

Wilma Dehn • Elke Heinrich-Pendl •
Helga Jesser-Huß • Matthias Pendl •
Thomas Schoditsch • Ulfried Terlitza (Hrsg)

Festschrift für Peter Bydlinski

Sonderdruck

Philipp Anzenberger

**Zur Notwendigkeit der Reihung
mehrerer aufrechnungsweise
eingewendeter Gegenforderungen**

Bibliographische Information der Deutschen Nationalbibliothek
Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der
Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische
Daten stehen unter <<http://dnb.d-nb.de>> zur Verfügung.

Das Werk ist urheberrechtlich geschützt.
Sämtliche daraus abzuleitenden Rechte sind vorbehalten.
Dies gilt insbesondere, aber nicht ausschließlich, für das Recht
zur Vervielfältigung und Verbreitung des gesamten Werkes oder
von Teilen desselben durch druck- und fotomechanische Verfahren,
zur elektronischen Speicherung insbesondere
in Datenverarbeitungsanlagen
oder auf maschinenlesbaren Datenträgern
oder das Recht zur Übersetzung in sämtliche Sprachen.

Für Abdruckgenehmigungen odgl. wenden Sie sich bitte unter
<www.jan-sramek-verlag.at>
an den Verlag.

Produkthaftung:
Trotz sorgfältiger Bearbeitung und Kontrolle kann
keine Garantie für die Vollständigkeit, Aktualität oder
Fehlerlosigkeit des Werkes gegeben werden. Eine Haftung des
Verlages, der Herausgeber und/oder Autoren aus dem Inhalt
dieses Werkes ist ausgeschlossen.

Eigensatz des Verlages
Schrift: Arnhem Pro
Druck und Bindung: Prime Rate Kft
Gedruckt auf: Munken Premium Cream 80 g 1,3 vol.

DOI <https://doi.org/10.52018/INKB-00289-B000>

ISBN 978-3-7097-0289-5

© Wien 2022, Jan Sramek Verlag KG

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Verzeichnis der Autorinnen und Autoren	XVII
<i>Philipp Anzenberger</i>	
Zur Notwendigkeit der Reihung mehrerer aufrechnungsweise eingewendeter Gegenforderungen	3
<i>Stefan Arnold</i>	
Künstliche Intelligenz, Verschulden und Zurechnung: Autonome KI-Systeme als Erfüllungsgehilfen?	25
<i>Erwin Bernat</i>	
Von den Anfängen der Eisenbahn- und Kraftfahrzeughaftpflicht bis zum EKHG	45
<i>Michael Bydlinski</i>	
Zu Rechtswidrigkeit, Verschulden, vertretbarer Rechtsansicht sowie rechtmäßigem und vertretbarem Alternativverhalten im Amtshaftungsrecht	85
<i>Wilma Dehn</i>	
»Den Kredit hamma!« – Oder?	109
<i>Walter Doralt • Peter Schwarzenegger</i>	
Händlervertrieb und Fehlverhalten des Herstellers	127
<i>Silvia Dullinger</i>	
Das Abnahme- oder Überprüfungsverfahren nach § 1334 ABGB und § 457 UGB im Recht der Nichterfüllung	147
<i>Bernhard Eccher</i>	
Redlicher Erwerb vom Scheinvermächtnisnehmer	161

<i>Wolfgang Faber</i>	
Grundfragen eines gewährleistungsäquivalenten Direktanspruchs gegen den Hersteller	177
<i>Attila Fenyves</i>	
Ausgewählte Fragen der Vermögensschadenhaftpflichtversicherung für Rechtsanwälte	197
<i>Susanne Ferrari</i>	
Der Erlass der Anrechnung bei gesetzlicher Erbfolge der Kinder	215
<i>Constanze Fischer-Czermak</i>	
Interessenkollisionen bei der Vorsorgevollmacht	231
<i>Holger Fleischer</i>	
Wesen, Rechtsnatur und Begriff der Personengesellschaft	251
<i>Robert Fucik</i>	
Gesetz und Sprache – Verbesserungspotential historischer und aktueller Gesetzestexte	265
<i>Thomas Garber</i>	
Zur Zulässigkeit eines Zwischenbeschlusses zur Verjährung im außerstreitigen Verfahren – Betrachtungen de lege lata und de lege ferenda	277
<i>Christoph Grabenwarter • Beate Sündhofer</i>	
Die Bedeutung der Judikatur des Obersten Gerichtshofes für die Recht- sprechung des Verfassungsgerichtshofes in Gesetzesprüfungsverfahren .	295
<i>Hans Christoph Grigoleit</i>	
Rechtssprechungsänderung und Vertrauensschutz	313
<i>Irmgard Griss</i>	
Sprache und Recht – eine notwendige, nicht immer glückliche Beziehung	339
<i>Susanne Haas</i>	
Zum Ersatz der Kosten für Verteidigung und Vertretung bei Verleumdung	345

<i>Friedrich Harrer</i>	
Der Untermieter de lege ferenda	367
<i>Martin Häublein</i>	
Wirksame Willenserklärungen Geschäftsunfähiger – geht das?	379
<i>Elke Heinrich-Pendl • Matthias Pendl</i>	
Zur Schlüsselfunktion der Gesamtkosten im Verbraucherkreditrecht	399
<i>Christian Holzner</i>	
Redlichkeitszeitpunkt beim grundbücherlichen Rechtserwerb	417
<i>Georg Jeremias</i>	
Das schadenersatzrechtliche »Gegenrecht«	443
<i>Helga Jesser-Huß</i>	
Multimodaler Gütertransport – der österreichische Weg	461
<i>Ernst Karner</i>	
Zur Haftung des Waldeigentümers nach § 176 ForstG	479
<i>Ferdinand Kerschner</i>	
Gedanken zur Dritthaftung bei Sachverständigengutachten	497
<i>Susanne Kissich</i>	
Ist die Namens- und Staatsangehörigkeitsehe (§ 23 EheG) noch zeitgemäß?	511
<i>Lukas Klever</i>	
Die bloß teilweise Verbesserung im Gewährleistungsrecht	525
<i>Bernhard A. Koch</i>	
Dateischäden	545
<i>Harald Koch</i>	
Rechtsmissbrauch im/durch kollektiven Rechtsschutz?	565
<i>Georg Kodek</i>	
Alte und neue Herausforderungen für die Einredelehre – Überlegungen aus Anlass des GRUG	579

<i>Helmut Koziol</i>	
Gedanken zur Dinglichen Einigung	599
<i>Elisabeth Lovrek • Matthias Neumayr</i>	
Verfahrensfragen rund um die Bürgschaft	617
<i>Brigitta Lurger</i>	
Konsumentenschutzrecht und Digitalisierung	637
<i>Stephan Madaus</i>	
Die rechtsgrundlose Bürgschaft	657
<i>Ulrich Magnus</i>	
Rechtsmissbräuchlichkeit von Rechtswahl- und Gerichtsstandsklauseln	675
<i>Franz-Stefan Meissel</i>	
Einbringung <i>quoad sortem</i> und <i>quoad usum</i> bei der GesbR unter Lebensgefährten	699
<i>Rudolf Muhr</i>	
Lesbarkeit und Terminologie der österreichischen COVID-19 Rechts- und Ratgebertexte	719
<i>Bettina Nunner-Krautgasser</i>	
Rechtsfragen an der Schnittstelle zwischen individueller und kollektiver Rechtsdurchsetzung	739
<i>Stefan Perner • Martin Spitzer</i>	
Österreichisches Bankgeheimnis und (internationaler) Asset Deal	755
<i>Jürgen C. T. Rassi</i>	
Was leistet das materielle Recht für den Prozess?	777
<i>Rudolf Reischauer</i>	
Vereinigung der Bestandnehmer- und der Bestandgeberstellung infolge des Erwerbs des Bestandgegenstandes (§ 1445 ABGB)?	795
<i>Gert-Peter Reissner</i>	
Grundfragen und aktuelle Probleme im Bereich des § 1155 ABGB	811

<i>Olaf Riss</i>	
Klauselrichtlinie und (nachträgliche) Vertragslücken – Zu welchem Füllmaterial greift der Rechtsökonom?	831
<i>Hansjörg Sailer</i>	
Wichtige Veränderungen beim Miteigentum	855
<i>Martin Schauer</i>	
Zur Beitragspflicht des Vermächtnisnehmers	873
<i>Thomas Schoditsch • Peter Vollmaier</i>	
Aktuelle Fragen des Verjährungsrechts	885
<i>Reinhard Singer</i>	
Pandemiebedingte Betriebsschließungen und ihre Auswirkungen auf gewerbliche Mietverhältnisse	907
<i>Johannes Stabentheiner</i>	
Ein paar Worte zu Peter Bydlinski aus der Sicht des Zivilrechtslegisten ...	923
<i>Elisabeth Staudegger</i>	
Vom Verstehen des ABGB	927
<i>Martin Stefula • Axel Thoß</i>	
Die Erlangung eines <i>melius</i> im Zuge der Nachbesserung – Gedanken zum Vorteilsausgleich	947
<i>Barbara C. Steininger</i>	
Das Einverständnis des Anweisungsempfängers mit der Anweisung	963
<i>Ulfried Terlitz</i>	
Hotelbetrieb im Wohnungseigentum	977
<i>Matthias Unterrieder</i>	
Die Formulierung von Kontaktbeschränkungen am Beispiel von »3G am Arbeitsplatz«	997
<i>Andreas Vonkilch</i>	
Das reformierte Darlehensrecht des ABGB und das weitere Schicksal von Loan to Value-Klauseln bei der gewerblichen Immobilienfinanzierung	1003

Bernd Wieser

Die Vertretungsmacht des Bürgermeisters in der Judikatur
des VwGH – eine kritische Würdigung 1013

Johannes Wühl

Ausgewählte unabwendbare Ereignisse, insbesondere nach dem EKHG 1031

Curriculum Vitae o. Univ.-Prof. Dr. Peter Bydlinski 1047

PHILIPP ANZENBERGER

Zur Notwendigkeit der Reihung mehrerer aufrechnungsweise eingewendeter Gegenforderungen

I. Ausgangslage und Problemstellung

Die prozessuale Aufrechnungseinrede ist ein **strategisch attraktives Verteidigungsmittel** für den Beklagten: Er kann sie nämlich – anders als das die stRsp für die Aufrechnung nach materiellem Zivilrecht judiziert¹ – *in eventu* erklären, sodass über seine Gegenforderung erst dann abzusprechen ist, wenn das Gericht die Klagsforderung bejaht.² Auch das Kostenrisiko einer auf diese Weise erfolgenden gerichtlichen Überprüfung der Gegenforderung ist deutlich geringer als bei gesonderter Einklagung, etwa weil keine gesonderten Pauschalgebühren anfallen und weil – gerade bei konnexen Gegenforderungen – gewisse Beweisergebnisse oft auch für die Gegenforderung verwertbar sind, sodass keine zusätzlichen Kosten entstehen. Und schließlich steht dem Beklagten auch dann voller Kostenersatz zu, wenn zwar die Klagsforderung zu Recht besteht, die Klage aufgrund erfolgreicher Aufrechnungseinrede aber dennoch abgewiesen wird.³ Es ist daher wenig verwunderlich, dass die Prozessaufrechnung zum **Prozessalltag** gehört.

