

Kompensation im Prozess: Zurück zum materiellen Recht

I. Vorbemerkungen

1. Fragestellung

Aufrechnung (auch Verrechnung oder *compensatio* mit all ihren modernen terminologischen Derivaten) ist im heutigen Verständnis ein Vorgang auf der Eben des materiellen Rechts: Der Schuldner befreit sich durch die Preisgabe seiner ihm gegen den Gläubiger zustehenden Gegenforderung und bewirkt Erlöschen der beiden sich gegenüberstehenden Forderungen und korrespondierenden Schulden. Wenn im Rahmen eines Gerichtsverfahrens sich zwei Forderungen gegenüberstehen und man die materiellrechtlichen Tilgungswirkungen der Aufrechnung ernst nehmen will, ergeben sich daraus zwangsläufig und automatisch prozessuale Auswirkungen, wobei es keinen Unterschied macht, ob die Verrechnungserklärung vor Prozesseinleitung oder aber im Gerichtsverfahren selber erfolgt¹:

– Der zur gerichtlichen Beurteilung stehende Sachverhalt wird durch die Geltendmachung der Verrechnung (Erhebung einer Verrechnungseinrede oder Behauptung der vorprozessualen Geltendmachung einer solchen) seitens der Beklagten *thematisch erweitert*: Die Entscheidung über die Klage setzt zusätzlich die Prüfung des Bestandes der zur Verrechnung gestellten Aufrechnungsforderung voraus;

¹ Auch die Einführung der Verrechnungsforderung durch Widerklage statt durch blosse Einredeerhebung ändert nichts am Grundproblem. – Für den Fall der Widerklage ist festzuhalten, dass der Widerkläger nicht notwendig Aufrechnung der Widerklageforderung beantragt, sondern sich auf die Bestreitung der Klageforderung beschränken mag, wie auch der Kläger und Widerbeklagte zwar für den Fall der Gutheissung der Widerklage Verrechnung erklären kann, aber nicht muss.

– wenn die Verrechnungsforderung, falls selbständig geltend gemacht, von einem anderen Gericht als jenem der eingeklagten Hauptforderung zu beurteilen wäre, wird dem Kläger für seine Verteidigung gegenüber der Verrechnungsforderung eine *andere Gerichtsbarkeit aufgezwungen*. Dies ist schon im nationalen Bereich nicht ohne Bedenken, wird aber noch bedenklicher, wenn hinsichtlich der Verrechnungsforderung die Gerichte eines anderen Staates zuständig wären;

– die Auswirkungen dramatisieren sich, wenn als Folge der Aufrechnung eine *Kompetenzverschiebung* zwischen *staatlicher Gerichtsbarkeit* und *Schiedsgerichtsbarkeit* eintritt: Dem Kläger vor einem staatlichen Gericht wird die einer Schiedsabrede unterliegende Gegenforderung entgegengehalten, was ihn vielleicht den Verlust des vereinbarten Schiedsverfahrens schmerzlich bedauern lässt, oder im Schiedsverfahren wird der Kläger gezwungen, dem zur Beurteilung der Klage zuständigen Schiedsgericht auch die Entscheidung über die Gegenforderung zu überlassen, obwohl ihm das Vertrauen zum Schiedsgericht abgeht.

– angesichts des Untergangs der Klageforderung infolge Kompensation ist es streng genommen nicht einmal zulässig, im Verfahren die Beurteilung der zur Aufrechnung gestellten Forderungen zu trennen, d.h. vorerst einen Sachentscheid über die (präsumtiv nicht mehr bestehende) Klageforderung und erst nachher einen solchen über die Verrechnungsforderung zu fällen, dies wenigstens dann, wenn der erste Entscheid in vollem Wortsinn gültig, d. h. vollstreckbar sein soll.

Offenkundig sind die sich aus Kompensationen ergebenden prozessualen Folgen besonders bedeutsam in grenzüberschreitenden Verfahren und erst recht in der Schiedsgerichtsbarkeit, so dass die folgenden Überlegungen in den Arbeitsbereich des Jubilars und den thematischen Schwerpunkt der ihm dargebrachten Festschrift fallen. Der Vollständigkeit halber soll aber doch auch zur Sprache kommen, dass die Aufrechnung allein durch die damit einhergehende Ausweitung des Prozessstoffes und Verfahrensverzögerung problematisch werden kann, sodass materielle Kompensationsbeschränkung auch zu einem Postulat geordneter Rechtsverwirklichung wird (dazu unten VI/1 und VII/3).

2. Grundprinzip der Aufrechnung und Thesen

Aufrechnung bewirkt Tilgung der sich gegenüberstehenden Forderungen im Umfang der kleineren von ihnen; *compensatio habet effectum solutionis* ist ein alter Spruch². Stellt der Beklagte eine Forderung zur Verrechnung, bedeutet dies Behauptung der Tilgung der Klageforderung, die neben der Behauptung der Tilgung durch Realerfüllung steht und gleich wie eine solche behandelt werden muss. Es gibt nur einen einzigen, nicht teilbaren Streitgegenstand (Bestand der bestrittenen Klageforderung), dessen Prüfung neben den Forderungs-Entstehungsgründen gleichermassen auch die behauptete Tilgung einschliesst³. Aufrechnung bedingt, dass bei der Entscheidung über die Klage zwangsläufig auch über das Bestehen oder Nichtbestehen der Verrechnungsforderung entschieden werden muss.

Diese genannten, aus dem materiellen Recht sich ergebenden prozessualen Folgerungen werden von der Prozessrechtslehre wie auch der Praxis zu einem erheblichen Teil abgelehnt. Der Schreibende teilt im Ergebnisse diese Positionen, ja geht teilweise über sie hinaus. Er kann sich aber der Einsicht nicht verschliessen, dass die Zunft der Prozessualisten wie auch die Gerichte in der hier betrachteten Frage sich über das materielle Privatrecht hinwegsetzen und das Verfahrensrecht nicht mehr als dem materiellen Rechts untergeordnet betrachten. Das fordert Reflexion. Um die Welt wiederum in Ordnung zu bringen statuiert der von Haus aus sich primär dem materiellen Recht verpflichtet fühlende Schreibende folgende These:

² So Stryk (Fn. 56) als Marginale zu Dig. 16, II, § 1; sodann dort : ... *nihil intersit, an debitor solverit, an compensaverit.* – Lauterbach (Fn. 56) N. XXV: ... *Etsi enim haec compensatio ficta & imaginaria solutio dicatur, effectum tamen verae solutionis producit, ita, ut nihil interest, solverit debitor an pensaverit* (mag auch die Kompensation als bloss fiktive Erfüllung bezeichnet werden, macht es doch keinen Unterschied, ob der Schuldner kompensiert oder bezahlt).

³ Das Gesagte ist eine von niemandem im Grundsätzlichen bestrittene Selbstverständlichkeit, was mit einem Zitat aus den Motiven zum BGB-Entwurf von 1888/96 (Bd. II, S. 107) illustriert sei: "Das Vorhandensein der Voraussetzungen der Aufrechnung hat der Theil, welcher sie geltend macht, zu beweisen, gerade wie derjenige, welcher Zahlung behauptet, solche beweisen zu müssen in der Lage ist. Wer kompensiert, macht nur von dem Recht der Kompensation Gebrauch und bringt hierdurch die beiderseitigen Forderungen *ipso iure* zum Erlöschen. Die Kompensationslage erzeugt also keine Einrede im materiellen Sinne, die vollzogene Kompensation erzeugt, wie die Zahlung, die materielle Einwendung, dass der Gläubiger befriedigt sei. Vor erfolgter Aufrechnung stehen sich die beiderseitigen Forderungen von der Kompensationslage völlig unberührt gegenüber."

Kritische Überprüfung des materiellen Kompensationsrechts kann die Übereinstimmung des Verfahrensrechts mit dem materiellen Recht wieder herstellen. Es wird sich zeigen, dass bisher das landläufige Verständnis der materiellrechtlichen Aufrechnungsregeln eine Reihe unentbehrlicher Ausschlussgründe verkennt. Der Blick in die Rechtsüberlieferung, die den anstehenden Fragen unvergleichlich mehr Interesse entgegen brachte als unsere Zeiten, macht Notwendigkeit und Rechtfertigung zusätzlicher Gründe des Kompensationsausschlusses offenkundig, mit welcher Ausweitung den Anliegen der Lehre und Praxis des Prozesses in jeder wünschbaren Hinsicht Rechnung getragen wird⁴.

3. Der Widerspruch der heutigen prozessrechtlichen Positionen zum materiellen Recht

Im folgenden soll illustriert werden, in welchem Umfang die im Verfahrensrecht vertretenen Positionen in Widerspruch zum materiellen Recht stehen, dies wenigstens, soweit das materielle Recht der Kompensation nach dem Gesetzestext des schweizerischen Obligationenrechts (CH/OR) und des BGB und der in deren Nachfolge stehenden Kodifikationen verstanden wird.

a) Allgemeine Prozessgesetzgebung

Sie nimmt nur ausnahmsweise auf die Frage Bezug. Die deutsche ZPO (D/ZPO), in der Schweiz bisher die meisten kantonalen Prozessordnungen, das schweizerische Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht von 1987 (IPRG) in Art. 8 und seit dem Jahr 2000 auch das Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen (CH/GestG) sprechen sich wie unzählige andere Prozessordnungen zur Aufrechnung nicht aus, statuieren jedoch einen *Sondergerichtsstand*

⁴ Der gewählte Ansatz gebietet Ausrichtung auf das *materielle Recht der Kompensation* und die grossen Linien der sich ergebenden verfahrensrechtlichen Folgerungen, während eine Auseinandersetzung auf der Argumentationsebene der prozessrechtlichen Doktrin in vorliegendem Rahmen weder notwendig noch möglich ist. Immerhin erfolge der Hinweis auf die folgenden wichtigen und einlässlich dokumentierten Darstellungen: *Klaus Peter Berger*, Die Aufrechnung im Internationalen Schiedsverfahren, in RIW 1998 (S. 426-432); vom *selben Autor* auch: Der Aufrechnungsvertrag, Tübingen 1996; *Gerhard Wagner*, Die Aufrechnung im Europäischen Zivilprozess, in IPRax 19/1999 S. 65-76. – Eine komparatistische Untersuchung der Aufrechnung, dies mit Blick auf ein prospektives Europäisches Privatrecht gibt *Reinhard Zimmermann* in Festschrift für Dieter Medicus, S. 707-739.

An dieser Stelle seien auch zwei nach Fertigstellung des Manuskripts erschienene Werke zum Kompensationsrecht vermerkt: *Pascal Pichonnaz*, La compensation; Analyse historique et comparative des modes de compenser non conventionnels, Freiburg/CH 2002; *Heidi Kerstin Jauch*, Aspekte der Verrechnung in der Schiedsgerichtsbarkeit, Rechtsvergleichende Studie Deutschland/Schweiz.

für *konnexe Widerklagen*⁵, der auch die Kompensation mit erfasst⁶. Übereinstimmende Regeln wie D/ZPO und CH/GestG kennen auch das Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen bzw. das Lugano-Übereinkommen⁷. Die genannten Gerichtsstandsnormen stehen in Übereinstimmung mit der materiellen Rechtslage des Erlöschens der Klageforderung im Umfang der Kompensationswirkung. Einen Widerspruch begründen sie indessen dann, wenn man, wie zahlreiche Autoren, durch Umkehrschluss aus genannten Regeln für die nicht konnexen Gegenforderungen Absenz von Zuständigkeit zur Widerklage und damit implizite Unzulässigkeit der Aufrechnung ableitet⁸.

⁵ D/ZPO § 33/I: Widerklage, "wenn der Gegenanspruch mit dem in der Klage geltend gemachten Anspruch oder mit den gegen ihn vorgebrachten Verteidigungsmitteln in Zusammenhang steht.", und CH/GestG vom 24.3.2000; ASS 2000, 2355, Art. 6: "Widerklage – (1) Beim Gericht der Hauptklage kann Widerklage erhoben werden, wenn die Widerklage mit der Hauptklage in einem sachlichen Zusammenhang steht. (2) Der Gerichtsstand bleibt bestehen, auch wenn die Hauptklage aus irgendeinem Grund dahinfällt."

⁶ Zulässigkeit der Widerklage bedeutet nach der Sachlogik (Argument *a fortiori* oder *in maiore minus*) auch Zulassung der blossen einredeweisen Geltendmachung der Gegenforderung durch Aufrechnung: Wo Klage gestattet ist, muss auch bloss einredeweise Geltendmachung eines Anspruchs möglich sein. Nicht notwendigerweise würde das Umgekehrte gelten.

⁷ Das Brüsseler EWG-Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 27.9.1968, das Übereinkommen von 16.7.1988 und ebenso das Lugano-Übereinkommen vom 16.9.1988 statuieren je in Art. 6 Zif. 3: Zuständigkeit, "wenn es sich um eine Widerklage handelt, die auf denselben Vertrag oder Sachverhalt wie die Klage selbst gestützt wird, vor dem Gericht, bei dem die Klage selbst anhängig ist." (ebenso Art. 6 Ziff. 3 der Verordnung (EG) Nr. 44/2001 des Rates vom 22.12.2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, publ. 16.1.2001, Abl. L 12/1 mit Inkrafttreten am 1.3.2002). Dies wird vom EuGH allerdings so gelesen, dass das Konnexitätserfordernis bloss für Widerklagen, nicht indessen für eine bloss defensive Verrechnungseinrede gelten würde (EuGH. Urt. v. 13.7.1995; vgl. NJW 1996, 42 f.), was nicht zu überzeugen vermag; zutreffend dagegen das Iran-US Claims Tribunal, das in ständiger Rechtsprechung Parallelität der Zulässigkeit von Aufrechnung und Widerklage annimmt (so die Hinweise von *Berger*, oben Fn. 4, S. 429).

⁸ Die D/ZPO ordnet in § 145/III an, dass im Falle der Geltendmachung der Aufrechnung einer nicht konnexen Gegenforderung über diese "getrennt verhandelt" werden könne, während § 302/I erlaubt, einen Entscheid über die Hauptforderung zu treffen "unter dem Vorbehalt der Entscheidung über die Aufrechnung". Diese Verfahrensregeln geben indessen für den Fall fehlender Zuständigkeit des Gerichts zur Beurteilung der Aufrechnungsforderung keine Richtlinie.

b) Normierung von Schiedsgerichtsbarkeit und Gerichtsstandsvereinbarungen

Das UNCITRAL-Modellgesetz für internationale Schiedsgerichtsbarkeit wie auch die seit der Revision von 1997 diesem weitgehend folgende D/ZPO (die neuen §§ 1025-1066) schweigen sich zur Kompensation aus. Auch die UNCITRAL-Schiedsgerichtsordnung von 1976 bezieht nicht eindeutig Stellung. Zwar sagt sie in Art. 19/3 zum Thema "Klagebeantwortung": Es "... kann der Beklagte eine auf den selben Vertrag gestützte Widerklage erheben oder sich zum Zweck der Aufrechnung auf eine sich aus demselben Vertrag ergebende Forderung berufen". Diese Formel lässt offen, ob damit ein Ausschluss der Verrechnung nicht konnexer (und damit meist auch nicht unter die Schiedsklausel fallender) Ansprüche beabsichtigt ist, was erst ein ausdrückliches Abweichen vom materiellen Aufrechnungsrecht bedeuten würde. Anders das schweizerische *Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit*⁹: Dessen Väter waren nicht bereit, den aus dem materiellen Recht folgenden Untergang der Verrechnungsforderung prozessual zu akzeptieren und dem Schiedsgericht die Befugnis zur Beurteilung nicht unter die Schiedsabrede fallender Forderungen zuzugestehen; in Art. 29 ordnen sie an Aussetzung des Schiedsverfahrens unter Ansetzung einer Frist für Einleitung der Klage beim zuständigen Gericht, eine Regel, welche allerdings in unzumutbarer Weise Verzögerungen der Rechtsdurchsetzung ermöglicht¹⁰.

