

# TE OGH 2019/5/2 17Ob4/19s

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 02.05.2019

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch die Präsidentin Hon.-Prof. Dr. Lovrek als Vorsitzende und die Hofräte Dr. Musger und Priv.-Doz. Dr. Rassi, die Hofräatin Dr. Kodek und den Hofrat Dr. Stefula als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Parteien DI Mag. Michael Neuhauser, Rechtsanwalt, \*\*\*\*\*, als Masseverwalter im Konkurs über das Vermögen des DI W\*\*\*\*\* M\*\*\*\*\* vertreten durch Stafp Neuhauser Rechtsanwälte OG in Wien, gegen die beklagte Partei M\*\*\*\*\* GmbH, \*\*\*\*\* vertreten durch Hajek & Boss & Wagner Rechtsanwälte OG in Eisenstadt, wegen zuletzt 75.104,34 EUR und Feststellung (Streitwert 10.000 EUR), über die außerordentliche Revision der beklagten Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Wien als Berufungsgericht vom 30. November 2018, GZ 4 R 89/18i-26, mit dem das Urteil des Landesgerichts Korneuburg vom 26. April 2018, GZ 1 Cg 13/17f-22, teilweise abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

## Spruch

Der Revision wird nicht Folge gegeben.

Die Kostenentscheidung bleibt dem Erstgericht vorbehalten.

## Text

Entscheidungsgründe:

Der Kläger ist Masseverwalter eines Unternehmers auf dem Gebiet der Gemüseproduktion und -verpackung (im Folgenden: Schuldner). Zwischen dem Schuldner und der Beklagten bestand eine langjährige Geschäftsbeziehung: Der Schuldner lieferte ihr verpacktes Suppengemüse bzw. führte Lohnverpackungen durch; Gemüse und Verpackungen stammten teilweise von der Beklagten, was zu entsprechenden Gegenverrechnungen führte. Nach der Insolvenzeröffnung im September 2016 trat der Kläger in den bis 22. April 2017 befristeten Vertrag der laufenden Saison ein.

Die Streitteile gingen für den Zeitpunkt des Vertragsbeginns von einem Kontosaldo von 0 EUR aus. Das Konto wurde laufend von der Beklagten geführt, die den Kläger Mitte November 2016 mit einem Betrag von 51.940,13 EUR belastete. Diesem Betrag lag eine Forderung eines dritten Unternehmens wegen vom Schuldner nicht retournierter Transportkisten zugrunde. Die Streitteile und der Schuldner stellten in einer Unterredung im Dezember 2016 fest, dass von der genannten Summe 4.771,20 EUR dem erst nach Insolvenzeröffnung entstandenen Fehlbestand zuzurechnen sind. Der restliche Betrag von 47.168,93 EUR betrifft die vor Insolvenzeröffnung nicht retournierten Kisten. Der Kläger reklamierte, dass es sich beim zuletzt genannten Betrag um eine nicht aufrechenbare bloße Insolvenzforderung handle.

Von der Beklagten wurde der Betrag von 51.940,13 EUR nicht eingefordert, sondern blieb weiter auf dem Konto (zu Lasten des Klägers) gebucht. Eine Ausbuchung des „Kistensaldos“ bzw. eine Abdeckung der – nach entsprechender Berichtigung des Kontos – um 47.168,93 EUR höheren Verbindlichkeiten der Beklagten ist jedoch nicht erfolgt.

Die vom Kläger im Zuge der weiteren Zusammenarbeit vorgelegten Rechnungen wurden von der Buchhaltung der Beklagten wöchentlich freigegeben, damit sie beglichen bzw mit Gegenleistungen verrechnet werden. Wenn Rechnungen nicht rechtzeitig einlangten, wurden Akontozahlungen überwiesen. Allerdings ließ die Beklagte den „Kistensaldo“ in voller Höhe eingebucht und ermittelte hiedurch jeweils Salden zu ihren Gunsten, etwa am 20. 3. 2017 von rund 17.000 EUR.

