

Anerkennung eines unrichtigen Saldos : Auseinandersetzung nach Bereicherungsrecht oder nach Vertragsrecht?

Zugleich zum Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts, 1. Zivilabteilung, vom 23. Dezember 1993*

Eugen Bucher**

A. Vorbemerkungen

1. Allgemeines

Kontokorrente haben in den letzten Jahrzehnten dramatisch an Verbreitung zugenommen und sind heute nicht mehr auf Kaufleute beschränkt; sie werden auch vom breiten Publikum benützt, das in früher unvorstellbarem Umfang seine Eingänge und Zahlungen über Bankkonten abwickelt und sich der Kreditkarte bedient. Kein Kontokorrentverkehr ohne periodische Saldovereinbarung. Wie ist die Rechtslage, wenn ein anerkannter Saldo sich nachträglich als unrichtig erweist? Dass eine Korrektur grundsätzlich möglich sein muss, ist unbestritten. Nicht ohne Probleme ist der juristische Weg, mit dem dieses Ziel erreicht werden kann.

Der hier vorgestellte Bundesgerichtsentscheid, im Ergebnis eindeutig richtig entschieden, gibt Anlass, über diesen Weg nachzudenken. Es bieten sich grundsätzlich zwei Varianten an : Man kann den Fehlbetrag (dh. die Differenz zwischen dem vereinbarten und dem richtigen Saldo) als eine Bereicherung der durch den Fehler begünstigten Partei betrachten, welche nach Bereicherungsrecht zurückgefordert werden kann ("Kondiktion"), oder man bleibt auf der Ebene des Vertragsrechts, indem man entweder die Saldovereinbarung wegen Willensmängel anfechtet oder allenfalls auch, indem man nach rein vertraglichen Grundsätzen eine Pflicht zur Wiederherstellung des Sollzustandes annimmt. Die erstere Variante ist die im vorliegenden Entscheid vom Bundesgericht gewählte; sie entspricht der völlig herrschenden Literaturmeinung. Auch der Schreibende hatte sich derselben angeschlossen; veranlasst durch die Umstände vorliegenden Falles hat er sich jedoch überzeugt, dass die andere Variante die

* Veröffentlicht in *Semaine Judiciaire* 1994 p. 269-274 (Publikation in der amtlichen Sammlung nicht vorgesehen).

** Prof. em. Dr. iur., Rechtsanwalt.

richtigere ist : Wenn man ihr folgt, erübrigen sich unrealistische Fiktionen hinsichtlich des Vertragswillens der eine Saldovereinbarung schliessenden Parteien. Auch die sachliche Richtigkeit des Entscheidungsergebnisses fordert diesen Weg, denn es wird dem durch den Fehler Begünstigten (im Gegensatz zur Kondiktion) keine Möglichkeit der Entreicherungseinrede (Art. 64 OR) eröffnet, welche sachlich nicht angemessen scheint.

2. Was ist ein Kontokorrent?

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", dh. eine laufende Rechnung; im folgenden "KK") "eingestellt" werden sollen¹. Damit verabreden die Parteien im voraus die Verrechnung ihrer gegenseitigen Ansprüche; gleichzeitig verzichten sie für die Dauer des KK-Verhältnisses auf Ausgleich des jeweils resultierenden Saldos.

Die Regel, dass der 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 jeweiligen Debet-Saldo der Gegenpartei) überlagern. Oft, und immer, wenn eine Bank beteiligt ist, wird über die Kreditmodalitäten Näheres festgelegt : Die geschuldeten Zinse, die "Kreditlimite", dh. 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 kassieren usw.). Einzelheiten über die zwischen den Parteien geltenden Spielregeln wird die kontoführende Bank in ihren AGB festlegen. 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).

¹ Auf den von den Parteien dem Konto beigelegten Namen kommts es grundsätzlich nicht an. Die im folgenden kizzierten Regein gelten ganz oder teilweise bei den meisten bankmässig geführten Konten.

Die eingangs erwähnte, im KK-Vertrag enthaltene 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 des KK. 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.

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 antizipierte bzw. bedingte Verfügungen jeder Partei über die ihr künftig anwachsenden Forderungen, die verrechnet, der resultierende Saldo gestundet bzw. in eine Darlehensforderung verwandelt wird.