Von den *Schiedsordnungen von Schiedsgerichtsinstitutionen* kennt die heute geltende der Internationalen Handelskammer (wie bereits auch alle früheren) keine auf die Kompensation bezügliche Sonderbestimmung; das selbe dürfte für die meisten Schiedsinstitutionen gelten. Die einzige dem Schreibenden bekannte Schiedsordnung, welche Verrechnung von Forderungen trotz fehlender Zuständigkeit vorbehaltlos und vollumfänglich zulässt, ist jene der *Zürcher Handelskammer*¹¹; die Entscheidkompetenz deren Schiedsgerichte über Verrechnungsforderungen steht, wie oben dargelegt, in perfekter

⁹ Dieses Konkordat gilt seit dem Erlass des IPR-Gesetzes des Jahres 1987 nur noch für schweizerisch-interne Verfahren.

¹⁰ Dazu das Bundesgericht, das mit einschränkender Praxis zu mildern versucht; BGE 116 Ia 154. Vgl. auch *Jean-François Poudret*, Compensation et Arbitrage, in *Le droit en action*, hgg. von *Jean-Marc Rapp/Michel Jaccard*, Lausanne 1996, S. 361 ff.

¹¹ Internationale Schiedsgerichtsordnung der Zürcher Handelskammer (Ausgabe 1989) Art. 27: "Verrechnung – Das Schiedsgericht ist zur Beurteilung einer Verrechnungseinrede auch dann zuständig, wenn die zur Verrechnung gestellte Forderung nicht unter die Schiedsvereinbarung fällt, und zwar selbst dann, wenn für sie eine andere Schiedsvereinbarung oder eine Gerichtsstandsvereinbarung besteht."

Übereinstimmung mit dem materiellen Kompensationsrecht im herkömmlichen Verständnis (weckt allerdings deshalb von der Sache her nicht weniger Bedenken).

c) Doktrin und Praxis

Beide sind schwankend, und für die verschiedenen denkbaren Fallgruppen werden unterschiedliche Meinungen vertreten. In Deutschland gehen die Auffassungen insgesamt aber doch in Richtung der Ablehnung der Aufrechnung von Forderungen, zu deren Beurteilung bei selbständiger Geltendmachung ein anderes Gericht zuständig wäre¹². Dieser Standpunkt ist absolut vorherrschend beim Bestehen von Schiedsabreden: Vor Schiedsgerichten soll es nicht erlaubt sein, Verrechnung von nicht der Schiedsabrede unterliegenden Forderungen geltend zu machen¹³. Etwas weniger Einhelligkeit besteht hinsichtlich der Verrechnung schiedsabredeunterworfenen Forderungen vor staatlichen Gerichten¹⁴.

¹² So kann denn *Berger* (Fn. 4; S. 426-432), dessen Ausführungen in mehreren der hier behandelten Zusammenhängen weiterführend sind, festhalten: "... die wohl h. M. in Deutschland geht ... nicht von der grundsätzlichen Zulässigkeit, sondern von der grundsätzlichen Unzulässigkeit der Aufrechnung mit rechtswegfremden Forderungen aus." (S. 429).

¹³ Hier allein zu nennen *Reinhold Geimer*, in *Zöller, Zivilprozessordnung* (hier zitiert frühere 18. Aufl. 1993) Rn. 54 zu § 1025: "Der Schiedsvertrag schliesst die Vereinbarung mit ein, dass gegenüber einer im Schiedsverfahren eingeklagten Forderung die Aufrechnung mit einer nicht dem Schiedsverfahren unterliegenden Forderung nicht beachtet werden darf (prozessuales Verbot, die materiell-rechtlich bereits perfekte Aufrechnung vorzutragen/geltend zu machen" [folgen Hinweise], sodann: "Im Verfahren [vor staatlichen Gerichten] darf Aufrechnung mit einer Gegenforderung nicht beachtet werden, die mit einer Schiedsabrede versehen ist." [folgen Hinweise]. Die hier den weiteren Betrachtungen zugrunde zu legende herrschende Auffassung umschreibt *Geimer* in seinem *Internationalen Zivilprozessrecht*, 4. Aufl. (2001) Rz. 3818 wie folgt: "Die deutsche Rechtsprechung plädiert bei nicht konnexen Gegenforderungen im Zweifel für ein prozessuales Aufrechnungsverbot. ... die durch die Schiedsvereinbarung gebundene Partei kann sich vor den staatlichen Gerichten nicht darauf berufen, sie habe gegen die eingeklagte Forderung mit der von einer Schiedsvereinbarung erfassten Gegenforderung aufgerechnet, weil es unbefriedigend ist, dass in solchen Fällen nicht das Schiedsgericht, sondern das staatliche Gericht ... entscheidet. [Hinweis auf BGHZ 38, 254 = NJW 63, 243 und weitere] – Vice versa wäre es *ultra vires*, wenn das Schiedsgericht aufgrund des Einwandes der Aufrechnung in der Sache über eine Forderung befinden könnte, für die die Parteien gerade nicht das Schiedsgericht 'zuständig' machen wollten."

¹⁴ *Hans W. Fasching*, *Schiedsgericht und Schiedsverfahren im österreichischen und internationalen Recht*, Wien 1973, S. 27, stimmt zwar dem Ausschluss der Verrechnung vor Schiedsgerichten zu (mit Hinweis auf BGHZ 23, 17), will aber umgekehrt die Verrechnung von schiedsklausel-unterworfenen Ansprüchen vor staatlichen Gerichten zulassen (S. 34, mit Hinweis auf *Fasching III* S. 577). Das ist widersprüchlich und lässt sich mit der elementaren Regel schlecht vereinbaren, dass schiedsklausel-unterworfene Forderungen vor staatlichen Gerichten nicht eingeklagt werden können.

Ob eine für die Gegenforderung verabredete Gerichtsstandsvereinbarung deren Geltendmachung vor einem anderen staatlichen Gericht ausschliesse, ist kontrovers¹⁵.

II. Allgemeines zum Institut der Verrechnung

Vorab ein Hinweis auf die hauptsächlichen Elemente des materiellen Kompensationsrechts, das hier zur Grundlage der Lösung verfahrensrechtlicher Probleme gemacht wird.

1. Grundprinzipien

Die Tilgung zweier sich entgegensehender korrespondierender Forderungen und Schulden unterliegt den Voraussetzungen der Gegenseitigkeit der Forderungen (d. h. Identität der Träger der beiden), deren Fälligkeit und Erfüllbarkeit, dies beidseits bezogen auf gleichartige Leistungen. Vertragliche Abmachungen der Parteien können in beiden Richtungen die Rechtslage verändern: Es kann ein Aufrechnungszwang begründet werden, der die gesonderte Geltendmachung einer Forderung ausschliesst (was im Falle einer Kontokorrent-Abrede gegeben ist, aber auch ohne Verwendung des Terminus Kontokorrent eintritt, wenn dies der kommerziellen Logik der gegebenen vertraglichen Beziehungen der Parteien entspricht). Aufrechnung kann aber auch ausgeschlossen werden, dies ebenfalls gleichermassen durch explizite Abrede wie konkludent¹⁶.

Die Gleichzeitigkeit und gegenseitige Abhängigkeit des Erlöschens der beiden Forderungen ist Begriffsmerkmal der Aufrechnung: Entweder werden

¹⁵ Vgl. dazu die Darstellung von *Haimo Schack*, Internationales Zivilprozessrecht, 2. Aufl. München 1996 Rn. 458-461.

¹⁶ Ein vertraglicher Kompensationsausschluss begründet nicht eine Pflicht, solches zu unterlassen, sondern nimmt den Parteien die Möglichkeit hiezu, genau gleich wie ein vertragliches Zessionsverbot die Abtretung ausschliesst: Verrechenbarkeit wie Abtretbarkeit (oder deren Ausschluss) sind materiellrechtlich Bestandteile der betroffenen Forderungen (mit Abtretung geht denn auch eine Schiedsabrede über, denn die Möglichkeit der Rechtsdurchsetzung ist wie die Abtretbarkeit Bestandteil der Forderung selbst).

beide oder keine der zwei Forderungen/Schulden getilgt¹⁷. In diesen Zusammenhang ist die landläufige Diskussion über die "Eventualkompensation" zu stellen: Wenn die kompensationsweise zu tilgende Hauptforderung nicht besteht, kann auch die Verrechnungsforderung nicht erlöschen, selbst wenn ein entsprechender Vorbehalt nicht angebracht worden ist. Daher wird die im Prozess abgegebene Verrechnungserklärung zwangsläufig zur Eventualverrechnung, da sie *ex lege* in jedem Fall allein dann wirkt, wenn die Hauptforderung entgegen dem Antrag des Verrechnung erklärenden Beklagten gutgeheissen wird¹⁸.

Gewisse Schulden sind der Kompensationstilgung entzogen. Bis in die antiken Quellen zurück geht die Frage der Zulässigkeit jener von Forderungen gegen den Fiskus; heute sind dazu gekommen die Beschränkung der Aufrechnungsmöglichkeiten im Bereich familienrechtlicher Unterhaltsansprüche u. dgl. Im Hinblick auf die uns beschäftigenden Verfahrensfragen ist eine Ausweitung der Ausschlussgründe gefordert, die in unseren Kodifikationen nur bruchstückhaft umschrieben sind (dazu das folgende, und besonders IV).

2. *Kompensationseintritt ipso iure oder per exceptionem?*

In den römischen Quellen, denen wir das Institut der *compensatio* verdanken, steht die Konzeption der von Rechts wegen (*ipso iure*) eintretenden

¹⁷ Dass Kompensation entweder beide sich gegenüberstehenden Forderungen aufhebt oder aber gar nicht stattfindet, ist selbstverständlich, wird aber sicherheitshalber bereits von *Ulpian* festgehalten; vgl. *Dig.* 16, 2, 7, 1: *Si rationem compensationis iudex non habuerit, salva manet petitio*: Wenn der Richter die Kompensation nicht zulässt, bleibt der zur Verrechnung gestellte Anspruch erhalten. Und *Windscheid* (9. Aufl. von Kipp; 1906) Bd. II p. 479, § 349, zu BGB Zif. 3: "Besteht eine der Forderungen nicht, wird auch die andere nicht getilgt, was auch für die Zulässigkeit der Verrechnung gilt." Oder *Planck*, Komm. zu BGB § 389, Zif. 3 (Überschrift): "Die in dem § 389 bestimmte Wirkung tritt nur ein, wenn die Aufrechnung zulässig und wirksam war." Lehnt ein Gericht die Prüfung der Verrechnungsforderung ab und heisst die Klage kompensationslos gut, hat dies nur prozessuale, jedoch keine materiellrechtlichen Wirkungen unerachtet der vom Beklagten ausgegangenen Verrechnungserklärung; dieser kann seine Gegenforderung durch selbständige Klage geltend machen, gegenüber der gutgeheissenen Klageforderung in der Vollstreckung zur Verrechnung stellen oder allenfalls negative Feststellungsklage erheben.

¹⁸ Wegen der sachimmanenten Bedingtheit der Verrechnungserklärung darf im Prozess in aller Regel in die Verrechnungserklärung nicht eine Anerkennung der verrechnungsweise zu tilgenden Gegenforderung hineingelesen werden. So im Ergebnis schon *Cocceius* (Fn. 56) Quaestio 18.

Tilgungsfolgen im Vordergrund¹⁹, welcher Auffassung seit je, vor allem aber in der Rezeptionszeit das Konzept der Verrechnungswirkungen bloss auf dahingehende Parteierklärung (*compensatio per exceptionem*) gegenübertritt. In der Neuzeit stellt *Althusius* diese beiden Formen als zwei zu unterscheidende, jedoch gleichberechtigt nebeneinander stehende Phänomene vor²⁰. Er begnügt sich indessen nicht mit dieser Grundsatzfeststellung, sondern fügt das Abgrenzungskriterium bei, dass die *ipso iure*-Verrechnung auf *liquide* und *unbestrittene* Forderungen beschränkt bleibe, während die übrigen Fälle auf die Verrechnung durch Einrede zu verweisen seien²¹. Dieser Feststellung liegt die sachlogische Notwendigkeit zu Grunde, dass die Kompensation aktuelle Wirkung erst dann haben kann, wenn unumstösslich feststeht, was ihr Gegenstand ist²².

Die modernen Kodifikationen haben sich unter dem Einfluss der von *Iustinian* erlassenen Formel für die *ipso iure*-Kompensation entschieden: Die naturrechtlichen Gesetzgebungen ALR, französischer CC und ABGB²³,

¹⁹ Dig. 16, 2, 21 (*Paulus*): *Posteaquam placuit inter omnes id quod invicem debetur ipso iure compensari ...* (Nachdem von allen die Meinung vertreten wird, dass das, was gegenseitig geschuldet wird, von Rechts wegen verrechnet wird ...). Mit deutlichen Worten wird das *ipso iure*-Modell vor allem in *Iustinians* Codex formuliert (Cod. 4, 31, 4): *Si constat pecuniam invicem deberi, ipso iure pro soluto compensationem haberi oportet ...* (Wenn feststeht, dass gegenseitig Geld geschuldet wird, muss man Kompensation als von Rechts wegen eingetreten betrachten ...), und besonders Cod. 4, 31, 14 pr., wo *Iustinian* durch Kaiserdekret anordnet: *Compensationes ex omnibus actionibus ipso iure fieri sancimus ...* (Wir ordnen bei sämtlichen Klagen von Rechts wegen eintretende Kompensationen an ...).

²⁰ *Althusius J.*, *Dicaeologicae libri tres ...*; 1. Aufl. 1617 (hier zit. aus Nachdruck [Aalen 1967] der Ausgabe Frankfurt 1649): *Compensatio est duplex: alia quae fit ipso iure, alia quae fit per exceptionem* (Lib. II cap. XVI par. 16, S. 576: "Es gibt zweierlei Verrechnung, die eine, welche automatisch von Rechts wegen eintritt, sowie die andere, welche auf Einrede hin erfolgt").

²¹ A.a.O. (Fn. 20) par. 18, wonach die auf nicht *liquide* Forderungen bezogene Aufrechnung eine *exceptio* erfordert und die Verrechnungswirkungen erst mit der *Liquide*-Stellung der beiden Forderungen durch Spruch des Prätors eintreten.

²² Bereits *Donellus* (Fn. 56) zu Codex 4, 31, 14 (N. 1) nennt als Zeitpunkt des Wirksamwerdens *...tunc ... cum causa, ex qua compensatur, est liquida*. – *Gothofredus* ad Cod. 4, 31, 14: *Liquidum ad non liquidum, non fit compensatio. Igitur compensatio non fit nisi debiti liquidum, confessi, praesentis, non controversi, non incerti*.

