



## Dokumentinformation

### Gegenaufrechnung des Klägers kann beachtlich sein

Typ	Zeitschrift
Datum/Gültigkeitszeitraum	01.11.2011
Publiziert von	Manz
Glossator	<b>Bettina Nunner-Krautgasser</b>
Fundstelle	<b>EvBI 2011/141</b>
Heft	<b>21 / 2011</b>
Seite	<b>970</b>
Entscheidung	<b>OGH 21.6.2011, 1 Ob 94/11x</b> ▼ <a href="#">Zu den Verweisen</a>
Unterinstantz	LG Wels, 22 R 372/10b; BG Grieskirchen, 2 C 936/06s.

## Quintessenz

In dieser E nimmt der OGH zur Zulässigkeit und zu den Wirkungen einer Gegenkompensationseinrede des Kl Stellung.

## Leitsatz

### § 1416 ABGB

**Die Gegenkompensationseinrede des Kl kann das Wahlrecht des Bekl nach § 1416 ABGB, die ihm zustehende Gegenforderung der Klagsforderung als der beschwerlichsten Gläubigerforderung entgegenzusetzen, erschüttern.**

**Eine prozessuale Gegenaufrechnungseinrede des Kl ist unzulässig. Wird eine Gegenforderung im Prozess zur Aufrechnung eingewendet, so kann der Kl nicht mehr durch Einschränkung der Klagsforderung einseitig gegenaufrechnen; die einseitige Erklärung führt nicht zum Erlöschen der Gegenforderung.**

## Sachverhalt

Mit Verträgen v 22. 10. 2004 erwarb der Bekl von der Kl einen Liegenschaftsanteil und beauftragte diese mit dem Bau eines Wohnhauses. Der vereinbarte Werklohn wurde vom Bekl bis auf einen Teilbetrag von Euro 5.400,- bezahlt. Bei der Herstellung von Rohrdurchführungen

Ende Seite 970

Anfang Seite 971»

in der Außenwand bzw der Fundamentplatte positionierte die KI zwei Durchführungen falsch. Noch bevor die KI die beabsichtigte Behebung des Mangels durchführen konnte, erklärte der Bekl gegenüber deren Polier, dies selbst machen zu wollen. Die Arbeiten wurden schließlich auch nicht von der KI durchgeführt. Auf diese Arbeiten entfallen Kosten von Euro 135,72 für zwei Bohrungen, Euro 493,20 für das benötigte Material und vier in Eigenregie angefallene Arbeitsstunden des Bekl.

Im Revisionsverfahren sind lediglich die Fragen der von der KI erklärten "Gegenaufrechnung" sowie des Bestehens der vom Bekl eingewandten Gegenforderung von Euro 668,92 für eine von ihm selbst vorgenommene Mängelbehebung (Kernbohrungen samt Rohrdurchleitungen) strittig.

Die KI begehrte den offenen Werklohn von Euro 5.400,-. Darüber hinaus erklärte sie, gegen allfällige Ansprüche des Bekl mit einer Forderung von Euro 3.758,40 für Mehraufwendungen aufgrund von Planänderungswünschen des Bekl aufzurechnen. Weiters hielt sie der Kompensandoforderung einen weiteren Anspruch von Euro 4.430,54 "aufrechnungsweise entgegen", weil sich der Bekl im Kaufvertrag verpflichtet habe, die Kosten der Vertragserrichtung und grundbücherlichen Durchführung in dieser Höhe zu tragen.

Das ErstG erkannte sowohl die Klageforderung als auch die eingewendeten Gegenforderungen bis zur Höhe der Klageforderung als zu Recht bestehend und wies das Klagebegehren ab.

Das BerG änderte diese E dahin ab, dass es die Gegenforderungen nur mit Euro 1.802,62 als zu Recht bestehend erkannte (darin auch die noch strittige Gegenforderung von Euro 668,92) und den Bekl zu einer Zahlung von Euro 3.597,38 sA verurteilte. Die oRev erklärte es für zulässig.

Der OGH gab der Rev der KI teilweise Folge und erkannte die Klageforderung mit Euro 5.400,- als zu Recht sowie die eingewendeten Gegenforderungen mit Euro 1.333,70 als zu Recht und bis zur Höhe von Euro 4.066,30 als nicht zu Recht bestehend und verurteilte den Bekl zur Zahlung von Euro 3.397,38 sA. Im Umfang der Abweisung von Euro 668,92 sA sowie der Feststellung einer Gegenforderung in dieser Höhe wurden die E der Vorinstanzen aufgehoben.

