

Schriften zur Europäischen  
Rechts- und Verfassungsgeschichte

---

Band 34

# Die Einrede des nicht erfüllten Vertrages

Zur historischen Entwicklung  
des synallagmatischen Vertragsvollzugs  
im Zivilprozeß

Von

Wolfgang Ernst



Duncker & Humblot · Berlin

WOLFGANG ERNST

**Die Einrede des nichterfüllten Vertrages**

# **Schriften zur Europäischen Rechts- und Verfassungsgeschichte**

**Herausgegeben von Prof. Dr. Reiner Schulze, Münster  
Prof. Dr. Elmar Wadle, Saarbrücken  
Prof. Dr. Reinhard Zimmermann, Regensburg**

**Band 34**

# Die Einrede des nicht erfüllten Vertrages

Zur historischen Entwicklung  
des synallagmatischen Vertragsvollzugs  
im Zivilprozeß

Von

Wolfgang Ernst



Duncker & Humblot · Berlin

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

**Ernst, Wolfgang:**

Die Einrede des nichterfüllten Vertrages : zur historischen Entwicklung  
des synallagmatischen Vertragsvollzugs im Zivilprozeß / Wolfgang Ernst. –  
Berlin : Duncker und Humblot, 2000

(Schriften zur europäischen Rechts- und Verfassungsgeschichte ; Bd. 34)  
ISBN 3-428-10069-7

Alle Rechte vorbehalten  
© 2000 Duncker & Humblot GmbH, Berlin  
Fremddatenübernahme und Druck:  
Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin  
Printed in Germany

ISSN 0937-3365  
ISBN 3-428-10069-7

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 ☹

Derjenige, dem ein Gegenanspruch *ex eadem causa* zukommt, kann einstweilen nicht zur Erfüllung der ihm obliegenden Schuldverpflichtung gezwungen werden:

„Ob es möglich ist, die Geschichte der Entwicklung dieses Rechtssatzes, ähnlich wie die Entwicklung des Compensationsrechts, aus dem Quellenmaterial, worüber wir gebieten, anschaulich darzulegen, mag dahingestellt bleiben; wäre es möglich, so dürfte durch diese Ausführung eine störende Lücke in der Lehre von der *exceptio non adimpleti contractus* gefüllt werden.“

Ernst Immanuel Bekker



## Vorwort

Bearbeitet jemand ein Thema, für das bereits eine gediegene Monographie vorliegt, sollte er angeben, wodurch sich eine neue Untersuchung rechtfertigt. In unserem Fall ist die Arbeit, die uns vorangeht, das reife Erstlingswerk einer der Lichtgestalten des zwanzigsten Jahrhunderts: René Cassins Pariser Dissertation *De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques (Exception non adimpleti contractus)* aus dem Jahre 1914. Über diese bewundernswerte Arbeit meinen wir in dreierlei Hinsicht hinausführen zu können: Zunächst weichen wir von Cassin hinsichtlich des antiken römischen Rechts ab: Im römischen Recht galt u. E. ursprünglich der Grundsatz der „independence of actions“; erst das justinianische Recht hat randständige Ausnahmeentscheidungen des klassischen Rechts verallgemeinert, um sowohl dem Käufer als auch dem Verkäufer wegen des Ausstehens der Gegenleistung eine Einrede zu gewähren. Von diesem Ausgangspunkt ergibt sich auch ein etwas anderes Bild der hoch- und spätmittelalterlichen Rechtswissenschaft, als Cassin es gezeichnet hat: Die mittelalterliche Rechtswissenschaft hatte eine im justinianischen Recht nur erst postulierte Einrede in eine funktionierende Prozeßtechnik umzusetzen; hierzu mußte man Neuland betreten, da es die vom justinianischen Recht eingeführte Einrede zuvor nicht als gelebtes Element der Prozeßpraxis gegeben hatte, ein Niederschlag diesbezüglicher Erfahrungen im textlichen Traditionsbestand fehlte. Weiterhin wollen wir in der Darstellung der neueren Rechtsgeschichte, die bei Cassin vorwiegend an der französischen Entwicklung ausgerichtet ist, die Besonderheiten im *usus modernus*, in den deutschsprachigen Kodifikationen und in der Entwicklung von Rechtslehre und Gesetzgebung im Deutschland des neunzehnten und zwanzigsten Jahrhunderts herausstellen. Abgesehen haben wir davon, die Darstellung Cassins in denjenigen Teilen zu wiederholen, in denen sich keine Differenzen ergeben haben; es betrifft dies vor allem die Entstehung des französischen Code civil und die diesem vorangehende Entwicklung in der französischen Rechtswissenschaft seit dem 17. Jahrhundert. Insofern soll sich die hier vorgelegte Arbeit wechselseitig mit dem Werk René Cassins ergänzen, das damit auch vor dem drohenden Vergessen bewahrt werden möge.

