

Pascal Schmid

Die Verrechnung vor staatlichen Gerichten

Wer sich mittels Verrechnung gegen eine Klage zur Wehr zu setzen will, sieht sich unweigerlich mit einer Reihe komplexer Fragen des materiellen und prozessualen Rechts konfrontiert. Diese sind Gegenstand des nachfolgenden Beitrags, der sich mit der Verrechnung in Verfahren vor staatlichen Gerichten näher auseinandersetzt und einen Überblick über deren wichtigste Aspekte zu geben versucht.

Rechtsgebiet(e): OR allgemeiner Teil; Zivilprozessrecht

Zitiervorschlag: Pascal Schmid, Die Verrechnung vor staatlichen Gerichten, in: Jusletter 15. September 2008

Inhaltsübersicht

- I. Die Verrechnung
 1. Die Ausgestaltung der Verrechnung im schweizerischen Recht
 - 1.1 Die Bedeutung der Verrechnung
 - 1.2 Die Verrechnung als einseitiges Rechtsgeschäft
 - a) Überblick
 - b) Die Voraussetzungen der Verrechnung
 - c) Die Wirkungen der Verrechnung
 - 1.3 Die Verrechnung als zweiseitiges Rechtsgeschäft
 2. Die kollisionsrechtliche Behandlung der Verrechnung im schweizerischen Recht
 3. Rechtsvergleichende Betrachtung der Verrechnung
- II. Die Verrechnung im Zivilprozess
 1. Die Bedeutung der Verrechnung im Prozess
 2. Abgrenzung zur Widerklage
 3. Die Eventualverrechnung
 4. Prozessuale Anforderungen an die Verrechnungseinrede
 - 4.1 Überblick
 - 4.2 Zulässige prozessuale Anforderungen an die Verrechnungseinrede
 - 4.3 Unzulässige prozessuale Anforderungen an die Verrechnungseinrede
 - 4.4 Die Zuständigkeit zur Beurteilung der Verrechnungsforderung als prozessuales Erfordernis der Verrechnungseinrede?
 - a) Überblick
 - b) Binnensachverhalte
 - c) Internationale Sachverhalte
 - d) Verrechnungsforderungen mit Schiedsklauseln
 5. Die prozessualen Folgen der Verrechnungseinrede
 - 5.1 Berücksichtigung der Verrechnungsforderung im Prozess
 - 5.2 Rechtskraftumfang
 - 5.3 Streitwertberechnung / Kosten- und Entschädigungsfolgen
 6. Die Verrechnung im Rechtsöffnungsverfahren
 - 6.1 Überblick
 - 6.2 Definitive Rechtsöffnung
 - 6.3 Provisorische Rechtsöffnung
 7. Einzelfragen
 - 7.1 Gleichzeitige Rechtshängigkeit von Haupt- und Verrechnungsforderung bei verschiedenen Gerichten
 - 7.2 Die Teilklage
 - 7.3 Die Verrechnung mit einer rechtskräftig beurteilten Forderung in einem späteren Verfahren

I. Die Verrechnung

1. Die Ausgestaltung der Verrechnung im schweizerischen Recht

1.1 Die Bedeutung der Verrechnung

[Rz 1] Die Verrechnung – zuweilen auch «Kompensation» oder «Aufrechnung» genannt – ermöglicht die wechselseitige Tilgung gleichartiger Forderungen.¹ Sie ist nichts anderes als die *Tilgung einer eigenen Schuld durch Opferung einer eigenen Forderung*.² Die aufgeopferte eigene Forderung des Verrechnenden wird dabei entweder als

«Verrechnungsforderung» oder als «Gegenforderung», die Forderung des Verrechnungsgegners als «Hauptforderung» bezeichnet.

[Rz 2] Im schweizerischen Recht ist die Verrechnung als materiellrechtliches Institut ausgestaltet. Aus diesem Grund unterstehen ihre Voraussetzungen und Rechtswirkungen ausschliesslich dem Obligationenrecht (OR).³

1.2 Die Verrechnung als einseitiges Rechtsgeschäft

a) Überblick

[Rz 3] In den Art. 120-126 regelt das OR die Verrechnung in Form eines einseitigen Rechtsgeschäfts. Dabei bilden die Art. 120 und 124-126 OR gewissermassen einen allgemeinen Teil des Verrechnungsrechts, während sich die Art. 121-123 OR mit Sonderproblemen befassen.⁴

b) Die Voraussetzungen der Verrechnung

[Rz 4] Wenn zwei Personen einander Geldsummen oder andere Leistungen schulden, die ihrem Gegenstande nach gleichartig sind, kann jede ihre Schuld, sofern beide Forderungen fällig sind, mit ihrer Forderung verrechnen (Art. 120 Abs. 1 OR). Bezüglich der Fälligkeit gilt – entgegen dem engen Gesetzeswortlaut – jedoch Folgendes: Es genügt, wenn die Forderung des Verrechnungsgegners (Hauptforderung) erfüllbar ist, während die eigene Forderung des Verrechnenden (Verrechnungsforderung) fällig sein muss, damit ihre Erfüllung auf dem Verrechnungsweg erzwungen werden kann.⁵

[Rz 5] Die Verrechnung tritt nicht automatisch – ipso iure – ein, sondern nur dann, wenn der Schuldner dem Gläubiger zu erkennen gibt, von seinem Recht der Verrechnung Gebrauch machen zu wollen (Art. 124 Abs. 1 OR). Bei dieser sog. *Verrechnungserklärung* handelt es sich um eine (empfangsbedürftige) Gestaltungserklärung. Sie ist die eigentliche «Verrechnungshandlung», welche den Eintritt der Verrechnung bewirkt. Aus ihr muss hervorgehen, dass der Verrechnende seine Verrechnungsbefugnis ausübt. Die im Gesetzestext enthaltene Formulierung «*Gebrauch machen wolle*» müsste daher richtigerweise «*Gebrauch mache*» lauten.⁶

Zusammengefasst ergeben sich damit folgende Voraussetzungen der Verrechnung:

- die *Gleichartigkeit* der Forderungen;
- die *Gegenseitigkeit* der Forderungen;
- die *Fälligkeit der Verrechnungsforderung*;

¹ ZK-Aepli, 3. A., Zürich 1991, Vorbem. zu Art. 120-126 N 6 ff.

² BSK OR I-Peter, 4. A., Basel 2007, Vor Art. 120-126 N 1; Zimmerli, Die Verrechnung im Zivilprozess und in der Schiedsgerichtsbarkeit, Basel 2003, S. 14 ff.

³ statt vieler BSK OR I-Peter, (Fn. 2), Vor Art. 120-126 N 2.

⁴ Koller, Die Verrechnung nach schweizerischem Recht, in: recht 2007, Heft 3, S. 101.

⁵ statt vieler BSK OR I-Peter, (Fn. 2), Art. 120 N 4.

⁶ Schwenzer, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 4. A., Bern 2006, N 77.01 f. und 77.17; ZK-Aepli, (Fn. 1), Art. 124 N 38 und 43.

- die *Erfüllbarkeit der Hauptforderung*; und
- die Abgabe einer *Verrechnungserklärung*.

[Rz 6] Die Verrechnung kann auch dann geltend gemacht werden, wenn die Verrechnungsforderung bestritten wird (Art. 120 Abs. 2 OR). Diese Regelung ist, sofern die Verrechnung – wie in der Schweiz – dem materiellen Recht zugeordnet wird, ebenso folgerichtig wie selbstverständlich. Sie verunmöglicht es dem Verrechnungsgegner, die Verrechnung durch blossе Bestreitung zu verhindern. Eine mögliche Prozessverschleppung durch «Verrechnung» mit einer in Wirklichkeit gar nicht bestehenden oder nicht durchsetzbaren Verrechnungsforderung ist bei diesem Konzept allerdings in Kauf zu nehmen.⁷

[Rz 7] Eine verjährte Forderung kann zur Verrechnung gebracht werden, wenn sie zur Zeit, wo sie mit der anderen Forderung verrechnet werden konnte, noch nicht verjährt war (Art. 120 Abs. 3 OR). Damit lässt sich eine verjährte Verrechnungsforderung, die der Hauptforderung einst unverjährt gegenüberstand, auf dem Verrechnungsweg durchsetzen, obwohl ihre klageweise Geltendmachung an der Verjährungseinrede der Gegenpartei scheitern würde.

