

Kompensation von Nachlassforderungen zwischen Erben und Dritten

Inhaltsübersicht

- I. Fragestellung
 - 1. Zum Thema im Allgemeinen
 - 2. Problemübersicht
- II. Die in Betracht fallenden dogmatischen und sachbezogenen Gesichtspunkte
 - 1. Erbrechtlicher Grundsatz der Universalsukzession
 - 2. Das Erfordernis der Verfügungsmacht des handelnden Erben im geltenden Erbrecht
- III. Die einzelnen Problemlagen
 - 1. Verrechnung von Nachlassforderung mit Nachlassforderung
 - 2. Der Erbe E erhebt Ansprüche gegen einen Dritten (Nichterben, NE)
 - 3. Der Dritte NE erhebt Ansprüche gegen E
 - 4. Zusammenfassung
- IV. Schlussfolgerungen für den überlebenden Ehegatten
 - 1. Verfügungsmacht über Nachlassforderung entgegen allgemeiner Regel
 - 2. Verfügungsmacht kraft Rechtsscheins
- V. Schlussfolgerungen für das Kompensationsrecht

I. Fragestellung

1. Zum Thema im Allgemeinen

Die Verrechnung ("Aufrechnung" unter dem BGB, *compensatio* mit all ihren Derivaten im österreichischen ABGB und im lateinischen Sprachraum) wird gemeinhin als Institut des Schuldrechts verstanden und kodifikatorisch entsprechend eingeordnet. In der *Schweiz* sind es die Art. 120-126 des OR, im Allgemeinen Teil des BGB die §§ 387-396, im ABGB die §§ 1438-1443¹. Die *praktische Bedeutung* der Kompensationsregeln liegt indessen nur ausnahmsweise in gegenseitig-schuldrechtlichen Normalbeziehungen des Vertrags- und Deliktsrechts, vielmehr meist in anderen Bereichen, d.h. dem Handelsrecht einschliesslich Kontokorrent- und Wertpapierrecht, Konkursrecht und sonstigen, nicht zu sprechen von der entscheidenden Bedeutung des Instituts im Prozess, wo es denn auch seinen Ursprung hat: Die Zulassung der Kompensation

¹ Die wichtigsten übrigen: Code Civil von Frankreich (1804; hier F/CC) Art. 1289-1299; CC von Chile (1855) Art. 1655-1665; CC von Argentinien (1871) Art. 818-831; CC von Spanien (1889) Art. 1195-1202; CC von Brasilien (1916) Art. 1009-1023; CC von Mexico (1928) Art. 2185-2205; Griechisches Zivilgesetzbuch (1941/45) Art. 440-452; Italienischer CC (1942) Art. 1241-1252; CC von Portugal (1966) Art. 847- 856; das neue Gesetz der Niederlande, Buch 6, Art. 127-141.

einer gegenüber der Klageforderung erhobenen Gegenforderung kann letztere einer anderen als der für sie an sich zuständigen Gerichtsbarkeit unterstellen, was nicht allgemein akzeptiert wird². Die sich in diesen und anderen Anwendungsbereichen ergebenden Sonderfragen werden meist nicht im Allgemeinen Teil des OR, des BGB oder der übrigen Kodifikationen beantwortet, sondern in der diesbezüglich bestehenden Doktrin, Praxis und allenfalls Gesetzgebung des jeweiligen Anwendungsbereiches der Kompensation³.

Das neue schweizerische *Ehegüterrecht* bezieht sich auf Verrechnung im Zusammenhang der Ermittlung des Vorschlages (Art. 215 Art. 2 ZGB, mittelbar wohl auch Art. 205 Abs. 3 u. a.), ohne diese selber zu regeln. Die dort vermerkten Anwendungsfälle scheinen keine grundlegenden Probleme aufzuwerfen; das Notwendige findet sich wohl bereits seit zehn Jahren in dem von Jubilar mitverfassten Kommentar vermerkt⁴. Weniger klar sind nun aber die Verhältnisse im *Erbrecht*. Im 3. Buch des ZGB wird Verrechnung nicht erwähnt, was das Aufkommen von Fragen nicht hindert. Die Verrechnung zwischen Erben und dem Nachlass wie zwischen Erben unter sich hat Beachtung der Literatur gefunden⁵. Gleiches scheint nicht der Fall zu sein, soweit es um die Auseinandersetzung zwischen einem von mehreren Erben und Dritten geht⁶. Dem *Familienrecht* als dem Gebiet besonderen Interesses des Empfängers dieser Publikation glaubt der Schreiber mit den folgenden, der Verrechnung nach erfolgtem Erbgang gewidmeten Überlegungen wenigstens mittelbar zu dienen. Denn die hier thematisierte Frage der Zulässigkeit der Kompensation tritt mehr als anderswo zu tage beim Tod eines Ehepartners, wenn der überlebende Ehegatte als Erbe bei der Bereinigung der hinterlassenen Forderungen und Verbindlichkeiten tätig wird. Das Ausgleichen der zwischen den Ehegatten bestehenden Forderungen durch Verrechnung (ZGB Art. 215 Abs. 2) verhindert nicht das Auflaufen von Forderungen und Schulden

² Dazu einlässlich EUGEN BUCHER, Kompensation im Prozess: Zurück zum materiellen Recht, in Festschrift für Reinhold Geimer, hgg. von Rolf Schütze, München 2002. S. 97-137 *passim* [<www.eugenbucher.ch> Nr. 79].

³ Das OR berücksichtigt unter den Kompensations-Ausschlussgründen des Art. 125 *familienrechtliche Gesichtspunkte*: Wider den Willen des Partners können verrechnungsweise nicht getilgt werden "2. Verpflichtungen, deren besondere Natur die tatsächliche Erfüllung an den Gläubiger verlangen, wie Unterhaltsansprüche und Lohn Guthaben, die zum Unterhalt des Gläubigers und seiner Familie unbedingt erforderlich sind."

⁴ HEINZ HAUSHEER/RUTH REUSSER/THOMAS GEISER, Berner Kommentar (Bd. II 1. Abteilung 3. Teilband 1. Unterteilband Art. 196-220), Bern 1992.

⁵ PETER TUOR/VITO PICENONI Berner Kommentar (Bd. III, 2. Abteilung Art. 537-640 ZGB), Bern 1964/3, unveränd. Nachdruck 1984, Art. 602 N. 35, 38 ff. ARNOLD ESCHER, Zürcher Kommentar (Bd. III 1./2. Abteilung Art. 457-640 ZGB); Zürich 1959, Art. 602 N. 31 ff.

