

JUS PRIVATUM

20

Klaus Peter Berger

# Der Aufrechnungsvertrag



J. C. B. MOHR (PAUL SIEBECK) TÜBINGEN

# JUS PRIVATUM

Beiträge zum Privatrecht

Band 20



# Der Aufrechnungsvertrag

Aufrechnung durch Vertrag  
Vertrag über Aufrechnung

von

Klaus Peter Berger



J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen

*Die Deutsche Bibliothek - CIP-Einheitsaufnahme*

*Berger, Klaus Peter:*

Der Aufrechnungsvertrag: Aufrechnung durch Vertrag; Vertrag über Aufrechnung /  
von Klaus Peter Berger. - Tübingen: Mohr, 1996

(Jus privatum; Bd. 20)

ISBN 3-16-146605-5

NE: Ius privatum

978-3-16-157895-3 Unveränderte eBook-Ausgabe 2019

© 1996 J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Typographic in Tübingen aus der Times Antiqua belichtet, von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier der Papierfabrik Niefern gedruckt und von der Großbuchbinderei Heinr. Koch in Tübingen gebunden.

ISSN 0940-9610

„Die Aufrechnung ist ein Geschäft, das den Juristen sowohl durch seine unendliche wirtschaftliche Wichtigkeit, als durch seine äusserst feine juristische Struktur immer und immer wieder zur Bearbeitung reizen muss.“

*Kohler, AcP 24 (1898), S. 1.*

## Vorwort

Das Recht der Aufrechnung nimmt seit jeher einen zentralen Platz in der Dogmatik des allgemeinen Schuldrechts ein. Die ganz überwiegende Zahl der Untersuchungen hat dabei allerdings ausschließlich die einseitige Aufrechnung im Blick. Daß die Aufrechnungswirkung auch durch Einigung der Parteien bewirkt werden kann, wird meist als selbstverständlich vorausgesetzt und daher nicht zum Ausgangspunkt wissenschaftlicher Betrachtung gemacht. Die mit der konsensualen Aufrechnung verbundenen Rechtsprobleme sind deshalb bis heute nicht umfassend aufgearbeitet worden. Die vorliegende Arbeit will diese Lücke schließen. Ihr Grundanliegen ist die theoretische Fundierung und Absicherung eines Systems des Rechts der Aufrechnungsverträge, das sich eng an die gesetzliche Regelung der §§ 387ff BGB anlehnt. Ermöglicht wird dieser Ansatz durch die Erkenntnis, daß auch der Aufrechnungsvertrag trotz seiner in der Parteiautonomie wurzelnden Ursprünge echte Aufrechnung im Sinne dieser Vorschriften ist. Der undifferenzierte Rekurs auf die parteiautonome Gestaltungsfreiheit hat diese Sichtweise bis heute erschwert, wenn nicht gar unmöglich gemacht. Zugleich hat er dazu geführt, daß die vielfältigen Erkenntnisse der früheren Rechtslehre zur konsensualen Aufrechnung im gemeinen und frühen Recht des BGB in der heutigen Diskussion weitgehend vernachlässigt werden. Dies gilt etwa für die von der älteren Lehre entwickelte und im Untertitel dieser Arbeit wieder aufgenommene begriffliche Unterscheidung zwischen „Aufrechnung durch Vertrag“ und „Vertrag über Aufrechnung“. Sie ist im Hinblick auf den damit verbundenen unterschiedlichen Eintritt der Aufrechnungswirkung für das Verständnis der Vielfalt möglicher Erscheinungsformen des Aufrechnungsvertrages von entscheidender Bedeutung. Der Blick auf diese Erscheinungsformen des Aufrechnungsvertrages liefert zugleich das Substrat für die notwendige Kontrolle der theoretischen Erkenntnisse in der Praxis. Dabei reicht die Bandbreite von der einfachen Abrechnung unter Skatspielern über Kürzungsrechte zum Inkasso berechtigter Arbeitnehmer und Konzernverrechnungsklauseln bis hin

zu komplexen multilateralen Aufrechnungsvorgängen im Rahmen des Inter-Banken-Abrechnungsverkehrs.

Die Arbeit wurde im Wintersemester 1995/96 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Köln als Habilitationsschrift angenommen. Mein besonders herzlicher Dank gilt meinem akademischen Lehrer, Professor Dr. Norbert Horn. Er hat während meiner Assistentenzeit am Institut für Bankrecht an der Universität zu Köln den Fortgang der Arbeit durch vielfältige Anregungen maßgeblich gefördert. Seine Mahnung, bei aller dogmatischer Feinarbeit nie den Blick für die Praxis zu verlieren, hat mein Verständnis von wissenschaftlicher Arbeit wesentlich geprägt. Besonderen Dank schulde ich auch dem Zweitgutachter, Herrn Professor Dr. Hanns Prütting, der trotz der vielfältigen Belastungen des wissenschaftlichen Alltags eine zügige Durchführung des Habilitationsverfahrens ermöglicht hat. Dank gebührt auch den Mitarbeitern des Instituts für Bankrecht an der Universität zu Köln, die auf die eine oder andere Weise zum Gelingen der Arbeit beigetragen haben. Zu Dank verpflichtet bin ich schließlich der Rudolf Siedersleben'schen Otto Wolff-Stiftung für die Gewährung eines großzügigen Druckkostenzuschusses.

Die Abhandlung ist meiner Frau gewidmet, ohne deren Verständnis, Geduld und Diskussionsbereitschaft die Arbeit in der vorliegenden Form nicht hätte entstehen können.

Köln, im August 1996

Klaus Peter Berger

## Inhaltsübersicht

Vorwort . . . . .	V
Inhaltsverzeichnis . . . . .	XI
Abkürzungsverzeichnis . . . . .	XXV
<i>Einleitung</i> . . . . .	1
§ 1 Der Aufrechnungsvertrag: Parteiinteressen und rechtliche Rahmenbedingungen . . . . .	1
§ 2 Mißverhältnis von praktischer Relevanz und wissenschaftlicher Aufarbeitung des Aufrechnungsvertrages . . . . .	3
§ 3 Gang der Darstellung . . . . .	9
<i>1. Kapitel: Terminologie des Aufrechnungsvertrages:</i> <i>„Aufrechnung“, „Verrechnung“, „Anrechnung“, „Netting“</i> . . . . .	12
§ 4 „Aufrechnungsvertrag“, „Verrechnungsvereinbarung“, „Anrechnungsabrede“ . . . . .	13
§ 5 Anglisierung der Begrifflichkeit: „Netting“ . . . . .	19
§ 6 Anwendungsbereiche des Netting in der Praxis . . . . .	35
§ 7 Zusammenfassung . . . . .	56
<i>2. Kapitel: Dogmatische Wurzeln der gesetzlichen Aufrechnung</i> . . . . .	59
§ 8 Ursprünge des Aufrechnungsrechts . . . . .	59
§ 9 Treu und Glauben als dogmatische Grundlage . . . . .	61
§ 10 Traditionelle Funktionen der Aufrechnung . . . . .	69
§ 11 Zusammenfassung . . . . .	76
<i>3. Kapitel: Der Aufrechnungsvertrag als Aufrechnung</i> <i>i.S.v. §§ 387ff BGB</i> . . . . .	78
§ 12 Historische Ursprünge . . . . .	78
§ 13 Dogmatische Nähe von einseitiger Aufrechnung und Aufrechnungsvertrag . . . . .	82

§ 14 Rückbesinnung auf gemeinsame Grundlagen: Dogmatische Annäherung von gesetzlicher Aufrechnung und Aufrechnungsvertrag . . . . .	108
§ 15 Zusammenfassung . . . . .	120
 <i>4. Kapitel: Rechtsnatur und Erscheinungsformen des Aufrechnungsvertrages</i> . . . . .	121
§ 16 Rechtsnatur . . . . .	121
§ 17 Erscheinungsformen des Aufrechnungsvertrages . . . . .	141
§ 18 Zusammenfassung . . . . .	192
 <i>5. Kapitel: Voraussetzungen und Wirkungen des Aufrechnungsvertrages</i> . . . . .	195
§ 19 Einigung der Parteien . . . . .	195
§ 20 Existenz der aufzurechnenden Forderungen . . . . .	225
§ 21 Abdingbarkeit der §§ 387ff BGB. . . . .	238
§ 22 Wirkung des Aufrechnungsvertrages . . . . .	281
§ 23 Zusammenfassung . . . . .	291
 <i>6. Kapitel: Unwirksamkeit des Aufrechnungsvertrages</i> . . . . .	293
§ 24 Allgemeine Unwirksamkeitsgründe . . . . .	293
§ 25 Verstoß gegen ein gesetzliches Aufrechnungsverbot . . . . .	295
§ 26 Wirksame Verrechnung trotz Unwirksamkeit des Aufrechnungsvertrages? . . . . .	349
§ 27 Zusammenfassung . . . . .	353
 <i>7. Kapitel: Multilateraler Aufrechnungsvertrag: „Skontration“</i> . . . . .	354
§ 28 Einfache Skontration . . . . .	355
§ 29 Der Inter-Banken-Abrechnungsverkehr . . . . .	370
§ 30 Zusammenfassung . . . . .	445
 <i>8. Kapitel: Die kollisionsrechtliche Anknüpfung des Aufrechnungsvertrages</i> . . . . .	447
§ 31 Aufrechnungsstatut der einseitigen Aufrechnung . . . . .	448
§ 32 Statut des Aufrechnungsvertrages . . . . .	452
§ 33 Zusammenfassung . . . . .	473

*Inhaltsübersicht*

IX

<i>Schlußbetrachtung</i> . . . . .	474
§ 34 Ertrag für die Rechtsdogmatik . . . . .	476
§ 35 Ertrag für die praktische Rechtsanwendung . . . . .	480
Literaturverzeichnis . . . . .	486
Sachregister . . . . .	510



## Inhaltsverzeichnis

Vorwort .....	V
Inhaltsübersicht .....	VII
Abkürzungsverzeichnis .....	XXV

### *Einleitung*

§ 1 Der Aufrechnungsvertrag: Parteiinteressen und rechtliche Rahmenbedingungen .....	1
§ 2 Mißverhältnis von praktischer Relevanz und wissenschaftlicher Aufarbeitung des Aufrechnungsvertrages .....	3
I. Einseitige Aufrechnung .....	3
1. Nationales Recht .....	3
2. Ausländische Rechtsordnungen .....	5
3. Internationaler Wirtschaftsverkehr .....	5
II. Aufrechnungsvertrag .....	6
1. Bankvertragsrecht .....	7
2. Allgemeines Vertragsrecht .....	7
§ 3 Gang der Darstellung .....	9

### 1. Kapitel

#### *Terminologie des Aufrechnungsvertrages: „Aufrechnung“, „Verrechnung“, „Anrechnung“, „Netting“*

§ 4 „Aufrechnungsvertrag“, „Verrechnungsvereinbarung“, Anrechnungsabrede“ .....	13
I. Mangelnde Stringenz der Begriffsverwendung .....	13
1. Aufrechnung - Verrechnung .....	14
2. Aufrechnung - Anrechnung .....	16
II. Einheitliche Verwendung des Terminus „Aufrechnungsvertrag“ ..	17
1. „Aufrechnung durch Vertrag“ und „Vertrag über Aufrechnung“	17
2. Ziel der einheitlichen Terminologie .....	19

§ 5	Anglisierung der Begrifflichkeit: „Netting“	19
	I. Ursprung und Bedeutungsvielfalt des Terminus	19
	II. Problematik der diffusen Begrifflichkeit	22
	III. Funktionen der Nettingvereinbarungen	24
	1. Eigenkapitalmanagement	24
	2. Reduzierung von Kredit- und Adressenausfallrisiko	25
	3. Rationalisierungseffekte	26
	4. Funktionale Definition des Netting	26
	IV. Rechtliche Konkretisierung des Begriffsinhalts	27
	1. Begriffskern: Bilaterale oder multilaterale Vereinbarung über die Verrechnung wechselseitiger Forderungen	27
	2. Typologie der Nettingvereinbarungen	28
	a) Verbindliche Zahlungsaufrechnung	29
	b) Novationsnetting	30
	c) Liquidationsnetting	33
§ 6	Anwendungsbereiche des Netting in der Praxis	35
	I. Positivabgrenzung	36
	1. Zahlungsverkehr: Netto- versus Bruttoclearingsysteme	36
	a) Zur Terminologie: „Netting“ versus „Clearing“	36
	b) Nettozahlungsverkehrssysteme	37
	c) Bruttozahlungsverkehrssysteme	39
	2. Verrechnungssysteme im Rahmen von Gegengeschäften	40
	a) Aufbau	40
	b) Beispiel: „Barter-System“	41
	3. Konzernverrechnung	42
	a) Interne Konzernverrechnung: Konzern-Clearing durch „In-House-Banking“	43
	aa) Aufbau	43
	bb) Regelungsprobleme	46
	b) Konzernverrechnungsklauseln	48
	aa) Inhalt	48
	bb) Konfliktpotential: Konzernbedingte Verrechnungswirkung versus allgemeine Sicherungsinteressen externer Schuldner	50
	II. Negativabgrenzung	53
	1. „Netting“ an der Deutschen Terminbörse	54
	2. Informelle Zahlungsverrechnung im Interbanken-Verkehr	54
	3. Netting im Wertpapierclearing	55
§ 7	Zusammenfassung	56

## 2. Kapitel

### *Dogmatische Wurzeln der gesetzlichen Aufrechnung*

§ 8	Ursprünge des Aufrechnungsrechts	59
	I. Römisches Recht	59

1. Starrer Formalismus: Reale Leistungsbewirkung statt Aufrechnung . . . . .	59
2. Ausnahmen . . . . .	60
II. Gemeines Recht . . . . .	61
§ 9 Treu und Glauben als dogmatische Grundlage . . . . .	61
I. Ursprung: Der „Dolo-Agit“-Einwand . . . . .	61
II. Billigkeitsaspekte als Grundlage des Aufrechnungsrechts . . . . .	65
1. Funktionale Vielfältigkeit der Billigkeit im Aufrechnungsrecht	65
2. Aufgaben der Billigkeit im Aufrechnungsrecht . . . . .	65
III. Anerkennung durch die deutsche Rechtsprechung:	
Die Kriegsgesellschaftsfälle . . . . .	67
1. Grundgedanken der Entscheidungen . . . . .	67
2. Eingeschränkte Bedeutung der Entscheidungen . . . . .	68
§ 10 Traditionelle Funktionen der Aufrechnung . . . . .	69
I. Unzulänglichkeit der allein auf die Zahlungsver-einfachung abstellenden Sichtweise . . . . .	69
II. Ambivalenter Charakter des Aufrechnungsrechts . . . . .	70
1. Schuldtilgung . . . . .	71
2. Selbstvollstreckung . . . . .	74
§ 11 Zusammenfassung . . . . .	76

### 3. Kapitel

#### *Der Aufrechnungsvertrag als Aufrechnung i.S. v. §§ 387ff BGB*

§ 12 Historische Ursprünge . . . . .	78
I. Nordisches, Römisches und Gemeines Recht . . . . .	78
II. Beratungen des Bürgerlichen Gesetzbuches . . . . .	79
III. Parteiautonomie als Rechtsquelle . . . . .	80
§ 13 Dogmatische Nähe von einseitiger Aufrechnung und Aufrechnungsvertrag . . . . .	82
I. Ausgrenzung des Aufrechnungsvertrags aus der Dogmatik der gesetzlichen Aufrechnung durch die h.M. . . . .	82
II. Kritik an der h.M.: Notwendigkeit der Gleichsetzung von einseitiger Aufrechnung und Aufrechnungsvertrag . . . . .	84
1. Funktional-rechtsvergleichende Betrachtung des Aufrechnungsrechts . . . . .	84
a) Die funktional-rechtsvergleichende Methodik und ihr Nutzen für die nationale Dogmatik . . . . .	84
b) Das Rechtsinstitut der Aufrechnung als transnationaler Rechtsgrundsatz . . . . .	86
2. Funktion des Aufrechnungsvertrages . . . . .	87

3. Materielle Austauschbarkeit von einseitiger und konsensualer Aufrechnung . . . . .	88
a) Zivilrecht . . . . .	88
aa) Vertrag und einseitige Erklärung als austauschbare Rechtsgrundlage des Aufrechnungsverhältnisses . . . . .	88
bb) Annäherung in den Rechtsfolgen . . . . .	91
b) Gesellschaftsrecht . . . . .	91
c) Konkursrecht . . . . .	91
d) Arbeitsrecht . . . . .	92
e) Steuerrecht . . . . .	93
f) Prozeßrecht . . . . .	95
III. Der Streit um die typologische Einordnung des Aufrechnungsvertrages . . . . .	96
1. Materieller Inhalt der Kontroverse . . . . .	97
a) Erlaßvertrag . . . . .	97
aa) H.M. im gemeinen Recht . . . . .	97
bb) Unvereinbarkeit mit der eigenständigen Rechtsnatur des Aufrechnungsvertrages . . . . .	98
cc) Seitenblick auf den Aufhebungsvertrag . . . . .	101
b) Wechselseitige, negative Schuldanerkenntnisse . . . . .	102
c) Vertrag <i>sui generis</i> : Gegenseitiger „Erfüllungsersetzungsvertrag“ . . . . .	102
aa) Nähe des Aufrechnungsvertrages zur Leistung an Erfüllung Statt . . . . .	102
bb) Keine Gleichsetzung von Aufrechnungsvertrag und Leistung an Erfüllung Statt . . . . .	103
cc) Unzulänglichkeit der Lösung . . . . .	105
2. Problematik des Streits um die Rechtsnatur des Aufrechnungsvertrages . . . . .	106
a) Historische Bedingtheit der Kontroverse . . . . .	106
b) Offenlassen der dogmatischen Einordnung als Ausweg? . . . . .	106
§ 14 Rückbesinnung auf gemeinsame Grundlagen: Dogmatische Annäherung von gesetzlicher Aufrechnung und Aufrechnungsvertrag . . . . .	108
I. Keine planwidrige Regelungslücke im BGB . . . . .	108
1. Objektive Auslegung . . . . .	110
2. Subjektive Auslegung . . . . .	111
II. Aufrechnungsvertrag als „ <i>law made contract</i> “ . . . . .	113
1. Subsumtion unter das Aufrechnungsrecht des BGB . . . . .	113
2. Notwendigkeit der teleologischen Konkordanz von Vertrag und Gesetz im Einzelfall . . . . .	114
III. Kontrollfunktion des gesetzlichen Typus . . . . .	115
1. Herausbildung eines Vertragstypus „Aufrechnungsvertrag“ . . . . .	115
2. Funktion des Typus . . . . .	118
§ 15 Zusammenfassung . . . . .	120

