

Zeitschrift: Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

Herausgeber: Schweizerischer Juristenverein

Band: 55 (1936)

Artikel: Das Clearingrecht und seine Einwirkung auf die vertraglichen Schuldverhältnisse

Autor: Hug, Walther

DOI: <https://doi.org/10.5169/seals-895719>

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. [Mehr erfahren](#)

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. [En savoir plus](#)

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. [Find out more](#)

Download PDF: 30.03.2026

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>

Das Clearingrecht und seine Einwirkung auf die vertraglichen Schuldverhältnisse.

Referat von Prof. Dr. Walther Hug, St. Gallen-Zürich.

INHALTSÜBERSICHT.

Einleitung	397a
I. Entstehung und Arten der Regelung des zwischenstaatlichen Zahlungsverkehrs . . .	397a
1. Die Entstehung der Regelung	397a
2. Die Arten der Regelung	401a
a) Das Zwangsclearing	401a
b) Die Clearingabkommen	402a
c) Die Zahlungsabkommen	405a
II. Zweck, Technik und Umfang des Clearing- verkehrs	410a
1. Der Zweck des Clearings	410a
2. Die Technik des Clearings	412a
3. Der Umfang des Clearings	414a
III. Die Rechtsquellen des schweizerischen Clearingsrechtes	416a
1. Die Bundesbeschlüsse	416a
2. Die Clearingabkommen	419a
3. Die Verordnungen der Bundesbehörden	422a
IV. Gegenstand und Gliederung der Untersuchung	425a
I. Kapitel.	
Die Rechtsverhältnisse des Clearings	428a
I. Der Geltungsbereich des schweizerischen Clearings	428a
1. Das System des reinen Warenclearings	429a
a) Die Clearingpflicht	429a
b) Die Clearingberechtigung	434a
2. Das System des gemischten Clearings	437a
a) Die Clearingpflicht	438a
b) Die Clearingberechtigung	438a

3. Das System des Totalclearings	440a
a) Die Clearingpflicht	440a
b) Die Clearingberechtigung	443a
II. Der juristische Charakter des Clearings	450a
1. Die kollektive Verrechnung	451a
2. Die Beschlagnahme und Einziehung der clearing- pflichtigen Forderungen	454a
a) Die Beschlagnahme der Forderungen	454a
b) Die Einziehung der Forderungen	466a
3. Der Träger des Clearings	468a
a) Die juristische Natur der Schweizerischen Ver- rechnungsstelle	469a
b) Die Verrechnungsstelle als Träger öffentlicher Verwaltung	473a
III. Die Rechtsstellung des Clearingschuldners	475a
1. Auskunfts-, Duldungs- und Unterlassungspflichten	476a
a) Die Auskunftspflicht	476a
b) Die Duldungspflicht	477a
c) Die Unterlassungspflicht	478a
2. Die positive Einzahlungspflicht	481a
3. Das öffentlich-rechtliche Gewaltverhältnis	491a
IV. Die Rechtsstellung des Clearinggläubigers	494a
1. Das Forderungsrecht des Clearinggläubigers	494a
a) Die Entstehung	494a
b) Der Umfang	498a
c) Die Fälligkeit	500a
2. Die öffentlich-rechtliche Natur des Rechtsverhält- nisses	505a

II. Kapitel.

Die Einwirkung des Clearingrechtes auf die vertraglichen Schuldverhältnisse	510a
I. Öffentlich-rechtliches Clearingverhältnis und privatrechtliches Schuldverhältnis	510a
1. Die Parallelität der beiden Rechtsverhältnisse	510a
a) Das öffentlich-rechtliche Clearingverhältnis	510a
b) Das privatrechtliche Schuldverhältnis	515a
2. Die Beziehung zwischen den beiden Rechtsverhält- nissen	519a
a) Die grundsätzliche Trennung	519a
b) Der innere Zusammenhang	520a
3. Die Folgerungen	521a
a) Die Erfüllung der Clearingpflicht und die Er- füllung der privatrechtlichen Schuldpflicht	521a

b) Die Nichterfüllung der Clearingpflicht, bei Nichterfüllung oder Erfüllung der privatrechtlichen Schuldpflicht	525a
c) Der Wegfall der Clearingpflicht, ohne oder mit Wegfall der privatrechtlichen Schuldpflicht . . .	527a
II. Die grundsätzliche Einwirkung des Clearingrechtes auf die vertraglichen Schuldverhältnisse	529a
1. Im Allgemeinen	529a
2. Die privatrechtlichen Verfügungsbeschränkungen .	534a
a) Der Umfang der Verfügungsbeschränkungen .	535a
b) Die Wirkung der Verfügungsbeschränkungen .	536a
c) Die Aufhebung der Verfügungsbeschränkungen	539a
3. Die Umgestaltung des Schuldverhältnisses . . .	540a
a) Die Beschränkung der Vertragsfreiheit	540a
b) Die positive Ordnung der Erfüllung	545a
4. Die Gültigkeit des Schuldvertrages	546a
a) Die Gültigkeit des nach Inkrafttreten des Clearings abgeschlossenen Vertrages	547a
b) Die Gültigkeit des vor dem Inkrafttreten des Clearings abgeschlossenen Vertrages	549a
III. Die einzelnen Verfügungsbeschränkungen .	551a
1. Die Verrechnung	552a
a) Die Verrechnung im engeren Sinne	552a
b) Die sog. Kompensationsgeschäfte	557a
2. Die übrigen Verfügungsbeschränkungen des Forderungsunterganges	559a
a) Der Erlass	559a
b) Die Novation	560a
c) Die Konfusion	562a
d) Andere Verfügungen	562a
3. Die Verfügungsbeschränkungen der Forderungsübertragung	563a
a) Die Forderungsabtretung	563a
b) Die Schuldübernahme	568a
IV. Die Ordnung der Erfüllung der Geldschuld .	570a
1. Im Allgemeinen	570a
a) Die gemeinrechtliche Ordnung	572a
b) Die clearingrechtliche Ordnung	578a
2. Erfüllungsort und Erfüllungszeit	580a
a) Der Erfüllungsort	580a
b) Die Erfüllungszeit	583a

3. Die Leistungsart	586a
a) Die Valutaschuld	586a
b) Die effektive Valutaschuld	587a
c) Die Wechselschuld	588a
4. Der Leistungsumfang	591a
a) Der Zeitpunkt der Umrechnung	592a
b) Der Clearingkurs	594a
c) Die Befreiung des Schuldners	595a

EINLEITUNG.*)

I. Entstehung und Arten der Regelung des zwischenstaatlichen Zahlungsverkehrs.

1. Der Einbruch der Weltwirtschaftskrise hat, vom Jahre 1930 an, in einer Reihe von Staaten Störungen der Handelsbilanz und der Zahlungsbilanz und als Folge in der Regel eine schwere Erschütterung der Währungsbilanz, d. h. des Verhältnisses der umlaufenden Geldmenge zu ihrer Deckung, herbeigeführt. Um das Abgleiten und den Zusammenbruch ihrer Währung zu verhindern, haben sich diese Staaten gezwungen gesehen, den internationalen Zahlungsverkehr durch Stillhalteabkommen, Transfermoratorien und Massnahmen der Devisenbewirtschaftung einzuschränken¹⁾. Am bedeu-

*) Der Verfasser hat Ende Juni 1936, an Stelle des verhinderten Herrn Minister Dr. Stucki, das Referat über die Clearingabkommen und ihren Einfluss auf die vertraglichen Schuldverhältnisse für den Schweiz. Juristentag 1936 übernommen. Es konnte infolge der Kürze der zur Verfügung stehenden Zeit nicht vor dem Juristentag druckfertig gemacht werden und musste daher diesem in seinen Hauptergebnissen mündlich vorgelegt werden. Verschiedener Umstände halber konnte die Ausarbeitung erst anfangs 1937 erfolgen. Dadurch ist es möglich geworden, das gedruckte Referat des Korreferenten Rosset, *Les Accords de Clearing et les Obligations contractuelles*, 55 ZSR. 201a—290a zu berücksichtigen, sowie die Arbeit nach dem Stande der Rechtsquellen vom 1. März 1937 abzuschliessen. Der Verfasser dankt auch an dieser Stelle Herrn Minister Stucki, sowie dem Sekretariat der Schweiz. Verrechnungsstelle für die freundliche Überlassung des ihnen zur Verfügung stehenden Materials.

¹⁾ Vgl. im allgemeinen Kerschagl, *Devisenbewirtschaftung*, 1932 S. 7 ff., Schlesinger, *Die devisenrechtlichen Beschränkungen des Kapitalverkehrs in Europa*, 30 SJZ. 369 ff., Steiner, *Probleme der Devisenbewirtschaftung*, Mitteilungen des Verbandes Österreichischer Banken, 1934 S. 4 ff.; über Deutschland im besonderen Bendheim, *Das deutsche Devisenrecht und die Schweiz*, 1936 S. 1 ff., Branger-Lattmann-Wenzel, *Grundlagen und Technik des Geld- und Kapital-*

tungsvollsten für den laufenden internationalen Wirtschaftsverkehr sind diese letztern Massnahmen. Sie stellen den Versuch dar, auf dem Umwege über die Erfassung und Zuteilung der Devisen eine Planwirtschaft der Bedarfsdeckung, soweit sie den Zahlungsverkehr mit dem Ausland betrifft, herbeizuführen. Sie betreffen daher die Beschlagnahme der vorhandenen und neuankommenden Bestände an Devisen, sowie ihre Zuteilung im Hinblick auf die nationale Wirtschaftspolitik, und sie versuchen durch den Ausgleich der Zahlungsbilanz soweit als möglich die Währungsparität als intervalutarischen Kurs aufrecht zu erhalten²⁾. Der freie Devisenmarkt wird daher gesperrt, der An- und Verkauf von ausländischen Zahlungsmitteln zu einem andern als dem offiziellen Kurs verboten und der gesamte Devisenhandel bei einem staatlichen Geldinstitut zentralisiert. Für die Zuteilung von Devisen zum Zwecke der Tilgung ausländischer Forderungen ist weder die Natur, noch das Alter der Forderung, noch das Bedürfnis der beteiligten Wirtschaftssubjekte massgebend, sondern einzig und allein die staatliche Wirtschaftspolitik³⁾.
verkehrs zwischen dem Deutschen Reich und der Schweiz, 1935 S. 7 ff.

²⁾ Vgl. Kerschagl, a. a. O. S. 14 ff., Branger-Lattmann-Wenzel, a. a. O. S. 29 ff., Kroymann, Clearing und Kompensation im Aussenhandel, 1935 S. 10 f.

³⁾ Diese Maxime kommt klar in der deutschen Verordnung zur Devisenbewirtschaftung (Richtlinien) vom 19. Dezember 1936 in Ziff. I 6, zum Ausdruck. „Zweck des Devisengesetzes und seiner Durchführungsvorschriften ist es, den unregelmässigen Abfluss von Devisen aus der deutschen Wirtschaft zu verhüten und die vorhandenen und ankommenden Devisen zweckmässig zu bewirtschaften. Da das Gesetz der deutschen Volkswirtschaft dienen soll, ist es bei aller gebotenen Entschiedenheit in der Bekämpfung gemeinschädlicher Massnahmen in der Auslegung und der technischen Anwendung so zu handhaben, dass auf die volkswirtschaftlich gerechtfertigten Bedürfnisse Rücksicht genommen wird, soweit sie bei der gegenwärtigen Lage irgend befriedigt werden können.“ Diese Generalklausel, die auch schon in den früheren Richtlinien enthalten war, stellt die allgemeine Richtschnur für jene Entscheidungen der Devisenbehörden dar, die

Jede Devisenbewirtschaftung trägt den Charakter einer Übergangs- und Notmassnahme an sich, die so lange dauern muss, bis die Wiederherstellung des Gleichgewichts in der Zahlungs- und Währungsbilanz vollendet ist. Die Rückkehr zum freien internationalen Zahlungsverkehr bleibt in aller Regel das Ziel, obwohl sich die Devisenbewirtschaftung auch als Vorstufe zu einer vollständigen Planwirtschaft darstellen kann⁴⁾. Aber während ihrer Dauer wirkt sie als Behinderung des Kredit- und Kapitalverkehrs und hat damit bis zu einem gewissen Grad den Charakter eines Zahlungsaufschubes. Die Beschränkung der Ausfuhr sowohl der fremden wie der einheimischen Zahlungsmittel⁵⁾ erschwert oder verhindert die Erfüllung von Geldschulden, welche die der Devisenbewirtschaftung unterworfenen Schuldner ihren ausländischen Gläubigern schulden. Sie bewirkt einen Eingriff in die bestehenden Schuldverhältnisse zwischen den der Devisenzwangswirtschaft unterworfenen Schuldnern und ihren ausländischen Gläubigern⁶⁾, und sie wirkt prohibitiv auf den Abschluss solcher Verträge, weil sie den Abschluss in ausländischer

ihrem Ermessen ausdrücklich überlassen sind, oder für die keine ausdrücklichen Vorschriften aufgestellt worden sind, vgl. Hartenstein, Devisen-Notrecht, 1935 S. 529.

⁴⁾ Vgl. Kerschagl, a. a. O. S. 45 ff.

⁵⁾ Als Zahlungsmittel im Sinne der Devisengesetzgebung sind nicht nur die eigentlichen Geldsorten, wie Münzgeld, Papiergeld, Banknoten u. a. zu verstehen, sondern all das, was im wirtschaftlichen Verkehr Geldfunktionen zu erfüllen bestimmt und in einem körperlichen Gegenstand verbrieft ist, also auch Anweisungen, Checks, Wechsel, Bankauszahlungen. Beispiel Deutschland: Gesetz über die Devisenbewirtschaftung vom 4. Februar 1935 § 6 I, VO vom 19. Dezember 1936, Ziff. I 2, vgl. dazu Hartenstein, a. a. O. S. 54 ff.

⁶⁾ Vgl. Meilicke, Gestaltung und Umgestaltung der Schuldverhältnisse durch das Devisenrecht, 35 Bankarchiv 407 ff., Hartenstein, Die Einwirkungen des Devisenrechts auf die bestehenden Schuldverhältnisse, 65 J. W. 2833 ff., Lenhoff, Privatrechtliche Probleme des Devisennotrechtes, 1932, Wahle, Beiträge zum Devisenrecht, 1933, Blau, 83 Jherings Jahrbücher 205 ff., Casparius, 86 id. 34 ff.

Währung oder mit einer alternativen Klausel in derselben oder selbst mit einem Umrechnungsschlüssel in Gold oder in ausländischer Währung praktisch verunmöglicht und selbst die Zahlung in einheimischer Währung behindern oder unmöglich machen kann⁷⁾. Mit Rücksicht auf diese Wirkungen hat das Bundesgericht wiederholt und mit aller Deutlichkeit erklärt, dass diese „devisenrechtlichen Zahlungsverbote und sonstigen Forderungsbeschränkungen einen spoliativen Eingriff in die Gläubigerrechte darstellen, der mit den, der schweizerischen Rechtsordnung zugrunde liegenden Anschauungen im Widerspruch steht“, und daraus den Schluss gezogen, „dass diese vom schweizerischen Richter weder unmittelbar, insoweit sie die Forderungsrechte inhaltlich abändern, noch mittelbar, insoweit sie angeblich Unmöglichkeit der Leistung begründen, beachtet werden können“⁸⁾.

Trotz dieser vom schweizerischen Gesichtspunkt aus durchaus richtigen Beurteilung der ausländischen Devisengesetzgebung und trotz der mit Recht in der Literatur vertretenen Auffassung, dass die einseitigen Akte dieser Staaten, die in die internationalen Rechtsbeziehungen eingreifen, einer Überspannung des staatlichen Souveränitätsprinzips entspringen und daher eine Verletzung des Völkerrechts darstellen⁹⁾, besteht jedoch für den ausländischen, und damit für den schweizerischen Gläubiger keine Möglichkeit, sich den Wirkungen dieser Devisenmassnahmen zu entziehen¹⁰⁾. Den schweizerischen Gläu-

⁷⁾ Vgl. Kerschagl, a. a. O. S. 33 ff., *Enquête sur les accords de Clearing*, Série de publications de la Société des Nations, C. 153 M. 83, 1935 II B (zit. Völkerbundsenquête) S. 10, 25.

⁸⁾ EBG. 61 II 246, vgl. auch 60 II 310, 62 II 110, dazu Schnitzer, *Handbuch des Internationalen Privatrechts*, 1937 S. 313 ff., Huber-Mutzner, *System und Geschichte des schweiz. Privatrechts I* 1937 S. 409.

⁹⁾ Vgl. Vieli, *Das Rechtssystem der Clearingverträge*, 1934 S. 7, Lachaze, *L'office français de compensation et les règlements internationaux*, 1934 S. 24 ff.

¹⁰⁾ Vgl. Bendheim a. a. O. S. 142 ff.

bigern droht daher mit jeder Devisenzwangswirtschaft ausländischer Staaten die Gefahr der Nichtzahlung oder der nicht vertragsmässigen Zahlung ihrer Forderungen, der schweizerischen Volkswirtschaft die Unterbindung des Waren- und Kapitalverkehrs mit den devisenbewirtschafteten Staaten und damit die Abschnürung ihres lebensnotwendigen Exportes.

2. Um die Wirkungen der ausländischen Devisenbewirtschaftung auf die Forderungen schweizerischer Gläubiger zu mildern und um den Waren- und Kapitalverkehr mit diesen Staaten soweit als möglich aufrechtzuerhalten, hat sich der Bund zur Intervention genötigt gesehen. Sie verfolgte den Zweck, eine Regelung des zwischenstaatlichen Zahlungsverkehrs mit den devisenbewirtschafteten Staaten herbeizuführen. Diese ist auf sehr verschiedenen Wegen getroffen worden.

a) Der Bund hat zunächst Gebrauch gemacht von der unilateralen Massnahme des sogenannten Zwangs-Clearings. Es handelt sich dabei um eine einseitige hoheitliche Anordnung, nach welcher der gesamte Zahlungsverkehr mit einem Staat, dessen Devisengesetzgebung die schweizerischen Interessen schädigt, im Wege des Ausgleichs der Forderungen und Schulden der in der Schweiz domizilierten Personen geführt werden soll. So ist durch Bundesratsbeschluss vom 14. Juli 1936 der Zahlungsverkehr mit Spanien geordnet worden, und diese Regelung steht heute noch in Kraft¹¹⁾; ebenso ist durch Bundesratsbeschluss vom 31. Juli 1936 das Zwangsclearing gegenüber Polen angeordnet, aber durch Bundesratsbeschluss vom 10. Februar 1937 wieder aufgehoben worden¹²⁾. Trotzdem eine solche Massnahme

¹¹⁾ Vgl. XIII. Bericht des Bundesrates an die Bundesversammlung betreffend die gemäss Bundesbeschluss vom 14. Oktober 1933 erlassenen wirtschaftlichen Massnahmen gegenüber dem Ausland (zit. Bericht des Bundesrates) vom 11. September 1936 S. 23, XIV. Bericht vom 19. Februar 1937 S. 25.

¹²⁾ Vgl. XIII. Bericht S. 24 f., XIV. Bericht S. 25 f. Die Aufhebung erfolgte mit Rücksicht auf das am 31. Dezember 1936

lediglich als eine Verteidigungsmassnahme betrachtet werden muss und unter Umständen als völkerrechtliche Retorsion gerechtfertigt sein mag¹³⁾, hat die Schweiz wie andere Staaten nur im äussersten Notfall davon Gebrauch gemacht. In der Regel hat die Androhung eines Zwangsclearings genügt, um die betreffenden Staaten zu veranlassen, zu einer bilateralen Regelung durch Staatsvertrag die Hand zu bieten¹⁴⁾.

b) Die Mehrzahl der von der Schweiz abgeschlossenen Abkommen zur Regelung des zwischenstaatlichen Zahlungsverkehrs sind, wie dies übrigens auch bei den von andern Staaten abgeschlossenen Staatsverträgen dieser Art der Fall ist¹⁵⁾, sogenannte Clearingabkommen, indem sie den Zahlungsverkehr auf dem Prinzip des zwischenstaatlichen Clearings, d. h. der kollektiven Verrechnung aller Forderungen aus dem zwischenstaatlichen Wirtschaftsverkehr regeln. Das erste dieser Abkommen wurde mit Österreich¹⁶⁾ getroffen; in der Folge sind dann

abgeschlossene Zahlungsabkommen, nachdem bereits am 19. November 1936 ein Abkommen über die Liquidierung der bei den Verrechnungsstellen beider Staaten zugunsten der polnischen und schweizerischen Gläubiger erfolgten Zahlungen abgeschlossen worden war, siehe *infra* N. 31, 34.

¹³⁾ Vgl. Lachaze a. a. O. S. 25.

¹⁴⁾ Auch andere Staaten haben zum Mittel der Androhung des Zwangsclearings gegriffen, um einen Staat zum Abschluss eines Abkommens zu veranlassen. So ging z. B. dem Abschluss des deutsch-englischen Zahlungsabkommens vom 1. November 1934 die Androhung des Zwangsclearings durch England voraus, vgl. Kroymann a. a. O. S. 18, 35.

¹⁵⁾ Vgl. die Übersicht über die 1935 bestehenden Clearingverträge, sowie eine Analyse ihrer Struktur und ihrer Wirkungen in der Völkerbundsenquête S. 25 ff., 155 ff.; die besondere Übersicht über die von Deutschland abgeschlossenen Abkommen bei Hoffmann-Burges, Clearing und Kompensation im internationalen Warenverkehr, 1935 S. 21 ff.; die Übersicht über die von Frankreich abgeschlossenen Abkommen bei Jolly, *Traité des opérations de compensation*, 1935 S. 163 ff.

¹⁶⁾ Abkommen über die Zahlungsregulierung aus dem schweizerisch-österreichischen Warenverkehr vom 12. November 1931,

weitere solche Abkommen mit verschiedenen anderen Oststaaten, nämlich mit Ungarn¹⁷⁾, Jugoslawien¹⁸⁾, Bulgarien¹⁹⁾, Rumänien²⁰⁾, Griechenland²¹⁾ sowie der Türkei²²⁾

ergänzt durch ein spezielles Abkommen über die Abwicklung der Zahlungen im österreichisch-schweizerischen Stickereiverkehr vom 4. Februar 1932. Am 8. April 1932 wurde ein Liquidationsabkommen abgeschlossen, das die Abtragung des Clearingsaldos zugunsten der schweizerischen Gläubiger regelte. Am 19. Mai 1933 war die Liquidation beendet und damit das Clearing erloschen. Die Aufhebung erfolgte, trotzdem die österreichische Devisengesetzgebung nicht vollständig aufgehoben worden war, im Hinblick auf eine wesentliche Lockerung derselben. Vgl. VII. Bericht des Bundesrates vom 25. November 1933 S. 18.

¹⁷⁾ Abkommen über die Zahlungsregulierung aus dem schweizerisch-ungarischen Warenverkehr, vom 14. November 1931, zuletzt ersetzt durch das Abkommen vom 9. März 1935, samt Zusatzvereinbarung vom 23. Juli 1936, welche am 31. März 1937 ausser Kraft getreten sind. Mangels des Abschlusses eines neuen Abkommens hat der Bundesrat durch Beschluss vom 20. April 1937 das Zwangsclearing angeordnet. Der während des Druckes dieser Arbeit gefasste Beschluss und die ausführende Verfügung des Eidg. Volkswirtschaftsdepartements vom 23. April 1937, sowie das Protokoll vom 27. Mai 1937 über die vorläufige Regelung des Zahlungsverkehrs konnten nicht mehr berücksichtigt werden. Die Zitate beziehen sich auf das letzte Abkommen.

¹⁸⁾ Clearingabkommen zwischen dem Königreich Jugoslawien und der Schweiz. Eidgenossenschaft vom 27. April 1932, samt Zusatzabkommen vom 2. November 1932 und 29. August 1933. Das Abkommen ist am 31. Dezember 1936 ausser Kraft getreten. Gemäss der Liquidationsklausel in Art. VII des Abkommens bleiben die schweizerischen Importeure jugoslawischer Waren verpflichtet, bis zur Abtragung des Clearingsaldos den Gegenwert ihrer Importe bei der Schweiz. Nationalbank zu bezahlen, und zwar bis zur völligen Tilgung der clearingberechtigten schweizerischen Forderungen. Vgl. XIV. Bericht des Bundesrates S. 23/24.

¹⁹⁾ Abkommen über die Zahlungsregulierung aus dem schweizerisch-bulgarischen Warenverkehr vom 1. März 1933, später ersetzt durch das Clearingabkommen zwischen der Schweiz. Eidgenossenschaft und dem Königreich Bulgarien vom 15. Juli 1936. Dieses Clearingabkommen ist am 31. Dezember 1936 ausser Kraft getreten und durch ein Zahlungsabkommen vom 24. Dezember 1936 ersetzt worden (siehe infra N. 30, 33), vgl. XIV. Bericht des Bundesrates S. 22/23.

geschlossen worden. Ausserdem wurde auch der Zahlungsverkehr mit Chile²³⁾, Deutschland²⁴⁾ und Italien²⁵⁾ durch

²⁰⁾ Clearingabkommen zwischen der Schweiz. Eidgenossenschaft und dem Königreich Rumänien vom 12. Januar 1933, samt Zusatzvereinbarung vom 17. Mai 1934, ersetzt durch das Clearingabkommen vom 4. September 1935 samt Zusatzvereinbarung vom 23. März 1936. Während des Druckes dieser Arbeit ist am 1. April 1937 das neue Clearingabkommen vom 24. März 1937 in Kraft getreten, das nicht mehr berücksichtigt werden konnte. Die Zitate beziehen sich auf das Abkommen v. 4. IX. 1935/23. III. 1936.

²¹⁾ Abkommen über die Zahlungsregulierung aus dem Warenverkehr zwischen der Schweiz und Griechenland vom 13. März 1933, gegenwärtig noch in Kraft. Es sind Verhandlungen im Gange, um durch eine Abänderung des Abkommens eine Besserung der Verhältnisse im Zahlungs- und Warenverkehr herbeizuführen, vgl. XIV. Bericht des Bundesrates S. 21.

²²⁾ Schweizerisch-türkisches Clearingabkommen vom 29. Dezember 1933, heute noch in Kraft.

²³⁾ Schweizerisch-chilenisches Clearingabkommen vom 29. Mai 1934, heute noch in Kraft.

²⁴⁾ Abkommen über den deutsch-schweizerischen Verrechnungsverkehr vom 26. Juli 1934, ersetzt durch das Abkommen über den deutsch-schweizerischen Verrechnungsverkehr vom 17. April 1935, heute noch in Kraft, mit den Zusatzvereinbarungen vom 6. Juli 1936 (I), 18. Oktober 1936 (II) und 23. Dezember 1936 (III), samt folgenden Spezialabkommen: Warenverkehrsabkommen, Reiseverkehrsabkommen, Transfer-Vereinbarung, Bankenabkommen, Zinsenabkommen, Sondertilgungsabkommen. Die geltenden Abkommen sind gekündigt und nun bis 30. Juni 1937 in Kraft erklärt worden. Sie sollen durch neue Abkommen ersetzt werden, die indessen die grundsätzliche Struktur des Clearingverkehrs wohl unverändert lassen werden. Vgl. XIV. Bericht des Bundesrates S. 9 ff., Branger-Lattmann-Wenzel a. a. O. S. 152 ff., Hoffmann-Burges a. a. O. S. 55 ff., Tröger, Der Kapitalverkehr im Deutschen Devisenrecht, 3. Auflage, 1937, S. 230 f.

²⁵⁾ Schweizerisch-italienisches Abkommen über die Regelung des gegenseitigen Zahlungsverkehrs vom 3. Dezember 1935; diesem war zufolge der Völkerbundssanktionen die Anordnung eines Zwangsclearings durch Bundesratsbeschluss vom 18. November 1935 vorangegangen. Es ist heute noch in Kraft und durch ein Abkommen betreffend seine Anwendung auf Finanzforderungen vom 3. April 1936, sowie ein nicht publiziertes

ein Clearingabkommen geordnet. Von diesen Abkommen sind diejenigen mit Österreich, Bulgarien, Ungarn und Jugoslawien ausser Kraft getreten. Mit den übrigen Staaten dauert der Clearingverkehr fort, obwohl im Gefolge der Abwertung und der sich daraus ergebenden wirtschaftlichen Verschiebungen eine Reihe von Abkommen gekündigt worden sind²⁶⁾. In allen Fällen ist der streng bilaterale Charakter des Clearings gewahrt worden. Die Bemühungen, den zwischenstaatlichen Clearingverkehr durch multilaterale Abkommen zu ordnen oder zu ergänzen, sind ohne Erfolg geblieben²⁷⁾.

c) Neben den Clearingabkommen hat die Schweiz zur Regelung des zwischenstaatlichen Zahlungsverkehrs vereinzelt sogenannte Zahlungsabkommen abgeschlossen, so mit Argentinien²⁸⁾ und Brasilien²⁹⁾, neuerdings auch mit Bulgarien³⁰⁾ und Polen³¹⁾. Sie weisen nicht die Kontingentierungsabkommen vom Juni 1936 ergänzt worden, vgl. XIV. Bericht des Bundesrates S. 14 ff.

