

Grundprobleme des Kontokorrentrechts

Überlegungen aus Anlass zweier neuer Entscheidungen des Bundesgerichts

1. Bundesgericht, 1. ZA i. S. *Crédit Lyonnais* vom 23. Dezember 1993; *SemJud 1994* 269-274 (Publikation in der amtlichen Sammlung nicht vorgesehen).
2. BGE 120 II 35 ff., 1. ZA i. S. M. AG v. X.-Bank vom 27. Januar 1994 (Originaltext französisch, Übersetzung vom Unterzeichneten).

Vorbemerkung

Die Problematik der im Abstand von lediglich fünf Wochen gefällten Urteile liegt in beiden Fällen im Phänomen des Kontokorrents, einer Institution, die in den letzten Jahrzehnten dramatisch an Verbreitung zugenommen hat und heute nicht mehr auf Kaufleute beschränkt bleibt, sondern auch vom allgemeinen Publikum benützt wird, das in vorher unvorstellbarem Umfang seine Eingänge und Zahlungen über Bankkonten abwickelt und sich der Kreditkarte bedient. Im ersten Entscheid wird das Problem vom Gericht zutreffend eingeordnet; Interesse wird geweckt, weil die Umstände des vorliegenden Falles geeignet sind, bewusst zu machen, dass bei der Berichtigung der durch Anerkennung eines unrichtigen Saldos geschaffenen Situation die traditionelle und immer noch herrschende, hier auch vom Bundesgericht geübte Sicht, welche die Korrektur über Bereicherungsrecht sucht, neu überdacht werden sollte; es sind gleichermassen grundsätzliche dogmatische Überlegungen wie auch die mit dieser These dem Bereicherten eröffnete, nicht sachgerechte Entreicherungsrede, welche nach einer Neuüberprüfung rufen. Anders dagegen der zweite Entscheid, in dem das hohe Gericht, immer der verfehlten Optik der Vorinstanz bzw. der diese verwirrenden Parteien folgend, das im ersten Entscheid einlässlich behandelte Phänomen des Kontokorrents zu vergessen scheint. Im Falle der Verbürgung für einen Bankschuldner wird auf die abenteuerlichsten bürgschaftsrechtlichen Theorien betreffend das Erfordernis der hinreichenden Bestimmtheit der { 168/169 } Bürgschaftsschulden zurückgegriffen; dabei liegt nichts anderes vor als die landauf landab mit Selbstverständlichkeit geübte Verbürgung für die Schuld eines Bankkunden aus dem zwischen ihm und der Bank bestehenden Kontokorrent. Diese Einsicht erübrigt zum vornherein alle weitläufig erwogenen Probleme des Bürgschaftsrechts. Dieser im Ergebnis richtige, in der Begründung missratene Entscheid ruft nach einer Rückbesinnung auf die Grundelemente des Kontokorrent-Rechts.

Thesen

1. Die Korrektur eines anerkannten, jedoch unrichtigen Saldos ist entgegen der bisherigen Lehre nicht auf bereicherungsrechtlicher, sondern vertraglicher Grundlage zu suchen (unten lit. B). Die herkömmliche kondiktionsrechtliche Konzeption beruht auf der Voraussetzung der Saldoanerkennung als einer abstrakten, der Willensmängelanfechtung explizit entzogenen Schuldverpflichtung, die in aller Regel bei gegenwärtiger Geschäftspraxis nicht vorliegt. Zutreffender ist der Weg über die Anfechtung wegen Irrtums hinsichtlich der Saldovereinbarung, welche, wie sachlich geboten, die Entreicherungseinrede (Art. 64 OR) nicht zulässt. Die herkömmliche Konzeption, die auf die römischen Quellen (ULPIAN) zurückgeht, ist heute dogmatisch nicht zu halten, da sie nur im Hinblick auf das Formalgeschäft der Stipulation Sinn macht, während im heutigen Gebrauch die (regelmässig formlose, meist stillschweigend erfolgende) Saldoanerkennung gänzlich andere Struktur hat.

2. Durch Bürgschaft (oder durch Pfand) kann gleichermassen gesichert werden eine Kontokorrentschuld wie auch "sämtliche Schulden" des Hauptschuldners gegenüber dem Gläubiger. Das Postulat der Bestimmtheit der gesicherten Forderung steht dem nicht entgegen; die Annahme des Bundesgerichts einer grundsätzlichen Nichtigkeit (die lediglich in ihrer Wirkung mit dem Argument der Teilnichtigkeit ausgeschaltet wird) ist im Falle der vorliegendenfalls gegebenen Sicherung nicht haltbar und verwirrungstiftend: Im Falle der Verbürgung für eine Kontokorrentschuld wird zum vornherein nur eine einzige Schuld gesichert (unten lit. C).

A. Was ist ein Kontokorrent?

1. Allgemeines

Mit einem Kontokorrentvertrag vereinbaren die Parteien, dass die aus ihren Geschäftsbeziehungen resultierenden beidseitigen Forderungen und Schulden nicht einzeln geltend gemacht werden dürfen, sondern in ein Abrechnungsverhältnis (eben das "Kontokorrent", d. h. eine laufende Rechnung; im folgenden "KK") "eingestellt" werden sollen¹. Damit verabreden die Parteien im voraus die Verrechnung ihrer gegenseitigen Ansprüche; gleichzeitig verzichten sie, während andauerndem KK-Verhältnis, auf Ausgleich des jeweils resultierenden Saldos.

Die Regel, dass der jeweiligen für die eine oder die andere Partei resultierende Saldo vorläufig nicht ausgeglichen werden muss, wird oft als eine präsumptive Stundungsabrede der Parteien bezeichnet; es ist aber auch die Feststellung zulässig, dass sich der Kontokorrentabrede eventuale Darlehenszusagen der Parteien (sc. solche für den jeweils resultierenden Debet-Saldo der Gegenpartei) überlagern. Oft, und immer, wenn eine Bank beteiligt ist, wird über die Kreditmodalitäten Näheres festgelegt: Die geschuldeten Zinse, die "Kreditlimite", d. h. der Betrag, bis zu welchem die Bank eine Belastung des KK durch ihren Kunden zulässt usw.

Insbesondere wenn am KK eine Bank beteiligt ist, die das KK "führt", überlagert sich dem KK ein Mandatsverhältnis: Die Bank soll über alle Vorgänge "Buch halten" und den Kunden orientieren; weiter verpflichtet sie sich, ihr vom Kunden erteilte Vergütungsaufträge auszuführen und eingehende Zahlungen entgegenzunehmen bzw. bestimmte Inkassofunktionen zu wahren (zumal von verwalteten Vermögenswerten die Erträge oder Kapitalzahlungen zu

¹ Auf den von den Parteien dem Konto beigelegten Namen kommt es grundsätzlich nicht an; die im folgenden skizzierten Regeln gelten bei verschiedenen Typen bankmässig geführter Konten.

kassieren usw.). Einzelheiten über die zwischen den Parteien geltenden Spielregeln wird die kontoführende Bank in ihren AGB festlegen wollen. Die Parteien stehen in einem mandatsrechtlichen Vertrauensverhältnis, aus welchem sich verschiedene vertragliche Pflichten ableiten lassen (darunter nach Auffassung des Schreibenden auch jene, eine nachträgliche Korrektur irrtümlich errechneter bzw. anerkannter Salden durch Duldung entsprechender Korrekturbuchungen hinzunehmen; vgl. unten lit. B/IV).

Die eingangs erwähnte, im KK-Vertrag enthaltene { 169/170 } Verrechnungsabrede führt dazu, von "Kontokorrentpflicht" zu sprechen. Damit soll gesagt werden, dass die einzelnen Forderungen als solche nicht isoliert geltend gemacht werden dürfen. Dies gilt grundsätzlich für sämtliche Forderungsbeziehungen zwischen den Parteien. An sich ist es den Parteien überlassen, bestimmte Teilbereiche ihrer Geschäftsbeziehung vom KK auszunehmen. Derartiges wird nur unter besonderen Umständen Sinn machen und ist auf jeden Fall nicht zu vermuten. Im Hinblick auf den unten zu besprechenden zweiten Fall (lit. C) ist festzuhalten, dass im Regelfall sämtliche wie auch immer zwischen den Parteien begründeten Forderungsverhältnisse im KK aufgehen.

Der Terminus "KK-Pflicht" ist zwar anschaulich, indessen unpräzise, da nicht eine Verhaltens- oder Leistungspflicht der Parteien in Frage steht: Die KK-Abrede ist höchstens in den genannten mandatsrechtlichen Sekundärpunkten ein Verpflichtungsgeschäft, enthält vielmehr schwergewichtig eher antezipierte bzw. bedingte Verfügungen jeder Partei über die ihr künftig anwachsenden Forderungen, die verrechnet, der resultierende Saldo gestundet bzw. in eine Darlehensforderung verwandelt wird.

2. Saldoziehung und –anerkennung (Saldovereinbarung)

Über längeren Zeitraum ist eine KK-Beziehung nicht denkbar ohne die Institution des KK-Saldos und dessen "Anerkennung" durch die Parteien. Als Saldo wird der auf einen bestimmten Zeitpunkt berechnete Stand des KK verstanden, der die derzeitige Forderung der einen und die respektive Schuld der anderen Partei beziffert. Durch Saldoanerkennung wird verhindert, dass man bei Ermittlung der gegenwärtig gegebenen Forderungssituation (und insbesondere im Falle von diesbezüglichen Meinungsverschiedenheiten) bis an den Anfang der KK-Beziehung zurückgreifen und alle Positionen der Vergangenheit mitberücksichtigen muss, vielmehr die Berechnung bzw. Auseinandersetzung aufgrund des letzten anerkannten Saldos beginnen kann.

Regelmässig ist es die eine der Parteien (bei Beteiligung einer Bank immer diese), die periodisch oder bei bestimmten KK-relevanten Ereignissen (z. B. Barbezügen vom Konto, oder gar jedes in das KK eingehenden Vorgangs) den Saldo errechnet und allenfalls auch der Gegenpartei mitteilt. Die eigentliche Saldierungs-Wirkung wird indessen nicht durch den einseitigen Vorgang der Errechnung oder Mitteilung des Saldos erreicht, sondern erst durch dessen "Anerkennung" durch die Gegenpartei. Der durch "Anerkennung" des Saldos bewirkte rechtliche Vorgang muss als Vertrag zwischen den Parteien qualifiziert werden (Saldo-Mitteilung als Offerte, "Anerkennung" als Akzept).

Was der genaue Inhalt dieses Vertrages, was dessen "Rechtsnatur" (Verfügungs- oder Verpflichtungsgeschäft?) sei, ist eine seit langem beliebte doktrinale Streitfrage. Viele nehmen an, dass der saldoanerkennende Vertrag eine Schuldanerkennung mit konstitutiver Verpflichtungswirkung und daraus resultierender Klagbarkeit darstelle. Die Gegenauffassung versteht die Saldovereinbarung als das gemeinschaftliche Anerkennen von Fakten, welche im Prozess (unter Vorbehalt möglichen Gegenbeweises) eine Vermutung des Bestandes einer entsprechenden Forderung (durch Vermutung des Bestandes der insgesamt den anerkannten Saldo ergebenden Einzelforderungen) begründen, ohne selber Klagefundament zu sein². In

² Als Begründer der modernen Theorie der Saldovereinbarung als selbständigen Verpflichtungsgrund muss GRÜNHUT gelten; vgl. GRÜNHUT, in Grünhuts Zeitschrift (Z. f. d. Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart)

vorliegendem Zusammenhang kann zum vornherein nicht eine Würdigung der Lehrmeinungen versucht oder auch bloss einen Überblick über diese zu geben angestrebt werden, es muss das Aufzeigen einiger historischer Zusammenhänge genügen. Vorausgeschickt sei immerhin die methodische Bemerkung, dass die zu stellende Frage weniger eine solche nach der "dogmatisch richtigen Konstruktion" des Vorgangs der Saldovereinbarung ist, vielmehr dahin geht, welche Deutung am ehesten der Willensmeinung der Parteien entspricht.

3. Saldovereinbarung und "Neuerung"

Im Zusammenhang der Theorie der Saldovereinbarung spielt der Begriff der "Novation" (oder "Neuerung") eine wichtige Rolle. Er wird bereits von den römischen Quellen geprägt (vgl. Dig. 46,2) und bezeichnet den (in Rom vorab mit Stipulation bewirkten) Vorgang, dass die Parteien übereinkommen, ein bestehendes Forderungsverhältnis durch ein anderes, neu zu schaffendes, zu ersetzen. Dabei besteht die Vorstellung, dass die alte Forderung durch Erfüllung untergeht, letztere konstituiert durch die die Einräumung der im selben Vorgang neu geschaffenen zweiten Forderung. { 170/171 }

In der Saldovereinbarung eine Novation zu erblicken, fällt nur in Betracht, wenn man diese als konstitutive Schuldanerkennung betrachtet, scheidet dagegen zum vornherein aus, wenn man in ihr nur einen deklaratorischen beweisrechtlichen Vorgang erblickt. Soweit man die Saldovereinbarung als Neuerung versteht, lassen sich zwei Hauptvarianten unterscheiden: Einerseits die sogenannte "kausale" Ausprägung, der zufolge die neu geschaffene Forderung abhängig ist vom Bestand der durch sie ersetzten früheren Forderung, oder aber die "abstrakte" Novation, wonach die neue Forderung losgelöst von der Frage der seinerzeitigen Existenz der ersetzten Forderung besteht. Beim Betrachten des Entscheidendes betr. "Crédit Lyonnais" (unten lit. B) wird sich zeigen, dass der Modus der Berichtigung eines anerkannten falschen Saldos insbesondere davon abhängt, ob man in der Saldovereinbarung eine abstrakte Novation (bzw. Schuldanerkennung) erblicken will oder nicht.

Abschliessend ist hier festzuhalten, dass der Begriff der Novation nicht festgefügte Konturen besitzt, vielmehr bereits innerhalb der römischen Rechtsentwicklung, aber auch in der Neuzeit Wandlungen durchgemacht hat: Bald wird Novation vermutet, bald nicht; bei Novation steht bald das Element der Schuldbekräftigung im Vordergrund, bald eigentliche "Neuerung" i. S. der Schaffung einer neuen Schuld³. Im Vordergrund steht die Frage, wie weit die als Novation bezeichnete Vereinbarung der Parteien es unterbinden will, auf Früheres zurückzukommen, d. h. in welchem Masse, wenn überhaupt, Einwendungen aus der früheren Forderung noch zulässig sind, und die Frage, ob wenigstens der Bestand der ersten Forderung Voraussetzung des Bestandes der zweiten sei. Nachdem der Gesetzgeber keine klare Position bezogen hat, sind in der Sicht des Schreibenden konkrete Streitfragen gestützt auf den zu vermutenden Parteiwillen, und nicht, wie oft angenommen, anhand theoretischer Konzepte anzugehen.

