

Außergerichtliche Aufrechnung gegen Forderungen von zweifelhaftem Bestand

Zur Frage der Zulässigkeit einer außergerichtlichen Eventualaufrechnung

Die Frage der Zulässigkeit einer außergerichtlichen Eventualaufrechnung ist im Schrifttum seit jeher umstritten, die Rsp lehnt eine solche konsequent ab. Im Zuge jüngerer Rechtsentwicklungen im Bereich des Insolvenzrechts (wonach ein Sanierungsplan die Aufrechnungsbefugnisse von Insolvenzgläubigern kürzt) hat dieses Thema allerdings wieder an praktischer Bedeutung gewonnen. Der vorliegende Beitrag untersucht daher die überkommenen Argumente und überprüft insbesondere die ablehnende Haltung der Rsp auf ihre Stichhaltigkeit.

Von Philipp Anzenberger und Nikolas Raunigg

Inhaltsübersicht:

- A. Einleitung und Problemstellung
- B. Überblick über den Meinungsstand zur außergerichtlichen Eventualaufrechnung
 1. Die ständige Rechtsprechung und wohl noch herrschende Lehre
 2. Argumente für eine außergerichtliche Eventualaufrechnung im Schrifttum
- C. Kritische Würdigung und eigene Ansicht
 1. Ausgangspunkt: Keine Aufrechnung ohne Hauptforderung
 2. Konstitutives Anerkenntnis im Rahmen der Aufrechnungserklärung?
 3. Notwendigkeit sofortiger Rechtssicherheit für Aufrechnungsgegner?
 4. Ergebnis: Kein zwingendes Anerkenntnis aus Rechtssicherheitsabwägungen und Zulässigkeit der außergerichtlichen Eventualaufrechnung
- D. Zusammenschau

A. Einleitung und Problemstellung

Die Aufrechnung bildet – nicht zuletzt aufgrund der erheblichen Praxisrelevanz dieses Schuldtilgungsinstrumentes – seit jeher eine ergiebige Quelle für Meinungsverschiedenheiten im zivil- und zivilverfahrensrechtlichen Schrifttum. Einer der Streitpunkte liegt dabei in der Frage, ob die Aufrechnung auch unter der (uneigentlichen) **Bedingung des Bestehens der Hauptforderung**¹⁾ erklärt werden kann: Während die Lehre in diesem Punkt gespalten ist,²⁾ geht die stRsp davon aus, dass eine materiell-rechtliche Aufrechnungserklärung (anders als die Aufrechnungseinrede im laufenden Prozess³⁾) nur unbedingt abgegeben werden könne.⁴⁾ Die Aufrechnung setze insoweit die Anerkennung der Hauptforderung voraus und stelle ihr nur die Gegenbehauptung entgegen, dass sie wegen Schuldtilgung nicht mehr bestehe.

Praktisch virulent wurde diese Frage in den letzten Jahren im Gefolge der vielbeachteten E OGH 6 Ob

179/14p (verstSen),⁵⁾ welche die (ebenfalls lange strittige) Frage der Auswirkungen eines Sanierungsplans auf aufrechenbare Forderungen von Insolvenzgläubigern zum Gegenstand hatte. Nach dem verstärkten sechsten Senat bewirkt die rechtskräftige Bestätigung des **Sanierungsplans auch eine Kürzung der Aufrechnungsbefugnisse der Insolvenzgläubiger**, die – sofern sie bis dahin keine Aufrechnungserklärung abgegeben haben – ab diesem Zeitpunkt nur mehr mit jenem Betrag aufrechnen können, welcher der im Sanierungsplan festgesetzten Quote entspricht.⁶⁾ Dies mag für sich gesehen überzeugen, bewirkt allerdings praktische Probleme, wenn man dem zuvor dargestellten Postulat der Unzulässigkeit einer (uneigentlich) bedingten materiell-rechtlichen Aufrechnungserklärung folgt: Soweit nämlich das Bestehen der Hauptforderung des (in einer Aufrechnungslage befindlichen) Insolvenzschuld-

1) Die beiden einander gegenüberstehenden Forderungen werden als **Hauptforderung** und **Gegenforderung** bezeichnet; die Terminologie wird aber nicht immer ganz einheitlich verwendet. Im vorliegenden Beitrag soll der Begriff „**Gegenforderung**“ die Forderung des die Aufrechnung Erklärenden und der Begriff „**Hauptforderung**“ die Forderung des Erklärungsempfängers bezeichnen (diese Terminologie verwenden etwa auch P. Bydlinski in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger* [Hrsg], ABGB – Kurzkomentar⁶ [2020] § 1438 ABGB Rz 3; *Heidinger* in *Schwimmann/Kodek* [Hrsg], Praxiskommentar zum ABGB samt Nebengesetzen [2012–2017] VI⁴ § 1438 ABGB Rz 2; *Holly* in *Kletečka/Schauer* [Hrsg], ABGB-ON – Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch^{1,05} [seit 2010] § 1438 ABGB Rz 2).

2) Dazu ausführlich in Abschnitt B.

3) Statt vieler etwa *Deixler-Hübner* in *Fasching/Konecny* (Hrsg), Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen (ab 2013) III/2³ § 391 ZPO Rz 22; *Rechberger/Klicka* in *Rechberger/Klicka* (Hrsg), ZPO – Kommentar⁶ (2019) §§ 391 f ZPO Rz 10; *Rechberger/Simotta*, Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts⁹ (2017) Rz 709.

4) Etwa OGH 7 Ob 624/84; 1 Ob 609/87; 8 ObA 293/99; 1 Ob 170/16f; 9 Ob 1/20t; RIS-Justiz RS0033970.

5) Dazu ausführlich etwa *Fichtinger*, Aufrechnung nach Abschluss eines Sanierungsplans, ZIK 2016, 42; *Nunner-Krautgasser*, Verstärkter Senat: Beschränkung der Aufrechnungsbefugnis durch Sanierungsplan, Zak 2016, 144.

6) Siehe etwa *Nunner-Krautgasser/Anzenberger* in *Koller/Lovrek/Spitzer* (Hrsg), Insolvenzordnung (2019) § 156 IO Rz 20f; *Simsa/Kalser*, Fortwährende Unsicherheiten der Aufrechnung im Sanierungsverfahren, ZIK 2020, 136 (137f).

ÖJZ 2021/94

§§ 1438ff ABGB

Aufrechnung;
Eventualaufrechnung;
uneigentliche Bedingung;
Anerkenntnis

ners gegen den Insolvenzgläubiger **zweifelhaft** ist (etwa im Fall einer offenen Werklohnforderung des Insolvenzschuldners, der dieser die Mangelhaftigkeit der Leistung entgegenhält), steckt der Insolvenzgläubiger in einer taktischen **Zwickmühle**.⁷⁾ Entweder er erklärt vor rechtskräftiger Bestätigung des Sanierungsplans die Aufrechnung gegen eine Forderung, deren (zumindest vollumfänglichen) Rechtsbestand er eigentlich bestreitet, und begibt sich damit der realistischen Möglichkeit, seine dahingehenden Einwendungen zu einem späteren Zeitpunkt prozessual überprüfen zu lassen. Oder aber er unterlässt die Aufrechnungserklärung und meldet seine Forderung im Insolvenzverfahren an, riskiert damit aber, dass seine Forderung auf die Sanierungsplanquote gekürzt und er in einem späteren Prozess gegen den nunmehr klagenden (früheren) Insolvenzschuldner dennoch zur vollständigen Leistung verurteilt wird.⁸⁾ Unbefriedigend daran ist insb, dass der Insolvenzgläubiger zu einer Risikoeinschätzung gezwungen wird: Er muss sich einerseits überlegen, ob die Hauptforderung des Insolvenzschuldners angesichts der mangelhaften Erfüllung werthaltiger als die angebotene Sanierungsplanquote ist, sowie allenfalls, in welchem Umfang ihm eine Aufrechnung wirtschaftlich sinnvoll erscheint. Jüngst wurden für diese Frage zwar insolvenzspezifische Lösungswege vorgeschlagen, etwa die Zulässigkeit einer außergerichtlichen Eventualaufrechnung bei Abschluss eines Sanierungsplans oder die analoge Anwendung des § 156 Abs 4 IO, sofern die Hauptforderung des Insolvenzschuldners noch unbekannt war.⁹⁾ Es scheint aus gegebenem Anlass jedoch lohnend, das überkommene Postulat der Unzulässigkeit der materiell-rechtlichen Eventualaufrechnung im Allgemeinen auf seine Stichhaltigkeit zu überprüfen.

