

# TE OGH 2008/7/11 3Ob82/08t

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 11.07.2008

## **Kopf**

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Schiemer als Vorsitzenden sowie die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Prückner, Hon.-Prof. Dr. Sailer und Dr. Jensik sowie die Hofrätin des Obersten Gerichtshofs Dr. Fichtenau als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Parteien 1.) Ing. Dr. Dietmar H\*\*\*\*\*, und 2.) Gerhard H\*\*\*\*\*, beide vertreten durch Dr. Klaus Voithofer, Rechtsanwalt in Wien, wider die beklagte Partei P\*\*\*\*\* Betriebs GmbH, \*\*\*\*\*, vertreten durch Mag. Robert Igáli-Igálfy, Rechtsanwalt in Wien, wegen 36.318,98 EUR sA, infolge Revision der klagenden Parteien gegen das Teilurteil des Landesgerichts für Zivilrechtssachen Wien als Berufungsgericht vom 9. Jänner 2008, GZ 39 R 297/07a-126, womit infolge Berufung der beklagten Partei das Teilurteil des Bezirksgerichts Hernals vom 28. August 2007, GZ 5 C 753/00i-121, abgeändert wurde, zu Recht erkannt:

## **Spruch**

Der Revision wird nicht Folge gegeben.

Die Kosten des Revisionsverfahrens sind weitere Verfahrenskosten.

## **Text**

Entscheidungsgründe:

Vorweg ist festzuhalten, dass in allen drei Rechtsgängen das Erstgericht die Entscheidung über das Räumungsbegehren vorbehält. Während des seit 10. August 2000 anhängigen Verfahrens wurde über das Vermögen der beklagten Partei am 18. Februar 2005 der Konkurs eröffnet und nach rechtskräftiger Bestätigung des am 14. Juni 2005 angenommenen Zwangsausgleichs mit Beschluss vom 7. Oktober 2005 rechtskräftig aufgehoben.

Die beiden Kläger sind Eigentümer eines Zinshauses in Wien. Die beklagte Gesellschaft mbH ist Mieterin von Räumlichkeiten in diesem Haus und verwendet diese zum Betrieb einer Hotelpension.

Mit Mietzins- und Räumungsklage erklärten die Kläger den Mietvertrag wegen ziffernmäßig aufgeschlüsselter Bestandzinsrückstände gemäß § 1118 zweiter Fall ABGB für aufgehoben und begehrten zuletzt (Klagsausdehnung vom 24. Mai 2002 ON 33) Zahlung eines Mietzinsrückstandes von 56.758,57 EUR sA sowie die Räumung des Mietobjekts. Mit Mietzins- und Räumungsklage erklärten die Kläger den Mietvertrag wegen ziffernmäßig aufgeschlüsselter Bestandzinsrückstände gemäß Paragraph 1118, zweiter Fall ABGB für aufgehoben und begehrten zuletzt (Klagsausdehnung vom 24. Mai 2002 ON 33) Zahlung eines Mietzinsrückstandes von 56.758,57 EUR sA sowie die Räumung des Mietobjekts.

Die beklagte Partei wendete zusammengefasst ein, es bestünden keine Mietzinsrückstände, weil die Bezahlung des monatlichen Hauptmietzinses von 34.000 ATS zuzüglich USt erst ab einem Zeitpunkt vereinbart worden sei, ab dem die Kläger dringend erforderliche Erhaltungsarbeiten durchgeführt hätten. Diese seien ihrer gesetzlichen Erhaltungspflicht

seit beinahe drei Jahren nicht nachgekommen, sodass der Zustand des Bestandobjekts nur als „katastrophal“ zu bezeichnen sei. Da der vereinbarte Gebrauch des Bestandobjekts nicht gewährt werde, sei ex lege eine Befreiung von der Pflicht zur Zahlung des Mietzinses eingetreten. Infolge verschiedenster Missstände seien Zimmer nicht vermietbar gewesen. So hätten fünf Zimmer wegen Sanierungsarbeiten vorübergehend gesperrt werden müssen. Aufgrund von Bauarbeiten im 3. Stock des Hauses sei es durch die Lärmbelästigung zu Beeinträchtigungen des Hotelbetriebs gekommen. Infolge schadhafter Fenster wären vermehrte Heizkosten aufgetreten. Im Hinblick auf diese Schäden erhab die beklagte Partei im Oktober 2000 (ON 4) eine näher aufgeschlüsselte Gegenforderung von 119.110,86 EUR.

Das Erstgericht erkannte mit 1. Teilurteil vom 22. August 2002 ON 36 das Zahlungsklagebegehren mit 34.865,53 EUR und die Gegenforderung mit 4.738 EUR als zu Recht bestehend und verhieß die beklagte Partei zur Zahlung von 30.127,53 EUR sA.

Über Berufungen beider Parteien hob das Berufungsgericht mit Beschluss vom 17. Dezember 2002 ON 43 das 1. Teilurteil auf und trug dem Erstgericht eine neuerliche Entscheidung nach Verfahrensergänzung auf. Rechtlich ging es davon aus, die Klageforderung bestehe mit 36.318,98 EUR zu Recht; vom Zurechtbestehen der Klageforderung in dieser Höhe werde das Erstgericht im fortzusetzenden Verfahren auszugehen haben. Dessen Rechtsansicht, die compensando eingewendete Schadenersatzforderung sei nicht zu berücksichtigen, wenn ohnedies eine Mietzinsreduktion stattgefunden habe, treffe nicht zu, sodass nach (allfälliger) Ergänzung des Beweisverfahrens Feststellungen zu treffen sein werden, die die Beurteilung der Schadenersatzpflicht der Kläger im Zusammenhang mit der Nichtvermietbarkeit von Pensionszimmern erlauben. Nur jener Teil der Gegenforderung, der sich auf den entgangenen Gewinn infolge Nichtverwendbarkeit von Gästezimmern bezieht, werde Gegenstand des fortzusetzenden Verfahrens sein.

Im zweiten Rechtsgang sprach das Erstgericht nach Einholung des Gutachtens eines Sachverständigen aus dem Fachgebiet des Gast- und Schankgewerbes zur Ermittlung der Schadenhöhe mit 2. Teilurteil vom 28. Dezember 2004 ON 71 aus, dass das klägerische Zahlungsbegehren mit 36.318,98 EUR und die Gegenforderung der beklagten Partei mit 17.232,47 EUR zu Recht bestehe, und verpflichtete die beklagte Partei demnach zur Zahlung von 19.086,51 EUR sA. Die Gegenforderung sei in Ansehung der von der beklagten Partei übernommenen Renovierungsarbeiten - welche die Kläger hätten leisten müssen - berechtigt. Ebenso berechtigt sei der Kompensandoeinwand zum Verdienstentgang infolge Nichtbenützbarkeit der Zimmer Nr 5 und 44 im Zeitraum 3. Juli 2000 bis 31. Juli 2001. In diesem Zeitraum hätten es die Kläger unterlassen, den von ihnen nach einem Einbau von Dachflächenfenstern verursachten konsenswidrigen Zustand zu beheben. Die weitergehenden Kompensandoforderungen wegen Verdienstentgangs bestünden aus näher genannten Erwägungen nicht zu Recht.