⁶ Bloss bei einem Universalerben, bei gemeinschaftlichem Auftritt aller Erben oder aber des Nachlasses als Gesamtheit (Testamentsvollstreckung, amtliche Liquidation oder Vertretung des Nachlasses i. S. von Art. 602 Abs. 3) treten keine Sonderfragen auf, da diesfalls die Erben insgesamt bzw. der Nachlass in jeder Hinsicht in die Rechtsstellung des *de cuius* eintreten, die Problemlage daher durch dessen Hinschied im Grundsätzlichen gegenüber Drittgläubigern nicht verändert wird (dazu auch unten Ziff. II/2 lit. a).

jedes einzelnen von ihnen gegenüber Dritten⁷, die im Falle des Todes Nachlassforderungen und -schulden darstellen, welche zu liquidieren häufig genug der überlebende Ehegatte zu seiner Aufgabe macht.

2. Problemübersicht

a) Voraussetzung der Verrechnung ist vorab die *Gegenseitigkeit* der durch Kompensation zu tilgenden Forderungen und Schulden: Es stehen sich notwendigerweise nur zwei Rechtssubjekte gegenüber, von denen jedes der beiden gleichzeitig Gläubiger und Schuldner des Kompensationspartners sein muss. Im Erbfall ist die Gegenseitigkeit zu Forderungen Dritter fraglich, wenn einer von mehreren Erben (hier der überlebende Ehegatte) allein auftritt, sei es, dass er für Nachlassschulden belangt wird und eine persönliche Gegenforderung zur Verrechnung stellen möchte oder umgekehrt, wenn für eine persönliche Schuld belangt er eine Nachlassforderung kompensieren möchte. Überhaupt ist die Frage allgemein gestellt, unter welchen Voraussetzungen der Erbe (Ehegatte) selbständig (d. h. ohne Zustimmung der Miterben) eine Nachlassforderung zur Verrechnung stellen darf.

Nach dem im deutschen Sprachbereich gesetzlich verankerten System⁸ treten die *Verrechnungswirkungen* erst ein, wenn einer der beiden Kompensationspartner einen dahingehenden Willen äussert, die sog. *Verrechnungseinrede*

⁷ Aus Art. 215 Abs. 2 ZGB darf nicht abgeleitet werden, dass die Forderung des einen und die Schuld des anderen Ehegatten gegenüber dem selben Dritten ohne Zustimmung des Letzteren kompensationsweise getilgt würden.

⁸ Traditionell stehen sich zwei entgegengesetzte Modelle des Kompensationsrechts gegenüber, die beide in die römische Tradition, aus welcher das Institut stammt, hineingelesen werden können (und von den jeweiligen Gesetzgebern hineingelesen wurden): Die Verrechnungswirkungen treten automatisch (*ipso iure*) mit der Entstehung der Verrechnungslage ein, oder aber erst durch Geltendmachung (*per exceptionem*) seitens eines der Verrechnungspartners. Die Kodifikationen der ersten Generation, d. h. die naturrechtlich ausgerichteten Gesetze (Allgemeines Preussisches Landrecht ALR; der F/CC und das ABGB) schrieben das erstere Modell fest (F/CC Art. 1290: "La compensation s'opère de plein droit par la seule force de la loi, même à l'insu des débiteurs; les deux dettes s'éteignent réciproquement, à l'instant où elles se trouvent exister à la fois, jusqu'à concurrence de leurs quotités respectives"). Die Hinwendung zu dem hierzulande und im ganzen deutschen Sprachbereich heute herrschenden System der "Einrede-Verjährung" erfolgt erstmals 1855 im von BLUNTSCHLI geprägten Zürcher Privatrechtlichen Gesetzbuch (PGB, dessen § 1052 lautet: "Es hängt vom Willen des Schuldners ab, ob er von seinem Rechte zur kompensieren Gebrauch ... machen wolle"). Das heutige OR bestimmt: "Eine Verrechnung tritt nur insofern ein, als der Schuldner dem Gläubiger zu erkennen gibt, dass er von seinem Rechte der Verrechnung Gebrauch machen wolle." (Art. 124 Abs. 1; sinngemäss identisch aOR Art. 138). Noch deutlicher BGB § 388 ("Die Aufrechnung erfolgt durch Erklärung gegenüber dem anderen Teile."). Die heutige Handhabung des ABGB neigt unter dem Einfluss des BGB ebenfalls dem Einrede-Modell der Kompensation zu. Dieses bleibt aber zur Hauptsache auf den deutschen Sprachbereich und die dessen Überlieferung aufnehmenden modernen Kodifikationen beschränkt; die übrigen in kontinentaleuropäischer Tradition stehenden Gesetzbücher (und insbesondere jene des spanisch-portugiesischen Sprachbereichs) folgen in dieser Frage dem F/CC. – Zum Gegensatz der beiden Kompensationsmodelle und zur Kodifikationsgeschichte vgl. BUCHER (Fn. 2) S. 105-107.

erhebt oder sonstwie seinen Kompensationswillen äussert⁹. Ist dies geschehen, besteht eine Symmetrie der Tilgungswirkung der erfolgten Verrechnung; welcher der Partner durch seine Erklärung diese ausgelöst hat, ist nicht mehr zu erkennen und grundsätzlich bedeutungslos. Anders dagegen, wenn wir vor Eintritt der Kompensationswirkung deren Voraussetzungen betrachten, denn diese sind für den Erben nicht notwendigerweise die selben wie für den aussenstehenden Dritten. Es sind daher die Problemlagen je danach zu unterscheiden, ob der Erbe (hier als E bezeichnet) oder aber dessen Kompensationspartner, der aussenstehende Dritte (hier NE genannt) Verrechnung geltend macht, was er wiederum erst nach Forderungserhebung seitens seines Gegenübers tun kann. Überdies muss in beiden Fällen danach unterschieden werden, ob *einerseits* die als erste geltend gemachte Forderung (die sog. Hauptforderung) und *andererseits* ob die dagegen einredeweise erhobene Verrechnungsforderung je einen Bezug zum Nachlass aufweisen, d. h. dem Nachlasses zustehen oder sich gegen diesen richten (d. h. Forderungen oder Schulden vorliegen, die vom Erblasser begründet wurden) oder nicht. Das führt zu insgesamt *acht Varianten* potentieller Problemlagen.

b) Von den genannten acht können jene beiden Kombinationen als problemlos ausgeschieden werden, bei denen sowohl E wie NE, sei es als Erstansprecher oder als Angesprochener, verrechnungsweise je eine in eigener Person begründete und allein gegen den Gegner persönlich gerichtete Forderungen erhebt: Da ein Bezug zum Erbgang fehlt, hat es bei den allgemeinen Regeln des Kompensationsrechts sein Bewenden.

c) Bei den verbleibenden sechs Varianten haben die eine oder gar beide der sich gegenüberstehenden Forderungen einen Bezug zum Nachlass; wenigstens eine der beiden sich gegenüberstehenden Forderungen steht nicht dem sie geltenden machenden Kompensationspartner, sondern dem Nachlass zu, oder aber richtet sich umgekehrt nicht gegen den Partner persönlich, sondern gegen den Nachlass. Diese Sonderumstände stellen die Gegenseitigkeit der zu kompensierenden Forderungen, vor allem aber die Verfügungsmacht desjenigen Partners, der die Nachlassforderung geltend macht, in Frage. Dazu unten Ziff. III. Aber vorausgeschickt seien allgemeine Feststellungen zu den Entscheidungsgrundlagen.

