

# ÖSTERREICHISCHE NOTARIATS ZEITUNG

154. JAHRGANG

04  
2022



MONATSSCHRIFT FÜR NOTARIAT UND VERFAHREN AUSSER STREITSACHEN

Aus dem Inhalt:

---

## EDITORIAL

---

*Alexander Winkler:*

Notar:innen – Vielfalt ist Stärke

Seite 157

---

## BEITRÄGE

---

*Martin Trenker und Antonia Werner:*

Zulässigkeit der Aufrechnungseinrede im Außerstreitverfahren

Seite 158

---

*Heinrich Foglar-Deinhardstein und Nikolaus Feldscher:*

Leben mit der Unschärfe – OGH entlastet das Nachprüfungsverfahren

Seite 165

---

## RECHTSPRECHUNG

---

Zum Ausfolgungsverfahren nach § 150 AußStrG (*Heinz Kranzer*)

Seite 187

---

Die Unzulässigkeit der amtswegigen Löschung konstitutiver Eintragungen im Firmenbuch (*Michael Umfahrer*)

Seite 195

---

Zur Rechtmäßigkeit und Redlichkeit des Ersitzungsbesitzes (*Gernot Ehgartner*)

Seite 201

---

Mitwirkung als Richter in Vorprozess begründet keine Befangenheit als Rechtsmittel-Senatsmitglied in Folgeprozess zwischen denselben Parteien (*Karl-Heinz Danzl*)

Seite 204

---

LEITUNG: Christian Rabl, Alexander Schopper, Alexander Winkler (Chefredakteur)

REDAKTION: Ludwig Bittner, Christian Koller, Elisabeth Lovrek, Peter G. Mayr, Gottfried Musger, Karl Stöger, Martin Trenker, Rudolf Welser

BEIRAT: Irene Faber, Christoph Grabenwarter, Andreas Kletečka, Helmut Ofner, Manfred Umlauf, Wolfgang Zankl

NZ 2022/45

## Zulässigkeit der Aufrechnungseinrede im Außerstreitverfahren

### Ein (zusätzliches) Plädoyer für eine Rechtsprechungswende

Die Unzulässigkeit der prozessualen Aufrechnungseinrede im Außerstreitverfahren kann mittlerweile als gesichertes Dogma der Rsp bezeichnet werden. In der Lehre wird diese Auffassung freilich seit langem von unterschiedlichen Autor:innen kritisiert; die jüngste einschlägige Entscheidung hat sogar weitere Kritiker auf den Plan gerufen. Der gegenständliche Beitrag schließt sich dieser Kritik in der Hoffnung an, durch eine konzise, aber mitunter auch ergänzende Aufarbeitung der Argumente für die Zulässigkeit einer Aufrechnungseinrede im Außerstreitverfahren zu einem Umdenken des OGH beizutragen.

Von Martin Trenker und Antonia Werner

### Inhaltsübersicht:

- A. Einführung und Meinungsstand
- B. Praktische Bedeutung und Interessenlage
- C. „Verfahrenseigene“ Aufrechnung
- D. „Verfahrensfremde“ Aufrechnung
- E. „Rechtskräftige Gegenforderung“ als Sonderfall?
- F. Zusammenfassung der Ergebnisse

### A. Einführung und Meinungsstand

Der OGH verneint die Zulässigkeit einer Aufrechnungseinrede im Außerstreitverfahren seit mehreren Jahrzehnten.<sup>1</sup> An dieser Meinung hält das Höchstgericht trotz der zwischenzeitlichen Einführung des AußStrG 2005<sup>2</sup> sowie der daraufhin zunehmend lauter gewordenen Kritik im Schrifttum<sup>3</sup> unbeirrt fest. Auch die jüngste Bestätigung dieses Dogmas in der E 5 Ob 46/21 g stieß auf breite Ablehnung.<sup>4</sup> Obwohl gerade auch<sup>5</sup> die aus Anlass dieser wohnrechtlichen Entscheidung geäußerte Kritik bereits die wichtigsten Argumente gegen die Rsp

überzeugend herausarbeitet, ist das Anliegen dieser – zugleich mit dem Erscheinen dieser Publikationen ausgearbeiteten – Abhandlung weiterhin aktuell: einen Beitrag dazu zu leisten, die Rsp zu einem Umdenken in dieser Frage zu bewegen. Im Folgenden werden die wesentlichen Gesichtspunkte, die auch im Außerstreitverfahren für eine Aufrechnungseinrede sprechen, deshalb nochmals konzise zusammengefasst sowie teilweise präzisiert und ergänzt.

Das zentrale Argument des OGH ist, dass die einredeweise Geltendmachung einer Gegenforderung deshalb unzulässig sei, weil im AußStrG eine § 391 Abs 3 ZPO entsprechende Bestimmung fehle. Dass der einschlägige Rechtssatz RS0006058 den Zusatz enthält, dass dies für „nicht in diesem Verfahren zu entscheidende“ Gegenforderungen gelte, lässt zwar *prima vista* vermuten, die Rsp lehne die Aufrechnung „nur“ mit solchen Gegenforderungen ab, deren Durchsetzung ins streitige Verfahren verwiesen ist<sup>6</sup> – mit *Koller*<sup>7</sup> werden diese im Folgenden als „verfahrensfremde“<sup>8</sup> Forderungen bezeichnet. Bei näherer Betrachtung zeigt sich jedoch,

<sup>1</sup> RIS-Justiz RS0006058, erstmals 3 Ob 552/81 EFSlg 39.192; später zB 2 Ob 674/84; 1 Ob 516/90; 6 Ob 178/03z; 3 Ob 169/06h; 1 Ob 155/08p; 1 Ob 170/16f; 5 Ob 46/21 g.

<sup>2</sup> BGBl I 2003/111.

<sup>3</sup> *Deixler-Hübner* in *Fasching/Konecny*, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen III/2<sup>3</sup> (2018) § 391 ZPO Rz 36; *Deixler-Hübner*, Ausgewählte Rechtsfragen zur Aufrechnungseinrede, in *Bittner/Klicka/G. Kodek/Oberhammer*, Festschrift für Walter H. Rechberger zum 60. Geburtstag (2005) 91; *Deixler-Hübner* in *Gitschthaler/Höllwerth*, Ehe- und Partnerschaftsrecht<sup>2</sup> (2022) § 94 EheG Rz 14; *Dullinger*, Handbuch der Aufrechnung (1995) 213 ff; *Dullinger* in *Rummel*, Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch II/1<sup>3</sup> (2003) § 1438 ABGB Rz 26; *Koller*, Feststellung des rückforderbaren Kautionsbetrags im Außerstreitverfahren – eine erste Bestandsaufnahme, wobl 2009, 115 (121 ff); *Lassingleithner*, Die Kautions im Mietrecht (2020) 105 ff; im Grundsatz wohl auch bereits *Oberhammer*, Aufrechnung mit Forderungen auf Rückzahlung von verbotenen Leistungen, wobl 1994, 203; ferner *Reiterer*, Die Aufrechnung – Funktionen und Rechtsnatur von außergerichtlicher Aufrechnung und Prozessaufrechnung (1976) 78 ff.

<sup>4</sup> *Lassingleithner*, *immolex* 2021, 287 (Anm); *Klicka*, Zur Zulässigkeit der prozessualen Aufrechnung im Außerstreitverfahren seit dem AußStrG 2005 – dargestellt an der E OGH 5 Ob 46/21 g, wobl 2022, 13; *Von der Thannen*, *EvBl* 2022, 228 (Anm).

<sup>5</sup> Im Besonderen gilt dieser Befund freilich schon für die grundlegende Untersuchung von *Koller*, wobl 2009, 115.