²⁶⁾ Die Kündigung der Abkommen erfolgte von Seiten der Schweiz, in der Absicht, eine Anpassung der Clearingabkommen an die veränderten Verhältnisse zu erreichen, oder eine Neuordnung des Zahlungsverkehrs auf anderer Basis zu suchen, weil durch die Abwertung eine Steigerung des schweizerischen Exports nach Clearingländern und ein Rückgang des Importes aus denselben zu erwarten war und damit die wirtschaftliche Grundlage der bisherigen Clearingverträge mit diesen Staaten in Frage gestellt wurde, vgl. XIV. Bericht des Bundesrates S. 8 ff.

²⁷⁾ Vgl. Vieli a. a. O. S. 8, Völkerbundsenquête S. 54 ff., 145 ff.

²⁸⁾ Schweizerisch - argentinisches Devisenabkommen vom 18. Mai 1934, heute noch in Kraft. Vgl. XIII. Bericht des Bundesrates vom 11. September 1936 S. 23, XIV. Bericht S. 25.

²⁹⁾ Abkommen über die Liquidation der Warenforderungen mit Brasilien vom 24. Juli 1936. Das Abkommen ist nicht veröffentlicht worden, jedoch wurde mir der Text desselben von der Schweizerischen Verrechnungsstelle zur Verfügung gestellt.

³⁰⁾ Zahlungsabkommen zwischen der Schweiz. Eidgenossenschaft und dem Königreich Bulgarien vom 24. Dezember 1936, vgl. XIV. Bericht S. 22.

³¹⁾ Schweizerisch-polnisches Abkommen über die Regelung der kommerziellen Zahlungen vom 31. Dezember 1936. Dieses

einheitliche rechtliche Struktur auf, die den Clearingabkommen eigen ist. Vielmehr sind sie von recht verschiedenem Charakter: Im schweizerisch-argentinischen Abkommen verpflichtete sich Argentinien, alle Massnahmen zu treffen, um die Bezahlung der schweizerischen Warenforderungen, und zwar auch der vor dem Abschluss des Abkommens entstandenen, sowie bestimmter kommerzieller Finanzforderungen zu ermöglichen und insbesondere die gesamten, aus dem argentinischen Export nach der Schweiz anfallenden Devisen für die genannten Transferierungen zu verwenden. Gemäss dem Abkommen mit Brasilien erklärte sich der Schweizerische Bundesrat bereit, Brasilien ein zusätzliches Kontingent für den Import brasilianischen Kaffees einzuräumen, während die brasilianische Regierung die Verpflichtung übernahm, die notwendigen freien Devisen zur Bezahlung der einge-

ist neben das Abkommen vom 19. November 1936 getreten, welches die Liquidierung der bei den Verrechnungsstellen beider Staaten erfolgten Einzahlungen ordnet, und zwar in folgender Weise: Bei der Schweiz. Nationalbank und bei der Polnischen Kompensationsgesellschaft wird zugunsten der Verrechnungsstelle des andern Staates ein Konto eröffnet, auf das die bisher gesperrten Einzahlungen der beiden Länder übertragen werden. Die polnischen Einzahlungen auf dieses Konto wurden am 30. November 1936 abgeschlossen, während die schweizerischen Schuldner verpflichtet sind, bis zur völligen Abtragung des bei der polnischen Kompensationsgesellschaft errichteten Kontos ihre Einzahlungen an die Schweiz. Nationalbank zu leisten. Die Auszahlungen werden nach clearingtechnischen Grundsätzen, in der chronologischen Reihenfolge der Einzahlungen, vorgenommen. Durch eine besondere Klausel hat sich die Schweiz gegen Abwertungsverluste ihrer Schuldner gesichert, indem in Art. 4 bestimmt worden ist, dass alle vor dem 27. September 1936 in Zürich erfolgten Einzahlungen noch zum alten Kurs mit den polnischen Gläubigern abgerechnet werden. Das neue Zahlungsabkommen vom 31. Dezember 1936 ordnet den Zahlungsverkehr bezüglich aller schweizerischen Forderungen, die nicht auf Grund des Liquidationsabkommens zur Tilgung gelangen, sowie der Forderungen des laufenden Zahlungsverkehrs, vgl. XIV. Bericht des Bundesrates S. 25 ff.

fröhen schweizerischen Warenforderungen, mindestens bis zur Höhe des Gegenwertes des zusätzlichen Kaffeeimportes, zur Verfügung zu stellen³²⁾.

Neuartig in der rechtlichen Ausgestaltung ist das Zahlungsabkommen mit Bulgarien, nach welchem der Zahlungsverkehr sich grundsätzlich im Wege der Kompensation zwischen dem bulgarischen Exporteur und dem bulgarischen Importeur schweizerischer Waren abwickelt. Wie unter dem Regime der Clearingabkommen ist der schweizerische Schuldner verpflichtet, seine Zahlung an die Schweiz. Nationalbank zu leisten, die einem zu Gunsten der Bulgarischen Nationalbank errichteten Sammelkonto gutgeschrieben wird. Der schweizerische Gläubiger hat erst dann einen Anspruch auf Auszahlung, wenn der bulgarische Importeur von einem bulgarischen Exporteur eine Forderung gegenüber einem schweizerischen Schuldner erworben hat. Die Abtretung des Guthabens des bulgarischen Exporteurs an einen bulgarischen Importeur bedarf zu ihrer Gültigkeit der Genehmigung der Bulgarischen Nationalbank und der Schweizerischen Verrechnungsstelle. Auf diese Weise soll verhütet werden, dass aus dem laufenden Warenverkehr neue Forderungs-

³²⁾ Die Abwicklung des Abkommens erfolgt in der Weise, dass der brasilianische Schuldner den fälligen Betrag an die Brasilianische Nationalbank zu zahlen hat, die monatlich freie Devisen in der Höhe des zusätzlichen Kaffeeimportes an die Schweiz. Nationalbank zu überweisen hat. Aus diesen Devisen werden nach der Reihenfolge der Einzahlungen in Brasilien die schweizerischen Gläubiger befriedigt. Dabei ist für die vor dem 11. September 1934 in Brasilien verzollten Waren ein fester Umrechnungskurs für die daraus entstandenen Forderungen festgesetzt, während für die später verzollten Waren der feste Umrechnungskurs nur für 60 % der Forderung gilt, währenddem der Rest derselben nach dem freien Marktkurs berechnet wird. Diese Regel gilt jedoch nicht für Forderungen, die weder in brasilianischer noch in schweizerischer Währung begründet worden sind; für diese gilt der Umrechnungskurs auf Zürich im Zeitpunkt der Liquidation.

rückstände entstehen, wie sie im Clearingverkehr bei ungenügender Warengrundlage unvermeidlich sind³³).

Auch nach dem schweizerisch-polnischen Abkommen ist die Hereinbringung der schweizerischen Guthaben, die nicht durch das Liquidationsabkommen geregelt worden sind, sowie jeder weitere Wirtschaftsverkehr mit Polen auf den Weg der privaten Kompensation verwiesen worden. Die schweizerischen Schuldner aus dem Import polnischer Waren bleiben verpflichtet, ihre Zahlungen weiterhin an die Schweiz. Nationalbank zu leisten, aber nur bis zur völligen Abtragung der bei der polnischen Kompensationsgesellschaft einbezahlten Beträge. Allerdings können sie von dieser Einzahlungspflicht befreit und ermächtigt werden, die Beträge auf dem Weg privater Kompensationstransaktionen zugunsten schweizerischer Gläubiger zu verwenden. Der schweizerische Gläubiger wird dagegen erst bezahlt, wenn wiederum eine Abtretung der einem polnischen Gläubiger gegenüber einem schweizerischen Schuldner zustehenden Forderung an einen polnischen Schuldner erfolgt ist. Diese Abtretungen zum Zwecke der Kompensation unterliegen der Genehmigung der zuständigen Behörden der beiden Vertragsstaaten³⁴).

³³) Vgl. über die technische Durchführung dieses Abkommens den XIV. Bericht des Bundesrates S. 22/23, sowie die Erläuterungen und die Wegleitungen der Schweizerischen Verrechnungsstellen. Der beim Inkrafttreten dieses Abkommens bestehende Clearingsaldo wird nach Ziff. XII 2 des Abkommens gemäss besonderer Vereinbarung zwischen den beiden Regierungen abgetragen, und zwar soll diese Abtragung durch zusätzliche schweizerische Importe aus Bulgarien erfolgen.

³⁴) Vgl. über die technische Durchführung dieses Abkommens den XIV. Bericht des Bundesrates S. 28. Dieses Zahlungsabkommen dient, im Gegensatz zu demjenigen mit Bulgarien, lediglich vorübergehend als Ersatz für ein eigentliches Clearingabkommen, das von beiden Staaten angestrebt wird, aber infolge des Mangels gewisser materieller Voraussetzungen noch nicht abgeschlossen werden konnte. Vgl. XIV. Bericht S. 26/27.

Die Lockerung des Clearingverkehrs, wie er vor allem im Zahlungsabkommen mit Bulgarien in Erscheinung tritt, wird auch von andern Schuldnerstaaten angestrebt³⁵⁾. Eine freiere Gestaltung des Zahlungsverkehrs ist jedoch nur gegenüber denjenigen Staaten möglich und zu erwarten, bei denen die entsprechenden wirtschaftlichen Voraussetzungen gegeben sind³⁶⁾. Voraussichtlich bleibt auch in Zukunft das Clearingabkommen das wirtschaftlich bedeutsamste Instrument zur Regelung des zwischenstaatlichen Zahlungsverkehrs mit devisenbewirtschafteten Staaten^{36a)}. „Während bei Abschluss der ersten Clearingverträge die Meinung geherrscht hatte, dass es sich dabei

³⁵⁾ So z. B. von Ungarn, vgl. XIV. Bericht des Bundesrates S. 20, Deutschland, vgl. N. Z. Z. No. 490 vom 18. März 1937, No. 597 vom 5. April 1937.

³⁶⁾ Von der Schweizerischen Verrechnungsstelle wurde anfangs November 1936 auf Weisung des Eidg. Volkswirtschaftsdepartementes den schweizerischen Exporteuren zur Kenntnis gebracht, dass für sämtliche schweizerischen Exporte nach Rumänien, Jugoslawien, Bulgarien, Griechenland und der Türkei auf die Transferierung der daraus entstehenden Guthaben nicht mehr gerechnet werden könne. Die Exporteure hätten vielmehr damit zu rechnen, dass künftig die Ausfuhr nach diesen Ländern unter Umständen auf die Möglichkeit der Durchführung von Privatkompensationen beschränkt werden müsse. Diese Massnahmen sind aber von Seiten der schweizerischen Exporteure stark angefochten worden, vgl. z. B. den Artikel „Eingriffe in Clearingverhältnisse in Südoststaaten“, N. Z. Z. Nr. 1960 vom 14. November 1936, und sind daher seither auch nur vereinzelt durchgeführt worden.

^{36a)} Der Übergang zum Kompensationssystem, wie es im Abkommen mit Bulgarien eingeführt worden ist, bedeutet keine Beseitigung, sondern nur eine Verlagerung der Schwierigkeiten. Mit Recht betont der Bericht des vom Völkerbund eingesetzten Comités: „Il faut reconnaître que si le système de la compensation privée constitue une phase de l'évolution vers l'adoption du taux de change réel, il ne peut être considéré comme une fin satisfaisante en soi. C'est, en somme, un retour au système primitif du troc, auquel les commerçants ont recours uniquement parce que la monnaie a cessé d'être négociable“, vgl. Völkerbunds-enquête S. 14.

um eine ganz vorübergehende Massnahme handle, zweifelt heute kaum noch jemand an dem länger dauernden Charakter dieser Einrichtung³⁷⁾.“ Angesichts der Devisenlage mancher Länder und der dadurch notwendig bleibenden Devisenbewirtschaftung ist daher noch auf Jahre hinaus mit der zwischenstaatlichen Regelung des Zahlungsverkehrs durch Clearingabkommen zu rechnen³⁸⁾.

Die nachfolgenden Ausführungen beschränken sich im wesentlichen auf die Untersuchung und Darstellung der durch die Clearingabkommen geschaffenen Rechtsverhältnisse; immerhin wird vergleichsweise auch die neue Form des Zahlungsabkommens, wie sie das neue Abkommen mit Bulgarien darstellt, herangezogen.

II. Zweck, Technik und Umfang des Clearingverkehrs.

1. Das Clearingsystem verfolgt den Zweck, den Transfer, d. h. die Überweisung von Zahlungsmitteln über die Währungsgrenze der beteiligten Staaten zu vermeiden und damit den Ankauf dieser Zahlungsmittel an den Devisenmärkten auszuschalten³⁹⁾. Um diesen Zweck zu erreichen, sollen die Forderungen und Schulden, die den Angehörigen des einen Staates gegenüber den Angehörigen des andern Vertragsstaates zustehen, durch eine Zentralstelle zum Ausgleich gebracht werden. Die Clearingabkommen sind daher zwischenstaatliche Abkommen, die den Zahlungsverkehr zwischen zwei Staaten ganz oder

³⁷⁾ VII. Bericht des Bundesrates vom 25. September 1933 S. 16.

³⁸⁾ Hoffmann-Burges, bemerkt a. a. O. S. 13: „Clearing und Kompensation dürften, da mit einer Änderung der internationalen Devisenlage in absehbarer Zeit nicht zu rechnen ist, auf längere Zeit die moderne Form des Waren- und Zahlungsverkehrs sein.“

³⁹⁾ Vgl. Härle, Die Grundsätze des verrechnungsmässigen Zahlungsverkehrs im Aussenhandel, 30 Die Bank, 193 ff., Dittel, Wesen und volkswirtschaftliche Bedeutung der zwischenstaatlichen Clearingabkommen, Diss. Bern 1936 S. 17 ff.

teilweise auf der Grundlage einer kollektiven Verrechnung aller Forderungen regeln⁴⁰⁾).

Diese allen Clearingabkommen zugrunde liegende Zwecksetzung ergibt sich für den devisenbewirtschafteten Schuldnerstaat aus der Unmöglichkeit, Devisen in genügender Menge zur Verfügung stellen zu können, und für den Gläubigerstaat aus der Unmöglichkeit, Zahlung in Devisen aus dem Schuldnerstaat zu erlangen. Das zwischenstaatliche Clearing soll als vorübergehende Notstandsmassnahme dazu dienen, die Störungen des internationalen Wirtschaftsverkehrs soweit als möglich zu mildern⁴¹⁾. Für die Schweiz als Export- und Gläubigerland handelt es sich daher bei allen Clearingabkommen um ein Instrument der wirtschaftlichen Verteidigung zur Wahrung der schweizerischen Interessen, nämlich zum Schutze des schweizerischen Exportes und überhaupt der schweizerischen Gläubiger. Allen Clearingabkommen liegt daher dasselbe wirtschaftspolitische Ziel zugrunde, nämlich: „Sauvegarder l'intérêt des exportateurs; rapatrier les créances commerciales et financières ‚congelées‘, obvier aux conséquences des restrictions imposées au commerce des devises dans les pays parties aux accords de clearing“⁴²⁾.

Aus dem, den zwischenstaatlichen Clearingabkommen zugrunde liegenden wirtschaftlichen Zweckgedanken ergeben sich zwei wichtige Folgerungen: Positiv, dass die Anwendung der Abkommen im Inland, durch die schweizerischen Behörden und Gerichte, auf diesen wirtschaftlichen Zweck ausgerichtet werden muss. Negativ, dass der Abschluss solcher Abkommen, der immer einer Zwangslage entspringt, keineswegs eine Anerkennung der aus-

⁴⁰⁾ Vgl. Vieli, a. a. O. S. 3, Mettler, Die Clearingzahlung gemäss den schweizerischen Clearingabkommen mit den Oststaaten, Diss. Zürich 1936, S. 6 ff.

⁴¹⁾ Vgl. Jolly a. a. O. S. 30, Kroymann a. a. O. S. 10.

⁴²⁾ Antwort des Bundesrates auf den Fragebogen des Völkerbundes, Völkerbundsenquête S. 63.

ländischen devisenrechtlichen Vorschriften bedeutet. Dies ist gegenüber Deutschland vom Bundesgericht mit aller Deutlichkeit festgestellt worden: „Durch das Verrechnungsabkommen und die Aufstellung eigener Devisenvorschriften, die übrigens nur die Ausführung des Abkommens bilden, hat die Schweiz keineswegs die deutsche Devisengesetzgebung als mit den schweizerischen Rechtsanschauungen übereinstimmend anerkannt; vielmehr ist damit lediglich, so gut es möglich war, der schweizerische Standpunkt gegenüber diesen Eingriffen zu wahren gesucht worden“⁴³⁾.

2. Der Clearingverkehr wickelt sich in der Weise ab, dass die schweizerischen Schuldner ihre clearingpflichtigen Schulden nicht an ihre ausländischen Gläubiger direkt bezahlen dürfen, sondern die Zahlung an die Schweiz. Nationalbank in Landeswährung zu leisten haben. Diese Zahlungen werden einem Sammelkonto, das zugunsten der Nationalbank des Vertragsstaates bei der Schweiz. Nationalbank eröffnet wird, gutgeschrieben. Aus diesen, auf dem Sammelkonto sich anhäufenden Beträgen werden die den schweizerischen Gläubigern gegenüber den Schuldnern des Vertragsstaates zustehenden Forderungen bezahlt. In derselben Weise vollzieht sich der Ausgleich von Forderungen und Schulden der Angehörigen des Vertragsstaates bei der Verrechnungsstelle desselben⁴⁴⁾.

Die Forderungen der Gläubiger des einen Vertragsstaates werden daher mit den Schulden der Schuldner desselben über das Sammelkonto in sich ausgeglichen. Die Gläubiger und Schuldner eines Clearingstaates bilden

⁴³⁾ EBG. 61 II 248; diese Stellungnahme ist von deutscher Seite lebhaft angegriffen worden, vgl. Dietrich, 64 J. W. 3503; aber sie deckt sich mit derjenigen anderer ausländischer Gerichte, vor allem der englischen und amerikanischen, vgl. Langen, Währungspolitische Massnahmen im internationalen Privatrecht, 65 J. W. 1869 ff., Wahle a. a. O. S. 35/36, Meilicke a. a. O. S. 410, Casparius, 86 Jherings Jahrbücher (1936) S. 67 ff.

⁴⁴⁾ Vgl. Dittel a. a. O. S. 17 ff., Mettler a. a. O. S. 17 ff., Vieli a. a. O. S. 9 ff.

daher gewissermassen zwei geschlossene Kreise, wobei die Gläubiger nur insoweit Befriedigung erfahren, als Schulden gegenüber Gläubigern des Vertragsstaates vorhanden sind und von den Schuldern zur Tilgung gelangen⁴⁵⁾. Die Auszahlung an die Gläubiger erfolgt erst, nachdem die Verrechnungsstelle des Vertragsstaates mitgeteilt hat, dass der dortige Schuldner die Zahlung an seine Verrechnungsstelle geleistet hat. Die Auszahlung an die Gläubiger ist daher abhängig von zwei Voraussetzungen: einmal von der Einzahlung des ausländischen Schuldners bei der Verrechnungsstelle seines Staates, und sodann davon, dass der Verrechnungsstelle des Gläubigerstaates entsprechende Mittel durch die bei ihr erfolgten Einzahlungen zur Verfügung stehen.

Da die Gesamtheit der Forderungen der Gläubiger eines Staates gegenüber den Schuldnern des andern Vertragsstaates niemals mit dem Gesamtbetrag der Schulden kongruent ist, den die Schuldner des ersten Vertragsstaates den Gläubigern des zweiten Vertragsstaates schulden, so ergibt sich daraus ein Saldo in der gegenseitigen Verrechnung. Eine der grössten Schwierigkeiten des Clearingverkehrs bedeutet nun der Ausgleich dieses Saldos⁴⁶⁾. Er kann entweder in freien Devisen abgedeckt werden, oder muss durch zusätzliche Warenlieferungen oder Dienstleistungen des Schuldnerlandes ausgeglichen werden. Ein Transfer der Clearingspitze hat im Verkehr der Schweiz mit den andern Vertragsstaaten nicht stattgefunden, vielmehr ist der Ausgleich durch zusätzliche Warenlieferungen aus den Schuldnerstaaten gesucht worden. Um den Barausgleich auch bei der Aufhebung des Clearingverkehrs auszuschliessen, weisen die meisten der von der Schweiz abgeschlossenen Clearingabkommen eine Liquidationsklausel auf, gemäss welcher „die Importeure desjenigen Landes, zu dessen Gunsten ein nichttransferierbarer Saldo übrig bleibt, den Gegenwert ihrer Im-

⁴⁵⁾ Vgl. Jolly a. a. O. S. 87 ff., Völkerbundsenquête S. 27 ff.

⁴⁶⁾ Vgl. Kerschagl a. a. O. S. 29 ff.

porte so lange auf das betreffende Sammelkonto einzahlen müssen, bis alle Guthaben abgetragen sind, die diesem Saldo entsprechen⁴⁷⁾.

3. Der Clearingverkehr zwischen zwei Staaten kann aufgebaut werden entweder auf dem Prinzip des gesamten Devisenclearings oder des reinen Warenclearings⁴⁸⁾. Beim Totalclearing werden alle fälligen Zahlungen, gleichgültig aus welchem Rechtsgrund sie geleistet werden, über das Clearing zur Verrechnung gebracht. Der gesamte Zahlungsverkehr zwischen den Vertragsstaaten wird daher, ohne Unterschied der verschiedenen Gruppen rechtlicher Verbindlichkeiten, dem Clearing unterworfen. Neben Forderungen aus dem Warenverkehr werden daher auch Forderungen aus Dienstleistungen und aus Kapitalanlagen über das Clearing verrechnet. Anders das reine Warenclearing. Bei diesem werden nur die Forderungen aus dem gegenseitigen Warenverkehr, aber unter Umständen nicht alle Warenforderungen, über das Clearing verrechnet. Für alle übrigen Forderungen bleibt der gewöhnliche Zahlungsverkehr und bleiben damit in den devisenbewirtschafteten Ländern die Devisenrestriktionen bestehen. Endlich sind auch Zwischenformen des Clearings entstanden. Möglich ist, dass grundsätzlich nur die Forderungen aus dem Warenverkehr über das Clearing verrechnet werden, dass aber im vorwiegenden Gläubigerland bestimmte Prozentsätze der sich ergebenden Guthabenschriften zur Deckung von Forderungen verwendet werden, die nicht aus dem Warenverkehr herrühren. Möglich ist aber auch, dass über das Warenclearing hinaus bestimmte wenige Kategorien anderer Forderungen ebenfalls dem Clearingverkehr unterworfen werden.

Die von der Schweiz anfänglich abgeschlossenen Clearingabkommen waren durchgängig aufgebaut auf dem

⁴⁷⁾ Schweizerisch-italienisches Abkommen vom 4. Dezember 1935 Art. 12.

⁴⁸⁾ Vgl. Kerschagl a. a. O. S. 27 ff.; Dittell a. a. O. S. 20 ff.; Kroymann a. a. O. S. 17 ff., 26 ff.

Prinzip des reinen Warenclearing: „Verwendung der Einfuhr aus Staaten mit Devisenbeschränkungen für die Bezahlung der schweizerischen Exporte nach diesen Ländern“⁴⁹⁾. Das Wesen dieser Clearingabkommen war daher darin zu finden, dass „die aus den Ländern mit Devisenbewirtschaftung in die Schweiz eingeführten Waren für die Bezahlung unseres Exportes verwendet werden. Es geschieht dies in der Weise, dass die Exporteure gezwungen werden, ihre Zahlungen nicht mehr an die ausländischen Lieferanten, sondern an eine Clearingstelle einzuzahlen. Diese hat dann mit Hilfe der auf diese Weise eingegangenen Summen die schweizerischen Exporteure zu bezahlen“⁵⁰⁾. Dabei handelte es sich zudem um ein beschränktes Warenclearing, indem bei den Auszahlungen lediglich Forderungen von Warenlieferungen schweizerischen Ursprungs berücksichtigt wurden. Forderungen aus Transitwarenlieferungen konnten daher nicht über das Clearing abgerechnet werden, denn dieses ist „in erster Linie dazu bestimmt, der schweizerischen Produktion, d. h. also in andern Worten, dem schweizerischen Arbeitsmarkt zu dienen“⁵¹⁾. In der Folge erwies es sich aber in steigendem Masse als notwendig, auch die Forderungen aus dem Kapitalverkehr in das Clearing einzubeziehen, so dass man in einer Reihe von Abkommen, zuerst in demjenigen mit Rumänien, zum System des gemischten Clearings übergegangen ist. Die Notwendigkeit der Berücksichtigung der sogenannten Finanzforderungen ergab sich aus der Tatsache, dass „in zahlreichen Ländern die Schraube der Transferierungsverbote immer stärker angezogen wird, sodass die schweizerischen Kapitalanlagen im Ausland je länger je mehr notleidend werden“⁵²⁾. Endlich ist den

⁴⁹⁾ III. Bericht des Bundesrates vom 12. September 1932 S. 9.

⁵⁰⁾ II. Bericht des Bundesrates vom 27. Mai 1932 S. 6.

⁵¹⁾ V. Bericht des Bundesrates vom 22. März 1933 S. 7.

⁵²⁾ VII. Bericht des Bundesrates vom 25. September 1933 S. 17.

Abkommen mit Deutschland und Italien das Prinzip des Totalclearings für sämtliche Zahlungen zugrunde gelegt worden⁵³). Die Festsetzung des Umfanges des Clearingverkehrs mit den einzelnen Vertragsstaaten ist in den Abkommen stets entsprechend den wirtschaftlichen Verhältnissen und den Massnahmen der Devisenbewirtschaftung der einzelnen Staaten getroffen worden. Das reine Waren-clearing ist heute zur Ausnahme geworden, das Feld beherrschen das gemischte Clearing und das Totalclearing⁵⁴).

III. Die Rechtsquellen des schweizerischen Clearingrechtes.

1. Die Bundesbeschlüsse. Der Bundesbeschluss über die Beschränkung der Einfuhr vom 23. Dezember 1931 hatte in Art. 4 den Bundesrat ermächtigt, „gegenüber Staaten, die den freien Zahlungsverkehr einschränken, die schweizerischen Interessen auch durch den Abschluss kurzfristiger Abkommen zu wahren“. Da sich in der Folge jedoch die Möglichkeit ergab, dass Staaten, die den freien Zahlungsverkehr beschränken, sich weigern könnten, durch Abschluss solcher Abkommen den schweizerischen Interessen Rechnung zu tragen, wurde Art. 4 des genannten Bundesbeschlusses durch einen Beschluss der Bundesversammlung dahin authentisch interpretiert, dass der Bundesrat in diesem Falle ermächtigt sein sollte, „auch jede andere geeignete wirtschaftliche und finanzpolitische Massnahme, insbesondere Beschränkungen des Zahlungsverkehrs, zu ergreifen“⁵⁵).

⁵³) Vgl. IX. Bericht des Bundesrates vom 31. August 1934 S. 15 ff. Bei der Anordnung des Zwangsclearings ist ebenfalls der gesamte Zahlungsverkehr dem Clearing unterworfen worden, so bei der Anordnung des Zwangsclearings gegenüber Spanien und Polen, vgl. XIII. Bericht des Bundesrates vom 11. September 1936 S. 23 ff.

⁵⁴) Siehe infra S. 428a ff., 437a ff.

⁵⁵) Vgl. VII. Bericht des Bundesrates vom 25. September 1933 S. 23.

Der Bundesbeschluss von 1931 ist in der Folge ersetzt worden durch den Bundesbeschluss über wirtschaftliche Massnahmen gegenüber dem Ausland vom 14. Oktober 1933. Gemäss Art. 1 desselben ist der Bundesrat ganz allgemein ermächtigt worden, „zur Bekämpfung der Arbeitslosigkeit, zum Schutze der nationalen Produktion, soweit sie in ihren Lebensbedingungen bedroht ist, und zur Förderung des Exportes, sowie im Interesse der schweizerischen Zahlungsbilanz, die nötigen, insbesondere die nachfolgenden Massnahmen zu treffen“. In Art. 3 des Bundesbeschlusses wurde dem Bundesrat zum Zwecke der Durchführung solcher Massnahmen folgende Ermächtigung für die Regelung des zwischenstaatlichen Zahlungsverkehrs erteilt: „Der Bundesrat kann gegenüber Staaten, deren Zahlungsverkehr behindert ist, die schweizerischen Interessen durch den Abschluss kurzfristiger Abkommen wahrnehmen. Insoweit solche Abkommen nicht erzielt werden können, ist er ermächtigt, durch einseitige, ihm geeignet scheinende wirtschaftliche oder finanzpolitische Massnahmen, insbesondere auch durch Beschränkung des Zahlungsverkehrs, die schweizerischen Interessen zu wahren“. Art. 8 des Bundesbeschlusses beauftragte den Bundesrat mit dem Vollzug und mit dem Erlass der nötigen Ausführungsvorschriften.