3. 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 (und im Streitfall beweisen) 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 den Saldo errechnet und ihn 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 Saldovereinba-

nung als das gemeinschaftliche Anerkennen von Fakten, welche im Prozess (unter Vorbehalt möglichen Gegenbeweises) eine Vermutung des Bestandes einer entsprechenden Forderung begründen, ohne selber Klagefundament zu sein². Weitere Differenzierungen innerhalb des Rahmens dieser beiden Auffassungen sind denkbar. In vorliegendem Zusammenhang kann zum vornherein nicht eine Würdigung der Lehrmeinungen angestrebt oder auch bloss einen Überblick über diese zu geben versucht 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 ehestend der Willensmeinung der Parteien entspricht.

4. Saldovereinbarung und "Novation"

Im Zusammenhang 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 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, wobei Erfüllung in der Einräumung der neu geschaffenen zweiten Forderung liegt.

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 einen nur deklaratorischen, beweisrechtlichen Vorgang erblickt. Soweit man die Saldovereinbarung als Neuerung verstehen will, 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, sodann die "abstrakte" Novation, der zufolge die neue Forderung losgelöst vom Schicksal der ersetzten Forderung besteht. Im folgenden 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) erblickt oder nicht.

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) Bd. 3 (Wien. 1876), S. 473-534, hier bes. S. 508 ff. - Zu der zeitgenössischen Lehre vgl. vorab Avancini/Iro/Koziol, *Österreichisches Bankvertragsrecht*, Bd. 1. Wien 1987, Rz. 5/36-5/50, mit Darstellung der Lehrmeinungen. Die meisten unten lit. B/IV/2 genannten Autoren neigen der Auffassung der Saldovereinbarung als konstitutives Schuldbekenntnis zu.

Abschliessend ist hier festzuhalten, dass der Begriff der Novation nicht festgefügte Konturen hat, vielmehr bereits innerhalb der römischen Rechtsentwicklung, aber auch in der Neuzeit Wandlungen durchgemacht hat: Bald steht mehr die Schuldbekräftigung im Vordergrund, bald die eigentliche "Neuerung" als Erschaffung einer neuen Schuld; im übrigen besteht bald eine Vermutung für, bald eine solche gegen Novation. Im Vordergrund steht die Frage, wie weit die als Novation bezeichnete Vereinbarung der Parteien es verhindern will, auf Früheres zurückzukommen, dh. in welchem Masse, wenn überhaupt, Einwendungen aus der früheren Forderung noch zulässig sind und sodann 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 Parteiwillen und nicht, wie oft stillschweigend vorausgesetzt wird, anhand theoretischer Konzepte anzugehen.

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 beim 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 bei C, 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. Diese Ziffer entspricht den Erwartungen des Felicio, da dieser annahm, Z. habe die zugesagte Überweisung vorgenommen; in Wahrheit hatte Z. nichts bezahlt, und der Saldo in der vom CL errechneten Höhe ergab sich nur deshalb, weil der CL die von ihr ausgeführte Vergütung an Y in gleichen Umfang zu belasten unterlassen hatte³. Felicio instruierte CL, den Saldo seines \$-

3 In dem in der Semaine Judiciaire publizierten Teil des Urteilstextes wird nicht klargestellt, ob der Kontoauszug die einzelnen Belastungen auswies, sodass 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 ses 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."

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. Diesen Betrag klagt der CL ein.

II. Die Urteilmotive 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 Urteilmotiven des Bundesgerichtse 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, dh. Felicio nicht mehr bereichert sei (Die Entscheidungsgründe sind dem Urteil des Bundesgerichts 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 der hier interessierenden kontokorrentrechtlichen Frage⁴. In E.4 wird untersucht, ob dem CL ein Kondiktionsanspruch zustehe, um dann nach Bejahung der Frage in E. 5 (entgegen den Vorinstanzen) zu der Feststellung zu gelangen, dass Felicio sehr wohl bereichert ist, dh. dass in der von ihm selber veranlasste Überweisung auf ein anderes Konto in keiner Weise eine Entreichung i.S. von OR Art. 64 erblickt werden kann. Diese Folgerung ist so selbstverständlich, dass die diesbezüglichen Überlegungen des Bundesgerichts uns nicht beschäftigen. Interessant für das Folgende sind jedoch die Hinweise der Urteilmotive, 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, die keinen dauernden Nutzen hinterlassen, wie solche für Ferienreisen oder für sonstige immaterielle Zwecke (" ... soit d'une manière générale à des valeurs extrapatrimoniales...") gemacht hätte.