<sup>6</sup> So etwa OGH 1 Ob 516/90 (Einwendung einer Forderung auf Rückzahlung von Baraufwendungen für das Unternehmen der Antragstellerin im Aufteilungsverfahren gem §§ 81 ff EheG); 3 Ob 42/98t (Einwendung einer Benützungsentgeltforderung im Aufteilungsverfahren); 5 Ob 314/00p (Einwendung einer Forderung auf Ersatz von Rechtsanwaltskosten im Verfahren über eine verbotene Ablösevereinbarung); 1 Ob 155/08p (Einwendung einer Unterhaltsforderung im Aufteilungsverfahren); zuletzt 5 Ob 46/21 g (Einwendung von bereits rechtskräftig zugesprochenen Mietzinsforderungen im Verfahren zur Feststellung der Höhe der rückforderbaren Kautions gem § 37 Abs 1 Z 8 b MRG).

<sup>7</sup> wobl 2009, 115 (121 mit FN 62).

<sup>8</sup> Der Begriff erscheint deshalb zweckmäßig, weil er besser zum Ausdruck bringt, dass es sich bei der Abgrenzung von streitigem und außerstreitigem Verfahren – entgegen der Terminologie der Rsp (s bloß RIS-Justiz RS0033861 [T 11, 16]; OGH 4 Ob 242/99p; 1 Ob 119/07t) und des Gesetzgebers (ErläutRV 224 BlgNR 22. GP 54, 72, 104) – nicht um ein Problem des (streitigen oder außerstreitigen) Rechtswegs, sondern der Zulässigkeit des (streitigen oder außerstreitigen) Verfahrens handelt; s dazu insb *Mayr*, Die Zulässigkeit des streitigen beziehungsweise außerstreitigen Verfahrens, in *FS Rechberger* (2005) 363 (365 ff); zust etwa *Rechberger* in *Rechberger/Klicka*, Außerstreitgesetz<sup>3</sup> (2021) § 1 Rz 7.

dass die Rsp die Aufrechnungseinrede für sämtliche Gegenforderungen ausschließt, über die nicht in demselben „konkreten Verfahren“ zu entscheiden ist.<sup>9</sup> Der OGH schließt damit eine Aufrechnungseinrede im Außerstreitverfahren überhaupt aus, dh auch mit einer „verfahrenseigenen“ Forderung, also einer Forderung, deren Durchsetzung ohnehin ins Außerstreitverfahren verwiesen ist.

Naheliegenderweise stellen sich freilich bei der Zulässigkeit der Aufrechnung mit „verfahrensfremden“ Gegenforderungen zusätzliche Fragen. Daher soll zunächst die – weniger problematische – Aufrechnungseinrede mit „verfahrenseigenen“ Forderungen thematisiert (unten C.) und erst anschließend auf jene mit „verfahrensfremden“ Forderungen eingegangen werden (unten D.).

## B. Praktische Bedeutung und Interessenlage

Allem voran ist allerdings noch darauf hinzuweisen, dass die Einwendung einer außergerichtlichen/materiellrechtlichen Aufrechnung – egal, ob sie vor oder während des Prozesses erklärt wird, – auch vom OGH zugelassen wird.<sup>10</sup> Diese kategorische Trennung zwischen prozessualer und materiellrechtlicher Aufrechnung lässt sich zwar – gerade in der Tradition publizistischer Betrachtungsweise<sup>11</sup> – dogmatisch konsequent begründen. Bei näherer Betrachtung der involvierten Interessen führt diese Differenzierung aber zu fragwürdigen Ergebnissen.

Praktisch hat die exklusive Zulässigkeit einer außergerichtlichen Aufrechnung für einen Antragsgegner den großen Nachteil, dass ihm die Möglichkeit einer bloß bedingten Aufrechnungserklärung verwehrt bleibt. Denn die Rsp erachtet die bedingte Ausübung dieses Gestaltungsrechts – freilich mit ebenfalls zweifelhafter Überzeugungskraft<sup>12</sup> – für unzulässig.<sup>13</sup> Im Ergebnis

muss der Antragsgegner seine Gegenforderung damit für seine Verteidigung im Wege der außergerichtlichen Aufrechnung „ohne Wenn und Aber“ einsetzen. Unter der Prämisse der Unzulässigkeit der bedingten Aufrechnung muss er die Hauptforderung nämlich anerkennen, ohne zu wissen, ob und inwieweit deren Bestand vom Gericht überhaupt bejaht wird.<sup>14</sup>

Aus der Warte des öffentlichen Interesses verhindert die Position der Rsp eine rechtskräftige Feststellung von Bestand und Höhe der Gegenforderung. Denn der Bestand der Gegenforderung ist bei der Einwendung einer außergerichtlichen Aufrechnung – anders als bei einer prozessualen Aufrechnungseinrede – bloße Vorfrage der meritorischen Entscheidung, weshalb die Entscheidung hierüber nicht in Rechtskraft erwächst.<sup>15</sup> Problematisch daran ist – vor allem im Falle der Verneinung der Gegenforderung –,<sup>16</sup> dass nach hM folglich eine neuerliche Anrufung der Gerichte wegen derselben Gegenforderung möglich bleibt.<sup>17</sup> Das führt nicht nur zu einer vermeidbaren Mehrfachbelastung der Gerichte und des Antragstellers, der sich zweimal gegen die Behauptung der Gegenforderung „verteidigen“ muss, sondern birgt auch die Gefahr widersprüchlicher Entscheidungen.<sup>18</sup>

## C. „Verfahrenseigene“ Aufrechnung

Im Vergleich zu diesen privaten und öffentlichen Interessen, die für eine Aufrechnungseinrede im Außer-

<sup>9</sup> RIS-Justiz RS0006058 [T 4]; OGH 6 Ob 33/04b; 5 Ob 254/09b; idS auch bereits 3 Ob 42/98t.

<sup>10</sup> 2 Ob 680/85; vgl auch 5 Ob 102/94 ua. Im Verfahren nach § 37 Abs 1 Z 8 b MRG müsse der Vermieter und Antragsgegner überhaupt nur klarstellen, welche konkreten Gegenforderungen er dem Rückforderungsanspruch des Mieters und Antragstellers entgegenhalte (5 Ob 46/21g [Pkt 19]). Näher Koller, wobl 2009, 115 (122).

<sup>11</sup> Zu Entstehung und Inhalt des damit verbundenen „Trennungsdogmas“ auf Trenker, Einvernehmliche Parteidisposition im Zivilprozess – Parteiautonomie im streitigen Erkenntnisverfahren (2020) 63 ff.

<sup>12</sup> Krit jüngst Anzenberger/Raunigg, Außergerichtliche Aufrechnung gegen Forderungen von zweifelhaftem Bestand – Zur Frage der Zulässigkeit einer außergerichtlichen Eventualaufrechnung, ÖJZ 2021, 717 mwN; so bereits Dullinger in Rummel, ABGB II/1<sup>3</sup> § 1438 Rz 12; Dullinger, Handbuch 99 ff; Oberhammer, wobl 1994, 203 (207 f); Koller, wobl 2009, 115 (121 f); Klicka, wobl 2022, 13 (14 mwN).

<sup>13</sup> RIS-Justiz RS0033970, zB OGH 7 Ob 624/84; 1 Ob 609/87; 9 Ob 1/20t; auch 1 Ob 538/77 SZ 50/35; 4 Ob 242/01v; 7 Ob 301/01t; 7 Ob 139/15i ua.

<sup>14</sup> Klicka, wobl 2022, 13 (14 f).

<sup>15</sup> OGH 1 Ob 538/77 SZ 50/35; 7 Ob 301/01t; Novak, Zur prozessualen Aufrechnungseinrede im österreichischen Recht, JBl 1951, 504 (506); Oberhammer, wobl 1994, 203 (205); Koller, Aufrechnung und Widerklage im Schiedsverfahren – Unter besonderer Berücksichtigung des Schiedsorts Österreich (2009) 40; Deixler-Hübner in Fasching/Konecny III/2<sup>3</sup> § 391 ZPO Rz 21 je mwN; aA noch die ältere Rsp, statt vieler OGH 2 Ob 378/55; ebenso Melichar, Die Geltendmachung von Gegenforderungen im österreichischen Zivilprozess- und Exekutionsrecht, JBl 1946, 49; aus neuerer Zeit Reiterer, Aufrechnung 92 ff; Dullinger in Rummel, ABGB II/1<sup>3</sup> § 1438 Rz 20.