⁹ Näheres Zusehen lehrt allerdings, dass sich weder das eine noch das andere der beiden Systeme konsequent durchhalten lässt. So muss denn das OR in Art. 124 als Abs. 2 beifügen: "Ist dies geschehen, so wird angenommen, Forderung und Gegenforderung seien ... schon im Zeitpunkte getilgt worden, in dem sie zur Verrechnung geeignet einander gegenüberstanden." (gleich im Ergebnis § 389 BGB). Damit wird, wie in Art. 120 Abs. 3 und BGB § 390 Satz 2 sicherheitshalber festgehalten, für den Ausschluss der Verjährungswirkungen nicht auf die Abgabe der Kompensationserklärung, sondern den Eintritt der Verrechnungslage abgestellt. Unstreitig wird damit auch vom gleichen Zeitpunkt an der Lauf von *Schuldzinsen* ausgeschlossen (was dies genau bedeutet, muss angesichts des Schweigens der Gesetze der Rechtsüberlieferung entnommen werden; dazu BUCHER, Fn. 2; S. 126 lit. c).

II. Die in Betracht fallenden dogmatischen und sachbezogenen Gesichtspunkte

1. Erbrechtlicher Grundsatz der Universalsukzession

In der abendländischen Welt stehen sich zwei Formen des Erbschaftserwerbs gegenüber: *Einerseits* der uns bekannte und in der kontinentaleuropäischen Rechtstradition ganz vorherrschende Grundsatz der *Universalsukzession*, d. h. des automatischen Erbschaftsübergangs und -erwerbs, der im bürgerlichen Erbrecht bis zu den Anfängen unserer Zivilisation zurückreicht, früher jedoch selbst den feudalen Machtübergang bestimmte: *le mort saisit le vif* (*saisir* = einsetzen, zuständig machen); *le roi est mort, vive le roi*: (der – bisherige – König ist tot, es lebe der – neue – König). Der Erbe erwirbt demzufolge seine Erbenstellung unmittelbar, automatisch und möglicherweise bevor er überhaupt vom Tod des Erblassers Kenntnis hat. Er hat nichts zu unternehmen, es sei denn, er wolle die Erbschaft von sich fernhalten. Dem steht *andererseits* gegenüber das Prinzip der *hereditas iacens*, der "hängenden Erbschaft" (besser kennzeichnend wäre "Erwerbsakt-System"), der zufolge der Nachlass niemandem zusteht, solange nicht der Erbberechtigte diese durch einen besonderen Erwerbsakt (mindestens eine explizite Annahmeerklärung) erworben hat. Im römischen Recht finden sich beide Modelle vorgebildet: Der Hauserbe (*heres domesticus*) erwirbt automatisch, der nicht zum Hausverband gehörende *heres extraneus* wird nur durch eine die Erbschaft annehmende Erklärung zum Erben. In der Gegenwart lässt sich ein Nebeneinander beider Typen kaum finden; es herrscht entweder das eine oder aber das andere Erbschaftserwerbsmuster. Der historische Hintergrund, der zur schliesslich zur Wahl des einen dieser beiden Modelle führte, ist interessant genug:

Die Wurzeln unserer *Universalsukzession* reichen bis in die Prähistorie zurück und werden fast regelmässig in "ursprünglichen" Rechtsordnungen sichtbar, d. h. in Entwicklungsstufen, in denen Erbrecht im heutigen Sinn sich noch nicht herausgebildet hat. Dies ist vorab zweifelsfrei belegt in der Überlieferung der frühen *germanischen Rechte*: Die persönliche Habe (bei Männern Waffen, ausnahmsweise sogar das Pferd, und bei Frauen deren Schmuck, die Spinn-, Web- und Nähgeräte) ist unvererblich und wird ins Grab mitgegeben, während die übrigen Gegenstände (Hof, Vieh usw.) nicht in persönlichem Eigentum, sondern in gemeinschaftlicher *Gewere* stehen und von den Hofgenossen bzw. der Sippe/Grossfamilie insgesamt genutzt werden. Diese Nutzungsbefugnis des Verstorbenen wird natürlich nicht nach irgend welchen Sukzessionsgrundsätzen behandelt, sondern fällt mit dem Tod dahin, damit den übrigen Nutzungsgenossen anwachsend¹⁰. Auch in der frühen römischen

¹⁰ Vgl. dazu ANDREAS HEUSLER, Institutionen des Deutschen Privatrechts, Leipzig 1885/6 Bd. II, S. 532 ff.; HEINRICH MITTEIS, Deutsches Privatrecht (Kurzlehrbuch), München 1950 (seither Neuauflagen von HEINZ LIEBERICH) Kapitel 54/II, 1 und 2 ("... der Rest des Vermögens ...wuchs den Hausgenossen zu ..." und " ... nach aussen änderte sich gar nichts, eine Vermögensnachfolge fand nicht statt."). Dazu auch BUCHER in Zeitschr. für Europ. Privatrecht (ZEuP) 2000, S. 492 f. [www.eugenbucher.ch> Nr. 75].

Rechtsentwicklung scheinen sehr ähnliche Verhältnisse wie bei den alten Germanen geherrscht zu haben¹¹. Diese Grundkonzeption, welche den Tatbestand des Wegsterbens eines Vermögensträgers ohne rechtsverändernde Wirkung lässt und die Nutzungs- bzw. Vermögensmassen vor und nach dem Tod eines Beteiligten nicht unterscheidet, wirkt auch dann noch fort, wie sich Individualeigentum entwickelt. Nur so erklärt sich heute der automatisch und ohne Wissen oder gar Tätigwerden der Erben eintretende Vermögensübergang: "Die Erben erwerben die Erbschaft als Ganzes mit dem Todes des Erblassers kraft Gesetzes" (ZGB Art. 560/I). Und nichts veranschaulicht besser als der Blick zurück in die Vergangenheit den heute mehr denn je praktisch wichtigen, die rechtlichen Verhältnisse vereinfachenden und klarstellenden Grundsatz, dass die privatrechtlichen Beziehungen zwischen dem Erblasser und Dritten ganz unverändert zu jenen der Erben werden: Der Dritte, sei er Gläubiger oder Schuldner des *de cuius* gewesen, befindet sich, wenn wir uns an das Grundsätzliche halten, in unveränderter Rechtsbeziehungen, und genau so auch der einzelne Erbe¹².