Grundlage des gesamten schweizerischen Clearingrechts bildet daher ein rechtssetzender Erlass der Bundesversammlung, der in der Form eines allgemein verbindlichen, dringlichen Bundesbeschlusses ergangen ist. Er findet materiell seine verfassungsmässige Grundlage in Art. 29, letzter Absatz B. V., denn es handelt sich im Kern um handelspolitische Massnahmen gegenüber dem Ausland⁵⁶). Die Bundesverfassung hat in Art. 28 mit der

⁵⁶) In der Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung betreffend die Beschränkung der Wareneinfuhr, welche die Notwendigkeit des Bundesbeschlusses von 1931 begründete, hat sich der Bundesrat ausdrücklich auf Art. 29 letzter Absatz B. V. berufen, vgl. BBl. 1931 II 809. Dies ist offenbar in der Folge

Zollhoheit dem Bund das Mittel der internationalen Handelspolitik an die Hand gegeben, ihm allerdings gewisse Grundsätze für seine Zoll- und Handelspolitik in Art. 29 vorgezeichnet, aber ihn gleichzeitig ermächtigt, unter ausserordentlichen Umständen, vorübergehend davon abzuweichen⁵⁷⁾. Da der dringliche Bundesbeschluss die einzige Form darstellt, in welcher die Bundesbehörden in Not- oder Zwangslagen des Staates dringliche Anordnungen treffen können⁵⁸⁾, so entspricht der Erlass der Bundesversammlung auch formell der Verfassung. Angesichts der Devisenvorschriften der ausländischen Staaten handelte es sich darum, sofort geeignete Massnahmen zur Abwehr eines dadurch bewirkten staatlichen Notstandes zu treffen⁵⁹⁾. Da diese Massnahmen aber nur für die

nicht mehr als notwendig befunden worden, indem in der Begründung zum Bundesbeschluss von 1933 die Frage der Verfassungsmässigkeit nicht mehr aufgeworfen worden ist, vgl. VII. Bericht des Bundesrates vom 25. September 1933 S. 22 ff. Die Bundesbeschlüsse selbst nehmen auf Art. 29 B.V. keinen Bezug. Die Verfassungsmässigkeit dieser Massnahmen ist indessen nicht bestritten, sondern durchaus anerkannt, vgl. Giacometti, Verfassungsrecht und Verfassungspraxis, Festgabe Fritz Fleiner, 1937, S. 58 N. 56, Vieli a. a. O. S. 11 ff., 14 ff.

⁵⁷⁾ Vgl. Burckhardt, Kommentar B.V. 3. Auflage 1931 S. 212, 216, 218. Gestützt auf Art. 29 letzter Absatz B.V. sind schon in der Kriegs- und Nachkriegszeit die Massnahmen des Bundes zur Beschränkung der Ein- und Ausfuhr ergangen, vgl. Burckhardt a. a. O. S. 213, Fleiner, Schweiz. Bundesstaatsrecht 1923 S. 667 N. 14.

⁵⁸⁾ Vgl. Fleiner a. a. O. S. 405. Ein selbständiges allgemeines Notverordnungsrecht des Bundesrates, wie es von diesem, wenn auch unter dem Genehmigungsvorbehalt der Bundesversammlung, zur Geltung gebracht wird, lässt sich aus der Verfassung nicht ableiten, vgl. Giacometti a. a. O. S. 73 ff., a. M. Burckhardt a. a. O. S. 666.

⁵⁹⁾ Der Bundesrat hat in seiner Botschaft vom 14. Dezember 1931 (siehe supra N. 56) zur Begründung seines Vorschlages folgendes ausgeführt: „Die Verhältnisse drängen nach einer Aktion, sie führen zu Abwehrmassnahmen. Da der Ausblick in die Zukunft zu Sorgen Veranlassung gibt, müssen wir, ganz abgesehen von prinzipiellen Erwägungen, wenigstens vorübergehend

Dauer dieses Notstandes angewendet werden sollten, wurde auch die Geltung der Bundesbeschlüsse entsprechend terminiert⁶⁰⁾. Die von der Verfassung geforderten Voraussetzungen der zeitlichen Dringlichkeit und des provisorischen Charakters waren damit gegeben⁶¹⁾.

2. Die Clearingabkommen. Auf Grund der generellen Ermächtigung der Bundesbeschlüsse von 1931 und 1933 sind die heute in Kraft befindlichen Clearingabkommen vom Bundesrat abgeschlossen worden. Gestützt darauf hat der Bundesrat auch das Zwangsclearing gegenüber Spanien und Polen angeordnet. Allerdings hätte der Bundesrat, auf Grund von Art. 102 Ziff. 8 B.V., solche Staatsverträge selbständig abschliessen können, aber nur unter Vorbehalt der Genehmigung der Bundesversammlung im Sinne von Art. 85 Ziff. 5 B.V. Die in den genannten Bundesbeschlüssen erteilte generelle Ermächtigung hat indessen die Genehmigung der einzelnen Abkommen, wie sie die Verfassung vorsieht, überflüssig gemacht. Die Bundesversammlung hat auf ihr Recht zur nachträglichen Genehmigung der vom Bundesrat abgeschlossenen Clearingabkommen verzichtet und im voraus den Bundesrat zum endgültigen Abschluss und zur Ratifikation von Staatsverträgen auf diesem Gebiete ermächtigt⁶²⁾. Die auf Grund dieser Ermächtigung abgeschlosse-

im Sinne von ausgesprochenen Notmassnahmen handelspolitische Mittel ergreifen können, die geeignet sind, unsere Wirtschaft, d. h. unsern innern Markt besser zu schützen."

⁶⁰⁾ Die Geltung des Bundesbeschlusses von 1931 wurde bis Ende 1932 festgesetzt und ist dann bis Ende 1933 verlängert worden. Die Wirksamkeit des Bundesbeschlusses von 1933 wurde bis Ende 1935 bestimmt und ist durch Bundesbeschluss vom 11. Dezember 1935 bis Ende 1937 verlängert worden.

⁶¹⁾ Als dringlich darf ein Bundesbeschluss nur erklärt werden, wenn die Rechtssetzung keinen Aufschub erträgt, nicht aber, wenn es sich um eine materielle Dringlichkeit handelt, vgl. Burckhardt a. a. O. S. 708, Giacometti a. a. O. S. 51 ff.

⁶²⁾ Dies ist gelegentlich auch auf andern Gebieten geschehen und erscheint nach herrschender Auffassung in Doktrin und

nen Clearingverträge werden dann nicht mehr der Genehmigung der Bundesversammlung unterstellt, ja der Bundesrat ist nicht einmal verpflichtet, diese der Bundesversammlung bekanntzugeben⁶³). Diese Ordnung liegt in der Linie der Entwicklung unseres gegenwärtigen Bundesstaatsrechts und bedeutet eine Verlagerung der Kompetenzen zugunsten des zentralen Bundesorgans, des Bundesrates⁶⁴).

Wie alle Staatsverträge haben auch die Clearingabkommen zunächst völkerrechtliche Wirkungen, indem sie die Vertragsstaaten berechtigen und verpflichten⁶⁵). Die Schweiz ist daher gegenüber den Vertragsstaaten verpflichtet zur Einrichtung des Clearingverkehrs durch eine Clearingstelle, zur Vornahme aller Massnahmen, die die Durchführung des Clearingverkehrs sicherstellen, und zur Unterlassung aller Massnahmen, die diese Durchführung beeinträchtigen könnten. Sie ist andererseits völkerrechtlich berechtigt, die Vertragsstaaten zur Erfüllung derselben Verpflichtungen anzuhalten⁶⁶). Die Clearingabkommen verpflichten demnach den schweizerischen Gesetz-

Praxis durchaus zulässig, vgl. Burckhardt a. a. O. S. 676 ff., Vieli a. a. O. S. 11 ff.

⁶³) Der Bundesbeschluss von 1931 sah noch ausdrücklich vor: „Solche Abkommen sind der Bundesversammlung in ihrer nächsten Tagung bekanntzugeben.“ Nach dem Bundesbeschluss von 1933 fehlt diese Pflicht zur vollständigen Bekanntgabe; der Bundesrat ist vielmehr nach Art. 5 desselben lediglich verpflichtet, Bericht zu erstatten. Die Berichte enthalten aber in der Regel in der Anlage auch die Wiedergabe der während der Berichtsperiode abgeschlossenen Abkommen.

⁶⁴) Vgl. Giacometti a. a. O. S. 63 ff., insbesondere 68-N. 90.

⁶⁵) Vgl. Fleiner a. a. O. S. 755 ff. Die Clearingabkommen sind infolge ihres vorwiegenden Charakters als Handelsverträge nicht nur für die Schweiz als Vertragsstaat verbindlich, sondern gemäss Art. 7 und 8 des schweizerisch-liechtensteinischen Zollanschlussvertrages auch für das Fürstentum Liechtenstein. Dies wird in den neuern Clearingabkommen auch ausdrücklich bestimmt, vgl. Vieli a. a. O. S. 15 ff.

⁶⁶) Vgl. im einzelnen Vieli a. a. O. S. 25 ff.

geber zur Herstellung gewisser Verwaltungseinrichtungen und zum Erlass von Rechtssätzen. Gleichzeitig enthalten sie selbst einheitliche Rechtsvorschriften für den Zahlungsverkehr, denen die Angehörigen der Vertragsstaaten unterworfen werden sollen. Sie sind daher insoweit rechtssetzende Staatsverträge.

Die Clearingabkommen werden wie die übrigen Staatsverträge landesrechtlich verbindlich mit ihrer Veröffentlichung. Nicht notwendig ist der Erlass eines besondern Gesetzes oder Bundesbeschlusses, weil nach schweizerischem Staatsrecht der völkerrechtlich verbindliche Vertrag durch die Genehmigung der Bundesversammlung mit Gesetzesbefehl ausgestattet wird und daher mit seiner Publikation in Gesetzeskraft erwächst⁶⁷⁾. Aber immer ist notwendige Voraussetzung die amtliche Veröffentlichung, die wie bei Bundesgesetzen in der Eidg. Gesetzessammlung zu erfolgen hat. Erst mit derselben erwächst dem staatlichen Untertan die Pflicht zur Beobachtung ihrer Bestimmungen⁶⁷⁾. Gerade die Clearingabkommen werden nun aber gelegentlich nur mit grosser Verspätung oder überhaupt nicht, oder nur im Schweizerischen Handelsamtsblatt und nicht in der Gesetzessammlung publiziert. Diese Praxis ist nicht nur zu rügen⁶⁸⁾, sondern hat staatsrechtlich bedeutsame Konsequenzen: nicht veröffentlichte Abkommen sowie nicht veröffentlichte Protokolle und Anlagen, die ein veröffentlichtes Abkommen auslegen, ergänzen oder abändern, sind wohl verbindlich für die staatlichen Behörden, Verwaltungen und Gerichte, soweit sie eine Verpflichtung des Staates und seiner Organe begründen; sie sind aber für die unterstellten Rechtssubjekte nicht verbindlich, soweit sie Pflichten derselben begründen, oder subjektive Rechte derselben beeinträchtigen⁶⁹⁾.

⁶⁷⁾ Vgl. Burckhardt a. a. O. S. 674, Fleiner a. a. O. S. 755, 757.

⁶⁸⁾ Vgl. Giacometti a. a. O. S. 68 N. 90.

⁶⁹⁾ Vgl. Burckhardt, Die staatsrechtliche Wirkung der

3. Die Verordnungen der Bundesbehörden. Der Bundesbeschluss von 1933 hat den Bundesrat in allgemeiner Weise ermächtigt, die nötigen Massnahmen zu treffen und die nötigen Ausführungsvorschriften zu erlassen. Die Bundesversammlung hat nur ganz allgemein gehaltene Richtlinien aufgestellt, die kaum eine sachliche Entscheidung über den Gegenstand ihrer Rechtssetzung enthalten. Der Bundesbeschluss enthält daher Blankettvorschriften, die den Bundesrat zur Rechtssetzung auf einem nur sehr ungenügend umschriebenen Gebiete ermächtigen. Die eigentliche Regelung ist daher dem Bundesrat übertragen worden, der diese primäre Rechtssetzung in der Form von Bundesratsbeschlüssen vornimmt, die sich als unselbständige Notverordnungen qualifizieren. Die Bundesversammlung hat daher auf die Ausübung ihrer Gesetzgebungskompetenz auf diesem Gebiete verzichtet. Das Gesetz wird durch die Verordnung verdrängt, und diese wird zu einer dem Bundesgesetz und dem Bundesbeschluss gleichwertigen Rechtsquelle, alles wiederum Erscheinungsformen der modernen Entwicklung unseres Bundesstaatsrechts⁷⁰⁾. Zum Zwecke der Ordnung des zwischenstaatlichen Clearingverkehrs hat der Bundesrat eine Reihe von Bundesratsbeschlüssen erlassen, die ordnungsgemäss in der Eidg. Gesetzessammlung publiziert worden sind. Als allgemeine, den gesamten Clearingverkehr regelnde Beschlüsse sind hervorzuheben: der Beschluss vom 14. Januar 1932 über die Durchführung der mit verschiedenen Ländern getroffenen Devisenabkommen, abgeändert durch Beschluss vom 11. September 1934; der Beschluss vom 2. Oktober 1934 über die Durchführung des schweizerischen Verrechnungsverkehrs mit dem Ausland, sowie der Beschluss vom 28. Juni 1935 über die Zulassung von Warenforderungen zum Zahlungsverkehr mit dem Ausland. Sodann sind besondere Bundesratsbeschlüsse

Staatsverträge, 34 Z.S.R. 165, 167, 171, a. M. z. T. Mettler a. a. O. S. 10 ff.

⁷⁰⁾ Vgl. Giacometti a. a. O. S. 73 ff.

erlassen worden zur Durchführung der Abkommen, die mit Deutschland⁷¹⁾, Italien⁷²⁾ und Polen⁷³⁾ abgeschlossen worden sind⁷⁴⁾.

Der Bundesrat hat nun freilich die ihm von der Bundesversammlung delegierte Rechtssetzungsgewalt nicht nach allen Richtungen selbst ausgeübt; er hat vielmehr seine Zuständigkeit in weitem Umfange dem Eidg. Wirtschaftsdepartement übertragen⁷⁵⁾. Gemäss Art. 1 des Bundesratsbeschlusses vom 11. September 1934 ist dieses in allgemeiner Weise ermächtigt worden, „die zur Durchführung der mit verschiedenen Ländern getroffenen Devisenabkommen erforderlichen Verfügungen zu erlassen“. Es liegt daher eine Subdelegation vor, durch die das Departement nicht nur zum Vollzug der Bundesratsbeschlüsse durch Erlass von Rechtssätzen, sondern durch eine reine Blankettvorschrift zur primären Rechtssetzung ermächtigt wird. So hat z. B. das Departement durch Verfügung vom 3. Juli 1936 das Rekursverfahren gegen Entscheidungen der Verrechnungsstelle und der Clearingkommission geordnet. Die Subdelegation der Rechtssetzungs-

⁷¹⁾ Bundesratsbeschluss über die Durchführung des mit Deutschland abgeschlossenen Abkommens über den deutsch-schweizerischen Verrechnungsverkehr vom 26. Juli 1934, abgeändert durch Bundesratsbeschlüsse vom 11. September 1934, 12. Dezember 1934, 19. Februar 1935 und ergänzt durch Beschluss vom 22. Juli 1936.

⁷²⁾ Bundesratsbeschluss über die Durchführung des schweizerisch-italienischen Abkommens vom 3. Dezember 1935, betreffend die Regelung des gegenseitigen Zahlungsverkehrs, und Bundesratsbeschluss über die Regelung der Finanzforderungen im schweizerisch-italienischen Zahlungsverkehr vom 17. April 1936.

⁷³⁾ Bundesratsbeschluss über die Durchführung des schweizerisch-polnischen Abkommens vom 31. Dezember 1936 über die Regelung der kommerziellen Zahlungen.

⁷⁴⁾ Ergänzend sind die Bundesratsbeschlüsse zu erwähnen, die das Zwangsclearing gegenüber Italien, Spanien, Polen und Ungarn angeordnet haben, siehe supra bei N. 11/12, sowie N. 17, 25.

⁷⁵⁾ Ob eine Subdelegation verfassungsmässig zulässig ist, ist bestritten, dafür Burckhardt a. a. O. S. 666 Nr. 2, dagegen Fleiner a. a. O. S. 414.

kompetenz ist aber nicht nur an das Volkswirtschaftsdepartement, sondern auch an dessen Handelsabteilung, an die Oberzolldirektion, ja selbst an die Schweizerische Verrechnungsstelle erfolgt⁷⁵). So hat der Bundesratsbeschluss vom 28. Juni 1935 die Handelsabteilung ermächtigt, die für die Erteilung von Clearingzertifikaten und Clearingkontingentzertifikaten massgebenden Bestimmungen aufzustellen, und in Ausführung dieser Bestimmungen sind eine ganze Reihe von sogenannten Verfügungen der Handelsabteilung ergangen. Der Bundesratsbeschluss vom 14. Januar 1932 hat die Oberzolldirektion ermächtigt, die erforderlichen Massnahmen anzuordnen, um bei der Sicherstellung der Einzahlungen der Warenschuldner mitzuwirken. Der Bundesratsbeschluss vom 12. Dezember 1934 hat die Verrechnungsstelle ermächtigt, über die Ausführung einer Bestimmung die notwendigen Weisungen zu erlassen. Dazu kommt, dass auch das Volkswirtschaftsdepartement, selbständig und ohne bundesrätliche Ermächtigung, die auf Grund der Subdelegation erhaltenen Kompetenzen zur Rechtssetzung durch eine zweite Subdelegation der Handelsabteilung übertragen hat⁷⁵). So ist diese durch Verfügung des Volkswirtschaftsdepartements vom 6. Juni 1935 ermächtigt worden, für einzelne Waren die Zulassungsbedingungen zum Clearingverkehr festzusetzen. Daraus ergibt sich eine beinahe unübersichtliche Fülle von Rechtsvorschriften, und es tritt damit nicht nur der freiwillige Ausschluss der Bundesversammlung von der Gesetzgebung auf diesem Gebiete in Erscheinung, sondern als besonders typisches Merkmal der Entwicklung zum autoritären Bundesstaatsrecht die Tatsache, dass die Rechtssetzung ausser durch den Bundesrat in weitgehendem Umfang auch durch die Bundesbureaukratie erfolgt⁷⁶).

Die Bundesratsbeschlüsse sowie die sogenannten Verfügungen der untergeordneten Amtsstellen qualifizieren sich als gesetzesvertretende oder ausführende Verord-

⁷⁶) Vgl. Giacometti a. a. O. S. 66 ff.

nungen. Sie weisen, wie dies öfters bei Verordnungen der Bundesbehörden der Fall ist, Vorschriften von verschiedenem materiellem Charakter auf. Sie enthalten nur zum geringen Teil Verwaltungsvorschriften und qualifizieren sich insoweit als Verwaltungsverordnungen, so z. B. die Vorschrift über die Verpflichtung der Zollämter zur Einsendung der Zolldeklarationen an die Nationalbank, oder die Vorschrift, dass die Handelsabteilung des Eidg. Volkswirtschaftsdepartements die Aufsicht über die mit der Erteilung von Clearingzertifikaten beauftragte Stellen führen soll. In der Hauptsache stellen sie Rechtssätze auf, Gebote und Verbote, die das einzelne Rechtssubjekt verpflichten, z. B. die Verpflichtung von Personen und Firmen, die Waren aus Clearingländern einführen, die Zahlung an die Schweiz. Nationalbank zu leisten oder die Verpflichtung der Zollmeldepflichtigen, den Empfänger der Sendung auf der Zolldeklaration anzugeben. Soweit sie in dieser Weise Sätze des objektiven Rechts aufstellen, qualifizieren sie sich als Rechtsverordnungen. Ob aber eine Bestimmung tatsächlich objektives Recht erzeugt, beurteilt sich nach ihrem Zweck und Inhalt, somit nicht nach formellen, sondern nach materiellen Kriterien⁷⁷⁾. Diese Frage ist aber für die Erkenntnis der Rechtsverhältnisse des Clearings von wesentlicher Bedeutung. Sie kann nicht allgemein, sondern nur mit Bezug auf die einzelnen Bestimmungen und ihren jeweiligen Zusammenhang beurteilt werden.

IV. Gegenstand und Gliederung der Untersuchung.

Das schweizerische Clearingrecht hat so wenig wie das ausländische bis heute eine durchgreifende und umfassende wissenschaftliche Bearbeitung gefunden. Nur bestimmte Gruppen von Einzelfragen sind einer wissenschaftlichen Untersuchung unterzogen worden⁷⁸⁾. Auch

⁷⁷⁾ Vgl. Fleiner a. a. O. S. 415, Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, 8. Auflage 1928, S. 61 ff.

⁷⁸⁾ Die wissenschaftliche Behandlung des Clearingrechts setzte in der Schweiz mit den Aufsätzen von Kössler, Privat-

die Judikatur ist spärlich; sie hat nur zu einzelnen praktisch wichtigen Fragen Stellung nehmen müssen. Angesichts dieses Standes von Doktrin und Praxis kann es nicht Aufgabe dieser Untersuchung sein, eine vollständige und erschöpfende Darstellung des Clearingrechts zu geben, und es kann daher auch keine umfassende juristische Analyse der Clearingabkommen in Betracht kommen. Vielmehr bildet es Gegenstand dieser Untersuchung, die Einwirkung der neuen Rechtssätze des Clearingsrechts auf die vertraglichen Schuldverhältnisse zu untersuchen.

Zu diesem Zweck ist es zunächst notwendig, die Rechtsverhältnisse des Clearings in grundsätzlicher Weise abzuklären; denn diese durch das Clearingrecht geschaffenen Rechtsverhältnisse haben bis heute eine völlige Klärung nicht gefunden⁷⁹⁾. Ihre juristische Erkenntnis ist aber notwendige Voraussetzung für die Prüfung ihrer Wirkungen auf die privatrechtlichen Schuldverhältnisse. Dabei ist zunächst festzustellen, welches nach schweizerischem Recht der Geltungsbereich des Clearings ist, d. h. welche Schulden clearingpflichtig und welche Forderungen clearingberechtigt sind. Sodann ist der juristische Charakter des Clearings zu untersuchen und im Anschluss daran die Rechtsstellung des Clearingschuldners und des Clearinggläubigers zur Darstellung zu bringen. Daraus erst lässt sich grundsätzlich die Erkenntnis der Beziehungen

rechtsprobleme des schweizerisch-österreichischen Devisenclearings, 28 S.J.Z. 311 ff. und Wegelin, Privatrechtsprobleme der schweizerischen Devisenclearingabkommen, 29 S.J.Z. 374 ff. ein. Sie wurde fortgesetzt durch die beiden Vorträge von Vieli und Jaccard an der Versammlung der schweizerischen Vereinigung für internationales Recht vom 24. Mai 1934, die in der Druckschrift Nr. 32 der Vereinigung publiziert worden sind. Erst durch die Arbeit von Mettler (supra N. 40) und die Verhandlungen des schweizerischen Juristentages von 1936, vor allem durch das Referat von Rosset, ist die Abklärung der clearingrechtlichen Probleme in einem weitem Umfange erfolgt.

⁷⁹⁾ Mit den Rechtsverhältnissen des Clearings befasst sich am ausführlichsten Mettler a. a. O. S. 27 ff., 67 ff., dagegen sind sie im Referat von Rosset nur kurz behandelt.

zwischen den Rechtsverhältnissen des Clearings und den privatrechtlichen Schuldverhältnissen gewinnen.

Auf der Grundlage der durch die Untersuchung der Rechtsverhältnisse des Clearings gewonnenen Erkenntnis ist sodann festzustellen, welche Einwirkungen diese Rechtsverhältnisse auf die privatrechtlichen Beziehungen zwischen den vom Clearing betroffenen Gläubigern und Schuldnern ausüben⁸⁰⁾. Es handelt sich darum, in erster Linie zu prüfen, inwieweit der Abschluss und die inhaltliche Gestaltung von Schuldverträgen durch das Clearingrecht eine Umgestaltung erfahren, und inwieweit die Erfüllung, der Übergang und der Untergang von Forderungen, die dem Clearing unterworfen sind, durch das Clearingrecht beeinflusst wird. Dabei ist es auch hier notwendig, zunächst diese Einwirkung des Clearings in grundsätzlicher Weise zu behandeln. Erst im Anschluss daran ist zu den wichtigsten Einzelfragen Stellung zu nehmen.

Diese Überlegungen führen zu folgender Gliederung der nachfolgenden Untersuchung: In einem ersten Kapitel gelangen die Rechtsverhältnisse des Clearings zur Darstellung. In einem zweiten Kapitel wird die Prüfung des Einflusses des Clearings auf die vertraglichen Schuldverhältnisse durchgeführt. Dabei wird in erster Linie die Herausarbeitung der grundsätzlichen juristischen Gesichtspunkte, dagegen keine Vollständigkeit des Materials angestrebt.

⁸⁰⁾ Eingehend befasst sich damit das Referat von Rosset S. 230a ff., wobei aber mehr die Behandlung der Einzelfragen als die grundsätzliche Abklärung erfolgt ist. Mit einzelnen wenigen Fragen befasst sich auch die Arbeit von Mettler a. a. O. S. 91 ff. Wir beschränken uns daher auf die Behandlung der wichtigsten Einzelfragen, sowie derjenigen, bei denen wir zu einer andern Lösung oder auf anderem Wege zur selben Lösung wie die genannten Autoren gelangt sind.

I. Kapitel.

Die Rechtsverhältnisse des Clearings.

I. Der Geltungsbereich des schweizerischen Clearings.

Der Geltungsbereich des schweizerischen Clearings kann nicht generell bestimmt werden. Er richtet sich nach den Bestimmungen der mit den einzelnen Vertragsstaaten abgeschlossenen Clearingabkommen. Ob daher eine Schuld über das Clearing zu tilgen oder eine Forderung aus dem Clearing zu bezahlen ist, beurteilt sich nach den Rechtssätzen, die in den einzelnen Abkommen und den zu ihrer Durchführung erlassenen bundesrechtlichen Vorschriften Clearingpflicht und Clearingberechtigung ordnen. Dabei muss darauf hingewiesen werden, dass die Umschreibung des Geltungsbereichs, vor allem in den Abkommen, nicht in einer technisch-juristischen Weise erfolgt ist, wie überhaupt die Clearingabkommen die scharfe juristische Fassung vermissen lassen⁸¹⁾. Entsprechend dem wirtschaftlichen Zweck ist auch in der Regel eine wirtschaftliche Ausdrucksweise gebraucht worden, deren juristischer Sinn und deren Tragweite im Einzelfalle festgestellt werden muss.

Wenn auch der Geltungsbereich des Clearings mit den einzelnen Vertragsstaaten ausserordentlich verschieden gestaltet ist, so lassen sich doch in der Fülle der Erscheinungen drei typische Gruppen unterscheiden. Sie bestimmen sich nach dem Prinzip, auf dem das Clearing mit den Vertragsstaaten aufgebaut ist⁸²⁾. Daher richtet sich Clearingpflicht und Clearingberechtigung grundsätzlich nach dem System des Clearings, das den einzelnen Abkommen zugrunde gelegt worden ist, auch wenn im einzelnen Abweichungen festzustellen sind.

⁸¹⁾ Vgl. Rosset a. a. O. S. 219 ff., Mettler a. a. O. S. 132 ff.

⁸²⁾ Siehe supra Einleitung II, 3.

