

| | | |
|-------------|--|-----|
| § 22 | Untergang der Forderung als Recht-Pflicht-Beziehung (Schulderlass, Stundung, Novation usw.; OR 114-118) | 398 |
| I. | Schulderlass | 398 |
| | 1. Begriff | 398 |
| | 2. Angrenzende Erscheinungen | 399 |
| | 3. Schulderlass als Vertrag | 401 |
| | 4. Grundsatz der Formfreiheit (OR 115) | 402 |
| | 5. Der Erlass als Verfügung | 403 |
| II. | Stundung, «pactum de non petendo in tempus» | 404 |
| | 1. Begriff und Rechtsgrundlage | 404 |
| | 2. Einzelfragen | 405 |
| III. | Die Vereinigung (OR 118) | 405 |
| IV. | Novation (Neuerung, OR 116-117) | 406 |
| | 1. Erscheinungsformen | 406 |
| | 2. Am Institut der Novation geübte Kritik | 408 |
| | 3. Die Novationswirkungen und deren Schranken | 408 |
| | 4. Die Beweisvorschriften von OR 116 | 411 |
| | 5. Sondervorschriften über das Kontokorrent (OR 117) | 412 |
| V. | Vergleich | 414 |
| VI. | Allgemeine Regel bei Forderungsuntergang: Untergang von Nebenrechten und akzessorischen Ansprüchen (OR 114) | 415 |

§ 22 **Untergang der Forderung als Recht-Pflicht-Beziehung (Schulderlass, Stundung, Novation usw., OR 114-118)**

I. **Schulderlass**

Literatur

M. R. KUMMER, Beiträge zur Lehre von der Causa, insbesondere bei der Abtretung und beim Erlass von Forderungen, Diss. Bern 1942; D. LIEBS, *Contrarius actus*. Zur Entstehung des römischen Erlassvertrages, *Symptica F. Wieacker*, Göttingen 1970, p. 111 ff.

1. **Begriff**

Unter Schulderlass wird die Aufhebung einer Schuld und der korrespondierenden Forderung verstanden. Die Aufhebung der Forderung ist unwiderruflich; sie unterscheidet sich dadurch vom *prekaristischen Anspruchsverzicht*, bei dem der Gläubiger vorläufig auf die *Geltendmachung* des Rechts (die Erhebung des aus dem Forderungsrecht fließenden Anspruchs), nicht aber auf das Recht selber verzichtet und bei dem der Rechtsträger jederzeit erneut einen Anspruch erheben kann¹. Der Erlass des Forderungsrechts ist sodann nicht zu verwechseln mit der Aufhebung eines (Forderungsrechte begründenden) Schuldverhältnisses².

Der ohne Gegenleistung erfolgende Schulderlass ist als *Schenkung* (und zwar als formfreie Schenkung von Hand zu Hand) aufzufassen, die den Vorschriften von OR 239-252 unterliegt. Im Falle der Rückforderung nach OR 249 steht dem erlassenden Gläubiger nicht erneut die erlassene Forderung, sondern ein Bereicherungsanspruch im Sinne von OR 62 ff. zu³.

¹ Im Gegensatz zum Rechtsverzicht stellt der Anspruchsverzicht keinen rechtsgeschäftlichen Vorgang dar, sondern bedeutet lediglich den Zustand des Unterlassens einer Anspruchserhebung (allenfalls Widerruf eines früher erhobenen Leistungsanspruchs), bindet demnach den Rechtsträger nicht. Zum Gegensatz von Forderungsverzicht und Anspruchsverzicht vgl. oben § 4/II/3e und BUCHER, *Subjektives Recht*, bes. p. 76-80.

² Vgl. dazu oben § 21.

³ OR 249 begründet einen korrektiven obligatorischen Rückforderungsanspruch, nicht aber Nichtigkeit der Schenkung; auch bei Sachschenkung kommt nicht Vindikation, sondern nur ein obligatorischer Rückforderungsanspruch im Umfange der Bereicherung des Beschenkten in Betracht, vgl. CAVIN, in *SPR VII/1*, p. 196.

2. Angrenzende Erscheinungen

a) *Negatives Schuldanerkenntnis*

Vom *negativen Schuldanerkenntnis* im engsten Sinn ist zu sprechen, wenn jemand zu *Beweiszwecken* die Erklärung abgibt, dass ein bestimmtes Forderungsrecht nicht bestehe (allenfalls nicht ihm, dem Erklärenden zustehe)⁴. Hinter einer derartigen, sich als beweisrechtliche einseitige Erklärung darstellenden negativen Anerkennung verbirgt sich indessen in der Regel ein *materiellrechtlicher Forderungsverzicht*, mit dem eine als feststehend aufgefasste (oder noch häufiger, eine umstrittene oder bloss als möglich gedachte) Schuld erlassen werden soll, der den hier diskutierten Regeln des Schuldenerlasses unterliegt⁵.

Ein Sonderfall des negativen Schuldanerkenntnisses ist sodann die *Entlastung* (*Décharge*), die vor allem im Gesellschaftsrecht Bedeutung hat, dort jedoch nicht durch Vertrag, sondern durch Beschluss erfolgt. Massgebend sind auch hier weitgehend vertragliche Grundsätze⁶.

b) *Vorbehaltloser Klagerückzug*

Der vorbehaltlose Klagerückzug ist eine einseitige Prozesshandlung, die den Prozess beendet. Je nach kantonalem Prozessrecht wird der Prozess *ipso iure* oder durch gerichtlichen Entscheid erledigt⁷. Erwächst die Entscheidung, welche den Klagerückzug festhält, in Rechtskraft⁸, so kann bei Neueinreichung der Klage die *Einrede der abgeurteilten Sache* entgegengehalten werden⁹.

⁴ Ein häufig vorkommendes Beispiel eines negativen Schuldanerkenntnisses stellt die *Saldoquittung* dar, mit welcher nicht bloss der Erhalt einer Leistung, sondern das Nichtbestehen weiterer Leistungsansprüche bestätigt wird, vgl. oben § 18/XI/2.

⁵ Vgl. dazu auch BGB § 397/II und v. T./E., § 76/VII, p. 179.

⁶ Zur gesellschaftsrechtlichen *Décharge* grundlegend BGE 95 II 320 E. IV.

⁷ Vgl. die Übersicht über die kantonalen Regelungen bei VOGEL, Grundriss des Zivilprozessrechts, Bern 1984, § 39/III/3a).

⁸ Das Vorliegen materieller Rechtskraft bestimmt sich nicht nach kantonalem Prozessrecht, sondern nach Bundesprivatrecht, BGE 95 II 639; 97 II 396; 98 II 158. Bei Rückzug der rechtshängigen Klage fehlt i. d. R. das Rechtsschutzinteresse; materielle Rechtskraft ist zu bejahen, vgl. VOGEL, a.a.O., § 39/III/3b); HABSCHIED, *Droit judiciaire privé suisse*, 2e éd. Genève 1981, § 45 I 5c). - Ob ein Klagerückzug unter Wiedereinbringungs vorbehalt zulässig ist, entscheidet wohl das Verfahrensrecht.

⁹ Ob der rechtskräftige Entscheid nicht bloss die Klagbarkeit ausschliesst, sondern den materiellrechtlichen Bestand der Forderung berührt, wenn dem Rückzug weder ein Erlassvertrag noch ein aussergerichtlicher Vergleich zugrunde liegt, ist umstritten. Ablehnend GAUCH/SCHLUEP, OR AT II, Rdn. 1914; grs. bejahend VOGEL, a.a.O., § 39/III/2a); differenzierend GULDENER, Schweiz. Zivilprozessrecht, § 45, p. 400 f. - Die Annahme materiellrechtlicher Wirkung schliesst aus, dass die Schuld als *Naturalobligation* (vgl. § 6) weiter besteht, die Forderung z. B. verrechnungsweise geltend gemacht werden kann.

c) Verzicht auf künftige Forderungen

Der Begriff des Schuldenerlasses sollte auf den Erlass bestehender (fälliger) Schulden bezogen werden und wird wohl auch vom Gesetzgeber in diesem Sinne verstanden¹⁰. Der darüber hinausgehende Erlass von Schulden vor deren Entstehung muss aufgrund der Vertragsfreiheit als zulässig gelten.

