

Die Verrechnung nach schweizerischem Recht

Inhaltsübersicht

- I. Das Grundsätzliche
 1. Begriff und Wesen der Verrechnung, Terminologie, Abgrenzungen
 2. Die Verrechnungsvoraussetzungen im Überblick
 3. Rechtslage bei Vorliegen der Verrechnungsvoraussetzungen
- II. Die positiven Verrechnungsvoraussetzungen
 1. Klagbarkeit der Aktivforderung
 2. Gegenseitigkeit der Forderungen
 3. Gleichartigkeit der Leistungen
- III. Die negativen Verrechnungsvoraussetzungen
 1. Kein vertraglicher Verrechnungsausschluss
 2. Kein gesetzlicher Verrechnungsausschluss
- IV. Der Rückbezug der Verrechnungswirkungen
- V. Sonderfragen

Das OR regelt die Verrechnung in Art. 120–126, daneben finden sich im Gesetz verstreut verschiedene Sonderbestimmungen (z.B. Art. 147, 169, 265, 294, 323b, 573 und 614 OR, 121 Abs. 2 ZGB, 18 VVG). Die Art. 120 und 124–126 OR bilden gleichsam einen Allgemeinen Teil des Verrechnungsrechts. Demgegenüber sind die Art. 121–123 OR Sonderproblemen gewidmet: Art. 122 und 123 OR befassen sich mit den Verrechnungsvoraussetzungen beim Vertrag zugunsten eines Dritten und im Konkurs. Art. 121 OR gewährt dem Bürgen ein Leistungsverweigerungsrecht für den Fall, dass der Hauptschuldner dem Gläubiger gegenüber zur Verrechnung befugt ist. Die Bestimmung hätte ebenso gut im Bürgschaftsrecht untergebracht werden können (vgl. § 770 Abs. 2 BGB).

I. Das Grundsätzliche

1. Begriff und Wesen der Verrechnung, Terminologie, Abgrenzungen

1. Verrechnung i.S.v. Art. 120 ff. OR bedeutet *Tilgung einer Forderung durch eine Gegenforderung, und zwar mittels eines einseitigen Rechtsgeschäfts* (Verrechnungserklärung).

Beispiel: Anwalt A bringt sein Auto zum Garagisten Z, der ihm aus einem Prozessmandat noch Fr. 1000.– schuldig ist, in Reparatur. Die Reparatur kostet Fr. 300.–. Statt dass nun A dem Z Fr. 300.– bezahlt, Z dem A seinerseits Fr. 1000.–, können beide Parteien verrechnen: Z kann erklären, er bringe die Reparaturforderung über Fr. 300.– von

seiner Honorarschuld über Fr. 1000.– in Abzug und zahle daher nur Fr. 700.–, A seinerseits kann erklären, er bringe seine Reparaturschuld von Fr. 300.– von seiner Honorarforderung über Fr. 1000.– in Abzug und verlange nur mehr die Differenz von Fr. 700.–.

Durch die Verrechnung tilgt der Verrechnende einerseits eine dem Gegner gegenüber bestehende Schuld, andererseits zieht er eine dem Gegner gegenüber bestehende Forderung ein. Die Verrechnung ist *also sowohl Schuldner- als auch Gläubigerakt*. Betrachten wir sie als Schuldnerakt, so ist sie eine auf Schuldtilgung gerichtete Handlung mit Erfüllungswirkung (Erfüllungssurrogat; Leistung an Erfüllungs Statt). Sehen wir hingegen in der Verrechnung den Gläubigerakt, «so erscheint sie als eine zwangsweise durchgesetzte Eigenbefriedigung» (von Büren¹). Aus dieser Doppelnatur der Verrechnung lassen sich die meisten Verrechnungsvoraussetzungen ableiten (s. unten I./2. vor Ziff. 1 und V./Ziff. 1 [betr. Art. 122 OR]).

2. *Terminologie.* Statt von Verrechnung ist auch von *Kompensation* die Rede. Dementsprechend heisst der Verrechnende auch Kompensant, der Verrechnungsgegner Kompensat. Wer eine Forderung zur Verrechnung stellt, erklärt die Tilgung seiner Forderung durch Verrechnung. Man verrechnet *mit* der eigenen Forderung *gegen* eine fremde Forderung. Die zur Verrechnung gestellte Forderung wird auch Hauptforderung genannt, die Forderung, gegen die verrechnet werden soll, auch Gegenforderung oder Verrechnungsforderung² (vgl. Art. 124 Abs. 2 OR). Einprägsamer ist die Terminologie von Bürens³. Er nennt die Hauptforderung Aktivforderung, die Gegenforderung Passivforderung. Während das OR von Verrechnung spricht, spricht das ABGB von Aufrechnung, ebenso das BGB.

3. Von der Verrechnung zu unterscheiden ist die sog. *Anrechnung*, «durch welche der Betrag einer Forderung mit Rücksicht auf gewisse Umstände reduziert wird» (von Tuhr/Escher⁴). Man denke etwa an die Vorteilsanrechnung im Schadenersatzrecht (vgl. z.B. Art. 324 Abs. 2, 337c Abs. 2 OR). Die Anrechnung setzt keine Willenserklärung vor-

¹ Von Büren, Schweizerisches Obligationenrecht, Zürich 1964, 477.

² Becker, Berner Kommentar, N 1 vor Art. 120–126 OR.

³ Zit. in Fn. 1, 477.

⁴ Von Tuhr/Escher, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 2. Bd., 3. A., Zürich 1974, 209.

aus, vielmehr erfolgt sie von Gesetzes wegen. Sie ist daher nicht durch Gestaltungserklärung (Verrechnung), sondern durch Einwendung geltend zu machen⁵. Von der Verrechnung i.S.v. Art. 120 ff. OR zu unterscheiden ist sodann der *Verrechnungsvertrag*. Während bei jener die Tilgung der Forderungen durch einseitiges Rechtsgeschäft (Verrechnungserklärung) erfolgt, erfolgt sie hier durch zweiseitiges Rechtsgeschäft (Weiteres unten in V./Ziff. 6).

2. Die Verrechnungsvoraussetzungen im Überblick

Die Verrechnungsvoraussetzungen lassen sich in positive (nachstehend Ziff. 1 und 2) und negative (Ziff. 3) trennen. Die ersteren finden sich (v.a.) in Art. 120 OR, die letzteren in Art. 125 f. OR.

1. Die Verrechnung ist, wie gesehen, sowohl Gläubiger- als auch Schuldnerakt. Als Gläubigerakt betrachtet, ist sie Mittel zur Durchsetzung der Aktivforderung, allenfalls auch gegen den Willen des Schuldners. Daraus lässt sich zweierlei ableiten:

a) Zum einen, dass die Verrechnung nur zulässig sein kann, wenn die Aktivforderung fällig ist (Art. 120 Abs. 1 OR) und ihrer Durchsetzung auch keine sonstigen Hindernisse entgegenstehen. Mit anderen Worten müsste der Verrechnende «auch ein Leistungsurteil erlangen können» (*Medicus*⁶; Klagbarkeitserfordernis). Daher ist beispielsweise Verrechnung mit einer Spielforderung ausgeschlossen. Nur bei Vorliegen besonderer Gründe gestattet das Gesetz die Verrechnung mit einer nicht klagbaren Forderung (s. insbesondere Art. 120 Abs. 3 OR [dazu unten II./1.] und 123 Abs. 1 OR [dazu unten V./Ziff. 5]).

Nach Art. 120 Abs. 3 OR können verjährte und damit gegen den Willen des Schuldners nicht mehr klagbare Forderungen zur Verrechnung gestellt werden, falls einmal Verrechenbarkeit bestanden hat. Daraus folgt e contrario, dass *im Grundsatz* verjährte Forderungen – mangels Klagbarkeit – nicht zur Verrechnung gestellt werden können.

b) Zum andern, dass die Verrechnung nur zulässig sein kann, wenn der Verrechnende hinsichtlich der Aktivforderung «die volle Verfügungsmacht» hat (*Becker*⁷). Daraus folgt insbesondere, dass ein Schuldner seine Schuld nicht dadurch tilgen kann, dass er die Forderung eines Dritten zur Verrech-

nung stellt. Eine Verrechnung ist auch dann ausgeschlossen, wenn der Schuldner an einer Forderung (lediglich) gesamthänderisch beteiligt ist. Daher kann beispielsweise ein Erbe eine Nachlassschuld, für die er gemäss Art. 603 Abs. 1 ZGB solidarisch haftet, nicht durch Verrechnung mit einer Forderung der Erbengemeinschaft (Art. 602 ZGB) tilgen (BGHZ 38, 122 E. 1). Die Verfügungsmacht kann aber auch hinsichtlich einer eigenen Forderung fehlen und daher die Verrechnung ausgeschlossen sein. Das gilt z.B. mit Bezug auf verpfändete Forderungen. Stimmt allerdings der Verfügungsberechtigte der Verrechnung zu, so ist diese – bei sonst gegebenen Voraussetzungen – wirksam. Daher kann, um beim vorigen Beispiel zu bleiben, der Gläubiger einer verpfändeten Forderung diese mit Einwilligung des Pfandgläubigers zur Verrechnung stellen (LGVE 1992 I Nr. 49, S. 78; Art. 1250 CCit)⁸.

Wer in Konkurs gerät, kann nicht mehr verrechnen. Denn er bleibt zwar trotz der Konkursöffnung Rechtsträger seines Vermögens und damit Gläubiger seiner Forderungen, hingegen verliert er (grundsätzlich) das Recht, über sein Vermögen zu verfügen (BGE 114 III 61). Anstelle des Konkursiten kann allerdings die Konkursverwaltung verrechnen.

2. Durch die Verrechnung tilgt der Verrechnende eine dem Verrechnungsgegner gegenüber bestehende Schuld (Passivforderung). Der Verrechnungsgegner muss daher letzten Endes das erhalten, was er im Falle der Erfüllung erhalten würde. Aus diesem Gesichtspunkt (Erreichen des Leistungszwecks) erklären sich die folgenden Verrechnungsvoraussetzungen:

a) Verrechnender und Verrechnungsgegner müssen «einander» Leistungen schulden (Art. 120 Abs. 1 OR), also im Verhältnis zueinander Gläubiger und Schuldner sein (BGE 132 III 342 E. 4.3). Fehlt es an solchen *gegenseitigen* (wechselseitigen) Forderungen, ist Verrechnung ausgeschlossen. Denn es kann ja selbstverständlich nicht angehen, dass A seine Schuld bei B dadurch tilgt, dass er eine Forderung, die er gegen C hat, zur Verrechnung stellt.