Bd. 3 (Wien, 1876), 473-534, hier bes. 508 ff. – Vgl. aus der modernen Lehre besonders AVANCINI / IRO / KOZIOL, Österreichisches Bankvertragsrecht, Bd. I, Wien 1987, Rz. 5/36-5/50, mit Darstellung der Lehrmeinungen. Die meisten unter B/IV/2 genannten Autoren neigen der Auffassung der Saldovereinbarung als konstitutives Schuldbekenntnis zu.

³ Vgl. die Hinweise bei MAX KASER, Römisches Privatrecht (Kurzlehrbuch), 16. Aufl. 1992 § 54/I; JÖRS / KUNKEL / WENGER, Römisches Recht (3. Aufl. 1949) § 124 bzw. Neuauflage, bearbeitet von HONSELL / MAYER-MALY / SELB (1987) § 104.

B. Der Entscheid i. S. Crédit Lyonnais vom 23.12.1993

I. Sachverhalt

Felicio hat bei Crédit Lyonnais (Suisse) in Genf (hier CL) ein KK. Er fordert CL auf, für die Rechnung eines Z. zugunsten eines Herrn Y. ein Akkreditiv im Betrag von \$ 79 400 zu eröffnen bzw. an letzteren eine entsprechende Vergütung zu machen. Felicio überweist den fraglichen Betrag auf sein Konto bei dem CL, welcher den erhaltenen Auftrag auch richtig ausführt, es indessen versehentlich unterlässt, das KK des Felicio entsprechend zu belasten. Felicio verlangt von Z. Zahlung des fraglichen Betrages auf sein Konto beim CL, die Z. auch zusichert, jedoch in Wahrheit nicht ausführt. Im nächsten vom CL dem Felicio zugestellten Quartals-Auszug erscheint ein Saldo zugunsten des Felicio von \$ 80 125.58. Dies entspricht den Erwartungen des Felicio, der annahm, Z. habe die zugesagte Überweisung vorgenommen; in Wahrheit hatte Z. nichts bezahlt, und der Saldo in der von CL errechneten Höhe ergab sich nur deshalb, weil der CL die von ihr ausgeführte Vergütung an Y in gleichem Umfang zu belasten unterlassen hatte⁴. Felicio instruierte CL, den Saldo seines \$-Kontos auf ein Konto bei einer anderen Bank zu überweisen. Ein Vierteljahr später entdeckt CL den Fehler und fordert von Felicio \$ 79 400 (bzw. den entsprechenden Gegenwert in Schweizerfranken), die zu bezahlen Felicio sich weigert.

II. Die Urteils motive der Vorinstanzen und des Bundesgerichts

1. Vorinstanzen

Die Klage von CL war in erster und zweiter Instanz von den Genfer Gerichten abgewiesen worden; die Begründung dieser Urteile geht, wie andeutungsweise E. 4 der Urteils motiven des Bundesgerichtes zu entnehmen ist, zur Hauptsache dahin, dass die Forderung des CL eine solche aus ungerechtfertigter Bereicherung (Art. 62 ff. OR) darstelle, indessen in casu der Tatbestand von Art. 64 OR erfüllt, d. h. Felicio nicht mehr bereichert sei (die Entscheidungsgründe sind dem Urteil des Bundesgerichtes nicht zu entnehmen).

2. Bundesgericht

Dieser im Ergebnis schwer nachzuvollziehende Entscheid der waadtländischen Gerichte wird vom Bundesgericht aufgehoben, die Klage gutgeheissen. Während in E. 1 und 2 hier nicht interessierende prozessrechtliche Aspekte behandelt werden, gelangt das Gericht in den E. 4 und 5 zu { 171/172 } der hier interessierenden kontokorrentrechtlichen Frage⁵. In E. 4 wird geprüft, ob der Anspruch des CL ein

⁴ In dem in der SemJud publizierten Teil des Urteilstextes wird nicht klarge stellt, ob der Kontoauszug die einzelnen Belastungen auswies, so dass das Fehlen der fraglichen Position dem Felicio bei Kontrolle hätte auffallen können. Für diesen Punkt und überhaupt zur Abrundung des Bildes scheint es angezeigt, den der publizierten Passage vorangehenden Abschnitt (E. 3c) wiederzugeben (den Wortlaut entnehme ich dem vom Bundesgericht erbetenen Originaltext des Urteils): "c) Enfin, c'est le lieu de préciser que le compte dont le défendeur (sc. Felicio) est titulaire auprès de la demanderesse (sc. CL) est un compte courant (pour la notion, cf. ATF 100 III 79 consid. 3 p. 83 et les références). Les relevés de compte, adressés tous les trimestres au défendeur par la demanderesse et se référant – au moins certains d'entre eux – au 'compte courant' de celui-là, ont été établis en la forme usuelle de compte courant. En effet, les prétentions nées de part et d'autre ont été inscrites dans le compte du défendeur et ont été compensées automatiquement lors de l'établissement de chaque relevé. Les créances portées en compte ont donc été considérées comme des articles de compte pour en déterminer le solde."

⁵ Oben wurde von E. 3 der Erwägungen Abschnitt lit. c im Wortlaut wiedergegeben, wo gesagt wird, dass die Parteien ihre gegenseitigen Beziehungen vertraglich den KK-Regeln unterworfen haben. Hier sei noch beigefügt, dass im Ingress von E. 3 festgehalten wird, dass zwischen den Parteien gleichzeitig ein

Kondiktionsanspruch sei, um dann nach Bejahung dieser Frage (und damit Zustimmung zur diesbezüglichen Position der Vorinstanzen) in E. 5 (entgegen den Vorinstanzen) zu der Feststellung zu gelangen, dass Felicio sehr wohl bereichert ist und in der von ihm selber veranlassten Überweisung auf ein anderes Konto in keiner Weise eine Entreichung i. S. von OR Art. 64 erblickt werden kann. Diese Folgerung erscheint so selbstverständlich, dass die diesbezüglichen Überlegungen des Bundesgerichts uns nicht beschäftigen. Interessant für das Folgende sind jedoch die Hinweise, dass zwar (wie in casu) eine nützliche Verwendung ungerechtfertigt erhaltener Mittel keine Entreichung konstituiert, dass eine Entreichung aber gegeben wäre, wenn der Bereicherte eine unentgeltliche Zuwendung "(liberalité)" oder nicht notwendige Aufwendungen bzw. solche, die keinen dauernden Nutzen hinterlassen, wie Ausgaben für Ferienreisen oder für sonstige immaterielle Zwecke" (... soit d'une manière générale à des valeurs extrapatrimoniales ...)" macht.

Vom Bundesgericht wird nur die Anwendung der bereicherungsrechtlichen Prinzipien diskutiert, d. h. in E. 4 übereinstimmend mit der Vorinstanz das Vorliegen eines Bereicherungsanspruchs positiv festgestellt und in E. 5 (hier anders als die Vorinstanz) die Entreichung i. S. von Art. 64 verneint. Mit keinem Wort wird das Abstellen als solches auf Bereicherungsrecht begründet; dies unterblieb offenkundig, weil dieser Punkt nicht streitig war⁶.

III. Sachliche Unangemessenheit der Entreichungseinrede

Der unmittelbar zutage tretende praktische Haupt-Nachteil der Kondiktions-Konzeption liegt in der damit dem durch den Fehl-Saldo Begünstigten eröffnete Entreichungs-Einrede (Art. 64, BGB § 818). Die Behauptung der Unangemessenheit bedarf der Begründung, der dem hier besprochenen Entscheid zugrunde liegende Sachverhalt bietet dazu eindrückliches Anschauungsmaterial. Es darf nicht richtig sein, dass die versehentlich nicht rechtzeitig (d. h. noch vor der Saldo-Anerkennung) belastende Bank den Anspruch auf Ersatz ihrer Aufwendungen verliert, wenn die dadurch ihrem Kunden erwachsende Bereicherung untergeht und der Tatbestand von Art. 64 OR verwirklicht ist. Dies könnte etwa leicht der Fall sein, wenn in unserem Fall die Bank, auf deren Konto Felicio überweisen liess, zahlungsunfähig würde, oder wenn Felicio nachweislich gerade mit dem fraglichen Geld nachträglich sich entwertende Wertpapiere erworben hätte. Noch stossender wird das Resultat, wenn man die vom Bundesgericht – bloss lehrhaft und obiter, aber zutreffend – genannten Beispiele möglicher Entreichung ins Auge fasst: Entreichung infolge Wegschenkens der Valuta oder der Durchführung einer damit finanzierten Vergnügungsreise. – Zu beachten ist, dass die Rollenverteilung auch invers sein könnte und demnach die Bank, die ihren Kunden in ihrer Saldoberechnung irrtümlich verkürzt hat, Entreichung i. S. von OR Art. 64 einwendet, um nachträgliche Berichtigung zu vermeiden⁷. Bei den hier angestellten Überlegungen ist immer von der Prämisse auszugehen, dass die Fehlberechnung des Saldos und die resultierende irrtümliche Vereinbarung der Parteien durch Zufall (heisst aber: ohne Verschulden irgend eines der Beteiligten) eingetreten ist und die Ursachen auch nicht unter anderen Gesichtspunkten dem Bereich der einen oder anderen Partei zugeordnet werden können, ebenso, dass den Beteiligten durch den Vorgang der falschen Saldierung unmittelbar kein

Mandatsverhältnis besteht: "La cour cantonale a retenu que la défendeur était seul lié par un contrat de mandat à la défenderesse. L'arrêt attaqué n'est pas critiqué sous cet angle; il ne saurait d'ailleurs l'être."

⁶ Vgl. zur bisher herrschenden Auffassung unten Ziff. IV/2.

⁷ Beispiele von bei Banken eintretender Entreichung sind gewiss nicht häufig, aber trotzdem denkbar: Eine Bank hält Positionen in einer exotischen Währung ausschliesslich im Hinblick auf ihre Geschäftsbeziehung mit einem bestimmten Kunden, gegenüber dem Anspruch des Kunden auf Kreditierung einer vergessenen Gutschrift dürfte sie Entreichung einwenden, wenn ihre Korrespondenzbank, bei der sie die fraglichen Positionen hielt, zahlungsunfähig wird.

Schaden erwuchs. Aufgrund der verfügbaren Informationen darf im vorliegenden Fall beides angenommen werden⁸.

Wie sehr die Institution der Kondiktion durch die ihr immanente Möglichkeit der Entreicherungseinrede in der heutigen Praxis mit Gefahren belastet ist, zeigt die Prozessgeschichte des vorliegenden Falles, in dem zwei Instanzen die Einrede guthiessen, und erst in dritter und letzter Instanz die Lösung sich durchzusetzen vermochte, die als die einzig denkbare erscheint.

IV. Frage nach der zutreffenden Rechtsgrundlage für Saldo-Korrekturen

1. Problemstellung

Die hier im Zentrum stehende Frage, ob es nach geltendem Recht zutreffend sei, dem durch eine { 172/173 } Fehlsaldo-Anerkennung Begünstigten die Entreicherungseinrede einzuräumen, führt auf die Fundamentalfrage zurück, wie im Rahmen eines KK auflaufende Fehlvorgänge zu berichtigen seien. Verschiedene Sachverhalte könnten unterschieden werden: Es wird ein Vorgang (z. B. Eingehen einer Zahlung) verbucht, ohne dass er stattgefunden hätte, oder es wird umgekehrt (wie im vorliegenden Fall die Ausrichtung einer Zahlung) ein tatsächlich erfolgter Vorgang buchungsmässig nicht erfasst. Es kann aber auch sein, dass eine korrekt verbuchte Operation sich im nachhinein als ungerechtfertigt erweist (wie etwa die Belastung eines von der Bank ausgestellten Schecks, der vom Begünstigten niemals eingelöst und daher der ausstellenden Bank nicht belastet worden ist). Obwohl unter sich verschieden, ist die Herstellung des richtigen Zustandes bei den genannten Varianten grundsätzlich nach gleichen Regeln zu suchen.

Grundlegende Unterschiede ergeben sich hingegen danach, ob der Fehlvorgang vor oder nach einer Saldovereinbarung der Parteien entdeckt und entsprechende Korrektur beansprucht wird oder aber erst nach einer solchen. Der erste Fall ist nicht problematisch. Es wird die kontoführende Partei (sc. die Bank) die bisher unterlassene Buchung nachholen bzw. eine korrektive Gegenbuchung "(Storno" oder wie auch immer genannt) vornehmen und dies auch tun dürfen. Falls die Berechtigung der von der Bank vorgenommenen Korrekturbuchung abgelehnt wird, streiten sich die Parteien über die Korrektur grundsätzlich nach den selben Regeln wie bei jeder Auseinandersetzung über die Berechtigung einer Belastung; gleiches gilt, wenn der Kunde die Berechtigung einer vorgenommenen Buchung bestreitet oder umgekehrt die Vornahme einer solchen fordert (sei es während laufender Rechnung oder aus Anlass der Übermittlung eines Konto-Auszuges).

Anders dagegen, wenn der Saldo "vereinbart", d. h. nicht bloss von der einen Partei errechnet und mitgeteilt, sondern von der andern (wenn auch stillschweigend) anerkannt worden ist. Diese Anerkennung konstituiert einen Vertrag, mit dem die Übereinstimmung der Parteien hinsichtlich des Standes des KKs festgehalten wird und jeder der Parteien erlaubt, ohne weiteren Nachweis sich auf den vereinbarten Saldo zu berufen. Eine nachträgliche Korrekturbuchung ist daher grundsätzlich nicht mehr zulässig, da dies in Widerspruch zu der getroffenen Saldo-Vereinbarung steht.

⁸ Treffen diese Voraussetzungen nicht zu, hat vielmehr die eine Partei die andere schuldhaft geschädigt, muss Ausgleich nach vertragsrechtlichen Grundsätzen gesucht werden, nicht jedoch über das Vorgehen bei der Berichtigung der KK-Rechnung. Dies würde gelten, wenn in vorliegendem Fall Felicio infolge des Versehens der CL seine Forderung gegen Z. nachträglich nicht mehr einbringen kann.

2. Die Lehre von der Bereinigung mittels Kondiktion

Wenn das Bundesgericht (zusammen mit den Vorinstanzen und wohl auch den Parteien) sich auf Bereicherungsrecht beruft, folgt sie, ohne näheren Hinweis, der im deutschen Sprachbereich absolut vorherrschenden Auffassung. Z. B. schreibt v. TUHR in seinem Allgemeinen Teil des Schweiz. Obligationenrechts, Bd. II § 76/IV, im letzten Absatz (zwischen Anm. 46 und 47) zum Sachverhalt des unrichtig berechneten und anerkannten Saldos: "Darin liegt für die eine oder andere Partei eine ungerechtfertigte Bereicherung, welche nach Art. 62 durch Erhöhung oder Herabsetzung des Saldos auszugleichen ist". Auch der Schreibende folgte bisher dieser Auffassung⁹.