Soweit auf *gesetzliche Ansprüche* verzichtet werden soll, ist die Zulässigkeit des Verzichts von Fall zu Fall unter dem Gesichtspunkt des verfolgten gesetzlichen Zweckes zu prüfen¹¹. Soweit es sich um durch zwingendes Recht verliehene vertragliche Ansprüche handelt, sind sie wohl nicht nur bei Vertragsschluss, sondern auch bis zu ihrer Entstehung unverzichtbar¹². Auf Deliktsansprüche gemäss OR 41 ff. kann wohl im voraus nicht verzichtet werden, auf vertragliche Schadenersatzansprüche nur innerhalb der Schranken von OR 100/I, d. h. nicht auf Ersatzansprüche aus Vorsatz und grober Fahrlässigkeit¹³.

Der Verzicht auf noch nicht entstandene, inhaltlich aber bestimmte *Vertragsansprüche* ist als *Vertragsänderung* aufzufassen und unterliegt daher den Formvorschriften von OR 12 (dazu unten Ziff. 4).

d) Klageverzicht

In romanistischer Tradition ist vom Schuldenerlass zu unterscheiden die heute nur selten anzutreffende *Verpflichtung, eine Forderung niemals einzuklagen* (*pactum de non petendo in perpetuum*). Eine derartige Vereinbarung, die als materiellrechtlich, nicht prozessual zu betrachten und bundesrechtlich zulässig ist, bewirkt wohl einen echten Verlust der Klagemöglichkeit, d. h. begründet eine Einrede des Schuldners und nicht bloss eine (bei Nichterfüllung Schadenersatz begründende) Pflicht des Gläubigers. Es bleibt dem Gläubiger diesfalls die Möglichkeit, die Forderung zur Verrechnung zu verwenden (selber zu verrechnen oder sie einem Schuldner des Gegners zum Zwecke der Verrechnung abzutreten); ebenfalls bleibt der Grund für eine Pfandbestellung oder eine Zinsleistungspflicht des Schuldners bestehen, wobei sich der Ausschluss der Klagbarkeit nicht auch auf die Zinsen zu erstrecken braucht.

¹⁰ Vgl. auch unten Ziff. 4 bei Anm. 19.

¹¹ Für familienrechtliche Unterhaltsansprüche vgl. v. T./E., § 75/II, p. 176 Anm. 32 mit Hinweis auf EGGER, ZGB 160 N. 16, ZGB 328 N. 54.

¹² Nach Entstehung des Anspruchs bzw. Eintritt der Fälligkeit muss allgemeine Verzichtbarkeit angenommen werden, gesetzliche Sondervorschriften im OR vorbehalten. - Als *arbeitsrechtliche Sonderregelung* schreibt OR 341 vor, dass der Arbeitnehmer während der Dauer des Arbeitsverhältnisses und eines Monats nach dessen Beendigung nicht auf Forderungen verzichten kann, die sich aus gesetzlichen oder gesamtvertraglichen Bestimmungen ableiten.

¹³ Anders wohl auch nicht v. T./E., dessen Hinweis in § 75/II, p. 176 bei Anm. 31 sich nur auf vertragliche Schadenersatzansprüche beziehen dürfte.

3. Schuldenerlass als Vertrag

a) Grundsatz

Entgegen einer verbreiteten Verkehrsauffassung und entgegen der von den Bezeichnungen «Erlassen» einer Schuld, «Verzichten» auf eine Forderung geweckten Vorstellung erfolgt die Aufhebung einer obligatorischen Recht-Pflicht-Beziehung durch Vertrag; es bedarf daher nicht bloss der entsprechenden Erklärung des verzichtenden Gläubigers, sondern auch der *Zustimmung des Schuldners*¹⁴.

Die Auffassung des Schuldenerlasses als zweiseitiges Rechtsgeschäft (Vertrag) wird in OR 115/I mehr vorausgesetzt als direkt angeordnet und ergibt sich vor allem aus der allgemeinen Regel, dass Rechtsänderungen nur bei Vorliegen einer besonderen rechtlichen Grundlage durch einseitige Rechtsgeschäfte bewirkt werden können, mangels einer solchen besonderen Grundlage (wie im Fall des Schuldenerlasses) jedoch nur durch Vertrag. Der Schuldenerlassvertrag kann vom Gläubiger auch mit einem *Dritten* geschlossen werden (Vertrag zugunsten Dritter i. S. von OR 112)¹⁵.

b) Praktische Auswirkungen der Vertragsnatur

Wie bei der Schenkung, der Abtretung oder Bürgschaft steht die Erklärung der belasteten Vertragspartei (des Schenkenden, Abtretenden, Bürgen) im Vordergrund, während die Zustimmung der Partei, die aus dem Geschäft bloss Vorteile zieht, oft als selbstverständlich vorausgesetzt wird. Im Regelfall kann die einseitige Erklärung des Gläubigers, auf die Forderung verzichten, die Schuld erlassen zu wollen, dem Schuldenerlass selber gleichgestellt werden, obgleich sie lediglich als Offerte zum Abschluss eines entsprechenden Vertrages zu verstehen ist, deren Annahme aufgrund der Umstände nicht explizit erfolgen muss und zu vermuten ist (OR 6).

Die Vertragsnatur des Schuldenerlasses hat dann praktische Auswirkungen, wenn es auf die *Zeitpunktbestimmung* der Erlasswirkungen ankommt, die erst bei Kenntnis des Schuldners von der Erlasserklärung eintreten können, vor allem aber in jenen Fällen, in denen der *Schuldner nicht zustimmt*. Zustimmung darf dann nicht vermutet werden, wenn die Erlasserklärung sachlich verbunden ist mit einer Bedingung oder dem Geltendmachen einer Restforderung: Insbesondere kann zwar die *Aussendung einer Rechnung* als Erlass einer allfällig den Rechnungsbetrag übersteigenden

¹⁴ Gleich ist die Rechtslage in Deutschland (BGB § 397). In Frankreich (la remise de dette, CC 1282ss.) wird die vertragliche Natur des Schuldenerlasses nicht direkt aus dem Gesetz, sondern doktrinell begründet; vgl. FERID, Bd. I, § 31, 2D 75 ff., p. 534. In Österreich wird der Schuldenerlass («Entsagung»), ABGB §§ 1444 ff.) von einzelnen Autoren als einseitiges Rechtsgeschäft betrachtet, während die Mehrzahl der Autoren ebenfalls Vertragsnatur des Erlasses annimmt. Vgl. GSCHNITZER, Allg. Teil, p. 139, KOZIOL/WELSER, p. 256.

¹⁵ Vgl. unten § 26/I/2. - Abweichend aber FIKENTSCHER, § 39/IV/1: «Gegen seinen Willen soll niemand aus der Schuld entlassen werden.»

Mehrforderung aufgefasst werden, der den Rechnungssteller aber nur dann bindet, wenn die Rechnung quantitativ anerkannt, d. h. die in der Rechnungsstellung liegende Offerte zur Bezifferung einer zahlenmässig noch nicht genau feststehenden Schuld vom Schuldner angenommen wird: Bei Bestreitung der Rechnung im Prozessfall ist der Rechnungssteller nicht an seine ursprüngliche Bemessung gebunden¹⁶. Gleiches gilt für die Bezifferung ausservertraglicher Schadenersatzansprüche, die, Annahme vorbehalten, den Erklärenden nicht binden.

4. Grundsatz der Formfreiheit (OR 115)

Der Schuldenerlass ist auch dann formfrei, wenn der die Schuld begründende Vertrag seinerseits einer bestimmten Form bedarf (dazu oben § 11). Schuldenerlass im Sinne von OR 115 ist auch der Teilerlass (Forderungsherabsetzung). Auch bei Bestehen eines Schuldscheins ist der Erlass formfrei und ohne Rückgabe des Schuldscheins gültig, sodass ein Schuldschein für Dritte keine Gewissheit über den Bestand der Forderung schafft¹⁷. Allerdings ist der Schuldner für den behaupteten Schuldenerlass beweispflichtig.

