

Übungen im Obligationenrecht

Fallsammlung mit Lösungsvorschlägen

von

Eugen Bucher und Wolfgang Wiegand

Professoren an der Universität Bern

unter Mitarbeit von

Markus Reber

Dr. iur., Rechtsanwalt und Notar

3., überarbeitete und erweiterte Auflage
Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich 2001

* * * *

AUS DEM BEITRAG VON EUGEN BUCHER :

1. Problemstellung der Fälle 3, 8, 11, 13, 14
(Seiten 2 - 6)
2. Problem mit Lösung Fall Nr. 15 ("Linda Schlau")
(Seiten 7 - 21)

Fall 3 „Champignons auf Abruf“

Beweis Vertragsschluss durch Bestätigungsschreiben – Annahmeverzug bei Sukzessivlieferung – Folgen des Gläubigerverzugs i.w.S. (Art. 95 und 96 OR)

Mit Brief vom 25. Februar offeriert der Gemüsegrosshändler Holtz (H) Frau Carmena Xantig (X), die industriell Fertigenus für Gaststätten und Kantinen herstellt, «freibleibend» en gros verschiedene Speisepilze, darunter Zuchtchampignons zum Preis von Fr. 5.90/kg. Es folgen weitere Angaben, die hier nicht interessieren, unter anderem über Modalitäten der Lieferung und Bezahlung.

Am 27. Februar ruft Frau X den H an. Es wird über die Möglichkeit der Lieferung von Champignons verhandelt; im übrigen weichen die Darstellungen der Parteien über den Inhalt des Gespräches ab.

Noch am 27. Februar schreibt Holtz an Frau X folgendes: «Wir bestätigen hiermit bestens dankend Ihren heutigen telefonischen Auftrag, wonach wir Ihnen 8000 – 9000 kg Zuchtchampignons laut unserer Offerte vom 25. Februar liefern, das kg zu 5.90, netto Kassa, lieferbar in Teilposten von je 800 bis 2000 kg, auf Abruf mit 5 – 7 tägiger Frist, vom 25. Mai an. Abnahme des gesamten Postens muss bis spätestens 10. Dezember erfolgt sein». Frau X reagiert auf diesen Brief nicht.

Am 1. Mai schreibt Frau X an H unter Bezugnahme auf dessen Brief vom 27. Februar, infolge des Konkurses eines Grosskunden werde sie «Schwierigkeiten haben, die Ware Kassa zu bezahlen»; sie ersuche ihn deshalb, «die Angelegenheit bis auf weiteres hinauszuschieben». H antwortet nicht schriftlich; in der Folge finden allerdings mehrere Telefongespräche statt, über deren Inhalt die Parteien widersprechende Angaben machen.

Nach dem 25. Mai erfolgt kein Abruf, weshalb H mit Brief vom 10. Juni Frau X zum Abruf von Ware auffordert. Diese antwortet am 16. Juni, sie habe «an der Offerte kein Interesse mehr» und «benötige die Ware keinesfalls». Darauf bleibt H vorerst stumm, schreibt aber dann am 14. Juli per Fax, dass Frau X durch die Vereinbarung vom 27. Februar gebunden und zum Bezug der Pilze verpflichtet sei; im übrigen ersuche er um umgehende Erklärung, insbesondere um Angaben über die gewünschten Bezugstermine. Als darauf keine Antwort erfolgt, lässt H am 28. Juli durch seinen Anwalt Frau X mitteilen, dass er Schadenersatz in der Höhe von 30% des Preises von 8000 kg fordere. Frau X nimmt demgegenüber in der Folge den Standpunkt ein, es bestehe zwischen ihr und H kein Vertrag und im übrigen schon deshalb keine Ersatzpflicht, weil der Vertrag nicht abgewickelt worden sei.

Fall 8 „Die unvollendete Stützmauer“

Werkvertrag – Nichterfüllung – Lohnanspruch des Unternehmers aus Vertrag? – Anspruch aus Geschäftsführung ohne Auftrag? – Anspruch analog Art. 423 OR (Geschäftsanmassung)?

Generalunternehmer Klotz und Tiefbauunternehmer Schmächtigt vereinbaren, dass Schmächtigt im Hinblick auf eine von Klotz zu erstellende Strasse eine rund 600 Meter lange Stützmauer zu errichten hat zu einem Pauschalpreis von Fr. 750'000.– für Aushub und Errichtung der Betonmauer gemäss Plänen.

Schmächtigt beginnt zeitig mit der Arbeit, vollzieht auf voller Länge den Aushub und bringt auf der Länge von etwa 300 Metern die Schalungen für die Betonmauer an; auf rund 80 Metern ist auch bereits der Beton eingebracht. Dann aber stellt er seine Arbeit ein und zieht seine Arbeiter ab; die in der Baugrube befindlichen Schalungen bleiben zurück. Klotz lässt ein halbes Jahr später die Mauer durch einen anderen Unternehmer fertigstellen, wobei die vorhandenen Schalungen des Schmächtigt verwendet werden.

Nach Abschluss der Arbeiten gelangt Schmächtigt an Klotz, um von diesem wenigstens einen Teil des vereinbarten Werklohnes zu erhalten. Klotz stellt sich auf den Standpunkt, dass Schmächtigt das geschuldete Werk nicht abgeliefert habe, daher auch keinen Anspruch auf Werklohn besitze. Er verlangt zwar eine bereits geleistete Zahlung in Höhe von Fr. 100'000.– nicht zurück und stellt dem Schmächtigt die diesem gehörenden Schalungselemente zur Verfügung, verweigert aber die Zahlung eines weiteren Betrages, obwohl der Wert der von Schmächtigt erbrachten Leistung auf über Fr. 300'000.– zu schätzen ist¹.

Besteht ein Anspruch des Schmächtigt auf Nachzahlung?

* * * *

¹ Sachverhalt nach *Sumpter v. Hedges*, Court of Appeal, 1898, 1 Q.B. 673

Fall 11 „Die zerdruckte Druckmaschine“

Distanzkauf mit CIF-Klausel – Leistungspflicht bei Untergang – Wiener Kaufrecht

Die IMPRESSORA AG (I-AG) in Aarau stellt Spezialdruckmaschinen her. Die Firma KIM, PARK, LEE & BROS. (im folgenden «Kim») mit Sitz in Seoul bestellt anfangs 2000 bei der I-AG eine Druckmaschine; dabei ist «Lieferung CIF Intschon» (sc. Hafen von Seoul) sowie «Eintreffen spätestens 15. August» verabredet.

Anfangs Juli versendet die I-AG die Maschine über den Camionneur Stark nach Genua, wo die Maschine verschifft werden soll. Auf der italienischen Autobahn muss Stark eine Notbremsung vollziehen, und der Anhänger des Lastenzuges, auf dem sich die Maschine befindet, gerät ins Schleudern und kippt; die Maschine wird zerstört.

Kim, noch gleichentags durch Telefax orientiert, besteht auf Lieferung und droht für den Fall der Nichtlieferung oder der Lieferungsverspätung Schadenersatzforderungen an.

Die I-AG ihrerseits will keine andere Maschine leisten (ein vertragskonformes Modell hat sie nicht an Lager, die Möglichkeit der fristgerechten Lieferung ist fraglich; jedenfalls würde eine ausserhalb der ordentlichen Produktion erfolgende Sonderanfertigung Zusatzkosten machen).

Ist die I-AG zur Lieferung (bzw. im Falle der Nichtlieferung zu Schadenersatzleistung) verpflichtet?

Die Frage ist einerseits nach OR, andererseits nach Wiener Kaufrecht (WKR bzw. CISG) zu beantworten.

* * * *

Fall 13 „Opalring“

Offerte und Akzept – natürlicher und normativer Konsens - Willensmängel – Anfechtung - Stellvertretung – bürgerliche und kaufmännische Stellvertretung – Handlungsvollmacht – Motivirrtum - Preisbekanntgabepflicht

Juwelier Vonlanthen (V) lässt in einem Schaukasten in der Nähe seines Geschäftes einen Damenring mit blauem Opal und 25 Brillanten ausstellen, dessen Preis er auf Fr. 13'800.- festgesetzt hatte. Aus Versehen bringt seine Angestellte (A) beim Ring ein Preisschild von Fr. 1'380.- an.