Das Gegenseitigkeitserfordernis erleidet eine Einschränkung im Falle der Zession (Art. 169 OR): Verkürzt gesagt, kann der Schuldner der zedierten Forderung gegenüber dem Zessionar mit einer gegen den Zedenten bestehenden Forderung verrechnen, falls er diese vor der

⁵ Koller A., Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bd. I und II, Bern 2006, § 2 Rn 69.

⁶ *Medicus*, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 16. A., München 2005, § 26 Rn 267.

⁷ Berner Kommentar, N 8 zu Art. 120 OR.

⁸ Der Schuldner der verpfändeten Forderung ist hingegen nicht an der Verrechnung gehindert, jedenfalls nicht wegen fehlender Verfügungsmacht (s. *Becker*, Berner Kommentar, N 10 zu Art. 120 OR, m. Hw. auf BGE 42 III 278 f. und SJZ 1919/20 163 Rn 33; ferner BGE 42 III 451; 95 II 235; LGVE 1994 I 64, GVP 1996 98). Entsprechendes gilt bei der betriebsrechtlichen Pfändung einer Forderung. Die Klammerentscheide beziehen sich teilweise auf diesen Fall.

Abtretungsanzeige gutgläubig erworben hat und abgesehen vom Gegenseitigkeitserfordernis die Verrechnungsvoraussetzungen erfüllt sind. – Eine weitere Einschränkung besteht bei der Versicherung zugunsten Dritter (Art. 18 Abs. 3 VVG): Der gegenüber dem Dritten (Versicherter) verpflichtete Versicherer kann eine Prämienforderung, die er gegenüber seinem Vertragspartner (Versicherungsnehmer) hat, mit der Versicherungsleistung verrechnen.

b) Aktiv- und Passivforderung müssen sodann «ihrem Gegenstande nach *gleichartig*» sein (Art. 120 Abs. 1 OR). Auch das versteht sich von selbst: Es kann ja nicht sein, dass jemand, der Birnen bekommen soll und selbst Äpfel schuldet, die Birnen nicht bekommt, «dafür» auf seinen Äpfeln sitzen bleibt, weil zufolge Verrechnung ein realer Leistungsaustausch unterbleibt.

c) Während die Aktivforderung grundsätzlich klagbar und insbesondere fällig sein muss, muss die *Passivforderung* – entgegen dem Wortlaut von Art. 120 Abs. 1 OR – lediglich *erfüllbar* sein. Denn darf der Schuldner seine Schuld durch Leistung tilgen, muss er sie – bei sonst gegebenen Voraussetzungen – auch durch Verrechnung tilgen können. Daher kann beispielsweise auch gegen eine Spiel- oder Wettschuld verrechnet werden. Das Umgekehrte gilt hingegen nicht: Der Spiel- oder Wettgläubiger kann seine Forderung – mangels Klagbarkeit – nicht zur Verrechnung stellen (oben I./2./Ziff. 2).

Verschiedene Bundesgerichtsentscheide erwecken den Eindruck, Art. 120 Abs. 1 OR sei wörtlich zu interpretieren und dementsprechend müssten beide Forderungen fällig sein (z.B. BGE 111 II 449 f.; 107 III 144). Es ging jedoch immer um beiläufige Bemerkungen, welche nie zur *ratio decidendi* gehörten. Auch in Österreich genügt nach ganz herrschender Ansicht Erfüllbarkeit der Passivforderung, obwohl nach dem Wortlaut von § 1439 ABGB ebenfalls Fälligkeit vorausgesetzt ist (OGH, SZ 58, S. 252 m. w. Nw.).

3. *Negativ setzt die Verrechnung voraus*, dass eine Partei nicht aus besonderem Grund an der Verrechnung gehindert ist, sei es, weil sie *auf das Verrechnungsrecht verzichtet* hat (Art. 126 OR), sei es, weil zu ihren Lasten ein *gesetzliches Verrechnungsverbot* besteht (Art. 125 OR und verschiedene Sonderregeln, z.B. Art. 323b Abs. 2 OR).

Ist ein Gläubiger von der Verrechnung ausgeschlossen, so wirkt sich dies praktisch insbesondere dann aus, wenn der Gegner in Konkurs fällt: Während der Gläubiger seine Schuld vollumfänglich real erfüllen muss, bekommt er für seine Forderung nur die Konkursdividende (vgl. Pra 1913 Nr. 243, S. 511 E. 5). Im Extremfall riskiert er, dass er im Konkurs völlig leer ausgeht und damit für seine Forderung ohne jede Befriedigung bleibt, während er im Verrechnungsfalle volle Befriedigung erlangt hätte. So muss im Beispiel von III./2./Ziff. 2 der B, wenn Weinhändler V in Konkurs gerät, den ganzen Schadenersatz in die Konkursmasse einbringen, wogegen er für seine Forderung lediglich die Konkursdividende erhält, allenfalls überhaupt nichts.

4. *Nicht vorausgesetzt* ist für die Verrechnung, dass Forderung und Gegenforderung auf dem gleichen Rechtsgrund beruhen oder dass sie im gleichen Umfang bestehen (Art. 124 Abs. 2 OR; vgl. das Beispiel oben I./1./Ziff. 1.). Verrechnung ist sodann auch mit bestrittenen (illiquiden) Forderungen möglich (Art. 120 Abs. 2 OR; abweichend Art. 1243 Abs. 2 CCit). Das gilt auch im Prozess. Daher hat der Richter auch über eine bestrittene Verrechnungsforderung zu entscheiden und darf diese nicht in ein besonderes Verfahren verweisen. Das Prozessrecht kann nichts Abweichendes vorsehen, «dagegen ist es Sache der Prozessordnung, festzusetzen, bis zu welchem Moment neue Tatsachen und daher auch Verrechnungen vorgebracht werden dürfen» (von Tuhr/Escher⁹). Genaueres s. unten in V./Ziff. 3 lit. b.

5. *Umstritten* ist, ob bereits vor Eintritt einer Verrechnungslage für den Fall, dass später eine solche entstehen wird, rechtswirksam verrechnet werden kann (sog. *Vorausverrechnung*). Bucher¹⁰ befürwortet dies generell. Die herrschende Lehre ist hingegen aus Gründen der Rechtssicherheit zu Recht zurückhaltend¹¹. Für zulässig erachtet sie die Vorausverrechnung nur ausnahmsweise, insbesondere dann, «wenn der Zeitpunkt, in dem die Verrechnungsbefugnis des Erklärenden entstehen wird, bereits konkret feststeht» (Aeppli¹²). Generell zulässig ist aber selbstverständlich eine im Voraus getroffene *Verrechnungsvereinbarung* (vgl. BGE 115 II 67 unten). Eine solche «ist im Kontokorrentvertrag enthalten, auf welchen Art. 124 III verweist» (von Tuhr/Escher¹³).

3. Rechtslage bei Vorliegen der Verrechnungsvoraussetzungen

1. Sind in einem konkreten Fall die Verrechnungsvoraussetzungen von Art. 120–126 OR erfüllt, so tritt die *Verrechnungswirkung* (Tilgungswirkung) – anders als etwa im gemeinen und noch heute im französischen Recht – *nicht von selbst (ex lege)* ein. Vielmehr besteht lediglich ein Verrechnungsrecht, sei es einer oder beider Parteien, je nachdem, bei wem die Voraussetzungen erfüllt sind. Erst die Ausübung dieses Verrechnungsrechts führt die Verrechnungswirkung herbei. Das

⁹ Zit. in Fn. 4, S. 198.

¹⁰ Bucher, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. A., Zürich 1988, 431.

¹¹ Von Tuhr/Escher, zit. in Fn. 4, 205.

¹² Aeppli, Zürcher Kommentar, N 22 zu Art. 124 OR mit Präzisierungen; ders., Ausgewählte Fragen zur Verrechnung, BR 1990, 6, Rn 22.

¹³ Zit. in Fn. 4, 209.

kommt schon in Art. 120 OR zum Ausdruck und wird in Art. 124 Abs. 1 OR noch ausdrücklich festgehalten (illustrativ OGH, JBI 1989 171). Wird allerdings verrechnet, so findet eine *Rückwirkung* auf den Zeitpunkt, in dem Verrechenbarkeit eintrat, also die Verrechnungslage entstand, statt (Art. 124 Abs. 2 OR; ebenso § 389 BGB, Art. 1242 CCit). Befand sich also beispielsweise der Verrechnende hinsichtlich der Passivforderung in Schuldnerverzug, so endet dieser rückwirkend, sodass nach Eintritt der Verrechnungslage entstandener Verspätungsschaden nicht zu ersetzen ist und ab diesem Zeitpunkt aufgelaufene Verzugszinsen nicht geschuldet sind¹⁴ (Genauerer unter IV.).

Eine Verrechnung ipso iure ist abzulehnen, weil nicht ersichtlich ist, weshalb den Parteien die Aufhebung ihrer Forderung aufgezwungen werden sollte. Ausserdem würde eine Verrechnung ohne besondere Erklärung zu Rechtsunsicherheit führen; denn die Tilgungswirkung würde unter Umständen ohne Kenntnis der Parteien eintreten.

Die Verrechnung bedeutet, wie das Beispiel von I./1./Ziff.1 illustriert, eine Vereinfachung der Erfüllung, sie ist aber mehr: Sie erlaubt dem Gläubiger, seine Forderung auch gegen den Willen des Schuldners ohne Klage und staatliche Zwangsvollstreckung durchzusetzen (oben I./1./Ziff.1). Diese Möglichkeit besteht selbst noch im Konkurs des Schuldners (unten V./5.). Das Verrechnungsrecht stellt daher einen *selbstständigen Vermögenswert* dar, welcher dem Gläubiger nicht ohne sein Zutun entzogen werden darf. Das OR hat dem verschiedentlich Rechnung getragen, insbesondere in Art. 169 OR¹⁵.

