

Rechtsvergleichende und kollisionsrechtliche Bemerkungen zur Verrechnung ("Kompensation")

I. Fragestellung

Verrechnungsweise Tilgung gegenseitiger Ansprüche ist im kommerziellen Bereich eine selbstverständliche Erscheinung und von den Beteiligten im Interesse der Vereinfachung der Verhältnisse allgemein geübte Praxis, die von ihnen häufig genug nicht bewusst als rechtsgestaltender Vorgang verstanden wird. Dazu kommt, dass die Verrechnung auch "juristisch-intrasystematisch" sich am Rande bewegt in dem Sinne, als bloss ein Untergangsgrund von Forderungen bzw. Schulden geregelt wird, der naturgemäss weniger Interesse findet als die Regeln über Vertragsentstehung, Vertragsabwicklung oder Schlechterfüllung, die schon in einer nicht-litiganten Phase der Rechtsbeziehung Fragen rufen können. Das Gesagte mag erklären, dass die Verrechnung im Bewusstsein des Juristen eine bloss marginale Rolle spielt; dies gilt für die rechtliche Behandlung der Verrechnung selber wie auch für die mit ihr zusammenhängenden Annexprobleme, etwa für die Frage des auf sie anwendbaren materiellen Rechts.

Das Institut der Verrechnung hat seine *Ursprünge im Verfahrensrecht*. Dort tauchen auch heute noch die meisten Probleme auf, so z. B. die Frage, ob die verfahrensmässige Zuständigkeit des Gerichts zur Entscheidung der einen der beiden Forderungen auch eine Zuständigkeit zur Beurteilung der Gegenforderung begründe. Hinsichtlich der beiden Forderungen mögen *örtlich* verschiedene Gerichte zuständig sein; vor allem aber ist praktisch bedeutsam die Konkurrenz der *ordentlichen*

Gerichtsbarekeit staatlicher Gerichte und jener von Schiedsgerichten: Soll das für die Beurteilung der Hauptforderung zuständige staatliche Gericht auch über die zur Verrechnung gestellte Gegenforderung urteilen dürfen, wenn diese einer Schiedsabrede unterliegt, oder umgekehrt das Schiedsgericht, wenn vor ihm eine nicht der Schiedsabrede unterliegende Verrechnungsforderung geltend gemacht wird? Diese Frage, die das "Konkordat" (Art. 29) mit der gefährlichen (da Missbräuche ermöglichenden) Regel der Aussetzung des Schiedsverfahrens bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die Verrechnungsforderung durch das zuständige Gericht beantwortet, wird im IPRG nicht explizit entschieden.¹

In der Doktrin erfährt sie entgegengesetzte Antworten: Während die *neuere schweizerische* Literatur (entgegen früheren Auffassungen) für das Schiedsverfahren zur Bejahung der Zulässigkeit der Verrechnung

¹ Vgl. Art. 29 des "Konkordats" (Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit vom 27.3. bzw. 27.8.1969, SR 279). Art. 8 des IPRG, der das Gericht der Hauptklage auch zur Beurteilung der Widerklage zuständig erklärt, "sofern zwischen Haupt- und Widerklage ein sachlicher Zusammenhang besteht", gibt keine direkt anwendbare Regel; die hier interessierende Frage geht dahin, ob in Fällen der bloss verrechnungsweisen, nicht aber widerklageweisen Geltendmachung einer Forderung eine Zuständigkeit zur Beurteilung der Verrechnungsforderung im Rahmen der Prüfung der (Haupt-) Klage zulässig sei. Der Analogieschluss, dass die Zulässigkeit einer Widerklage auch die bloss verrechnungsweise Geltendmachung der entsprechenden Gegenforderung impliziere, wird wohl auf verbreitete Zustimmung rechnen können. Andererseits ist durchaus offen, ob auch im Falle der prozessualen Unzulässigkeit einer Widerklage Zuständigkeit und Pflicht des befassten Gerichts besteht, im Rahmen der Beurteilung der betreffenden Klageforderung deren angebliche vor- oder ausserprozessuale Tilgung durch Verrechnung zu prüfen. Im übrigen ist für den Schreibenden fraglich, ob Art. 8 auch die Zuständigkeit privater Schiedsgerichte erfassen will und kann oder nicht umgekehrt auf die örtliche und funktionale Zuständigkeit der ordentlichen (staatlichen) Gerichtsbarekeit beschränkt bleibt (auf Schiedsgerichtsbarkeit ist ausschliesslich Kapitel 12 des IPRG anwendbar; der dem hier behandelten Art. 8 benachbarte Artikel 7 bezieht sich seinerseits ebenfalls auf ordentliche Gerichtsbarekeit, deren Zuständigkeit durch Bestehen einer Schiedsklausel ausgeschlossen wird). In den meisten Fällen wird bei gegebenem "sachlichen Zusammenhang" die die Hauptklage abdeckende Schiedsklausel auch die Widerklage erfassen; trifft dies ausnahmsweise nicht zu, würde ein die Widerklage gutheissender Schiedsspruch, der nicht auf eine ausdrückliche Schiedsabrede gestützt wird, sondern nur aufgrund der Zuständigkeitsnorm von Art. 8 IPRG erlassen ist, nach dem New Yorker-Übereinkommen von 1958 (Art. II und IV) kaum vollstreckbar sein.

schiedsfremder Forderungen neigt und die Beurteilung der letzteren durch das Schiedsgericht zulässt² weisen umgekehrt die neueren Auffassungen in *Deutschland* überwiegend in die entgegengesetzte Richtung; es wird, wenigstens in Verfahren vor Staatsgerichten bei Bestehen einer Schiedsklausel bezüglich der Gegenforderung, die Verrechnung ausgeschlossen.³

Der Standpunkt des Verrechnungsausschlusses verdient, wenn auch unter Einschränkungen, insgesamt wohl den Vorzug, was allerdings an dieser Stelle nicht näher begründet werden kann.⁴

Die *Judikatur* ist naturgemäss nicht einheitlich, neigt heute aber im Ergebnis (bereits in den in der Schweiz ergangenen älteren Entscheidungen,

² Aus der die Beurteilung der Verrechnungsforderung zulassenden Literatur betr. Schiedsverfahren vgl. für die Schweiz:

BÜHLER W., Verrechnung und Schiedsvertrag, in SJZ 1940/41, S. 209-217;

RÜEDE T./HADENFELDT R., Schweizerisches Schiedsgerichtsrecht, Zürich 1980, S. 253 N. 2/b;

GULDENER M., Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Zürich 1979, S. 613 und Anm. 102;

WIGET F. in STRÄULI H./MESSMER G., Kommentar zur Zürcher ZPO, 2. Aufl., Zürich 1982, zu § 238 N. 13.

Zur entgegengesetzten (älteren) Auffassung in der Schweiz vgl. BECKER H., Komm. OR 1-183, 1. Aufl., Bern 1917, Art. 120 N. 13 in fine, Art. 126 N. 1 (hier abschwächend); 2. Aufl., 1941, Art. 120 N. 20, Art. 126 N. 4; LEUCH G., Die ZPO des Kantons Bern, 3. Aufl., 1956, bes. § 380 N. 1/d, S. 359, und S 170 N. 3 in fine, S. 190; SUTER H. R., Der Schiedsvertrag nach schweiz. Zivilprozessrecht, in ZSR 47/1928, S. 54 f.