1. Das System des reinen Warenclearings.

Unter diesem System bestimmt sich der Geltungsbereich des Clearings ausschliesslich nach dem gegenseitigen Warenverkehr. Clearingpflichtig und clearingberechtigt sind grundsätzlich nur die sogenannten Warenforderungen⁸³⁾. So bestimmt z. B. das Abkommen mit Ungarn in Art. 2 folgendes: „Der Gegenwert nach der Schweiz eingeführter Waren ungarischen Ursprungs ist durch Erlag des Kaufpreises in Schweizerfranken auf ein Sammelkonto einzubezahlen, das bei der Schweiz. Nationalbank für die Ungarische Nationalbank geführt wird und die einzelnen Zahlungen zugunsten der ungarischen Gläubiger aufnimmt. Der Gegenwert von schweizerischen Warenlieferungen nach Ungarn wird bei Fälligkeit durch Erlag des Kaufpreises in Pengö auf ein Sammelkonto einbezahlt, das von der Ungarischen Nationalbank für die Schweiz. Nationalbank geführt wird, und die einzelnen Zahlungen zugunsten der schweizerischen Gläubiger aufnimmt.“ Grundsätzlich fallen daher unter diesem Clearingsystem unter das Clearing alle, aber auch nur die Forderungen aus Warenlieferungen.

a) Die Clearingpflicht knüpft sich an die wirtschaftliche Transaktion der entgeltlichen Einfuhr von Waren aus dem Vertragsstaat in die Schweiz. Wenn daher die Ware von einem in der Schweiz domizilierten Käufer nicht in die Schweiz eingeführt, sondern z. B. in einem Drittland verwertet wird, oder wenn es sich um einen unentgeltlichen Warenimport handelt, so entfällt die Clearingpflicht. Soweit diese aber besteht, fragt es sich, aus welchen Rechtsgeschäften die entstehenden Geldforderungen von ihr erfasst werden. Unter die Clearingpflicht fallen dabei in erster Linie die Forderungen aus Kaufverträgen aller Art, samt den vertraglich oder ge-

⁸³⁾ Dabei ist der Terminus Forderung nicht im technisch-juristischen Sinne als Anspruch des Gläubigers aus einem Schuldverhältnis zu verstehen, sondern im engeren Sinne als Geldforderung, die sich aus dem gegenseitigen Warenverkehr ergibt.

setzunglich geschuldeten Zins- und Kursdifferenzforderungen⁸⁴). Dazu kommen die Forderungen aus Werkvertrag, indem Art. 2 Absatz 2 des Bundesratsbeschlusses vom 14. Januar 1932 ausdrücklich der Clearingpflicht unterworfen hat „die Bezahlung von Beträgen, die Personen und Firmen in der Schweiz für die Bearbeitung oder Umarbeitung von Waren“ in den Vertragsstaaten schulden. Aus dem Zweckgedanken dieses Clearingsystems folgt weiterhin, dass clearingpflichtig auch alle andern Forderungen aus dem Warenverkehr sind, die sich aus der Vermittlung, dem Umsatz, der Spedition ergeben⁸⁵). Es fallen daher unter die Clearingpflicht auch jene Forderungen ausländischer Gläubiger, die aus Kommissions- und Agenturvertrag, aus Fracht- und Speditionsvertrag entstehen⁸⁶). In einzelnen, neueren Abkommen ist der

⁸⁴) Die sog. Kompensationsgeschäfte sind im Zweifel als Doppelkauf zu betrachten. Die beiden Geldforderungen unterliegen der Clearingpflicht, und ihre Verrechnung ist nur mit Bewilligung der Verrechnungsstellen der beiden Länder zulässig. Liegt dagegen ein Tausch vor, so entsteht keine Clearingpflicht. Siehe infra S. 557a/558a.

⁸⁵) So ist z. B. in der Wegleitung der Schweizerischen Verrechnungsstelle bezüglich des Clearings mit Ungarn unter Ziff. 3 folgendes ausgeführt: „Clearingpflichtig sind ebenfalls alle mit dem Einkauf, der Manipulation, dem Versand sowie mit der Bearbeitung oder Umarbeitung von Waren in Ungarn verbundenen Auslagen (Zufuhrspesen, ungarische Frachten, Ausfuhrzölle, Zwischenhandelsspesen, Provisionen, Reisespesen in Ungarn, die mit dem Geschäftsverkehr in Verbindung stehen usw.) oder für sonstige Dienstleistungen nach diesen Staaten geschuldeten Zahlungen.“

⁸⁶) Durch Verfügung des Eidg. Volkswirtschaftsdepartements vom 8. Oktober 1934, betreffend die Einbeziehung von ausländischen Frachten in den Clearingverkehr, ist angeordnet worden, dass bei Warenimporten rumänischen, bulgarischen, jugoslawischen, griechischen und türkischen Ursprungs, welche auf dem direkten Bahnweg zur Einfuhr in die Schweiz gelangen, die Fracht vom Herkunftsort bis zur Schweizergrenze vom Versender zu zahlen und der Gegenwert der vom Versender in Rechnung zu stellenden Fracht bis zur Schweizergrenze durch das Clearing zu überweisen ist. Durch Weisung der Nationalbank vom Mai

Begriff der Warenforderungen auch ausdrücklich in diesem Sinne festgelegt, oder es ist bestimmt worden, dass auch die Nebenkosten des Warenverkehrs sowie die Ansprüche ausländischer Gläubiger aus Dienstleistungen unter das Clearing fallen⁸⁷⁾.

Wie bei der Zollpflicht⁸⁸⁾ besteht auch bei der Clearingpflicht keine Sachhaftung, vielmehr wird die Haftung einer natürlichen oder juristischen Person als Träger überbunden. Subjekt der Clearingpflicht ist die Person oder Firma, welche die Ware aus den Vertragsstaaten in die Schweiz einführt. Darunter ist in erster Linie zu verstehen

1934 wurden die schweizerischen Exporteure darauf aufmerksam gemacht, dass auch die Verkaufsprovisionen, die an Agenten, Kommissionäre, Reisende in den Vertragsstaaten geschuldet werden, clearingpflichtig sind, vgl. Mettler a. a. O. S. 31 N. 14.

⁸⁷⁾ In Art. 1 Absatz 2 des schweizerisch-bulgarischen Zahlungsabkommens ist festgelegt, dass die vorgesehene Zahlungsregelung auch Anwendung findet auf Nebenkosten des Warenverkehrs, sowie auf Ansprüche bulgarischer Gläubiger aus Dienstleistungen (beispielsweise Kommissionen, Provisionen, Gebühren, Honorare).

Noch umfassender ist die Regelung in Art. 9 des schweizerisch-italienischen Abkommens vom 3. Dezember 1935. Danach sind als Forderungen aus dem Warenverkehr oder den Nebenkosten des Warenverkehrs folgende zu betrachten: a) Ansprüche aus der Lieferung von Waren schweizerischen und italienischen Ursprungs, b) Ansprüche aus der Lieferung elektrischer Energie, c) Ansprüche aus dem schweizerisch-italienischen Veredlungs- und Reparaturverkehr, soweit die Kosten der Bearbeitung in Betracht fallen, d) Ansprüche aus Dienstleistungen in Verbindung mit dem schweizerisch-italienischen Warenverkehr (Kommissionen, Provisionen, Auslagen von Handelsreisenden, Transportkosten, Zölle, Honorare, Gehälter, Saläre, Ruhegehälter an Vertreter, Angestellte und Arbeiter, Patentgebühren und ähnliche Leistungen, e) Ansprüche auf Zinsen und Kursdifferenzen im Warenverkehr, f) Ansprüche aus dem Gebiete des geistigen Eigentums (Autorrechte, Lizenzen), g) Ansprüche aus Generalunkosten, welche schweizerischen oder italienischen Firmen aus der Ausbeutung von Unternehmen im andern Lande entstehen, h) Ansprüche aus Gewinnen auf Handelsgeschäften, welche von in der Schweiz und Italien domizilierten Firmen im andern Lande erzielt werden.

⁸⁸⁾ Vgl. Blumenstein, Grundzüge des schweizerischen Zollrechts 1931, S. 13.

der auf der Zolldeklaration genannte Empfänger von Waren in der Schweiz⁸⁹⁾. Falls dieser nicht mit dem Kontingentsberechtigten identisch ist, der kraft öffentlicher Auflage zur Zahlung in das Clearing ebenfalls verpflichtet ist, haften beide solidarisch. Wenn die Einfuhr nicht für Rechnung des auf der Zolldeklaration genannten Empfängers geht, so ist dieser zur Mitteilung des eigentlichen Importeurs an die Verrechnungsstelle verpflichtet. Stellt diese die Richtigkeit einer solchen Mitteilung durch Richtigbefundanzeige fest, so geht die Clearingpflicht auf den letzteren über; aber bis zu diesem Verwaltungsakt der Verrechnungsstelle bleibt der auf der Zolldeklaration genannte Empfänger haftbar. Wenn der eigentliche Importeur seinen Wohnsitz im Ausland hat, so lehnt die Verrechnungsstelle eine Sukzession in die Clearingpflicht ab, und es bleibt der in der Schweiz domizilierte Empfänger allein haftbar⁹⁰⁾.

Das Subjekt der Clearingpflicht bestimmt sich daher einzig und allein nach der wirtschaftlichen Transaktion der Einfuhr von Waren aus dem Vertragsstaat in die Schweiz. Es kommt nicht an auf die Person von Verkäufer oder Käufer, weder auf ihre Nationalität⁹¹⁾ noch

⁸⁹⁾ Bundesratsbeschluss vom 14. Januar 1932, Art. 2, 4.

⁹⁰⁾ Vgl. Wegleitung der Schweizerischen Verrechnungsstelle über den Clearingverkehr mit Ungarn Ziff. 5, 9, 11; Mettler a. a. O. S. 59 ff. Analog die Wegleitung der Verrechnungsstelle für den Clearingverkehr mit den übrigen Vertragsstaaten, der auf dem Prinzip des Waren-Clearings beruht, vgl. z. B. Wegleitung über den Clearingverkehr mit Chile, Ziff. 4, 8.

⁹¹⁾ In der französischen Doktrin ist vereinzelt die Meinung vertreten worden, dass die in Frankreich domizilierten Angehörigen fremder Staaten nicht unter das französische Clearing fallen, vgl. Archambeault, *Les avoirs français à l'étranger et les offices du compensation*, 1932, S. 38 ff., aber diese Meinung ist vereinzelt geblieben. Mit Recht wird von Jolly a. a. O. S. 46 zur Begründung des gegenteiligen Standpunktes auf folgendes hingewiesen: „un seul fait entre en ligne de compte: l'opération matérielle d'importation de marchandises en provenance d'un pays auquel s'applique la procédure de compensation et sans qu'il y ait

auf ihr tatsächliches oder rechtliches Domizil. Entscheidend allein ist, dass „die Voraussetzung eines Exportes aus dem einen Vertragsland in das andere zutrifft und die betreffende Ware nach den Bestimmungen des Abkommens der Clearingpflicht unterstellt ist“⁹²⁾. Daraus ergibt sich positiv die Folgerung, dass die Clearingpflicht den schweizerischen Empfänger auch dann trifft, wenn die Einfuhr auf dem Wege über ein Drittland stattgefunden hat, oder wenn der Verkäufer oder Versender sein Domizil in einem Drittland hat⁹³⁾. „Die Wahl einer derartigen Geschäftsabwicklung ist nicht geeignet, die Preiszahlung dem Verrechnungsverkehr zu entziehen“; denn „könnte bei derartigen Verträgen der Kaufpreis dem Verkäufer direkt bezahlt werden, dann würde ein so grosser Teil der Einfuhr vom Clearing befreit, dass der damit erstrebte Zweck unmöglich erreicht werden könnte.“ Aus dem Grundsatz, dass sich die Clearingpflicht aus der Einfuhr von Waren, die ihren Ursprung im Vertragsland haben, ergibt, folgt negativ, dass die Clearingpflicht nicht besteht für sogenannte Transitwaren, d. h. für Waren, die nicht aus dem Vertragsstaat stammen, oder dort keine Verarbeitung erfahren haben, sondern lediglich aus demselben in die Schweiz eingeführt worden sind⁹⁴⁾.

lieu, en principe, de rechercher la nationalité de celui qui les introduit en France.”

⁹²⁾ EBG 60 I 172, vgl. ferner Mettler a. a. O. S. 32 ff., sowie die Wegleitung der Schweizerischen Verrechnungsstelle für das Clearing mit Ungarn, Ziff. 2.

⁹³⁾ Vgl. EBG 60 I 171/72, 62 I 198. In diesem Falle wird den schweizerischen Importeuren gestattet, den Zwischengewinn und die Speditionskosten dem Verkäufer im Drittland direkt zu bezahlen, sodass nur der Kaufpreis im Ursprungsland dem Clearing unterliegt, EBG 60 I 172/73.

⁹⁴⁾ Vgl. z. B. Wegleitung der Schweizerischen Verrechnungsstelle für das Clearing mit Ungarn, Ziff. 2 Absatz 2 und 3: „Massgebend zur Beurteilung der Clearingpflicht einer Ware ist ausschliesslich der Ursprung derselben. Für Waren ungarischen Ursprungs gelten alle Waren, die in diesem Lande produziert oder verarbeitet worden sind, selbst wenn sie in einem Drittland

b) Die Clearingberechtigung bestimmt sich unter diesem System, falls keine Ausnahmen ausdrücklich vorgesehen sind, nach denselben Grundsätzen. Befriedigt werden grundsätzlich aus dem Clearing nur „Forderungen aus dem Export von Waren, deren schweizerische Herkunft durch ein schweizerisches Ursprungszeugnis nachgewiesen wird“⁹⁵⁾. Aber diese Regel gilt im schweizerischen Clearing nur mit gewissen Einschränkungen auf der einen Seite und gewissen Erweiterungen auf der andern Seite^{95a)}.

Es hat sich einmal als notwendig herausgestellt, den Export nach gewissen Vertragsstaaten zu drosseln, um das Anwachsen eines Clearingpassivums zu vermeiden. Zu diesem Zwecke hat der Bundesratsbeschluss vom 28. Juni 1935 die Clearingberechtigung von Forderungen aus dem Warenverkehr vom Nachweis des schweizerischen Ursprungs oder der Kontingentsberechtigung abhängig gemacht. Die Handelsabteilung des Eidg. Volkswirtschaftsdepartements verfügt, für welche Waren oder Warengruppen die Auszahlung auf bestimmte Kontingente beschränkt wird (Art. 1). Sie ist weiterhin ermächtigt, die für die Erteilung von Clearingzertifikaten und Clearing-

verzollt oder einer wertmässig nicht stark ins Gewicht fallenden Bearbeitung unterworfen wurden.“ Dadurch wird die Clearingpflicht demnach auch auf Waren erstreckt, die zwar ihren Ursprung im Vertragsstaat haben, aber bereits ausserhalb desselben eine unwesentliche Bearbeitung erfahren haben. Die Schweizerische Verrechnungsstelle bestimmt in diesem Falle die Clearingpflicht nach freiem Ermessen.

⁹⁵⁾ Schweizerisch-ungarisches Abkommen vom 9. März 1935, Art. VI 2, schweizerisch-türkisches Abkommen vom 29. Dezember 1933, Art. VI 2, schweizerisch-jugoslawisches Abkommen vom 21. April 1932, Art. III 1.

^{95a)} Bei den Abkommen, die auf dem System des reinen Warenclearings beruhen, wurde keine Ausscheidung vorgenommen zwischen „alten“ und „neuen“ Warenforderungen; beide sind in derselben Weise clearingberechtigt, vgl. schweizerisch-ungarisches Abkommen, Art. III 3, schweizerisch-jugoslawisches Abkommen, Art. VI 1, über die anderweitige Festsetzung unter dem System des gemischten Clearings siehe *infra* N. 104.

kontingentszertifikaten massgebenden Bestimmungen aufzustellen, und sie kann anordnen, dass für einzelne Waren Clearingzertifikate nur für bestimmte Höchstmengen ausgestellt werden dürfen (Art. 3)⁹⁶⁾. Durch eine Reihe von Verfügungen ist auf diese Weise der Kreis der clearingberechtigten Warenforderungen stark beschränkt worden⁹⁷⁾.

Auf der anderen Seite hat sich aber auch eine Erweiterung der Clearingberechtigung als notwendig erwiesen, indem auch Forderungen aus der Lieferung von Waren nicht schweizerischen Ursprungs, die aus der Schweiz nach den Vertragsstaaten gemacht werden, in den Abkommen Berücksichtigung gefunden haben. Diese Bestimmungen verfolgen den Zweck, den Transithandel schweizerischer Exporteure in beschränktem Umfang mit Rücksicht auf seine volkswirtschaftliche Bedeutung aufrechtzuerhalten⁹⁸⁾. Daher sind die Forderungen aus der Lieferung von sogenannten Transitwaren durch die Abkommen teils im Rahmen einer kleinen prozentualen

⁹⁶⁾ Zur Begründung dieser Massnahme hat der XI. Bericht des Bundesrates vom 10. September 1935 S. 4 ff. folgendes ausgeführt: „Im Verkehr mit den meisten Ländern, mit denen Zahlungsabkommen bestehen, wurden die Mittel, welche für die Zahlung des schweizerischen Exportes zur Verfügung standen, knapper. Der neue Beschluss bezweckt, die zur Verfügung stehenden Mittel mehr als bisher der eigentlichen schweizerischen Exportproduktion vorzubehalten, unter Ausschluss fremder Waren, welche in der Schweiz nur eine geringfügige Bearbeitung erfahren haben. Es bedurfte dazu einer strengern Kontrolle des schweizerischen Ursprungs der zum Zahlungsverkehr mit den verschiedenen Ländern zuzulassenden Warenausfuhr. Im Verkehr mit einzelnen Waren nach bestimmten Ländern war überdies noch eine gewisse Regelung der Zulassung auch der schweizerischen Waren zum Zahlungsverkehr nötig geworden.“

⁹⁷⁾ Vgl. z. B. Verfügung der Handelsabteilung des E. V. D. betr. Clearing-Kontingentszertifikate im Zahlungsverkehr mit Ungarn vom 28. Juni 1935, im Zahlungsverkehr mit Jugoslawien vom 26. November 1935.

⁹⁸⁾ Vgl. Vieli a. a. O. S. 21 f.

Quote der Gesamteinzahlungen⁹⁹⁾, teils subsidiär clearingberechtigt¹⁰⁰⁾ erklärt worden^{100a)}. Soweit es sich um diese Forderungen handelt, knüpft sich die Clearingberechtigung an die Person des Exporteurs; sie hängt von seinem Domizil in der Schweiz ab, indem nur Forderungen Berücksichtigung finden sollen, die „aus kommerziellen Operationen von in der Schweiz domizilierten Handelsfirmen stammen“¹⁰¹⁾. Aus dem Zweckgedanken dieser Bestimmungen, die die Berücksichtigung des Transit handels eingessener Exporteure vorsehen, folgt, dass die genannte Regel auch dann gilt, wenn sie im Clearingabkommen nicht ausdrücklich ausgesprochen ist¹⁰²⁾. Clearingberechtigt aus der Lieferung von Transitwaren sind daher nur jene, aber auch alle jene Firmen, die im schweizerischen Handelsregister eingetragen sind, sofern eine geschäftliche Niederlassung derselben in der Schweiz das Exportgeschäft getätigt hat¹⁰³⁾.

⁹⁹⁾ Nach dem Abkommen mit Ungarn vom 9. März 1935 werden im Rahmen einer Quote von 10 % auch Forderungen befriedigt aus dem Export von Waren, die von keinem schweizerischen Ursprungszeugnis begleitet sind, die aber aus kommerziellen Operationen von in der Schweiz domizilierten Handelsfirmen herrühren.

¹⁰⁰⁾ Nach dem Abkommen mit Jugoslawien vom 27. April 1932 soll ein verbleibender Saldo zur Abtragung von Verpflichtungen in der Schweiz verwendet werden, die nicht aus dem Import schweizerischer Waren herrühren.

^{100a)} Keine Berücksichtigung der Transitwaren aus dem Clearing sieht das schweizerisch-türkische Abkommen vom 29. Dezember 1933 vor. Es wird in Art. VI 1 desselben festgestellt, dass für Transitwaren die Exporteure direkte Zahlung verlangen können, wobei die Regelung der betreffenden Beträge nicht den Bestimmungen des Clearingabkommens untersteht.

¹⁰¹⁾ Schweizerisch-ungarisches Abkommen, Art. VI 2.

¹⁰²⁾ Schweizerisch-jugoslawisches Zusatzabkommen vom 2. November 1932, Art. II 1 lit. b.

¹⁰³⁾ Unter dem Regime der Zahlungsabkommen, wie es mit Bulgarien abgeschlossen worden ist (siehe supra N. 30, 33), ist für den schweizerischen Schuldner eine der Clearingpflicht analoge Einzahlungspflicht vorgesehen. Nach Art. 1 desselben ist

2. Das System des gemischten Clearings.

Dieses erscheint im schweizerischen Clearing in der einseitigen Weise, dass die Clearingpflicht grundsätzlich

der Gegenwert der in die Schweiz eingeführten Waren bulgarischen Ursprungs durch Erlag des Kaufpreises in Schweizerfranken auf ein Sammelkonto einzuzahlen, das bei der Schweiz. Nationalbank für die Bulgarische Nationalbank geführt wird, wobei diese Zahlungsregelung auch auf Nebenkosten des Warenverkehrs wie auf Ansprüche aus Dienstleistungen Anwendung findet; dagegen besteht keine Zahlungspflicht für Transitwaren. Aus dieser Regelung folgt, dass auch hier die Zahlungspflicht geknüpft ist an die wirtschaftliche Transaktion der Einfuhr Waren bulgarischen Ursprungs in die Schweiz.

Wie beim System des reinen Warenclearings ist auch unter dem Regime des Zahlungsabkommens eine Auszahlungsberechtigung nur dem Exporteur von Waren, die in der Schweiz produziert oder veredelt worden sind, und deren schweizerischer Ursprung durch ein Ursprungszeugnis nachgewiesen wird, die nach Bulgarien ausgeführt werden, eingeräumt. Aber die Auszahlungsberechtigung entsteht erst dann, wenn ein bulgarischer Importeur eine einem bulgarischen Exporteur zustehende Forderung gegenüber einem schweizerischen Warenschuldner durch Abtretung erworben hat, und diese Abtretung von der Bulgarischen Nationalbank und der schweizerischen Verrechnungsstelle genehmigt worden ist. Der Auszahlungsanspruch wird zur Zahlung fällig, wenn der bulgarische Schuldner den Gegenwert seiner Verpflichtung bei der Bulgarischen Nationalbank einbezahlt hat, der von dieser dem bulgarischen Gläubiger ausbezahlt wird. *Conditio juris* der Entstehung des Auszahlungsanspruchs ist daher der Bestand einer äquivalenten Schuld eines schweizerischen Schuldners gegenüber einem bulgarischen Gläubiger und die Abtretung der diesem zustehenden Forderung an den bulgarischen Importeur. Daraus ergibt sich eine starke Einschränkung des Kreises der auszahlungsberechtigten schweizerischen Forderungen. Nach der Wegleitung der schweizerischen Verrechnungsstelle wird auch die bulgarische Einfuhrbewilligung für den Export schweizerischer Waren erst nach Genehmigung einer erfolgten Kompensation erteilt.

Diese Regelung gilt jedoch nur für Warenlieferungen, die nach dem Inkrafttreten des Abkommens, d. h. nach dem 1. Januar 1937, in Bulgarien eingeführt werden. Für die Zahlungen von Waren, die vorher eingeführt worden sind, bleiben die Regeln des Clearingabkommens vom 11. Juli 1936 bestehen.

auf die Forderungen aus dem Warenverkehr beschränkt bleibt, dass dagegen der Clearingberechtigung nicht nur die, unter dem System des reinen Warenclearings berechtigten Forderungen teilhaftig werden, sondern auch Forderungen, die sich nicht aus dem Warenverkehr ergeben.

a) Die Clearingpflicht beschränkt sich, wie unter dem System des reinen Warenclearings, auf jene Forderungen, die sich aus dem Warenverkehr ergeben. Clearingpflichtig sind daher nur jene, aber auch alle jene Forderungen, die den Gläubigern in den Vertragsstaaten gegenüber schweizerischen Schuldern zustehen und sich aus der direkten oder indirekten Einfuhr in die Schweiz ergeben. Hier spielt weder die Person des Verkäufers und des Käufers, noch ihre Nationalität oder ihr Domizil eine Rolle. Subjekt der Clearingpflicht ist der schweizerische Empfänger einer Ware, die im Vertragsstaat ihren Ursprung hat oder verarbeitet worden ist und gegen Entgelt in die Schweiz geliefert wird.

b) Die Clearingberechtigung bestimmt sich dagegen, soweit die schweizerischen Gläubiger in Betracht fallen, nach andern Grundsätzen. Zwar steht auch hier im Vordergrund der Clearingberechtigung der Exporteur schweizerischer Waren nach dem Vertragsstaat. Für die Clearingberechtigung des Gläubigers aus der Lieferung schweizerischer Waren gelten dieselben Grundsätze¹⁰⁴⁾:

¹⁰⁴⁾ Gerade mit Rücksicht auf die Zulassung anderer als der sogenannten Warenforderungen zum Clearing sind die letzteren aufgeteilt worden in „alte“, d. h. vor dem Abschluss des Clearingabkommens entstandene oder fällige, und „neue“, die nach dem Abschluss desselben begründet oder fällig geworden sind, wobei dann die beiden Kategorien je zu einem bestimmten Prozentsatz berücksichtigt werden. So werden nach dem schweizerisch-griechischen Abkommen vom 13. März 1933 Art. VI 70 % der Einzahlungen zur Befriedigung der neuen schweizerischen Warenforderungen und 30 % zur Abwicklung derjenigen Forderungen verwendet, die beim Inkrafttreten des Abkommens bereits fällig waren; dabei werden die alten Forderungen ohne Unterschied der Herkunft der Waren berücksichtigt. Nach der Zusatzvereinbarung vom 23. März 1936 zum schweizerisch-rumänischen Ab-

Der schweizerische Exporteur, der ein Clearingzertifikat oder ein Clearingkontingentszertifikat erhalten hat, hat einen Anspruch darauf, aus den Einzahlungen der schweizerischen Importeure bezahlt zu werden¹⁰⁵). Ebenso sind die Exporteure von Transitwaren entweder subsidiär oder mit einer kleinen prozentualen Quote berücksichtigt¹⁰⁶).

Neben den Gläubigern schweizerischer Warenforderungen sind nun aber unter diesem System auch andere Gläubiger als clearingberechtigt erklärt worden, vor allem die sogenannten Finanzgläubiger, d. h. die Gläubiger von Forderungen aus dem Kapitalverkehr. Wenn nichts anderes ausdrücklich festgelegt ist, handelt es sich bei diesen weiteren clearingberechtigten Forderungen um alle jene Forderungen, die nicht clearingberechtigte Warenforderungen sind. Sie sind entweder mit einer bestimmten prozentualen Quote¹⁰⁷) oder nur subsidiär¹⁰⁸) am Clearing

kommen werden 66 % zur Abwicklung neuer schweizerischer Forderungen aus dem Warenverkehr und 1 % zur Befriedigung der alten Warenforderungen ohne Unterschied des Ursprungs der Waren verwendet. Auch im schweizerisch-chilenischen Abkommen vom 1. Juli 1934 ist eine verschiedene Berücksichtigung der alten und neuen Forderungen vorgesehen. Vgl. dazu Vieli a. a. O. S. 22 f.

¹⁰⁵) Kontingentszertifikate sind z. B. eingeführt worden im Verkehr mit Rumänien durch Verfügung der Handelsabteilung vom 8. April 1936.

¹⁰⁶) Vgl. schweizerisch-griechisches Abkommen, Art. VI 1 lit. b, schweizerisch-rumänisches Zusatzabkommen vom 23. März 1936, Art. II 2.

¹⁰⁷) Im schweizerisch-rumänischen Abkommen ist vorgesehen (Zusatzabkommen vom 23. März 1936, Art. II 4, 5), dass 5 % zur Bezahlung der von rumänischen Versicherungsgesellschaften geschuldeten Versicherungs- und Rückversicherungsprämien sowie der Forderungen schweizerischer Gläubiger, die nicht aus Warenlieferungen herrühren, und 15 % für die Zahlungen des rumänischen Staates, insbesondere für den Zinsendienst der öffentlichen Schuld, verwendet werden sollen.

¹⁰⁸) Nach Art. VII des schweizerisch-griechischen Abkommens werden die Überschüsse der Einzahlungen, die weder zur Zahlung alter noch neuer Warenforderungen erforderlich sind, zur Ver-

beteiligt. Die Abkommen sprechen dabei von schweizerischen Forderungen¹⁰⁹⁾ oder von Forderungen schweizerischer Gläubiger¹¹⁰⁾. Entscheidend für die Clearingberechtigung ist die Person des Gläubigers, und zwar ist dabei entsprechend dem Zweck der Abkommen nicht auf die Nationalität des Gläubigers, sondern auf sein Domizil oder seine geschäftliche Niederlassung abzustellen. Weil durch diese Bestimmungen erreicht werden soll, dass die in den Vertragsstaaten eingefrorenen Guthaben der schweizerischen Volkswirtschaft wieder zufließen, erscheint clearingberechtigt jeder in der Schweiz domizilierte Gläubiger, dessen Forderung einem von der Schweiz aus mit dem Vertragsstaat abgeschlossenen Rechtsgeschäft entstammt.