[Rz 8] In einigen besonderen, in Art. 125 OR aufgezählten Fällen ist die Verrechnung gegen den Willen des Verrechnungsgegners ausgeschlossen. Ebenfalls ausgeschlossen ist die Verrechnung dann, wenn der Inhaber der Verrechnungsforderung auf die Verrechnung im Voraus verzichtet hat (Art. 126 OR).

c) Die Wirkungen der Verrechnung

[Rz 9] Die Verrechnung führt zum Erlöschen der Verrechnungsforderung und der Hauptforderung, und zwar insoweit, als sich die beiden Forderungen gegenseitig ausgleichen. Das Erlöschen der Forderungen findet *rückwirkend* statt: Es wird angenommen, die Hauptforderung und die Verrechnungsforderung seien schon im Zeitpunkt getilgt worden, in dem sie sich zur Verrechnung geeignet gegenübergestanden haben (Art. 124 Abs. 2 OR). Da aber nicht zwingend beide Parteien im gleichen Moment die Verrechnungsbefugnis erlangen, ist der Wortlaut des Gesetzes dahingehend zu präzisieren, dass die Verrechnung auf denjenigen Zeitpunkt zurückwirkt, in welchem dem Verrechnenden die fällige Verrechnungsforderung gegen den Verrechnungsgegner und diesem die erfüllbare Hauptforderung gegen den Verrechnenden zustand. Der massgebliche Zeitpunkt hängt also davon ab, welche der beiden Parteien die Verrechnung erklärt.⁸

[Rz 10] Die Rückwirkung hat zur Folge, dass seit dem Eintritt der Verrechnungsbefugnis auf die Hauptforderung bezahlte Zinsen wegen nachträglichen Wegfalls des Rechtsgrundes nach Bereicherungsrecht zurückzuerstatten sind. Gleiches gilt auch für die (gesetzlichen und vertraglichen)

Verzugszinsen, den Verzugserschadenersatz und allfällige Vertragsstrafen, da die Verzugsfolgen ebenfalls nachträglich entfallen.⁹

1.3 Die Verrechnung als zweiseitiges Rechtsgeschäft

[Rz 11] Die Verrechnung in Form eines zweiseitigen Rechtsgeschäfts wird *Verrechnungsvertrag* genannt, ist jedoch im Gesetz nicht näher geregelt. Der Vorteil der vertraglichen Verrechnung liegt darin, dass sich auf diesem Weg auch ungleichartige, unklagbare, zukünftige oder noch nicht fällige Forderungen und mit Zustimmung des betroffenen Dritten sogar nicht gegenseitige Forderungen verrechnen lassen. Einen Sonderfall des Verrechnungsvertrages stellt das Kontokorrentverhältnis dar.¹⁰

2. Die kollisionsrechtliche Behandlung der Verrechnung im schweizerischen Recht

[Rz 12] Im schweizerischen Kollisionsrecht gilt hinsichtlich des Untergangs von Forderungen der Grundsatz der Einheit des Schuldstatuts: Das Schuldstatut, sei es das Vertrags-, das Delikts- oder das Bereicherungsstatut, regelt auch die Frage des Untergangs einer Forderung (Art. 148 Abs. 1 IPRG). Allerdings sind für Fälle, in denen – wie bei der Verrechnung – mehr als ein Schuldstatut in Frage kommt, Spezialvorschriften erforderlich. Die Art. 148 Abs. 2 und 3 IPRG sind daher als *leges specialis* zum in Art. 148 Abs. 1 IPRG verankerten Grundsatz der Einheit des Schuldstatuts zu verstehen.¹¹

[Rz 13] Bei der Verrechnung untersteht das Erlöschen dem Recht der Forderung, deren Tilgung mit der Verrechnung bezweckt wird (Art. 148 Abs. 2 IPRG). Diese etwas unklare Formulierung ist so zu verstehen, dass sich die Verrechnung nach dem *Statut der Hauptforderung* richtet. Den Parteien steht es allerdings frei, das Verrechnungsstatut durch eine Teilrechtswahl selber und damit abweichend von der objektiven Anknüpfung zu bestimmen.¹²

[Rz 14] Das Verrechnungsstatut regelt alle Fragen im Zusammenhang mit der Verrechnung, insbesondere die Voraussetzungen für die Zulässigkeit der Verrechnung, die Form der Geltendmachung der Verrechnung und die Wirkungen der Verrechnung. Ob die sich aus dem Verrechnungsstatut ergebenden Voraussetzungen der Verrechnung im konkreten Fall vorliegen, beurteilt sich jedoch für beide Forderungen gesondert nach ihrem eigenen Schuldstatut.¹³

⁹ BSK OR I-Peter, (Fn. 2), Art. 124 N 5 f.

¹⁰ BSK OR I-Peter, (Fn. 2), Vor Art. 120-126 N 1; Schwenzer, (Fn. 6), N 77.03.

¹¹ Dasser, Kommentar zum Gerichtsstandsgesetz, Zürich 2001, Art. 148 N 1 und 14.

¹² BSK OR I-Peter, (Fn. 2), Vor Art. 120-126 N 7; BSK IPRG-Dasser, (Fn. 11), Art. 148 N 31 f.; ZK-Aeppli, (Fn. 1), Vorbem. zu Art. 120-126 N 178.

¹³ BSK IPRG-Dasser, (Fn. 11), Art. 148 N 17; ZK-Aeppli, (Fn. 1), Vorbem. zu Art. 120-126 N 178 und 181.

⁷ BSK OR I-Peter, (Fn. 2), Art. 120 N 21 f.

⁸ BSK OR I-Peter, (Fn. 2), Art. 124 N 5.

[Rz 15] Umstritten ist, ob das Erlöschen der Verrechnungsforderung ebenfalls dem Verrechnungsstatut – und damit dem Statut der Hauptforderung – oder aber dem Statut der Verrechnungsforderung unterstehen soll. Um möglichst widerspruchsfreie Ergebnisse zu erzielen, wäre es von Vorteil, das Erlöschen der Haupt- und der Verrechnungsforderung demselben Statut zu unterstellen. Der allgemein formulierte Art. 148 Abs. 2 IPRG würde einer solchen Lösung jedenfalls nicht widersprechen.¹⁴

[Rz 16] Erfolgt die Verrechnung durch Vertrag, so ist das auf den Verrechnungsvertrag anwendbare Recht massgebend (Art. 148 Abs. 3 IPRG). Dies eröffnet den Parteien die Möglichkeit, das auf die Verrechnung anwendbare Recht selber zu wählen. Verzichten sie darauf, kommt Art. 117 IPRG zum Zug, womit auf das (nicht leicht zu bestimmende) Recht abzustellen ist, mit dem die Verrechnung «am engsten zusammenhängt».¹⁵

3. Rechtsvergleichende Betrachtung der Verrechnung

[Rz 17] Die verschiedenen Rechtsordnungen unterscheiden sich vor allem in der Ausgestaltung der Verrechnung als Teil des materiellen Rechts oder als Teil des Prozessrechts, in der Art des Vollzugs der Verrechnung – ipso iure, durch Verrechnungserklärung oder durch Richterspruch – und hinsichtlich des Zeitpunkts des Eintritts der Verrechnungswirkung.¹⁶

[Rz 18] Wie die Verrechnung des schweizerischen Rechts ist auch die *Aufrechnung* des deutschen Rechts als materiellrechtliches Institut ausgestaltet und setzt, damit ihre Wirkungen eintreten, eine empfangsbedürftige Gestaltungserklärung voraus. Die Verrechnungswirkungen treten auch im deutschen Recht rückwirkend auf den Zeitpunkt ein, in dem sich die beiden Forderungen verrechenbar gegenüberstanden haben.¹⁷

[Rz 19] Auch die *compensation* des französischen Rechts versteht sich als materiellrechtliches Institut, geht aber von einem ipso iure-Vollzug und damit von einem automatischen Erlöschen der sich verrechenbar gegenüberstehenden Forderungen aus.¹⁸

[Rz 20] Anders als in den kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen wird die Verrechnung im englischen Recht als Gegenstand des Prozessrechts betrachtet. Bei der einen Erscheinungsform, dem *set-off*, handelt es sich um eine Art

Prozessverrechnung, während die andere Form, der *counterclaim*, eine eigenständige Gegenklage darstellt.¹⁹

II. Die Verrechnung im Zivilprozess

1. Die Bedeutung der Verrechnung im Prozess

[Rz 21] Die Einrede der Verrechnung ist ein *materiellrechtliches Verteidigungsmittel* im Prozess: Mit ihr macht der Beklagte geltend, die eingeklagte Forderung durch Verrechnung ganz oder teilweise getilgt zu haben.²⁰