²³ ALR I, 16 § 301: "Sobald die Forderung, durch welche die Compensation gesetzmässig begründet wird, entstanden ist, wird auch die Schuld, soweit die Compensation reicht, für erloschen erachtet."; F/CC Art. 1290 ("La compensation s'opère de plein droit par la seule force de la loi ... à l'instant où elles se trouvent exister à la fois ..."); ABGB § 1438 ("Wenn Forderungen gegenseitig zusammentreffen, ... so entsteht ... eine gegenseitige Aufhebung der Verbindlichkeiten {Compensation}, welche schon für sich die gegenseitige Zahlung bewirkt.").

denen im nicht-deutschsprachigen Raum die Grosszahl der anderen Gesetzbücher folgen; sie übernehmen auch das *Liquiditätserfordernis*²⁴. Vom durch diese drei grossen Vorbilder geschaffenen Modell weicht als erstes das von *Johann Caspar Bluntschli* (1808-1881) bestimmte zürcherische Privatrechtliche Gesetzbuch (ZH/PGB) des Jahres 1855 ab²⁵, dem sich sämtliche deutschsprachigen Nachfolgekodifikationen anschliessen werden: Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen von 1863/5, der Dresdener Entwurf von 1866, das Schweizerische Obligationenrecht von 1883, das deutsche BGB von 1900, schliesslich das revidierte Schweiz. Obligationenrecht von 1912 (beide hier zitiert als CH/OR)²⁶. Der durch *Bluntschli* ausgelöste Umschwung entwickelt so viel Überzeugungskraft, dass selbst die österreichische Doktrin und Praxis nicht glaubt zurückstehen zu dürfen und entgegen dem anderslautenden Gesetzestext der Einrede-Aufrechnung zuneigt²⁷. Dieses Konzept wird in der Folge im fernen Osten übernommen²⁸, ebenso vom Griechischen Zivilgesetzbuch von 1941/46 (Art. 441), dem CC von Portugal von 1966 (Art. 848, eine wörtliche Übersetzung von BGB § 388) und jetzt dem neuen Gesetz der Niederlande (Nieuw Wetboek 6 Art. 127/1; das frühere Gesetz, Art. 1462, folgte noch dem F/CC). In Skandinavien scheint das Einredeprinzip seit je vorgeherrscht zu haben.

²⁴ F/CC Art. 1291/I; ABGB § 1439 (wenn auch Tragweite heute streitig; vgl. Fn. 27). Zu der Reihe von Nachfolgern des F/CC zählen: CC von Chile (1855) Art. 1656; CC von Spanien (1889) Art. 1196; CC von Brasilien (1916) Art. 1009 und 1010; CC von Mexico (1928) Art. 2188 f. und die meisten anderen. – Als Ausnahme immerhin zu vermerken CC von Argentinien (1871), Art. 831, der festhält, dass nicht erforderlich sei, dass die Verrechnungsforderung als "reconocido" (anerkannt) gelten könne.

²⁵ Zürcher PGB § 1052: "Es hängt vom Willen des Schuldners ab, ob er von seinem Rechte zu kompensieren Gebrauch ... machen wolle."

²⁶ Sächs. BGB § 992; Dresd. E. Art. 362; CH/a.OR Art. 131/I; BGB § 388/I ("Die Aufrechnung erfolgt durch Erklärung gegenüber dem anderen Teil"); CH/OR Art. 120/I.

²⁷ Vgl. statt aller *Peter Rummel* in Rummel, Kommentar ABGB, Bd. II, Wien, 2. Aufl. 1992, § 1438 N. 11, sowie *Rudolf Welser*, Bürgerliches Recht, Bd. II. Schuldrecht und Erbrecht, 12. Aufl. 2001, S. 101 bei Fn. 6 (beide mit abundanten Hinweisen).

²⁸ Japan, BGB (1896) Art. 507; Thailand, CC (1925 bzw. 1992) Art. 432; China/Taiwan, CC (1929) Art. 335; Süd-Korea, CC (1958) Art. 493/I.

3. Exkurs zum Kollisionsrecht: Das auf Kompensation anwendbare Recht.

Im deutschen Sprachbereich²⁹ ist die Auffassung herrschend, dass Voraussetzungen, Ablauf und Wirkungen der Verrechnung nach dem Recht der Hauptforderung zu beurteilen sind, während das Recht der zur Verrechnung gestellten Gegenforderung (Verrechnungsforderung) unberücksichtigt bleibt³⁰. Dem kann im praktische Ergebnis meist zugestimmt werden. Indessen gibt die genannte Formel bloss eine abkürzende Sicht, bei der man in (zugegebenermassen seltenen) Sonderfällen nicht stehen bleiben kann. Wie der Schreibende an anderer Stelle darzulegen versuchte³¹, muss es grundsätzlich auch hier bei der alten Regel sein Bewenden haben, dass nicht bloss die Entstehung, sondern auch das weitere Schicksal vertraglicher Ansprüche (deren Verjährung, Abtretung oder eben Aufrechnung) nach dem auf den zugrunde liegenden Vertrag anwendbaren Statut zu beurteilen ist. Wenn im Falle der Aufrechnung ausnahmsweise zwei Forderungen gleichzeitig ins Spiel kommen, wird die kumulative Prüfung des Vorliegens der Kompensationsvoraussetzungen beider Forderungen notwendig. Eine Rechtfertigung der Abweichung vom Grundsatz ist nicht zu erkennen: Kompensation findet nur statt, wenn kumulativ für jede der beiden Forderungen nach dem auf sie anwendbaren Recht die Voraussetzungen des kompensationsweisen Erlöschens gegeben sind³².

²⁹ Es ist festzuhalten, dass die hier in Frage gestellte "deutschsprachige" Auffassung nur lokale, keineswegs globale Geltung beanspruchen kann. Weltweit überwiegt das Konzept der *ipso iure*-Aufrechnung, das die Unterscheidung zwischen Haupt- und Verrechnungsforderung nicht kennt und wo deshalb die Beschränkung der Betrachtung auf das Recht der Verrechnungsforderung keine Grundlage hat.

³⁰ Statt aller früheren *Gerhard Kegel*, Internationales Privatrecht (7. Aufl. 1995), § 18/V. Ein neueres Werk (*Christian von Bar*, IPR, München 1991, Bd. II Rn. 547 in fine) sagt nur gerade, dass es "sowohl hinsichtlich der Voraussetzungen als auch hinsichtlich der Wirkungen [allein] auf das Statut der Forderung an [kommt], gegen die aufgerechnet wird" (mit Nachweisen). – *Berger* (Fn. 4) S. 427 weist auf BGHZ 38, 254 und 246 hin, wo diese ebenfalls vertretene Sicht mit Hinweis auf die schweizerische Bundesgerichtspraxis begründet wird. – Das schweizerische Bundesgesetz über das internationale Privatrecht (IPRG von 1987/89) ist vorbehaltlos der genannten Praxis und Lehre gefolgt; Art. 148/II: "Bei der Verrechnung untersteht das Erlöschen dem Recht der Forderung, deren Tilgung mit der Verrechnung bezweckt wird". Der Ursprung dieses Konzepts ist offen.

³¹ *Eugen Bucher*, Rechtsvergleichende und kollisionsrechtliche Bemerkungen zur Verrechnung ("Kompensation"), in *Mélanges en l'honneur d'Alfred E. v. Overbeck*, Freiburg/CH 1990 S. 701-723 (abrufbar unter <www.eugenbucher.ch>, Nr. 50).

³² Vgl. oben bei Fn. 17. – Die hier vertretene Auffassung wird auch als jene der "kumulativen Rechtsanwendung" bezeichnet. Ihr wird gelegentlich die konzeptuell nicht zu rechtfertigende und wohl auch nicht praktikable Auffassung entgegengestellt, welche fordert, dass die Aufrechnungsvoraussetzungen hinsichtlich beider Forderungen nach dem Recht jeder der beiden erfüllt sein müssten (auch "distributiv-gekoppelte Anknüpfung" genannt). Dazu Hinweise bei *Bucher* (Fn. 31) S. 717 ff., mit Bemerkungen zu *R. Brinkmann*, Die nichtvertragliche Verrechnung in rechtsvergleichender Darstellung und im schweiz. Kollisionsrecht, Diss. Genf 1970.

Die traditionelle Vernachlässigung des Rechts der Hauptforderung [*recte*: Aufrechnungsforderung] hat ihren Grund in der Überlegung, dass "dem Aufrechnenden [kann] zugemutet werden [kann], dass das Recht seiner Gegenforderung, mit der er aufrechnet, zurücktritt"³³, oder es wird gesagt, die Verrechnungswirkung sei "durch den Willen des Aufrechnenden gedeckt, sie ist daher, wenn die Tilgung der Gegenforderung gelingt, ohne weiteres anzuerkennen"³⁴. Das Argument ist an sich zutreffend, begründet aber nicht die Unbeachtlichkeit des Statuts der Gegenforderung, sondern statuiert eine Vermutung der Zulässigkeit der Aufrechnung unter diesem. Es kann dann nicht mehr gehalten werden, wenn ein Verrechnungswille nicht erklärt ist oder wenn auf den Willen des Aufrechnenden nichts ankommt, sei es, dass ihm die Verfügungsbefugnis über die zur Verrechnung gestellte Forderung fehlt (die nur nach dem Statut der Verrechnungsforderung beurteilt werden kann), sei es, dass das Statut der Verrechnungsforderung für diese ausnahmsweise Kompensation ausschliesst (wie etwa BGB §§ 393 und 394 hinsichtlich von Deliktsansprüchen und unpfändbarer Forderungen).

Ein praktisches Beispiel diene der Veranschaulichung: In einem Verfahren stehen sich Klage und Widerklage unterschiedlichen Rechts gegenüber, wobei seitens keiner der Parteien Verrechnung erklärt wird. Wenn das Gericht beide Klagen gutheissen will: Soll es Haupt- und Widerklage je im gutscheinenden Umfang gutheissen, oder aber nur die höhergehende Klage im Umfang des verbleibenden Überschusses? Die Theorie von der Massgeblichkeit des Rechts der Hauptforderung gibt keine Antwort, da eine "Hauptforderung" nicht besteht. Verrechnung kann nur, muss aber dann angenommen werden, wenn für jede der beiden Forderungen die je für diese statuierten Voraussetzungen erfüllt sind. Dies wäre der Fall, wenn beide Forderungen einem Recht des *ipso iure*-Systems unterlägen, überdies auch dann, wenn der Gläubiger einer dem System der Einrede unterliegenden Forderung eine Verrechnungserklärung abgegeben hätte; in den übrigen denkbaren Fällen unterbleibt Aufrechnung.

³³ Kegel (FN. 30) a.a.O.

³⁴ A. Nussbaum, Deutsches IPR, Tübingen 1932 S. 262.

III. Hier massgeblich die materiellrechtlichen Ausschlussgründe

Die zu betrachtenden Verfahrensfragen haben keinen Bezug zu den oben erwähnten und deshalb nicht weiter zu erörternden Voraussetzungen der Aufrechnung (Gegenseitigkeit, Gleichartigkeit und Fälligkeit der beiden Forderungen usw.). Vor dem aufgezeigten materiellrechtlichen Hintergrund grundsätzlicher Unausweichlichkeit der Kompensation im Prozess ist allein zu fragen, welche Gründe der Verweigerung der Aufrechnung eben dieses materielle Recht selber aufstellt.

Das Kompensationsrecht der kontinentalen Rechtsüberlieferung (d. h. praktisch aller höher entwickelter Rechtsordnungen ausserhalb des englischen Sprachbereichs) hat seine Wurzeln im römischen Recht, wo es ebenfalls eine lange Entwicklung zu durchlaufen hatte und in den Digesten und besonders dem Codex *Iustinians* zu jener Form gelangte, welche die Rechtsentwicklung bis heute bestimmen sollte. Diese Quellen, d. h. das Corpus Iuris *Iustinians* und die an sie anschliessende Literatur, erklären manches und müssen wegweisend sein bei der hier geforderten Gesetzesergänzung, weshalb die folgenden Hinweise. Die Bedeutung der römischen Überlieferung in Fragen des Schuldrechts wird illustriert durch die Tatsache, dass diese selbst in Frankreich, dem in anderen Bereichen vergleichsweise grosse Widerstandskraft gegen diese Einflüsse nachgesagt wird, sich durchzusetzen vermochte³⁵.

³⁵ Der den F/CC beeinflussende *Antoine Loysel* (1536-1617) sagt zum Thema der Kompensation in Art. 704 seiner *Institutes Coutumières* (1. Aufl. 1607): *Une dette n'empêche point l'autre*, was Unbeachtlichkeit der Kompensationslage besagen will, um dann in Art. 705 zu präzisieren: *Compensation n'a lieu, si la dette qu'on veut compenser n'est liquide et par écrit*. Der Kommentator *Eusèbe de Laurière* (1659-1728) zu letzterem: "Cette règle, tirée de l'art 105 de la coutume de Paris, est un exception, ou mieux dire une abrogation de la précédente" (Zitate aus Reprint Genf 1971). Die *Coutume de la Prevosté et Vicomté de Paris* in ihrer Fassung von 1580 lautet in Art. CV: *Compensation a lieu d'une dette claire, et liquide a une autre pareillement claire, et liquide, et non autrement* (hier zit. nach *Julien Brodeau*, *Commentaire*, 2 Bde. Paris 1658). *Brodeau* folgt in seinen Kommentarbemerkungen weitgehend der damaligen romanistischen Literatur. Während die ursprünglichen Lokaltraditionen im Gebiet des heutigen Frankreichs (*Loysel*, Art. 704) – und wohl auch in deutschsprachigen Bereichen – der Aufrechnung ablehnend gegenüberstanden, wurde diese heimische Überlieferung in der weiteren Entwicklung unter dem Einfluss des römischen Vorbildes beiseite gesetzt. Was hier für die Kompensation festgestellt werden kann, gilt für weiteste Bereiche des Obligationenrechts.

1. Einschränkungen der Aufrechnung durch das Erfordernis der Liquidität der Forderungen (ALR, französischer CC und deren Nachfolger) im ipso iure-System.

Das Modell der *ipso iure* eintretenden Verrechnung, das bereits in der römischen Antike im Vordergrund stand, in der Rezeptionszeit die Szene beherrschte und weltweit gesehen auch heute noch Vorrang hat³⁶, knüpft die Kompensationswirkungen an die Voraussetzung der Liquidität beider der sich gegenüber stehenden Forderungen. Dies bedeutet allerdings nicht, dass mit dieser Formel alle sich stellenden Fragen ihre Antwort gefunden hätten; viele von ihnen sind bis heute offen³⁷.

a) Römischrechtliche Überlieferung – Fragwürdigkeit des Gegensatzes von Kompensation *ipso iure* und *per exceptionem*

Die Forderung der Liquidität ist im antiken Rom wie noch heute mit Unbestimmtheit behaftet. "Liquide" im eigentlichen Wortsinn ist eine Forderung allein dann, wenn sie durch rechtskräftigen Gerichtsentscheid zugesprochen oder aber vom Schuldner anerkannt worden ist. So gesehen ist die genannte Regel nicht praktikabel und im Gerichtsverfahren sinnlos: Wären bereits beide Forderungen anerkannt oder über sie rechtskräftig entschieden, würden die Parteien nicht im Prozess stehen. Die Zwiespältigkeit des Liquiditäts-Requisits beruht darin, dass es einerseits als Voraussetzung der Zulassung prozessualer Auseinandersetzungen, andererseits als Voraussetzung des *ipso iure*-Eintretens der Verrechnungs- bzw. Tilgungswirkungen verstanden wird. Im ersten Sinne heisst "liquide" generalklauselhaft nichts anderes als "würdig, im hängigen Verfahren geklärt zu werden", während es als Voraussetzung der *ipso iure* eintretenden kompensatorischen Tilgungswirkung im eigentlichen Wortsinn den Zustand echter materieller Klärung der Rechtslage (sei es durch Spruch des Gerichts oder infolge Anerkennung seitens des Schuldners) bedeutet. Diese beiden verschiedenen Sinngebungen sind in der Überlieferung auseinander gehalten worden: Herausragend

³⁶ Vgl. oben Fn. 24 und bei dieser im Text.

