafte Gesellschaft.....	35
2. Fehlerhaftes Arbeitsverhältnis	38

C. § 116 S. 2 BGB, geheimer Vorbehalt	39
I. Anwendungsbereich	39
II. Beachtlichkeit des Vorbehalts	39
D. § 117 BGB, Scheinerklärung	41
I. Anwendungsbereich	41
II. Rechtsfolgen	42
1. Nichtigkeit des Scheingeschäfts	42
2. Wirksamkeit des verdeckten (dissimulierten) Geschäfts	43
III. Abgrenzung zum Treuhand-, Strohmann- und Umgehungsgeschäft	47
1. Treuhandgeschäft	47
2. Strohmanngeschäfte	48
3. Umgehungsgeschäft	49
E. § 118 BGB, Scherzerklärung	49
I. Anwendungsbereich	50
II. Rechtsfolge	50
F. § 125 BGB, Formunwirksamkeit	52
I. Funktionen der Formbedürftigkeit	52
II. Voraussetzungen der Formnichtigkeit	53
1. Anordnung eines Formerfordernisses	53
a) Schriftform	53
b) Elektronische Form, § 126a BGB	61
c) Textform, § 126b BGB	62
d) Notarielle Beurkundung, § 128 BGB	63
e) Öffentliche Beglaubigung, § 129 BGB	66
f) Rechtsgeschäftlich begründetes Formerfordernis, § 127 BGB	67
g) Sonderformen	69
2. Ausnahmen vom Formerfordernis	69
III. Umfang des Formerfordernisses	70
1. Nebenabreden	70
2. „Einseitige“ Formbedürftigkeit	70
3. Änderungen und Ergänzungen eines formbedürftigen Vertrages	71
4. Abschluss eines Vorvertrages	71
5. Erteilung einer Vollmacht zum Abschluss eines formbedürftigen Vertrages	73
6. Aufhebung eines formbedürftigen Rechtsgeschäfts	74
7. Sonderfragen der Formbedürftigkeit	75
a) Abtretung von Auflassungsansprüchen	75
b) Formbedürftigkeit von Gesellschaftsverträgen	76
c) Formbedürftigkeit, Andeutungstheorie und "falsa demonstratio"	77
IV. Rechtsfolgen bei Nichtbeachtung der Form	78
1. Gesetzliches Formerfordernis	78
2. Rechtsgeschäftlich vereinbartes Formerfordernis	80
3. Durchbrechung des § 125 BGB durch Treu und Glauben	80
a) Bewusste Nichtbeachtung der Form	81
b) Täuschung über Formbedürftigkeit	81
c) Versehentliche Nichtbeachtung der Form	82