## Begründung

### Aus den Entscheidungsgründen:

#### [Außerprozessuale bzw materiell-rechtliche Gegenaufrechnung]

In der Lehre (vgl dazu nur die Nachweise bei *Dullinger* in *Rummel*, ABGB<sup>3</sup> § 1438 Rz 17, etwa auch SZ 64/160) wird angenommen, dass bei mehreren Hauptforderungen wegen grundsätzlicher Geltung der Zahlungsregeln auch für die Aufrechnung § 1416 ABGB zu beachten sei. Bei mehreren Gegenforderungen, die einer oder mehreren Hauptforderungen gegenüberstehen, komme jedenfalls dann die gesetzliche Tilgungsreihenfolge des § 1416 ABGB (per analogiam) zur Anwendung, wenn der Aufrechnende keine diesbezügliche Wahl getroffen habe. Der Wahl der zu tilgenden Hauptforderung könne der Aufrechnungsgegner allerdings widersprechen und dadurch die gesetzliche Tilgungsreihenfolge nach § 1416 ABGB zum Zug kommen lassen.

Zur Frage der Möglichkeit einer Gegenaufrechnung führt *Dullinger* (aaO Rz 18) aus, eine solche sei grundsätzlich nicht möglich, da mit wirksamer Aufrechnung die Gegenforderung erloschen sei. Allenfalls könne eine als Gegenaufrechnung bezeichnete Einrede als Widerspruch gegen die vom Aufrechnenden getroffene Wahl der zu tilgenden Hauptforderung aufzufassen sein. Als prozessuales Institut werde eine Gegenaufrechnung bei der (gesetzlich geregelten) Prozessaufrechnung ebenfalls abgelehnt.

Auch wenn man diesen Erwägungen folgen wollte (RIS-Justiz RS0033486), wäre für die KI nichts zu gewinnen, geht doch auch die genannte Autorin davon aus, dass eine Gegenaufrechnungserklärung nur dann von Bedeutung sein kann, wenn sie als Widerspruch gegen die vom Aufrechnenden getroffene Wahl der zu tilgenden Hauptforderung iSd § 1416 ABGB aufzufassen ist. Dafür gibt es nun im vorliegenden Fall keine Anhaltspunkte, zumal es für die Auslegung der entsprechenden Erklärung des Prozessvertreters der KI auf das Vorbringen im Verf erster Instanz ankommt, das eine Auseinandersetzung mit § 1416 ABGB bzw der darin geregelten gesetzlichen Tilgungsreihenfolge nicht einmal ansatzweise enthält. Insb hat sich die KI nicht darauf berufen, die vom Bekl erklärte Aufrechnung gegen die offene Werklohnforderung

würde gesetzlichen Anrechnungsregeln widersprechen.

### [Prozessuale Gegenaufrechnung]

Die im Zusammenhang mit der zweiten "Gegenaufrechnung" abgegebene Prozessklärung, eine bestimmte Forderung werde "der Kompensandoforderung aufrechnungsweise entgegengehalten", stellt zudem eine prozessuale Gegenaufrechnung dar, die jedenfalls, weil gesetzlich nicht vorgesehen, unzulässig ist (*Deixler-Hübner in Fasching/Konecny*<sup>2</sup> § 391 ZPO Rz 29 mwN). Insgesamt besteht somit kein Anlass, die im Prozess abgegebenen Erklärungen der Kl als Widerspruch gegen die vom Bekl erklärte Tilgungswirkung in sinngemäßer Anwendung des § 1416 ABGB anzusehen.

### [Voreilige Selbstverbesserung]

Mit der Gegenforderung von Euro 668,92 hat sich das BerG inhaltlich nicht auseinandergesetzt. Angesichts der unklaren bzw unzureichenden Tatsachenfeststellungen des ErstG in diesem Punkt ist eine abschließende rechtliche Beurteilung nicht möglich, sodass insoweit eine Verfahrensergänzung erforderlich sein wird.

Zur Frage der "voreiligen Selbstverbesserung" vertritt der OGH die Auffassung, dem Unternehmer stehe ungeachtet des gesetzlich vorgesehen "Verbesserungsvorrangs" dem Grunde nach der Ersatz der selbst aufgewendeten Mängelbehebungskosten zu, soweit er jenen Aufwand nicht übersteigt, der dem Übergeber entstanden wäre, wenn ihm die Möglichkeit zur Behebung eingeräumt worden wäre (8 Ob 14/08d; 1 Ob 15/09a; s auch die Nachweise bei *P. Bydlinski* in KBB<sup>3</sup> § 932 ABGB Rz 15).

