

chung 16, S. 42 No. 33, sowie Schweizerische Zeitschrift für Betriebs- und Konkursrecht 6, S. 272 Nr. 109; a. A. Blätter f. zürcherische Rechtsprechung 33, S. 267 Nr. 117, dazu einige Autoren, vorab BRUNNER, Mietrecht, S. 372, SCHATZMANN, Das Retentionsrecht des Vermieters, S. 41). Es verhält sich im Grunde nicht anders als mit dem Wasserzins, den Auslagen für die Treppenhausbeleuchtung und für den Betrieb elektrischer Aufzüge. Diese werden regelmässig ebenfalls vom Vermieter bezahlt, der sie seinerseits, sei es in Form erhöhten Mietzinses oder eines besondern Zuschlages, auf den Mieter abwälzt; dabei dürfte heute jedenfalls in der Praxis kaum mehr ernstlich die Ansicht vertreten werden, dass die betreffende — ausgeschiedene oder nicht ausgeschiedene — Forderung des Vermieters vom Retentionsrecht ausgeschlossen sei.

Aus diesen Gründen und vor allem mit Rücksicht auf die oben geschilderte Art und Weise, wie die Beschränkung des Retentionsrechtes auf Mietzinsforderungen ins Gesetz hineingekommen ist, muss dem Vermieter das Retentionsrecht auch für die auf die Heizung bezügliche Forderung zuerkannt werden.

11. — Nach Art. 891 ZGB, der auf Grund des Art. 898 auch auf das Retentionsrecht anwendbar ist, bietet das Pfand Sicherheit für die Forderung mit Einschluss der Betriebskosten. Dieser Grundsatz gilt auch für das Retentionsrecht des Vermieters (vgl. BECKER, Art. 272 N. 12; OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 272 N. 20, sowie FICK, Art. 272 N. 5; a. A. SPÖRRI, Die Realisierung des Retentionsrechtes des Vermieters und Verpächters unbeweglicher Sachen, S. 76). Und zu den Betriebskosten gehören auch die Kosten der Retention, die gleichwie jene den unmittelbaren und notwendigen Voraussetzungen und Folgen der Geltendmachung des Retentionsrechtes zuzählen sind (vgl. in diesem Sinne auch den Berner Entscheid in der Zeitschrift des bernischen Juristenvereins 42 S. 484, sowie JAEGER, Kommentar zum SchKG, Nachtrag II, Art. 68 N. 1, sowie die dortigen Verweisungen). Auch

für die Betriebs- und Retentionskosten darf daher das Retentionsrecht beansprucht werden.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Obergerichtes des Kantons Zürich vom 15. Januar 1937 bestätigt.

73. Urteil der I. Zivilabteilung vom 26. Oktober 1937 i. S. Banco Aleman Transatlantico gegen Schweizerischer Bankverein.

Verrechnung, Art. 120 OR, im internationalen Handelsverkehr.

Anwendbares Recht: Massgebend ist das Recht, dem die zu tilgende Verpflichtung untersteht. Anwendbares Recht bei Kontokorrentverhältnis.

Gegenseitigkeit bejaht für Forderungen verschiedener Filialen zweier Banken.

Fälligkeit bei Forderungen aus Wechselinkassoauftrag. Die Fälligkeit aufschiebende einseitige Devisenmassnahmen des Auslandes sind unbeachtlich, weil sie gegen die schweizerische öffentliche Ordnung verstossen.

Gleichartigkeit: Forderungen in verschiedener Währung sind gleichartig, sofern keine Effektivklausel vereinbart ist.