³⁷ Ausnahmsweise werden zur Frage der Handhabung noch nicht liquider Forderungen differenzierende Gesichtspunkte entwickelt, so früh im ALR (16 §§ 259-362) oder später im CC Italiens (Art. 1243/II): "Se il debito opposto in compensazione non è liquido ma è di facile e pronta liquidazione, il giudice può dichiarare la compensazione per la parte del debito che riconosce esistente, e può anche sospendere la condanna per il credito liquido fino all'accertamento del credito opposto in compensazione." Diese Formel nimmt die Regel auf, die bereits *Iustinian* statuiert (Fn. 39 und 41).

etwa *Althusius* und in der Folge für die Zukunft wegweisend *Samuel Stryk*³⁸, der wie die meisten Zeitgenossen die *ipso iure*-Wirkung in den Vordergrund stellt, jedoch beifügt, dass diese erst bei Beweis der Forderungen eintrete, wenn auch rückbezogen auf den Zeitpunkt des Gegenübertretens (d. h. Entstehens) der beiden.

Während die zuletzt genannte Bedeutung hier keiner weiteren Betrachtung bedarf, fordert die erste, prozessbezogene Sinngebung unsere Aufmerksamkeit: "Liquidität" einer Forderung verstanden als die Qualifikation, im selben Verfahren gerichtliche Klarstellung zu verdienen. Diese Sinngebung findet sich bereits bei *Iustinian*, von dem die romanischsprachigen Kodifikationen das Grundkonzept der Aufrechnung bezogen haben. Er sagt im genannten Kaiserdekret (Fn. 19): *Ita tamen compensationes obici iubemus, si causa ex qua compensatur liquida sit et non multis ambagibus innodata, sed possit iudici facilem exitum sui praestare*³⁹. Damit ist vorerst einmal das in den vorangehenden Zeilen als Programm erklärte System der *ipso iure*-Aufrechnung in Frage gestellt, wird doch hier der Kompensationsfall von "vorschützen" der Verrechnungseinrede (*obici*, entgegensetzen, einwenden) abhängig gemacht. Sodann die Umschreibung der *causa liquida*: Dies ist nicht etwa der Anspruch, der bereits liquide ist, sondern jener, dessen Liquidestellung dem Richter leicht möglich ist und ihm nicht viele Umtriebe ("Weitläufigkeiten", *ambages*) verursacht⁴⁰. Die Funktion des Liquiditätserfordernisses ist es demnach, die Verrechnung jener Forderungen auszuschließen, deren Beurteilung eine unzumutbare Komplizierung und Verzögerung der Urteilsfällung im bereits im Gang befindlichen Verfahren

³⁸ *Althusius*, vgl. Fn. 20 und 21. – *Samuel Stryk* (Fn. 2) Dig. 16, II § 1: *compensatio ... facta censetur eo momento, quo utrinque sibi debere incipiunt, Et hoc censu compensationes ipso iure fieri dicuntur.* Und dann am Ende: *facta autem probatione, jam effectus compensationis ipso iure se exferit a die concurrentis debiti* (mit Hinweis auf *Carpzov*, P. 1.C. 8.def. 6.n. 1).

³⁹ Codex 4, 31, 14, 1: "Doch befehlen wir, dass die Compensationen nur dann sollen vorgeschützt werden können, wenn der Anspruch, welchen man in Gegenrechnung bringt, liquide und nicht mit vielen Weitläufigkeiten verwickelt ist, sondern dem Richter leicht ein Ergebnis gewährt." (Übersetzung *G. C. Treitschke*, in der deutschen Ausgabe des gesamten *Corpus Iuris*, hgg. von *Carl F. Sintenis*, Codex Bd. IV, S. 612, Leipzig 1832).

⁴⁰ Daraus folgt, dass bei *Iustinian* und seinen Leuten die *ipso iure*-Wirkung auf Nebenaspekte (den Lauf der *usurae*, oder die Tatsache, dass nicht der Richterspruch, sondern die Geltendmachung der Verrechnungsforderung die Hauptforderung herabsetzt [so der Hinweis bei *Ernst Levy*, *Weströmisches Vulgarrecht – Obligationenrecht*; Böhlau/Weimar 1956, S. 146]) beschränkt bleibt, nicht aber den verrechnenden Beklagten davon dispensiert, Verrechnung und Verrechnungsforderung im Verfahren geltend zu machen.

zur Folge hätte⁴¹; die Forderung der Liquidität wird damit zum Garanten des Rechtsschutzanspruchs des Klägers. Insgesamt schwächt *Iustinian* sowohl das Liquiditätserfordernis der Kompensation als auch deren Wirksamwerden *ipso iure* entscheidend ab, was das ihm zugeschriebene Prinzip der *ipso iure* wirkenden Kompensation weitgehend relativiert und im Ergebnis mit dem Einredeprinzip verbindet⁴². Diese Linie wird in der Rezeptionszeit ohne Vorbehalte aufgenommen und weitergebildet⁴³.

Die heutigen Kodifikationen, von denen sich die einen für die Formel der *ipso iure*-Aufrechnung, die anderen für jene der *per exceptionem* erfolgenden Kompensation entschieden haben, verwirklichen die einen wie die anderen je eine Betrachtungsweise, die bei *Iustinian* vorweggenommen ist, die aber bei ihm nicht als Gegensätze erscheinen, sondern noch in eins zusammenfließen. Beide Modelle sind sachlogisch verbunden; sie lassen sich

⁴¹ Zur Verdeutlichung auch hier noch einmal *Iustinian* (Fortsetzung des obigen Zitates Fn. 39): *Satis enim miserabile est post multa forte variaque certamina, cum res iam fuerit approbata, tunc ex altera parte, quae iam paene convicta est, opponi compensationem iam certo et indubitato debito et moratoriis ambagibus spem condemnationis excludi. hoc itaque iudices observent et non procliviores in admittendas compensationes existant nec molli animo eas suscipiant, sed iure stricto utentes ...* ("Denn es ist sehr zu bedauern, wenn vielleicht nach langem und vielfältigem Streiten, nachdem die Sache schon anerkannt ist, von dem andern beinahe schon überführten Theile einer schon ausgemachten und zweifellosen Forderung Compensation entgegengesetzt, und durch aufhältliche Weitläufigkeiten die Hoffnung auf die Verurteilung vereitelt wird. Dies mögen also die Richter in Acht nehmen und nicht zu bereitwillig in Zulassung von Compensationen sein, noch sie nachgiebigerweise aufnehmen, sondern das strenge Recht walten lassen ..."). – Diese Linie war lebendig in der Rezeptionszeit bis hinein in die Pandektistik des 19. Jahrhunderts: Vgl. *Windscheid* (unten Zif. 3) p. 487 mit abundanten Hinweisen in § 350 Fn. 12. f.

⁴² Diese Feststellung ist nicht neu, sondern lässt sich weit zurückverfolgen; vgl. etwa *Arnold Vinnius* (Fn. 56), der sinngemäss zusammengefasst sagt: "*Justinians* Konzept der *ipso iure*-Kompensation spielt nicht bei Aufrechnungen, welche zu Beginn des Prozesses geltend gemacht werden und damit die Klageforderung nicht *ipso iure*, sondern einredeweise herabsetzen."

⁴³ Vgl. etwa *Stryk* (Fn. 2, 38 f.), der in § 4 zum Thema: *Liquidum debitum quid?* vorab festhält: *neque enim liquidi cum illiquido potest esse compensatio* (keine Verrechnung von liquider mit illiquider Forderung) und dann zur für die Liquide-Stellung verfügbare Zeit auf Kontroversen hinweist und selber die Auffassung vertritt, dass die im Prozess zur Beweisführung im allgemeinen zugestandene Zeit (in Sachsen 6 Wochen und drei Tage, im Herzogtum Magdeburg 4 Wochen, mit Hinweis auf *Carpzov*, P. 1. const. 8. def. 13) auch für die Aufrechnungsforderung gelte. Von den neueren vgl. etwa *Chr. Chr. Dabelow* (1768-1830), *System des gesamten heutigen Civil-Rechts* (Halle, hier zit. 2. Aufl. 1796) § 643.

auch heute nicht konsequent auseinanderhalten, und die zwischen den aktuellen Kodifikationen bestehende Gegensätzlichkeit ist letztlich eine Schimäre. Unter jeder denkbaren Kompensationsregelung setzt Rechtsverwirklichung, d. h. gerichtliche Durchsetzung der materiellen Rechtslage, dahingehenden Parteiantrag und gleichzeitig auch Liquidestellung beider gegenüberstehenden Forderungen voraus. Das macht offenkundig, dass der Unterschied der beiden Systeme weniger ein solcher der Sache als des zum Ausgangspunkt der Betrachtung genommenen Prozessstandes ist: Die Formel *ipso iure* unter Voraussetzung gegebener Liquidität betrachtet den Fall erfolgter oder wenigstens bevorstehender richterlicher Entscheidung, jene *per exceptiones* ist auf den Zustand vor dem Prozess oder auf dessen Anfangsstadium ausgerichtet; beide Betrachtungsweisen sind untrennbar miteinander verbunden. Sie müssen als die zwei Seiten ein und derselben Münze betrachtet werden⁴⁴. Dies sollte für die auf das sog. Einredeprinzip verpflichteten Juristen vorab des deutschen Sprachbereichs Anlass sein, das *ipso iure*-System ebenfalls als Bestandteil der eigenen Rechtstradition zu verstehen und von diesem inhaltliche Elemente zu übernehmen, wo dies von der Sache her geboten ist.

b) Ausschluss der Aufrechnung durch das Liquiditätserfordernis

Da wie gesehen bei wörtlichem Verständnis der Gesetzestexte das Liquiditätserfordernis Kompensation im Prozess überhaupt ausschliessen würde, muss an die Stelle der vordergründigen generellen Verweigerung der Aufrechnung wertende Betrachtung des Einzelfalles treten: Das Liquiditätserfordernis wird damit zur Ermächtigung, Kompensation zu verweigern, wenn diese prozessual unangemessen ist. Das ist, wie gesehen, bereits der Standpunkt von *Iustinian*: Ausschluss der Kompensation, wenn ernsthafte und dem klagenden Gläubiger nicht zuzumutende Verzögerung der Urteilsfindung zu befürchten ist und umgekehrt der Beklagte keine überzeugenden Gründe für die behauptete Verrechnungstilgung vorbringen kann. Warum soll Gleiches nicht auch heute noch gelten?

⁴⁴ Das hat im Ergebnis in einer grundlegenden Arbeit bereits *Gerhard Kegel* (Probleme der Aufrechnung: Gegenseitigkeit und Liquidität, rechtsvergleichend dargestellt; Berlin/Leipzig 1938, S. 158 ff.) festgehalten: Unter prozessualen Aspekten kommt unausweichlich das Liquiditätserfordernis auch in der Schweiz und Deutschland auf, und es steht in Ermessen des Richters, durch engere oder weitere Fassung dieses Begriffs darüber zu entscheiden, in welchem Umfang dem Kläger die Ausweitung des Verfahrens zugemutet werden soll.

Die Schranke des Liquiditätserfordernisses muss in allen prozessualen Konstellationen gleichermaßen spielen, d. h. unerachtet der Frage, ob durch Zulassung der Aufrechnung eine Veränderung der Zuständigkeit zur Beurteilung der Verrechnungsforderung stattfindet oder nicht. Seine ursprüngliche Bedeutung hat es dort, wo keiner der als "vertraglich" bezeichneten Hinderungsgründe (unten Zif. V) in Betracht fällt, d. h. in Forderungsprozessen jeglicher Art und vor allem bereits dann, wenn das befassende Klagegericht wie häufig genug zum vornherein auch Zuständigkeit zur Beurteilung der zur Verrechnung gestellten Forderung besitzt. Die für diesen durch keine Sonderumstände komplizierten Normalfall des Prozesses statuiert *Iustinian* seine oben zitierte Regel, die Zumutbarkeit der Kompensationszulassung fallweise wertend zu überprüfen. Dass gleiche Betrachtung auch im Bereiche der Einrede-Kompensation, d. h. des CH/OR, des BGB und den ihnen nachfolgenden Gesetzesordnungen gefordert ist, obwohl diese das Liquiditätserfordernis nicht kennen, muss im folgenden dargelegt werden.

2. Die unzureichenden Aufrechnungs-Ausschlussgründe von BGB und CH/OR

Wenn CH/OR, BGB und die ihnen folgenden Kodifikationen das generelle und formale Liquiditätserfordernis nicht aufstellen, müssen positive Gesetzesregeln die entsprechende Sicherungsfunktion übernehmen. Dies geschieht denn auch, dies allerdings nur in bescheidenen, unzureichenden Ansätzen: Beide Gesetze kommen nicht über die anspruchslose Nennung von wenig bedeutsamen Einzelercheinung hinaus, deren Auswahl zufällig wirkt und keinerlei Anspruch auf umfassende Absicherung i. S. der allgemeinen Verhinderung von Missbrauch des Instituts der Aufrechnung erkennen lässt.

Das BGB statuiert vorab einen Aufrechnungsausschluss für Forderungen, denen "eine Einrede entgegensteht" (BGB § 390 Satz 1)⁴⁵. Diese Regel ist in ihrer Tragweite nicht klar; ausgeschlossen werden etwa bedingte, vorab aber verjährte Verrechnungsforderungen, was jedoch angesichts der Einschränkung von Satz 2 und der damaligen dreissigjährigen Verjährungsfrist

⁴⁵ Dies in Nachfolge von Dig. 16, 2, 14, *Iavolenus: Quaecumque per exceptionem peremi possunt, in compensationem non veniunt*. Unklar bleibt bereits bei dieser Regel deren Verhältnis zur geforderten Liquidität der zur Aufrechnung stehenden Forderungen. Was nicht hindert, dass die Formel in der Literatur von anderthalb Jahrtausenden und schliesslich im BGB weiterlebt.

geringe Bedeutung hat. Neben dem hier nicht interessierenden Ausschluss nicht fälliger und nicht pfändbarer Forderungen (§§ 387, 394) bleibt die Regel von § 393, wonach aus vorsätzlicher unerlaubter Handlung resultierende Forderungen nicht durch Aufrechnung getilgt werden können. Solches macht zwar guten Sinn, werden doch Gläubiger gehindert, sich das Geschuldete durch Selbsthilfe zu verschaffen und den Rückforderungsanspruch durch Aufrechnung abzuwehren, darüber hinaus vielleicht auch, sich an ihren Schuldern, falls zahlungsunfähig, durch Schadenszufügungen den Mut zu kühlen und Ersatzansprüche durch Aufrechnung der nicht einbringlichen Forderungen zu tilgen. Mit all dem werden nur praktisch fast bedeutungslose Sonderprobleme erfasst und nicht der gesamte Sektor all jener zahlreichen weiteren Fälle abgedeckt, in denen kompensationsweise Tilgung nicht zugelassen werden darf.

Noch weit weniger vermag in dieser Frage das CH/OR zu befriedigenden. Dieses statuiert allein Art. 125, welcher neben den hier nicht interessierenden familienrechtlichen Unterhaltsansprüchen und Fiskalforderungen (Ziffern 2 und 3) nur gerade in Ziffer 1 den Ausschluss der Verrechnung von "Verpflichtungen zur Rückgabe oder zum Ersatze hinterlegter, widerrechtlich entzogener oder böswillig vorenthaltener Sachen" vorsieht. Diese Bestimmung stellt einen peinlichen Ausrutscher des Gesetzgebers dar, der nur durch die Entstehungsgeschichte erklärt wird. Der Ansatzpunkt ist verfehlt, denn dem Anspruch auf Rückgabe oder Realersatz einer Sache kann nicht eine gleichartige und damit verrechenbare Gegenforderung entgegenstehen. In den Entwürfen des Redaktors Munzinger hatte der Ausschluss noch gegolten der "Forderung auf Erstattung des Werthes einer widerrechtlich entzogenen Sache", welche Formel bis hinein in den Departementalentwurf (d. h. die an das Parlament gehende Vorlage) weiterlebte; der unsinnige Schritt weg von der Verrechnung sachbezogener Geldersatzforderungen hin zur Verrechnung von Sachleistungsansprüchen selber wird erst in der parlamentarischen Beratung getan⁴⁶.