2. Das Verrechnungsrecht (oft auch als *Verrechnungseinrede* bezeichnet) ist ein *Gestaltungsrecht*, die Verrechnungserklärung ist dementsprechend *Gestaltungserklärung* und als solche grundsätzlich bedingungsfeindlich. Nach allgemeiner Regel¹⁶ sind jedoch Bedingungen dann zulässig, wenn damit die schützenswerten Interessen des Gegners nicht tangiert werden. Zulässig ist insbesondere die bedingte Verrechnung im Prozess (Eventualverrechnung): Der Beklagte bestreitet in erster Linie den Bestand der Klageforderung. Für den Fall aber, dass das Gericht die Forderung für begründet hält, erklärt er die Verrechnung. Er will also seine Gegenforderung nur bedingt opfern, dann nämlich, wenn das Gericht die Klageforderung für gegeben erachtet. Diese Bedingung schafft keine für den Verrechnungsgegner «schäd-

liche Unsicherheit, weil ihr Eintritt oder Ausfall ja in dem Prozess geklärt wird» (*Medicus*¹⁷). Nicht nur bedingungsfeindlich, auch unwiderruflich ist die Verrechnungserklärung. Auch das gilt freilich nur im Grundsatz¹⁸. Keine Ausnahme begründet aber die Tatsache, dass der Gläubiger einer Forderung diese irrtümlich durch Verrechnung mit einer verjährten Schuld getilgt hat (Art. 63 Abs. 2 OR analog). Auch wer eine Spiel- oder Wettschuld irrtümlich (d.h. ohne Kenntnis des Naturalcharakters der Obligation) zur Verrechnung einsetzt, kann nicht widerrufen¹⁹.

3. *Umfang der Verrechnung.* Im Falle einer Verrechnung werden die Forderungen selbstverständlich nur insoweit getilgt, als sie sich decken («ausgleichen», Art. 124 Abs. 2 OR). Haben also die Forderungen, wie regelmässig, nicht den gleichen Umfang, so erlischt die grössere Forderung nur teilweise («im Umfang der kleineren», *Aepli*²⁰).

II. Die positiven Verrechnungsvoraussetzungen

Von den in I./2. überblicksweise dargestellten positiven Verrechnungsvoraussetzungen bedürfen drei näherer Erläuterung:

1. Klagbarkeit der Aktivforderung

Der Verrechnungswillige muss – wie gesagt – eine klagbare Forderung zur Verfügung haben. Daher können Forderungen aus Spiel und Wette nicht zur Verrechnung gestellt werden. Auch mit verjährten Forderungen kann grundsätzlich nicht verrechnet werden (vgl. BGE 34 II 632). Anders nur dann, wenn die verjährte Forderung «zur Zeit, wo sie mit der andern Forderung verrechnet werden konnte, noch nicht verjährt war» (Art. 120 Abs. 3 OR; ebenso § 390 Satz 2 BGB)²¹. Der Gläubiger der verjährten Forderung kann diese also dann zur Verrechnung bringen, «wenn er vor Verrechnungseintritt zur Verrechnung befugt gewesen wäre» (*Aepli*²²): Die einmal entstandene Verrechnungs-

¹⁷ Zit. in Fn. 6, § 26 Rn 277.

¹⁸ Vgl. *Koller*, zit. in Fn. 5, § 3 Rn 68.

¹⁹ A.A. wohl von *Tuhr/Escher*, zit. in Fn. 4, 197.

²⁰ BR 1990, zit. in Fn. 12, 4.

²¹ Im aOR fehlte eine Art. 120 Abs. 3 OR entsprechende Bestimmung. Das Bundesgericht hat konsequenterweise angenommen, eine verjährte Forderung könne nicht zur Verrechnung gestellt werden (BGE 34 II 632; anders OGH, JBI 1994 181 für das österreichische Recht, das keine dem Art. 120 Abs. 3 OR entsprechende Bestimmung kennt).

²² BR 1990, zit. in Fn. 12, S. 5, I.Sp.

¹⁴ *Bucher*, zit. in Fn. 10, 433 Text und Fn. 27.

¹⁵ Vgl. auch *Medicus*, zit. in Fn. 6, § 26 Rn 272.

¹⁶ *Koller*, zit. in Fn. 5, § 3 Rn 66.

befugnis soll dem Gläubiger nicht nachträglich entzogen werden (vgl. z.B. BGE 91 II 214 [verjährte Gewährleistungsansprüche]; SJZ 1959 44). Dahinter steckt die Überlegung, dass ein Schuldner, der eine verrechenbare Gegenforderung hat, die rechtzeitige Geltendmachung seiner Forderung wegen der Verrechnungsmöglichkeit leicht versäumt; das soll ihm nicht zum Nachteil gereichen.²³

Beispiel (nach *Kozio/Welser*²⁴): A hat bei B im Jahre 1993 Installationsarbeiten verrichtet. Daraus ist ihm gegen B eine Forderung in der Höhe von Fr. 370.– erwachsen. Zufolge eines Versehens macht A die Forderung vorerst nicht geltend. Im Juli 1997 nimmt A bei B ein Darlehen auf, das Ende 1998 zurückgezahlt werden soll. Wenn B Anfang 1999 das Darlehen zurückverlangt, so kann A verrechnen, obwohl seine Forderung gemäss Art. 128 Ziff. 3 OR bereits 1998 verjährte. Er darf es, weil seine Forderung der Gegenforderung des B einmal (ab Juli 1997) unverjährt gegenüberstand. – Ausgeschlossen war die Verrechnung in BGE 53 II 336, 343.

Stellt der Gläubiger einer verjährten Forderung diese zur Verrechnung, obwohl die Voraussetzungen von Art. 120 Abs. 3 OR nicht gegeben sind, so bleibt die Verrechnungswirkung aus. Im Prozess ist dies von Amtes wegen zu berücksichtigen; einer Einredeerhebung durch den Schuldner bedarf es nicht²⁵.

Art. 120 Abs. 3 OR ist nicht analogiefähig. Insbesondere darf die Verwirkung der Verjährung nicht gleichgestellt werden. Wenn also beispielsweise eine Forderung nach Art. 10 PRHG verwirkt, so kann der (ehemalige) Inhaber der Forderung diese auch dann nicht zur Verrechnung stellen, wenn früher einmal, als die Forderung noch nicht verwirkt war, eine Verrechnungslage bestanden hat.

2. Gegenseitigkeit der Forderungen

Die Gegenseitigkeit wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass die eine Forderung dem Gläubiger *gegen die Filiale A, die Gegenforderung aber der Filiale B zusteht*. Denn «Träger der Rechte und Pflichten ist immer der Geschäftsinhaber, nicht die Filiale» (*Becker*²⁶). Verrechnung ist daher – bei sonst gegebenen Voraussetzungen – zulässig (BGE 63 II 383 = ZR 1938 Nr. 67, S. 137).

Die Gegenseitigkeit muss auch *keine ursprüngliche* sein. Nicht gegenseitige Forderungen wer-

den daher – bei sonst gegebenen Voraussetzungen – verrechenbar, wenn im Nachhinein Gegenseitigkeit eintritt. Das gilt im Grundsatz auch dann, wenn die Gegenseitigkeit willentlich herbeigeführt wurde, um so ein Verrechnungsrecht zu schaffen. Vorbehalten sind Rechtsmissbrauchstatbestände²⁷ (vgl. für den Konkursfall Art. 214 SchKG, dazu unten V./Ziff. 5).

Beispiel: A hat eine Forderung über Fr. 1000.– gegen B. B seinerseits hat eine Forderung im gleichen Betrag gegen C. Dieser wiederum hat von A noch Fr. 1000.– zugute. Hier kann C seine Forderung gegen A – erfüllungshalber oder an Erfüllungs Statt – an B abtreten, womit B eine Verrechnungsmöglichkeit gegenüber A erhält (vgl. BGE 87 II 24, dazu unten III./1./Ziff. 2.).

Das Gegenseitigkeitsverhältnis fehlt zwischen einer *Gesamthandforderung* und einer Forderung, die der Schuldner gegen einen der Gesamthänder hat. Weder kann dieser noch kann der Schuldner verrechnen. Das ist für die Kollektivgesellschaft ausdrücklich vorgesehen (Art. 573 Abs. 1 und 2 OR), gilt aber z.B. auch für die einfache Gesellschaft oder Erbengemeinschaft (BGE 44 II 255 E. 1).

Wenn also A gegen einen Erben X eine Forderung hat, so kann er diese nicht gegen eine Forderung der Erbengemeinschaft, zu der X gehört, verrechnen. Ebenso wenig kann X die Forderung der Erbengemeinschaft zur Verrechnung bringen. X kann im Übrigen schon deshalb nicht verrechnen, weil ihm die Verfügungsbefugnis über die Forderung der Erbengemeinschaft fehlt (BGHZ 38, 122 E. 1; oben I./2./Ziff. 1 lit. b).

Hat ein *Solidarschuldner* seinerseits eine Forderung gegen den Gläubiger aus der Solidarschuld, so ist das Gegenseitigkeitsverhältnis zu bejahen. Angenommen, eine einfache Gesellschaft, bestehend aus A und B, hat einen Architekten mit der Ausarbeitung von Plänen betraut. Für die Honorarschuld haften A und B solidarisch (Art. 544 Abs. 3 OR). Hat A gegen den Architekten seinerseits eine Forderung, so kann er diese zur Verrechnung stellen. Einschränkungen gelten bei der Kollektivgesellschaft (s. sogleich im Text).

Ist jemand Gläubiger einer Kollektivgesellschaft und gleichzeitig Schuldner eines Gesellschafters, so ist zwar das Gegenseitigkeitsverhältnis zu bejahen, denn die einzelnen Gesellschafter haften für die Schulden der Gesellschaft solidarisch (Art. 568 Abs. 1 OR). Die Haftung ist aber eine subsidiäre (Art. 568 Abs. 3 OR); primär haftet dem Gläubiger nur das Gesellschaftsvermögen.

²³ Von Tuhr/Escher, zit. in Fn. 4, 196.

²⁴ *Kozio/Welser*, Grundriss des bürgerlichen Rechts, Bd. II (Schuldrecht Allgemeiner und Besonderer Teil, Erbrecht), 13. A. Wien 2007, 106.

²⁵ Vgl. *Gernhuber*, Handbuch des Schuldrechts, Bd. 3, Die Erfüllung und ihre Surrogate, 2. A. Tübingen 1994, 250 f.

²⁶ Berner Kommentar, N 6 zu Art. 120 OR.

²⁷ *Merz*, Berner Kommentar, N 338 zu Art. 2 ZGB; *Guhl*, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. A., Zürich 2000, bearbeitet von *Alfred Koller* (§§ 1–47), *Anton K. Schnyder* (§§ 48–58) und *Jean Nicolas Druey* (§§ 59–89), § 37 Rn 29; teilweise abweichend ZBJV 1955 237 ff.