³ Vergleiche aus der Literatur etwa:

STEIN F./JONAS M./SCHLOSSER P., Komm. ZPO, 20. Aufl., 1988, § 1025 N. 37; SCHREIBER K., Prozessvoraussetzungen bei der Aufrechnung, in ZZP 90/1977, S. 395-417, bes. S. 411, 413, 415;

WAIS W. in SCHÜTZE/TSCHERNING/WAIS, Handbuch des Schiedsverfahrens, Berlin / N.Y. 1985,

S. 29 N. 55; GEIMER R. in ZÖLLER R., ZPO, Köln 1984, § 1025 N. 34; HAUSMANN R. in

REITHMANN C./MARTINY D., Internationales Vertragsrecht, 4. Aufl. Köln 1988, S. 1138 N. 1408;

WALTER G. in SCHWAB K. H./WALTER G., Schiedsgerichtsbarkeit, 4. Aufl., 1989, Kap. 3 II,

Rdn. 12 bis 14. – Umgekehrt sprechen sich noch die folgenden Autoren für die Zulassung der

Verrechnung aus: ROSENBERG L., Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrechts, 3. Aufl., Berlin 1931,

S. 342; SCHWAB K. H., Schiedsgerichtsbarkeit, 3. Aufl., 1979, S. 17; ALBERS J. in

BAUMBACH A./LAUTERBACH W./ALBERS J./HARTMANN P., ZPO, 47. Aufl., München 1989,

§ 1025 N. 3 C; für Zulässigkeit der Widerklage MAIER H. J., Handbuch der Schiedsgerichtsbarkeit, Berlin 1979, S. 67 N. 45.

⁴ Vgl. immerhin die Hinweise des Schreibenden in: "Die internationale Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz (II)", Schriftenreihe des Deutschen Instituts für Schiedsgerichtswesen, hgg. von Bockstiegel K. H., Bd. 1/II (Köln etc. 1988), S. 137 f.

und ebenso in der jüngeren deutschen Rechtsprechung) dazu, dem zur Beurteilung der Gegenforderung nicht zuständigen Gericht die Beurteilung der auf diese gestützten Verrechnungseinrede zu versagen.⁵

Im Zusammenhang der vorliegenden Festschrift soll angesichts des wissenschaftlichen Engagements ihres Empfängers der *kollisionsrechtliche Aspekt der Verrechnung* behandelt werden. Es wird gewissermassen eine Vorfrage zu der skizzierten prozessualen Problematik aufgeworfen. Dabei wird sich zeigen, dass die Frage nach dem auf die Verrechnung anwendbaren materiellen Recht nicht ohne Einbezug der materiellen Ausgestaltung und der Mechanismen der Durchsetzung der Verrechnung beantwortet werden sollte; auch sind *rechtsvergleichende Hinweise* auf die dem Institut in den in Betracht fallenden Rechtsordnungen zuteilwerdende Ordnung nicht zu entbehren.

Wenigstens ein Gesichtspunkt des hier behandelten Problems sei an einem *Beispiel* illustriert:

Vor einem schweizerischen (staatlichen oder Schieds-) Gericht wird vom Beklagten eine Widerklage erhoben. Haupt- und Widerklageforderungen unterstehen verschiedenen Rechten (z. B. französischem Recht und dem Recht eines Gliedstaates der USA). Es bleibe offen, ob die eine oder andere der Parteien ausserhalb des Verfahrens je einen Verrechnungswillen geäussert habe bzw. ob im Verfahren selber (z. B. implizite durch Erhebung einer Widerklage) eine solche Erklärung erfolgt sei (die Frage wäre jedenfalls dann zu verneinen, wenn jede Partei die Begründetheit der Gegenforderung mit voller Überzeugung vollumfänglich bestreitet und schon aus diesem Grunde sich nicht auf Verrechnung beruft). Beide Forderungen seien in der Beurteilung des Gerichts ganz oder teilweise begründet. Nach welchem Recht (oder welchen Rechten) ist zu entscheiden, ob das Gericht sowohl Haupt- wie Widerklage als solche (im begründeten Umfang) gutheissen soll oder aber bloss die höhere der beiden Forderungen im Umfang des die andere Forderung übersteigenden Betrages?⁶ Sind infolge von Verrechnung

⁵ BGE 23 I 775 ff., E. 5, 6; 63 II 136 (allerdings nur für den Fall der Schiedsabrede); BGHZ 38, S. 255 (gegenüber früher BGHZ 23, S. 17), indirekt bestätigt in BGHZ 60, S. 85, 89 f. – Eine Hemmung des Verfahrens über die Hauptforderung wird, im Gegensatz zum "Konkordat", nicht angenommen.

⁶ Angefügt werden könnte die weitere Frage, in welchem Zeitpunkt (im Prozess oder auch vor diesem) die Verrechnung der beiden Forderungen als vollzogen gelten kann, eine Frage, die etwa dann praktische Bedeutung hat, wenn die eine der Parteien in Konkurs fällt und in diesem nur eine

die Forderungen (die eine ganz, die andere teilweise) untergegangen, darf aufgrund verrechnungsweiser Tilgung keine darüber hinausgehende Klageguthesung erfolgen; ist umgekehrt die Verrechnung nicht wirksam, darf keine Klageabweisung erfolgen.

III. Die für die Verrechnung in Betracht fallenden materiellrechtlichen Grundsätze; "Durchführung" der Verrechnung

In ursprünglichen Rechtsordnungen, zu denen das *römische Recht* wie auch die heutigen Rechte der *englischsprachigen Länder* gezählt werden dürfen, wird die Verrechnung primär als ein Institut des Zivilprozesses verstanden und die aufgeworfene Frage primär als eine solche des Verfahrensrechts behandelt.⁷

vor Konkurseröffnung perfizierte Verrechnung den Konkursgläubiger von seiner eigenen Schuld befreit. Diese Regelung gilt wohl unter französischem Recht, wo nur bei Vorliegen aller Verrechnungsvoraussetzungen, insbesondere der "Liquidität" der Forderung vor Konkurseröffnung, gegenüber der Masse Verrechnung eingewendet werden kann. So die Hinweise bei BRINCKMANN R., Die nichtvertragliche Verrechnung in rechtsvergleichender Darstellung und im schweiz. Kollisionsrecht, Thèse no. 599, Genf 1970, S. 79.

⁷ Vgl. für das römische Recht Dig. 16,2 sowie Cod. Iust. 4,31 (je "de compensatio-nibus"); aus der Literatur: JÖRS P./KUNKEL W., Römisches Privatrecht, 2. Aufl., Berlin etc., 1949, S. 201 ff.; DASSELBE in 4. Aufl., bearbeitet von HONSELL H. U. A. 1987, S. 272 ff.; KASER M., Römisches Privatrecht (Kurzlehrbuch), 14. Aufl., München 1986, § 53/III; DERS., Das römische Privatrecht (I. Abschnitt), 2. Aufl., München 1971, S. 644 ff.; (2. Abschnitt), 2. Aufl. 1975, S. 447 ff. – Für den englischsprachigen Rechtskreis vgl. etwa die Hinweise bei SCHMITTHOFF C., The English Conflict of Laws, London 1954, S. 397; WOLFF M., Private International Law, 2nd ed., Oxford 1950, S. 233 f., 456 f.; KUHN A. K., Comparative Commentaries on Private International Law, New York 1937, S. 86. In den Standardwerken des englischen Vertragsrechts tauchen "set-off" und "counterclaim" nur im Zusammenhang anderer (materiellrechtlicher) Institute auf, z. B. Stellvertretung (agency) und Zession (assignment), vgl. ANSON's Law of Contract, 26th ed., Oxford 1984, S. 400, 552; CHESHIRE G. C./FIFOOT C. H. S./FURMSTON M. P., Law of Contract, 11th ed., London 1986, S. 478; CHITTY on Contracts, hier zitiert 23rd ed., Vol. II, London 1968, S. 59 Rdn. 58, TREITEL, The Law of Contract, 7th ed. London 1987, S. 514 f., 548. Auch im anglo-amerikanischen Recht ist die Verrechnung primär Institut des Prozessrechts. Vgl. CALAMARI J. D./PERILLO J. M., Contracts, 2nd ed. 1980, sec. 18-17, S. 653. WILLISTON on Contracts, 3rd ed. 1962, sec. 887 E, S. 545 ff. Immerhin lässt sich hier auch eine ausserprozessuale Einordnung finden, etwa bei CORBIN on