⁴⁶ Die Reihe der Entwürfe zum schweizerischen OR und insbesondere der Text des aOR von 1881/83 selber, welches in entscheidenden Punkten das Schuldrecht des BGB bestimmt hatte und daher auch den deutschen Juristen interessieren müsste, sind glücklicherweise seit kurzem leicht greifbar: *Urs Fasel*, Handels- und obligationenrechtliche Materialien, Bern (Paul Haupt) 2000. – Weitere Ausführung des Schreibenden zur Kodifikationsgeschichte in *Bucher/Wiegand*, Übungen im Obligationenrecht – Fallsammlung mit Lösungsvorschlägen, 3. Aufl. Zürich 2001, Fall Nr. 15 ("Linda Schlau") II/C [einsehbar in <www.eugenbucher.ch> Nr. 78].

IV. Lückenhaftigkeit der Ausschlussgründe von CH/OR, BGB

1. Das Fehlen hinreichender Schranken in OR, BGB und deren Nachfolgern

Die naturrechtlichen Kodifikationen ALR, CC, ABGB und deren Nachfolger, welche das Liquiditätserfordernis *Iustinians* übernehmen, stellen eine Generalklausel zur Verfügung, welche es auf weiten Strecken erlaubt, die notwendig werdenden Einschränkungen der Verrechnung zu begründen. Die Schranke unzumutbarer Erschwerung der Klagedurchsetzung muss nicht i. S. *Iustinians* auf Verfahrensschwierigkeiten u. dgl. beschränkt bleiben, sondern kann auf den drohenden Verlust der angestammten Gerichtsbarkeit erstreckt werden. Im Gegensatz dazu bieten die in BGB und CH/OR genannten Ausschlussgründe keinen Ansatzpunkt zum Ausschluss der unter prozessualen Gesichtspunkten inakzeptablen Kompensationen. Sie sind aber auch ausserhalb des Prozesses gänzlich ungenügend: Neben den im BGB genannten (und lückenfüllend wohl auch im Bereich des CH/OR anzuwendenden) Deliktobligationen müsste aus gleichen Gründen eine Reihe unvergleichlich wichtigerer Aufrechnungstatbestände ausgeschlossen werden. Dies gilt vorab für einen erheblichen Teil der Forderung aus ungerechtfertigter Bereicherung, so die Ansprüche aus *Eingriffskondiktion* und *Zufallskondiktion*: Wenn aus Zufall und ohne Grund einem Bankkonto eine Zahlung gutgebracht wird, so darf es nicht zulässig sein, dass der resultierende Bereicherungsanspruch vom Kontoinhaber durch Verrechnung getilgt wird, wenn er zufälligerweise gegen den Entreicherten eine Gegenforderung besitzt oder durch Zession sich eine solche verschaffen kann. Noch weniger darf Kompensation angehen, wenn sich jemand mit unlauteren Mitteln einen Zahlungszugang verschafft hat⁴⁷. Von derartigem sprechen die beiden Gesetzgeber, die gegenüber den Kondiktionsschuldern ohnehin allzu grosszügig sind⁴⁸, mit keinem Wort. Die Frage ist gestellt, welche Argumente zur Verfügung stehen, um auf der Ebene des materiellen Rechts die Ausschlussgründe der Kompensation über die genannten, gänzlich unzureichenden Ansatzpunkte hinaus zu erweitern.

⁴⁷ Vgl. dazu das Schuldbuchbeispiel der Linda Schlau (Sachverhalt unten bei Fn. 57; Referenz oben Fn. 46 *in fine*).

⁴⁸ Es ist vorab die erst im 19. Jahrhundert und entgegen guter romanistischer Tradition allzu weitherzig zugestandene *Entreicherungseinrede*, welche weder bei der Zufalls- noch bei der Eingriffskondiktion sich rechtfertigen lässt.

2. Zur Methodik und Kodifikationsgeschichte

Auf der Ebene des materiellen Privatrechts haben wir bezüglich der notwendigen Beschränkung des Instituts der Aufrechnung eine flächendeckende Norm- oder Gesetzeslücke vor uns. Dieses legislatorische Vakuum ist mit geeigneten Methoden anzugehen. Die folgenden Überlegungen erfolgen nicht *de lege lata*, sondern *de lege ferenda*, letzteres nicht verstanden im Sinne der Vorbereitung zu erlassender Gesetze als vielmehr bescheidener im Hinblick auf Rechtslückenfüllung im Falle aufkommender Fragestellung vor Gerichten und Schiedsgerichten.

Mit Gesetzen kann man auf verschiedene Weise umgehen, sie auf unterschiedliche Weise ernst nehmen. Bei wortgetreuer Gesetzesbefolgung ergibt sich, dass in allen durch den Text von OR und BGB nicht explizit ausgeschlossenen Fällen Aufrechnung zulässig ist. Das bedeutet hinsichtlich der Verrechnungsforderung alleinige Zuständigkeit des die Klage beurteilenden Gerichts; Verweisung der Beurteilung der Kompensationsforderung an andere Instanzen bleibt ausgeschlossen. Tätiges Bekennen zu derartiger Gesetzestreue liegt bei all jenen, aber allein jenen Juristen vor, welche sich in den hier betrachteten Problemsituationen konsequent und ohne Ausnahme für die Verrechnungszulassung und damit für die ausschliessliche Zuständigkeit des Klagegerichts zur Beurteilung beider Forderungen aussprechen. Sie sind eine kleine Minderheit, während die Mehrheit nicht bereit ist, so weit zu gehen⁴⁹. Im folgenden wird zu zeigen versucht, dass auf der Ebene des materiellen Privatrechts die Nicht-Nennung weiterer Ausschlussgründe nicht als "qualifiziertes Schweigen" des Gesetzgebers verstanden werden darf, vielmehr eine echte Gesetzeslücke vorlegt, d. h. ein Problembereich, der vom Gesetzgeber vergessen wurde und trotz bestehenden Normierungsbedarfs ungeregt blieb, daher durch Rückgriff auf materielle Regelungskriterien zu füllen ist.

Ein Blick in die kontinentale Kodifikationsgeschichte zeigt, dass bei der Regelung der Kompensation der Zufall das Szepter führte. Zufällig erscheint bereits die jeweilige Wahl zwischen dem *ipso iure*-System und dem damit einhergehenden Liquiditätserfordernis einerseits und dem entgegenstehenden Einrede-Modell. Diese beiden Sichtweisen lebten in Doktrin

⁴⁹ Dabei mag offen bleiben, ob die "Abweichler" von der Gesetzestreue sich ihres Verstosses gegen das in den Gesetzen festgeschriebene materielle Privatrecht bewusst sind. – Wenn wir hier auf der Ebene des materiellen Rechts eine lückenfüllende Gesetzeskorrektur fordern, sind wir nicht mehr gesetzesuntreu als die aus prozessualen Rücksichten die Aufrechnungsmöglichkeiten im Prozess einschränkenden Kollegen.

und Praxis noch im 18. Jahrhundert gleichgewichtig in Symbiose neben einander und wurden wohl auch meist zutreffend als Gesamterscheinung verstanden. Die Wahl des von *Iustinian* zwar in der Diktion, nicht aber in der Sache in den Vordergrund gestellten Prinzips durch die naturrechtlichen Kodifikationen ALR, CC und ABGB war weniger durch sachliche Vorzüge als durch die anschauliche Simplizität des *ipso iure*-Modells und des Liquiditätsrequisits veranlasst. Umgekehrt können auch keine einleuchtenden Gründe ausgemacht werden, welche *Bluntschli* veranlasst haben, sich im Zürcher PGB für das Modell der Einrede-Verrechnung zu entscheiden⁵⁰. Dies gilt genau so für dessen Nachfolger, d. h. das Sächsische BGB, den Dresdener Entwurf⁵¹ und das CH/aOR. Die Zufälligkeit wird beim Entwurf des BGB von 1888, dessen §§ 281-289 die Regelung der heutigen §§ 387-396 im wesentlichen vorwegnehmen, besonders deutlich, kann man doch etwa in den Motiven lesen: "Der Entwurf folgt, indem er die Aufrechnung bzw. deren Wirkung von der Willenserklärung dessen, welcher sich hierauf beruft, abhängig macht, durchaus dem geltenden Recht", und sodann, nach Hinweis auf F/CC Art. 1290: "Nur dadurch unterscheidet sich der Entwurf zu einem Theile von der bestehenden Gesetzgebung, dass nicht prozessualische Geltendmachung der Aufrechnung im Wege der Einrede erforderlich ist."⁵². Zum Liquiditätserfordernis führen

⁵⁰ Eine Zürcher Lokaltradition kann in dieser Sache nicht angenommen werden. *Bluntschli* gibt in seiner PGB-Ausgabe mit Erläuterungen (Bd. 3, Obligationenrecht, Zürich 1855) zu § 1052 keinerlei Gründe für diese Abweichung von bisheriger Gesetzgebung an; in seinem "Deutschen Privatrecht" (1853/4, 2. Aufl. 1864) findet die Kompensation gar nicht Erwähnung.

⁵¹ Der Dresdener Entwurf von 1866, der in dieser Frage dem PGB folgt, beruht ebenfalls nicht auf ernsthaften sachbezogenen Überlegungen; solche werden jedenfalls in den Materialien nicht sichtbar: In Bd. II der Protokolle der Commission (1864, im Nachdruck, hgg. von *Schubert*, Frankfurt/a.M. 1984), S. 1261 (zu Art. 349, als Vorläufer des schliesslichen Art. 362) wird zwar gesagt, dass "die Beibehaltung des dem Römischen Rechte entsprechenden Principis" gewollt sei und dass man nicht die Lösung des ABGB übernehme, denn "diese Theorie ziehe verschiedene Übelstände nach sich". Welches diese Übelstände sind, wird nicht spezifiziert. Ebenso wenig wird erklärt, in welchem Sinn das gewählte Exzeptions-Modell dem römischen Recht entspricht (das von den vorangehenden Gesetzgebern in entgegengesetztem Sinn gelesen wurde; vgl. oben Zif. II/2 und Fn. 19).

⁵² Motive zu E/BGB 1888, Bd. II §§ 281-283 S. 107, wo in Fn. 1 u. a. noch auf ALR I, 16 § 300 hingewiesen wird, um die behauptete "Gleichartigkeit" der vorgeschlagenen Lösung zu dokumentieren. Das ist mit dem folgenden § 301 ("Sobald die Forderung, durch welche die Compensation gesetzmässig begründet wird, entstanden ist, wird auch die Schuld, so weit die Compensation reicht, für erloschen geachtet.") nicht zu vereinbaren. Am gleichen Ort wird abschliessend zutreffend festgehalten, dass "vor erfolgter Aufrechnung" die gegenseitigen Forderungen "völlig unberührt gegenüber" stünden. Die einige Zeilen zuvor erfolgte Bezugnahme auf die Formel des *ipso iure*-Erlöschens der Forderungen bezieht sich auf den Fall der Erhebung der Verrechnungseinrede (vgl. das Zitat oben Fn. 3), was zeigt, dass diese abweichend vom heutigen Sprachgebrauch verwendet wird.

die Motive aus, dass "das geltende Recht verschiedene Stellung" einnehme und streitig sei, "ob Liquidität ein materielles Erfordernis oder nur ein prozessuales Requisite" sei⁵³. Ein Positionsbezug zu diesem Thema fehlt, aber auch sonst kann konsequente Argumentation oder scharfe Trennung der *ipso iure* und *per exceptionem* wirkenden Modelle nicht erkannt werden. Wenn § 388 BGB eine eindeutige Entscheidung für das Einrede-Modell zum Ausdruck bringt, steht er in Widerspruch zu den Motiven, welche in dieser Frage keine Stellungnahme enthalten. Das Beliebig-Zufällige des heute vorliegenden Gesetzestextes zur Aufrechnung ist offenkundig.

3. Niedergang des Interesses der Literatur zur Kompensation im 19. Jahrhundert

Die Pandektenwissenschaft des 19. Jahrhunderts ist Wegbereiterin der Kodifikation der zweiten Generation, d. h. neben dem ZH/PGB vorab von CH/OR und BGB. Gegenüber vergangenen Jahrhunderten war ihr Interesse an der Kompensation gemindert und z. T. ganz geschwunden. Hier ein kurzer Überblick über die wichtigsten Autoren:

Ludwig Julius Friedrich Höpfner (1743-1797), Theoretisch-practischer Commentar über die Heineccischen Institutionen, 1. Aufl. 1783 (hier verwendet 7. Aufl. Frankfurt 1803, der unzählige weitere folgen). Als maßgeblicher Wegweiser der Praktiker gibt er in §§ 978-980 eine Zusammenfassung der herkömmlichen Literatur ohne eigene Ansprüche; die Forderung der Liquidität der Kompensationsforderung wird dahin verstanden, dass der Richter zur Liquidestellung Frist anzusetzen habe (so bereits z. B. *Stryk* und *Carpzov*, Fn. 43).

⁵³ Motive II S. 105 f., wo noch die Lösung des ALR als rein prozessuale Vorschrift, das Liquiditätserfordernis des F/CC jedoch als materiellrechtliche Voraussetzung des *ipso iure*-Eintritts der Aufrechnungswirkungen bezeichnet wird, was zum Schluss führt: "Der Entwurf schweigt von der Liquidität, womit dieselbe als materielles Erfordernis verneint ist, unbeschadet der Vorschriften der C.P.O. (§§ 136, 274, 491)." Damit wird das Bestehen materieller Regeln verneint und die These des Bestehens einer Regelungslücke indirekt bestätigt. – Vgl. im übrigen auch das Zitat oben Fn. 3, wo gesagt wird, dass bei dahingehendem Willen des Gläubigers die Forderung *ipso iure* erlösche.

C. F. Mühlenbruch (1785-1843), Lehrbuch des Pandekten-Rechts, Bd. II (Halle 1836) §§ 471 und 472, gibt einen ganz knappen, die Ausschlussgründe kaum herausstellenden Text.

Anton Friedrich Justus Thibaut (1772-1840) hat Bedeutung erlangt vorab mit seinen Sonderuntersuchungen; immerhin geben seine knappen Pandekten (hier zit. 6. Aufl. 1823; §§ 997-1000) die damals einlässlichste Behandlung der Kompensation.

Friedrich Carl von Savigny (1779-1861), der mehr als sonst jemand der Doktrin die Richtung wies, hat sich zur Kompensation so gut wie überhaupt nicht geäußert: Nicht im System des heutigen Römischen Rechts, das sich auf Fragen eines "Allgemeinen Teils" beschränkt (vgl. Vorrede von Bd. 8, p. VIII), aber auch nicht im daran anschließenden, in der Fragestellung wiederum beschränkten Band Obligationenrecht (1851). Nicht anders in seiner Geschichte des Römischen Rechts im Mittelalter (1833-1851), seinem Rechts des Besitzes oder sonstigen vermischen Schriften. Allein in den erst kürzlich edierten Pandektenvorlesungen 1824/25 finden sich einige knappe, für uns bedeutungslose Hinweise (Bd. II S. 269-271).

G. F. Puchta (1798-1846), Schüler Savignys, sagt ebenfalls nichts Wesentliches (Pandekten § 289; System und Geschichte des Römischen Privatrechts § 280 Z. 2).

Ludwig Arndts von Arnesberg [1803-1878], Lehrbuch der Pandekten (1. Aufl. 1852, letzte 14. Aufl. 1889) gibt eine knappe, anhand der Quellen wohl dokumentierte Darstellung der Kompensation im allgemeinen, ohne jedoch deren Schranken zu erwähnen.