Mit dem Bekl wird daher insbes zu erörtern sein, welcher Aufwand ihm durch die selbst vorgenommene

«Ende Seite 971

Anfang Seite 972»

Verbesserung tatsächlich entstanden ist, wobei auch auf die Behauptung der Kl einzugehen sein wird, sie habe das dafür benötigte Material beigestellt. Sollte die Kl die Auffassung vertreten, ihre Eigenkosten für die Mängelbehebung wären geringer gewesen als der vom Bekl aufgewendete Betrag, wird sie entsprechendes Vorbringen zu erstatten haben. Gegebenenfalls wird bei der Bestimmung der Höhe des dem Bekl für die Verbesserung zustehenden Vergütungsanspruchs von der Bestimmung des § 273 ZPO Gebrauch zu machen sein.

## Notiz

### Praxishinweis

Bei der außergerichtlichen Aufrechnung handelt es sich um einen (materiellen) Schuldtilgungseinwand (vgl etwa 10 Ob 84/04g). Die Geltendmachung der außergerichtlichen Aufrechnung erfolgt durch empfangsbedürftige Willenserklärung; die Zustimmung des Gegners ist nicht erforderlich (8 Ob 216/02a).

In jenem Umfang, in dem eine als solche geltend gemachte Gegenforderung berechtigt ist, tritt Schuldtilgung ein, womit (auch) die Gegenforderung untergeht. Wurde die Aufrechnung durch außerprozessuale Erklärung vorgenommen, so hat das Gericht nur über die Berechtigung des Klagebegehrens selbst zu erkennen und dabei zu berücksichtigen, ob und inwieweit die Klagsforderung bei Schluss der mündlichen Verhandlung (§ 406 ZPO) durch Aufrechnung getilgt ist. Die vorprozessuale bzw außergerichtliche Aufrechnung hat als bloße Vorfrage im Spruch der E nicht zum Ausdruck zu kommen (RIS-Justiz RS0034013); auch die Unzulässigkeit einer solchen Aufrechnung ist nicht auszusprechen.

Bei mehreren Gegenforderungen gelangt zunächst die gesetzliche Tilgungsreihenfolge des § 1416 ABGB zur Anwendung. Der Aufrechnende (Bekl) kann allerdings eine Wahl vornehmen und erklären, welche Hauptforderung getilgt werden soll. Dieser Wahl kann wiederum der Aufrechnungsgegner (Kl) widersprechen.

Eine prozessuale Gegenkompensations-Einrede (Gegenaufrechnung) des Kl ist in den Prozessgesetzen nicht vorgesehen und daher unzulässig.

EvBl Redaktion

## Glosse

Die vorliegende E betrifft die Zulässigkeit einer **Gegenaufrechnung** durch den Kl. Mit einer Gegenaufrechnungseinrede hält der Kl dem Bekl eine weitere Forderung zur Aufrechnung entgegen; sie zielt also darauf ab, den Erfolg der Aufrechnungseinrede zu vereiteln (statt vieler *Fasching*, Lehrbuch des österreichischen Zivilprozessrechts<sup>2</sup> [1990] Rz 1286). Von einer prozessualen Gegenaufrechnung zu unterscheiden ist das (unproblematische, allerdings nach hA notwendigerweise mit einer Anerkennung verbundene) Vorbringen des Kl, die Gegenforderung sei durch materiell-rechtliche Aufrechnung getilgt (*Dullinger in Rummel*<sup>3</sup> § 1438 Rz 18; vgl LGZ Wien **MietSlg 40.787**).

In der **Judikatur** (vgl **RIS-Justiz RS0034008**) wird eine prozessuale Gegenaufrechnung durchwegs abgelehnt. Eine als Gegenaufrechnung bezeichnete Einrede könne aber als Widerspruch gegen die vom Aufrechnenden getroffene Wahl der zu tilgenden Hauptforderung analog **§ 1416 ABGB** aufzufassen sein (*Dullinger*, Handbuch der Aufrechnung [1995] 171). Soweit eine Gegenaufrechnung nicht schlechthin ausgeschlossen wird (vgl etwa **2 Ob 51/67**), kann sie aber am Wahlrecht des Bekl gem **§ 1416 ABGB** scheitern (**RIS-Justiz RS0033486**). In praxi spielt die Gegenaufrechnung ua in bestandrechtlichen Angelegenheiten eine Rolle.