Kägi (K) bewundert diesen Ring im Schaukasten und möchte ihn seiner Frau zum Geburtstag schenken. Er geht in das Juweliergeschäft und erklärt, den ausgestellten Ring kaufen zu wollen. Er wird von Jauslin (J) bedient, der ihm auch ein „Garantie-Zertifikat“ ausstellt und ihm den Ring zum angegebenen Preis von Fr. 1'380.- überlässt.

Am folgenden Tag bemerkt V den Fehler. Er fordert von K den Ring zurück. Dieser verweigert indessen die Rückgabe.

V klagt auf Herausgabe des Ringes gegen Rückerstattung des bezahlten Preises.

Ist die Klage gutzuheissen ?²

^{2*} Sachverhalt nach BGE 105 II 23 ff. – Die Falllösung stellt gleichzeitig eine Auseinandersetzung mit diesem BGE dar.

Fall 14 „Künstlersignatur“

Stellvertretung - Grundlagenirrtum oder absichtliche Täuschung? - kaufrechtliche Sachgewährleistung: Willensmängelanfechtung und Gewährleistung

Kuno Kunst kauft in der Gemäldegalerie des Theo Treu ein Ölgemälde von Elia Rialonis, darstellend Susanna im Garten. Der Vertrag war erst zustande gekommen, nachdem Boris Boes, den Treu während einer Geschäftsreise mit seiner Vertretung beauftragte, dem Käufer auf mehrfache Aufforderung hin Echtheit von Bild und Signatur schriftlich zugesichert hatte. Es war nämlich bekannt, dass der Maler seine Werke erst unmittelbar vor Verkauf zu signieren pflegte. Da sein künstlerisches Schaffen erst nach seinem Tode allgemeine Anerkennung fand, war ein grosser Teil der Bilder ohne Unterschrift hinterlassen worden, und die meisten wurden nach Rialonis Tod von seinem Nachlassverwalter mit der Signatur des Künstlers versehen.

Kunst und Boes waren übereingekommen, dass Kunst das Bild nach Rückkehr des Treu abholen solle. Noch zuvor erfuhr jedoch Kunst von einer Tochter des Rialonis, dass die Unterschrift des Susanna-Bildes nicht vom Künstler stammte, das Gemälde vielmehr nachsigniert war. Diese Tatsache war Treu nicht bekannt gewesen, aber die Tochter Rialonis behauptet, mit Boes über dieses Thema gesprochen zu haben. Kunst will vom Kauf nichts mehr wissen.

Treu verlangt Abnahme und Bezahlung des Werkes. Er macht geltend, eine fehlende oder nachträglich hinzugesetzte Signatur schmälere weder den künstlerischen noch den finanziellen Wert des Gemäldes; gerade die bedeutungsvollsten Bilder von Rialonis seien erst nach dem Tode mit seiner Unterschrift versehen worden. Kuno Kunst bestreitet dies nicht, weigert sich aber trotzdem, das Bild abzunehmen.

Ist Kunst zu diesem Vorgehen berechtigt, oder kann Treu am Vertrag festhalten ?

Fall Nr. 15 mit Lösung : „Linda Schlau“

Rückforderung der Vertragsleistung - Bereicherung - Verrechnung und deren Schranken - wann liegt eine Lücke des Gesetzes vor ?

Xaver Angst vertreibt elektronische Messgeräte. Für den Bereich der Geodäsie (Erdmesskunde) pflegt er von Linda Schlau zu beziehen. Da seine finanzielle Lage angespannt ist, er sich mit seinen Zahlungen im Rückstand befindet und gegenüber Linda eine Schuld aus früheren Lieferungen von weit über hunderttausend CHF aufgelaufen ist, besteht zwischen den beiden ein gespanntes Verhältnis. Nun wird Angst seitens eines Kunden angefragt, ob er kurzfristig vier Geräte des Typs „Tel-Met 712“ der Firma Gemetrio (Atlanta, USA) liefern könne. Die Gemetrio wird in der EU und der Schweiz exklusiv von Linda Schlau vertreten. Angst ruft sie an, befürchtend, abgewiesen zu werden. Aber Linda gibt sich kühl, sagt, es sei Lieferung sogar kurzfristig möglich, allerdings nur gegen Nachnahme. Angst ist erfreut und ersucht um Zustellung zu dem geforderten Preis (CHF 78'500.--, franko Käuferdomizil), präsumierend, angesichts der Bonität des Bestellers das Geschäft finanzieren zu können. Ganz rechtzeitig erhält er denn auch eine Woche später von Linda über einen Kurierdienst vier Pakete geliefert, die er gegen bar einlöst. Als er sie öffnet, findet er jedoch nichts als je einen Pflasterstein und zerknülltes Zeitungspapier. Auf empörten Anruf des Angst ist Linda wiederum kühl und sagt, dass sie das Geld natürlich auf seine Schuld anrechnen werde; im Übrigen habe die Gemetrio Lieferfristen von mindestens zehn Monaten; sodann sei sie auch nicht sicher, dass „Tel-Met 712“ überhaupt in deren Sortiment existiere.

Angst sollte seiner Bank, die ihm (gegen Vorabzession der Kaufpreisforderung aus dem Verkauf der vier Geräte) die CHF 78'500.-- vorgeschossen hat, diesen Betrag kurzfristig zurückzahlen. An eine Abwicklung des Vertrags ist nicht zu denken.

Angst fragt Sie, ob er die CHF 78'500.-- von der Schlau zurückholen kann³.

L ö s u n g :

(folgende Seiten 8 - 21 --- im Original Seiten 241-258)

³ Die Problemstellung wurde übernommen von AUGUST EGGER (1875 – 1954). Er war 1904-1944 Professor an der Universität Zürich und vertrat ZGB und OR*); einen entsprechenden Fall behandelte er (zur Zeit des ersten Weltkrieges) in seinen Übungen. Dies hörte E.B. im Kindesalter am Familientisch von seinem Vater. In EGGERS Übungen (wie am Familientisch) wurde im Ergebnis die gleiche Auffassung wie hier vertreten; die damals erwogenen dogmatischen Argumente sind nicht erinnerlich. *Exkurs: VON TUHR war in Zürich allein Romanist und las niemals Obligationenrecht.

I. Forderung auf Rückzahlung der CHF 78'500.--

A. Anspruchsgrundlage

Die Parteien haben einen Vertrag geschlossen, den Linda mit ihrer Stein- und Papierlieferung nicht erfüllt hat. Zu fragen ist an erster Stelle, ob die Rückforderung nach Vertragsregeln möglich ist.

1. *Vertragliche Begründung der Rückforderung*

Art. 109 Abs. 1 OR sieht vor, dass bei Rücktritt vom Vertrag das Geleistete zurückgefordert werden kann. Dies setzt allerdings einen „Rücktritt“ seitens des nicht befriedigten Gläubigers voraus, womit auf Art. 107 Abs. 2 OR Bezug genommen wird. Von einem Vorgehen des Angst i.S. dieser Regel wissen wir nichts. Schon gar nicht ist der Rücktritt, wie dort gefordert, „unverzüglich erklärt“ worden; er könnte wohl auch nicht in diesem Sinne nachgeholt werden. Daran darf aber die Rückforderung nach Art. 109 OR nicht scheitern. Die Forderung der Unverzüglichkeit bezieht sich auf den Zeitpunkt des Ablaufs einer dem Schuldner zur Erfüllung angesetzten Nachfrist i.S. von Art. 107 Abs. 2 OR, und Art. 108 OR dispensiert von der Nachfristansetzung u.a. für den Fall, dass „aus dem Verhalten des Schuldners hervorgeht, dass sie sich als unnütz erweisen würde“. Diese Voraussetzung ist vorliegendenfalls gegeben: In der Haltung der Schlau kann eine explizite Verweigerung der Leistung erblickt werden, und überdies behauptet sie, dass Lieferung binnen vereinbarter (und für den Angst „nützlicher“) Frist nicht möglich sei⁴. Wo keine Nachfrist anzusetzen ist, kann für die Abgabe der Rücktrittserklärung keine zeitliche Befristung bestehen. Eine explizite Rücktrittserklärung ist vorliegendenfalls wohl überhaupt entbehrlich bzw. muss in die Rückforderung der eigenen Vertragsleistung hineingelesen werden. Als Ergebnis folgt, dass Angst auf Grundlage des Vertragsrechts eine Forderung auf Rückerstattung des ihm abgelisteten Geldbetrages zusteht⁵.