Karl Adolph von Vangerow [1808-1870], Leitfaden für Pandekten-Vorlesungen, 3 Bde. (Marburg/Leipzig, 1. Aufl. 1839-1847), seinerzeit viel beachtet, erwähnt Kompensation überhaupt nicht.

Bernhard Windscheid (1817-1892), der als Mitglied der ersten Kommission das BGB entscheidend beeinflusst hat, gibt in seinem Lehrbuch des Pandektenrechts (1. Aufl. 1862/1865/1866; 7. Aufl. 1891; nachher Bearbeitung von *Theodor Kipp* unter Einbezug des BGB: 8. Aufl. 1900, 9. Aufl. 1906) einen vergleichsweise einlässlichen Text (Bd. II §§ 348-351), der aber keine besondere Anteilnahme am Institut erkennen lässt und zu den uns interessierenden Ausschlussgründen nichts Nennenswertes vorträgt.

Heinrich Dernburg (1829-1907) sah unsere Probleme am deutlichsten. So gibt er in seinen Pandekten eine Lösung zum Problem "Linda Schlau" (unten bei Fn. 57): "Kompensation ist ausgeschlossen 2. gegenüber der Forderung auf Herausgabe dessen, was der Schuldner durch ungerechtfertigte

Eigenmacht an sich nahm" mit Fussnote : "Wissentlich unredliches Handeln wird nicht vorausgesetzt, jede objektiv widerrechtliche Selbsthilfe genügt" (Pandekten Bd. II 5. Aufl. 1897 S. 178; 8. Aufl., hgg. v. *Sokolowski*, S. 684). Aber *Dernburg* hatte auf das entstehende BGB wenig Einfluss (von diesem Autor weiterhin zu nennen: *Geschichte und Theorie der Compensation nach römischem und neuerem Rechte*; Heidelberg, 2. Aufl. 1868).

4. Folgerungen aus dem Schweigen der Gesetze

Ein Überblick über die positivrechtlichen Schranken der Kompensation in OR und BGB offenbart deren gänzliche Unzulänglichkeit, und der Gesetzgeber des BGB hatte keine klaren Vorstellungen hinsichtlich des andernorts geltenden Rechts. Der offenkundig fehlende Gestaltungswille der Gesetzgeber wird einigermassen entschuldigt durch deren Verkennen der praktischen Bedeutung der dem Institut der Aufrechnung zu setzenden Schranken: Diese wurde allein auf der Ebene des materiellen Rechts gesehen, während die daran sich anschliessenden, hier thematisierten prozessualen Konsequenzen offenkundig ausserhalb des Blickfeldes blieben, wie sie denn auch in der romanistischen Literatur bis dahin kaum erkannt waren. Letztere beschränkte sich, wie bereits *Iustinian*, auf das Problem der Prozessausweitung im Falle beidseits gegebener Zuständigkeit des befassten Gerichts; Zuständigkeitsprobleme wurden nicht gesehen und bestanden offenkundig damals weniger als heute. Wenn die beiden Gesetzgeber infolge fehlenden Problemerkennens es versäumen, für die heute im Vordergrund stehende Problematik der Geltendmachung von nicht in die Zuständigkeit des befassten Gerichts fallenden Verrechnungsforderungen materielle Kompensationsschranken aufzustellen, ist die Annahme einer Normlücke gerechtfertigt. Denn der Normierungswille des Gesetzgebers ist es, der die Reichweite der Forderung der Gesetzestreue bestimmt: Wo gesetzlichgeberischer Ordnungswille fehlt, kann kein Gesetzesgehorsam gefordert sein. Stillschweigen bedeutet hier nicht ein Gehorsam gebietendes qualifiziertes Schweigen, sondern ein solches, das Lehre und Praxis den Weg zur Lückenfüllung öffnet⁵⁴.

Wenn in vorliegenden, auf weiten Strecken unregelt gebliebenen Bereich des Privatrechts nach Wegleitung gesucht wird, kann diese nur in der

⁵⁴ Vgl. zum Methodisch-Grundsätzlichen *Eugen Bucher*, Rechtsüberlieferung und heutiges Recht, in ZEuP 2000 S. 394-543; *ders.* auch "Gesetzeslücke quid ?" [beides einsehbar <www.eugenbucher.ch>; Nr 75 und Nr. 74].

Gesamtheit der Rechtsüberlieferung erkannt werden. Hier gilt es vor allem, vom Gegensatz zwischen den beiden Modellen: der *ipso iure* erfolgenden und der nur *per exceptionem* wirksam werdenden Aufrechterhaltung wegzukommen. Die erstere Bezeichnung ist *falsa demonstratio* und weder von *Iustinian* noch von den massgebenden Wissenschaftlern der Rezeptionszeit so verstanden worden. Aber auch das im deutschen Sprachbereich verwirklichte Einredekonzept wird durch die Rechtstradition nicht gestützt und kann nicht konsequent durchgeführt werden: Der in CH/OR das Erfordernis der Erklärung des Verrechnungswillens aufstellende Art. 124 muss in Abs. 2 die Rückwirkung auf den Zeitpunkt des Entstehens der Verrechnungslage statuieren, und ebenso das BGB in § 389⁵⁵. Ähnlich beim *Erfordernis der Liquidität*: Auch dieses Requisite kann dort, wo statuiert, nicht wörtlich genommen und konsequent durchgeführt werden. Aber es enthält trotzdem einen grundlegenden Gedanken, eine Generalklausel, die bereits unter *Iustinian* als Schranke der Unzumutbarkeit der Kompensation verstanden wurde und auch heute noch in diesem Sinne verwirklicht werden sollte, und zwar nicht allein im Rahmen der Verfahrensökonomie, sondern ebenso auch bei den hier betrachteten Zuständigkeitsproblemen.

5. Die Suche nach Kompensationsrestriktionen in der Rechtsüberlieferung: Grundsätzliches

Das festgestellte legislative Vakuum verweist uns auf komparatistische Betrachtung unserer kontinentalen Rechtsüberlieferung, d. h. der Literatur der vorkodifikatorischen Ära, die seit der Antike bis zum Ende des 18. Jahrhunderts in dieser Frage (wie meist auch sonst) ein zusammenhängendes Ganzes bildet, innerhalb dessen die Veränderungen und Gegensätzlichkeiten untergeordneter Natur sind.

Die Rechtsüberlieferung der von der in der Antike und der Rezeptionszeit erwogenen Ausschlussgründe des problembehafteten Instituts der Kompensation demonstriert eine heute fast unfassbare Weite der Problemschau. Offenkundig wird allerdings auch, dass manche von der romanistischen Literatur behandelten Probleme zeitbedingt waren und als durch Besonderheiten des römischen Prozesses veranlasst heute keine Bedeutung

⁵⁵ Beide Vorschriften können als Übersetzung von Codex 4,31,4 gelesen werden: *Si constat pecuniam invicem deberi, ipso iure pro soluto compensationem haberi oportet ex eo tempore, ex quo ab utraque parte debetur*. Welche Stelle denn auch deutlich genug die Abhängigkeit des *ipso iure*-Eintretens des Kompensationseffekts von der Liquidität der Forderungen (*Si constat.*) zeigt.

mehr haben: Das Verbot des Überklagens (*male petit, qui nimius petit* – oder im Kompensationsfall: *qui totum petit*), der Gegensatz zwischen den je die Kompensation unterschiedlich zulassenden *iudicia stricti iuris* und *bonae fidei* (dazu Inst.4, 6, 30), die Sonderprobleme der Klagbarkeit von Ansprüchen begründet durch Hauskinder oder Sklaven bzw. resultierend aus *pacta*, und andere mehr. Derartige heute nicht mehr interessierende Überlegungen erklären das relative Desinteresse an der Kompensation der Pandektenliteratur des 19. Jahrhunderts, das denn auch das Desinteresse der historischen Gesetzgeber in Deutschland und der Schweiz zur Folge hat.

Hier einige Beispiele zum Nachweis, dass bei Schweigen der modernen Kodifikationen zu aktuellen Fragen der Aufrechnung lückenfüllend die römische Überlieferung als Wegweiser herangezogen werden kann und muss: Einerseits der Codex und die Digesten/Pandekten des Corpus Iuris, veranlasst durch *Iustinian* zu Beginn dessen Regierungszeit (527-565), andererseits die romanistische Literatur vorab der Jahrtausendmitte bis hin zur französischen Revolution⁵⁶. Eine unmittelbare Bezugnahme auf die hier

⁵⁶ Dig. 16, 2 und Codex 4, 31 (beide *de compensationibus*). Für die Neuzeit sind vor allem die folgenden Autoren zu nennen (die ihre Lehren meist als Kommentare zu diesen Titeln präsentieren):

Jacobus Cujacius (Jacques Cujas; 1522-1590)

Observationes et Emendationes, VIII, 16 (hier zit. aus Opera Omnia in decem Tomos distributas; Neapel 1757/8)

Hugo Donellus (Doneau, 1527-1591)

Commentaria in Codicem Justiniani; ad Tit.XXXI de compensationibus. Hier zit. Ausg. Hugonis Donelli Opera Omnia, Macerata/Rom 1830;

Dionysius Gothofredus (Denis Godefroy, 1549-1622)

hier zit. dessen Anmerkungen zum Corpus Iuris (Ausgaben Lyon 1583, in welcher weltweit erstmals der Terminus "Corpus Iuris Civilis" erscheint);

Henricus Zoesius (1571-1627)

Commentarius ad Pandectas (zit. Ausgabe Köln 1675) ad Dig. 16, 2 N. 3 f.;

Arnold Vinnius (1588-1657; Autor des berühmten und einflussreichen Kommentars der Institutionen), De Quaestionibus Juris Selectis libri duo (1653) I Kap. 49 und 50. Hier zit. Ausgabe (in Tractatus quinque; de pactis ... & Quaestionibus Juris Selectis) Rotterdam 1664, sowie auch Ausgabe "Politiani, apud Angelum Fumi, 1845" (hier im Rubrum zu Kap. 50 Zif. 2 eine Zusammenfassung durch den nicht genannten Herausgeber: *Justiniani constitutio, cum loquatur de compensationibus quae fiunt ipso jure, tunc cessat cum agitur de compensationibus, quae in exordio litis opponuntur, actionemque, non ipso jure, sed per exceptionem minuunt* (Übersetzung oben Fn. 42);

Benedict Carpzov (1595-1666)

Jurisprudentia Forensis Romano-Saxonica – Definitiones Judiciales etc.

Leipzig/Frankfurt, 1. Aufl. 1638, hier zit. 5. Aufl. 1684;

ders. Responsa Juris ad Quaestiones in schola Doctorum dubias etc.

Leipzig 1. Aufl. 1642, hier zit. 3. Aufl. 1670. Buch II Titel 10 Responsen Nr. 101-103;

David Mevius (1609-1670)

Decisiones (ab 1664), I, 17; II, 186 E. 5, 216 und 217 n. 3; VII, 52 n. 1; VIII, 487, 491 und viele andere;

Wolfgang Adam Lauterbach (1618-1678)

relevierten Fragen darf zwar nicht erwartet werden, sind diese doch vorab die Folge der modernen Transport- und Kommunikationsmöglichkeiten, aber im Gesamtbild der Ergänzung des ergänzungsbedürftigen Kompensationsrechts haben die historischen Texte ihren Platz.

6. Ergänzung der Ausschlussgründe der Kompensation im allgemeinen

a) Keine Kompensation gegenüber Rückforderung von unzulässig Erworbenen

Die mit Abstand am meisten in die Augen springende Regelungslücke bezieht sich auf den Fall der Verrechnung gegenüber der Forderung auf Rückerstattung von unredlich Erlangtem. Dies hat der Schreiber zu veranschaulichen versucht in der "Historie von der Linda Schlau"⁵⁷: Diese Geschäftsfrau hat einem in ihrer Schuld stehenden Kunden Lieferung gegen Nachnahme zugesagt, sendet jedoch anstelle der bestellten Ware Steine und will die dafür erlangte Vergütung auf ihre Forderung aus früheren Lieferungen anrechnen. Der Rückforderungsanspruch des Käufers (aus Vertrag oder allenfalls konditionshalber) ist unstrittig, ebenso die Kompensationsforderung der Verkäuferin: Sofern ihr Aufrechnung zugestanden wird, kann sie zur Rückleistung der erschlichenen Zahlung nicht gezwungen werden. Weder CH/OR noch BGB sehen für einen derartigen

Collegium Theoretico-Practicum (zu den Pandekten; p. m. hgg. von Ulrich Th. Lauterbach; zit. Ausg. Tübingen 1763), Bd. I ad Dig. 16, 2. Vgl. auch unten Bemerkung zu Cocceius;

Ulricus Huber (1636-1694)

Praelectiones Juris Romani et Hodierni, Pars II (zit. Ausg. 1699) ad Dig. 16, 2;

Samuel Stryk (1640-1710)

Digesten-Kommentar (den er mit "Usus modernus Pandectarum" betitelt und damit einer wissenschaftlichen Epoche den Namen gibt); ad Dig. 16, II, § 1;

ders. *De cautelis Contractuum necessariis* (1684, hier zit. Ausg. Wittenberg 1704);

Samuel Cocceius (1679-1755)

Jus Civile Controversum – Ad illustrationem Compendii Lauterbachiani

(2. Aufl. Frankfurt/Leipzig 1729). Dieses berühmte Werk eines in Preussen in höchsten Ämtern Stehenden setzt sich in Thesenform mit dem Werk *Lauterbachs* auseinander, was die herausragende Bedeutung des letzteren dokumentiert).

⁵⁷ Ein Schulbuchfall; vgl. Referenz oben Fn. 46 *in fine*; einsehbar unter <www.eugenbucher.ch>
Nr. 78.