## 4. Kapitel

*Rechtsnatur und Erscheinungsformen des Aufrechnungsvertrages*

§ 16 Rechtsnatur	121
I. Verfügungsvertrag	122
1. Einseitige Aufrechnung: Mögliche Verfügungsobjekte	122
a) Das Aufrechnungsrecht	122
b) Die Hauptforderung	123
c) Die Gegenforderung	124
2. Aufrechnungsvertrag	125
II. Abstrakter oder kausaler Vertrag?	126
1. Die einseitige Aufrechnung als kausale Verfügung	127
a) Differenzierung zwischen Aufrechnung und Erlaß auch auf der Ebene des Bereicherungsrechts	127
b) Zulässigkeit kausaler Verfügungen	128
2. Der Aufrechnungsvertrag als kausaler Verfügungsvertrag	132
a) Indizien für abstrakten Charakter	132
b) Widerlegung der Indizien: Immanente kausale Zweckabrede	133
c) Bestätigung durch die Motive	134
d) Keine Aufgabe des Abstraktionsprinzips	136
e) Praxistest	136
III. Gegenseitiger Vertrag	137
1. Synallagma als Causa des gegenseitigen Vertrages	137
2. Zulässigkeit des gegenseitigen Verfügungsvertrages	138
3. Unanwendbarkeit der §§ 320ff BGB	140
§ 17 Erscheinungsformen des Aufrechnungsvertrages	141
I. Überblick über die Abgrenzungsproblematik	142
1. Grundsätzliche Abwägungsgesichtspunkte	142
2. Fehlende Anwendung in der Praxis	143
II. Aufrechnung durch Vertrag	144
1. Unmittelbar wirksamer Aufrechnungsvertrag über bereits entstandene Forderungen („Eigentlicher Aufrechnungsvertrag“)	144
a) Zulässigkeit	144
b) Kollision mit Pfändungen	145
c) Anwendbarkeit von §§ 404f BGB	146
d) Anwendbarkeit von § 406 BGB	146
2. Bedingter Aufrechnungsvertrag über bereits entstandene Forderungen	149
a) Zulässigkeit	149
b) Kein Verstoß gegen § 388 S. 2 BGB	149
c) Schutz gegen nachfolgende Verfügungen	150
3. Aufrechnungsvertrag unter Vorbehalt der Bestimmung der aufzurechnenden Forderungen durch eine Partei	151
4. Antizipierter Aufrechnungsvertrag	152
a) Zulässigkeit	152
b) Kollision mit nachfolgender Zession und Pfändung	153
aa) Grundsatz	153

bb) Sonderbehandlung von „Kleinverträgen des täglichen Lebens“?	154
cc) Anwendbarkeit von § 392 BGB	157
dd) Anwendbarkeit von § 407 BGB	158
5. Mischformen	159
III. Vertrag über Aufrechnung	160
1. „Aufrechnungsvorvertrag“	160
a) Vertragliche Konstruktion	160
b) Konflikt der h.M. mit der Verfügungswirkung des Aufrechnungsvertrags	161
aa) Ursprung der Ansicht	161
bb) Keine „Vorverpflichtung“ zur Aufrechnung	162
c) Wahre Rechtsnatur des „Aufrechnungsvorvertrages“	164
2. Vertrag zur Begründung einer einseitigen Aufrechnungsbefugnis	165
a) Zulässigkeit	165
b) Einräumungsvertrag	166
c) Eintritt der Aufrechnungswirkung	167
3. Vertrag zur Aufhebung eines vertraglich vereinbarten Aufrechnungsausschlusses	169
a) Zulässigkeit des Aufrechnungsausschlusses	169
b) Zulässigkeit der vertraglichen Aufhebung des Aufrechnungsausschlusses	171
IV. Die Abgrenzung in der Praxis: Konzernverrechnungsklausel versus Kontokorrent und Skontration	171
1. Ausgangspunkt: Unsicherheiten bei der dogmatischen Einordnung der Konzernverrechnungsklausel	171
2. Das Kontokorrent als Kontrapunkt	173
3. Die Konzernverrechnungsklausel als Vertrag zur Begründung einer einseitigen Aufrechnungsbefugnis	174
a) Interessenlage der Parteien	174
b) Rechtliche Konstruktion	175
V. Abrechnungsvertrag i.S.v. § 782 BGB	177
1. „Berechnung“ und „Abrechnung im engeren Sinn“	178
2. Schuldanerkenntnis	179
a) Kausales Anerkenntnis	181
aa) Grundlagen	181
bb) Abrechnung als „besonderer Anlaß“?	181
cc) Widerspruch zu Parteiinteressen	182
b) Abstraktes Anerkenntnis	183
aa) Grundlagen	183
bb) Anwendung auf die Abrechnung	184
c) Novation	186
VI. Abgrenzung zu Buchungs- und Anrechnungsvorgängen ohne selbständigen Vertragscharakter	187
1. Abgrenzung zu internen Buchungsvorgängen	187
2. Abgrenzung zur „Verrechnung“ oder „Anrechnung“	190
§ 18 Zusammenfassung	192

## 5. Kapitel

*Voraussetzungen und Wirkungen des Aufrechnungsvertrages*

§ 19 Einigung der Parteien . . . . .	195
I. Angebot . . . . .	196
1. Abgrenzung zur einseitigen Aufrechnungserklärung . . . . .	196
a) Aufrechnung durch Vertrag . . . . .	196
b) Vertrag zur Begründung eines einseitigen Aufrechnungsrechts . . . . .	197
2. Angebot auf Abschluß eines Aufrechnungsvertrages nach einseitiger Aufrechnungserklärung? . . . . .	198
II. Annahme . . . . .	199
1. Keine Fiktion der Annahmeerklärung . . . . .	199
2. Verzicht auf Zugang der Annahmeerklärung (§ 151 BGB)? . . . . .	200
III. Selbständiger oder akzessorischer Aufrechnungsvertrag . . . . .	201
IV. Aufrechnungsabrede in Allgemeinen Geschäftsbedingungen; insbesondere Konzernverrechnungsklauseln . . . . .	203
1. Verstoß gegen § 3 AGBG . . . . .	204
a) Voraussetzungen . . . . .	204
b) Anwendung auf die Konzernverrechnungsklausel . . . . .	206
2. Verstoß gegen § 9 AGBG . . . . .	208
a) Unvereinbarkeit mit der dispositiven gesetzlichen Regelung . . . . .	208
aa) Dogmatischer Ansatz: teleologisch-normative Interessenabwägung . . . . .	208
bb) AGB-Widrigkeit von Konzernverrechnungsklauseln in Einkaufsbedingungen . . . . .	210
b) Gefährdung des Vertragszwecks . . . . .	214
c) Unangemessene Benachteiligung des Vertragspartners . . . . .	216
aa) Keine Berücksichtigung von Marktmacht . . . . .	217
bb) Keine Berücksichtigung von Drittinteressen . . . . .	217
cc) Einseitige Risikoverteilung zu Lasten des Vertragspartners . . . . .	219
d) AGB-rechtliche Unbedenklichkeit bei hinreichender Bestimmtheit der in die Verrechnung einbezogenen Konzernunternehmen? . . . . .	220
aa) Grundsätzlicher Interessenkonflikt und Vorschläge zu seiner Lösung . . . . .	220
bb) Der Maßstab: Das AGB-rechtliche Transparenzgebot . . . . .	221
§ 20 Existenz der aufzurechnenden Forderungen . . . . .	225
I. Aufrechnungsvertrag bei Vorauszahlungen einer Partei . . . . .	225
1. Gesetzlich vorgesehener Rückzahlungsanspruch als aufrechnungsfähige Forderung . . . . .	225
2. Gesetzlich nicht geregelter Rückzahlungsanspruch . . . . .	226
II. Kürzungsvereinbarungen . . . . .	227
1. Auslegungskriterien . . . . .	227
a) Vertragstextorientierte Auslegung . . . . .	228
b) Geschäftstyporientierte Auslegung . . . . .	228
2. Rechtliche Konstruktion bei fehlendem Aufrechnungscharakter . . . . .	229

III. Unwirksamkeit einer Forderung . . . . .	230
1. Vertragsimmanente Anerkennung der aufzurechnenden Forderungen? . . . . .	230
a) Kein konstitutives Anerkenntnis . . . . .	231
b) Kein deklaratorisches Anerkenntnis . . . . .	233
c) Einfaches Anerkenntnis zur Beweiserleichterung . . . . .	234
2. Unwirksamkeit des Aufrechnungsvertrages bei Nichtexistenz einer Forderung . . . . .	235
3. Aufrechnung von beiderseitig bestrittenen Ansprüchen: Abgrenzung von Aufrechnungs- und Vergleichsvertrag . . . . .	235
a) Graduelle Akzentverschiebung von Aufrechnung zum Vergleich . . . . .	235
b) Verhältnis von Aufrechnungs- und Vergleichselementen . . . . .	237
§ 21 Abdingbarkeit der §§ 387ff BGB . . . . .	238
I. Gegenseitigkeit der aufzurechnenden Forderungen . . . . .	239
1. Sinn und Zweck des Gegenseitigkeitserfordernisses . . . . .	239
2. Ältere Lehre: Keine Abdingbarkeit . . . . .	240
3. Moderne Lehre: Dispositiver Charakter . . . . .	241
II. Gleichartigkeit . . . . .	242
1. H.M.: Zulässigkeit der konsensualen Aufrechnung . . . . .	242
2. Eigene Stellungnahme: Unzulässigkeit der konsensualen Aufrechnung ungleichartiger Forderungen . . . . .	243
a) Grenzen der parteiautonomen Gestaltungsfreiheit . . . . .	243
aa) Sinn und Zweck des Gleichartigkeitserfordernisses . . . . .	243
bb) Gleichartigkeit als Wesensmerkmal des Aufrechnungsrechts . . . . .	244
b) Vertragliche Saldierung ungleichartiger Forderungen: Leistung an Erfüllungs Statt . . . . .	245
III. Sonderfall: Konsensuale Aufrechnung von Forderungen verschiedener Währungen . . . . .	246
1. Fremdwährungsschulden und anwendbares Recht: Aufrechnungsstatut, Währungsstatut, Schuldstatut . . . . .	247
a) Schuldwährung . . . . .	247
b) Zahlungswährung . . . . .	249
2. Überblick über die h.M. . . . .	252
a) Einseitige Aufrechnung: Keine Gleichartigkeit . . . . .	253
b) Aufrechnungsvertrag: Herstellung der Gleichartigkeit durch parteiautonome Schuldumwandlung . . . . .	254
c) Einseitige Aufrechnung und Aufrechnungsvertrag: Gleichartigkeit trotz unterschiedlicher Währungen . . . . .	255
3. Zulässigkeit der Aufrechnung von verschiedenen Fremdwährungsforderungen . . . . .	255
a) Fremdwährungsschuld als Wertsummenschuld . . . . .	256
aa) Geldschuld als Wertsummenschuld . . . . .	256
bb) Übertragung auf die Fremdwährungsschuld . . . . .	257
b) Vollstreckungsfunktion der Aufrechnung und Funktion des Gleichartigkeitserfordernisses . . . . .	261
c) Gleichartigkeit bei freier Konvertibilität . . . . .	262

aa) Ökonomisch-funktionales Verständnis der Konvertibilität . . .	262
bb) Bestätigung durch § 95 Abs. 2 InsO . . . . .	262
cc) Einschränkungen . . . . .	263
d) Effektivklausel als Aufrechnungsverbot? . . . . .	264
aa) Ausnahmecharakter der Effektivklausel . . . . .	266
bb) Effektivklausel als echtes Aufrechnungsverbot? . . . . .	266
cc) Eingeschränkte Wirkung der Effektivklausel . . . . .	268
e) Bestimmung des Umrechnungszeitpunkts . . . . .	272
aa) Umrechnungszeitpunkt . . . . .	273
bb) Festlegung des maßgeblichen Umrechnungskurses . . . . .	276
IV. Fälligkeit und Einredefreiheit der Gegenforderung sowie Erfüllbarkeit der Hauptforderung . . . . .	281
§ 22 Wirkung des Aufrechnungsvertrages . . . . .	281
I. Eintritt der Tilgungswirkung . . . . .	281
II. Tilgungsreihenfolge bei mehreren Forderungen . . . . .	282
1. Essentialia negotii und Bestimmtheitsgrundsatz . . . . .	284
2. Erkenntnisse aus dem Kontokorrentrecht? . . . . .	285
3. Rangverhältnis von parteiautonomer Anrechnungsvereinbarung und gesetzlicher Tilgungsbestimmung . . . . .	288
a) Ausdrückliche oder stillschweigende Tilgungsbestimmung durch die Parteien . . . . .	288
b) Ergänzende Vertragsauslegung . . . . .	288
4. Teleologische Restriktion des § 396 BGB . . . . .	291
§ 23 Zusammenfassung . . . . .	291

6. Kapitel

*Unwirksamkeit des Aufrechnungsvertrages*

§ 24 Allgemeine Unwirksamkeitsgründe . . . . .	293
I. Anfechtung, Eintritt einer auflösenden Bedingung . . . . .	293
II. Aufrechnungsabrede als Bestandteil eines Austauschgeschäfts . .	294
III. Unmöglichkeit . . . . .	295
§ 25 Verstoß gegen ein gesetzliches Aufrechnungsverbot . . . . .	295
I. Anwendung der gesetzlichen Aufrechnungsverbote auf den Aufrechnungsvertrag . . . . .	295
II. Beispiele . . . . .	296
1. §§ 393, 394 BGB . . . . .	296
a) Pfändungsschutzvorschriften . . . . .	296
b) Aufrechnungsverbot des § 393 BGB . . . . .	298
2. § 55 KO . . . . .	299
a) Allgemeine Grundsätze . . . . .	299
aa) Regelungsgehalt der Norm . . . . .	299
bb) Widerstreit zwischen parteiautonomer Gestaltungsfreiheit und zwingendem Geltungsanspruch des Konkursrechts . . .	300

cc) Folgerungen für den zwingenden Charakter der Norm . . . . .	303
dd) Differenzierungen bei den Rechtsfolgen . . . . .	304
b) Insbesondere Konzernverrechnungsklauseln . . . . .	305
aa) Konzernverrechnungsklauseln in Einkaufsbedingungen . . . . .	307
bb) Konzernverrechnungsklauseln in Verkaufsbedingungen . . . . .	311
III. Aufrechnungsverbote des Kapitalgesellschaftsrechts . . . . .	314
1. Anwendbarkeit auf den Aufrechnungsvertrag . . . . .	316
2. Abgrenzung von einseitiger Aufrechnung durch die Gesellschaft und Aufrechnungsvertrag . . . . .	318
3. Ausnahmsweise Zulässigkeit des Aufrechnungsvertrages . . . . .	320
4. Aufrechnungsvertrag mit Forderung aus entgeltlicher Sachüberlassung . . . . .	324
5. Aufrechnungsvertrag und verdeckte Sacheinlage . . . . .	324
a) Die h.M.: Aufrechnungsvertrag als verdeckte Sacheinlage . . . . .	326
b) Zielkonflikt der h.M. . . . .	328
c) Unbedenklichkeit von Aufrechnungsverträgen mit Drittgeschäftscharakter . . . . .	329
aa) Sachlich-zeitlicher Zusammenhang . . . . .	329
bb) Umsatzgeschäft . . . . .	330
d) Vertragliche Aufrechnung mit Neuforderungen . . . . .	332
e) Verteilung der Beweislast . . . . .	332
IV. Sonderproblem: Verstoß gegen Art. VIII Abs. 2 (b) S. 1 des Bretton-Woods-Übereinkommens . . . . .	333
1. Generelle Problematik der Bestimmung . . . . .	333
a) Unklarer Wortlaut . . . . .	333
b) Regelungsgehalt und Rechtsnatur . . . . .	334
2. Anwendung auf den Aufrechnungsvertrag . . . . .	335
a) Aufrechnungsvertrag als „ <i>Exchange Contract</i> “ . . . . .	336
b) „Berührung“ der Währung eines Mitgliedslandes . . . . .	338
c) Rechtsfolge: „Unklagbarkeit“ . . . . .	340
aa) Prozessuales Verständnis der Unklagbarkeit . . . . .	342
bb) Materielles Verständnis der Unklagbarkeit: Unvollkommene Verbindlichkeit . . . . .	344
§ 26 Wirksame Verrechnung trotz Unwirksamkeit des Aufrechnungsvertrages? . . . . .	349
I. Untergang des Rechts zur einseitigen Aufrechnung? . . . . .	350
1. Überlagerung statt Vernichtung des einseitigen Aufrechnungsrechts . . . . .	350
2. Ausnahmsweiser Verzicht auf einseitiges Aufrechnungsrecht . . . . .	351
II. Wirkung des Aufrechnungsvertrages gegenüber Dritten . . . . .	352
§ 27 Zusammenfassung . . . . .	353

## 7. Kapitel

*Multilateraler Aufrechnungsvertrag: „Skontration“*

§ 28 Einfache Skontration	355
I. Ursprung	355
II. Funktion	357
III. Dogmatische Konstruktion	358
1. Die ältere Lehre	359
a) Übersicht über die Lösungsansätze	359
b) Erkenntnisse für das heutige Recht	360
2. Die moderne Lehre	361
a) Keine Kodifikation	361
b) Vertragliche Konstruktion	363
aa) Geschäftsvertrag und Skontration i.w.S.	363
bb) Multilateraler Aufrechnungsvertrag: Skontration i.e.S.	366
cc) Keine Gleichsetzung von Skontration und Kontokorrent	367
c) Wirkung im Konkurs	368
§ 29 Der Inter-Banken-Abrechnungsverkehr	370
I. Organisation	370
II. Dogmatische Konstruktion	371
1. Gesellschaftsrechtliches oder vertragsrechtliches Modell?	371
2. Grundlagen der verbindlichen Zahlungsaufrechnung im Inter-Banken-Abrechnungsverkehr: Kein „Netzvertrag“	373
3. Technischer Ablauf der Abrechnung	374
4. Schuldrechtlicher Rahmen	378
a) Bilaterale „Abrechnungsverträge“ zwischen Abrechnungsteilnehmern und Bundesbank	378
aa) Inhalt und Rechtsnatur	378
bb) Differenzierung zwischen Abrechnungsvertrag und LZB-Girovertrag	379
b) Multilateraler Abrechnungskausalvertrag zwischen den Abrechnungsteilnehmern	380
c) Rahmenvertrag als schuldrechtliche Klammer des Abrechnungsverfahrens	381
5. Dingliche Verfügungsgeschäfte	382
a) Skontration „im weiteren Sinn“	382
b) Skontration „im engeren Sinn“	383
aa) Rechtsnatur	383
bb) Zustandekommen des Aufrechnungsvertrages: Multilateraler Vertragsschluß oder Verknüpfung bilateraler Aufrechnungsverträge?	384
6. Zustandekommen der Saldoforderungen	387
7. Buchung der Salden und Erfüllung	389
III. „Endgültigkeit“ der Verrechnung	390
1. Bedeutung	390
2. Voraussetzung der Endgültigkeit: Rechtliche Bestandskraft der Skontration	392