B. Überblick über den Meinungsstand zur außergerichtlichen Eventualaufrechnung

1. Die ständige Rechtsprechung und wohl noch herrschende Lehre

Nach der stRsp wird die außergerichtliche Aufrechnung **unbedingt und ohne Rücksicht auf den Bestand der Hauptforderung** erklärt, sie soll also die Anerkennung der Hauptforderung voraussetzen und ihr nur die Gegenbehauptung entgegenstellen, dass diese wegen Schuldtilgung nicht mehr bestehe.¹⁰⁾ Dies wird damit begründet, dass die Aufrechnung unbestrittenermaßen auf einem Gestaltungsrecht beruhe, das durch einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung ausgeübt werde.¹¹⁾ Einseitige Rechtsgestaltungserklärungen seien nämlich bedingungsfeindlich, wenn die berechtigten Interessen des Partners eine sofortige Klarstellung fordern. Das sei bei der Aufrechnungserklärung deshalb zu bejahen, weil ihre schuldtilgende Wirkung nicht nach dem Belieben des Schuldners in Schwebe gelassen werden könne. Der Erklärungsempfänger müsse im Vertrauen darauf gestützt werden, dass das Erlöschen beider Forderungen infolge der erklärten Aufrechnung nur noch vom Vorliegen der gesetzlichen Aufrechnungsvoraussetzungen abhängen.¹²⁾

Im Schrifttum hat sich insb *Reiterer* gegen die Zulässigkeit einer außergerichtlichen Eventualaufrechnung ausgesprochen: Es könne nicht gegen eine Forderung aufgerechnet werden, wenn gleichzeitig ihr Bestehen bestritten werde. Die Aufrechnung impliziere vielmehr ein zumindest deklaratives Anerkenntnis der Hauptforderung, weil der Aufrechnende zum Ausdruck bringe, dass ihm eine Verbindlichkeit obliege.¹³⁾ Habe die Hauptforderung nicht bestanden, so müsse der Aufrechnende in analoger Anwendung des § 1431 ABGB nachweisen, dass er über den Bestand der Hauptforderung gerirt habe, oder die Aufrechnung nach §§ 870 ff ABGB anfechten. Bei wissentlicher Aufrechnung gegen eine nicht bestehende Forderung habe der Aufrechnende jedoch einen eigenständigen Verpflichtungsgrund geschaffen; folge man der Ansicht, dass für ein konstitutives Anerkenntnis eine einseitige Erklärung genüge, müsse man die Aufrechnung diesfalls als wirksam betrachten.¹⁴⁾ Auch *Bettelheim* kommt unter Berufung auf § 388 dBGB und *Lippmann*¹⁵⁾ zu dem Schluss, dass die Aufrechnungserklärung unbedingt und unbefristet ausgeübt werden müsse, insb sei die außergerichtliche Eventualaufrechnung nicht wirksam.¹⁶⁾

Unter Verweis auf die stRsp und das sonstige Schrifttum nehmen weiters auch *Novak*, *Rechberger/Klicka*, *Rechberger/Simotta* und *Schwaighofer* die Unzulässigkeit einer außergerichtlichen Eventualaufrechnung an.¹⁷⁾ *Deixler-Hübner* stimmt dem insofern zu, als die außerprozessuale Aufrechnung „iDR“ unbedingt und ohne Rücksicht auf den Bestand der Hauptforderung erklärt werde.¹⁸⁾ *Leupold* geht zwar davon aus, dass die überwiegende Lehre keine Bedingungs- und Befristungsfeindlichkeit der Aufrechnungserklärung annehme,¹⁹⁾ teilt aber ebenfalls die Ansicht, dass die außergerichtliche Aufrechnung unbedingt und ohne Rücksicht auf den Bestand der Hauptforderung erklärt werde.²⁰⁾ Auch nach *Fasching* wird die außergerichtliche Aufrechnungserklärung „grundsätzlich“ unbedingt abgegeben. Der Bestand der Hauptforderung ste-

7) Dazu ausführlich *Simsa/Kalser*, ZIK 2020, 136 (138 ff).

8) Vgl dazu schon *Fichtinger*, ZIK 2016, 42 (45 f); *Simsa/Kalser*, ZIK 2020, 136 (138 f).

9) *Simsa/Kalser*, ZIK 2020, 136 (138 f).

10) Etwa OGH 3 Ob 66/21 SZ 3/22; 7 Ob 624/84; 1 Ob 609/87; 8 ObA 293/99; 1 Ob 170/16; 9 Ob 1/20; RIS-Justiz RS0033970.

11) Statt vieler *P. Bydlinski* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*⁶ § 1438 ABGB Rz 3; *Dullinger*, Handbuch der Aufrechnung (1995) 96; *Heidinger* in *Schwimann/Kodek VI*⁴ § 1438 ABGB Rz 10 ff; *Reiterer*, Die Aufrechnung (1976) 53 ff; OGH 7 Ob 624/84; 3 Ob 26/98i; 10 ObS 142/17 f; RIS-Justiz RS0033712.

12) OGH 7 Ob 624/84.

13) *Reiterer*, Aufrechnung 53.

14) *Reiterer*, Aufrechnung 54.

15) *Lippmann*, Rückwirkung und Rechtsgeschäft der Aufrechnungserklärung, JherJB 1901, 435 (486).

16) *Bettelheim* in *Klang* (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch IV¹ (1935) 506.

17) *P. Bydlinski* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*⁶ § 1438 ABGB Rz 5; *Rechberger/Klicka* in *Rechberger/Klicka*⁵ §§ 391 f ZPO Rz 10; *Novak*, Zur prozessualen Aufrechnungseinrede des österreichischen Rechts, JBl 1951, 504 (505); *Rechberger/Simotta*³ Rz 705; *Schwaighofer* in *Höllwerth/Ziehensack* (Hrsg), ZPO – Taschenkommentar (2019) § 391 ZPO Rz 22.

18) *Deixler-Hübner* in *Fasching/Konecny III/2*³ § 391 ZPO Rz 21.

19) *Leupold* in *Schwimann/Neumayr* (Hrsg), ABGB – Taschenkommentar⁴ (2017) § 1438 ABGB Rz 5.