G. § 134 BGB, Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot.....	83
I. Anwendungsbereich	83
II. Voraussetzungen	84
1. Verbotsgesetz	84
2. Verstoß gegen Verbotsgesetz	85
3. Verbotsgesetz erfordert Nichtigkeit.....	85
a) Ordnungsvorschriften.....	86
b) Inhaltsverbote	86
aa) Einseitiger Verstoß	87
bb) Beiderseitiger Verstoß	88
c) Einzelne Verbotsgesetze i.S.d. § 134 BGB	88
d) Verstoß gegen SchwArbG als „Examensklassiker“	89
4. Nichtigkeit des Erfüllungsgeschäfts	94
5. Umgehungsgeschäfte	95
III. Schadensersatz bei verbotswidrigen Rechtsgeschäften.....	96
H. § 138 BGB, Sittenwidrigkeit	96
I. Anwendungsbereich	96
1. Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft.....	96
2. Einseitige Rechtsgeschäfte.....	97
3. Besonderheiten im Gesellschaftsrecht	97
4. Verhältnis von § 138 BGB zu anderen Vorschriften	99
II. Voraussetzungen.....	100
1. Sittenverstoß	101
2. Subjektive Vorwerfbarkeit	101
3. Fallgruppen des § 138 I BGB.....	102
a) Sittenwidriges Verhalten gegenüber dem Geschäftspartner	102
aa) Ratenkreditverträge	102
bb) Andere wucherähnliche Rechtsgeschäfte.....	104
cc) Bürgschaften und Schuldbeitritt naher Angehöriger.....	105
dd) Knebelungsverträge	114
ee) Übersicherung	115
b) Sittenwidriges Verhalten gegenüber der Allgemeinheit.....	116
aa) Gemeinschaftswidrige Rechtsgeschäfte	116
bb) Ehe- und Familienordnung, Sexualsphäre.....	117
cc) Standeswidrige Rechtsgeschäfte	119
c) Sittenwidriges Verhalten gegenüber Dritten	119
III. Wucher, § 138 II BGB.....	120
1. Voraussetzungen	120
a) Auffälliges Missverhältnis.....	121
b) Zwangslage des Bewucherten.....	121
c) Ausnutzen der Zwangslage durch Wucherer.....	124
2. Rechtsfolge	124
I. § 311b II BGB: Vertrag über künftiges Vermögen	125
I. Normzweck und Anwendungsbereich	125
II. Voraussetzungen.....	126
1. Verpflichtungsvertrag	127
2. Künftiges Vermögen als Vertragsgegenstand	127
3. Vermögensübertragung	128
III. Rechtsfolgen	128

J. § 311b IV BGB: Vertrag über Nachlass eines lebenden Dritten.....	128
I. Anwendungsbereich	128
II. Voraussetzungen.....	129
1. Schuldrechtlicher Vertrag.....	129
2. Nachlass eines lebenden Dritten	129
3. Ausnahmen	130
K. § 1365 BGB: Einschränkung der Verfügungsmacht über Vermögen im Ganzen.....	130
I. Allgemeines	130
II. Voraussetzungen.....	131
1. Güterstand der Zugewinnngemeinschaft.....	132
2. Vermögen im Ganzen	132
a) Nahezu gesamtes Vermögen	132
b) Kenntnis des Erwerbers.....	133
3. Einwilligung	134
III. Rechtsfolgen	135
L. § 1369 BGB: Verfügungen über Haushaltsgegenstände.....	135
I. Allgemeines	135
II. Voraussetzungen.....	135
1. Haushaltsgegenstände	136
2. Problem: Eigentum am Haushaltsgegenstand	136
3. Ohne Zustimmung.....	137
III. Rechtsfolgen	137
M. § 2302 BGB: Unbeschränkbarkeit der Testierfreiheit	137
I. Anwendungsbereich	137
II. Ausnahmen.....	138

§ 1 EINLEITUNG

A. Mängel des Rechtsgeschäfts

Mängel des Rechtsgeschäfts auf drei Ebenen möglich

Haben die Parteien eine rechtsgeschäftliche Vereinbarung geschlossen, so ist damit noch lange nicht gesagt, dass die daraus resultierenden Forderungsrechte auch tatsächlich entstanden sind oder erfolgreich durchgesetzt werden können.

1

Das Rechtsgeschäft kann mit Mängeln von unterschiedlicher Art und Schwere behaftet sein. Diesen Mängeln trägt das Zivilrecht in Form von Einreden und Einwendungen Rechnung.

hemmer-Methode: Der Unterschied zwischen Einwendungen und Einreden wird allgemein darin gesehen, dass Erstere von Amts wegen zu berücksichtigen sind, Einreden dagegen vom Schuldner geltend gemacht werden müssen. Jedoch werden Einreden und Einwendungen auch unter dem Oberbegriff der Einwendungen i.w.S. zusammengefasst. Der Sprachgebrauch ist nicht immer einheitlich.