<sup>16</sup> Weniger problematisch erscheint die umgekehrte Konstellation einer erfolgreichen Aufrechnung. Diesfalls dürfte einer neuerlichen Einklagung der Forderung schlicht kein Erfolg beschieden sein, weil sich die Tatsache der Aufrechnung, also des „Verbrauchs“ der Forderung, aus der Urteilsbegründung ergibt und daher schwerlich zu bestreiten sein wird. Denkbar bleibt, dass der Antragsgegner einen bereits – vor der Aufrechnung – titulierten Gegenanspruch trotz erfolgreicher Aufrechnung nochmals zwangsweise einzutreiben versucht. Der ursprüngliche Antragsteller müsste daraufhin als nunmehr Verpflichteter mit Oppositionsklage reagieren (Von der Thannen, EvBl 2022, 228 [Anm]).

<sup>17</sup> Koller (Aufrechnung 40 ff [42 f]) möchte diesem Problem unter Berufung auf Zeuners (Die objektiven Grenzen der Rechtskraft im Rahmen rechtlicher Sinnzusammenhänge [1959]) Rechtskraftlehre von den Sinnzusammenhängen begegnen. Diese Lehre konnte sich freilich bislang nicht etablieren (vgl nur Klicka in Fasching/Konecny III/2<sup>3</sup> § 411 ZPO Rz 56).

<sup>18</sup> Zu diesen öffentlichen Interessen des Zivilprozessrechts an der Rechtskraft vgl bereits Materialien zu den neuen österreichischen Zivilprozessgesetzen II (1897) 322; näher Trenker, Parteidisposition 207 ff, 220 ff.

streitverfahren streiten, wirkt die Begründung des OGH für seine ablehnende Haltung sehr formaljuristisch.<sup>19</sup> Pointiert formuliert lautet diese: Wenn und weil die Aufrechnungseinrede zwar in der ZPO in § 391 Abs 3 ZPO (und § 411 Abs 1 Satz 2 ZPO<sup>20</sup>), nicht jedoch im AußStrG geregelt ist, muss sie im Außerstreitverfahren unzulässig sein. Dieser Schluss vermag indes nicht zu überzeugen.

Allem voran ist nämlich zu beachten, dass § 391 Abs 3 ZPO keineswegs eine „konstitutive“ Rechtsgrundlage für die Aufrechnungseinrede darstellt, sondern nur die Zulässigkeit eines Teilurteils für den Fall einer erhobenen Aufrechnungseinrede regelt. Nach *Franz Klein*<sup>21</sup> sollte die Bestimmung zwar zur Klarstellung dienen, dass anders als nach früherem Recht in jedem Fall auch über eine „nicht liquide Gegenforderung“ entschieden werden müsse.<sup>22</sup> Im Übrigen enthält die Regelung aber keine normative Aussagekraft über die Zulässigkeit einer Aufrechnungseinrede, sondern setzt diese vielmehr voraus. Letzterer Befund ist auch § 411 Abs 1 Satz 2 ZPO<sup>23</sup> und erst recht § 545 Abs 3 Geo. zu attestieren.

Die skizzierte „Regelungstechnik“ ist geradezu typisch für solche Prozesshandlungen, die ein bürgerlich-rechtliches Pendant kennen (und richtigerweise doppel-funktionellen Charakter aufweisen):<sup>24</sup> Auch Vergleich

(§§ 204–206 ZPO), Anerkenntnis (§ 395 ZPO) und Verzicht (§ 394 ZPO) erfahren demnach nur eine Regelung bestimmter prozessualer Facetten, die – ausweislich der Materialien – überdies nur „der Vermeidung von Zweifeln“ dienen sollten.<sup>25</sup> Hintergrund dieser legislatischen Lösung dürfte gewesen sein, dass dem historischen Gesetzgeber zu einer Zeit, in der die Emanzipation des Zivilverfahrensrechts vom Zivilrecht noch bestenfalls in den Kinderschuhen steckte,<sup>26</sup> die Ausübung dieser zivilrechtlich anerkannten Rechtsgeschäfte im Zivilprozess selbstverständlich erschien und er daher lediglich gewisse prozessuale Aspekte für regelungsbedürftig erachtete.

Wenn das AußStrG nun keine solchermaßen „ergänzenden“ Regeln für diese Prozesshandlungen enthält, sind daraus folgerichtig keine überzeugenden Rückschlüsse auf deren Zulässigkeit zu ziehen. Dementsprechend anerkannt ist etwa die prinzipielle (Ausnahme zB: § 83 Abs 3 AußStrG) Zulässigkeit eines Anerkenntnisses und Verzichts im Außerstreitverfahren.<sup>27</sup> Dass hierüber wohl nicht mit „Anerkenntnis-“ oder „Verzichtsbeschluss“ im formellen Sinn zu entscheiden ist,<sup>28</sup> ändert an der funktionalen Vergleichbarkeit mit ihren „zivilprozessualen Namensvettern“ uE nichts. Dieser Befund ist deshalb bemerkenswert, weil das AußStrG diese Dispositionen – anders als den Vergleich (§ 33 AußStrG) – ebenso wenig erwähnt wie die Aufrechnungseinrede. Allenfalls ließe sich eine gesetzliche Grundlage zwar in § 36 Abs 3 AußStrG finden, wonach das Gericht auf „die zivilrechtlich wirksamen rechtsgeschäftlichen Willenserklärungen der Parteien Bedacht zu nehmen“ habe.<sup>29</sup> Hierunter ließe sich aber zwanglos auch eine Aufrechnungserklärung subsumieren. Wie dem aber auch sei: Warum die mangelnde explizite Erwähnung der Aufrechnungseinrede

<sup>19</sup> So auch *Deixler-Hübner* in *Fasching/Konecny III*/2<sup>3</sup> § 391 ZPO Rz 36; *Deixler-Hübner* in FS *Rechberger* 91 (96); *Deixler-Hübner* in *Gitschthaler/Höllwerth*, Ehe- und Partnerschaftsrecht<sup>2</sup> § 94 EheG Rz 14.

<sup>20</sup> Auch auf das Fehlen einer vergleichbaren Norm zu § 411 ZPO für das Außerstreitverfahren beruft sich der OGH bisweilen (zB 8 Ob 519/93; vgl dazu auch *Klicka*, wobl 2022, 13 [15]).

<sup>21</sup> Vorlesungen über die Praxis des Civilprocesses (1900) 211.

<sup>22</sup> In § 425 des Entwurfs einer Civilproceßordnung 1876 (535 BlgAH 8. Session 126) sowie § 428 des Entwurfs 1881 (331 BlgAH 9. Session 87) wurde ein Beklagter, der eine noch nicht zur Entscheidung reife, dh nicht liquide Gegenforderung eingewendet hatte, die mit der Hauptforderung nicht in rechlichem Zusammenhang stand, noch auf eine separate Klage verwiesen.

<sup>23</sup> Nach Meinung des historischen Gesetzgebers (Materialien zu den neuen österreichischen Civilprocessgesetzen I [1897] 335) waren die in § 427 RV enthaltenen Anordnungen, darunter die Regelung, dass ein Urteil der Rechtskraft insoweit teilhaft werde, als „über den Bestand oder Nichtbestand einer vom Beklagten zur Compensation geltend gemachten Gegenforderung entschieden ist“, „als eine Codifizierung des geltenden Rechts und der Rechtssätze [zu qualifizieren], zu welchen sich heute in der Lehre der materiellen Rechtskraft die herrschende Meinung bekennt“. Vom Permanenzausschuss wurde die Norm daraufhin iS der heutigen Fassung des § 411 ZPO umformuliert, wohl um klarzustellen, dass über die Gegenforderung nicht unabhängig von Bestand und Höhe der Hauptforderung rechtskräftig entschieden werde (Materialien II 323).