2. *Bei eventuellem Nichtbestehen des Vertrages: Kondiktionsanspruch*

Die obigen Feststellungen sind rechtlich unproblematisch. Dass Linda vor Gericht *brutta figura* machen wird, ist gewiss, hindert aber keineswegs, dass

⁴ Es liegt keine „objektive“ Unmöglichkeit vor: Die Ware könnte hergestellt werden oder existiert bereits und wird vom Hersteller geliefert, wenn auch prioritär an andere Abnehmer, weshalb eine Berufung auf 119 Abs. 2 OR nicht in Frage kommt (anders allerdings, wenn sich die Andeutung der Schlau als richtig erweisen würde, dass der bestellte Gerätetypus im Sortiment des Herstellers nicht existiert; dazu Fn. 6).

⁵ Der Anspruch beruht auf Vertrags-, nicht auf Bereicherungsrecht (dazu gleich unten Ziff. 2) und geht, wie das Gesetz klar sagt, auf das „Geleistete“ (Art. 109 Abs. 1 OR) und keineswegs, wie im Falle des Kondiktionsanspruchs, bloss auf die noch vorhandene Bereicherung (Art. 64 OR; dazu noch unten Ziff. 3 und Fn. 10). Diese einzig mögliche Lesart von Art. 109 Abs. 1 OR wird (entgegen anderen Auffassungen) jetzt bestätigt in BGE 126 III 119 ff., bes. 122.

die Beweislast für das Bestehen eines Vertrages, auf den sich der Rückzahlungsanspruch stützt, bei Angst liegt. Von einer schriftlichen Fixierung der Abmachung über den Kauf der Geräte wissen wir nichts. Angst muss fürchten, dass die listenreiche Linda den Abschluss eines gültigen Vertrages überhaupt leugnen wird (ihre Zweifel an der Existenz des Produkts deuten in diese Richtung). Grund genug, die Eventualität des Fehlschlagens des Vertragsnachweises zu erörtern, weil damit die Sachverhaltsvariante erfasst wird, dass ein gültiger Vertragsschluss nicht erwiesen werden kann⁶.

Scheiden bei fehlendem Vertrag Ansprüche aus Art. 97 ff. OR aus, muss eine andere Anspruchsgrundlage gesucht werden. Das tückische Vorgehen der Schlau kann nicht als „unerlaubte Handlung“ i.S. von Art. 41 ff. OR qualifiziert werden, denn der Abschluss eines Vertrages ist, trotz der bösen Absicht der Nichterfüllung und des Vortäuschens der Erfüllung Geld zu erlisten, keine unerlaubte Handlung i.S. von Art. 41 ff. OR. Von Delikt sollte dann nicht gesprochen werden, wenn der Geschädigte und Verletzte die eingetretene Schädigung durch eigene Vermögensdisposition (hier die Geldzahlung ohne vorgängige Sicherstellung des Erhalts der Gegenleistung⁷) herbeigeführt hat.

Diese restriktive Auffassung von Art. 41 OR wird vielleicht nicht von jedermann geteilt werden. Indessen besteht vorliegendenfalls kein Anlass zu Versuchen eines ausweitenden Verständnisses des Deliktsrechts, weil das Kondiktionsrecht eine sichere Grundlage des Rückforderungsanspruchs anbietet: Es liegt ein klarer Fall einer Leistungskondiktion vor.

Der Gesetzgeber orientiert sich bei der Regelung der Leistungskondiktion (d.h. der Rückforderung einer vom Kondizierenden selber dem Beklagten erbrachten Leistung) in Art. 63 Abs. 1 OR am traditionellen Modell der *condictio indebiti* (franz. *condiction de l'indu*). Danach kann derjenige seine Leistung zurückfordern, der diese erbracht hat in der irrümlichen Annahme, er sei hierzu verpflichtet. Vorliegendenfalls kann man einen entsprechenden Irrtum bejahen, obwohl Angst vielleicht im Moment der Zahlung auf Grund des geschlossenen Vertrages tatsächlich eine entsprechende Zahlungspflicht hatte, wenn diese auch infolge Ausbleibens der Gegenleistung später entfiel. Überlegungen anzustellen, in welchem Zeitpunkt denn eigentlich die Zahlungspflicht des Angst erlosch, wären sinnlos, da keine klaren Kriterien zur Entscheidung dieser Frage zu erkennen sind und es darauf auch nicht ankommen darf. Die von Art. 63 Abs. 1 OR miterfasste (justinianische) *condictio causa data causa non secuta* (oder auch *condictio ob causam datorum*) veranschaulicht die Rechtslage besser, und sie ist vom Zeitpunkt des Dahinfallens der Pflicht unabhängig: Deren Sinn geht dahin, dass das, was im Hinblick und unter der Voraussetzung eines bestimmten Erfolges gege-

⁶ Dies wäre etwa der Fall, wenn sich der bei Angst bestellende Kunde in der Tat getäuscht hätte und das geordnete Gerät Typ „Tel-Met 712“ gar nicht besteht. Gewiss ist, dass diesfalls kein Vertrag bestünde, mag man Unmöglichkeit der Erfüllung des geschlossenen Vertrages (Art. 20 Abs. 1 OR) oder aber mangelnden Konsens hinsichtlich des zu liefernden Gerätes annehmen.

⁷ Eine Prüfung der Richtigkeit der Lieferung ist z.B. üblich bei Akkreditiven, bei denen die Zahlung sehr oft nicht bloss vom Nachweis der Versendung, sondern auch von einer Bestätigung des Inhalts der Sendung durch einen Warenprüfer abhängig gemacht wird.

ben wurde, bei Ausbleiben dieses Erfolges (hier: Lieferung der Geräte) zurückgefordert werden kann. Ein Anspruch des Angest. aus ungerechtfertigter Bereicherung ist unzweifelhaft gegeben, welchem Typus der Kondiktionsansprüche man ihn auch zuordnen wolle.

3. *Exkurs:*

Bereicherungsansprüche sind in der Schweiz immer mit zwei hier wenigstens anzudeutenden Problemen belastet:

- Nach Art. 67 OR *verjähren* Kondiktionsansprüche in einem Jahr. Diese singuläre, im Ausland nirgends anzutreffende Regel, die erst in der Revision des Jahres 1911 ins Gesetz eingefügt wurde, ist -insbesondere im Zusammenhang missglückter Vertragsbeziehungen- ganz unangemessen, und der Schreiber hofft auf eine gelegentliche Beseitigung dieser durch nichts zu rechtfertigenden Regel. Heute ist sie wenigstens so restriktiv als möglich zu interpretieren⁸. Bei jetziger Rechtslage ist es jedoch notwendig, den Angest. für die Geltendmachung seines Kondiktionsanspruchs zur Eile zu mahnen.
- Der Kondiktionsanspruch bezieht sich in der Schweiz (Art. 73 aOR⁹ und heute noch deutlicher Art. 64 OR) wie auch in Deutschland (§ 818 Abs. 3 BGB) nicht auf das Empfangene, sondern wird auf die im Zeitpunkt der Rückforderung noch vorhandene Bereicherung beschränkt (die Gewährung der „Entreicherungseinrede“)¹⁰. Vorliegendenfalls ist eine

⁸ Erleichterung ist etwa möglich durch Annahme des Beginns des Fristenlaufs nach Art. 67 Abs. 1 OR („von seinem Anspruch Kenntnis“) in einem möglichst späten Zeitpunkt. Vgl. zu dieser Regel im allgemeinen BUCHER in ZSR 102 (1983) II 280 sowie *derselbe* in ZEuP 2000, 498 (beide abrufbar unter <www.eugenbucher.ch>, Nr. 29, 75).

⁹ In den Entwürfen, die auf MUNZINGER zurückgehen, ist die Beschränkung des Anspruchs auf die noch vorhandene Bereicherung in heutiger Form noch nicht vorgesehen: Vgl. E. 1870/71 Art. 117 und 87; E. 1877 Art. 112 und 81. Die Regel von Art. 64 OR findet sich erstmals im Departmentalentwurf von 1879 (Art. 81). Die Nachfolger MUNZINGERS teilten nicht dessen Statur und haben verschiedenen Orts verschlimmbessert.