[Rz 22] Von der prozessualen *Verrechnungseinrede* zu unterscheiden ist die materiellrechtliche *Verrechnungserklärung*. Die Verrechnungserklärung löst den Eintritt der Verrechnungswirkung aus, während die Verrechnungseinrede bewirkt, dass die Frage der Verrechnung Prozessgegenstand wird. Die Verrechnungserklärung muss dem Verrechnungsgegner, die Verrechnungseinrede hingegen dem Richter zugehen. Verrechnungserklärung und Verrechnungseinrede können zusammenfallen, falls die Verrechnung erst im Prozess erklärt wird. Die im Rahmen des Schriftenwechsels abgegebene Verrechnungserklärung ist gültig, sobald sie in den Herrschaftsbereich der Gegenpartei gelangt.²¹

[Rz 23] Die prozesskonform erhobene Verrechnungseinrede bewirkt, dass die Verrechnungsforderung sowie die Verrechnungsbefugnis und deren Ausübung (die Abgabe der Verrechnungserklärung) neben der eingeklagten Hauptforderung Prozessgegenstand werden.²²

2. Abgrenzung zur Widerklage

[Rz 24] Sowohl die Verrechnung als auch die Widerklage verfolgen den Zweck einer möglichst vollständigen Bereinigung der Streitigkeiten zwischen zwei Parteien. Die Motive, aus denen eine Verrechnung erklärt oder eine Widerklage erhoben wird, sind meist sehr ähnlich oder gar identisch. Dennoch unterscheiden sich die Rechtsgrundlagen der beiden Rechtsinstitute fundamental: Die Widerklage ist ein prozessrechtliches Institut, während die Verrechnung dem materiellen Recht entstammt.²³

[Rz 25] Die wesentlichen Unterschiede zwischen der Verrechnung und der Widerklage lassen sich wie folgt zusammenfassen:²⁴

a. Mit der Widerklage verfolgt der Beklagte die

¹⁴ BSK IPRG-Dasser, (Fn. 11), Art. 148 N 18, m.w.H.

¹⁵ BSK OR I-Peter, (Fn. 2), Vor Art. 120-126 N 7 f.; BSK IPRG-Dasser, (Fn. 11), Art. 148 N 31 f.

¹⁶ BSK OR I-Peter, (Fn. 2), Vor Art. 120-126 N 6.

¹⁷ Zimmerli, (Fn. 2), S. 41 ff.

¹⁸ Zimmerli, (Fn. 2), S. 47 ff.

¹⁹ Zimmerli, (Fn. 2), S. 46, 57 und 59 f., m.w.H.

²⁰ ZK-Aepli, (Fn. 1), Vorbem. zu Art. 120-126 N 119 und Art. 124 N 42.

²¹ ZK-Aepli, (Fn. 1), Vorbem. zu Art. 120-126 N 117.

²² ZK-Aepli, (Fn. 1), Vorbem. zu Art. 120-126 N 125.

²³ Zimmerli, (Fn. 2), S. 120.

²⁴ Zimmerli, (Fn. 2), S. 120 f.

Verurteilung des Klägers, während er mit der Verrechnungseinrede die Klageabweisung anstrebt.

- b. Die Erhebung einer Widerklage ermöglicht es dem Beklagten, eine die Hauptforderung übersteigende Gegenforderung geltend zu machen und deren Beurteilung auch für den Fall der Abweisung der Hauptklage zu verlangen.
- c. Mit der Abgabe einer Verrechnungserklärung anerkennt der Beklagte in der Regel die Begründetheit der eingeklagten Hauptforderung im Umfang der kleineren der beiden Forderungen, während die Erhebung einer Widerklage die Hauptforderung und die Beklagtenstellung des Widerklägers nicht berührt.
- d. Mit einer Widerklage können Forderungen geltend gemacht werden, die wegen eines Verrechnungsverbots nicht durch Verrechnung getilgt werden können.
- e. Eine verjährte Gegenforderung kann vom Beklagten nicht durch Widerklage, jedoch gegebenenfalls auf dem Weg der Verrechnung durchgesetzt werden.

[Rz 26] Wird sowohl die Klage als auch die Widerklage gutgeheissen und lauten beide auf bestimmte Geldsummen, darf der Richter diese – ohne vorgängige Abgabe einer Verrechnungserklärung durch eine der beiden Parteien – nicht von sich aus verrechnen und nur auf den Saldo verurteilen. Eine solche «richterliche Verrechnung» käme einer unzulässigen Ausweitung der materiellrechtlichen Verrechnungsordnung gleich und würde gegen die Dispositionsmaxime verstossen.²⁵

3. Die Eventualverrechnung

[Rz 27] Die Eventualverrechnung ist eine Verrechnung unter Vorbehalt. Sie wird vom Beklagten für den Fall abgegeben, dass seine übrigen, gegen die Hauptforderung gerichteten Einreden scheitern und die Hauptforderung sich entgegen seiner Erwartung als bestehend erweist. Im Gegensatz zur «gewöhnlichen» Verrechnung, bei welcher der Beklagte die Hauptforderung anerkennt, indem er deren Tilgung mit seiner Verrechnungsforderung geltend macht, bestreitet der Beklagte mit der Eventualverrechnung die Hauptforderung.²⁶

[Rz 28] Obwohl die Verrechnungserklärung wie jede Ausübung eines Gestaltungsrechts bedingungsfeindlich ist, wird die Eventualverrechnung als zulässig erachtet. Darin liegt nur ein scheinbarer Widerspruch, denn in Wirklichkeit hebt die Eventualverrechnung lediglich den Bestand der Hauptforderung und damit eine gesetzliche Voraussetzung der Verrechnung hervor. Diese will die Eventualverrechnung – anders als die «gewöhnliche» Verrechnung – nicht einfach anerken-

nen, sondern vom Gericht überprüft wissen. Auch führt die Eventualverrechnung für den Verrechnungsgegner nicht zu einer unzumutbaren Rechtsunsicherheit, da die Hauptforderung vom Verrechnenden ohnehin, d.h. unabhängig von der eventualiter abgegebenen Verrechnungseinrede, bestritten wird. Aus diesen Gründen ist die Eventualverrechnung keine unzulässige bedingte Verrechnungserklärung.²⁷

[Rz 29] In der Praxis kommt der Eventualverrechnung aufgrund ihrer bedeutenden prozesstaktischen Vorteile gegenüber der «gewöhnlichen» Verrechnung, vorab der Nichtanerkennung der Hauptforderung, eine grosse Bedeutung zu.²⁸

4. Prozessuale Anforderungen an die Verrechnungseinrede

4.1 Überblick

[Rz 30] Da die Verrechnung als materiellrechtliches Institut ausgestaltet ist, unterstehen ihre Voraussetzungen und Rechtswirkungen ausschliesslich dem materiellen Bundesrecht. Aufgrund des Vorrangs von Bundesrecht gegenüber kantonalem Recht darf das kantonale Prozessrecht die Verrechnungseinrede nicht an Voraussetzungen knüpfen, die von der bundesrechtlichen Verrechnungsordnung abweichen, sondern muss die Geltendmachung der Verrechnung als materiellrechtliches Verteidigungsmittel umfassend ermöglichen. Wo jedoch keine bundesrechtlichen Vorschriften bestehen und die Durchsetzung von Bundesrecht nicht vereitelt wird, sind die Kantone in der Gestaltung des Verfahrens frei.²⁹

4.2 Zulässige prozessuale Anforderungen an die Verrechnungseinrede

[Rz 31] Das kantonale Zivilprozessrecht darf und muss bestimmen, in welcher Form und bis zu welchem Zeitpunkt die Parteien die massgeblichen rechtserheblichen Tatsachen vorbringen müssen, damit sie Gegenstand des Verfahrens werden. Wird die Verrechnungseinrede vom Beklagten prozesskonform erhoben, ist das mit der Hauptforderung befasste Gericht verpflichtet, sie zu berücksichtigen.³⁰

[Rz 32] Der Zeitpunkt, bis zu dem Parteivorbringen im Verfahren vorzubringen sind, hängt von der prozessualen Ausgestaltung der Eventualmaxime ab. Die kantonalen Prozessgesetze sind diesbezüglich keineswegs kongruent, lassen in der Regel aber Vorbringen zur Sache, insbesondere also auch Verteidigungsmittel wie Verrechnungseinreden, bis zur

²⁵ ZK-Aeppli, (Fn. 1), Vorbem. zu Art. 120-126 N 147.