In der **zivilrechtlichen Lehre** wird die Gegenaufrechnung iVm der Verneinung einer Rückwirkung abgelehnt, weil die Gegenforderung mit wirksamer Aufrechnung erlischt (*Rummel in Rummel*<sup>2</sup> § 1438 Rz 18, *Dullinger in Rummel*<sup>3</sup> § 1438 Rz 18; *dies*, Handbuch der Aufrechnung [1995] 170 f; aA zT die Anhänger einer bedingten Ipso-iure-Wirkung). Die **prozessrechtliche Lehre** (*Fasching III*<sup>1</sup> 106 und 576; *ders*, Lehrbuch<sup>2</sup> Rz 1286; *Deixler-Hübner in Fasching/Konecny III*<sup>2</sup> § 391 Rz 29) weist darauf hin, dass die Gegenaufrechnung kein eigenes prozessrechtliches Institut darstellt. Dass die ZPO keine ausdrückliche Bestimmung enthält, reicht jedoch als Begründung für eine Ablehnung nicht aus. Vielmehr hängt die Zulässigkeit zunächst von der **Rechtsnatur der Prozessaufrechnung** ab: Nimmt man (mit der sog "zivilistischen Theorie"; vgl *Dullinger in Rummel*<sup>3</sup> § 1438 Rz 20 mwN) an, dass auch sie durch Gestaltungsakt des Bekl erfolge, so scheint eine Gegenaufrechnung ausgeschlossen, es sei denn, man will die Aufrechnungswirkungen - ZPO-konform - gleichwohl erst mit dem Schluss der Verhandlung eintreten lassen (dazu *Reiterer*, Die Aufrechnung [1976] 68 ff). Die sog "prozessuale Theorie" vermeidet diese konstruktiven Probleme, weil die Aufrechnung danach erst durch richterliches Gestaltungsurteil vollzogen wird. Fraglich ist aber, inwieweit eine Gegenaufrechnung bloßes Verteidigungsmittel sein kann, oder ob hier nicht auch ein neuer Angriff des Kl vorliegt. Eine Qualifikation als **bloßes Verteidigungsmittel** bereitet erhebliche, hier nur anzudeutende prozessuale Probleme: So stellt sich die Frage, ob überhaupt eine ausreichende Basis für eine Entscheidung vorliegt. Diesem Problem könnte man uU mit einer Parallele zur Insolvenzanfechtung durch den Insolvenzverwalter beikommen; auch sie ist nämlich mittels Gegeneinrede möglich (vgl *König*, Anfechtung<sup>4</sup> Rz 17/37, 17/39 und 17/71). Problematischer ist die Reihenfolge der Prüfung und in weiterer Folge der Entscheidung: Denn es müsste wohl zuerst die Gegenaufrechnung geprüft werden, bevor über die Aufrechnungseinrede des Bekl entschieden werden könnte, was auch im Urteilsspruch entsprechend umzusetzen wäre. Ein Teilurteil iSd **§ 391 Abs 3 ZPO** käme hinsichtlich der mit Gegenaufrechnungseinrede geltend gemachten Forderung jedenfalls nicht in Betracht, weil ein solches nur hinsichtlich der eingeklagten Hauptforderung zulässig ist. Zu bedenken ist auch die Waffengleichheit: Soll der Kl dem Bekl - soweit materiell-rechtlich zulässig - eine neue Forderung "aufdrängen" können? Zu bevorzugen ist daher eine Qualifikation der Gegenaufrechnung (auch) als **Angriffsmittel**, mit dem der Kl einen weiteren Anspruch in das Verfahren einführt.

«Ende Seite 972

Anfang Seite 973

Die Gegenaufrechnung ist also eine **bedingte Klagsänderung iSd § 235 ZPO**, die nur dann

relevant wird, wenn das Gericht die Aufrechnungseinrede des Beklagten meritorisch behandelt und sie für begründet hält. Die Entscheidung darüber erfolgt nicht als Aufrechnungsentscheidung im Spruch, sondern als Entscheidung über die weitere Forderung des Kl (so bereits *Fasching*, Kommentar III<sup>1</sup> 106; nunmehr *Klicka* in *Fasching/Konecny* II<sup>2</sup> § 235 Rz 4). Der Zusammenhang mit § 1416 ABGB bleibt davon unberührt.

Zitiervorschlag

## Meta-Daten

### Rubrik(en)

Evidenzblatt

### Rechtsgebiet(e)

Schuldrecht

---

## Verweise

- > OGH 21.6.2011, 1 Ob 94/11x
- > § 1416 ABGB

---

## Rückverweise

### Zeitschriften

- > GesRZ 2013, 38: OGH 13.9.2012, 6 Ob 110/12p Kapitalerhaltung: Verdeckte Einlagenrückgewähr im Fall einer unangemessenen Mietzinsvereinbarung zulasten der Gesellschaft; (Ulrich Torggler) -

### Sammlungen

- > MietSlg 64.667: LGZ Wien 25.4.2012, 39 R 375/11b -

### Jahrbücher

- > Jahrbuch Europarecht 2012, 401: Zivilrecht und Internationales Privatrecht, Schwerpunkt VerbraucherschutzDie Politiken der Union (Wolfgang Faber) -

### Entscheidungen

- > OGH 6 Ob 110/12p -
- > OGH 4 Ob 72/11h -

---

© 2016 MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung GmbH