Das entgegengesetzte System der *hereditas iacens* oder "hängenden Erbschaft" kennt nicht nur keinen Automatismus des Erbschaftserwerbs, sondern kann wohl auch die begriffsnotwendige Unverändertheit des erbrechtlich übertragenen Rechtsbeziehungen nicht konsequent verwirklichen. Diese Konzeption herrscht im englischen Sprachbereich, auf dem Kontinent ursprünglich in Österreich und seinen im 19. Jahrhundert ihm angehört habenden Gebiete¹³, es bestimmt auch die Rechtstradition von Portugal und einigen *derechos forales* Spaniens, dessen Privatrecht mit dem Código Civil von 1889 nicht in allen Bereichen, und insbesondere nicht im Erbrecht ganz vereinheitlicht wurde. Woher kommt nun dieses (in der Handhabung gewiss kompliziertere) Modell des Erbschaftserwerbs? Finden sich im römischen Recht beide Konzepte vorgebildet, war es das *kanonische Recht*, das von diesen

¹¹KASER begründet den unmittelbaren (universalsukzessorischen) Erbschaftserwerb der Hauserben damit, "dass diese Personen schon zu Lebzeiten des *pater familias* eine ruhende Mitberechtigung gehabt haben, die durch seinen Tod nun freigesetzt wird" MAX KASER, KLB § 71 / I / 2, p. 325/6.

¹² Bewusstmachung historischer Selbstverständlichkeiten kann Missverständnissen vorbeugen. Die Überlieferung hat uns in diesem Punkt die beste (da einfachste) aller Welten beschert: Der Nachlassübergang hat gegenüber Dritten keine Folgen, die Verhältnisse sind so zu betrachten, wie wenn nicht die Erben, sondern immer noch der Erblasser dem Dritten entgegen träte. Welchen simplen Sachverhalt insbesondere drastisch BGE 105 II 105 verkennt. Dazu auch BUCHER (Fn. 10 a.a.O.) und ZSR NF 102/1983 II, S. 322 f. [www.eugenbucher.ch> Nr. 29].

¹³ Das ABGB von 1811 ist deutlich; vgl. etwa Art. 547 oder Art. 797: "Niemand darf eine Erbschaft eigenmächtig in Besitz nehmen. Das Erbrecht muss vor Gericht verhandelt und von demselben die Einantwortung der Nachlasses, das ist, die Übergabe in den rechtlichen Besitz, bewirkt werden." Heutige Lehre und Praxis nähern die Rechtslage indessen immer mehr der im übrigen deutschen Sprachbereich herrschenden Universalsukzession an.

beiden Varianten sich für das Modell der hängenden Erbschaft entschied, dies in der Absicht, damit der Kirche die Erlangung des von ihr erhofften Anteils am Nachlass ("Seelteil" !) zu erleichtern. Die genannten heutigen Geltungsbereiche dieses Modells sind jene Gegenden, in denen die Kirche im Hochmittelalter besonders weitgehenden Einfluss hatte, der es möglich machte, das gewünschte Modell der *hereditas iacens* politisch durchzusetzen und die angestammte Rechtsüberlieferung der Universalsukzession zu verdrängen.

2. Das Erfordernis der Verfügungsmacht des handelnden Erben im geltenden Erbrecht

a) Die Stellung des einzelnen Erben während der Liquidierung des Nachlasses steht in allgemeinen Grundzügen fest: Der Nachlass insgesamt und die einzelnen vom Erblasser überkommenen Forderungen des Nachlasses stehen den Erben "zur gesamten Hand" zu, die eine "Gemeinschaft zur gesamten Hand" bilden (ZGB Art. 602/I). Dazu v. TUHR¹⁴: "Eine Forderung, welche zu [... diesem] Gesamtvermögen gehört, ist ein ungeteiltes gemeinsames Recht der im Gesamthandsverhältnis stehenden Personen"; die "Einheitlichkeit der gemeinsamen Forderung zeigt sich darin, dass über sie nur einheitlich verfügt werden kann, und zwar muss die Verfügung grundsätzlich von allen Teilhabern der Gesamthand ausgehen Das gilt ... insbesondere auch für die Entgegennahme der Erfüllung"¹⁵. Können die Erben nur gemeinschaftlich über die Nachlassforderungen verfügen (so explizit BGB § 2040/I), kann einer von mehreren Erben auch nur mit Ermächtigung aller übrigen eine Zahlung entgegennehmen, da dies eine Verfügung über die entsprechende Forderung bedeutet. Da das zur Verrechnung Stellen einer Forderung ebenfalls eine Verfügung über diese darstellt und die damit bewirkte Tilgung einer eigenen Schuld der Entgegennahme der gegnerischen Leistung gleichkommt, kann der von einem Dritten belangte Erbe nicht eine Forderung des Nachlasses zur Verrechnung stellen.

b) Die genannte Regel ist dogmatisch unanfechtbar und denn auch unbestritten; in der Schweiz wird sie insbesondere durch abundante Judikatur des Bundesgerichts gestützt (so vorab BGE 41 II 208 ff. E. 3, 4; 44 II 258; von späteren

¹⁴ ANDREAS v. TUHR, Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts; im folgenden zit. 1. Aufl. Tübingen 1924 (Bd. I) und 1925 (Bd. II). Auf Bd. II in 3. Auflage (Zürich 1974) sollte nicht abgestellt werden, weil nicht selten der Bearbeiter ESCHER vom Text und den Auffassungen v. TUHRs abweicht, ohne dies kenntlich zu machen.

¹⁵ v. TUHR (Fn. 14) § 89 Ziff. V bei Fn. 20 f.; Ebenso TUOR/PICENONI, N. 30, und ESCHER, N. 25 (beide Fn. 5). – Zur teilweise analogen Anwendung der hier für die Erbengemeinschaft entwickelten Grundsätze auf den Güterstand der Gütergemeinschaft gemäss ZGB Art. 215 (jetzt rev. ZGB Art. 222) auch v. TUHR § 78 II bei der dortigen Anm. 15 ff.