A. — Die Klägerin ist eine Niederlassung der Deutschen Überseeischen Bank in Berlin, welche in Spanien auch noch Niederlassungen in Barcelona und Sevilla hat; zahlreiche weitere Niederlassungen befinden sich sodann in Südamerika. Die Klägerin hatte im Herbst 1936 gegen die Beklagte ein Guthaben in der unbestrittenen Höhe von Schw. Fr. 7000.—. Als die Klägerin über dieses Guthaben verfügen wollte, verweigerte die Beklagte jedoch die Auszahlung mit der Begründung, dass sie ihre Schuld verrechne mit bedeutend höheren Gegenforderungen in Schweizerfranken, Pesetas und £, die ihren Sitzen Basel, Zürich, St. Gallen und London gegen die Klägerin und die Niederlassung der Deutschen Überseeischen Bank in Barcelona zuständen.

B. — Das Handelsgericht Zürich wies die Klage der Klägerin auf Auszahlung der Fr. 7000.— nebst 5 % Zins seit 30. Dezember 1936 mit Urteil vom 1. Juni 1937 ab.

C. — Gegen das handelsgerichtliche Urteil hat die Klägerin die Berufung an das Bundesgericht ergriffen mit dem erneuten Antrag auf Guttheissung der Klage.

D. — Die Beklagte beantragt Abweisung der Berufung und Bestätigung des angefochtenen Urteils.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung :

1. — Da es sich im vorliegenden Fall um rechtsgeschäftliche Beziehungen zwischen einer in Spanien domizilierten Filiale einer deutschen Bank und einer schweizerischen Bank handelt, so erhebt sich in erster Linie die Frage, welches Recht zur Anwendung zu gelangen habe. Weder die Parteien, noch die Vorinstanz haben sich zu dieser Frage geäußert. Das Bundesgericht muss sie jedoch von Amtes wegen untersuchen ; denn nach Art. 56/57 OG ist das Bundesgericht zur materiellen Beurteilung des streitigen Rechtsverhältnisses nur befugt, sofern dieses dem schweizerischen Recht untersteht.

Streitig ist die Zulässigkeit der von der Beklagten geltend gemachten Verrechnung. Nach dem schweizerischen Recht, das als *lex fori* für diese Frage der Qualifikation des Anknüpfungsbegriffes massgebend ist, gehört die Verrechnung nicht dem Prozessrecht, sondern dem materiellen Recht an ; sie ist ein Schuldbefreiungsgrund. Als solcher beurteilt sie sich gemäss der in der Literatur herrschenden Meinung nach dem Rechte, von dem die zu tilgende Verpflichtung beherrscht wird (OSER-SCHÖNENBERGER, Allgemeine Einleitung Anm. 81. SCHNITZER, Handbuch des internationalen Privatrechts S. 286. LEWALD, Das deutsche internationale Privatrecht, Nr. 345). Die zu tilgende Verpflichtung ist hier das Guthaben der Klägerin gegen die Beklagte im Betrag von Fr. 7000.—, und zwar handelt es sich, wie die Klägerin in ihrer Berufungsschrift unwidersprochen erklärt, um ein Guthaben aus

laufender Rechnung, also, da beide Parteien Banken sind, offenbar um Guthaben aus einem Kontokorrentverhältnis. Es ist somit vorerst zu untersuchen, welchem Recht dieses Kontokorrentverhältnis untersteht.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtes beurteilen sich die Wirkungen eines obligatorischen Rechtsverhältnisses beim Fehlen einer ausdrücklichen Vereinbarung der Parteien über diese Frage nach demjenigen Rechte, mit welchem das streitige Rechtsverhältnis den engsten räumlichen Zusammenhang aufweist, da dieses in der Regel auch sachlich das nächstliegende ist. Da im allgemeinen ein Vertrag hinsichtlich seiner Wirkungen mit dem Erfüllungsort die engsten Beziehungen aufweist, so ist auf das Recht des Erfüllungsortes abzustellen, es sei denn, dass die Umstände des Falles die Beziehungen zu einem andern Lande als enger erscheinen lassen (BGE 63 II 43 und dort erwähnte frühere Entscheidungen). Hinsichtlich des Kontokorrentvertrages hat das Bundesgericht in BGE 44 II 492 entschieden, dass in Fällen, wo die eine Partei das Kontokorrentgeschäft gewerbmässig betreibt, das an ihrem Geschäftssitz geltende Recht auf den ganzen Vertrag zur Anwendung gelange. Aus den im genannten Entscheid angeführten Gründen ist in der Tat anzunehmen, dass mit diesem Rechte der engste räumliche Zusammenhang bestehe. Allein dieses Kriterium versagt im vorliegenden Fall, da beide Parteien das Kontokorrentgeschäft gewerbmässig betreiben, also beide den Kontokorrent führen, und zwar jede nach den an ihrem Sitz geltenden rechtlichen Vorschriften und kaufmännischen Usancen.