Mit Schreiben vom 1. Februar 2017 forderte der Kläger die Beklagte mit E-Mail auf, die verrechneten Kisten aus dem Saldo zu stornieren und den sich zugunsten der Masse ergebenden Saldo zu überweisen, wobei auch eine Ratenzahlung angeboten wurde. Am 24. März 2017 bot der Kläger dem Beklagten (neuerlich) eine Ratenvereinbarung hinsichtlich der Begleichung der 47.168,93 EUR an und sagte auch die Anerkennung einer entsprechenden ergänzend anzumeldenden Insolvenzforderung zu. An diesem Tag wurde vom Insolvenzgericht die Schließung des Unternehmens angeordnet. Nach Scheitern dieses Vergleichsvorschlags erklärte der Kläger am 28. März 2017 unter Hinweis auf den seit November 2016 unberechtigt vorbehaltenen Betrag von 47.168,93 EUR seinen Rücktritt.

Der Kläger begehrte zuletzt 74.104,34 EUR sA, der sich aus dem offenen Saldo und einem wegen der Vertragsauflösung geltend gemachten Schadenersatz von 16.560 EUR ergebe. Er sei vom Liefervertrag aus wichtigem Grund zurückgetreten, weil die Beklagte auf ihre Aufforderung, die Belastung auszubuchen und die Forderung der Masse zu begleichen, nicht reagiert habe. Die Beklagte habe den Kistenfehlbestand gegen die Forderung der Masse kompensiert und damit der Masse Liquidität von rund 50.000 EUR vorenthalten.

Die Beklagte wandte einen Gesamtsaldo zu ihren Gunsten sowie aufrechnungsweise eine Schadenersatzforderung von 17.500 EUR für ihren Mehraufwand bzw entgangenen Gewinn aus der vorzeitigen Vertragsauflösung ein, die der Kläger unberechtigt erklärt habe. Die Beklagte sei berechtigt, den gesamten Kisten-Fehlbestand zu verrechnen. Die entsprechende Forderung sei eine Masseforderung.

Ausgehend von den Feststellungen, aus denen sich allerdings – unter Berücksichtigung der Zahlungen, sowie der noch aushaftenden Rechnungen und der gesamten Kistenforderung von 51.940,13 EUR – ein Saldo zugunsten des Klägers im Ausmaß von 17.226,93 EUR ergibt, stellte das Erstgericht die Klagsforderung mit 17.934,02 EUR und die Gegenforderung mit 17.500 EUR als zu Recht bestehend fest, sprach dem Kläger 434,02 EUR zu und wies das Mehrbegehr ab. In rechtlicher Hinsicht verneinte das Erstgericht die Berechtigung des vorzeitigen Rücktritts. Dem Kläger sei die Fortsetzung des Vertrags zumutbar gewesen, zumal die Beklagte ungeachtet der Einbuchung der Kistenforderung die Liquidität der Masse über Monate mit Akontozahlungen aufrecht erhalten habe. Der Kläger habe der Beklagten den durch die unbegründete Kündigung entstandenen Schaden zu ersetzen.

Das Berufungsgericht gab der Berufung des Klägers teilweise statt. Es beurteilte die Klagsforderung mit 45.898,94 EUR als zu Recht bestehend, die Gegenforderung als nicht zu Recht bestehend und sprach dem Kläger 45.898,94 EUR sA zu.

Das Berufungsgericht erachtete im Zusammenhang mit dem festgestellten Saldo die Beweisrüge des Klägers bezüglich eines Betrags von 27.964,92 EUR als berechtigt. Es bejahte einen Saldo-Berechnungsfehler wegen doppelter Berücksichtigung einer Forderung der Beklagten und ging bei der Klagsforderung um einen (nur) in diesem Ausmaß höheren Betrag aus. Wenngleich auch das Berufungsgericht einen Grund zur vorzeitigen Vertragsauflösung verneinte, wobei es auch einen Rücktritt nach § 918 ABGB prüfte, billigte es dem Kläger ein Leistungsverweigerungsrecht nach § 1052 ABGB zu. Der Standpunkt des Klägers, dass er zur vorzeitigen Vertragsauflösung berechtigt gewesen sei, impliziere, dass er nicht mehr zu jenen Leistungen verpflichtet gewesen sei, aus deren Unterbleiben sich die Gegenforderung ableite. Es schade ihm nicht, dass seine Leistungsverpflichtung aus anderen rechtlichen Erwägungen (Leistungsverweigerungs-recht nach § 1052 ABGB anstelle wichtiger Grund zur sofortigen Vertragsauflösung) wegfallen sei.