Wir legen nicht eigens dar, wie die Einrede des nichterfüllten Vertrages mit ihren zahlreichen Einzelheiten unter der durch das BGB und die ZPO bestimmten Rechtslage funktioniert. Die Gesetzeslage ist – von einzelnen Details abgesehen – erfreulich klar; sie ergibt sich auch aus unserer Schilderung der Entstehungsgeschichte. Von Interesse dürfte aber sein, wie das materiellrechtliche Verhältnis von Leistungsanspruch und Gegenleistungspflicht im geltenden Zivilrecht dogmatisch zu erfassen ist, und dies haben wir an anderer Stelle dargelegt (AcP 199, 1999, 485).



Aus unseren Untersuchungen wurden Teile bereits in den Festschriften für Werner Flume (1998) und Martin Heckel (1999) vorgestellt; sie finden sich hier überarbeitet in das Ganze eingefügt. Für vielfältige Unterstützung sei Herrn Dr. Thomas Rübner gedankt, für die Aufnahme der Arbeit unter die Schriften zur Europäischen Rechts- und Verfassungsgeschichte deren Herausgebern. Enough said.

Tübingen, im Herbst 1999

*Wolfgang Ernst*

# Inhaltsübersicht

<b>Einleitung</b> .....	15
-------------------------	----

## *Erster Teil*

<b>Römisches Recht</b>	18
------------------------	----

I. Das Recht des Formularprozesses .....	18
II. Die Richterbefugnis zur Klägerverurteilung in Kaiserkonstitutionen bis Justinian	62
III. Das Recht der Justinianischen Kodifikation .....	69

## *Zweiter Teil*

<b>Die <i>exceptio non adimpleti contractus</i> im Mittelalter und in der Neuzeit</b>	76
---	----

I. Glossatoren .....	76
II. Kanonisten .....	84
III. Jacobus de Ravanis .....	88
IV. Kommentatoren .....	90
V. Französische Renaissancejurisprudenz .....	97
VI. Römisch-Holländisches Recht .....	99
VII. Deutsche Rezeptionsjurisprudenz bis zum <i>usus modernus</i> .....	101
VIII. Christian Wolff als Vertreter der Naturrechtslehrer .....	109
IX. Die Kodifikationen in Preußen, Österreich und Frankreich .....	110

*Dritter Teil*

<b>Die Entwicklung im Deutschland des neunzehnten und zwanzigsten Jahrhunderts</b>	113
I. Die deutsche Literatur des neunzehnten Jahrhunderts .....	113
II. Die Gesetzgebungen im neunzehnten Jahrhundert .....	121
III. Das zwanzigste Jahrhundert .....	140
<b>Literaturverzeichnis</b> .....	148
<b>Namen- und Sachregister</b> .....	164
<b>Quellenregister</b> .....	167