<sup>24</sup> Der doppelfunktionelle Charakter von Prozessvergleich (*Fasching*, Lehrbuch des österreichischen Zivilprozeßrechts<sup>2</sup> [1990] Rz 1335 f; *Klicka* in *Fasching/Konecny II*/3<sup>3</sup> [2015] § 206 ZPO Rz 8; *Trenker*, Parteidisposition 824 f; aA *Anzenberger*, Der gerichtliche Vergleich [2020] 39 ff) und Aufrechnungseinrede (*Fasching*, Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen III<sup>1</sup> [1966] 575; *Fasching* aaO Rz 1292; *Rechberger/Simotta*, Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts – Erkenntnisverfahren<sup>9</sup> [2017] Rz 706; *Holly* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.06</sup>

§ 1438 Rz 31 [Stand 15. 1. 2021, rdb.at]; vgl auch *Koller*, Aufrechnung 43 f mwN) ist herrschend anerkannt. Wie an anderer Stelle dargelegt (*Trenker* aaO 153 ff, 824 f mwN auch der Gegenansicht), ist die Qualifikation als doppel-funktionelle Prozesshandlung – freilich entgegen hM (s nur RIS-Justiz RS0040792, zuletzt OGH 2 Ob 127/15 p; *Rechberger/Simotta* aaO Rz 700; vgl dazu auch *Rechberger/Klicka* in *Rechberger/Klicka*, Zivilprozessordnung<sup>3</sup> [2019] §§ 394, 395 je Rz 1) – uE auch für Anerkenntnis und Verzicht zutreffend.

<sup>25</sup> Materialien I 328.

<sup>26</sup> Vgl *Trenker*, Parteidisposition 65 f.

<sup>27</sup> Vgl etwa *Motal* in *Schneider/Verweijen*, Kommentar zum Außerstreitgesetz (2019) § 3 Rz 8; *Schneider* ebendort § 29 Rz 8, § 30 Rz 19; ebenso *Verweijen* ebendort § 174 Rz 11; G. *Kodek* in *Gitschthaler/Höllwerth*, Kommentar zum Außerstreitgesetz I<sup>2</sup> (2019) § 3 Rz 4, 12 f; *Sailer* ebendort § 174 a Rz 5.

<sup>28</sup> IdS wohl *Höllwerth* in *Gitschthaler/Höllwerth*, AußStrG I<sup>2</sup> § 160 Rz 14; *Pierer* in *Schneider/Verweijen*, AußStrG § 83 Rz 19; *Verweijen* ebd § 160 Rz 9 (freilich mit unzureichendem Verweis auf ErläutRV 224 BlgNR 22. GP 104); aA möglicherweise *Metzler*, Die Anerkennung des Erbrechts, ÖJZ 2006, 515 (516 ff).

<sup>29</sup> Die Gesetzesmaterialien (ErläutRV 224 BlgNR 22. GP 43) führen als Beispiele einen „Teilvergleich im Aufteilungsverfahren“ oder eine „Benützungsvereinbarung“ an, die Lehre subsumiert darunter aber auch Anerkenntnis und Verzicht (so *Thunhart* in *Schneider/Verweijen*, AußStrG § 36 Rz 33).

im AußStrG anders als bei Anerkenntnis und Verzicht gleich deren Existenz ausschließen soll, ist nach alledem schwer nachvollziehbar.

Selbst wenn man § 391 Abs 3, § 411 Abs 1 Satz 2 ZPO als konstitutiv für die prozessuale – dh für eine bedingte sowie „rechtskräftfähige“ – Aufrechnungseinrede betrachtet, wäre das Vorliegen einer planwidrigen Lücke im AußStrG zu prüfen, welche durch eine analoge Anwendung dieser Bestimmungen geschlossen werden könnte.<sup>30</sup> Für diese Analogieschlüsse spricht, dass sich die geschilderte Interessenlage (oben B.) bei kontradiktorischen Außerstreitverfahren (dazu sogleich) einerseits nicht erkennbar von jener im streitigen Zivilprozess unterscheidet,<sup>31</sup> andererseits keinerlei Anhaltspunkte dafür ersichtlich sind, dass sich der Gesetzgeber des AußStrG 2005 bewusst gegen eine prozessuale Aufrechnung entschieden hätte. Wegen der entsprechenden Möglichkeit einer analogen Anwendung von § 545 Abs 3 Geo. ist zudem das Argument der Rsp, dem Außerstreitverfahren wäre ein dreigliedriger Spruch fremd,<sup>32</sup> als bloße *petitio principii* zurückzuweisen.

Auch die Nichterwähnung einer eingewendeten Gegenforderung in § 36 Abs 2 und §§ 42f AußStrG, welche am ehesten als – freilich auch sonst deutlich anders formulierte – Parallelbestimmungen zu § 391 und § 411 ZPO zu qualifizieren sind, reicht *per se* keinesfalls aus, um darin eine gewollte legislative Weichenstellung zu erkennen. Vielmehr könnte eine naheliegende Erklärung für deren Lückenhaftigkeit mit *Koller*<sup>33</sup> darin gesehen werden, dass sich einige außerstreitige Materien wohl in der Tat nicht für eine Aufrechnung eignen und der Gesetzgeber daher nicht mit einer generellen Zulässigkeitsanordnung in den „Allgemeinen Bestimmungen“<sup>34</sup> Verwirrung stiften wollte.<sup>35</sup> Da nämlich für die Prozessaufrechnung auch die materiellen Aufrechnungsvoraussetzungen der §§ 1438ff ABGB vorliegen müssen,<sup>36</sup> kommen hierfür wohl nur kontradiktorische Verfahren in Betracht, in denen sich zwei gleichartige Forderungen – somit iaR zwei Geldforderungen – aufrechenbar gegenüberstehen.<sup>37</sup> Demgegenüber dürfte

eine prozessuale wie materiellrechtliche Aufrechnung insb im Rechtsfürsorgebereich des Außerstreitverfahrens ausscheiden.<sup>38</sup>

Unterm Strich kann die Zulässigkeit der Aufrechnungseinrede im Außerstreitverfahren dementsprechend nicht „über einen Kamm geschoren“ werden, sondern ist stets konkret zu eruieren, ob ihr materienbezogene Sachgründe entgegenstehen (Ausnahme); ist dies nicht der Fall, ist eine prozessuale Aufrechnung zulässig (Regel). Im Grundsatz möglich ist somit eine prozessuale Aufrechnung beispielsweise **mit** oder **gegen** die folgenden Ansprüche: miet- und wohnrechtliche Ansprüche auf Geld,<sup>39</sup> Ansprüche auf Abgeltung der Mitwirkung im Erwerb (§ 98 ABGB), Unterhaltsansprüche (§§ 101–103 AußStrG)<sup>40</sup> oder – möglicherweise – Ausgleichszahlungen im ehelichen Aufteilungsverfahren (§ 94 EheG).<sup>41</sup>

<sup>38</sup> Verbreitet wird die Abgrenzung des Rechtsfürsorgebereichs sogar als ausschlaggebend für die Zulässigkeit der Aufrechnungseinrede angesehen (zB *Koller*, wobl 2009, 115 [125]; *Klicka*, wobl 2022, 13 [insb 14f]; *Von der Thannen*, EvBl 2022, 228 [Anm]). Abgesehen davon, dass der Rechtsfürsorgebereich seinerseits nicht trennscharf abgegrenzt ist, erscheint diese Differenzierung uE im Einzelnen aber möglicherweise als zu pauschal.