3. Das System des Totalclearings.

Grundsätzlich anders als unter dem System des reinen Warenclearings oder des gemischten Clearings ist die Regelung des Geltungsbereiches in denjenigen Clearingabkommen erfolgt, die auf dem Prinzip des Totalclearings beruhen. Dieses verfolgt den Zweck, den gesamten Zahlungsverkehr zwischen den Vertragsstaaten zu erfassen; auf diesen ist die Regelung von Clearingpflicht und Clearingberechtigung ausgerichtet.

a) Die Clearingpflicht. Gemäss Art. I des deutschschweizerischen Verrechnungsabkommens wird grundsätzlich „der gesamte Zahlungsverkehr zwischen Deutschland und der Schweiz durch Vermittlung der Deutschen Verrechnungskasse und der Schweiz. Nationalbank abgewickelt“. Demgemäss bestimmt Art. IV in der Fassung der ersten Zusatzvereinbarung, dass „sämtliche Verpflich-

fügung der Banque de Grèce gestellt, die sie zur Tilgung der schweizerischen Forderungen, welche nicht aus Warengeschäften herrühren, verwenden soll.

¹⁰⁹⁾ Schweizerisch-griechisches Abkommen Art. VII 2.

¹¹⁰⁾ Schweizerisch-rumänisches Abkommen Art. VII 5, Zusatzabkommen Art. II 4.

tungen schweizerischer Schuldner gegenüber deutschen Gläubigern aus dem Waren-, Reise- und Kapitalverkehr, insbesondere sämtliche Zahlungen, für aus Deutschland in die Schweiz eingeführte Waren“ im Verrechnungsverkehr zu erfüllen und daher clearingpflichtig sind. Die Ausnahmen von dieser grundsätzlichen Unterstellung aller Forderungen unter die Clearingpflicht sind im Abkommen selbst enumeriert¹¹¹⁾. Der Bundesratsbeschluss vom 22. Juli 1936 hat die Clearingpflicht dahin präzisiert, dass ihr unterstellt sind „die Verpflichtungen in der Schweiz domizilierter Schuldner gegenüber in Deutschland domizilierten Gläubigern“. Analog ist die Regelung im schweizerisch-italienischen Abkommen und dem ausführenden Bundesratsbeschluss vom 9. Dezember 1935¹¹²⁾ sowie im

¹¹¹⁾ Gemäss der Zusatzvereinbarung vom 6. Juli 1936 (entsprechend Bundesratsbeschluss vom 22. Juli 1936, Art. I letzter Absatz) sind von der Clearingpflicht ausgenommen: a) Zahlungen für Verpflichtungen, die mit Genehmigung einer deutschen Devisenstelle und der schweizerischen Verrechnungsstelle durch Zahlungen aus einem Ausländer-Sonderkonto oder durch private Verrechnung getilgt worden sind. b) Zahlungen im kleinen Grenzverkehr. c) Zahlungen der schweizerischen Postverwaltung und der SBB., soweit sie im Verrechnungswege getilgt werden. d) Kapitalzahlungen, einschliesslich des Erlöses aus dem Verkauf von Wertpapieren. e) Zahlungen für Rechnung von nicht in der Schweiz domizilierten Firmen, die sich nicht auf einen Import deutscher Waren beziehen. f) Zahlungen im deutsch-schweizerischen Versicherungsverkehr. g) Zahlungen für nichtdeutsche Waren sowie Zahlungen für Seefrachten. h) Zahlungen, die von der Einzahlungspflicht befreit werden.

¹¹²⁾ Im schweizerisch-italienischen Abkommen vom 3. Dezember 1935 bestimmt Art. 2, dass sämtliche Verbindlichkeiten von in der Schweiz domizilierten Schuldnern gegenüber Gläubigern, die in Italien oder in den der italienischen Staatshoheit unterstellten Gebieten domiziliert sind, einschliesslich solcher Verbindlichkeiten, die bei Inkrafttreten des Abkommens fällig, aber noch nicht beglichen sind, durch Einzahlung bei der Schweiz. Nationalbank erfüllt werden müssen, wobei die Zahlungen dem Sammelkonto des Istituto Nazionale per i cambi con l'estero gutgeschrieben werden. Die Ausnahmen von der Clearingpflicht sind in Art. 10 des Abkommens aufgeführt. Der Bundesbeschluss vom 9. De-

Bundesratsbeschluss, der das Zwangsclearing gegenüber Spanien angeordnet hat¹¹³). Das entscheidende Kriterium für die Clearingpflicht bildet daher das Domizil von Schuldner und Gläubiger. Es wird nicht mehr abgestellt auf den Charakter der Forderung, die zwischen den Angehörigen der Vertragsstaaten besteht, sondern darauf, ob die beteiligten Personen in den Vertragsstaaten ihren Wohnsitz haben. Dies gilt sowohl hinsichtlich der natürlichen wie der juristischen Personen. Dabei bildet es nur eine folgerichtige Durchführung der Unterstellung des gesamten Zahlungsverkehrs unter das Clearing, wenn auch jene Zahlungen von in der Schweiz domizilierten Personen an in den Vertragsstaaten domizilierte Personen clearingpflichtig erklärt werden, die ohne rechtliche Verbindlichkeit geleistet werden¹¹⁴).

Eine Durchbrechung des Grundsatzes, dass ausschliesslich auf das Domizil der beteiligten Personen abgestellt wird, liegt in der bundesrechtlichen Bestimmung, dass auch die Zahlungen für in die Schweiz eingeführte Waren deutschen, italienischen und spanischen Ursprungs, die über ein Drittland oder durch einen in einem Drittland

zember 1935 wiederholt diese Bestimmungen in den Artikeln 1 und 2.

¹¹³) Art. 1 des Bundesratsbeschlusses vom 14. Juli 1936 erklärt, dass sämtliche Zahlungen, die von in der Schweiz domizilierten natürlichen oder juristischen Personen direkt oder indirekt an in Spanien domizilierte natürliche oder juristische Personen geleistet werden, nur durch Einzahlung an die Schweiz. Nationalbank erfolgen dürfen.

¹¹⁴) Im Bundesratsbeschluss vom 22. Juli 1936, Art. 1 Absatz 4, ist ausdrücklich vorgesehen, dass durch das Clearing auch „sämtliche Zahlungen in der Schweiz domizilierter Personen an in Deutschland domizilierte Personen zu überweisen sind, die nicht auf einer Verpflichtung beruhen“. Bezüglich des Clearings mit Italien und Spanien ergibt sich diese Folgerung implicite aus der Fassung der Bundesratsbeschlüsse vom 9. Dezember 1935 und 14. Juli 1936, die „sämtliche Zahlungen“ und nicht nur die Erfüllung sämtlicher Verbindlichkeiten als clearingpflichtig erklären.

domizilierten Zwischenhändler eingeführt werden, ebenfalls der Clearingpflicht unterworfen sind¹¹⁵⁾). Darin liegt eine Erweiterung der Clearingpflicht, indem sich diese auch auf alle jene Forderungen erstreckt, die sich an die Lieferung von Waren, die ihren Ursprung im Vertragsstaat haben, knüpfen. Clearingpflichtig sind daher alle Forderungen aus Warenlieferungen von Exporteuren des Vertragsstaates, aber nur wenn es sich um im Vertragsstaat erzeugte oder verarbeitete Waren handelt¹¹⁶⁾, sowie die Forderungen aus der Lieferung von Waren deutschen, italienischen, spanischen Ursprungs, die von einem Verkäufer geliefert werden, der selbst in einem Drittland wohnt und seinerseits die Waren aus dem Vertragsstaat beschafft, um sie dann in die Schweiz gelangen zu lassen¹¹⁷⁾. Um die Clearingpflicht möglichst umfassend zu gestalten, liegt hier beim Warenverkehr eine Kombination jener Kriterien vor, die beim Totalclearing einerseits und beim reinen Warenclearing andererseits die Clearingpflicht bestimmen.

b) Die Clearingberechtigung bestimmt sich nach dem Domizil des Gläubigers. So stehen, nach Art. 5 des Bundesratsbeschlusses über den Zahlungsverkehr mit Spanien vom 14. Juli 1936, die von den schweizerischen Schuldnern bei der Schweiz. Nationalbank einbezahlten

¹¹⁵⁾ Bundesratsbeschluss vom 27. April 1934 Art. 2, vom 9. Dezember 1935 Art. 3, vom 14. Juni 1936 Art. 1.

¹¹⁶⁾ Gemäss Art. IV 1, lit. g des deutsch-schweizerischen Verrechnungsabkommens sind Zahlungen für nichtdeutsche Waren ausdrücklich von der Clearingpflicht ausgenommen, ebenso nach Art. 10 lit. a des schweizerisch-italienischen Abkommens. Auch nach Art. 1 des Bundesratsbeschlusses vom 14. Juli 1936 sind nur Zahlungen für Waren spanischen Ursprungs clearingpflichtig.

¹¹⁷⁾ Im Falle EBG 62 I 196 ff. handelte es sich darum, dass der in der Schweiz domizilierte Schuldner deutsche Waren teils aus Deutschland selbst bezog, teils sich durch einen in Wien ansässigen Grosskaufmann liefern liess. Das Bundesgericht hat erklärt, dass auch in diesem Falle der schweizerische Bezüger zur Zahlung auf Verrechnungskonto gleich wie bei unmittelbarem Bezug aus Deutschland verpflichtet sei.

Beträge „ausschliesslich zur Verfügung der in der Schweiz domizilierten Gläubiger, die Forderungen an in Spanien domizilierte Schuldner haben“, wobei die Clearingberechtigung ohne Unterschied der verschiedenen Natur rechtlicher Verbindlichkeiten gegeben ist. Nach dem schweizerisch-italienischen Abkommen werden bestimmte Quoten für die Bezahlung der sogenannten Finanzforderungen einerseits und der übrigen Forderungen, einschliesslich der Forderungen aus dem Warenverkehr, andererseits verwendet, wobei eine genaue Abgrenzung zwischen beiden Gruppen vorgenommen worden ist¹¹⁸⁾. Eine ähnliche Regelung hat die Clearingberechtigung im deutsch-schweizerischen Verrechnungsabkommen gefunden. Gemäss Art. 5 desselben in der Fassung der Zusatzvereinbarung III wird ein Teil der bei der Schweiz. Nationalbank zur Verfügung stehenden Guthaben verwendet für die Bezahlung von Waren schweizerischer Erzeugung oder solcher Waren, die in der Schweiz eine wesentliche Bearbeitung erfahren haben, sowie für Nebenkosten im Warenverkehr und verwandte Zahlungen, ein anderer Teil zur Zahlung der Kosten der Durchführung der Transferangebote und der Vermögenserträge schweizerischer Gläubiger¹¹⁹⁾.

¹¹⁸⁾ Art. 9 des schweizerisch-italienischen Abkommens bezeichnet als Finanzforderungen „Ansprüche auf Zinsen, Dividenden und andere regelmässig wiederkehrende Leistungen aus Kapitalanlagen“. Die Forderungen aus dem Warenverkehr sind exemplifikativ aufgezählt (siehe supra N. 87). Für die Finanzforderungen ist eine Quote von 20 % der Einzahlungen bestimmt, für die Bezahlung von Guthaben aus dem Warenverkehr oder aus Nebenkosten des Warenverkehrs, „sowie für alle andern Zahlungen, welche in diesem Abkommen nicht von der Überweisung ausgeschlossen werden“, eine Quote von 80 %.

¹¹⁹⁾ Nach der Zusatzvereinbarung III wird zunächst monatlich ein Betrag von 18,8 Millionen Franken ausgeschieden, von dem 14,5 Millionen für die Bezahlung der Forderungen aus dem Warenverkehr verwendet werden, während der Rest von 4,3 Millionen der Deutschen Verrechnungskasse auf freies Konto gutgeschrieben wird. Von dem über 18,8 Millionen verbleibenden Überschuss werden 90 % zur Deckung der Finanzforderungen

Sowohl nach dem Abkommen mit Deutschland wie nach dem Abkommen mit Italien werden als clearingberechtigte Finanzforderungen lediglich die Forderungen auf Kapitalerträge, wie Zinsen, Dividenden etc., behandelt¹²⁰⁾, nicht dagegen die Kapitalforderungen selbst¹²¹⁾.

verwendet und 10 % wiederum der Deutschen Verrechnungskasse zur freien Verfügung gestellt.

¹²⁰⁾ Das schweizerisch-italienische Abkommen vom 3. Dezember 1935 umschreibt in Art. 9, Ziff. 1 die Finanzforderungen in diesem Sinne (siehe supra N. 118). Diese Umschreibung ist präzisiert in Art. 1 des Abkommens vom 3. April 1936, und zwar dahin, dass als solche Zahlungen zu betrachten sind „alle Nettoerträge aus Kapitalien, die vor dem 10. Dezember 1935 in Italien angelegt wurden, wie z. B. Zinsen, Dividenden, Gewinnanteile aus Kollektiv- oder Kommanditgesellschaften, Hypothekarzinsen und Grundrenten.“ Nach Art. 6 werden auch die Erträge aus, durch einen in der Schweiz domizilierten Gläubiger gemachten Kapitalanlagen, welche eine Wiederanlage von vor dem 10. Dezember 1935 in Italien placierten Kapitalien darstellen, als clearingberechtigt anerkannt. Dies gilt auch von Anlagen, die aus nicht transferierbaren Erträgen gemacht werden.

Nach der Zusatzvereinbarung III zum schweizerisch-deutschen Verrechnungsabkommen sind nur jene Vermögenserträge schweizerischer Gläubiger clearingberechtigt, die unter das deutsche Gesetz über die Regelung der Zahlungsverbindlichkeiten vom 9. Juni 1933 fallen. Diesem Gesetz sind nach § 1 unterworfen Zinsen, Gewinnanteile und regelmässige Tilgungsbeträge, ferner Mietzinsen, Pachtzinsen und ähnliche regelmässig wiederkehrende Leistungen aus Guthaben, Krediten, Anleihen, Hypotheken, Grundschulden, Beteiligungen und andern Vermögensanlagen von Ausländern, soweit die Kapitalanlagen nicht aus Mitteln stammen, die nach dem 15. Juli 1931 in ausländischen Zahlungsmitteln oder freien Reichsmark nach Deutschland geflossen sind; vgl. Hartenstein, Devisennotrecht. S. 475 ff.

¹²¹⁾ Schweizerisch-italienisches Abkommen vom 3. Dezember 1935 Art. 10, lit. h, schweizerisch-deutsches Verrechnungsabkommen, Zusatzvereinbarung I, Art. III 5, lit. g.

Gemäss Art. 11 des schweizerisch-italienischen Abkommens vom 3. April 1936 kann bei Fälligkeit einer Kapitalforderung der schweizerische Gläubiger das Schuldverhältnis durch einseitige Erklärung verlängern oder aber die Zahlung des Betrages an eine Bank verlangen, der dann einem persönlichen oder einem Wieder-

Subjekt der Clearingberechtigung sind alle jene natürlichen Personen, Handelsgesellschaften und juristischen Personen, die ihr Domizil oder ihren Sitz in der Schweiz haben¹²²⁾. Weil grundsätzlich auf das Domizil des Gläubigers abgestellt wird, so ist auch der in der Schweiz domizilierte Ausländer anlagekonto gutgeschrieben wird, deren Verwendung im Abkommen selbst geregelt ist. Ein Transfer der Kapitalforderung ist nicht möglich.

¹²²⁾ Schweizerisch-italienisches Abkommen vom 3. Dezember 1935, Art. 9, Ziff. 1. In Art. 2 des Abkommens vom 3. April wird diese Vorschrift dahin präzisiert, dass als schweizerische Finanzgläubiger zu betrachten sind physische und juristische Personen sowie Handelsgesellschaften, die ihr Domizil oder ihren Sitz in der Schweiz haben und die vor dem 10. Dezember 1935 Eigentümer oder Nutzniesser italienischer Werttitel bzw. Gläubiger oder Nutzniesser von Finanzforderungen gegen die in Art. 3 des Abkommens vom 3. Dezember 1935 bezeichneten italienischen Schuldner waren. Dasselbe gilt für in der Schweiz domizilierte physische und juristische Personen sowie Handelsgesellschaften, welche seit dem 10. Dezember 1935 Titel oder Finanzforderungen zu Eigentum oder Nutzniessung erworben haben, welche an diesem Datum die vorstehenden Bedingungen erfüllten, vgl. dazu Rosset a. a. O. S. 22 a ff.

Das deutsche Gesetz über Zahlungsverbindlichkeiten gegenüber dem Ausland vom 9. Juni 1933, auf welches die Zusatzvereinbarung III verweist, regelt die Ansprüche von „Ausländern“ auf Vermögenserträge und bestimmt in § 7, dass Begriffsbestimmungen der Verordnung über die Devisenbewirtschaftung auch für dieses Gesetz gelten sollen. Nach § 6, Absatz 6, des Devisengesetzes werden als Ausländer Personen betrachtet, die im Ausland ihren Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt, Sitz oder Ort der Leitung haben, vgl. Hartenstein a. a. O. 67, 478, 495.

Sowohl unter der Herrschaft des deutsch-schweizerischen wie des schweizerisch-italienischen Abkommens wird die Clearingberechtigung der Finanzforderungen vom Nachweis des schweizerischen Eigentums, d. h. des einer in der Schweiz domizilierten Person zustehenden Rechts an der Kapitalforderung abhängig gemacht; schweizerisch-italienisches Abkommen vom 3. April 1936, Art. 2, Ziff. 2, Bundesratsbeschluss vom 17. April 1936, Art. 1, 2, Bundesratsbeschluss vom 23. Juli 1936, Art. 3. Damit soll verhindert werden, dass über das schweizerische Clearing die Finanzforderungen ausländischer Gläubiger geltend gemacht werden können.

clearingberechtigt. Bei juristischen Personen kann daher die umstrittene Frage ihrer Staatsangehörigkeit¹²³⁾ ausser Betracht fallen¹²⁴⁾. Daher widerspricht die Praxis der Verrechnungsstelle¹²⁵⁾, die sich auf das nicht publizierte

¹²³⁾ Statt vieler vgl. Schnitzer a. a. O. S. 149 ff., Gutzwiller, International-Privatrecht, im Sammelwerk, „Das gesamte deutsche Recht“, herausgegeben von Stammler, Bd. 1 S. 1627 ff.

¹²⁴⁾ A. M. Rosset a. a. O. S. 228a: „Il ne semble pas que l'on puisse se fonder uniquement sur le principe du domicile statutaire pour rechercher la nationalité de la Société." Er kommt dann aber zum Schluss „de n'exclure du bénéfice des clearings les sociétés financières et d'autres semblables qu'en cas d'abus". Das Ergebnis ist zutreffend, aber der Ausgangspunkt ist unrichtig. Es kommt nicht auf die Nationalität an, sondern einzig und allein darauf, ob eine Gesellschaft in der Schweiz domiziliert ist, wobei es ganz ähnlich wie bei der Anwendung der Sitztheorie im internationalen Privatrecht, vgl. Ammann, Die Entwicklung der Staatsangehörigkeit der Handelsgesellschaften, 1929, S. 16 ff., auf den tatsächlichen Sitz ankommt, von dem aus die Verwaltung geführt wird. Wenn nach schweizerischem Recht schon die Staatsangehörigkeit der AG. sich nach dem Ort ihrer Entstehung und ihres Sitzes bestimmt, und nicht nach der Nationalität der Aktionäre, vgl. EBG. 50 II 57, so ist um so unbedenklicher beim Clearing allein nur auf das Domizil abzustellen, weil es sich hier darum handelt, die Guthaben von in der Schweiz domizilierten Personen in die Schweiz hereinzubringen.

¹²⁵⁾ Das Zirkular der schweizerischen Verrechnungsstelle D 76 lautet: „Gemäss deutsch-schweizerischem Transferabkommen vom 17. April 1935 sind Holding- und Finanzgesellschaften nur dann berechtigt, ihre Vermögenserträge auf dem Wege des deutsch-schweizerischen Transferverkehrs zu beziehen und für ihren Titelbesitz schweizerische Affidavits zu erhalten, wenn das schweizerische Interesse an diesen Gesellschaften deren Teilnahme am Transferverkehr rechtfertigt. Zur Nachprüfung dieses schweizerischen Interesses ersuchen wir Sie, uns über Ihre Gesellschaft nachstehende Daten mitzuteilen, bzw. Unterlagen zu unterbreiten: 2. Verzeichnis der Aktionäre Ihrer Gesellschaft und der auf diese entfallenden Aktienanzahl, bzw. Mitteilung, von wem und in wessen Auftrag an der letzten Generalversammlung die Aktien Ihrer Gesellschaft vertreten worden sind, 3. Verzeichnis der Kreditoren Ihrer Gesellschaft und der diesen geschuldeten Beträgen, 8. Auskunft, ob die auf dem Transferwege bezogenen

Transferabkommen mit Deutschland vom 17. April 1935 stützt, nämlich von in der Schweiz domizilierten Aktiengesellschaften den Nachweis der schweizerischen Interessen zu verlangen, der Regelung des Clearingabkommens, das auf dem Domizilprinzip beruht¹²⁶). Eine Durchbrechung desselben bedeutet auch die singuläre Ausnahmebestimmung in Art. 3 des schweizerisch-italienischen Abkommens vom 3. April 1936, wonach im Einverständnis der Verrechnungsstellen beider Staaten die Forderungen von in der Schweiz domizilierten Holding- oder Finanzgesellschaften ganz oder teilweise vom Clearing ausgeschlossen werden können¹²⁷). Eine solche Bestimmung ist durchaus abzulehnen, weil damit das dem Clearing zugrunde liegende Prinzip selbst in Frage gestellt wird.

Hinsichtlich der clearingberechtigten Warenforderungen fragt es sich, wer Subjekt dieser Clearingberechtigung sein kann. Das schweizerisch-italienische Clearing-

Beträge für eigene Rechnung Ihrer Gesellschaft bestimmt sind oder nur treuhänderisch zur Weiterleitung oder Verteilung an Dritte in Empfang genommen werden, letzternfalls, wer sind diese Dritten?"

¹²⁶) Vgl. Wettstein, Die Nationalität der Aktiengesellschaft und das Clearing, VIII, Die Schweizerische Aktiengesellschaft, S. 123 ff.

¹²⁷) Art. 3 des Abkommens gibt die Begründung für diese Ausnahmebestimmung selbst an, indem er ausführt, dass die bei der Schweiz. Nationalbank einbezahlten Beträge der schweizerischen Volkswirtschaft zufließen sollen. Deshalb soll die Schweizerische Verrechnungsstelle das Recht haben, „zu überprüfen, inwieweit Beträge, die an in der Schweiz domizilierte Holding- und Finanzgesellschaften im Wege des Clearings ausbezahlt werden sollen, nicht zur Verwendung im Interesse der schweizerischen Volkswirtschaft bestimmt sind, und im Einvernehmen mit dem Istituto nazionale per i cambi con l'estero die Forderungen solcher Gesellschaften ganz oder teilweise vom Clearing auszuschliessen". Auch hier ist der Schweizerischen Verrechnungsstelle ein weiter Spielraum freien Ermessens eingeräumt. Rosset bemerkt a. a. O. S. 229a mit Recht, dass diese Bestimmung nur ein Prinzip aufstelle, und alles von seiner Anwendung durch die Schweizerische Verrechnungsstelle abhängen.

abkommen erklärt in Art. 8 Absatz 2, dass die überwiegende Quote der Einzahlungen Verwendung finden solle für die Bezahlung von Guthaben aus dem Warenverkehr, oder aus Nebenkosten des Warenverkehrs, und in Art. 9, dass als Forderungen aus dem Warenverkehr namentlich zu betrachten sind alle Ansprüche aus der Lieferung von Waren schweizerischen Ursprungs. Ähnlich wird in Art. V des schweizerisch-deutschen Verrechnungsabkommens (in der Fassung der Zusatzvereinbarung III) bestimmt, dass der grösste Teil der Einzahlungen verwendet werden soll für die Bezahlung von Waren schweizerischer Erzeugung oder solcher Waren, die in der Schweiz eine wesentliche Bearbeitung erfahren haben. Wenn man lediglich auf den schweizerischen Ursprung abstellen wollte, so würde sich daraus die Folge ergeben, dass auch der französische Zwischenhändler, der Waren von einem schweizerischen Fabrikanten bezieht und sie an einen in Deutschland oder Italien domizilierten Käufer verkauft, mit seiner Forderung am schweizerischen Clearing teilnahmeberechtigt wäre. Diese Konsequenz, die sicherlich nicht im Interesse der schweizerischen Volkswirtschaft liegt¹²⁸⁾, erscheint um so folgerichtiger, als man auf der andern Seite unter dem System des Totalclearings mit Italien und Deutschland auch jene Forderungen als clearingberechtigt erklärt hat, die sich aus der Lieferung italienischer oder deutscher Waren in die Schweiz durch einen französischen Zwischenhändler ergeben. Allein diese Folgerung verbietet sich gerade mit Rücksicht auf das Domizilprinzip, welches die Clearingberechtigung bestimmt. Durch das Clearing sollen ja nur die Verbindlichkeiten deutscher oder italienischer Schuldner gegenüber schweizerischen, d. h. in der Schweiz domizilierten Gläubigern erfüllt werden¹²⁹⁾. Mangels einer ausdrücklichen Bestimmung¹³⁰⁾

¹²⁸⁾ Vgl. Rosset a. a. O. S. 227a.

¹²⁹⁾ Deutsch-schweizerisches Verrechnungsabkommen Art. III Absatz 1 (in der Fassung der Zusatzvereinbarung I), schweizerisch-italienisches Clearingabkommen Art. III.

ist daher der ausländische Zwischenhändler, der den Verkauf schweizerischer Waren an die Vertragsstaaten vermittelt, nicht clearingberechtigt. Subjekt der Clearingberechtigung kann stets nur ein in der Schweiz domizilierter Gläubiger sein.

II. Der juristische Charakter des Clearings.

Nachdem der Kreis der clearingpflichtigen wie der clearingberechtigten Forderungen und ihrer Subjekte bestimmt ist, erhebt sich die Frage, welcher juristische Charakter dieser Regelung des Zahlungsverkehrs zukommt und wie sich die, durch diese Ordnung neu geschaffenen Rechtsverhältnisse qualifizieren. Was zunächst den juristischen Charakter des Clearings anlangt, so ist festzustellen, dass es eine Art kollektiver Verrechnung anstrebt, mit dem Ziel, einen devisenlosen Zahlungsverkehr zu ermöglichen. Diese kollektive Verrechnung wird möglich dadurch, dass der Staat die Forderungen ausländischer Gläubiger gegenüber schweizerischen Schuldern mit Beschlag belegt, ihre direkte Zahlung verhindert und ihre Zahlung an eine staatliche Stelle anordnet, die sie zugunsten der schweizerischen Clearinggläubiger verwendet. Diese Herrschaftsrechte sind durch die Rechtssätze der Clearingabkommen begründet und werden vom Staat kraft seiner Gebietshoheit ausgeübt, um die Interessen seiner Angehörigen, die Gläubiger von Schuldern der Vertragsstaaten sind, wahrzunehmen. Die Ausübung dieser Rechte und damit die Durchführung des Clearings hat er einem besonderen Träger öffentlicher Verwaltung übertragen.

¹³⁰⁾ Die Erstreckung der Clearingpflicht auf Forderungen, die durch die Einfuhr von Waren aus den Vertragsstaaten in die Schweiz entstehen, stellt eine Durchbrechung des Domizilprinzips dar, ist aber durch ausdrücklichen Rechtssatz angeordnet worden, siehe supra N. 115.

1. Die kollektive Verrechnung.

Die durch das Clearing bewirkte Verrechnung besteht darin, dass die Gesamtheit der auf das Verrechnungskonto der Schweiz. Nationalbank von schweizerischen Schuldnern zugunsten der Gläubiger in einem Vertragsstaate geleisteten Einzahlungen laufend verrechnet wird mit der Gesamtheit der in diesem Staate auf Verrechnungskonto zugunsten der schweizerischen Gläubiger geleisteten Einzahlungen. Es handelt sich daher im Effekt um die Verrechnung einer unbestimmten Vielheit von Forderungen, die den Gläubigern im Vertragsstaate zustehen, mit den Forderungen der Gläubiger im andern Vertragsstaate. Es soll damit vermieden werden, dass die von den schweizerischen Schuldnern geleisteten Zahlungen den ausländischen Gläubigern zufließen, ohne dass gleichzeitig die ausländischen Schuldner ihre schweizerischen Gläubiger befriedigen. Es handelt sich somit nicht um einen individuellen Vorgang, der durch die Ausübung eines privatrechtlichen Gestaltungsrechtes ausgelöst wird und gleichartige Forderungen zwischen zwei Personen vernichtet, wie sich die Verrechnung im Sinne von OR 120 darstellt¹³¹⁾, sondern um einen Vorgang kollektiver Art, der eine unbestimmte Vielheit von Forderungen zur Verrechnung bringt.