3. Gründe für die Verhinderung der Endgültigkeit . . . . .	393
IV. Endgültigkeit der Verrechnung im deutschen Nettoclearingsystem . . . . .	396
1. Keine Endgültigkeit der Verrechnung aus systemimmanenten Gründen? . . . . .	397
a) Widerruf der Skontrationserklärung . . . . .	397
b) Unstimmigkeiten zwischen Taschenaufschrift bzw. Kopfteil des Zahlungsaustauschsatzes und Tascheninhalt bzw. Datenteil . . . . .	398
c) Rücklieferung von Abrechnungspapieren . . . . .	399
d) Rückabwicklung („ <i>unwind</i> “) der Saldoermittlung nach Ausschluß eines Abrechnungsteilnehmers . . . . .	400
e) Ausschluß eines Verrechnungsteilnehmers während des Abrechnungsverfahrens . . . . .	403
aa) Dogmatischer Ursprung einer möglichen Pflicht zum Verrechnungsausschluß . . . . .	403
bb) Die Ansicht des BGH: Keine Pflicht zum Verrechnungsausschluß . . . . .	404
cc) Pflicht zur Erörterung und Anschlußpflicht zum Verrechnungsausschluß . . . . .	406
2. Keine Endgültigkeit aus externen Gründen: Vorläufige Maßnahmen des Bundesaufsichtsamtes und Konkurs . . . . .	408
a) Eintritt der finanziellen Krise vor Abschluß des Abrechnungstermins . . . . .	409
b) Konkursöffnung vor Abschluß des Abrechnungstermins . . . . .	412
c) Finanzielle Krise und Konkurs nach dem Abrechnungstermin . . . . .	414
aa) Einstweilige Maßnahmen des Bundesaufsichtsamtes nach § 46a Abs. 1 Nr. 1 KWG . . . . .	414
bb) Konkursöffnung . . . . .	415
cc) Anfechtung durch den Konkursverwalter? . . . . .	415
(1) Anfechtungsobjekt . . . . .	416
(2) Voraussetzungen . . . . .	416
(3) Wirkung . . . . .	420
V. Die Problematik der deutschen Nettozahlungsverkehrssysteme . . . . .	420
1. Keine volle Erfüllung der Lamfalussy-Standards . . . . .	420
2. Lösungen: Real-Time-Bruttozahlungssysteme; Warteschlangensysteme . . . . .	421
VI. Änderungen im deutschen Netto-Clearingsystem: Änderungen des EAF-Systems („EAF-2“) . . . . .	422
1. Bisherige Elektronische Abrechnung mit File-Transfer (EAF) . . . . .	422
2. Modifizierungen des bestehenden EAF-Systems . . . . .	426
3. Das EAF-2-System . . . . .	426
a) Phase 1: Zyklische Aufrechnung auf bilateraler Ebene; bilaterale Senderhöchstbeträge, Warteschlangensystem („ <i>Queuing</i> “) . . . . .	427
aa) Zyklische bilaterale Aufrechnung . . . . .	427
bb) Bilaterale Senderhöchstbeträge . . . . .	428
cc) Ermittlung des Abrechnungssaldos . . . . .	429
dd) Abschluß von Phase 1: Buchung der aggregierten Salden und Aufhebung der Kontensperrung . . . . .	430
b) Phase 2: Multilaterale Aufrechnung (Skontration) . . . . .	420

4. Vorteile des neuen Systems . . . . .	431
VII. Sonderproblem: Konkursabwicklung ausländischer Zweigstellen und sonstiger unselbständiger Geschäftseinheiten . . . . .	433
1. Disparität zwischen organisatorischer und rechtlicher Selbständigkeit von Filialen und sonstigen unselbständigen Einheiten . . . . .	433
2. Disparität des internationalen Konkursrechts . . . . .	435
3. Beurteilung nach deutschem Konkursrecht . . . . .	437
a) Internationale Zuständigkeit der deutschen Konkursgerichte . . . . .	437
b) Verhältnis von in- und ausländischem Konkursverfahren . . . . .	437
aa) Anwendbarkeit des Konkursrechts des Eröffnungsstaates . . . . .	439
bb) Zulässigkeit des Sonderkonkurses nach deutschem Konkursrecht . . . . .	440
cc) Zugehörigkeit von Kontrakten, Forderungen und Verbindlichkeiten zum konkursfähigen Sondervermögen der Zweigstelle: Das Problem der „Belegenheit“ . . . . .	442
§ 30 Zusammenfassung . . . . .	445

## 8. Kapitel

### *Die kollisionsrechtliche Anknüpfung des Aufrechnungsvertrages*

§ 31 Aufrechnungsstatut der einseitigen Aufrechnung . . . . .	448
I. H.M.: Anknüpfung an das Statut der Hauptforderung . . . . .	448
II. Kumulationstheorie . . . . .	450
§ 32 Statut des Aufrechnungsvertrages . . . . .	452
I. Rechtswahl . . . . .	452
II. Kollisionsrechtliche Anknüpfung . . . . .	454
1. Vorfrage: Unselbständige oder selbständige Anknüpfung? . . . . .	454
2. Selbständige Anknüpfung . . . . .	456
a) Charakteristische Leistung . . . . .	456
aa) Materielle Perspektive: Die Vertragsstruktur . . . . .	456
bb) Dynamische Perspektive: Die zeitlichen Abläufe . . . . .	458
b) Enge Verbindung . . . . .	459
aa) Akzessorische Anknüpfung . . . . .	459
bb) Erfüllungsort als selbständiger Anknüpfungspunkt? . . . . .	460
cc) Sonstige Anknüpfungsmomente; insbes. Recht der Saldoforderung . . . . .	462
dd) „Grouping of contacts“ . . . . .	463
(1) Grundsätzliche Zulässigkeit . . . . .	463
(2) Abstellen auf den Einzelfall statt allgemeiner Kollisionsnorm? . . . . .	464
ee) Sonderanknüpfung nach Art. 32 Abs. 2 EGBGB? . . . . .	465
3. Unselbständige Anknüpfung . . . . .	466
a) Singuläre Anknüpfung . . . . .	467

aa) Anknüpfung an das Statut der zuerst entstandenen Forderung . . . . .	467
bb) Anknüpfung an das Statut der zuletzt entstandenen Forderung . . . . .	468
b) Kumulative Anknüpfung . . . . .	469
aa) Vorteile der kumulativen Anknüpfung . . . . .	469
bb) Praktische Anknüpfungsschwierigkeiten als Gegenargument? . . . . .	470
cc) Distributive Kopplung . . . . .	471
§ 33 Zusammenfassung . . . . .	473
<i>Schlußbetrachtung</i> . . . . .	474
§ 34 Ertrag für die Rechtsdogmatik . . . . .	476
§ 35 Ertrag für die praktische Rechtsanwendung . . . . .	480
I. Rechtserkenntnis . . . . .	480
II. Kautelarpraxis . . . . .	480
Literaturverzeichnis . . . . .	486
Sachregister . . . . .	510

## Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Auffassung
aaO	am angegebenen Ort
Abk.	Abkommen
ABl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
ADSp	Allgemeine Deutsche Spediteurbedingungen
a.E.	am Ende
a.F.	alte Fassung
AG	Aktiengesellschaft/Die Aktiengesellschaft (Zeitschrift)
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AJP	Aktuelle Juristische Praxis
Akad.St.Rwiss.DDR	Akademie für Staats- und Rechtswissenschaft der DDR
AK-BGB	Alternativkommentar zum BGB
AktG	Aktiengesetz
All ER	All England Law Reports
allg.	allgemein
ALR	Allgemeines Preußisches Landrecht
Alt.	Alternative
a.M.	anderer Meinung
Anh.	Anhang
Anm.	Anmerkung
AO	Abgabenordnung
AöR	Archiv für Öffentliches Recht
AP	Arbeitsrechtliche Praxis
Arb.Int'l.	Arbitration International
ArchBürgR	Archiv für Bürgerliches Recht
arg.	argumentum
arg.e.contr.	argumentum e contrario
ARS	Arbeitsrechtssammlung mit Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts, der Landesarbeitsgerichte und Arbeitsgerichte
Art., Artt.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
Aufl.	Auflage
AufwG	Aufwertungsgesetz
AWD	Außenwirtschaftsdienst des Betriebs-Beraters
AWG	Außenwirtschaftsgesetz
BadRPrax	Badische Rechtspraxis
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
BAKred.	Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen
BankArch.	Bankarchiv, Zeitschrift für Bank- und Börsenwesen

BAnz.	Bundesanzeiger
BB	Der Betriebs-Berater
BBankG	Gesetz über die Deutsche Bundesbank
Bd.	Band
Beil.	Beilage
Beitr.	Beitrag
Bekanntm.	Bekanntmachung
BFH	Bundesfinanzhof
BFHE	Entscheidungen des Bundesfinanzhofs
BG	Bundesgericht (Schweiz)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts, Amtliche Sammlung
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BIZ	Bank für Internationalen Zahlungsausgleich
Bspr.	Besprechung
BStBl.	Bundessteuerblatt
BT.-Drucks.	Bundestags-Drucksache
BuB	Bankrecht und Bankpraxis
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
bzw.	beziehungsweise
CHAPS	Clearing House Interbank Payment System
CHIPS	Clearing House Automated Payment System
C.P.O.	Civilprozessordnung
CTR	Iran-United States Claims Tribunal Report
DB	Der Betrieb
ders.	derselbe
d.h.	das heißt
Dig.	Digesten
Diss.	Dissertation
DJ	Deutsche Justiz
DJT	Deutscher Juristentag
Dok.	Dokument
DR	Deutsches Recht
DStR	Deutsches Steuerrecht
DTB	Deutsche Terminbörse
DtZ	Deutsch-Deutsche Rechts-Zeitschrift
DVP	Delivery versus Payment
DZWir	Deutsche Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EAF	Elektronische Abrechnung mit Filetransfer
ebd.	ebenda
ECU	European Currency Union
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
EGInsO	Einführungsgesetz zur Insolvenzordnung
Entsch.	Entscheidung
ERA	Einheitliche Richtlinien und Gebräuche für Dokumentenakkreditive
EU	Europäische Union
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften
EuR	Europarecht

EWGV	EWG-Vertrag
EWiR	Entscheidungssammlung zum Wirtschaftsrecht
EZL	Elektronischer Zahlungsverkehr mit Lastschriften/ EZL-Abkommen
EZÜ	Elektronischer Zahlungsverkehr mit Überweisungen (EZÜ-Abkommen)
f./ff.	folgende/fortfolgende
FDICIA	Federal Deposit Insurance Corporation Improvement Act
FG	Finanzgericht
FIRREA	Financial Institutions Reform, Recovery and Enforcement Act of 1989
FLF	Finanzierung, Leasing, Factoring
FMFG	Finanzmarktförderungsgesetz
Fn.	Fußnote
FOREX	Foreign Exchange
FS	Festschrift
GBI.	Gesetzblatt der DDR
gem.	gemäß
GenG	Genossenschaftsgesetz
GesO	Gesamtvollstreckungsordnung
GewO	Gewerbeordnung
GIW	Gesetz für internationale Wirtschaftsverträge der ehemaligen DDR
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GmbHR	GmbH-Rundschau
Großkomm.	Großkommentar
Gruchot	Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts
GS	Gedächtnisschrift
GWG	Geldwäschegesetz
HGB	Handelsgesetzbuch
HGZ	Hanseatische Gerichtszeitung
h.L.	herrschende Lehre
h.M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
HS	Halbsatz
ICC	International Chamber of Commerce
ICOM	International Currency Options Master Agreement
ICSID Rev. F.Inv.L.J.	ICSID Review Foreign Investment Law Review
i.d.F.	in der Fassung
i.d.R.	in der Regel
i.e.	im einzelnen
i.E.	im Ergebnis
i.e.S.	im engen Sinn
i.F.	im Folgenden
IFEMA	International Foreign Exchange Master Agreement
IFLR	International Financial Law Review
ILM	International Legal Materials
insbes.	insbesondere
InsO	Insolvenzordnung
INSOL	International Association of Insolvency Practitioners
Int'l.Arb.	International Arbitration
Int'l.Lawy.	The International Lawyer

IPR	Internationales Privatrecht
IPRax	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts
IPRG	Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (Schweiz)
IPRspr.	Die deutsche Rechtsprechung auf dem Gebiete des internationalen Privatrechts
ISDA	International Swap Dealers Association
i.S.v.	im Sinne von
i.Vb.m.	in Verbindung mit
IWF	Internationaler Währungsfonds
IWF-Abk.	Abkommen über den Internationalen Währungsfonds
i.w.S.	im weiteren Sinn
IZPR	Internationales Zivilprozeßrecht
i.Zw.	im Zweifel
JA	Juristische Arbeitsblätter
Jahrh.	Jahrhundert
JherJb	Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts
JIBL	Journal of International Banking Law
J.Int'l.Arb.	Journal of International Arbitration
JR	Juristische Rundschau
JurBüro	Juristisches Büro
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
Kap.	Kapitel
KG	Kammergericht/Kommanditgesellschaft
KO	Konkursordnung
KWG	Kreditwesengesetz
Lloyd's L.Rep.	Lloyd's Law Report
LM	Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs, hrsg. v. Lindenmaier, Möhring u.a.
LZ	Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht
LZB	Landeszentralbank
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
Mitt.	Mitteilungen
Mot.	Motive
MünchKomm	Münchener Kommentar
m.w.Nachw.	mit weiteren Nachweisen
NBW	Nieuw Burgerlijk Wetboek (Niederlande)
NedJur.	Nederlandse Jurisprudentie
n.F.	neue Fassung
NJ	Nederlandes Jurisprudentie
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungsreport-Zivilrecht
no.	number
Nr.	Nummer
NV	De Naamlooze Vennootschap
ÖBA	Österreichisches Bank-Archiv
OGHZ	Oberster Gerichtshof für die Britische Zone, Sammlung der Entscheidungen in Zivilsachen
OLG	Oberlandesgericht
OLGE	Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte
OLGZ	Entscheidungen der Oberlandesgerichte in Zivilsachen

OR	Obligationenrecht (Schweiz)
OVG	Oberverwaltungsgericht
Para.	Paragraph
PCIJ	Permanent Court of International Justice
Publ.	Publikation
QB	Queen's Bench
RebelsZ	Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RAG	Reichsarbeitsgericht
RAGE	Reichsarbeitsgericht, amtliche Sammlung der Entscheidungen
RAO	Reichsabgabenordnung
Rdn.	Randnummer
Rec.Cours	Recueil des Cours
RegE	Regierungsentwurf
Rev.d.Arb.	Revue de l'arbitrage
Rev. de la Banque	Revue de la Banque
Rev.Int.Dr.Comp.	Revue International de Droit Comparé
Rev.trim.dr.civ.	Revue trimestrielle du droit civil
RFinBl.	Reichsfinanzblatt
RGRK	Reichsgerichtsrätekommmentar
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, Amtliche Sammlung
RheinArch	Rheinisches Archiv
RheinZ	Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozeßrecht
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft
ROHG	Reichsoberhandelsgericht
Rspr.	Rechtsprechung
RTGS	Realtime gross-settlement system
S.	Seite/Satz
s.	siehe
S.Cal.L.Rev.	Southern California Law Review
ScheckG	Scheckgesetz
SchuldR	Schuldrecht
SchwZWIR	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
Sec./sec.	Section
SeuffArch	Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten
SJZ	Schweizerische Juristen Zeitung
sog.	sogenannte(r)
Sp.	Spalte
str.	streitig
st.Rspr.	ständige Rechtsprechung
StuW	Steuer und Wirtschaft
SWIFT	Society for Worldwide Financial Telecommunication
Syr.J.Int'l.L.&Com.	Syracuse Journal of International Law and Commerce
Teilb.	Teilband
TranspR	Transportrecht
u.a.	unter anderem
UCC	Uniform Commercial Code
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law
UNIDROIT	Institut international pour l'unification du droit privé
u.U.	unter Umständen

v.	vom/von/versus
VAG	Versicherungsaufsichtsgesetz
Verh.	Verhandlungen
VerlG	Verlagsgesetz
VersR	Versicherungsrecht
vgl.	vergleiche
VglO	Vergleichsordnung
Virg.L.Rev.	Virginia Law Review
Vol.	Volume
Vorbem.	Vorbemerkung
WarnR	Warneyer, Die Rechtsprechung des Reichsgerichts auf dem Gebiete des Zivilrechts
WG	Wechselgesetz
WiRO	Wirtschaftsrecht in Osteuropa
WM	Wertpapier Mitteilungen
WuB	Entscheidungssammlung zum Wirtschafts- und Bankrecht
Yale.L.J.	Yale Law Journal
ZAkDR	Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht
z.B.	zum Beispiel
ZBB	Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft
ZBl.	Zentralblatt für die juristische Praxis (Österreich)
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZGB	Zivilgesetzbuch (Schweiz)
ZGB–Russ.	Zivilgesetzbuch der Russischen Föderation
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
Ziff.	Ziffer
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
zit. bei	zitiert bei
ZKW	Zeitschrift für das Gesamte Kreditwesen
ZNR	Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte
ZPO	Zivilprozeßordnung
z.T.	zum Teil
zul.	zuletzt
zust.	zustimmend
ZVglRWiss.	Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozeß

## Einleitung

### *§ 1 Der Aufrechnungsvertrag: Parteiinteressen und rechtliche Rahmenbedingungen*

Mit dem Abschluß eines Aufrechnungsvertrages streben die Vertragsparteien die Tilgung bereits entstandener oder zukünftig entstehender Forderungen durch Verrechnung an<sup>1</sup>. Sie wollen also mit den Mitteln des Vertragsrechts den wirtschaftlichen Effekt der gesetzlichen Aufrechnung nach § 389 BGB erzielen<sup>2</sup>. Die Vereinbarung der Aufrechnungswirkung geschieht dabei häufig unter gleichzeitiger Abbedingung der gesetzlichen Voraussetzungen der einseitigen Aufrechnung nach §§ 387ff BGB. Auch wenn diese Fälle das Hauptanwendungsgebiet des Aufrechnungsvertrages bilden<sup>3</sup>, ist diese Konstellation nicht zwangsläufig<sup>4</sup>. Die Parteien können vielmehr ein Interesse daran haben, einen Aufrechnungsvertrag auch dann abzuschließen, wenn die Voraussetzungen der einseitigen Aufrechnung nach §§ 387ff BGB vorliegen<sup>5</sup>. Dies gilt etwa dann, wenn zwischen den Parteien mehrere aufrechenbare Forderungen bestehen und sie auf gütlichem Weg bestimmen wollen, welche von ihnen durch Aufrechnung getilgt werden soll, oder wenn die Aufrechnung unter einer Bedingung oder Zeitbestimmung erfolgen soll<sup>6</sup>. Auch kann der Aufrechnungsvertrag lediglich der Klärung von Zweifeln der Parteien über die Aufrechnungsbefugnis der einen oder anderen Seite dienen<sup>7</sup>. Der Eintritt der Verrechnungswirkung wirkt daher auch nicht, wie bei der ge-

---

<sup>1</sup> Vgl. *Gernhuber*, Die Erfüllung, § 14 I.1.