Nach der eingangs erwähnten Regel wäre demnach auf den Erfüllungsort abzustellen. Aber auch dieses Vorgehen bietet keine befriedigende Lösung. Die Erfüllung des Kontokorrentvertrages besteht im Wesentlichen in der Begleichung des periodisch gezogenen Saldos, der sich aus dem gegenseitigen Geschäftsverkehr ergibt. Je nachdem ein Saldo zu Gunsten der einen oder der andern

Partei bestünde, wäre somit der Vertrag vom einen oder vom andern Recht beherrscht. Nun ist es aber ein vom Lauf der Geschäfte abhängiger Zufall, zu Gunsten welcher Vertragspartei in einem bestimmten Zeitpunkt ein Saldo besteht. Das auf die Wirkungen des gesamten Vertrages anwendbare Recht durch diesen Zufall bestimmen zu lassen, kann aber schwerlich der Wille der Parteien beim Vertragsschluss gewesen sein.

Auch ein Zurückgreifen auf die den einzelnen Forderungsposten zu Grunde liegenden Geschäfte — über welche übrigens die Akten hier keinen Aufschluss geben — würde zu keinem befriedigenden Ergebnis führen, da auch hier, wie beim Abstellen auf den Erfüllungsort des Kontokorrentvertrages als solchen, zufällige Momente den Ausschlag geben würden.

Damit bleibt als einziger Anhaltspunkt noch der Umstand übrig, dass sich beide Parteien im Prozess übereinstimmend auf schweizerisches Recht berufen. In der Regel ist die Verweisung der Parteien im Prozess allerdings nicht ausschlaggebend und vor allem nicht geeignet, ein durch Abstellen auf den Erfüllungsort oder eine sonstige räumliche Beziehung sich ergebendes Resultat zu entkräften (BGE 63 II 43). Allein, wenn wie hier die Verweisung im Prozess überhaupt das einzige Moment bildet, das einen Rückschluss auf den Parteiwillen gestattet, so muss doch darauf abgestellt werden.

Gelangt somit auf das Kontokorrentverhältnis, dessen Saldo mit der vorliegenden Klage verlangt wird, schweizerisches Recht zur Anwendung, so beurteilt sich nach den oben gemachten Ausführungen auch die Zulässigkeit der Verrechnung nach schweizerischem Recht. Auf die Berufung ist somit einzutreten.

2. — Die Zulässigkeit der Verrechnung setzt nach Art. 120 OR neben der nicht bestrittenen Existenz der in Frage stehenden Forderungen und der Abgabe einer Verrechnungserklärung die Gegenseitigkeit, die Fälligkeit und die Gleichartigkeit der Forderungen voraus. Die

Klägerin bestreitet das Vorliegen sämtlicher drei Voraussetzungen.

3. — Die Einrede der mangelnden Gegenseitigkeit begründet die Klägerin damit, dass für die Verrechnung nur die Forderungen des Sitzes Zürich des Bankvereins gegen die Filiale Madrid des Banco Aleman Transatlantico in Betracht kommen könnten, nicht dagegen Forderungen der Sitze Basel, St. Gallen und London des Bankvereins gegen die Filiale Madrid, noch auch Verbindlichkeiten der Filiale Barcelona gegenüber irgendeinem Sitze des Bankvereins; dies deshalb, weil sowohl die Filialen der Deutschen Überseeischen Bank, wie die verschiedenen Sitze des Bankvereins, wenn sie auch rechtlich Glieder je einer einzigen Rechtspersönlichkeit seien, doch wirtschaftlich gesehen völlig selbständige Bankunternehmungen darstellen.