In eklatantem Gegensatz dazu steht die **spärliche Regelungsdichte** zu diesem Themenkomplex; die ZPO selbst enthält mit § 188, § 391 Abs 3 und § 411 Abs 1 Satz 2 ZPO nur sehr wenige ausdrückliche Bestimmungen über die Prozessaufrechnung. Dieser Umstand sowie die Komplexität dieses Rechtsinstituts hatten – auch das überrascht kaum – im Ergebnis eine Fülle an literarischen

DOI <https://doi.org/10.52018/INKB-00289-Bo01>.

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

2 Vgl OGH 1 Ob 538/77; 1 Ob 2097/96f; 7 Ob 143/07s; 4 Ob 241/14s; 9 Ob 54/17g; RIS-Justiz RS0034013; *Deixler-Hübner* in Fasching/Konecny, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen³ (ab 2013) III/2 § 391 ZPO Rz 22; *Fasching*, Lehrbuch des österreichischen Zivilprozessrechts² (1990) Rz 1289; *Kodek/Mayr*, Zivilprozessrecht⁵ (2021) Rz 627; *Rechberger/Klicka* in Rechberger/Klicka, Kommentar zur ZPO⁵ (2019) §§ 391–392 ZPO Rz 10; *Rechberger/Simotta*, Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts⁹ (2017) Rz 705.

3 Etwa *M. Bydlinski*, Kostenersatz im Zivilprozess (1992) 183 ff.

Stellungnahmen und eine kaum mehr zu überblickende Flut an Judikatur zu diesem Themenkreis zur Folge.⁴ Bisher wenig literarische Aufmerksamkeit wurde dabei der Frage gewidmet, wie die **aufrechnungsweise Einwendung mehrerer Gegenforderungen** im Prozess handzuhaben ist. Die Rsp hat hierzu die Auffassung entwickelt, dass der Beklagte zwar die Prüfungsreihenfolge der Gegenforderungen im Prozess vorgeben könne, dazu aber nicht verpflichtet sei.⁵ In engem Zusammenhang damit stehen die Fragen, welche von mehreren bejahten Gegenforderungen nun tatsächlich zur Tilgung der Hauptforderung heranzuziehen und über welche der verneinten Gegenforderungen rechtskräftig abzusprechen ist. Im vorliegenden Beitrag sollen zunächst die prozessualen Auswirkungen der genannten Judikaturlinie untersucht werden, um gewisse systematische Argumente zu ihrer Bewertung und zur Beantwortung der soeben aufgeworfenen Fragen zu generieren. Anschließend können die einschlägigen Entscheidungen einer kritischen Würdigung unterzogen werden, um (allenfalls) eine Neuevaluierung der Problematik vorzunehmen.

II. Die ständige Rechtsprechung: Keine Notwendigkeit einer Reihung der Gegenforderungen

Probleme bei der Handhabung mehrerer einredeweise geltend gemachter Gegenforderungen haben die **Judikatur** schon des Öfteren beschäftigt. Die eingangs dargestellte Frage der **Notwendigkeit einer Reihung der Gegenforderungen** wurde vom OGH erstmals in der Entscheidung 1 Ob 617/91 ausführlich behandelt und im Ergebnis **verneint** (worauf sich auch zahlreiche Folgeentscheidungen⁶ stützen). Der Beklagte könne zwar eine Reihung vornehmen, eine diesbezügliche Verpflichtung gebe es aber nicht:⁷ Denn es finde sich im österreichischen Prozessrecht keine Bestimmung, die eine aufrechnungsweise Einwendung mehrerer, die Klagsforderung einzeln oder insgesamt übersteigender Gegenforderungen verbiete. Auch existiere keine Norm, aufgrund derer der Beklagte eine **Reihenfolge der Prüfung der eingewendeten Gegenforderungen** anzugeben habe. Zwar hätten die Parteien grundsätzlich die Möglichkeit, Eventualanträge an bloß innerprozessuale Bedingungen zu knüpfen, weshalb es – wie auch bei anderen Einwendungen des Beklagten – als zulässig angesehen werden

4 Vgl nur *Deixler-Hübner* in Fasching/Konecny, Kommentar³ III/2 § 391 ZPO Rz 1 ff; *Rechberger/Klicka* in Rechberger/Klicka, Kommentar⁵ §§ 391–392 ZPO Rz 1 ff mwN.

5 OGH 1 Ob 617/91; 6 Ob 652/93; 10 Ob 23/12y; 4 Ob 42/15b; 2 Ob 103/17m; RIS-Justiz RS0130155.

6 OGH 6 Ob 652/93; 10 Ob 23/12y; 4 Ob 42/15b; 2 Ob 103/17m; RIS-Justiz RS0130155.

7 OGH 1 Ob 617/91.

müsse, »wenn er eine Reihenfolge bestimmt, in der die von ihm eingewendeten Gegenforderungen geprüft werden sollen.«⁸ Eine **Verpflichtung zur Vornahme einer solchen Reihung bestehe aber nicht**. Insbesondere könne aus dem Bestimmtheitsgebot nicht abgeleitet werden, dass mehrere aufrechnungsweise eingewendete Forderungen in ein Eventualverhältnis zu setzen seien.⁹

Ausführlich wurde diese Frage erneut in der Entscheidung OGH 4 Ob 42/15b thematisiert; der vierte Senat kam dabei zu der Auffassung, dass an der bisherigen Rechtsprechungslinie festzuhalten sei: Zwar sei eine sogenannte **alternative Klagenhäufung**, bei der ein Kläger dem Gericht überlässt, welchem von mehreren Begehren es stattgeben möchte, **unzulässig**. Anders als die Klage bestimme die Aufrechnungseinrede aber nicht den Streitgegenstand des Prozesses, sondern der Beklagte strebe lediglich »die Vernichtung des Klageanspruchs«¹⁰ an, wofür das Bestehen der Gegenforderung nur eine Vorfrage darstelle. Dass über diese Vorfrage gem § 411 Abs 1 Satz 2 ZPO (in beschränktem Umfang) rechtskräftig entschieden werden könne, ändere nichts daran, dass die Aufrechnungseinrede ein Verteidigungsmittel des Beklagten darstelle und dieser nicht gehalten sei, mehrere Verteidigungsmittel zueinander in ein Eventualverhältnis zu bringen.¹¹ Das müsse auch für mehrere Aufrechnungseinreden gelten, die auf verschiedene Gegenforderungen gestützt werden.

Der OGH setzte sich in der Entscheidung 4 Ob 42/15b auch mit der Frage auseinander, **wie das Gericht vorzugehen hat**, wenn der **Beklagte eine Reihung der Gegenforderungen unterlässt**. Dabei verwarf er die Überlegung, die Rsp¹² zur Anwendbarkeit der gesetzlichen Tilgungsreihenfolge gem § 1416 ABGB auf außergerichtliche Aufrechnungen auch auf die gerichtliche Aufrechnung zu übertragen. Bei letzterer sei nämlich die spezifisch verfahrensrechtliche Interessenlage zu beachten: Ziel des Beklagten sei es, »durch die Aufrechnungseinrede den Klageanspruch zu vernichten. Dabei muss ihm im Zweifel unterstellt werden, dass er dieses Ziel mit möglichst geringem Verfahrensaufwand erreichen will.«¹³ Das Unterbleiben einer Reihung sei daher so zu verstehen, dass der Beklagte dem Gericht die Beurteilung überlasse, welches der Verteidigungsmittel mit dem geringsten Aufwand zum Erfolg führen könne. Insbesondere die Bestimmung des § 189 ZPO zeige, dass ein solches gerichtliches Ermessen bei der Prüfung mehrerer selbstständiger Verteidigungsmittel den Wertungen des Gesetzes entspreche.

8 OGH 1 Ob 617/91.

9 OGH 1 Ob 617/91.

10 OGH 4 Ob 42/15b.

11 OGH 4 Ob 42/15b.

12 Etwa OGH 10 Ob 84/04g; 3 Ob 114/14g; RIS-Justiz RSo119629.

13 OGH 4 Ob 42/15b.

Dies lasse sich auch besser mit dem verfahrensrechtlichen Charakter der Aufrechnungseinrede vereinbaren, zumal sich auf diese Weise eine Prüfung erübrige, welche von mehreren Gegenforderungen iSd § 1416 ABGB vorrangig zu prüfen sei. Denn eine solche sei fehler- und insofern rechtsmittelträchtig und würde zu einer Komplikation des Verfahrens führen, ohne dass es dafür zwingende materiell-rechtliche Gründe gebe. Das Gericht habe aber zumindest in den Urteilsgründen darzulegen, welche der eingewendeten Gegenforderungen zur Tilgung der Hauptforderung herangezogen werde, zumal nach § 411 Abs 1 Satz 2 ZPO die Entscheidung über die Gegenforderung bis zur Höhe der Klagsforderung Rechtskraft entfalte.