<sup>2</sup> *Leonhard*, AcP 21 (1902), S. 171, 179.

<sup>3</sup> *Kleinschmidt*, Vertragsmäßige Erweiterungen und Beschränkungen des Aufrechnungsrechts, S. 2; *Arndt*, Ueber den Aufrechnungsvertrag, S. 9; *Schade*, Über den Aufrechnungsvertrag, S. 67.

<sup>4</sup> *Gäbel*, Neuere Probleme zur Aufrechnung im internationalen Privatrecht, S. 190 will in Anlehnung an die amerikanische Terminologie („*Agreement to allow set-off*“) die Umgehung der gesetzlich normierten Aufrechnungsbedingungen zum notwendigen Bestandteil des Aufrechnungsvertrages erklären.

<sup>5</sup> Vgl. etwa RG Recht 1920, Nr. 2825.

<sup>6</sup> *Alexander*, Datio in solutum und compensatio voluntaria, S. 37; vgl. auch *Seippel*, Gesetzliche Aufrechnung, S. 12.

<sup>7</sup> Vgl. RGZ 6, 225; *Siber*, Compensation und Aufrechnung, S. 142; *Alexander*, Datio in solutum und compensatio voluntaria, S. 37; *Martens*, StuW 1989, S. 69, 70; vgl. auch unten § 21.

setzlichen Aufrechnung gemäß § 389 BGB, zwangsläufig auf den Zeitpunkt zurück, an dem sich die Forderungen aufrechenbar gegenüberstanden. Ebenso wie die Ausgestaltung des Vertrages im übrigen ist er vielmehr in erster Linie vom Willen der Parteien abhängig<sup>8</sup>.

In seinem konsensualen Charakter und seiner Bezogenheit auf einzelne Forderungen statt auf Schuldverhältnisse als Gesamtorganismen ähnelt der Aufrechnungsvertrag dem Erlaßvertrag (§ 397 Abs. 1 BGB), der ebenfalls zu den Akten der vertragsmäßigen Schuldenerledigung zu zählen ist<sup>9</sup>. Nicht zuletzt aus diesem Grund unterstellt Art. 148 Abs. 2 des Schweizerischen Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht Erlaß- und Aufrechnungsvertrag denselben kollisionsrechtlichen Grundsätzen<sup>10</sup>. Auch im Bereich des materiellen Rechts fehlt es nicht an Versuchen, aufgrund der funktionalen Ähnlichkeit beider Vertragstypen die Rechtsnatur des Aufrechnungsvertrages über den Umweg des Erlaßvertrages zu erklären<sup>11</sup>.

Da der Aufrechnungsvertrag auf der Mikroebene der Einzelforderung angesiedelt ist, steht er zugleich im Gegensatz zum gesetzlich nicht ausdrücklich geregelten, aber aufgrund der allgemeinen Parteiautonomie (§ 305 BGB) ohne weiteres zulässigen Aufhebungsvertrag (*contrarius consensus*)<sup>12</sup>. Dieser zielt nicht auf die einzelne Forderung<sup>13</sup>, sondern auf die partielle oder vollständige Beseitigung des Schuldverhältnisses im weiteren Sinn. Trotz dieser funktionalen Unterschiede zwischen den beiden Vertragsformen hat man sich seit jeher bemüht, auch für den Aufhebungsvertrag eine konstruktive Verbindung mit dem Erlaß herzustellen<sup>14</sup>. Die, wenn auch entfernte, Verwandtschaft zum Aufrechnungsvertrag wurde damit indirekt bestätigt.

In der Praxis zeigt sich in diesem Bereich des Schuldrechts eine große Vielfalt möglicher Gestaltungsformen<sup>15</sup>. Trotz aller Unterschiede in der rechtlichen Konstruktion liegen Aufrechnungsverträgen im Grundsatz gleich-

<sup>8</sup> Vgl. dazu i.e. unten § 22 I.

<sup>9</sup> Vgl. *Bähr*, ArchBürgR 2 (1889), S. 97, 110.

<sup>10</sup> Vgl. allg. Heini/Keller/Siehr/Vischer/Volken-Keller/Girsberger, IPRG-Kommentar, Art. 148, Rdn. 55; das deutsche Recht geht dagegen nicht von einer kollisionsrechtlichen Gleichbehandlung aus, vgl. für den Erlaß MünchKomm-Martiny, BGB, Art. 32 EGBGB, Rdn. 43; allg. zur kollisionsrechtlichen Behandlung des Aufrechnungsvertrags unten § 32 II.

<sup>11</sup> Vgl. dazu unten § 13 III. 1. a).

<sup>12</sup> Vgl. *Happek*, ArchBürgR 35 (1910), S. 404ff; *Gschnitzer*, JherJb. 76 (1927), S. 375ff; *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Das Rechtsgeschäft, § 33.5; *Larenz*, SchuldR AT, § 19.II.b); *Gernhuber*, Die Erfüllung, § 17.

<sup>13</sup> Auch wenn sich das Schuldverhältnis in dieser einen Forderung erschöpft, greift es insoweit weiter, als es leistungsbegleitende und andere Nebenpflichten mitumfaßt; die Terminologie des Reichsgerichts, wonach die Aufrechnung zu den „Aufhebungsgründen der Obligation“ zähle (RGZ 7, 243, 248), kann daher nur im untechnischen Sinn verstanden werden.

<sup>14</sup> Vgl. unten § 13 III. 1. a) cc).

<sup>15</sup> Vgl. dazu i.e. unten § 17.

gelagerte Interessen der Parteien im Hinblick auf die Herbeiführung der Aufrechnungswirkung zugrunde. Sie rechtfertigen es, zunächst von „dem Aufrechnungsvertrag“ als Ausgangspunkt dieser Untersuchung zu sprechen<sup>16</sup>.

## § 2 Mißverhältnis von praktischer Relevanz und wissenschaftlicher Aufarbeitung des Aufrechnungsvertrages

Zwischen der praktischen Relevanz und der wissenschaftlichen Aufarbeitung des Rechts der Aufrechnungsverträge besteht ein starkes Mißverhältnis (II). Dies wird insbesondere bei einem Vergleich mit der einseitigen Aufrechnung deutlich (I). Die Gegenüberstellung von einseitiger und vertraglicher Aufrechnung liefert zugleich einen ersten Ansatzpunkt für die in dieser Untersuchung angestrebte Integrierung des Aufrechnungsvertrages in das Aufrechnungsrecht der §§ 387ff BGB.

### I. Einseitige Aufrechnung

#### 1. Nationales Recht

Die Bedeutung der einseitig erklärten Aufrechnung nach §§ 387, 388 S.1 BGB für die dogmatische Aufarbeitung des allgemeinen Schuldrechts beruht zum einen darauf, daß auch unter der Herrschaft des BGB die bereits im gemeinen Recht<sup>17</sup> bestehenden Zweifel nicht nur über das Wesen der Aufrechnung fortdauern, sondern auch über ihre Rechtswirkungen, soweit diese über die sparsame gesetzliche Definition hinausreichen<sup>18</sup>. Die umfassende wissenschaftliche Aufarbeitung der einseitig erklärten Aufrechnung spiegelt aber auch die große Bedeutung dieses Rechtsinstituts in der Praxis wider. Bereits vor Inkrafttreten des BGB wurde die „unendliche wirtschaftliche Wichtig-

---

<sup>16</sup> Vgl. zu diesem Ansatz auch *Schade*, Über den Aufrechnungsvertrag, S. 13; allg. zum „Typus“ des Aufrechnungsvertrages unten § 14 III. 1.

<sup>17</sup> Vgl. die grundlegenden Arbeiten von *Bethmann-Hollweg*, Rheinisches Museum für Jurisprudenz 1827, S. 257ff; *Krug*, Die Lehre von der Kompensation, 1833; *Brinz*, Die Lehre von der Kompensation, 1849; *Dernburg*, Geschichte und Theorie der Kompensation, 2. Aufl. 1868; *Eisele*, Die Compensation nach Römischen und Gemeinem Rechte, 1876; *Liebknecht*, Kompensationsvollzug und Kompensationsvorbringen nach gemeinem Rechte, 1896; *Siber*, Compensation und Aufrechnung, 1899; vgl. auch *Kohler*, ZJP 24 (1898), S. 1ff; *Deichmann*, Gruchot 42 (1898), S. 257ff.

<sup>18</sup> Vgl. *Weismann*, ZJP 26 (1899), S. 1, 42 (der bereits prognostizierte, die Zahl der Kontroversen werde sich mit Inkrafttreten des BGB nicht vermindern); *Staudinger-Kaduk*, BGB, Vorbem. zu §§ 387ff, Rdn. 8.

keit<sup>19</sup> der Aufrechnung hervorgehoben. Seit mit der Kodifizierung im BGB der Grundsatzstreit um die Zulässigkeit der außergerichtlich erklärten Aufrechnung endgültig ausgeräumt wurde<sup>20</sup>, hat auch die praktische Bedeutung dieses Rechtsinstituts noch zugenommen<sup>21</sup>.

Die Ursache für die starke Stellung der Aufrechnung sowohl im System des allgemeinen Schuldrechts als auch in der Praxis liegt vor allem in ihrem ambivalenten Charakter. Er verleiht der Aufrechnung eine Mittelstellung zwischen Erfüllungssurrogat und pfandähnlichem Sicherungsrecht an der eigenen Forderung (*pignus debiti*<sup>22</sup>) und bildet zugleich den Ansatzpunkt für die vielfältigen dogmatischen Erklärungsversuche des Aufrechnungsrechts<sup>23</sup>. Die Verrechnungswirkung der Aufrechnung führt dazu, ökonomisch überflüssige Doppelzahlungen zwischen Parteien, die zugleich Gläubiger und Schuldner des jeweils anderen sind, zu vermeiden. Außerdem wird dem Gläubiger der Gegenforderung ein wirksames Sicherungsmittel für seine Forderung an die Hand gegeben<sup>24</sup>.

Sowohl die mit der Aufrechnung verbundene Reduzierung von Zahlungsströmen als auch die dadurch bewirkte Absicherung des Inhabers der Aufrechnungsbefugnis können dazu beitragen, eine Reduzierung von Transaktionskosten und damit eine pareto-optimale Ressourcenverteilung zu gewährleisten<sup>25</sup>. Die Erkenntnis dieser ökonomischen Relevanz des Aufrechnungsrechts lag bereits den Beratungen zum BGB zugrunde<sup>26</sup>. Die Regelung

<sup>19</sup> Kohler, ZJP 24 (1898), S. 1.

<sup>20</sup> Vgl. Feder, ZHR 54 (1904), S. 434, 437 sowie unten § 8 II und § 12 I.

<sup>21</sup> Vgl. bereits Kegel, Probleme der Aufrechnung, S. V; aus heutiger Sicht Wood, English and International Set-Off, S. VII; Duboc, La Compensation et les Droits des Tiers, S. 8.

<sup>22</sup> Vgl. dazu Weigelin, Das Recht zur Aufrechnung, S. 44ff; Bötticher, FS Schima, S. 95ff.

<sup>23</sup> Vgl. unten § 13 III.

<sup>24</sup> Vgl. zu diesen Motiven des Aufrechnungsrechts bereits Prausnitz, Die Forderungsverrechnung, S. 149, wo die Aufrechnung mit den beiden mittelalterlichen Rechtssprüchwörtern „Abgerechnet ist gut bezahlt“ und „Gleich und gleich ist die beste Zahlung“ erklärt wird; vgl. dazu auch unten § 10.

<sup>25</sup> Ökonomische Aspekte seien hier nur im (zurückhaltenden) Sinn eines juristisch relevanten Bewertungs- und Entscheidungskriteriums herangezogen, ohne damit die „economic analysis of law“ als solche zu legitimieren, vgl. Horn, AcP 176 (1976), S. 307, 322; kritisch auch Leff, Virg.L.R. 1974, S. 451, 462ff; Zurückhaltung bei der ökonomischen Bewertung ist auch deswegen geboten, weil der Grundsatz von der ökonomischen Nutzenmaximierung durch Aufrechnung nicht uneingeschränkt gilt; die Aufrechnung oszilliert vielmehr je nachdem, welche (externen) Interessen von dem Aufrechnungsvorgang betroffen sind, zwischen Steigerung der Allokationseffizienz einerseits und Erhöhung der Transaktionskosten andererseits (Rückgängigmachung von Aufrechnungsvorgängen sowie deren Auswirkung auf Drittbeziehungen etc.) hin und her; dies verdeutlichen vor allem die vom Gesetz aufgestellten oder den Parteien vereinbarten Aufrechnungsverbote, vgl. dazu unten § 25.

<sup>26</sup> Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. I, S. 363: „In [der] einseitigen Aufrechnungserklärung [ist] dem Schuldner

der Aufrechnung im Gesetz stellte sich daher als „Zugeständnis an wirtschaftliche Erwägungen“ durch den Gesetzgeber dar<sup>27</sup>.

## 2. Ausländische Rechtsordnungen

Diese ökonomischen Vorzüge haben die Aufrechnung als „set-off“, „compensation“, „verrekening“, „compensación“ oder „compensazione“ zu einem festen Bestandteil aller entwickelten Rechtsordnungen gemacht, wenn auch mit im einzelnen unterschiedlichen dogmatischen Konstruktionen<sup>28</sup>. Dies gilt insbesondere für die *ipso iure* eintretende oder durch einseitige Erklärung auszulösende Aufrechnungswirkung, auch wenn die These von der Aufrechnung kraft Gesetzes eher auf einem historischen Mißverständnis als auf bewußt gegensätzlicher gesetzlicher Regelungsphilosophie beruht<sup>29</sup>.

## 3. Internationaler Wirtschaftsverkehr

Auf dem Gebiet des internationalen Wirtschaftsrechts hat die Aufrechnung noch erheblich größeres praktisches Gewicht<sup>30</sup>. Sie erspart es dem Aufrechnenden, seine Forderung im Ausland gerichtlich geltend machen zu müssen und hilft so, nicht nur ökonomische Härten<sup>31</sup>, sondern auch die Gefahren des Prozessierens vor ausländischen Gerichten und die damit verbundenen Unwägbarkeiten der Rechtsverfolgung im Ausland zu vermeiden<sup>32</sup>. Die Auf-

---

ein Mittel gegeben, auf die einfachste und leichteste Weise rechtzeitig die Ausgleichung herbeizuführen. Unter[läßt] er das, so handel[t] er nachlässig, und wenn er dadurch in Verlust ger[ät], so [hat] er den Schaden sich selbst zuzuschreiben“.

<sup>27</sup> Feder, ZHR 54 (1904), S. 434, 437.

<sup>28</sup> Vgl. für das amerikanische Recht *Edmonds v. Stratton*, Mo.App. 457 S.W. 2d. 228, 232 sowie § 2-717 UCC, vgl. allg. die Übersicht bei Wild, Die Verrechnung im internationalen Privatrecht, S. 86ff; für das französische Recht Art. 1289 Code Civil („*compensation légale*“); für das niederländische Recht Art. 6.1.10.4ff NBW; für das spanische Recht Art. 1195 Código Civil; für das schweizerische Recht Art. 120ff OR, Art. 148 Abs. 3 GIPR; für das italienische Recht Art. 1241 Codice Civile; vgl. auch Art. 1672ff Code Civil du Québec; § 432 ZGB der ehemaligen DDR, abgedruckt bei Horn (Hrsg.), Das Zivil- und Wirtschaftsrecht der DDR, Nr. 2.1; vgl. im übrigen den Überblick bei Wood, Set-Off, Rdn. 24-1ff.

<sup>29</sup> Zimmermann, The Law of Obligations, S. 761 weist darauf hin, daß die Frage nach der *ipso-iure*-Wirkung der Aufrechnung im südafrikanischen Recht noch heute umstritten ist; für das österreichische Recht ging der Gesetzgeber von der *ipso-iure*-Wirkung der Aufrechnung aus; da dies aber im Gesetzeswortlaut nur andeutungsweise zum Ausdruck gekommen ist, verlangt die h.M. eine Aufrechnungserklärung, vgl. Dullinger, Handbuch der Aufrechnung, S. 96f; vgl. allg. unten § 9 I.

<sup>30</sup> Bereits Kohler, in: ders. (Hrsg.), Enzyklopädie der Rechtswissenschaft, Bd. 2. S. 105 sprach von der „im internationalen Verkehr so unendlich wichtigen Aufrechnung“.

<sup>31</sup> Vgl. dazu im internationalen Kontext Paulsson, Rev.d.Arb. 1990, S. 55, 93.