20) *Leupold* in *Schwimann/Neumayr*⁴ § 1438 ABGB Rz 9.

he bei der materiellrechtlichen Aufrechnung häufig außer Zweifel, „andernfalls läge eine Kombination von Anerkennungsvertrag und Aufrechnungserklärung vor.“²¹⁾

2. Argumente für eine außergerichtliche Eventualaufrechnung im Schrifttum

Im jüngeren Schrifttum sprechen sich allerdings immer mehr Stimmen für die Zulässigkeit einer außergerichtlichen Eventualaufrechnung aus. *Rummel* führt dazu aus, dass dem österr. Recht eine Bedingungsfeindlichkeit einseitiger Rechtsgeschäfte im Allgemeinen fremd sei. Auch das in der Zahlung liegende, in aller Regel nur deklarative Anerkenntnis könne durch einen Vorbehalt entkräftet werden, wenn nicht materielle Argumente für eine Bedingungsfeindlichkeit sprächen. Insofern sei es keinesfalls zwingend, dass die Unsicherheit über den Bestand der Forderungen nur für die Prozessdauer erträglich sei und damit eine Bedingungsfeindlichkeit begründe, zumal der Gläubiger der Hauptforderung ohnehin eine Feststellungsklage einbringen könne.²²⁾ Die Aufrechnung gegen eine erloschene Hauptforderung lasse die Gegenforderung daher im Zweifel bestehen, sofern in der Aufrechnung nicht eine Schenkung, ein Erlass oder ein konstitutives Anerkenntnis liege, was gem § 863 ABGB allerdings primär an der Sicht des Aufrechnungsgegners zu messen sei.²³⁾ Dem haben sich *Dullinger*²⁴⁾ und in weiterer Folge auch *Heidinger*²⁵⁾ und *Fruhstorfer*²⁶⁾ unter Betonung der Parallelität zwischen Zahlung unter Vorbehalt und Eventualaufrechnung angeschlossen. Auch sei das Voraussetzen des Bestehens der Hauptforderung eine bloße Scheinbedingung, weil der Bestand der Hauptforderung im Zeitpunkt der Aufrechnungserklärung bereits objektiv feststehe.²⁷⁾ Nach *Oberhammer* soll die „Rechtsunsicherheit“, die sich aus der außergerichtlichen Eventualaufrechnung ergibt, die gleiche wie bei der Zahlung unter Vorbehalt sein. Dementsprechend könne der Schuldner ebenso für den Fall des Bestehens der Gegenforderung²⁸⁾ außergerichtlich aufrechnen, wie er unter Vorbehalt zahlen könne.²⁹⁾ Auch *Reischauer* sieht – unter Hinweis auf die Ähnlichkeit mit der Zahlung unter Vorbehalt – „keine wie immer gearteten rechtlichen Anhaltspunkte“ für die Unzulässigkeit einer außergerichtlichen Eventualaufrechnung. Der Aufrechnungsgegner habe durch das Behaupten einer Forderung die Situation, die den Aufrechnenden zur Eventualaufrechnung veranlasse, ja selbst herbeigeführt.³⁰⁾ *Holly* erachtet die außergerichtliche Eventualaufrechnung ebenfalls mit Blick auf die Zahlung unter Vorbehalt als zulässig und erkennt gegenüber dieser sogar einen Vorteil darin, dass der Eventualaufrechnungsgegner jedenfalls keinem potentiellen Kondiktionsanspruch ausgesetzt sei.³¹⁾ Auch *Fichtinger* und – ihm folgend – *Simsa/Kalser* sprechen sich im Hinblick auf die Kürzung der Aufrechnungsbefugnisse durch Abschluss eines Sanierungsplans für die Zulässigkeit einer Eventualaufrechnung aus, zumal der (in einer Aufrechnungslage befindliche) Insolvenzgläubiger andernfalls dadurch ungerechtfertigt benachteiligt werde, dass er die Wahl treffen müsse, unbedingt oder gar nicht aufzurechnen.³²⁾ So könne er dem Gegner nicht

durch Eventualaufrechnung die Einrede nach § 1052 ABGB nehmen und die strittige Rechtslage erst danach gerichtlich klären lassen. Und schließlich hat sich jüngst auch *Kodek* den kritischen Stimmen im Schrifttum angeschlossen: Zwar könne die Zulässigkeit der Eventualaufrechnung tatsächlich zu Rechtsunsicherheiten führen, dieser Einwand sei jedoch rein praktischer Natur und könne an der Richtigkeit der von der neueren Literatur vorgetragenen Bedenken nichts ändern. Außerdem setze die eingangs besprochene insolvenzrechtliche Rsp den aufrechnungsberechtigten Insolvenzschuldner unter Zugzwang, was zu einer deutlichen Verschlechterung seiner Rechtsposition führe und von der Entscheidung des verstärkten Senats wohl nicht intendiert gewesen sei. Gerade im Hinblick darauf sei daher in Zukunft möglicherweise eine Neubewertung der bisher vertretenen Rechtsansicht geboten.

C. Kritische Würdigung und eigene Ansicht

1. Ausgangspunkt: Keine Aufrechnung ohne Hauptforderung

Die einseitige Aufrechnung erfolgt nach völlig hA durch **Ausübung eines Gestaltungsrechts** mittels empfangsbedürftiger Aufrechnungserklärung.³³⁾ Damit dem Inhaber einer Forderung dieses Gestaltungsrecht kraft Gesetzes zukommt, ist eine sogenannte „Aufrechnungslage“ erforderlich,³⁴⁾ deren Vorliegen anhand der §§ 1438 ff ABGB zu beurteilen ist. Nach diesen Bestimmungen bedarf es dazu der Existenz zweier Forderungen, welche die Merkmale der Gegenseitigkeit, der Gleichartigkeit, der Fälligkeit und der Richtigkeit aufweisen. Nun stellen schon die Wortlaute der §§ 1438 ff ABGB auf „Forderungen“ (in der Mehrzahl) ab, was für sich genommen bereits indiziert, dass die Kompensation tatsächlich die **Existenz zumindest einer Forderung auf jeder Seite** erfordert (und daher die Aufrech-

21) *Fasching*, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen (1959–1974) III 574; *Fasching*, Lehrbuch des österreichischen Zivilprozessrechts² (1990) Rz 1289.

22) *Rummel* in *Rummel* (Hrsg), Kommentar (1990–1992) II² § 1438 ABGB Rz 12.

23) *Rummel* in *Rummel* II² § 1438 ABGB Rz 15.

24) *Dullinger*, Anerkennung einer Mietzinsforderung durch Aufrechnungserklärung oder Stundungersuchen? Eine Besprechung der E 5 Ob 55/93, wobl 1994, 142 (143); *Dullinger*, Handbuch 99ff; *Dullinger* in *Rummel* (Hrsg), Kommentar (2000–2004) II/1³ § 1438 ABGB Rz 12 und 15.

25) *Heidinger* in *Schwimmann/Kodek* VI⁴ § 1438 ABGB Rz 14f.

26) *Fruhstorfer*, Ungeklärte Fragen der Aufrechnung im Sanierungsverfahren, ZIK 2016, 169 (170).

27) *Dullinger*, Handbuch 100 mwN.

28) IS der hier verwendeten Terminologie (vgl. Abschnitt A.) gemeint: Hauptforderung.

29) *Oberhammer*, Aufrechnung mit Forderungen auf Rückzahlung von verbotenen Leistungen und Entgelten im streitigen Verfahren, wobl 1994, 203 (207f).

30) *Reischauer*, Zur Tilgungsfolge bei Aufrechnung (§§ 1415 und 1416 ABGB), ÖJZ 2019, 811 (813).

31) *Holly* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 1438 ABGB Rz 15/1.

32) *Fichtinger*, Die gesetzliche Aufrechnung im Insolvenzverfahren (2016) 17; *Fichtinger*, ZIK 2016, 42 (45); *Simsa/Kalser*, ZIK 2020, 136ff.

33) *P. Bydlinski* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*⁶ § 1438 ABGB Rz 3; *Dullinger*, Handbuch 96; *Heidinger* in *Schwimmann/Kodek* VI⁴ § 1438 ABGB Rz 10ff; *Reiterer*, Aufrechnung 55ff; OGH 7 Ob 624/84; 3 Ob 26/98; 10 ObS 142/17f; RIS-Justiz RS0033712.