²⁶ Zimmerli, (Fn. 2), S. 113; BSK OR I-Peter, (Fn. 2), Vor Art. 120-126 N 5.

²⁷ Zimmerli, (Fn. 2), S. 113.

²⁸ Zimmerli, (Fn. 2), S. 113; BSK OR I-Peter, (Fn. 2), Art. 124 N 3.

²⁹ ZK-Aeppli, (Fn. 1), Vorbem. zu Art. 120-126 N 119; BSK OR I-Peter, (Fn. 2), Vor Art. 120-126 N 2.

³⁰ ZK-Aeppli, (Fn. 1), Vorbem. zu Art. 120-126 N 123 und 125; BGE 63 II 133 S. 139 = Pra 26 (1937) Nr. 117; BGE 30 II 504 S. 512 f.

Beendigung des Hauptverfahrens, des Schriftenwechsels oder eines vorbereitenden Verfahrens zu.

[Rz 33] Im zürcherischen Prozessrecht gilt folgende Regel: Die Parteien sind mit Verrechnungseinreden ausgeschlossen, die sie nicht spätestens mit ihrem letzten Vortrag oder mit ihrer letzten Rechtsschrift vorgebracht haben (§ 114 ZPO). Davon ausgenommen sind lediglich Verrechnungseinreden, deren Richtigkeit sich aus den Prozessakten ergibt oder die durch neu eingereichte Urkunden sofort bewiesen werden können (§ 115 Ziff. 2 ZPO). Die genannten Ausnahmen gelten auch im Berufungs- und im Rekursverfahren, die ansonsten von einem umfassenden Novenverbot beherrscht werden (§§ 267 Abs. 1 und 278 i.V.m. 115 ZPO).³¹ Im Nichtigkeitsbeschwerdeverfahren sind Noven naturgemäss gänzlich ausgeschlossen.

[Rz 34] Eine strengere Eventualmaxime im erstinstanzlichen Verfahren – die Konzentration auf die erste Rechtsschrift – kennen soweit ersichtlich nur die Prozessordnungen der Kantone Basel-Stadt und Basel-Landschaft.³² Entsprechend sind Verrechnungseinreden vor Basler Gerichten bereits mit der ersten Rechtsschrift vorzubringen.

[Rz 35] Der Entwurf zur eidgenössischen ZPO sieht vor, dass die Parteien bis und mit den ersten Parteivorträgen, welche im Anschluss an den ersten (Art. 218 f. E-ZPO) oder allenfalls zweiten Schriftenwechsel (Art. 222 E-ZPO) erfolgen, neue Tatsachen, insbesondere also auch Verrechnungseinreden, vorbringen können (Art. 224 f. E-ZPO). Nach den ersten Parteivorträgen können neue Tatsachen nur noch eingeschränkt vorgebracht werden. Zulässig sind aber weiterhin echte Noven sowie unechte Noven, die trotz zumutbarer Sorgfalt nicht vorher eingebracht werden konnten (Art. 225 Abs. 2 und 3 E-ZPO). Im Berufungsverfahren gilt sinngemäss dieselbe Regelung (Art. 314 Abs. 1 i.V.m. Art. 225 Abs. 2 und 3 E-ZPO), während neue Tatsachen im Beschwerdeverfahren ausgeschlossen sind (Art. 324 E-ZPO).

4.3 Unzulässige prozessuale Anforderungen an die Verrechnungseinrede

[Rz 36] Das kantonale Prozessrecht darf die Verrechnungseinrede nicht an Voraussetzungen knüpfen, die von der materiellrechtlichen Verrechnungsordnung abweichen. Bundesrechtswidrig und ungültig sind daher Bestimmungen des kantonalen Prozessrechts, welche die Zulässigkeit der Verrechnungseinrede davon abhängig machen, dass Hauptforderung und Verrechnungsforderung aus dem gleichen Rechtsgeschäft stammen (Konnexitätsanforderung), dass der Betrag der Verrechnungsforderung denjenigen der

Hauptforderung nicht übersteigt, dass die Verrechnungsforderung liquide ist oder dass der Gerichtsstand der Verrechnungsforderung bei selbständiger Klage mit demjenigen der Hauptforderung identisch wäre.³³

[Rz 37] Unzulässig sind auch kantonale Prozessrechtsbestimmungen, die den Beklagten mit seiner Verrechnungseinrede auf den Weg der Widerklage oder der gesonderten Leistungsklage verweisen, denn damit würde die prozessuale Geltendmachung der Verrechnung als materiellrechtliches Verteidigungsmittel verunmöglicht. Die Verweisung auf den Weg der Leistungsklage verbietet sich schon deshalb, weil Hauptforderung und Verrechnungsforderung, soweit sie sich ausgleichen, durch die Verrechnung getilgt werden (Art. 124 Abs. 2 OR). Würde der Beklagte gezwungen, anstelle der Verrechnungseinrede eine Widerklage zu erheben, müsste er eine Forderung einklagen, welche zufolge der bereits abgegebenen Verrechnungserklärung gar nicht mehr besteht. Die Widerklage ist auch in denjenigen Fällen kein gangbarer Weg, wo die Verrechnungsforderung zwischenzeitlich verjährt ist und bei klageweiser Geltendmachung an der gegnerischen Verjährungseinrede scheitern würde, der Hauptforderung aber einredeweise nach wie vor entgegengehalten werden kann, da sich die Haupt- und die Verrechnungsforderung einst unverjährt gegenübergestanden haben.³⁴

4.4 Die Zuständigkeit zur Beurteilung der Verrechnungsforderung als prozessuales Erfordernis der Verrechnungseinrede?

a) Überblick

[Rz 38] Wird eine Verrechnungseinrede erhoben, hat das mit der Hauptforderung befasste Gericht zu entscheiden, ob es die Verrechnungsforderung auch dann behandeln darf, wenn es für deren Beurteilung bei selbständiger Klage nicht zuständig wäre. Dabei geht es um nichts anderes als um die Grundsatzfrage, ob die gerichtliche Zuständigkeit für die Verrechnungsforderung ein prozessuales Erfordernis der Verrechnungseinrede darstellt oder ob die Vorschriften des (materiellen) Verrechnungsrechts den (prozessualen) Zuständigkeitsbestimmungen vorgehen. In den folgenden Konstellationen ist dies von essentieller Bedeutung:

1. Der Kläger klagt seine Forderung (Hauptforderung) vor einem schweizerischen Gericht ein, für die zu verrechnende Forderung des Beklagten (Verrechnungsforderung) wäre bei selbständiger Klage jedoch
 - a. ein anderes schweizerisches Gericht zuständig;
 - b. ein ausländisches Gericht zuständig.
2. Der Kläger klagt seine Forderung (Hauptforderung) beim ordentlichen Gericht ein, für die zu

³¹ Andere kantonale Prozessordnungen kennen im Berufungs- und Rekursverfahren ein weniger strenges Novenrecht; vgl. z.B. §§ 230 und 240 ZPO TG.

³² Vogel/Spühler, Grundriss des Zivilprozessrechts, 7. A., Zürich 2001, 6 N 97 ff., m.w.H.

³³ BGE 63 II 133 S. 139 f. = Pra 26 (1937) Nr. 117; ZK-Aeppli, (Fn. 1), Vorbem. zu Art. 120-126 N 121.

³⁴ ZK-Aeppli, (Fn. 1), Vorbem. zu Art. 120-126 N 122.

verrechnende Forderung des Beklagten (Verrechnungsforderung) wäre bei selbständiger Klage jedoch ein Spezialgericht (bspw. ein Mietgericht) zuständig.

3. Der Kläger klagt seine Forderung (Hauptforderung) bei einem staatlichen Richter ein, für die zu verrechnende Forderung des Beklagten (Verrechnungsforderung) wäre bei selbständiger Klage jedoch ein Schiedsgericht zuständig.

[Rz 39] Einer streng *prozessualen Betrachtungsweise* folgend darf sich das vom Kläger angerufene, für die Hauptforderung zuständige Gericht mit der vom Beklagten einredeweise geltend gemachten Verrechnungsforderung nur dann befassen, wenn es für diese bei selbständiger Klage ebenfalls zuständig wäre. Für diese Auffassung spricht, dass sie eine Verschiebung der gesetzlichen Zuständigkeitsordnung, insbesondere die Umgehung (teil-)zwingender Gerichtsstandsbestimmungen oder ausschliesslicher Gerichtsstandsvereinbarungen, verunmöglicht.