Bei formbedürftigen Verträgen ergeben sich Abgrenzungsfragen gegenüber der Regel von OR 12, wonach gesetzliche Formvorschriften sich nicht bloss auf die Begründung, sondern auch auf *Vertragsänderungen* beziehen¹⁸. Die Regel der Formfreiheit des Erlasses gemäss OR 115 sollte nur auf bereits entstandene, d. h. fällige Schulden bezogen werden¹⁹, während eine vor Fälligkeit vereinbarte Herabsetzung der Leistungspflicht einer Partei (z. B. Reduktion des Kaufpreises einer Liegenschaft) als Vertragsänderung im Sinne von OR 12 aufzufassen ist²⁰.

¹⁶ Vgl. JUNKER, Die Bindung an eine fehlerhafte Rechnung, ZIP 1982, 1158 ff. – Nichtbestreiten einer detaillierten Rechnung eines Unternehmers während einiger Monate bedeutet nicht stillschweigende Annahme i. S. von OR 6, vgl. BGE 112 II 500.

¹⁷ Anders bei Forderungen, die in eigentlichen Wertpapieren verbrieft sind. Angesichts der Regel von OR 18/II (Ausschluss der Simulationseinrede) kann m. E. dem Dritten sodann der Schuldenerlass nicht entgegengehalten werden, wenn bereits bei der Urkundenerrichtung der Erlass ins Auge gefasst wurde.

¹⁸ OR 12 schreibt dies nur für den Fall gesetzlich vorgeschriebener *Schriftform* vor, indessen dehnt die Literatur den Grundsatz zu Recht auf sämtliche gesetzlichen Formvorschriften, insbes. die öffentlich zu beurkundenden Verträge aus (JÄGGI, OR 12 N. 3 mit Hinweisen).

¹⁹ Der Gesetzgeber versteht wohl unter Aufhebung einer «Forderung» in OR 115 aktuelle (fällige) Forderungen. Vgl. auch oben Ziff. 2/c.

²⁰ Praktisch bedeutet dies, dass bei Nichterfüllung der Formvorschrift (Ungültigkeit der Vertragsänderung) der seinen Anspruch reduzierende Gläubiger nicht bei seiner Zusage behaftet werden kann; nach Eintritt der Fälligkeit muss wohl angenommen werden, dass der nunmehr formfrei mögliche Erlass konvalesziert, wenn sich der Gläubiger nicht in der Zwischenzeit losgesagt hat.

5. Der Erlass als Verfügung

Der Erlass ist kein obligatorischer Vertrag, sondern eine Verfügung. Die Frage der kausalen oder abstrakten Natur des Erlasses ist Gegenstand einer Kontroverse²¹. Von Rechtsgrundabhängigkeit einer Verfügung kann indessen nur dort gesprochen werden, wo zwischen einem Verpflichtungs- und einem Verfügungsgeschäft zu unterscheiden ist. Diese Unterscheidung scheint bei Erlass und Stundung überflüssig und durch die Gesetzgebung nicht notwendig gemacht²², wie man sich ganz allgemein fragen kann, ob nicht bei *rechtsaufhebenden* Verfügungen die Frage nach einem Rechtsgrund verfehlt sei²³. Der Erlassvertrag scheint mir den gewöhnlichen Vertragsregeln zu unterliegen²⁴ und gegenüber Schuldverträgen lediglich die Besonderheit aufzuweisen, dass durch ihn nicht Rechte und Pflichten entstehen, sondern umgekehrt eine Recht-Pflicht-Beziehung beseitigt wird. Der Erlass kann insbesondere auch *bedingt* geschlossen werden in dem Sinn, dass die Befreiung nur bei Eintritt irgendeines Ereignisses (insbesondere aber bei pünktlicher Erfüllung des nicht erlassenen Teils der Schuld seitens des Schuldners) eintreten soll.

²¹ Vgl. M. R. KUMMER, Beiträge zur Lehre von der Causa, insbesondere bei der Abtretung und beim Erlass von Forderungen, Diss. Bern 1942, p. 145 ff.- v. TUHR, OR I/2, § 75/III Abs. 2, p. 570 nimmt in einem zwar von SIEGWART in der 2. Auflage, nicht jedoch von v. T./E. in der 3. Auflage übernommenen Text an, dass Erlass unabhängig von einem Rechtsgrund gültig («abstrakt») sei, jedoch durch Vereinbarung einer Bedingung in Abhängigkeit von einem Rechtsgrund gebracht werden könne.

²² Zwei Geschäfte könnten nur dann unterschieden werden, wenn nach dem Willen der Parteien in einem ersten Vertrag bloss die Pflicht des Partners zu späterem Schuldenerlass oder Kündigung begründet wird, die entsprechende Rechtsfolge jedoch von künftiger Einigung der Parteien abhängig gemacht werden sollte, was nicht häufig anzutreffen sein wird. - Zu Recht lehnt z. B. LARENZ, SchRI, § 19/Ia, p. 269 es ab, bei dem in einem *Vergleich* enthaltenen Schuldenerlass zwischen Verpflichtungsgeschäft (Vergleich) und Verfügung (Schuldenerlass) zu unterscheiden.

²³ Dies ist m. E. beim *Novationsvertrag* der Fall, wo man zwar festzustellen hat, dass Verfügungsmacht des Novierenden vorausgesetzt wird (unten Ziff. IV/1a), im übrigen aber, wie beim Vergleich, eine Unterscheidung von Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft nicht als sinnvoll erscheint. Insbesondere wird zu Recht bei den rechtsaufhebenden (einseitigen) *Verfügungen des Sachenrechts* die Frage nach dem Rechtsgrund ebenfalls nicht gestellt, sondern es genügt die entsprechende Willensäußerung des Verzichtenden. So bei der *Dereliktion* von Fahrnis (ZGB 729), aber sinngemäss (entgegen dem Wortlaut von ZGB 965) auch bei der *Löschung dinglicher Rechte*, die ohne Rechtsgrundausweis aufgrund der blossen Erklärung des Berechtigten erfolgen; vgl. dazu C. WIELAND, ZGB 964 N. 3, 965 N. 4/c (Zürcher Komm. 1909); A. HOMBERGER, ZGB 964 N. 5.

²⁴ Insbesondere halte ich eine Anfechtung wegen Willensmängeln zulässig. A. M. anscheinend v. TUHR, a.a.O. bei Anm. 38, v. T./E., § 75/III, p. 177 bei Anm. 40. - Die Feststellung, dass sich die Unterscheidung zwischen Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft entbehren lasse, schliesst nicht aus, dass Gültigkeit des Erlasses *Verfügungsmacht des Erlassenden* voraussetzt.

II. Stundung, «*pactum de non petendo in tempus*»

1. Begriff und Rechtsgrundlage

Stundung, die im Gesetz nicht geregelt, wohl aber in einigen besonderen Zusammenhängen als bekannt vorausgesetzt wird²⁵, bedeutet ein dem Schuldner im nachhinein gewährter Aufschub für dessen Leistung. Während der Dauer der Stundung kann die Forderung nicht geltend gemacht werden, so dass man von einem *vorübergehenden Rechtsverzicht* sprechen kann, aus welchem Grunde die für den Schuldenerlass aufgestellten Regeln (oben Ziff. I) auch hier gelten. Insbesondere stellt auch die Stundung ein *zweiseitiges Rechtsgeschäft* dar und ist in ihrer Gültigkeit von der Verfügungsmacht des Stundenden abhängig²⁶. Falls die Stundung, wie dies vorherrschender Auffassung entspricht, als materiellrechtlicher Vertrag mit *Aufschub der Fälligkeit verstanden wird*, würde sie grundsätzlich für die Dauer der Stundung Verzugsfolgen wie auch die Möglichkeit der Verrechnung ausschliessen (dazu unten Ziff. 2b, c).