Gegen dieses Urteil gab die beklagte Partei am 8. Februar 2005 ihre Berufungsschrift zur Post. Die Kläger teilten mit Schriftsatz vom 2. März 2005 ON 76 mit, dass am 18. Februar 2005 über das Vermögen der beklagten Partei zu AZ 6 S 13/05m des Handelsgerichts Wien der Konkurs eröffnet worden sei, und beantragten die Fortsetzung des Verfahrens in Ansehung des Räumungsverfahrens. Mit Schriftsatz vom 18. April 2005 ON 79 stellte auch die Masseverwalterin einen derartigen Antrag und mit weiterem Schriftsatz vom 25. Juli 2005 ON 85 auch in Ansehung des Zahlungsbegehrens und gab bekannt, die in diesem Konkursverfahren angemeldete Forderung der Kläger sei in der Prüfungstagsatzung zur Gänze bestritten worden.

Das Berufungsgericht hob mit Beschluss vom 29. August 2005 ON 86 auch das 2. Teilurteil auf. Es liege sowohl eine Mängelhaftigkeit des erstinstanzlichen Verfahrens infolge Abweisung des Beweisantrags auf Beziehung eines Sachverständigen zur konkreten Ermittlung der Höhe des Gewinnentgangs vor als auch ein sekundärer Feststellungsmangel infolge Fehlens von Feststellungen, die eine Beurteilung der Höhe der von der beklagten Partei erhobenen Gegenforderung zuließen. Entscheidend für die Beurteilung, welchen Verdienstentgang die beklagte Partei gehabt habe, sei weder der vom Sachverständigen anhand der Betriebskennzahlen der Fachgruppe Gastronomie und Hotellerie der Wirtschaftskammer Österreichs ermittelte durchschnittliche Unternehmensgewinn von 21,9 % des Nettoumsatzes noch ein individuell auszumittelnder - nach Abzug aller Fixkosten verbleibender - Reingewinn, sondern der um die ersparten Aufwendungen reduzierte Nettoumsatz, der bei Vermietung zu erzielen gewesen wäre. Im fortgesetzten Verfahren werde das Erstgericht diese Frage mit den Parteien zu erörtern und erforderlichenfalls ein ergänzendes Sachverständigengutachten einzuholen haben. Erst danach werde sich die Höhe des Verdienstentgangs verlässlich beurteilen lassen.

Die Kläger brachten im fortgesetzten Verfahren dann erstmals mit ihrem Schriftsatz vom 17. November 2005 ON 89 vor, in § 4 des Mietvertrags vom 30. September 1974 habe die Mieterin die Verpflichtung übernommen, den Mietgegenstand auf ihre Kosten ohne Anspruch auf Ersatz jederzeit in gutem und brauchbarem Zustand zu erhalten. Da das Bestandobjekt erst nach dem Wirksamkeitsbeginn des Mietengesetzes geschaffen worden sei, sei die Vereinbarung der Überwälzung der Erhaltungspflichten wirksam. In ihrem weiteren Schriftsatz vom 21. Juni 2006 ON 95, vorgetragen in der Tagsatzung vom 22. Juni 2006 ON 96, teilten die Kläger mit, dass am 14. Juni 2005 ein Zwangsausgleichsvorschlag der beklagten Partei angenommen worden sei, wonach die Konkursgläubiger eine 20 %ige Quote erhalten sollten. 5 % der Quote seien binnen vierzehn Tagen nach rechtskräftiger Bestätigung des Zwangsausgleichs zu bezahlen, weitere 7,5 % binnen zwölf und 24 Monaten nach Annahme des Zwangsausgleichs. Mit Beschluss des Konkursgerichts vom 14. Juni 2005 sei der zwischen der beklagten Partei und ihren Gläubigern abgeschlossene Zwangsausgleich bestätigt worden; am 28. Juni 2005 sei die Rechtskraft dieses Beschlusses eingetreten. Weiters brachten die Kläger vor, mit dem 2. Teilurteil sei die Klageforderung als mit 36.318,98 EUR sowie die Gegenforderung der beklagten Partei - von ihnen unbekämpft gelassen - als mit 17.232,47 EUR zu Recht bestehend festgestellt worden, sodass ihre Klageforderung unter Berücksichtigung der Zinsen bis zur Konkursöffnung (zumindest) 19.086,51 EUR betrage; zuzüglich Zinsen ergebe sich ein Betrag von (zumindest) 24.143,08 EUR. Die den Klägern zustehende Ausgleichsquote errechne sich daher mit zumindest 4.828,62 EUR. Unter einem schränkten sie ihr Zahlungsbegehr entsprechend den im Zwangsausgleichsverfahren festgesetzten Raten ein und begehrten nunmehr Zahlung von 3.017,89 EUR sA binnen vierzehn Tagen sowie 1.810,73 EUR bis 14. Juni 2007 durch die beklagte Partei. Mit dem Hinweis darauf, dass das Verfahren in den Stand vor Schluss der mündlichen Verhandlung zurückgetreten und neues Vorbringen daher zulässig sei, erstatteten die Kläger im Schriftsatz ON 95 ferner erstmals das Vorbringen, in Punkt 3. des Mietvertrags vom 30. September 1974 hätten die Parteien vereinbart, dass die Aufrechnung von Gegenforderungen gegen den Mietzins oder die Zuschläge zum Mietzins ausgeschlossen sei. Da die beklagte Partei zur Aufrechnung nicht berechtigt sei, bestünden die Gegenforderungen schon deshalb nicht zu Recht. Es werde daher beantragt, dem eingeschränkten Zahlungsbegehr sowie dem Räumungsbegehr stattzugeben und die Gegenforderung der beklagten Partei abzuweisen. Die Kläger brachten im fortgesetzten Verfahren dann erstmals mit ihrem Schriftsatz vom 17. November 2005 ON 89 vor, in Paragraph 4, des Mietvertrags vom 30. September 1974 habe die Mieterin die Verpflichtung übernommen, den Mietgegenstand auf ihre Kosten ohne Anspruch auf Ersatz jederzeit in gutem und brauchbarem Zustand zu erhalten. Da das Bestandobjekt erst nach dem Wirksamkeitsbeginn des Mietengesetzes geschaffen worden sei, sei die Vereinbarung der Überwälzung der Erhaltungspflichten wirksam. In ihrem weiteren Schriftsatz vom 21. Juni 2006 ON 95, vorgetragen in der Tagsatzung vom 22. Juni 2006 ON 96, teilten die Kläger mit, dass am 14. Juni 2005 ein Zwangsausgleichsvorschlag der beklagten Partei angenommen worden sei, wonach die Konkursgläubiger eine 20 %ige Quote erhalten sollten. 5 % der Quote seien binnen vierzehn Tagen nach rechtskräftiger Bestätigung des Zwangsausgleichs zu bezahlen, weitere 7,5 % binnen zwölf und 24 Monaten nach Annahme des Zwangsausgleichs. Mit Beschluss des Konkursgerichts vom 14. Juni 2005 sei der zwischen der beklagten Partei und ihren Gläubigern abgeschlossene Zwangsausgleich bestätigt worden; am 28. Juni 2005 sei die Rechtskraft dieses Beschlusses eingetreten. Weiters brachten die Kläger vor, mit dem 2. Teilurteil sei die Klageforderung als mit 36.318,98 EUR sowie die Gegenforderung der beklagten Partei - von ihnen unbekämpft gelassen - als mit 17.232,47 EUR zu Recht bestehend festgestellt worden, sodass ihre Klageforderung unter Berücksichtigung der Zinsen bis zur Konkursöffnung (zumindest) 19.086,51 EUR betrage; zuzüglich Zinsen ergebe sich ein Betrag von (zumindest) 24.143,08 EUR. Die den Klägern zustehende Ausgleichsquote errechne sich daher mit zumindest 4.828,62 EUR. Unter einem schränkten sie ihr Zahlungsbegehr entsprechend den im Zwangsausgleichsverfahren festgesetzten Raten ein und begehrten nunmehr Zahlung von 3.017,89 EUR sA binnen vierzehn Tagen sowie 1.810,73 EUR bis 14. Juni 2007 durch die beklagte Partei. Mit dem Hinweis darauf, dass das Verfahren in den Stand vor Schluss der mündlichen Verhandlung zurückgetreten und neues Vorbringen daher zulässig sei, erstatteten die Kläger im Schriftsatz ON 95 ferner erstmals das Vorbringen, in Punkt 3. des Mietvertrags vom 30. September 1974 hätten die Parteien vereinbart, dass die Aufrechnung von Gegenforderungen gegen den Mietzins oder die Zuschläge zum Mietzins ausgeschlossen sei. Da die beklagte Partei zur Aufrechnung nicht berechtigt sei, bestünden die Gegenforderungen schon deshalb nicht zu Recht. Es werde daher beantragt, dem eingeschränkten Zahlungsbegehr sowie dem Räumungsbegehr stattzugeben und die Gegenforderung der beklagten Partei abzuweisen.