<sup>32</sup> von Hoffmann, AWD 1973, S. 168f; Frankenstein, Internationales Privatrecht, 2. Bd., S. 281; vgl. auch Paulsson, aaO, S. 93 für das Schiedsverfahren.

rechnung wird daher häufig auch als „verdeckte Widerklage“<sup>33</sup> angesehen. Selbst in den Staaten des ehemaligen Ostblocks, in denen die Aufrechnung zunächst restriktiv gehandhabt und lediglich im internationalen Kontext aus Gründen der „rechtlichen Konkurrenzfähigkeit“ auf dem Weltmarkt gesetzlich normiert wurde<sup>34</sup>, hat man später die „bemerkenswerte Entwicklung dieses Rechtsinstitutes und seines Platzes in der rechtlichen Regelung der internationalen Wirtschaftsbeziehungen“ anerkannt. Dies hatte wiederum Rückwirkungen auf das nationale Recht, denn im Rahmen der Ausarbeitung eines einheitlichen internationalen Vertragsrechts für die RGW-Mitgliedstaaten wurde auch auf die Vereinheitlichung des Aufrechnungsrechts hingearbeitet<sup>35</sup>. Im neuen Zivilgesetzbuch der Russischen Föderation ist die Aufrechnung nunmehr wie selbstverständlich auch für den nationalen Rechtsverkehr enthalten<sup>36</sup>.

## II. Aufrechnungsvertrag

Gegenüber dieser starken Stellung der einseitig erklärten spielt die konsensuale Variante der Aufrechnung nur eine untergeordnete Rolle in der Dogmatik des Aufrechnungsrechts. Zumeist wird sie aus der parteiautonomeren Gestaltungsfreiheit hergeleitet und zugleich im Gegensatz zur einseitigen Aufrechnung nach §§ 387ff BGB gesehen<sup>37</sup>. Dieser Befund steht im krassen Gegensatz zu den vielfältigen Funktionen, die der Aufrechnungsvertrag in der Praxis erfüllt. Bereits 1911 betonte *Arndt* die „große Zahl von Anwendungsfällen des Aufrechnungsvertrages in der Praxis“<sup>38</sup> und *Heck* stellte gar 1929 fest, die vertragliche Aufrechnung sei mehr verbreitet als die einseitige<sup>39</sup>.

<sup>33</sup> *Habscheid*, FS Nagel, S. 80.

<sup>34</sup> Vgl. §§ 265ff des Gesetzbuches über den Internationalen Handel der ehemaligen Tschechoslowakei vom 4.12.1963, Sb.Z 101/1963; §§ 275ff des Gesetzes über Internationale Wirtschaftsverträge (GIW) der ehemaligen DDR, abgedruckt bei *Horn* (Hrsg.), Das Zivil- und Wirtschaftsrecht der DDR, Nr. 2.5.

<sup>35</sup> *Strohbach*, in: Akademie für Staats- und Rechtswissenschaften der DDR (Hrsg.), Grundzüge einer wissenschaftlichen Konzeption des allgemeinen Teils der rechtlichen Regelung internationaler Wirtschaftsverträge zwischen den Organisationen der Mitgliedsländer des RGW, S. 55, 56.

<sup>36</sup> Vgl. Artt. 410ff ZGB-Russ., in Kraft getreten am 1. Januar 1995; vgl. dazu *Glöckner*, WiRO 1994, S. 367f; *Waehler*, Mitteilungen der Vereinigung für Deutsch-Russisches Wirtschaftsrecht, Nrn. 8/9 1994, S. 24ff.

<sup>37</sup> Paradigmatisch etwa *Schlechtriem*, SchuldR AT, Rdn. 492; *Larenz*, SchuldR AT, § 18 VI.f); ausführlich dagegen *Gernhuber*, Die Erfüllung, § 14; AK-BGB-*Brüggemeier*, §§ 387-389, Rdn. 36ff; *Staudinger-Kaduk*, BGB, Vorbem. zu §§ 387ff, Rdn. 59ff.

<sup>38</sup> *Arndt*, Ueber den Aufrechnungsvertrag, S. 57.

<sup>39</sup> *Heck*, Grundriß des Schuldrechts, S. 180.

Wie berechtigt diese These war und auch heute noch ist, zeigt die Vielfalt möglicher Erscheinungsformen dieses Rechtsinstituts. Die Aufrechnung bildet dabei zum Teil den alleinigen Gegenstand des Vertrages. Häufig hat die Aufrechnungsabrede aber keine selbständige Bedeutung, sondern tritt nur als Bestandteil eines umfassenderen Vertragswerkes in Erscheinung<sup>40</sup>.

### 1. Bankvertragsrecht

Traditionell wird der Aufrechnungsvertrag mit dem Bankvertragsrecht in Verbindung gebracht, also dem Bereich des Schuldrechts, der sich mit dem Verhältnis der Banken untereinander und zu ihren Kunden beschäftigt. Sowohl der Verrechnung beim Kontokorrent als auch der Skontration als Grundlage des Inter-Banken-Zahlungsverkehrs liegen derartige Aufrechnungsverträge zugrunde<sup>41</sup>. Beide Rechtsinstitute bilden den Nukleus der modernen Dogmatik des Aufrechnungsvertrages: die Skontration als frühes Abrechnungssystem auf den „Zählwochen“ der mittelalterlichen Messen in der Champagne<sup>42</sup> sowie im 18. Jahrhundert auf den zentralen Skontropätzen<sup>43</sup>, das Kontokorrent als handelsübliche Verrechnungsform der Kaufmannschaft des 15. Jahrhunderts<sup>44</sup>. Im modernen Bankvertragsrecht hat sich der Aufrechnungsvertrag zunehmend von diesen klassischen Funktionen gelöst. Er dient heute unter anderem als „Nettingvereinbarung“ zur Risiko-steuerung in komplexen Derivat- und anderen Finanzmarkttransaktionen<sup>45</sup>, wobei der damit häufig verbundene Verrechnungsautomatismus zu einer Vereinfachung der Geschäftsabwicklung und Absicherung der beteiligten Marktteilnehmer beitragen soll.

### 2. Allgemeines Vertragsrecht

Die Bedeutung des Aufrechnungsvertrages greift aber weit über das Bankvertragsrecht hinaus. Man findet Aufrechnungsverträge in ganz unterschiedlichen Bereichen des täglichen Lebens. So ist sowohl die Abrechnung unter

---

<sup>40</sup> Arndt, Ueber den Aufrechnungsvertrag, S. 57; vgl. auch unten § 19 III.

<sup>41</sup> Vgl. zur Skontration unten §§ 28f.

<sup>42</sup> Vgl. zur Bedeutung der Meßplätze der Champagne als europäische Wechseldomizile und zur Skontration als Verrechnungssystem der Champagne-Messen des frühen 13. Jahrhunderts Anschütz, ZHR 17 (1872), S. 108, 109ff; J. Goldschmidt, ZHR 40 (1892), S. 1, 30; Neuhaus, Die Skontration, S. 6ff; vgl. allg. unten § 28 I.

<sup>43</sup> Vgl. Mitteis, Deutsches Privatrecht, S. 121.

<sup>44</sup> Prausnitz, Die Forderungsverrechnung, S. 45ff (Skontration), S. 81ff (Kontokorrent); zum Kontokorrent vgl. auch Levy/Riesser, Der Contocorrent-Vertrag; Eisele, Die Compensation nach Römischem und Gemeinem Recht, S. 377ff; Dernburg, Geschichte und Theorie der Compensation, S. 591ff; ROHG 2, 166ff.

<sup>45</sup> Vgl. dazu i.e. unten §§ 5f.

Skatspielern<sup>46</sup>, als auch die Vereinbarung zwischen Arbeitgeber und seinem zum Inkasso berechtigten Arbeitnehmer, wonach letzterer ausdrücklich oder stillschweigend ermächtigt wird, den entsprechenden Teil des eingenommenen Geldes zur Befriedigung seines Vergütungsanspruchs einzubehalten („Kürzungsrecht“)<sup>47</sup>, rechtlich als Aufrechnungsvereinbarung einzuordnen. Ebenso kann die Inzahlungnahme eines Gegenstandes beim Kauf und anschließender oder vorweggenommener Verrechnung der gegenseitigen Forderungen als „Doppelkauf mit Aufrechnungsabrede“ qualifiziert werden<sup>48</sup>. Der Verkauf einer Sache oder die Hingabe eines Darlehens gegen Erbringung von Dienst- oder Werkleistungen sowie die Verrechnung der daraus entstehenden Forderungen stellt sich genauso als Aufrechnungsvertrag dar wie Abreden über die Verrechnung von Kaufpreisforderungen, die aus zwischen den Parteien wechselseitig abgeschlossenen Kaufverträgen stammen<sup>49</sup>. Gleiches gilt für die Abrechnung eines Nachnahmebetrags durch den Frachtführer<sup>50</sup>. Gewährt der Pächter dem Verpächter ein im Zusammenhang mit dem Pachtverhältnis stehendes Darlehen und vereinbaren die Parteien, dessen Ansprüche auf Darlehensrückzahlung mit fälligen Pachtzinsansprüchen des Verpächters zu verrechnen, so liegt dem ebenso ein Aufrechnungsvertrag zugrunde<sup>51</sup> wie der in einem Werkwohnungsvertrag enthaltenen Vereinbarung, wonach der Arbeitgeber die Miete von der Arbeitsvergütung einbehalten („absetzen“) darf<sup>52</sup>. Ein Aufrechnungsvertrag kann auch in der in einem Verlagsvertrag enthaltenen Regelung gesehen werden, Absatzhonorarvorschüsse nach § 24 VerlG im Rahmen der regelmäßigen Honorarabrechnung mit den Honoraransprüchen des Autors zu verrechnen. Die Verrechnung von Baukostenzuschüssen des Mieters mit fälligen Mietzinsansprüchen des Vermieters kann ebenfalls als Aufrechnungsvertrag qualifiziert werden<sup>53</sup>. Auch die Verrechnung des Anspruchs einer Kapitalgesellschaft auf Bareinlage mit ei-

<sup>46</sup> Michahelles, Die Funktionsweise und die Rechtsnatur der Skontration, S. 60ff, wo die Abrechnung beim Skatspiel als „Urbeispiel“ der Skontration bezeichnet wird; vgl. auch *Canaris*, WM 1976, S. 994, 1000ff; *MünchKomm-von Feldmann*, BGB, § 387, Rdn. 31; vgl. zur einfachen Skontration als Grundlage der Abrechnung beim Skatspiel unten § 28.

<sup>47</sup> Vgl. RAGE 6, 204; RAG DJ 1938, S. 204; BAGE 17, 159, 161; *MünchKomm-von Feldmann*, BGB, § 387, Rdn. 35; *Vollkommer*, Anm. BAG, AP Nr. 1 zu § 392 BGB; vgl. auch RAG SeuffArch. 86, Nr. 20 (Verrechnungsbefugnis eines Tankstellenleiters); RAGE 5, 136 (Verrechnungsbefugnis eines Reservefahrers); vgl. auch unten § 17 II. 4. b). bb) und § 20 II.

<sup>48</sup> Vgl. *Palandt-Putzo*, BGB, § 515, Rdn. 5; *Pfister*, MDR 1968, S. 361ff.

<sup>49</sup> Vgl. RGZ 6, 253, 254; 26, 81; BGH WM 1971, S. 908f; derartige Verrechnungsabreden können unter Umständen als gläubigerggefährdendes Geschäfte nach §§ 29ff KO angefochten werden, vgl. unten § 24 I.

<sup>50</sup> Vgl. BGH NJW-RR 1991, S. 744.

<sup>51</sup> RGZ 40, 120, 125.

<sup>52</sup> BAG AP Nr. 1 zu § 392 BGB; AP Nr. 2 zu § 387 BGB mit Anm. *Herschel*; *Schaub*, Arbeitsrechts-Handbuch, § 87.II.1; *Gernhuber*, Die Erfüllung, § 14.II.2.

<sup>53</sup> Vgl. BGHZ 6, 202, 204f.

nem Gegenanspruch des Bareinlageschuldners gegen die Gesellschaft, etwa auf Darlehnsrückzahlung, Gewinnausschüttung, Geschäftsführervergütung oder Vergütung aus einer Warenlieferung ist schuldrechtlich als Aufrechnungsvertrag zu charakterisieren<sup>54</sup>. Schließlich läßt sich auch das im Engagementsvertrag fixierte Recht des Theaterdirektors, von den Ensemblemitgliedern verwirkte Vertragsstrafen unmittelbar von deren Gagen abziehen zu dürfen, als Aufrechnungsvertrag qualifizieren<sup>55</sup>. Allerdings unterscheiden sich einige der hier vorgestellten Anwendungsbeispiele von den übrigen insoweit, als Aufrechnungskonsens und Aufrechnungswirkung oder gar Aufrechnungskonsens und Aufrechnungserklärung zeitlich auseinanderfallen. Damit wird bereits ein grundsätzliches Strukturproblem im Falle einer pauschalisierenden Definition des Aufrechnungsvertrages deutlich<sup>56</sup>.

### § 3 Gang der Darstellung

Die nachfolgende Untersuchung will die Lücke zwischen der nur in Ansätzen vorhandenen dogmatischen Durchdringung und der praktischen Relevanz des Aufrechnungsvertrages schließen. Der Schwerpunkt der Darstellung liegt dabei auf dem allgemeinen Vertragsrecht. Die Aufrechnungsverträge des Bankvertragsrechts werden nur insoweit behandelt, als sie exemplarisch für die mit der konsensualen Aufrechnung generell zusammenhängenden Rechtsprobleme sind<sup>57</sup>. Nur in diesem begrenzten Kontext wird dann auch auf die mit diesen Rechtsinstituten verbundenen speziellen Probleme eingegangen. Dies gilt etwa für die Skontration als Paradigma der multilateralen vertraglichen Aufrechnung<sup>58</sup>. Ansonsten liegen aber zu diesen Typen des Aufrechnungsvertrages, insbesondere im Bereich des Kontokorrentvertrages<sup>59</sup>, bereits umfangreiche Spezialabhandlungen vor. Diese sind zugleich Spiegel der Tat-

---

<sup>54</sup> Vgl. die klassische Entscheidung des Reichsgerichts RG JW 1938, S. 1400 mit Anm. *Boesebeck*; OLG Köln, WM 1990, S. 1385; zu den gesellschaftsrechtlichen Implikationen, insbes. im Hinblick auf die gesellschaftsrechtlichen Aufrechnungsverbote und das Problemfeld der verdeckten Sacheinlage unten § 25 III.

<sup>55</sup> Vgl. RGZ 41, 51f (arbeitsrechtliche oder AGB-rechtliche Bedenken gegen diese Rechtsprechung spielten damals noch keine Rolle).

<sup>56</sup> Vgl. dazu i.e. unten § 14 III. 1 sowie § 17 II und III.

<sup>57</sup> Auf den engen dogmatischen Zusammenhang zwischen den bankrechtlich relevanten Aufrechnungsverträgen (Konzernverrechnungsklausel, Skontration, Kontokorrent) und dem allgemeinen Recht der konsensualen Aufrechnung weist *Joussen*, ZIP 1982, S. 279 zu Recht hin.

<sup>58</sup> Vgl. dazu unten §§ 28f.

<sup>59</sup> Vgl. *Canaris*, in: Großkomm-HGB, § 355, Rdn. 1ff; *Canaris*, DB 1972, S. 421ff, 469ff; *Heyman/Horn*, HGB, § 355, Rdn. 1ff; *Hefermehl*, FS Lehmann II, S. 547ff; *Scherner*, FS Bärmann, S. 171ff; *K. Schmidt*, Handelsrecht, § 21; *Capelle/Canaris*, Handelsrecht, § 25;

sache, daß im Kontokorrentrecht der Blick auf die parteiautonome Gestaltungsfreiheit eine Fülle rechtlicher Bezüge und Nuancen aufgedeckt hat, die zwar faktisch immer schon vorhanden gewesen waren, aber erst durch den Blick der Wissenschaft auf die Praxis der Kaufleute und Banken sichtbar hervortraten<sup>60</sup>. Im Recht der Aufrechnungsverträge dagegen ist das umgekehrte Phänomen zu beobachten: Die einseitige Betonung der Parteiautonomie hat vielfach die dogmatischen Strukturen und Bezüge verschwimmen lassen<sup>61</sup>.

Die Untersuchung gliedert sich in acht Kapitel. Zur Vorbereitung der materiellrechtlichen Überlegungen werden im ersten Kapitel zunächst die mit dem Recht des Aufrechnungsvertrages verbundenen terminologischen Unsicherheiten im Interesse einer zuverlässigen begrifflichen Ausgangsposition für den weiteren Gang der Überlegungen geklärt. Bei der Abgrenzung der im Bereich des Rechts der Aufrechnungsverträge häufig zu findenden Fachtermini „Aufrechnung“, „Verrechnung“ und „Netting“ gilt es insbesondere, Sammelbegriffe für jegliche Arten von Saldierungen von Aufrechnungsvereinbarungen im Rechtssinn abzugrenzen. Diese Abgrenzung läßt sich nur vor dem Hintergrund der praktischen Anwendungen des jeweiligen Begriffs klären. Im ersten Kapitel werden daher bereits konkrete Anwendungsbeispiele des Aufrechnungsvertrages sowie deren jeweiliger wirtschaftlicher Hintergrund mit erörtert. Anschließend werden die dogmatischen Grundlagen des Rechts der Aufrechnungsverträge untersucht. Besonderes Gewicht wird dabei in jeder Phase der Untersuchung auf eine Rückkopplung zum Recht der Aufrechnung in den §§ 387ff BGB gelegt. Es soll gezeigt werden, daß der Aufrechnungsvertrag zwar seine Wurzeln in der allgemeinen Parteiautonomie (§ 305 BGB) hat, funktional jedoch als echte Aufrechnung im Sinne von §§ 387ff BGB aufzufassen ist. Um die notwendige dogmatische Grundlage für diese Rückkopplung zu schaffen, werden den Überlegungen zur Rechtsnatur der konsensualen Aufrechnung, die im dritten Kapitel erörtert werden, Ausführungen über die dogmatischen Wurzeln und Funktionen der einseitigen Aufrechnung im zweiten Kapitel vorangestellt. Die daran anschließende Grundlagenanalyse des Aufrechnungsvertrages umfaßt neben den Ausführungen zur Anbindung an die §§ 387ff BGB auch Abschnitte zur Rechtsnatur und zu den vielfältigen Erscheinungsformen des Aufrechnungsvertrages (viertes Kapitel), zu den Voraussetzungen für seinen Abschluß sowie zur Frage der Abdingbarkeit der §§ 387ff BGB und zu seinen Wirkungen (fünftes Kapitel), zu den die Unwirksamkeit des Aufrechnungsvertrages be-

---

*Beitzke*, FS J. v. Gierke, S. 9ff; *Blaurock*, NJW 1971, S. 2206; *Herz*, Das Kontokorrent; *Krapf*, Der Kontokorrentvertrag; *Mohr*, Der Kontokorrentverkehr; *Levy*, Der Contocorrent-Vertrag; *Dullinger*, Handbuch der Aufrechnung, S. 265ff.