Entscheidungen etwa zu nennen: BGE 93 II 14 E. b; 121 III 120). Die sachliche Rechtfertigung liegt auf der Hand: Durch Verfügung des Erben über eine Nachlassforderung, sei dies durch Inkasso oder durch kompensationsweise Tilgung einer eigenen Schuld, wird der Nachlass vermindert, während die Miterben zwar einen Ausgleichsanspruch erhalten, im Falle der Insolvenz des handelnden Erben jedoch um ihren Anteil an der von ihm preisgegebenen Nachlassforderung gebracht werden.

c) Im folgenden wird nun aber allerdings zu zeigen sein, dass dieser Grundsatz nicht aufrecht bleiben kann ohne praktisch wichtige Einschränkungen. Es sind diese *Ausnahmen* von der als solcher in keiner Weise bestrittenen Regel, welche *Gegenstand der folgenden Zeilen* sind¹⁶.

III. Die einzelnen Problemlagen

Anhand obiger Hinweise nun ein Blick auf die oben Ziff. I/2 lit. a aufgelisteten potentiellen Problemlagen. Zum vornherein bleibt ausser Betracht das Gegenübertreten von nicht nachlassbezogenen persönlichen Ansprüchen von E und NE. Von den mit den hier betrachteten Sonderproblemen belasteten Varianten sollen an erster Stelle jene zwei erörtert werden, bei denen beide Partner eine dem Nachlass zustehende bzw. gegen diesen gerichtete Forderung erheben und umgekehrt zur Verrechnung stellen (folgende Ziff. 2), während die verbleibenden vier Fälle, d. h. das Gegenüberstehen von je einer nachlassbezogenen und einer nachlassfremden Forderungen, danach zu unterscheiden sind, ob E oder aber NE an erster Stelle die jeweilige Forderung (als sog. Hauptforderung) erhebt und damit die hier zu betrachtende Verrechnung seitens des Kompensationspartners auslöst (dazu folgende Ziff. 2).

1. Verrechnung von Nachlassforderung mit Nachlassforderung

a) Wird der *Erbe E von NE für eine Nachlassforderung* belangt, so haftet er für die Nachlassschuld solidarisch, d. h. mit seinem eigenen Vermögen, unerachtet, ob überhaupt ein Nachlass vorhanden ist, auf den er zurückgreifen könnte (ZGB Art. 560 II, 603 I; BGB § 1967 I; ABGB § 820). Anders jedoch, wenn NE gleichzeitig seinerseits Schuldner des Nachlasses ist: Diesfalls hätte der Erblasser seine Schuld durch Verrechnung tilgen können, und die gleiche Möglichkeit steht auch dem Nachlass insgesamt zu, kann aber jenem Erben,

¹⁶ Überdies wird auch an den zu wenig beachteten Umstand zu erinnern sein, dass ein Dritter durch seine Leistung an einen einzelnen Erben als von seiner Nachlassschuld befreit gelten muss, wenn er auf Grund der gegebenen Umstände keinen Anlass hatte, an der Ermächtigung des Leistungsempfängers zu zweifeln (Ziff. III/2 lit. a).

der von NE belangt wird, ebenfalls nicht verwehrt werden. Nicht nur tritt dieser rechtlich gesehen in die Schuhe des Erblassers (dazu oben Ziff. II/1), sondern durch Belangtwerden *in solidum* wird E dem Erblasser gleichgestellt und bezüglich der fraglichen Schuld wie ein Universalerbe behaftet, dem er im Umfang seines Belangtwerdens er denn auch gleichzustellen ist. Die die Verfügungsbefugnis über die Nachlassforderung des E ausschliessenden Gründe (oben Ziff. II/2) haben hier keine Geltung: E erlangt mit seiner Verfügung über die Nachlassforderung selber keinen Vorteil und wendet bloss eine Belastung ab, welche jeden anderen solidarisch haftenden Miterben hätte gleichermaßen treffen können¹⁷. Die Miterben sind von ihrer solidarischen Haftung für die Nachlassschuld befreit worden; sie haben keinen Ausgleichsanspruch gegen den verrechnenden E und können daher auch diesbezüglich nicht gefährdet sein. Und für die Erbengemeinschaft wäre die von E kompensationsweise preisgegebene Forderung gegen den Dritten wertlos gewesen, denn dieser hätte, wenn belangt, seinerseits Verrechnung geltend machen können.

Als *Ergebnis* ist festzuhalten: Die allgemein vertretene Regel, dass dem Erben mangels Verfügungsbefugnis über Nachlassforderungen deren Verrechnung nicht zusteht (oben Ziff. II/2), ist nur im Grundsatz und Ausgangspunkt zutreffend, in der statistisch wohl häufigsten Kompensationslage, dem gleichzeitigen Bestehen von Nachlassforderungen und Nachlassschulden gegenüber ein und demselben Dritten, dagegen nicht anwendbar. Die zitierten Stellungnahmen des Bundesgerichts beziehen sich denn auch auf andere Sachverhalte, wie auch die Ausführungen v. TUHRS im allgemeinen bleiben, d. h. unausgesprochen allein auf die in der Tat unzulässige Tilgung von persönlichen Schulden eines Erben durch Aufrechnen von Nachlassforderungen bezogen sind.

b) *E macht Nachlassforderung geltend, NE kompensiert Forderung gegen Nachlass*: Während die Schlussfolgerung vorstehend lit. a) zwangsläufig und selbstverständlich ist, gilt dies nicht für die spiegelbildliche Umkehrung des Sachverhalts: E stellt die Nachlassforderung nicht zur Verrechnung, sondern macht sie als Fordernder geltend, während NE im Nachhinein seine eigene Forderung zur Verrechnung entgegenstellt. E mag gut- oder auch bösgläubig (heisst mit Wissen um das Fehlen seiner Vertretungsmacht) handeln, sein Vorgehen ist, wie gesehen, dem Grundsatz nach unzulässig und rechtlich vorerst unwirksam. Dabei stehen zu bleiben würde bedeuten, sein Auge vor den Realitäten zu verschliessen und dem wahrscheinlichen Ablauf der Dinge nicht gerecht zu werden: Die Unzulässigkeit der Anspruchserhebung seitens des E

¹⁷ Insbesondere bei Nachlässen, die nach Liquidierung wenig werthaltig oder gar überschuldetet sind, liesse sich durch nichts begründen, dass derjenige Erbe, der zufällig von Nachlassgläubigern belangt wird, trotz Bestehens von Gegenforderungen leisten soll, ohne Gewissheit zu haben, von den Miterben wenigstens anteilmässige Deckung zu erhalten.