Die beklagte Partei replizierte, dass es neben dem Mietvertrag vom 30. September 1974 noch andere Mietverträge gebe, so die Vereinbarung vom 4. Februar 1990 über top 9 und 10; weiters eine Vereinbarung vom 2. Jänner 1980 in

Ansehung des Lifts sowie den Mietvertrag vom 20. September 1994 in Ansehung top 3 und einen Mietvertrag vom 5. September 1990 in Ansehung top 4. Das Bestandobjekt unterliege insgesamt dem MRG, sodass die Überwälzung der Erhaltungsverpflichtung unzulässig sei. Ein vertragliches Kompensationsverbot sei in den anderen Bestandverträgen nicht enthalten. Zudem sei das Vorbringen zur Vereinbarung eines Aufrechnungsverbots bzw der Überwälzung von Erhaltungspflichten verspätet erfolgt. Auf das Klagevorbringen zum Zwangsausgleichsverfahren ging die beklagte Partei nicht ein.

Das Erstgericht erkannte nach Einholung eines ergänzenden Sachverständigengutachtens mit seinem 3. Teilurteil vom 28. August 2007 ON 121 die Klageforderung mit 36.318,98 EUR und die Gegenforderung mit 14.392,10 EUR als zu Recht bestehend und verhielt demnach die beklagte Partei unter Abweisung eines Mehrbegehrens von 34.831,69 EUR zur Zahlung von 21.926,88 EUR sA. Dabei ließ es die Klageeinschränkung ON 95 und das Vorbringen zum Ausgleichsverfahren ebenso unberücksichtigt wie das neue Vorbringen der Parteien zur Überwälzung der Erhaltungspflicht auf die beklagte Mieterin und der Vereinbarung eines Aufrechnungsverbots.

Gegen diese Entscheidung erhob nur die beklagte Partei die Berufung ON 122. Das Berufungsgericht entschied mit dem angefochtenen Teilurteil ON 126 in Stattgebung der Berufung, dass die Klageforderung mit 7.263,79 EUR und die Gegenforderung bis zu diesem Betrag zu Recht bestehe und wies demnach das Zahlungsbegehr gänzlich ab. Zwar könnte die vom Erstgericht übersehene Klageeinschränkung mangels entsprechender Rüge nicht aufgegriffen werden, doch sei bei allseitiger rechtlicher Prüfung zu berücksichtigen, dass den Klägern nur die Ausgleichsquote zustehe. Die vom Erstgericht im 3. Teilurteil festgestellte Gegenforderung von 14.392,10 EUR sei von den Klägern nicht bekämpft worden und daher zu Grunde zu legen, ohne dass es auf ein Kompensationsverbot oder eine Vereinbarung betreffend die Überwälzung der Erhaltungspflichten ankäme. Damit erübrige sich ein weiters Eingehen auf die Berufungsausführungen der beklagten Partei, die sich ausschließlich dagegen wendeten, dass die Gegenforderung in nicht ausreichender Höhe als zu Recht bestehend erkannt worden sei, weil der entgangene Gewinn zu niedrig ermittelt worden wäre. Die Berechnung der Ausgleichsquote mit 4.828,62 EUR durch die Kläger sei nicht zutreffend. Zwar seien die Klageforderung als auch die Gegenforderung vor Eröffnung des Konkurses und vor Annahme des Zwangsausgleichs geltend gemacht worden, sodass sie sich vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens gegenüber gestanden seien. Es komme aber im Falle des Ausgleichs nur darauf an, ob der Ausgleichsgläubiger während des Ausgleichsverfahrens die Möglichkeit hatte, gerichtlich oder außergerichtlich die Aufrechnung zu erklären. Sei diese Möglichkeit gegeben und mache er davon keinen Gebrauch, unterliege seine Forderung nach bestätigtem Ausgleich den Beschränkungen durch den Ausgleich. Im vorliegenden Fall hätten die Kläger nicht einmal vorgebracht, während des Insolvenzverfahrens gegen die von ihnen im gesamten erstinstanzlichen Verfahren bestrittene Gegenforderung aufgerechnet zu haben.