<sup>60</sup> Vgl. *Scherner*, FS Bärmann, S. 171, 181.

<sup>61</sup> Vgl. allg. unten vor § 34.

treffenden Rechtsfragen (sechstes Kapitel), zu den mit multilateralen Aufrechnungsverträgen zusammenhängenden Rechtsproblemen (siebtes Kapitel) sowie zur kollisionsrechtlichen Anknüpfung des Aufrechnungsvertrages (achtes Kapitel).

Stets werden dabei auch historische Argumente in die dogmatische Diskussion einbezogen. Dogmengeschichtlichen Aspekten kommt bei der rechtlichen Analyse des Aufrechnungsrechts eine unentbehrliche, wenn auch in der gegenwärtigen Dogmatik vielfach vernachlässigte<sup>62</sup>, verständniserschließende Funktion zu<sup>63</sup>. Für den Aufrechnungsvertrag gilt dies in besonderem Maß, weil die wesentlichen Untersuchungen zur Aufrechnung und damit auch zum Aufrechnungsvertrag in der zweiten Hälfte des letzten und Anfang dieses Jahrhunderts verfaßt wurden<sup>64</sup>. Seitdem wurde die Dogmatik des Aufrechnungsvertrages eher stiefmütterlich behandelt. Die Beschäftigung mit speziellen Erscheinungsformen, insbesondere im Bereich des Bankvertragsrechts, hat viele Einzelaspekte der allgemeinen rechtlichen Analyse des Aufrechnungsvertrages versanden lassen. Dies hat insbesondere Rückwirkungen auf die Abgrenzung der verschiedenen Typen des Aufrechnungsvertrages<sup>65</sup>, die heute an dieser vernachlässigten Dogmatik leidet.

<sup>62</sup> Vgl. aus der Sicht des common law *McCracken*, The Banker's Remedy of Set-Off, S. 48; vgl. bereits *Leonhard*, Die Aufrechnung, S. 7.

<sup>63</sup> Vgl. allg. *Savigny*, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 1, S. 214; *Th. Honsell*, Historische Argumente im Zivilrecht, S. 196; *Coing*, Methodenlehre, S. 60; *Baldus*, JA 1995, S. III, IV; *Baldus/Wacke*, ZNR 1995, S. 283ff; zur notwendigen allseitigen Orientierung und Befassung der Zivilrechtsdogmatik mit „dem geschichtlichen Wandel des Rechts, mit dem so und so Gewordensein und Werden der Rechtsordnung“, *Ballerstedt*, FS Flume, Bd. I, S. 257, 258; vgl. auch *Harder*, Die Leistung an Erfüllungs Statt, S. 67ff für die römisch- und gemeinrechtlichen Ursprünge der Leistung an Erfüllungs Statt, deren Dogmatik nach *Harder*, aaO, S. 173 „auf eineinhalbtausend Jahre lang kritiklos fortgeschlepptem nachklassisch-byzantinischem Recht“ beruht; vgl. zur Ähnlichkeit von Aufrechnungsvertrag und Leistung an Erfüllungs Statt unten § 13 III. 1. c) aa) und § 21 II. 2. b).

<sup>64</sup> *Bethmann-Hollweg*, Rheinisches Museum für Jurisprudenz, 1827; *Krug*, Die Lehre von der Kompensation, 1833; *Brinz*, Die Lehre von der Kompensation, 1849; *Dernburg*, Geschichte und Theorie der Kompensation nach Römischen und Gemeinem Recht, 2. Aufl. 1868; *Schwanert*, Kompensation, 1870; *Eisele*, Die Compensation, 1876; *Schoemann*, Das pactum de compensando, 1897; *Schwengler*, Über die Kompensation durch Vertrag, 1897; *Liebknecht*, Kompensationsvollzug und Kompensationsvorbringen nach gemeinem Rechte, 1897, S. 2ff; *Kohler*, ZZP 24 (1898), S. 1ff; *Siber*, Compensation und Aufrechnung, 1899; *Schlichting*, Die Aufrechnung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, 1901; *Schneider*, Die Aufrechnung mit der Forderung eines Dritten, 1904; *Schade*, Über den Aufrechnungsvertrag, 1904; *Weigelin*, Das Recht zur Aufrechnung, 1904; *Alexander*, Datio in solutum und compensatio voluntaria, 1908, S. 36ff; *Arndt*, Ueber den Aufrechnungsvertrag des bürgerlichen Rechts in Theorie und Praxis, 1911; *Seippel*, Inwiefern stehen die Vorschriften über die gesetzliche Aufrechnung unter der Disposition der Parteien?, 1913, S. 12ff; vgl. auch *Prausnitz*, Die Geschichte der Forderungsverrechnung, 1928; *Kleinschmidt*, Vertragsmäßige Erweiterungen und Beschränkungen des Aufrechnungsrechts, 1930; *Kegel*, Probleme der Aufrechnung, 1938.

<sup>65</sup> Vgl. unten § 17.

## 1. Kapitel

### Terminologie des Aufrechnungsvertrages: „Aufrechnung“, „Verrechnung“, „Anrechnung“, „Netting“

Die Diskussion um die Dogmatik des Aufrechnungsvertrages wird durch terminologische Unsauberkeiten erheblich erschwert. Derartige Schwierigkeiten sind dem Aufrechnungsrecht nicht fremd. Bereits in seinen Anfängen wurde der Terminus „*compensatio*“ sowohl für den eigentlichen Akt der Schuldtilgung durch Verrechnung als auch für die entsprechenden Erklärungen der Parteien oder gar im gänzlich untechnischen Sinn verwandt<sup>1</sup>. Auch der Aufrechnungsvertrag wurde zuweilen pauschal als „*compensatio*“ bezeichnet<sup>2</sup>. Aufgrund dieser terminologischen Unsicherheiten war im gemeinen Recht umstritten, ob die Römer unter „*compensatio*“ den Aufrechnungsvertrag oder die einseitige Aufrechnung verstanden hatten<sup>3</sup>. Hierin spiegelt sich bereits ein Grundproblem des Aufrechnungsrechts wider. Es liegt darin, daß der Begriff „Aufrechnung“ nicht das juristische Wesen dieses Rechtsinstituts, sondern nur den äußeren Vorgang der Verrechnung bezeichnet<sup>4</sup>. Dieses Phänomen taucht beim Streit um die Rechtsnatur des Aufrechnungsvertrages wieder auf. Dort verdeckt die Übernahme dieser terminologischen Unsauberkeiten den aufgrund des konsensualen Elements möglichen Facettenreichtum dieses Vertragstyps<sup>5</sup>.

Noch heute bestehen diese terminologischen Unsicherheiten fort. So wird die Bezeichnung der aufzurechnenden Forderungen („Haupt“ – „Gegenforderung“, „Aktiv“ – „Passivforderung“) nicht immer stringent eingehalten<sup>6</sup>. Die Erarbeitung der dogmatischen Grundlagen des Aufrechnungsvertrages setzt daher zunächst die Klärung der terminologischen Unklarheiten voraus. Dies gilt sowohl für den Bereich der nationalen Dogmatik, wo die Begriffe „Aufrechnungsvereinbarung“, „Verrechnungsvereinbarung“ und „Anrechnungsab-

---

<sup>1</sup> *Appleton*, *Histoire de la Compensation*, S. 56; *Krug*, *Die Lehre von der Compensation*, S. 98; *Liebknecht*, *Compensationsvollzug und Compensationsvorbringen nach gemeinem Rechte*, S. 1; *Alexander*, *Datio in solutum und compensatio voluntaria*, S. 45; zum Ursprung des Begriffs *Feder*, *ZHR* 54 (104), S. 434, 435f.

<sup>2</sup> *Krug*, *Die Lehre von der Compensation*, S. 98.

<sup>3</sup> Vgl. *Leonhard*, *Die Aufrechnung*, S. 36 sowie unten § 8 und § 12.

<sup>4</sup> *Leonhard*, aaO, S. 145.

<sup>5</sup> Vgl. dazu i.e. unten § 17 II. und III.

<sup>6</sup> *Gernhuber*, *Die Erfüllung*, § 12.I.1.

rede“ terminologisch abzugrenzen sind, als auch für den Bereich des internationalen Wirtschaftsvertragsrechts, wo der Terminus „Netting“ als nur scheinbares Synonym für konsensuale Aufrechnungsvorgänge zusätzliche Verwirrung stiftet und damit den Blick auf die dogmatischen Grundlagen verstellt.

#### § 4 „Aufrechnungsvertrag“, „Verrechnungsvereinbarung“, „Anrechnungsabrede“

##### I. Mangelnde Stringenz der Begriffsverwendung

Im deutschen Recht ist die Terminologie im Bereich der Aufrechnungsverträge uneinheitlich und verwirrend. Der Vorgang, der sich juristisch als Aufrechnungsvertrag darstellt, wird eben im täglichen Verkehr nur selten auch als solcher bezeichnet<sup>7</sup>. Daneben spiegeln sich aber hierin auch die Unsicherheiten über die Rechtsnatur und typologische Einordnung des Aufrechnungsvertrages wider<sup>8</sup>. Im Hintergrund steht dabei das im folgenden näher zu untersuchende ungeklärte Verhältnis des Aufrechnungsvertrages zu den gesetzlichen Aufrechnungsvorschriften der §§ 387ff BGB. So wurde kurz nach Inkrafttreten des BGB die Meinung vertreten, angesichts der Regelung der Aufrechnung im BGB könne von einem „Aufrechnungsvertrag“ nur dann die Rede sein, wenn sowohl sämtliche Voraussetzungen des Aufrechnungsvertrages als auch die Folgen der gesetzlichen Aufrechnung (Rückwirkung) vorlägen<sup>9</sup>. Diese Ansicht konnte sich zu Recht nicht durchsetzen, denn damit wären gerade die Hauptanwendungsfälle<sup>10</sup> von vornherein aus der Begrifflichkeit des Aufrechnungsvertrages ausgeschieden worden. Etwa zur gleichen Zeit wurde der Vertrag, durch den die Tilgung der beiderseitigen Forderungen durch Vereinbarung der Parteien erfolgt, dem Vertrag zur Begründung eines einseitigen Aufrechnungsrechts gegenübergestellt<sup>11</sup>. Während der letztere mit der einseitigen gesetzlichen Aufrechnung gleichgesetzt wurde, kam nach dieser Ansicht die Anwendung des Aufrechnungsrechts beim ersteren von vornherein nicht in Betracht. Begründet wurde dies damit, daß beide Parteien mit Vertragsabschluß auf ihr Recht, den Untergang der Forderungen durch einseitige Aufrechnung zu bewirken, verzichtet hätten<sup>12</sup>. Ansatzweise

---

<sup>7</sup> Vgl. bereits *Arndt*, Ueber den Aufrechnungsvertrag, S. 15.

<sup>8</sup> Vgl. dazu i.e. unten §§ 13f.

<sup>9</sup> *Seippel*, Gesetzliche Aufrechnung, S. 12.

<sup>10</sup> Vgl. oben § 1.

<sup>11</sup> *Weigelin*, Das Recht zur Aufrechnung, S. 50f.

wird diese Ansicht auch heute noch vertreten, wenn betont wird, die durch Vertrag begründete Aufrechnungsbefugnis habe „den Funktionswert der gesetzlichen“<sup>13</sup>.

### 1. Aufrechnung – Verrechnung

Die moderne Doktrin und Rechtspraxis differenziert gemeinhin zwischen dem „Aufrechnungsvertrag“ auf der einen und der „Verrechnungsvereinbarung“ oder „Verrechnungsabrede“ auf der anderen Seite. Dabei wird, insbesondere im Bereich des Kontokorrentrechts, in Anlehnung an den Gesetzeswortlaut des § 355 Abs. 1 HGB die „Verrechnungs“-abrede als Unterfall des Aufrechnungsvertrages nur auf die *im voraus vereinbarte* vertragliche Aufrechnung bezogen<sup>14</sup>. Die Umgangssprache verwendet den Terminus „Verrechnung“ auch in einem untechnischen Sinn, wenn auf die Forderungen der einen Partei geleistete Zahlungen der anderen Partei zur Tilgung verwandt werden<sup>15</sup>. Zum Teil wird der Aufrechnungsvertrag auch ganz allgemein als „Verrechnungsvereinbarung“ bezeichnet<sup>16</sup>. Damit wird die Terminologie aus Artt. 120ff des schweizerischen Obligationenrechts<sup>17</sup> sowie Art. 148 Abs. 3 des schweizerischen Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht<sup>18</sup> in das deutsche Recht übernommen. Beispielhaft seien die gesellschaftsrechtlichen Aufrechnungsverbote (§ 19 Abs. 2 S. 2 GmbHG, § 66 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 AktG; vgl. auch § 22 Abs. 5 GenG, §§ 26, 53 VAG) des Kapitalgesellschaftsrechts genannt, wo die vereinbarte Aufrechnung der Einlageforderung mit einer Forderung gegen die Gesellschaft gewöhnlich als „Verrechnungsabrede“ bezeichnet wird<sup>19</sup>. Der BGH läßt die Entscheidung zwischen den möglichen Terminologien zumeist offen und bezeichnet antizipierte vertragliche Aufrechnungen als „Verrechnungs- oder Aufrechnungsverträge“<sup>20</sup>. Für das Kontokorrent geht der 1. Zivilsenat des BGH davon aus, diesem liege eine Parteiabrede zugrunde, wonach die beiderseitigen Forderungen und Leistungen „durch vertragliche Verrechnung (*Aufrechnung*) zu tilgen“ seien<sup>21</sup>.

<sup>12</sup> Weigel, aaO, S. 125.

<sup>13</sup> Gernhuber, Die Erfüllung, § 13 I.3.c).

<sup>14</sup> Schlechtriem, Schuldrecht AT, Rdn. 491; Heymann/Horn, HGB, § 355, Rdn. 21; vgl. auch BGHZ 94, 132, 135.

<sup>15</sup> Arndt, Ueber den Aufrechnungsvertrag, S. 17.

<sup>16</sup> Vgl. Crezelius, EWiR 1985, S. 363; Wolf, Lehrbuch des Schuldrechts, S. 415.

<sup>17</sup> Vgl. dazu OR-Peter, Vor Art. 120, Rdn. 1ff.

<sup>18</sup> Vgl. dazu Heini/Keller/Siehr/Vischer/Volken-Keller/Giersberger, IPRG-Kommentar, Art. 148, Rdn. 58.

<sup>19</sup> OLG Hamburg, WM 1990, S. 636; Baumbach/Hueck, GmbHG, § 19, Rdn. 21 („... oft als Verrechnungsabrede bezeichnet...“); vgl. allg. zur Anwendbarkeit dieser Aufrechnungsverbote auf den Aufrechnungsvertrag unten § 25 III.

<sup>20</sup> BGHZ 6, 202, 204 (unter c).

<sup>21</sup> BGHZ 93, 307, 313 (Hervorhebung durch den Verfasser).

Damit wird zugleich der Sinn der terminologischen Differenzierung zwischen Aufrechnungs- und Verrechnungsvertrag deutlich. Während der erste nur bei der Aufrechnung von Forderungen in Betracht kommt, soll der letztere deutlich machen, daß nicht nur Forderungen zur Aufrechnung, sondern auch Leistungen zur Verrechnung gebracht werden<sup>22</sup>. Der Sinn dieser Differenzierung wird aber sogleich wieder relativiert, indem festgestellt wird, der Verrechnungsvertrag stehe „einem Aufrechnungsvertrag so nahe, daß die Regeln über diesen unbedenklich auch hier angewendet werden können“<sup>23</sup>. Auch bei der dem Inter-Banken-Abrechnungsverfahren zugrundeliegenden Skontration<sup>24</sup> soll es sich nach einer Meinung um eine „auf Vertrag beruhende Verrechnung“ handeln, die „ihrem Wesen nach jedoch (?) schlichte Aufrechnung ist“<sup>25</sup>. Gänzlich verwirrend wird die Lage, wenn in diese terminologischen Unstimmigkeiten noch eine (scheinbare) Differenzierung zwischen einseitiger und konsensualer Aufrechnung hineingetragen wird. So meint der 9. Zivilsenat des BGH, in der Kontokorrentabrede sei zugleich eine „antizipierte Aufrechnungserklärung“<sup>26</sup> enthalten, obwohl es in diesem Kontext doch ersichtlich um eine Frage der konsensualen Aufrechnung geht.

Auch andere oberste Bundesgerichte lassen eine einheitliche Terminologie im Bereich der vertraglichen Aufrechnung vermissen. So spricht das BAG bei antizipierter Einigung der Parteien von einem „Aufrechnungsvertrag“<sup>27</sup>. Der BFH verwendet in ständiger Rechtsprechung den Terminus „Verrechnungsvertrag“<sup>28</sup>, versteht darunter aber nicht nur den Vertrag mit unmittelbarer Verfügungswirkung, sondern auch den „obligatorischen Vertrag“, der dem Begünstigten lediglich ein einseitiges Aufrechnungsrecht unter gleichzeitiger Abbedingung der gesetzlichen Aufrechnungsvorschriften gewährt<sup>29</sup>. Die steuerrechtliche Literatur weist in diesem Zusammenhang darauf hin, daß der BFH von der generellen Zulässigkeit des Vertragstypus des Verrechnungsvertrages ausgehe, „der im Zivilrecht allerdings oft als *Aufrechnungsvertrag* bezeichnet wird“<sup>30</sup>. Vereinzelt wird gar unter vertraglicher Aufrechnung sowohl der Aufrechnungsvertrag als auch eine als „Aufrechnungsvorvertrag“ be-

---

<sup>22</sup> Vgl. *Canaris*, DB 1972, S. 421, 422; *Wolff/Horn/Lindacher*, AGBG, § 11 Nr. 3, Rdn. 16; *Krapf*, Der Kontokorrentvertrag, S. 189; vgl. auch *Michaëlles*, Funktionsweise und Rechtsnatur der Skontration, S. 150ff.

<sup>23</sup> *Canaris*, aaO.