Solange dies der Fall ist, darf sich der Gläubiger für seine Forderung nicht dadurch befriedigen, dass er die Gegenforderung des Gesellschafters durch Verrechnung tilgt. Das darf er erst, wenn der betreffende Gesellschafter persönlich belangt werden kann (Art. 573 Abs. 3 OR)²⁸.

Zu den Verhältnissen bei der Kommanditgesellschaft s. Art. 614 OR.

3. Gleichartigkeit der Leistungen

1. Das Gleichartigkeitserfordernis bezieht sich auf den Leistungsgegenstand. Daher berühren beispielsweise Differenzen des Erfüllungsortes die Gleichartigkeit der Leistungen nicht. Ebenso wenig bewirkt eine Verschiedenheit des Forderungsumfangs Ungleichartigkeit der Leistungen (oben I./2./Ziff.4). Gegebenenfalls kann auch derjenige Gläubiger, dessen Forderung kleiner ist als seine (gleichartige) Schuld, die Verrechnung erklären, so im Beispiel aus I./1./Ziff.1 Garagist Z. Die Regel, dass Teilleistungen unzulässig sind (Art. 69 OR), steht dem nicht entgegen²⁹. Denn Art. 69 OR will lediglich verhindern, dass sich der Gläubiger mehrfach mit der Entgegennahme der Leistung befassen muss – eine Gefahr, die der Verrechnungsgegner (im Beispiel aus I./1./Ziff.1 Anwalt A) nicht zu befürchten hat.

Bei Geldforderungen fehlt die Gleichartigkeit, wenn die Forderungen auf unterschiedliche Währungen lauten. Das schliesst aber Verrechnung nicht notwendig aus: Steht einer Fremdwährungsforderung eine Inlandwährungsforderung gegenüber, so kann – bei sonst gegebenen Voraussetzungen – verrechnet werden, sofern die Fremdwährungsforderung nach Art. 84 Abs. 2 OR wahlweise in heimischer Währung getilgt werden darf (ZR 2003 Nr. 65, S. 294). Verrechenbarkeit ist ferner – bei sonst gegebenen Voraussetzungen – gegeben, wenn die Parteien auf das Erfordernis der Gleichartigkeit verzichtet haben (vgl. BGE 130 III 312 E. 6.2 a.E.). Ob darüber hinaus die Verrechnung immer dann zulässig ist, wenn die in Frage stehenden Währungen frei konvertibel sind, ist streitig. Das Bundesgericht bejaht dies (grundlegend BGE 63 II 383, 394; bestätigt in 130 III 312 E. 6.2). Die Lehre hegt hingegen z.T. «sachliche Bedenken» (so *Weber*³⁰). Dieselbe Kontroverse besteht im deutschen Recht³¹.

Bei einer Stückschuld ist nach herrschender Ansicht Gleichartigkeit mit einer anderen Schuld von vornherein ausgeschlossen³², damit auch Verrechenbarkeit. In dieser Allgemeinheit dürfte dies nicht richtig sein. Wenn beispielsweise jemand Geld – entgegen der Regel – regulär (Art. 472 OR) statt irregulär (Art. 481 OR) hinterlegt, so ist zwar die Rückgabeschuld des Aufbewahrers eine Stückschuld. Das hindert aber den Hinterleger, falls er dem Aufbewahrer seinerseits Geld schuldet, nicht, seine Schuld durch Verrechnung zu tilgen. Der Aufbewahrer darf zwar nicht verrechnen, dies aber wegen Art. 125 Ziff. 1 OR, nicht mangels Gleichartigkeit der Leistungen (unten III./2./Ziff.1).

2. Auch das Gleichartigkeitserfordernis braucht *nicht von Anfang an* zu bestehen. Verrechnung ist also auch dann möglich, wenn Forderungen mit ungleichem Leistungsgegenstand nachträglich den gleichen Leistungsgegenstand erhalten. Wenn z.B. A, der dem B Fr. 10 000.– schuldet, seinerseits eine Forderung auf die Leistung eines Autos hat, so wird die vorerst ausgeschlossene Verrechnung möglich, sobald sich der Anspruch auf das Auto z.B. nach Art. 97 OR in eine Schadenersatzforderung umwandelt. Wichtig ist dies vor allem im Konkurs des Schuldners: Andere als Geldforderungen werden mit Konkurseröffnung in Geldforderungen umgewandelt (Art. 211 Abs. 1 SchKG) und können nun zur Verrechnung gestellt werden.

III. Die negativen Verrechnungsvoraussetzungen

1. Kein vertraglicher Verrechnungsausschluss

1. Nach Art. 126 OR kann auf die Verrechnung im Voraus Verzicht geleistet werden, allerdings nicht einseitig, wie der Gesetzestext vermuten liesse, sondern nur durch *Vertrag*. Das ist jedenfalls die in der Gerichtspraxis vorherrschende Auffassung (z.B. BGE 83 II 26; 72 II 25 E. 2; ZR 2001 Nr. 32, S. 107 ff.). In der Lehre sind die Meinungen geteilt³³. Die Streitfrage ist allerdings wegen Art. 6 OR von geringer praktischer Bedeutung (s. sogleich Ziff. 2 gegen Ende).

²⁸ Siehe – nebst den Kommentaren zu Art. 573 OR – *Becker*, Berner Kommentar, N 13 zu Art. 120 OR.

²⁹ *Schräner*, Zürcher Kommentar, N 28 zu Art. 69 OR; *Medicus*, zit. in Fn. 6, § 26 Rn 265.

³⁰ Berner Kommentar, N 343 zu Art. 84 OR.

³¹ Siehe z.B. *Jauernig/Stürmer*, Kommentar zum BGB, 11. A., München 2004, N 6 zu § 387 BGB.

³² *Aeppli*, Zürcher Kommentar, N 77 zu Art. 120 OR; *von Tuhr/Escher*, zit. in Fn. 4, S. 199, VIII./1.

³³ Zum Meinungsstand s. *Aeppli*, Zürcher Kommentar, N 19 zu Art. 126 OR.

2. Der Verrechnungsverzicht bedarf keiner bestimmten *Form*. Er kann auch konkludent erfolgen. «Das ist z.B. anzunehmen, wenn Geld zum Wechseln gegen andere Geldsorten gegeben wird, oder wenn ein Darlehen zu bestimmter Verwendung, z.B. als Baugeld, zugesichert wird, oder wenn eine Geldsumme an einem bestimmten Ort und zu einer bestimmten Zeit gezahlt werden soll.» (von *Tuhr/Escher*³⁴; vgl. § 391 Abs. 2 BGB) Im Sinne einer natürlichen Vermutung dürfte gelten, dass jemand, der eine Barzahlung verspricht, obwohl er wissentlich über eine Gegenforderung in Geld verfügt, auf die Verrechnung verzichtet (vgl. Art. 139 Abs. 2 aOR, wo noch eine entsprechende *Rechtsvermutung* statuiert war). Verzicht wurde beispielsweise verneint in BGE 95 II 235 E. 5 und 83 II 395, bejaht in BGE 87 II 24 E. 2 und 57 II 465.

In BGE 87 II 24 ging es um Folgendes: Theodor Mathis verkaufte dem Albert Keller 60 Schweine zum Preise von Fr. 8323.–. Vorerst verlangte Mathis Barzahlung, lieferte aber schliesslich gegen die Zusicherung Kellers, «das Geld in zwei bis drei Tagen durch die Kantonalbank Zug zu überweisen». In der Folge verkaufte Keller die Schweine an Franz Peter. Dieser zederte dem Keller an Zahlungs Statt eine Forderung über Fr. 12 608.–, welche er gegen Mathis zu haben behauptete. In der Folge erklärte Keller, er verrechne seine Kaufpreisschuld mit der zedierten Forderung. Dies liess Mathis nicht gelten und erhob Klage auf Bezahlung des Kaufpreises. Er machte geltend, Keller habe auf die Verrechnung verzichtet. Das Bundesgericht gab ihm Recht: «Weil die vom Beklagten versprochene Zahlung durch die Kantonalbank Zug an Stelle der vom Kläger verlangten sofortigen Barzahlung treten sollte, durfte der Kläger das Versprechen dahin verstehen, dass er binnen zwei bis drei Tagen tatsächlich durch Geld, nicht mittels Verrechnung mit einer dem Beklagten abzutretenden Forderung eines Dritten befriedigt werde. Nach Treu und Glauben musste der Beklagte sich sagen, dass sein Versprechen so verstanden werde, denn er wusste, dass der Kläger bares Geld haben wollte. Indem er Zahlung durch die Bank versprach, sagte er dem Kläger Leistung in Geld zu und verzichtete er auf Verrechnung, namentlich auch auf Verrechnung mit einer Forderung, die er erst noch von einem Dritten erwerben würde.»

Der Verzichtsvertrag kann auch nach Art. 6 OR zustande kommen³⁵. Wenn eine Partei einen *einseitigen* Verrechnungsverzicht offeriert, so darf die Zustimmungserklärung des Gegners regelmässig nach Art. 6 OR fingiert werden. Das Vertragserfordernis (oben III./1./Ziff.1) ist daher von geringer praktischer Bedeutung.

«Einem Verzicht steht es in den praktischen Wirkungen gleich, wenn beim Fehlen eines Verzichtswillens angesichts der konkreten Umstände des Falles die Erhebung der Verrechnungseinrede durch Rücksichten auf Treu und Glauben ausgeschlossen ist» (BGE 72 II 25, 29).

3. *Zweck*. Verrechnungsverbote werden gelegentlich abgemacht, um zu verhindern, dass die Durchsetzung eines Anspruchs durch die Verrechnung «mit Gegenforderungen hingehalten wird, die nach Grund und [oder] Höhe streitig sind und daher der Aufklärung bedürfen» (BGHZ 12, 136, 143). Aus dieser Erwägung haben einzelne Gesetze die Verrechnung von der Liquidität (Unbestrittenheit) der zur Verrechnung gestellten Forderung abhängig gemacht (vgl. Art. 1243 Abs. 2 CCit). Das OR ist nicht so weit gegangen (Art. 120 Abs. 2 OR), hat aber immerhin den Parteien den Weg offengehalten, auf vertraglichem Wege streitige Forderungen der Verrechnung zu entziehen.