Die Einwendungen unterteilt man in rechtshindernde und rechtsvernichtende Einwendungen, während man bei den Einreden zwischen dauernd und nur vorübergehend rechtshemmenden Einreden unterscheidet. Letztere Unterscheidung erlangt Bedeutung für den Kondiktionsanspruch aus § 813 I S. 1 BGB, welcher nur bei dauernden Einreden gegeben ist.¹

Beachten Sie aber bitte, dass das Gesetz teilweise diese Begriffe nicht sauber verwendet. So sprechen z.B. die §§ 404, 359 BGB, 129 I HGB von *Einwendungen*. Nach allgemeiner Ansicht gelten diese Vorschriften auch bzw. gerade für die *Einreden*.

⇒ Rechtshindernde Einwendung

rechtshindernde Einwendungen:
⇒ Ein Anspruch gelangt gar nicht erst zur Entstehung

Auf der ersten Ebene stehen rechtshindernde Einwendungen. Rechtsfolge von rechtshindernden Einwendungen ist die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts, d.h. der Anspruch gelangt erst gar nicht zur Entstehung.

2

Bsp.: Ein Anspruch aus § 433 I, II BGB entsteht nicht, sofern eine gesetzliche Formvorschrift nicht eingehalten wurde, § 125 I BGB, falls eine der Vertragsparteien geschäftsunfähig war, §§ 104, 105 BGB, oder der Vertrag gegen die guten Sitten verstößt, § 138 BGB.

zwingender Schutzzweck, aber ggf. Heilung möglich

Rechtshindernde Einwendungen entstehen aus Normen mit einem zwingenden Schutzzweck. Der Schutzzweck dieser Normen steht aufgrund seines zwingenden Charakters auch *nicht zur Disposition* der Parteien. Gleichwohl können diese Mängel ihre Beachtlichkeit verlieren, wenn die Parteien *später* einen Tatbestand verwirklichen, hinter welchem der Schutzzweck der Vorschrift dann zurücktritt, vgl. § 311b I S. 2 BGB, §§ 766 S. 3, 518 II, 2301 II BGB. Mit dem heilenden Vorgang verliert der Formmangel seine Relevanz; das Rechtsgeschäft wird voll wirksam.

3

hemmer-Methode: Rechtshindernde Einwendungen stören den Anspruch bereits in seiner Entstehung. Er ist damit gescheitert. Im Prozess sind rechtshindernde Einwendungen *von Amts wegen* zu beachten. Es ist nicht notwendig, dass sich die Partei darauf beruft. Die tatsächlichen Umstände der Einwendung allein bewirken, dass das geltend gemachte Recht untergraben wird.

⇒ Rechtsvernichtende Einwendung

⇒ der Anspruch geht nach Entstehen wieder unter

Während rechtshindernde Einwendungen den Anspruch nicht entstehen lassen, führen rechtsvernichtende Einwendungen zur nachträglichen Zerstörung eines zunächst wirksam entstandenen Anspruchs.

Rechtsfolge einer rechtsvernichtenden Einwendung ist, dass ein zunächst entstandener Anspruch nachträglich untergeht.

Bsp.: Ein Anspruch aus einem Kaufvertrag auf Zahlung des Kaufpreises nach § 433 II BGB geht unter, wenn der Schuldner zahlt, § 362 I BGB, wenn der Gläubiger dem Schuldner die Schuld erlassen hat, § 397 BGB, oder wenn der Schuldner gegen den geltend gemachten Anspruch mit einer eigenen Forderung aufgerechnet hat, §§ 387-389 BGB.

hemmer-Methode: Da rechtshindernde Einwendungen einen Anspruch gar nicht erst entstehen lassen, sind sie in der Klausur stets vor den rechtsvernichtenden Einwendungen zu prüfen: Grundsätzlich kann nur ein bestehender und wirksamer Anspruch wieder vernichtet werden. Eine scheinbare Ausnahme von diesem Grundsatz bildet jedoch der Fall der sog. Doppelnichtigkeit (bzw. der sog. Kipp'schen Lehre von der Doppelwirkung im Recht):² Danach kann auch ein nichtiges Rechtsgeschäft noch angefochten werden, was insbesondere in der Praxis dann von Bedeutung ist, wenn die Anfechtbarkeit (z.B. arglistige Täuschung) leicht zu beweisen ist, die Nichtigkeit (z.B. wegen Sittenwidrigkeit, § 138 BGB) jedoch nicht. Auch bei Fragen des gutgläubigen Erwerbs §§ 932, 142 II BGB wirkt die Anfechtung stärker als die Nichtigkeit wegen fehlender Geschäftsfähigkeit. Sie sollten aber auch in diesem Fall der Systematik entsprechend die rechtshindernden vor den rechtsvernichtenden Einwendungen prüfen.