In der deutschsprachigen Literatur wird diese Konzeption auch heute noch weitgehend einhellig vertreten. Die im Vordergrund stehenden Standpunkte sind etwa die folgenden: Die Anerkennung eines unrichtigen Saldos hindert dem Grundsatz nach nicht die nachträgliche Korrektur; übereinstimmend wird auf die Anwendbarkeit der allgemeinen zivilrechtlichen bzw. vertragsrechtlichen Regeln verwiesen. Hier taucht jedoch unerwartet der Gesichtspunkt auf, dass die Berichtigung des Saldos nicht auf dem Weg der Irrtumsanfechtung zu erfolgen habe, eine solche vielmehr ausscheide. Als Grund wird heute häufig angeführt, dass die den Saldo ergebenden Einzelpositionen nur (irrtumsrechtlich nicht zu berücksichtigende) Motive darstellen würden; in der älteren Literatur wird dagegen geltend gemacht, dass die in der Saldovereinbarung enthaltene Novation mit dem Ergebnis einer *causa-unabhängigen*, "abstrakten" neuen Forderung das Zurückkommen auf Vorangehendes eine *abredewidrige* "protestatio facto contraria" darstellen würde (so insbes. GRÜNHUT, zit. unten, S. 518). Die dann vorgeschlagene Lösung geht dahin, dass der durch den unrichtigen Saldo benachteiligte Partner durch Geltendmachung eines Bereicherungsanspruchs die Welt wieder in Ordnung bringen könne; dabei geht der Kondiktionsanspruch auf den Differenzbetrag zwischen dem anerkannten unrichtigen und dem zutreffenden Saldo, nicht etwa auf Kondiktion der Saldoanerkennung als solche.

Literaturhinweise (für Deutschland).

RUD. MÜLLER-ERZBACH, Deutsches Handelsrecht, 2./3. Aufl. Tübingen 1928, 660, der keinerlei Sachargumente vorträgt. { 173/174 }

W. GADOW, in *Staub's Komm. zum HGB*, Bd. 3, 14. Aufl. 1933, zu § 355, Anm. 22 ff., der in Anm. 29c zwar eine Irrtumsanfechtung gegen das Saldo-Anerkenntnis zulässt, im übrigen aber in Anm. 29b ausführt: "... das abstrakte Anerkenntnis eines Saldos ist eine Erfüllungsleistung (§ 812 Abs. 1 BGB ...). Erfüllungsleistungen können aber rückgängig gemacht (kondiziert) werden, wenn durch sie der Empfänger ohne rechtlichen Grund bereichert ist (§ 812 Abs. 2 BGB ...)" und a. a. O. weiterhin: "Es findet also eine Aufhebung des Anerkenntnisses nach Bereicherungsgrundsätzen statt, nicht eine Anfechtung wegen Irrtums nach § 119 BGB".

SCHLEGELBERGER-HEFERMEHL, *Komm. Handelsgesetzbuch*, Bd. 3, 3. Aufl. 1956, N. 44 zu § 355.

C. W. *Canaris*, in *Grosskommentar zum HGB*, Bd. 3/II, 1978, Anm. 88-108, bes. 102-104 zu § 355.

Komm. BGB hgg. von Mitgliedern des BGH, (BGB-RGRK), 12. Aufl. 1989, N. 102 ff. zu § 355.

(für Österreich):

W. SCHUHMACHER, in *M. Staube*, *Kommentar zum HGB*, Wien 1987, N. 32 zu § 355.

H. HÄMMERLE / H. WÜNSCH, *Handelsrecht*, Bd. 3, 3. Aufl., Graz / Wien / Köln 1979; 125.

⁹ Vgl. E. BUCHER, *Obligationenrecht, Allgemeiner Teil* (2. Aufl. Zürich 1988), 413.

3. Grünhut als Vater der heute herrschenden Auffassung

Die genannte Position der Literatur findet ihre scheinbare Entsprechung in einer bereicherungsrechtlichen Besonderheit des BGB (die in vergleichbarer Gestalt in keiner anderen Kodifikation anzutreffen ist, insbesondere im OR, aber auch im ABGB fehlt): Die Regel von BGB § 812 Absatz 2, wonach als kondiktionsrechtlich auszugleichende (da ohne Rechtsgrund erbrachte) "Leistung" ebenfalls gilt "die durch Vertrag erfolgte Anerkennung des Bestehens oder des Nichtbestehens eines Schuldverhältnisses". Nach einhelliger Meinung erfasst BGB § 812 Abs. 2 den Fall der (unrichtigen) Saldo-Anerkennung.

Das BGB wie die genannten literarischen Auffassungen gehen zurück auf den Aufsatz von C. S. GRÜNHUT (zit. oben Anm. 2), welche grundlegende Untersuchung die weitere Diskussion entscheidend beeinflusst hat¹⁰. GRÜNHUT glaubt, bereits im alten Rom das Phänomen des KK vorgebildet zu finden und weist die Entwicklung der Institution im Mittelalter nach, wo "der Contocorrentverkehr auf grossem Fusse ausgeübt" worden sei (S. 483). Seine Konzeption des KK ist vom Gedanken der Kreditgewährung bestimmt; in seiner Sicht addieren sich die Debet- und die Credit-Positionen während laufender Rechnungsperiode auf, während Verrechnung erst mit deren Ablauf, d. h. mit der Saldierung der beiden Summen stattfindet, Novation dagegen in Anerkennung der KK-Schuld in der Höhe des sich ergebenden Differenzbetrags durch den im Debet stehenden Partner erfolgt (S. 505). Die Anerkennung wird vorerst nicht auf den Saldo, sondern die diesen begründenden einzelnen Credit- und Debet-Position bezogen und gefragt, ob die Anerkennung der resultierenden Debet-Summe als "Geständnis" (in prozessualistischem Verständnis) i. S. des Anerkennens von Fakten zu betrachten sei (das unteilbar wäre) oder aber als "die obligatorische Anerkennung (promissio) einer Reihe von Schulden", für welche letztere Lösung sich GRÜNHUT entscheidet (S. 511). Das Schwergewicht liegt aber auch für ihn in der Anerkennung des sich aus Verrechnung ergebenden Differenz- oder Schlusssaldos. In dessen "gemeinschaftlichen Feststellung ... liegt eine verpflichtende Schuldanererkennung, ein selbständiges Schuldversprechen, stipulatio (promissio) debiti. Diese Anerkennung hat eine rechtserzeugende, constitutive, nicht eine bloss beweisende, declarative Bedeutung ..." (S. 513/514).

Die uns hier vorab beschäftigende Frage nach den Mechanismen der Korrektur des unrichtigen anerkannten Saldos wird nur beiläufig angesprochen: "Hat also eine Partei den Saldo anerkannt, so ist sie durch diese Anerkennung verpflichtet (Art. 294 HGB). Will sie ihre Verpflichtung bestreiten, so muss sie die *condictio indebiti* anstellen, sei es, dass sie den Bestand der anerkannten Schuld überhaupt in Abrede stellt oder nur behauptet, dass einzelne Posten mit Unrecht als Faktoren der Schussziffer in den Contocorrent hineingebracht, oder dass andere mit Unrecht als solche weggelassen worden sind; wie das *sine causa datum*, kann auch das *sine causa promissum* angefochten werden."¹¹

4. Die historischen Wurzeln der Kondiktions-These und jene von BGB § 812 Abs. 2 – Unvereinbarkeit der heutigen Kondiktionslösung

Zum Verständnis der Grünhutschen Auffassung und dem durch ihn inspirierten § 812 Abs. 2 BGB { 174/175 } muss nach deren Grundlagen gefragt werden. GRÜNHUT selber beruft sich (S. 519 und Anm. 130) auf ULPAN (Dig. 12,7,1 pr.): "Est et haec species

¹⁰ Für die Entstehung der Abhandlung von GRÜNHUT wie für die Gesetzgebungsgeschichte des BGB ist bedeutsam der Aufsatz von OTTO BAHR, Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund; 1. Aufl. 1855, 2. Aufl. 1867. Vgl. in diesem Zusammenhang auch GÖTZ LANDWEHR, Abstrakte Rechtsgeschäfte in Wissenschaft und Gesetzgebung des 19. Jahrhunderts, in Rechtsdogmatik und Rechtspolitik, Hamburger Ringvorlesung, Berlin 1990, 173-219, hier bes. 194.

¹¹ GRÜNHUT, a. a. O., 519 (ähnlich auch 511). Es folgen Ausführungen zur Beweislast und zum Irrtumserfordernis im Rahmen der Kondiktion.

conditionis, si quis sine causa promiserit vel si solverit quis indebitum." ("Auch dies ist eine Erscheinungsform der Kondiktion, wenn jemand ohne causa versprechen würde, wie wenn jemand eine Nichtschuld bezahlte"). Es wird m. a. W. hier dem allbekannten Kondiktionsfall der grundlosen (da auf Tilgung einer bloss vermeintlichen, tatsächlich nicht existierenden Schuld gerichteten) Zahlung gleichgestellt das grundlose Schuldversprechen. Hier haben wir das direkte Vorbild von BGB § 812 Abs. 2 vor uns, welche Bestimmung ohne die zitierte Digestenstelle nicht denkbar ist, möge diese spontan oder unter dem Einfluss der Autorität Grünhuts übernommen worden sein.

Daraus ist nun aber nicht zu folgern, dass die hier kritisch betrachtete Kondiktions-Konzeption sich auf die Autorität Ulpianus berufen dürfte; ein Blick in die Quellen ergibt das Gegenteil. ULPIAN fährt nämlich fort: "Qui autem promisit sine causa, condicere quantitatem non potest quam non dedit, sed ipsam obligationem." "(Wer jedoch ohne causa ein Schuldversprechen abgab, kann nicht den fraglichen Betrag zurückfordern, den er ja gar nicht gegeben hat, vielmehr die Obligation selber)". Offenbar wird die durch das Versprechen geschaffene Obligation als eine von der sachlichen Rechtfertigung abgekoppelte, "abstrakte" Grösse betrachtet, die einerseits dem Versprechensempfänger eine Vergrößerung, dem Versprechenden eine Verminderung des Vermögens beschert. Der Kondiktionsanspruch geht auf Rückgabe des die ungerechtfertigte Vermögensverschiebung ausmachenden Objekts, und dies ist hier die auf den Versprechensempfänger "übertragene" Forderung. Wie "Übertragung" der Forderung eigentlich deren Erschaffung darstellte, ist "Rückübertragung" nun deren Vernichtung; die Klage geht darauf, "ut promissione liberetur" "(dass er – der Kläger – vom Versprechen entbunden werde)". Vereinfachend spricht man von "condictio liberationis" ("Befreiungskondiktion"), die auf richterliche Aufhebung der Verpflichtung gerichtet ist¹².

5. Die Übertragung der Ulpianischen Kondiktion auf die Verhältnisse beim KK

Nach diesem Konzept Ulpianus ergibt sich das Gegenteil dessen, was von der heutigen Doktrin zum KK gelehrt wird: Der Anspruch des verkürzten Partners des KK geht nicht auf Leistung des Differenzbetrages zwischen dem anerkannten und dem richtigen Saldo, sondern auf Aufhebung der Saldoanerkennung selber. Bei dem Modell Ulpianus fällt (anders als nach der deutschen Doktrin und dem schweizerischen Bundesgericht im hier besprochenen Entscheid) die Entreicherungseinrede zum vornherein nicht in Betracht: Es wird die durch Saldoanerkennung begründete Verpflichtung als solche aufgehoben, der Rechtszustand, wie vor der Saldo-Anerkennung bestehend, wieder hergestellt, während die im Gefolge der nachträglich aufgehobenen Saldoanerkennung von den Parteien getroffenen Vermögensdispositionen oder sonstige Ereignisse, welche Entreicherung bewirken könnten, ohne Wirkung bleiben.

Offen bleibt, welches die Position des historischen BGB-Gesetzgebers bezüglich § 812 Abs. 2 war; ist diese Norm i. S. Ulpianus bzw. der römischen Quellen zu lesen, oder deckt sie die gegenwärtig in Deutschland betr. KK vertretene Auffassung? Die Frage lautet: Kann lediglich die Verpflichtung insgesamt (d. h. die Saldoanerkennung als solche) kondiktionsweise beseitigt werden, oder geht die Kondiktion auf die durch die Fehlanerkennung verursachte Vermögensdifferenz? Mit dem Ulpian-Text lässt sich nur die erstere Lesart vereinbaren, diese steht aber wohl auch dem Wortlaut von BGB § 812 Abs. 2 näher; danach müsste Kondiktionsobjekt die durch das ungerechtfertigte Versprechen geschaffene Pflicht selber sein; im Falle des anerkannten unrichtigen Saldos könnte die Befreiungsklage nur dahin lauten, die Saldoanerkennung zu beseitigen. – Allgemeines (auch in BGB § 812 Abs. 2 keineswegs verlassenes) bereicherungsrechtliches Prinzip ist es, dass die Kondiktion primär auf die ohne Grund übertragene Sache, nicht aber auf Ausgleich der

¹² Vgl. dazu MAX KASER, Röm. Privatrecht, 1. Abschnitt (Altrömisches etc. Recht), 2. Aufl. München 1971, 598/599 und Anm. 54.

durch die Übertragung verursachten Vermögensveränderung geht: Ist (unter dem Abstraktionsprinzip des BGB) eine Sache rechtsgrundlos übereignet worden, so geht die Kondiktion auf Rückübereignung der Sache, nicht auf deren Vermögenswert. Unter § BGB 812 Abs. 2 haben wir denselben Sachverhalt: Wenn ohne Grund eine Forderung zugewendet worden ist, so ist diese Bereicherung in natura, d. h. durch Rückübereignung (heisst hier: Aufhebung der Forderung), nicht durch Vergütung der resultierenden Vermögensvermehrung auszugleichen.

Aber die Ulpiansche Konzeption hat, auf das KK angewendet, nicht bloss den Vorteil, dass die Einrede der Entreicherung entfällt. Ihre zwangsläufige Folge ist auch, dass die Saldoanerkennung { 175/176 } nur gesamthaft, nicht aber eingeschränkt auf die zu korrigierende Einzelposition beseitigt werden kann: Kondiktionsobjekt ist die Saldoanerkennung, nicht die darin implizierte Anerkennung der einzelnen Positionen des KK. Die Kondiktion würde daher nicht bloss die als falsch erwiesene Position erfassen, sondern sämtliche der kondizierten Saldovereinbarung zugrundeliegenden Einzelpositionen. Dies ist im sachlichen Ergebnis allerdings nicht erwünscht.

6. Gegenposition: Anfechtung der Saldoanerkennung wegen Irrtums

Erst die Saldo-Vereinbarung der Parteien schafft eine Rechtslage, welche nicht einseitig durch korrigierende Eintragung bzw. Stornierung von Gutschriften oder Belastungen in Ordnung gebracht werden kann, daher zusätzlicher rechtlicher Behelfe bedarf (vgl. oben Ziff. IV/1). Ist dies so, scheint es naheliegend, bei dieser die Fehlsituation schaffenden Vereinbarung einzusetzen, diese als solche zu beseitigen. Das Mittel hiezu ist die Willensmängel-Anfechtung (Art. 23 ff. OR; BGB §§ 119 ff.). Ist diese möglich, bleibt für ein Vorgehen über Kondiktion und Anwendung von BGB § 812 Abs. 2 kein Raum.