4. Für gewisse Sonderfälle sind vertragliche *Verrechnungsverbote unzulässig*. Am praktisch bedeutsamsten dürfte Art. 265 OR sein (s. ferner z.B. Art. 294 OR): Mieter und Vermieter «können nicht im Voraus auf das Recht verzichten, Forderungen und Schulden aus dem Mietverhältnis zu verrechnen». Hervorzuheben ist, dass Art. 265 OR nur Obligationen aus dem *Mietverhältnis* erfasst, sonstige Forderungen aber unberührt lässt (Pra 1995 Nr. 251, S. 830, 831). Daher kann der Mieter beispielsweise auf das Recht, eine durch Ersatzvornahme (Art. 259b lit. b OR) entstandene Forderung gegen die Mietzinsforderung zu verrechnen, nicht rechtsgültig verzichten. Ein Verzicht ist hingegen z.B. für eine dem Mieter zustehende Kaufpreisforderung möglich.

2. Kein gesetzlicher Verrechnungsausschluss

Im Gesetz verstreut finden sich verschiedene Verrechnungsausschlüsse. Im Folgenden interessieren nur jene von Art. 125 OR (zu den Verrechnungsverboten von Art. 213 SchKG s. unten V./Ziff. 5). Art. 125 OR sieht verschiedene Fälle vor, in denen bei bestimmten Obligationen der Schuldner nicht verrechnen kann, während der Gläubiger seinerseits an der Verrechnung nicht gehindert ist (einseitiges Verrechnungsverbot). Soweit ein Verrechnungsverbot eingreift, ist der betroffene Schuldner gehalten, real zu erfüllen.

1. Vorab kann der *Aufbewahrer* seine Rückgabeschuld nicht mit einer Forderung, die er gegen den Hinterleger hat, tilgen (Art. 125 Ziff. 1 OR). Wer also Geld in Aufbewahrung nimmt, kann die Rück-

³⁴ Zit. in Fn. 4, S. 199.

³⁵ Die Bestimmung findet freilich nur analoge Anwendung, da es sich beim Verzichtsvertrag um einen Verfügungsvertrag, nicht um einen Schuldvertrag handelt, und die Art. 1 ff. OR nach ihrer systematischen Stellung unmittelbar nur auf Schuldverträge Anwendung finden (vgl. die Überschriften des ersten Titels und des ersten Abschnitts in diesem Titel).

gabepflicht nicht dadurch tilgen, dass er z.B. eine Darlehensforderung, die ihm gegen den Hinterleger zusteht, zur Verrechnung stellt. Dabei ist unerheblich, ob es sich beim Hinterlegungsvertrag um ein reguläres (Art. 472 OR) oder ein irreguläres (Art. 481 OR) Depot handelt (BGE 100 II 153). Das irreguläre Depot spielt freilich – «praktisch gesprochen» (BGE 45 III 236, 249) – die Hauptrolle. Abzulehnen ist die Ansicht, bei einem regulären Depot sei die Verrechnung schon deshalb ausgeschlossen, weil es sich bei der Rückgabeschuld des Aufbewahrers um eine Stückschuld handelt (oben II.3./Ziff. 1).

Ist an die Stelle der Rückgabeforderung ein Ersatzanspruch getreten, so ist die Verrechnung ebenfalls ausgeschlossen, freilich wiederum nur für den Aufbewahrer, nicht auch den Hinterleger. Wenn also beispielsweise der Aufbewahrer den zur Aufbewahrung gegebenen Hund schuldhaft hat verenden lassen, so kann der Hinterleger den Schadenersatzanspruch aus Art. 97 OR mit einem allfälligen Guthaben, das der Aufbewahrer aus der Hinterlegung hat, zur Verrechnung bringen. Der Aufbewahrer hingegen kann nicht verrechnen.

2. Wer eine Sache einem andern *widerrechtlich entzieht*, insbesondere durch Diebstahl, aber auch etwa durch Veruntreuung, kann die Rückgabeschuld nicht durch Verrechnung mit einer Gegenforderung tilgen (Art. 125 Ziff. 1 OR; illustrativ Pra 1913 Nr. 243, S. 511 E. 5). Auch dieses Verrechnungsverbot gilt nur einseitig: für den Dieb usw. «Daher kann der Dieb dem Bestohlenen, wenn dieser das Geld zurückverlangt, nicht eine Darlehensforderung compensando einwenden; dagegen kann der Bestohlene mit Ansprüchen aus dem Diebstahl aufrechnen, wenn der Dieb [seinerseits] einen ... Anspruch geltend macht» (Koziol/Welser³⁶; vgl. OGH, EvBl 1976/214). Ist an die Stelle des Anspruchs auf Herausgabe der widerrechtlich entzogenen Sache ein Ersatzanspruch getreten, so kann der Dieb usw. auch diesen nicht durch Verrechnung tilgen (vgl. BGE 51 II 446).

Beispiel (in Anlehnung an den eben zitierten BGE): V beauftragt B, verkauften Wein zum Käufer K zu transportieren, den Wein allerdings nur gegen Barzahlung auszuhändigen. B hält sich nicht an diese Anordnung und liefert den Wein ohne gleichzeitige Bezahlung aus. In der Folge gerät K in Konkurs und V kommt mit seiner Forderung vollumfänglich zu Verlust. In dieser Situation hat V einen Schadenersatzanspruch gegen B aus Art. 97 OR (i.V.m. Art. 397 und 398 OR). Hat B seinerseits eine Forderung gegen V, so kann zwar V, nicht aber B verrechnen, denn der Wein wurde V widerrechtlich entzogen.

3. Gleich zu behandeln wie widerrechtlich entzogene sind «böswillig vorenthaltene Sachen» (Art. 125 Ziff. 1 OR). Dabei ist zu beachten, dass widerrechtlich entzogene und dann zurückbehaltene Sachen immer auch «böswillig vorenthalten» sind. Man kann jedoch auch Sachen böswillig vorenthalten, welche man nicht widerrechtlich entzogen hat. Hierfür genügt nicht, dass der Besitzer der Sache um den fehlenden Rechtsgrund seines Besitzes weiss, es muss ihm vielmehr ein moralisch vorwerfbares Verhalten angelastet werden können (BGE 111 II 447, 453: «comportement malhonnête, moralement répréhensible»; anders noch 72 I 380; ZR 1974 Nr. 111, S. 302, 304 f.).

Beispiel (in Anlehnung an BGE 111 II 447): Angenommen, eine Bank hat mit X einen Girovertrag abgeschlossen. Nach der Vertragsauflösung werden zugunsten des X weiterhin Gelder auf dessen Konto einbezahlt. Hat die Bank Forderungen gegen X, so kann sie diese mit den Guthaben von X nicht verrechnen, falls sie die fraglichen Zahlungen selbst veranlasst hat; hat sie hingegen lediglich passiv die Gelder entgegengenommen, so steht ihr das Verrechnungsrecht zu, denn es fehlt diesfalls an einem moralisch vorwerfbares Verhalten.

4. Der Arbeitgeber darf *Lohn Guthaben* des Arbeitnehmers insoweit nicht durch Verrechnung tilgen, als sie zum Unterhalt des Arbeitnehmers «und seiner Familie unbedingt erforderlich sind» (Art. 125 Ziff. 2 OR). Oder positiv ausgedrückt: Er darf nur, aber immerhin, insoweit verrechnen, als der Lohn für den Familienunterhalt nicht unbedingt erforderlich ist. Ob der Lohn für den Unterhalt erforderlich ist, bestimmt sich nach Art. 93 SchKG. Insoweit er nach dieser Bestimmung pfändbar ist, ist er auch verrechenbar; soweit er nicht pfändbar ist, ist auch die Verrechnung ausgeschlossen (so ausdrücklich die zu Art. 125 Ziff. 2 ergangene Ausführungsregel, Art. 323b Abs. 2 OR). Beweispflichtig für die fehlende Pfändbarkeit ist der Arbeitnehmer (vgl. BGE 53 III 204 E. 6 betr. Art. 340 OR, den Vorgänger von Art. 323b OR).

Art. 125 Ziff. 2 OR erfährt eine Einschränkung durch Art. 323b Abs. 2 OR. Danach darf der Arbeitgeber eine Ersatzforderung «für absichtlich zugefügten Schaden» in vollem Umfang zur Verrechnung stellen. Damit wird in Kauf genommen, dass dem Arbeitnehmer zufolge der Verrechnung u.U. nicht einmal das Existenzminimum i.S.v. Art. 93 SchKG verbleibt und er gegebenenfalls auf die Hilfe der öffentlichen Hand angewiesen ist.

5. Was für Lohn Guthaben gilt, gilt nach Art. 125 Ziff. 2 OR in gleicher Weise für *Unterhaltsansprüche* (und überhaupt für alle Ansprüche, «deren besondere Natur die tatsächliche Erfüllung an den Gläubiger verlangt»). Unterhaltsansprüche können also nur im Rahmen der Pfändbarkeit durch Ver-

rechnung getilgt werden. Das Verrechnungsverbot ist – wie alle Verbote von Art. 125 OR – einseitiges: Der Schuldner (Unterhaltspflichtiger) darf nicht verrechnen, der Gläubiger (Unterhaltsberechtigter) hingegen schon. Als Unterhaltsansprüche im Sinne unserer Bestimmung gelten nicht nur solche des Familienrechts («Alimente», Art. 132 aOR), sondern beliebige Ansprüche, «welche den Lebensunterhalt zum Zwecke haben: Pensionen aus Gesetz oder Vertrag, Leibrenten und Ansprüche aus einem Verpfändungsvertrag, Renten (Art. 43 II) und Kapitalabfindungen als Ersatz für Körperverletzung oder für Verlust des Versorgers (Art. 45 III).» (von Tuhr/Escher³⁷; ZR 1915 Nr. 90, S. 210 f.; BGE 88 II 299 E. 6b S. 312)

In Lehre³⁸ und Rechtsprechung (ZWR 1977 296 ff. E. 7) findet sich die Ansicht, Unterhaltsansprüche seien der Verrechnung durch den Schuldner gänzlich entzogen, also nicht nur insoweit, als sie nach Art. 93 SchKG unpfändbar sind. Gegen diese Ansicht sprechen nebst dem Gesetzeswortlaut auch sachliche Überlegungen: Warum soll der Unterhaltspflichtige seine Gegenforderung bis zum unpfändbaren Betrag zwar mittels Pfändung, nicht aber mittels Verrechnung durchsetzen können? (vgl. BGE 64 III 57, 60). Auch ist nicht ersichtlich, weshalb ein Unterhaltsanspruch anders behandelt werden sollte als ein Lohnguthaben (insoweit ist die Verrechenbarkeit bis zur Grenze der Pfändbarkeit durch Art. 323b Abs. 2 OR ausser Streit gesetzt). Schliesslich ist zu beachten, dass der Gesetzgeber Art. 132 aOR, dessen Wortlaut noch für die hier abgelehnte Ansicht sprach, offenbar bewusst im Sinne der hier vertretenen Meinung abgeändert hat³⁹.