ebenfalls von Amts wegen zu beachten

Die rechtsvernichtende Einwendung ist ebenfalls von Amts wegen zu beachten. Dennoch haben einige Einwendungen ihre Grundlage in subjektiven (Gestaltungs-)Rechten.

aber:
subjektive Komponente

So steht die Aufrechnung im Belieben des Schuldners. Er kann sich von der gegen ihn gerichteten Forderung durch Erklärung der Aufrechnung befreien. Diese Befugnis ist *Inhalt seines Gestaltungsrechts*, das er mittels einer empfangsbedürftigen Willenserklärung ausüben kann, § 388 S. 1 BGB. Hat er aber eine solche Aufrechnungserklärung abgegeben, dann bewirkt diese das Erlöschen der Forderung in dem Umfang, in welchem sie sich mit der Gegenforderung summenmäßig deckt, § 389 BGB. Diese Zerstörung der Forderung ist eine Tatsache, die der Richter von Amts wegen zu beachten hat.

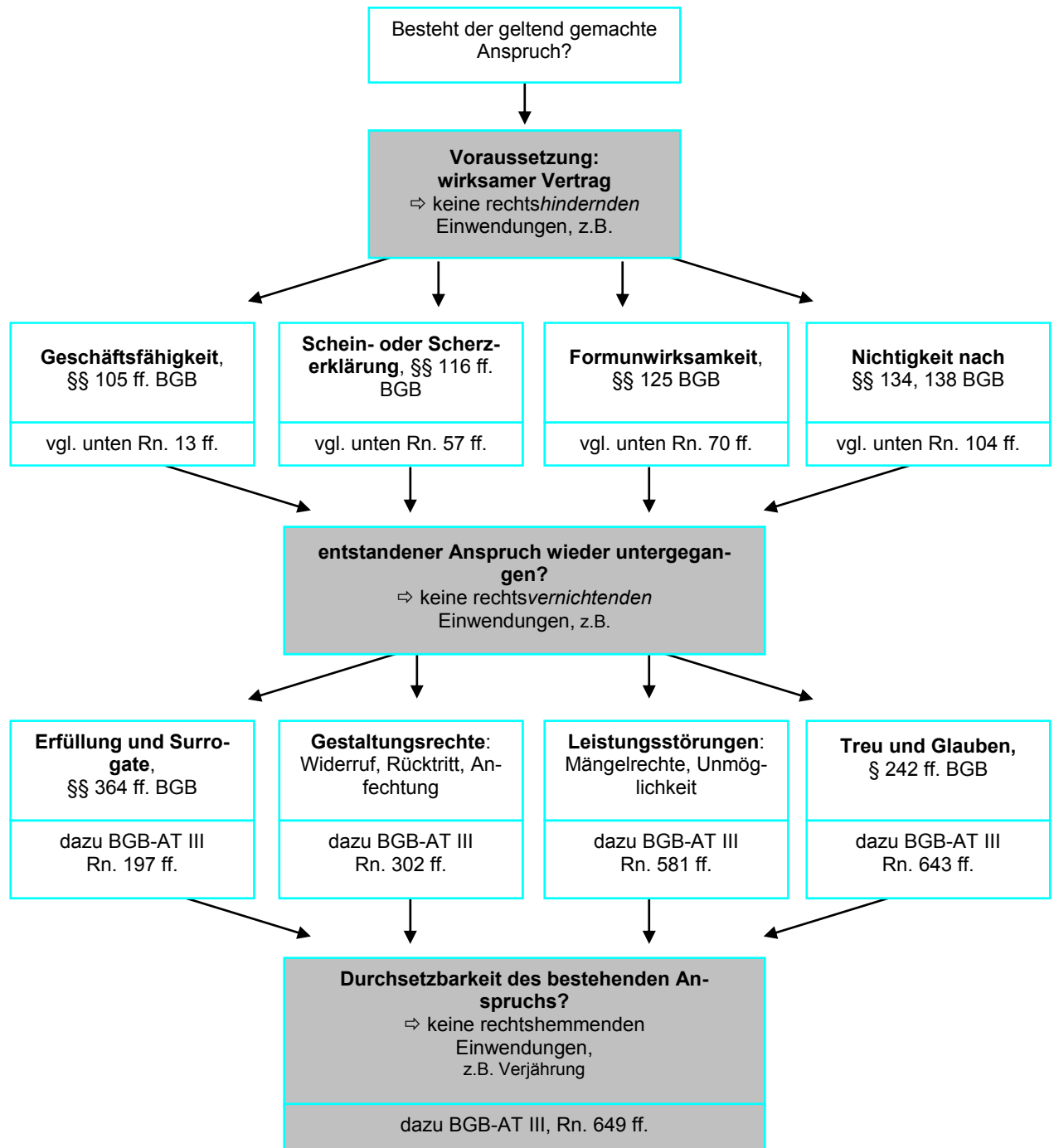
hemmer-Methode: Soweit rechtsvernichtende Einwendungen einer Handlung bedürfen (z.B. Anfechtungs- oder Aufrechnungserklärung), kommt es auf die geschickte Auslegung des Sachverhaltes an: Meistens ergibt sich aus dem Parteivorbringen ein Anhaltspunkt. Sofern die Klausur auf die entsprechenden Folgeprobleme angelegt ist, sollten Sie aber eine Anfechtung z.B. nicht einfach an der fehlenden Anfechtungserklärung scheitern lassen. Liegt überhaupt keine Erklärung vor, ergeben sich Folgeprobleme, wie §§ 812 ff. BGB, nur durch die dann zu unterstellende Anfechtungserklärung. Denken Sie auch an die sog. laien günstige Auslegung, §§ 133, 157 BGB analog³. Erklärt z.B. der