¹⁰ Die Beschränkung der Kondiktion auf die noch vorhandene Bereicherung wie in der Schweiz und Deutschland ist eine Ausnahmeerscheinung und sonst kaum anzutreffen. Die Entreicherungseinrede war im alten Rom nicht bekannt; sie findet sich weder im ALR (I, 16, §§ 166-198) noch im französischen CC (Art. 1376-1381 und in der Folge auch kaum je in den diesem nachfolgenden Kodifikationen; dazu unten Fn. 12) und fehlt auch im ABGB (§§ 1431-1437). Als erste Kodifikation geht das PGB des Kantons Zürich von 1855 (§§ 1216-1234) einen Schritt in Richtung der Beschränkung der Rückerstattung auf die noch vorhandene Bereicherung. Die Regelung des PGB bezieht sich jedoch nur auf im Gesetz umschriebene Fälle (Ansprüche gegen den Geschäftsunfähigen [§ 1227], Rückerstattung des unter Voraussetzung des Eintritts eines bestimmten Erfolgs Gegebenen [§ 1229], Erwerb auf Kosten des Entreicherten [§ 1234]). Wohl nach diesem Vorbild fügt der Dresdener Entwurf (1866) etwas versteckt eine Generalklausel ein: „Hat sich der Empfänger der Leistung in gutem Glauben befunden, so haftet er nur so weit, als er zur Zeit der Anstellung der Rückforderungsklage noch bereichert ist“, die dann aOR und BGB beeinflussen. – Zur Geschichte der Entreicherungseinrede vgl. WERNER FLUME, in FS für H. Niedermeyer, Göttingen 1953, S. 103-176.

Entreicherung (d.h. zufälliger Verlust der Schläu des von ihr zu Unrecht erhaltenen Geldbetrages) nicht leicht vorstellbar, aber auch nicht ganz ausgeschlossen¹¹. Mag eine derartige Variante unwahrscheinlich sein, kann sie doch die Unangemessenheit der Entreicherungseinrede (wenigstens in Fällen der Verwerflichkeit der Herbeiführung des Kondiktionsstatbestandes wie hier) vor Augen führen.

II. Verrechnungseinrede seitens der Linda Schlau ?

A. Zur Ausgangslage und Fragestellung

Angst besitzt einen klaren Rückforderungsanspruch, der im Prozess wohl auch gar nicht bestritten werden wird. Weniger gut sieht es für ihn aus, wenn wir bedenken, dass Linda Schlau seiner Forderung auf Rückzahlung ihre Forderung aus früheren Lieferungen entgegenstellt. Dies kann nichts anderes bedeuten, als dass sie ihre Rückleistungsschuld als durch Verrechnung mit ihren seit langem bestehenden Forderungen aus früheren Lieferungen getilgt erklärt. Sie wird m.a.W. in einem Prozess die Verrechnungseinrede erheben, und wenn sie damit durchdringt, hat sie ihre Schuld getilgt. Zwar ist die Schuld des Angst kleiner geworden, aber das dringend benötigte Geld erhält er nicht.

Wenn wir allein den Gesetzeswortlaut betrachten, ist nach Verrechnungsrecht (Art. 120-126 OR) vorliegendenfalls Verrechnung möglich (dazu noch lit. B). Bereits im heutigen Zeitpunkt, d.h. noch vor Prozesseinleitung seitens des Angst, müsste man eigentlich dessen Forderung als durch Verrechnung getilgt betrachten. Zwar treten die Verrechnungswirkungen (Untergang je der sich gegenüberstehenden Forderungen) nicht wie im französischen Code Civil und vielen ihm in diesem Punkte folgenden anderen Kodifikationen *ipso iure*, d.h. automatisch mit dem Eintritt der „Verrechnungslage“ (sc. dem Gegenübertreten der beiden Forderungen) ein¹², sondern es wird eine Verrechnungserklärung des einen oder des anderen Verrechnungsgegners vorausgesetzt (Art. 124 Abs. 1 OR)¹³. Eine solche ist

¹¹ Denkbar ist immerhin Beraubung des Kuriers oder Konkurs des Kurierunternehmens, das die Fr. 78'500.-- zwar kassiert hat, aber nicht mehr abliefern kann oder dgl.

¹² Franz. CC Art. 1290: „La compensation s'opère de plein droit par la seule force de la loi même à l'insu des débiteurs ...“. So bereits ALR I (16 § 301), dann (geordnet nach Chronologie der Entstehung der Kodifikationen) im ABGB (§ 1438); CC Chile (Art. 1665); CC Argentinien (Art. 819); Colombia CC (Art. 1715); Brasilien CC (Art. 1010); CC Mexiko (Art. 2185 ff.); Spanien CC (Art. 1195); CC Italien (Art. 1241 und 1242), sowie viele andere. Die Verrechnungswirkungen treten regelmässig erst ein mit Fälligkeit beider Forderungen.

¹³ So als erste Kodifikation ZH/PGB § 1049-1052, dann der Dresdener Entwurf (Art. 362), aOR Art. 138; BGB § 388; Japan BGB Art. 505; China/Taiwan CC Art. 335; Thailand CC sec. 342; Portugal CC Art. 847/48; Niederlande, rev. BGB (Buch 6 Art. 127). Diese Gesetzbücher verzichten aber durchwegs auch auf die Voraussetzung der Liquidität der zur Verrechnung gestellten Forderung, was Problemen ruft (dazu unten lit. E und Fn.24-29; Fn.30).

sinngemäss in der Erklärung der Schlau enthalten, dass sie das Geld „auf seine Schuld anrechnen werde“¹⁴.

Das Ergebnis, dass Angst das ihm abgelistete Geld nicht zurückerhält, ist inakzeptabel: Auch wenn man für säumige Schuldner wie Angst keine Sympathie aufbringt und sogar Verständnis für die Schlau finden kann, die vielleicht nach vielen Vertröstungen die Geduld verlor, kann so etwas nicht hingenommen werden. Angst ist mit List und Tücke eine Zahlung abgetrogen worden, und er riskiert infolge der Unmöglichkeit zeitiger Rückzahlung des fraglichen Betrages den Konkurs, der sonst vielleicht nicht eingetreten wäre. Im Konkursfall stehen auch die Interessen der übrigen Gläubiger auf dem Spiel, denen gegenüber sich die Linda durch die Erlistung der Zahlung einen Sondervorteil verschaffte.

B. Unbehelflichkeit der Verrechnungs-Ausschlussgründe von Art. 125 OR

Kann dem Gesetz für vorliegenden Fall entnommen werden, dass Linda Schlau ausnahmsweise nicht soll verrechnen können? Die Ausschlussgründe des Gesetzes werden in Art. 125 OR aufgelistet. Von den drei genannten Positionen fallen von vornherein die Ziffern 2 und 3 ausser Betracht. Aber auch Ziffer 1 passt hier nicht, denn sie bezieht sich auf Sachleistungsforderungen und spricht von der „Verpflichtung zur Rückgabe“ von „widerrechtlich entzogenen oder böswillig vorenthaltenen Sachen“; es wird von *Rückgabe*, nicht von *Rückzahlung* gesprochen¹⁵. Die explizite Beschränkung auf Sachleistungsforderungen wird nicht aus der Welt geschafft, wenn Doktrin und Praxis versuchen, sie auch auf Geldforderungen zu übertragen¹⁶. Die Regel ist, wenn wortgetreu verstanden, auf unseren Fall, in welchem es um Geldforderungen geht, nicht anwendbar.

¹⁴ Genau besehen wird damit erklärt, auf welche seiner Schulden die Zahlung des Angst angerechnet werden soll. Darüber hat allerdings nicht die Schlau, sondern Angst zu entscheiden (Art. 86 Abs. 1 OR). Sinngemäss sagt sie aber gleichzeitig auch: Ich zahle nicht zurück, weil Du mir eh so viel (und noch mehr) schuldest. Will man das nicht bereits als Verrechnungserklärung gelten lassen, wird sie eine solche gewiss im Prozess abgeben.

¹⁵ Die Doktrin zum wortgleichen Art. 132 aOR liest diese Bestimmung ganz im Sinne der Ausrichtung und Beschränkung von Ziffer 1 auf Sachleistungs-Forderungen: Prof. A. SCHNEIDER (Zürich), Schweiz. Obligationenrecht, 3. Aufl. 1893, ad Art. 132 zu Ziff. 1: „Verpflichtung zur Rückgabe einer Sache ist keine Geldschuld und der Ausschluss der Compensation für diesen Fall daher auch keine Ausnahme von der Regel (KÖNIG)“; diese Autoren scheinen das Institut der Verrechnung ganz grundsätzlich auf Geldforderungen zu beschränken, so dass sie Ziff. 1, weil auf Sachen bezogen, nicht als zum Verrechnungsrecht gehörig betrachten.