34) *Gschnitzer* in *Klang* (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch VI² (1951) 494.

nung gegen eine nicht existierende Forderung eigentlich nicht möglich ist). Für die Frage der Zulässigkeit einer Eventualaufrechnung ist aber insb die Voraussetzung der **Richtigkeit der Forderung** von Interesse:

Richtigkeit bedeutet nach hA, dass die Forderungen „rechtsbeständig“ (also wirksam entstanden und noch nicht untergegangen) sind und außerdem keiner aufschiebenden Bedingung unterliegen.³⁵⁾ Auch die „Klagbarkeit der Forderung“ – diese Terminologie ist aus verfahrensrechtlicher Sicht im Übrigen suboptimal; treffender wäre es unseres Erachtens, von der **Durchsetzbarkeit einer Forderung** zu sprechen – ist nach wohl hA ein Teilaspekt der Richtigkeit.³⁶⁾ Die Durchsetzbarkeit der Forderung wird dabei allerdings **nur für die Gegenforderung** verlangt,³⁷⁾ weil der „Besitzer [...] der richtigen und fälligen Forderung“³⁸⁾ auf den Einwand der mangelnden Durchsetzbarkeit verzichten und stattdessen auch gegen die nicht richtige oder nicht fällige Hauptforderung aufrechnen können soll.³⁹⁾ „Liquidität“ (iS einer leichten Beweisbarkeit des Bestands der Forderungen) wird von der Rsp hingegen zutreffend nicht gefordert.⁴⁰⁾ Ob die Richtigkeit auch die **Einredefreiheit** der Forderung umfasst, ist strittig;⁴¹⁾ auch dabei dreht sich die Diskussion aber nur um die Einredefreiheit der Gegenforderung (und nicht – wie hier interessierend – um die der Hauptforderung).

Hintergrund des Aufrechnungserfordernisses der „Richtigkeit“ ist, dass **Vermögensverschiebungen eines Rechtfertigungsgrundes bedürfen** (andernfalls sind sie konsequenterweise durch das Bereicherungsrecht korrigierbar).⁴²⁾ Die dem zugrundeliegende Gerechtigkeitserwägung – nämlich dass sich niemand aus fremdem Vermögen oder auf fremde Kosten ungerechtigt bereichern soll⁴³⁾ – muss konsequenterweise auch auf die wechselseitige Vernichtung zweier Forderungen mithilfe eines einseitig ausübbarer Tilgungsinstruments (nämlich der Aufrechnung) Anwendung finden. Nun ist es sehr plausibel, die Aufrechnungsvoraussetzung der Richtigkeit beider Forderungen **in gewissen Konstellationen abzuschwächen**. Einleuchtend ist etwa, dass der Empfänger der Aufrechnungserklärung in Bezug auf gewisse Eigenschaften der Forderung (etwa die Durchsetzbarkeit oder die Einredefreiheit) schutzwürdiger ist als der die Aufrechnung erklärende Teil. Das lässt sich schon daraus ablesen, dass eine nicht (mehr) durchsetzbare Forderung bei Fortbestehen der Schuldkomponente⁴⁴⁾ dennoch rechtsbeständig (und eine erfolgte Zahlung dann auch nicht rückforderbar) sowie dass das Erheben allfälliger Einreden der Willkür des Schuldners der Leistung überlassen ist.⁴⁵⁾ Eine **einseitige Modifikation des Erfordernisses der Richtigkeit** bezüglich gewisser Eigenschaften der Forderung des Aufrechnungserklärenden entspricht insofern durchwegs den Wertungen des Zivilrechts. Ob eine solche Modifikation allerdings so weit gehen kann, vom Erfordernis der Richtigkeit **einseitig überhaupt abzugehen**, erscheint – zumindest prima facie – zweifelhaft. Nun postulieren zwar weder die Judikatur noch die Gegner einer Eventualaufrechnung im Schrifttum in ihren Stellungnahmen ausdrücklich ein Abgehen vom Aufrechnungserfordernis

der Richtigkeit beider Forderungen. Allerdings judiziert der OGH in stRsp, dass die Aufrechnung die **Anerkennung der Hauptforderung voraussetze und ohne Rücksicht auf deren Bestand erklärt werde**,⁴⁶⁾ was zumindest de facto zu einer Unterwanderung des Aufrechnungserfordernisses der Richtigkeit – deren Minimalausprägung ja der Rechtsbestand der Forderung ist – führt. Denn das Erfordernis des Anerkenntnisses der Hauptforderung stellt zwar sicher, dass diese entweder von Anfang an richtig war oder eben durch Anerkenntnis „richtig gemacht“ wurde, im Ergebnis wird so aber die Voraussetzung der Richtigkeit insofern unterwandert, als sie keinen von der Aufrechnungserklärung unabhängigen Bedeutungsgehalt mehr hat. In den folgenden Abschnitten sollen daher die dargebotenen Erklärungsmuster für die Notwendigkeit eines konstitutiven Anerkenntnisses im Rahmen der Aufrechnungserklärung auf ihre Stichhaltigkeit überprüft werden.

2. Konstitutives Anerkenntnis im Rahmen der Aufrechnungserklärung?

Interessant ist bei genauerer **Analyse der einschlägigen Judikate**, dass die Frage, was konkret mit „**Anerkennung**“⁴⁷⁾ der Hauptforderung gemeint ist, meist nicht weiter thematisiert wird. Vereinzelt geht der OGH aber zumindest implizit von einem **konstitutiven Anerkenntnis** aus, etwa wenn er in der E OGH 7 Ob 301/01 t festhält, dass aufgrund der Aufrechnung von einer Anerkennung der Hauptforderung auszugehen und dementsprechend „*nur mehr die Berechtigung der Gegenforderung strittig und daher zu untersuchen*“⁴⁸⁾ sei. Tatsächlich muss es sich – damit für die einseitige Aufrechnung gegen eine Nichtforderung etwas gewonnen werden kann – bei der „Anerkennung“

35) Etwa *Dullinger in Rummel II*¹³ § 1438 ABGB Rz 4; *Heidinger in Schwimann/Kodek VI*⁴ § 1439 ABGB Rz 2; *Holly in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 1438 ABGB Rz 20.

36) Vgl *P. Bydlinski in Koziol/Bydlinski/Bollenberger*⁶ § 1439 ABGB Rz 2; *Heidinger in Schwimann/Kodek VI*⁴ § 1439 ABGB Rz 2.

37) *P. Bydlinski in Koziol/Bydlinski/Bollenberger*⁶ § 1439 ABGB Rz 1; *Dullinger in Rummel II*¹³ § 1439 ABGB Rz 1; *Heidinger in Schwimann/Kodek VI*⁴ § 1439 ABGB Rz 6; OGH 1 Ob 55/98i.

38) OGH 10068 GIU 857.

39) OGH 10068 GIU 857; auf diese Entscheidung beruft sich auch *Rummel in Rummel II*² § 1439 ABGB Rz 1, welchem der OGH in seiner für die aktuell stRsp grundlegenden E 1 Ob 55/98i wiederum – auch unter Berufung auf die E GIU 857 – folgte.

40) OGH 3 Ob 461/53; 5 Ob 185/61; 1 Ob 711/89; vgl *P. Bydlinski in Koziol/Bydlinski/Bollenberger*⁶ § 1439 ABGB Rz 2f; *Dullinger in Rummel II*¹³ § 1439 ABGB Rz 1 ff; *Holly in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 1439 ABGB Rz 7.

41) Vgl dazu *P. Bydlinski in Koziol/Bydlinski/Bollenberger*⁶ § 1439 ABGB Rz 2; *Heidinger in Schwimann/Kodek VI*⁴ § 1439 ABGB Rz 2; *Holly in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 1439 ABGB Rz 7.

42) So etwa die allgemeinen Ausführungen zum Bereicherungsrecht von *F. Bydlinski*, System und Prinzipien des Privatrechts (1996) 235; *Kerschner in Fenyves/Kerschner/Vonklich* (Hrsg), Großkommentar zum ABGB – Klang⁹ (seit 2006) Vor §§ 1431–1437 ABGB Rz 2.