<sup>39</sup> Zu denken ist – ohne Anspruch auf Vollständigkeit – beispielsweise an Ansprüche auf Entschädigungszahlungen eines durch Änderungen oder Erhaltungsarbeiten beeinträchtigten Wohnungseigentümers gem § 52 Abs 1 Z 2 iVm § 16 Abs 7 WEG (vgl auch *Vonkilch* in *Hausmann/Vonkilch*, Österreichisches Wohnrecht WEG<sup>4</sup> [2017] § 16 Rz 53), auf Entgelt für mitvermietete Einrichtungsgegenstände oder sonstige Leistungen gem § 37 Abs 1 Z 12 a iVm § 25 MRG, auf Rückzahlung der Kosten von Erhaltungs- und Verbesserungsarbeiten gem § 37 Abs 1 Z 13 iVm § 45 MRG oder von verbotenen Leistungen und Entgelten gem § 37 Abs 1 Z 14 iVm § 27 MRG (aa noch *Oberhammer*, wobl 1994, 203 [204]; zur zwischenzeitlichen Änderung der Rechtslage s aber unten FN 69). Ebenso kommt uE der – auch Gegenstand der E 5 Ob 46/21 g bildende – Anspruch auf Feststellung der Höhe der rückforderbaren Kautions gem § 37 Abs 1 Z 8 b iVm § 16 Abs 2 MRG grundlegend in Betracht für eine Aufrechnungseinrede (dazu ausf *Koller*, wobl 2009, 115 [118, 124]).

<sup>40</sup> Hierbei ist allerdings zu beachten, dass gegen eine gesetzliche Unterhaltsforderung schon materiellrechtlich grundsätzlich nur soweit aufgerechnet werden kann, als diese das unpfändbare Existenzminimum (vgl § 290 a Abs 1 Z 10 EO) übersteigt (OGH 3 Ob 372/60; 2 Ob 608/82; 3 Ob 101/00z; näher *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht<sup>4</sup> [2019] Rz 1799ff). Gegen den unpfändbaren Betrag der gesetzlichen Unterhaltsforderung darf nur dann aufgerechnet werden, wenn einer der Fälle des § 293 Abs 3 EO vorliegt (OGH 3 Ob 372/60; 3 Ob 101/00z; 4 Ob 204/02g uam; *Gitschthaler* aaO Rz 1805ff). Die Aufrechnung mit unpfändbaren Unterhaltsforderungen wird jedoch zumindest teilweise für zulässig erachtet (OGH 3 Ob 43/02y; *Oberhammer* in *Angst/Oberhammer*, Kommentar zu Exekutionsordnung<sup>3</sup> [2015] § 293 Rz 3). Keine Aufrechnungshindernisse bestehen auch bei vertraglich vereinbarten Unterhaltsforderungen (vgl *Gitschthaler* aaO Rz 1813).

<sup>41</sup> Dies hängt davon ab, ob man die Rsp für überzeugend erachtet, wonach die Aufrechnung schon deshalb unzulässig sei, weil der Anspruch auf die konkrete Ausgleichszahlung (anders als der Aufteilungsanspruch als solcher) erst mit Rechtskraft des gerichtlichen Beschlusses entstehe, der die Ausgleichszahlung festlegt (vgl OGH 1 Ob 170/16f; dagegen jedoch etwa *Deixler-Hübner* in *Gitschthaler/Höllwerth*, Ehe und Partnerschaftsrecht<sup>2</sup> § 94 EheG Rz 14).

<sup>30</sup> So zB *Koller*, wobl 2009, 115 (123); *Klicka*, wobl 2022, 13 (13, 15); *Von der Thannen*, EvBl 2022, 228 (Anm).

<sup>31</sup> Das gilt jedenfalls, seit das AußStrG im Gegensatz zum Außerstreitpatent 1854 ein ausgereiftes und zur Erledigung kontradiktorischer Streitigkeiten gleichwertig geeignetes Verfahren bereithält (idS wohl auch *Klicka*, wobl 2022, 13 [15]; ferner *Koller*, wobl 2009, 115 [125]). Dazu noch unten D.

<sup>32</sup> Siehe nur 5 Ob 46/21 g.

<sup>33</sup> wobl 2009, 115 (123); zust *Lassingleithner*, Kautions im Mietrecht 110.

<sup>34</sup> So ist das I. Hauptstück (§ 1 – § 80a AußStrG) benannt.

<sup>35</sup> Vgl idS ErläutRV 224 BlgNR 22. GP 9.

<sup>36</sup> Siehe nur *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht<sup>9</sup> Rz 704; *Deixler-Hübner* in *Fasching/Konecny III/2*<sup>3</sup> § 391 ZPO Rz 24.

<sup>37</sup> Probleme können sich zudem bei den häufigen Mehrparteienverfahren aus dem Gegenseitigkeitserfordernis ergeben (vgl dazu auch *Motal* in *Schneider/Verweijen*, AußStrG § 1 Rz 28).

## D. „Verfahrensfremde“ Aufrechnung

Praktisch wichtiger erscheint jedoch die Frage, ob im Außerstreitverfahren mit einer im streitigen Verfahren zu entscheidenden Gegenforderung aufgerechnet werden kann. Diese Fallgruppe ist dogmatisch problematischer, weil der Aufrechnungseinrede nicht nur die – angeblich – mangelnde Rechtsgrundlage im AußStrG, sondern vor allem die Unzulässigkeit der Geltendmachung einer Forderung im „falschen Verfahren“ entgegengehalten werden kann. Die Rsp lehnt die Aufrechnungseinrede mit einer „verfahrensfremden“ Gegenforderung dementsprechend nicht nur im Außerstreitverfahren, sondern auch im umgekehrten Fall ab, wenn also im streitigen Verfahren eine „außerstreitige Forderung“ *compensando* eingewandt wird.<sup>42</sup> Die folgenden Ausführungen beziehen sich dementsprechend grundsätzlich auf beide Konstellationen der „verfahrensfremden“ Aufrechnung.

Die Ansicht der Judikatur erscheint auf den ersten Blick durchaus überzeugend. Immerhin ist die Auswahl der richtigen Verfahrensart Prozessvoraussetzung<sup>43</sup> und ein im falschen Verfahren durchgeführter Prozess nach hM sogar mit Nichtigkeitssanktion bedroht (vgl § 56 Abs 1 AußStrG).<sup>44</sup> Auf den zweiten Blick zeigt sich jedoch, dass hinsichtlich der Maßgeblichkeit der Prozessvoraussetzungen für die Aufrechnungseinrede zu differenzieren ist:<sup>45</sup> So ist bei Unzulässigkeit des Rechtswegs ieS für die Gegenforderung deren Einrede zwar zweifellos ausgeschlossen, damit Zivilgerichte nicht in Missachtung der Trennung von Justiz und Verwaltung (Art 94 B-VG) rechtskräftig über öffentlich-rechtliche Ansprüche absprechen (müssen).<sup>46</sup> Hingegen ist völlig anerkannt, dass die – auch unprorogable – sachliche oder örtliche Unzuständigkeit für die Entscheidung über die Gegenforde-

rung eine prozessuale Kompensation nicht hindert.<sup>47</sup> Gewissermaßen dazwischen<sup>48</sup> steht die hier interessierende Zulässigkeit des streitigen/außerstreitigen Verfahrens.<sup>49</sup> Der OGH scheint diese Prozessvoraussetzung – entsprechend der überkommenen Terminologie von der Unzulässigkeit des streitigen/außerstreitigen Rechtswegs<sup>50</sup> – jedoch ohne Weiteres mit der Unzulässigkeit des Rechtswegs ieS gleichzusetzen, wie der einschlägige Rechtsatz RS0033861 belegt.<sup>51</sup> Umgekehrt lässt das Höchstgericht die *Compensando*-Einrede einer Gegenforderung, die einer Schiedsvereinbarung unterliegt,<sup>52</sup> wohl vorwiegend deshalb zu, weil dieses Prozesshindernis als Spezialfall der sachlichen Unzuständigkeit qualifiziert wird.<sup>53</sup>

Diese schematische Betrachtung verdeckt jedoch den Blick auf die eigentlich maßgebliche Wertungsfrage: Ist die Abgrenzung des streitigen vom außerstreitigen Verfahren wirklich (und in allen Fällen) so bedeutsam, dass ihre Einhaltung auch bei einer verteidigungsweise erhobenen Gegenforderung den Vorteilen der Berücksichtigung dieser Gegenforderung überzuordnen ist? Vorauszuschicken ist insoweit noch, dass der methodische Spielraum des Rechtsanwenders bei dieser Interessenabwägung uE vergleichsweise groß ist. *De lege lata* existiert nämlich kein unmittelbar einschlägiger Anhaltspunkt dafür, welche (Prozess-)Voraussetzungen für eine Aufrechnungseinrede einzuhalten sind, geschweige denn, ob dies konkret für die Zulässigkeit des (außer)streitigen Verfahrens gilt.