Als Willensmangel fällt im Normalfall Irrtum in Betracht. Dessen "Wesentlichkeit" i. S. von Art. 23 und 24 kann, trotz gegenteiliger Behauptung der meisten der oben genannten Autoren, im Ernst nicht zweifelhaft sein: Die Saldo-Anerkennung beruht, für jedermann, auch den Gegner erkennbar, auf den im Saldo aufgehenden supponierten Einzelposten; die Präsumpption deren Vorhandenseins ist gleichermassen Grundlage der Saldovereinbarung wie sie deren Inhalt bestimmt. Die Merkmale eines Grundlagenirrtums i. S. von Art. 24 Ziff. 4 OR sind so eindeutig verwirklicht, als man es überhaupt wünschen kann. Im hier betrachteten Sachverhalt darf indessen auch ein "error in quantitate", wie in Art. 24 Ziff. 3 niedergelegt, erkannt werden; er ist vergleichbar dem Fall, dass jemand für einen bestimmten Vertragspreis einen Warenposten von grösserer Quantität, als er annehmen durfte, verkauft (oder einen solchen von geringerem Quantum gekauft) hat¹³.

7. Praktikabilität des Ergebnisses der Anfechtung des Saldos wegen Willensmängel

Werden statt der Kondiktion auf die Saldoanerkennung die Irrtumsregeln angewendet, führt dies zu praktikablen Resultaten: Der durch den falschen Saldo Beeinträchtigte muss innerhalb eines Jahres ab Erkennen des Irrtums die Erklärung an seinen Partner richten, dass er eine Korrektur des seinerzeit vereinbarten Saldos wünscht unter Angabe der zu berichtenden

¹³ Selbst GRÜNHUT, der Vater der hier betrachteten Konzeption, behauptet keineswegs fehlende Wesentlichkeit des Irrtums; lediglich bezogen auf den Sonderfall der abstrakten promissio, die in seiner Sicht in der Saldo-Anerkennung vorliegt, macht er die grundsätzliche Einschränkung, dass in deren Rahmen Willensmängel überhaupt nicht berücksichtigt werden dürften; es ist die von ihm vorausgesetzte abstrakte Natur der Saldo-Anerkennung, welche die Bezugnahme auf eine causa (oder deren Mangel) vertraglich ausschliesst; vgl. dazu unten Ziff. 9.

Position (Art. 31 Abs. 1 OR). Im Prozess ist er voll beweiselastet hinsichtlich seines Irrtums. Dieser Nachweis kann nur durch den Nachweis der Unrichtigkeit einzelner dem Saldo zugrundeliegender Positionen geführt werden. Da die Saldo-Anerkennung gleichzeitig die Anerkennung der einzelnen zugrundeliegenden Positionen miterfasst, machen zwischen den Parteien die nicht als falsch erwiesenen Positionen weiterhin Recht. Gesamtnichtigkeit der Saldo-Anerkennung tritt nicht ein. Nicht begründet wäre die Auffassung, dass durch den Nachweis der Fehlerhaftigkeit einer Position und blosses Bestreiten der Richtigkeit der weiteren Positionen der Gegner zur Beweisführung in allen übrigen Punkten verpflichtet wäre, wie wenn nie eine Saldoanerkennung stattgefunden hätte. Die Begründung der hier vertretenen Auffassung kann darin erblickt werden, dass in dieser Phase der Auseinandersetzung bloss die einzelnen der in der Saldoanerkennung enthaltenen Anerkennungen der den Saldo begründenden Einzelpositionen zu berücksichtigen sind, bei welcher Betrachtung alle nicht als falsch erwiesenen Positionen weiterhin als anerkannt gelten. Falls nötig dürfte man aber auch, glaubwürdiger als in jedem sonst denkbaren Fall, Teilnichtigkeit i. S. von Art. 20 Abs. 2 OR annehmen, welche Regel auch auf die Wirkungen der Willensmängelanfechtung angewendet wird (*BGE 96 II 106, 107 II 423 E. 3*, je mit Hinweisen). Beigefügt werden darf, dass zwar lange Tradition bezüglich Teilnichtigkeit von Verträgen besteht, im Rahmen des Kondiktionsrechts "Teilkondition" dagegen unbekannt ist.

8. Zusatzargumente zugunsten der Kondiktionsthese aus BGE §§ 781 und 782?

Die gleichen Überlegungen, so scheint mir, müssten an sich auch unter der Herrschaft des BGB Geltung haben, unerachtet der Tatsache, dass dieses den Grundlagenirrtum weniger deutlich als das OR (Art. 24/I Ziff. 4) festschreibt. Die immer noch von den meisten Autoren vertretene Auffassung, die Frage der Richtigkeit der im anerkannten { **176/177** } Saldo aufgegangenen Einzelposten sei zu den Motiven zu verweisen, beruft sich allerdings auf angebliche gesetzliche Grundlagen, zu welchen im schweizerischen Obligationenrecht keine Entsprechung besteht.

Bereits genannt wurde § 812 Abs. 2 BGB, welcher nach dem Muster der Digesten Schuldanerkenntnisse und Forderungsverzichte als selbständige Kondiktionstatbestände statuiert und damit eine Tendenz zur Annahme des entsprechenden Tatbestandes schafft. Noch deutlicher wird dies bei BGB §§ 781 und 782. Diese Regeln schreiben vorerst einmal die (früher vielfach bestrittene, erst im ausgehenden 19. Jahrhundert wieder zur Anerkennung gelangende) Zulässigkeit der "abstrakten Schuldanerkenntnis" fest; das weiterhin hiezu statuierte Schriftformerfordernis wird dann gleich anschliessend durch § 782 in seinem Geltungsbereich eingeschränkt; es gilt nicht im Falle, dass "ein Schuldversprechen oder ein Schuldanerkenntnis auf Grund einer Abrechnung" erteilt wird. Dass "Abrechnung" hier vor allem die Saldoanerkennung im Rahmen eines KK meint, steht ausser Zweifel. Naheliegend ist dann der Schluss, dass die Saldoanerkennung, als "Schuldanerkenntnis aufgrund einer Abrechnung", ein abstraktes Schuldanerkenntnis darstellt, das seinerseits wiederum § 812 Abs. 2 unterliegt. Die heutige Mehrheitsdoktrin hat daher Grund anzunehmen, dass ihre Sicht diejenige des historischen Gesetzgebers sei.

Verstärkt wird diese verfehlt Auffassung durch eine eigentümliche Zweideutigkeit des Terminus "Schuldanerkenntnis" usw. in BGB § 781. Im Zusammenhang fraglicher Norm kann dies nur als "abstraktes" Schuldanerkenntnis verstanden werden¹⁴; eine Ausdehnung des Schriftformerfordernisses auf die übrigen Schuldanerkenntnisse wäre nicht sachgerecht. Obwohl keineswegs schlüssig, ist die Folgerung naheliegend, in § 782 die Unterstellung hineinzulesen, "Schuldanerkenntnisse aufgrund einer Abrechnung" (sc. Saldoanerkennungen) würden nur als abstrakte Anerkennungen vorkommen, oder gar, könnten nur als solche rechtlichen Bestand haben. Derartige Folgerungen sind abwegig: Der Gesetzgeber wollte

¹⁴ Vgl. STAUDINGER-MARBURGER, RZ. zu BGB § 781: "§ 781 regelt allein das abstrakte Schuldanerkenntnis".

zwar die Möglichkeit abstrakter Schuldanererkennungen festschreiben und eine einschränkende Rahmenbedingung (Erfordernis Schriftform) einführen, niemals aber Schuldanererkennungen auf "abstrakte" beschränken. Die "Einschränkung der Einschränkung" von BGB § 782 bezieht sich zwar nur auf abstrakte Schuldanererkennungen (weil die einzuschränkende Formvorschrift nur für diese gilt), statuiert damit aber nicht, dass es keine andere gebe, dass Saldoanererkennungen abstrakte Schuldanererkennungen seien oder sein müssten.

9. Zulässigkeit der Willensmängel-Anfechtung schliesst Kondiktion aus

Die hier diskutierte Doktrin, welche Saldo-Berichtigung auf Kondiktionsrecht stützt, hält eine Willensmängel-Anfechtung für ausgeschlossen. Sie ist zur Aufstellung dieser Prämisse genötigt: Wenn die Bereinigung der Verhältnisse durch Aufhebung eines Vertragsverhältnisses zu erreichen ist, bleibt für Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung kein Raum. Daraus folgt, dass die Kondiktionslösung nur dann und soweit vertretbar ist, als man im gegebenen Fall mit gutem Gewissen "Abstraktheit" der von den Parteien vereinbarten Saldovereinbarung annehmen darf, d. h. jedes Zurückkommen auf die durch Novation ersetzte Erstforderung als vertraglich ausgeschlossen hält (unten Ziff. 10/a).

Abstraktheit der durch Saldoanerkennung geschaffenen Schuld ist der einzige Gesichtspunkt, der Willensmängelanfechtung bezüglich der Saldoanererkennungen ausschliessen kann. Dies ist der Standpunkt GRÜNHUTS, der in der abstrakten Schuldanerkennung den vertraglichen Verzicht auf Einreden bzw. Willensmängelanfechtung erblickt; Geltendmachung einer solchen würde "contradictio in adiecto, sog. protestatio facto contraria" darstellen, "auf welche der Richter keine Rücksicht nehmen kann" (S. 518). Nur gewissermassen als Ausweg aus dem Dilemma "Abstraktes Schuldbekenntnis – Willensmängel" wird auf Kondiktionsrecht ausgewichen. "In der Schuldanerkennung liegt nach der Absicht der Parteien ein Surrogat der Erfüllung; Zahlung einer Nichtschuld und Anerkennung einer Nichtschuld müssen daher von dem gleichen juristischen Standpunkte aus beurteilt werden; zur Anfechtung der Anerkennung müssen demnach die Voraussetzungen der *condictio indebiti* vorhanden sein" (S. 518/519).

10. Abstraktheit der durch Saldovereinbarung geschaffenen Forderung/Schuld?

a) Ausgangslage

In Deutschland ist durch BGB § 781 die Zulässigkeit bzw. Rechtswirksamkeit "abstrakter" Schuldanererkennungen festgeschrieben und daher ausser Diskussion, in der Schweiz muss, gestützt { 177/178 } auf die Vertragsfreiheit, das gleiche angenommen werden (OR Art. 67 Abs. 2 bestätigt wenigstens mittelbar diesen Schluss)¹⁵.

Der Begriff "abstrakt" bedarf seinerseits der Präzisierung; er wird hier, i. S. BÄHRs und GRÜNHUTS, dahin verstanden, dass die Parteien ein Zurückkommen auf die (auch von diesen Autoren als gegeben vorausgesetzten) Gründe vertraglich explizit ausgeschlossen haben und bei dieser Willensübereinstimmung zu behaften sind. Bei der Überlegung, ob Saldovereinbarungen im genannten Sinne "abstrakt" seien, ist folgendes zu beachten: Massgeblich ist allein der Wille der im Einzelfall kontrahierenden Parteien, allgemeine dogmatische Aussagen über die "Natur" der Saldoanerkennung o. dgl. sind ohne Grundlage, soweit sie mehr sein wollen als rechtstatsachenmässige Vermutungen über die Wahrscheinlichkeit von Willensmeinungen der an KKen Teilhabenden.

¹⁵ Diese Annahmen sind vielfach bestritten. Auf die Kontroverse braucht hier nicht eingegangen zu werden, weil die hier nicht näher betrachtete Bestreitung dieser Prämisse zum vornherein das hier postulierte Ergebnis bringt.

b) Vermutung gegen Novation bzw. Begründung einer abstrakten Forderung

Abstraktheit von Forderungen/Schulden ist nicht zu vermuten, sondern beweisbedürftig¹⁶. "La novation ne se présume point; il faut que la volonté de l'opérer résulte clairement de l'acte" sagt der franz. CC (art. 2172), der Vorbild von Art. 116/OR darstellt. Aber beide Kodifikationen folgen einer Linie, die sich bis in das spätere römische Recht zurückverfolgen lässt¹⁷. Ist dies so, muss Gleiches auch für jegliche doktrinale Äusserung zum vermuteten Parteiwillen gelten.

c) Welche Willensmeinung der Parteien ist zu vermuten?

Es macht Mühe, in der heutigen Kontokorrent-Praxis eine Willensmeinung der Parteien zu erkennen, welche die traditionell geforderte Eindeutigkeit aufweist. Die Vorstellung "abstrakter" Schuldversprechen ist eng verbunden mit Förmlichkeit: In Rom war dies das Formalgeschäft der Stipulation, heute wird man kaum ohne explizite schriftliche Erklärung eine abstrakte Schuldverpflichtung annehmen dürfen¹⁸. Ohne Förmlichkeit daher keine abstrakte Forderung. Nicht ohne Grund wird in BGB § 781 für abstrakte Schuldverpflichtungen das Erfordernis der Schriftform statuiert.

d) Positive gesetzliche Grundlage für Vermutung abstrahierenden Parteiwillens?

aa) Die im Vorangehenden genannten Bestimmungen des BGB: §§ 812 Abs. 2, 781 und 782 können insgesamt nicht als Grundlage dafür genommen werden, von den allgemeinen hier entwickelten Prinzipien abzuweichen, d. h. ohne klar erwiesenen dahingehenden Willen der Parteien einen "Abstraktionswillen" i. S. des Ausschlusses der Willensmängelanfechtung (und damit Zulassung der Kondiktion gem. BGB § 812 Abs. 2) anzunehmen: Der Gesetzgeber will Möglichkeiten eröffnen, ohne diese damit zu den allein zulässigen Lösungen zu machen (oben Ziff. 8).

bb) Etwas komplexer ist die Rechtslage in der Schweiz. Entsprechungen zu den genannten BGB-Bestimmungen bestehen hier nicht, dafür aber in Art. 117 dessen Absatz 2: "Eine Neuerung ist jedoch anzunehmen, wenn der Saldo gezogen und anerkannt wird." Heute ist der Begriff der Neuerung, wie gesehen, mehrdeutig; er wird bald als Entstehungsgrund kausaler (rechtsgrundabhängiger), bald als solcher abstrakter Forderungen verstanden¹⁹. Der

¹⁶ "Abstraktheit" im hier vorausgesetzten Verständnis setzt ein eigenständiges, neben den materiellen Gehalt der Schuldverpflichtung hinzutretendes selbständiges Konsens-Element voraus des Inhalts, dass auf Früheres nicht zurückgekommen werden dürfe. Das Vorliegen einer dahingehenden Vereinbarung muss nach den allgemeinen Regeln von demjenigen bewiesen werden, der Abstraktheit behauptet (zur Beweislast vgl. z. B. *BGE 107 II 481*). Sekundär tritt noch hinzu der Umstand, dass der Gesetzgeber Zurückhaltung gegenüber der Annahme der Abstraktheit indirekt signalisiert.