# Inhaltsverzeichnis

<b>Einleitung</b> .....	15
-------------------------	----

## *Erster Teil*

<b>Römisches Recht</b>	18
------------------------	----

I. Das Recht des Formularprozesses .....	18
1. Klagen gegen den Käufer trotz ausstehender Sachleistung .....	18
a) Die <i>exceptio mercis non traditae</i> und ihr Funktionswandel vom prätorischen Edikt zum justinianischen Recht .....	18
b) Die Zahlungspflicht des Käufers trotz ausstehender Sachübergabe .....	21
2. Die Klage <i>ex empto</i> gegen den unbezahlten Verkäufer .....	24
a) Die Abweichung der Justinianischen Kodifikation vom Rechtszustand zu Beginn der Kaiserzeit .....	24
b) Die <i>variae causarum figurae</i> einer Verknüpfung der Käuferklage mit der Kaufpreiszahlung im klassischen Recht .....	26
aa) Käuferklage eines <i>dominus</i> aus dem vom <i>servus</i> abgeschlossenen Kauf	26
bb) Käuferklage des <i>pupillus</i> aufgrund eines <i>negotium claudicans</i> .....	29
cc) Käufermehrheit kraft Erbgangs .....	30
dd) Zwei Stellen Scaevolae .....	38
c) Das begrenzte Bedürfnis für eine Retention der Kaufsache im Zivilprozeß aufgrund des Prinzips der Geldkondemnation .....	40
d) Die Einseitigkeit der auf den Besitz an der Kaufsache gegründeten Retentionsbefugnis im Unterschied zur notwendigen Beidseitigkeit einer Einrede des nichterfüllten Vertrages aufgrund des Synallagma-Gedankens .....	46
3. „Independence of actions“: Zum Verhältnis von Käufer- und Verkäuferleistung im klassischen römischen Recht .....	51
a) Die sofortige und unbedingte Zahlungspflicht des Käufers als „Gegenleistung“ für die Sachzuordnung durch den Rechtsakt <i>emptio venditio</i> .....	52

b) Die Sachleistungsunabhängigkeit der Kaufpreisklage im Kontext des weiteren Kaufrechts .....	57
c) Der Sachbesitz der Kaufsache als Druck- und Sicherungsmittel zur Durchsetzung der Kaufpreisforderung .....	60
d) Zur Überlagerung der unmittelbaren Austauschwirkung des Kaufakts durch das Modell des wechselseitig verpflichtenden Vertrages .....	61
II. Die Richterbefugnis zur Klägerverurteilung in Kaiserkonstitutionen bis Justinian .....	62
1. Die Befugnis des Richters zur Klägerverurteilung in C. 7. 45. 14 .....	62
2. Die Konstitutionen aus dem dritten Jahrhundert .....	63
3. Die Richterbefugnis zur Klägerverurteilung und das sogenannte funktionelle Synallagma .....	67
III. Das Recht der Justinianischen Kodifikation .....	69

### *Zweiter Teil*

### **Die *exceptio non adimpleti contractus* im Mittelalter und in der Neuzeit** 76

I. Glossatoren .....	76
1. Placentin .....	76
2. Azo .....	77
3. Glossa ordinaria .....	79
a) Accursius geht mit Azo .....	79
b) Die Annäherung von Konsensual- und Innominatrealkontrakt als Folge der Ansicht der Glossa Ordinaria .....	82
c) Die Geltendmachung der ausstehenden Gegenleistung als Inhalt einer <i>exceptio</i> .....	82
II. Kanonisten .....	84
III. Jacobus de Ravanis .....	88
IV. Kommentatoren .....	90
1. Die Reaktion auf die Lehre des Jacobus Ravanis am Beispiel des Cinus de Pistorio .....	91
2. Bartolus .....	92

Inhaltsverzeichnis	13
3. Baldus und die Verurteilung „Zug um Zug“ .....	93
4. Paulus de Castro: effektive (Vor-)Leistung oder bloßes (Vor-)Leistungsangebot? .....	96
5. Rückblick auf Legistik und Kanonistik bis zum Ende des 14. Jahrhunderts ....	96
V. Französische Renaissancejurisprudenz .....	97
VI. Römisch-Holländisches Recht .....	99
1. Grotius: Disparität in den Anforderungen an die Leistungsbereitschaft von Käufer bzw. Verkäufer als Vollstreckungsgläubigern .....	99
2. Voet als Autor zur Beweislastfrage .....	100
VII. Deutsche Rezeptionsjurisprudenz bis zum <i>usus modernus</i> .....	101
1. Andreas Gaill als Vertreter der Kameralistik .....	101
2. Zangers „ <i>De Exceptionibus</i> “ .....	103
3. Benedikt Carpzov .....	103
4. § 37 des Jüngsten Reichsabschieds (1654) .....	105
5. Der Stand gegen Ende des 17. Jahrhunderts .....	105
6. Der <i>Usus modernus</i> des 18. Jahrhunderts .....	107
VIII. Christian Wolff als Vertreter der Naturrechtslehrer .....	109
IX. Die Kodifikationen in Preußen, Österreich und Frankreich .....	110
1. Preußisches ALR: Die erbrachte Gegenleistung als Klagevoraussetzung .....	110
2. Österreich .....	111
3. Frankreich .....	111