### **Rechtliche Beurteilung**

Die Revision der klagenden Parteien ist zulässig, aber nicht berechtigt.

a) Die behauptete Nichtigkeit des Berufungsurteils liegt nicht vor: Im dreigliedrigen Urteil, das aufgrund der Einwendung einer Gegenforderung ergeht, werden nach ständiger Rechtsprechung die Aussprüche über die Klageforderung und die Gegenforderung infolge des untrennabaren Sachzusammenhangs der einzelnen Teile des mehrgliedrigen Urteils nicht für sich allein (isoliert) teilrechtskräftig, sondern ist nur die sich daraus ergebende Entscheidung über das Klagebegehr der Rechtskraft fähig (stRsp, 1 Ob 108/97g = SZ 70/97 mwN ua; RIS-Justiz RS0040742; E. Kodek in Rechberger3, § 462 ZPO Rz 3 mwN; Zechner in Fasching/Konecny<sup>2</sup> § 504 Rz 12 mwN; aM Deixler-Hübner in Fasching/Konecny<sup>2</sup> § 391 ZPO Rz 52 und Rechberger in Rechberger3 § 411 ZPO Rz 13). Unabhängig davon, welche Partei Berufung ergriffen hat und unabhängig vom Inhalt der Berufungsschrift erwuchs demnach weder der Ausspruch über die Klageforderung im 2. Teilurteil, noch der in diesem Urteil enthaltene Ausspruch über die Gegenforderung (isoliert) in Teilrechtskraft. Daraus folgt, dass die von den Revisionswerbern infolge Eingriffs in die Teilrechtskraft der erstinstanzlichen Entscheidung geltend gemachte Nichtigkeit des Berufungsurteils zu verneinen ist.a) Die behauptete Nichtigkeit des Berufungsurteils liegt nicht vor: Im dreigliedrigen Urteil, das aufgrund der Einwendung einer Gegenforderung ergeht, werden nach ständiger Rechtsprechung die Aussprüche über die Klageforderung und die Gegenforderung infolge des untrennabaren Sachzusammenhangs der einzelnen Teile des mehrgliedrigen Urteils nicht für sich allein (isoliert) teilrechtskräftig, sondern ist nur die sich daraus ergebende Entscheidung über das Klagebegehr der Rechtskraft fähig (stRsp, 1 Ob 108/97g = SZ 70/97 mwN ua; RIS-Justiz RS0040742; E. Kodek in Rechberger3, Paragraph 462, ZPO Rz 3 mwN; Zechner in Fasching/Konecny<sup>2</sup> Paragraph

504, Rz 12 mwN; aM DeixlerHübner in Fasching/Konecny2 Paragraph 391, ZPO Rz 52 und Rechberger in Rechberger3 Paragraph 411, ZPO Rz 13). Unabhängig davon, welche Partei Berufung ergriffen hat und unabhängig vom Inhalt der Berufungsschrift erwuchs demnach weder der Ausspruch über die Klageforderung im 2. Teilurteil, noch der in diesem Urteil enthaltene Ausspruch über die Gegenforderung (isoliert) in Teilrechtskraft. Daraus folgt, dass die von den Revisionswerbern infolge Eingriffs in die Teilrechtskraft der erstinstanzlichen Entscheidung geltend gemachte Nichtigkeit des Berufungsurteils zu verneinen ist.

b) Die im Rechtsmittel behauptete Aktenwidrigkeit liegt, wie der Oberste Gerichtshof prüfte, nicht vor § 510 Abs 3 ZPO).b) Die im Rechtsmittel behauptete Aktenwidrigkeit liegt, wie der Oberste Gerichtshof prüfte, nicht vor (Paragraph 510, Absatz 3, ZPO).

c) Zutreffend erkannte die zweite Instanz, dass ein Verstoß gegen § 405 ZPO (hier: Nichtberücksichtigung der Klageeinschränkung durch den Erstrichter) nach ständiger Rechtsprechung keine Nichtigkeit (10 Ob 209/02m uva; RIS-Justiz RS0037713, RS0041240) und keine unrichtige rechtliche Beurteilung der Sache (7 Ob 6/07v), sondern eine Mängelhaftigkeit des Verfahrens bildet, die nur aufgrund einer - hier fehlenden - Mängelrüge in der nächsthöheren Instanz wahrgenommen werden kann (1 Ob 570/95 = SZ 68/157 uva, zuletzt 7 Ob 6/07v; RIS-Justiz RS0041089 ua).c) Zutreffend erkannte die zweite Instanz, dass ein Verstoß gegen Paragraph 405, ZPO (hier: Nichtberücksichtigung der Klageeinschränkung durch den Erstrichter) nach ständiger Rechtsprechung keine Nichtigkeit (10 Ob 209/02m uva; RIS-Justiz RS0037713, RS0041240) und keine unrichtige rechtliche Beurteilung der Sache (7 Ob 6/07v), sondern eine Mängelhaftigkeit des Verfahrens bildet, die nur aufgrund einer - hier fehlenden - Mängelrüge in der nächsthöheren Instanz wahrgenommen werden kann (1 Ob 570/95 = SZ 68/157 uva, zuletzt 7 Ob 6/07v; RIS-Justiz RS0041089 ua).

Dem Berufungsgericht ist kein Verfahrensmangel dadurch unterlaufen, dass es wegen Berücksichtigung des Insolvenzverfahrens gegen das Verbot einer „Überraschungsentscheidung“ verstoßen hätte: § 182 ZPO verpflichtet das Gericht nicht primär, seine Rechtsansicht kundzutun, sondern nur dazu, den Parteien die Möglichkeit zur Einführung allen entscheidenden Tatsachenmaterials zu geben (Fucik in Rechberger3 § 182 ZPO Rz 1). Diese Verpflichtung hat die zweite Instanz nicht verletzt, war doch den Klägern die Tatsache der Konkurseröffnung und der rechtskräftigen Bestätigung des Zwangsausgleichs bekannt, wie sich aus ihrem eigenen Vorbringen in ON 95 und 96 ergibt. Die Rechtsfolgen des Ausgleichsverfahrens traten ein, ohne dass sie mit den durch Rechtsanwälte vertretenen Parteien zu erörtern gewesen wären und eine „Überraschung“ hervorrufen konnten. Die Unterlassung der Erörterung eines bisher unbeachtet gebliebenen rechtlichen Gesichtspunkts kann nur dann einen Verfahrensmangel darstellen, wenn dadurch einer Partei die Möglichkeit genommen wurde, zur bisher unbeachtet gebliebenen Rechtslage entsprechendes Tatsachenvorbringen zu erstatten. Werden hingegen nur dieselben Tatsachen, die schon der bisher erörterten Rechtslage zu Grunde lagen, rechtlich anders gewertet, kann die Verletzung des § 182a ZPO keine Rechtsfolgen haben (1 Ob 160/07x uva; RIS-Justiz RS0037300). Dem Berufungsgericht ist kein Verfahrensmangel dadurch unterlaufen, dass es wegen Berücksichtigung des Insolvenzverfahrens gegen das Verbot einer „Überraschungsentscheidung“ verstoßen hätte: Paragraph 182, ZPO verpflichtet das Gericht nicht primär, seine Rechtsansicht kundzutun, sondern nur dazu, den Parteien die Möglichkeit zur Einführung allen entscheidenden Tatsachenmaterials zu geben (Fucik in Rechberger3 Paragraph 182, ZPO Rz 1). Diese Verpflichtung hat die zweite Instanz nicht verletzt, war doch den Klägern die Tatsache der Konkurseröffnung und der rechtskräftigen Bestätigung des Zwangsausgleichs bekannt, wie sich aus ihrem eigenen Vorbringen in ON 95 und 96 ergibt. Die Rechtsfolgen des Ausgleichsverfahrens traten ein, ohne dass sie mit den durch Rechtsanwälte vertretenen Parteien zu erörtern gewesen wären und eine „Überraschung“ hervorrufen konnten. Die Unterlassung der Erörterung eines bisher unbeachtet gebliebenen rechtlichen Gesichtspunkts kann nur dann einen Verfahrensmangel darstellen, wenn dadurch einer Partei die Möglichkeit genommen wurde, zur bisher unbeachtet gebliebenen Rechtslage entsprechendes Tatsachenvorbringen zu erstatten. Werden hingegen nur dieselben Tatsachen, die schon der bisher erörterten Rechtslage zu Grunde lagen, rechtlich anders gewertet, kann die Verletzung des Paragraph 182 a, ZPO keine Rechtsfolgen haben (1 Ob 160/07x uva; RIS-Justiz RS0037300).