Bereits in der römischen Tradition ist indessen auch die entgegengesetzte Lösung vorgezeichnet, wonach der Kläger von sich aus bestehende Gegenforderungen berücksichtigen muss, um Rechtsnachteile (Kostenfolgen oder gar Prozessverlust wegen Überforderung, "*pluris petitio*" zu vermeiden. Das führt gewissermassen zwangsläufig zu der Vorstellung, dass die Aufrechnungswirkungen vorprozessual und automatisch ("*ipso iure*") eintreten.⁸

Da der römische Jurist praktisch denkt und jegliche Regel primär auf den Prozessfall zu beziehen pflegt, werden die ausser- (vor-) prozessualen Aspekte nicht direkt angegangen; in der antik-römischen "*ipso iure compensatur*-Regel" darf nicht der Grundsatz erblickt werden, dass die ausserprozessuale Verrechnungslage automatisch die beiden Forderungen, soweit sie sich decken, untergehen lasse; Sinn der Regel ist es bloss, für den Fall, dass im Prozess nachträglich *compensatio* angenommen wird, vom Zeitpunkt des Eintritts der Verrechnungslage an Verzugsfolgen, insbesondere das Verfallen von Verzugszinsen ("*usurae*"),

Contracts, Vol. 4, 1951, Sec. 896 (im Zusammenhang der Zession): "... not merely a question of pleading and procedure ... procedure and substantive law cannot be wholly separated". Vgl. ferner die Zusammenstellung von Formen aussergerichtlicher Aufrechnung bei GÄBEL J. K., Neuere Probleme zur Aufrechnung im internationalen Privatrecht, München 1983, S. 113 ff., sowie UCC Sec. 2-717 (Verrechnungsrecht des Käufers bei Schäden durch Schlecht- oder Nichterfüllung des Kaufvertrags), Sec. 4-303 (Bank, auf die Scheck ausgestellt ist, hat unter bestimmten Voraussetzungen ein Recht, das Konto des Ausstellers zu belasten, selbst wenn Widerruf erfolgt).

⁸ Diese Folgerung findet sich bereits in Dig. 16,2,21, wird aber vor allem in der römischen Spätzeit explizit formuliert (Cod. Iust. 4,31,4: "Si constat pecuniam invicem deberi, ipso iure pro soluto compensationem habere oportet ex eo tempore, ex quo ab utraque parte debetur ..." ("Steht fest, dass gegenseitig Geld geschuldet wird, muss man die Verrechnung als von rechts wegen an Erfüllungsstatt erfolgt betrachten auf den Zeitpunkt, in dem von der einen wie der anderen Seite geschuldet wird ..."). In der Rezeptionszeit soll diese Folgerung insbesondere der Glossator MARTINUS betont haben, während AZO die Lehre vertritt, erst entsprechende Parteierklärungen würden die Schuldentilgung/Verrechnungswirkungen auslösen (so die Angaben von JÖRS/KUNKEL, op. cit. [Fn. 7]).

auszuschliessen; im Ergebnis wird wohl nichts anderes bezweckt wie mit OR Art. 124 Abs. 2 und BGB § 389.⁹

Die *Naturrechtskodifikationen* stehen auf dem Standpunkt automatischen Eintritts der Verrechnungswirkungen: *französischer Code Civil* (1804) (art. 1290: "La compensation s'opère de plein droit par la seule force de la loi ... ; les deux dettes s'éteignent réciproquement ... jusqu'à concurrence de leurs quotités respectives") und das *österreichische ABGB* (§ 1438: "Wenn Forderungen gegenseitig zusammentreffen, ... so entsteht, in soweit die Forderungen sich gegeneinander ausgleichen, eine gegenseitige Aufhebung der Verbindlichkeiten (Compensation), welche schon für sich die gegenseitige Zahlung bewirkt". – Im Gegensatz dazu ist unbestritten, dass nach schweizerischem Obligationenrecht (1883) wie nach Schuldrecht des deutschen BGB (1900) die Verrechnung nur auf dahingehende Erklärung ("Verrechnungserklärung") des einen oder anderen Partners ihre Wirkung entfaltet, d. h. die gegenseitigen Forderungen untergehen lässt. Diese Abwendung vom System der "ipso-iure-Verrechnung" dieser letzteren "Kodifikationen der zweiten Generation" ist durch die erneute Betonung der *römischen Tradition* einerseits bestimmt, andererseits durch *Praktikabilitätsüberlegungen* (die oft genug hinter dem historischen Argument stehen und dieses veranlassen).¹⁰ Die praktische Bedeutung des Gegensatzes zwischen

⁹ Cod. Iust. 4,31,4, wie oben zitiert, fährt wie folgt fort: "..., utique quoad concurrunt quantitates, eiusque solius, quod amplius apud alterum est, usurac debentur, si modo petitio tarum substitut" ("sodass folglich, soweit sich die Beträge decken, allein die Zinsen dessen, was im Überschuss dem anderen zusteht, geschuldet sind.") – Zum Ausschluss der Verzinslichkeit vgl. auch bereits Dig. 16,2, 11 f., 15.

¹⁰ Beides wird deutlich sichtbar in den Materialien zum Dresdener Entwurf, 1866, der in Art. 362 die heutige Lösung von OR und BGB vorwegnimmt: In Bd. II der Protokolle der Commission (1864, im Nachdruck, hgg. von Schubert, Frankfurt/a.M. 1984), S. 1261 (zu Art. 349, als Vorläufer von Art. 362) wird gleichzeitig gesagt, dass "die Beibehaltung des dem Römischen Rechte entsprechenden Principis" gewollt sei und dass man nicht die Lösung des ABGB übernehme, denn "diese Theorie ziehe verschiedene Übelstände nach sich" (die allerdings nicht spezifiziert werden). – Älter als der Dresdener Entwurf, und damit erste moderne Kodifikation mit dem in OR/BGB verwirklichten Verrechnungsmodell, ist das zürcherische Privatrechtliche Gesetzbuch der Jahre 1854/56 (PGB § 1052: "Es hängt vom Willen des Schuldners ab, ob er von seinem Rechte zu kompensieren Gebrauch ... machen wolle"; vgl. dazu auch JANGGEN A., Die Compensation nach schweizerischem OR, 2. Aufl., Bern 1888, S. 19 f.

"ex-lege-Automatismus" oder Erklärungs-Bedingtheit der Verrechnungswirkungen darf daher insgesamt nicht überbewertet werden.¹¹

Da auch nach dem Verfahrensrecht der diesem System anhängenden Rechtsordnungen die Zivilgerichte nur den von den Parteien vorgetragenen Stoff berücksichtigen und nicht von Amtes wegen Sachverhaltsermittlung betreiben, kann die Gegenforderung nur, falls vom Beklagten hinreichend behauptet, Berücksichtigung finden. In Österreich, trotz der so deutlich wie nur möglich auf die "ex-lege-Aufrechnung" ausgerichteten Regel von ABGB § 1438, wird heute von Lehre und Praxis mit Selbstverständlichkeit die von OR und BGB verwirklichte Konzeption vertreten;¹² auch im französischen Recht scheint sich diese Betrachtungsweise in gewissen Zusammenhängen Beachtung zu verschaffen.¹³

Obwohl festgestellt werden darf, dass das "ipso-iure-Modell" der Verrechnung und das entgegengesetzte (zur Hauptsache auf den deutschen Sprachbereich beschränkte) System, das eine "Verrechnungserklärung" verlangt, sich in der praktischen Handhabung oft decken werden, bleibt es dabei, dass hier, wenigstens in theoretischer Betrachtung und begrifflicher Veranschaulichung, zwei gegensätzliche Konzepte vorliegen, welche das Verständnis der Verrechnung grundlegend beeinflussen und, wie wir sehen werden, auch auf "Annexfragen", wie jene des auf die Verrechnung anwendbaren Rechts oder jene deren prozessualer Handhabung, Einfluss haben. – Während die Kodifikationen und weitgehend auch die diese doktrinell vorbereitenden Autoren entweder für die eine oder andere Lösung sich entscheiden, hat noch ALTHUSIUS diese beiden Formen gleichberechtigt nebeneinandergestellt.¹⁴

¹¹ Dies zumal, als OR (Art. 124 Abs. 2, 120 Abs. 3) wie BGB (§ 389) sowie bereits PGB (§ 1054) und Dresdener Entwurf (Art. 372) für den Fall der Erhebung der Verrechnungseinrede deren Wirkungen auf den Zeitpunkt des Eintritts der Verrechnungslage zurückbeziehen.