Für die skizzierte Interessenabwägung sind allen voran nochmals die Vorteile der Aufrechnungseinrede im Ver-

<sup>42</sup> RIS-Justiz RS0033861 [T 6, 10, 11, 18, 19, 20, 21], zB OGH 4 Ob 242/99p (Einwendung von Aufteilungsansprüchen nach §§ 81 ff EheG im Verfahren über die Rückzahlung eines Darlehens); 1 Ob 175/14p (Einwendung eines Rückforderungsanspruchs gem § 27 Abs 3 MRG im Verfahren über Mietzinsrückstände, Räumung und Vertragsaufhebung).

<sup>43</sup> *Fasching*, Lehrbuch<sup>2</sup> Rz 113; *Mayr/Fucik*, Einführung in die Verfahren außer Streitsachen<sup>2</sup> (2019) Rz 28; *G. Kodek/Mayr*, Zivilprozessrecht<sup>5</sup> (2021) Rz 134; *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht<sup>9</sup> Rz 558; *Rechberger/Klicka* in *Rechberger/Klicka*, AußStrG<sup>3</sup> § 1 Rz 7.

<sup>44</sup> RIS-Justiz RS0046861 [T 1, 2]; RS0007419, zB OGH 7 Ob 254/73 EvBl 1974/127, 270; 1 Ob 160/74; 4 Ob 2227/96w; *Mayr/Fucik*, Verfahren außer Streitsachen<sup>2</sup> Rz 28; *Mayr* in *FS Rechberger* 363 (369); *Motal* in *Schneider/Verweijen*, AußStrG § 1 Rz 10; *Lovrek*, § 40a JN und zwei Fragen: Zur Anrufung des OGH und zur Möglichkeit der Verwertung nichtiger Verfahrensergebnisse, NZ 2021, 685 (686).

<sup>45</sup> Dazu ausf *Deixler-Hübner* in *Fasching/Konecny III/2<sup>3</sup> § 391 ZPO* Rz 30 ff; *Rechberger/Klicka* in *Rechberger/Klicka*, ZPO<sup>5</sup> (2019) §§ 391–392 Rz 12.

<sup>46</sup> RIS-Justiz RS0033861, zB OGH 4 Ob 10/50; 1 Ob 130/49; 9 ObA 155/93.

<sup>47</sup> *Fasching*, Lehrbuch<sup>2</sup> Rz 1290; *Deixler-Hübner* in *Fasching/Konecny III/2<sup>3</sup> § 391 ZPO* Rz 33; *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht<sup>9</sup> Rz 707.

<sup>48</sup> Vgl ganz idS bereits *Oberhammer*, wobl 1994, 203 (204).

<sup>49</sup> Vorzugswürdig ist dementsprechend die Qualifikation als Verfahrensvoraussetzung *sui generis* (*Mayr* in *FS Rechberger* 363 ff; *Mayr/Fucik*, Verfahren außer Streitsachen<sup>2</sup> Rz 27 f). Für die skizzierte Abstufung der Bedeutung der Prozessvoraussetzungen spricht dennoch, dass die Unzulässigkeit des Rechtswegs ieS selbst nach Rechtskraft der Entscheidung aufgegriffen werden kann (§ 42 Abs 2 JN), wohingegen die Unzulässigkeit des (außer)streitigen Verfahrens mit Rechtskraft (*G. Kodek* in *Gitschthaler/Höllwerth* AußStrG I<sup>2</sup> § 1 Rz 163; *Mayr/Fucik*, Verfahren außer Streitsachen<sup>2</sup> Rz 28) und die sachliche/örtliche Unzuständigkeit iaR bereits in einem viel früheren Stadium heilt (§ 240 iVm § 441 ZPO iVm § 104 Abs 3 JN).

<sup>50</sup> Siehe oben A. in FN 8.

<sup>51</sup> Ebenso schon *Novak*, JBl 1951, 504 (510 f); zu Recht krit dazu hingegen *Oberhammer*, wobl 1994, 203 (204); *Koller*, wobl 2009, 115 (125); *Klicka*, wobl 2022, 13 (16).

<sup>52</sup> RIS-Justiz RS0033744; OGH 1 Ob 711/89 ecolex 1991, 312; 8 Ob 83/97g; 3 Ob 225/10z; aA hingegen etwa noch OGH Rv II 241/12 GIUNF 5855.

<sup>53</sup> RIS-Justiz RS0039817, zB OGH 2 Ob 603/50; 1 Ob 298/58; 1 Ob 126/00m; RS0039844 [T 1, 4, 5]; allg *Hausmaninger* in *Fasching/Konecny IV/2<sup>3</sup> (2016) § 584 ZPO* Rz 48; *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht<sup>9</sup> Rz 249; konkret etwa *Fasching*, Lehrbuch<sup>2</sup> Rz 1290; *Deixler-Hübner* in *Fasching/Konecny III/2<sup>3</sup> § 391 ZPO* Rz 33; krit dazu *Koller*, Aufrechnung 195 mwN.

gleich zur außergerichtlichen Aufrechnung in Erinnerung zu rufen (oben B.): Der Antragsgegner kann sich mit der Gegenforderung erstens verteidigen, ohne die Hauptforderung implizit anerkennen zu müssen. Zweitens erwächst die Entscheidung darüber – soweit die Hauptforderung besteht – mit allen damit verbundenen Vorzügen (Entlastung der Justiz, Absicherung des Prozess Erfolgs des Obsiegenden, Entscheidungsharmonie, Rechtsfrieden) in Rechtskraft. Nimmt der Antragsgegner hingegen überhaupt von einer außergerichtlichen Aufrechnung Abstand und macht seine Gegenforderung stattdessen separat geltend, so widerspricht das Resultat dem prozessökonomischen Interesse darin, einen sozialen Konflikt möglichst in einem Rechtsstreit konzentriert zu erledigen.<sup>54</sup> Da die Entscheidung über die Hauptforderung zwischenzeitlich typischerweise vollstreckbar wird, droht ferner das vielkritisierte „*sinnlose Hin- und Herschieben von Geld*“ sowie eine sachlich unberechtigte Verlagerung des Insolvenzrisikos auf den Antragsgegner, dem die Aufrechnungseinrede verwehrt wird.<sup>55</sup>

Allerdings ist die Einhaltung der richtigen Verfahrensart auch kein reiner Formalismus, sondern hat durchaus eine sachliche Rechtfertigung: Einerseits gewährleistet sie eine gewisse Spezialisierung der Rechtsschutzorgane, andererseits soll durch die bessere Eignung der Verfahrensart für bestimmte Sachmaterien eine möglichst effiziente Abhandlung und ein tendenziell interessengerechteres Ergebnis sichergestellt werden.<sup>56</sup> Letzterer Aspekt kommt konkret darin zum Ausdruck, dass sich das Außerstreitverfahren durch „*größere Flexibilität, die geringe Formstrenge, die Hilfeorientiertheit, die teilweise amtswegige Einleitung und auch hinsichtlich der Stoffsammlung [Untersuchungsgrundsatz]*“ auszeichne.<sup>57</sup> Da das AußStrG insoweit „besseren“ Rechtsschutz gewährleiste, wird bisweilen gefolgert, es sei nur eine Aufrechnung mit streitigen Forderungen im außerstreitigen Verfahren zulässig, nicht aber umgekehrt.<sup>58</sup>