Im Römischen Recht hat sich das *pactum de non petendo in tempus* herausgebildet²⁷, die befristete Verpflichtung, eine Forderung nicht klageweise geltend zu machen, welche im übrigen die Forderung nicht berührte, so dass weder Verzugsfolgen noch die Möglichkeit der Verrechnung ausgeschlossen wurden. *Rechtsvergleichend* ist interessant, dass die österreichische Doktrin zwischen der gewöhnlichen und der «reinen» Stundung unterscheidet, welche letztere in den Folgen weitgehend dem *pactum de non petendo* entsprechen dürfte²⁸.

Da der Gesetzgeber die Stundung nicht geregelt hat, kann man nicht von einem feststehenden Begriff ausgehen, sondern muss die Tragweite der getroffenen Vereinbarung im Einzelfall durch Auslegung ermitteln; der von den Parteien gewählte Ausdruck «Stundung» dürfte dabei nicht hindern, eine Vereinbarung i. S. eines *pactum de non petendo* anzunehmen, das oft der Interessenlage des Gläubigers allein gerecht wird und im Zweifel als die weniger weitgehende Folge bei der Auslegung eines Vertrages Vorrang haben muss²⁹.

²⁵ OR 228/I, 410, 1166, 1170 Ziff. 1.

²⁶ Wie der Schuldenerlass kann auch die Stundung *unter einer Bedingung* gewährt werden, was hier besonders häufig ist, indem die Parteien bei Vereinbarung eines Zahlungsplanes oft sofortige Fälligkeit der gestundeten Rechtsforderung vorsehen, wenn Teilzahlungen nicht rechtzeitig erfolgen.

²⁷ Zum weitergehenden «*pactum de non petendo in perpetuum*» vgl. oben Ziff. I/2d.

²⁸ Vgl. dazu KOZIOL/WELSER, p. 205; RUMMEL/REISCHAUER, ABGB-Komm., Wien 1983, § 904, Nr. 13.

²⁹ Vgl. BUCHER, AcP 186, p. 11.

2. Einzelfragen

a) *Hinausschieben des Leistungstermins*

Bei den hier zur Diskussion stehenden Tatbeständen wird immer, im Interesse des Schuldners, der Leistungstermin hinausgeschoben, und zwar nicht bloss im Sinne eines *prekaristischen* (d. h. jederzeit widerruflichen) Zugeständnisses, sondern den Gläubiger *bindend*; im Prozess oder einer Betreibung kann der Schuldner die Einwendung der Stundung entgegenhalten.

Durch Auslegung und von Fall zu Fall ist zu ermitteln, ob damit die *Erfüllbarkeit* als während der Stundungsdauer ausgeschlossen zu gelten hat, oder ob der Schuldner vor Ablauf der Frist erfüllen darf, was angesichts von OR 81/I zu vermuten ist.

b) *Verzugsfolgen*

Wenn die Stundungsabrede nach der gängigen Formel ein Hinausschieben der Fälligkeit der Forderung bewirkt³⁰, bedeutet dies, dass der Schuldner sich für die Dauer der Stundung nicht in Verzug befindet und ihn keine Verzugsfolgen treffen, er insbesondere keine Verzugszinse bezahlen muss³¹. Oft wird man nicht annehmen können, dass der Stundung gewährende Gläubiger den Willen habe, dem Schuldner die Verzugsfolgen (Zinse, Gefahrtragung) zu erlassen, insbesondere dann nicht, wenn die Stundung nach Eintritt des Verzugs und unentgeltlich gewährt wird, so dass man diesfalls dem «Stundungsvertrag» auch nicht diese Wirkung beilegen darf³².

c) *Verrechnungsmöglichkeit*

Ausschluss der Fälligkeit würde auch Ausschluss der Verrechnungsmöglichkeit bedeuten; dabei ist es möglich, dass der Gläubiger die Stundung gerade im Hinblick auf die Entstehung einer verrechenbaren Gegenforderung gewährt hat, so dass in der Regel Stundung nicht als Verzicht auf die Verrechnungsmöglichkeit verstanden werden darf.

III. Die Vereinigung (OR 118)

Eine Forderung, die mit ihrer entsprechenden Verpflichtung in einer Person zusammenfällt, erlischt durch Vereinigung (Konfusion), lebt jedoch wieder auf,

³⁰ v. T./E., § 62/II/1, p. 47 f.; oben Ziff. 1.

³¹ Dies im Gegensatz zu vertraglichen Zinsen (bei Darlehen), die auch für die Zeit fehlender Fälligkeit verabredet sind.

³² Ähnlich KOZIOL/WELSER, p. 205, für die Verzugszinse ENGEL, p. 470 N. 204/2.

wenn die Vereinigung rückgängig gemacht wird (OR 118/I, II). Das Wiederaufleben der Forderung erstreckt sich grundsätzlich auch auf die nach OR 114 erloschenen Nebenrechte³³.

Die Regel von OR 118/I lässt keinen normativen Gehalt erkennen. Bedeutsam ist dagegen OR 118/II; es soll der Auffassung vorgebeugt werden, die Vereinigung von Forderung und Schuld lasse diese endgültig untergehen, d. h. schliesse auch im Falle späterer Trennung von Gläubiger- und Schuldnerstellung das Weiterbestehen des ursprünglichen Forderungsverhältnisses aus.

IV. Novation (Neuerung, OR 116-117)

Literatur

R. FAESY, Die Novation unter besonderer Berücksichtigung ihrer Bedeutung im Konto-Korrent nach schweizerischem Recht, Diss. Bern 1918; F. KÜBLER, Feststellung und Garantie ... (rechtsvergleichend), Tübinger rechtswissenschaftliche Abhandlungen 17, Tübingen 1967; P. C. PAHUD, De la novation. Etude de droit comparé d'après les législations suisse et française, thèse Bâle 1939; B. STAEHELIN, Die Novation. Ihre geschichtliche Entwicklung und ihre Bedeutung im geltenden Recht, Diss. Basel 1948, Basler Studien zur Rechtswissenschaft, H. 23.

1. Erscheinungsformen

a) Begriff

Unter Novation oder Neuerung kann verstanden werden der Vertrag zwischen einem Gläubiger und einem Schuldner, kraft dessen eine bestehende *Recht-Pflicht-Beziehung* dergestalt auf eine neue rechtliche Grundlage gestellt wird, dass die alte Forderung erlischt und dafür eine neue, inhaltlich identische, begründet wird. Von dieser, den rechtsgeschäftlichen Vorgang betrachtenden Sinnggebung (die man zur Unterscheidung als *Novierungsvertrag* bezeichnen kann) ist zu unterscheiden das rechtsgeschäftliche Resultat: das Beseitigtsein einer alten Schuld und der damit verknüpfte Bestand einer neuen, in welchem engeren Sinn der Gesetzgeber von Neuerung spricht (Marginale zu OR 116, vgl. auch ZGB 855/I für Schuldbrief und Gült). Da die Novation die bisherige Forderung untergehen lässt, stellt sie eine *Verfügung des Gläubigers* über dessen Forderung dar.

Die Novation ist zu unterscheiden von der *Schuldänderung*, bei der eine Schuld nicht auf eine neue Rechtsgrundlage gestellt, sondern inhaltlich abgeändert wird.

³³ Vgl. v. T./E., § 77/III, p. 189.

Das *unmittelbare* praktische Ergebnis kann in beiden Fällen dasselbe sein, während *mittelbare* Wirkungen (wie das Dahinfallen von Sicherheiten, vgl. unten Ziff. 2, 3b/cc und Anm. 48/49) nur bei der Novation eintreten. Da sich beide Erscheinungen nicht logisch-formal unterscheiden lassen³⁴, kann die Entscheidung anhand des Parteiwillens nur wertend erfolgen, wobei mehr darauf abgestellt werden muss, welche praktischen rechtlichen Konsequenzen den Parteien vorschwebten, als wie diese ihrerseits die getroffene Abmachung rechtlich gedeutet haben³⁵.