Anfechtende, "ich fechte den Kaufvertrag an und verlange Rückgabe", so bezieht sich die Anfechtungserklärung auch auf die dingliche Einigung als selbständigen Vertrag. Der Laie will nicht nur die Rückabwicklung gem. §§ 812 ff. BGB. Ihm ist vielmehr auch an dem dinglichen Anspruch aus § 985 BGB gelegen.

² Dazu näher PALANDT, Überblick vor § 104, Rn. 35.

³ § 157 BGB kann nur analog angewendet werden, da die Anfechtung ein einseitiges Rechtsgeschäft ist. Aufgrund der Empfangsbedürftigkeit der Erklärung und der damit verbundenen Schutzwürdigkeit des Empfängers, besteht aber eine vergleichbare Interessenlage. Es entspricht jedoch mittlerweile nahezu allgemeiner Meinung, dass § 157 BGB auch auf empfangsbedürftige Willenserklärungen angewendet werden kann.

Wer das BGB nur „von vorne nach hinten“ durcharbeitet, um einzelne Paragraphen und deren Voraussetzungen auswendig zu lernen, entwickelt kein Verständnis für Zusammenhänge. Hüten Sie sich deshalb vor einer Übereinfachung beim Lernen! Das BGB ist eine komplexe Materie, die anwendungsspezifisch verstanden sein will. Wichtig ist deshalb, im Rechtsfolgesystem zu denken und - vor allem in der Klausur - im Rechtsfolgesystem den Fall nachvollziehbar zu strukturieren! Dazu gehört auch die Verwendung der richtigen Begrifflichkeiten wie die Unterscheidung von "Einwendungen" und "Einreden". Die Skripten Hemmer/Wüst, BGB-AT II und III orientieren sich genau an diesen Begrifflichkeiten und schaffen damit das für eine erfolgreiche Klausurbearbeitung notwendige Know-how!