Massgebend für die Frage der Zulässigkeit der Verrechnung kann indessen, entgegen der Meinung der Klägerin, nicht die grössere oder geringere wirtschaftliche Selbständigkeit einer Filiale im Verhältnis zum Hauptsitz sein, sondern entscheidend ist vielmehr ausschliesslich, ob sie als selbständiges Rechtssubjekt anzusprechen ist oder nicht. Nur wenn letzteres der Fall ist, muss die Möglichkeit einer Verrechnung verneint werden, weil sich dann nicht bei beiden Forderungen dieselben Personen gegenüberstehen. Ist dagegen die Filiale kein eigenes Rechtssubjekt, sondern nur ein Teil der Rechtspersönlichkeit des Gesamtunternehmens, so steht einer Verrechnung nichts im Wege. Denn durch die mit einer Filiale abgeschlossenen Rechtsgeschäfte wird dasselbe Rechtssubjekt berechtigt und verpflichtet, wie durch die mit der Hauptniederlassung oder einer andern Filiale abgeschlossenen Rechtsgeschäfte. Bei der Aktiengesellschaft haftet diese mit ihren sämtlichen Aktiven unmittelbar für die Verbindlichkeiten sowohl der Filiale wie der Hauptniederlassung (DENZLER, Die Stellung der Filiale im internen und im internationalen Privatrecht, S. 212).

Die Klägerin behauptet nun selber gar nicht, ein selbständiges Rechtssubjekt zu sein; sie anerkennt vielmehr ausdrücklich, dass die juristische Persönlichkeit nur dem Gesamtunternehmen, d.h. der Deutschen Überseeischen Bank zustehe. Angesichts dieser Stellungnahme der Klägerin besteht daher kein Anlass zu einer näheren Prüfung der Frage der rechtlichen Selbständigkeit, die als Frage nach dem Personalstatut nicht nach schweizerischem, sondern entweder nach spanischem oder deutschem Recht zu entscheiden wäre.

Ebenso ist nicht streitig, dass auch auf Seiten der Beklagten den einzelnen Niederlassungen keine eigene Rechtspersönlichkeit zukommt, sondern nur dem Gesamtunternehmen. Die erste Voraussetzung für die Verrechnung, die Gegenseitigkeit der Forderungen, ist daher erfüllt.

Die Klägerin glaubt, dieser auf rein rechtlichen Überlegungen beruhenden Schlussfolgerung entgegenhalten zu können, dass deren Umsetzung in die Praxis wirtschaftlich zur Lahmlegung der Tätigkeit weitverzweigter Bankinstitute führen müsste. Diese Befürchtungen sind indessen haltlos. Zunächst wird wohl nicht allzuhäufig der Fall eintreten, dass eine Bank einen Zahlungsauftrag nicht in der Weise ausführen kann, wie sie ursprünglich beabsichtigte, weil ein Guthaben, das sie als verfügbar ansah, sich durch Verrechnung mit einer Schuld einer ihrer Filialen als untergegangen erweist. Tritt der Fall aber ein, so wird es der Bank ein Leichtes sein, den Zahlungsauftrag auf einem andern Wege auszuführen. Auch intern bietet die Verrechnung ihres Guthabens mit der Schuld einer andern Filiale selbst dort keine Schwierigkeiten, wo eine getrennte Buchführung besteht: Die eine Filiale wird der andern, welche die zur Verrechnung verwendete Schuld eingegangen ist, den entsprechenden Betrag belasten.