¹² Vgl. statt vieler RUMMEL in RUMMEL, Kommentar ABGB, Bd. II, Wien 1984, § 1438 N. 11, mit Hinweisen.

¹³ So z. B. die Annahme von LEWALD H., Das deutsche IPR, Leipzig 1931, S. 281; vgl. auch Ferid M., Das französische Zivilrecht I, Frankfurt a.M. / Berlin 1971, § 31, 2D 71, m. w. H.

¹⁴ ALTHUSIUS J., *Dicaeologicae libri tres* ...; 1. Aufl. 1617 (hier zit. aus Nachdruck – Aalen 1967 – der Ausgabe Frankfurt 1649): "Compensatio est duplex: alia quae fit ipso iure, alia quae fit per exceptionem" (Lib. II cap. XVI par. 16, S. 576: "Es gibt zweierlei Verrechnung, die eine, welche von selbst, von rechts wegen eintritt, sowie die andere, welche auf Einrede hin erfolgt").

Er begnügt sich indessen nicht mit dieser Grundsatzfeststellung, sondern fügt das Abgrenzungskriterium bei, dass nämlich die ipso-iure-Verrechnung auf *liquide* und *unbestrittene* Forderungen beschränkt bleibe, während die übrigen Fälle auf die Verrechnung durch Einrede verwiesen seien.¹⁵

III. Bedeutung des Verfahrensrechts

Die Ursprünge der Verrechnung liegen im Prozess, und aus diesem Umfeld kann sich, offenbar infolge sachlogischer Zwänge, das Institut bis heute selbst im kontinentalen Rechtskreis nicht ganz befreien, während im englischen Sprachbereich die Einbettung in das Gerichtsverfahren zum vornherein das Feld beherrscht.

Die Verknüpfung der Verrechnung mit dem Prozess würde es nahelegen, sie, wenigstens soweit sie vor Gerichten durchgesetzt werden muss, als der *lex fori* bzw. dem Verfahrensrecht der zum Entscheid zuständigen Gerichte unterstellt zu betrachten. Dies ist naturgemäss der Standpunkt des englischsprachigen Rechtskreises, während er in Frankreich ebenfalls vereinzelt angetroffen werden kann.¹⁶

Gemeinhin wird jedoch in der kontinentalen Rechtstradition, und ganz vorbehaltlos im deutschen Sprachbereich, die Verrechnung als vom materiellen Recht geregelte Materie verstanden; im internationalen Verhältnis werden die sich stellenden Fragen nach kollisionsrechtlichen Grundsätzen, nicht nach Regeln des internationalen Verfahrensrechts betrachtet.¹⁷

¹⁵ ALTHUSIUS, op. cit. (Fn. 14), par. 17, 18.

¹⁶ CHESHIRE G. C./NORTH P. M., *Private International Law*, 10th ed. London 1979, S. 707; WOLFF, op. cit. (Fn. 7), S. 233; VALERY J., *Manuel de DIP*, Paris 1914, N. 1009; ROBIN A., *Principes de DIP*, Bd. II, Paris 1897, S. 579 ff.; SACERDOTI, *Des conflits de lois en matière de compensation*, Clunet 1896, S. 57 ff.

¹⁷ Auf die sich stellenden Qualifikationsfragen kann hier nicht eingegangen werden. Wenn auf dem Kontinent eine Verrechnung nach englischem Recht zu beurteilen ist, bedeutet dies Anwendung der Verfahrensregeln, wie sie im Falle englischen Gerichtsstandes gelten würden? (Dies wird z. B. bejaht von MARTINY D., in *Münchener Kommentar*, Bd. 7, 1983, N. 121 vor Art. 12; und ebenso, für das analoge Problem der Verjährung, von BGE 75 II 65 E. 3/b).

Die kontinentale Herauslösung der Verrechnung aus dem Verfahrensrecht und die Zuordnung der diesbezüglichen Regeln zum materiellen Recht schliesst allerdings nicht aus, dass das von den befassen Gerichten anzuwendende Verfahrensrecht trotzdem Einfluss nehmen kann, indem z. B. die Einrede der Verrechnung überhaupt nicht zugelassen oder doch auf Fälle beschränkt wird, in denen über die Verrechnungsforderung ohne ungebührliche Verzögerung des Verfahrens entschieden werden kann. Das erste ist im praktischen Ergebnis die Folge, wenn die Zuständigkeit der Gerichte hinsichtlich der Beurteilung der Verrechnungsforderung verneint wird (dazu die Hinweise oben, Ziff. I). Die bedingte Zulassung der Verrechnung in Fällen rascher Abklärbarkeit wird von einigen kantonalen Prozessordnungen angeordnet; in diesem Grenzbereich der Überschneidung des Verfahrensrechts und des materiellen Privatrechts hat das Bundesgericht geglaubt, im Interesse der Verwirklichung des letzteren die Freiheit der Gestaltung des Prozessrechts durch die Kantone beschränken zu sollen.¹⁸

Dies kann nicht hindern, als Ergebnis festzuhalten, dass die Verwirklichung der im materiellen Privatrecht niedergelegten Grundsätze an die Schranken des Prozessrechts stösst, das zwar nicht die Verrechnung überhaupt, wohl aber deren Geltendmachung während des über die Hauptforderung hängigen Verfahrens in Frage stellen kann, und in den oben (Ziff. I) genannten Fällen unbestrittenermassen in Frage stellt.

¹⁸ BGE 63 II 133 ff., 85 II 106 f. (mit Hinweis auf 76 II 44, 84 II 495 und 69 II 23). Zum Grundsätzlichen vgl. auch MARTINY, op. cit. (Fn. 17), a.a.O.

IV. Welches nationale Recht ist auf die Verrechnung anwendbar?

A. *Massgeblichkeit des für die Hauptforderung geltenden Rechts, IPRG 148 Abs. 2*

IPRG 148 Abs. 2 unterstellt die Verrechnung (bzw. deren Ergebnis, den Untergang der Forderung) demjenigen Recht, das für die mit der Verrechnung zu tilgende Forderung massgeblich ist. Das Gesetz statuiert eine Regel, die der bundesgerichtlichen Praxis entspricht und die im deutschen Sprachbereich als die heute herrschende gelten kann.¹⁹

B. *Gegenthese der "kumulativen Rechtsanwendung"*

Der sich in der IPRG-Regelung spiegelnden doktrinellen Konzeption wurde indessen seit je entgegengesetzt die Auffassung,²⁰ die Voraussetzungen der Verrechnung müssten *kumulativ* nach dem Sachstatut beider von ihr erfassten Forderungen vorliegen,²¹ eine Ansicht, die

¹⁹ Vgl. BGE 63 II 384, 77 II 190, 81 II 177 E. 4. Aus der Literatur: FRANKENSTEIN E., Internationales Privatrecht, Bd. II, Basel 1929, S. 275 f.; NUSSBAUM A., Deutsches IPR, Tübingen 1932, S. 262; LEWALD, op. cit. (Fn. 13), S. 280-284; WOLFF M., Das IPR Deutschlands, 3. Aufl., Berlin etc. 1954, S. 150 f.; KEGEL G., IPR, 6. Aufl., München 1987, S. 477; VISCHER F., Internationales Vertragsrecht, Bern 1962, S. 251 ff.; MARTINY, op. cit. (Fn. 17), a.a.O.; SCHÖNENBERGER W., Zürcher Kommentar, Bd. V 1a (1973), S. 135, N. 366/367. Zur Position von SCHNITZER siehe Hinweis unten Fn. 21 in fine.