wird NE nicht hindern, unter Hinweis auf sein eigenes Guthaben Zahlung zu verweigern¹⁸. Ob er dabei von Aufrechnung spricht oder nicht, darf keine Rolle spielen. Entscheidend ist allein, ob E und NE beide im Ergebnis übereinstimmen, dass die Angelegenheit erledigt, d. h. die Forderungen im Umfang der Höhe der geringeren getilgt sein sollen. Entscheidend darf nicht sein das Vorliegen oder aber Fehlen von Kompensationsvoraussetzungen (hier der Verfügungsmacht des E). Massgeblich ist allein die Zulässigkeit des Ergebnisses, d. h. der kompensationsweisen Tilgung der beiden sich entgegenstehenden Forderungen und Schulden des Nachlasses einerseits, des Dritten andererseits. Vor diesem Hintergrund darf die Frage, welcher der Partner die Initiative zur Herbeiführung des Ergebnisses ergriffen habe, keine Rolle spielen. Nebenbei sei auch bemerkt, dass sich die beiden Dinge ausserprozessual oft genug nicht auseinanderhalten lassen. Welcher der Partner (E oder NE) auch als erster fordernd aufträte: Regelmässig werden Diskussionen anschliessen, und nachträglich festzustellen, welcher der Partner als erster forderte und welcher defensiv Kompensation erklärte, wird im ausserprozessualen Bereich häufig genug nicht möglich sein. Aber der nachträglichen Qualifikation der Aktoren als Kompensant oder aber Kompensat kann auch unter sachlichen Gesichtspunkten keinerlei Bedeutung zuerkannt werden: Auch im Falle der primären Forderungserhebung seitens des E erfahren dessen Miterben keinerlei Nachteil und können sich nicht beklagen, dass E jene Situation herbeiführte, welche der Erblasser zu Lebzeiten selber und NE jederzeit nach dessen Tode hätte bewirken können und die von geordneter Nachlassabwicklung ohnehin gefordert ist.

c) Als *Ergebnis* folgt: Im Verhältnis zwischen einem einzelnen Erben und einem Dritten, die je eine Forderung geltend machen, die dem Nachlass zusteht oder aber sich gegen diesen richtet, ist Aufrechnung zulässig, möge E seinerseits als Fordernder oder Kompensierender gewirkt haben¹⁹. Differenzierungen ergeben sich nur bei Entgegenstehen von Forderungen ungleicher Art; dazu nun die folgenden Ziff. 2 und 3.

¹⁸ Bloss in einer Fussnote sei die zwar denkbare, aber praktisch kaum vorkommende Variante erwähnt, dass der belangte NE nicht nur nicht Verrechnung seiner Gegenforderung erklärt oder einfach stillschweigt, sondern im Umfang seiner Schuld gegenüber dem Nachlass an den ihn belangenden E leistet: In diesem – und nur in diesem – Fall bleibt es bei der generellen Regel, dass der leistende NE nicht befreit wird.

¹⁹Rechtsvergleichender Hinweis: Im Ausland würden vielerorts die beiden Forderungen gar nicht zum Nachlass gehören, sondern bereits bei der Entstehung der zweiten und noch zu Lebzeiten des Erblassers automatisch erloschen sein: Dies überall dort, wo die Verrechnungswirkungen nicht, wie im deutschen Sprachbereich, auf Einrede hin, sondern *ipso iure* bereits mit Entstehung der Verrechnungslage eintreten; vgl. Hinweise oben Fn. 8.

2. Der Erbe E erhebt Ansprüche gegen einen Dritten (Nichterben, NE)

a) *E macht* (unzulässiger Weise) gegen NE eine *Nachlassforderung* geltend. Zu fragen ist, ob NE mit einem ihm gegen E persönlich zustehenden Anspruch kompensieren kann? Dies ist zu verneinen, denn es fehlt an der Gegenseitigkeit, und Tilgung der Nachlassschuld mit der Kompensation einer Forderung gegen E käme einer Barzahlung an diesen gleich, die unzulässig (d. h. nicht befreiend) ist²⁰. Diese Regel ist als allgemeines Prinzip unzweifelhaft richtig, aber auch sie wird den Umständen oft nicht gerecht und verlangt nach Einschränkung.

Stellen wir uns Verhältnisse vor, wie sie statistisch wohl an vorderster Stelle stehen: Kleinfamilie bzw. kleiner Kreis von Erben mit einem bescheidenen, wenn auch (wie wir hier unterstellen wollen) solventen Nachlass, der durch die Erben selber liquidiert wird. Hier dürfte es Normalität darstellen, dass ein Nachlassliquidator weder in der Person eines Testamentsvollstreckers o. dgl. präsent ist, noch von den Erben aus ihrem Kreis formell als solcher ernannt wird. Tätig werden vielmehr alle, wenige oder bloss einer der Erben, und sie handeln mit Zustimmung der übrigen. In einer frühen Phase und vor der eigentlichen Teilung sind vorab einmal Guthaben wie Schulden des Nachlasses zu liquidieren, eine Aufgabe, welche häufig genug der Ehegatte als der Bestinformierte und Nächstbetroffene auf sich nehmen wird. Die Landläufigkeit und Verbreitung dieses Ablaufmusters ist festzuhalten, weil daraus unter erleichterten Voraussetzungen eine *Vermutung für das Vorliegen einer Vertretungsmacht* des handelnden Erben folgt: Immer dann, wenn der Dritte an die Inkassobefugnis des handelnden Erben (vorab und besonders des überlebenden Ehegatten) glauben durfte, wird er durch Leistung an diesen gegenüber dem Nachlass befreit. Im vorliegenden Rahmen sind nicht die allenfalls denkbaren Umstände zu erörtern, welche die Annahme einer Anscheins- oder Duldungsvollmacht zu rechtfertigen oder aber auszuschliessen vermögen; es muss genügen, den bis jetzt m. W. in der Doktrin wenig beachteten Grundsatz hervorzuheben, dass in Fällen fehlenden Risikos der Miterben eine *violenta praesumptio* für Vorliegen der Vertretungsmacht des handelnden Erben (und zumal des überlebenden Ehegatten) besteht, daher eine Leistung an diesen (und gleichermassen die kompensationsweise Tilgung dessen Schuld) vermungsweise befreiend sein muss²¹.

²⁰ Vgl. dazu das oben Ziff. II/2 Gesagte; weiterhin v. TUHR (Fn. 14) § 78/II und dortige Anm. 16 mit Hinweis auf BGB § 2040/II ("Gegen eine zum Nachlass gehörende Forderung kann der Schuldner nicht eine ihm gegen einen einzelnen Miterben zustehende Forderung aufrechnen"). Diese Regel ist bloss deklaratorisch, d. h. formuliert nur ohnehin bestehendes Recht und gilt genau so in der Schweiz, wo eine entsprechende Norm dagegen für die Kollektivgesellschaft statuiert wird (OR Art. 573/I; ebenso BGB § 719/II).