4. — Für die Verrechnung ist, wie bereits erwähnt, weiter die Fälligkeit der beiden Forderungen erfor-

derlich. Die Parteien sind darüber einig, dass die Forderung der Klägerin fällig ist. Dagegen stellt die Klägerin die Fälligkeit der von der Beklagten geltend gemachten Gegenforderungen zum weitaus überwiegenden Teil, nämlich soweit es sich dabei um Forderungen aus Wechselinkasso handelt, in Abrede.

Die Fälligkeit der von der Beklagten zur Verrechnung verwendeten Forderungen beurteilt sich nach dem Recht, von dem diese Gegenforderungen beherrscht sind. Da die Fälligkeit auf die Frage nach der Erfüllungszeit Antwort gibt und sich mithin auf die Wirkungen des Rechtsgeschäftes bezieht (vgl. OSER-SCHÖNENBERGER Allgemeine Einleitung Anm. 80), so bestimmt sich das für sie massgebende Recht mangels einer ausdrücklichen Vereinbarung der Parteien nach den bei der Behandlung der Eintretensfrage erörterten Grundsätzen. Danach ist in der Regel der Erfüllungsort einer Obligation für das anwendbare Recht massgebend. Es ist daher zunächst der Erfüllungsort der von der Beklagten geltend gemachten Forderungen festzustellen.

Wie bereits erwähnt, handelt es sich dabei um Forderungen aus dem Inkasso von Wechseln, welche die Beklagte der Klägerin zu diesem Zwecke übermittelte. Das dadurch zwischen den Parteien zur Entstehung gelangte Rechtsverhältnis qualifiziert sich als Auftragsverhältnis, bei welchem die Beklagte die Auftraggeberin, die Klägerin die Beauftragte war. Erfüllungsort für die in Frage stehende Verpflichtung der Beauftragten ist deren Domizil (BECKER, Vorbem. 1 zu Art. 493/506 OR; OSER-SCHÖNENBERGER Allgemeine Einleitung Anm. 127), hier also wie die Klägerin in der Berufungsschrift ebenfalls ausführt, Spanien.

Die Vorinstanz hat nun entschieden, dass mit der Einzahlung des Gegenwertes der Wechselsumme in Peseten durch die Bezogenen bei der Klägerin, die heute nicht mehr bestritten ist, der Anspruch der Beklagten auf Auszahlung der Beträge fällig geworden sei, selbst wenn

die Einzahlung nur provisorisch, d.h. zu einem provisorischen Kurse, stattgefunden habe. Auf Grund welchen Rechtes sie zu diesem Ergebnis kommt, gibt die Vorinstanz aber in Missachtung der Vorschrift von Art. 63 Ziffer 3 OG nicht an. Sie erklärt lediglich, dass die spanische Devisengesetzgebung nicht zu berücksichtigen wäre, wenn sie die Verrechnung nur unter dem Vorbehalt einer devisaamtlichen Genehmigung gestatten sollte, da eine solche Vorschrift mit den Anschauungen der schweizerischen Rechtsordnung im Widerspruch stehen würde.

Von einer Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zur Angabe, welches Recht sie angewendet habe, kann indessen abgesehen werden. Denn daraus, dass die Vorinstanz das spanische Devisenrecht als unbeachtlich bezeichnet, weil es gegen die schweizerische öffentliche Ordnung verstosse, muss doch wohl gefolgert werden, dass die Vorinstanz grundsätzlich auf das spanische Recht abgestellt hat oder dann, in Anwendung von § 100 Abs. 2 Zürcher ZPO, mangels Nachweises des ausländischen Rechts durch die Parteien, auf das schweizerische Recht als Ersatzrecht. Im einen wie im andern Falle ist aber die von der Vorinstanz getroffene Entscheidung für das Bundesgericht verbindlich; denn nach ständiger Rechtsprechung hat das Bundesgericht die Handhabung des schweizerischen Rechts als blosses Ersatzrecht nicht zu überprüfen (BGE 58 II 436). Der Kognition des Bundesgerichtes untersteht hier lediglich die Frage, ob die Vorinstanz zu Recht die spanische Devisengesetzgebung als der schweizerischen öffentlichen Ordnung zuwiderlaufend bezeichnet habe, sofern sie die Zulässigkeit der Verrechnung von einer devisaamtlichen Genehmigung abhängig machen sollte. In diesem Punkte muss der Vorinstanz jedoch unter Hinweis auf die ständige Rechtsprechung des Bundesgerichtes über die Nichtbeachtlichkeit ausländischer Devisenmassnahmen zum Nachteil schweizerischer Gläubiger beigespflichtet werden (vergl. BGE 60 II 311; 61 II 246; 63 II 45).