4 Oben wurde aus den Erwägungen E.3 Abschnitt lit. c im Worlaut wiedergegeben, wo gesagt wird, dass die Parteien ihre gegenseitigen Beziehungen vertraglich den KK-Regeln unterworfen haben. Hier sei noch beigelegt, dass im Ingress von E.3 festgehalten wird, dass zwischen den Parteien gleichzeitig ein Mandatsverhältnis besteht: "La cour cantonale a retenu que le défendeur était seul lié par un contrat de mandat à la demanderesse. L'arrêt attaqué n'est pas critiqué sous cet angle; il ne saurait d'ailleurs l'être".

Vom Bundesgericht wird nur die Anwendung der bereicherungsrechtlichen Prinzipien diskutiert, dh. in E.4 übereinstimmend mit der Vorinstanz das Vorliegen eines Bereicherungsanspruchs positiv festgestellt und in E.5 (hier anders als die Vorinstanz) die Entreicherung i.S. von Art. 64 verneint. Die Frage, ob überhaupt Bereicherungsrecht anzuwenden sei, wird zu Beginn von E. 4 aufgeworfen und sogar erklärt, sie sei von Amtes wegen zu prüfen. In Tat und Wahrheit wird mit keinem Wort auf dieses Problem eingegangen, vielmehr in E.4/a gleich damit begonnen, das Vorliegen der Voraussetzungen des Kondiktionsanspruchs des CL zu diskutieren. Das Abstellen auf Bereicherungsrecht wird nicht begründet; dies unterblieb offenkundig, weil dieser Punkt nicht streitig war.

III. Sachliche Unangemessenheit der Entreicherungseinrede (OR 64)

Der unmittelbar zutage tretende praktische Hauptnachteil der Kondiktionskonzeption liegt in der damit dem Bereicherten eröffneten Entreicherungseinrede (Art. 64 OR; 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 (dh. 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 Entreicherung ins Auge fasst: Entreicherung 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, Entreicherung i.S. von OR Art. 64 einwendet, um nachträgliche Berichtigung zu vermeiden⁵.

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 sei und die Ursachen auch nicht unter ande-

5 Beispiele von bei Banken eintretender Entreicherung 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 desselben auf Kreditierung einer vergessenen Gutschrift dürfte sie Entreicherung einwenden, wenn ihre Korrespondenzbank, bei der sie die fraglichen Positionen hielt, zahlungsunfähig wird.

ren Gesichtspunkten dem Bereich der einen oder anderen Partei zugeordnet werden können. Ebenso wird vermutet, dass den Beteiligten durch den Vorgang der falschen Saldierung unmittelbar kein Schaden erwachsen sei. Aufgrund der verfügbaren Informationen darf im vorliegenden Fall beides angenommen werden⁶.

Wie sehr die Institution der Kondiktion durch die ihr immanente Möglichkeit der Entreichungseinrede in der heutigen Praxis mit Gefahren belastet wird, 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 zulässig sei, dem durch eine Fehlsaldo-Anerkennung Begünstigten die Entreichungseinrede einzuräumen, führt auf die Fundamentalfrage zurück, wie im Rahmen eines KK auflaufende Fehlvorgänge zu berichtigen seien. Ein grundlegender Unterschied ergibt sich je danach, ob der Fehlvorgang vor oder nach einer Saldovereinbarung der Parteien entdeckt und entsprechende Korrektur beansprucht wird oder aber erst nach einer solchen.

Der erstere 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", dh. nicht bloss von der einen Partei errechnet und mitgeteilt, sondern von der andern (wenn auch bloss stillschweigend) anerkannt worden ist. Diese Anerkennung (dogmatisch Akzept der von der Gegenseite durch Mitteilung des Saldos unterbreiteten Offerte) 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 nach-

6 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.

trägliche Korrekturbuchung ist daher grundsätzlich nicht mehr zulässig, da dies in Widerspruch zu der getroffenen Saldo-Vereinbarung stünde; ein Abweichen von dieser Vereinbarung setzt eine klare Rechtsgrundlage voraus.

2. Die Lehre von der Bereinigung mittels Kondiktion

Wenn das Bundesgericht (zusammen mit den Vorinstanzen und wohl auch den Parteien) sich ohne weiteres auf Bereicherungsrecht beruft, folgt es, 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 Schreiber folgte bisher dieser Auffassung⁷.