<sup>24</sup> Vgl. allg. unten § 29.

<sup>25</sup> *Putzo*, Erfüllung mit Buchgeld, S. 45.

<sup>26</sup> BGHZ 93, 315, 323 (Hervorhebung durch den Verfasser).

<sup>27</sup> BAG NJW 1967, S. 751, 752.

<sup>28</sup> BFHE 125, 326, 329; 147, 398, 401; BFH BStBl. 1985 II, S. 278; BStBl. 1986 II, S. 506; BStBl. 1987 II, S. 8; BFH/NV 1986, S. 579, 581; BFH/NV 1986, S. 642, 643.

<sup>29</sup> BFH BStBl. 1985 II, S. 278, 280f.

<sup>30</sup> *Pump*, DStR 1987, S. 616, 617 (Hervorhebung durch den Verfasser).

zeichnete Konstruktion verstanden<sup>31</sup>. Diese wiederum wird sowohl im klassischen Sinn als (Vor-)Vertrag zur Begründung eines Anspruchs auf Abschluß eines Aufrechnungsvertrages<sup>32</sup> als auch untechnisch als vertragliche Begründung eines einseitigen Aufrechnungsrechts<sup>33</sup> verstanden. So soll etwa die Kontokorrentabrede einen Vorvertrag im ersten Sinn enthalten<sup>34</sup>. Schließlich wird die terminologische Verwirrung noch dadurch gesteigert, daß dem Aufrechnungsvertrag und Aufrechnungsvorvertrag die „Aufrechnungsvereinbarung“ gegenübergestellt wird, ohne deutlich zu machen, wodurch sich die letztere von den zuerst genannten Spielarten unterscheiden soll<sup>35</sup>. Die Unsicherheit, die durch diese rechtsdogmatisch keineswegs abgesicherte Begriffsvielfalt in das Recht des Aufrechnungsvertrages hineingetragen wird, zeigt sich insbesondere bei der Diskussion um die Rechtsnatur der Konzernverrechnungsklausel<sup>36</sup>.

## 2. Aufrechnung – Anrechnung

Zusätzliche terminologische Verwirrung wird dadurch geschaffen, daß der Begriff „Verrechnung“ sowohl für die „Anrechnung“, also die bloße Saldierung unselbständiger Rechnungsposten<sup>37</sup>, als auch für „Abrechnungs- oder Berechnungsverträge“ nach § 782 BGB<sup>38</sup> Verwendung findet. Nur im letzten Fall kann aber unter Umständen eine auf rechtsgeschäftlicher Einigung der Parteien beruhende Aufrechnung vorliegen<sup>39</sup>. Das terminologische Wirrwarr wird noch dadurch gesteigert, daß auch die Anrechnung als „Verrechnung“<sup>40</sup>, „Abrechnung“<sup>41</sup> oder gar als „Legalkompensation“<sup>42</sup> bezeichnet wird. Die Skontration, die dem Inter-Banken-Zahlungsverkehr zugrunde liegt<sup>43</sup>, wird in einem Atemzug als „Aufrechnungs- und Verrechnungsvereinbarung“ und zugleich auch als „Abrechnungsverfahren“ gekennzeichnet<sup>44</sup>, womit bereits ein

<sup>31</sup> RGZ 138, 252, 258; RGRK-Weber, BGB, Vor § 387, Rdn. 30; Soergel-Zeiss, BAB, Vor § 387, Rdn. 5; vgl. zur Unzulässigkeit des „Aufrechnungsvorvertrages“ unten § 17 III. 1.

<sup>32</sup> Vgl. BGHZ 6, 202, 204 sowie unten § 17 III. 1. a).

<sup>33</sup> Vgl. Böttcher, FS Schima, S. 95, 108; Trinkner, BB 1967, S. 35, 36; RGRK-Weber, BGB, § 387, Rdn. 20.

<sup>34</sup> Soergel-Zeiss, BGB, Vor § 387, Rdn. 6; RGRK-Weber, BGB, Vor § 387, Rdn. 33.

<sup>35</sup> Stöber, Forderungspfändung, Rdn. 899.

<sup>36</sup> Vgl. dazu i.e. unten § 17 IV.

<sup>37</sup> Vgl. etwa Gottwald, in: Gottwald (Hrsg.), Insolvenzrechtshandbuch, § 47, Rdn. 2; vgl. dazu i.e. unten § 17 VI.

<sup>38</sup> Staudinger-Marburger, BGB, § 782, Rdn. 3.

<sup>39</sup> Vgl. dazu i.e. unten § 17 V.

<sup>40</sup> Gottwald, in: Gottwald (Hrsg.), Insolvenzrechtshandbuch, § 47, Rdn. 2.

<sup>41</sup> MünchKomm-von Feldmann, BGB, § 387, Rdn. 30.

<sup>42</sup> Braga, MDR 1957, S. 437, 438.

<sup>43</sup> Vgl. unten § 29.

<sup>44</sup> Wolff/Horn/Lindacher, AGBG, § 11 Nr. 3, Rdn. 17.

Schlaglicht auf die in der Praxis häufig auftretenden Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen materieller Aufrechnungsproblematik einerseits und deren formaler verfahrens- und buchmäßiger Umsetzung andererseits<sup>45</sup> geworfen wird. Auch im Bereich der arbeitsrechtlichen Kürzungsverträge<sup>46</sup> ist mal von „Aufrechnung“, mal von „Abrechnung“ oder „Verrechnung“ die Rede<sup>47</sup>. Diese Annäherung von Aufrechnungs- und Anrechnungsterminologie hat ihren Ursprung im gemeinen Recht, wo häufig die Wörter „aufrechnen“ und „anrechnen“ im gleichen Sinn gebraucht wurden<sup>48</sup>. Selbst der Gesetzgeber trägt zu dieser Begriffsverwirrung bei. In § 118 GewO bezeichnet er die Aufrechnung im Sinne der §§ 387ff BGB als „Anrechnung“. In § 115 Abs. 2 S. 2 GewO wird die „Anrechnung“ dagegen im Sinne einer Leistung an Erfüllung Statt verstanden<sup>49</sup>.

## II. Einheitliche Verwendung des Terminus „Aufrechnungsvertrag“

### 1. „Aufrechnung durch Vertrag“ und „Vertrag über Aufrechnung“

Diese uneinheitliche und verwirrende Begriffsverwendung ist nicht nur von bloß formaler Bedeutung. Sie hat wesentlichen Anteil an den dogmatischen Friktionen und Mißverständnissen bei der rechtlichen Einordnung und Qualifizierung der unterschiedlichen Typen von Aufrechnungsverträgen<sup>50</sup>. Die dogmatische Diskussion des Aufrechnungsvertrags bewegt sich damit in einem terminologischen *circulus vitiosus*. Unsicherheiten bei der terminologischen Bezeichnung sind nicht nur durch dogmatische Unklarheiten bedingt, sondern tragen zugleich zu deren Verfestigung bei. „Der Aufrechnungsvertrag“ liefert damit ein Musterbeispiel für die mit einer ontologischen Begriffsbildung verbundene Gefahr der „Scheinwelt der Rechtsbegriffe“<sup>51</sup>.

Im folgenden wird daher durchgehend der Begriff „Aufrechnungsvertrag“ verwendet, und zwar in einem engen und einem weiten Sinn. Das enge Begriffsverständnis erfaßt sowohl die antizipierte als auch die *ad hoc* vereinbarte „Aufrechnung durch Vertrag“<sup>52</sup>. Aufrechnungsvertrag im engen Sinn ist

---

<sup>45</sup> Vgl. unten § 17 VI.

<sup>46</sup> Vgl. dazu i.e. unten § 17 II. 4. b) bb). und § 20 II.

<sup>47</sup> *Grunau*, JurBüro 1962, S. 433.

<sup>48</sup> *Schade*, Über den Aufrechnungsvertrag, S. 14.

<sup>49</sup> Vgl. *Weinspach*, Grenzen des Aufrechnungsverbot des § 394 BGB, S. 123.

<sup>50</sup> Vgl. insbes. unten § 17.

<sup>51</sup> Vgl. dazu *Wank*, Die juristische Begriffsbildung, S. 141ff.

<sup>52</sup> Wie hier auch *Westermann*, WM 1986, Beil. Nr. 2, S. 7; vgl. bereits *Eisele*, Die Compensation nach Römischem und Gemeinem Recht, S. 229; *Alexander*, Datio in solutum und compensatio voluntaria, S. 46, Fn. 3.

daher jeder Vertrag mit dem Inhalt, daß die zwischen den Parteien wechselseitig bestehenden bzw. künftig zur Entstehung gelangenden Forderungen in der vereinbarten Weise, entweder sogleich oder erst in der Zukunft, gegeneinander in Höhe der sich deckenden Beträge aufgerechnet werden sollen<sup>53</sup>. Die zum Kontokorrentrecht entwickelte Ansicht, wonach der „Verrechnungs“-vertrag eben nicht nur Forderungen, sondern auch Leistungen betrifft, steht dem nicht entgegen. Das Kontokorrent wurde in der älteren Lehre bereits ohne Bedenken als „Kompensations“- oder „Aufrechnungsvertrag“<sup>54</sup> begriffen und für den Fall, daß ein Vertrag über die Saldoziehung nicht zustande kam, das Rechtsinstitut der Aufrechnung bemüht<sup>55</sup>.

Hiervon zu unterscheiden sind solche Vertragsformen, bei denen die Parteien zwar ebenfalls entsprechend der in der Einführung dargestellten Ausgangsdefinition die Verrechnungswirkung des § 388 BGB anstreben, sie aber noch nicht in diesem Vertrag selbst herbeiführen. Derartige Vertragsformen, wie etwa der Vertrag zur Begründung eines einseitigen Aufrechnungsrechts<sup>56</sup>, stehen also, obwohl sie selbst die Aufrechnung noch nicht bewirken, dennoch mit einer künftigen Aufrechnung in rechtlicher Beziehung<sup>57</sup>. Im Gegensatz zur „Aufrechnung durch Vertrag“ kann man sie „Verträge über Aufrechnung“<sup>58</sup> nennen. Zwar führen sie keine unmittelbare Aufrechnungswirkung herbei. Indes streben die Parteien auch hier die Aufrechnung von Forderungen an. Diese Vertragsart fällt damit unter die eingangs dargestellte Definition des Aufrechnungsvertrages. Im Hinblick auf diese gleichgelagerte Interessenlage der Parteien wird diese Vertragsart als „Aufrechnungsvertrag im weiteren Sinn“<sup>59</sup> in diese Untersuchung mit einbezogen<sup>60</sup>. Festzuhalten bleibt aber, daß gerade die undifferenzierte und pauschale Bezeichnung sowohl der „Verträge über Aufrechnung“ als auch der „Aufrechnungen durch Vertrag“ als „Aufrechnungsvertrag“ entscheidend zu den in diesem Bereich bestehenden dogmatischen Unsicherheiten beigetragen hat<sup>61</sup>.

<sup>53</sup> *Schade*, Über den Aufrechnungsvertrag, S. 11.

<sup>54</sup> *Dernburg*, Geschichte und Theorie der Kompensation, S. 591f; *Eisele*, Die Compensation nach Römischem und Gemeinem Recht, S. 377f; *Krapf*, Der Kontokorrentvertrag, S. 30; *Schade*, Über den Aufrechnungsvertrag, S. 68; *Kegel*, Probleme der Aufrechnung, S. 3; vgl. auch *Thöl*, Handelsrecht, S. 595; *Müller-Erbach*, Handelsrecht, S. 657.

<sup>55</sup> *Cosack*, Lehrbuch des Handelsrechts, S. 271.

<sup>56</sup> Vgl. dazu unten § 17 III. 2.

<sup>57</sup> Vgl. *Schoemann*, Das Pactum de Compensando, S. 7.

<sup>58</sup> Vgl. *Eisele*, Die Compensation nach Römischem und Gemeinem Recht, S. 229; *Alexander*, Datio in solutum und compensatio voluntaria, S. 46, Fn. 3; *Seippel*, Gesetzliche Aufrechnung, S. 13.

<sup>59</sup> *Eisele*, aaO, S. 229; *Alexander*, aaO, S. 46, Fn. 3; *Seippel*, aaO; vgl. auch *Schade*, Über den Aufrechnungsvertrag S. 13.

<sup>60</sup> Vgl. inbes. unten § 17 III. 2.

<sup>61</sup> Vgl. bereits *Schoemann*, Das Pactum de Compensando, S. 7; vgl. allg. unten § 17.

## 2. Ziel der einheitlichen Terminologie

Die Verwendung des Terminus „Aufrechnungsvertrag“ als Oberbegriff der im folgenden zu untersuchenden Vertragstypen dient zwei Zielen.

Sie liegt zunächst im Interesse einer einheitlichen Terminologie als sprachlicher Ausgangspunkt der nachfolgenden Untersuchung. Die Gefahr, daß im Hinblick auf den in der Bankpraxis üblichen Terminus „Netting“ ein Begriffstrias für zusätzliche Unsicherheiten bei der zivilrechtlichen Einordnung der ohnehin schon komplexen Abläufe sorgt, wird so von vorneherein vermieden. Vielmehr werden alle mit konsensualen Aufrechnungen zusammenhängenden Abläufe auf ein einheitliches Begriffsbild zurückgeführt. Diese terminologische Akzentuierung unterstützt zugleich den materiellrechtlichen Grundansatz dieser Arbeit: die im folgenden näher zu begründende<sup>62</sup> Anbindung der konsensualen Aufrechnung an das Aufrechnungsrecht der §§ 387ff BGB.

### § 5 *Anglisierung der Begrifflichkeit: „Netting“*

Das dargestellte Begriffswirrwarr im Recht der konsensualen Aufrechnung wird durch die moderne Fachterminologie der internationalen Wirtschafts- und Bankpraxis noch verstärkt. Dort werden die mit Aufrechnungsverträgen und verwandten Rechtsfiguren zusammenhängenden Vorgänge zunehmend als „Netting“ bezeichnet, ohne danach zu differenzieren, ob der jeweiligen Vereinbarung neben ihrer rechnerischen Saldierungsfunktion auch die rechtliche Qualität eines Aufrechnungsvertrages zukommt.

#### I. Ursprung und Bedeutungsvielfalt des Terminus

Der Begriff „Netting“ hat seinen sprachlichen Ursprung im englischen Ausdruck „net“ für „Netto“. Dies bedeutet jedoch zunächst nur, daß Nettingvereinbarungen den Zweck haben, mehrere Bruttobeträge im Wege der Saldierung auf einen Nettobetrag zurückzuführen<sup>63</sup>. In diesem Sinn wird der Terminus auch erstmals vom deutschen Gesetzgeber in der Begründung zur neuen Insolvenzordnung verwendet<sup>64</sup>. Wie das Beispiel der „Anrechnung“

---

<sup>62</sup> Vgl. i.e. unten § 14.

<sup>63</sup> *Bosch*, WM 1995, S. 365, 367; *Devos*, Rev. de la Banque 1994, S. 162; *Rosenthal*, FLF 1994, S. 142.

<sup>64</sup> Beschlußempfehlung des Rechtsausschusses zu § 118 InsO, BT-Drucks. 12/7302, S. 168: „Es soll sichergestellt werden, daß im Insolvenzfall alle noch nicht erfüllten Ansprüche

beweist<sup>65</sup>, folgt aus der Saldierung von Bruttoposten aber noch nicht zwangsläufig die Aufrechnung von Forderungen. Die rechtliche Einordnung als Aufrechnungsvertrag ist also mit der Bezeichnung „Netting“ keineswegs präjudiziert. Im Bereich der Bankpraxis hat zudem der „Bericht über Nettingssysteme“ der „Expertengruppe für Zahlungsverkehrssysteme der Zentralbanken der Länder der Zehnergruppe“ vom Februar 1989 (*Angell-Bericht*)<sup>66</sup> für Verwirrung bei der rechtlichen Qualifizierung dieser Vereinbarungen gesorgt. Obwohl eigentlich als Instrument zur Kategorisierung der verschiedenen in der Bankpraxis relevanten Nettingtypen gedacht, scheint der Bericht auf der rechtlichen Ebene<sup>67</sup> die Möglichkeit einer informellen Aufrechnungsvereinbarung („Positionenaufrechnung“<sup>68</sup>) anzudeuten, bei der die aufzurechnenden Forderungen dennoch unverändert bestehenbleiben sollen, eine Vorstellung, die mit der Tilgungsfunktion der Aufrechnung<sup>69</sup> nicht zu vereinbaren ist. Der Grund für diesen scheinbaren Widerspruch liegt in der Tatsache, daß das Netting hier in erster Linie unter geschäftspolitischen und bankaufsichtsrechtlichen Aspekten untersucht wurde und der juristische Terminus Aufrechnung („*set off*“) daher mit dem Netting gleichgesetzt und in einem untechnischen Sinn als Methode zur Saldierung von Forderungen aufgefaßt wurde. Im Hinblick auf die Bedeutung des Berichts für die Diskussion um bankrechtlich relevante Nettingvereinbarungen<sup>70</sup> hat er aber

---

aus zwischen zwei Parteien bestehenden Finanzgeschäften saldiert werden können („Netting“); vgl. auch Bericht des Rechtsausschusses zu § 118 InsO, BT.-Drucks. 12/7302, S. 188; vgl. auch *Kümpel*, Bank- und Kapitalmarktrecht, Rdn. 13.183.

<sup>65</sup> Vgl. dazu unten § 17 VI. 2.

<sup>66</sup> Der Bericht liegt nur in hektographierter Form vor, er wurde nach dem damaligen Vorsitzenden der Expertengruppe *Wayne D. Angell* von der amerikanischen Notenbank (FED) benannt, vgl. dazu *Ortner/Howell*, ÖBA 1992, S. 320, 321ff; *Nassetti*, JIBL 1995, S. 145ff.

<sup>67</sup> Unter der Überschrift „Rechtlich zu unterscheidende Arten des Netting“, *Angell-Bericht*, S. 13f.

<sup>68</sup> Vgl. dazu i.e. unten § 6 II. 2.

<sup>69</sup> Vgl. dazu unten § 10 II. 1.