43) Vgl *F. Bydlinski*, System 235.

44) Vgl zum Thema *Nunner-Krautgasser*, Schuld, Vermögenshaftung und Insolvenz (2007) 21 ff.

45) Siehe bereits OGH 10068 GIU 857.

46) OGH 3 Ob 66/21 SZ 3/22; 7 Ob 624/84; 1 Ob 609/87; 8 ObA 293/99t; 1 Ob 170/16f; 9 Ob 1/20t; RIS-Justiz RS0033970.

47) Dieser Begriff wird in den meisten der einschlägigen Entscheidungen verwendet, etwa in OGH 7 Ob 624/84; 1 Ob 609/87; 8 ObA 293/99t; 7 Ob 68/03f; RIS-Justiz RS0033970.

48) OGH 7 Ob 301/01t.

um ein **konstitutives Anerkenntnis** handeln. Denn nur das konstitutive Anerkenntnis kann – als eigenständiger Verpflichtungsgrund⁴⁹⁾ – eine bis zur Aufrechnungserklärung nicht bestehende Forderung entstehen lassen und vermag auf diese Weise die Vernichtung der Gegenforderung durch Aufrechnung als causa zu rechtfertigen. Das **deklarative Anerkenntnis** ist demgegenüber kein Verpflichtungsgeschäft und kann insofern auch kein Schuldverhältnis neu begründen. Vielmehr stellt es – als bloße Wissenserklärung (über den Bestand der anerkannten Forderung) – lediglich einen widerlegbaren Beweis für den Bestand einer Forderung dar.⁵⁰⁾ Das deklarative Anerkenntnis einer nicht bestehenden Forderung ändert daher nichts an ihrem Nichtbestehen, weshalb gegen eine nur deklarativ anerkannte Nichtforderung – sofern man (mit Lehre und Rsp) zumindest formell beim Erfordernis der Rechtsbeständigkeit der Hauptforderung als Minimalausprägung der Richtigkeit bleiben möchte – nicht aufgerechnet werden kann.

Dass die Aufrechnung – wie die Rsp formuliert – die „Anerkennung der Hauptforderung“ voraussetze, ist dabei wohl nicht so zu verstehen, dass der „Rechtsgestaltungshandlung Aufrechnungserklärung“ eine weitere Rechtsfolge namens „Anerkennung“ innewohne. Vielmehr soll es sich wohl um **zwei getrennte Rechtsakte** handeln, deren Tatbestandsmerkmale schlicht durch ein und dieselbe Lebenshandlung verwirklicht werden: Wenn etwa der neunte Senat in der E OGH 9 ObA 26/14k festhält, dass die „*außergerichtliche Aufrechnung* [...] also die *Anerkennung der Hauptforderung voraussetzt* [...]]. *Dieses Anerkenntnis hat die Beklagte nie angefochten; davon ist daher auszugehen*“,⁵¹⁾ so scheint dem ein Verständnis zweier getrennter Rechtsakte zugrundezuliegen. Noch expliziter war etwa der achte Senat in der E OGH 8 Ob 216/02a, wonach „*zwischen der Frage, was – etwa aus Gründen des Schutzes des anderen Gläubigers – für die Wirksamkeit der Aufrechnungserklärung zu fordern ist, und der Frage, wann nun der Gläubiger tatsächlich ein Anerkenntnis abgegeben hat, zu unterscheiden ist*“.⁵²⁾

Geht man aber nun davon aus, dass die Rsp der einer Aufrechnung zugrundeliegenden „Anerkennung“ der Hauptforderung das Wesen eines konstitutiven Anerkenntnisses unterstellt und dieses außerdem als eigenständigen Rechtsakt erachtet, so zeigt sich ein **erster Bruch in der Argumentationslinie**: Denn **erstens** wird die (einseitige) Aufrechnung unstrittig durch die Ausübung einer lediglich zugangsbedürftigen (aber eben nicht annahmbedürftigen) Willenserklärung vorgenommen;⁵³⁾ sie ist also ein einseitiges Rechtsgeschäft. Demgegenüber ist das konstitutive Anerkenntnis nach hA ein **zweiseitiges Rechtsgeschäft**, das dem anderen Vertragsteil gegenüber erklärt und von diesem auch **angenommen werden muss**.⁵⁴⁾ Vereinzelt wurde zwar die Zulässigkeit eines nur einseitigen konstitutiven Anerkenntnisses vertreten,⁵⁵⁾ diese Auffassung hat sich aber aus guten Gründen⁵⁶⁾ nicht durchgesetzt: Dass ein bloßer Vermögensvorteil zwar in der Regel auch den Interessen des Begünstigten entspricht, lässt nach österreichischer Systematik die Annahmbedürftigkeit eben nicht entfallen (vgl nur § 865

Abs 2 ABGB e contrario). Die gegenteilige Auffassung würde weiters bedeuten, dass die Aufrechnungserklärung gegen eine nicht bestehende Hauptforderung einem nicht annahmbedürftigen Verzicht gleichkäme, was aber der stRsp⁵⁷⁾ entgegenliefe (die Lehre ist in diesem Punkt gespalten⁵⁸⁾), wonach auch der Verzicht eine vertragliche Vereinbarung darstelle. Zudem wird teils vertreten, dass das konstitutive Anerkenntnis auch den Begünstigten dahingehend binde, dass er nicht mehr einfordern könne, als im Anerkenntnisvertrag vereinbart worden sei.⁵⁹⁾ Auch unter Zugrundelegung dieser Sichtweise müsste das Anerkenntnis jedenfalls der Zustimmung des Begünstigten bedürfen. **Zweitens** stellt die **Strittigkeit oder Zweifelhafteit des anzuerkennenden Rechts oder Rechtsverhältnisses** eine Voraussetzung des Anerkenntnisses dar,⁶⁰⁾ zumal andernfalls durch das Anerkenntnis ein – grundsätzlich problematisches⁶¹⁾ – abstraktes Schuldverhältnis begründet werden könnte. Das wird zwar in aller Regel kein großes praktisches Problem darstellen, weil der Inhaber der Hauptforderung deren Bestand typischerweise zumindest behauptet haben wird und in der Abgabe einer (hier interessierenden) uneigentlich bedingten Aufrechnungserklärung wohl ein gewisser Zweifel des Erklärenden über deren Bestand erblickt werden kann. Das ändert aber nichts daran, dass die Aufrechnungserklärung selbst eine solche Zweifelhafteit oder Strittigkeit der Hauptforderung gerade nicht erfordert: Denkbar wäre etwa, dass beide Parteien im Zeitpunkt der Aufrechnung von der Existenz beider Forderungen ausgegangen sind (es herrschten also weder Zweifel noch Strittigkeit, sodass ein Anerkenntnis weder notwendig noch zulässig war) und sich erst im Nachhinein die Nichtexistenz der Hauptforderung he-

49) Ertl in Rummel II/1³ § 1380 ABGB Rz 6; Neumayr in Koziol/Bydlinski/Bollenberger⁶ § 1375 ABGB Rz 2; vgl auch schon Unger, Zur Lehre vom Anerkennungsvertrag, JherJB 1866, 179 (192 und 200f).

50) Ertl in Rummel II/1³ § 1380 ABGB Rz 7; Heidinger in Schwimann/Kodek VI⁴ § 1375 ABGB Rz 13; Neumayr in Koziol/Bydlinski/Bollenberger⁶ § 1375 ABGB Rz 4; OGH 2 Ob 82/99v; 7 Ob 110/15z; RIS-Justiz RS0111900; RS0114623.

51) OGH 9 ObA 26/14k.

52) OGH 8 Ob 216/02a.