Das **Schrifttum** hat die Frage der Notwendigkeit einer Reihung der einredeweise geltend gemachten Gegenforderungen bisher kaum eingehend untersucht. Einzig *Reischauer* bezieht zur Entscheidung OGH 4 Ob 42/15b inhaltlich (und sehr kritisch) Stellung:¹⁴ Seiner Auffassung nach setzt sich der OGH mit der zuvor dargestellten Auffassung in Gegensatz zur materiellen Rechtslage, was »*schon deshalb nicht zu billigen*«¹⁵ sei. Auch das Argument der Prozessökonomie »ziehe« nicht, weil das Gericht auch im Fall einer außergerichtlichen Aufrechnung vor oder während des Prozesses nicht um die Klärung der einschlägigen Fragen »herumkomme«.¹⁶

Wenngleich einigen Argumenten der Rsp eine gewisse Überzeugungskraft nicht abzusprechen ist (das betrifft insbesondere die dem § 189 ZPO zugrundeliegende Wertung sowie die prozessökonomischen Überlegungen), wirft diese Sichtweise bei genauerer Betrachtung einige weiterführende Fragen auf: So ist etwa zu klären, wie mit der Anordnung in § 411 Abs 1 Satz 2 ZPO umzugehen ist, wonach die Entscheidung über Bestand oder Nichtbestand einer einredeweise geltend gemachten Gegenforderung nur bis zu jenem Betrag der **Rechtskraft** teilhaft sein kann, mit welchem aufgerechnet werden soll. Erfasst diese Anordnung jede aufrechnungsweise eingewendete Forderung »gesondert« (sodass Gegenforderungen in einem die Hauptforderung übersteigenden Ausmaß vernichtet werden könnten) oder kann über Gegenforderungen jedenfalls nur im Gesamtausmaß der Hauptforderung abgesprochen werden? Soll sich das Gericht im zweiten dieser Fälle bei Verneinung aller geltend gemachten Gegenforderungen aussuchen können, über welche davon in Rechtskraft abgesprochen wird? Und kann umgekehrt der Beklagte durch eine Reihung seiner Gegenforderungen bewirken, dass im Fall der Verneinung aller Gegenforderungen nur

14 *Reischauer*, ÖJZ 2019, 811 (814).

15 *Reischauer*, ÖJZ 2019, 811 (814).

16 *Reischauer*, ÖJZ 2019, 811 (814).

über die erstgenannten (bis zum Betrag der Hauptforderungen) eine rechtskräftige Entscheidung ergeht, wodurch er manche Gegenforderungen in gewissem Ausmaß vor einem rechtskräftigen Ausspruch »schützen« könnte? Und was passiert, wenn das Gericht eine Klarstellung darüber unterlässt, in welcher Reihenfolge es über die Gegenforderungen abgesprochen hat? Zur Klärung dieser Fragen sollen zunächst Gegenstand und Umfang der materiellen Rechtskraft der Entscheidung bei mehreren Gegenforderungen untersucht werden, um so einige systematische Argumente zur Analyse der dargestellten Judikaturlinie zu generieren.

III. Zu Umfang und Gegenstand der materiellen Rechtskraft der Entscheidung bei mehreren Gegenforderungen

A. Prozessaufrechnung und Umfang der materiellen Rechtskraft

1. Zum Umfang der materiellen Rechtskraft bei bloß einer eingewendeten Gegenforderung

Die Frage des **Umfangs der materiellen Rechtskraft** der Entscheidung über einredeweise geltend gemachte Gegenforderungen wurde in Rsp und Lehre bereits umfassend erörtert. Im Wesentlichen dreht sich die Diskussion um die Frage, ob die Verneinung der Gegenforderung auch dann ihre gänzliche (rechtskräftige) Vernichtung zur Folge haben soll, wenn die behauptete Höhe der Gegenforderung den als zu Recht bestehend festgestellten Betrag der Hauptforderung übersteigt. Zwar ist die Entscheidung über den Bestand oder Nichtbestand einer vom Beklagten zur Kompensation geltend gemachten Gegenforderung nach der ausdrücklichen Anordnung in § 411 Abs 1 Satz 2 ZPO nur bis zur Höhe jenes Betrags der Rechtskraft teilhaft, mit welchem aufgerechnet werden soll, was auch der hA zu dieser Frage entspricht.¹⁷ Allerdings muss das Gericht bei Feststellung des Nichtbestehens der Gegenforderung (oder bei Feststellung des teilweisen Bestehens in einer die Hauptforderung nicht übersteigenden Höhe) zwangsläufig die gesamte Gegenforderung geprüft und deren Bestehen eben zumindest teilweise verneint haben. Erstreckte sich die Rechtskraft nun nicht auf die gesamte Gegenforderung, so könnte – so der Einwand der (in Deutsch-

¹⁷ Etwa *Brenn* in Höllwerth/Ziehensack, ZPO – Taschenkommentar (2019) § 411 ZPO Rz 32; *Deixler-Hübner* in Fasching/Konecny, Kommentar³ III/2 § 391 ZPO Rz 52; *Fasching*, Lehrbuch² Rz 1295; *Klicka* in Fasching/Konecny, Kommentar³ III/2 § 411 ZPO Rz 58; *Rechberger/Simotta*, Grundriss⁹ Rz 705; mit ausführlicher Darstellung des Meinungsstands OGH 4 Ob 87/07h; siehe auch 6 Ob 284/99d; RIS-Justiz RS0041033; *ggT* hingegen in 7 Ob 304/04p.

land teils vertretenen¹⁸⁾ Gegenauffassung – der Beklagte den Restbetrag erneut in einem Verfahren geltend machen, was nicht nur den »Gesetzen der Logik« widerspräche, sondern auch die Gefahr einander widersprechender Entscheidungen bürge. Dieser Einwand ist zwar einleuchtend, insgesamt sprechen aber dennoch die besseren Argumente für die hA: Neben dem sehr eindeutigen Wortlaut des § 411 Abs 1 Satz 2 ZPO zeigen auch die Materialien zur ZPO, dass der Gesetzgeber gerade keine rechtskräftige Entscheidung über die Gegenforderung in einem über die Hauptforderung hinausgehenden Ausmaß vor Augen hatte.¹⁹⁾ Dazu kommt die Überlegung, dass sich dem aufrechnenden Beklagten unter Umständen geringere Rechtsschutzmöglichkeiten als bei gesonderter klagsweiser Geltendmachung seiner Forderung bieten könnten, etwa weil aufgrund eines geringen Streitwerts Rechtsmittelbeschränkungen im Ausgangsverfahren gelten (vgl etwa §§ 501f ZPO).²⁰⁾ Und schließlich soll die Aufrechnungseinrede eben nur ein Verteidigungsmittel des Beklagten darstellen, der auf diese Weise auch keinen Titel zur Durchsetzung seiner Forderung erlangen kann, sodass man es als unangemessen erachten könnte, dass er seine gesamte Gegenforderung verlieren können soll.²¹⁾

2. Zum Umfang der materiellen Rechtskraft bei mehreren eingewendeten Gegenforderungen

Bisher wenig Beachtung hat in diesem Zusammenhang die zuvor aufgeworfene Frage gefunden, was zu geschehen hat, wenn der Beklagte nicht bloß eine einzige, betragsmäßig sehr hohe, sondern **mehrere geringere**, aber in Summe dennoch den Betrag der Hauptforderung übersteigende **Gegenforderungen** aufrechnungsweise einwendet (etwa wenn einer Klagsforderung iHv EUR 10.000,- nicht eine einzelne Gegenforderung iHv EUR 24.000,-, sondern drei voneinander unabhängige Gegenforderungen iHv jeweils EUR 8.000,- entgegengehalten werden).

Denkbar sind hier im Wesentlichen **zwei Varianten**:

1. **Erstens** könnte die materielle Rechtskraft **jede einzelne der geprüften Forderungen** erfassen (wobei aufgrund der Anordnung in § 411 Abs 1 Satz 2 ZPO wohl keine der geprüften Forderungen in einem Betrag erlöschen kann, der über die bejahte Hauptforderung hinausgeht).

18 Vgl *Leipold* in FS Zeuner (1994) 431 (443 ff); *Oberhammer* in FS Kollhosser (2004) 501 (505 f).

19 Materialien zu den neuen österreichischen Civilprozessgesetzen II (1897) 323.

20 OGH 4 Ob 87/07h.

21 OGH 4 Ob 87/07h.

2. **Zweitens** könnte die materielle Rechtskraft auch bei mehreren Gegenforderungen auf einen **Gesamtbetrag in Höhe der bejahten Hauptforderung beschränkt** sein, wobei hier zu unterscheiden wäre:
 - a. Sofern Gegenforderungen **in Höhe der Hauptforderung als zu Recht bestehend erachtet** werden, hätte wohl jedenfalls eine Verrechnung mit den bestehenden Gegenforderungen zu erfolgen.²²
 - b. Werden alle Gegenforderungen verneint (oder in einem die Hauptforderung nicht übersteigenden Betrag bejaht), so müsste auch die **Verneinung mancher Gegenforderungen in Rechtskraft** erwachsen.

Systematisch und teleologisch kohärenter ist dabei die **zweite der zuvor genannten Varianten**: Denn die bei der »Grundproblematik« angeführten Argumente verfangen weitgehend auch bei Konstellationen mit mehreren Gegenforderungen: So kann es hinsichtlich der von der Permanenzkommission des Herrenhauses befürchteten »*Erschwerung der Compensation und [...] Verwicklung der Prozesse*«²³ kaum einen Unterschied machen, ob im Rahmen der Aufrechnungseinrede eine einzige oder mehrere, betragsmäßig geringere Gegenforderungen eingewendet wurden. Etwas abgeschwächt sind die Bedenken in Bezug auf geringere verfahrensrechtliche Rechtsschutzmöglichkeiten als bei gesonderter klagsweiser Geltendmachung der Forderungen, sie verfangen aber auch bei mehreren Gegenforderungen bis zu einem gewissen Grad (insbesondere wenn diese im Fall der gemeinsamen Einklagung gem § 55 Abs 1 Z 2 JN zusammenzurechnen wären). Jedenfalls einschlägig ist hingegen das Argument der Aufrechnungseinrede als bloßes Verteidigungsmittel des Beklagten: Sachlich wäre es in diesem Licht kaum zu rechtfertigen, dass eine einzige Gegenforderung nur im Betrag der als zu Recht bestehend erkannten Hauptforderung, mehrere Gegenforderungen hingegen im Ausmaß eines Vielfachen davon vernichtet werden könnten.