6. «Verpflichtungen gegen das Gemeinwesen aus öffentlichem Rechte» können nicht durch Verrechnung getilgt werden (Art. 125 Ziff. 3 OR). Das Verrechnungsverbot ist aber wiederum einseitiges: Das Gemeinwesen kann verrechnen, nur der private Schuldner kann dies nicht (Beispiele in BGE 85 I 157; 91 I 292; MBV 1972 S. 59 ff. [Kanalisationsgebühr]; BVR 1982 S. 352 [Gebühr im Baubewilligungsverfahren]). Die Regel geht auf § 1055 PGB zurück. Ratio legis ist die von Bluntschli⁴⁰ zu § 1055 PGB erwähnte (anders BGE 110 V 186 unten): «Die öffentlichen Abgaben dürfen nicht durch privatrechtliche Gegenforderungen in ihrem Flusse gehemmt und so die öffentlichen Interessen gefährdet werden.» Dieser Gedanke hat auch in viele Spezialgesetze Eingang gefunden. Insbesondere findet sich ein analoger Verrechnungsausschluss in den meisten Zweigen

der Sozialversicherung (vgl. etwa Art. 20 Abs. 2 AHVG und 50 IVG, ferner die Aufzählung in BGE 110 V 183, 185).

Das Gemeinwesen ist nur hinsichtlich seiner öffentlich-rechtlichen Forderungen vor Verrechnung geschützt. Hinsichtlich privatrechtlicher Forderungen muss es sich Verrechnung gefallen lassen, wie jeder andere Gläubiger auch. Das ergibt sich aus der erwähnten ratio legis von Art. 125 Ziff. 3 OR und durch Umkehrschluss aus dieser Bestimmung (BGE 72 I 372, 380). Eine Ausnahme ist zu machen für den Fall, dass Forderung und Schuld des Staates aus unterschiedlichen Verwaltungseinheiten (Anstalt, Kasse usw.) stammen; diesfalls muss dem Privaten die Verrechnung abgeschnitten sein (so ausdrücklich § 1441 ABGB für das österreichische Recht)⁴¹.

Inwieweit die Verrechnung zweier öffentlich-rechtlicher Obligationen zulässig ist, «beurteilt sich ausschliesslich nach öffentlichem Recht» (Aeppli⁴²).

IV. Der Rückbezug der Verrechnungswirkungen

Die Verrechnung bewirkt das Erlöschen von Aktiv- und Passivforderung im Umfang der kleineren Forderung (oben I./3./Ziff.3). Nebst den betroffenen Obligationen erlöschen auch deren Nebenrechte (Art. 114 Abs. 1 OR). Die Verrechnung wirkt, wie bereits gesagt, zurück, wenn auch mit Einschränkungen:

1. Wird Verrechnung erklärt, so ist es zu halten, wie wenn bereits bei Eintritt der Verrechnungslage Verrechnung erklärt worden wäre (Wirkung *ex tunc*; ZR 2003 Nr. 65, S. 294). Das Zuwarten mit der Verrechnungserklärung schadet also nicht. Insbesondere löst es keine Verzugsfolgen aus, bzw. fallen diese mit der Verrechnungserklärung wieder dahin. Angenommen, A schuldet dem B Fr. 10 000.–, hat aber seinerseits eine Gegenforderung über Fr. 10 000.–. Kommt A mit der Zahlung der Fr. 10 000.– in Verzug und wird er dadurch verzugszinspflichtig, so kann er diese Verzugsfolge mit der (verspäteten) Verrechnungserklärung wieder beseitigen. Die Verzugsfolgen fallen auch dann dahin, wenn B Verrechnung erklärt. A soll es eben nicht schaden, dass er mit der Verrechnungserklärung zugewartet hat.

³⁷ Zit. in Fn. 4, S. 200.

³⁸ Z.B. Oser/Schönenberger, Zürcher Kommentar, N 6 zu Art. 125 OR.

³⁹ Im Ergebnis wie hier auch Becker, Berner Kommentar, N 7 zu Art. 125 OR, und von Tuhr/Escher, zit. in Fn. 4, S. 200 Anm. 76.

⁴⁰ Bluntschli, Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich, Mit Erläuterungen, Dritter Band: Forderungen und Schulden, Zürich 1855.

⁴¹ Z.B. Becker, Berner Kommentar, N 13 zu Art. 125 OR; Oser/Schönenberger, Zürcher Kommentar, N 9 zu Art. 125 OR.

⁴² Zürcher Kommentar, N 54 vor Art. 120–126 OR, mit Rechtsprechungshinweisen.

Beispiel (von *Schneider/Fick*⁴³): A schuldet dem B Fr. 1000.– seit 11. November 1882, verzinslich zu 5% per Jahr. B ist dem Onkel des A ein Kapital von Fr. 800.– zu 4% seit 11. August 1882 schuldig. Dieser Onkel stirbt am 11. Februar 1883 und A wird sein Erbe. B, der vielleicht hievon nichts weiss, belangt im November 1883 den A auf Zahlung von Fr. 1000.–. Jetzt erst, am 11. November, wendet A ein, dass er ja eine Gegenforderung gegen B habe, und macht Verrechnung geltend. Diese wird nun nicht etwa in der Weise vorgenommen:

Die Schuld des A beträgt Fr. 1000.– zuzüglich Zins zu 5% bis 11. November 1883 = Fr. 1050.–

Davon ab seine Forderung Fr. 800.– zuzüglich Zins zu 4% bis 11. November = Fr. 848.–

Bleiben Fr. 202.–

sondern so:

Schuld des A am 11. Februar 1883 Fr. 1000.– zuzüglich Zins zu 5% seit 11. November 1882 = Fr. 1012.50

Davon ab seine Forderung Fr. 800.– zuzüglich Zins zu 4% seit 11. August bis 11. November 1882 = Fr. 816.–

Bleiben Fr. 196.50

Nebst Zins zu 5% von da an = Fr. 203.85

In den Genuss der Rückwirkung kommt aber nur, wer ein Verrechnungsrecht hat. Im Falle einer einseitigen Verrechnungslage kann sich also jene Partei, welche nicht verrechnungsbefugt ist, nicht auf die Rückwirkung berufen. Das lässt sich allerdings dem Gesetzeswortlaut nicht entnehmen. Die *ratio legis* lässt allerdings keinen anderen Schluss zu⁴⁴. Zur Illustration sei das Beispiel von oben IV./1. dahin abgewandelt, dass es sich bei der Forderung des A um eine (unklagbare) Spielforderung handelt und A daher nicht zur Verrechnung befugt ist. Diesfalls fallen die Folgen eines allfälligen Verzugs von A nicht dahin, wenn B, falls zur Verrechnung befugt, die Verrechnung erklärt.

2. *Grenzen der Rückwirkung.* Die Rückwirkung kann sonderrechtlich ausgeschlossen sein. Das gilt vor allem im Verzugsrecht, wenn der Gläubiger verzugsbedingt die Vertragsauflösung erklärt (z.B. nach Art. 107 Abs. 2 oder 214 Abs. 1 OR): Die einmal erfolgte Vertragsauflösung fällt nicht wieder dahin, wenn der Schuldner nachträglich die ausstehende Schuld durch Verrechnung mit einer Gegenforderung tilgt (BGE 119 II 241, dazu unten IV.1./Ziff.2)⁴⁵. Der Ausschluss der Rückwirkung ist zwar in den einschlägigen Sonderregeln nicht ausdrücklich vorgesehen, er ergibt sich jedoch aus einer zweckorientierten Gesetzesinterpretation.

Vorbehalten sind Rechtsmissbrauchstatbestände (s. später im Text)⁴⁶.

Beispiel (in Anlehnung an BGE 119 II 241): Der Mieter einer Wohnung kam mit der Zahlung von Zinsen in Verzug. Hierauf setzte ihm der Vermieter nach Art. 257d OR eine Nachfrist von 30 Tagen an mit der Androhung, er werde ihm kündigen, falls innert Frist der rückständige Mietzins nicht bezahlt werde. Der Mieter zahlte nicht, worauf der Vermieter androhungsgemäss die Kündigung aussprach. Hierauf erklärte der Mieter die Verrechnung mit einer ihm gegen den Vermieter zustehenden Gegenforderung und machte geltend, zufolge der Rückwirkung nach Art. 124 Abs. 2 OR sei es zu halten, wie wenn er nie in Verzug gekommen wäre, die Kündigung sei somit hinfällig. Das Bundesgericht ist dem nicht gefolgt und hat die Rückwirkung verneint. Zu Recht, denn nach der *ratio legis* von Art. 257d OR soll der Mieter innert der nach dieser Bestimmung zu setzenden Nachfrist erfüllen oder die Verrechnung erklären, ansonsten der Vertrag vom Vermieter aufgelöst werden kann. Damit verträgt sich die Rückwirkung nach Art. 124 Abs. 2 OR nicht⁴⁷.

Im deutschen Recht sieht § 543 Abs. 2 Satz 3 BGB vor, dass der mit der Mietzinszahlung in Verzug geratene Mieter die nach § 543 Abs. 1 BGB erfolgte Vertragsauflösung durch Verrechnung nachträglich wieder beseitigen kann, wenn er die Verrechnung *unverzüglich* erklärt. Im schweizerischen Recht wird man ausnahmsweise über das Rechtsmissbrauchsverbot (Art. 2 Abs. 2 ZGB) zu demselben Ergebnis gelangen können, dies freilich nicht nur im Mietrecht (im Anwendungsbereich von Art. 257d OR), sondern generell, insbesondere dort, wo die Vertragsauflösung keine Nachfristansetzung voraussetzt, also etwa beim Tatbestand von Art. 214 Abs. 1 OR.

Wo die Rückwirkung sonderrechtlich nicht ausgeschlossen ist, macht sie auch vor Gestaltungsrechten nicht Halt. Daher kann allenfalls durch Verrechnung nachträglich ein Vertragsrücktritt wieder beseitigt werden (BGE 43 II 72). Dabei wird man allerdings nach Treu und Glauben immer voraussetzen müssen, dass die Verrechnungserklärung unverzüglich nach Ausübung des Rücktrittsrechts erfolgt.

De lege ferenda wird die Ansicht vertreten, die Rückwirkung der Verrechnung sei generell unangemessen. So *Pichonnaz*⁴⁸ mit dem Hinweis, dass bereits *von Wyss* in seinen Motiven zum Entwurf des aOR von 1877 diese Lösung favorisierte hatte. Die Lando-Kommission, welche die

⁴³ Das schweizerische Obligationenrecht (vom 14. Juni 1881), 3. A., Zürich 1893, N 2 zu Art. 138 aOR.