53) P. Bydlinski in Koziol/Bydlinski/Bollenberger⁶ § 1438 ABGB Rz 3; Dullinger, Handbuch 96; Reiterer, Aufrechnung 55ff; OGH 7 Ob 624/84; 3 Ob 26/98i; 10 ObS 142/17f; RIS-Justiz RS0033712.

54) Etwa Fucik in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 1380 ABGB Rz 37; Heidinger in Schwimann/Kodek VI⁴ § 1375 ABGB Rz 5ff; Popp, Das Schuldanerkenntnis des Schuldners gegenüber dem Zessionar (2001) 200f.

55) Vgl etwa Ertl in Rummel II/1³ § 1380 ABGB Rz 6; Reiterer, Aufrechnung 54.

56) Siehe dazu etwa F. Bydlinski, System 149; Ertl in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 938 ABGB Rz 7.

57) Etwa OGH 3 Ob 132/88; 7 Ob 98/06x; 5 Ob 26/08x; 2 Ob 35/17m; 3 Ob 227/19g; RIS-Justiz RS0033948; RS0034122.

58) Siehe dazu etwa P. Bydlinski in Koziol/Bydlinski/Bollenberger⁶ § 1444 ABGB Rz 2f; Heidinger in Schwimann/Kodek VI⁴ § 1444 ABGB Rz 3ff; Holly in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} § 1444 ABGB Rz 13ff.

59) So etwa Popp, Schuldanerkenntnis 199ff; Heidinger in Schwimann/Kodek VI⁴ § 1375 ABGB Rz 6.

60) Fucik in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 1380 ABGB Rz 37; Neumayr in Koziol/Bydlinski/Bollenberger⁶ § 1375 ABGB Rz 2; OGH 1 Ob 27/01d (verstSen); 5 Ob 4/20d; RIS-Justiz RS0032841; RS0032818 (T 4).

61) Vgl etwa P. Bydlinski in Koziol/Bydlinski/Bollenberger⁶ § 937 ABGB Rz 3; Koziol, Zur Gültigkeit abstrakter Schuldverträge im österreichischen Recht, in GS Gschnitzer (1969) 233 (233ff).

rausgestellt hat. Nun zeigt sich an diesen **divergierenden Wirksamkeitsvoraussetzungen** für die einseitige Aufrechnungserklärung auf der einen und das konstitutive Anerkenntnis auf der anderen Seite, dass es zwar Situationen geben mag, in denen ein und dieselbe Willenserklärung beide Tatbestände erfüllen kann, dass dies aber eben nicht zwangsläufig der Fall sein muss. Verlangte man nun für die wirksame Vornahme der Aufrechnungserklärung zwangsläufig auch die Bewirkung eines Anerkenntnisses, so würde entweder die Aufrechnungserklärung mit zahlreichen weiteren Wirksamkeitsvoraussetzungen (nämlich denen eines wirksamen konstitutiven Anerkenntnisses) belastet, was nicht nur die den Wirtschaftsverkehr vereinfachende Wirkung von Zahlungs- und Verrechnungsfunktion⁶²⁾ der Aufrechnung unterlaufen, sondern auch in erheblicher systematischer Schieflage zur Rechtslage bei Zahlung einer Schuld stehen würde (dazu im Folgeabschnitt). Oder aber man ginge davon aus, dass konstitutive Anerkenntnisse – sofern im Rahmen einer Aufrechnungserklärung abgegeben – deutlich weniger strenge Wirksamkeitsvoraussetzungen aufweisen. Technisch denkbar wäre schließlich (was der Rsp aber – wie zuvor dargelegt – wohl nicht unterstellt werden kann), der Aufrechnungserklärung eine (im Gesetz ungeschriebene) „Anerkennungswirkung“ beizumessen. All diese Ergebnisse ließen sich aber wohl nur über den Weg einer **ergänzenden Rechtsfortbildung** erzielen, wofür der Nachweis eines entsprechenden – über die ausdrücklichen Regeln zur Aufrechnung (das zivilrechtliche Anerkenntnis lässt sich aus den positiven Bestimmungen des ABGB ohnehin nur erahnen) hinausgehenden – gesetzgeberischen Regelungsplans erforderlich wäre. Dazu bieten sich ein genauerer Blick auf das zentrale Argument der Befürworter der „Anerkennungswirkung“ einer Aufrechnungserklärung (nämlich auf die Notwendigkeit von **Rechtssicherheit für den Erklärungsempfänger**) sowie ein systematischer **Vergleich zum Schuldtilgungsinstrument „Zahlung“** (§§ 1412 ff ABGB) an.

3. Notwendigkeit sofortiger Rechtssicherheit für Aufrechnungsgegner?

Das zentrale Argument der Befürworter der Notwendigkeit einer (wie auch immer konstruierten) „Anerkennungswirkung“ der Aufrechnungserklärung liegt in **Rechtssicherheitserwägungen zugunsten des Erklärungsempfängers**.⁶³⁾ So wird etwa in der E OGH 7 Ob 624/84 ausgeführt, dass „die schuldtilgende Wirkung einer Kompensationserklärung nicht nach dem Belieben des Schuldners in Schwebe gelassen werden kann“. Vielmehr müsse der Gläubiger, gegen dessen Forderung aufgerechnet werde, „im Vertrauen darauf gestützt werden, dass das Erlöschen beider Forderungen infolge der erklärten Aufrechnung nur noch vom Vorliegen der gesetzlichen Aufrechnungsvoraussetzungen abhängt“.⁶⁴⁾ Auch wird häufig darauf verwiesen, dass die Aufrechnungserklärung die Ausübung eines Gestaltungsrechts darstelle und Gestaltungsrechte (wiederum aus Rechtsschutzermägungen zugunsten des Erklärungsempfängers) ganz generell bedingungsfeindlich seien.⁶⁵⁾

Nun ist die Ablehnung der **Zulässigkeit bedingt vorgenommener Rechtsgestaltungshandlungen** tatsächlich in jenen Konstellationen plausibel, in welchen der Erklärungsempfänger idealtypisch ein erhebliches Bedürfnis an Klarheit über die Wirksamkeit der Rechtsgestaltung hat. So erfordern etwa die Kündigung eines Bestandvertrags oder eines Arbeitsvertrags oft umwälzende „Lebensdispositionen“ des Erklärungsempfängers, der sich nach Erklärungszugang in der Regel nach einer neuen Unterkunft oder einem neuen Arbeitsplatz umsehen muss. Aufgrund der idealtypischen Lebenssituationen, mit denen sich der Erklärungsempfänger hier konfrontiert sieht, ist es überzeugend, sowohl die Kündigung eines Bestandvertrags⁶⁶⁾ als auch die Kündigung eines Arbeitsvertrags⁶⁷⁾ grundsätzlich als bedingungsfeindlich zu erachten. Allerdings kann nicht zwangsläufig von einer Gleichschaltung der Interessenlagen der Empfänger jeglicher Rechtsgestaltungserklärungen ausgegangen werden; vielmehr ist eine **differenzierte Betrachtung** der Adressaten unterschiedlicher Gestaltungserklärungen angebracht.