Damit wird freilich die eingangs skizzierte Problematik einer allfälligen Reihung der Gegenforderungen virulent, und zwar in beiden der genannten Unterfälle: Fraglich ist – mangels Reihung durch den Beklagten – einerseits, welche der bejahten Gegenforderungen in welchem Ausmaß zur Verrechnung gebracht werden, wenn mehrere Gegenforderungen zu prüfen waren und in einem den Betrag der Hauptforderung übersteigenden Ausmaß bejaht wurden (**Unterfall 1**). Andererseits ist zu klären, über welche der verneinten Gegenforderungen in Rechtskraft abgesprochen werden soll, wenn im Endergebnis alle Gegenforderungen verneint oder zumindest nicht hinreichende Gegenforderungen

22 Diese Sichtweise liegt etwa der Entscheidung OGH 1 Ob 617/91 zugrunde.

23 Materialien II 323.

bejaht wurden, um die Hauptforderung zur Gänze zu tilgen (**Unterfall 2**). Zudem ist im Unterfall 2 zu untersuchen, ob der Beklagte durch die Vornahme einer Reihung manche seiner Gegenforderungen vor einem rechtskräftigen Ausspruch »schützen« kann, oder ob es andere überzeugende Möglichkeiten einer entsprechenden Determinierung einer »Abspruchsreihenfolge« gibt, etwa das Heranziehen der Tilgungsreihenfolge nach § 1416 ABGB.

B. Prozessaufrechnung und Gegenstand der materiellen Rechtskraft der Entscheidung

1. Zum Zusammenhang zwischen Prüfungsreihenfolge und Gegenstand der materiellen Rechtskraft

Ausgangspunkt der weiteren Überlegungen ist, dass die Prüfungsreihenfolge der Gegenforderungen durch den Beklagten zumindest zu einem gewissen Grad determiniert, über welche der Gegenforderungen in Rechtskraft abzusprechen ist: Wenn der Beklagte nämlich mehrere Gegenforderungen einwendet, hat das Gericht (unabhängig davon, wer die Prüfungsreihenfolge bestimmt) die einzelnen Gegenforderungen so lange zu prüfen, bis es einen der zu Recht bestehenden Hauptforderung entsprechenden Betrag bejahen kann oder bis es alle Gegenforderungen geprüft hat.²⁴ Im Fall der **Bejahung von Gegenforderungen in Höhe der Hauptforderung (Unterfall 1)** wirkt sich die Prüfungsreihenfolge daher notwendigerweise auf den Gegenstand der materiellen Rechtskraft der Entscheidung aus, weil eine weitere Prüfung ab diesem Zeitpunkt entfällt und eine Verrechnung mit den bisher geprüften Gegenforderungen vorgenommen wird. Fraglich bleibt allerdings, **welche der bejahten und in ihrer Gesamthöhe den Betrag der Hauptforderung übersteigenden Gegenforderungen nun in welchem Ausmaß zur Verrechnung gebracht werden**. Zumindest soweit der Beklagte eine **Prüfungsreihenfolge vorgegeben** hat, ist es naheliegend, auch eine dieser Prüfungsreihenfolge entsprechende Verrechnung vorzunehmen. Das legen einerseits systematische Erwägungen nahe: Wenn ein Kläger über die Stellung von Eventualklagebegehren eine Staffelung (und damit eine sukzessive Prüfung) der Klagsforderungen bewirken kann,²⁵ wäre kaum einsichtig, warum der mehrere Aufrechnungseinreden erhebende Beklagte nicht eine sukzessive Klärung seiner Gegenforderungen und eine entsprechende Verrechnung im Urteilspruch

²⁴ Siehe etwa OGH 1 Ob 617/91.

²⁵ Vgl. *Fasching*, Lehrbuch³ Rz 1133f; *Geroldinger* in *Fasching/Konecny*, Kommentar³ III/1 § 227 ZPO Rz 51 ff; *Rechberger/Simotta*, Grundriss⁹ Rz 635 und 641.

begehren können soll. Dieses Ergebnis harmoniert auch mit zivilrechtlichen Wertungen, zumal ein Aufrechnungswerber ebenfalls bestimmen kann, welche seiner Forderungen er zur Tilgung der Schuld verwenden möchte (vgl. § 1415 ABGB), und die gesetzliche Tilgungsreihenfolge nach § 1416 ABGB nur dann zur Anwendung kommt, wenn kein wirksamer Parteiwille über die Anrechnung der Leistung vorliegt.²⁶ Ob die Prüfungsreihenfolge hingegen im Fall der Bejahung mehrerer, in ihrem Gesamtbetrag über die Hauptforderung hinausreichender Gegenforderungen auch dann den Ausschlag geben soll, wenn der Beklagte **eine Reihung unterlässt**, kann mit guten Gründen hinterfragt werden: Die in der Entscheidung OGH 4 Ob 42/15b angeführten prozessökonomischen Erwägungen (wonach das Gericht mangels Reihung selbst beurteilen könne, welches Verteidigungsmittel mit dem geringsten prozessualen Aufwand zum Erfolg führen könnte) verfangen **nach erfolgter Prüfung** der Gegenforderungen jedenfalls nicht mehr. Hier wäre es – mangels sonstiger Anhaltspunkte – durchaus plausibel, anhand der Tilgungsreihenfolge gem § 1416 ABGB vorzugehen; dass eine solche Beurteilung durch das Gericht fehleranfällig wäre,²⁷ kann dabei meines Erachtens kein hinreichendes Gegenargument darstellen.²⁸

Ein wenig anders stellt sich die Lage dar, wenn das Gericht entweder **alle eingewendeten Gegenforderungen verneint** oder zumindest nicht im Ausmaß der Hauptforderung bejaht hat (**Unterfall 2**). Hier stellt sich die Frage, anhand welcher Kriterien festgemacht werden soll, über welche der Forderungen in Rechtskraft abzusprechen ist. Zumindest **im Fall einer Reihung durch den Beklagten** liegt es wiederum nahe, eine spruchmäßige Erledigung der Gegenforderungen **entlang der Prüfungsreihenfolge** durchzuführen. Denn der Beklagte hätte die spruchmäßige Erledigung gewisser Gegenforderungen – das Bestehen der Hauptforderungen vorausgesetzt – jedenfalls auch dann »erzwingen« können, wenn er bloß Gegenforderungen in Höhe der Hauptforderung eingewendet hätte. Dass ihm diese Möglichkeit genommen werden soll, wenn er von zusätzlichen Verteidigungsmitteln (in Form weiterer Aufrechnungseinreden) Gebrauch macht, kann nicht wirklich überzeugen, zumal keine sonstigen Anhaltspunkte für eine anderslautende Reihung der spruchmäßigen Erledigung ersichtlich sind. Denn weder das in den zuvor referierten Judikaten

26 *Heidinger* in Schwimann/Kodek, Praxiskommentar zum ABGB⁴ VI (2016) § 1416 ABGB Rz 1; *Koziol/Spitzer* in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, Kurzkommentar zum ABGB⁶ (2020) § 1416 ABGB Rz 1; *Rudolf* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang-Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch³ (2019) § 1416 ABGB Rz 1; *Stabentheiner* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON – Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch^{1,04} (ab 2010) § 1416 ABGB Rz 3.

27 So OGH 4 Ob 42/15b.

28 Kritisch schon *Reischauer*, ÖJZ 2019, 811 (814).

angesprochene Bestimmtheitsgebot noch die dort herangezogenen prozessökonomischen Erwägungen (die Prüfung der Gegenforderungen hat ja schon stattgefunden) erfordern eine von der durch den Beklagten vorgegebenen Prüfungsreihenfolge abweichende spruchmäßige Erledigung. Schwieriger ist die Situation wiederum, wenn der Beklagte **keine Prüfungsreihenfolge** vorgibt: Anders als im Unterfall 1 kann nämlich – mangels Bestehens der Gegenforderungen – wohl nicht auf die Wertung des § 1416 ABGB zurückgegriffen werden: Denn es geht hier ja gerade nicht um die Tilgung eines Schuldverhältnisses, sondern um die Frage, über welche von mehreren verneinten Forderungen gerichtlich abzusprechen ist. *Prima facie* lässt sich hier überhaupt nicht erkennen, woran sich der Umfang der Rechtskraft orientieren sollte: Denn selbst ein Abstellen auf die **faktische Prüfungsreihenfolge durch das Gericht** kann nicht alle Situationen zufriedenstellend lösen, etwa wenn zwei eingewendete Gegenforderungen aufgrund inhaltlicher Nähe in derselben Tagsatzung geprüft (und im Ergebnis verneint) werden. Auch die Annahme einer (unter Umständen denkbaren) anteilmäßigen Vernichtung der verneinten Forderungen überzeugt nicht wirklich: Auf diese Weise würde über keine einzige der Gegenforderungen in voller Höhe abgesprochen, sodass im Ergebnis eine potenziell noch höhere Zahl an weiteren Verfahren über die eingewendeten Forderungen zulässig wäre (was aber gerade den Zwecken der Rechtskraft – nämlich der Förderung von Prozessökonomie und Rechtssicherheit – zuwiderliefe). Und dass es gänzlich der Willkür des Gerichts überlassen sein soll, über welche der verneinten Gegenforderungen in Rechtskraft abgesprochen werden soll, vermag ebenfalls nicht wirklich zu befriedigen.