¹⁶ So etwa BGE 51 II 448 f. und ZR 73/1974, Nr. 111 und dort zitierte BGE, welche Entscheidungen unzulänglich begründet, im Ergebnis jedoch sehr billigenswert sind.

C. Kodifikationsgeschichtlicher Hintergrund von Art. 125 Ziff. 1 OR (zum Vergleich: § 393 BGB)

Ziffer 1 von Art. 125 OR ist schwer verständlich: Verrechnung setzt Gleichartigkeit der sich entgegenstehenden Forderungen voraus, welche bei Geld gleicher Währung immer geben ist, im Zusammenhang mit Sachen i.e.S. aber nur bei Gattungsschulden bestehen kann, wo sich aber kaum Anwendungsfälle denken lassen¹⁷.

Eine Erklärung für die heutige enigmatische, da in wörtlichem Verständnis so gut wie sinnlose Formel von Art. 125 Ziff. 1 OR, findet sich bis zu einem gewissen Grade in deren Vorgeschichte. Wir müssen uns in die Entstehungsgeschichte des aOR hineinwagen¹⁸. Der von WALTHER MUNZINGER geschaffene Entwurf von 1870/71 (Art. 191) enthält folgende Bestimmung: „Die Kompensation findet nicht statt gegen eine Forderung auf Erstattung des Werthes einer widerrechtlich entzogenen Sache“; gleich auch noch die nach dem Tode MUNZINGERS (April 1873¹⁹) erschienenen Entwürfe von 1875 und 1877 (in beiden Art. 179). Diese Formel ist Vorläuferin und Anlass unserer Ziffer 1 von Art. 125 heutiges OR. Der Departemental-Entwurf von 1879 enthält in Art. 140 erstmals die Vorläufernormen zu

¹⁷ „Ersatz“ gemäss Ziff. 1 meint grundsätzlich „Realersatz“, nicht Schadenersatz in Geld. - Verrechnung kommt praktisch nur bei Geldforderungen in Betracht und wird allgemein nur auf solche bezogen (dies sogar in der Doktrin, vgl. Fn. 15). Auf der Ebene von Sachleistungsforderungen müssten z.B. Kartoffeln o. dgl. geschuldet sein und der Gläubiger zu Lasten des Schuldners einen Posten gleicher Sache unzulässigerweise behündigt haben, dass überhaupt an Verrechnung gedacht und diese i.S. von Art. 125 Ziff. 1 OR ausgeschlossen werden könnte. Am ehesten mag in der Praxis vorkommen, dass der Käufer von Erdöl o. dgl. gleichzeitig auch Erdöl für den Verkäufer verwahrt, und angesichts ausstehender Lieferung das hinterlegte Quantum als Leistung beansprucht (d.h. seinen Lieferungsanspruch gegen den Herausgabeanspruch des Verkäufers/Deponenten verrechnet), was allerdings bereits in Art. 472-475 OR deutlich genug ausgeschlossen wird. Der Ausschluss der schon von der Sachlogik her kaum je in Betracht fallenden Verrechnung von sich entgegenstehenden Sachleistungsforderungen ist, vorsichtig gesagt, skurril.

¹⁸ Die im Folgenden zitierten Materialien zum aOR wie auch dessen Text selber, dem zum Verständnis unseres heutigen Gesetzes grosse Bedeutung zukommt, sind glücklicherweise seit kurzem leicht zugänglich: Ausgabe von URS FASEL, Handels- und obligationenrechtliche Materialien, Bern 2000. Hier interessieren: Entwurf 1870/71 (S. 555 ff.); Entwurf 1875 (S. 701 ff.); Entwurf 1877 (S. 867 ff.); Departemental-Entwurf 1879 (S. 1051 ff.). Am bedeutsamsten ist natürlich der Text des aOR selber (S. 1277 ff.).

¹⁹ MUNZINGER starb im Alter von kaum 43 Jahren. Sein hoher Rang als Jurist und seine grossen Verdienste um unser Obligationenrecht sind heute der schweizerischen Juristenschaft nicht angemessen bewusst. Vgl. dazu die neuen Forschungen von FASEL zur Person WALTHER MUNZINGERS: Memoria Munzinger, Zum privatrechtlichen Wirken, Diss. Bern 2001 (Selbstverlag), eine erweiterte Darstellung, welche auch das Wirken Munzingers in anderen Bereichen sichtbar machen, dessen wissenschaftliche Beziehungen zu Zeitgenossen schildern und damit das Bild der schweizerischen Jurisprudenz im 19. Jahrhundert überhaupt erhellen will, soll demnächst erscheinen („Bahnbrecher Munzinger“, Verlag Paul Haupt, Bern).

Ziff. 2 und 3; unsere Ziffer 1 ist zwar umformuliert, bleibt aber auf Geld bezogen²⁰.

Der Regel MUNZINGERS kann der später entstandene § 393 des BGB zur Seite gestellt werden: „Gegen eine Forderung aus einer vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung ist die Aufrechnung nicht zulässig“. Es wird hier der gleiche Gedanke verwirklicht, wenn auch nicht beschränkt auf Forderungen aus Sachentzug, sondern zweckmässigerweise erstreckt auf alle Deliktsobligationen. Das macht sehr guten Sinn²¹.

D. Exkurs: Methodische Überlegungen zum Abweichen vom Gesetztext

§ 393 BGB nennt einen Verrechnungsausschlussgrund, der so sehr überzeugt, dass nicht einzusehen ist, weshalb Gleiches nicht auch in der Schweiz gelten sollte. Aber darüber hinaus lassen sich noch weitere im Gesetz nicht genannte Fälle denken, in denen Verrechnung nicht zulässig sein kann; dafür ist jedenfalls die Auseinandersetzung Angst/Schlau ein Beispiel. Dürfen wir nach weiteren Ausschlussgründen suchen, nachdem der Gesetzestext für solche keinen Platz lässt? Das Abweichen von wörtlicher Anwendung des eindeutigen Gesetzestextes ist nicht leichthin zu gestatten.

Überlegungen zur Frage ausnahmsweise zulässiger Abweichung vom Gesetztext müssen beim Gesetz selber beginnen. Zuerst die Feststellung, dass Gesetz nicht gleich Gesetz ist, und nicht alle gesetzlichen Bestimmungen gleich viel Respekt fordern. Der Respekt muss so weit gehen, als ein klarer rechtlicher Gestaltungswille des Gesetzgebers erkannt werden kann. Er findet dort seine Grenze, wo man nicht mehr weiss, was der Gesetzgeber tatsächlich gewollt hat, und wenn Zweifel beginnen, ob dieser die nach seinem Gesetz sich ergebende Lösung auch wirklich wünschen konnte. Dürfen wir aus dem Fehlen expliziter Ausnahmen schliessen, dass die Leute, welche das aOR und damit das heute geltende OR geschaffen haben, in Fällen wie dem hier vorgelegten wirklich Verrechnung zulassen wollten? Die Frage kann nur verneint werden.

Alle modernen Kodifikationen sind bloss stark verkürzte Darstellungen des Rechts, weil der Gesetzgeber zu Generalisierung und zur Beschränkung auf allgemeine Grundsätze gezwungen ist. Dies wird besonders deutlich im Obligationenrecht: Einige Bereiche geben uns eine so sehr simplifizierte Normierung, dass

²⁰ Der Entwurf des Justiz- und Polizeidepartementes vom Juli 1879 umschreibt, wie heute Art. 125 OR, in drei Ziffern die Verbindlichkeiten, die nicht „wider Willen des Gläubigers“ durch Verrechnung getilgt werden können. Ziffer 1 lautet noch: „Verpflichtungen zum Ersatze widerrechtlich entzogener oder böswillig vorenthaltener Sachen“, was immer noch auf Geldforderungen bezogen ist; der unsinnige Schritt weg von sachbezogenen Geldersatzforderungen hin zur Verrechnung von Sachleistungsforderungen selber wird offenbar erst im Rahmen der parlamentarischen Beratung getan.