Die Novation ist weiterhin zu unterscheiden von der *Vertragsänderung* bzw. der *Vertragsersetzung*, mit denen ein bestehendes Schuldverhältnis im Sinne einer umfassenden Vertragsbeziehung aufgehoben und durch ein neues ersetzt wird³⁶.

b) *Geschichte*

Die Novation des *Römischen Rechts* war mehr die Umwandlung eines Schuldverhältnisses als die einer Recht-Pflicht-Beziehung; die bisherige Verbindlichkeit wurde dadurch getilgt, dass eine solche aus Stipulation an ihre Stelle trat. Die Rolle der Novation war bedeutsam, weil nachträgliche Änderung einer Obligation, sei es im Inhalt, sei es durch Wechsel in der Person des Gläubigers (*Zession*) oder des Schuldners (*Schuldübernahme*) nur durch Novation möglich war. Die novierende Stipulation musste titulierte (kausal) sein, also das aus der bisherigen Obligation Geschuldete nennen; bestand die zu novierende Schuld nicht, so wurde auch aus der Stipulation nichts geschuldet. Im *nachklassischen Recht*, seitdem man auf die Wortform der Stipulation verzichtet hatte, richtete sich die Verpflichtung nur mehr nach dem Willen, dem «*animus novandi*». Da Ermittlung dieses Schuldenerneuerungswillens oft schwierig war, galt seit Justinian, dass Novation nur eintreten soll, wenn sie ausdrücklich als gewollt erklärt wurde³⁷, d. h. es bestanden wie heute im schweizerischen und deutschen Recht die Möglichkeiten der Novation und jene der Schuldänderung nebeneinander³⁸.

Die Novation hat vor allem die Theorie der *Aufklärungszeit* beschäftigt³⁹, welche im französischen Code Civil (art. 1271-1281) ihren Niederschlag gefunden und indirekt die Normierung des OR beeinflusst hat.

³⁴ Vgl. unten Ziff. 2.

³⁵ Zum historischen Hintergrund des Gegensatzes vgl. unten lit. b.

³⁶ Vgl. dazu oben § 21/II. - Der im deutschen Recht verwendete Begriff der «Schuldersetzung» steht für die Forderungsänderung (Novation) wie auch für die Vertragsersetzung (Schuldverhältnis-Ersetzung), da das BGB mit dem Wort «Schuldverhältnis» sowohl die ganze Beziehung der Parteien aus einem Vertrag als auch die einzelne Forderung bezeichnet (v. T./E., § 2/III/3 Anm. 7, p. 11 m. w. H.). Vgl. dazu ESSER/SCHMIDT, SchR I/1, § 21/II/2, p. 299 f.; FIKENTSCHER, § 40/II, p. 213 f.; LARENZ, SchR I, § 7/III, p. 91 ff.

³⁷ Vgl. KASER, § 54, p. 243 ff.

³⁸ Vgl. auch die historischen Hinweise bei v. BÜREN, p. 362, sodann WINDSCHEID, II, § 353.

³⁹ Vgl. insbes. DOMAT, livre III, titre III; POTHIER, partie III, chap. II.

2. Am Institut der Novation geübte Kritik

Der Novation wird allgemein nur geringe praktische Bedeutung beigemessen. Ihre Kritiker⁴⁰ stufen die gesetzliche Regelung z. T. als überflüssig, wenn nicht gar als schädlich ein. Insbesondere werden die Novationswirkungen oftmals als zu weitgehend empfunden.

Die Möglichkeit des Neuerungsvertrages beruht nicht auf gesetzlicher Zulassung dieses Instituts, sondern ergibt sich aus dem *Grundsatz der Vertragsfreiheit*, der auch Verträge mit Verfügungswirkungen mitumfasst. Insofern ist eine Kritik an dieser Institution nicht sinnvoll; der Gesetzgeber muss sich auf diese Erscheinung beziehen, um - wie dies im Sinne der Kritiker liegt - die Novationswirkungen überhaupt Beschränkungen unterwerfen zu können. Das BGB kennt die Neuerung nicht, was aber nach allgemeiner Auffassung die Möglichkeit des Novierungsvertrages keineswegs hindert.

Zutreffend ist der Hinweis von v. BÜREN, dass sich Novation und Schuldänderung nicht logisch-formal unterscheiden lassen und im Grunde dieselbe Sache sind⁴¹. Dies ist deshalb so, weil jede Änderung einer Schuld sich logisch als Aufhebung des Bisherigen und Begründung eines Neuen verstehen lässt. Aus der Nicht-Unterscheidbarkeit wäre deshalb der Schluss zu ziehen, dass jede *Schuldänderung als Novation zu betrachten wäre*, nicht umgekehrt. Wenn von der (historisch älteren) Novation die Schuldänderung unterschieden wird, so gerade in der Absicht, die oft unangemessenen mittelbaren Novationswirkungen auf möglichst enge Bereiche zu beschränken. Nicht möglich wäre es, diese Novationswirkungen überhaupt auszuschalten und jede Novation als Änderung zu behandeln, weil damit (abgesehen vom Kontokorrent, unten Ziff. 5) in (zugegebenermaßen seltenen Fällen) echten Neuerungswillens⁴² den Absichten der Parteien Gewalt angetan würde. Es bleibt dabei, dass die Novation als in der Vertragsfreiheit enthaltene Möglichkeit der Rechtsgestaltung akzeptiert und behandelt werden muss. Dabei verfolgen die Bezugnahme im Gesetz (OR 116, 117, ZGB 855/I) wie das Nebeneinander von Schuldänderung und Novation allein den Zweck, die Novationswirkungen in möglichst engen Schranken zu halten.

3. Die Novationswirkungen und deren Schranken

a) Grundsatz

Die durch den Novierungsvertrag geschaffene neue Forderung gehorcht ihren eigenen Gesetzen.

⁴⁰ Vgl. B. STAEHELIN, Die Novation, z. B. p. 149; v. BÜREN, p. 363; v. T./E., § 76/I/2, II, p. 181 f. (im Gegensatz zu v. Tuhr).

⁴¹ v. BÜREN, p. 361 Ziff. III. Ähnlich aber auch schon WINDSCHEID, II, § 353 bei Anm. 2, der ebenfalls bereits erkennt, dass für die Novation kein praktisches Bedürfnis besteht.

⁴² Der Vergleich impliziert i. d. R. eine Novation (dazu unten Ziff. V); zur novierenden Wirkung des gerichtl. Vergleichs siehe BGE 105 II 277; vgl. ferner § 1380 ABGB.

Die der alten Forderung anhaftenden Einwendungen und Einreden bestehen nicht mehr; die Forderung beruht allein auf der neugeschaffenen rechtlichen Grundlage. Beispielsweise wird eine Deliktsforderung durch «Anerkennung» zur vertraglichen Forderung. Eine novierte Zinsforderung verliert den Zinscharakter und wird deshalb ihrerseits verzinslich; die Verjährung der novierten Forderung bestimmt sich nach der ordentlichen Frist und läuft von der Fälligkeit an⁴³.