[Rz 40] Einer rein *materiellrechtlichen Betrachtungsweise* folgend ist die Verrechnungseinrede im Prozess voraussetzungslos, d.h. ungeachtet der prozessualen Zuständigkeitsbestimmungen zulässig. Dafür spricht, dass die Verrechnungserklärung die Verrechnungsforderung materiellrechtlich zum Erlöschen bringt und es daher wenig sinnvoll ist, den Beklagten zu zwingen, seine materiellrechtlich erloschene Verrechnungsforderung mittels selbständiger Klage durchzusetzen. Der Grundsatz der Prozessökonomie spricht ebenfalls für den materiellrechtlichen Ansatz, da dieser eine umfassende Bereinigung der Streitigkeiten zwischen den Parteien ermöglicht.

[Rz 41] Eine *Mittellösung* besteht darin, dass die Verrechnungseinrede vom angerufenen Gericht nur, aber immerhin dann behandelt werden darf, wenn es für die Beurteilung der Verrechnungsforderung zuständig wäre, sofern diese widerklage- statt verrechnungsweise geltend gemacht würde. Dies ist regelmässig der Fall bei Vorliegen eines sachlichen Zusammenhangs zwischen Haupt- und Widerklage (vgl. Art. 6 GestG, Art. 8 IPRG, Art. 6 Ziff. 3 LugÜ), gleicher sachlicher Zuständigkeit und gleicher Verfahrensart (§ 60 Abs. 1 ZPO).³⁵

b) Binnensachverhalte

[Rz 42] Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts dürfen die Kantone die Zulässigkeit einer Verrechnungseinrede nicht davon abhängig machen, dass das mit der Hauptklage befasste Gericht zur Beurteilung der Verrechnungsforderung (auch dann) zuständig wäre, wenn diese Gegenstand einer selbständigen Klage bilden würde. Es gilt der Grundsatz «*le juge de l'action est le juge de l'exception*» – der Richter der

Klage ist der Richter der Einrede.³⁶ Entsprechend kann die Verrechnungseinrede einer Klage auch dann entgegengehalten werden, wenn das urteilende Gericht für die selbständige Beurteilung der Verrechnungsforderung unzuständig wäre. Damit wird der Vorrang des materiellen Bundesrechts gegenüber dem kantonalen Prozessrecht verwirklicht. Gleichzeitig lassen sich Widersprüche zwischen materieller Rechtslage und prozessuellem Ergebnis vermeiden.

[Rz 43] Mit Blick auf die sachliche Zuständigkeit gilt gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung allerdings folgender Kompromiss zwischen dem materiellen Bundesrecht und dem kantonalen Gerichtsorganisations- und Prozessrecht: Innerhalb desselben Kantons darf die Beurteilung der Verrechnungseinrede einer anderen Instanz (bspw. einem Miet- oder Arbeitsgericht) übertragen werden, falls das angerufene Gericht nicht berechtigt ist, die ausserhalb seiner sachlichen Zuständigkeit liegende Verrechnungsforderung zu beurteilen. Immerhin dürfen die Kantone eine solche Aufteilung der Verfahren nur im Rahmen ihrer Gerichtsbarkeit vornehmen; es ist ihnen nicht erlaubt, die Beurteilung von Verrechnungseinreden, die mit einer vor ihren Gerichten hängigen Klage zusammenhängen, einem ausserkantonalen oder gar einem ausländischen Gericht zuzuweisen.³⁷

[Rz 44] Im Falle der Aufteilung der Verfahren hat der mit der Hauptforderung befasste Richter entweder seinen Entscheid oder aber dessen Vollstreckbarkeit im Umfang der Verrechnungsforderung auszusetzen, und zwar so lange, bis der mit der Verrechnungsforderung befasste Richter über diese entschieden hat. Der erste Prozess betrifft die Frage, ob die Hauptforderung besteht und ob, falls die Verrechnungsforderung im zweiten Prozess geschützt wird, die Verrechnungswirkung eingetreten ist. Der zweite Prozess hat über die Feststellungsklage des im ersten Prozess Beklagten, ob die Verrechnungsforderung im Zeitpunkt der Verrechnungserklärung bestanden habe, zu befinden. Zur Geltendmachung seiner Forderung beim zuständigen Gericht ist dem im ersten Prozess Beklagten eine Frist anzusetzen.³⁸

[Rz 45] Die neueren Zivilprozessordnungen orientieren sich hinsichtlich der Zuständigkeit zur Beurteilung von Verrechnungseinreden am Grundsatz «*le juge de l'action est le juge de l'exception*».³⁹ Das st. gallische Zivilprozessrecht beispielsweise enthält dazu sogar eine explizite Regelung: «*Der Beklagte kann dem Kläger die Einrede der Verrechnung entgegenhalten, auch wenn der Richter zur Beurteilung der verrechneten Forderung nicht zuständig wäre.*» (Art. 70 ZPO SG)⁴⁰ Im zürcherischen Zivilprozessrecht besteht für die Par-

³⁵ dazu ZK-Aeppli, (Fn. 1), Vorbem. zu Art. 120-126 N 126 ff.; Zimmerli, (Fn. 2), S. 90 ff.

³⁶ BGE 85 II 103 S. 107 = Pra 48 (1959) Nr. 122; BGE 76 II 43 S. 44 = Pra 39 (1950) Nr. 84; BGE 63 II 133, S. 141 = Pra 26 (1937) Nr. 117.

³⁷ BGE 85 II 103 S. 109 = Pra 48 (1959) Nr. 122.

³⁸ BGE 85 II 103 S. 108 = Pra 48 (1959) Nr. 122; ZK-Aeppli, (Fn. 1), Vorbem. zu Art. 120-126 N 128; Vogel/Spühler, (Fn. 32), 12 N 142 f.

³⁹ Zimmerli, (Fn. 2), S. 94; vgl. auch Art. 70 ZPO SG.

⁴⁰ vgl. dazu Leuenberger/Uffer-Tobler, Kommentar zur Zivilprozessordnung

teien bei unterschiedlicher sachlicher Zuständigkeit die Möglichkeit, die gerichtliche Beurteilung des gesamten Streitkomplexes dem ordentlichen Richter zu übertragen (§§ 13 Abs. 3, 18 Abs. 5 und 64 Ziff. 2 GVG).⁴¹

c) Internationale Sachverhalte

[Rz 46] Auch in internationalen Prozessen stellt sich die Frage, ob das mit der Hauptklage befasste Gericht eine Verrechnungseinrede behandeln darf, wenn es für die Beurteilung der Verrechnungsforderung bei selbständiger Geltendmachung unzuständig wäre. Anders als in Binnensachverhalten gilt der Grundsatz *«le juge de l'exception est le juge de l'exception»* hier aber nicht per se.⁴²

[Rz 47] Als Erstes ist in internationalen Fällen zu klären, welches (prozessuale oder materielle) Recht überhaupt bestimmt, ob das mit der Hauptforderung befasste Gericht (auch) zur Beurteilung der Verrechnungsforderung befugt ist. Betrachtet man die Frage der Zulässigkeit der Verrechnungseinrede als Gegenstand des materiellen Rechts, unterliegt sie dem Verrechnungsstatut (*lex causae*). Misst man ihr hingegen primär prozessualen Charakter bei, ist das Zuständigkeitsstatut (prozessuale Bestimmungen der *lex fori*) massgeblich.⁴³

[Rz 48] Traditionell wird die Verrechnung sowohl materiellrechtlich als auch prozessrechtlich qualifiziert und damit im Ergebnis von einer doppelten Zulässigkeit abhängig gemacht. Dabei überwiegt jedoch der prozessuale Aspekt, da die Verrechnung in der Praxis tendenziell weniger an den Bestimmungen des Verrechnungsstatuts als vielmehr an der fehlenden gerichtlichen Zuständigkeit für die Verrechnungsforderung scheitert. In jüngster Zeit ist jedoch eine deutliche Akzentverschiebung zu Gunsten einer Liberalisierung verbunden mit einer Abkehr von der prozessualen Betrachtungsweise festzustellen.⁴⁴

[Rz 49] Aus prozessualer Sicht hat das am Ort des angerufenen Gerichts geltende Zuständigkeitsrecht zur Anwendung zu gelangen, in der Schweiz also je nachdem die einschlägigen Normen des IPRG oder jene des LugÜ. Jedoch enthalten diese – wie die meisten kantonalen Prozessordnungen – keine Bestimmungen darüber, ob das zur Beurteilung der Hauptforderung zuständige Gericht (auch) über die Verrechnungsforderung entscheiden darf, wenn es für diese bei selbständiger Klage nicht zuständig wäre.