Diese kollektive Verrechnung erscheint damit dem bankmässigen Clearing von Land zu Land ähnlich, von dem sie auch die Bezeichnung übertragen erhalten hat. Das bankmässige Clearing will die effektive Übertragung von Zahlungsmitteln von Land zu Land vermeiden und lediglich die Clearingspitzen durch Überweisung zum Ausgleich bringen. Dieses Clearing berührt indessen in keiner Weise die Rechtsstellung der beteiligten Gläubiger und Schuldner. Die Bank handelt als Mandatar ihrer Klienten,

¹³¹⁾ Die clearingrechtliche Verrechnung hat daher mit der Verrechnung im Sinne von OR 120 nichts zu tun. Sie weist auch keine Analogien mit derselben auf, vgl. Jaccard, *De l'incidence juridique des accords de Clearing*, 1934, S. 39 ff.

die ihr den Zahlungsmodus überlassen haben, und sie wählt den Weg der kollektiven Verrechnung aller Forderungen, die ihren Kunden gegenüber den Schuldern im ausländischen Staate zustehen, mit den Forderungen, die die ausländische Bank namens der Gesamtheit ihrer Kunden den ersteren gegenüber geltend macht. Es liegt daher keine Verrechnung der Forderung eines inländischen Gläubigers mit derjenigen eines ausländischen vor. Die kollektive Verrechnung erfolgt auf Grund einer rechtsgeschäftlichen Vereinbarung zwischen der Bank des einen und der Bank des andern Landes. Die Bank ist dazu weder durch eine rechtsgeschäftliche Bindung gegenüber ihren Kunden, noch durch Rechtssatz verpflichtet¹³²⁾. Daraus ergibt sich, dass das bankmässige Clearing auf einer andern Rechtsgrundlage beruht und andere Wirkungen auslöst, als es beim Clearing der Verrechnungsabkommen der Fall ist.

Die kollektive Verrechnung einer unbestimmten Vielheit von Forderungen der Gläubiger zweier Vertragsstaaten ist im zwischenstaatlichen Verrechnungsverkehr durch Rechtssätze geordnet, die in den Clearingabkommen aufgestellt sind und daher die Vertragsstaaten selbst völkerrechtlich binden. Sie sind verpflichtet, diese Verrechnung vorzunehmen und durch ihre Gesetzgebung die Durchführung derselben sicherzustellen¹³³⁾. Zu diesem Zwecke müssen die Vertragsstaaten in die Rechtsstellung ihrer Angehörigen eingreifen, die Gläubiger oder Schuldner von Personen der andern Vertragsstaaten sind: die Schuldner werden zur Einzahlung an die staatlichen Verrechnungsstellen verpflichtet, die Gläubiger erhalten einen Auszahlungsanspruch gegenüber derselben. Die direkte Zahlung des inländischen Schuldners an den ausländischen

¹³²⁾ Vgl. Niboyet, Les récents accords du compensation, signés par la France, 20, *Revue pratique de législation et de jurisprudence du Tribunal de la Seine*, 1933, Nos X—XII—XIV. S. 75 ff.

¹³³⁾ Siehe *supra*, Einleitung III, 2.

Gläubiger wird verboten und dieses Verbot mit den staatlichen Machtmitteln durchgesetzt. Die Verrechnung selbst findet nicht zwischen den am Clearing beteiligten Privatpersonen statt, sondern zwischen den Verrechnungsstellen der Vertragsstaaten.

Das heutige zwischenstaatliche Clearing erscheint damit einem Institut nachgebildet, das bei Abschluss des Weltkrieges zur Liquidation der grossen Zahl privater Forderungen, die aus der Zeit vor dem Kriege stammten und zwischen den Angehörigen der verschiedenen kriegführenden Staaten begründet worden waren, geschaffen und mit letzter Konsequenz durchgeführt worden ist¹³⁴). Während sich aber beim Clearing der Friedensverträge die Vertragsstaaten ihren inländischen Gläubigern und Schuldnern substituierten¹³⁵), und daher das Rechtsverhältnis zwischen den inländischen Gläubigern und den ausländischen Schuldnern durch ein solches zwischen den Gläubigern bzw. Schuldnern und der Verrechnungsstelle eines Staates ersetzt wurde, lässt das heutige Clearing das privatrechtliche Schuldverhältnis in seinem Bestande grundsätzlich unberührt.

¹³⁴) Der Friedensvertrag von Versailles sah in Art. 296 dieses kollektive Clearing vor, wobei die Umrechnung der Forderungen nach den vor dem Kriege geltenden Wechselkursen stattfinden sollte. Die Vertragsstaaten erklärten sich grundsätzlich verantwortlich für die Bezahlung der gesamten Schulden ihrer Staatsangehörigen, und zwar bestand diese Verantwortlichkeit von Staat zu Staat, vgl. Jaccard a. a. O. S. 36 ff., Niboyet a. a. O. S. 77 ff.

¹³⁵) Diese Substitution wurde in § 14 der Anlage zu Art. 296 besonders deutlich bestätigt durch die Bestimmung, dass das Schuldneramt dem Gläubigeramt alle anerkannten Schulden gutschreiben musste, selbst wenn die Eintreibung bei den einzelnen Schuldnern unmöglich war, vgl. Niboyet a. a. O. S. 79. Mit Recht betont Jaccard a. a. O. S. 39, „que ce système de compensation internationale allait beaucoup plus loin que le système de Clearing des créances commerciales et empiétait plus largement sur le domaine des droits privés.“

2. Die Beschlagnahme und Einziehung der clearingpflichtigen Forderungen.

a) Die Regelung und Durchführung des Zahlungsverkehrs im Wege der kollektiven Verrechnung zwischen der Schweiz und einem ausländischen Staat setzt voraus, dass die Forderungen der Gläubiger in diesem Staate gegenüber schweizerischen Schuldern zugunsten der schweizerischen Gläubiger, denen Forderungen gegenüber Schuldnern im Vertragsstaate zustehen, verhaftet werden. Der Staat muss daher durch hoheitlichen Befehl die Forderungen der Gläubiger im Vertragsstaate gegenüber schweizerischen Schuldnern mit Beschlagnahme belegen. Mit Recht wird daher diese durch das Clearingrecht geschaffene Ordnung vom Bundesgericht als eine öffentlich-rechtliche Beschlagnahme der von ihr betroffenen Forderungen zugunsten der Gesamtheit der schweizerischen Gläubiger bezeichnet¹³⁶⁾. Dieses Recht zur Beschlagnahme ist durch ausdrücklichen Rechtssatz den beteiligten Staaten eingeräumt. Es steht ihnen kraft der Bestimmungen der Clearingabkommen zu¹³⁷⁾ und stützt sich gegenüber ihren

¹³⁶⁾ EBG. 61 III 207, 62 I 200, ferner das nicht publizierte Urteil des bundesgerichtlichen Kassationshofes in Sachen von Arx gegen Staatsanwaltschaft des Kantons Aargau vom 30. März 1936.

¹³⁷⁾ Während im allgemeinen der Eingriff in das Privateigentum der Angehörigen eines andern Staates als völkerrechtswidrige Handlung erscheint und den Staat zum Einschreiten veranlassen kann, weil damit sein Recht auf Achtung und unter Umständen das Recht auf Verkehr verletzt erscheint, vgl. statt vieler von Waldkirch, Völkerrecht, 1926, S. 212 ff., 214 ff., wird durch die Clearingabkommen das Beschlagnahmerecht beiden Parteien in gleicher Weise eingeräumt und damit durch völkerrechtlichen Vertrag selbst begründet. Demgegenüber ist das einseitige Zwangsclearing nur dann nicht völkerrechtswidrig, wenn es sich als Retorsionsmassnahme gegenüber den Zahlungsbeschränkungen und -verboten des ausländischen Staates darstellt (siehe supra N. 9), weil ja die Retorsion eine erlaubte Massnahme der Selbsthilfe ist, um die Aufhebung der von einem andern Staate angeordneten, unfreundlichen und unbilligen Massnahmen zu erzwingen, vgl. von Waldkirch a. a. O. S. 326 ff.

Untertanen auf die staatsrechtliche Wirkung derselben, sowie auf die entsprechenden landesrechtlichen Vorschriften.

Dieses durch das Clearingrecht geschaffene Institut der Beschlagnahme stellt, wie ähnliche Institute, die sich in verschiedenen Rechtsgebieten vorfinden, freilich ohne dass die technische Gesetzessprache sie meist mit diesem Ausdruck bezeichnet, eine durch staatlichen Befehl angeordnete Ingewaltnahme bestimmter Rechte dar¹³⁸⁾. Es handelt sich daher nicht nur um Zahlungsverbote, die der Staat im öffentlichen Interesse aufstellt, wie sie während des Krieges mit Bezug auf die Forderungen, die den Angehörigen feindlicher Staaten gegenüber den Angehörigen des eigenen Staates zustanden, angeordnet wurden¹³⁹⁾, vielmehr erfolgt eine Vinkulierung der Gesamtheit der Forderungen der Gläubiger im Vertragsstaate gegenüber ihren schweizerischen Schuldern zugunsten des Staates, bzw. einer staatlichen Stelle, um sie zur Befriedigung der Gesamtheit der clearingberechtigten schweizerischen Gläubiger zu verwenden. Wie der Staat bei ausserordentlichen wirtschaftlichen Umständen, insbesondere im Kriegsfall, als Mittel der Organisation der Rohstoff- und Lebensmittelversorgung seiner Einwohner die Gegenstände des täglichen Bedarfs beschlagnahmt, um den Eigentumserwerb des Staates vorzubereiten oder die Zuleitung dieser Gegenstände in die Hände derer, die sie im Interesse des Staates verwenden sollen¹⁴⁰⁾, so liegt in der clearingrechtlichen

¹³⁸⁾ Vgl. Mothes, Die Beschlagnahme, 1903, Mittermaier, Art. Beschlagnahme, Wörterbuch des deutschen Staats- und Verwaltungsrechts, 2. Auflage, 1911, Bd. II S. 423 ff.

¹³⁹⁾ Vgl. z. B. Mayer, Das Privatrecht des Krieges, 1915, S. 103 ff., 270.

¹⁴⁰⁾ Im Kriegerrecht stellt die Beschlagnahme von Gegenständen des Kriegsbedarfs die in höchster Staatsnot gebotene Möglichkeit eines Eingriffes in das private Eigentum dar. Es handelt sich, wie Heymann, Die Rechtsformen der militärischen Kriegswirtschaft, 1921, S. 73 ff., ausführt, um die Entfaltung des alten deutschrechtlichen Gedankens der *missio in bannum regis*.

Beschlagnahme eine Sperre der clearingpflichtigen Forderungen, um den schweizerischen clearingberechtigten Gläubigern die Zugriffsmöglichkeit auf diesen Gesamt-

Der Beschlagnahmeakt ist ein öffentlich-rechtlicher Vorgang, der aber unmittelbar dingliche Wirkungen hervorruft: entweder Erwerb des Eigentums durch den Staat oder Verfügungsrecht am fremden Eigentum für den Staat und entsprechend Übertragung des Eigentums durch den Zuschlag auf den Erwerber; vgl. Heymann a. a. O. S. 77, 82 ff., Lehmann, Die Kriegsbeschlagnahme, 1916, S. 12 ff., 30 ff. Der Beschlagnahme geht in der Regel eine sogenannte Bestandesaufnahme voraus, und an sie schliesst sich die Enteignung oder der freihändige Verkauf auf Grund der drohenden Enteignung. Als Nebenformen der Beschlagnahme, bei denen auf Umwegen juristisch im wesentlichen das gleiche Ergebnis erreicht wird, entwickelte das deutsche Kriegsrecht das Absatz-Monopol gewisser Kriegsorganisationen, den Kontrahierungs- und Lieferungs-zwang zugunsten bestimmter Stellen, sowie die Aufforderung zur Überlassung höchstpreispflichtiger Gegenstände. Vgl. Lehmann a. a. O. S. 17 ff., Nipperdey, Kontrahierungs-zwang, 1920, S. 67 ff.

Auch unter andern aussergewöhnlichen wirtschaftlichen Verhältnissen greift der Staat allgemein zum Mittel der Beschlagnahme lebensnotwendiger Gegenstände. So hat z. B. der Bundesratsbeschluss über ausserordentliche Massnahmen betreffend die Kosten der Lebenshaltung vom 27. September 1936, „um eine ungerechtfertigte Erhöhung der Kosten der Lebenshaltung zu vermeiden und die Anpassung der Volkswirtschaft an die durch die Abwertung der Währung geschaffenen Verhältnisse zu erleichtern“, das Volkswirtschaftsdepartement ermächtigt, die Beschlagnahme von Waren anzuordnen, wenn das öffentliche Interesse dies verlangt. In der Verfügung VII des Eidg. Volkswirtschaftsdepartements über ausserordentliche Massnahmen betreffend die Kosten der Lebenshaltung vom 22. Oktober 1936 wird in Art. 2 bestimmt, dass die Beschlagnahme von Waren durch das Volkswirtschaftsdepartement oder durch die von diesem ermächtigten kantonalen Amtsstellen angeordnet werden kann, wo ein öffentliches Interesse es erfordert. Die Beschlagnahme hat nach Art. 3 die Wirkung, dass dem Inhaber der Waren das Verfügungsrecht über diese entzogen ist, und dass gemäss Art. 7 Kauf- und Tauschverträge über die beschlagnahmten Waren nichtig sind, sofern sie noch nicht durch beidseitige Leistungen vollzogen sind. Art. 5 sieht vor, dass die beschlagnahmten Vorräte gegen angemessene Garantie für ihre Verwendung frei-

bestand von Forderungen zu gewährleisten¹⁴¹). Die Beschlagnahme begründet daher eine staatliche Herrschaftsgewalt hinsichtlich der von ihr erfassten Forderungen, die rein rechtlicher und nicht tatsächlicher Natur ist, ganz ähnlich wie im Zwangsvollstreckungsverfahren bei Pfändung, Konkurs, Arrest¹⁴²) die Forderungen des Schuldners

gegeben oder aber vom Bunde erworben werden können, wobei der Übernahmepreis den wirklichen Ankaufspreis samt einem angemessenen Zuschlag nicht übersteigen darf. Dabei fällt nicht nur die Überlassung durch privatrechtlichen Vertrag, sondern auch die Enteignung in Betracht. Der sogenannte Übernahmepreis ist gar nichts anderes als die Bezeichnung für die Expropriationsentschädigung. Diese wird durch eine Schätzungskommission in freiem Verfahren und nach freiem Ermessen bestimmt, deren Entscheid einem vollstreckbaren Urteil des Bundesgerichts gleichgestellt wird. Widerhandlungen werden, auch wenn sie fahrlässig begangen werden, gemäss den Strafbestimmungen der Verfügung I vom 27. September 1936 strafrechtlich verfolgt, wobei für blosse Busserkenntnisse das Eidg. Volkswirtschaftsdepartement endgültig zuständig ist, und der Entscheid einem vollstreckbaren Urteil des Bundesgerichtes gleichgestellt wird. Diese Ordnung entspricht in allen Teilen derjenigen, die das Kriegsrecht für die Beschlagnahme von Gegenständen des Kriegsbedarfes entwickelt hat, vgl. Nussbaum, Das neue deutsche Wirtschaftsrecht, 2. Auflage, 1922, S. 43 ff., Heymann a. a. O. S. 82 ff., 119 ff. Mit Recht kritisiert Giacometti a. a. O. S. 75 N. 90 die Häufung der Befugnisse in den Händen des Eidg. Volkswirtschaftsdepartements, das zugleich Gesetzgeber, Exekutive und einziger Richter in einer Person ist, und bemerkt, dass damit das Individuum der Bundesbürokratie schrankenlos ausgeliefert ist.

¹⁴¹) Auch die Beschlagnahme des Kriegsrechts beschränkte sich nicht auf die Gegenstände, an denen eine tatsächliche Sachherrschaft möglich war. Vielmehr wurde das Anwendungsgebiet derart erweitert, dass alle Gegenstände des Verfügungsgeschäftlichen Verkehrs von der Beschlagnahme erfasst werden konnten. Auch das geistige Eigentum und Forderungen wurden von der Kriegsbeschlagnahme betroffen, vgl. Heymann a. a. O. S. 88 f., Lehmann a. a. O. S. 9 f.

¹⁴²) Pfändung, Konkurs und Arrest stellen sich ihrer rechtlichen Natur nach als amtliche Beschlagnahme von Vermögensstücken des Schuldners zum Zwecke der Vollstreckung, bezw.

gegenüber Dritten vom Staat zugunsten der Gläubiger vinkuliert werden¹⁴³).

Die Beschlagnahme ist ein öffentlich-rechtlicher Akt, der zum Schutze öffentlicher Interessen vom Staate hoheitlich angeordnet und mit den Mitteln des öffentlichen Rechts, Aufsicht, Zwang und Strafe, durchgeführt wird¹⁴⁴). Es handelt sich bei der clearingrechtlichen

zum Zwecke der Sicherung einer Vollstreckung, privater Forderungen dar, vgl. Blumenstein, Handbuch des schweizerischen Schuldbetreibungsrechts, 1911, S. 327 ff., 547 ff., 827 f. Den Gläubigern selbst steht keine dingliche Herrschaft über die gepfändeten, zur Konkursmasse gehörenden, arrestierten Gegenstände zu. Demgegenüber vertritt Jaeger, Kommentar SchKG Art. 96 N. 4, 197 N. 6 D d, 271 N. 6, die in der deutschen Theorie im Anschluss an Art. 804 ZPO herrschende Auffassung, dass die Gläubiger ein dingliches Recht an den gepfändeten, bezw. in der Konkursmasse befindlichen Vermögensgegenständen, ein sogenanntes Pfändungspfandrecht, bezw. ein dingliches pfandrechtsartiges Recht auf die Gegenstände der Konkursmasse besitzen. Das Bundesgericht hat in früheren Entscheiden häufig den Ausdruck „Pfändungspfandrecht“ gebraucht, aber die rechtliche Natur desselben nie genauer erklärt, sondern lediglich festgestellt, dass die Bedeutung der Pfändung darin bestehe, „die gepfändeten Sachen zugunsten des pfändenden Gläubigers als Exekutionsobjekt zu verhaften“, vgl. Blumenstein a. a. O. S. 329. In der neuern Praxis lässt das Bundesgericht die Frage offen, wie das Beschlagnahmerecht rechtlich aufzufassen ist, „ob als eigentliches Pfandrecht oder als pfandrechtsähnliches Recht, oder als bloss prozessuale Beschlagnahme“, vgl. EBG 46 III 28.

¹⁴³) Falls Forderungen gepfändet werden, bezw. in die Konkursmasse fallen, erklärt Blumenstein a. a. O. S. 343, 698, dass an Stelle einer Beschlagnahme die Sperrung des Anspruchs trete. Diese Feststellung geht darauf zurück, dass Blumenstein offenbar zum Begriff der Beschlagnahme das Merkmal der Effektivität verlangt. Die Beschlagnahmewirkung gepfändeter, bezw. in die Konkursmasse fallender Forderungen äussert sich aber darin, dass der Schuldner seine Schuld nicht mehr durch Zahlung an den gepfändeten, bezw. in Konkurs gefallenen Gläubiger, sondern nur durch Zahlung an das Betreibungs- bezw. Konkursamt rechtsgültig tilgen kann, SchKG Art. 99, 205.

¹⁴⁴) Die clearingpflichtige Beschlagnahme teilt den öffentlich-rechtlichen Charakter mit der Kriegsbeschlagnahme von Roh-

Beschlagnahme nicht um Einzelverfügungen, sondern um eine generelle Anordnung, die alle Subjekte clearingpflichtiger Forderungen trifft. Sie erfolgt unmittelbar und allgemein durch die Veröffentlichung eines abgeschlossenen Clearingabkommens oder gesetzvertretender Verordnungen der Bundesbehörden. Weil diese Erlasse den Gegenstand der Beschlagnahme, die betroffenen Privatpersonen, den Inhalt und Umfang der durch die Beschlagnahme bewirkten Verfügungsbeschränkungen, sowie den Träger des Beschlagsrechts genau bestimmen, liegen alle Voraussetzungen zur unmittelbaren Wirksamkeit der Beschlagnahme vor. Ihre Wirkungen setzen daher mit der öffentlichen Bekanntmachung der Clearingabkommen oder der bundesrechtlichen Verordnungen sofort ein, sofern nicht diese Erlasse selbst einen bestimmten späteren Termin ihrer Inkraftsetzung bestimmen. Ein besonderer Vollzugsakt ist daher nicht notwendig, die allgemeine Anordnung vollzieht sich selbst. Die Wirkungen der Beschlagnahme zessieren nur dann, wenn der Träger des Beschlagsrechtes zustimmt, z. B. eine durch das Clearingrecht grundsätzlich verbotene Verfügung, wie die Verrechnung¹⁴⁵⁾, oder in Härtefällen die Befreiung von der Clearingpflicht genehmigt¹⁴⁶⁾.

stoffen und Lebensmitteln, vgl. Heymann a. a. O. S. 76, 87, sowie mit der Beschlagnahme von Waren, wie sie der Bundesratsbeschluss vom 27. September 1936 vorsieht (siehe supra N. 140), die nach allen Richtungen öffentlich-rechtlich ausgestaltet ist.

¹⁴⁵⁾ Siehe infra S. 552a ff.

¹⁴⁶⁾ Besonders unter dem System des Totalclearings wird es notwendig, in Härtefällen die Möglichkeit einer Befreiung von der Clearingpflicht festzusetzen. Daher enthält das deutsch-schweizerische Verrechnungsabkommen in der Fassung der Zusatzvereinbarung I Art. 4, 1 lit. h die Vorschrift, dass nicht unter die Bestimmung des Verrechnungsabkommens fallen „Zahlungen, welche von der Einzahlungspflicht befreit werden“. Damit wollte man eine besondere Klausel für Härtefälle schaffen, bei denen von der allgemeinen Regel abgewichen werden kann, vgl. IX. Bericht des Bundesrates vom 31. August 1934, S. 18. Die Möglichkeit, in Härtefällen die Forderung gegenüber einem clearingpflichtigen

Gegenstand der clearingrechtlichen Beschlagnahme sind nicht die erfolgten Zahlungen, sondern die clearingpflichtigen Forderungen selbst, die den Gläubigern des Vertragsstaates gegenüber schweizerischen Schuldern zustehen. Dies ergibt sich schon aus der Fassung der Clearingabkommen: So bestimmt z. B. das schweizerisch-deutsche Verrechnungsabkommen, in der Fassung der Zusatzvereinbarung I, Art. IV 1, dass gemäss den Bestimmungen des Abkommens (Zahlung über die Verrechnungsstelle) „sämtliche Verbindlichkeiten schweizerischer Schuldner gegenüber deutschen Gläubigern aus dem Waren-, Reise- und Kapitalverkehr zu erfüllen sind“. Ähnlich schreibt Art. 3 des schweizerisch-italienischen Abkommens vor, dass „sämtliche Verbindlichkeiten von Schuldern, die in Italien domiziliert sind, gegenüber in der Schweiz domizilierten Gläubigern bei der italienischen Verrechnungsstelle einbezahlt werden müssen“. Auch die bundesrechtlichen Vorschriften, z. B. der Bundesratsbeschluss vom 14. Januar 1932, Art. 1, sprechen ausdrücklich von der „Zahlung von Warenschulden“. Aber die Folgerung, dass die Forderungen der Beschlagnahme unterliegen, ergibt sich nicht nur aus dem Wortlaut dieser Bestimmungen, sondern aus ihrem Zusammenhang mit dem ganzen Aufbau des Clearings. Wenn nur die an die Schweiz. Nationalbank geleisteten Zahlungen beschlagnahmt würden, so müsste eine auf anderm Wege erfolgte Tilgung einer Forderung zulässig sein. Weil aber jede andere Tilgung grundsätzlich verboten und unter Strafe gestellt ist¹⁴⁷⁾, so ergibt sich, dass schon die Forderungen den Wirkungen der Beschlagnahme unterliegen. Diese

Schuldner von der Clearingpflicht zu befreien, ist aber auch dann gegeben, wenn das Clearingabkommen keine ausdrückliche Bestimmung enthält, vgl. Mettler a. a. O. S. 54. Die Befreiung steht im freien Ermessen der Verrechnungsstelle.

¹⁴⁷⁾ Bundesratsbeschluss vom 14. Januar 1932 Art. 8, vom 9. Dezember 1935 Art. 12, vom 14. Juli 1936 Art. 7, vom 27. Juli 1936 Art. 11.

ganze Regelung fließt aus dem Zweckgedanken des Clearings, der die von schweizerischen Schuldner an ausländische Gläubiger zu leistenden Zahlungen den schweizerischen Clearinggläubigern zuführen will. „Mit Rücksicht auf die Interessen, denen das kollektive Verrechnungssystem dienen will, werden nicht nur die bei der Nationalbank eingegangenen Zahlungen zugunsten der Destinatäre verwaltet und verwendet, sondern es wird bereits der Anspruch auf Einzahlung in gewisser Hinsicht der privaten Willkür von Gläubiger und Schuldner entrückt“¹⁴⁸⁾.

In den Wirkungen der clearingrechtlichen Beschlagnahme zeigt sich ihre besondere Ausprägung. Während z. B. die Beschlagnahme im Zwangsvollstreckungsrecht, die der Sicherung oder Befriedigung privatrechtlicher Ansprüche dient, sich in ihren Wirkungen mehr als ein privatrechtliches Institut darstellt, äussert die clearingrechtliche Beschlagnahme primär öffentlich-rechtliche Wirkungen; sie begründet ein negatives Herrschaftsrecht des Trägers des Beschlagsrechts über die Beschränkung und Gebundenheit der Forderungen, die die Beschlagnahme erzeugt. Diesem Herrschaftsrecht des hoheitlichen Trägers stehen öffentlich-rechtliche Lasten, subjektive öffentliche Pflichten, sowohl des ausländischen Clearinggläubigers wie des schweizerischen Clearingschuldners gegenüber. Die Beschlagnahme erzeugt daher eine öffentlich-rechtliche Verstrickung der clearingpflichtigen Forderungen und damit eine Beziehung des Trägers des Beschlagsrechtes zur verstrickten Forderung und den an ihr beteiligten Personen. Die Verstrickung besteht in einer eigenartigen Beschränkung des Verfügungsrechts von Gläubiger und Schuldner über die von ihr betroffenen Forderungen. Damit aber wird eine Verschiebung des privatrechtlichen Schuld-

¹⁴⁸⁾ EBG 62 I 200, vgl. auch 61 III 207: „Diese Regelung des Zahlungsverkehrs ordnet eine öffentlich-rechtliche Beschlagnahme der von ihr betroffenen Forderungen zugunsten der Gesamtheit der schweizerischen Gläubiger an.“

verhältnisses herbeigeführt. Auch die clearingrechtliche Beschlagnahme stellt nicht nur die Begründung eines ausschliesslich öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnisses dar, sondern sie ist und bleibt ein Eingriff in privatrechtliche Beziehungen und Befugnisse¹⁴⁹⁾.

Der öffentlich-rechtliche Charakter des Beschlagsrechts hat zur Folge, dass, soweit seine Wirkungen reichen, es jedem Privatrecht und jeder privatrechtlichen Befugnis vorgeht¹⁵⁰⁾. Darin zeigt sich gerade die Wirkung der Beschlagnahme, dass sie Gläubigern und Schuldern der Forderung eine Verfügungsbeschränkung auferlegt, die es ihnen verbietet, die Forderung dem Zugriff der schweizerischen Clearinggläubiger zu entziehen. Wieweit diese Beschränkung in die privatrechtlichen Beziehungen eingreift, und wieweit die rechtsgeschäftliche Verfügungsmacht davon berührt wird, ist im einzelnen im zweiten Kapitel zu untersuchen. Aber diese Forderungen sind nicht nur nach gewissen Rechten der privaten Willkür von Gläubiger und Schuldner entrückt, sondern sie sind auch dem Zugriff von Seiten privater Personen im Wege der Zwangsvollstreckung entzogen. Wie in andern Fällen einer öffentlich-rechtlichen Beschlagnahme¹⁵¹⁾, so prävaliert

¹⁴⁹⁾ So auch die Kriegsbeschlagnahme, sowie die Beschlagnahme von Waren unter ausserordentlichen wirtschaftlichen Verhältnissen (siehe supra N. 140), vgl. dazu Heymann a. a. O. S. 76 ff., 89 ff., Lehmann a. a. O. S. 38 ff.