Da Bürgschaften und Pfänder zur Sicherung einer bestimmten Forderung bestellt werden, erlöschen diese grundsätzlich, wenn die gesicherte Forderung erlischt. Für den Fall des Kontokorrentverhältnisses hat der Gesetzgeber eine Ausnahme statuiert (vgl. unten Ziff. 5); indessen ist auch in den übrigen Fällen diese Wirkung nach Möglichkeit auszuschalten (vgl. lit. b).

b) Grenzen der Novationswirkungen

aa) Weiterbestehen des alten Schuldverhältnisses

Wie oft verkannt wird, bringt eine Novation nur eine Forderung bzw. Schuld, nicht aber das diese begründende Schuldverhältnis zum Erlöschen. Wenn eine Kaufpreisschuld noviert wird, bleibt der Kaufvertrag erhalten wie bei einer sonstigen Tilgung des Kaufpreises; bei Sachmängeln besteht ein Rückforderungsanspruch nach OR 208/II (Wandlung) bzw. 205/I (Minderung), der gegenüber der durch die Novation geschaffenen Forderung zur Verrechnung gebracht werden kann⁴⁴.

bb) Möglichkeit bedingter Schuldbegründung

Es ist zwar denkbar, dass mit der Novierungsvereinbarung die Begründung einer vom bisherigen Schuldverhältnis gänzlich unabhängigen Schuld beabsichtigt wird, in welchem Fall ein abstraktes Schuldbekenntnis verbunden mit Erlassvertrag über die bestehende Schuld vorliegt, das den entsprechenden Regeln unterliegt (vgl. oben § 5/IV/2d). Häufiger dürfte es indessen sein, dass die Parteien lediglich eine Klarstellung ihrer Verhältnisse beabsichtigen, ohne ihre Rechtsbeziehung unabhängig vom Geschehenen gestalten und auf eine neue Grundlage stellen zu wollen. Dies bedeutet zweierlei:

- Es fällt in Betracht, dass nach dem Willen der Parteien beim Novierungsvertrag die neue Forderung nur zur Entstehung gelangen soll, wenn die durch Neuerung zu

⁴³ Vgl. BGE 100 II 144 (Anwendung von OR 127 auf Verpflichtungen aus aussergerichtl. Vergleich). - *Einredenverzicht* und *Neuerung* weisen in die gleiche Richtung und lassen sich nicht immer unterscheiden.

⁴⁴ Fraglich ist allerdings, ob nach Ablauf der Jahresfrist von OR 210/I die Verrechnung noch zulässig ist, d. h. ob die Verrechnungseinrede eine solche im Sinne von OR 210/II sei. M. E. sollte die Verrechnungsmöglichkeit auch nach Ablauf eines Jahres als erhalten gelten. Demnach wird durch die Novation die Stellung des Käufers nicht erschwert; lediglich im Falle der *Abtretung* der novierten Forderung durch den Verkäufer ergibt sich eine Schlechterstellung (d. h. dieselbe Lage, wie wenn der Kauf durch Einschaltung einer Kreditbank finanziert wird). Anders BGH WPM 1983, 1391; BGH NJW 1986, 1872.

tilgende Forderung tatsächlich bestanden hat, da der Neuerungsvertrag gewissermassen unter der Bedingung des Bestandes der zu tilgenden Forderung geschlossen wird⁴⁵; d. h., es steht ähnlich wie beim Schuldbekenntnis, bei dem man von «Beweisabstraktheit» spricht, dem Schuldner der Nachweis offen, dass ein derartiger Bedingungszusammenhang besteht, obgleich die Urkunde des Novierungsvertrags diesen nicht nennt⁴⁶.

- Der Novierungsvertrag unterliegt der *Irrtumsanfechtung*, wenn die Grundlagen, von denen die Parteien ausgegangen sind, nicht bestehen.

cc) Eventuell: Weiterbestehen von Sicherheiten

Das Erlöschen von Sicherheiten dürfte oft den Vorstellungen der Beteiligten (der Parteien des Novierungsvertrages wie des sicherheitsleistenden Dritten) nicht entsprechen. Ein Weiterdauern kommt in folgenden Fällen⁴⁷ in Frage:

- Der sicherheitsleistende Dritte oder der Schuldner selbst hat vertraglich die Sicherheit nicht bloss zur Sicherung der durch Neuerung getilgten Forderung, sondern für jede Forderung, die denselben wirtschaftlichen Anlass hat, gegeben. Eine *Pfandsicherheit* wird mangels ausdrücklichen Ausschlusses auf die neue Schuld übertragen, wenn die Pfandsache dem Schuldner gehört⁴⁸; bei einem Drittpfand entscheidet der Pfandbestellungsvertrag, ob das Pfand auch als für eine «Nachfolgeschuld» bestellt gelten kann oder nicht. Bei der *Bürgschaft* scheint mir OR 492 jedenfalls zuzulassen, dass die Bürgschaft nicht bloss für eine bestimmte Schuld, sondern auch mit Wirkung für eine allenfalls diese ersetzende Schuld aus demselben wirtschaftlichen Ursprung begründet wird⁴⁹.

- Es kann eine sich als Novierungsvertrag darstellende Abmachung unter Umständen als eine *Schuldänderung* gedeutet werden, in welchem Fall die gesicherte Schuld als weiterbestehend gilt und die Sicherheiten erhalten bleiben⁵⁰.

⁴⁵ Man spricht diesfalls (missverständlich) von «*kausaler*» Novation, im Gegensatz zur «*abstrakten*» Novation (mit «*abstraktem Schuldbekenntnis*» im obigem Sinn). So auch v. TUHR, und v. T./E., § 76/III/2, p. 183. Besser scheinen mir die pandektistischen Bezeichnungen «*titulierte*» und «*reine*» Novation (WINDSCHEID, II, § 355 Anm. 2c und 5a, p. 518/19).

⁴⁶ Wenn man aber mit der Lehre - neben v. T./E., a.a.O. auch BECKER, OR 116 N. 3 - eine in diesem Sinne bedingte Novation zulässt, ist das Tor geöffnet, um auch bei einer vorerst gültigen, aber nachträglich dahinfallenden Forderung anzunehmen, dass die Novation ungültig sei: Die Umwandlung eines Kaufpreises in Darlehen, wenn nachträglich auftauchende Mängel die ursprünglich ausgewiesen erscheinende Kaufpreisforderung dahinfallen lassen usw.

⁴⁷ Eine gesetzliche Regelung besteht nur für das Kontokorrent (OR 117/III), vgl. Ziff. 5.

⁴⁸ v. T./E., § 76/I/1, p. 180.

⁴⁹ Vgl. insbesondere auch die Möglichkeit des Verbürgens für eine künftige Forderung (OR 492/II).

⁵⁰ Vgl. BGE 107 II 481 (Novationsabsicht aufgrund von Parteiäusserungen, Umständen und Interessenlage verneint).

4. Die Beweisvorschriften von OR 116

a) *Vermutung gegen Novation im allgemeinen (Abs. I)*

Die Regel «Die Tilgung einer alten Schuld durch Begründung einer neuen wird nicht vermutet»⁵¹ will besagen, dass ein *Vertragswille* der Parteien im Sinne eines Novierungsvertrages nicht vermutet werde⁵². Dies ist selbstverständlich, die Aussage deklaratorisch. Derjenige, der den Abschluss eines Novierungsvertrages behauptet, ist beweispflichtig⁵³.

b) *Vermutung gegen Novation insbesondere bei Ausstellung eines Wechsels oder neuen Schuldscheins (Abs. II)*

Das Ausstellen eines Wechsels soll nicht als Tilgung (Hingabe an Zahlungsstatt), sondern als *Hingabe zahlungshalber* verstanden werden: Die alte Schuld bleibt bestehen und wird erst durch Einlösen des Wechsels getilgt⁵⁴. Diese Regel (wie die analoge Bestimmung des Zessionsrechts von OR 172) ist Ausdruck des (im Gesetz nicht allgemein ausgesprochenen) Grundsatzes, dass derjenige, der Leistung an Erfüllungsstatt (*datio in solutum*) behauptet, für diesen weitergehenden Sinn der Parteivereinbarung beweispflichtig ist⁵⁵, während der weniger weitgehende Sinn einer Leistung erfüllungshalber (*datio solutionis causa*) vermutet wird⁵⁶.

Auch die weitere Anordnung des (erst in der Revision aufgenommenen) Absatzes II, wonach Ausstellung eines neuen Schuld- oder Bürgschaftsscheins keine Schuldneuerung vermuten lasse, ist selbstverständlich. Indessen liegt im Vorgang eine Schuldanerkennung mit verjährungsunterbrechender Wirkung im Sinne von OR 135⁵⁷.