¹⁷ Vgl. MAX KASER, *Kurzlehrbuch* § 54/I; mit Hinweis auf Inst. 3,29,3/3a, Cod. 8,41,8. Aber auch etwa CARPZOV (1595-1666) schreibt (*definitiones*, 2,19,14: "Hodie novatio facta non intellegitur, nisi hoc expresse inter contrahentes agatur, quod priorem obligationem novare velint." ["Heutzutage (wohl hinzuzudenken: 'wo man die Stipulation nicht mehr kennt') wird Neuerung nicht angenommen, es sei denn, dass die Parteien es explizit vereinbart haben, dass sie die Verpflichtung neu gestalten wollen."]), der damit nichts anderes als gemeinrechtliche Tradition formuliert; wörtliche Übersetzung dieser Regel ist aOR (1883) Art. 143: "Die Neuerung wird nicht vermutet; der Wille sie zu bewirken muss aus dem Geschäft klar hervorgehen". Heute noch OR Art. 116 Abs. 1. "Neuerung" wird hier noch mit Selbstverständlichkeit als "abstrakt" verstanden; Einschränkung der Novation gleich Eindämmung abstrakter Forderungen.

¹⁸ Vgl. GRÜNHUT, a. a. O., 515 f. (nach Hinweis, dass in Rom nur Formalgeschäfte Abstraktion von der causa erlaubte): "Die Form verhalf der Verpflichtung zur Unabhängigkeit vom Beweggrund."

¹⁹ Bereits v. TUHR, OR Bd. II § 76/II lässt beide Varianten zu (wenn er sich auch, i. S. einer Vermutung, für Abstraktheit ausspricht und im Fall des KK Abstraktheit als vorausgesetzt annimmt; a. a. O. Abschnitt IV).

historische Gesetzgeber, wenn er von "Neuerung" spricht, versteht diese allerdings dahin, dass damit Einreden aus der ersetzten Obligation abgeschnitten seien (was überwiegend als "abstrakt" bezeichnet wird). Trotzdem ist der Schluss mit Entschiedenheit abzulehnen, Art. 117/II wolle nicht bloss Einreden, { 178/179 } sondern darüber hinaus auch die Irrtumsanfechtung bezüglich der Saldovereinbarung abschneiden. Diese Folgerung würde sich mit der in der Schweiz verbreiteten Zurückhaltung gegenüber der Annahme rechtsgrundunabhängiger "(abstrakter") Rechtsfolgen im allgemeinen²⁰ und jener EUGEN HUBERS schlecht vereinbaren lassen. Art. 117 hat keinen Vorläufer im aOR von 1883; er geht auf EUGEN HUBER (Entwurf des Jahres 1904, dort als Art. 1131 b) zurück^{21, 22}. Dessen gesetzgeberische Absicht kann nur sein, mit Art. 117, in der damaligen Diskussion um den Zeitpunkt des Eintritts der Novationswirkungen (bei Entstehung der KK-pflichtigen Forderung? bei deren "Einstellung" in das KK, bei Saldoziehung? oder bei Saldoanerkennung?) Position zu beziehen und die ungeliebte Novation möglichst spät eintreten zu lassen (Abs. 1 und 2); man könnte überspitzt sagen, Abs. 2 sei von einem "horror novationis" bestimmt, d. h. wolle den Bereich dieser bloss widerwillig anerkannten Institution möglichst in Schranken halten. In diesem Sinne wird bezüglich allfällig bestellter Sicherheiten deren Übertragung auf die neugeschaffene Forderung angeordnet (Abs. 3), d. h. ein Konzept, das in Widerspruch zum Gedankenmodell der Novation steht und deren partielle Negierung bedeutet. Wenn HUBER das hier besprochene Problem (Ausschluss der Willensmängelanfechtung) überhaupt gesehen hätte, würde er wohl auch bezüglich dieser Wirkung der Novation eine diese verhindernde Sondernorm vorgesehen haben. Die sich auf die Novation beziehende Regel von Art. 117 sollte insgesamt bloss in ihrem negativen, die Novationswirkungen einschränkenden Gehalt gesehen werden, während der Gedanke einer vom Gesetzgeber auferlegte Ausweitung der Novationswirkungen abzulehnen ist. Eine derartige Ausweitung würde es aber sein, wenn man eine Saldovereinbarung mit Novierungswirkungen ausstatten wollte, obwohl den Parteien ein Novierungswille abgeht²³.

V. Schlussbemerkungen

1. Resultat

Nach den vorangehenden Überlegungen drängt sich m. E. auf, das durch unberechtigte Saldovereinbarungen herbeigeführte Resultat nicht, wie bisheriger Auffassung entsprechend, auf der Ebene des Bereicherungsrechts zu berichtigen, sondern auf jener des Vertragsrechts. Dies bedeutet vorerst ein Vorgehen über Willensmängelanfechtung (dazu oben Ziff. IV/6 und 7). M. E. ist auch oft zu prüfen, ob nicht im Rahmen des von den Parteien geschlossenen KK-Vertrages eine (allenfalls stillschweigende) Vereinbarung angenommen werden kann

Heute sprechen sich an erster Stelle (und ihnen folgend weitere) Autoren gegen Abstraktheit aus: FRIEDRICH KÜBLER, a. a. O. passim, bes. 162 ff.; HERBERT SCHÖNLE, a. a. O. § 7/II, 1a/3; ebenso in unten zit. Monographien von B. STAEHELIN und O. SCHLÄPFER.

²⁰ Hier sei allein auf die "kausale" Natur der Eigentumsübertragung (ZGB Art. 974 Abs. 2 für Grundstücke, BGE 55 II 506 für Fahrnis) hingewiesen.

²¹ Entwurf HUBER, 1904, Art. 1131 lit. b (selbst im Rahmen der Entstehung dieses Textes ein Einschleissel der letzten Minute?).

²² In der beratenden Expertenkommission wird nur beiläufig und allein mit redaktioneller Zielsetzung über die fraglichen Bestimmungen gesprochen (in der Sitzung vom 9. Mai 1908, dauernd von 8 bis 12½ Uhr, wird rund ein halbes Hundert Artikel behandelt; eine Sachdiskussion um die hier betrachteten Artikel findet nicht statt).

²³ In folgenden interessanten Monographien wird, weitergehend als hier, der Saldoanerkennung die Wirkung abstrakter Novierung überhaupt abgesprochen, damit im Ergebnis die hier vertretene Auffassung bestätigend: OTTO SCHLÄPFER, Der Kontokorrentvertrag, Diss. Zürich 1943, 78-86, bes. 82; BERNHARD STAEHELIN, Die Novation, Diss. Basel 1948, passim, bes. 132 ff.

dahingehend, dass künftige Saldovereinbarungen zwar bis auf weiteres zwischen den Parteien Recht machen, es indessen jeder Partei freigestellt ist, auf Vorgänge zurückzukommen, die vor einer Saldovereinbarung erfolgten und die richtigerweise bei der Saldoberechnung hätten berücksichtigt werden müssen; eine nachträgliche Korrektur der Saldovereinbarung hätte dann zu erfolgen, wenn der Anfechtende die Unrichtigkeit der fraglichen Position und den diesbezüglichen Irrtum im Zeitpunkt der Saldovereinbarung nachzuweisen vermag. – Im Ergebnis bedeutet dies eine Korrekturmöglichkeit unter Ausschluss der Entreicherungsrede des Anfechtungsgegners; die Auseinandersetzung ist vertraglich auf die streitige Einzelposition beschränkt, während die Wirkungen der Saldovereinbarung in allen nicht angefochtenen Punkten intakt bleibt.

2. Methodische Bemerkungen

Das hier vorgestellte Modell unterscheidet sich von der bisherigen Auffassung im praktischen Ergebnis (Unzulässigkeit der Entreicherungsrede, die, wie oben Ziff. III gezeigt, sachlich nicht angemessen ist). Im übrigen halte ich die Begründung des Resultats für dogmatisch einfacher und einleuchtender; insbesondere werden ungereimte und unrealistisch-fiktive Annahmen entbehrlich, welche die heute herrschende Konzeption kennzeichnen:

Vorab wird der Vertragswille der Parteien hinsichtlich der Saldovereinbarung auf die Realitäten zurückgeführt. In aller Regel geht dieser nicht dahin, eine "Novation" ihrer Forderungsbeziehung herbeizuführen unter Ausgestaltung der neuen Forderung als "abstrakte" in dem Sinne, dass nicht bloss Einwendungen aus der früheren Forderungsbeziehung abgeschnitten und die neue Forderung vom Bestand der alten unabhängig, sondern dass darüber hinaus auch Willensmangel-Anfechtung ausgeschlossen sein soll. { 179/180 } Die Deutung der Saldovereinbarung i. S. GRÜNHUTS, derzufolge eine Willensmängelanfechtung ein Widerspruch gegen sich selbst "(contradictio in adjecto"; a. a. O., S. 518) darstellen würde, setzt Verzicht auf die Abhängigkeit der neuen Schuld vom Bestand der alten voraus, welche Willensmeinung jedenfalls heute den Parteien nicht mehr unterstellt werden darf. Für derartige Willensmeinungen fehlen den Parteien zum vornherein die hierzu erforderlichen rechtlichen Konzepte; im Gegensatz hiezu waren im alten Rom die Wirkungen der Stipulation dem Publikum geläufig.

Die Auffassung, welche in die (heute regelmässig in blossem Stillschweigen bestehende) Saldo"anerkennung" einen Novierungswillen im hier betrachteten strengen Sinne hineininterpretiert, stellt sich in Widerspruch zu der Tradition, welche Novation an explizite (die Gegenvermutung entkräftigende) Erklärungen knüpft: In Rom, wo das Institut seinen Ursprung hat, war es an das Formalgeschäft der Stipulation geknüpft, nach Untergang dieser Geschäftsform wird eine vergleichbare Lösung mit gutem Grund auch in der Neuzeit angestrebt (oben Ziff. IV/10/b, die Hinweise auf CARPZOV, fr. CC art. 2/72). Es ist auffallend, dass dem Anschein nach jene Autoren am stärksten in den Fesseln des überlieferten romanistischen Konzepts verhaftet sind, die sich am wenigsten um römisches Recht kümmern. Am meisten muss denjenigen an der hier vorgeschlagenen "dogmatischen Bereinigung" gelegen sein, die (wie auch der Schreibende) "echte" Novationen bzw. "abstrakte" Schuldbekennnisse als sinnvolle, heute nicht zu entbehrende Institute halten. Diese sind von allen Seiten Anfechtungen ausgesetzt, die ihren Grund nicht zuletzt in der unzulässigen Anwendung der entsprechenden Regeln auf Sachverhalte haben, welche sie nicht rechtfertigen. Dass dies für die herkömmliche Deutung der Saldovereinbarung zutrifft, sollte hier gezeigt worden sein.

Abschliessend ist zu betonen, dass das hier entwickelte Modell unabhängig ist von den verschiedenen divergierenden Konzeptionen, wie sie hinsichtlich der Deutung der Saldovereinbarung bzw. der durch diese ausgelösten Novationswirkungen bestehen. Die einzige hier vorausgesetzte Prämisse geht dahin, dass man es unterlässt, in der Saldovereinbarung den Tatbestand eines rechtswirksamen Verzichts auf Willensmängel-Anfechtung zu erblicken, d. h. jene Deutung, des Parteiwillens, die heute nicht realistisch ist.

C. Der Entscheid i. S. M. AG. v. X.-Bank vom 27.1.1994 (= BGE 120 II 35 ff.)

I. Sachverhalt und Problemstellung

Der M. AG (im folgenden "die AG") wird von der X.-Bank (im folgenden "die Bank") im Jahr 1976 ein KK mit Kreditlimite von Fr. 100 000.- eingeräumt. Da die AG die vereinbarten Schuld-Amortisationen nicht vollzieht bzw. die ihr gesetzte Kreditlimite überschreitet, verlangt die Bank im Jahr 1978 zusätzliche Sicherheit; der Mehrheitsaktionär und Verwaltungsratspräsident der AG (im folgenden "Bürge") ist bereit, zugunsten der Bank für deren Forderungen gegen die AG sich bis zum Höchstbetrag von Fr. 120 000.- (solidarisch) zu verbürgen.

Zehn Jahre später kündigt die Bank die KK-Beziehung zur AG und verlangt Abdeckung des Debet-Saldos der AG per 30. Juni 1988 im Betrag von rund Fr. 60 000.- (zuzüglich hier nicht interessierender Nebenpositionen). Die AG leistet nicht, ebensowenig der zur Zahlung aufgeforderte Bürge.

Im Prozess der Bank gegen die AG und den Bürgen wird vom Kantonsgericht der Waadt die Klage gegen die AG gutgeheissen, jene gegen den Bürgen abgewiesen, das letztere mit der Begründung, die durch Bürgschaft gesicherte Forderung sei in der Bürgschaftsverpflichtung nicht hinreichend bestimmt (E. 3: "... le cautionnement souscrit ... n'est pas valable, faute de détermination suffisante de l'obligation garantie."), welche Position durch die Bank durch Berufung an das Bundesgericht angefochten wird.

Der Text der Bürgschaftsklausel, welche nach der Vorinstanz keine wirksame Bürgschaftsverpflichtung begründe, lautet, dass der Bürge garantiere die Zahlung seitens der AG aller Beträge, welche diese "doit actuellement et pourra devoir à l'avenir, quelle qu'en soit la cause, y compris toute créance d'intérêts, contractuels ou légaux, commissions et frais ajoutés au capital lors du bouclement des comptes, jusqu'à concurrence du montant total de 120 000 francs" (d. h. welche diese "gegenwärtig schuldet und künftig schulden kann, was auch der Rechtsgrund hiezu sei, eingeschlossen jegliche Forderung von Zinsen, vertragliche oder gesetzliche, der Kapitalforderung zugeschlagene Kommissionen und Kosten bis zum Gesamtbetrag von Fr. 120 000.-").

Im Ergebnis verwirft das Bundesgericht den Standpunkt des beklagten Bürgen und der Vorinstanz und erklärt die Bürgschaft als gültig²⁴. Im folgenden beschäftigt uns nicht das ohne weiteres einleuchtende, ganz selbstverständlich zutreffende Ergebnis der Entscheidung, als vielmehr deren fragwürdige Begründung, die im Folgenden in den wesentlichen Elementen wörtlich wiederzugeben ist. { 180/181 }

II. Die bundesgerichtliche Begründung

"E. 3 –:

...

a) Nach dem Wortlaut von Art. 492 Abs. 1 OR ist die Bürgschaft ein Vertrag, mit dem sich jemand gegenüber dem Gläubiger verpflichtet, die Zahlung der vom Schuldner begründeten Forderung zu sichern. Die Hauptschuld kann eine gegenwärtig bestehende (Art. 499 Abs. 3 OR), eine künftige oder bedingte (Art. 492 Abs. 2 OR) sein; mehrere Verpflichtungen können im selben Akt verbürgt werden (vgl. Art. 499 Abs. 3 OR; BECK, Das neue Bürgschaftsrecht, Kommentar, N. 107 zu Art. 492 OR; siehe auch SCYBOZ, Le contrat de garantie et le cautionnement, in *Traité de droit privé suisse*, Bd. VII, 2, 49).