### *Dritter Teil*

<b>Die Entwicklung im Deutschland des neunzehnten und zwanzigsten Jahrhunderts</b>	113
I. Die deutsche Literatur des neunzehnten Jahrhunderts .....	113
1. Der Ausgangspunkt bei <i>Glück</i> , <i>Gönner</i> und <i>Adolph Dietrich Weber</i> .....	113
2. Die Auslösung des Umschwungs durch <i>Heerwart</i> .....	114

3. Keller .....	117
4. Der endgültige Abschied vom <i>iudicium duplex</i> als prozessuales Mittel zur Verwirklichung der Gegenseitigkeit .....	119
II. Die Gesetzgebungen im neunzehnten Jahrhundert .....	121
1. Einleitung: Praxis und Sachstruktur der Verurteilung zur Leistung Zug um Zug .....	121
2. Das sächsische BGB .....	126
3. Der Dresdner Entwurf .....	127
4. Die Reichs-Civilprozeßordnung von 1877 .....	129
a) Entstehung .....	129
b) Die Kontroverse um die Zug-um-Zug-Vollstreckung nach der CPO 1877 ...	130
5. Bürgerliches Gesetzbuch .....	133
a) Der Vorentwurf v. Kübels .....	133
b) Erste Kommission .....	134
c) Zweite Kommission .....	138
d) Novelle zur CPO .....	139
III. Das zwanzigste Jahrhundert .....	140
1. Die Verurteilung Zug um Zug unter gleichzeitiger Feststellung von Annahmeverzug als rechtspraktische Fortentwicklung des Gesetzes .....	140
2. Rechtsliterarische Stimmen gegen das Gesetz: <i>Franz Leonhard, Karl Larenz und Josef Esser</i> .....	142
3. Gesetzgebung .....	146
4. Die Einrede des nichterfüllten Vertrages in den Ordnungen zur Rechtsvereinheitlichung .....	147
<b>Literaturverzeichnis</b> .....	<b>148</b>
<b>Namen- und Sachregister</b> .....	<b>164</b>
<b>Quellenregister</b> .....	<b>167</b>

## Einleitung

Wenn aus einem Vertrag beiden Parteien ein Anspruch zukommt, stellt sich die Frage, ob und gegebenenfalls wie die Geltendmachung des einen Anspruchs durch das Bestehen des anderen Anspruchs beeinflusst wird. In unserer Tradition wird eine Abhängigkeit der gegenläufigen Vertragsansprüche in ihrer prozessualen Verfolgung und Durchsetzung mittels der *exceptio non adimpleti contractus*, d. h. mittels der Einrede des nichterfüllten Vertrages, hergestellt. Diese Einrede ist unser Thema.

Üblicherweise wird das Thema heute als Teilaspekt einer grundlegenden Lehre vom Synallagma aufgefaßt. Im deutschen Sprachraum pflegt man seit *Bechmann*<sup>1</sup> die wechselseitige Abhängigkeit, in der die Verpflichtungen aus dem gegenseitigen Vertrag zu erfüllen sind, als das „funktionelle“ Synallagma anzusprechen<sup>2</sup>. Die Figur des funktionellen Synallagmas ist als Abstraktionsleistung jedoch selbst das Ergebnis einer dogmengeschichtlichen Entwicklung<sup>3</sup>. Die verschiedenen Regelungen, die man heute in der systematisierenden Dogmatik der Lehre vom Synallagma zuordnet – die notwendig beidseitig wirkende Unwirksamkeit des Vertrages<sup>4</sup>, das notwendig beidseitige Freiwerden bei nachträglichen Erfüllungshindernissen<sup>5</sup> und eben die wechselseitige Abhängigkeit der Vertragsansprüche im Erfüllungsvorgang – haben historisch verschiedene Wurzeln. „Das“ Synallagma, wie es die heutige Dogmatik versteht, kann im antiken römischen Recht, aber auch in der mittelalterlichen und frühneuzeitlichen Entwicklung von vornherein nicht aufgefunden werden. Erst in der neueren Rechtsgeschichte hat man, und auch nur allmählich, in Abstrahierung von den konkreten Vertragstypen eine allgemeine Vorstellung vom „Synallagma“ entwickelt. Die Frage nach der geschichtlichen Entwicklung läßt sich daher sinnvoll nur jeweils für die einzelne, heute der Lehre vom Synallagma zugeordnete Rechtsfigur stellen. Dies wollen wir für die *exceptio non adimpleti contractus* tun: Unter Ausblendung der anderen Fragen, die mit dem funktionellen Synallagma in Verbindung gebracht werden, behandeln wir die Abhängigkeit der wechselseitigen Hauptleistungen in Erbringung und Erzwingung.