²¹ Diese Sicht fügt sich ein in eine Praxis, die in anderem Zusammenhang die Zuerkennung von Vertretungsmacht zutreffenderweise ausweitend gedeutet hat; vgl. etwa BGE 73 II 170 (passive Vertretungsmacht des einzelnen Erben als Adressat von Erklärungen Dritter an die Erbengemeinschaft). – Beigefügt werden mag, dass das Nichtanerkennen der Befreiung seitens der übrigen Erben rechtsmissbräuchlich wäre, soweit diese ungeschmälert den ihnen zustehenden Gegenwert im Rahmen der Nachlassenteilung oder direkt vom kassierenden Erben erlangen können.

b) E macht gegen NE eine *persönliche* Forderung geltend; kann NE seine *Forderung gegen den Nachlass* aufrechnen? Die Frage ist zu bejahen: Fehlen der Gegenseitigkeit der Forderungen kann nicht angenommen werden, weil E für die von NE geltend gemachte Forderung solidarisch haftet, diese daher einer persönlichen Schuld des E gleichzusetzen ist. Dieses Ergebnis schlägt zu Lasten des E aus; die Miterben werden vorläufig auf seine Kosten von einer Nachlassschuld befreit, gleich, wie wenn er diese durch Zahlung getilgt hätte.

3. Der Dritte NE erhebt Ansprüche gegen E

a) Wenn NE eine *Forderung gegen den Nachlass* gegenüber dem solidarisch haftenden E geltend macht, kann dieser nicht nur eine Forderung des Nachlasses gegen den NE zur Verrechnung stellen (oben Ziff. III/1 lit. a), sondern *à plus forte raison* eine ihm allenfalls zustehende persönliche Forderung gegen NE aufrechnen; es wird in entgegengesetztem Ablauf das vorstehend Ziff. III/2 lit. b als zulässig erwiesene Ergebnis herbeigeführt. NE, wenn er den E persönlich und *in solidum* in Anspruch nimmt, kann nicht fehlende Gegenseitigkeit einwenden: Zwar hätte er statt den E auch einen der übrigen Miterben belangen können, die ihrerseits, wenn nicht gegen ihn ebenfalls forderungsberechtigt, nicht hätten kompensieren können. Aber es war seine Entscheidung, gerade seinen eigenen Gläubiger für die Nachlassverbindlichkeit in Anspruch zu nehmen. Die von E abgegebene Verrechnungserklärung wird mit der Abgabe wirksam und vernichtet beide Forderungen; NE kann nach Zugang der Verrechnungserklärung seinen damit erloschenen Anspruch nicht mehr gegen andere Erben vorbringen.

b) Falls NE gegen E eine gegen diesen gerichtete *persönliche Forderung* geltend macht, ist es dem E verwehrt, eine allenfalls bestehende Forderung des Nachlasses gegen NE verrechnungsweise vorzubringen; dies würde dem Eintreiben einer Forderung des Nachlasses bzw. einer Verfügung über dieselbe gleichkommen: Es bleibt bei der allgemeinen Regel, welche dies untersagt (oben Ziff. II/2; Ziff. III/2 lit. a). Allerdings gilt gleichzeitig aber auch die dort genannte rechtfertigende Ausnahme: Wenn NE, wie wohl häufig, Grund zur Annahme hat, dass E zum Inkasso der Forderungen des Nachlasses befugt sei, muss der von E erhobenen Verrechnungseinrede Wirksamkeit zuerkannt werden.

4. Zusammenfassung

Verrechnung ist angängig in *jedem Fall* beim *Gegenüberstehen gleichartiger Forderungen*: Selbstverständlich einmal beim Zusammentreffen gegenseitiger persönlich gegen den Partner gerichteter Forderungen, sodann aber ebenso, wenn dem Nachlass zustehende und gegen den Nachlass gerichtete Forderungen sich gegenüberstehen, dies unerachtet, welcher der Kompensationspartner als Fordernder oder aber als Kompensant auftritt (oben Ziff. III/1).

Beim *Gegenüberstehen ungleichartiger Forderungen* ist es dem Grundsatz nach allein zulässig, dass dem E gegen NE zustehende Forderungen durch Kompensation mit Forderungen des NE gegen den Nachlass durch Kompensation getilgt werden, nicht angängig ist dagegen Tilgung einer Forderungen des NE gegen E durch Aufrechnung einer Forderungen des Nachlasses gegen NE, wobei es in beiden Fällen auch hier gleichgültig ist, welcher der Beteiligten als Fordernder oder aber als Kompensant auftrat; ausschlaggebend ist die Sachüberlegung, dass zum Zweck der Tilgung einer Schuld des E die verrechnungsweise Preisgabe einer Forderung des Nachlasses nicht zulässig ist (Ziff. III/2 lit. a).

Als *Ergänzung und Einschränkung* war für beide Fälle festzuhalten, dass immer denn, wenn NE auf Grund gegebener Umstände berechtigten Anlass hat, an das Bestehen der Vertretungsmacht des E zum Inkasso von Nachlassforderungen zu glauben, auch die Preisgabe einer Nachlassforderung zulässig ist und entsprechende Tilgungswirkung durch Kompensation rechtswirksam sein muss (Ziff. III/2 lit. a).

IV. Schlussfolgerungen für den überlebenden Ehegatten

1. Verfügungsmacht über Nachlassforderung entgegen allgemeiner Regel

Auszugehen war von der fest verankerten Regel, dass ein einzelner Erbe ohne dahingehende Ermächtigung der übrigen Erben nicht über Nachlassforderungen verfügen kann und darf, dass ihm daher gleichermaßen Entgegennahme von Tilgungszahlungen wie auch Kompensation von Nachlassforderungen versagt ist. Diese Regel war in verschiedener Hinsicht zu relativieren: Stehen sich eine Forderung des Nachlasses und eine solche gegen den Nachlass entgegen, darf kompensationsweiser Ausgleich nicht ausgeschlossen werden, welcher der beiden Kompensationspartner auch immer als Fordernder oder aber als Kompensant aufgetreten sei (Ziff. III/1). Diese Feststellung dürfte vorab im Falle des überlebenden Ehegatten praktische Bedeutung erlangen, wird dieser doch oft ohne formelle Ermächtigung Forderungen wie auch Schulden des Verstorbenen liquidieren und erst recht im Falle deren Zusammentreffen in der gleichen Drittperson auch verrechnungsweise ausgleichen wollen. – Eine weitere, für den überlebenden Ehegatte wohl praktisch ebenfalls nicht

unbedeutende Auswirkung steht in Übereinstimmung mit den eingangs genannten Regeln: Der Ehegatte muss in Kauf nehmen, dass seine persönliche Forderung gegen einen Dritten von diesem mit seiner Forderung gegen den Nachlass verrechnet wird (Ziff. III/2 lit. b). Umgekehrt wird er, wenn selber als Solidarhaftender für eine Nachlassverbindlichkeit belangt, gerne eine ihm gegen den Fordernden persönlich zustehende Gegenforderung zur Verrechnung bringen.