Richtigerweise dürfen die Unterschiede in beiden Verfahren seit dem AußStrG 2005 hingegen nicht zu hoch gewichtet werden. Im Gegenteil: Für die interessierenden kontradiktorischen Ansprüche (oben C.) weist die ZPO uE keine strukturellen Rechtsschutzdefizite auf, die ein rechtskräftiges Erkenntnis über eine außerstreitige Forderung als untragbar erscheinen ließen.<sup>59</sup> Insb

darf der keineswegs in Reinform verwirklichte Untersuchungsgrundsatz des § 16 AußStrG<sup>60</sup> nicht überbewertet werden. Vor allem ist insoweit zu beachten, dass der Untersuchungsgrundsatz im Antragsverfahren nichts an der Geltung der Dispositionsmaxime ändert, weshalb die Rsp die amtswegigen Ermittlungspflichten des Gerichts im Kern durch den Antrag und die Antragsbehauptungen beschränkt,<sup>61</sup> eine Erhebungspflicht ohne zugrundeliegende Behauptungen also ausschließt.<sup>62</sup>

Dass sich der Beklagte/Antragsgegner durch die Aufrechnungseinrede bewusst für die Abhandlung im „falschen“ Verfahren entscheide,<sup>63</sup> ist uE zwar generell kein starkes Argument für eine „verfahrensfremde“ Aufrechnungseinrede, weil bei dieser Überlegung die Schutzbedürftigkeit des möglicherweise nicht einverstandenen Prozessgegners unberücksichtigt bleibt. Sehr wohl maßgeblich ist aber die Überlegung, dass das Gericht bei der Einwendung einer außergerichtlichen Aufrechnung mit einer strittigen Forderung, die im jeweils anderen Verfahren durchzusetzen wäre, deren Bestand ohnehin nach den Regeln des „falschen“ Verfahrens prüfen muss. Dabei soll zwar der dogmatisch bedeutsame Unterschied nicht verkannt werden, dass die Gegenforderung diesfalls nur als Vorfrage zu prüfen ist und somit keine rechtskräftige Entscheidung über eine streitige Forderung im Außerstreitverfahren *et vice versa* getroffen wird (oben B). Bei pragmatischer Betrachtung relativiert diese Überlegung die sachliche Notwendigkeit der unbedingten Einhaltung des streitigen/außerstreitigen Verfahrens bei der Aufrechnungseinrede dennoch erheblich. Bestärkt wird diese Relativierung zusätzlich durch das wohl unbestreitbare Urteil, dass die gesetzgeberische Zuweisung zum streitigen/außerstreitigen Verfahren keineswegs stets überzeugenden sachlichen Erwägungen folgt.<sup>64</sup>

Auch der OGH hat jüngst – wenn auch in anderem Zusammenhang – eine Tendenz erkennen lassen, den Graben zwischen streitigem und außerstreitigem Verfahren zu verkleinern. Er hat nämlich entgegen der *bis dato* hL<sup>65</sup> befürwortet, dass die Beweisergebnisse aus einem zu Unrecht in der falschen Verfahrensart geführten und daher nichtigen Prozess für den „zweiten Rechtsgang“

<sup>54</sup> Dazu näher *Trenker*, Parteidisposition 205f.

<sup>55</sup> Siehe bloß *Koller*, wobl 2009, 115 (125); *Klicka*, wobl 2022, 13 (15).

<sup>56</sup> *Trenker*, Parteidisposition 212.

<sup>57</sup> So im konkreten Kontext zB *Deixler-Hübner* in FS *Rechberger* 91 (96).

<sup>58</sup> *Melichar*, JBl 1946, 49 (52f); *Reiterer*, Aufrechnung 78ff; *Deixler-Hübner* in FS *Rechberger* 91 (96f).

<sup>59</sup> IdS auch *Koller*, wobl 2009, 115 (125); s auch *Mayr/Fucik*, Verfahren außer Streitsachen<sup>2</sup> Rz 33ff; *Lassingleithner*, Kaution im Mietrecht 109.

<sup>60</sup> Instruktiv *Schneider* in *Schneider/Verweijen*, AußStrG § 16 Rz 4ff.

<sup>61</sup> OGH 1 Ob 186/08x; 2 Ob 144/15p; 16 Ok 5/18y; RS0117902; *Höllwerth* in *Gitschthaler/Höllwerth*, AußStrG I<sup>2</sup> § 16 Rz 13; *Schneider* in *Schneider/Verweijen*, AußStrG § 16 Rz 14ff.

<sup>62</sup> OGH 6 Ob 129/11f; 10 Ob 33/12v; *Schneider* in *Schneider/Verweijen*, AußStrG § 16 Rz 15.

<sup>63</sup> So *Klicka*, wobl 2022, 13 (15).

<sup>64</sup> *Mayr/Fucik*, Verfahren außer Streitsachen<sup>2</sup> Rz 9, 38ff; *G. Kodek* in *Gitschthaler/Höllwerth*, AußStrG I<sup>2</sup> § 1 Rz 65ff; vgl auch *Oberhammer*, wobl 1994, 203.

<sup>65</sup> *Fasching*, Lehrbuch<sup>2</sup> Rz 1796; *Simotta*, Das Vergreifen in der Verfahrensart und seine Folgen (§ 40a JN), in *Holzhammer/Jelinek/Böhm*, Festschrift für Hans W. Fasching zum 65. Geburtstag (1988) 463 (474); *Horn* in *Fasching/Konecny* I<sup>3</sup> (2013) § 40a JN Rz 7.

in der richtigen Verfahrensart verwertbar sind.<sup>66</sup> Das Höchstgericht hat damit prozessökonomischen Erwägungen den Vorrang vor einem formalen Beharren auf der hohen Bedeutung der Prozessvoraussetzung der Abgrenzung des (außer)streitigen Verfahrens eingeräumt. Indem die Lösung des OGH im Ergebnis der ausdrücklich angeordneten Vorgehensweise des § 476 ZPO für den Fall der Nichtigkeit wegen sachlicher oder örtlicher Unzuständigkeit entspricht (uE sogar auf dessen analoger Anwendung basiert),<sup>67</sup> hat er – für diesen Problembereich – gleichsam die Vergleichbarkeit der bloßen Unzuständigkeit mit jener der Zulässigkeit des (außer)streitigen Verfahrens anerkannt.

Das schließt den Kreis zum gegenständlichen Problem: Die vorstehenden Erwägungen sollten gezeigt haben, dass bei der gebotenen Interessenabwägung die deutlich besseren Gründe dafürsprechen, die formale Trennlinie zwischen streitigem und außerstreitigem Verfahren den prozessökonomischen und die Interessen des Antragsgegners/Beklagten währenden Vorteilen einer prozessualen Aufrechnungseinrede unterzuordnen. Mit anderen Worten: Das Prozesshindernis der Unzulässigkeit des (außer)streitigen Verfahrens – egal, ob im streitigen oder außerstreitigen Verfahren – steht einer Aufrechnungseinrede ebenso wenig entgegen wie die sachliche oder örtliche Unzuständigkeit des Gerichts. Vermieden wird damit nicht zuletzt, dass die Unzulässigkeit des (außer)streitigen Verfahrens in dieser Hinsicht sogar stärker gewichtet wird als die Existenz einer wirksamen Schiedsvereinbarung über die Gegenforderung. Darin liegt uE nämlich ein Wertungswiderspruch, weil das Interesse der Parteien an der Einhaltung der Schiedsvereinbarung insoweit deutlich bedeutsamer erscheint.<sup>68</sup>

Abschließend sei nicht verhehlt, dass von der Zulässigkeit der Aufrechnungseinrede mit „verfahrensfremden“ Gegenforderungen Ausnahmen denkbar sind, wenn spezifische gesetzliche Wertungen für einen konkreten Anspruch einer Entscheidung in der falschen Verfahrensart entgegenstehen.<sup>69</sup> An der prinzipiellen Zulässig-

keit einer „verfahrensartübergreifenden“ prozessualen Aufrechnung ändert dies aber nichts.