Das Berufungsgericht sprach aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstands bezüglich des Feststellungsbegehrens 5.000 EUR, nicht aber 30.000 EUR übersteige und ließ die ordentliche Revision insgesamt mangels erheblicher Rechtsfragen nicht zu. Die Kostenentscheidung behielt es bis zur rechtskräftigen Erledigung der Streitsache vor.

Die Abweisung des Mehrbegehrrens von 29.205,40 EUR sA (darin enthalten auch der vom Kläger geltend gemachte Schadenersatzanspruch) und des Feststellungsbegehrens erwuchsen ebenso in Rechtskraft wie die Klagsstattgebung im Ausmaß von 432,02 EUR sA.

Gegen den klagsstattgebenden Teil im Ausmaß von 45.464,92 EUR sA und den Ausspruch über die Gegenforderung richtet sich die außerordentliche Revision der Beklagten mit dem Antrag, die angefochtene Entscheidung dahin abzuändern, dass das Ersturteil wiederhergestellt werde. Hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Der Kläger beantragt in der ihm freigestellten Revisionsbeantwortung, die Revision zurückzuweisen, hilfsweise, ihr nicht Folge zu geben.

Das Rechtsmittel ist zulässig, weil das Berufungsgericht bei der Beurteilung der Gegenforderung entgegen der gesicherten Rechtsprechung das Leistungsverweigerungsrecht des § 1052 ABGB dem nicht mehr leistungsbereiten Kläger zugestanden hat. Die Revision ist im Ergebnis aber nicht berechtigt.

## **Rechtliche Beurteilung**

### A. Klagsforderung

#### 1. Zum Saldo-Berechnungsfehler:

1.1 Nach Ansicht des Rechtsmittels lasse sich auf Basis des festgestellten Sachverhalts nicht abschließend beurteilen, ob das Erstgericht bei der Berechnung der Klagsforderung den Betrag von 27.964,92 EUR tatsächlich doppelt abgezogen hat.

1.2 Dem sind die diesbezüglich klaren Feststellungen des Erstgerichts entgegenzuhalten, wonach der (der Höhe nach unstrittige) Betrag von 27.964,92 EUR dem am 20. März 2017 bereits bestehenden Saldo zu Gunsten der Beklagten abgezogen wurde („darauf sind unstrittige Gegenforderungen von 27.964,92 EUR anzurechnen“). Wenn das Berufungsgericht im Rahmen der Behandlung der Tatsachenrüge (unter Heranziehung der von der Beklagten vorgelegten Urkunden) zu Gunsten des Klägers davon ausgegangen ist, dass der genannte Betrag bereits im Saldo per 20. März 2017 enthalten war, kann der Oberste Gerichtshof, der keine Tatsacheninstanz ist, dem nicht entgegentreten. Auf Basis der getroffenen Feststellungen ist die Erhöhung der mit Ersturteil (von der Beklagten unbekämpft!) als zu Recht beurteilten Klagsforderung von 17.934,02 EUR um den Betrag von 27.964,92 EUR durch das Berufungsgericht in rechtlicher Hinsicht daher nicht zu beanstanden. Der gerügte (sekundäre) Verfahrensmangel liegt daher nicht vor.

#### 2. Zur Berücksichtigung des Betrags für den Kistenfehlbestand im Saldo:

2.1 Während die Beklagte im erstinstanzlichen Verfahren den Standpunkt vertrat, dass ihr der gesamte Betrag von 51.940,13 EUR als Masseforderung zustehe, argumentiert sie in der Revision damit, dass (nur) betreffend den nach der Insolvenzeröffnung entstandenen Fehlbestand eine aufrechenbare Masseforderung (4.771,20 EUR) vorliege, die die Klagsforderung in diesem Ausmaß reduziere.

2.2 Ungeachtet seiner Rechtsansicht, dass die Forderungen im Zusammenhang mit dem Kistenfehlbestand nach Insolvenzeröffnung nicht als Insolvenzforderung zu qualifizieren seien, hat das Erstgericht seiner Entscheidung über die Klagsforderung auf Basis der von ihm getroffenen Feststellungen („enthält aber die eingebuchte Kistenforderung von 51.940,13 EUR“) den gesamten Kistenfehlbestand zu Gunsten des Klägers berücksichtigt und insoweit den Saldo zu Lasten der Beklagten erhöht.