Übersicht zur Prüfungsreihenfolge von Einwendungen und Einreden:



⇒ Rechtshemmende Einreden

Einreden:

⇒ Negative Gestaltungsrechte

nicht von Amts wegen im Prozess zu berücksichtigen

Kondizierung bei einredebehafteter Forderung, § 813 I S. 1 BGB;
Ausnahme: §§ 813 I S. 2, 214 II BGB

Hemmung des Anspruchs steht im Belieben des Schuldners

Im Gegensatz zu den Einwendungen zerstört eine Einrede den Anspruch nicht. Sie stellt ein subjektives Recht dar, um die *Durchsetzung* eines Anspruchs gegen den Schuldner zu hindern. *Die Einrede ist ein negatives Gestaltungsrecht.* In der Hand des Einredeberechtigten wird sie zu einem Verteidigungsinstrument, mit welchem er einen gegen ihn gerichteten Anspruch abwehren kann. Der Anspruch ist nicht durchsetzbar und damit gescheitert.

Während die Einwendungen von Amts wegen zu berücksichtigen sind, werden Einreden im Prozess *nur* berücksichtigt, wenn sich der Berechtigte, zu dessen Gunsten die Einrede gegeben ist, ausdrücklich darauf beruft. Ein Indiz für das Vorliegen einer Einrede ist in der Regel bereits die Formulierung des Tatbestands: Im Gesetz heißt es dann, der Verpflichtete "kann ... verweigern" oder "ist berechtigt, ... zu verweigern".

Lesen Sie diesbezüglich z.B. § 214 I BGB, § 853 BGB (Einreden) und im Gegensatz dazu §§ 105 I, 362 I, 125 BGB (Einwendungen).

Bsp.: Innerhalb eines gegenseitigen Vertrages, wie zum Beispiel dem Kauf, braucht der Käufer nur Zug um Zug gegen Lieferung der Kaufsache zu zahlen, § 320 I S. 1 BGB.

Fehlt ein gegenseitiges Austauschverhältnis, so gewährt § 273 BGB dem in Anspruch genommenen Schuldner ein Zurückbehaltungsrecht.

Der Bürge kann die Befriedigung des Gläubigers verweigern, solange der Gläubiger nicht versucht hat, die Hauptschuld einzutreiben, § 771 BGB.

Die Einrede richtet sich nur gegen die Geltendmachung des Rechts. Sie entkräftet das Recht, bewirkt dagegen nicht seinen Untergang. Die auf einen einredebehafteten Anspruch erbrachte Leistung kann daher nicht mit der Begründung zurückgefordert werden, sie sei rechtsgrundlos erfolgt. Jedoch gewährt § 813 I BGB einen speziellen Kondiktionsanspruch, falls dem Anspruch als Rechtsgrund eine dauernde Einrede (z.B. §§ 821, 853 BGB; nicht jedoch § 214 I BGB, vgl. §§ 813 I S. 2, 214 II BGB!) entgegenstand.

Bsp.: Einen ursprünglich verjährten Anspruch kann man befriedigen, etwa weil es einem peinlich ist, sich wegen Bezugnahme auf den bloßen Ablauf einer gewissen Zeit seiner Leistungspflicht zu entziehen. Hat man auf einen verjährten Anspruch geleistet, so kann man die Leistung nicht zurückverlangen, §§ 813 I 2, 214 II S. 1 BGB. Der Schuldner hat eine bloße Naturalobligation erfüllt. Beruft er sich dagegen sofort auf die Einrede der Verjährung, so ist er nicht zur Leistung verpflichtet. Eine Klage würde abgewiesen.