### E. „Rechtskräftige Gegenforderung“ als Sonderfall?

Bislang nicht erwähnt wurde, dass selbst die Rsp eine Aufrechnungseinrede im Außerstreitverfahren zulässt, und zwar auch mit Gegenforderungen, die im streitigen Verfahren durchzusetzen wären, wenn hierüber bereits rechtskräftig erkannt wurde.<sup>70</sup> Ausgehend von der ansonsten ablehnenden Rsp leuchtet an dieser Ausnahme zwar ein, dass kein Problem in der „verfahrensübergreifenden“ Aufrechnung gesehen wird, nachdem die maßgebliche inhaltliche Entscheidung bereits rechtskräftig getroffen wurde. Warum die Aufrechnungseinrede aber überhaupt zulässig sein soll, ließe sich ausgehend von der Argumentation der Rsp mit der fehlenden Parallelbestimmung zu § 391 Abs 3 bzw § 411 Abs 1 Satz 2 ZPO (oben C.) nicht schlüssig begründen. Die hier vertretene Annahme einer generellen Zulässigkeit der Aufrechnungseinrede im Außerstreitverfahren hat somit den zusätzlichen Vorteil, dass sie auch diese Inkonsistenz vermeidet.

Fraglich ist freilich, ob das Vorliegen einer rechtskräftigen Entscheidung nicht zur umgekehrten Ausnahme zwingt: Denn der Aufrechnungseinrede könnte, wie *Novak*<sup>71</sup> und *Oberhammer*<sup>72</sup> monieren, diesfalls das Prozesshindernis der Einmaligkeitswirkung der Rechtskraft entgegenstehen. UE ist dieser Kritik aber zu entgegen, dass der Aufrechnungseinrede ein spezielles Belohnen innewohnt, nämlich die über die bloße Feststellung der Gegenforderung hinausgehende rechtsgestaltende Verteidigung *qua* Kompensation. Somit wird ein anderer Streitgegenstand begründet, womit ein Konflikt mit der Rechtskraft ausscheidet.<sup>73</sup> Mit dieser Überlegung lässt sich auch systemkonform erklären, warum die Geltendmachung der Aufrechnungseinrede nach hM keine Streitanhängigkeit für eine Leistungsklage über die Gegenforderung *et vice versa* begründet.<sup>74</sup> „Verfahrenstechnisch“ vermeidet die Rsp einen möglichen Rechtskraftkonflikt zudem dadurch, dass sie den Spruch in solchen Fällen auf die Aufrechenbarkeit und die damit verbundene Tilgung der Hauptforderung be-

<sup>66</sup> OGH 1 Ob 218/19v im Anschluss an *Trenker*, wobl 2015, 276 (277) (Anm).

<sup>67</sup> *Trenker*, EvBl 2020, 678 (Anm).

<sup>68</sup> Ebenso *Klicka*, wobl 2022, 13 (16). Ob die Zulässigkeit der Aufrechnungseinrede mit einer Gegenforderung, die einer Schiedsabrede unterfällt, dementsprechend überdacht werden sollte (so *Koller*, Aufrechnung 195f; hM auch in Deutschland, zB BGH VII ZR 264/61 NJW 1963, 243; III ZR 320/06 NJW-RR 2008, 55; *Voit* in *Musielak/Voit*, Zivilprozessordnung<sup>18</sup> [2021] § 1029 Rz 25), kann für die Zwecke dieses Beitrags dahingestellt bleiben.

<sup>69</sup> So noch *Oberhammer* (wobl 1994, 203 [204f]) für die Aufrechnung mit Rückerstattungsansprüchen wegen verbotener Leistung. Die für ihn maßgebliche Wertung leitete er freilich aus der zwingenden Unterbrechung nach § 41 aF MRG ab – eine Regelung, die mittlerweile gerade in diesem Punkt revidiert wurde (dazu zB *Klicka* in *Hausmann/Vonkilch*, Österreichisches Wohnrecht MRG<sup>4</sup> [2021] § 41 Rz 2; ferner bereits *Koller*, wobl 2009, 115 [126]).

<sup>70</sup> OGH 7 Ob 2334/96b; 4 Ob 242/99p; für rechtskräftig festgestellte Forderungen, die nicht auf den Rechtsweg ieS gehören, s etwa 1 Ob 130/49 SZ 22/50; 1 Ob 146/16a.

<sup>71</sup> JBI 1951, 504 (509f).

<sup>72</sup> wobl 1994, 203 (204).

<sup>73</sup> *Zutr Rechberger/Klicka* in *Rechberger/Klicka*, ZPO<sup>5</sup> §§ 391–392 Rz 12.

<sup>74</sup> OGH 1 Ob 387/54 mwN; 1 Ob 82/98k; 3 Ob 6/11w; 1 Ob 226/15i; RIS-Justiz RS0109746; RS0039174; *Fasching*, Lehrbuch<sup>2</sup> Rz 1289; *Rechberger/Klicka* in *Rechberger/Klicka*, ZPO<sup>5</sup> §§ 391–392 Rz 12; aA freilich noch *Klein*, Vorlesungen 217f; ebenfalls – konsequenterweise (s bei und in FN 71) – *Novak*, JBI 1951, 504 (508f).



schränkt, ohne die Gegenforderung nochmals festzustellen.<sup>75</sup>

## F. Zusammenfassung der Ergebnisse

Das Dogma von der Unzulässigkeit der prozessualen Aufrechnungseinrede im Außerstreitverfahren hält – entsprechend der ganz überwiegenden Lehre – einer näheren Überprüfung nicht stand. Das Fehlen von Parallelbestimmungen zu § 391 Abs 3, § 411 Abs 1 Satz 2 ZPO im AußStrG hat keine Aussagekraft für die Existenz einer Aufrechnungseinrede, weil diese Normen auch im streitigen Zivilprozess nicht die normative Grundlage für die Zulässigkeit der prozessualen Aufrechnung darstellen. Abgesehen davon wäre eine dennoch konstatierte Lücke durch deren analoge Anwendung zu schließen.

Selbst die prozessuale Aufrechnung mit „verfahrensfremden“ Gegenforderungen ist – sowohl im streitigen wie im außerstreitigen Prozess – für zulässig zu erachten. Die deutlich besseren Gründe sprechen nämlich dafür, die Prozessvoraussetzung der Zulässigkeit des (außer)streitigen Verfahrens hinsichtlich der Gegenfor-

derung nicht als Voraussetzung für die Aufrechnungseinrede anzusehen. Die Vorteile einer bedingten und „rechtskraftfähigen“ Aufrechnung aus Sicht des Prozessgegners sowie aus der Warte der Prozessökonomie sind nämlich höher zu gewichten als die – mit Blick auf die Möglichkeit der außergerichtlichen Aufrechnung deutlich zu relativierenden – Nachteile, welche die Entscheidung über die Gegenforderung in der „falschen“ Verfahrensart mit sich bringt.

Fazit: Fast „[a]lle sachlichen Gründe sprechen [damit] dafür, aber keine zwingenden methodischen Bedenken dagegen“,<sup>76</sup> eine prozessuale Aufrechnung auch im Außerstreitverfahren zuzulassen und zwar selbst mit streitigen Gegenforderungen.

### Über den Autor und die Autorin:

Univ.-Prof. MMag. Dr. Martin Trenker ist Leiter des Instituts für Zivilgerichtliches Verfahren der Universität Innsbruck.

Univ.-Ass. Mag.<sup>a</sup> Antonia Werner ist wissenschaftliche Mitarbeiterin am Institut für Zivilgerichtliches Verfahren der Universität Innsbruck.

<sup>75</sup> OGH 1 Ob 235/35 SZ 17/58; 4 Ob 35/53; 1 Ob 146/16 a; RIS-Justiz RS0041017 [T 1, 2]; vgl auch *Danzl*, Geo. online – Kommentar zur Geschäftsordnung für die Gerichte I. und II. Instanz<sup>9</sup> § 545 Rz 10 (Stand 10. 1. 2021, rdb.at).

<sup>76</sup> So OGH 1 Ob 218/19 v im Anschluss an *Trenker*, wobl 2015/105, 276 (277) (Anm).