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 Grundsätze nach nicht die nachträgliche Korrektur; übereinstimmend wird auf die Anwendbarkeit der allgemeinen zivilrechtlichen bzw. vertragsrechtlichen Regeln verwiesen. In diesem Zusammenhang taucht allerdings überraschend 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 etwa 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, 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-Erbach, Deutsches Handelsrecht, 2./3. Aufl. Tübingen 1928, S. 660, der keinerlei Sachargumente vorträgt;

⁷ Vgl. E. Bucher, *Obligationenrecht, Allgemeiner Teil* (2. Aufl. Zürich 1988), S. 413.

W. Gadow, in Staubs 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. 20b 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.

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

(für Oesterreich)

W. Schuhmacher, in M. Staube, Kommentar zum HGB, Wien 1987; N. 32 § 355; H. Hämmerle/H. Wünsch, Handelsrecht, Bd. 3, 3. Aufl., Graz/Wien/Köln 1979; S. 125.

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 sonst nicht anzutreffen ist, insbesondere im OR, aber auch im österreichischen 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.

BGB § 812 wie die diesbezüglichen literarischen Auffassungen gehen zurück auf den Aufsatz von C.S. Grünhut (zit. oben Anm.2), welche grundlegende Untersuchung die weitere Diskussion entscheidend beeinflusst hat⁸.

Grünhut glaubt, bereits im alten Rom das Phänomen des KK vorgebildet zu finden und weist die Entwicklung der Institution im Mittelalter nach, wo

8 Für die Entstehung der Abhandlung von Grünhut wie für die Gesetzgebungsgeschichte des BGB ist bedeutsam der Aufsatz von Otto Bähr, *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, S. 173-219, hier bes. S. 194.

"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, dh. mit der Saldierung der beiden Summen stattfindet, Novation dagegen wird erblickt im Vorgang der Anerkennung der KK-Schuld in der Höhe des sich ergebenden Differenzbetrags durch den im Debet stehenden Partners erfolgt (S. 505). Die Anerkennung wird vorerst nicht auf den Saldo selber, sondern auf die diesen begründende einzelnen Credit- und Debet-Position bezogen. Es wird gefragt, ob die Anerkennung der resultierenden Debet-Summe (sc. des Saldos) 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 Schuldanerkennung, ein selbständiges Schuldversprechen, stipulatio (promissio) debiti. Diese Anerkennung hat eine rechtserzeugende, constitutive, nicht eine bloss beweisende, declarative Bedeutung..." (S. 513/4).

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 Factoren der Schlussziffer 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."⁹

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

Zum Verständnis der Grünhut'schen Auffassung und dem durch sie inspirierten § 812 Abs. 2 BGB muss nach deren Grundlagen gefragt werden. Grünhut selber beruft sich (S. 519 und Anm. 130) auf Ulpian (Dig. 12,7,1 pr.): "Est et haec species *condictionis*, 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

⁹ Grünhut, a.a.O., S. 519 (ähnlich auch S. 511). Es folgen Ausführungen zur Beweislast und zum Irrtumserfordernis im Rahmen der Kondiktion.

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 letztere spontan oder unter dem Einfluss Grünhuts übernommen worden sein.

Daraus ist nun aber nicht zu folgern, dass die hier kritisch betrachtete Kondiktions-Konzeption sich auf die Autorität Ulpian's berufen dürfte; ein Blick in die Quellen ergibt das Gegenteil. Ulpian fährt nämlich fort: "Qui autem promissit 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 nur 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 ist¹⁰.

5. Die Übertragung der Ulpian'schen Kondiktion auf die Verhältnisse beim KK

Nach diesem Konzept Ulpian's 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 Ulpian's 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.

10 Vgl. dazu Max Kaser, *Röm. Privatrecht, 1. Abschnitt*. (Altrömisches etc. Recht), 2. Aufl. München 1971, S. 598/99 und Anm. 54.

Offen bleibt, welches die Position historischen BGB-Gesetzgebers bezüglich § 812 Abs. 2 war; ist diese Norm i.S. Ulpian's 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 (dh. 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 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, dh. durch Rückübereignung (heißt hier: Aufhebung der Schuldanerkennung), nicht durch Vergütung der resultierenden Vermögensvermehrung auszugleichen.