---

<sup>1</sup> Kauf nach gemeinem Recht I. Teil (Geschichte d. Kaufs im röm. Recht), 1876, 540 ff.

<sup>2</sup> Schon länger war im französischen Sprachbereich vom *contrast synallagmatique* die Rede.

<sup>3</sup> Zur Ausbildung von Begriff und Figur des Synallagma bei *Connanus* s. *Chr. Bergfeld* Francisus Connanus (1508 – 1551). Ein Systematiker des röm. Rechts (1968) 171 ff.

<sup>4</sup> Kritisch zu diesem sogenannten genetischen Synallagma im Hinblick auf das röm. Recht *Flume* Rechtsakt und Rechtsverhältnis (1990) 99 f., 107 ff., 113 m. w. N.; im Hinblick auf die moderne Dogmatik *F. Rittner* Festschr. Heinrich Lange (1970) 213 ff. m. w. N.

<sup>5</sup> Sog. konditionelles Synallagma.



Es geht uns nur um den Kauf. Im Mittelalter und in der Neuzeit hat sich die *exceptio non adimpleti contractus* – ausgehend vom Kaufvertrag – ein immer weiteres Feld erobert<sup>6</sup>; sie ist heute bei jedem sogenannten gegenseitigen Vertrag gegeben<sup>7</sup>. Diese Entwicklung, die mit der abstrahierenden Ausbildung einer allgemeinen Rechtsfigur des gegenseitigen Vertrages zusammenhängt<sup>8</sup>, liegt außerhalb des Bereichs, den wir verfolgen wollen. Dementsprechend lassen wir auch die wichtigste Variante der *exceptio non adimpleti contractus*, nämlich die *exceptio non rite adimpleti contractus*, außer Betracht, weil auch sie erst der späteren Entfaltung unserer *exceptio* angehört.

Gegenüber der Redeweise von „dem“ funktionellen Synallagma ist noch ein weiterer Vorbehalt anzubringen: Dem eindeutigen wirtschaftlichen Befund, wonach bei einem gegenseitigen Vertrag jede Partei das Ihrige einsetzt, um etwas als Gegenleistung zu erwerben, steht keineswegs eine einzige juristische Technik zur Regelung dieses Austauschs gegenüber. Vielmehr kann dem wirtschaftlichen Zusammenhang beider Leistungen juristisch auf ganz unterschiedliche Weise Rechnung getragen werden. Der uns vertraute Mechanismus der Einrede des nichterfüllten Vertrages ist nicht die einzige Möglichkeit zur Wahrung des Zusammenhangs von Leistungs- und Gegenleistungspflicht. Diejenige Regelungstechnik, die sich neben der Einrede des nichterfüllten Vertrages immer wieder angeboten hat, ist die einer gleichzeitigen Verurteilung von Beklagtem und Kläger in Leistung und Gegenleistung („*iudicium duplex*“).

Ebenso können auch Inhalt und Wirkungsweise der Einrede des nichterfüllten gegenseitigen Vertrages positivrechtlich sehr verschieden ausgeprägt sein.