Die Beklagte hat aber weder das Ersturteil mit Berufung noch die entsprechenden Tatsachengrundlagen in der Berufungsbeantwortung bekämpft. Die Frage, ob und in welchem Umfang, der Saldo zwischen den Streitteilen um den Kistensaldo zu erhöhen ist, war damit nicht Gegenstand des Berufungsverfahrens. Dem Berufungsgericht war es daher verwehrt, die insoweit nicht bekämpfte Berechnung über die Höhe des Kistensaldos zu Gunsten der Beklagten abzuändern. Der Umstand, dass die Berufung des Klägers Fehler bei einer (anderen) Teilstellung von 27.964,92 EUR (siehe oben Punkt 1) geltend machte, führte nicht dazu, dass das Berufungsgericht den Saldo umfassend überprüfen musste/durfte. Das erkennt letztendlich auch die Beklagte, strebt sie doch die Reduktion der Klagsforderung auch nur um den Betrag von 27.964,92 EUR auf 17.934,02 EUR an.

### B. Gegenforderung:

3. Die vom Berufungsgericht vertretene Rechtsansicht, dass der gegen den Kläger erhobene Schadenersatzanspruch am Leistungsverweigerungsrecht nach § 1052 ABGB scheitere, findet in der Rechtsprechung keine Deckung.

3.1 Zum einen ist das Leistungsverweigerungsrecht nach § 1052 Satz 2 ABGB nicht von Amts wegen zu beachten, sondern setzt eine Einrede einer der Vertragsparteien voraus (6 Ob 140/16f; RIS-Justiz RS0020997 [T10]; Apathy/Perner

in KBB5 § 1052 ABGB Rz 3). Dem Vorbringen des Klägers in erster Instanz ist nicht ansatzweise zu entnehmen, dass er sein Leistungsverweigerungsrecht geltend macht.

3.2 Zum anderen kann sich ein Vertragspartner nur dann auf das Recht zur Leistungsverweigerung berufen, wenn er selbst zur Erfüllung bereit ist (§ 1052 Abs 1 Satz 1 ABGB; 4 Ob 180/15x mwN; Verschraegen in Klete?ka/Schauer, ABGB-ON1.03 § 1052 ABGB Rz 14). Will sich ein Vertragspartner aber vom Vertrag lösen, kann er sich nicht auf § 1052 ABGB berufen (Aicher in Rummel/Lukas, ABGB4 § 1052 ABGB Rz 25; 4 Ob 180/15x). Durch die vorzeitige Vertragsauflösung ist unzweifelhaft dokumentiert, dass der Kläger nicht (mehr) zur Erfüllung bereit ist.

4. Ungeachtet des Umstands, dass dem Schadenersatzanspruch der Beklagten das Leistungsverweigerungsrecht des Klägers nicht entgegengehalten werden kann, ist für die Revisionswerberin im Ergebnis nichts gewonnen, weil die vorzeitige Vertragsauflösung durch den Kläger nicht unberechtigt geschah.

4.1 Dem zwischen den Streitteilen über die Verpackung und Lieferung von Gemüse, Lohnverpackung und Bereitstellung von Material abgeschlossenen Dauerschuldverhältnis liegt nicht eindeutig einer der im ABGB geregelten Vertragstypen zugrunde; es ist daher als ein Vertrag sui generis zu beurteilen.

4.2 Das Rücktrittsrecht nach § 918 ABGB besteht grundsätzlich auch bei einem solchen Dauerschuldverhältnis. Nach Beginn der Dauerleistung ist ein Rücktritt wegen Verzugs aber nicht mehr möglich (RIS-Justiz RS0018327). Ein auf § 918 ABGB gestützter Rücktritt scheidet im Anlassfall aus, weil der Kläger erst während des bereits laufenden Vertragsverhältnisses den Vertrag auflöste.