Sollte die Vorinstanz jedoch in Verkennung der Anwendbarkeit ausländischen Rechts schweizerisches Recht angewendet haben, so erübrigt sich eine Rückweisung deshalb, weil mit Bestimmtheit vorauszusetzen ist, dass die Vorinstanz nach Massgabe von § 100 Abs. 2 Zürcher ZPO auf das schweizerische Recht als Ersatzrecht abstellen würde, da die Klägerin, die den Inhalt des ausländischen Rechtes nachzuweisen hätte, abgesehen von der nicht in Betracht fallenden Devisengesetzgebung eine Abweichung des spanischen Rechtes vom schweizerischen Recht gar nicht behauptet, geschweige denn nachgewiesen hat, so dass eine Rückweisung eine unnötige Weiterung bedeuten würde (BGE 60 II 324).

Unter diesen Umständen hat das Bundesgericht somit anzunehmen, dass die der Beklagten aus ihren Inkasso-Aufträgen gegen die Klägerin, bzw. die Filiale Barcelona zustehenden Forderungen fällig seien.

5. — Die Klägerin bestreitet schliesslich auch die Gleichartigkeit der Forderungen mit Rücksicht darauf, dass die Forderungen der Beklagten teils auf Schweizerfranken, teils auf Peseten und teils auf englische Pfund lauten, während die Forderungen der Klägerin einheitlich in Schweizerfranken ausgedrückt sind. Immerhin ist darauf hinzuweisen, dass die sämtlichen Beträge, welche die Klägerin für die Beklagte einkassiert hat, unbestritten Zahlungen in Peseten waren.

a) Das Schicksal dieser Einrede, die nach den oben gemachten Ausführungen nach schweizerischem Recht zu entscheiden ist, hängt in erster Linie von der Auslegung des Wortlautes von Art. 120 Abs. 1 OR ab, nämlich davon, ob man die Wendung « die ihrem Gegenstande nach gleichartig sind », « de même espèce », « della stessa specie », nur auf « andere Leistungen », « autres prestations », « altre prestazioni » beziehen will, oder auch auf « Geldsummen », « sommes d'argent », « somme di denaro ». Während rein grammatikalisch der französische und der italienische Text eher zu Gunsten der ersteren Auslegung

sprechen, gestattet der deutsche Text die eine oder die andere Auslegung.

Greift man auf die Entstehungsgeschichte der Bestimmung zurück, so ergibt sich folgendes: Die Bestimmung des OR von 1881 über die Verrechnung lautete: « Wenn zwei Personen einander Geldsummen oder andere vertretbare Sachen derselben Art schulden... » Aus dieser Formulierung ergibt sich unzweideutig, dass der damalige Gesetzgeber die Worte « derselben Art » nur auf « andere vertretbare Sachen », nicht dagegen auch auf « Geldsummen » bezogen wissen wollte. In den Gesetzesmaterialien zur Revision findet sich kein Anhaltspunkt dafür, dass man mit der Ersetzung der Wendung « derselben Art » durch die Wendung « die ihrem Gegenstande nach gleichartig sind » am ursprünglichen Sinne der Bestimmung etwas habe ändern wollen. Hieraus ist doch wohl der Schluss zu ziehen, dass auch nach dem geltenden Gesetz — wie dies übrigens auch im französischen Recht, Art. 1291 CC, der Fall ist — Geldsummen ohne weiteres verrechenbar sind und dass sich bei ihnen die Frage der Gleichartigkeit überhaupt nicht stellt.