Unterschiedlich können die Regelungen sein, die das positive Recht etwa hinsichtlich der folgenden Fragen trifft: Muß, wenn der Anspruch auf eine Leistung durchgesetzt werden soll, die Gegenleistung schon vor Klageerhebung erbracht (angeboten) worden sein oder kann sie noch während des Prozesses oder gar erst bei der Vollstreckung erbracht (angeboten) werden? Und wenn man das Angebot genügen läßt – in welcher Form muß das Angebot erfolgen? Wie und von wem ist die erfolgte Leistung oder deren Angebot zu beweisen? Führt die fehlende Erbringung (das fehlende Angebot) der Gegenleistung zur endgültigen oder nur zur vorübergehenden Abweisung der Klage? Muß sich der Beklagte hierfür auf die ausstehende Gegenleistung berufen oder ist diese vom Richter von Amts wegen zu beachten? Kann sich der Beklagte mit dem Einwand der ausstehenden Gegenleistung auch noch in der Vollstreckungsinstanz verteidigen?

---

<sup>6</sup> S. dazu *Cassin L'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques (exceptio non adimpleti contractus)* 1914, S. 47 ff.

<sup>7</sup> Vgl. § 320 BGB.

<sup>8</sup> Dazu *Coing Europ. PrivatR I* (1984) 405 f. m. w. N.; *Nanz Die Entstehung des allg. Vertragsbegriffs im 16. bis 18. Jahrhundert* (1985); *James Gordley The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine* (1991); zusammenfassend ders., in *von Mehren* (chief ed.) *Intl. Encyclopedia of comp. law VII/2* (1997) 12 ff.; zuletzt *Italo Bircocchi Causa e Categoria generale del Contratto* (1997).

Dabei steht die positivrechtliche Regelung im notwendigen Zusammenhang mit wesentlichen anderen Rechtsinstituten, die von verschiedenen Rechtsordnungen ebenfalls unterschiedlich ausgestaltet sein können; diese Rechtsinstitute bestimmen jeweils auch das Bedürfnis, die Gegenseitigkeit von Leistungsverpflichtung und Gegenleistungsanspruch herzustellen, und beeinflussen die Rechtstechnik, mit der dies bewerkstelligt werden kann.

Rechtsinstitute, mit denen die Einrede des nichterfüllten Vertrages sich berührt, sind das Recht der Aufrechnung, insbesondere im Prozeß; die Klage auf Erfüllung *in forma specifica*; die Prozeßfigur der Widerklage; das sogenannte allgemeine Zurückbehaltungsrecht (u.U. mit der Verurteilungsmöglichkeit zur Leistung Zug um Zug); das Recht des Annahmeverzugs und das Recht zum Abgehen vom Vertrag wegen der Nichterfüllung durch den anderen Teil.

Es wird sich, um ein Ergebnis vorwegzunehmen, der durch und durch positivistische Charakter unseres Rechtsinstituts ergeben. Wie der Nachvollzug der geschichtlichen Entwicklung zeigen soll, bedarf es, um einen Zusammenhang von Leistung und Gegenleistung im Verfahren herzustellen, eines ganzen Komplexes von Regelungen im Schnittpunkt von materiellem Recht und Prozeßrecht. Die Annahme, daß es hierfür eine bestimmte Regelung gibt, die aus der Natur der Sache folgt, ist naiv. Schon die notwendige Differenziertheit der Gesamtregelung, aber auch der Blick auf andersgeartete positive Regelungen, die wir in der Geschichte oder in Auslandsordnungen beobachten können, sollte deutlich machen, daß eine „naturrechtliche“ Synallagma-Regelung nicht existiert: Es gibt keine unmittelbare, von positiven (damit aber auch historisch gewachsenen und bedingten) Rechtsinstituten unabhängige Umsetzung des wirtschaftlichen Austauschgedankens in Rechtsgeltung. Daß, und in welcher Form eine juristisch beachtliche „Gegenseitigkeit“ besteht, wird vielmehr erst und nur durch die einschlägigen Rechtsfiguren der jeweiligen Rechtsordnung in ihrem Zusammenwirken ausgesagt. Nicht das geringste Anliegen, das wir hier verfolgen, besteht also darin, der Figur des sogenannten Synallagma den Nimbus einer vor- oder überrechtlichen Geltung zu nehmen.