Fall einen Grund der Aufrechnungsverweigerung vor⁵⁸. Dagegen können wir einen solchen in der Rechtsüberlieferung fest etabliert finden; vgl. dazu neben anderen vorab: Dig. 16, 2, 20: Die Pflicht zur Herausgabe des Überschusses des einem *curator* zur Beschaffung von Proviant für einen Feldzug anvertrauten Geldes kann nicht durch Aufrechnung getilgt werden. *Lauterbach* (Fn. 56) zu Dig. 16, 2 N. 21: *Quod ex spolio debetur & restituendum est, nullam admittet compensationem; Spoliatus enim ante omnia est restituendus* (der Rückforderung von widerrechtlich Entzogenem kann Kompensation nicht entgegengestellt werden; vor allem ist derjenige, dem eine Sache entzogen wurde, wieder in seinen vorherigen Stand zu setzen); ähnlich auch *Carpzov*, *Responsa* (Fn. 56) II/101, 13 f. *Stryk* (Fn. 56 und 38 f.) stellt in Marginale zu § 15 eine Annäherung der Kompensation an Retention her, in Marginale zu § 18 feststellend: *Vitioso possessori retentio non competit* (dem mit Vorwurf belasteten Besitzer steht ein Zurückbehaltrecht nicht zu; folgen Hinweise auf *Brunnemann*, *Mevius*, *Struvius* u. a.).

b) Keine Kompensation gegenüber Rückforderung von Anvertrautem

Dem vorstehend Gesagten fügt sich an, dass Kompensation gegenüber *depositum* und *commodatum* vertretbarer Sachen (insbes. Geldeinheiten), die in das Eigentum des Empfängers übergehen, konsequent ausgeschlossen wird: *Zoesius* (Fn. 56) Dig. 16, 2, N. 7: Keine Kompensation *quod depositum committatur fidei depositarii, tacita haec conditio, ut restituat quandocumque repetenti*. *Stryk* (Fn. 56), II. II § 16 verbietet Kompensation des Rückforderungsanspruchs aus *Commodatum* (das jederzeit rückforderbare Geliehene) und untersagt (*de cautelis* etc. II, 3 § 10) Kompensation für den Fall des *depositum irregulare* (Hinterlegung vertretbarer Sachen in der Meinung, dass nicht die identische, sondern bloss gleichwertige Sachen zurückgegeben werden müssen).

c) Zinsen der Kompensationsforderungen

Zur Frage, wie die Zinsen zweier durch Aufrechnung getilgter Forderungen zu behandeln seien, geben CH/OR und BGB keine Antwort. Zwar bestimmen beide in Aufnahme alter Überlieferung, dass im Falle erklärten Verrechnungswillens die Wirkung auf den Zeitpunkt der Entstehung der Verrechnungslage zurückbezogen werde (CH/OR Art. 124/II; BGB § 389). Damit ist die Situation nur eindeutig geklärt für den seltenen Fall identischer Zinse, während das Schicksal

⁵⁸ BGB § 393 wäre nicht anwendbar, da der Rückforderungsanspruch nicht auf Delikt beruht und auch Strafbarkeit nicht vorliegt, da die Verkäuferin einen Anspruch auf die erlangte Zahlung besitzt.

einer Zinsdifferenz offen bleibt: Soll diese als nicht entstanden gelten⁵⁹ oder aber ausgeglichen werden⁶⁰ (für welchen letzteren Fall sich verschiedene Berechnungsarten anbieten)? Hier hilft der Rückgriff auf die Quellen, die sich eindeutig für die erstere Lösung aussprechen⁶¹.

d) Aufrechnung gegen die Erben des Schuldners

Zwar ergibt sich die Aufrechnungsmöglichkeit des von einem Erben aus einer Nachlassforderung belangten Schuldners aus dem Grundsatz der Universalsukzession, dem sowohl BGB wie CH/ZGB verpflichtet sind. Indessen wird für den Fall der Erbschaftsannahme unter dem *beneficium inventarii* (unter dem BGB folgend aus § 2009 und § 1973, im CH/ZGB aus Art. 590) keine Regel gegeben: Offen bleibt in beiden Gesetzen, ob der seine Forderung nicht angemeldet habende Gläubiger des Erblassers, wenn von einem Erben aus ererbter Forderung belangt, seine Nachlassforderung verrechnen kann. Nachfolge verdient die romanistische Tradition, welche die Frage bejaht⁶².

e) Kompensation unklagbarer Forderungen?

CH/OR und BGB regeln den Fall der Verjährung (Art. 120/III und § 390 S. 2) i. S. der Zulassung der Kompensation, wenn die Verrechnungslage vor dieser eintrat. Offen bleibt die Kompensation bei anderen Naturalobligationen, wie Forderungen aus Ausfall im Konkursverfahren (Nachlassvertrag, Konkurs, in der Schweiz die sog. Verlustscheinforderungen) u. dgl., ist aber mit Blick auf die in Rom geltende Regel (Dig. 16, 2, 6: *Ulpian: Etiam quod natura debetur, venit in compensationem*) tendenziell zuzulassen.

⁵⁹ Dies gestützt auf die Überlegung, dass in Folge des Rückbezugs der Verrechnungswirkungen auf die Entstehung der Kompensationslage von diesem Zeitpunkt an keine Zinsen mehr anfallen.

⁶⁰ Dies im Hinblick auf die Tatsache, dass der Wert der kompensationsweise getilgten Forderungen nicht bloss im Kapitalbetrag, sondern auch deren Verzinslichkeit liegt.

⁶¹ Dig. 16, 2, 11 und 12 (*Divus Severus*: keine Zinse, soweit aufgerechnet, auch wenn die eine Forderung unverzinslich; ebenso wenn unterschiedliche Zinssätze gelten), weiterhin *Donellus* (Fn. 56) Cod. 4, 31, 4 in fine; ebenso viele andere. Die Rückwirkung der Kompensationserklärung möchte allerdings ausschliessen *Zimmermann* (Fn. 4) S. 721 ff. – Vgl. im Übrigen auch *Pascal Pichonnaz*, Fn. 4 Abs. 2.

⁶² *Mevius*, *Decisiones* (Fn. 56) I, 121: *juste opponitur haeredi, etiam cum beneficio inventarii, ex eo, quod defunctus debuit* (Index); *Lauterbach* (Fn. 56) zu Dig. 16, 2 N. XII u. a.

V. Ausschluss der Aufrechnung durch Parteiabsprachen

Vor der Betrachtung von Sachgesichtspunkten (folgende Zif. VI) ist auf die Möglichkeit der Parteien hinzuweisen, Kompensation vertraglich auszuschliessen. Das werden die Parteien nur ganz ausnahmsweise ausdrücklich tun, dagegen enthalten viele prozessbezogene Vertragsklauseln im Ergebnis einen Kompensationsausschluss, was auf der Ebene des materiellen Privatrechts Kompensation bei den beiden hervortretendsten der im folgenden betrachteten Fallgruppen ausschliesst⁶³.

1. Schiedsvereinbarungen

- a) Schiedsklauselbetroffene Verrechnungsforderungen nicht ausserhalb des Schiedsverfahrens

Kann die einer Schiedsklausel unterworfenen Forderung ausserhalb des Verfahrens vor dem vertraglichen Schiedsgericht zur Verrechnung gestellt werden? Mit dem Abschluss einer Schiedsklausel verzichten die Parteien des die Klausel enthaltenden Vertrages für die aus diesem allenfalls resultierenden Streitigkeiten einerseits auf die Zuständigkeit der staatlichen Gerichte und verpflichten sich andererseits, diese einem Schiedsgericht zu unterbreiten. Beides ist primär für den Fall des Einklagens von Forderungen gedacht, erfasst aber gleichermassen auch die defensive Geltendmachung von Ansprüchen durch Aufrechnung: Anders kann in guten Treuen eine vertragliche Schiedsklausel nicht gelesen werden. Wenn man sie ernst nimmt, darf eine einer Schiedsklausel unterliegende Verrechnungsforderung von niemand anderem beurteilt werden als vom Schiedsgericht, das auf Grund des selben Vertrages konstituiert wurde, der Anlass zur Entstehung der Verrechnungsforderung war; jeder andere Richter ist zur Beurteilung unzuständig und muss die Verrechnungseinrede für das hängige Verfahren als unzulässig erklären. Es ist eine Folge der materiellen Rechts, dass der Kläger sich vor staatlichen Gerichten die Aufrechnung der Klageforderung mit seiner einer Schiedsklausel unterliegenden Schuld nicht gefallen lassen muss: Die

⁶³ Zum Grundsätzlichen ist vorweg allerdings festzuhalten, dass die im folgenden zu treffenden Feststellungen nicht solche objektivrechtlicher Natur sind, sondern sich auf der Ebene der Vertragsauslegung, der Ermittlung des hier massgeblich werdenden Parteiwillens bewegen.

Aufrechnung wurde mittelbar vertraglich ausgeschlossen und wird, wenn trotzdem erklärt, materiellrechtlich nicht wirksam⁶⁴.

Das Gesagte gilt nicht nur für den staatlichen Richter, sondern auch für forderungsfremde Schiedsgerichte, welche die ihnen klauselwidrig Zuständigkeit verschaffende Aufrechnung nicht zulassen dürfen⁶⁵.

b) Schiedsklauselfremde Verrechnungsforderungen nicht im Schiedsverfahren

Kann in einem Schiedsverfahren eine verfahrensfremde Forderung zur Verrechnung gestellt werden? Die Antwort kann nicht gleich eindeutig wie im entgegengesetzten Fall auf eine Vereinbarung der Parteien gestützt werden, denn ein vertragliches Verbot an die Adresse des Schiedsgerichts, andere als nur gerade Ansprüche aus dem die Klausel enthaltenden Vertrag zu beurteilen, besteht nicht. Jedoch ist es nicht ein vertragliches Verbot, sondern das Fehlen einer vertraglichen Abmachung, welches dem Schiedsgerichts eine entsprechende Kompetenz erteilen würde, welches diesem das Tätigwerden untersagt. Schiedsgerichtsbarkeit ist Ausnahmegerichtsbarkeit, deren Zuständigkeit nicht über den von den Parteien explizit verabredeten Bereich hinaus erstreckt werden darf. Gegenteilige Auffassung verletzt den Anspruch auf den ordentlichen Richter, der auch auf Verfassungsstufe gewährleistet ist. – Die Ablehnung schiedsrichterlicher Zuständigkeit zur Beurteilung nicht schiedsklauselunterworfenener Verrechnungsforderungen trifft sich denn auch mit dem Selbstverständnis der Schiedsrichter, die in aller Regel Hemmung empfinden, über eine Streitsache zu befinden, für welche sie nicht von beiden Parteien zur Entscheidung berufen worden sind⁶⁶.

⁶⁴ Vgl. dazu oben bei Fn. 16.

⁶⁵ Ein Schiedsgericht, das auf Grund einer anderen Schiedsklausel als jener der Verrechnungsforderung konstituiert ist, besitzt zu deren Beurteilung keine Zuständigkeit, und zwar selbst dann nicht, wenn der andere Vertrag zwischen den gleichen Parteien geschlossen wurde und vielleicht ebenfalls eine Schiedsabrede enthält: Schiedsgerichte sind nur zuständig zur Beurteilung von Forderungen resultierend aus dem Vertrag, der Anlass ihrer Entstehung ist, nicht aber zur Beurteilung von Streitigkeiten zwischen den Prozessparteien schlechthin.

⁶⁶ Nicht alle Autoren scheinen in der Gegenüberstellung der beiden Fallgruppen die Dinge so zu sehen; zur entgegengesetzten Auffassung neigend (d. h. eher Zulassung dieser Fallgruppe lit. b als jene oben lit. a) *Fasching* (Fn. 14) wie auch die für die *Schiedsordnung der Zürcher Handelskammer* Verantwortlichen (dazu Fn. 11 und 73).

2. Gerichtsstandsvereinbarungen

Kann eine Forderung aufgerechnet werden, für welche vertraglich ein anderer Gerichtsstand vereinbart wurde? Ähnlich wie bei Schiedsabreden kann auch in der Vereinbarung eines Gerichtsstandes ein Verzicht auf den ordentlichen Gerichtsstand angenommen werden bei gleichzeitiger Pflicht, allfällige Ansprüche ausschliesslich vor den Gerichten des vereinbarten Gerichtsstandes geltend zu machen. Diese Regel ist nicht auf offensives Klagen beschränkt, sondern erfasst auch defensives Geltendmachen einer Forderung durch deren Aufrechnung. Die daraus sich ergebende Regel des Ausschlusses der Aufrechnung gerichtstandsunterworfenener Gegenforderungen ist folgerichtig, jedoch in ihrer Anwendung meist beschränkt auf Verrechnungsforderungen, die in keinem Zusammenhang mit der Haupt- und Klageforderung stehen: Viele Verfahrensordnungen statuieren für die übrigen, sog. *konnexen Forderungen*⁶⁷ explizit einen Gerichtsstand der Widerklage, was verfahrensrechtliche Gewährleistung der Möglichkeit der Aufrechnung bedeutet⁶⁸. Die verfahrensrechtliche Zulassung der Widerklage ist regelmässig nicht als zwingendes Recht zu verstehen, kann daher durch explizite Parteiabsprache wegbedungen werden, die in einer Gerichtsstandsvereinbarung allerdings kaum je erblickt werden darf.

Fehlt ein Sachzusammenhang zwischen Haupt- und Widerklage, muss konsequenterweise die letztere als vertraglich ausgeschlossen gelten (in diesem Sinne das Schweizerische Bundesgericht im Entscheid BGE 123/1997 III S. 45 E. 3); die Überlegungen, welche zur Unzulässigkeit der Widerklage führen, sprechen auch für den Ausschluss bloss verrechnungsweiser Geltendmachung.

⁶⁷ Die prozessrechtliche Widerklagevoraussetzung der Konnexität geht auf den römischen Prozess zurück, der Widerklage bzw. Kompensation zeitweilig davon abhängig machte, dass beide Forderungen aus demselben Rechtsgrund (*ex eadem causa*) herrührten.

⁶⁸ Zulassung einer Widerklage bedeutet zwangsläufig auch Zulassung der bloss einredeweisen Geltendmachung einer Verrechnungsforderung (so auch *Haimo Schack*, Int. Verfahrensrecht, München 1991 § 8/III/5c N. 535). Widerklage bedeutet gegenüber blosser Aufrechnung ein Mehr (*in maiore minus*). – Ob die vor Gericht abgegebene Kompensationserklärung, wenn zugelassen, Rechtshängigkeit der Aufrechnungsforderung bewirkt, ist umstritten, wird aber zutreffenderweise bejaht.

VI. In Betracht fallende Sachgesichtspunkte

Vor abschliessenden Hinweisen, in welcher Richtung die Beantwortung der gestellten prozessualen Fragen gesucht werden soll (folgende Zif. VII), mögen hier die Sachgesichtspunkte, die rechtspolitisch in Betracht fallen, kurz aufgelistet werden⁶⁹.

1. Verfahrensökonomie (*Iustinians Sorge der Rechtsverzögerung*)

Iustinian (oben II/2, III/1/a; Fn.19, 39 und 41) stellt seiner grundsätzlichen Anordnung der *ipso iure*-Kompensation bloss die Schranke entgegen, dass damit nicht die Verfahrensbeendigung durch Urteil unangemessen verzögert werde. Dabei weist er auf den Hintergrund der ev. über längere Zeit sich hingezogen habenden Abklärung der Entscheidungsgrundlagen der Klage hin und erhebt die Forderung nach Verfahrensökonomie: Wenn schon gestritten wird, sollen zwar alle zwischen den Parteien anstehenden Streitpunkte in einem Aufwasch erledigt werden, weil dies den Gerichtsinstitutionen wie den Parteien am wenigsten Umtrieb veranlasst. Indessen ist diese Forderung abzuwägen gegenüber dem berechtigten Anliegen des Klägers, seinen leicht zu klärenden oder durch grossen Einsatz bereits geklärten Anspruch durchsetzen zu können, ohne vorher allzu viele durch die Ansprüche des Beklagten veranlassten Verfahrensmassnahmen hinter sich bringen zu müssen. Bei diesen Überlegungen sind der Umfang der Prozessaufwendungen, je veranlasst durch die beiden Klagen, gegen einander abzuwägen. *Iustinian* verzichtet bewusst auf eine formelle Regel und will nur das Umfeld richterlichen Ermessens in dem von ihm erläuterten Sinn

⁶⁹ Der nicht hier, sondern oben (Zif. V) behandelte Aspekt von aufrechnungsausschliessenden Parteiabsprachen steht an sich an erster Stelle, da er alle sachbezogenen Überlegungen erübrigt. Indess beruht das Ergebnis auf der Auslegung der Schiedsklausel, diese gesehen im gesamten kommerziellen Beziehungsgewebe der Parteien, sodass leicht das (zwangsläufig auf eine ja-nein-Entscheidung hinauslaufende) Ergebnis zweifelhaft sein kann. Diese Zweifel sind zu beheben aus einer alle Faktoren in Betracht ziehenden Gesamtschau, die gleichermassen die hier erwogenen Sachgesichtspunkte wie das Vereinbarungs-Gewebe der Parteien berücksichtigt. – Wenn man auf "methodische Sauberkeit" achten will, kann man zwar den dem "alles oder nichts-Gesetz" unterliegenden Aspekt der Parteiabsprachen nicht als Teilfaktor in Rechnung setzen. Indessen ist es zulässig, einen vorerst zweifelhaften konsensualen Verrechnungsausschluss dann zu bejahen, wenn gewichtige Sachgründe ebenfalls in dieser Richtung weisen, weil man annehmen darf und muss, dass im Zeitpunkt des Vertragsschlusses die Parteien eine für alle Beteiligten Sinn machende Lösung gewollt haben.

abstecken. Genau dieses muss aber auch heute noch gelten: Der Richter soll fallbezogen in einem Ermessensentscheid festlegen, ob die kompensationsbedingte Verfahrensausweitung und -verzögerung dem Kläger zuzumuten ist oder nicht⁷⁰.