[Rz 50] Bis vor kurzem vertrat die Lehre noch überwiegend

die Ansicht, eine Verrechnungseinrede müsse nur dann von einem schweizerischen Gericht berücksichtigt werden, wenn dieses (auch) für die Verrechnungsforderung international zuständig sei.⁴⁵ Dies ist stets der Fall, wenn sich der Kläger auf die Verrechnungsforderung einlässt oder zufolge Konnexität von Hauptforderung und Verrechnungsforderung eine Widerklagezuständigkeit gegeben ist. Ungeachtet der prozessualen Zuständigkeit ist schliesslich immer dann von der Zulässigkeit der Verrechnung auszugehen, wenn die Gegenforderung in Bestand und Höhe unstrittig bzw. anerkannt ist; die gegenteilige Lösung wäre mit dem Grundsatz der Parteiherrschaft und der Prozessökonomie nicht zu vereinbaren.⁴⁶ Fehlt es aber an der internationalen Zuständigkeit des angerufenen Gerichts hinsichtlich der Verrechnungsforderung, bleibt diese unbeurteilt.⁴⁷ Dies wiederum birgt die akute Gefahr eines Prozessergebnisses in sich, welches der materiellen Rechtslage widerspricht: nämlich dann, wenn die Verrechnung nach den Bestimmungen des Verrechnungsstatuts zwar wirksam ist, im Prozess jedoch mangels internationaler Zuständigkeit des angerufenen Gerichts nicht berücksichtigt werden konnte.

[Rz 51] Nicht zuletzt deshalb wird in der Lehre neuerdings die Auffassung vertreten, das Gericht der Hauptforderung sei sowohl im Anwendungsbereich des IPRG als auch des LugÜ (voraussetzungslos) zur Behandlung einredeweise vorgebrachter Verrechnungsforderungen zuständig.⁴⁸ Zuweilen wird dabei allerdings auch die Meinung vertreten, die Zuständigkeit des mit der Hauptforderung befassten Gerichts beschränke sich auf die Beurteilung konnexer Verrechnungsforderungen.⁴⁹ Wird die Zulässigkeit der Verrechnung jedoch vom Erfordernis der Konnexität abhängig gemacht, welches selber eine Zuständigkeit begründet (vgl. Art. 8 IPRG und Art. 6 Ziff. 3 LugÜ), ist kein Unterschied zum rein zuständigkeitsorientierten Ansatz mehr auszumachen.

[Rz 52] Dem materiellrechtlichen Charakter der Verrechnung am ehesten gerecht wird wohl diejenige Auffassung, wonach das angerufene Gericht zur Beurteilung der einredeweise geltend gemachten Verrechnungsforderung berechtigt ist, wenn die Berücksichtigung des Verrechnungsstatuts dies erfordert, und zwar unabhängig davon, ob das Gericht aufgrund der Zuständigkeitsnormen der *lex fori* für die Beurteilung der Verrechnungsforderung zuständig ist oder nicht.⁵⁰ Dadurch

des Kantons St. Gallen, Bern 1999, Art. 70 N 1 ff.

⁴¹ Hauser/Schweri, Kommentar zum zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetz, Zürich 2002, Vorbem. zu §§ 1 ff. N 24.

⁴² BSK IPRG-Dasser, (Fn. 11), Art. 148 N 19; Zimmerli, (Fn. 2), S. 125.

⁴³ Zimmerli, (Fn. 2), S. 125.

⁴⁴ Zimmerli, (Fn. 2), S. 125 f., m.w.H.; BSK IPRG-Dasser, (Fn. 11), Art. 148 N 19 und 23, m.w.H.; ZK-Keller/Girsberger, 2. A., Zürich 2004, Art. 148 N 58.

⁴⁵ Zimmerli, (Fn. 2), S. 127; vgl. auch BSK IPRG-Dasser, (Fn. 11), Art. 148 N 19 und 23, m.w.H.

⁴⁶ Vischer/Huber/Oser, Internationales Vertragsrecht, 2. A., Bern 2000, N 1138.

⁴⁷ Vischer/Huber/Oser, (Fn. 46), N 1140.

⁴⁸ Vischer/Huber/Oser, (Fn. 46), N 1134 ff. und N 1142; Zimmerli, (Fn. 2), S. 138 f.; vgl. die Übersicht über den Meinungsstand bei Zimmerli, (Fn. 2), S. 126 ff.

⁴⁹ Walter, Internationales Zivilprozessrecht der Schweiz, 4. A., Bern 2007, §§ 4 VII, S. 143, und 5 C II 8 c, S. 222.

⁵⁰ vgl. dazu Dasser, (Fn. 11), Art. 148 N 23.

würde das mit der Hauptforderung befasste Gericht zur Beurteilung der Verrechnungsforderung verpflichtet, falls die Verrechnung nach dem massgeblichen Verrechnungsstatut das Erlöschen der Hauptforderung bewirkt. Damit hätte der aus dem schweizerischen Verrechnungsstatut abgeleitete und in Binnensachverhalten wegleitende Grundsatz «*le juge de l'action est le juge de l'exception*» auch in internationalen Sachverhalten Gültigkeit.⁵¹

[Rz 53] In einem neueren Entscheid hat das Bundesgericht diesen Grundsatz ausdrücklich bestätigt. Mit Blick auf einen internationalen Sachverhalt hielt es fest, in Übereinstimmung mit dem anwendbaren ausländischen Verrechnungsstatut sowie dem massgeblichen Prozessrecht könne nicht ausgeschlossen werden, dass das für die Beurteilung der Hauptforderung zuständige schweizerische Gericht auch für die einredeweise Beurteilung der Verrechnungsforderung zuständig sei.⁵²

[Rz 54] Der Europäische Gerichtshof (EuGH) hat seinerseits entschieden, dass sich der mit der Widerklage befassende Art. 6 Ziff. 3 EuGVÜ, der Art. 6 Ziff. 3 LugÜ entspricht, nur auf Widerklagen beziehe, nicht aber auf Verrechnungseinreden. Bei der Verrechnungseinrede handle es sich um ein blosses Verteidigungsmittel, das Bestandteil des vom Kläger in Gang gesetzten Verfahrens sei und daher nicht erfordere, dass dieser im Sinne von Art. 6 Ziff. 3 LugÜ vor dem für die Hauptforderung zuständigen Gericht verklagt werde. Die Zulässigkeit sämtlicher Verteidigungsmittel, die in einem Prozess geltend gemacht werden könnten, mitunter auch der Verrechnungseinrede, und die Voraussetzungen, unter denen dies geschehen könne, richte sich nach dem nationalen Recht.⁵³

[Rz 55] Nach Auffassung des EuGH bleibt es also dem nationalen Recht des angerufenen Gerichts überlassen, ob es die einredeweise Beurteilung von Verrechnungsforderungen (auch) in jenen Fällen für zulässig erklären will, in denen eine selbständige Klage an der fehlenden (internationalen) Zuständigkeit scheitern würde. Aufgrund der bundesgerichtlichen Rechtsprechung steht einer einredeweisen Beurteilung von Verrechnungsforderungen bei fehlender (internationaler) Zuständigkeit zumindest dann nichts entgegen, wenn sie in Übereinstimmung mit dem anwendbaren Verrechnungsstatut erfolgt.