²⁰ Weitere Theorien, etwa jene der Massgeblichkeit des Statuts der später entstandenen Forderung, können hier nicht erörtert werden.

²¹ BROCHER C., Cours de droit international privé, Bd. II, 1882, N. 170, S. 121 (ohne nähere Begründung), und ihm folgend eine lange Reihe weiterer; vgl. insbesondere DÖLLE H., Kompensation im IPR, in Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozessrecht 1924, S. 32-47; NIEDERER W., Einführung in die allgemeinen Lehren des IPR, 3. Aufl., Zürich 1961, S. 204; ZITELMANN E., IPR, Bd. II/2, Leipzig 1903, S. 397; SCHNITZER A. F., Handbuch des IPR, Bd. II, 4. Aufl. 1958, S. 663 (jedoch einschränkend); sowie die Darstellung von GRAF W., Die Verrechnung im IPR, Diss. Zürich 1951, S. 72 ff., welcher Autor sich ebenfalls dieser Auffassung anschliesst. SCHNITZER nimmt eine Sonderposition ein, indem er sich zwar grundsätzlich für die "unitarische Lösung" ausspricht, aber als einziger erkennt, dass diese Lösung nicht gelten kann, wenn beide der sich gegenüberstehenden Forderungen dem System "automatischer Verrechnung" unterliegen, in welchem Fall er (wie hier der Schreibende) "kumulative Anknüpfung" fordert. Vgl. SCHNITZER A. F., Handbuch des IPR, Bd. II, Basel, 3. Aufl. (1950), S. 587 oben, und 4. Aufl. (1958), S. 663.

noch heute im romanisch- (insbesondere französisch-) sprachigen Bereich vorherrscht.²²

Dieser Standpunkt lässt sich mit der Feststellung begründen, dass infolge Verrechnung nicht bloss eine, sondern *zwei Forderungen* untergehen; will man den (von niemandem ausdrücklich in Frage gestellten) Grundsatz aufrechterhalten, dass die Untergangsgründe einer Obligation/Forderung sich nach dem für deren Entstehung und deren Beurteilung im allgemeinen massgeblichen Recht richten, ist zwangsläufig zu fordern, dass die Verrechnung als Untergangsgrund *zweier* Forderungen nur im Falle der Verwirklichung der Voraussetzungen des Untergangs der einen wie der anderen Forderung angenommen werden darf. Diesem Argument wird traditionell entgegengehalten, dass bloss die Voraussetzungen desjenigen Rechts zu prüfen sind, das für die durch die Verrechnung zu tilgende *Forderung des Verrechnungsgegners* massgeblich ist, während der damit verbundene Untergang der Verrechnungsforderung selber keiner gesetzlichen Rechtfertigung bedarf, sondern durch den Willen des die Verrechnung Erklärenden gedeckt ist.²³

Hält man diese beiden Standpunkte gegenüber, fällt vorab auf, dass das Argument der hinreichenden Rechtfertigung durch den Willen des Verrechnenden, so zwingend es an sich erscheint, nur soweit Geltung haben kann, als überhaupt eine Verrechnungserklärung der einen oder anderen Partei vorliegt, was sachlogisch nicht zwangsläufig ist (vgl. das, Ziff. I in fine, angeführte Beispiel). Es kann daher nicht überraschen, dass im romanischen Sprachbereich, wo eine Verrechnungserklärung

²² Vgl. BATTIFOL H./LAGARDE P., *Droit international privé*, Bd. II, 7. Aufl., Paris 1983, N. 614; NIBOYET J.-P., *Traité de Droit international privé français*, Tome V, Paris 1948, S. 137; MAYER P., *Droit international privé*, 2. Aufl., Paris 1983, S. 585, N. 732.

²³ So sinngemäss die oben (Anm. 19) Genannten. Vgl. etwa, statt vieler, das Argument von NUSSBAUM: "Freilich geht durch die Aufrechnung auch die eigene Forderung des Aufrechnenden unter. Aber diese Folge wird durch den Willen des Aufrechnenden gedeckt, sie ist daher, wenn die Tilgung der Gegenforderung gelingt, ohne weiteres anzuerkennen."

nicht vorausgesetzt wird, man auch nicht eine derartige Verrechnungserklärung zum Anlass der Bestimmung des anwendbaren Rechts (bzw. zum Ausschluss eines anderen Rechts) nehmen will.

*C. Die herrschende Auffassung lässt sich auf
"Kumulation" zurückführen*

Bisher ist kaum gesehen worden, dass die kollisionsrechtliche Theorie, nach welcher bloss die Voraussetzungen nach dem Sachstatut der verrechnungsweise zu tilgenden Gegenforderung massgeblich sind (hier kürzshalber "unitarische These" o. dgl. genannt), auf das Verrechnungsmodell des deutschen Sprachbereichs (OR, BGB sowie in heutigem Verständnis das ABGB) abgestützt wird, das die Abgabe einer Verrechnungserklärung fordert, jedoch keine die Probleme abdeckende Antwort gibt, wenn keine der Parteien Verrechnung geltend macht, die Frage aber trotzdem beantwortet werden muss.

Das Gesagte veranlasst eine Zusatzüberlegung: Ist nicht bereits die Feststellung, dass derjenige, der die Verrechnung geltend macht, sich unter allen Umständen die Verrechnungswirkungen entgegenhalten lassen muss, eine Folgerung, die – so selbstverständlich sie erscheinen mag – ihrerseits nicht zwangsläufig und naturnotwendig ist, sondern die Anwendung sachlichrechtlicher (und nicht kollisionsrechtlicher) Grundsätze darstellt?²⁴

Trifft diese Annahme zu, erweist sich, dass die beiden, anscheinend entgegengesetzten Theorien, sich decken, oder genauer: dass die "unitarische" Auffassung sich auf die Gegenposition zurückführen lässt: Das für die Hauptforderung geltende Recht wird als allein massgeblich betrachtet und auf die Prüfung der Voraussetzungen nach dem Recht der Verrechnungsforderung wird verzichtet, nicht, weil diese Prüfung für sachlich unbegründet gehalten würde, sondern weil man die Voraussetzungen

²⁴ Es lassen sich verschiedene Begründungen der Folgerung, dass der die Verrechnung "Erklärende" sich diese entgegenhalten lassen muss, denken. Die einfachste ist diejenige des Verbots des Rechtsmissbrauchs, des *venire contra factum proprium*. So in der Literatur insbes. SCHÖNENBERGER, op. cit. (Fn. 19), a.a.O. Dagegen versagen Konstruktionen, die an die Figur des (bedingten) Schulderrlasses o. dgl. anknüpfen, da diese Zustimmung des Partners voraussetzen, die bei der Verrechnung nicht gefordert werden darf.

als in jedem voraussehbaren Fall verwirklicht betrachtet.

Im folgenden wird die Frage erwogen, ob eine Regelung sachgerecht ist, welche für den Eintritt von Verrechnungswirkungen deren Voraussetzungen nicht bloss für die Hauptforderung (Forderung des Gegners der sich auf Verrechnung berufenden Partei) prüft, sondern zusätzlich auch für die "zur Verrechnung gestellte" Forderung ("Verrechnungsforderung"), wobei die Beurteilung gesondert für jede Forderung, und ausschliesslich nach dem für diese geltenden Sachstatut, zu erfolgen hat.