⁴⁴ Vgl. *von Tuhr/Escher*, zit. in Fn. 4, S. 207.

⁴⁵ *Guhl/Koller*, zit. in Fn. 27, § 37 Rn 24; *von Tuhr/Escher*, zit. in Fn. 4, S. 207 unten/208; *Aeppli*, Zürcher Kommentar, N 127 zu Art. 124 OR; *Gernhuber*, zit. in Fn. 25, S. 311, zum deutschen Recht.

⁴⁶ A.A. wohl *Schwenzer*, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 4. A., Bern 2006, Rn 78.05; wie hier *Gernhuber*, zit. in Fn. 25, S. 311, für das deutsche Recht.

⁴⁷ Vgl. z.B. *Higi*, Zürcher Kommentar, N 15 zu Art. 257d OR; *Schmid*, Zürcher Kommentar, N 10 zu Art. 265 OR a.F.; mp 1988 158.

⁴⁸ Einige Gedanken zur Rückwirkung der Verrechnung, in: Festschrift für Heinz Hausheer, Bern 2002, 69 ff., 85.

Vereinheitlichung des europäischen Vertragsrechts anstrebt, hat ebenfalls die Ex-nunc-Wirkung vorgeschlagen.

V. Sonderfragen

1. *Die Verrechnung beim Vertrag zugunsten Dritter.* Es gilt – wie gesagt (siehe 1./2./Ziff.2) – der Grundsatz, dass im Falle der Verrechnung der Verrechnungsgegner letzten Endes das erhalten muss, was er im Falle der Erfüllung erhalten würde. Auf diesem Grundsatz beruht Art. 122 OR: Wer sich zugunsten eines Dritten verpflichtet hat (Promittent), kann diese Schuld nicht mit Forderungen, die ihm gegen den Vertragspartner (Promissar) zustehen, verrechnen (BGE 111 II 164; 112 II 38; 115 II 246; auch schon 35 II 247 E. 4 a.E. betr. Art. 135 aOR). Könnte er es, würde der Vertragszweck (Befriedigung des Dritten) nicht verwirklicht.

Ob der *Promissar* verrechnen kann, ist in Art. 122 OR nicht geregelt. Das ist zu bejahen, soweit dem Dritten kein selbstständiges, unentziehbares Forderungsrecht gegen den Promittenten zusteht. Daher ist beim unechten (ermächtigenden) Vertrag zugunsten Dritter Verrechenbarkeit uneingeschränkt zu bejahen, beim echten (berechtigenden) Vertrag zugunsten Dritter hingegen nur so lange, als der Promissar die Begünstigung des Dritten widerrufen kann. Verrechnung durch den Promissar ist also ausgeschlossen, sobald der Dritte dem Promittenten erklärt hat, «von seinem Rechte Gebrauch machen zu wollen» (Art. 112 Abs. 3 OR).

2. *Ist eine der Parteien mehrfach Schuldner* (und dementsprechend die andere Partei mehrfach Gläubiger), so fragt sich, welche Schuld durch die Verrechnung getilgt sein soll. Die Frage ist im Gesetz nicht geregelt, es ist daher nach Art. 1 Abs. 2 ZGB zu verfahren. M. E. gilt in Anlehnung an das deutsche (§ 396 Abs. 1 BGB) und das italienische Recht (Art. 1249 CCit) folgende Regelung: Der Verrechnende kann bestimmen, welche Schuld er getilgt haben will. Der Gegner kann jedoch unverzüglich widersprechen; tut er es, so kommt die in Art. 87 OR vorgesehene Tilgungsordnung zum Tragen. Auf Art. 87 OR ist auch dann abzustellen, wenn der Verrechnende von seinem Bestimmungsrecht keinen Gebrauch macht.

Das Bundesgericht (BGE 58 III 24 f.) stimmt mit der hier vertretenen Ansicht insoweit überein, als es dem Verrechnenden das Recht gibt, die zu tilgende Schuld zu bestimmen, und bei Fehlen einer Bestimmungserklärung Art. 87 OR zur Anwendung bringt. Hingegen vernachlässigt das Bundesgericht das Widerspruchsrecht des Ver-

rechnungsgegners. In SJZ 1964 Nr. 166, S. 234 wird die Anwendung von Art. 87 OR abgelehnt und – im Anschluss an *von Tuhr/Escher*⁴⁹ – die Ansicht vertreten, eine gültige Verrechnung setze die Erklärung des Schuldners voraus, welche seiner Schulden er getilgt haben will⁵⁰. Beiden Auffassungen ist gemein, dass der Verrechnende die ihm genehme Tilgungsordnung durchsetzen kann. Dass dies sachlich nicht richtig sein kann, hat *von Büren*⁵¹ mit aller Deutlichkeit herausgearbeitet.

Art. 87 OR ist durch folgende Tilgungsregel zu ergänzen⁵²: Hat ein Gläubiger gegen den Schuldner zwei Forderungen, von denen die eine verjährt, aber trotzdem verrechenbar ist (Art. 120 Abs. 3 OR), so bezieht sich eine allfällige Verrechnung des Schuldners auf die verjäherte Schuld. Eine gegenteilige Anordnung des Schuldners ist unbeachtlich, falls ihr der Gläubiger sofort widerspricht. Dem Gläubiger schadet es somit nicht, wenn er mit der Verrechnung der verjäherten Forderung zuwartet.

Beispiel: A hat gegen B zwei Forderungen über Fr. 1000.–, B hat seinerseits eine Forderung gegen A über Fr. 1000.–. Beide Forderungen des A sind verrechenbar, wiewohl die eine Forderung verjährt ist. Bei dieser Sachlage kann B erklären, die nicht verjäherte Forderung des A durch Verrechnung tilgen zu wollen. A kann jedoch, falls er es sofort tut, widersprechen und die Verrechnung auf die verjäherte Forderung lenken.

3. *Verrechnung im Prozess.* Die Verrechnung im Prozess wirft zahlreiche Fragen auf, auf welche hier nicht im Einzelnen einzugehen ist. Hingewiesen sei nur auf folgende Punkte:

a) Im Falle einer Teilklage fragt sich, ob die vom Beklagten erhobene Verrechnungseinrede für den eingeklagten Forderungsteil oder aber für den nicht eingeklagten gilt. Jedenfalls im Grundsatz gilt das Erstere. Der Kläger kann also den Beklagten nicht auf den nicht eingeklagten Forderungsteil verweisen (BGHZ 56 312, 314)⁵³.

b) Stellt der Beklagte im Prozess eine Gegenforderung zur Verrechnung, so hat er von Bundesrechts wegen Anspruch auf Prüfung der Verrechnungseinrede, und das «unabhängig davon, ob der urteilende Richter örtlich und sachlich zuständig wäre, wenn die Gegenforderung auf dem Klageweg geltend gemacht würde» (BGE 63

⁴⁹ Zit. in Fn. 4, S. 206.

⁵⁰ Gleicher Meinung sind beispielsweise *Gauch/Schluep/Schmid/Rey*, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, 8. A., Zürich 2003, Rn 3441; *Aeppli*, Zürcher Kommentar, N 61 f. zu Art. 124 OR.

⁵¹ Zit. in Fn. 1, S. 486 f.

⁵² *Von Büren*, zit. in Fn. 1, S. 486 unten/487; *Medicus*, zit. in Fn. 6, § 26 Rn 279.

⁵³ *Aeppli*, Zürcher Kommentar, N 145 vor Art. 120–126 OR; differenzierend *Dietrich*, Die Aufrechnungslage, AcP 1970 546 ff.

II 133, 142; «le juge de l'action est le juge de l'exception»⁵⁴. Anders verhält es sich immerhin dann, wenn für die Gegenforderung ein Schiedsgericht vorgesehen ist (BGE 231 780 f.). Zum Fall, dass der Prozess dem Konkordat vom 27. März 1969 über die Schiedsgerichtsbarkeit unterliegt, s. Art. 29 dieses Konkordats. Hier ist in Abs. 1 vorgesehen:

«Erhebt eine Partei die Verrechnungseinrede und befreit sie sich dabei auf ein Rechtsverhältnis, welches das Schiedsgericht weder auf Grund der Schiedsabrede noch auf Grund einer nachträglichen Vereinbarung der Parteien beurteilen kann, so wird das Schiedsverfahren ausgesetzt und der Partei, welche die Einrede erhoben hat, eine angemessene Frist zur Geltendmachung ihrer Rechte vor dem zuständigen Gericht gesetzt.»

c) Urteilt der angerufene Richter über eine vom Beklagten zur Verrechnung gestellte Forderung, so erstreckt sich die Rechtskraft des Urteils auch auf diese Forderung, und zwar unabhängig davon, ob er die Forderung gutheisst oder nicht (SJZ 2001 234 ff.). Wird hingegen über den Bestand der Forderung nicht entschieden und die Verrechnungseinrede deshalb verworfen, weil es an einer Verrechnungsvoraussetzung fehlt (etwa an der Gegenseitigkeit von Klage- und Verrechnungsforderung), so erstreckt sich die Rechtskraft nicht auf die Verrechnungsforderung⁵⁵.

4. *Verrechnung im Rechtsöffnungsverfahren.* Erhebt der Betriebene im Verfahren um provisorische Rechtsöffnung den Einwand, die in Betreuung gesetzte Forderung durch Verrechnung getilgt zu haben, so hat er damit nur Erfolg, wenn er den Einwand sofort glaubhaft macht (Art. 82 Abs. 2 SchKG). Das wird regelmässig misslingen.

Im Verfahren um definitive Rechtsöffnung kann der Betriebene einwenden, er habe die in Betreuung gesetzte Forderung seit Erlass des Urteils durch Verrechnung getilgt. Er muss dies aber sofort durch Urkunden beweisen können (Art. 81 Abs. 1 SchKG); Glaubhaftmachung genügt nicht (vgl. BGE 115 III 97). Vorbehalten ist der Fall, dass der Betriebene bereits im Prozess hätte verrechnen können. Diesfalls ist er «vom Verrechnungseinwand ausgeschlossen» (Aeppli⁵⁶).