Leistet der Schuldner dagegen auf einen formnichtigen Kaufvertrag (§ 125 BGB ist Einwendung) oder zahlt nach Erfüllung nochmals, so kann der Schuldner das Geleistete grundsätzlich nach § 812 I S. 1, 1. Alt. BGB zurückverlangen.

Zusammenfassung: Einreden sind selbständige Gegenrechte mit dem Zweck, die Hemmung des Anspruchs in das Belieben des Schuldners zu stellen.

Bsp.: Der Gläubiger stundet dem Schuldner eine bereits am 02.07.2013 fällige Forderung bis zum 10.10.2013. Verlangt der Gläubiger vor Ablauf der Stundungsfrist Zahlung, kann sich der Schuldner selbständig entscheiden, ob er sich auf die Stundung berufen oder lieber zahlen will. Der Richter darf im Prozess die Stundungsabrede nur berücksichtigen, wenn sie vom Schuldner in der mündlichen Verhandlung (vgl. § 128 I ZPO) geltend gemacht wird; andernfalls hat der Richter ihn entsprechend dem Klageantrag zur Zahlung zu verurteilen.

6

7

8

B. Prüfung von Einwendungen und Einreden im Anspruchsaufbau

I. Rechtshindernde Einwendungen

9

Anspruchsaufbau:
Einwendung = negative Anspruchsvoraussetzung

Beim Anspruchsaufbau werden an erster Stelle die anspruchsbegründenden Normen erörtert. (Frage: Ist zwischen den Parteien ein Vertrag zustande gekommen? Ist der Primäranspruch entstanden?). Neben den positiven Anspruchsvoraussetzungen⁴ stellen die Einwendungen *negative Anspruchsvoraussetzungen* dar: So darf für die Wirksamkeit eines vertraglichen Anspruchs neben den übereinstimmenden Willenserklärungen der Vertragspartner (positive Voraussetzungen) auch nicht auf einer der Seiten z.B. Geschäftsunfähigkeit (negative Voraussetzung) vorliegen.

geht SV von entstandenem
Anspruch aus
⇒ kein Vorliegen rechtshindernder
Einwendungen

Rechtshindernde Einwendungen betreffen direkt die Anspruchgrundlage und können nicht vorliegen, wenn der Sachverhalt den Anspruch als entstanden angibt. Geht der Sachverhalt also von einem entstandenen Anspruch aus, so ist für die Prüfung von rechtshindernden Einwendungen kein Raum mehr. In diesem Fall beschränkt sich die Prüfung auf die Verteidigungsmöglichkeiten des Schuldners, auf rechtsvernichtende Einwendungen und rechtshemmende Einreden.

II. Rechtsvernichtende Einwendungen und rechtshemmende Einreden

Prüfungsreihenfolge:
i.d.R. Einwendungen vor Einreden
prüfen

10

Eine feststehende Regel für die Reihenfolge bei der Prüfung von rechtsvernichtenden Einwendungen und rechtshemmenden Einreden gibt es nicht.

hemmer-Methode: Denken und argumentieren Sie *immer* von der Rechtsfolge aus. Wichtig ist, bei der Prüfung von Einwendungen und Einreden stets von der Norm auszugehen, die die rechtsvernichtende oder rechtshemmende Wirkung begründet (Bsp.: § 142 I BGB, § 214 BGB) und nicht von der Norm, aufgrund derer z.B. die Anfechtung erfolgen (§ 123 BGB) oder die Verjährungseinrede erhoben werden kann (§ 195 BGB).

Ziehen Sie die Rechtsfolge in Ihrer Prüfung vor. Geben Sie so dem Korrektor den einzuschlagenden Weg vor. So wurde z.B. in einer Examensklausur eine Überschrift „Anspruch infolge Rücktritts gem. § 323 I BGB“ als „Anfängerfehler abgestraft. Zitiert werden müsste § 346 I BGB, da dort der Rückabwicklungsanspruch steht und nicht im Rücktrittsrecht des § 323 I BGB.