⁵¹ aOR 143 lautete: «Die Neuerung wird nicht vermutet; der Wille, sie zu bewirken, muss aus dem Geschäft klar hervorgehen»; es liegt eine wörtliche Übersetzung von art. 1273 CC fr. vor. Vgl. auch WINDSCHEID II, § 354 Ziff. 2, der seinerseits wiederum durch den CC beeinflusst worden sein dürfte.

⁵² Vgl. BGE 107 II 479, Obergericht Luzern, ZBJV 111 (1975), 301 f.

⁵³ Dagegen knüpfte das römische Recht an eine Reihe von Fällen eine Rechtsvermutung zugunsten der Novationsabsicht an, vgl. WINDSCHEID II, § 354, Anm. 13.

⁵⁴ Vgl. Trib. di Appello, Ticino, Rep. 106 (1973), 168.

⁵⁵ Indizien für den Novationswillen wären etwa: Ausstellung einer Quittung für die zugrunde liegende Forderung, Vernichtung oder Rückgabe des Schuldscheines über die alte Forderung bei Ausstellung des Wechsels. Vgl. BECKER, OR 116 N. 13.

⁵⁶ Vgl. oben § 18/X/1b.

⁵⁷ Ebenso scheint mir die Ausstellung einer neuen Bürgschaftsurkunde im Normalfall keine andere Deutung denn als Begründung einer neuen Bürgschaft zuzulassen, so dass meist die Verfallsfrist gemäss OR 509/III sich von diesem Zeitpunkt an neu bestimmt.

5. Sondervorschriften über das Kontokorrent (OR 117)

Literatur

C. W. CANARIS, Bankvertragsrecht (aus Grosskomm. HGB), Berlin/N. Y. 1975, p. 484-511 (zu HGB § 355); J. C. CELEBONOVITS, Das Kontokorrentrecht, Diss. Zürich 1917; A. CHAVANNES, Essai sur la nature juridique du compte courant, Diss. Lausanne 1908; G. HERZ, Das Kontokorrent insbesondere in der Zwangsvollstreckung und im Konkurs, Tübingen 1974; H. HOMBERGER, Der Kontokorrent im Bankgeschäft, Diss. Zürich 1944; B. KLEINER, Die allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken - Giro- und Kontokorrentvertrag, 2. A., Zürich 1964; E. SCHINNERER/P. AVANCINI, Bankverträge, I, 3. A., Wien 1975; O. SCHLÄPFER, Kontokorrentvertrag, Diss. Zürich 1943; B. STAEHELIN, Die Novation, Diss. Basel 1948, Basler Studien zur Rechtswissenschaft, H. 23.

a) Die Erscheinung des Kontokorrentvertrages

Kontokorrentverkehr ist eine weltweite Erscheinung des kaufmännischen Verkehrs und im Bankwesen von grundlegender Bedeutung. In der Schweiz (wie meist im Ausland) besteht keine eigentliche gesetzliche Regelung; der Gesetzgeber setzt das Kontokorrent als bekannt voraus (OR 124/III, 314/III, 500/II) und regelt in OR 117 einige Rahmenbedingungen⁵⁸.

Der Kontokorrentvertrag ist die Abrede, dass die beidseitigen Forderungen der Parteien über bestimmte Rechnungseinheiten (fast immer Geld einer bestimmten Währung) in ein gegenseitiges Verrechnungsverhältnis gebracht werden müssen und nicht ausserhalb desselben geltend gemacht werden können («Kontokorrent-Pflicht» mit Elementen der Stundungs- und Verrechnungsvereinbarung). Typisch ist sodann die Abrede, dass die eine oder andere Partei periodisch den Rechnungsstand ermitteln («Saldo ziehen») und die Gegenpartei die Abrechnung bei Richtigkeit genehmigen soll⁵⁹. Auch im Rahmen einer Kontokorrentabrechnung braucht jeder die Gegenpartei belastende Vorgang eine materiellrechtliche Grundlage, die im Bestreitungsfall vom Kontoführenden bewiesen werden muss⁶⁰.

b) Regeln betreffend die Wirkung der Saldoziehung (OR 117 Abs. I, II)

In der älteren Literatur war streitig gewesen, ob die dem Kontokorrent eigentümliche Wirkung der Forderungsumgestaltung bereits mit der Entstehung der kontokorrentpflichtigen Forderung, mit deren «Einstellung in die Rechnung», bei

⁵⁸ Vgl. zum Kontokorrent aus der Judikatur etwa BGE 19, p. 408, 23 I, p. 712, 100 III 183 f., ZR 56/96, SJZ 71/1975, p. 80 Nr. 42; Cour de justice, Genève, Sem.jud. 88 (1966), p. 21; Zivilgericht Baselstadt, BJM 1965, p. 19; Obergericht Luzern, Max. XII (LGVE 1980) Nr. 557.

⁵⁹ Vgl. für das deutsche Recht die Definition in § 355 HGB.

⁶⁰ Eine (z. B. durch Versehen oder betrügerisch veranlasste) Falschbelastung trifft daher primär die ausführende Partei, nicht den Belasteten (was in BGE 108 II 314 – Praxis 1983, Nr. 31 - verkannt wird; dazu BUCHER, in recht 1984, p. 97 ff.).

der Saldoziehung oder erst mit der Saldo-Anerkennung eintrete. In der Revision hat der Gesetzgeber durch Einführung von OR 117 in dieser Auseinandersetzung Stellung beziehen wollen und sich zugunsten der Lösung des spätestmöglichen Eintritts von Neuerungswirkungen, nämlich bei der Einigung der Parteien über einen Saldo (d. h. der Anerkennung des von der einen Partei gezogenen Saldos durch die andere) ausgesprochen. Bis dahin muss jeder Partner, der das Verhältnis beenden und sein Guthaben geltend machen will, alle aufgelaufenen Positionen einzeln nachweisen, während nach der Saldo-Anerkennung er sich auf diese stützen kann. Der Saldo-Anerkennung (die eine vertragliche Vereinbarung beider Partner ist) kommt Novierungscharakter zu, da es die Meinung der Parteien sein muss, dass mit dieser die Beziehungen der Parteien auf eine neue Grundlage gestellt werden sollen.

Die *Novationswirkungen*, obwohl materiellrechtlicher Art, zeigen sich zur Hauptsache auf *beweisrechtlicher Ebene*. Keinesfalls kann eine erst nachträglich zum Vorschein gelangende Unrichtigkeit des anerkannten Saldos den Benachteiligten von der Geltendmachung ausschliessen; indessen hat derjenige, der die Unrichtigkeit des anerkannten Saldos behauptet, diese zu beweisen⁶¹. Die materiellrechtliche Grundlage des Berichtigungsanspruchs kann in OR 62 ff. gesehen werden: Der im anerkannten Saldo Benachteiligte hat einen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung auf Ausgleich⁶², der m. E. bei Fortbestand des Kontokorrents als Korrekturposten seinerseits in die laufende Rechnung einzusetzen ist. Bei einer (in den meisten Fällen wohl sachlich gebotenen) Auffassung der Saldo-Anerkennung als «kausaler» oder «titulierter» Novation⁶³ kann man auch die Saldo-Anerkennung selber als ungültig betrachten; diese Auffassung ergibt gegenüber der bereicherungsrechtlichen Konstruktion allerdings keinen grundlegenden Unterschied⁶⁴.

c) Erhaltung der Sicherheiten (OR 117/III)

Das Weiterdauern von Sicherheiten über die in der Saldo-Anerkennung liegende Neuerung hinaus entspricht der wirtschaftlichen Logik und wird vom Gesetz

⁶¹ Wenn, wie üblich, die Saldo-Mitteilung auf einem die einzelnen Rechnungsposten ausweisenden Kontoauszug beruht, genügt es, die nachträglich bestrittenen Positionen in ihrer Unrichtigkeit darzutun, während die nicht angefochtenen Rechnungsposten nach wie vor als anerkannt gelten dürfen. Vgl. i. ü. D. GUGGENHEIM, *Die Verträge der schweiz. Bankpraxis*, Zürich 1986, S. 229; BGE 104 II 190.

⁶² So v. T./E., § 76/IV, p. 185/86.