[Rz 56] Es scheint damit im Ergebnis als angebracht, den bundesgerichtlichen Grundsatz «*le juge de l'action est le juge de l'exception*» inskünftig auch auf internationale Sachverhalte anzuwenden und die Berücksichtigung der Verrechnungseinrede vom Verrechnungsstatut abhängig zu machen. Soweit

die Verrechnung nach dem anwendbaren Verrechnungsstatut zum Erlöschen der Hauptforderung führt, sollte sich das mit der Hauptforderung befasste schweizerische Gericht also auch dann mit der einredeweise geltend gemachten Verrechnungsforderung befassen, wenn es für deren Beurteilung bei selbständiger Geltendmachung unzuständig wäre. Anders als in rein schweizerischen Sachverhalten, in denen der Grundsatz «*le juge de l'action est le juge de l'exception*» aufgrund der materiellrechtlichen Konzeption des schweizerischen Verrechnungsstatuts zur Behandlung der Verrechnungsforderung zwingt, ist die Verrechnungseinrede jedoch dann unberücksichtigt zu lassen, wenn das ausländische Verrechnungsstatut der Beurteilung der Verrechnungsforderung entgegensteht.

d) Verrechnungsforderungen mit Schiedsklauseln

[Rz 57] Untersteht die einredeweise geltend gemachte Verrechnungsforderung einer Schiedsklausel, so ist ihre Beurteilung der staatlichen Gerichtsbarkeit entzogen. Entsprechend wird das angerufene staatliche Gericht die Verrechnungseinrede in einem solchen Fall ignorieren, wenn sich der Verrechnungsgegner und Hauptkläger auf das Prozesshindernis der Schiedsklausel beruft.⁵⁴

5. Die prozessualen Folgen der Verrechnungseinrede

5.1 Berücksichtigung der Verrechnungsforderung im Prozess

[Rz 58] Die prozesskonform erhobene Verrechnungseinrede ist im Verfahren vor dem angerufenen Gericht zu berücksichtigen. Beruft sich der Beklagte zur Verteidigung ausschliesslich auf seine unbedingt abgegebene Verrechnungserklärung, so hat das Gericht die eingeklagte Hauptforderung insoweit als anerkannt zu betrachten, als sie von der Verrechnung betroffen ist. Der Prozess dreht sich in der Folge nur noch um die Verrechnungsforderung und die Verrechnungsvoraussetzungen; ist die Verrechnungswirkung nicht eingetreten, hat das Gericht die Klage in jenem Umfang gutzuheissen, in dem die Hauptforderung durch Abgabe der Verrechnungserklärung anerkannt wurde.⁵⁵

[Rz 59] Wurde die Hauptforderung durch die Verrechnungserklärung nicht anerkannt, da diese bloss eventualiter abgegeben wurde, hat das Gericht über die Hauptforderung und bei Eintritt der Verrechnungswirkungen auch über die Verrechnungsforderung ein Beweisverfahren durchzuführen.⁵⁶

[Rz 60] Falls der Beklagte neben der Verrechnungseinrede weitere Einreden oder Einwendungen gegen die ein-

⁵¹ BSK IPRG-Dasser, (Fn. 11), Art. 148 N 23.

⁵² BGE 132 I 134 ff. S. 139 = Pra 96 (2007) Nr. 15 S. 88.

⁵³ Kropholler, Europäisches Zivilprozessrecht, 8. A., Frankfurt am Main 2005, Art. 6 N 42 ff.; Walter, (Fn. 49), §§ 4 VII, S. 142 ff., und 5 C II 8 c, S. 221 ff.; Spühler, Einführung ins internationale Zivilprozessrecht, Zürich 2001, S. 34 und 60; Entscheid EuGH vom 13.07.1995.

⁵⁴ BSK OR I-Peter, (Fn. 2), Vor Art. 120-126 N 3; ZK-Aeppli, (Fn. 1), Vorbem. zu Art. 120-126 N 130.

⁵⁵ ZK-Aeppli, (Fn. 1), Vorbem. zu Art. 120-126 N 137.

⁵⁶ ZK-Aeppli, (Fn. 1), Vorbem. zu Art. 120-126 N 137.

geklagte Hauptforderung vorbringt, hat das Gericht die Verrechnungseinrede an letzter Stelle zu prüfen, da angenommen wird, dass der Beklagte die Klageabweisung in erster Linie ohne Preisgabe der eigenen Forderung erreichen will.⁵⁷

5.2 Rechtskraftumfang

[Rz 61] Die Rechtskraft eines Urteils bezieht sich in der Regel ausschliesslich auf das Dispositiv. Im Zusammenhang mit der Verrechnung sind Ausnahmen von diesem Grundsatz jedoch unumgänglich, da die Verrechnung sowohl die Hauptforderung als auch die Verrechnungsforderung zum Erlöschen bringt. Diese materielle Doppelwirkung soll auch prozessual kohärent behandelt werden und nicht zu zwei widersprüchlichen Urteilen führen. Insbesondere ist zu verhindern, dass die Verrechnungsforderung in einem neuen Prozess wieder in voller Höhe geltend gemacht werden kann, nachdem sie in einem früheren Prozess dazu gedient hat, die Verurteilung zur Erfüllung der Hauptforderung abzuwenden. Manche Prozessordnungen erstrecken die materielle Rechtskraft im Verrechnungsfall daher auch auf die in der Urteilsbegründung bejahte oder verneinte Verrechnungsforderung (positiver bzw. negativer Verrechnungsentscheid).⁵⁸

[Rz 62] Im zürcherischen Prozessrecht gilt praxismässig folgende Regel: Wird die Klage infolge einer Verrechnungseinrede abgewiesen, kommt den Urteilsabwägungen über das Bestehen der Verrechnungsforderung (positiver Verrechnungsentscheid) materielle Rechtskraft zu. Bleibt die Verrechnungseinrede hingegen erfolglos, wird hinsichtlich der Verrechnungsforderung selbst dann keine abgeurteilte Sache angenommen, wenn ihr Bestand verneint wurde (negativer Verrechnungsentscheid).⁵⁹

[Rz 63] In der Literatur wird demgegenüber zu Recht die Auffassung vertreten, sowohl dem positiven als auch dem negativen Verrechnungsentscheid komme von Bundesrechts wegen materielle Rechtskraft zu.⁶⁰ Andere Prozessordnungen sehen denn auch vor, dass sich die materielle Rechtskraft nicht nur auf die Entscheidung über das Bestehen der einredeweise geltend gemachten Verrechnungsforderung bezieht (positiver Verrechnungsentscheid), sondern auch auf die Entscheidung über deren Nichtbestehen (negativer Verrechnungsentscheid), und zwar bis zur Höhe des Betrages, mit dem verrechnet werden sollte.⁶¹

⁵⁷ ZK-Aeppli, (Fn. 1), Vorbem. zu Art. 120-126 N 136.

⁵⁸ Habscheid, Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht, 2. A., Basel 1990, S. 284; BSK OR I-Peter, (Fn. 2), Vor Art. 120-126 N 4; ZK-Aeppli, (Fn. 1), Vorbem. zu Art. 120-126 N 140 ff.

⁵⁹ Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. A., Zürich 1997, § 191 N 14.

⁶⁰ Vogel/Spühler, (Fn. 32), 8 N 73.

⁶¹ vgl. z.B. Art. 71 BZP; vgl. Merz, Die Praxis zur thurgauischen Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Bern 2007, § 112 N 14, welche hinsichtlich der Rechtskraft des negativen Verrechnungsentscheides richtigerweise eine Einschränkung anbringt für den Fall, dass die Verrechnungseinrede nicht an

5.3 Streitwertberechnung / Kosten- und Entschädigungsfolgen

[Rz 64] Bei der Berechnung des Streitwerts einer Klage, der eine Verrechnungseinrede entgegengehalten wird, ist alleine auf die Höhe der Hauptforderung abzustellen; die Verrechnungsforderung bleibt ohne Belang.⁶² Die beklagte Partei kann jedoch trotz Klageabweisung für teilweise kosten- und entschädigungspflichtig erklärt werden, falls sie mehrere Verrechnungsforderungen geltend macht und sich diese mit Ausnahme einer einzigen als unbegründet erweisen. Damit wird dem Umstand Rechnung getragen, dass derartige prozessuales Verhalten regelmässig zu unnötigen Aufwendungen und Kosten führt (vgl. § 66 ZPO).⁶³

[Rz 65] Im Gegensatz zur Verrechnung werden im Falle einer Widerklage die Streitwerte von Klage und Widerklage – zumindest nach zürcherischem Prozessrecht – zusammenge-rechnet (§ 19 Abs. 2 ZPO). Keine Zusammenrechnung erfolgt jedoch gemäss Art. 53 Abs. 1 BGG und, soweit es nicht um die Bestimmung der Prozesskosten geht, gemäss Art. 92 E-ZPO.

6. Die Verrechnung im Rechtsöffnungsverfahren

6.1 Überblick

[Rz 66] Im Rechtsöffnungsverfahren wird überprüft, ob der gegen die Zwangsvollstreckung gerichtete Rechtsvorschlag zu bestätigen oder durch Erteilung der Rechtsöffnung aufzuheben ist. Je nach Art der Urkunden, die der Gläubiger beizubringen vermag, kann definitive Rechtsöffnung (z.B. bei Urteilen) oder provisorische Rechtsöffnung (z.B. bei Schuld- anerkennungen) erteilt werden, was für den weiteren Fortgang des Vollstreckungsverfahrens bedeutsam ist.