e) Zu den Auswirkungen der Konkurseröffnung und der Aufhebung des Konkursverfahrens auf das vorliegende Verfahren:

Nach der Konkurseröffnung über das Vermögen der beklagten Partei wäre das Leistungsbegehren auf Zahlung rückständigen Mietzinses in ein Feststellungsbegehren über Richtigkeit und Rangordnung der angemeldeten - und von der Masseverwalterin bestrittenen - Forderung umzustellen gewesen (1 Ob 170/00g), hat dies doch über Antrag oder von Amts wegen in jeder Lage des Verfahrens zu erfolgen. Die Aufnahme des Prozesses durch den Masseverwalter hat

dann zur Folge, dass der Leistungsprozess gemäß § 113 KO von Gesetzes wegen zum Prüfungsprozess wird (§ 110 KO; RIS-Justiz RS0041103). Dass hier die Umstellung des Klagebegehrens unterblieb, schadet jedoch im vorliegenden Fall nicht, weil der Konkurs noch vor Beendigung des (Prüfungs-)Prozesses aufgehoben wurde. Ebenso wie im Falle der Konkurseröffnung sind auch die Auswirkungen der Konkursaufhebung auf noch schwebende Prüfungsprozesse in jeder Lage des Verfahrens von Amts wegen zu berücksichtigen. Diese Auswirkungen bestehen darin, dass das Amt des Masseverwalters durch die rechtskräftige Konkursaufhebung erlischt; gleichzeitig erlangt der Gemeinschuldner wieder seine volle Verfügungsfähigkeit und tritt anstelle des früheren Masseverwalters in schwebende Prozesse ein, die infolge Fehlens einer dem § 7 Abs 1 KO entsprechenden Vorschrift durch die Konkursaufhebung nicht neuerlich unterbrochen werden (5 Ob 52/66 = SZ 39/64 = EvBl 1966/410; 5 Ob 305, 306/78 = SZ 51/178 uva, zuletzt 8 Ob 26/03m mwN; RIS-Justiz RS0065564). Bei Konkursaufhebung selbst im Revisionsstadium ist das ursprüngliche Leistungsbegehren, das im Prüfungsprozess auf Feststellung geändert wurde, erforderlichenfalls auch von Amts wegen in ein exekutionsfähiges Leistungsbegehren umzustellen (vgl. allgemein RIS-Justiz RS0065564; Konecny in Konecny/Schubert, Kommentar zu den Insolvenzgesetzen, § 110 KO Rz 58; Schubert in Konecny/Schubert, Kommentar zu den Insolvenzgesetzen, § 7 KO Rz 55). Im vorliegenden Fall kam es schon deshalb zu keiner neuerlichen Umstellung des Klagebegehrens, weil schon die erstmalige Umstellung unterblieb. Nach der Konkurseröffnung über das Vermögen der beklagten Partei wäre das Leistungsbegehren auf Zahlung rückständigen Mietzinses in ein Feststellungsbegehren über Richtigkeit und Rangordnung der angemeldeten - und von der Masseverwalterin bestrittenen - Forderung umzustellen gewesen (1 Ob 170/00g), hat dies doch über Antrag oder von Amts wegen in jeder Lage des Verfahrens zu erfolgen. Die Aufnahme des Prozesses durch den Masseverwalter hat dann zur Folge, dass der Leistungsprozess gemäß Paragraph 113, KO von Gesetzes wegen zum Prüfungsprozess wird (Paragraph 110, KO; RIS-Justiz RS0041103). Dass hier die Umstellung des Klagebegehrens unterblieb, schadet jedoch im vorliegenden Fall nicht, weil der Konkurs noch vor Beendigung des (Prüfungs-)Prozesses aufgehoben wurde. Ebenso wie im Falle der Konkurseröffnung sind auch die Auswirkungen der Konkursaufhebung auf noch schwebende Prüfungsprozesse in jeder Lage des Verfahrens von Amts wegen zu berücksichtigen. Diese Auswirkungen bestehen darin, dass das Amt des Masseverwalters durch die rechtskräftige Konkursaufhebung erlischt; gleichzeitig erlangt der Gemeinschuldner wieder seine volle Verfügungsfähigkeit und tritt anstelle des früheren Masseverwalters in schwebende Prozesse ein, die infolge Fehlens einer dem Paragraph 7, Absatz eins, KO entsprechenden Vorschrift durch die Konkursaufhebung nicht neuerlich unterbrochen werden (5 Ob 52/66 = SZ 39/64 = EvBl 1966/410; 5 Ob 305, 306/78 = SZ 51/178 uva, zuletzt 8 Ob 26/03m mwN; RIS-Justiz RS0065564). Bei Konkursaufhebung selbst im Revisionsstadium ist das ursprüngliche Leistungsbegehren, das im Prüfungsprozess auf Feststellung geändert wurde, erforderlichenfalls auch von Amts wegen in ein exekutionsfähiges Leistungsbegehren umzustellen vergleiche allgemein RIS-Justiz RS0065564; Konecny in Konecny/Schubert, Kommentar zu den Insolvenzgesetzen, Paragraph 110, KO Rz 58; Schubert in Konecny/Schubert, Kommentar zu den Insolvenzgesetzen, Paragraph 7, KO Rz 55). Im vorliegenden Fall kam es schon deshalb zu keiner neuerlichen Umstellung des Klagebegehrens, weil schon die erstmalige Umstellung unterblieb.