²¹ Der Sinn dieser Norm wird leicht ersichtlich, wenn man sich einen Gläubiger einer nicht einbringlichen Forderung vorstellt: Ohne entsprechende Ausschlussnorm könnte er seinem Schuldner nach Lust und Laune Schaden zufügen, die daraus resultierenden Forderungen auf Schadenersatz jedoch abwehren durch Verrechnung mit seiner wertlosen Gegenforderung.

es Mühe bereitet, den Gesetzestext ernst zu nehmen. Das ist wohl am spektakulärsten im Bereicherungsrecht, wo bereits die römischen Quellen, denen wir dieses Institut überhaupt verdanken, einen Text geben, der fünfzig Mal umfangreicher ist als die wenigen Artikel des Gesetzes²². Angesichts des Umfangs der sich potentiell stellenden Rechtsfragen haben wir beinahe ein Nichts vor uns; jedenfalls besteht Gewissheit, dass die an der Gesetzgebung Beteiligten nicht annehmen konnten, mit ihren wenigen Bemerkungen eine abschliessende Regelung dieses so überaus komplexen Rechtsgebietes zu geben. Nicht viel anders präsentiert sich auch das Kompensationsrecht der Art. 120 – 126 OR. Vor diesem Hintergrund ist es nicht ein Sakrileg, die Frage aufzuwerfen, ob hier ein Abweichen von der sich aus dem Gesetz folgendenden Regel zulässig sei durch Schaffung zusätzlicher Grundsätze (hier: weitere Beschränkungen der Kompensationsmöglichkeiten). Da der Gesetzgeber meist keine Neuerungen suchte, sondern viel eher bloss bisheriges bewährtes Recht festschreiben wollte²³, muss unser Blick in die Vergangenheit gehen.

E. Kompensation in der Rechtsüberlieferung

Im römischen Recht, das uns auch im Verrechnungsrecht die Grundlagen geliefert hat²⁴, war die *compensatio* ursprünglich eine Einrichtung des Prozessrechts. Sie ist im Umfeld des Verbots des Überklagens zu sehen, welche Regelung auf Opportunität im Prozess ausgerichtet ist und den Beklagten schützen will. Dieser soll nicht zum Zahlen verpflichtet werden, wenn er gleichzeitig selber Geld (zurück-) zu fordern hat²⁵; er soll nicht bezahlen müssen unter dem Risiko, seinerseits seine Gegenforderung nicht durchsetzen zu können. Auch der Gedanke des Rechtsmissbrauchs kommt ins Spiel, und eingebürgert ist etwa die Formel *dolo facit, qui petit, quod redditurus est* (missbräuchlich handelt, wer fordert, was er wird zurückgeben müssen).

So einleuchtend der rechtliche Mechanismus der Verrechnung ist, so sehr ist er mit der Gefahr von Missbräuchen belastet, wie unser Fall deutlich genug zeigt. Die gesamte ältere Rechtsüberlieferung von den römischen Quellen bis hin zur Pandektistik des 19. Jahrhunderts ist von Vorsicht geprägt und bemüht sich um

²² Zur Kondiktion vorab Dig. 12, 4 -7 und Dig. 13, 1-3; Codex 4, 5-8. Dazu die im Lauf der folgenden Jahrhunderte angestellten Überlegungen, welche eine kaum mehr zu überblickende Masse weiterer Differenzierungen gebracht haben.

²³ Am besten, ehrlichsten und für uns heute am verständlichsten hätte er in das Gesetz geschrieben: „Obligationen können entstehen aus ungerechtfertigter Bereicherung. Was das im Einzelfall bedeutet, folgt aus bewährter Literatur und Rechtsprechung.“ So kann aber (fast möchte man sagen: leider) ein Gesetz nicht lauten, sodass die Redaktoren sich auf einige andeutende Kurzformeln einigen mussten, die von vornherein kein richtiges Bild geben und Missverständnisse veranlassen (vgl. dazu auch E. BUCHER, Gesetzeslücke – *quid?*, Jusletter 8.5.2000 bzw. <www.eugenbucher.ch> Nr. 74).

²⁴ Zu *compensatio* Dig. 16, 2 und Codex 4, 31 (beide *de compensationibus*).

²⁵ So Dig. 16, 2, 3 (POMPONIUS): *Ideo compensatio necessaria est, quia interest nostra potius non solvere quam solutum repetere* (das Institut der Verrechnung ist sodann deshalb nicht zu entbehren, weil es eher in unserem Interesse ist, gar nicht zu zahlen, als Bezahltes zurückzufordern).

die notwendigen Beschränkungen. Es wird erkannt, dass die Forderung des Schuldnerschutzes und der Prozessökonomie einerseits, die Missbrauchsverhütung andererseits eine wertende Beurteilung des Einzelfalles unumgänglich machen. Auf dieser Linie liegt denn auch die wohl seinerzeit allgemeine Auffassung umschreibende Formel von BRUNNEMANN, welche das Institut der Verrechnung aus der *aequitas* (in zeitgenössischem naturrechtlichem Verständnis) ableitet²⁶.

Als ein die Verrechnungen einschränkender Grundsatz wurde bereits der Ausschluss der verrechnungsweisen Tilgung der Deliktsforderungen (§ 393 BGB) genannt. Gleiches muss indessen auch für durch Zufall entstandene Forderungen gelten; bei aus Versehen erfolgten Zahlungen auf ein Konto soll nicht der Rückforderungsanspruch des Zahlenden seitens des Empfängers durch Verrechnung mit zufällig bestehenden Gegenforderungen getilgt werden können²⁷.

Im Rahmen der Verrechnungsbeschränkungen ist wichtiger als alles andere die Voraussetzung, dass die zur Verrechnung gestellte Forderungen *liquide* sei. Sie geht bis ins Altertum zurück und wird von JUSTINIAN festgeschrieben in einer Formel, welche die seitherige Theorie und Praxis bestimmt hat und das heutzutage geltende und praktizierte Recht (soweit dieses gut ist) vorwegnimmt. Nach Anordnung der Zulassung der Kompensation und deren *ipso iure*-Wirkung heisst es bei ihm: *Ita tamen compensationes obici iubemus, si causa ex qua compensatur liquida sit et non multis ambagibus innodata, sed possit iudici facilem exitum sui praestare*²⁸. In der Rezeptionszeit schwankt das Mass der geforderten Liquidität bzw. der Umfang der in Kauf zu nehmenden *ambages* (Verwirrung, Ursache von Weitläufigkeiten), aber in der einen oder anderen Form lebt dieser Grundsatz in der Literatur²⁹ weiter und bestimmt die heutigen Kodifikationen: Die in naturrechtlicher Tradition stehenden bzw. dem französischen CC folgenden Gesetze, welche die Verrechnungswirkungen *ipso iure*, d.h. bei Gegenübertreten der Forderungen automatisch eintreten lassen³⁰, knüpfen diese an die Voraussetzung der

²⁶ JOHANNES BRUNNEMANN (1608-1672), in Pandectas (hier zit. Ausgabe Köln 1762, hrgg. von Samuel Stryk) ad Dig. 16, 2, 6 (N. 1): *Ius compensandi originem trahit ex ipsa aequitate naturali*.

²⁷ In diese Richtungweisend ZR 73 (1974) 111 und dort zitierter BGE; BGE 51 II 448.

²⁸ 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).

²⁹ BENEDIKT CARPZOV (1595-1666), Definitiones I, const. 8 def. 5 n. 1; SAMUEL STRYK (1640-1710), Usus modernus Pandectarum, ad. Dig. 16, 2 N. § IV: *neque enim liquidi cum illiquido potest esse compensatio*. ULRICUS HUBER (1636-1694), Praelectiones – ad Pandectas, Dig. 16, 2 N. 3. – Auf dieser Linie etwas abgeschwächt auch noch die Pandektistik (so etwa WINDSCHEID, Pand. II § 350 Ziff. 5).

³⁰ F/CC Art. 1291 Abs. 1: „La compensation n’a lieu qu’entre deux dettes [...] qui sont également liquides et exigibles“. – Diese Regel wirkt auf den heutigen Juristen (wie vieles des Code Civil) zwiespältig: Einerseits eine grosse Leistung, dieses traditionelle, wichtige Element in die Moderne (wenn auch nicht in unser OR) herübergerettet zu haben, andererseits gegenüber dem Vorbild Justinians eine bedauerliche Primitivisierung: Es wird nicht bloss, wie von Justinian, Liquidität

Liquidität der Forderungen. Dieses Liquiditätserfordernis in seiner justinianischen Relativierung lässt sich bereits im ALR, aber auch in neuen Gesetzen wie dem CC Italiens wieder erkennen³¹; dieser Grundsatz sollte heute allgemein (und auch in der Schweiz) anerkannt werden. Das Liquiditätsrequisit verhindert viele der mit der Verrechnung ermöglichten Missbräuche (zu solchen auch unten lit. G).