Die weitergehende Auffassung, dass das Vorliegen der Verrechnungsvoraussetzungen nicht bloss gesondert für beide Forderungen, sondern für jede von diesen nach beiden der in Betracht fallenden Statute geprüft werden müsste, scheint mir demgegenüber keineswegs begründet zu sein. Sie wird jedoch wohl von mehreren der sich für "Kumulation" aussprechenden Autoren vertreten.²⁵ Diese Ausprägung der "These der Kumulation" hat aber anscheinend auch weitgehend deren Bild geprägt, gegen das sich die Gegner wenden.²⁶ Eine Rücksichtnahme auf die Position des Rechts der Gegenforderung scheint mir indessen zum vornherein bloss insoweit gerechtfertigt, als Verrechnungswirkungen nur für beide oder dann keine der beiden Forderungen eintreten, da die Tilgung der einen durch den Untergang der anderen bedingt ist. Diese Verknüpfung der Tilgungswirkungen ist nicht eine Wirkung kollisionsrechtlicher Grundsätze, sondern die Anwendung der in beiden in Frage kommenden Rechtsordnungen enthaltenen *materiellrechtlichen* Grundsätze (die begriffsnotwendig vorausgesetzt sind, soll man überhaupt von Verrechnung sprechen dürfen). Eine überzeugende Begründung, jedes Statut nicht bloss auf die eine, sondern auf beide der in die Verrechnung einbezogenen Forderungen anzuwenden, fehlt bei den diese Auffassung vertretenden Autoren.

²⁵ Vgl. BROCHER, op. cit. (Fn. 21), Bd. II, S. 121; DÖLLE, op. cit. (Fn. 21), S. 40; ZITELMANN, op. cit. (Fn. 21), S. 397 f.; GRAF, op. cit. (Fn. 21), S. 72.

²⁶ Vgl. insbesondere BRINCKMANN, op. cit. (Fn. 6), S. 172 ff., und dazu unten Ziff. V/3.

V. Die gegen die Beschränkung auf das "Recht der Hauptforderung" (und damit für "Kumulation") sprechenden Argumente

A. Das "logische" Argument

Die allein die rechtliche Behandlung der Hauptforderung als massgeblich auffassende "unitarische" These stellt sich in Widerspruch zum Grundsatz, dass eine und dieselbe Rechtsordnung nicht bloss für Entstehung, Wirkungen, Folgen der Nichterfüllung usw. einer Forderung, sondern auch für deren Erlöschen gelten soll. Verrechnung ist nun nicht bloss ein Instrument der Befriedigung der Hauptforderung, sondern auch ein Untergangsgrund der Verrechnungsforderung; will man den obigen Grundsatz nicht preisgeben, so darf man Verrechnung nicht annehmen, ohne dass diese auch durch die für die Verrechnungsforderung massgebliche Rechtsordnung anerkannt wird.

Beide von der Verrechnung erfassten Forderungen sind gleichwertig und von ihr gleichermassen betroffen; eine von ihnen in dem Sinne mit Übergewicht auszustatten, dass die sie bestimmenden Rechtsgrundsätze auch für den Untergang der Gegenforderung massgeblich sein sollen, ist nicht gerechtfertigt. Die Qualifizierung der einen Forderung als Hauptforderung (deren Statut die Verrechnung regeln soll), der anderen als Verrechnungsforderung (deren Statut für die Frage des Eintritts der Verrechnung unbeachtlich ist), mag im Einzelfall vielleicht willkürlich und von Zufälligkeiten bestimmt²⁷ oder überhaupt nicht möglich sein (so unser eingangs, Ziff. 1 in fine, genanntes Beispiel). Die "unitarische These" kann schon deshalb nicht allgemeine Geltung beanspruchen, weil sie, vom materiellrechtlichen Konzept des deutschen Sprachbereichs ausgehend, das Vorliegen einer

²⁷ Sind die Parteien in längeren vorprozessualen Auseinandersetzungen gestanden, mag es oft genug schwierig, wenn nicht unmöglich sein, festzustellen, welche als erste "Verrechnung erklärt" (und damit nach der "unitarischen These" auf die Anwendung des eigenen Rechts verzichtet) habe, was nur deshalb nicht weiter störend ist, weil in derartigen Fällen beide Parteien die Verrechnung als solche anerkennen werden, deren Zulässigkeit diesfalls ausser Streit steht.

Verrechnungserklärung (und zwar einer solchen nur *einer* Partei) zur Voraussetzung hat, die, wie festgestellt, nicht notwendig gegeben ist.²⁸

B. Nicht-Stichhaltigkeit der Methodeneinwände

Gleichzeitige Anwendung beider Rechtsordnungen wird abgelehnt mit Argumenten, welche entweder eine sich aus der doppelten Normgrundlage ergebende Widersprüchlichkeit des Ergebnisses oder aber eine irgendwie geartete "Spaltung" des Problems befürchten.²⁹

Das ist nicht sehr ernst zu nehmen. Eine "Spaltung" besteht in der Tat in dem Sinne, als jede Forderung anderem Recht, und damit anderen Verrechnungsvoraussetzungen unterliegt. Diese Voraussetzungen gesondert zu betrachten und beidseitigen Forderungsuntergang nur anzunehmen, wenn die Verrechnungsvoraussetzungen für jede von ihnen gegeben sind, bereitet indessen keine methodischen Schwierigkeiten. Eine "Dyarchie", d. h. gleichzeitige Geltung möglicherweise sich inhaltlich widersprechender Normsysteme, liegt bei der hier zur Diskussion gestellten Handhabung der "Kumulation" nicht vor: Bezüglich jeder Forderung wird nur unter ihrem eigenen Statut, und nicht gleichzeitig unter jenem der Gegenforderung, geprüft, ob die Verrechnungsvoraussetzungen vorliegen; die Tatsache, dass die Gegenforderung einem anderen Recht unterliegt, ist nicht zu berücksichtigen.³⁰

Umgekehrt wird durch die "unitarische These" bezüglich der Verrechnungsforderung in der Tat eine "Spaltung" eingeführt: Entstehung und Wirkungen dieser Forderung unterliegen dem Rechte X, das plötzlich keine Bedeutung mehr hat und hinter einem anderen Recht zurücktreten muss, wenn der Untergang der Forderung durch Verrechnung in Frage steht.

²⁸ Es ist bezeichnend, dass LEWALD, op. cit. (Fn. 19), S. 281, beruhigend erklärt, dass "auch bei ipso-iure-Verrechnung ein Parteiakt notwendig" sei.

²⁹ Vgl. etwa RAAPE L., IPR, hier zit. 3. Aufl., 1950, S. 319, zum "Koppelungsprinzip": "Solche Dyarchie ist indes, wie stets, von Übel." Siehe auch KEGEL, op. cit. (Fn. 19), S. 477; LEWALD, op. cit. (Fn. 13), S. 280.

³⁰ Anders aber das Konzept von DÖLLE u. a.; vgl. dazu oben Fn. 25 sowie die Bemerkungen unten Ziff. 3.

C. Nicht-Stichhaltigkeit der praktischen Bedenken

Einzelne Autoren betonen die sich bei "Kumulation" einstellenden *praktischen Schwierigkeiten* oder beklagen eine übermässige Erschwerung der Verrechnung. Diese Argumente stehen insbesondere bei RAINER BRINCKMANN im Vordergrund, welcher der Frage mehr als bloss allgemeine Überlegungen widmet.³¹ Die von diesem Autor vorgelegten Beispiele verdienen Beachtung; die wichtigsten sollen im folgenden erwähnt werden.³²

Zu *Beispiel 1*: Es ist unstrittig, dass der Gläubiger einer *Deliktsforderung* unter jeder Regel Verrechnung geltend machen kann; der Autor beklagt, dass bei "Kumulation" nicht auch der Schuldner der Deliktsforderung dies tun dürfe, weil dies BGB § 393 untersagt. Diese Regel kann sich im internationalen nicht weniger als im internen Verhältnis auf gute Gründe stützen. Im übrigen steht keineswegs fest, dass nicht auch nach der "unitarischen These" das Resultat das gleiche wäre: Die Tilgung einer Deliktsforderung gegen den Willen des Geschädigten durch Verrechnung muss unter vielen Rechten, ohne explizite Norm, als sittenwidrig und unzulässig gelten;³³ die Regel des BGB ist nur Ausdruck eines allgemeineren Rechtsgrundsatzes, insbes. jenes des Rechtsmissbrauchsverbots, dessen Anwendung hier im Ergebnis nicht bedauert werden kann.³⁴

³¹ BRINCKMANN, op. cit. (Fn. 6), S. 172.