b) Wollte man aber das Erfordernis der Gleichartigkeit auch für Geldsummen aufstellen, so wäre die Gleichartigkeit nicht schon deshalb zu verneinen, weil die beiden Forderungen nicht in derselben Währung ausgedrückt sind. Sogar für das deutsche Recht, dessen § 387 BGB die Geldschulden überhaupt nicht besonders erwähnt, sondern ganz allgemein von Forderungen spricht, « die ihrem Gegenstande nach gleichartig sind », gehen die Ansichten über die Zulässigkeit der Verrechnung von Forderungen in verschiedenen Währungen auseinander. STAUDINGER, 9. Aufl. Anm. I 2 b zu § 387 erklärt die Kompensation als zulässig, sofern der Schuldner einer in fremder Währung ausgedrückten Schuld diese mit einer Gegenforderung in deutscher Währung verrechnen zu wollen erklärt, nicht aber umgekehrt; dies deshalb, weil gemäss § 244 BGB der Schuldner eine auf fremde Währung

lautende Schuld in Landeswährung erfüllen kann. WARNEYER, 4. Aufl. Anm. III 2 zu § 387 will die Verrechnung von Forderungen verschiedener Währung uneingeschränkt zulassen, ebenso ein in der Zeitschrift « Das Recht » 1924, No. 524 abgedruckter Entscheid des Oberlandesgerichts Düsseldorf. Der gleichen Auffassung ist DERNBURG, Die Kompensation S. 488, mit der Einschränkung, dass bei Vereinbarung einer Effektivklausel die Verrechnung nicht zulässig sei.

Für das schweizerische Recht bezeichnen BECKER, Anm. 10 zu Art. 120, JANGGEN, Die Kompensation, S. 55, und TRUTTMANN, Die Kompensation, S. 20 ebenfalls die Verrechnung als zulässig, unter Vorbehalt der Effektivklausel. v. TUHR OR S. 587 scheint, ausgehend von Art. 84 OR, der Auffassung zu sein, dass nur der Schuldner nicht aber der Gläubiger einer Schuld in fremder Währung diese mit einer Gegenforderung in Schweizerfranken verrechnen könne; vergl. in diesem Sinne auch einen Entscheid des Handelsgerichts St. Gallen, an welchem BÖCKLI in der Schweiz. Juristenzeitung, Band 23 S. 225, Kritik übt.

Da eine Effektivklausel im vorliegenden Fall nicht vereinbart worden ist, kann diese Frage hier bei Seite gelassen werden. Es fragt sich lediglich, ob die Verrechnung von Geldforderungen in verschiedener Währung ohne weiteres zulässig sei, oder nur mit der zuletzt erwähnten Einschränkung.

Wird eine Forderung in einer bestimmten Währung ausgedrückt, so hat dies, sofern nichts Gegenteiliges vereinbart wird, lediglich den Zweck, den Wert der Forderung zu umschreiben, und will nicht notwendigerweise eine bestimmte Art der Erfüllung festsetzen, wie wenn es sich um die Lieferung einer bestimmten Ware handeln würde. So sind denn auch im vorliegenden Fall sogar die auf Schweizerfranken lautenden Rimessen durch die Klägerin in Peseten einkassiert und ebenfalls in Peseten der Beklagten gutgeschrieben worden. Die Währung, in welcher die Forderungen ausgedrückt sind, hatte also ledig-

lich die Bedeutung eines Wertmessers. Die Meinung, aus Art. 84 Abs. 2 OR ergebe sich e contrario, dass der Gläubiger einer Schuld in fremder Währung kein Wahlrecht habe, ist unstichhaltig. Die genannte Bestimmung hat ausschliesslich den Untergang der Obligation durch Erfüllung, d.h. durch Zahlung im Auge, und bezieht sich nicht auch auf die übrigen Arten des Erlöschens, bei denen, wie gerade bei der Verrechnung, der Schuldner einer Erfüllung enthoben ist.