¹⁵⁰⁾ Vgl. Urteil des bundesgerichtlichen Kassationshofes in Sachen von Arx gegen Staatsanwaltschaft Aargau: „Es genügt, hervorzuheben, dass die von der Verrechnungsstelle anzuwendenden Vorschriften über den Zahlungsverkehr öffentlich-rechtlicher Natur sind und die betroffenen Forderungen einem Beschlagsrecht unterwerfen, das allfälligen zivilrechtlichen Befugnissen vorgeht, soweit es eben reicht und nicht Ausnahmen Platz greifen.“

¹⁵¹⁾ Das Bundesgericht erklärte in EBG 32 I 548, einem Fall, da beschlagnahmte Gegenstände, die gleichzeitig mit Arrest belegt wurden, an eine fremde Behörde auszuliefern waren, folgendes: „Die Rechte Dritter werden als solche durch die Auslieferung nicht berührt, aber sie müssen als Privatrechte hinter

auch die clearingrechtliche Beschlagnahme gegenüber der betreibungsrechtlichen, welche ja nur zur Sicherung oder Befriedigung eines privaten Anspruchs dient. Der ausländische Clearinggläubiger kann zwar den schweizerischen Schuldner betreiben und die Betreibung auf Pfändung oder Konkurs fortsetzen, wenn ihm ein entsprechender Rechtstitel zur Verfügung steht. Aber die Zahlungen, die für Rechnung des ausländischen Gläubigers an das Betreibungsamt geleistet werden, oder der Erlös aus der Verwertung im Betreibungs- und Konkursverfahren oder infolge Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung, können nicht dem ausländischen Gläubiger zur Verfügung gestellt werden, sondern sind vom Betreibungsamt der Schweiz. Nationalbank auf Verrechnungskonto einzuzahlen¹⁵²⁾). Dagegen bleibt die clearingpflichtige Forderung dem Zugriff eines Dritten, der Gläubiger des ausländischen Clearing-

der öffentlich-rechtlichen Pflicht des Staates zurücktreten und sie können daher nicht in einer Weise verfolgt werden, die der Auslieferung im Wege stehen würde." Bezüglich der Auslieferung polizeilich beschlagnahmter Gegenstände eines strafrechtlich Verfolgten an auswärtige Staaten sind dann durch das Kreisschreiben des Bundesgerichtes vom 6. Februar 1913 (Jaeger, Ergänzungsband I S. 135 ff.) die Betreibungsämter ausdrücklich auf diese Rechtsfolge aufmerksam gemacht worden: „Das Bestehen eines Arrestes oder einer Pfändung berechtigt den Betreibungsbeamten nicht, die Aushandgabe der den Gegenstand des Auslieferungsentscheides bildenden Sachen an die mit dem Vollzug der Auslieferung betrauten Behörden zu verweigern, sondern es hat auch hier der betreibungsrechtliche Beschlagnahme dem öffentlich-rechtlichen zu weichen."

¹⁵²⁾ Das Bundesgericht hat im Kreisschreiben Nr. 26 vom 4. April 1936 (EBG 62 III 49 ff.) angeordnet, dass im Falle einer Vollstreckung der Forderung eines ausländischen Gläubigers, der in einem Lande wohnt, mit dem die Schweiz ein Verrechnungs- oder Clearingabkommen abgeschlossen hat, gegenüber einem schweizerischen Schuldner das Betreibungsamt die Schweizerische Verrechnungsstelle unter Angabe des Forderungsbetrages und -grundes anzufragen hat, ob diese vom Verrechnungsabkommen betroffen werde oder nicht, und im Falle der Bejahung den Gegenwert an die Schweiz. Nationalbank einzuzahlen.

gläubigers ist, vollständig entzogen; denn es kann dem Dritten „nicht gestattet sein, solche Forderungen durch Pfändung oder Arrestierung dem unter Ausserachtlassung seiner Sonderinteressen angeordneten Verrechnungsverkehr zu entziehen und seiner eigenen Befriedigung dienstbar zu machen, anstatt der Befriedigung der durch das Verrechnungsabkommen begünstigten Gläubiger“¹⁵³). Dabei ist es gleichgültig, ob der schweizerische Clearing-schuldner den Betrag der clearingpflichtigen Forderung bereits an die Schweiz. Nationalbank auf Verrechnungskonto einbezahlt hat oder nicht¹⁵⁴). Der Dritte kann daher

¹⁵³) EBG 61 III 207; das Bundesgericht folgert daraus, dass wenn die Verrechnungsstelle das arrestierte Guthaben für den Verrechnungsverkehr in Anspruch nimmt, „das Betreibungsamt einem spätern Pfändungsbegehren keine Folge zu geben hat, im Gegenteil, den Arrestvollzug nachträglich wieder aufzuheben hat, da mit seiner Aufrechterhaltung weder für den Arrestgläubiger noch für die Verrechnungsstelle irgend etwas getan wäre, für den ersteren nicht, weil eine Verwertung der arrestierten Forderung zu seinen Gunsten als gegen das Verrechnungsabkommen verstossend, doch nicht zulässig wäre“. Im Anschluss an diesen Entscheid hat das Bundesgericht durch das Kreisschreiben Nr. 25 vom 15. Januar 1936 (EBG 62 III 1 ff.) angeordnet, dass bei jedem Arrestvollzug der Schweizerischen Verrechnungsstelle die Frage vorzulegen ist, ob das arrestierte Guthaben vom Verrechnungsabkommen betroffen werde oder nicht. „Wird dies bejaht, so ist der Arrest ohne weiteres aufzuheben (also inzwischen und nachher jedes Fortsetzungsbegehren zurückzuweisen) und eine allfällige, inzwischen an das Betreibungsamt geleistete Zahlung an die Verrechnungsstelle abzugeben.“

¹⁵⁴) In der französischen Doktrin ist die Auffassung vertreten worden, dass eine Forderung gepfändet oder arrestiert werden kann, die einem französischen Schuldner gegenüber einem ausländischen Dritten zustehe und durch das Clearing bezahlt werden müsse. Der Arrest, bezw. die Pfändung könne dann bei der französischen Verrechnungsstelle vollzogen werden, die mit dem Betrag der Forderung kreditiert werde, sobald der ausländische Schuldner den Betrag an seine Verrechnungsstelle abgeführt habe. „Cette saisie-arêt doit produire ses effets, car l'office français est détenteur de fonds appartenant à ce créancier“, Niboyet a. a. O. S. 109; gegen diese Auffassung Rosset a. a. O. S. 283a.

nur auf jene Forderungen des ausländischen Gläubigers gegenüber dem schweizerischen Schuldner Arrest legen und nur jene der Zwangsvollstreckung unterwerfen, die nicht clearingpflichtig sind¹⁵⁵). Das öffentlich-rechtliche

¹⁵⁵) Das Bundesgericht hat in 61 III 208 festgestellt: „Wird im Einzelfall streitig, ob ausnahmsweise die vom Verrechnungsabkommen angeordnete öffentlich-rechtliche Beschlagnahme nicht zutreffe und daher der Verwertung des arrestierten Guthabens für den Arrestgläubiger nicht im Wege stehe, so ist dies einzig dem Umstande zuzuschreiben, dass jenes Guthaben nicht clearingpflichtig ist.“ Zum Ausschluss jeder betreibungsrechtlichen Befugnis eines Dritten bezüglich einer clearingpflichtigen Forderung gelangt das Bundesgericht aus der Überlegung, dass „die mit der Durchführung dieses öffentlich-rechtlichen Beschlages betraute Stelle nicht darauf verwiesen werden kann, ihn gegenüber Arrest oder Pfändung gleich wie ein entgegenstehendes ziviles oder allfällig anderes Sonderrecht im Widerspruchsverfahren zur Geltung zu bringen“.

Die Frage des Arrestes clearingpflichtiger Forderungen ist in der Öffentlichkeit lebhaft diskutiert und die Lösung des Bundesgerichtes stark angegriffen worden, vgl. N.Z.Z. Nr. 2091 vom 1. Dezember 1935, Nr. 48 vom 10. Januar 1936, Nr. 132 vom 24. Januar 1936, Nr. 555 vom 1. April 1936 und Nr. 1234 vom 14. Juli 1936. Rosset hat a. a. O. S. 286a darauf hingewiesen, dass nicht jede betreibungsrechtliche Befugnis des Drittgläubigers ausgeschlossen werden, und eine Lösung dann möglich sein sollte; wenn sie in sich schliessen würde „le maintien du versement au Clearing de la créance sequestrée et du payment par voie de compensation“, obwohl auch dieser Lösung gewisse Schwierigkeiten begegnen würden.

In der Tat erscheint die vom Bundesgericht vertretene Auffassung, die jede betreibungsrechtliche Massnahme mit Bezug auf eine clearingpflichtige Forderung ausschliesst, mit Rücksicht auf die clearingrechtliche Beschlagnahme nicht durch den Zweck des Clearings gefordert zu sein. Ein Arrest erscheint ebenso wie die Pfändung und Verwertung der Forderung als zulässig, wenn der Erlös derselben an die Schweiz. Nationalbank abgeführt wird, analog dem Falle, wenn der Clearinggläubiger selbst die Verwertung der Clearingforderung betreibt (siehe supra N. 152). Im Vertragsstaat müsste dann als Folge der Verwertung einer Forderung der Auszahlungsanspruch gegenüber der Verrechnungsstelle desselben nicht mehr dem ursprünglichen Clearinggläubiger, sondern dem die Vollstreckung betreibenden Drittgläubiger zuerkannt werden. Wenn

Beschlagsrecht äussert daher nach dieser Richtung nicht nur relative Wirkungen zugunsten des Staates bzw. des Trägers des Beschlagsrechtes, sondern absolute Wirkungen, so dass sich auch Clearinggläubiger und Clearingschuldner gegenüber Dritten auf die Unzulässigkeit des betriebsrechtlichen Beschlages berufen können¹⁵⁶⁾.

b) Das Clearingrecht beschränkt sich nun aber nicht darauf, die Forderungsbeschlagnahme anzuordnen. Diese begründet nur einen vorläufigen Zustand, sie ist Mittel zum Zweck, Sicherstellung zur endgültigen Verfügung. Das Clearingrecht ordnet auch diese letztere an, indem es vorsieht, dass der Clearingschuldner die Zahlung an die

dieser im Vertragsstaat selbst domiziliert ist, bietet diese Lösung keine Schwierigkeiten. Wenn aber der Drittgläubiger in einem Drittland oder gar im Lande des Clearingschuldners wohnhaft ist, würde diese Sukzession im Auszahlungsanspruch von der Verrechnungsstelle des Vertragsstaates, in dem der Clearinggläubiger domiziliert ist, offenbar nicht anerkannt, weil nach clearingrechtlichen Grundsätzen nur der inländische Gläubiger clearingberechtigt ist. Es würde sich daher in diesem Falle dieselbe Rechtslage einstellen, wie wenn der Clearinggläubiger seine Forderung gegenüber dem ausländischen Clearingschuldner an einen im Land desselben wohnenden Dritten abtreten würde, siehe *infra* S. 565a ff. Mit Rücksicht auf diese Schwierigkeiten erscheint es notwendig, diese Frage in den Clearingabkommen selbst oder durch besondere Vereinbarung zwischen den Verrechnungsstellen der Vertragsstaaten zu ordnen.

¹⁵⁶⁾ Die clearingrechtliche Beschlagnahme von Forderungen hat damit dieselben Rechtswirkungen wie die Kriegsbeschlagnahme von Waren. Nach deutschem Kriegsrecht war z. B. ausdrücklich bestimmt, dass den nichtigen rechtsgeschäftlichen Verfügungen über beschlagnahmte Gegenstände auch Verfügungen gleichstehen sollen, die im Wege der Zwangsvollstreckung oder des Arrestvollzuges erfolgen, vgl. Heymann a. a. O. S. 89 ff., Nussbaum a. a. O. S. 44. Die Beschlagnahme von Waren auf Grund des Bundesratsbeschlusses vom 27. September 1936 und der Verfügung VII des Eidg. Volkswirtschaftsdepartements (siehe *supra* N. 140) äussert infolge ihrer typisch öffentlich-rechtlichen Ausgestaltung (siehe *supra* N. 144) auch ohne ausdrückliche Bestimmung dieselben Rechtswirkungen: Sie schliesst den Arrest sowie die Zwangsvollstreckung aus.

Schweiz. Nationalbank vorzunehmen hat und diese Zahlung nach den Anordnungen der Schweizerischen Verrechnungsstelle im Rahmen der Bestimmungen der Clearingabkommen zur Befriedigung der schweizerischen Clearinggläubiger Verwendung finden soll. Wie bei der Beschlagnahme von Waren, der durch dieselbe erzeugte, rechtliche Schwebezustand in der Regel durch die Enteignung beendet wird¹⁵⁷⁾, so erfährt unter dem System des Clearings das durch die Beschlagnahme erzeugte Rechtsverhältnis zwischen dem Träger des Beschlagsrechtes und den an der Clearingforderung beteiligten Rechtssubjekten mit der Zahlung an die Schweiz. Nationalbank seine regelmässige Beendigung¹⁵⁸⁾. Damit hat die Beschlagnahme ihren Zweck erfüllt. Um nun jedoch die Zuleitung der Zahlung an die schweizerischen Clearinggläubiger zu sichern, hat das Clearingrecht neben dem negativen Herrschaftsrecht über die clearingpflichtigen Forderungen, das in der Beschlagnahme in Erscheinung tritt, auch ein positives Herrschaftsrecht zugunsten der mit der Durchführung des Clearings betrauten Stelle begründet. Kraft dieses Rechtes, das wir als Einziehungsrecht bezeichnen, kann

¹⁵⁷⁾ In Art. 5 der Verfügung VII des Eidg. Volkswirtschaftsdepartements vom 22. Oktober 1936 ist vorgesehen, dass die beschlagnahmten Vorräte gegen angemessene Garantie für deren sachgemässe Verwendung freigegeben oder aber vom Bunde erworben werden können. Die Beendigung der Beschlagnahme kann daher nicht nur durch Enteignung oder freihändigen Erwerb, sondern auch durch Freigabe erfolgen. Auch in der Kriegswirtschaft spielte die Freigabe eine erhebliche Rolle, indem sie erlaubte, die Beschlagnahme den kriegswirtschaftlichen Bedürfnissen in elastischer Weise anzupassen, vgl. Heymann a. a. O. S. 92.

¹⁵⁸⁾ Die clearingrechtliche Beschlagnahme endigt regelmässig mit der Zuleitung des Gegenwertes der clearingpflichtigen Forderung an die Schweiz. Nationalbank. Eine Ausnahme besteht nur in den Fällen, in denen eine Befreiung der Clearingpflicht aus Billigkeitsgründen verfügt wird, siehe supra N. 146, oder in denen eine anderweitige Tilgung, z. B. durch Verrechnung, bewilligt wird.

diese die Zahlung an die Schweiz. Nationalbank verlangen und ihre Verwendung zugunsten der schweizerischen Clearinggläubiger durchführen¹⁵⁹⁾. Diesem positiven Herrschaftsrecht stehen öffentlich-rechtliche Pflichten des schweizerischen Clearingschuldners gegenüber, die von ihm ein bestimmtes Handeln verlangen.

Die Rechtsstellung des schweizerischen Clearingschuldners ergibt sich daher nicht nur aus dem Beschlagsrecht, das durch die Clearingabkommen angeordnet ist, sondern auch aus dem, durch dieselben begründeten positiven Herrschaftsrecht über die clearingpflichtigen Forderungen, das die Verwendung derselben zur Befriedigung der schweizerischen Clearinggläubiger ermöglicht. Diese Rechtsstellung wird im folgenden Abschnitt überprüft und dargestellt; vorher aber sind zuerst die Rechtsverhältnisse der mit der Durchführung des Clearings betrauten Stelle zu untersuchen.

3. Der Träger des Clearings.

Die durch die Clearingabkommen und die Verordnungen der Bundesbehörden geschaffenen Herrschaftsrechte stehen grundsätzlich dem Bunde zu. Indessen ist die Ausübung derselben und damit die Durchführung des Clearings einem besondern Clearingträger übertragen worden. In den ersten Clearingabkommen war als solcher die Schweiz. Nationalbank bestimmt und sie wurde zu diesem Zwecke mit den notwendigen Befugnissen ausgestattet.

¹⁵⁹⁾ Dieses positive Einziehungsrecht ist in den Vorschriften der Clearingabkommen begründet, die bestimmen, dass die Verbindlichkeiten durch Einzahlung an die Verrechnungsstelle zu erfüllen sind, die einem Sammelkonto zugunsten der Verrechnungsstelle des Vertragsstaates gutgeschrieben wird, und die die Verwendung dieser auf dem Sammelkonto sich anhäufenden Beträge zugunsten der Clearinggläubiger regeln, vgl. z. B. schweizerisch-italienisches Clearingabkommen Art. 2, 3, 5, 8. Es entspricht dem Einziehungs- oder Enteignungsrecht bei der Beschlagnahme von Waren und andern Sachen, vgl. Heymann a. a. O. S. 93 ff., Lehmann a. a. O. S. 11, 50, 62.

Das rasche und starke Anwachsen des Clearingverkehrs machte es dann aber zur Notwendigkeit, zur Entlastung der Nationalbank eine selbständige Clearingstelle zu schaffen¹⁶⁰⁾. Durch Bundesratsbeschluss vom 2. Oktober 1934 wurde, zum Zwecke der Durchführung des Verrechnungsverkehrs mit dem Ausland, die Schweizerische Verrechnungsstelle gegründet. Auf diese wurden durch denselben Bundesratsbeschluss die sämtlichen Aufgaben und Befugnisse übertragen, die mit dem Verrechnungsverkehr zusammenhängen und bisher der Nationalbank zustanden. Der letzteren ist allein die Besorgung des Zahlungsverkehrs geblieben, die aber im Auftrag der Verrechnungsstelle erfolgt.

a) Die Verrechnungsstelle ist ihrer juristischen Natur nach ein Verband des öffentlichen Rechts, dem durch Bundesratsbeschluss der öffentlich-rechtliche Charakter ausdrücklich beigelegt worden ist. Sie trägt alle Züge eines solchen Verbandes¹⁶¹⁾: sie verfolgt einen öffentlichen Zweck, nämlich die Durchführung des schweizerischen Verrechnungsverkehrs mit dem Ausland auf Grund der verschiedenen mit dem Ausland abgeschlossenen Clearingverträge, sowie gemäss den vom Bundesrat erlassenen Vorschriften im Interesse der schweizerischen Volkswirtschaft¹⁶²⁾. Um dieses Zweckes willen ist sie als Bestandteil der öffentlichen Ordnung anerkannt und sowohl funktionell wie organisatorisch in dieselbe eingefügt. Funktionell dadurch, dass sie die vom Bund durch Staatsverträge übernommenen Aufgaben durchführt. Organisatorisch dadurch, dass der Bundesrat über die Gründung und Auflösung entscheidet, die Statuten zu genehmigen hat, im Vorstand und Ausschuss der Verrechnungsstelle vertreten ist, die Direktoren

¹⁶⁰⁾ Vgl. X. Bericht des Bundesrates vom 18. März 1935 S. 8.

¹⁶¹⁾ Vgl. Hug, Die rechtliche Organisation der öffentlichen Unternehmen von Kanton und Gemeinde, Festgabe Fritz Fleiner 1937, S. 134/35.

¹⁶²⁾ Statuten der Schweizerischen Verrechnungsstelle Art. 2.

wählt und abberuft, die oberste Rekursinstanz gegenüber Verfügungen der Verrechnungsstelle darstellt, ferner dadurch, dass die Geschäftsführung auf Rechnung des Bundes geht und ihm daher ein bei der Liquidation verbleibender Saldo abzuführen ist, und dass dem Bundesrat jährlich Bericht zu erstatten und die Jahresrechnung zur Genehmigung vorzulegen ist¹⁶³).

Die Verrechnungsstelle ist durch den Bundesratsbeschluss ausdrücklich als Körperschaft bezeichnet worden. Nach Art. 4 der Statuten wird sie gebildet vom Bund, von der Schweiz. Nationalbank, vom schweizerischen Handels- und Industrieverein, von der schweizerischen Bankiervereinigung und von der schweizerischen Zentrale für Handelsförderung. Der Bund teilt sich mit diesen privatrechtlich organisierten Korporationen in die Mitgliedschaft. Die Organisation und Tätigkeit der Verrechnungsstelle sind durch die Statuten geregelt, und subsidiär sind die Bestimmungen des Genossenschaftsrechts anwendbar erklärt worden¹⁶⁴). Oberstes Organ ist der Vorstand, der die Bezeichnung „Schweizerische Clearingkommission“ führt und der aus den Vertretern der Mitglieder zusammengesetzt wird. Der Bund ist darin durch das Volkswirtschaftsdepartement und das Politische Departement vertreten und verfügt so über zwei Stimmen, während die andern Mitglieder nur je einen Vertreter entsenden können. Der Vorstand begutachtet Fragen der Auslegung und praktischen Durchführung der Clearingverträge und entscheidet als Rekursinstanz über Anordnungen allgemeiner Natur sowie über Verfügungen der Direktion der Verrechnungsstelle. Ein Ausschuss des

¹⁶³) Bundesratsbeschluss über die Durchführung des schweizerischen Verrechnungsverkehrs mit dem Ausland vom 2. Oktober 1934, Art. 1, 3, Bundesratsbeschluss über die Genehmigung der Statuten der schweizerischen Verrechnungsstelle vom 2. Oktober 1934, Statuten Art. 3, 5, 6, 7, 10.

¹⁶⁴) Bundesratsbeschluss vom 2. Oktober 1934 über die Durchführung etc. Art. 4.

Vorstandes, bestehend aus den Vertretern des Bundes und der Nationalbank, entscheidet über Fragen administrativer Natur. Die Geschäftsführung liegt in den Händen der aus einer oder mehreren Personen bestehenden Direktion, welche sie nach Massgabe der bundesrechtlichen Vorschriften sowie der Weisungen von Vorstand und Ausschuss zu besorgen hat, und der auch die Vertretung nach aussen übertragen ist¹⁶⁵). Aus der ganzen Struktur der Verrechnungsstelle ergibt sich, dass sie, obwohl als Körperschaft bezeichnet, vorwiegend anstaltliche Konstitutionsprinzipien in ihrer Verfassung aufweist: der Zweck ist von aussen bestimmt, die Entstehung ist durch äussern Zwang bedingt, und der Verband im Interesse von nicht an ihm beteiligten Personen geschaffen worden, die Auflösung hängt nicht ab vom Willen der Mitglieder, sondern einer ausserhalb des Verbandes stehenden staatlichen Behörde, der Wille des Verbandes wird wesentlich nicht durch die Mitglieder, sondern von aussen, durch die staatlichen Behörden, bestimmt¹⁶⁶). Demgegenüber treten die genossenschaftlichen Elemente an Bedeutung durchaus zurück. Lediglich die innere Organisation ist genossenschaftlich gestaltet und der Verbandswille wächst bis zu einem gewissen Grade aus dieser Organisation heraus¹⁶⁷). Aber,

¹⁶⁵) Statuten Art. 5—9.

¹⁶⁶) Über die Abgrenzung von Körperschaft und Anstalt vgl. Hug a. a. O. S. 142, sowie die dort N. 44 zitierte Literatur.

¹⁶⁷) Für die Zugehörigkeit eines Verbandes zu den Körperschaften oder Anstalten ist auf das Überwiegen der anstaltlichen oder der genossenschaftlichen Elemente abzustellen, vgl. Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 1932, S. 8. Daraus würde folgen, dass die Verrechnungsstelle sich nicht als Körperschaft, sondern als Anstalt qualifiziert, und zwar als Anstalt mit korporativen Organen. Auf diese rechtliche Qualifikation lässt besonders schliessen, dass die Mitgliedschaft der beteiligten privatrechtlichen Verbände nur die Bedeutung besitzt, ihnen ein Recht auf Vertretung im Vorstand einzuräumen. Nach der ausdrücklichen Vorschrift von Art. 11 der Statuten trifft diese Mitglieder weder eine Beitragspflicht noch eine Haftung. Sie sind mit Ausnahme der Nationalbank auch nicht im Ausschuss vertreten und haben daher

ob Körperschaft oder Anstalt, die Verrechnungsstelle ist jedenfalls ein Träger selbständiger öffentlicher Befugnisse und damit eine selbständige juristische Person des öffentlichen Rechts¹⁶⁸⁾.

auch an der Entscheidung der Fragen administrativer Natur keinen Anteil. Daraus ergibt sich deutlich, dass nicht beabsichtigt war, der Mitgliedschaft eine wirkliche, materielle Bedeutung beizulegen und sie mit den typischen genossenschaftlichen Rechten und -pflichten auszustatten, sondern dass man lediglich dem Vorstand, der sogenannten Clearingkommission, eine korporative Zusammensetzung geben wollte.

¹⁶⁸⁾ Dagegen erhebt sich ein Zweifel, ob die Verrechnungsstelle auch privatrechtliche Rechtspersönlichkeit besitzt. In Art. 10 der Statuten, der unter dem Abschnitt „Betriebsmittel und Rechnungsführung“ steht, wird bestimmt, dass die Geschäftsführung der Verrechnungsstelle auf Rechnung des Bundes geht, und dass dementsprechend ein nach Liquidation verbleibender Aktivsaldo an die Bundeskasse abzuführen ist. Diese Bestimmung verfolgt trotz ihrer wenig gründlichen Fassung offenbar den Zweck, die privatrechtliche Vermögensfähigkeit und Haftung der Verrechnungsstelle auszuschliessen. Ihr Vermögen wäre demzufolge Vermögen des Bundes, für die privatrechtlichen Verbindlichkeiten würde eine Haftung des Bundes bestehen. Dieser Zweck ist auch indiziert durch Art. 7, der vorschreibt, dass dem aus den Vertretern des Bundes und der Nationalbank gebildeten Ausschuss die Geschäftsabschlüsse zu unterbreiten sind, die Verpflichtungen finanzieller Natur in sich schliessen, wie z. B. Mietverträge, Materialanschaffungen etc.

Allerdings liegt in der Regel in der Zuerkennung der öffentlich-rechtlichen Persönlichkeit gleichzeitig auch die Ausstattung mit privatrechtlicher Rechtsfähigkeit, vgl. Fleiner, Institutionen, S. 106. Aber da das öffentliche Recht die Existenz, die Vervollständigung, den Aufgabenkreis der öffentlich-rechtlichen Personen bestimmt, so kann es auch die private Rechtsfähigkeit derselben selbständig umschreiben und einengen, vgl. Egger, Kommentar Personenrecht, 2. Auflage, 1930, Art. 59 N. 14—15. Es erscheint daher auch möglich, eine juristische Person des öffentlichen Rechts zur Ausübung öffentlicher Befugnisse zu schaffen, ohne ihr die privatrechtliche Rechtsfähigkeit zu verleihen. Dies ist der Fall, wenn der Staat zivilrechtlich für ihre Verbindlichkeiten aufzukommen hat, vgl. Nawiasky, Rechtsfragen des wirtschaftlichen Neuaufbaues, 1935, S. 58/59. Im vorliegenden Falle ist die Rechtslage freilich nicht eindeutig, wie überhaupt

b) Die Verrechnungsstelle ist als Verband des öffentlichen Rechts vom Staat zur Besorgung einer besondern Verwaltungsaufgabe, der Durchführung des schweizerischen Verrechnungsverkehrs mit dem Ausland, geschaffen worden. Ihre Hauptaufgabe besteht darin, dafür zu sorgen, dass der Gegenwert der Forderungen ausländischer Gläubiger von den schweizerischen Clearingschuldnern an die Nationalbank abgeführt wird, diese Beträge zu verwalten und sie zugunsten der schweizerischen Clearinggläubiger zu verwenden. Sie ist daher Träger eines Stückes öffentlicher Verwaltung, und da es sich um die Wahrnehmung wirtschaftlicher Aufgaben handelt, liegt eine Art wirtschaftlicher Selbstverwaltungskörper vor¹⁶⁹). Als ihren eigenen Wirkungskreis kann man die Aufgaben betrachten, die der Verrechnungsstelle durch die Clearingabkommen zugewiesen sind, obwohl es sich streng genommen auch bei diesen Funktionen um solche Angelegenheiten handelt, die im Auftrag und Interesse des Staates wahrgenommen werden. Soweit es sich um die durch die bundesrechtlichen Verordnungen übertragenen Angelegenheiten handelt, liegt ein übertragener Wirkungskreis vor¹⁷⁰). Als Träger öffentliches Rechtsverhältnis der Verrechnungsstelle zum Bund weder durch die Bundesratsbeschlüsse noch durch die Statuten genau bestimmt ist. Eine besondere Untersuchung desselben wäre notwendig, kann aber im Rahmen dieser Arbeit nicht geleistet werden.

Nach dem deutschen Gesetz über die Errichtung einer Verrechnungskasse vom 16. Oktober 1934 ist die Deutsche Verrechnungskasse ebenfalls eine Körperschaft des öffentlichen Rechts. Sie untersteht dem Reichswirtschaftsminister, der ihre Statuten erlässt und den Verwaltungsrat ernennt. Für die Verbindlichkeiten der Kasse haftet das Deutsche Reich. Vgl. Hartenstein a. a. O. S. 500, 508.