Aber die Ulpian'sche Konzeptino hat, auf das KK angewendet, nicht bloss den Vorteil, dass die Einrede der Entreicherung entfällt. Ihre zwangsläufige Folge ist auch, dass die Saldoanerkennung 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. Damit würde eine erfolgreiche "Liberationskondiktion" nicht bloss die als unrichtig erwiesene Einzelposition erfassen, sondern die Saldoanerkennung überhaupt¹¹. Dies ist im sachlichen Ergebnis höchst unerwünscht.

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 Zif.IV/1). Ist dies so, ist es naheliegend, bei dieser die Fehlsituation schaffenden Vereinbarung einzusetzen und sie als solche zu beseitigen. das Mittel hiezu ist die Willensmängel-Anfechtung (Art-23

¹¹ Dies bedeutet, dass der Kondiktionsgegner durch blosses Bestreiten der bisher nicht kontroversen Positionen den Kondizierendem zwingen könnte, alle der Saldoziehung zugrundeliegenden Einzelposten zu beweisen.

ff. OR; BGB §§ 119 ff.; ABGB §§ 870 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 Meinung der meisten der oben genannten Autoren, im Ernst nicht zweifelhaft sein: Die Saldo-Anerkennung beruht auf den im Saldo aufgehenden supponierten Einzelposten; die Präsumpktion deren Vorhandensein ist gleichermassen Grundlage der Saldovereinbarung wie sie deren Inhalt bestimmt. Die Merkmale eines Grundlagenerrrtums i.S. von Art. 24 Zif. 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 Zif. 3 niedergelegt, erkannt werden; er ist vergleichbar mit 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) hat¹².

7. Praktikabilität des Ergebnisses der Anfechtung des Saldos wegen Willensmängel

Werden statt der Kondiktion die Irrtumsregeln auf die Saldoanerkennung 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 seinerseits vereinbarten Saldos wünscht unter Angabe der zu berichtigenden Position (Art. 31 Abs. 1 OR). Im Prozess ist er voll beweisbelastet 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 Saldoanerkennung tritt nicht ein; keineswegs wäre die Auffassung zulässig, 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 Saldo-Anerkennung stattgefunden hätte. Die Begründung kann darin erblickt werden, dass die Anerkennung sich nicht bloss auf den Saldo insgesamt, sondern gleichzeitig auch auf die einzelnen der in diesen eingeflossenen Posten bezogen hat; alle nicht als falsch erwiesenen Po-

12 Selbst Gründhut, 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 diesem Rahmen Willensmängel überhaupt nicht berücksichtigt werden dürften; es ist nur die von ihm vorausgesetzte abstrakte Natur der Saldo-Anerkennung, welche die Bezugnahme auf eine causa (oder deren Mangel) vertraglich ausschliesst.

sitionen können daher weiterhin als anerkannt gelten. Falls dies nicht überzeugt, dürfte man aber auch, glaubwürdiger als in jedem sonst denkbaren anderen Fall, Teilnichtigkeit i.S. von Art. 20 Abs. 2 OR annehmen.

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 weniger deutlich als das OR in Art. 24/I Ziff. 4 den Grundlagenirrtum festschreibt. Die immer noch von den meisten Autoren vertretene Auffassung, die Frage der Richtigkeit der im anerkannten Saldo aufgegangenen Einzelposten sei zu den Motiven zu verweisen, beruft sich allerdings auf angebliche gesetzliche Grundlagen, zu welchen im schweizerischem Obligationenrecht keine Entsprechung besteht.

Bereits genant wurde § 812 Abs. 2 BGB, welche nach dem Muster der Digesten Schuldanerkenntnisse und Forderungsverzichte als selbständige Kondiktionstatbestände festschreibt 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 Schuldanerkennnis auf Grund einer Abrechnung" erteilt wird. Dass hier "Abrechnung" die Saldoanerkenntnis hinsichtlich eines KK meint, ist offenkundig. Nahelegend ist dann der Schluss, dass die Saldoanerkenntnis, als "Schuldanerkennnis aufgrund einer Abrechnung", ein abstraktes Schuldanerkennnis darstelle, das seinerseits wiederum § 812 Abs. 2 unterliegt. Die heutige Mehrheitsdoktrin hat daher Grund, anzunehmen, dass ihre Sicht die Sicht des historischen Gesetzgebers sei.