Dient die Währung, in der eine Schuld ausgedrückt ist, lediglich als Wertmesser, so ist trotz der Verschiedenheit der Währung die Verrechnung daher zulässig. Voraussetzung ist dabei allerdings, dass der Wert der ausländischen Währung bestimmbar ist, mit andern Worten, dass sie einen Kurs hat, der die Umrechnung in die Währung eines andern Landes gestattet. Da die Liquidität der zur Verrechnung verwendeten Forderung nicht erforderlich ist (OSER-SCHÖNENBERGER Anm. 13 zu Art. 120 OR), so ist die Verrechnung sogar statthaft, wenn die Parteien über die Höhe des Kurses, auf den abzustellen ist, nicht einig sind. In diesem Falle ist es Sache des Richters, den anwendbaren Kurs zu bestimmen.

c) Die Klägerin bestreitet übrigens heute die Zulässigkeit der Verrechnung von Forderungen in verschiedener Währung nicht mehr. Sie macht lediglich geltend, dass die Peseta zur massgebenden Zeit überhaupt keinen Kurs gehabt habe. Mit dieser Behauptung kann sie jedoch nicht gehört werden angesichts der tatsächlichen und daher für das Bundesgericht verbindlichen Feststellung der Vorinstanz, dass ein solcher Kurs bestand und dass er während der in Betracht fallenden Zeit nie tiefer war als Fr. 20.— für 100 Peseten. Da nun die Forderungen der Beklagten, welche sie zur Verrechnung verwenden will, mehr als 100,000 Peseten betragen, wie die Vorinstanz zutreffend bemerkt, also einen Wert von mehr als Fr. 20,000.— darstellen und somit die Forderung der Klägerin von Fr. 7000.— bei weitem übersteigen, so ist die Forderung der Klägerin zufolge Verrechnung getilgt.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 1. Juni 1937 wird bestätigt.

**74. Auszug aus dem Urteil der II. Zivilabteilung
vom 2. Dezember 1937 i. S. Meyer und Settele
gegen Lussy und Konsorten.**

OR Art. 242, Abs. 1 : Die Schenkung von Hand zu Hand kann wirksam durch Besitzkonstitut erfolgen (Änderung der Rechtsprechung).

Die Vorinstanz hat die nicht versteuerten Wertschriften nicht zur Erbschaft des Goar Anton Meyer gerechnet und diese daher nur auf Fr. 53,878.75 gewertet, indem sie davon ausgegangen ist, er habe jene Wertschriften noch zu Lebzeiten seiner Ehefrau rechtswirksam geschenkt, ungeachtet der Eigentums- bzw. Besitzübertragung durch blosses constitutum possessorium, im Gegensatz zu BGE 47 II 115, im Anschluss an die Kritiken dieser Entscheidung von H. REICHEL, Juristenzeitung 18, 87 ; J. ROSSEL, Zeitschrift des bernischen Juristenvereins 1922, 345 ; BECKER, Note 2 zu OR 242 ; OSER-SCHÖNENBERGER, Note 38 zu OR 239. Demgegenüber hatte seinerzeit das Bundesgericht das Besitzkonstitut nicht für eine Schenkung von Hand zu Hand als genügend gelten lassen, weil Art. 242 OR die « Übergabe der Sache » vom Schenker an den Beschenkten fordert. Indessen drückt sich Art. 184 OR nicht anders aus bezüglich der Lieferung des Kaufgegenstandes, die nichtsdestoweniger anerkanntermassen auch durch jeden möglichen Ersatz der « Übergabe », insbesondere durch Besitzkonstitut, stattfinden kann, und hat sich eine derart enge Auslegung des Art. 242 Abs. 1 OR auch gar nicht durchführen lassen bei der Besitzanweisung (BGE 52 II 368), die doch im gleichen Artikel wie das Besitzkonstitut, Art. 924 ZGB, als Besitzübertragung « ohne Übergabe »