4.3 Wie bei anderen Dauerschuldverhältnissen kommt aber auch bei dem vorliegenden Vertrag grundsätzlich eine vorzeitige Auflösung aus wichtigem Grund durch einseitige Erklärung in Betracht, wenn einer Partei die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses billigerweise nicht zugemutet werden kann. Als wichtige Gründe kommen insbesondere Vertragsverletzungen, der Verlust des Vertrauens in die Person des Vertragspartners oder schwerwiegende Änderungen der Verhältnisse in Betracht, welche die Fortsetzung der vertraglichen Bedingungen nicht mehr zumutbar erscheinen lassen (RIS-Justiz RS0018305, RS0027780).

4.3.1 Vom Kläger wurde das Vertragsverhältnis gemäß § 21 IO fortgesetzt, wobei die Streitteile von einem ausgeglichenen Saldo ausgingen. Der Beklagten war bereits Monate vor der Auflösung des Vertragsverhältnisses klar, dass der Großteil der später eingebuchten „Kistenforderung“ (nur) eine Insolvenzforderung betrifft, mit der im laufenden Vertragsverhältnis gegen die Forderungen des Klägers nicht aufgerechnet werden konnte. Dessen ungeachtet war die Beklagte weder bereit, die Belastung auszubuchen noch den Fehlbetrag zu begleichen. Ihr vertragswidriges Verhalten, das den Spielraum des Klägers bei der Fortführung des schuldnerischen Unternehmers beträchtlich einschränkte, erfüllte die Anforderungen an einen vorzeitigen Auflösungsgrund: Dem Kläger wurde nämlich durch die Vorgehensweise der Beklagten nicht nur Liquidität entzogen, sondern er musste auch eine unberechtigte Aufrechnung und damit die Einstellung von Zahlungen für erbrachte Leistungen befürchten.

4.3.2 Wichtige Gründe, die die vorzeitige Auflösung eines Dauerschuldverhältnisses rechtfertigen könnten, müssen bei sonstigem Verlust unverzüglich geltend gemacht werden. Bei einem Dauerzustand kann das Schuldverhältnis aber solange vorzeitig aufgelöst werden, als er andauert (vgl. RIS-Justiz RS0028865). Bei langer Duldung des den Auflösungsgrund bildenden Sachverhalts kann ein stillschweigender Verzicht nach § 863 ABGB angenommen werden, wenn das Zuwarten mit der Auflösungserklärung unter Umständen erfolgt, aus denen mit Überlegung aller Umstände kein vernünftiger Grund daran zu zweifeln übrig bleibt, dass der Sachverhalt nicht mehr als wichtiger Auflösungsgrund geltend gemacht werden soll (RIS-Justiz RS0131588). Bei der Beurteilung der Frage, ob ein schlüssiger Verzicht auf ein Recht vorliegt, ist generell besondere Zurückhaltung und Vorsicht geboten. Ein solcher Verzicht darf immer nur dann angenommen werden, wenn besondere Umstände darauf hinweisen, dass er ernstlich gewollt ist (RIS-Justiz RS0014190 [T3]), und kein Zweifel möglich ist, dass das Verhalten des Berechtigten den Verzichtswillen zum Ausdruck bringen soll (RIS-Justiz RS0014217 [T2]). Im Anlassfall hat der Kläger mehrfach auf die fehlerhafte Buchung hingewiesen, auf seinem Standpunkt beharrt und auch die Vertragsbeendigung angekündigt. Unter diesen Umständen ist die Auflösung nicht als verfristet zu qualifizieren.

4.3.3 Der Kläger hat das Vertragsverhältnis daher nicht unbegründet vorzeitig aufgelöst, sodass die auf einen Vertragsbruch gestützte Gegenforderung der Beklagten ins Leere geht.

5. Der Revision war daher ein Erfolg zu versagen.

6. Der Kostenvorbehalt gründet sich auf § 52 Abs 3 ZPO. Das Berufungsgericht hat das erstinstanzliche Urteil abgeändert und dabei ausgesprochen, dass die Kostenentscheidung bis zur rechtskräftigen Erledigung der Streitsache vorbehalten bleibt. Das Erstgericht hat daher auch über die Kosten des Revisionsverfahrens zu entscheiden (5 Ob 4/18a, 10 Ob 44/17v, 10 Ob 113/17z, 1 Ob 141/17t uva).

**Textnummer**

E125078

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:2019:0170OB00004.19S.0502.000

**Im RIS seit**

23.05.2019

**Zuletzt aktualisiert am**

13.02.2020

**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)