2. Verfügungsmacht kraft Rechtsscheins

Dem Rechtsschein kommt in vielen, nicht abschliessend zu überblickenden Zusammenhängen rechtsgestaltende Wirkung zu. Hier zu erinnern an die verschiedenen Formen handelsrechtlicher Vertretung (mit welchen die Stellung des Liquidierungshandlungen vornehmenden Erben verwandte Züge aufweist) und an die in der Schweiz heute Bedeutung erlangende Vertrauenshaftung²². Rechtsgestaltende Wirkung des Rechtsscheins kann auch zu einer Verfügungsbefugnis des handelnden Erben führen: Auf Grund des vorherrschenden Verhaltensmusters, dass bei kleineren, jedoch solventen Nachlässen die notwendig werdenden Nachlassliquidationshandlungen ohne formelle Ermächtigung von einzelnen Erben erledigt und derartige Funktion zu allererst vom überlebenden Ehegatten übernommen werden, muss oft eine durch Anschein geschaffene Vertretungsmacht des überlebenden Ehegatten zum Inkasso von Nachlassforderungen einschliesslich deren kompensationsweise Geltendmachung angenommen werden (oben Ziff. III/2 lit. a). Dies war hier im Zusammenhang verrechnungsweiser Tilgung von Nachlassforderungen herauszustellen, möge der Erbe selber Verrechnung erklärt oder aber durch Geltendmachung einer Nachlassforderung die Verrechnungserklärung des Dritten provoziert haben. Aber selbstverständlich spielen die gleichen Regeln auch ausserhalb der Kompensation, d. h. für die schlichte Entgegennahme einer dem Nachlass geschuldeten Leistung durch einen einzelnen Erben (Ehegatten).

V. Schlussfolgerungen für das Kompensationsrecht

Auf Grund der hier auf Sonderfragen ausgerichteten Überlegungen lassen sich einige Feststellungen zum allgemeinen Kompensationsrecht treffen:

– Während die traditionelle Lehre die Kompensationsvoraussetzungen (hier insbesondere das Requisite der Verfügungsbefugnis des Kompensanten

²² Vgl. dazu BGE 120 III 331 und BGE vom 7.1.1999 (franz. in SemJud 2000, 533 ff.); Teilabdruck und weitere Nachweise bei BUCHER, recht 2001 S. 65-81 [www.eugenbucher.ch> Nr. 76].

über die von ihm durch Aufrechnung preisgegebene Forderung) auf den Zeitpunkt vor der Aufrechnung hin (sc. dem Untergang der Verrechnungsforderungen) überprüft, wird hier eine Betrachtung der *Zulässigkeit des Ergebnisses* gefordert, was fallweise zu einer Korrektur der Resultate führt. So muss die Feststellung, dass der Erbe nicht zum Einkassieren von Nachlassforderungen befugt und daher sein Geltendmachen einer solchen nicht zulässig ist, mit Gewissheit in den hier betrachteten Fällen zurücktreten: Gegenüber einem Nachlassschuldner muss das verrechnungsweise Geltendmachen einer Nachlassforderung durch einen einzelnen Erben zulässig sein, und noch eher die kompensationsweise Verfügung über eine Nachlassforderung, wenn der Erbe solidarisch für eine Nachlassschuld beansprucht wird (Ziff. III/1)²³.

– Kompensation bedeutet grundsätzlich Schuldentilgung allein gestützt auf die Erklärung des Kompensanten und vermutungsweise gegen den Willen des Kompensaten. In den allgemeinen Lehren zum Kompensationsrecht wird nicht hinreichend herausgestellt, dass die Zustimmung des Verrechnungsgegners (sei diese Bestandteil einer eigentlichen Vereinbarung oder folge bloss aus dem Unterbleiben von Widerspruch seitens des Kompensationsgegners), die Verrechnung wirksam machen, d. h. Tilgungswirkung auch bei Fehlen von Kompensationsvoraussetzungen auslösen kann, kommt doch die Kompensationserklärung mit der ihr entgegengebrachten Zustimmung einem Schuldverlassvertrag gleich.

– In *methodischer Hinsicht* zeigte sich, dass die Verrechnung als für sich selbst stehendes Rechtsinstitut sehr im allgemeinen bleibt und seine Konkretisierung vielfach erst im spezifischen Zusammenhang erhält: Hier zu betrachten war die Kompensation im erb- und familienrechtlichen Umfeld; die *Kompensation im Prozess* wirft dem gegenüber wieder ganz andere Fragen auf, die nach anderen Gesichtspunkten anzugehen sind²⁴. Während in letzterem Zusammenhang sich erwies, dass die gesetzlichen Ausschlussgründe der Kompensation (OR Art. 125 und BGB §§ 390, 392-395) nur bruchstückhaft herausgestellt werden und von den Gesetzgebern wichtigste Ausschlussgründe vergessen wurden (so vorab Kompensation gegenüber Bereicherungsansprüchen aus Zufalls- und Eingriffskondiktion), war hier das Entgegengesetzte zu zeigen: Verrechnung wird in Sonderumständen unentbehrlich, und eine dahingehende Ermächtigung zu Gunsten der einzelnen Erben muss angenommen werden in einigen Fällen, in denen aus allgemeinen Gesetzesregeln ein Verbot folgt.

²³ Der Feststellung der partiellen Entbehrlichkeit der Verfügungsmacht kann zur Seite gestellt werden jene andere, dass zwar die *Fälligkeit* der zur Kompensation gestellten Verrechnungsforderung *notwendig*, dagegen entgegen dem Wortlaut von OR Art. 120 Abs. 1 *Fälligkeit der Hauptforderung entbehrlich ist*: Der Kompensationsgegner hat nur Vorteil, wenn er gegen Verlust einer noch nicht fälligen Forderung von seiner fälligen Schuld befreit wird (im Gegensatz zum OR zutreffend die Formel von BGB § 387).

²⁴ Zu diesem Thema BUCHER (Fn. 2).