Dies lässt allerdings – so ein **erstes Zwischenergebnis** – gewisse Zweifel an der eingangs dargestellten Judikaturlinie entstehen. Denn während eine durch den Beklagten erfolgte Reihung der Gegenforderungen eine präzise Determinierung des Gegenstands der Rechtskraft zulässt, tauchen bei Unterlassung einer Reihung Probleme auf: Im Fall der Bejahung von Gegenforderungen in Höhe der Hauptforderung (Unterfall 1) könnte eine analoge Anwendung des § 1416 ABGB einen Lösungsweg darstellen; im Fall der Verneinung aller Gegenforderungen (oder der Bejahung in einem die Hauptforderung nicht übersteigenden Betrag) ist hingegen kein überzeugendes Kriterium dafür ersichtlich, über welche Gegenforderungen in Rechtskraft abzusprechen ist. Es entsteht damit im Wesentlichen eine Situation, die einer »**alternativen Klagenhäufung**« (also einer Klagenhäufung, bei der dem Richter die Wahl überlassen bleibt, nur über einen der zur Wahl gestellten prozessualen Ansprüche zu entscheiden²⁹) sehr ähnlich

29 Statt vieler *Geroldinger* in Fasching/Konecny, Kommentar³ III/1 § 227 ZPO Rz 41.

ist. Deren Zulässigkeit wird allerdings in Lehre³⁰ und Rsp³¹ – und zwar mangels hinreichender Bestimmtheit³² – einhellig abgelehnt.

2. Probleme bei der parteiautONOMEN DETERMINIERUNG der Prüfungsreihenfolge

Allerdings scheint auch die **Möglichkeit einer parteiautONOMEN DETERMINIERUNG** des (potenziellen) Gegenstands der materiellen Rechtskraft durch Reihung der Gegenforderungen gewisse **Probleme** zu bergen: Ein strategisch denkender Beklagter könnte nämlich ein Interesse daran haben, unsichere Gegenforderungen vorzureihen, um – etwa im Fall ihrer gänzlichen Verneinung – aussichtsreiche Gegenforderungen vor der materiellen Rechtskraft der Entscheidung zu »schützen« und sie zu einem späteren Zeitpunkt erneut geltend zu machen. Dieses »**Missbrauchspotenzial**« ließe sich allerdings – so ein erster Gedanke – möglicherweise über das Instrument des **Zwischenantrags auf Feststellung** gem § 236 Abs 1 ZPO in den Griff bekommen. Ein solcher ist nach der Rsp³³ auch in Bezug auf aufrechnungswEise eingewendete Gegenforderungen zulässig, soweit sich die Klagsforderung nicht als unbegründet herausstellt und daher die Entscheidung über die Gegenforderung entfällt. Allerdings ging es in den meisten der angeführten Judikate (wenngleich diese Differenzierung nicht immer besonders scharf dargelegt wird) um **für die Gegenforderung präjudizielle Rechte und Rechtsverhältnisse**, nicht hingegen um die Frage des **Bestehens und Nichtbestehens der Gegenforderung selbst**. In der Entscheidung 2 Ob 265/58³⁴ lehnte der OGH die Zulässigkeit eines Zwischenantrags auf Feststellung über das Nichtbestehen der eingewendeten Gegenforderung zwar im Ergebnis ab, begründete dies aber nicht mit dessen kategorischer Unzulässigkeit, sondern damit, dass eine entsprechende Entscheidung immer das Bestehen der Hauptforderung voraussetze, woran es im Anlassfall aber gefehlt habe. Demgegenüber verneinte der OGH in der Entscheidung 10 Ob 86/07f die Zulässigkeit eines Zwischenantrags

30 *Geroldinger* in Fasching/Konecny, Kommentar³ III/1 § 227 ZPO Rz 49; *Holzhammer*, Österreichisches Zivilprozessrecht² (1976) 179; *Kodek*, Zak 2014, 285 (285 f); *Rechberger/Klicka* in Rechberger/Klicka, Kommentar⁵ § 226 ZPO Rz 6.

31 OGH 8 Ob 135/03s; 9 ObA 13/04h; 4 Ob 240/07h; 1 Ob 111/13z; 1 Ob 141/17t; 1 Ob 177/19i; 4 Ob 105/19y; 7 Ob 157/19t; 8 Ob 91/20w; RIS-Justiz RS0031014 (T 20); OLG Wien 13 R 233/92 EFSlg 72.983.

32 So explizit *Geroldinger* in Fasching/Konecny, Kommentar³ III/1 § 227 ZPO Rz 49; *Kodek*, Zak 2014, 285 (285 f); *Rechberger/Klicka* in Rechberger/Klicka, Kommentar⁵ § 226 ZPO Rz 6; OGH 8 Ob 121/04h; 4 Ob 240/07h; 1 Ob 177/19i; 4 Ob 105/19y; vgl auch *Gitschthaler* in Fasching/Konecny, Kommentar³ I § 56 JN Rz 3.

33 Etwa OGH 7 Ob 37/74; 4 Ob 87/07h; 6 Ob 86/14m.

34 JBl 1959, 159 = RZ 1959, 91 f.

auf Feststellung der Gegenforderung, weil es an der erforderlichen Präjudizialität mangle.³⁵

Im **Schrifttum** wurde diese Frage bisher kaum ausführlich thematisiert; die vorliegenden Stellungnahmen sind eher heterogen: *Deixler-Hübner* spricht sich ausdrücklich für die Zulässigkeit eines Zwischenantrags auf Feststellung über die Gegenforderung des Beklagten aus.³⁶ Denn es sei für die Beurteilung der Präjudizialität eines Zwischenfeststellungsantrags ohne Bedeutung, »*ob der Beklagte gegen den Klagsanspruch mehrere Rechte eingewendet habe und nach den Regeln der Logik jedes von ihnen selbständig für die Entscheidung über das Klagebegehren eine Vorfrage bilde*«³⁷. Auch *Kellner* geht von der Zulässigkeit eines Zwischenantrags auf Feststellung über die Gegenforderung aus:³⁸ Ein mit einer Gegenforderung konfrontierter Kläger habe ein »*besonderes Interesse an einer umfassenden, rechtskräftigen Erledigung*«³⁹, welche er ohnehin durch eine negative Feststellungsklage (allenfalls im Weg der Klagsweiterung) erzwingen könne. Nachdem die Klagsweiterung allerdings idealiter die Einwilligung des Beklagten voraussetze (und somit auch an diesem scheitern könne) und kein guter Grund ersichtlich sei, dem Beklagten zu ermöglichen, »*die umfassende Erledigung einer Gegenforderung, die er selbst in den Rechtsstreit einführte, zu verhindern oder auch nur zu erschweren*«⁴⁰, sei eine analoge Anwendung des § 236 Abs 1 ZPO in Bezug auf die Gegenforderung sachgerecht. *Pollak* und *Ziehensack* wollen einen Zwischenantrag auf Feststellung zumindest über für die Gegenforderung präjudizielle Rechte und Rechtsverhältnisse zulassen.⁴¹ Demgegenüber lehnen *Petschek/Stagel* die Zulässigkeit eines Zwischenantrags auf Feststellung über die »*zu einer Aufrechnungseinrede benutzten Forderung des Beklagten*«⁴² ab: Denn soweit sich die **materielle Rechtskraft** der Sachentscheidung **ohnehin auf das festzustellende Recht oder Rechtsverhältnis erstrecke**, sei der Feststellungsantrag »*als überflüssig nicht am Platz*«⁴³.

Hierzu ist zu sagen: Zumindest seinem **Wortlaut** nach müsste § 236 Abs 1 ZPO auch auf die Frage des Bestehens oder Nichtbestehens einer aufrechnungsweise eingeredeten Forderung anwendbar sein. Voraussetzung für einen Zwischenantrag auf Feststellung ist nach einhelliger Ansicht zwar die **Präjudizialität**

35 OGH 10 Ob 86/07f.

36 *Deixler-Hübner* in Fasching/Konecny, Kommentar³ III/1 § 236 ZPO Rz 5 sowie § 391 ZPO Rz 28.

37 *Deixler-Hübner* in Fasching/Konecny, Kommentar³ III/1 § 236 ZPO Rz 5.

38 *Kellner*, ÖJZ 2015, 250 (253).

39 *Kellner*, ÖJZ 2015, 250 (253).

40 *Kellner*, ÖJZ 2015, 250 (254).

41 *Pollak*, System des Österreichischen Zivilprozeßrechtes mit Einschluß des Exekutionsrechtes² I (1930) 15; *Ziehensack* in Höllwerth/Ziehensack, Taschenkommentar § 236 ZPO Rz 5.

42 *Petschek/Stagel*, Der österreichische Zivilprozeß (1963) 251.

43 *Petschek/Stagel*, Zivilprozeß 251.

des fraglichen Rechts oder Rechtsverhältnisses,⁴⁴ und eine solche Präjudizialität im eigentlichen Wortsinn – in diesem Punkt ist der Entscheidung OGH 10 Ob 86/07f zuzustimmen – liegt bei Gegenforderungen typischerweise nicht vor, weil die Frage des Bestehens der Gegenforderung für die Frage des Bestehens der Gegenforderung keine Vorfrage darstellt. Allerdings spricht § 236 Abs 1 ZPO von Rechten und Rechtsverhältnissen, von deren »Bestehen oder Nichtbestehen die Entscheidung über das Klagebegehren ganz oder zum Teile abhängt«. Das trifft aber auch auf aufrechnungsweise eingewendete Gegenforderungen zu, zumal dem (auf Leistung lautenden) Klagebegehren ja gerade nicht (in voller Höhe) stattgegeben werden kann, wenn auch die eingewendete Gegenforderung bejaht wird.⁴⁵ Aber auch die **Zwecke des § 236 Abs 1 ZPO** – das sind insbesondere die Förderung von Prozessökonomie und Rechtseinheitlichkeit⁴⁶ – sprechen für eine Anwendbarkeit von Zwischenanträgen auf Feststellung über das Bestehen oder Nichtbestehen einredeweise geltend gemachter Gegenforderungen: Denn soweit die Gegenforderung im Prozess ohnehin überprüft wurde, bewirkt ein entsprechender Zwischenantrag auf Feststellung keinen zusätzlichen Prozessaufwand im Ausgangsverfahren; umgekehrt ist ein solcher Zwischenantrag aber geeignet, Folgeprozesse zu vermeiden und (in der Frage des Bestehens oder Nichtbestehens der Gegenforderung) einander widersprechende Entscheidungen zu verhindern. Auch der Einwand von *Petschek/Stagel*, wonach sich die **materielle Rechtskraft der Sachentscheidung** ohnehin auf das festzustellende Recht oder Rechtsverhältnis erstrecke, verfängt zumindest im Kontext der hier besprochenen Problematik nicht:⁴⁷ Denn die Zulässigkeit eines Zwischenantrags auf Feststellung soll ja gerade im Hinblick darauf überprüft werden, dass bei Verneinung mehrerer eingewendeter und in ihrer Höhe die Hauptforderung übersteigender Gegenforderungen keine Rechtskraft bezüglich aller Gegenforderungen eintritt, wofür der Zwischenantrag auf Feststellung Abhilfe schaffen könnte. Etwas zu weit gegriffen scheint aus **systematischen Erwägungen** hingegen die Auffassung *Kellners*: Es gibt (wie bereits dargestellt⁴⁸) gute Gründe dafür, die Entscheidung über die Gegenforderung nicht über den als zu Recht bestehend erkannten Betrag der Hauptforderung in Rechtskraft erwachsen zu

44 *Deixler-Hübner* in Fasching/Konecny, Kommentar³ III/1 § 236 ZPO Rz 6 ff; *Fasching*, Lehrbuch³ Rz 1079; *Kodek/Mayr*, Zivilprozessrecht³ Rz 517; *Rechberger/Simotta*, Grundriss⁹ Rz 617.