³² BRINCKMANNs Haupteinwände richten sich allerdings vorab gegen die Konzeption der "Kumulation", welche beide in Betracht fallenden Rechtsordnungen gleichzeitig auf beide Forderungen anwenden will; vgl. Hinweise oben IV/3. Hier wird im folgenden nur erwogen jene "Kumulation", welche jede der beiden Forderungen gesondert und allein nach dem für diese geltenden Recht betrachtet. Dies ist, wenn ich BRINCKMANN recht verstehe, das, was er, als Untergruppe der "kumulativen Anknüpfung", "distributiv gekoppelte Anknüpfung" nennt; vgl. S. 117, 177.

³³ So seit je der Standpunkt des Schreibenden für das schweizerische Recht (Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 1. Auflage (1979), § 21 bei Anm. 47, 2. Auflage (1988), § 24 bei Anm. 55); explizit, wie BGB § 393, der CC von Portugal des Jahres 1966 (art. 853 Ziff. 1/a). – Die Regel "Spoliatus ante omnia restituendus" (der Geplünderte ist vor allem schadlos zu halten) ist Bestandteil der romanistischen Tradition; vgl. z. B. POTHIER R. J., *Traité des Obligations*, Bd. II (partie III ch. IV), N. 625.

³⁴ Im übrigen scheint die Argumentation BRINCKMANNs auch aus folgender Überlegung nicht zwingend: Man könnte immerhin den Standpunkt einnehmen, BGB § 393 bezieht sich nur auf die dem deutschen Recht unterstellte Deliktsforderung, nicht dagegen auf die mit ihr zu tilgende Gegenforderung. Die Deliktsforderung ist nun aber in den hier betrachteten Fällen nicht deutschem Recht unterstellt, so gesehen BGB § 393 daher zum vornherein nicht anwendbar.

Im *Beispiel 3* (S. 175) stehen sich eine schweizerische und eine französische Forderung verrechenbar gegenüber; in der Folge verjährt die französische Forderung. An Verrechnung hat nur der Gläubiger der (verjäherten) französischen Forderung ein Interesse. Nach BRINCKMANN soll diese ausgeschlossen sein: "Bis zum Zeitpunkt der Verjährung fehlt nach schweizerischem Recht die Voraussetzung der Kompensationserklärung, nach der Verjährung ist nach französischem Recht keine Verrechnung mehr möglich". Dies gilt aber wohl auch nach BRINCKMANN nicht nach der (hier allein betrachteten) "distributiv gekoppelten" Anknüpfung; nach schweizerischem Recht ist Verrechnung nach wie vor möglich (OR Art. 120 Abs. 3); Tilgung der französischen Forderung durch Verrechnung ist, nach französischem Recht betrachtet, schon zum vornherein eingetreten; die Frage, ob vom Standpunkt des französischen Rechts aus nach Eintritt der Verjährung noch Verrechnung möglich sei, muss und darf zum vornherein nicht gestellt werden.³⁵ Im Ergebnis ist daher die Verrechnungswirkung eingetreten.

Die von BRINCKMANN zu der "*distributiv gekoppelten*" Anknüpfung genannten Beispiele liefern m. E. ebenfalls keine zwingenden Argumente.

Zu *Beispiel 6* kann auf das oben zu *Beispiel 1* Gesagte verwiesen werden. In *Beispiel 7* wird bedauert, dass der Zessionar, der eine Forderung gegen den nach schweizerischem Recht schuldenden *debitor cessus* erwirbt, infolge von OR 169 Abs. 2 nicht verrechnen könne. Diese Schlussfolgerung überzeugt nicht; abgesehen davon wäre das Resultat bei "unitarischer" Anknüpfung dasselbe, da das Hindernis aus dem Recht der Hauptforderung (schweizerisches Recht) stammt, das in jedem Fall anwendbar ist. In *Beispiel 8* wird angenommen, dass der Gläubiger einer französischen Forderung durch Art. 1298 Satz 1 CC

³⁵ Aus dem gleichen Gesichtspunkt lassen sich wohl auch die Beispiele 4 und 5 im Ergebnis in ihr Gegenteil wenden. Zu *Beispiel 2* mag zusätzlich bedacht werden, dass (ähnlich wie zu BGB § 393 ausgeführt) das französische Erfordernis der "Liquidité" der Forderung wohl nur dem Gläubiger der illiquiden Forderung die Verrechnung abschneidet, nicht jedoch den Gläubiger einer liquiden Forderung von verrechnungsweiser Tilgung seiner illiquiden Schuld abhalten will.

gehindert werde, diese gegenüber seiner schweizerischen Schuld zu verrechnen, wenn die entsprechende Forderung vom Gläubiger verpfändet worden sei; auch hier bin ich nicht sicher, dass Art. 1298 CC wirklich diese Bedeutung hat.³⁶

Eine einlässliche Diskussion der von BRINCKMANN angeführten Beispiele nach den jeweiligen zugrunde gelegten Rechten würde den vorliegenden Rahmen sprengen. Wie die Beurteilung schliesslich ausfallen müsste, mag offen bleiben, denn in jedem Fall lassen sich keine durchgreifenden Einwände gegen die Kumulations-These ableiten. Falls die Befürchtung zutreffen sollte, dass die Berücksichtigung der Verrechnungsvoraussetzungen nach dem Recht der Verrechnungsforderung in bestimmten Fällen die Verrechnung ausschliesst, würde dies eigentlich ein Argument zugunsten der Kumulationsthese ergeben: Die Gegenauffassung wird ja vorab mit dem Argument begründet, dass der Wille des die Verrechnung erklärenden Partners alle Überlegungen der Zulässigkeit unter dem Gesichtspunkt des Rechts der Verrechnungsforderung ersetze, da diese Zulässigkeit, angesichts des Willens des Betroffenen, selbstverständlich sei und ohne weiteres vorausgesetzt werden könne; die von BRINCKMANN angeführten Beispiele wären, soweit durchgreifend, vor allem geeignet, diese These der "unitarischen Auffassung" zu falsifizieren.

Es kann im übrigen nicht Ziel des Kollisionsrechts sein, bestimmte inhaltliche Tendenzen zu unterstützen, wie diejenigen, die Verrechnung zu erleichtern, Erschwerungen zu beseitigen. Wenn eine Regel, wie jene von OR 169 Abs. 2,³⁷ allenfalls auch jene von Art. 1298 CC, sachlich fragwürdig ist, kann nicht eine Korrektur über restriktives Umschreiben deren kollisionsrechtlicher Anwendbarkeit gesucht werden.

³⁶ Es ist wenig glaubhaft, dass eine einseitige Handlung der Gegenpartei (hier: Forderungsverpfändung) deren Partner die Verrechnung soll abschneiden können (zum analogen Sachproblem in der Schweiz vgl. BGE 95 II 237 E. 2-4). – In Art. 1298 CCF zeigt Satz 2, dass möglicherweise andere Sachverhalte anvisiert sind; die Regel sollte wohl – ähnlich wie in anderem Zusammenhang BGB § 393 – als ein Anwendungsfall des Rechtsmissbrauchsverbots verstanden werden, die vorliegendenfalls dem Verpfänder der Forderung, nicht aber deren Schuldner, Verrechnung untersagen will.

³⁷ Sie wurde erst in der Revision von 1911 eingefügt; Vorbild mag CC art. 1295 Abs. 2 gewesen sein; vgl. dazu BUCHER E., OR Allg. Teil, 2. Aufl., § 31/IV/5/b und Anm. 127, 128.