Verstärkt wird diese Auffassung durch eine eigentümliche Zweideutigkeit des Terminus "Schuldanerkennnis" usw. in BGB § 781. Im Zusammenhang fraglicher Norm kann dies nur als "abstraktes" Schuldanerkennnis verstanden werden¹³; eine Ausdehnung des Schriftformerfordernisses auf die übrigen Schuldanerkennnisse wäre nicht sachgerecht. Obwohl keineswegs schlüssig, ist die Folgerung naheliegend, in § 782 die Unterstellung hineinzulesen, "Schuldanerkennnisse aufgrund einer Abrechnung" (sc. Saldoanerkenntnisse) würden nur als abstrakte Anerkennungen vorkommen, oder gar, könnten nur als solche

13 Vgl. Staudinger-Marburger, Rz. zu BGB § 781: "§781 regelt allein das abstrakte Schuldanerkennnis".

rechtlichen Bestand haben. Derartige Folgerungen sind abwegig: Der Gesetzgeber wollte zwar die Möglichkeit abstrakter Schuldanererkennungen festschreiben und eine einschränkende Rahmenbedingung (Erfordernis der 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 aber damit 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.

Abstraktheit der durch Saldoanererkennung geschaffenen Schuld ist der einzige Gesichtspunkt, der Willensmängelanfechtung bezüglich der Saldoanererkennungen ausschliessen kann. Dies ist der Standpunkt Grünhuts, der in der abstrakten Schuldanererkennung 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 Schuldbekennnis-Willensmängel" wird auf Kondiktionsrecht ausgewichen: "In der Schuldanererkennung 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" (p. 518/9).

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 auf die Vertragsfreiheit, das Gleiche an-

genommen werden (OR Art. 67 Abs. bestätigt wenigstens mittelbar diesen Schluss)¹⁴.

Der Begriff "abstrakt" bedarf seinerseits der Präzisierung; er wird hier, i.S. Bähns 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.

b) Vermutung gegen Novation bzw. Begründung einer abstrakten Forderung

Abstraktheit von Forderungen/Schulden ist nicht zu vermuten, sondern beweisbedürftig¹⁵. "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/I OR darstellt. Aber beide Kodifikationen folgen einer Linie, die sich bis in das spätere römische Recht zurückverfolgen lässt¹⁶. Ist dies so, muss Gleiches auch für jegliche doktrinelles Äusserung zum vermuteten Parteiwillen gelten.

c) Welche Willensmeinung der Parteien zu vermuten?

Es macht Mühe in der in der heutigen Kontokorrent-Praxis eine Willensmeinung der Parteien zu erkennen, welche die traditionell geforderte Eindeutigkeit aufweist. Die Vorstellung "abstrakter" Schuldversprechen ist eng verbunden

14 Diese Annahmen sind vielfach bestritten. Auf die Kontroverse braucht hier nicht eingegangen zu werden, weil die hier nicht weiter betrachtete Bestreitung der obigen Prämisse zum vorstehenden das hier postulierte Ergebnis bedingt.

15 "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 hiezu der Umstand, dass der Gesetzgeber mittelbar Zurückhaltung gegenüber der Annahme der Abstraktheit signalisiert.

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

mit Förmlichkeit : In Rom war dies das Formalgeschäft der Stipulation, heute wird man kaum ohne explizite schriftliche Erklärung eine abstrakte Schuldverpflichtung annehmen dürfen¹⁷. Ohne Förmlichkeit daher keine abstrakte Forderung. Nicht ohne Grund wird in BGB § 781 für abstrakte Schuldverpflichtungen Schriftform gefordert.

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, dh. 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 Zg. 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) Forderungen, bald als solcher abstrakter Forderungen verstanden¹⁸. Der historische Gesetzgeber, wenn er von "Neuerung" spricht, versteht diese allerdings dahin, dass damit Einreden aus der ersetzten Obligation abgeschnitten seien (was überwiegend als "abstrakt" gezeichnet wird). Trotzdem ist der Schluss mit Entschiedenheit abzulehnen, Art. 117/II wolle nicht bloss Einreden, 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 allgemeinen und insbesondere Eugen Hubers¹⁹ schlecht vereinbaren lassen. Art. 117 hat keinen Vorläufer im aOR von 1883; er

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

18 Bereits v. Tuhr, OR Bd. II § 76/I, 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). Heute sprechen sich an erster Stelle (und ihnen folgend weitere) Autoren gegen Abstraktheit aus : Friedrich Kötter, a.a.O. passim, bes. S. 162 ff.; Herbert Schönle, *Bank- und Börsenrecht*, 2. Aufl. München 1976, § 7/II, 1a/3; ebenso in unten zit. Monographien von B. Stachelin und O. Schläpfer.