Wegen ihrer stärkeren Wirkung sind regelmäßig Einwendungen den Einreden vorrangig. Denn eine Forderung, die durch Erfüllung erloschen ist, kann nicht mehr verjähren. In Zweifelsfällen, insbesondere wenn Gestaltungsrechte noch nicht ausgeübt sind, kann man sich merken:

bzw. das dem Schuldner *günstigste*
Verteidigungsmittel zuerst

Das dem Schuldner *günstigste* Verteidigungsmittel ist *zuerst* zu erörtern. Dies ergibt sich i.d.R. nicht aus dem Sachverhalt. Unter diesem Gesichtspunkt kann eine Einrede auch einmal gegenüber einer rechtsvernichtenden Einwendung vorrangig sein: So kostet z.B. die Aufrechnung als rechtsvernichtende Einwendung den Schuldner seine Forderung. Die Erhebung der Verjährungseinrede verlangt dem Schuldner dagegen keine Opfer ab.

4 Vgl. ganz allgemein dazu HEMMER/WÜST, BGB-AT I, Rn. 1 ff.

Bsp.: Gebrauchtwagenhändler V verlangt nach fünf Jahren von K den Kaufpreis für einen Oldtimer (§ 433 II BGB). Umgekehrt verlangt K von V Schadensersatz statt der Leistung nach §§ 437 Nr.3, 280 I, III, 281 I BGB, da V den K - wie er gerade erst bemerkte - arglistig über einen Mangel des Pkw getäuscht hat. K, der den Wagen behalten will, fragt Rechtsanwalt R, ob es günstiger ist, den Vertrag nach § 123 BGB anzufechten oder ob es seinen Interessen entspricht, wenn er sich gem. § 214 i.V.m. § 195 BGB auf Verjährung der Kaufpreisforderung beruft.

Würde K den Kaufvertrag nach §§ 142, 143, 123, 124 BGB anfechten, so würde der Rechtsgrund für die Eigentumsübertragung des Fahrzeugs entfallen. V könnte den Wagen somit von K nach § 812 BGB kondizieren. Das entspricht aber nicht der Interessenlage des K, denn er will den Wagen behalten.

Es ist für ihn auch günstiger, den Vertrag nicht anzufechten. Nur so kann er auch nach §§ 437 Nr.3, 280 I, III, 281 I BGB Schadensersatz verlangen. Dieser Anspruch ist wegen § 438 III i.V.m. § 199 I, III BGB auch noch nicht verjährt⁵, denn V hat den Mangel arglistig verschwiegen. Im Ergebnis sollte sich K folglich nur auf die Verjährung berufen.⁶

III. Aufbauschema

Aufbautechnisch ist die Lösung aufgrund der Unterschiede von Einwendungen und Einreden durch eine Art *gedankliche Pendelbewegung* zwischen subjektiven Rechten und von Amts wegen zu berücksichtigenden Einwendungen zu erarbeiten.

11

Es empfiehlt sich dabei folgender Prüfungsaufbau:

1. Ist der Anspruch wirksam entstanden?

Liegen alle positiven Anspruchsvoraussetzungen vor?
Fehlen alle negativen Anspruchsvoraussetzungen?

⇒ **Wenn ja:**

2. Ist der entstandene Anspruch ggf. erloschen?

Bestehen rechtsvernichtende Einwendungen?

⇒ **Wenn nein:**

3. Kann der Schuldner gegen die Durchsetzung des Anspruchs Gegenrechte geltend machen?

Bestehen rechtshemmende Einreden?

⁵ Vgl. zum Mängelrecht im Kauf- und Werkvertragsrecht HEMMER/WÜST, Schuldrecht II und zum Gewährleistungsrecht im Miet- und Reisevertragsrecht HEMMER/WÜST, Schuldrecht III.

⁶ Zu den Fragen der Verjährung vgl. HEMMER/WÜST, BGB-AT III, Rn. 649.