Die Bürgschaft ist durch ihre akzessorische Natur gekennzeichnet: Die Verpflichtung des Bürgen ist abhängig vom Bestand und dem Inhalt der Hauptschuld (BGE 113 II 434 E. 2a, 111 II 276 E. 2b); sodann kann

²⁴ Im Ergebnis erfolgt Rückweisung an die Vorinstanz, was damit zusammenhängt, dass diese die anscheinend unter formellen Gründen ebenfalls bestrittene Gültigkeit der Bürgschaft (Beachtung der kantonalrechtlichen Vorschriften über die öffentliche Beurkundung, die bei natürlichen Personen von OR Art. 493 Abs. 3 gefordert wird) nicht geprüft hatte.

die Bürgschaft sich allein auf eine gültige Forderung beziehen (Art. 492 Abs. 2 OR). Der Grundsatz der Akzessorietät bedingt ebenfalls, dass die Hauptschuld vom Vertragsschluss an bestimmt, oder mindestens bestimmbar sei (*BGE 46 II 95 E. 2*; vgl. ebenfalls *BGE 113 II 434 E. 3c S. 439*; OR-PESTALOZZI, N. 44 zu Art. 492 OR; TERCIER, La partie spéciale du Code des obligations, n. 3709, 480; WIEGAND, Akzessorietät und Spezialität, in Probleme der Kreditsicherung, Berner Tage für die juristische Praxis 1981, 39, 44 und 58; SCYBOZ, op. cit. 51; GIOVANOLI, n. 4 und 72 ad art. 492 CO; OSER / SCHÖNENBERGER, n. 28 ad art. 492 CO; BECK, op. cit., n. 107 ad art. 492 CO; GUHL, Das neue Bürgschaftsrecht der Schweiz, 69). Dies trifft zu, wenn der Gläubiger bestimmt werden kann (*BGE 46 II 95 E. 2*) und wenn der Entstehungsgrund der Obligation bekannt ist (BUCHER, Obligationenrecht Besonderer Teil, 3. Aufl., 288; TERCIER, op. cit. n. 3709, 480; SCYBOZ, op. cit., 51; OSER / SCHÖNENBERGER, N. 28 zu Art. 492 OR). Nicht notwendig ist, dass diese Punkte sich aus der Bürgschaftsurkunde ergeben; sie können folgern aus der Auslegung des gemeinschaftlichen Willens der Parteien, abgeleitet auf Grundlage der wirklich massgeblichen Elemente (*BGE 64 II 208 E. 2, 49 II 373 E. 2, 48 II 196 E. 10 S. 209, 46 II 95 E. 2*). Die Individualisierung der Hauptforderung ist eine Bedingung der Gültigkeit der Bürgschaft (OR-PESTALOZZI, N. 44 zu Art. 492 OR; TERCIER, op. cit., n. 3706, 480; GUHL, op. cit., 69).

[In einem weiteren Absatz wird festgehalten, dass die Unvorhersehbarkeit der aus einer Bürgschaft resultierenden Belastung persönlichkeitsverletzend sein und gegen OR Art. 19 Abs. 2 und ZGB Art. 27 Abs. 2 verstossen kann; erfolgt Hinweis auf *BGE 67 II 128 E. 3*, wo die in einer Bürgschaft im voraus erklärte Zustimmung zu einem Schuldnerwechsel als unzulässig erklärt wird; ähnlich für eine Grundpfandverschreibung *BGE 108 II 47 E. 2, E. 3*].

b) Im vorliegenden Fall sichert die Bürgschaft "alle Beträge, welche die AG der Bank gegenwärtig schuldet oder künftig schulden kann, was auch immer der Grund hiefür sei"; sie erfasst insbesondere "die bereits bestehenden Verbindlichkeiten des Hauptschuldners", die "sich gegenwärtig auf ungefähr Fr. 109 000.- belaufen".

Bei Anwendung der vorstehend genannten Grundsätze bezeichnet eine derartige Formel die Gesamtheit der gesicherten Schulden nicht auf hinreichend bestimmte Weise. Gewiss, BECK hält grundsätzlich für gültig die Klausel, nach welcher der Bürge alle gegenwärtigen und künftigen Forderungen einer Bank gegen den Hauptschuldner sichert; dieser Autor macht immerhin einen Vorbehalt insoweit, als der Bürge gemäss den Regeln von Treu und Glauben auf eine Begrenzung seiner Verpflichtung rechnen kann (op. cit. N. 107 zu Art. 492 OR). Im vorliegenden Fall enthält nun aber die fragliche Klausel eben gerade keinerlei Einschränkung und erlaubt nicht, sich eine genaue Vorstellung über die Tragweite der Verpflichtung des Bürgen, und folglich dessen Risiko, zu machen. Die Formel "was auch der Grund hiefür sei" ist in dieser Hinsicht besonders bezeichnend. Sie könnte dazu führen, Schulden als von der Bürgschaft erfasst zu betrachten, deren Entstehung die Parteien bei Vertragsschluss bloss schwerlich ins Auge fassen konnten. Das wäre beispielsweise der Fall bei einer Forderung der Bank gegen die AG auf Schadenersatz als Folge eines Verkehrsunfalls unter Beteiligung von Fahrzeugen der beiden Unternehmen, oder weiterhin eine Forderung aus ungerechtfertigter Bereicherung, die der Bank erwachsen könnte als Folge einer auf dem Konto des Hauptschuldners irrtümlich erfolgten Gutschrift.

c) Diese Überlegungen betreffen künftige Forderungen, welche die Bürgschaft zu erfassen beansprucht. Umgekehrt erscheint das streitige Rechtsgeschäft als hinreichend bestimmt, soweit es Schulden nennt, die sich aus bereits bestehenden Verbindlichkeiten der Hauptschuldnerin ergeben. Berücksichtigung der äusseren Umstände erlaubt tatsächlich unschwer, festzustellen, dass es um die Schulden geht, die sich aus dem durch die AG eröffneten Kontokorrent ergeben. Einerseits sind es genau die Kreditüberschreitungen und die Nichtbefolgung eines Tilgungsplanes, welche die Bank veranlassten, von der Schuldnerin zusätzliche Sicherheiten zu verlangen, darunter die vom Beklagten geleistete Bürgschaft. Andererseits konnte letzterer, in seiner Eigenschaft als Verwaltungsratspräsident und Mehrheitsaktionär der Hauptschuldnerin, im Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht in Unkenntnis darüber sein, welches damals die Verpflichtungen der AG gegenüber der Bank waren. Er hat im übrigen das Begehren um Eröffnung eines Kredites im Jahre 1976 selber unterzeichnet und nahm Kenntnis von der gesamten an die AG gerichteten Post. Schliesslich entspricht der in der Bürgschaft genannte Betrag von Fr. 120 000.- dem Maximalbetrag des gewährten

Kredites unter Zuschlag von 20%, was in der Sache üblich ist (ENGEL, Contrats de droit suisse, 594/595; GUHL / MERZ / DRUEY, Das schweizerische Obligationenrecht, 8. Aufl., 561).

4. – Das kantonale Gericht hat die Nichtigkeit der Bürgschaft vom 20. März 1978 festgestellt. Es bleibt zu prüfen, ob diese Rechtsfolge bundesrechtskonform ist.

a) Die Verpflichtung des Bürgen widerspricht Art. 27 Abs. 2 ZGB in dem Umfang, als sie sich auf die Sicherung künftiger Forderungen bezieht, die bei Vertragsschluss weder bestimmt noch bestimmbar sind. Umgekehrt ist sie gültig, soweit sie sich auf die Schulden bezieht, die sich aus dem 1976 eröffneten KK ergeben. Daher ist die Frage gestellt, ob die Bürgschaft insgesamt der Nichtigkeit verfällt oder ob sie zu einem Teil aufrecht erhalten werden kann.

Wenn der Vertrag nur in einzelnen seiner Klauseln unzulässig ist, sind allein diese letzteren nichtig, es sei denn, dass einzuräumen ist, dass der Vertrag ohne dieselben { 181/182 } überhaupt nicht geschlossen worden wäre (Teilnichtigkeit; OR Art. 20 Abs. 2). Letztere Regel ist Ausdruck des Grundsatzes des favor negotii, demzufolge der Vertrag aufrecht erhalten bleiben soll unter Beschränkung der Nichtigkeit auf das zur Beseitigung des Verstosses gegen das Gesetz oder die guten Sitten unbedingt Notwendige (*BGE 43 II 660 S. 661/662*; HÜRLIMANN, Teilnichtigkeit von Schuldverträgen nach Art. 20 Abs. 2 OR, Diss. Freiburg 1984, 2/3). Die Gerichtspraxis gelangt manchmal auch auf anderen Wegen zur Aufrechterhaltung des Vertrages. So hat das Bundesgericht im Zusammenhang von Realsicherheiten Gelegenheit genommen, sich über die Gültigkeit von Vertragsklauseln auszusprechen, denen zufolge das Pfand sämtliche Ansprüche des Gläubigers gegenüber den Schuldner sichern sollte, einschliesslich solcher, die erst künftig entstehen würden, und zwar aus irgendwelchen Ursachen; mittels restriktiver Auslegung des Vertrages wurde entschieden, dass derartige Klauseln lediglich in jenem Umfang gültig seien, als die Parteien die Entstehung künftiger Ansprüche bei Vertragsschluss vernünftigerweise in Betracht ziehen konnten (*BGE 108 II 47 E. 2, 51 II 273 E. 4 S. 282*).

Nach einem Teil der Doktrin, die den Gesetzestext wörtlich nimmt, betrifft Art. 20 Abs. 2 OR lediglich die einfache Teilnichtigkeit, welche eine oder mehrere bestimmte Klauseln trifft, während der Rest des Vertrages als solcher gültig bleibt (GAUCH / SCHLUEP, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Bd. I, N. 702, 121; HÜRLIMANN, op. cit., N. 152 ff., 42 ff.; anders dagegen KRAMER, N. 362 ad Art. 19/20 OR). Diese Autoren stimmen immerhin dahingehend überein, dass sie die Möglichkeit anerkennen, eine nichtige Klausel durch eine zulässige zu ersetzen oder eine nichtige Klausel auf ein zulässiges Mass zu reduzieren, dies entweder unmittelbar gestützt auf Art. 20 Abs. 2 OR (KRAMER, N. 362 ad Art. 19/20 OR) oder durch Analogieschluss (GAUCH / SCHLUEP, op. cit., N. 703 bis 706, 121-123; HÜRLIMANN, op. cit., N. 249 ff., 74 ff.; ebenso KELLER / SCHÖBI, Allgemeine Lehren des Vertragsrechts, 3. Aufl., 150/51).

In derartigen Fällen hat sich das Bundesgericht wiederholt auf Art. 20 Abs. 2 OR bezogen, sei dies, um die Geltung eines Vertrages, die ursprünglich auf übermässige Dauer ging, zu fixieren (*BGE 114 II 159 E. 2c, 107 II 216 E. 3a*), oder um die Höhe eines missbräuchlichen vertraglichen Zinsfusses herabzusetzen (*BGE 93 II 189 S. 192*; vgl. auch *BGE 80 II 327 E. 4a S. 334*; anders dagegen BUCHER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 243/244; dieser Autor billigt indessen in der Mehrzahl der Fälle das praktische Ergebnis dieser Entscheidungen; op. cit., Anm. 28, 244). Im übrigen ist anerkannt, dass die Teilnichtigkeit auch einen wesentlichen Vertragspunkt betreffen kann (*BGE 107 II 216 E. 3a S. 218, 93 II 189 S. 192, 80 II 327 S. 336*). In Anbetracht der ratio legis von Art. 20 Abs. 2 OR kann nicht zweifelhaft sein, dass diese Bestimmung den Richter ermächtigt, übermässige Verbindlichkeiten auf das vom Gesetz zugelassene Mass herabzusetzen, dies in Übereinstimmung mit dem hypothetischen Willen der Parteien. Deshalb besteht kein Anlass, auf die hier angeführte Gerichtspraxis zurückzukommen.

b) Im vorliegenden Fall kann von dem am 20. März 1978 geschlossenen Geschäft der Verbürgung die Passage, welche sich auf die Sicherung sämtlicher Verpflichtungen, welche die AG "wird künftig der Bank schulden können, was auch immer deren Ursache sei", unschwer abgetrennt ("amputé") werden. Im übrigen sei hervorgehoben, dass die Sachlage nicht vergleichbar ist jener, die sich aus einer Globalzession künftiger Forderungen ergibt. In diesem Bereich ist eine teilweise Gültigkeit, die auf bestimmte Forderungen wie beispielsweise solche auf Lohn beschränkte wäre, ausgeschlossen; eine solche würde eine Quelle der Unsicherheit sein, da der abgetretene Schuldner bezüglich der gegen ihn geltend gemachten Forderung nicht wissen könnte, ob die Abtretung von der Teilnichtigkeit erfasst wird oder nicht (*BGE 112 II 433 E. 4 S. 438*).

Vorliegendenfalls besteht diese Gefahr nicht, da die rechtswirksam gesicherten Forderungen bestimmt sind (vgl. vorstehend E. 3c).

Gemäss Art. 20 Abs. 2 OR muss der Richter den hypothetischen Willen der Parteien ermitteln, d. h. bestimmen, was diese in guten Treuen vereinbart hätten, wenn sie die Möglichkeit der Teilnichtigkeit vorausgesehen hätten (*BGE 114 II 159 E. 2c S. 163/164, 110 Ia 59 E. 3a S. 63*). Dabei handelt es sich um eine Rechtsfrage, die das Bundesgericht im Berufungsverfahren überprüfen kann (*BGE 107 II 419 E. 3b S. 424/425, 107 II 216 E. 3b*). Unter den vorliegendenfalls gegebenen Umständen erweist sich, dass die Parteien trotzdem eine Bürgschaft geschlossen hätten im Falle deren Begrenzung auf die sich aus dem Kontokorrent ergebenden Verbindlichkeiten, hat doch diese Eventualität überhaupt den Abschluss des Vertrages veranlasst."

[Unter E. 5 wird im übrigen festgehalten, dass die auf einen Passivsaldo eines Kontokorrents sich beziehende Bürgschaft gültig ist.]