45 **AA Kellner**, ÖJZ 2015, 250 (253), wonach sich am Wortlaut der §§ 391 und 411 ZPO zeige, dass § 236 Abs 1 ZPO wirklich nur die Entscheidung über die klageweise geltend gemachte Forderung an sich und nicht das »Endergebnis« des dreigliedrigen Urteilspruchs meine.

46 *Deixler-Hübner* in Fasching/Konecny, Kommentar³ III/1 § 236 ZPO Rz 1; *Fasching*, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen¹ (1959 bis 1974) III 126.

47 *Petschek/Stagel*, Zivilprozeß 251.

48 Siehe Abschnitt III.A.1.

lassen. Ließe man nun einen Zwischenantrag auf Feststellung in Bezug auf die gesamte Gegenforderung zu, so wären einer Umgehung des § 411 Abs 1 Satz 2 ZPO Tür und Tor geöffnet. Weniger problematisch erschiene es demgegenüber, dem Wortlaut des § 236 Abs 1 ZPO entsprechend (bei Vorliegen aller sonstigen Voraussetzungen) einen **Zwischenantrag auf Feststellung über das Nichtbestehen der Gegenforderung zuzulassen, die materielle Rechtskraft des Ausspruchs aber** – in Übereinstimmung mit § 411 Abs 1 Satz 2 ZPO – **nur bis zur Höhe der für zu Recht bestehend erkannten Hauptforderung** erwachsen zu lassen.

In diesem Zusammenhang könnte freilich gefragt werden, ob die Grenze des § 411 Abs 1 Satz 2 ZPO nicht ganz generell durch Zwischenanträge auf Feststellung in Bezug auf für die Gegenforderung präjudizielle Rechte und Rechtsverhältnisse weitgehend ausgehebelt werden kann. Denn wenn auf diese Weise alle relevanten und präjudiziellen Rechte und Rechtsverhältnisse per Zwischenantrag auf Feststellung für Folgeverfahren bindend festgestellt werden können, dann könnte dies in vielen Fällen faktisch einer rechtskräftigen Entscheidung über die Gegenforderung sehr nahe kommen. Dieses Problem ist aber nicht auf die hier besprochene Situation der Geltendmachung mehrerer Gegenforderungen beschränkt, sondern stellt ganz generell ein Spannungsfeld zwischen § 236 Abs 1 (bzw § 259 Abs 2) ZPO und § 411 Abs 1 Satz 2 ZPO dar. Dessen Auflösung muss allerdings einer gesonderten Untersuchung vorbehalten bleiben.

Unter Zugrundelegung dieser Sichtweise ist das zuvor dargelegte Missbrauchspotenzial – das kann als **zweites Zwischenergebnis** festgehalten werden – freilich weitgehend gebannt: Denn selbst ein »Vorschützen« wenig aussichtsreicher Forderungen kann »nachgereichte« Gegenforderungen nicht vor einem Zwischenantrag auf Feststellung über das Nichtbestehen dieser Forderung schützen, sofern diese tatsächlich geprüft wurde. Damit scheint aber zumindest die **Möglichkeit der Vornahme einer Reihung der Gegenforderungen weitgehend unproblematisch** zu sein.

IV. Kritische Würdigung der ständigen Rechtsprechung

A. Zu den Bestimmtheitserfordernissen der Aufrechnungseinrede

Nachdem im vorigen Kapitel die systematischen Folgewirkungen der beiden denkbaren Optionen »Reihung der Gegenforderungen« und »Unterlassung einer Reihung der Gegenforderungen« beleuchtet wurden, kann die eingangs dargestellte Rechtsprechungslinie nun einer profunderen Analyse unterzogen werden. Eine genauere Betrachtung verdienen in diesem Zusammenhang die Ausführungen der Entscheidung OGH 1 Ob 617/91 zu den **Bestimmtheitserfordernissen der**

Aufrechnungserklärung. Der erste Senat meint hier, dass das Bestimmtheitsgebot des § 226 Abs 1 ZPO auch bei der Aufrechnungseinrede zu beachten sei. Insofern könne der Beklagte auch nicht aus mehreren, auf allenfalls verschiedenen Rechtsgründen beruhenden Gegenforderungen pauschal eine prozessuale Aufrechnungseinrede erheben. Dies sei im Anlassfall aber nicht passiert, weil zu jeder eingewendeten (die Höhe der Hauptforderung übersteigenden) Gegenforderung sowohl »Klagsgrund« als auch Höhe angegeben wurden.⁴⁹ Welche konkrete Forderung dann durch die Aufrechnungserklärung »verbraucht« werde, ergebe sich aus der gerichtlichen Entscheidung; insofern verpflichte das Bestimmtheitsgebot den Beklagten nicht dazu, die Gegenforderungen in ein Eventualverhältnis zu setzen.

Hierzu ist zu sagen: Das **Bestimmtheitsgebot** in § 226 Abs 1 ZPO hat unterschiedliche Ausprägungen.⁵⁰ Ein **Teilaspekt** der Bestimmtheit ist etwa die **Aufschlüsselung mehrerer Geldansprüche**, wenn diese in einer gemeinsamen Klage geltend gemacht werden.⁵¹ Denn mangels einer solchen Aufschlüsselung wäre es im Fall der teilweisen Abweisung der Klage nicht möglich, den Umfang der materiellen Rechtskraft zu bestimmen und die Frage zu beantworten, über welche der eingeklagten Forderungen endgültig entschieden wurde.⁵² Ein **anderer Teilaspekt** soll nach hA darin bestehen, im Fall einer Klagenhäufung, bei welcher der Kläger lediglich über einen der geltend gemachten Ansprüche einen Zuspruch begehrt, ein **Eventualverhältnis zwischen den einzelnen Positionen zu schaffen**.⁵³ Konsequenterweise lehnt die insoweit einhellige Lehre⁵⁴ und ihr folgend die stRsp⁵⁵ die Zulässigkeit einer »unechten alternativen Klagenhäufung« **mangels hinreichender Bestimmtheit** ab. Wenn der erste Senat in seiner Entscheidung nun darauf verweist, dass im Anlassfall eine Aufschlüsselung der

49 OGH 1 Ob 617/91.

50 *Fasching*, Lehrbuch² Rz 1044 f; *Fasching*, Kommentar¹ III 23 ff; *Geroldinger* in *Fasching/Konecny*, Kommentar³ III/1 § 226 ZPO Rz 83 ff; *Rechberger/Klicka* in *Rechberger/Klicka*, Kommentar⁵ § 226 ZPO Rz 3 ff; grundlegend auch *Klicka*, Bestimmtheit des Begehrens bei Leistungsklagen (1988) 1 ff.

51 *Fasching*, Kommentar¹ III 23 ff; *Geroldinger* in *Fasching/Konecny*, Kommentar³ III/1 § 226 ZPO Rz 109 ff; OGH 1 Ob 537/90; 1 Ob 291/00a; 8 Oba 22/02x; 10 Ob 61/18w; RIS-Justiz RS0031014.

52 *Geroldinger* in *Fasching/Konecny*, Kommentar³ III/1 § 226 ZPO Rz 110.

53 *Geroldinger* in *Fasching/Konecny*, Kommentar³ III/1 § 227 ZPO Rz 49; *Kodek*, Zak 2014, 285 (285 f); *Rechberger/Klicka* in *Rechberger/Klicka*, Kommentar⁵ § 226 ZPO Rz 6; *Rechberger/Simotta*, Grundriss⁹ Rz 637; vgl auch *Gitschthaler* in *Fasching/Konecny*, Kommentar³ I § 56 JN Rz 3; OGH 8 Ob 121/04h; 4 Ob 240/07h; 1 Ob 177/19i; 4 Ob 105/19y.

54 *Geroldinger* in *Fasching/Konecny*, Kommentar³ III/1 § 227 ZPO Rz 49; *Kodek*, Zak 2014, 285 (285 f); *Rechberger/Klicka* in *Rechberger/Klicka*, Kommentar⁵ § 226 ZPO Rz 6; *Rechberger/Simotta*, Grundriss⁹ Rz 637; vgl auch *Gitschthaler* in *Fasching/Konecny*, Kommentar³ I § 56 JN Rz 3.

55 Etwa OGH 8 Ob 121/04h; 4 Ob 240/07h; 1 Ob 177/19i; 4 Ob 105/19y.

Gegenforderungen erfolgt sei, weshalb den Bestimmtheitserfordernissen des (von ihm offenbar auch auf Gegenforderungen angewendeten) § 226 Abs 1 ZPO entsprochen sei, so scheint diese Sichtweise zu kurz zu greifen. Denn es wäre naheliegend, dass auch die übrigen Bestimmtheitserfordernisse für eine Klage zumindest insoweit auf die einredeweise geltend gemachte Gegenforderung anzuwenden sind, als die vom Beklagten intendierte Urteilswirkung (in diesem Fall die materielle Rechtskraft des Ausspruchs über die Gegenforderung) eine entsprechende Bestimmtheit erfordert.