Dass die **Rechtsposition des Empfängers einer Aufrechnungserklärung** wohl nicht im selben Ausmaß wie etwa jene des Empfängers der Kündigung eines Arbeitsverhältnisses schützenswert ist, lässt sich schon aufgrund der Tatsache erahnen, dass die (potentielle) wechselseitige Tilgung zweier Forderungen in aller Regel keine umwälzenden „Lebensdispositionen“ des Erklärungsempfängers nötig macht. Oft hat eine solche Tilgung buchhalterische Konsequenzen, allenfalls mag sich der Adressat der Aufrechnungserklärung zudem nun plötzlich zur gerichtlichen Durchsetzung seiner eigenen Forderung (oder der gerichtlichen Feststellung des Nichtmehrbestehens der Gegenforderung) veranlasst sehen. Zweifel über Bestand und Höhe einer Forderung sind aber ganz generell im Wirtschaftsleben (auch privater Personen) keineswegs unüblich, weshalb die Annahme einer besonderen Schutzwürdigkeit des durch eine (allenfalls uneigentlich bedingte) Aufrechnungserklärung in Unsicherheit versetzten Erklärungsadressaten – zumindest an den realen Konsequenzen gemessen – überzogen erscheint. Anhaltspunkte für eine entsprechende **gesetzgeberische Wertung** können der Rechtsordnung an verschiedenen Stellen entnommen werden; nachdem der Hauptzweck des Rechtsinstituts Aufrechnung in seiner Zahlungsfunktion (häufig wird die Aufrechnung dementsprechend als „Zahlungssurrogat“⁶⁸⁾ oder „Erfüllungssurrogat“ bezeichnet)

62) Vgl P. Bydlinski in Koziol/Bydlinski/Bollenberger⁶ § 1438 ABGB Rz 4; Dullinger, Handbuch 2f; Holly in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} § 1438 ABGB Rz 4.

63) OGH 7 Ob 624/84.

64) OGH 7 Ob 624/84.

65) OGH 7 Ob 624/84.

66) Vgl etwa Lovrek in Rummel/Lukas (Hrsg), ABGB – Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch⁴ (ab 2014) § 1116 ABGB Rz 14; Pesek in Schwimann/Kodek V⁴ § 1116 ABGB Rz 1; Riss in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 1116 ABGB Rz 1.

67) Etwa Krejci in Rummel I⁹ § 1159c ABGB Rz 50f; Neumayr in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 1159c ABGB Rz 6.

68) Etwa OGH 3 Ob 598/82; 2 Ob 40/09k; RIS-Justiz RS0020225.

gat⁶⁹⁾ bezeichnet) besteht,⁷⁰⁾ liegt hier aber insb ein Blick auf die entsprechende **Handhabung bei der Zahlung** nahe.

Dabei zeigt sich bereits an den Bestimmungen der §§ 1431 sowie 1432 Fall 2 ABGB, dass zu Unrecht geleistete Zahlungen grundsätzlich rückforderbar sind, sofern dem Leistenden nicht bewusst war, dass er eigentlich nicht leisten musste.⁷¹⁾ § 1432 Fall 2 ABGB rechtfertigt bei Wissen um die Nichtschuld nur ausnahmsweise eine abstrakte Vermögensverschiebung und stellt nach hA dann selbst einen gesetzlichen Titel sui generis für den Eigentumserwerb durch den Leistungsempfänger dar.⁷²⁾ Diese hohe Schwelle für einen Ausschluss der Rückforderbarkeit ist etwa gegenüber Minderjährigen und nicht voll geschäftsfähigen Volljährigen herabgesetzt, sofern das irrtümlich Bezahlte nicht mehr vorhanden ist und auch nicht zum Nutzen des Empfängers verwendet wurde (§ 1437 Satz 2 ABGB). Daraus lassen sich für die weiteren Überlegungen mehrere relevante Schlüsse ziehen: Zunächst ist die **Zahlung einer Nichtschuld grundsätzlich rückforderbar**, obwohl auch hier der Zahlungsempfänger (gleich wie der Erklärungsempfänger bei der Aufrechnung) unter Umständen Zweifel daran haben kann, ob seine Forderung als causa für die Vermögensverschiebung dem angenommenen Grund oder der geleisteten Höhe nach tatsächlich existiert. Das trifft grundsätzlich sogar dann zu, wenn der Zahlungsempfänger im Vertrauen auf die schuldrechtliche Begründetheit der erfolgten Zahlung das Geleistete bereits wieder ausgegeben hat.⁷³⁾ § 1432 Fall 2 ABGB knüpft insofern nicht an die (bis zu einem gewissen – aber eben geringen – Grad unbestritten vorhandene) Schutzwürdigkeit des Leistungsempfängers, sondern an die mangelnde Schutzwürdigkeit des Leistenden an.⁷⁴⁾ Nur im Fall besonders hinzutretender Umstände, die eine **erhöhte Schutzwürdigkeit des Leistungsempfängers** bewirken (vgl etwa § 1437 Satz 2 ABGB), kann sich die Interessenbewertung zu dessen Gunsten verschieben. Angesichts der (grundsätzlichen) Rückforderbarkeit einer geleisteten Nichtschuld wird konsequenterweise auch eine „Zahlung unter Vorbehalt“ (mit der insb spätere Streitigkeiten über das Wissen um die Nichtschuld unterbunden werden sollen) gemeinhin als zulässig erachtet.⁷⁵⁾ Nun erhärtet der Vergleich der Schutzwürdigkeit des Zahlungsempfängers mit jener des Empfängers der Aufrechnungserklärung den ursprünglichen Verdacht allerdings noch weiter: Die Versuchung, im Vertrauen auf eine erhaltene Zahlung neue (vielleicht unnötige) Ausgaben zu tätigen, dürfte oft deutlich ausgeprägter sein als im Fall einer (nur scheinbaren) Tilgung zweier einander gegenüberstehender Forderungen (wenn gleich natürlich auch hier denkbar ist, dass der Schuldner der eventuell nicht werthaltigen Hauptforderung im Vertrauen auf seine wiedergewonnene Kreditwürdigkeit Ausgaben tätigt, die er später bereuen könnte): Denn die tatsächliche Verschiebung körperlicher Vermögenswerte (durch eine entsprechende Zahlung) ist greifbarer und für viele Personen insoweit wohl⁷⁶⁾ stärker vertrauensbildend als die bloße Vernichtung des Rechtsgrundes für eine solche Vermögensverschiebung. All dies bestätigt die zuvor geäußerte Vermutung

eines **bloß moderaten Rechtssicherheitsbedürfnisses des Empfängers einer Aufrechnungserklärung**.

Aus dem Gesagten lässt sich nun ableiten: Die **Rechtsposition des Empfängers einer Aufrechnungserklärung** ist nicht mit jener des Empfängers sonstiger rechtsgestaltender Erklärungen, sondern vielmehr mit der des **Empfängers einer Zahlung zu vergleichen**. In § 1432 Fall 2 sowie § 1437 Satz 2 ABGB ist ein **eindeutiger Regelungsplan des Gesetzgebers erkennbar**, der eine **ergänzende Rechtsfortbildung** zugunsten des Empfängers der Aufrechnungserklärung, wonach die Aufrechnungserklärung notwendigerweise ein Anerkenntnis des Aufrechnenden enthalte, **nicht rechtfertigen kann**.

4. Ergebnis: Kein zwingendes Anerkenntnis aus Rechtssicherheitserwägungen und Zulässigkeit der außergerichtlichen Eventualaufrechnung

Mangels hinreichender Anhaltspunkte für einen gesetzgeberischen Regelungsplan, wonach aus Rechtssicherheitserwägungen jedenfalls ein (konstruktiv wie auch immer ausgestaltetes) konstitutives Anerkenntnis der Hauptforderung erforderlich wäre, ist eine entsprechende **ergänzende Rechtsfortbildung nicht möglich**. Das bedeutet aber, dass die Aufrechnungserklärung weder eine automatische „Anerkennungswirkung“ zeitigt noch mit ihr zwangsläufig ein konstitutives Anerkenntnis verbunden werden muss. Daher bewirkt die Aufrechnungserklärung gegen eine nicht bestehende Forderung (mangels Aufrechnungslage) schlicht **keine Aufrechnung**, sodass die Gegenforderung des die Aufrechnung Erklärenden weiterhin besteht.