III. Kritische Bemerkungen zu der Begründung der Nichtigkeit

1. Die vorliegende Bürgschaft sichert KK-Schuld

Der zur Beurteilung stehende Sachverhalt ist banal genug: Es liegt vor eine Bürgschaft zur Sicherung eines im Rahmen eines KK gewährten Kredits. Wie die Bank diesen Kredit kündigt und die Kreditnehmerin den Debet-Saldo von rund Fr. 60 000.- nicht ausgleicht, jedoch rechtskräftig zur Zahlung verurteilt wird, nimmt der Bürge und mit ihm die Vorinstanzen und dem Grundsatz nach das Bundesgericht den Standpunkt ein, die Bürgschaft sei mangels hinreichender Bestimmtheit der verbürgten Forderung ungültig. Dass dies nicht richtig sein kann, ist bereits vor jeder rechtlichen Überlegung evident; wollte man dies anders sehen, würden Bürgschaften, die landauf landab in identischer Struktur zu vielen tausenden bestehen, die Grundlage entzogen, mit ihnen aber auch der durch diese ermöglichten bankmässigen Finanzierung insbesondere kleinerer Unternehmen²⁵. { 182/183 }

Die Bürgschaftsklausel spricht von einer Sicherung sämtlicher Schulden des Bankkunden. Es kann aber nicht zweifelhaft sein, dass die Bürgschaft keinen anderen Zweck hatte, als die Kontokorrentschuld der AG gegenüber der Bank zu sichern. Dies zeigt die Entstehungsgeschichte der Bürgschaft (Anlass war die Sicherung der Weiterführung eben dieses KK-Kredites gewesen). Abgesehen von den Besonderheiten des Einzelfalles scheint die verwendete Formel in der Westschweiz weitverbreitet, wenn nicht die allgemein übliche zu sein. Auch das Bundesgericht nimmt im Ergebnis an, dass die KK-Schuld von der die Bürgschaft mit erfasst sei. Die Problematisierung des unproblematischen Falles hat allein darin seine Ursache, dass nicht bloss die KK-Schuld, sondern zusätzlich sinngemäss auch "alle weiteren, wie auch immer gearteten Schulden" mit erfasst sein sollten.

Die Bank hätte sich damit begnügen können, Verbürgung "ihrer KK-Forderung" zu verlangen. Dass sie dies nicht tat, sondern eine ausweitende Formel wählte, ist dem bekannten, in Formalien sich auslebenden Sekuritätsbedürfnis der Finanzinstitute zuzuschreiben, das im vorliegenden Fall beinahe ein Unglück ausgelöst hätte: Man wollte der Einwendung begegnen, irgendeine Forderung sei nicht "kontokorrentpflichtig", dürfe nicht in das KK eingestellt werden und sei daher nicht durch die Bürgschaft gedeckt. Diese Befürchtung ist grundlos, da ein KK mangels anderer Absprache sämtliche Forderungsbeziehungen der KK-Parteien "schluckt" (vgl. oben lit. A/1).

²⁵ Dass im vorliegenden Fall der Standpunkt des Bürgen besonders wenig Rechtsschutz verdient, folgt aus dem – in der Folge ausserhalb juristischer Überlegungen bleibenden – Umstand, dass der Bürge nicht irgendein Dritter, sondern Mehrheitsaktionär und (wohl geschäftsführender) Verwaltungsratspräsident der schuldnerischen AG, daher mit ihr bis zu einem gewissen Grade wirtschaftlich identisch ist.

2. Aus dem KK resultiert eine einzige Schuld

Die Verwerfung des Standpunktes des Bürgen und Gutheissung der Berufung folgt aus der Anwendung elementarster kontokorrentrechtlicher Regeln: Bezogen auf das zwischen Hauptschuldner (AG) und Bank bestehende Kontokorrentverhältnis kann von fehlender Bestimmtheit der gesicherten Schuld (oder gar von einem Verstoss gegen ZGB Art. 27) und damit von "Nichtigkeit" der Bürgschaft zum vornherein nicht gesprochen werden: Der Bankkunde hat dem Grundsatz nach gegenüber der Bank eine einzige Schuld, diese letztere eine einzige Forderung, beide gehend auf, den im Zeitpunkt der Auseinandersetzung resultierenden Saldo. Einzelpositionen dürfen nicht ausserhalb des KK geltend gemacht werden; ist dies so, fällt auch eine Belangbarkeit des Bürgen für eine Einzelposition ausser Betracht²⁶. Infolge der genannten kontokorrentrechtlichen Zusammenhänge ist die Verbürgung einer KK-Schuld im Ergebnis ähnlich der Bürgschaft für "sämtliche Forderungen" des Gläubigers gegenüber dem Hauptschuldner.

Ist dies so, fallen die Argumente von E. 3 und 4/a, welche die Gültigkeit der Bürgschaft in Frage stellen und dem Grundsatz nach sogar verneinen, in sich zusammen. Zur Begründung des die Berufung gutheissenden und die Forderung der Bank schützenden Urteils hätte es genügt, festzustellen, dass die Bank, wenn sie den KK Saldo einklagt, keine andere Forderung geltend macht als jene, für die sich der Bürge klar und unzweideutig verbürgt hat; im übrigen war gegenüber den Vorinstanzen festzuhalten, dass die Beifügung einer ausweitenden Formel, die im Ergebnis gar keine Ausweitung enthält, die Geltung der Bürgschaft nicht in Frage stellen kann. Ist die Bürgschaft gültig, bedurfte es nicht der Exkurse auf das Glatteis des Problems der "Teilnichtigkeit" (E. 4), welches, wie man seit langem feststellt, ein vom Bundesgericht besonders geliebtes Aktionsfeld höchstrichterlicher Pirouetten darstellt.

Mit dem hier Festgestellten könnte an sich geschlossen werden. Eine Auseinandersetzung im einzelnen mit den Entscheidungsgründen ist indessen angezeigt, weil derzeit beim Bundesgericht sich die Neigung verstärkt, auf die Motive früherer Entscheidungen zurückzugreifen, selbst wenn diese, als blosse "obiter dicta", nicht entscheidtragend waren. In vorliegendem Fall gelangte der Urteilsredaktor, zur Begründung eines richtigen, in wenigen Worten zu motivierenden Urteils, in grundlegenden Fragen so sehr ins Abseits, dass Widerspruch nicht unterbleiben darf. { 183/184 }

3. Zum Bestimmtheitserfordernis und dem Ausschluss der Verbürgung für "jegliche Schuld"

Auszugehen ist von der Feststellung, dass das hier so sehr in den Vordergrund gestellte Bestimmtheitserfordernis "(l'exigence de la détermination suffisante)" im Gesetzestext nicht explizit aufgestellt wird; es folgt allein aus dem Sinnzusammenhang und ist entsprechend aus der Sachlogik heraus zu verstehen. Für dieses Erfordernis gibt es unter geltendem schweizerischen Bürgschaftsrecht eigentlich bloss einen Grund. Es muss klar sein, auf welche Forderung sich die Sicherheit bezieht, damit nicht der Gläubiger diese für nicht gesicherte

²⁶ Vernachlässigt werden kann hier die Tatsache, dass in der Sicht von Art. 117 Abs. 2 OR zwischen der Entstehung der einzelnen Forderungen der Bank (die vorab Vergütungsansprüche aus von ihr ausgeführten Zahlungsaufträgen sein werden) und der Ziehung des Saldos bzw. dessen Anerkennung vorübergehend neben dem Kontokorrent-Guthaben der Bank die seit der letzten Saldoziehung aufgelaufenen Rechnungsposten als selbständige Forderungen weiterbestanden: Dass darauf nichts ankommen kann, scheint auch dem Bundesgericht selbstverständlich zu sein, wird doch in den Urteilsmotiven über die diesbezüglichen Verhältnisse kein Wort verloren. – Keine Rolle darf sodann spielen die Möglichkeit, dass zwischendurch das Konto der AG hätte im Haben stehen können. Zwar erklärt Art. 509 Abs. 1 OR, dass durch Erlöschen der gesicherten Schuld der Bürge befreit wird. Da jedoch die Verbürgung für künftige Forderungen zulässig ist (Art. 492 Abs. 2 Satz 2), muss ein Wiederaufleben der Bürgschaft angenommen werden, sobald das Konto des Kunden wieder im Debet steht.

Forderungen in Anspruch nehmen kann²⁷. Wird mit der Bürgschaft eine KK-Forderung gesichert, besteht diese Gefahr nicht, da der Gläubiger (hier die Bank) berechtigterweise sämtliche gemäss der KK-Abrede kontokorrentpflichtigen Forderung gegen ihren Kunden in das KK "einstellt" und entsprechend gegen den Bürgen geltend macht. Die Zulässigkeit, KK-Kredite durch Bürgschaft zu sichern, wird von niemandem bestritten und auch vom Bundesgericht nicht explizit in Frage gestellt. Dann ist es widersprüchlich, die Verbürgung für "sämtliche Schulden" auszuschliessen: Zulassung der Verbürgung eines KK bedeutet Zulassung der Verbürgung "aller Schulden", so wie folgerichtig umgekehrt Unzulässigkeit der Verbürgung für "alle Schulden" auch eine Verbürgung für KK-Schulden verbieten müsste.

Wie wird nun aber die Nichtigkeit der Verbürgung für "sämtliche Schulden" begründet? In E. 3a wird harmlos von der Forderung nach "détermination suffisante" gesprochen. In E. 3b, zu Beginn des zweiten Alineas, wird plötzlich ein ganz anderer, weit über den Wortlaut hinausgehender Sinn unterstellt. Die Formel wird als "einschränkende" Umschreibung verstanden; im Anschluss an das Zitat von BECK wird die Geltung der vorliegenden Bürgschaft plötzlich verneint, dies mit der Begründung, dass selbige "keine Einschränkung enthalte" ("la clause incriminée ... ne comporte aucune restriction et ne permet pas de se faire une idée exacte l'étendue de l'engagement en cause ..."). "Détermination suffisante" wird damit zur "Einschränkung" des Bereichs der zu sichernden Schulden, was im Gesetz keine Grundlage hat, keinen Sinn macht und nicht unwidersprochen bleiben darf. Es muss die Bürgschaftsklausel: "Verbürge mich für jegliche Schuld des M. gegenüber N." auch künftig als grundsätzlich wirksam gelten²⁸, ohne dass es notwendig ist, auf dem Umweg über "Teilnichtigkeit" eine Korrektur zu suchen (eine Korrektur, die, wie unten Ziff. 5 noch zu zeigen, ohnehin nicht stichhaltig ist und in anderen Fällen vielleicht nicht zu begründen wäre).

Worauf stützt das hohe Gericht nun seine These, dass die Verbürgung "sämtlicher" Schulden nicht zulässig sei? Vorerst wird der Sache selbst präludiert mit Ausführungen über die "Akzessorietät" der Bürgschaft (E. 3 lit. a, Abs. 2), dann mangelnde Bestimmtheit der Bürgschaftsvereinbarung unter dem Gesichtspunkt des Persönlichkeitsschutzes von ZGB Art. 27 behauptet (E. 3 lit. a Abs. 3), während erst anschliessend das selbe Resultat aus bürgschaftsrechtlichen Gesichtspunkten abgeleitet wird (E. 3 lit. b). Der letzte Punkt, als der wichtigste, wird hier (lit. a) vorangestellt.

a) *Fehlende Bestimmtheit nach Bürgschaftsrecht*. Es wird in E. 3b Absatz 2 an entscheidender Stelle der Argumentation auf die Kommentierung von EMIL BECK verwiesen. Dieser nimmt zwar, wie auch das Urteil festhält, in Note 107 zu OR Art. 492 genau die vom Schreibenden hier vertretene Position ein, nämlich: "die von den Banken verwendete Klausel, wonach (alle gegenwärtigen und zukünftigen Forderungen) ... verbürgt werden, ist im allgemeinen als gültig zu betrachten".²⁹ Dies hindert nicht, dass dieser Autor auf seltsamen Umwegen trotzdem für die entgegengesetzte-These des Bundesgerichts in Anspruch genommen wird. BECK schreibt, dass ein Vorbehalt (sc. gegenüber der umfassenden Bürgenhaftung für jegliche Verbindlichkeit des Schuldners) zu machen sei, "soweit der Bürge sich nach Treu und Glauben darauf verlassen durfte, dass der Haftungsbereich beschränkt sei. Für eine andere als die verbürgte Forderung kann der Bürge nicht in Anspruch genommen werden." Aus diesem Zitat darf nichts anderes abgeleitet werden als die These, dass selbst die Formel "Verbürgung für jegliche Schuld" auslegungsfähig { 184/185 } sei und gegebenenfalls den Einwand zulasse, gerade die gegen ihn geltend gemachte Forderung habe

²⁷ Gemäss Art. 493 Abs. 1 muss die Bürgschaftsurkunde selber die Haftungs-Höchstgrenze der Bürgschaft beziffern, während früher das aOR und heute noch das BGB und die meisten ausländischen Kodifikationen dieses Erfordernis nicht kennen. Es liegt auf der Hand, dass diesfalls die Bestimmung der Schuld weittragendere Bedeutung hat, dient sie doch gleichzeitig auch zur Begrenzung der Bürgenhaftung.

²⁸ Eine praktisch wichtige Einschränkung geht dahin, dass die gesicherten Forderungen aus der Beziehung der Parteien selber entstanden, nicht jedoch zur Ausnützung bestehender Sicherheiten von Dritten übernommen wurden. Vgl. dazu im folgenden unter lit. c, dritter Absatz.

²⁹ Zur Verstärkung dieser Position wird von BECK beigefügt der Hinweis, dass einer einschränkenden Auffassung von STAUFFER – in ZSR 1935 412a – in der Gesetzgebung keine Folge gegeben worden sei.

er nach Treu und Glauben als nicht erfasst verstehen dürfen. Gegen diese Präzisierung ist wenig einzuwenden; die Feststellung BECKs, dass eine Bürgschaftsklausel – selbst entgegen dem überschüssenden Wortlaut – restriktiv interpretiert werden könne, rechtfertigt in keiner Weise die Unterstellung, dieser Autor würde Einschränkungen fordern und Bürgschaftsklauseln, die keine solchen enthalten, als unzulässig oder unwirksam betrachten.

b) In E. 3a, Absatz 2, wird vorab auf die *Akzessorietät* der Bürgschaft verwiesen und zweitens eine hinreichende Identifizierung der verbürgten Hauptforderung postuliert. Für beide Grundsätze wird eine lange Liste von diese bestätigenden Autoren angeführt. All dies hat aber mit der hier gestellten Frage der Zulässigkeit der "Verbürgung für jegliche Schuld" wenig zu tun: Akzessorietät der Bürgenhaftung bedeutet bezogen auf eine individualisierte verbürgte Schuld genau dasselbe wie bezogen auf eine verbürgte Kollektivität von Schulden; das bürgschaftsrechtliche Charakteristikum der Akzessorietät (das hauptsächlich Bedeutung hat, um die Bürgschaft gegenüber der Garantie abzugrenzen) bedeutet in vorliegendem Zusammenhang nichts anderes als das Negativum, dass die Bürgschaft die gesicherte Forderung zwar in deren Durchsetzung sichere, nicht aber rechtlich verbessere (d. h. dass dem Bürgen alle Einwendungen des Hauptschuldners zur Verfügung stünden, dies natürlich unter den gesetzlich statuierten Ausnahmen von OR Art. 492 Abs. 3). Dieses Prinzip lässt sich unerachtet der Zahl der von der Bürgschaft erfassten Forderungen verwirklichen. – Dass sodann die Forderung nach hinreichender Individualisierung der gesicherten Hauptschuld im vorliegenden Fall verwirklicht ist, wurde bereits gezeigt.

c) *Persönlichkeitsschutz*: Im letzten Absatz von E. 3a wird behauptet, eine Verbürgung für sämtliche Schulden würde gegen den Schutz der Persönlichkeit verstossen bzw. Art. 19 Abs. 2 OR und Art. 27 Abs. 2 ZGB verletzen. Derartige Gesichtspunkte sind dem Schreibenden nicht fremd; er glaubt indessen, dass sie die vom Bundesgericht gezogenen Schlüsse nicht zulassen. Vorab ist zu erinnern an den unbestrittenen, auch vom Bundesgericht akzeptierten Grundsatz, dass Geldforderungen den Schuldner nicht in dem von ZGB 27 erfassten Schutzbereich treffen können bzw. dass die Persönlichkeitsschutzregeln nicht vor der Begründung selbst übermässig belastender finanzieller Verpflichtungen schützen (*BGE 95 II 57*³⁰; im übrigen BUCHER, BK ad ZGB 27, N. 152, 145-161). Im vorliegenden Fall steht aber nichts anderes als eine finanzielle Verpflichtung auf dem Spiel.