5. *Verrechnung im Konkurs.* Ob der Gläubiger auch noch im Konkurs des Schuldners (Konkursit, Gemeinschuldner) verrechnen kann, ist teilweise im OR (Art. 123), teilweise im SchKG (Art. 213 f.)

geregelt. Im Grundsatz gilt, dass der Konkurs die Verrechnung nicht ausschliesst (Art. 123 Abs. 1 OR). Diese wird sogar erleichtert, indem von den allgemeinen Voraussetzungen in zweierlei Hinsicht abgegangen wird:

- Einmal sieht Art. 123 Abs. 1 OR vor, dass – entgegen Art. 120 Abs. 1 OR – auch noch nicht fällige Forderungen zur Verrechnung gestellt werden können (BGE 106 III 114). Die Bestimmung ist freilich von geringer Bedeutung, weil der Konkurs ohnehin die Fälligkeit aller gegen den Konkursiten gerichteten Forderungen bewirkt, ausgenommen die Grundpfandversicherten (Art. 208 Abs. 1 SchKG).
- Sodann werden alle Forderungen gegen den Konkursiten, welche nicht eine Geldleistung zum Inhalt haben, durch die Konkursöffnung in Geldforderungen umgewandelt (Art. 211 Abs. 1 SchKG). Daher kann auch ein Sachleistungsgläubiger verrechnen, falls die sonstigen Verrechnungsvoraussetzungen erfüllt sind, insbesondere der Konkursit zu einer Geldleistung verpflichtet ist⁵⁷. In diesem Sinne wird vom Gleichartigkeitserfordernis des Art. 120 Abs. 1 OR abgewichen.

Soweit die Verrechnung zulässig ist, braucht sich der Konkursgläubiger nicht mit einer Konkursdividende zu begnügen, sondern wird – bis zum Betrag der Gegenforderung – vollständig befriedigt. Das ist im Allgemeinen nur billig, denn warum soll dem Gläubiger zugemutet werden, seine Leistung vollständig zu erbringen, andererseits aber nur einen Bruchteil seiner Forderung zu erhalten. Unbillig wird der Verrechnungsvorteil aber dort, wo sich der Gläubiger die Verrechnungsmöglichkeit erst nach Konkursöffnung verschafft hat, sei es, dass er seine Forderung erst später erworben hat (Art. 213 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG), sei es, dass er erst später Schuldner des Konkursiten geworden ist (Art. 213 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG; BGE 117 III 66; 115 III 65; 107 III 139 ff.; 111 Ib 158). Daher schliesst Art. 213 Abs. 2 SchKG für diese Fälle die Verrechnung aus. Zum Verrechnungsausschluss von Art. 213 Abs. 3 SchKG s. BGE 101 III 109 ff.; zum Ausschluss gemäss Art. 213 Abs. 4 SchKG s. BGE 76 III 13.

Hat der Gläubiger die Forderung gegen den Konkursiten zwar – anders als beim Tatbestand von Art. 213 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG – vor der Konkursöffnung erworben, jedoch in Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit des Gemeinschuldners und mit dem Ziel, «sich oder einem andern durch die Verrechnung unter Beeinträchtigung der Konkursmasse einen Vorteil zuzuwenden», so ist die Verrechnung anfechtbar (Art. 214 SchKG). S. z.B. BGE 122 III 136 m.w.Nw.

⁵⁴ Eine entgegenstehende kantonale Bestimmung ist wegen Verstosses gegen Bundesrecht nichtig. Das kantonale Recht kann hingegen bestimmen, «wie die Verrechnung prozessual geltend zu machen ist, insbesondere bis zu welchem Stadium des Prozesses die Einrede zugelassen werden soll».

⁵⁵ Aeppli, Zürcher Kommentar, N 140 ff. vor Art. 120–126 OR.

⁵⁶ Zürcher Kommentar, N 156 vor Art. 120–126 OR, mit weiteren Einzelheiten.

⁵⁷ A.A. Aeppli, BR 1990, zit. in Fn. 12, S. 8, mit Hinweisen auf die herrschende Lehre.

Die Verrechnungsausschlüsse von Art. 213 SchKG gelten nur für die Konkursgläubiger, nicht auch für die Konkursmasse bzw. Konkursverwaltung. Diese darf daher ohne weiteres eine Konkursforderung durch Verrechnung mit einer Gegenforderung des Konkursiten tilgen (BGE 109 III 119). Daran wird sie freilich regelmässig nicht interessiert sein (BGE 71 III 184).

Beispiel: V hat dem K ein Auto für Fr. 50 000.– verkauft. In der Folge fällt K in Konkurs, noch bevor er an den Kaufpreis auch nur eine Anzahlung gemacht hat. Hierauf tritt V die Kaufpreisforderung an Z ab, welcher dem K aus Darlehen Fr. 50 000.– schuldet. In dieser Situation kann Z die Kaufpreisforderung nicht zur Verrechnung stellen. Die Konkursverwaltung ist hingegen berechtigt, die Kaufpreisschuld durch Verrechnung mit der Forderung gegen Z zu tilgen. Daran wird sie freilich nur ausnahmsweise interessiert sein (etwa weil bei Z ohnehin nichts zu holen ist).

6. *Der Verrechnungsvertrag.* Durch den Verrechnungsvertrag werden zwei oder mehrere Forderungen ganz oder teilweise aufgehoben. Seine Zulässigkeit ergibt sich aus Art. 115 OR, denn letzten Endes ist der Verrechnungsvertrag nichts anderes als ein «gegenseitiger Erlassvertrag» (ZBJV 1925 395) oder jedenfalls einem solchen Vertrag nahe verwandt (vgl. für das österreichische Recht OGH, SZ 51 319). Wie der Erlassvertrag ist der Verrechnungsvertrag Verfügungsvertrag, nicht Schuldvertrag, und gleich wie jener bedarf er keiner bestimmten Form (Art. 115 OR).

Die für die einseitige Verrechnung aufgestellten Erfordernisse (Art. 120–126 OR) gelten für den Verrechnungsvertrag nicht⁵⁸. Nichts hindert beispielsweise die Parteien, auch nicht fällige oder gar erst in der Zukunft entstehende Forderungen gegenseitig aufzuheben⁵⁹ (vgl. z.B. BGH, NJW 1970 41), ferner etwa Forderungen, die einem Verrechnungsverbot (Art. 125 OR) unterliegen. Freilich können die Parteien die Verrechnungsvoraussetzungen nur im Rahmen ihrer Verfügungskompetenz abändern. Daher kann beispielsweise ein Konkursit nach der Konkurseröffnung erlangte Forderungen nicht zur Verrechnung stellen, denn es fehlt ihm insoweit die Verfügungsbefugnis. Aus dem gleichen Grund ist eine bereits vor Konkurseröffnung erklärte Verrechnung unwirksam, soweit sie nach Konkurseröffnung entstehende Forderungen betrifft (BGE 115 III 65 E. 3c; 41 III 230 f.). Die Verrechnungswirkungen stehen ebenfalls zur Disposition der Parteien, freilich wiederum nur im Rahmen ihrer Verfügungsbefugnis. Mit diesem Vorbehalt kann insbesondere anstelle der Ex-tunc-Wirkung (Art. 124 Abs. 2 OR) eine Wirkung ex nunc abgemacht werden.

BGE 115 II 65 betraf folgenden Sachverhalt: G mietete von der A. AG ein Garagengebäude (Vertrag vom 30. Juni 1983). Der monatliche Mietzins wurde auf Fr. 3000.– festgesetzt, ferner wurde bestimmt: «Dem Mieter wird das Recht zugestanden, den Mietzins mit seiner Konto-Korrent-Forderung gegenüber der A. AG zu verrechnen, soweit und solange dieser gegenüber der A. AG Guthaben hat.» Am 22. März 1984 wurde über die A. AG der Konkurs eröffnet. G wollte in der Folge seine Mietzinsschulden durch Verrechnung mit Guthaben, welche er gegenüber der A. AG noch hatte, tilgen. Das wurde ihm verwehrt und der A. AG Rechtsöffnung für ausstehende Mietzinsen gewährt.

Als Verfügungsvertrag hat der Verrechnungsvertrag eine Causa (z.B. Vergleich), welche ein Verpflichtungsgeschäft sein kann, aber nicht sein muss (Handgeschäft⁶⁰). Ist die Causa ungültig, haben die zur Verrechnung gestellten Forderungen weiterhin Bestand (Kausalitätsprinzip). Nach anderer Ansicht sind sie zwar untergegangen, doch können die Parteien mittels *condictio indebiti* deren Wiederherstellung verlangen (Abstraktionsprinzip).

7. *Verhältnis von Verrechnung und Retention.* Wer nach Art. 125 OR nicht verrechnen darf, darf unter Umständen – in analoger Anwendung der Bestimmung – auch nicht retinieren. Im Grundsatz muss freilich gelten, dass die Retentionsrechte von Art. 125 OR unabhängig sind. Denn die einschlägigen Retentionsbestimmungen, insbesondere Art. 82 OR und 895 ZGB, machen die Retention von andern Voraussetzungen abhängig als Art. 120 ff. OR die Verrechnung. Verlangt beispielsweise der Hinterleger von Geld dieses heraus, so darf zwar der Aufbewahrer eine allfällige Gegenforderung auf Zahlung eines Entgelts oder auf Ersatz von Verwendungen nicht zur Verrechnung bringen (vgl. Art. 125 Ziff. 1 OR und oben III./2./Ziff. 1), hingegen ist er nach Massgabe von Art. 895 ZGB zur Retention befugt⁶¹. Das rechtfertigt sich wegen der von Art. 895 ZGB verlangten Konnexität der Forderungen⁶², welche für die Verrechnung nicht vorausgesetzt ist. Im Übrigen ist zu beachten, dass sich das angesprochene Konkurrenzproblem nur selten stellen dürfte. Beispielsweise dürften die Voraussetzungen für eine Lohnretention kaum je gegeben sein, weshalb sich die Frage, ob der Lohn trotz Art. 125 Ziff. 2 i.V.m. Art. 323b Abs. 2 OR auch über den pfändbaren Umfang hinaus retiniert werden kann, gar nicht stellt.

⁵⁸ «Die Parteien können beliebige Forderungen miteinander ausgleichen und so die gegenseitigen Verbindlichkeiten aufheben.» (Kozio/Welser, zit. in Fn. 24, S. 101, m.Nw.).

⁵⁹ Eingehend Gernhuber, zit. in Fn. 25, S. 330 f.

⁶⁰ Koller, zit. in Fn. 5, § 3 Rn 60.

⁶¹ Becker, Berner Kommentar, N 4 zu Art. 125 OR.

⁶² Koller, zit. in Fn. 5, § 40 Rn 14.