Wenngleich die Kläger im erstinstanzlichen Verfahren vorbrachten, der Zwangsausgleich der beklagten Partei sei angenommen und rechtskräftig bestätigt worden, und im Hinblick darauf ihr Klagebegehren einschränken (ON 95 und 96), wenden sie sich in ihrer Revision nunmehr vehement dagegen, dass das Berufungsgericht die „rechtlichen Aspekte des Zwangsausgleichs“ berücksichtigt habe und erblicken darin eine Mängelhaftigkeit des Berufungsurteils infolge Verletzung des Dispositionsgrundsatzes. Diese Rechtsansicht hält einer rechtlichen Überprüfung nicht stand:

Gemäß § 156 Abs 1 KO wird der Schuldner durch den rechtskräftig bestätigten Ausgleich von der Verbindlichkeit befreit, seinen Gläubigern den Ausfall, den sie erleiden, nachträglich zu ersetzen oder für die sonst gewährte Begünstigung nachträglich aufzukommen, gleichviel ob sie am Konkursverfahren oder an der Abstimmung über den Ausgleich teilgenommen haben. Die Wirkungen des Zwangsausgleichs erstrecken sich (auch) auf die im vorliegenden Verfahren von den Klägern geltend gemachten Mietzinsrückstände, weil es sich dabei ausschließlich um Konkursforderungen handelt. Im Zivilprozess ist ein Zwangsausgleich zu Folge der Dispositionsmaxime nur auf Einwand des Schuldners zu berücksichtigen (stRsp, zuletzt 8 Ob 74/07a = EvBl 2007/164 = ImmZ 2007, 394 [Konecny]; RIS-Justiz RS0001231). Gilt dieser Einwand als erhoben, ist der Ausgleichsschuldner von jenem Teil des Klagebetrags befreit, der die Ausgleichsquote übersteigt. Ohne Vorliegen eines Wiederauflebenstatbestands darf dann nach der Wirksamkeit des bestätigten Ausgleichs kein Exekutionstitel in voller Höhe der ursprünglichen Forderung geschaffen werden (9 ObA 65/92 mwN = SZ 65/56 = JBI 1993, 198; 7 Ob 2021/96y = VR 1996, 187 = ecolex 1999, 161 uva; RIS-Justiz RS0052162; Fink, Neue Streitfragen um § 54 AO, JBI 1986, 80). Nach Erfüllung des Ausgleichs oder Zwangsausgleichs

bleibt der nicht bezahlte Schuldenrest als Naturalobligation bestehen (§ 1432 ABGB). Der Gläubiger kann nicht klagen oder verrechnen. Der Schuldner kann aber bezahlen oder volle Zahlung versprechen und auf die Unklagbarkeit verzichten (stRsp, zuletzt 6 Ob 165/05s; RIS-JustizRS0052128). Gemäß Paragraph 156, Absatz eins, KO wird der Schuldner durch den rechtskräftig bestätigten Ausgleich von der Verbindlichkeit befreit, seinen Gläubigern den Ausfall, den sie erleiden, nachträglich zu ersetzen oder für die sonst gewährte Begünstigung nachträglich aufzukommen, gleichviel ob sie am Konkursverfahren oder an der Abstimmung über den Ausgleich teilgenommen haben. Die Wirkungen des Zwangsausgleichs erstrecken sich (auch) auf die im vorliegenden Verfahren von den Klägern geltend gemachten Mietzinsrückstände, weil es sich dabei ausschließlich um Konkursforderungen handelt. Im Zivilprozess ist ein Zwangsausgleich zu Folge der Dispositionsmaxime nur auf Einwand des Schuldners zu berücksichtigen (stRsp, zuletzt 8 Ob 74/07a = EvBI 2007/164 = ImmZ 2007, 394 [Konecny]; RIS-JustizRS0001231). Gilt dieser Einwand als erhoben, ist der Ausgleichsschuldner von jenem Teil des Klagebetrags befreit, der die Ausgleichsquote übersteigt. Ohne Vorliegen eines Wiederauflebenstatbestands darf dann nach der Wirksamkeit des bestätigten Ausgleichs kein Exekutionstitel in voller Höhe der ursprünglichen Forderung geschaffen werden (9 ObA 65/92 mwN = SZ 65/56 = JBI 1993, 198; 7 Ob 2021/96y = VR 1996, 187 = ecolex 1999, 161 uva; RIS-JustizRS0052162; Fink, Neue Streitfragen um Paragraph 54, AO, JBI 1986, 80). Nach Erfüllung des Ausgleichs oder Zwangsausgleichs bleibt der nicht bezahlte Schuldenrest als Naturalobligation bestehen (Paragraph 1432, ABGB). Der Gläubiger kann nicht klagen oder verrechnen. Der Schuldner kann aber bezahlen oder volle Zahlung versprechen und auf die Unklagbarkeit verzichten (stRsp, zuletzt 6 Ob 165/05s; RIS-JustizRS0052128).

Dass die beklagte Partei im erstinstanzlichen Verfahren den Einwand ihres Zwangsausgleichs nicht ausdrücklich erhob und auch nicht zum Gegenstand ihrer Berufung ON 122 machte, ist zwar zutreffend, aber schon deshalb nicht entscheidend, weil ja die Kläger selbst diese Tatsache im Verfahren erster Instanz ins Spiel brachten und die beklagte Partei dieses Vorbringen unwidersprochen ließ. Gemäß § 267 Abs 1 ZPO hat das Gericht unter sorgfältiger Berücksichtigung des gesamten Inhalts des gegnerischen Vorbringens zu beurteilen, ob tatsächliche Behauptungen einer Partei mangels eines ausdrücklichen Geständnisses des Gegners als zugestanden anzusehen sind. Erstatteten gerade die Kläger als Prozessgegner der beklagten Zwangsausgleichsschuldnerin das Vorbringen, der Zwangsausgleich sei rechtskräftig bestätigt worden und schränkten sie gleichzeitig ihr Klagebegehren auf die Ausgleichsquote ein, so stellt die fehlende Bestreitung der Tatsache der rechtskräftigen Bestätigung des Zwangsausgleichs durch die beklagte Partei ein schlüssiges Zugeständnis iSd § 267 ZPO dar (vgl Rechberger aaO §§ 266 - 267 ZPO Rz 5 mwN), aus dem sich nur ableiten lässt, die beklagte Partei sei nicht bereit, den über das auf die Ausgleichsquote eingeschränkte Klagebegehren hinausgehenden - eine reine Naturalobligation bildenden - Schuldrest zu erfüllen. Dass die beklagte Partei im erstinstanzlichen Verfahren den Einwand ihres Zwangsausgleichs nicht ausdrücklich erhob und auch nicht zum Gegenstand ihrer Berufung ON 122 machte, ist zwar zutreffend, aber schon deshalb nicht entscheidend, weil ja die Kläger selbst diese Tatsache im Verfahren erster Instanz ins Spiel brachten und die beklagte Partei dieses Vorbringen unwidersprochen ließ. Gemäß Paragraph 267, Absatz eins, ZPO hat das Gericht unter sorgfältiger Berücksichtigung des gesamten Inhalts des gegnerischen Vorbringens zu beurteilen, ob tatsächliche Behauptungen einer Partei mangels eines ausdrücklichen Geständnisses des Gegners als zugestanden anzusehen sind. Erstatteten gerade die Kläger als Prozessgegner der beklagten Zwangsausgleichsschuldnerin das Vorbringen, der Zwangsausgleich sei rechtskräftig bestätigt worden und schränkten sie gleichzeitig ihr Klagebegehren auf die Ausgleichsquote ein, so stellt die fehlende Bestreitung der Tatsache der rechtskräftigen Bestätigung des Zwangsausgleichs durch die beklagte Partei ein schlüssiges Zugeständnis iSd Paragraph 267, ZPO dar vergleiche Rechberger aaO Paragraphen 266, - 267 ZPO Rz 5 mwN), aus dem sich nur ableiten lässt, die beklagte Partei sei nicht bereit, den über das auf die Ausgleichsquote eingeschränkte Klagebegehren hinausgehenden - eine reine Naturalobligation bildenden - Schuldrest zu erfüllen.