Ein Blick ins Ausland und ein solcher in die Vergangenheit führen uns vor Augen, dass das schweizerische OR und das mit etwas Abstand folgende BGB³² die Verrechnung sehr viel freigebiger als alle anderen Gesetze zulassen und traditionelle, erprobte Schranken beiseite schieben. Das Institut der Verrechnung ist hier allzu unkritisch ausgestaltet, die Fälle notwendigen Ausschlusses sind nicht hinreichend bedacht und bloss unzulänglich normiert. Der hier behandelte Fall Angst-Schlau war gewiss nicht in die Betrachtungen des helvetischen Gesetzgebers einbezogen gewesen, andernfalls jedoch sicher zu den Fällen des Verrechnungsausschlusses geschlagen worden. Im vorliegenden Fall spricht alles gegen die Zulassung der Verrechnung. – Die gesetzliche Normierung der Verrechnung des OR ist wie jene der meisten Kodifikationen übersimplifiziert und bedarf der Differenzierung, was in unserem Zusammenhang bedeutet, dass die Anerkennung sachlich geforderter weiterer Ausschlussgründe als zulässig gelten muss.

F. Exkurs: Warum nicht einfach Berufung auf Art. 2 Abs. 2 ZGB ?

Zu ähnlichem Ergebnis würde Art. 2 Abs. 2 ZGB führen, wenn man die Verrechnungseinrede seitens der Linda Schlau als rechtsmissbräuchlich qualifizieren wollte. Dies wäre einfacher. Aber gerade, weil dieses Argument so simpel ist und vorliegendenfalls Sachargumente weder fordert noch zulässt, wäre die Anrufung von Art. 2 ZGB schon fast so etwas wie eine intellektuelle Insolvenzerklärung.

Vor allem muss festgehalten werden, dass diese Regel (die keine schweizerische Erfindung darstellt, sondern sich in der einen oder anderen Form in allen modernen Kodifikationen findet und in jedem Fall in der Tradition der römischen *exceptio doli*, der Arglisteinrede steht) heute nur in einer Minderzahl der Fälle wirklich

der Verrechnungsforderung, sondern für beide Forderungen verlangt (dies in schematischer Durchführung des Konzepts des *ipso iure*-Eintritts der Verrechnungswirkungen, welche nach dem Verständnis des CC eine Unterscheidung zwischen Haupt- und Verrechnungsforderung ausschliesst). In der Praxis macht dies keinen Sinn, denn bei Unstreitigkeit beider Forderungen sind die Parteien in Minne und stehen nicht im Prozess, weshalb des Prinzip gar nicht wortgetreu anwendbar ist.

³¹ ALR I, 16 § 359 setzt voraus, dass die zur Verrechnung gestellte Forderung „nach den Vorschriften der Prozessordnung sofort liquide gemacht werden kann“, während der italienische CC, Art. 1243/II, „facile e pronta liquidazione“ verlangt, d.h. Möglichkeit leichten und raschen Nachweises der vorerst bestrittenen Forderung. Dies ist auch die Regel, die vorab bei Schiedsverfahren beobachtet wird; vgl. dazu folgende lit. G.

³² Der Vorsprung des BGB gegenüber dem OR hinsichtlich der Differenzierung der Ausschlussgründe liegt im bereits genannten § 393 BGB, der es untersagt, eine aus „einer vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung“ resultierende Forderung durch Verrechnung zu tilgen. In Deutschland wäre es daher vielleicht denkbar, unter Berufung auf § 393 BGB durch ausweitung des Verständnis der „unerlaubten Handlung“ bzw. sog. „Gesetzesanalogie“ die Aufrechnung in unserem Sachverhalt auszuschliessen.

ein vorwerfbares Verhalten des sog. rechtsmissbräuchlich Handelnden zum Anlass hat, sondern meist eine inhaltlich misslungene gesetzliche Anordnung korrigiert³³. Der Vorwurf des Rechtsmissbrauchs kann in vielen Fällen so gelesen werden, dass die angeblich missbräuchliche Rechtsposition zwar gesetzeskonform, aber, infolge Mängel des Gesetzes, abzulehnen ist: Die Ablehnung gilt nicht dem Verhalten des rechtsmissbräuchlich Handelnden, sondern der von ihm angerufenen Rechtsregel. Selbst in vorliegendem Fall muss gelten, dass Linda Schlau (wie man auch über ihre Zustellung von Pflastersteinen gegen Nachnahme denken mag) bei der Geltendmachung der Verrechnung nichts anderes tut als von einer jedermann offen stehenden gesetzlichen Befugnis Gebrauch zu machen. Die Wissenschaft sollte sich beim Thema Rechtsmissbrauch weniger um die Missbilligungswürdigkeit des vorgekommenen Verhaltens kümmern und mehr die Korrekturbedürftigkeit der jeweils in Anspruch genommenen gesetzlichen Regeln ins Auge fassen. Gefragt werden soll, in welchen Fällen es böse ist, sich auf das Gesetz zu berufen, und erforscht werden soll, wo Rechtsregeln in einem Masse fragwürdig sind, dass man sich anständigerweise gar nicht auf diese berufen darf, und zu suchen sind die Gründe und die Möglichkeiten, Abhilfe zu schaffen. Es ist nicht ganz fair, den sich auf geltendes Gesetz Berufenden mit einem moralischen Vorwurf zu belasten, um nicht am Gesetzgeber Kritik üben zu müssen.

G. Anhang und Exkurs: Weitere Sachverhalte, welche einen Ausschluss der Verrechnung fordern

Wir haben die Einsicht gewonnen, dass die Ausschlussgründe von Art. 125 OR nicht als abschliessend betrachtet werden dürfen. Fälle wie der oben besprochene kommen nicht häufig vor, sodass diese Feststellung als wenig bedeutsam erscheinen könnte. Demgegenüber soll zum Schluss gezeigt werden, dass das Thema der Verrechnungsbeschränkung praktisch relevant und aktuell ist, beträchtliche Reichweite hat und nicht zuletzt in der heute so bedeutsamen internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit³⁴ eine erhebliche Rolle spielt: Es geht um die Frage der Zulässigkeit der Verrechnung vor einem Gericht, das zwar zur Beurteilung der eingeklagten Hauptforderung, nicht aber der zur Verrechnung gestellten Gegen-

³³ So wird etwa gesagt, dass (im Gegensatz zur Berufung auf die eigene Geschäftsunfähigkeit) die Anrufung der Geschäftsunfähigkeit des Vertragspartners unzulässig sei, da dies einen Rechtsmissbrauch darstellen würde. Diesfalls liegt jedoch nicht ein Rechtsmissbrauch des Betroffenen, sondern verfehltes „normatives Denken“ des Gesetzgebers vor, der die Geschäftsfähigkeit als Geltungsvoraussetzung der Verträge konzipiert, die nur entweder für beide Parteien gegeben sein oder fehlen kann (in der Schweiz Art. 18 ZGB, im Ausland meist ähnlich), während richtigerweise dem zu Schützenden ein Verteidigungsmittel, eine Einrede gewährt werden müsste, welche dem Gegner zum vornherein nicht zusteht. Vgl. dazu auch den franz. CC Art. 1125 sowie BK-E. BUCHER, N. 171 ff. zu Art. 17/18 ZGB; *derselbe*, für mehr Aktionendenken, AcP 186 (1986) 1 ff. [www.eugenbucher.ch Nr. 39].

³⁴ Grenzüberschreitende Verträge von einiger Bedeutung ohne Schiedsklausel sind heute zur Seltenheit geworden, weshalb denn auch die Handelsschiedsgerichtsbarkeit ein wichtiges Element des internationalen Handels und Leistungsaustauschs (einschliesslich der Ausführung von Bauvorhaben usw.) darstellt und zum anwaltlichen *big business* gehört.

forderung zuständig ist³⁵. Mangels eines entsprechenden Vorbehalts in Art. 125 muss die Frage nach OR bejaht werden: Mit der Erklärung der Verrechnung wird die Hauptforderung im Umfang der Gegenforderung vernichtet, und das zur Beurteilung der Hauptforderung zuständige Gericht kann über diese nicht entscheiden, ohne gleichzeitig über den Bestand oder Nichtbestand der Verrechnungsforderung zu befinden. Nun ist aber der Zwang, sich gegenüber einer Gegenforderung vor einem in dieser Sache nicht zuständigen Gericht verteidigen zu müssen, dem Kläger nicht zumutbar.