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

geht auf Eugen Huber (Entwurf des Jahres 1904, dort als Art. 1131 b) zurück²⁰. Dessen gesetzgeberische Absicht konnte 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, dh. 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), dh. 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. 17 sollte insgesamt bloss in ihrem negativen, die Novationswirkungen einschränkend Gehalt gesehen werden, während der Gedanke einer vom Gesetzgeber auferlegten 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 abgeht²¹.

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 Zif. 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 dahingehend, dass künftige Saldovereinbarungen zwar bis auf weiteres zwischen den Parteien Recht machen sollen, indessen jeder Partei es freigestellt

20 Entwurf Huber, 1904, Art. 1131 lib b (selbst im Rahmen der Entstehung dieses Textes ein Einschleusen der letzten Minute?). -In der beratenden Expertenkommission wird nur beiläufig und allein mit redaktioneller Zielsetzung über die fraglichen Bestimmungen gesprochen (Sitzung vom 9 Mai 1908 dauert von 8 bis 12 Uhr 30; behandelt werden rund 50 Artikel, wobei eine Sachdiskussion betreffend die hier interessierenden Bestimmungen nicht stattfindet).

21 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, S. 78-86, bes. S. 82; Bernhard Staechelin, *Die Novation*, Diss. Basel 1948, passim, bes. S. 132 ff.

bleibt, auf Vorgänge zurückzukommen, die vor einer Saldovereinbarung erfolgten und die richtigerweise bei der Saldoberechnung hätten berücksichtigt werden müssen; eine nachträgliche Korrektur der Saldovereinbarung dürfte dann erfolgen, wenn der Anfechtende die Unrichtigkeit der fraglichen Position und den diesebezüglichen Irrtum im Zeitpunkt der Saldovereinbarung nachzuweisen vermag. - Im Ergebnis bedeutet dies eine Korrekturmöglichkeit unter Ausschluss einer Entreicherungseinrede des Anfechtungsgegners; die Auseinandersetzung ist auf die streitige Einzelposition beschränkt, während die Wirkung 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 Entreicherungseinrede, die, wie oben Zif. 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 hinsichtlich des Willens der eine Saldovereinbarung schliessenden Parteien entbehrlich, welche die traditionelle Konzeption kennzeichnen:

Hinsichtlich der Saldovereinbarung geht deren Absicht in aller Regel nicht dahin, eine "Novation" ihrer Forderungsbeziehung herbeizuführen, wenn man darunter versteht, dass die neue Forderung "abstrakt" sei in dem Sinne, dass nicht bloss Einwendungen aus der früheren Forderungsbeziehung abgeschnitten und die neue Forderung vom Bestand der alten unabhängig sind, sondern dass darüber hinaus auch Willensmängel-Anfechtung ausgeschlossen ist. Die Deutung der Saldovereinbarung i.S. Grünhuds, der zufolge eine Willensmängelanfechtung ein Widerspruch gegen sich selbst ("contradictio in adjecto"; aaO. S. 518) darstellen würde, setzt nun aber gerade einen derartigen Verzicht auf die Abhängigkeit der neuen Schuld vom Bestand der alten voraus, welche Willensmeinung jedenfalls heute den Parteien (mindestens den Bankkunden) nicht mehr unterstellt werden darf.

Die Auffassung, welche in die (heute regelmässig in blossem Stillschweigend 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 hauptsächlich im Formalgeschäft der Stipulation verwirklicht; nach Untergang dieser Geschäftsform wird eine vergleichbare Lösung mit gutem Grund auch in der Neuzeit angestrebt (oben Zit. IV/10/b). Die Annahme einer Novation i.S. Grünhuds ist ausgeschlossen, weil den Parteien heute die hiezu vorausgesetzten rechtlichen Vorstellungen abgehen; im alten Rom waren, im Gegensatz hie-

zu, die mit der Stipulation verbundenen Rechtsfolgen dem Publikum mit Selbstverständlichkeit geläufig.

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, dh. bereit ist, auf diese unrealistische Deutung der Verkehrsanschauungen zu verzichten.