In diesem Zusammenhang scheint es lohnend, sich näher anzusehen, ob die »**alternative Klagenhäufung**« tatsächlich ein **Bestimmtheitsproblem** darstellt. Im Wesentlichen läuft die Argumentation der Vertreter dieser Sichtweise darauf hinaus, dass in Ermangelung einer Reihung – insbesondere im Fall der gänzlichen oder teilweisen Abweisung des Klagebegehrens – nicht festgestellt werden könne, welche Forderungen vom Umfang der materiellen Rechtskraft erfasst sind. So formuliert etwa der erste Senat in der Entscheidung OGH 1 Ob 177/19i: *»Macht ein Kläger nur einen Teil des (behaupteten) Gesamtschadens geltend und können dabei einzelne Schadenspositionen unterschieden werden, die ein unterschiedliches rechtliches Schicksal haben, hat er klarzustellen, welche Teile von seinem pauschal formulierten Begehren erfasst sein sollen, um den Umfang der Rechtskraft bestimmen zu können. Die Aufteilung des Pauschalbetrags auf die einzelnen Schadenspositionen kann nicht dem Gericht überlassen werden [...]«*⁵⁶ Nun soll dem **Bestimmtheitserfordernis** nach dem Schrifttum dann entsprochen sein, wenn dem Klagebegehren **zweifelsfrei zu entnehmen ist, was begehrt wird**.⁵⁷ Dabei sei zwar primär vom Wortlaut des Klagebegehrens auszugehen, dieser sei aber so zu verstehen, wie er im Zusammenhang mit dem Tatsachenvorbringen gemeint sei.⁵⁸ Insofern ist zu klären, ob sich aus einer »alternativen Klagenhäufung« (etwa wenn ein Kläger einen Betrag von EUR 30.000,- begehrt, wobei er als Anspruchsgrundlagen einen Schmerzensgeldanspruch iHv EUR 30.000,-, einen Anspruch wegen Verdienstentgangs iHv EUR 30.000,- sowie einen Schadenersatzanspruch aufgrund eines kaputten Autos iHv EUR 30.000,- behauptet, aber keine Reihung der einzelnen Ansprüche vornimmt) wirklich nicht zweifelsfrei ablesen lässt, was der Kläger begehrt: Aus dem Klagebegehren – so ließe sich argumentieren – ergibt sich nämlich nicht konkret, worüber genau das Gericht abprechen soll: Will der Kläger nun einen rechtskräftigen Ausspruch über mehrere der Klagsforderungen (also allenfalls auch eine rechtskräftige Verneinung

56 Die Hervorhebung erfolgte durch den Verfasser.

57 Geroldinger in Fasching/Konecny, Kommentar³ III/1 § 226 ZPO Rz 88; Rechberger/Klicka in Rechberger/Klicka, Kommentar⁵ § 226 ZPO Rz 4.

58 Geroldinger in Fasching/Konecny, Kommentar³ III/1 § 226 ZPO Rz 88.

aller Forderungen) oder soll das Gericht – nachdem es eine der alternativen Klagsforderungen geprüft und verneint hat – die Verhandlung schließen und die Klage abweisen? Im ersten Fall hätte das Gericht – das könnte man zumindest andeuten – unter Umständen entgegen § 405 ZPO über mehr abgesprochen, als ursprünglich eingeklagt war. Umgekehrt könnte man eine Klagsabweisung nach Prüfung und Verneinung nur eines der geltend gemachten Ansprüche insofern als problematisch erachten, als Teile des Vorbringens zur Stützung des Leistungsbegehrens gar nicht untersucht wurden und insofern eine unvollständige Erledigung der Sache (vgl § 496 Abs 1 Z 1 ZPO) vorliegen könnte. Meines Erachtens überzeugt der Bestimmtheitsseinwand gegen die Zulässigkeit einer »alternativen Klagenhäufung« aber nicht vollständig: Denn in den meisten Fällen dürfte klar sein, dass der Kläger den Zuspruch des von ihm geltend gemachten Betrags unter Heranziehung so vieler der geltend gemachten Ansprüche wie nötig begehrt (allenfalls könnte das sogar ausdrücklich in der Klage stehen). Das bedeutet auch, dass das Gericht im Fall der Verneinung des ersten geprüften Anspruchs die weiteren alternativ geltend gemachten Ansprüche prüfen soll, bis es zu Recht bestehende Ansprüche im Ausmaß des Klagebegehrens feststellen kann. Auch dass das Gericht den ersten geprüften Anspruch nicht per Urteilsspruch abweisen können soll, ergibt sich meines Erachtens nicht notwendigerweise aus der Formulierung einer alternativen Klagenhäufung. In zentralen Punkten ist diese Konstruktion durchaus mit jener einer **Eventualklagenhäufung vergleichbar**, wobei der wesentliche Unterschied wohl darin besteht, dass nicht der Kläger, sondern das Gericht die Prüfungsreihenfolge festlegt. Ob dies tatsächlich mit dem Bestimmtheitsgebot unvereinbar ist, lässt sich insofern zumindest anzweifeln.

Tragfähiger ist demgegenüber ein **anderer Einwand gegen die alternative Klagenhäufung**: Insbesondere aus den Wertungen von § 235 Abs 2 und § 237 Abs 1 ZPO ergibt sich, dass der Beklagte ab Streitanhängigkeit (oder im Fall der Klagsrücknahme ab Einlangen der Klagebeantwortung) ein **erhebliches Interesse daran hat, eine Entscheidung über den geltend gemachten Anspruch erzwingen zu können**. Denn nur über die materielle Rechtskraft der (abweisenden) Entscheidung kann er verhindern, erneut in ein Verfahren über dieselbe Sache gezogen zu werden.⁵⁹ Nachdem der Kläger bei der alternativen Klagenhäufung keine Prüfungsreihenfolge vorgibt, könnte das Gericht die behaupteten Ansprüche insofern in einer beliebigen Reihenfolge prüfen (und könnte theo-

59 Zur Bedeutung der materiellen Rechtskraft als zentrales Instrument zur Herstellung von Rechtsfrieden und Rechtssicherheit siehe *Fasching*, Lehrbuch³ Rz 1498; *Klicka* in *Fasching/Konecny*, Kommentar³ III/2 § 411 ZPO Rz 12; *Oberhammer*, JBl 2000, 205 (213f sowie 219); *Rechberger/Simotta*, Grundriss⁹ Rz 941.

retisch auch zwischen der Prüfung verschiedener Ansprüche hin- und herspringen). Problematisch ist für den Beklagten dabei nun, dass das Gericht in dieser Konstruktion nicht dazu »gezwungen« werden kann, über einen geprüften und zu verneinenden Anspruch tatsächlich abzusprechen, wenn es inzwischen einen zweiten Anspruch geprüft und bejaht hat: Denn das Gericht könnte sich immer auf den Standpunkt zurückziehen, dass der erste Anspruch eben noch nicht vollständig geprüft war und sich der zweite nun als zu Recht bestehend herausgestellt hat (was insbesondere in jenen Fällen relativ glaubwürdig behauptet werden kann, in welchen die geltend gemachten Ansprüche aus demselben Lebenssachverhalt resultieren). Das Gericht kann an einem solchen Verhalten freilich ein erhebliches Eigeninteresse haben, zumal es sich die Abfassung eines Urteils über den (»insgeheim« schon verneinten) zuerst geprüften Anspruch ersparen könnte, indem es einfach »nur« den später geprüften und zu Recht bestehenden Anspruch bejaht. Der Beklagte hätte in einer solchen Konstellation keinerlei Möglichkeit, einen Ausspruch des Gerichts über die zuerst geprüfte Forderung zu erzwingen. Der scheinbar geringfügige Unterschied zwischen alternativer Klagenhäufung und Eventualklagenhäufung hat daher aus Sicht des Beklagten einen enormen Einfluss auf seine Rechtsposition: Denn bei der **Eventualklagenhäufung** muss das Gericht, wenn es sich mit dem zweiten Anspruch beschäftigt, jedenfalls eine (ab- oder zurückweisende) **Entscheidung über den erstgereihten Anspruch treffen**. Auf diese Weise hat der Beklagte die Sicherheit, dass über einen inhaltlich geprüften Anspruch auch **dann zwingend abzusprechen ist, wenn dieser vom Gericht verneint wurde**. Hierin (und nicht in der mangelnden Bestimmtheit) ist meines Erachtens das **zentrale Argument gegen die Zulässigkeit einer alternativen Klagenhäufung** zu erblicken. Umgekehrt scheint nicht klar, warum der Kläger nicht entweder alle Ansprüche parallel geltend machen oder diese zumindest in ein Eventualverhältnis setzen soll. Einem gegenteiligen Ansinnen wird in aller Regel eher der Versuch der Verhinderung eines vollständigen Abspruchs über alle Klagsforderungen oder der Umgehung von Wertgrenzen oder kostenrechtlichen Bestimmungen zugrunde liegen. Insofern ist der herrschenden Lehre und stRsp in ihrer **Ablehnung der Zulässigkeit einer alternativen Klagenhäufung zuzustimmen** (auch wenn nach der hier vertretenen Auffassung andere Aspekte als das Bestimmtheitsgebot im Vordergrund stehen).

Diese Überlegung lässt sich aber gleichermaßen auf die **Aufrechnungseinrede übertragen**: Wenn der Beklagte keine Reihung der Gegenforderungen vornehmen muss, dann ergeben sich daraus auch gewisse Rechtsschutzdefizite für den Kläger: Dieser wüsste nämlich nicht, welche der eingewendeten Gegenforderungen durch das Gericht bereits geprüft wurden und bezüglich welcher er – sofern er eine rechtskräftige Entscheidung erwirken möchte – einen Zwischen-

antrag auf Feststellung stellen kann. Vielmehr könnte das Gericht willkürlich so lange verschiedene Gegenforderungen prüfen, bis es eine seines Erachtens bestehende Gegenforderung findet und eine Verrechnung im Urteilspruch vornimmt. Auch wenn das nach derzeitiger Rsp zulässig (und im Übrigen gängige Praxis) ist, kann es hier meines Erachtens keinen Unterschied zwischen der Position des Klägers (dem eine alternative Klagenhäufung zu Recht verwehrt ist) und dem Beklagten geben. Die Gegenauffassung lässt sich – abgesehen von den damit einhergehenden systematischen Folgeproblemen – insbesondere mit dem **Grundsatz der Waffengleichheit** kaum in Einklang bringen.