Zutreffend ist, dass unter dem Blickwinkel des Persönlichkeitsschutzes das Element der Unbestimmtheit der Verpflichtung einen selbständigen Verletzungstatbestand konstituieren kann. Auch damit ist vorliegendenfalls kein Staat zu machen. Da finanzielle Pflichten, wie gesehen, als solche nicht zu berücksichtigen sind, kann eine Persönlichkeitsbeeinträchtigung nur erblickt werden in der Ungewissheit selber; soll dies angenommen werden dürfen, muss die Ungewissheit ganz aussergewöhnlichen Charakter haben und ein unerträgliches Mass erreichen. Beispiele sind nicht leicht zu finden; auf jeden Fall sind die Umstände des Einzelfalles massgeblich, und pauschale Feststellungen bleiben unbehelflich. Im vorliegenden Fall kann von unerträglicher Ungewissheit auch nicht entfernt die Rede sein: Der Bürge hat sich im Jahre 1978 für Schulden der AG im Maximalbetrag von Fr. 120 000.- (nach gegenwärtigem Geldwert über Fr. 200 000.-) verbürgt (und wird heute, Welch glückliche Überraschung, lediglich für rund Fr. 60 000.- in Anspruch genommen!). Wo könnte da die unzumutbare Ungewissheit liegen? Wie kann man bei dieser Sachlage davon sprechen, die Bürgschaftsklausel "ne permet pas de se faire une idée exacte de l'étendu de l'engagement ... et ... du risque encouru"? Der Bürge hat seine potentielle Verpflichtung so genau als nur möglich vorausgesehen. Unter persönlichkeitsrechtlichen Gesichtspunkten wie unter jedem praktischen Aspekt kommt es allein auf den Umfang der Zahlungspflicht des zu Schützenden

³⁰ Der in diesem Entscheid beurteilte Sachverhalt weist zufälligerweise Ähnlichkeiten mit dem vorliegenden Fall auf: Bestritten war, gestützt auf Art. 27 Abs. 2 ZGB, die Gültigkeit einer zur Sicherung einer Kontokorrentforderung begründeten Bürgschaft, die ihrerseits auf Fr. 84 000.- (als dem um 20% vermehrten Betrag der Kreditlimite der Kontokorrents von Fr. 70 000.-) limitiert war. Eine Invalidierung der Bürgschaft gestützt auf ZGB Art. 27 wird richtigerweise abgelehnt.

an, während der wirtschaftliche Anlass (welche Schuld des Hauptschuldners schliesslich die Zahlungspflicht des Bürgen auslöst) ohne Interesse ist. Unter Verhältnissen wie den vorliegenden, d. h. bei Sicherung eines KK-Kredites, fällt die Forderung, der Bürge müsse die Natur der von ihm verbürgten Schulden voraussehen können, ins Leere: Der Bürge verbürgt sich bloss für eine einzige Schuld, deren "Natur" er kennt (die KK-Schuld des Bankkunden nämlich).

Immerhin ist hier im Hinblick auf andere Fälle eine praktisch wichtige Einschränkung zu machen: { 185/186 } Das Gesagte gilt nur so lange, als die Forderungen aus den Beziehungen zwischen Gläubiger und Schuldner entstanden sind. Eine Grenze ist zu ziehen gegenüber durch Zession von Dritten erworbenen Forderungen oder Sicherheiten: Wenn der Gläubiger von Dritten ungesicherte Forderungen erwirbt, kann er für deren Durchsetzung nicht die seine KK-Forderung sichernde Bürgschaft in Anspruch nehmen; ebensowenig kann (im spiegelbildlich umgekehrten Fall) der Gläubiger, der sich eine gesicherte Kontokorrentforderung hat abtreten lassen, deren Sicherheiten für bisher ungesicherte Forderungen beanspruchen³¹. Keiner weiteren Begründung bedarf es, dass der Bürge nicht im voraus einem Schuldnerwechsel zustimmen kann; *BGE 67 II 130* (weitere bei *BUCHER*, BK zu ZGB 27, N. 315). Bei einem Schuldnerwechsel nimmt man zutreffend traditionell einen Fall der Begründung einer neuen Forderung an. Von derartigen Problemen, welche die Regel der Zulässigkeit der Verbürgung für jegliche Schuld in Sonderbereichen ausschalten, ist in vorliegendem Fall keine Rede.

Die Schulden der Bankkunden sind regelmässig ganz uniform: Es geht darum, der Bank die von ihr im Auftrag des Kunden für dessen Rechnung geleistete Zahlungen zu vergüten. Das "Risiko" des Bürgen kann daher im KK-Verhältnis nicht in bezug zu der "Natur" der Schuld des Kunden gegenüber der Bank gebracht werden. Was für die Bonität des Hauptschuldners und damit für das Risiko des Bürgen relevant sein könnte, ist allein die Natur jener Schulden, welche der Hauptschuldner durch Zahlung der Bank gegenüber Dritten tilgt (steht der fraglichen Leistung ein Gegenwert gegenüber oder nicht). Derartige Gesichtspunkte können bei einer "singulären" Bürgschaft, d. h. einer solchen, die ein Bürge gegenüber einem Geschäftspartner (z. B. Lieferanten) des Hauptschuldners für eine bestimmte Transaktion gewährt (oder im Falle der Bürgschaft gegenüber einer Bank, wenn diese ein bestimmtes Darlehen einräumt zur Finanzierung einer bestimmten Transaktion), eine Rolle spielen, niemals aber bei der Verbürgung eines den gesamten Geschäftsbereich des Schuldners abdeckenden Kontokorrents.

Dem Bundesgericht kann es denn auch nicht leichtfallen (in E. 3b in fine), überzeugende Beispiele von Schulden der AG, welche infolge deren Unvorhersehbarkeit nicht unter die Bürgenhaftung fallen dürften, namhaft zu machen: Die Kollision zwischen einem Geschäfts-Automobil der Bank und einem solchen der AG ist wenig wahrscheinlich, noch weniger wahrscheinlich, dass diesfalls Versicherungsdeckung fehlen würde³². Aber selbst für Deliktsansprüche, sofern sie vom KK-Schuldner begründet werden, ist nicht einzusehen, weshalb sie nicht in das KK eingestellt werden und damit der Bürgenhaftung unterfallen sollten. Die Schutzinteressen des Bankkunden gehen in der entgegengesetzten Richtung: Bei "Nichteinstellung" der Deliktsforderung in das Kontokorrent kann sie sofort geltend gemacht werden, im entgegengesetzten Fall unterliegt sie der in der KK-Abrede liegenden Stundungs- und Kreditierungsabrede. Der Kunde wird daher der "Einstellung" in das KK nicht

³¹ Dies aber wohl der Sachverhalt, wie er *BGE 108 II 49* zugrunde liegt (ganz sicher ist man nicht, denn der zit. BGE referiert, wie leider oft, den zu beurteilenden Sachverhalt nicht; aus den Motiven, E. 1, kann man ihn nicht klar rekonstruieren). Die im Rubrum (Ziff. 1) des Entscheids gegebene Umschreibung des Entscheidgehalts ("Ein Pfandrecht für einen unbegrenzten Kreis zukünftiger Forderungen verstösst gegen das Recht der Persönlichkeit und ist daher ungültig") ist auf jeden Fall zu allgemein gehalten und daher irreführend (ein Anschauungsbeispiel der Irreführung im hier besprochenen BGE).

³² Sucht man potentielle Deliktsansprüche der Bank gegenüber der AG, wäre es naheliegender, an einen Sachverhalt nach dem Muster von *BGE 105 II 291* (Haftung einer AG für Delikte ihrer Organe nach ZGB Art. 55; in casu Ausstellung eines Schecks durch einen kollektivzeichnungsberechtigten Direktor unter Fälschung der Unterschrift eines zweiten Zeichnungsberechtigten) zu denken.

widersprechen, sondern diese vielmehr fordern. Dies zeigt, dass der Bürge "für sämtliche Schulden" selbst dann haftet, wenn die Bürgschaft auf die KK-Schuld begrenzt bleibt. Die im vorliegenden Fall stipulierte Ausweitung ist daher bloss deklaratorisch und kann als ungeschrieben betrachtet werden.

IV. Fragwürdigkeit der Begründung der Teilnichtigkeit (E. 4b)

Nicht bloss lässt sich die Nichtigkeit der vorliegenden Bürgschaft nicht begründen; ebensowenig sind die Gründe stichhaltig, die zur Behebung des Schadens die Korrektur auf dem Weg der Herabsetzung der Rechtsfolgen auf Teilnichtigkeit (sc. der Herstellung von Teilgültigkeit) versuchen. Was für Herabsetzung der Folgen auf blosser Teilnichtigkeit vorgetragen wird, falsifiziert im übrigen die für den Grundsatz der Nichtigkeit geltend gemachten Argumente.

Das Gericht nimmt an, die Bürgschaft sei gültig, soweit sie sichert "Schulden, die sich aus dem 1976 eröffneten KK ergeben" ("dettes découlant du compte courant ouvert en 1976") Was soll dies heissen? Die Verhältnisse sind umgekehrt: Aus den KK "fliessen" keine Schulden heraus, sondern die Schulden gegenüber dem { **186/187** } KK-Partner fliessen in das KK ein. Der Schuldner hat eine einzige Schuld, eben jene aus dem KK, und für diese eine Schuld hat sich der Bürge verbürgt; die einzelnen der aus der Geschäftstätigkeit der AG entstandenen Schulden sind ihrerseits (durch Zahlung der Bank, welche laufend das KK belastet hat) untergegangen, und eine Bürgschaft für diese letzteren Schulden gegenüber Dritten bestand niemals. Im Normalfall gibt es immer nur die KK-Schuld des Bankkunden, und nichts anderes. Wenn die Sicherung dieser Schuld gültig ist, dann liegt nicht Teilgültigkeit, sondern gesamthafte Gültigkeit vor.

Das Gesagte beruht auf der Annahme, dass die Parteien mit der von ihnen gewählten Formel nichts anderes als die Sicherung der KK-Schuld der AG beabsichtigten und dass der Sache nach KK-fremde Schulden auch kaum denkbar waren (vgl. oben Ziff. A/1). Allein aus methodischen Gründen hier noch die Schlussbemerkung, dass selbst unter gegenteiligen Annahmen der vom Bundesgericht gewählte Weg wenig sinnvoll und unnötig kompliziert ist. Es würde dann der Fall vorliegen, dass jemand sich verbürgt für die (hinreichend bestimmte) Schuld N. des A. gegenüber B., dass der Bürge aber seiner Verbürgung für Schuld N. hinzufügt die Zusatzbemerkung: "Verbürge mich aber zusätzlich für jedwede weitere Schuld des A. gegen B."³³. Wenn nun die Forderung N. notleidend wird, müsste wohl die simple Feststellung genügen, dass die von Gläubiger gegenüber dem Bürgen geltend gemachte Forderung N. hinreichend bestimmt ist, während die Frage, wie es im Falle der Geltendmachung der Bürgschaft für eine nicht vorausgesehene, jedoch von der Zusatzklausel erfasste Forderung stünde, gar nicht erst aufgeworfen werden müsste, da dieser Aspekt nicht streitrelevant ist. Im vorliegenden Fall demonstriert das Bundesgericht die entgegengesetzte Methode, sagt nämlich, auf unser Beispiel übertragen: Die Zusatzklausel macht die Bürgschaft nach nichtig; diese kann allerdings in casu über Teilnichtigkeit (oder genauer: Teilgültigkeit innerhalb der grundsätzlich festgestellten Nichtigkeit) gerettet werden. Das sind zwecklose Umwege.

Wenn der Schreibende, im Zusammenhang von Art. 27 ZGB, aber überhaupt, für eine streitlagebezogene Betrachtung der vertragsrechtlichen Verhältnisse plädiert und davor warnt, "durch dick und dünn" (d. h. in Zusammenhängen, in denen dies keinen Sinn mehr macht) nach "Gültigkeit" oder "Nichtigkeit" eines Vertrages zu fragen, dann nicht zuletzt, um die Dinge zu vereinfachen (dazu im Grundsätzlichen in AcP Bd. 186/1986, S. 1-71). Im Zusammenhang von

³³ Es sei an dieser Stelle zum vornherein beiseite gesetzt der Gesichtspunkt, dass (wenigstens in der Sicht des Schreibenden) weder unter Art. 27 ZGB noch Art. 20 OR gegenüber dieser zweiten, allgemeinen Umschreibung der gesicherten Forderung irgendwelche Bedenken bestehen, da der Bürge genau weiss, welches sein Haftungs-Höchstbetrag ist.

Art. 27 ZGB, auf den sich hier das Gericht beruft, sind die Unsinnigkeiten, die sich aus der Frage nach Geltung-Nichtgeltung von Verträgen ergeben können, besonders drastisch. Stellen wir uns beispielsweise ein Konkurrenzverbot vor, das objektiv betrachtet, einer "Supernichtigkeit" unterfallen würde "(Unterlassung jeglicher gewerblicher Aktivität, weltweit und für immer)". Ohne weiteres sind Varianten denkbar, bei welchen die Annahme der Nichtigkeit dieser Klausel sinnwidrig ist: So, wenn nicht der Verbotsbelastete, sondern dessen Partner sich auf die Nichtigkeit beruft. (z. B. weil er eine mit dem Verbot verbundene Verbotsentschädigung nicht bezahlen will) oder aber, wenn der Verbotsbelastete den untersagten Konkurrenzbetrieb bereits am nächsten Tage und in derselben Strasse eröffnet: Soll ihm, der Schutz nicht verdient, wirklich mit Anwendung der Persönlichkeitsschutz-Generalklausel geholfen werden, nur weil die Beteiligten aus Gedankenlosigkeit (und, wer weiss, ob nicht auf Anregung des Verbotsbelasteten?) eine überschüssende Klausel gewählt haben? – Die genannten Beispiele sind methodisch nicht weit weg vom hier besprochenen Beispiel, in dem eine Bürgschaft dem Grundsatz nach insgesamt als nichtig erklärt wird, bloss weil neben der nicht problematisierten Verbürgung einer KK-Verbindlichkeit noch eine überschüssende Formel, die ihrerseits als unzulässig qualifiziert wird, beigefügt ist.