<sup>70</sup> Der *Angell-Bericht* diene als Grundlage für den „Bericht des Ausschusses für Interbank-Nettingssysteme“ vom November 1990 der Zentralbanken der Zehnergruppe bei der Bank für Internationalen Zahlungsausgleich (BIZ) in Basel, benannt nach seinem Vorsitzenden „*Lamfalussy-Report*“. Dieser Bericht bildete den Ausgangspunkt für ein gemeinsames Vorgehen der Zentralbanken der Länder der Zehnergruppe im Hinblick auf die erweiterte bankaufsichtsrechtliche Anerkennung von Interbank-Nettingverfahren, vgl. *Le Guen*, in: *Hadding/Schneider* (Hrsg.), *Rechtsprobleme der Auslandsüberweisung*, S. 425, 428; vgl. auch *Ortner/Howell*, ÖBA 1992, S. 320, 321ff; *Nassetti*, JIBL 1995, S. 145ff; *Rosenthal*, FLF 1994, S. 142ff. Die Arbeiten mündeten in den Vorschlag des Basler Ausschusses für Bankenaufsicht zur Konsultation „Aufsichtliche Anerkennung des Netting bei der Eigenkapitalberechnung“ vom April 1993 und führten zur Änderung der Solvabilitätsrichtlinie (vgl. unten Fn. 76) im Hinblick auf die Aufsichtliche Anerkennung von Schuldumwandlungsverträgen und Aufrechnungsvereinbarungen („vertragliches Netting“), ABl. Nr. C 231

dazu geführt, in diesen Fällen von einer Aufrechnung im Rechtssinn zu sprechen oder zumindest nicht ausreichend deutlich zu machen, ob hier von einer Aufrechnung im Rechtssinn oder im weiten Sinn des *Angell*-Berichts die Rede ist<sup>71</sup>. Aufsichtsrechtliche Fachsprache und Rechtssprache wurden also gleichgesetzt, obwohl die Verwendung eines bestimmten Begriffs in einer anderen Fachsprache nicht zwangsläufig auch das materielle rechtliche Verständnis dieses Begriffs in der Rechtssprache präjudiziert<sup>72</sup>. Vielmehr ist stets von der Relativität der Begriffsbildung im Verhältnis zum jeweiligen fachlichen oder juristischen Begriffskontext auszugehen<sup>73</sup>.

Hier liegt der Grund dafür, daß sich der Nettingbegriff sowohl im operativen als auch im bankbetriebswirtschaftlichen und bankrechtlichen Bereich zu

---

v. 20.8.1994, S. 20; ABl. Nr. C 165 1.7.1995, S.1; endgültige Fassung abgedruckt in ABl. Nr. L 85/17 v. 3.4.1996. Zugleich wurden materielle rechtliche Änderungen des deutschen (vgl. unten IV. 2. c) bei Fn. 155), belgischen (vgl. unten § 29. III. 3. a.E. bei Fn. 253), französischen (vgl. *Nalbantian*, IFLR, Februar 1994, S. 34ff; *Bossin/Lefranc*, Banque 1994, S. 58ff), schweizerischen (vgl. *Bertschinger*, *AJP* 1995, S. 889ff) und amerikanischen (*Patrikis/Cook*, in: *Hadding/Schneider* (Hrsg.), *Rechtsprobleme der Auslandsüberweisung*, S. 391, 418ff sowie unten § 29. III. 3 a.E) Konkursrechts veranlaßt. Parallel zu diesen Arbeiten wurden bei der BIZ auch die mit Netting im Interbanken-Zahlungsverkehrssystemen zusammenhängenden speziellen Probleme untersucht, vgl. Ad-Hoc-Arbeitsgruppe für EG- Zahlungsverkehrssysteme (Hrsg.), *Zahlungsverkehrssysteme in den EG-Mitgliedstaaten („Blaues Buch“)* vom September 1992. Darauf aufbauend erschienen der Bericht über „*Issues of Common Concern to EC Central Banks in the Field of Payment Systems*“ (*Padoa-Schioppa* Bericht I) vom September 1992 sowie anknüpfend an die in diesem Bericht enthaltene Forderung nach der Aufstellung von gemeinsamen Minimalanforderungen im Hinblick auf Zugangsbedingungen, Risikomanagement, rechtliche Rahmenbedingungen, Standards und Infrastruktur, Preispolitik und Geschäftszeiten (aaO, S. 58f) der Bericht über „*Minimum Common Features for Domestic Payment Systems*“ (*Padoa-Schioppa*-Bericht II) vom November 1993 der Ad Hoc Working Group on EC Payment Systems sowie der Bericht über Zahlungsverkehrsdienstleistungen der Zentralbanken für Grenzüberschreitende und Mehrere Währungen Einbeziehende Transaktionen (*Noel*-Bericht) vom September 1993; vgl. *Giovanoli*, in: *Norton/Reed/Walden* (Hrsg.), *Cross-Border Electronic Banking*, S. 205, 228f. Auf EU-Ebene führten diese Arbeiten zum Entwurf der Richtlinie über die Endgültigkeit der Abrechnung in EU-Zahlungssystemen“ („System-Richtlinie“), vgl. ABl. Nr. C 207/13 v. 18.7.1996; vgl. zur Problematik der „Endgültigkeit“ der Verrechnung in Inter-Banken-Zahlungsverkehrssystemen unten § 29 III.

<sup>71</sup> *Ortner/Howell*, *ÖBA* 1992, S. 320, 334ff.

<sup>72</sup> Vgl. *Wank*, *Juristische Begriffsbildung*, S. 6, 121: „Als Grundregel gilt bei allen Verwendungen vorhandener Begriffe..., daß in dieser Verwendung ein Hinweis auf eine dementsprechende juristische Verwendung gemeint ist. In einem zweiten Schritt ist aber jeweils zu prüfen, ob nicht bestimmte Bedeutungsvarianten aus Gründen, die der Rechtsordnung oder dem Spezialgesetz eigen sind, von vorneherein aus einer Übernahme [des Begriffs aus der Fach- in die Rechtssprache] ausscheiden müssen...“; vgl. auch *Rinck*, FS Heymanns Verlag, S. 361, 366. Das „Blaue Buch“ (oben Fn. 70) enthält zugleich eine Zusammenstellung der wesentlichen Begriffsbestimmungen im Bereich des Interbanken-Zahlungsverkehrs, die allerdings „nicht als rechtliche Definitionen gedacht sind“.

<sup>73</sup> *Wank*, aaO, S. 141f.

einem abstrakten Schlagwort mit diffuser Begrifflichkeit entwickelt hat<sup>74</sup>. Er gehört dabei seit längerem zum festen Bestandteil der Nomenklatur des Bankaufsichtsrechts, hat jedoch auch dort keine festen Konturen. Als bankbetriebswirtschaftliches Schlagwort determiniert er vielmehr pauschal alle Methoden zur Reduzierung von Zahlungs-, Fremdwährungs-, Kredit- („Adressenausfall“), oder Liquiditätsrisiken gegenüber einer oder mehreren Gegenparteien durch Einsatz bi- oder multilateraler Verrechnungsalgorithmen<sup>75</sup>. Im Rahmen des Bankaufsichtsrechts wird Netting als Reduzierung des Adressenausfallrisikos („*counterparty risk*“) eines Kreditinstituts gegenüber einem Geschäftspartner durch Verrechnung zweier gegenläufiger Ansprüche aufgrund von bestehenden gesetzlichen Vorschriften oder einzelvertraglichen Bestimmungen bezeichnet<sup>76</sup>. Für die zivilrechtliche Dogmatik ist mit dieser bankaufsichtsrechtlichen Terminologie aber noch nichts gewonnen. Wie im allgemeinen Recht der Aufrechnungsverträge, so besteht auch im speziellen Kontext der Nettingvereinbarungen eine der großen Schwierigkeiten für die juristische Analyse in der stringenten und widerspruchsfreien Verwendung des Nettingbegriffs<sup>77</sup>.

## II. Problematik der diffusen Begrifflichkeit

Die unklare Begrifflichkeit spiegelt zum einen die für Fachbegriffe typische<sup>78</sup> und in diesem Fall zudem etymologisch bedingte<sup>79</sup> sprachliche Vagheit und Relativität wider. Darüber hinaus ist die Begriffsbildung aber auch Indiz für

<sup>74</sup> Vgl. *Nalbantian/Smedresman/Hoser*, IFLR, September 1993, S. 38 („*a prominent buzz word in banking*“); *Ottel*, Schweizer Bank 1995/3, S. 48 („Zauberwort des Riskmanagements“); *Nassetti*, JIBL 1995, S. 145 („*fashionable word in financial circles*“).

<sup>75</sup> Vgl. insbes. zur Berechnung von Ausfallrisiken bei Freiverkehrsderivaten (Laufzeitmethode oder „*original exposure method*“ bzw. Marktbewertungsmethode oder „*current exposure method*“, „*marking to market*“), vgl. Schreiben des BaKred. v. 15. Mai 1990 (I3-4216-4/86), abgedruckt bei *Consbruch/Möller/Bähre/Schneider*, KWG, Nr. 3.01a, S. 1n; *Schulte-Mattler*, Die Bank 1994, S. 302, 304ff.

<sup>76</sup> Vgl. den Anhang II der Richtlinie über einen Solvabilitätskoeffizienten für Kreditinstitute („Solvabilitätsrichtlinie“), Nr. 89/647, ABl. Nr. L 386 v. 30.12.1989, zul. geändert durch Richtlinie 95/15/EG, ABl. Nr. L 125 v. 8.6.1995, S. 23; Ziff. 6 des Grundsatzes I zu § 10f KWG, abgedruckt bei *Consbruch/Möller/Bähre/Schneider*, KWG, Nr. 3.01, S. 1b; vgl. allg. *Horn*, ZBB 1989, S. 107ff; *Berger*, BB 1989, S. 1017, 1019f; *Schulte-Mattler*, aaO, S. 304.

<sup>77</sup> Vgl. *Giovanoli*, in: Norton/Reed/Walden (Hrsg.), Cross-Border Electronic Banking, S. 205, 220: „The expression ‚netting‘, which has recently become so widely used, has no precise single meaning in law. Therefore, different factual and legal situations involving ‚netting‘ should be carefully distinguished...“; vgl. auch *Simonart*, Rev. de la Banque 1994, S. 121, 129.

<sup>78</sup> Vgl. zur „Vagheit“ und „Relativität“ von Begriffen als sprach- und rechtsphilosophischem Problem, *Wank*, Die juristische Begriffsbildung, S. 25, 111ff.

<sup>79</sup> Vgl. zur Etymologie im Recht von *Jhering*, Der Zweck im Recht, Bd. 1, S. 210.

ein weitergehendes allgemeines Phänomen, die voranschreitende „Amerikanisierung“ des internationalen und zunehmend auch des nationalen Vertragsrechts<sup>80</sup>. Hierbei handelt es sich um mehr als nur um ein formal-sprachliches Problem. Abgesehen von der Vereinheitlichung der Fachsprache geschieht die Übernahme der anglo-amerikanischen Fachterminologie nämlich häufig allein aus kaufmännischen Zweckmäßigkeitserwägungen<sup>81</sup> oder aufgrund der stärkeren Markt- und Verhandlungsposition der Gegenseite und damit ohne Rücksicht auf das auf den Vertrag von den Parteien für anwendbar erklärte Recht oder gar unter Verzicht auf eine Rechtswahlklausel<sup>82</sup>. Das „Hineinimplantieren“<sup>83</sup> oder „Umpflanzen“<sup>84</sup> einer aus einem fremden Rechtskreis stammenden Rechtsfigur in eine andere Rechtsordnung beruht daher zumeist nicht auf einer zuvor angestellten sorgfältigen Abschätzung der damit möglicherweise verbundenen systematischen und dogmatischen Friktionen<sup>85</sup>. Häufig sind die Teilnehmer am Rechtsverkehr geneigt, Amerikanismen zu benutzen, um als „modern“ zu gelten, ohne sich über den Inhalt des verwendeten Begriffs nähere Gedanken zu machen<sup>86</sup>, oder um ihrer Entscheidung zusätzliche Autorität zu verleihen<sup>87</sup>. Diese Nachlässigkeit führt wiederum zu dem im Common-Law-Bereich und ganz allgemein in hochsophisticierten und -technisierten Wirtschaftsbereichen häufig anzutreffenden Phänomen des „sich Verhedderns in Begrifflichkeiten“<sup>88</sup>, welches einer stringenten Argumentation und juristischen Problemlösung häufig im Wege steht. Aus der Sicht der deutschen Rechtsordnung bestehen damit scheinbar für Nettingvereinbarungen ähnliche Schwierigkeiten der Inhaltsbestimmung und rechtlichen Erfassung wie bei anderen anglo-amerikanisch geprägte Vertragstypen. „*Hedging*“<sup>89</sup>, „*Leasing*“<sup>90</sup>, „*Franchising*“<sup>91</sup>, „*Factoring*“<sup>92</sup>, „*Counter-*

---

<sup>80</sup> Vgl. dazu *Grosheide*, in: Boele-Woelki/Grosheide/Hondius/Steenhoff (Hrsg.), *Comparability and Evaluation*, S. 69, 74ff.

<sup>81</sup> *Grosheide*, aaO, S. 81 („*opportunistic remedy approach*“).

<sup>82</sup> *Grosheide*, aaO, S. 81.

<sup>83</sup> *Grosheide*, aaO („*legal transplant*“).

<sup>84</sup> Vgl. dazu *Ebert*, *Rechtsvergleichung*, S. 197f.

<sup>85</sup> *Grosheide*, aaO, S. 82.

<sup>86</sup> *Mack*, *Neuere Vertragssysteme in der BRD*, S. 24.

<sup>87</sup> *Schmid*, *Zur sozialen Wirklichkeit des Vertrages*, S. 215.

<sup>88</sup> Vgl. *Lorenz*, *Unterbeteiligungen an Krediten im Common Law und im Civil Law*, S. 373; vgl. auch *Simonart*, *Rev. de la Banque* 1994, S. 121, 129.

<sup>89</sup> Vgl. zur Begrifflichkeit des „*Hedge*“-Geschäfts *Müller*, *Hedgengeschäfte*, S. 4.

<sup>90</sup> Vgl. *Lieb*, *DB* 1988, S. 946ff.; *N. Berger*, *Typus und Rechtsnatur des Herstellerleasing*, S. 5ff.; *Kokert*, *Der Begriff des Typus bei Karl Larenz*, S. 226ff.

<sup>91</sup> Vgl. zur Begrifflichkeit des *Franchising* *Mack*, *Neuere Vertragssysteme in der BRD*, S. 24ff.; vgl. auch *Emmerich*, *JuS* 1995, S. 761, 762: „Die zutreffende rechtliche Erfassung von Franchiseverträgen stößt vor allem wegen der verblüffenden Vielgestaltigkeit auf nicht geringe Schwierigkeiten“.

<sup>92</sup> Vgl. zum Begriff des *Factoring* *Schaer*, in: *Kramer* (Hrsg.), *Neue Vertragsformen der Wirtschaft: Leasing, Factoring, Franchising*, S. 163.

trade-“<sup>93</sup>, „Time Sharing“-“<sup>94</sup> oder „Sponsoringverträge“<sup>95</sup> bilden nur einige Beispiele für das generelle Problem des modernen Vertragsrechts. Dieses wird zum einen durch die allgemeinen methodischen Schwierigkeiten der Umsetzung empirisch-realer Vertragstypen in normative Strukturtypen verursacht<sup>96</sup>, zum anderen aber auch dadurch, daß in den Fällen, in denen die von den Parteien gewählte Bezeichnung des Vertrages seinem Inhalt widerspricht, der Inhalt entscheidend für die typologische Einordnung ist, nicht aber die von den Parteien gewählte Bezeichnung<sup>97</sup>.

### III. Funktionen der Nettingvereinbarungen

Eine erste Annäherung an den juristisch relevanten Begriffsinhalt läßt sich über die Analyse der wirtschaftlichen Funktionen bewerkstelligen, welche Nettingvereinbarungen in der Praxis erfüllen<sup>98</sup>. Grundsätzlich lassen sich drei Funktionen unterscheiden, wobei in erster Linie auf den bankwirtschaftlichen Kontext abgestellt wird<sup>99</sup>.

#### 1. Eigenkapitalmanagement

Nettingvereinbarungen stellen zum einen ein wichtiges Instrument des Eigenkapitalmanagements dar, indem sie der Reduzierung von Eigenkapitalkosten durch Erstellung einer Nettoforderung dienen<sup>100</sup>. Der Basler Ausschuß für Bankenaufsicht schätzt die durch Nettingvereinbarungen möglichen Eigenkapitaleinsparungen auf 25 bis 40% der Gesamteigenkapital-

<sup>93</sup> Vgl. zum Recht des Gegenkaufs („Countertrade“) Rowe, Countertrade, S. 13: „Countertrade procedures arise from practice and therefore do not correspond to precise legal categories. Nor are there standard terms or definitions of countertrading practices in either national laws or international conventions. Therefore, different terms are often used to describe the same procedures, or a single term is used confusingly to mean different things“.

<sup>94</sup> Vgl. Martinek, Moderne Vertragstypen, Bd. III, S. 265ff; Mankowski, RIW 1995, S. 364ff.

<sup>95</sup> Vgl. zur Begrifflichkeit des Sponsoring Bruhn/Mehlinger, Rechtliche Gestaltung des Sponsoring, Bd. I, S. 3ff.

<sup>96</sup> Vgl. Martinek, Moderne Vertragstypen, Bd. I, § 1. III.3 und Bd. III, § 29.I.; Gernhuber, Das Schuldverhältnis, § 7.IV.1; Larenz, Methodenlehre, S. 466; vgl. auch Schmid, Zur sozialen Wirklichkeit des Vertrages, S. 215f.

<sup>97</sup> Gernhuber, Das Schuldverhältnis, § 7.IV.2.

<sup>98</sup> Vgl. zu diesem Ansatz Zobl/Werlen, Rechtsprobleme des bilateralen Netting, S. 2f.

<sup>99</sup> Vgl. allg. Lamfalussy-Bericht über Netting-Systeme, S. 5f, S. 12f; Le Guen, in: Hadding/Schneider (Hrsg.), Rechtsprobleme der Auslandsüberweisung, S. 425, 429f.

<sup>100</sup> Angell-Bericht, S. 12; Patrikis/Cook, in: Hadding/Schneider (Hrsg.), Rechtsprobleme der Auslandsüberweisung, S. 391, 392; Nassetti, JIBL 1995, S. 145, 148; Jahn, Die Bank 1989, S. 395, 398; Rosenthal, FLF 1994, S. 142; Simonart, Rev. de la Banque 1994, S. 121, 125; vgl. auch Wood, Set-Off, Rdn. 5-80.