D. Die Verrechnungserklärung muss ihrerseits rechtlich geregelt sein

Nach der "unitarischen Theorie" erübrigt das Vorliegen der Verrechnungserklärung alle weiteren Überlegungen betreffend das Eintreten der Verrechnungswirkungen unter dem Gesichtspunkt des Statuts der Verrechnungsforderung. Das mag in der Regel zutreffen, gilt aber nicht immer. Die folgenden Aspekte sind sachgerecht nur durch Rückgriff auf das Statut der Verrechnungsforderung zu beantworten:

An erster Stelle steht die Frage, wann eine *wirksame Verrechnungserklärung* vorliegt. Im deutschsprachigen Rechtskreis genügt jede ausserprozessuale Erklärung, andere Rechtsordnungen verlangen jedoch Erklärung im Prozess. Wenigstens in dieser, u. a. für die Bestimmung des Zeitpunkts der Wirksamkeit der Verrechnung entscheidenden Frage kann es nicht auf das Recht der Hauptforderung, sondern allein auf die für die zur Verrechnung gestellte Forderung geltenden Regeln ankommen.³⁸

Verrechnung stellt eine *Verfügung über die Verrechnungsforderung* dar, da diese, im Interesse der Tilgung einer Schuld, preisgegeben wird. Wirksame Verrechnungserklärung, wo eine solche verlangt wird, setzt *Verfügbarmacht* voraus, die m. E. nur nach dem Statut der Verrechnungsforderung bestimmt werden darf.

Schliesslich ist auch hinter die von allen Vertretern der "unitarischen Konzeption" als selbstverständlich vorausgesetzte Regel ein Fragezeichen zu setzen, wonach die Erklärung des Verrechnungswillens alle rechtlichen Fragen bezüglich der Zulässigkeit der Verrechnung unter dem Statut der Verrechnungsforderung zum vornherein ausschliesse. Man mag sich immerhin vorstellen, dass eine Rechtsordnung für bestimmte Forderungen (z. B. des Familienrechts, oder im Falle der Beteiligung öffentlich-rechtlicher Körperschaften an vertraglichen Beziehungen) verrechnungsweise Tilgung untersagt. Sollen derartige Regeln, falls sie bestünden und vom Forderungsinhaber nicht beachtet würden, unberücksichtigt bleiben? Müsste man nicht, da insofern die Verfügungsmacht des Handelnden überschritten wird, Ungültigkeit

³⁸ Als weitere mit der Verrechnungserklärung als solcher zusammenhängende Probleme fallen etwa in Betracht die Frage der Empfangsbedürftigkeit der Erklärung (bejaht in BGE 107 Ia 110 E. 8a) oder jene deren Widerruflichkeit (verneint in BGE 107 Ib 111).

der Verrechnungserklärung annehmen? Nur am Rande sei sodann erinnert an die von BRINCKMANN vertretene These, dass Anwendung der "Kumulationsregel" zu einer Erschwerung der Verrechnung führt (vgl. oben, Ziff. 3), was die Behauptung impliziert, dass das Statut der Verrechnungsforderung materielle Schranken aufstellen könne.

VI. Zusammenfassung: Ergänzungsbedürftigkeit der "unitarischen Betrachtung"

Aus dem Gesagten sollte sich ergeben, dass einige Fragen keine Antwort finden, wenn wir die Beurteilungsgrundlage konsequent auf das Recht der durch die Verrechnung zu tilgenden Hauptforderung beschränken und die für die Verrechnungsforderung und deren Handhabung geltenden Normen aus der Betrachtung ausschliessen:

- Nicht erfasst werden alle Tatbestände, in denen sich die Frage des Eintritts der Verrechnung stellt, ohne dass die eine oder andere Partei eine dahingehende Erklärung abgegeben bzw. einen entsprechenden prozessualen Antrag gestellt hat, mithin sich die gegenüberstehenden Forderungen *nicht als Haupt- oder Verrechnungsforderungen qualifizieren* lassen (das eingangs, Ziff. I in fine, angeführte Beispiel); eine Lösung kann nur in dem Sinne gefunden werden, dass die Verrechnungs-Voraussetzungen für jede der beiden Forderungen getrennt nach dem für sie geltenden Recht untersucht werden und eine verrechnungsweise gegenseitige Tilgung nur im Falle der "kumulativen" Bejahung der Verrechnung für jede der Forderungen angenommen werden darf. Im angeführten Beispiel bedeutet das, dass das Gericht dann (und nur dann) ohne Parteiantrag die Forderungen von Haupt- und Widerklage gegenseitig verrechnen darf und muss, wenn beide Forderungen einem das System der "ipso-iure-Verrechnung" verwirklichenden Recht unterstellt sind. Die Frage, wann überhaupt eine *Verrechnungserklärung* vorliegt, sollte m. E. nach dem Recht der Forderung, die "zur Verrechnung gestellt" wird, beurteilt werden. Nach diesem wäre insbesondere zu entscheiden, ob bereits eine ausserprozessuale Erklärung oder umgekehrt

- nur im Prozess abgegebene Erklärung diese Wirkung hat, ob die Erklärung widerrufen werden kann o. dgl.
- Die *Verfügungsfähigkeit* des sich auf die Verrechnung berufenden Partners über die durch Verrechnung preisgegebene Verrechnungsforderung muss nach dem für diese Forderung geltenden Recht beurteilt werden. Sollte ein nationales Recht verrechnungsweise Tilgung bestimmter Forderungen untersagen, wären diese Regeln, auch wenn auf die Verrechnungsforderung bezogen, zu beachten (derartige Schranken wären als Beschränkungen der Verfügungsmacht des die Verrechnung geltend machenden Partners zu qualifizieren).
- Im Recht der Verrechnungsforderung enthaltene *Schutznormen*, welche unter bestimmten Voraussetzungen die Beanspruchung der Verrechnung (eine Verrechnungserklärung) ausschliessen, sind zu berücksichtigen; das gilt insbesondere für das *Verbot des Rechtsmissbrauchs* und für allfällige positivrechtlich geregelte Sondertatbestände dieses Grundsatzes.

VII. Schlussbemerkungen

Die genannten Beispiele haben in der gesamten Verrechnungspraxis wahrscheinlich nicht mehr als bloss marginale Bedeutung. Es bleibt dabei, dass die vom Gesetzgeber in IPRG Art. 148 Abs. 2 verwirklichte "unitarische Konzeption" den "Normaltatbestand" angemessen regelt, für welchen die Berücksichtigung allein des für die verrechnungsweise zu tilgende Hauptforderung massgeblichen Statuts genügt. Beigefügt werden muss immerhin, dass diese Regel nicht in Widerspruch zu der "kumulativen Konzeption" steht, sondern eine "verkürzte" Formulierung der Resultate dieser letzteren darstellt, welche die hier angemerkten Aspekte des Problems ausklammert.

Im Regelfall kann mit dem IPRG vorausgesetzt werden, dass das eine Forderung regelnde Recht deren Preisgabe durch Verrechnung ohne weiteres zulässt und gegen den Verrechnungswillen des Gläubigers keine Schranken aufstellt; die Nichtberücksichtigung des Statuts der Verrechnungsforderung ist wegen der Selbstverständlichkeit des

Ergebnisses gerechtfertigt. Hier war zu zeigen, dass dieser Verzicht (d. h. blosses Abstellen auf das Statut der Hauptforderung i. S. von Art. 148 Abs. 2) dann nicht mehr angeht und der Einbezug der Frage der Verrechnung nach dem Statut der Verrechnungsforderung nicht zu entbehren ist, wenn entweder keine Verrechnungserklärung vorliegt oder die Voraussetzungen der Verrechnungserklärung problematisch sind. Schliesslich ist die Möglichkeit zu bedenken, dass das Statut der zur Verrechnung gestellten Forderung ausnahmsweise dem die Verrechnung begehrenden Partner (zu dessen Schutz oder jenem seines Partners) die Verrechnungsmöglichkeit aufgrund aussergewöhnlicher Umstände abschneiden will, was (entgegen dem Wortlaut von Art. 148 Abs. 2) auch unter der Herrschaft des IPRG zu berücksichtigen wäre.