⁶³ Vgl. oben Ziff. 3b/bb und Anm. 45.

⁶⁴ Da der Anspruch auf Korrektur eines gezogenen bzw. anerkannten Saldos wiederum in die Kontokorrentrechnung einzustellen ist (Kontokorrentpflicht) und seinerseits keine fällige Forderung darstellt, beginnt mangels Fälligkeit Verjährung nicht zu laufen (OR 130/I); OR 67 kann daher (auch bei Qualifikation als Bereicherungsanspruch) dem Anspruch auf Berichtigung der Rechnung nicht entgegengehalten werden. - Soweit man die Beanstandung eines anerkannten Saldos als Willensmängel-Anfechtung qualifiziert, unterliegt sie der Einjahres-Befristung von OR 31.

ausdrücklich angeordnet⁶⁵. Es kann sich dabei um Sicherheiten handeln, die für die Kontokorrentschuld als Ganzes oder aber für einzelne Schuldposten bestellt sind. Ist letzteres der Fall, wird die Rechtslage des Pfandstellers oder Bürgen durch die Saldoziehung und -Anerkennung und die Übertragung des Saldos auf neue Rechnung nicht betroffen: Er haftet für den jeweiligen Schuldsaldo bis zur Höhe des von ihm gesicherten Einzelpostens (aber mit der Möglichkeit, unerachtet einer allfälligen Saldo-Anerkennung durch den Schuldner den Nichtbestand des gesicherten Schuldpostens jederzeit geltend zu machen)⁶⁶.

V. Vergleich

Als *Vergleich* wird der Vertrag bezeichnet, mit dem die Parteien den «Streit oder die Ungewissheit ... über ein Rechtsverhältnis im Wege gegenseitigen Nachgebens» beseitigen (BGB § 779/I, im Ergebnis ähnlich § 1380 ABGB)⁶⁷; dieser Vertragstypus ist im OR nicht geregelt, während das BGB in einer einzelnen Bestimmung immerhin auf die Frage der Berücksichtigung eines Irrtums einer Vertragspartei über die Vergleichsgrundlage Bezug nimmt⁶⁸.

Durch Vergleich kann entweder eine streitige Recht-Pflicht-Beziehung bereinigt oder auch ein gesamtes Schuldverhältnis (insbesondere eine zu Auseinandersetzungen Anlass gebende Vertragsbeziehung) ersetzt werden. Im ersteren Fall gilt für

⁶⁵ Ähnlich HGB § 356, welche Bestimmung nach v. TUHR OR 117/III als Vorbild gedient hat (v. T./E., § 76/IV bei Anm. 41).

⁶⁶ So v. T./E., § 76/IV, p. 185.

⁶⁷ Das Bundesgericht hat diese Formel in zahlreichen Entscheidungen aufgenommen, z. B. BGE 41 II 617; 95 II 423 f. m. w. H.; 100 II 144 f.; 105 II 277.

⁶⁸ Irrtum einer Vertragspartei darf aus sachlogischen Gründen nur berücksichtigt werden, wenn er einen von den Parteien als feststehend vorausgesetzten Sachverhalt, jedoch nicht die (faktisch oder rechtlich) ungewissen, durch Vergleich aus der Welt zu schaffenden Differenzpunkte betrifft (Gegensatz zwischen *caput controversum* - *caput non controversum*; nur Willensmängel in letzterem Punkt fallen in Betracht). So die Rechtslage in der Schweiz wie nach BGB § 779, wobei letztere Bestimmung eine Besonderheit hinsichtlich der Rechtsfolgen statuiert (Nichtigkeit, nicht Anfechtbarkeit gemäss BGB § 119 und OR 23). Vgl. BGE 96 II 26, 95 II 422, 82 II 375 E. 2, 54 II 190/1, 48 II 107; aus der Literatur A. MEIER-HAYOZ, SJK Nr. 463, die deutsche Kommentarliteratur zu BGB § 779; ESSER/WEYERS, SchR II/1, § 42, p. 328 ff. und die bei FIKENTSCHER, § 40/III/3, p. 216. - Wegleitend auch hier das *römische Recht*: Dig. 2, 15 («de transactionibus»).

Besondere Bedeutung hat der Vergleich im *Prozess*, wo sich den privatrechtlichen Regeln prozessuale überlagern. Vgl. ZR 66/105 und H. U. WALDER, *Prozesserledigung ohne Anspruchsprüfung*, Zürich 1966, bes. p. 149-160. Willensmängel beim Prozessvergleich sind grundsätzlich im Rechtsmittelverfahren geltend zu machen, BGE 105 II 277; BECKER, OR 24 N. 38; v. T./P., § 36/II, Anm. 11 m. w. H.; STRÄULI/MESSMER, *Komm. zur zürcher. ZPO*, Zürich 1976, N. 25 zu § 188.

den Vergleich im wesentlichen das vorstehend Ziff. IV für die *Novation* Gesagte, in letzterem Fall die Regeln über die *Vertragsaufhebung* bzw. *Vertragsersetzung* (oben § 21/II)⁶⁹.

VI. Allgemeine Regel bei Forderungsuntergang: Untergang von Nebenrechten und akzessorischen Ansprüchen (OR 114)

Der Gesetzgeber stellt der Normierung der einzelnen Untergangsgründe von Forderungen bzw. Schulden die für alle gemeinsam geltende Regel voran, dass mit der Forderung verbundene «Nebenrechte» ebenfalls untergehen. Die Bedeutung dieser Regel ist unterschiedlich:

Bürgschaften (Abs. I). Deren Untergang folgt aus dem bürgschaftsrechtlichen Grundsatz der «Akzessorietät». Eine praktische normative Bedeutung der (beispielsweise im BGB nicht ausgesprochenen) Regel, dass Untergang der Hauptforderung die Bürgschaft nicht bloss praktisch gegenstandslos, sondern rechtlich ungültig werden lasse (oder dass das Bestehen einer Hauptschuld Gültigkeitsvoraussetzung der Bürgschaft sei)⁷⁰, ist nicht zu ersehen.

Pfandrecht (Abs. I). Bei Tilgung der sichergestellten Schuld ist das Pfand zurückzuerstatten, was sich bereits aus dem Begriff des Pfandes und aus ZGB 889 ergibt.

Zinse (Abs. II). Während das Erlöschen der in OR 114/I genannten Bürgschaften und Pfandrechte einen dem erloschenen Recht-Pflicht-Verhältnis fremden Dritten betrifft, liegt die Regel von OR 114/II auf der Ebene der vertraglichen Abmachungen zwischen Gläubiger und Schuldner selber; es wird hier, im praktischen Ergebnis identisch mit OR 89/II, die Vermutung aufgestellt, dass der die Tilgung der Hauptschuld bewirkende Tatbestand auch die verfallenen Zinse miterfasse (d. h. eine erfolgte Zahlung auch die Zinsen getilgt, ein Schuldenerlass sich auch auf die Zinsen bezogen habe usw.). Der Gesetzgeber stellt hier eine widerlegbare Vermutung entsprechenden Parteiwillens und damit eine Beweisregel auf: Es ist der Gläubiger, der Weiterbestand der Zinsschuld behauptet, dafür beweispflichtig, dass die Zahlung nicht die Zinsschuld getilgt, der Schuldenerlass sich nicht auch auf die Zinsen bezogen habe.

⁶⁹ Zum Vergleich siehe OR/BT, § 2/IX; GAUCH, in Festgabe für W. Schlupe, Zürich 1988, p. 3-24.

⁷⁰ Nicht nur ist dieser in OR 492/II ausgesprochene Grundsatz der Akzessorietät ohne praktische Tragweite, er wird vielmehr durch ausdrückliche Ausnahmen in sein Gegenteil gewendet: Möglichkeit der Bürgschaft für künftige Forderungen (OR 492/II), Haftung des Bürgen trotz Ungültigkeit der sichergestellten Forderung infolge Konsensmangels, Handlungsunfähigkeit, Verjährung (OR 492/III). Vgl. im übrigen OR/BT, § 17/III.