B. Gesamtabwägung

Nach der Untersuchung der Bestimmtheitserfordernisse für die Aufrechnungseinrede kann nun eine abschließende Bewertung der hier besprochenen Rechtsprechungslinie erfolgen: Als eines der ersten Argumente gegen die Notwendigkeit einer Reihung der Gegenforderungen führt die Entscheidung OGH 1 Ob 617/91 an, dass **keine Norm existiere**, wonach der Beklagte eine Reihenfolge der Prüfung der eingewendeten Gegenforderungen anzugeben habe.⁶⁰ Das ist zweifelsohne zutreffend, allerdings gibt es ganz generell kaum Bestimmungen, die formelle Aspekte der Geltendmachung von Gegenforderungen im Prozess regeln. Aus gutem Grund wird von der stRsp daher vertreten, dass zahlreiche Modalitäten der Klags erhebung (etwa die Notwendigkeit eines schlüssigen Tatsachenvorbringens⁶¹ oder einer Aufschlüsselung der eingewendeten Gegenforderungen⁶²) auch auf die Aufrechnungseinrede anzuwenden sind. Insofern wäre es naheliegend, die für die Klage geltenden Regeln zur Schaffung eines Eventualverhältnisses bei alternativ geltend gemachten Ansprüchen auch auf die Aufrechnungseinrede anzuwenden.

In der Entscheidung OGH 4 Ob 42/15b führt der vierte Senat zur Stützung der hier besprochenen Rechtsprechungslinie an, dass sich nicht zuletzt aus der Anordnung des § 189 ZPO ergebe, dass ein **Ermessen des Gerichts** bei der Prüfung mehrerer selbstständiger Verteidigungsmittel den **Wertungen des Gesetzes** entspreche. Das Gericht könne nämlich auch in anderen Fällen mehrerer selbstständiger Einwendungen gegen das Klagebegehren beurteilen, welches Verteidigungsmittel mit dem geringsten Aufwand zum Erfolg führe. Diese Behauptung

60 OGH 1 Ob 617/91; ebenso OGH 4 Ob 42/15b.

61 Etwa OGH 3 Ob 570/89; 3 Ob 280/01z; 6 Ob 126/04d; 3 Ob 217/11z; 7 Ob 246/18d; 7 Ob 117/20m.

62 Etwa OGH 1 Ob 617/91; 3 Ob 280/01z; 6 Ob 126/04d; 3 Ob 217/11z; 3 Ob 64/15f; 7 Ob 246/18d; RIS-Justiz RS0034059.

ist – zumindest im Hinblick auf die Aufrechnungseinrede – meines Erachtens schon *per se* hinterfragenswert: Denn die beklagte Partei wird in aller Regel mehr Wissen über die Beweislage zur Darlegung der behaupteten Gegenforderung haben und ihre faktischen Erfolgchancen daher deutlich besser einschätzen können als das Gericht. Entscheidend ist meines Erachtens aber ein ganz anderer Punkt: Die Aufrechnungseinrede unterscheidet sich von sonstigen Einreden und Einwendungen dadurch, dass mit ihr (*in eventu*) eine **spruchmäßige Entscheidung** über das Bestehen oder Nichtbestehen eines materiellen Anspruchs begehrt wird. Damit rückt die Aufrechnungseinrede aber – was Fragen ihrer formellen Geltendmachung betrifft – ein Stück weit von »sonstigen« Einreden und Einwendungen (die entweder auf eine formelle Zurückweisung der Klage abzielen oder den behaupteten Anspruch des Klägers inhaltlich entkräften sollen) weg und muss sich den Modalitäten zur Erhebung einer Leistungsklage annähern. Insofern ist es konsequent, wenn die stRsp bei der einredeweisen Geltendmachung von Gegenforderungen eine Orientierung an den Anforderungen des § 226 ZPO verlangt.⁶³ Ob man die Unzulässigkeit der alternativen Klagenhäufung nun mit der hA als Teil des Bestimmtheitsgebots oder (wie hier vertreten) eher als Ausdruck des Beklagten schutzes vor wiederholter Inanspruchnahme deutet, ist in diesem Licht von zweitrangiger Bedeutung: Wenn das entsprechende Gebot für die Klags erhebung gilt, dann wäre es – zumal auch über die Gegenforderung spruchmäßig entschieden werden soll – nicht zuletzt aus Gründen der Waffengleichheit abzulehnen, für die Gegenforderung weniger Formstrenge an den Tag zu legen. Denn wie schon der Beklagte in Bezug auf die Klagsforderungen hat auch der Kläger ein erhebliches Interesse an der »Abarbeitung« der Gegenforderungen in einer festgelegten Reihenfolge.

Die **systematischen Folgeprobleme** der Unterlassung einer Reihung der Gegenforderungen durch den Beklagten wurden bereits in den vorigen Abschnitten aufgezeigt: Im Fall der Bejahung von Gegenforderungen über den Betrag der als zu Recht bestehend erkannten Hauptforderung hinaus stellt sich die Frage, welche der Gegenforderungen nun tatsächlich zur Tilgung der Hauptforderung herangezogen werden sollen. Hier könnte allenfalls die Anwendung von § 1416 ABGB Abhilfe schaffen. Kaum eine plausible Lösung ist hingegen in jenen Situationen ersichtlich, in welchen alle Gegenforderungen verneint (oder zumindest nicht in einem die Hauptforderung übersteigenden Betrag bejaht) wurden: Weder eine Orientierung an der faktischen Prüfungsreihenfolge noch ein anteilmäßiger Ausspruch über die Gegenforderungen scheinen hier zu befriedigenden

63 Vgl etwa OGH 9 ObA 237/88; 3 Ob 548/89; 3 Ob 280/01z; 6 Ob 126/04d; 3 Ob 64/15f; 5 Ob 46/21g.

Ergebnissen zu führen. Diese Probleme können allesamt durch die **Annahme einer Reihungsobliegenheit** vermieden werden. Allfälligen Missbrauchsmöglichkeiten durch die Vornahme einer »schikanösen« Reihung kann durch die Stellung eines Zwischenantrags auf Feststellung über das Nichtbestehen der Gegenforderung ein Riegel vorgeschoben werden.

In einer **Gesamtabwägung** ist daher entgegen der stRsp von einer **Reihungsobliegenheit des mehrere Gegenforderungen aufrechnungsweise einwendenden Beklagten** auszugehen. Dafür sprechen insbesondere **gewichtige systematische Erwägungen** sowie der **Grundsatz der Waffengleichheit**. Die fehlende ausdrückliche Normierung einer solchen Reihungsobliegenheit sowie der Umstand, dass Einwendungen grundsätzlich in einer vom Gericht festzusetzenden Reihenfolge zu prüfen sind, müssen demgegenüber in den Hintergrund treten.

V. Folgen der Unterlassung einer Reihung

Zu klären bleibt, welche Folgen die Unterlassung einer Reihung der aufrechnungsweise eingewendeten Gegenforderungen hat. Für den Fall, dass das Gericht den Mangel bemerkt, hat es – allenfalls unter Ausübung seiner Anleitungs- und Erörterungspflichten nach §§ 182 und 182a ZPO – gem §§ 84 und 85 ZPO einen **Verbesserungsauftrag** zu erteilen, dessen Nichtbefolgung zu einer Zurückweisung der Aufrechnungseinrede führt. Wird der Mangel während des Verfahrens nicht korrigiert und fällt das Gericht in weiterer Folge ein Urteil, in dem es über manche der Gegenforderungen abspricht, ist zwischen zwei Fällen zu unterscheiden: Hat das Gericht **selbstständig eine Reihung vorgenommen** (wofür auch Anhaltspunkte in der Urteilsbegründung genügen⁶⁴), so liegt aufgrund der Verletzung der Anleitungs- und Erörterungspflicht ein wesentlicher Verfahrensmangel iSd § 496 Abs 1 Z 2 ZPO vor. Wird dieser Mangel allerdings nicht aufgegriffen und erwächst das Urteil in Rechtskraft, so ist er saniert. Hat das Gericht hingegen sowohl im Spruch als auch in der Begründung eine **Äußerung darüber unterlassen**, welche der Gegenforderungen zur Tilgung der Hauptforderung verwendet werden sollen oder über welche der verneinten Gegenforderungen in Rechtskraft abzusprechen ist, so ist der Nichtigkeitsgrund des § 477 Abs 1 Z 9 ZPO verwirklicht. Denn in diesem Fall lässt sich weder aus dem Spruch noch aus der Begründung erkennen, über welche der Gegenforderungen das Gericht mit materieller Rechtskraftwirkung absprechen will.⁶⁵ Wird ein solches

64 OGH 4 Ob 42/15b.

65 Vgl Pimmer in Fasching/Konecny, Kommentar³ IV/1 § 477 ZPO Rz 87.

Urteil formell rechtskräftig, ist es in diesem Punkt wirkungsgemindert (es entfaltet also keine materielle Rechtskraftwirkung).

VI. Zusammenschau

Nach der stRsp kann ein Beklagter, der im Prozess mehrere Gegenforderungen aufrechnungsweise einwendet, eine Prüfungsreihenfolge dieser Gegenforderungen vorgeben, muss dies aber nicht tun. Gerade bei Unterlassung einer solchen Reihung tun sich aber systematische Folgeprobleme auf, die kaum befriedigend in den Griff zu bekommen sind. Das betrifft einerseits die Frage, welche von mehreren bejahten Gegenforderungen tatsächlich zur Verrechnung gebracht werden sollen, andererseits den Umstand, dass auch bei Verneinung der Gegenforderungen nicht klar ist, in Bezug auf welche dieser Forderungen der Spruch in Rechtskraft erwachsen soll. Die Möglichkeit einer willkürlichen Reihung durch das Gericht würde – zumal die Aufrechnungseinrede auf eine spruchmäßige Erledigung der Gegenforderungen abzielt – zudem eine erhebliche Beeinträchtigung schutzwürdiger Interessen des Klägers bewirken, weshalb dies insbesondere aus Gründen der Waffengleichheit abzulehnen ist. Entgegen der bisherigen Linie der Rsp ist daher von einer **Reihungsobliegenheit der Gegenforderungen durch den Beklagten** auszugehen.

□