6.2 Definitive Rechtsöffnung

[Rz 67] Im Verfahren der *definitiven Rechtsöffnung* kann der Betriebene die Rechtsöffnung abwenden, indem er durch Urkunden beweist, dass die Schuld seit Erlass des Urteils durch Bezahlung oder Verrechnung getilgt worden ist (Art. 81 Abs. 1 SchKG). Ausgeschlossen ist diese Einrede des Betriebenen allerdings dann, wenn es ihm bereits im ordentlichen Prozess – bis zu jenem Zeitpunkt, in dem rechtserhebliche Tatsachen spätestens noch geltend gemacht werden können (vgl. Ziff. Rz 31 ff.) – möglich gewesen wäre, die Verrechnungseinrede zu erheben. Der im definitiven Rechtsöffnungsverfahren zu erbringende Urkundenbeweis umfasst neben dem Bestand der Verrechnungsforderung auch die positiven

ihrer fehlenden Begründetheit, sondern an der Zulässigkeit oder Wirksamkeit der Verrechnungserklärung scheitert; vgl. dazu auch ZK-Aeppli, Vorbem. zu Art. 120-126 N 144.

⁶² ZK-Aeppli, (Fn. 1), Vorbem. zu Art. 120-126 N 146; BGE 95 II 281 ff.

⁶³ ZR 74 Nr. 32.

Voraussetzungen der Verrechnungsbefugnis (Art. 120 Abs. 1 OR), nicht jedoch die Abgabe der Verrechnungserklärung (Art. 124 Abs. 1 OR).

[Rz 68] Misslingt dem Betriebenen der Urkundenbeweis, kann er sich gegen die weitere Zwangsvollstreckung nur noch mittels Klage auf Aufhebung der Betreibung (Art. 85 oder 85a SchKG) wehren oder nach Beendigung des Zwangsvollstreckungsverfahrens einen Rückforderungsprozess (Art. 86 SchKG) anstrengen. Wird die definitive Rechtsöffnung jedoch aufgrund einer Verrechnungseinrede des Betriebenen verweigert, so bleibt dem Gläubiger nichts anderes übrig, als die Frage der Verrechnung vor den ordentlichen Richter zu tragen. Dabei kommt einzig eine Feststellungsklage in Betracht, da die Anbringung einer Leistungsklage zufolge materieller Rechtskraft der Hauptforderung ausgeschlossen ist.⁶⁴

6.3 Provisorische Rechtsöffnung

[Rz 69] Im Verfahren der *provisorischen Rechtsöffnung* kann der Betriebene die Rechtsöffnung dadurch abwenden, dass er Einwendungen, welche die vorgelegte Schuldanererkennung entkräften, sofort glaubhaft macht (Art. 82 Abs. 2 SchKG). Dazu zählen im Falle einer Verrechnung – wie bei der definitiven Rechtsöffnung – der Bestand der Verrechnungsforderung und die positiven Voraussetzungen der Verrechnungsbefugnis. Allerdings genügt im provisorischen Rechtsöffnungsverfahren die *Glaubhaftmachung* der Verrechnung, während im definitiven Rechtsöffnungsverfahren ein Urkundenbeweis zu erbringen ist.

[Rz 70] Misslingt dem Betriebenen die Glaubhaftmachung der Verrechnung und wird die provisorische Rechtsöffnung in der Folge gewährt, kann er die Frage des Untergangs durch Verrechnung zum Gegenstand eines Aberkennungsprozesses (Art. 83 Abs. 2 SchKG) machen. Verzichtet er auf diese Möglichkeit, stehen ihm die Aufhebungsklagen (Art. 85 oder 85a SchKG) sowie als letztes Mittel die Rückforderungsklage (Art. 86 SchKG) zur Verfügung. Wird die provisorische Rechtsöffnung jedoch zufolge Glaubhaftmachung der Verrechnung verweigert, ist der Gläubiger zur Durchsetzung seiner Forderung auf den ordentlichen Prozessweg verwiesen (Art. 79 SchKG).⁶⁵

7. Einzelfragen

7.1 Gleichzeitige Rechtshängigkeit von Haupt- und Verrechnungsforderung bei verschiedenen Gerichten

[Rz 71] Erklärt der Beklagte während eines laufenden Prozesses die Verrechnung mit einer Forderung

(Verrechnungsforderung), die bereits vor einem anderen Gericht rechtshängig ist, birgt dies die akute Gefahr widersprüchlicher Urteile in sich. Diese lässt sich abwenden, indem eines der beiden Verfahren sistiert wird: Art. 36 GestG erlaubt dem später angerufenen Gericht bei Vorliegen eines sachlichen Zusammenhangs zwischen Hauptforderung und Verrechnungsforderung sowie einer früheren Rechtshängigkeit der Verrechnungsforderung bei einem anderen Gericht, das Verfahren zu sistieren oder die Klage an das zuerst angerufene Gericht zu überweisen. Eine analoge Bestimmung enthält Art. 22 LugÜ, während das IPRG keine solche Regel kennt.⁶⁶ Fehlt ein sachlicher Zusammenhang zwischen Haupt- und Verrechnungsforderung, kommt im zürcherischen Prozessrecht allenfalls eine Sistierung aus zureichenden Gründen gemäss § 53a Abs. 1 ZPO in Betracht.

[Rz 72] Mit der Sistierung des die Hauptforderung betreffenden Verfahrens bis zum Urteil über die Verrechnungsforderung lassen sich aber nicht alle Probleme lösen. Bei der Verrechnung von zwei gleichzeitig rechtshängigen Forderungen hat sich im Prinzip jedes der beiden angerufenen Gerichte mit jeder der beiden betroffenen Forderungen wie auch mit der Gültigkeit der Verrechnung als solcher zu befassen. Anders lassen sich in Anbetracht der materiellrechtlichen Tilgungswirkung der Verrechnung (Art. 124 Abs. 2 OR) keine Leistungsurteile fällen, die mit dem materiellen Recht im Einklang stehen. Die im Zusammenhang mit der Verfahrensaufteilung bei unterschiedlicher sachlicher Zuständigkeit ins Spiel gebrachte Feststellungsklage hinsichtlich der Verrechnungsforderung (vgl. Rz 44) führt hier auch nicht weiter, da beide Klagen bereits hängig und auf Leistung gerichtet sind. De lege lata zeichnet sich zu dieser Problematik deshalb noch keine ideale Lösung ab.⁶⁷

7.2 Die Teilklage

[Rz 73] Im Fall einer Teilklage kann sich – in der Regel aufgrund einer entsprechenden Intervention des Klägers – die Frage stellen, ob sich die vom Beklagten erhobene Verrechnungseinrede auf den *eingeklagten Forderungsteil* oder aber auf den *nicht eingeklagten Forderungsteil* beziehe. Im Grundsatz gilt das Erstere: Der Kläger kann den Beklagten nicht auf den nicht eingeklagten Forderungsteil verweisen und auf diesem Weg der Verrechnungswirkung hinsichtlich des eingeklagten Forderungsteils entrinnen.⁶⁸

7.3 Die Verrechnung mit einer rechtskräftig beurteilten Forderung in einem späteren Verfahren

[Rz 74] Eine rechtskräftig beurteilte Forderung kann in einem neuen Verfahren ohne weiteres zur Verrechnung gebracht

⁶⁴ ZK-Aepli, (Fn. 1), Vorbem. zu Art. 120-126 N 155 ff.; Zimmerli, (Fn. 2), S. 165 ff.

⁶⁵ ZK-Aepli, (Fn. 1), Vorbem. zu Art. 120-126 N 168 ff.; Zimmerli, (Fn. 2), S. 168 f.

⁶⁶ BSK IPRG-Dasser, (Fn. 11), Art. 36 N 30 f.

⁶⁷ BSK OR I-Peter, (Fn. 2), Vorbem. zu 120-126 N 4.

⁶⁸ Koller, (Fn. 4), S. 111; ZK-Aepli, (Fn. 1), Vorbem. zu Art. 120-126 N 145.

werden. Der Grundsatz der materiellen Rechtskraft (res iudicata) steht dem nicht entgegen.⁶⁹

Der Autor ist Rechtsanwalt bei der Wirtschaftskanzlei Homburger AG in Zürich. Er ist schwergewichtig im prozessualen Bereich tätig.

* * *

⁶⁹ BGE 4C.43/2004 vom 2. Juni 2004, E. 4.3.