Zudem ist die Bestätigung des (Zwangs-)Ausgleichs bereits vor Schluss der mündlichen Verhandlung erster Instanz wirksam geworden. Bereits das Erstgericht hätte daher bei Fällung seines 3. Teilurteils ohne Vorliegen eines Wiederauflebenstatbestands die Klageforderung auf die Ausgleichsquote zu kürzen gehabt, sind doch die Auswirkungen der Konkursaufhebung nach rechtskräftig bestätigtem Zwangsausgleich auf schwedende Prüfungsprozesse in jeder Lage des Verfahrens von Amts wegen zu berücksichtigen (9 ObA 240/98d; RIS-JustizRS0111016).

f) Zu den Auswirkungen des Zwangsausgleichs und der Aufrechnung auf das vorliegende Verfahren:

1.) Die Kläger haben nicht nur ein Räumungsbegehr, sondern auch ein damit verbundenes Zahlungsbegehr erhoben. Über ein solches ist mit Teilurteil zu entscheiden (Würth/Zingher/Kovanyi, Miet- und Wohnrecht21 § 33 Rz 31 mwN). Das Argument der Revisionswerber, gegen eine Räumungsklage wegen Mietzinsrückstand könne mangels Gleichartigkeit nicht mit Geldforderungen prozessual aufgerechnet werden (vgl dazu RS0021036), trifft nur auf Fälle zu, in denen nur eine Räumungsklage wegen Mietzinsrückstand erhoben wurde, nicht aber auf den hier zu beurteilenden Fall.1.) Die Kläger haben nicht nur ein Räumungsbegehr, sondern auch ein damit verbundenes Zahlungsbegehr erhoben. Über ein solches ist mit Teilurteil zu entscheiden (Würth/Zingher/Kovanyi, Miet- und Wohnrecht21 Paragraph 33, Rz 31 mwN). Das Argument der Revisionswerber, gegen eine Räumungsklage wegen Mietzinsrückstand könne mangels Gleichartigkeit nicht mit Geldforderungen prozessual aufgerechnet werden vergleiche dazu RS0021036), trifft nur auf Fälle zu, in denen nur eine Räumungsklage wegen Mietzinsrückstand erhoben wurde, nicht aber auf den hier zu beurteilenden Fall.

2.) Das Berufungsgericht vertrat die Auffassung, die Klageforderung unterliege der Kürzung auf die Ausgleichsquote, nicht aber die Gegenforderung der beklagten Partei, weil es die Kläger verabsäumt hätten, noch vor rechtskräftiger Bestätigung des Ausgleichs eine Aufrechnungserklärung abzugeben; ihre Schuldtilgungserklärung sei (mit dem Schriftsatz ON 95) erst nach diesem Zeitpunkt erfolgt. Unter Berücksichtigung der 20 %igen Ausgleichsquote (inklusive der fällig gewordenen dritten und letzten Ausgleichsrate und von Zinsen) errechnete die zweite Instanz die Klageforderung demnach mit 8.275,10 EUR und vermeinte, die Gegenforderung bestehe schon deshalb bis zu dieser Höhe zu Recht, weil mit dem 3. Teilurteil ein Teil der Gegenforderung mit 14.392,10 EUR (im 2. Teilurteil: 17.232,47 EUR) von den Klägern unbekämpft als zu Recht bestehend festgestellt worden und daher nicht mehr zu überprüfen sei.

Demgegenüber stehen die Kläger in ihrer Revision zusammengefasst auf dem Standpunkt, vom Zwangsausgleich sei nur der im Zeitpunkt der Eröffnung des Ausgleichs noch nicht durch die (ungekürzte) Gegenforderung getilgte Teil der Klageforderung betroffen, sodass letztere im Umfang des die Gegenforderung übersteigenden Betrags aufrecht geblieben sei; nur dieser Restbetrag sei auf die 20 %ige Ausgleichsquote zu mindern. Überdies hätten sie die Schuldtilgung im Umfang von 19.086,51 EUR erklärt, wenngleich im Hinblick auf die §§ 19, 20 KO die Abgabe einer Aufrechnungserklärung nicht nötig gewesen wäre. Demgegenüber stehen die Kläger in ihrer Revision zusammengefasst auf dem Standpunkt, vom Zwangsausgleich sei nur der im Zeitpunkt der Eröffnung des Ausgleichs noch nicht durch die (ungekürzte) Gegenforderung getilgte Teil der Klageforderung betroffen, sodass letztere im Umfang des die Gegenforderung übersteigenden Betrags aufrecht geblieben sei; nur dieser Restbetrag sei auf die 20 %ige Ausgleichsquote zu mindern. Überdies hätten sie die Schuldtilgung im Umfang von 19.086,51 EUR erklärt, wenngleich im Hinblick auf die Paragraphen 19., 20 KO die Abgabe einer Aufrechnungserklärung nicht nötig gewesen wäre.

Die Aufrechnung bezweckt die Aufhebung gegenseitiger Forderungen durch Verrechnung ohne effektiven Leistungsaustausch. Die Aufrechnungsvoraussetzungen (§§ 1438 ff ABGB) müssen nach bürgerlichem Recht nur im Zeitpunkt der Abgabe der Aufrechnungserklärung gegeben sein. Nach herrschender Rechtsprechung tritt die Tilgung mit Zugang der Aufrechnungserklärung rückwirkend in dem Zeitpunkt ein, in dem sich die Forderungen erstmals aufrechenbar gegenüberstanden (1 Ob 638/95 = SZ 69/57 = ÖBA 1996, 723; 3 Ob 76/97s = JBI 1999, 815 [Dullinger] = ZIK 1999, 96 = ecolex 1999, 467 mwN). Im Prozess kann die Aufrechnung als Schuldtilgungseinwand, der sich auf eine (vor oder während des Prozesses) bereits vollzogene („außergerichtliche“) Aufrechnung stützt, oder durch prozessuale Aufrechnungseinrede geltend gemacht werden. Im Zweifel ist aber die Geltendmachung einer Gegenforderung im Prozess, mit der sich der Beklagte nicht auf eine schon vorher („außergerichtlich“) vollzogene Aufrechnung stützt, als bloße Prozessaufrechnung anzusehen; die Erhebung des (in der Praxis die seltene Ausnahme bildenden) Schuldtilgungseinwandes setzt voraus, dass aus dem Vorbringen des Beklagten eindeutig hervorgeht, dass er eine privatrechtliche Gestaltungserklärung bereits abgegeben hat oder während des Prozesses abgeben will (4 Ob 146/84 und die folgende stRsp; RIS-Justiz RS0040879). Hier ist von einer prozessualen Aufrechnung durch die beklagte Partei auszugehen. Die Aufrechnung bezweckt die Aufhebung gegenseitiger Forderungen durch Verrechnung ohne effektiven Leistungsaustausch. Die Aufrechnungsvoraussetzungen (Paragraphen 1438, ff ABGB) müssen nach bürgerlichem Recht nur im Zeitpunkt der Abgabe der Aufrechnungserklärung gegeben sein. Nach herrschender Rechtsprechung tritt die Tilgung mit Zugang der Aufrechnungserklärung rückwirkend in dem Zeitpunkt ein, in dem sich die Forderungen erstmals aufrechenbar gegenüberstanden (1 Ob 638/95 = SZ 69/57 = ÖBA 1996, 723; 3 Ob 76/97s = JBI 1999, 815