Daraus folgt aber keineswegs, dass in der Aufrechnungserklärung nicht dennoch auch ein (konstitutives oder deklaratives) Anerkenntnis erblickt werden kann (mit anderen Worten: dass in der Lebenshandlung „Erklärung, dass die wechselseitigen Forderungen getilgt sein sollen“ **neben** einer Aufrechnungserklärung auch ein deklaratives Anerkenntnis oder die für ein konstitutives Anerkenntnis erforderliche Willenserklärung des Anerkennenden stecken kann). Ob das der Fall

69) Etwa von *Dullinger*, Handbuch 1; *Holly* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 1438 ABGB Rz 1; *Kodek* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 893 ABGB Rz 2.

70) *P. Bydliniski* in *Koziol/Bydliniski/Bollenberger*⁶ § 1438 ABGB Rz 4; *Heidinger* in *Schwimmann/Kodek VI*⁴ § 1438 ABGB Rz 14; *Holly* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 1438 ABGB Rz 4.

71) Siehe etwa *Koziol/Spitzer* in *Koziol/Bydliniski/Bollenberger*⁶ § 1432 ABGB Rz 3; *Lurger* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.07} § 1432 ABGB Rz 4; *Mader* in *Schwimmann/Kodek VI*⁴ § 1431 ABGB Rz 8 ff.

72) *Kerschner* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang*³ § 1432 ABGB Rz 1f sowie 8 mwN; *Lurger* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.07} § 1432 ABGB Rz 4.

73) Vgl *Rummel* in *Rummel II*¹³ § 1432 ABGB Rz 7.

74) *Koziol/Spitzer* in *Koziol/Bydliniski/Bollenberger*⁶ § 1432 ABGB Rz 3; *Kerschner* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang*³ § 1432 ABGB Rz 1.

75) Dazu im Schrifttum etwa *Kerschner* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang*³ § 1432 ABGB Rz 12; *Oberhammer*, wobl 1994, 208; *Rummel* in *Rummel II*¹³ § 1432 ABGB Rz 7.

76) Auf diese und weitere Überlegungen stützt sich etwa das Erfordernis einer „wirklichen Übergabe“ für den Abschluss eines Schenkungsvertrags (§ 943 ABGB); zu diesem Thema ausführlich *Fritzer*, Die Form der Schenkung unter Lebenden (2018) 65 ff; s auch *P. Bydliniski*, Die Formpflicht bei der Schenkung ohne wirkliche Übergabe (§ 1 Abs 1 lit d NZwG), NZ 1991, 166.

ist, muss aber im Einzelfall nach den allgemeinen Grundsätzen der Rechtsgeschäftslehre (also in erster Linie durch Ermittlung des Erklärungsinhalts anhand des Empfängerhorizonts⁷⁷⁾) beurteilt werden. Zudem wäre es grundsätzlich denkbar, in analoger Anwendung des § 1432 Fall 2 ABGB, auch dem wissentlich gegen eine nicht bestehende Forderung Aufrechnenden eine spätere Durchsetzung seiner Gegenforderung aus den dem § 1432 Fall 2 ABGB zugrundeliegenden Werthaltungen zu verwehren. Das ist allerdings für die Beantwortung der eingangs aufgeworfenen Frage der Zulässigkeit einer außergerichtlichen Eventualaufrechnung nicht mehr von Bedeutung (weshalb die hierzu notwendigen tiefergehenden Untersuchungen unterbleiben können): Denn wenn die Abgabe eines konstitutiven Anerkenntnisses im Rahmen der Aufrechnungserklärung eben nicht zwingend notwendig ist, dann ist es auch möglich, dass die Aufrechnungserklärung mangels bestehender Aufrechnungslage ins Leere geht. Die Beifügung der **uneigentlichen Bedingung des Bestehens einer Aufrechnungslage** („Ich rechne hiermit auf, sofern die Hauptforderung tatsächlich besteht“) kann an diesem Grundsatz nichts ändern, sodass im Ergebnis von der Zulässigkeit einer außergerichtlichen Eventualaufrechnung auszugehen ist. Die Rechtsposition eines Insolvenzgläubigers bei aufrechter Aufrechnungslage und „drohendem“ Sanierungsplan mag im Übrigen noch schützenswerter sein, sodass in dieser Sonderkonstellation jedenfalls – selbst bei Beibehaltung der grundsätzlichen Annahme einer „Anerkennungswirkung“ der Aufrechnungserklärung – eine abweichende Position angezeigt ist. Unseres

Erachtens lässt sich ein entsprechendes Ergebnis aber bereits nach Zivilrecht im Allgemeinen (besser: auch außerhalb der Insolvenz des Aufrechnungsgegners) erzielen.

D. Zusammenschau

Entgegen der gefestigten Rsp und bedeutenden Teilen der Lehre bewirkt eine Aufrechnungserklärung zwar möglicherweise, aber eben nicht zwingend die „Anerkennung“ der Hauptforderung. Dies ist vielmehr eine Frage der Auslegung der Aufrechnungserklärung. Für eine entsprechende ergänzende Rechtsfortbildung (die gemeinhin mit dem Rechtssicherheitsbedürfnis des Erklärungsempfängers begründet wird) ist kein hinreichender gesetzgeberischer Regelungsplan ersichtlich. Besteht die Hauptforderung daher nicht (oder nicht in voller Höhe) zu Recht, so geht die Aufrechnungserklärung (in jenem Ausmaß, in welchem sie über die Höhe der Hauptforderung hinausgeht) ins Leere. Die uneigentliche Bedingung des Bestehens der Aufrechnungslage kann der Aufrechnungserklärung wirksam beifügt werden und ist in aller Regel geeignet, ein (deklaratives oder gar konstitutives) Anerkenntnis zu verhindern.

77) Vgl etwa Rummel in Rummel/Lukas⁴ § 863 ABGB Rz 14 ff; Wiebe in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1,04} § 863 ABGB Rz 14; instruktiv F. Bydlinski, Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäftes (1967) 41: „Läßt sich das Verhalten zwanglos auch so deuten, [...] daß beabsichtigt ist, eine als schon bestehend vorausgesetzte Verbindlichkeit zu erfüllen, so darf das Verhalten nicht als Übernahme rechtsgeschäftlicher Verpflichtungen verstanden werden.“

→ In Kürze

Die starre Ablehnung der Zulässigkeit einer außergerichtlichen Eventualaufrechnung kann bei genauerer Betrachtung nicht überzeugen. Insbesondere hält das Argument der Notwendigkeit von Rechtssicherheit des Erklärungsempfängers einem Vergleich mit den Bestimmungen zur Zahlung (§§ 1412ff ABGB) nicht stand. Entgegen der stRsp ist in der Aufrechnungserklärung daher nicht notwendigerweise ein Anerkenntnis der Hauptforderung zu erblicken. Vielmehr ist die Abgabe einer bedingten Aufrechnungserklärung – zumal sie nur die Aufrechnungsvoraussetzung der Richtigkeit ausdrücklich wiederholt – zulässig und wirksam.



→ Zum Thema

Über die Autoren:

Assoz. Prof. MMMag. Dr. Philipp Anzenberger ist am Institut für Zivilverfahrensrecht und Insolvenzrecht der Universität Graz tätig. Er ist für die Fächer Zivilverfahrensrecht und bürgerliches Recht habilitiert und forscht und lehrt in diesen Rechtsbereichen. Kontaktadresse: Universitätsstraße 15, 8010 Graz. Tel: +43 (0)316 380 3349, E-Mail: philipp.anzenberger@uni-graz.at

Univ.-Ass. Mag. Nikolas Raunigg ist am Institut für Zivilrecht, Ausländisches und Internationales Privatrecht der Universität Graz beschäftigt. Er verfasst eine Dissertation zum Thema der Content Moderation in sozialen Netzwerken. Kontaktadresse: Universitätsstraße 15, 8010 Graz. Tel: +43 (0)316 380 3290, E-Mail: nikolas.raunigg@uni-graz.at