Das Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit³⁶ sieht keinen anderen Ausweg, als in seinem Art. 29 vorzusehen, dass bei Geltendmachung der Verrechnung einer nicht in die Zuständigkeit des Schiedsgerichts fallenden Gegenforderung das Schiedsverfahren bis zum Entscheid über die Gegenforderung durch die kompetente Instanz auszusetzen sei. Dies ist eine Regel, welche dem Beklagten grossartige Möglichkeiten der Prozessverschleppung bietet und daher grösste Bedenken weckt³⁷. Das Kapitel 12 des IPRG, dem die internationalen Schiedsverfahren unterstellt sind, statuiert keine entsprechende Regel und lässt die Frage ganz offen, was bei gesetzessystematischem Rechtsverständnis Zulassung der Verrechnung, d.h. Schaffung der Zuständigkeit eines an sich unzuständigen Gerichts zur Beurteilung der zur Verrechnung gestellten Gegenforderung bedeuten würde. Die Praxis folgt dieser Regel nur mit Zurückhaltung: Bei Verfahren mit Sitz in der Schweiz, die der Herrschaft des IPRG unterstellt sind, wird Verrechnung wohl meist nur dann zugelassen, wenn dringende sachliche Notwendigkeit (d.h. heisst vorab zweifelhafte Solvenz einer der Parteien) besteht und/oder die Feststellung der Forderung möglich ist ohne *multae ambages* (d.h. ohne viel Umtriebe und ungebührliche Komplizierung oder Verlängerung des Verfahrens betreffend die Hauptforderung). Das ist eine Lösung, die bereits bei JUSTINIAN formuliert ist³⁸, gute Tradition darstellt und dem meist im Ausland geltenden Recht entspricht³⁹.

³⁵ Die Unzuständigkeit mag auf Fehlen des Gerichtsstandes beruhen oder vor allem funktionaler Art sein, so eben, wenn die eine Forderung unter einer Schiedsabrede steht, während die andere der ordentlichen Gerichtsbarkeit unterliegt.

³⁶ SR 279; Konkordat vom 27.3.1969, Genehmigung durch Bundesrat 27. 8. 1969 (ihm gehören heute sämtliche Kantone an). Es besitzt Geltung nur für Schiedsverfahren zwischen in der Schweiz domizilierten Parteien; ist die eine, oder sind beide Parteien im Ausland domiziliert, gilt Kapitel 12 des IPRG.

³⁷ Vgl. im übrigen zu diesem Problemkreis E. BUCHER, Rechtsvergleichende und kollisionsrechtliche Bemerkungen zur Verrechnung, in *Mélanges en l'honneur d'Alfred E. von Overbeck*, Freiburg/CH 1990, S. 701-723 [www.eugenbucher.ch Nr. 50].

³⁸ Text oben bei und in Fn. 28.

³⁹ Im Ausland besteht im Ganzen als Folge des Liquiditätserfordernisses sehr viel weniger Bereitschaft als in der Schweiz und Deutschland, im Prozess Verrechnung einer Gegenforderung zuzulassen. Erst recht besteht Zurückhaltung, wenn die Verrechnungszulassung eine Entscheidkompetenz eines unzuständigen Gerichts begründen würde.

H. Abschliessende Würdigung

Obwohl die gesetzlichen Ausschlussgründe von Art. 125 OR die von Linda Schlau geltend gemachte Verrechnung ihrer Gegenforderung in keiner Weise ausschliessen, diese daher einen gesetzlichen Anspruch auf Verrechnung besitzt, sprechen hier alle Gründe dafür, ihr diese Befugnis zu verweigern. Ein Wille des Gesetzgebers, in Fällen wie dem vorliegenden Verrechnung zuzulassen, kann nicht angenommen werden, denn solches würde bedeuten, dass er Art. 125 OR als abschliessende Regel konzipiert hätte, sein Nichterwähnen sonstiger Ausschlussgründe „qualifiziertes Schweigen“ wäre. Das darf nicht der Sinn des Gesetzes sein. Bereits der Blick ins BGB, erst recht jener in die Kodifikationen des romanischen Sprachbereichs zeigt, dass noch eine Reihe wichtiger weiterer Fälle des Ausschlusses der Verrechnung kodifiziert und auch sachlich dringend gefordert sind. In guter Rechtsüberlieferung, die bis auf das römische Verfahrensrecht zurückgeht, wird die Zulassung der Verrechnung durch Billigkeit und prozessuale Opportunität gerechtfertigt, jedoch bei Fehlen derartiger Rechtfertigung auch verweigert. Alles zusammengenommen besteht vorliegendenfalls hinreichende Rechtfertigung, vom Text des Art. 125 OR abzuweichen, d.h. diesen durch Zulassung weiterer Ausschlussgründe zu ergänzen.

Zum Schluss noch ein Wort zu der befolgten Methode: Die von uns angestellten Überlegungen hatten das Ziel, das im vorliegenden Fall massgebliche Recht offenkundig zu machen. Derartige Rechtsfindung wird heute noch häufig genug als ein Akt der Gesetzesauslegung qualifiziert. Genau besehen geht es jedoch um ganz Anderes. In casu kommt man mit Gesetzesauslegung nicht weit, d.h. nur gerade zu der Feststellung, dass die in Art. 125 OR vorgesehenen Ausschlussgründe unseren Fall nicht erfassen. Wenn wir mit dem Ergebnis nicht glücklich werden, vermag nicht die vertiefte Untersuchung dieses Gesetzes weiterzuhelfen, sondern nur der Blick über das Gesetz hinaus. Es ist der Blick in die Entstehungsgeschichte des Gesetzes, in die Vergangenheit überhaupt und in das Recht der anderen wichtigen Kodifikationen, d.h. das, was man zusammenfassend mit dem Wort „Rechtsüberlieferung“ umschreiben kann. Diese kann zur „Auslegung“ unseres Gesetzes und dessen Verständnis nichts beitragen. Es ist aber die so verstandene Rechtsüberlieferung, welche uns die Rechtfertigung verschafft, ausnahmsweise über das Gesetz hinauszugehen. Und sie ist es, welche uns den Weg zu den verfügbaren guten rechtlichen Lösungen weist⁴⁰.

III. Ergebnis

Angst kann von Linda Schlau die CHF 78'500.-- zurückfordern nach vertraglichen Regeln (in der Eventualität nicht nachweisbaren Vertrages nach den Regeln des Bereicherungsrechts). Die seitens der Linda Schlau gewiss geltend gemachte Verrechnung mit ihren Guthaben aus früheren Lieferungen muss richtigerweise abgelehnt werden. Dies, obwohl ein den vorliegenden Fall erfassender Ausschlussgrund im Gesetz nicht vorgesehen ist; komparatistische Betrachtung (Berücksichtigung ausländischen Rechts und der Rechtsüberlieferung) verschafft hiezu die Rechtfertigung.

⁴⁰ Zu diesem weiten Thema E. BUCHER, Rechtsüberlieferung und heutiges Recht, in ZEuP 2000, S. 394-543 [www.eugenbucher.ch> Nr. 75].

Damit das die Klage gutheissende Urteil dem Angst auch wirklich hilft, muss es allerdings im Dispositiv die zugesprochene Klagesumme als „nicht mit Gegenforderungen verrechenbar“ bezeichnen⁴¹.

* * *

⁴¹ Andernfalls könnte Schlau die Verrechnung, die ihr im Prozess versagt wurde, in der Vollstreckung nachholen. Angst muss derartiges beantragen können, prozessrechtlich eine dahingehende Forderungsqualifizierung zulässig sein. Denn gegebene oder fehlende Verrechenbarkeit ist Bestandteil der Qualität von Schuld bzw. Forderung so gut als deren (ev. ausgeschlossene) Abtretbarkeit oder die Währung, das Anfangsdatum, deren Verzinslichkeit, usw.

Sollte allerdings der finanziell schwächliche Angst während der Verfahrensdauer in Konkurs fallen, hat die ganze Übung ihm selber nichts geholfen, wohl aber seinen übrigen Gläubigern.