[Dullinger] = ZIK 1999, 96 = ecolex 1999, 467 mwN). Im Prozess kann die Aufrechnung als Schuldtilgungseinwand, der sich auf eine (vor oder während des Prozesses) bereits vollzogene („außergerichtliche“) Aufrechnung stützt, oder durch prozessuale Aufrechnungseinrede geltend gemacht werden. Im Zweifel ist aber die Geltendmachung einer Gegenforderung im Prozess, mit der sich der Beklagte nicht auf eine schon vorher („außergerichtlich“) vollzogene Aufrechnung stützt, als bloße Prozessaufrechnung anzusehen; die Erhebung des (in der Praxis die seltene Ausnahme bildenden) Schuldtilgungseinwandes setzt voraus, dass aus dem Vorbringen des Beklagten eindeutig hervorgeht, dass er eine privatrechtliche Gestaltungserklärung bereits abgegeben hat oder während des Prozesses abgeben will (4 Ob 146/84 und die folgende stRsp; RIS-JustizRS0040879). Hier ist von einer prozessualen Aufrechnung durch die beklagte Partei auszugehen.

Im vorliegenden Fall ist weiters unbestritten, dass sowohl die Klageforderung als auch die Gegenforderung aus der Zeit vor Eröffnung des Konkurses (18. Februar 2005) stammen und gerichtlich geltend gemacht wurden, haben doch die Kläger die vorliegende Klage bereits im Jahr 2000, also Jahre vor Konkurseröffnung über das Vermögen der beklagten Partei eingebracht; ebenso hat die beklagte Partei (die spätere Gemeinschuldnerin) ihre Forderung lange vor Konkurseröffnung geltend gemacht, indem sie bereits bei Beginn des Verfahrens mit Schriftsatz vom 17. Oktober 2000 ON 4, vorgetragen in der Tagsatzung vom 19. Oktober 2000 ON 5, ihre Gegenforderung(en) compensando - und damit eventualiter für den Fall des Bestehens der Klageforderung bis zu deren Höhe - einwendete.

Die beklagte Partei hat im vorliegenden Verfahren verteidigungsweise eine rechtsvernichtende Aufrechnungseinwendung abgegeben; eine solche ist durch ihren Eventualcharakter charakterisiert, weil sie ja nur bedingt, also für den Fall erklärt wurde, dass das Gericht die Klageforderung in seinem Urteil bejahen sollte (Rechberger aaO § 391 ZPO Rz 10). Bei einem Zahlungsbegehrn tritt dann die Tilgungswirkung der Eventualaufrechnung, wie die beklagte Partei selbst zugesteht, erst mit der Rechtskraft der Entscheidung ein (stRsp, zuletzt 7 Ob 254/07i mwN; RIS-JustizRS0109614). Infolge der fehlenden Rechtskraft der Entscheidung konnte die Aufrechnung durch die beklagte Partei daher bis dato noch nicht eintreten. Zur Frage einer Tilgung durch eine klägerische Prozesserklärung wird unten noch Stellung genommen. Die beklagte Partei hat im vorliegenden Verfahren verteidigungsweise eine rechtsvernichtende Aufrechnungseinwendung abgegeben; eine solche ist durch ihren Eventualcharakter charakterisiert, weil sie ja nur bedingt, also für den Fall erklärt wurde, dass das Gericht die Klageforderung in seinem Urteil bejahen sollte (Rechberger aaO Paragraph 391, ZPO Rz 10). Bei einem Zahlungsbegehrn tritt dann die Tilgungswirkung der Eventualaufrechnung, wie die beklagte Partei selbst zugesteht, erst mit der Rechtskraft der Entscheidung ein (stRsp, zuletzt 7 Ob 254/07i mwN; RIS-JustizRS0109614). Infolge der fehlenden Rechtskraft der Entscheidung konnte die Aufrechnung durch die beklagte Partei daher bis dato noch nicht eintreten. Zur Frage einer Tilgung durch eine klägerische Prozesserklärung wird unten noch Stellung genommen.

§ 1439 zweiter Satz ABGB verweist bezüglich der Zulässigkeit der Aufrechnung gegen eine Konkursmasse auf die „Gerichtsordnung“ (Insolvenzgesetze). §§ 19 ff KO regeln die Aufrechnung im Konkurs. Nach § 19 Abs 1 KO brauchen Forderungen, die zur Zeit der Konkurseröffnung bereits aufrechenbar waren, im Konkurs nicht geltend gemacht zu werden. Zufolge § 20 Abs 1 erster Satz KO ist die Aufrechnung unzulässig, wenn ein Konkursgläubiger erst nach der Konkurseröffnung Schuldner der Konkursmasse geworden oder wenn die Forderung gegen den Gemeinschuldner erst nach der Konkurseröffnung erworben worden ist. Die AO enthält in ihren §§ 19 und 20 identische Regelungen. Der Konkursgläubiger kann die Aufrechnung während des Verfahrens ohne zeitliche Beschränkung durch gerichtliche oder außergerichtliche Erklärung gegenüber dem Masseverwalter vornehmen (1 Ob 2231/96m = SZ 69/236; 10 ObS 233/02s = JBI 2003, 947; 6 Ob 288/03a = SZ 2004/105; RIS-JustizRS0064293). Paragraph 1439, zweiter Satz ABGB verweist bezüglich der Zulässigkeit der Aufrechnung gegen eine Konkursmasse auf die „Gerichtsordnung“ (Insolvenzgesetze). Paragraphen 19, ff KO regeln die Aufrechnung im Konkurs. Nach Paragraph 19, Absatz eins, KO brauchen Forderungen, die zur Zeit der Konkurseröffnung bereits aufrechenbar waren, im Konkurs nicht geltend gemacht zu werden. Zufolge Paragraph 20, Absatz eins, erster Satz KO ist die Aufrechnung unzulässig, wenn ein Konkursgläubiger erst nach der Konkurseröffnung Schuldner der Konkursmasse geworden oder wenn die Forderung gegen den Gemeinschuldner erst nach der Konkurseröffnung erworben worden ist. Die AO enthält in ihren Paragraphen 19, und 20 identische Regelungen. Der Konkursgläubiger kann die Aufrechnung während des Verfahrens ohne zeitliche Beschränkung durch gerichtliche oder außergerichtliche Erklärung gegenüber dem Masseverwalter vornehmen (1 Ob 2231/96m = SZ 69/236; 10 ObS 233/02s = JBI 2003, 947; 6 Ob 288/03a = SZ 2004/105; RIS-Justiz

**Quelle:** Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.  
[www.jusline.at](http://www.jusline.at)