2. Bonität der Parteien

Ein erstrangiges Argument für oder gegen die Zulassung der Aufrechnung wird durch *drohende Insolvenz* der einen oder anderen Partei geschaffen: Ist die Bonität des die Verrechnung geltend machenden Beklagten fraglich, ist dem Kläger die aus Zulassung der Verrechnung resultierende Verzögerung der Durchsetzung seiner Klage nicht zuzumuten, dem Beklagten die Kompensation daher zu verweigern. Umgekehrt ist gefährdete Solvenz des Klägers ein guter Grund, die Zulassung der Verrechnungseinrede des Beklagten zu erwägen, und dies vielleicht selbst dann, wenn die Aufrechnungsforderung noch nicht fällig ist, für den Fälligkeitszeitpunkt jedoch Insolvenz des Klägers droht.

3. Sachzusammenhang der Forderungen

Konnexität der zu kompensierenden Forderungen ist auf der Ebene des materiellen Rechts traditionell keine Voraussetzung der Verrechnung, stellt indessen in Zweifelsfällen ein starkes Argument für deren Zulassung dar. Es ist denn auch nicht Zufall, dass das Prozessrecht eine Zulassung der Widerklage am Klagegerichtsstand an die Voraussetzung der Konnexität der beiden Forderungen knüpft und damit gerade nur in diesem Fall von der sonst bestehenden Neigung zum Kompensationsausschluss abgeht. Umgekehrt wird man im Zweifel gegen Aufrechenbarkeit entscheiden, wenn die zur Verrechnung gestellte Forderung ihrerseits keinen Zusammenhang mit der Klageforderung besitzt, dies besonders dann, wenn sie auch nicht in der Person des Beklagten entstanden ist, sondern von diesem zum Zweck der Verrechnung von Dritten erworben wurde.

⁷⁰ Schon *Kegel* (Fn. 44) stellt S. 159 zutreffend fest, dass dieser Ermessensentscheid wesensmässig eine Konkretisierung des Begriffs der Liquidität darstellt (welches Erfordernis nicht gesetzlich festgeschrieben, sondern in der Sachlogik begründet ist).

VII. Die praktischen Folgen des Abstellens auf das materielle Recht

Ziel der vorangehenden Überlegungen war es, die Beantwortung der eingangs formulierten verfahrensrechtlichen Fragen auf das materielle Privatrecht zurückzuführen. Dies forderte Erinnerung an die Tatsache, dass nach dem unter CH/OR und BGB und deren Nachfolgekodifikationen geltenden System auf der Ebene des materiellen Rechts nur die grössere der beiden Forderungen die Kompensationserklärung überlebt, daher für die nicht mehr existierende Verrechnungsforderung kein Sondergerichtsstand in Betracht fällt und allein das Gericht der Klage-(Haupt-)forderung zur Beurteilung der beiden verrechneten Forderungen zuständig sein kann. Vor dem Hintergrund dieses in mancher Hinsicht inakzeptablen Resultates war zu zeigen, dass auf der Ebene des materiellen Rechts die Aufrechnung aus vielfältigen Gründen ausgeschlossen werden kann und muss, womit aber den meisten der auf der Ebene des Prozessrechts vertretenen Auffassungen, welche die Erstreckung des Gerichtsstands der Klage auf die Verrechnungsforderungen ablehnen, eine Rechtfertigung verschafft wird⁷¹.

Eine Auseinandersetzung mit den in diesem Fragenkreis auf der Ebene der verfahrensrechtlichen Argumente vertretenen Auffassungen oder auch bloss deren Darstellung konnte nicht die Aufgabe vorliegender auf materiellrechtliche Aspekte ausgerichteten Überlegungen sein. Die folgenden abschliessenden und zusammenfassenden Hinweise haben methodisch-exemplifikativen Habitus und wollen allein die Richtung zu weiteren Überlegungen weisen. Sie kreisen um drei Fallgruppen: Jene des Vorliegens von *Schiedsabreden* oder von *Gerichtsstandsklauseln*, schliesslich aber auch jene des Kompensationsausschlusses trotz *Fehlens prozessbezogener Parteiabsprachen* unter dem Gesichtspunkt der Prozessökonomie zur Gewährleistung des klägerischen Rechtsschutzanspruchs.

1. Vorliegen von *Schiedsklauseln*

Das *Zurverrechnungstellen von schiedsklauselunterworfenen Forderungen* vor anderen Instanzen als dem vereinbarten Schiedsgericht ist in jedem Falle

⁷¹ Darüber hinaus wird allerdings in Sondersituationen aus materiellrechtlichen Gründen Aufrechnung (und damit Entscheidkompetenz des Klagegerichts über die Verrechnungsforderung) ausgeschlossen, obwohl diese für den Prozessrechtler unproblematisch sind, oder umgekehrt Aufrechnung zugelassen, obwohl eine verfahrensrechtliche Rechtfertigung nicht erkennbar ist; dazu unten Zif. VII/3.

auszuschliessen. In einer Schiedsklausel liegt der Verzicht, die aus dem Vertrag resultierenden Forderungen vor einem anderen Gericht vorzubringen, welcher Verzicht gleichermassen die klageweise wie die einredeweise Geltendmachung erfasst (oben Zif. V/1 lit. a). Dieser materiellrechtliche Ausschluss der Aufrechnung dürfte im Ergebnis in Deutschland der unter Prozessualisten vorherrschenden Auffassung entsprechen. Wer den Gegenstandspunkt vertritt, setzt sich ebenso in Widerspruch zu den die Aufrechnung verbietenden materiellrechtlichen Gegebenheiten wie auch zu der heute weltweit Akzeptanz erlangenden Regel, dass eine Schiedsklausel eine Unzuständigkeitseinrede gegenüber Klagen vor allen anderen Gerichten begründet.

In der spiegelbildlich entgegengesetzten Problemlage, d. h. der *in einem Schiedsverfahren erfolgten Erklärung der Verrechnung einer nicht unter die Schiedsklausel fallenden Gegenforderung* muss Gleiches gelten, wenn auch aus anderen Überlegungen: Schiedsverfahren stellen eine Ausnahmegerichtsbarkeit dar und bedürfen als solche einer expliziten und unzweideutigen Vertragsgrundlage, die hinsichtlich der schiedsklauselfremden Verrechnungsforderung fehlt; das Fehlen einer vertraglich begründeten Entscheidungskompetenz muss dem vertraglichen Ausschluss des Entscheids gleichstehen. Dem Kläger, der im gegebenen Fall seiner Ablehnung der Verrechnung offenbar zu dem vertragskonform konstituierten Schiedsgericht kein Zutrauen besitzt, ist es nicht zuzumuten, neben der von ihm notgedrungen beim Schiedsgericht eingeklagten Forderung auch weitere, nicht der Schiedsklausel unterworfenen Rechtsbeziehungen von diesem beurteilen zu lassen. In der Schweiz ist diese Auffassung Hintergrund der Regelung des schweizerischen Konkordats⁷², welches eine Suspendierung des Schiedsverfahrens vorsieht⁷³.

⁷² Vgl. oben bei Fn 9.

⁷³ Die Verfahrensregelung der *Zürcher Handelskammer* (Fn. 11), welche Kompensation beliebiger Gegenforderungen ohne jede Einschränkung zulässt, darf deshalb nicht geradezu als unzulässig erklärt werden: Die Vereinbarung einer Schiedsordnung wie jene der Zürcher Handelskammer könnte ja immerhin im Sinn der Zulassung der Verrechnung vertragsfremder Gegenforderungen verstanden werden. Allerdings ist Berufung auf die Ungewöhnlichkeitsregel zu befürchten, d. h. die Einwendung, die fragliche Regelung weiche vom allgemein Üblichen ab und sei dem der genannten Schiedsordnung zustimmenden Kläger nicht bekannt gewesen. Zu beachten ist auch, dass hinsichtlich Verfahrensabreden (Gerichtsstandsklauseln!) mit gutem Grund ein erhöhter Grad von Explizität gefordert wird.

2. Vorliegen von Gerichtsstandsklauseln⁷⁴

Das *Zurverrechnungstellen von gerichtstands-klauselunterworfenen Gegenforderungen* am davon abweichenden Klageforum muss aus ähnlichen Gründen wie jenes von schiedsklauselbehafteten Forderungen grundsätzlich als vertraglich ausgeschlossen gelten. Diese Feststellung ist von beschränkter praktischer Tragweite, weil Prozessordnungen weit herum eigenständig am Klagedomizil einen Gerichtsstand für konnexe Widerklagen statuieren, welche Regel zwar dispositives Recht darstellt, ohne dass jedoch in den meisten Fällen bereits die Vereinbarung eines Gerichtsstandes als vertraglicher Ausschluss einer Widerklage am Forum der Klage interpretiert werden dürfte (oben V/2).

3. Fehlen von verfahrensbezogenen Vereinbarungen

Auch bei Fehlen von Prozessabsprachen der Parteien und damit Geltung der ordentlichen Verfahrensregeln können sich aus materiellrechtlichen Überlegungen Auswirkungen auf die Zulassung der Kompensation im Prozess ergeben, die vom Verfahrensrecht zu akzeptieren sind.

Einschränkung der Aufrechnungsmöglichkeiten: In zahlreichen Sonderfällen ist entgegen der prozessualen Zulässigkeit der Aufrechnung diese zu verweigern. Dies ist selbstverständlich bei den gesetzlich geregelten Fällen wie den im BGB genannten Deliktsforderungen und weiteren (§§ 393-395), darüber hinaus aber auch bei den im Gesetz nicht genannten, jedoch weitaus wichtigeren Ansprüche aus *Eingriffs-* und *Zufallskondition* und Forderungen verwandter Genese (oben IV/6 lit. a). Neben dem Gesichtspunkte fraglicher Solvenz des Beklagten (oben VI/2) hat besondere Bedeutung das vom geltenden Verfahrensrecht nicht hinreichend gesicherte⁷⁵, jedoch bereits bei *Iustinian* in abschliessender Formulierung gewährleistete *Prozessökonomie-Interesse*, welches der Kompensation von Gegenforderungen im Gerichtsverfahren Schranken setzt (VI/1).

⁷⁴ Die für Gerichtsstandsvereinbarungen relevanten Gesichtspunkte können wohl weitgehend übertragen werden auf die Vereinbarung eines funktional nicht zuständigen Gerichts, so der Vereinbarung der Zuständigkeit eines Handelsgerichts von Parteien, deren Streitigkeiten von Gesetzes wegen nicht unter diese fallen.

⁷⁵ Keinen echten Schutz bieten § 145/III und § 302 der deutschen ZPO (dazu auch oben Fn. 8). Sie konstituieren sinnvolles Verfahrens-Organisationsrecht, helfen aber dem Kläger wenig, der binnen absehbarer Frist nicht nur Rechtsgewissheit, sondern auch Erfüllung seines Anspruchs erhofft.

Andererseits kann *Ausweitung der Aufrechnungsmöglichkeiten* zu erwägen sein, obwohl eine Rechtfertigung durch prozessuale Regeln nicht besteht, so insbesondere im Falle drohender Insolvenz des Klägers (VI/2).

Insgesamt wird bei der hier postulierten materiellrechtlichen Betrachtung der Bereich der zu berücksichtigenden Sachgesichtspunkte ausgeweitet und wertende Beurteilung des Einzelfalles nicht nur erlaubt, sondern gefordert. Die bei diesem Vorgehen resultierenden Ergebnisse fügen sich auf weiten Strecken in den Rahmen der auf der Ebene des Verfahrensrechts postulierten Lösungen ein und rechtfertigt diese, die bei formeller Betrachtung vielfach in offenem Widerspruch zum positivrechtlich festgeschriebenen materiellen Aufrechnungsrecht nach dem Wortlaut von CH/OR und BGB stünden.

VIII. Bemerkungen zum Schluss

Unser Ausgangspunkt waren *Widersprüche* zwischen dem nach dem Gesetzeswortlaut verstandenen materiellen Recht und der verfahrensrechtlichen Theorie und Praxis, diese beiden Rechtsgebiete verstanden als zwei getrennte Disziplinen. Näheres Zusehen hat gezeigt, dass das materielle Recht, wenn auf seine Ursprünge zurückgeführt und in einem freieren Sinn verstanden, offen ist für eine Ausweitung der Kompensations-Ausschlussgründe, so wie sie von verfahrensrechtlichen Überlegungen gefordert werden. Das Zurückgehen in die Überlieferung spielt nun aber nicht allein auf der Ebene des materiellen Rechts, sondern führt uns zurück in Zeiten, in denen Verfahren und materielles Recht als Einheit verstanden wurden.

Das heutige Aufbrechen dieser Einheit ist vielleicht im Allgemeinen zweckmässig, im Grundsätzlichen jedoch nicht immer angemessen; Remedur im Sinne des Überdenkens auch dieser Position ist gefordert und für die Zukunft nicht unwahrscheinlich⁷⁶. Mehr noch als bei anderen Institutionen liegen die Ursprünge der Aufrechnung im Prozess, in welchem Zusammenhang von Anbeginn rechtliche Regeln gefordert waren und wo auch heute noch die meisten Probleme

⁷⁶ Der Schreibende darf hinweisen auf sein Plädoyer für vermehrten Einbezug der Streitlage in die materiellrechtliche Beurteilung in AcP 186 (1986) S. 1-71 ("Für mehr Aktionendenken"; einsehbar <www.eugenbucher.ch Nr. 39>). Partielle Rückkehr zu früher vertrauten Denkformen kann vom Einfluss des englischen Sprachbereichs erhofft werden, wo in dieser Hinsicht in spontanem Parallelismus methodisch der Rechtsstoff ähnlich gesehen wird wie im alten Rom.

liegen. Zusammenfassend darf das oben Gesagte als ein Versuch der *Überwindung des Gegensatzes zwischen materiellen Recht und Verfahrensrecht* deklariert werden.

Der durch die *Europäische Gemeinschaft* schallende *Ruf nach Vereinheitlichung* sogar des Schuldrechts ist vom Anliegen her nicht frei von Zweifeln, vor allem aber für absehbare Zukunft ohne Aussicht auf Verwirklichung. Als realistisch und binnen nützlicher Frist erfolgversprechend erscheinen ausschliesslich gesetzgeberische Unternehmen, die sich auf klar umgrenzte Sonderproblembereiche beschränken, welches Vorgehen denn auch allein ein in der Sache überzeugendes Ergebnis gewährleistet. Damit ist die Frage nach den heute am ehesten zur Gesetzgebung einladenden Themen aufgeworfen. Richtlinie zur Auswahl sollten die Bedürfnisse des Rechtsverkehrs sein. Die *Kompensation*, in ihrer beschränkten und klar abgrenzbaren Fragestellung wie der Internationalität vieler der durch sie veranlassten Probleme könnte beanspruchen, *im ersten Rang der legislatorischen Unternehmungen Berücksichtigung* zu finden. An diese Forderung lässt sich der Wunsch (oder vielleicht gar die Prognose?) anschliessen, dass das Erschaffen eines neuen gemeinschaftlichen Kompensationsrechts auf die vorkodifikatorische gemeineuropäische Rechtsüberlieferung zurückgreifen wird, was zwangsläufig bedeutet, wie in vergangenen Zeiten wiederum das materielle Recht und das Verfahrensrecht vermehrt in vereinigender Sicht zu erfassen.