¹⁶⁹) Vgl. Fleiner a. a. O. S. 128, Nawiasky a. a. O. S. 51. In dieser rechtlichen Stellung hat die Verrechnungsstelle ihr Vorbild in den öffentlich-rechtlichen Kriegsgesellschaften, obwohl deren wirtschaftliche Aufgaben völlig andere waren, vgl. Obrecht, Die kriegswirtschaftlichen Überwachungsgesellschaften, 1920.

¹⁷⁰) Allerdings können auch solche öffentlich-rechtliche Funktionen zum eigenen Wirkungskreis gehören, die vom Staat durch

licher Verwaltung ist die Verrechnungsstelle mit staatlichem Herrschaftsrecht ausgestattet. Ihr ist in beschränktem Rahmen die Verordnungsbefugnis übertragen¹⁷¹⁾, sie verfügt über Befehlsgewalt und tritt hoheitlich auf. Sie bestimmt z. B. im einzelnen, ob eine Forderung der Clearingpflicht unterliegt oder clearingberechtigt ist; sie erteilt die Genehmigung für die Durchführung privater Verrechnungen, und sie verfügt über den Wegfall der Clearingpflicht im Härtefalle¹⁷²⁾. Ihre Verwaltungsakte, die mit obrigkeitlicher Autorität vorgenommen werden und auf einen rechtlichen Erfolg abzielen, insbesondere ihre Akte rechtsgeschäftlicher Natur, die ein Rechtsverhältnis zwischen ihr und den am Clearing beteiligten Privatpersonen begründen, abändern oder aufheben, erfolgen in der Form der Verfügungen, die wie alle Verwaltungsverfügungen formell rechtskräftig und vollstreckbar sind¹⁷³⁾. Sie können in einem Beschwerdeverfahren bis an die oberste schweizerische Verwaltungsbehörde, den Bundesrat, gezogen werden¹⁷⁴⁾. Aus dieser

seine öffentliche Rechtsordnung zugewiesen sind, sofern sie als dem Selbstverwaltungskörper zugehörig erscheinen, vgl. Fleiner a. a. O. S. 112 ff., Nawiasky a. a. O. S. 98 ff. So kann man annehmen, dass die Ermächtigung zur Vornahme von Bücherrevisionen und Warenkontrollen bei den schweizerischen Clearingschuldnern (Bundesratsbeschluss vom 14. Januar 1932 Art. 7) zum eigenen Wirkungskreis gehört, indem es sich hier um eine Funktion handelt, die zur sachgemässen Durchführung ihrer durch die Clearingabkommen umschriebenen Hauptaufgabe notwendig ist.

¹⁷¹⁾ Siehe supra Einleitung III 3; gelegentlich wird ihr auch Verordnungsgewalt durch die Clearingabkommen übertragen, vgl. z. B. schweizerisch-ungarisches Abkommen, Art. X: „Die Ungarische Nationalbank einerseits und die Schweiz. Verrechnungsstelle andererseits werden die für die Durchführung dieses Abkommens erforderlichen Bestimmungen erlassen.“

¹⁷²⁾ Siehe supra N. 94, 127, 146.

¹⁷³⁾ Vgl. EBG 62 I 202.

¹⁷⁴⁾ Das Rekursverfahren ist durch Verfügung des Eidg. Volkswirtschaftsdepartements vom 3. Juni 1936 geregelt worden. Danach ist die Beschwerde gegen eine Verfügung der Direktion

herrschaftlichen Rechtsstellung folgt bereits, dass das Rechtsverhältnis zwischen der Verrechnungsstelle und den Clearingschuldnern einerseits und den Clearinggläubigern andererseits dem öffentlichen Rechte unterstellt ist¹⁷⁵⁾. Dieses Ergebnis wird bestätigt durch die Prüfung der Rechtsstellung, die Clearingschuldner und Clearinggläubiger auf Grund der Clearingabkommen und der bundesrechtlichen Verordnungen gegenüber der Verrechnungsstelle einnehmen.

III. Die Rechtsstellung des Clearingschuldners.

Dem in der Schweiz domizilierten Clearingschuldner sind durch das Clearingrecht eine Reihe von Rechtspflichten gegenüber dem Staat, bzw. der Verrechnungsstelle als Träger des Clearings, auferlegt worden. Sie wollen die Durchführung der Herrschaftsrechte derselben und damit mittelbar die Befriedigung der schweizerischen Clearinggläubiger sicherstellen. Sie bilden das Gegenstück des öffentlichen Beschlags- und Einziehungsrechtes, und aus ihrer juristischen Gestaltung ergibt sich die rechtliche Natur des zwischen den Parteien bestehenden Rechtsverhältnisses.

der Verrechnungsstelle innert 30 Tagen nach der Zustellung bei der Schweizerischen Clearingkommission und die Beschwerde gegen den Entscheid der letztern innert derselben Frist an das Eidg. Volkswirtschaftsdepartement einzureichen. Gegen den Entscheid des Eidg. Volkswirtschaftsdepartements ist gemäss Art. 22 des Gesetzes über die Eidg. Verwaltungsrechtspflege die Verwaltungsbeschwerde an den Bundesrat zulässig, für welche nach Art. 27 wiederum eine Frist von 30 Tagen gilt. Der Beschwerdeentscheid des Bundesrates ist mit der Ausfällung vollziehbar.

¹⁷⁵⁾ Daraus ergibt sich die Folgerung, dass die Verrechnungsstelle sich weder dem Gläubiger noch dem Schuldner im privatrechtlichen Schuldverhältnis substituiert, noch irgendeine Verpflichtung noch eine Berechtigung auf Grund eines Privatrechtstitels besitzt, vgl. Vieli a. a. O. S. 26/27, Mettler a. a. O. S. 68, 72 ff.

1. Auskunfts-, Duldungs- und Unterlassungspflichten.

Der Verwirklichung des öffentlichen Beschlagsrechtes dienen verschiedene, dem Clearingschuldner auferlegte Rechtspflichten, die verhindern sollen, dass die beschlagnahmten Forderungen in irgendeiner Weise der Herrschaft des Clearingträgers entzogen werden können.

a) Den Clearingschuldner trifft zunächst eine umfassende Auskunftspflicht hinsichtlich der, durch die allgemeine Anordnung des Clearingrechts beschlagnahmten Forderungen. Diese Auskunftspflicht ist in den bundesrechtlichen Vorschriften nicht genau umschrieben worden. Sie ergibt sich aber daraus, dass ihre Nichterfüllung bestimmte Rechtswirkungen auslöst, vor allem die im Folgenden erwähnte Duldungspflicht. Sie ist daher mittelbar aus den bundesrechtlichen Verordnungen abzuleiten¹⁷⁶⁾. Sie erstreckt sich, wie der Bundesratsbeschluss vom 9. Dezember 1935 vorschreibt, auf den Zahlungsverkehr der Clearingschuldner mit den Vertragsstaaten, „soweit er für den Clearingverkehr von Interesse ist“. Die Clearingschuldner sind daher verpflichtet, bezüglich aller Forderungen gegenüber Gläubigern im Vertragsstaat, Auskunft zu erteilen¹⁷⁷⁾, auch wenn einzelne dieser Forderungen nicht der Clearingpflicht unterworfen sind.

¹⁷⁶⁾ Vgl. Bundesratsbeschluss vom 14. Januar 1932 Art. 7, vom 23. Juli 1934 Art. 10, vom 9. Dezember 1935 Art. 11, vom 22. Juli 1936 Art. 2.

¹⁷⁷⁾ Soweit sich die Clearingpflicht an die Einfuhr von Waren aus den Vertragsstaaten knüpft, ergibt sich aus den Deklarationen der Zollmeldepflichtigen (vgl. z. B. Bundesratsbeschluss vom 14. Januar 1932, Art. 4, 5), die der Verrechnungsstelle von den Zollämtern zugestellt werden, dass eine clearingpflichtige Forderung gegenüber dem, auf der Zolldeklaration genannten Empfänger entstanden ist. Die Verrechnungsstelle versendet auf Grund der Zolldeklaration ein Frageformular an den betreffenden Importeur, das von diesem mit den erforderlichen Angaben über seine Zahlungsverpflichtung oder eine bereits auf das Sammelkonto bei der Schweiz. Nationalbank erfolgte Zahlung zu versehen und

b) Den Clearingschuldner trifft weiterhin eine Duldungspflicht. Wenn er der Aufforderung der Verrechnungsstelle zur Auskunftgabe nicht oder nicht in genügender Weise nachkommt, oder wenn begründeter Verdacht besteht, dass er Zuwiderhandlungen gegen die clearingrechtlichen Vorschriften begangen hat, so ist die Verrechnungsstelle ermächtigt, durch besondere, sachverständige Beamte Bücherrevisionen und Warenkontrollen bei ihm vorzunehmen¹⁷⁸). Der Clearingschuldner hat daher zu dulden, dass in seinen Geschäfts- und allenfalls auch in seinen Wohnräumen eine Kontrolle seiner Bücher und seiner Waren vorgenommen wird. Den Eintritt, sowie den Umfang der Duldungspflicht bestimmt die Verrechnungsstelle im Rahmen der clearingrechtlichen Vorschriften nach ihrem pflichtgemässen Ermessen. Der Schuldner kann daher verpflichtet werden, alle seine Bücher zur Verfügung zu halten, nicht nur diejenigen, die normalerweise über den Zahlungsverkehr Auskunft geben, sowie alle zugehörigen Unterlagen, wie Verträge, Fakturen, Korrespondenzen etc. Er muss sich auch gefallen lassen, dass seine gesamten Warenvorräte in und ausser seinen Geschäftsräumen von den Beamten der Verrechnungsstelle kontrolliert werden.

zu retournieren ist; es ist der Verrechnungsstelle auf jeden Fall zurückzusenden, selbst wenn die Sendung an einen andern Adressaten ging oder zur Verfügung gestellt wurde. Ist die Einfuhr nicht für Rechnung des auf der Zolldeklaration genannten Empfängers getätigt worden, so hat dieser die Formulare an den eigentlichen Importeur weiterzuleiten, unter Anzeige an die Verrechnungsstelle, mit Angabe der Firma und Adresse des betreffenden Importeurs, vgl. z. B. Wegleitung der Schweizerischen Verrechnungsstelle für Importeure zum schweizerisch-jugoslawischen Verrechnungsabkommen. Die Zustellung des Frageformulars stellt sich demnach als Aufforderung der Verrechnungsstelle dar, der Auskunftspflicht zu genügen.

¹⁷⁸) Diese Duldungspflicht ist ausdrücklich festgelegt worden in den in N. 176 genannten Bestimmungen der Bundesratsbeschlüsse.

c) Den Clearingschuldner trifft ferner eine Unterlassungspflicht, nämlich die Pflicht zur Unterlassung clearingwidriger Handlungen. Sie ergibt sich mittelbar aus den Bestimmungen der Clearingabkommen, die vorschreiben, dass die Verbindlichkeiten der Clearingschuldner durch Einzahlung in Schweizerfranken bei der Schweiz. Nationalbank erfüllt werden müssen. Allein diesen Bestimmungen fehlt die Sanktion, und daher wurde diese Unterlassungspflicht unter dem Regime der ersten Clearingabkommen mit Österreich und Ungarn vielfach negiert, ohne dass dieses Verhalten irgendwelche Rechtsfolgen ausgelöst hätte¹⁷⁹⁾. Um diesen Übelständen abzuhelpen, hat Art. 8 des Bundesratsbeschlusses vom 14. Januar 1932¹⁸⁰⁾ den Clearingschuldnern ausdrücklich verboten, den Gegenwert einer clearingpflichtigen Forderung anders als durch Einzahlung an die Schweiz. Nationalbank zu leisten, und dieses Verbot ist mit wirksamen Sanktionen ausgestattet worden. Aus der heutigen Regelung folgt, dass irgendwelche Tilgung der Forderung anders als durch Einzahlung an die Schweiz. Nationalbank grundsätzlich verboten ist¹⁸¹⁾. Der Clearingschuldner hat daher nicht nur die direkte Aushändigung von in- oder ausländischen Zahlungsmitteln und deren Surrogaten an den Gläubiger oder einen Vertreter desselben zu unterlassen, sondern z. B. auch die Verfügung über Forderungen durch Verrechnung, die Einzahlung oder Überweisung auf Konten, die dem Verfügungsrecht des Gläubigers unterstehen, sowie die Hin-

¹⁷⁹⁾ Vgl. Mettler a. a. O. S. 35.

¹⁸⁰⁾ Vgl. auch Bundesratsbeschluss vom 9. Dezember 1935 Art. 12, vom 14. Juli 1936 Art. 7, vom 22. Juli 1936 Art. 4.

¹⁸¹⁾ Art. II 2 des deutsch-schweizerischen Verrechnungsabkommens vom 17. April 1935 sieht vor, dass Zahlungen von der Schweiz nach Deutschland entweder in Schweizerfranken auf ein bei der Schweiz. Nationalbank zugunsten der Deutschen Verrechnungskasse geführtes Sammelkonto oder in Reichsmark aus den Beständen des bei der Deutschen Verrechnungskasse zugunsten der Schweiz. Nationalbank geführten Sammelkontos geleistet werden können, vgl. auch Bundesratsbeschluss vom 22. Juli 1936 Art. 1 II.

gabe von Sachen an Zahlungsstatt oder zahlungshalber¹⁸²). Das Verbot erstreckt sich daher auf alle Arten der Schuldentilgung ausser der Einzahlung an die Schweiz. Nationalbank. Um dieses Verbot wirksam zu sichern, sind die zuständigen Behörden ermächtigt worden, den Postzahlungsverkehr mit den Vertragsstaaten aufzuheben¹⁸³).

Der Grundsatz, dass der Clearingschuldner jede andere, als durch Einzahlung an die Nationalbank erfolgende Tilgung seiner Schuld zu unterlassen hat, gilt indessen nicht ohne Ausnahme. Eine Zahlung des Clearingschuldners an den Gläubiger, dessen Stellvertreter oder Beauftragten in der Schweiz, verstösst dann nicht gegen die Unterlassungspflicht, wenn der Zahlungsempfänger den erhaltenen Betrag sofort an die Schweiz. Nationalbank abführt. Wird jedoch der vom Clearingschuldner erhaltene Betrag nicht auf Verrechnungskonto einbezahlt, dann bleibt derselbe für die Folgen der Verletzung der Unterlassungspflicht haftbar. Erfüllt er daher seine Verbindlichkeit in anderer Weise als durch Zahlung an die Nationalbank, so trägt er das Risiko einer Nichtablieferung des bezahlten Betrages. Eine direkte Zahlung an den Gläu-

¹⁸²) Das Devisenrecht der ausländischen Staaten hat eine reiche Praxis zu analogen Verboten entwickelt, vgl. z.B. deutsches Devisengesetz § 11, 12, dazu Hartenstein a. a. O. S. 112 ff., 124 ff.; Mettler a. a. O. S. 56.

¹⁸³) Art. 6 des Bundesratsbeschlusses vom 14. Januar 1932 erteilte den zuständigen Behörden die Ermächtigung, im Verkehr mit den Vertragsstaaten folgendes anzuordnen: a) zu verfügen, dass Überweisungen von einer schweizerischen Postcheckrechnung zugunsten einer in jenen Ländern geführten Postcheckrechnung nur durch Vermittlung der Schweiz. Nationalbank zulässig ist, b) Postcheckrechnungen für Personen oder Firmen, die in jenen Ländern ihren Wohnsitz oder ihre geschäftliche Niederlassung haben, aufzuheben, c) den Postanweisungsverkehr nach jenen Ländern, sowie den Einzugsauftragverkehr aus jenen Ländern einzustellen, d) den Nachnahmeverkehr nach der Schweiz durch die Eisenbahn und die Post einzustellen. Vgl. auch die entsprechenden Bestimmungen in den Bundesratsbeschlüssen vom 27. Juli 1934 Art. 9, vom 9. Dezember 1935 Art. 10.

biger, seinen Stellvertreter oder Beauftragten stellt auch dann keinen Verstoss gegen die Unterlassungspflicht dar, wenn sie von der Verrechnungsstelle genehmigt wird. So ist es üblich, dass Spediteuren, Banken, Inkassoagenten von der Verrechnungsstelle die Bewiligung erteilt wird, Zahlungen von schweizerischen Clearingschuldnern entgegenzunehmen¹⁸⁴). In diesem Falle geht dann die Clearingpflicht auf den Zahlungsempfänger über, und der Clearingschuldner wird von seinen Pflichten gegenüber der Verrechnungsstelle befreit.

Die Verletzung der Unterlassungspflicht, d. h. grundsätzlich jede andere als durch Einzahlung an die Nationalbank vorgenommene Begleichung der Schuld durch den Clearingschuldner, ist mit Strafe bedroht¹⁸⁵). Dabei trifft die Strafandrohung nicht nur den Schuldner selbst, sondern auch seine Stellvertreter und Beauftragten, die eine Zahlung anders als an die Nationalbank leisten, oder in der Schweiz eine solche Zahlung zu Gunsten des Gläubigers im Ausland annehmen und sie nicht an die Nationalbank abführen, und ferner auch den Clearinggläubiger, seine Stellvertreter und Beauftragten, die eine solche Zahlung in der Schweiz annehmen und sie nicht auf Verrechnungskonto einbezahlen¹⁸⁶). Da jedoch die Unterlassungspflicht des Clearingschuldners der Natur der Sache nach nicht auf das Gebiet der Schweiz beschränkt ist, sondern allgemein gilt, so stellt auch die von ihm im Ausland begangene Verletzung derselben einen strafbaren Tat-

¹⁸⁴) Vgl. Mettler a. a. O. S. 64/65.

¹⁸⁵) Bundesratsbeschluss vom 14. Januar 1932 Art. 8, vom 9. Dezember 1935 Art. 12, vom 14. Juli 1936 Art. 7, vom 22. Juli 1936 Art. 4.

¹⁸⁶) Daraus folgt, dass auch den ausländischen Clearinggläubiger eine Unterlassungspflicht trifft, welche ihm die Entgegennahme einer ausserhalb des Clearings geleisteten Zahlung in irgendeiner Form verbietet. Nach dem Territorialitätsprinzip, das nach den Bestimmungen des Bundesstrafrechts gilt, wird jedoch nur die in der Schweiz begangene Widerhandlung gegen diese Unterlassungspflicht mit Strafe bedroht.

bestand dar¹⁸⁷⁾. In allen diesen Fällen liegt die Nichtbeachtung eines staatlichen Befehles vor, welche die Strafe auslöst.

2. Die positive Einzahlungspflicht.

Das öffentliche Beschlagsrecht und die, auf Grund desselben dem Clearingschuldner auferlegten Pflichten gegenüber der Verrechnungsstelle bewirken, dass der Gegenwert der clearingpflichtigen Forderungen dem Clearing nicht entzogen werden kann. Allein der Zweck desselben wird damit noch nicht erreicht. Die Befriedigung der schweizerischen Clearinggläubiger, die durch das Clearingsystem angestrebt wird und ermöglicht werden soll, ist damit noch nicht sichergestellt. Zum Zwecke dieser Sicherstellung bestimmen die Clearingabkommen, dass die schweizerischen Clearingschuldner ihre Zahlungen an die Schweiz. Nationalbank vorzunehmen haben, und dass aus diesen die schweizerischen Clearinggläubiger in bestimmter, durch die Clearingabkommen selbst geordneter Weise befriedigt werden sollen. Es scheint daher die Annahme folgerichtig zu sein, dass den Clearingschuldner auch eine positive Einzahlungspflicht trifft, d. h. die rechtlich erzwingbare Verpflichtung, den Betrag seiner Schuld auf das Sammelkonto bei der Nationalbank einzuzahlen. Aber so folgerichtig auch diese Annahme scheinen mag, die Frage der Einzahlungspflicht ist lebhaft umstritten. Während die eine Auffassung diese Einzahlungspflicht allgemein be-

¹⁸⁷⁾ Vgl. EBG. 60 I 176. Das Bundesgericht stellt mit Recht fest: „Stünde es jedem Importeur frei, seinem Gegenkontrahenten den Kaufpreis direkt zukommen zu lassen, indem er ihm den Betrag im Ausland zur Verfügung stellt, so könnte das Clearing unter Umständen völlig wirkungslos gemacht werden.“ Die in N. 185 genannten Vorschriften stellen daher mit Bezug auf die räumliche Geltung eine Ergänzung des Territorialitätsprinzips im Sinne des Realprinzips dar, die sich, wie das Bundesgericht bemerkt, „derart aufdrängt, dass der gesetzgeberische Wille des Bundesbeschlusses über die Beschränkung der Einfuhr, auf dem die Strafandrohung beruht, kein anderer sein kann“.

jaht¹⁸⁸⁾, wird sie von anderer Seite selbst dann bestritten, wenn die Forderung durch eine ausserhalb des Clearings erfolgte Zahlung dem Beschlagsrecht der Schweizerischen Verrechnungsstelle in rechtswidriger Weise entzogen worden ist¹⁸⁹⁾.

In der Beurteilung dieser Frage ist eine interessante Entwicklung festzustellen. Beim Abschluss der ersten Clearingabkommen mit Österreich und Ungarn fehlte jeder obrigkeitliche Zwang zur Benützung des Clearingverkehrs. Daher wurde das Vorliegen einer Einzahlungspflicht ebenso verneint, wie die Nichterfüllung der Unterlassungspflicht negiert worden ist. Der Bundesrat hat daraufhin in seinem Beschluss vom 14. Januar 1932 die Strafsanktionen zur Bekämpfung clearingwidriger Handlungen aufgestellt. Allein die Praxis stellte sich auf den Standpunkt, dass damit lediglich die Verletzung der clearingrechtlichen Unterlassungspflicht unter Strafe gestellt worden sei. So erklärte das Bundesgericht¹⁹⁰⁾: „Die blossе Nichtzahlung eines dem Clearing unterstehenden Importes widerspricht dem Bundesratsbeschlusse nicht. Eine Übertretung desselben liegt erst dann vor, wenn die Bezahlung des Kaufpreises anders als an die Nationalbank erfolgt.“ Damit war das Bestehen einer positiven Einzahlungspflicht abgelehnt, und diese wurde selbst dann nicht angenommen, wenn eine clearingwidrige Handlung erfolgt war. Doktrin und Praxis standen bis ins Jahr 1935 hinein auf dem Standpunkt, dass durch die clearingwidrige Zahlung die Schuld des Clearingschuldners wirksam getilgt, und damit auch die Clearingpflicht erloschen sei. Die clearingwidrige Handlung löse daher nur den Strafanspruch des Staates aus, dagegen bleibe ein Einzahlungsanspruch der Verrechnungsstelle nicht bestehen¹⁹¹⁾.

¹⁸⁸⁾ Vgl. z. B. Mettler a. a. O. S. 36 ff.

¹⁸⁹⁾ Vgl. z. B. einen Artikel „Mängel und Lücken des Clearingrechts“ N.Z.Z. Nr. 1254 vom 21. Juli 1936.

¹⁹⁰⁾ EBG. 60 I 175.

¹⁹¹⁾ Vgl. Kössler, 28 SJZ. 312, Wegelin, 29 SJZ. 375, Vieli a. a. O. S. 18, Jaccard a. a. O. S. 58 ff., Mettler a. a. O. S. 49/50.

Eine Wendung bedeuteten die Bestimmungen in den Bundesratsbeschlüssen vom 27. Juli 1934 und 9. Dezember 1935 über die Durchführung der mit Deutschland und Italien abgeschlossenen Verrechnungsabkommen, die vorsahen, dass clearingwidrige Handlungen nicht von der Einzahlungspflicht an die Schweiz. Nationalbank entbinden sollen. Diese Bestimmungen hatten nur dann einen Sinn, wenn in einem solchen Falle die Verrechnungsstelle den Anspruch auf Einzahlung wirksam durchsetzen konnte. Auf Grund dieser Bestimmungen ging die Verrechnungsstelle dazu über, in Fällen clearingwidriger Zahlung nicht nur eine strafrechtliche Verfolgung einzuleiten, sondern auch dem Strafrichter den Antrag zu stellen, den strafbaren Clearingschuldner zur Einzahlung des Betrages seiner Schuld an die Schweiz. Nationalbank zu verurteilen. Diesem Antrag wurde zum erstenmal im Urteil des Polizeigerichtes Baselstadt vom 25. Oktober 1935 in Sachen Jawetz stattgegeben¹⁹²⁾, und dieses Urteil ist sowohl vom Basler Appellationsgericht wie vom bundesgerichtlichen Kassationshof bestätigt worden¹⁹³⁾. Das Bundesgericht führt dabei aus, dass die Pflicht zur Einzahlung der in ihrer Höhe nicht bestrittenen Kaufpreisbeträge an die Nationalbank ohne Zweifel eine Rechtspflicht sei, die rechtskräftig und vollstreckbar festzustellen sei. Dafür falle sowohl der Weg der Verfügungsverfügung, wie der Antrag an den Strafrichter in Betracht. „Die Einzahlungspflicht hat nicht den Ersatz eines Schadens zum Gegenstande,

¹⁹²⁾ Das Gericht führt zur Begründung seines Entscheides folgendes aus: „Entgegen seiner früheren Praxis, in denen das Gericht auf gleichlautende Anträge nicht eintrat, weil es sich beim Clearing mangels eines Geschädigten nicht um Schadensersatzansprüche handelt, folgt das Gericht heute diesem Antrag aus der Erwägung, dass Art. 4 des zitierten Bundesratsbeschlusses eine besondere, aus der Verletzung dieses Bundesratsbeschlusses fließende Einzahlungspflicht statuiert, deren causa Art. 4 selbst umschreibt, nämlich die Leistung von Zahlungen entgegen den Bestimmungen des Bundesratsbeschlusses.“

¹⁹³⁾ EBG. 62 I 196 ff.

den die Schweizerische Eidgenossenschaft, vertreten durch die Verrechnungsstelle, als Klägerin vor dem Richter einzufordern hätte. Es handelt sich überhaupt nicht um einen Anspruch aus unerlaubter Handlung, sondern um eine kraft öffentlichen Rechts aus dem Warenbezug entstandene Verpflichtung, die trotz der strafbaren anderweitigen Bezahlung fortbesteht und vom Strafrichter von Amtes wegen auszusprechen ist¹⁹⁴⁾. Damit ist klargestellt, dass auf Grund der Bestimmungen der genannten Bundesratsbeschlüsse die Verrechnungsstelle im Falle clearingwidriger Zahlung die Einzahlungspflicht wirksam erzwingen kann^{194 a)}. Aber das Bundesgericht erklärt es als fraglich, ob ohne eine solche positive Vorschrift „sich aus dieser öffentlich-rechtlichen Beschlagnahme ohne weiteres ableiten liesse, die Pflicht zur Einzahlung werde durch eine vorschriftswidrig in anderer Weise geleistete Zahlung nicht berührt.“

Es bleibt daher zu prüfen, ob auch ohne eine positive Vorschrift in den Clearingabkommen oder in den bundesrechtlichen Verordnungen eine Einzahlungspflicht dann besteht, wenn der Clearingschuldner seine Schuld in clearingwidriger Weise tilgt. Darüber hinaus aber erhebt sich die allgemeine Frage, die bis heute unentschieden geblieben ist, ob nicht eine positive Einzahlungspflicht mit der Be-

¹⁹⁴⁾ Das Bundesgericht betont a. a. O. S. 202 f. mit Recht, dass die kumulative Verurteilung zu Nacherfüllung und Strafe den anzuwendenden Bestimmungen entspreche und andererseits auch nicht der Logik widerspreche. „Es lässt sich sehr wohl rechtfertigen, den Übertreter solcher Gebote neben der nachträglichen Erfüllung, wie sie auch der die Vorschrift befolgende Bürger ohne weiteres zu leisten hat, zu Strafe für die Übertretung zu verurteilen, die eben, auch wenn den Geboten hinterher Nachachtung verschafft werden kann, als begangene Rechtsverletzung zu sühnen ist.“ Das Bundesgericht beruft sich auf ähnlich gelagerte Fälle beim Handelsreisendengesetz, beim Militärpflichtersatzgesetz, sowie bei der kriegsrechtlichen Ordnung über die Einfuhrverbote.

^{194 a)} So nun auch die neuere Rechtsprechung, vgl. z. B. Urteil des Obergerichtes Zürich, N.Z.Z. 25. Januar 1937 Blatt 6.

gründung oder der Fälligkeit der clearingpflichtigen Forderung selbst entsteht, also in der Clearingpflicht eingeschlossen ist und daher nicht erst infolge einer clearingwidrigen Zahlung entsteht. Die Verwaltungspraxis sowohl der Verrechnungsstelle¹⁹⁵⁾, wie des Volkswirtschaftsdepartements¹⁹⁶⁾ scheint auf dem Standpunkt zu stehen, dass diese positive Einzahlungspflicht gegeben sei, und von der Fälligkeit der Forderung an bestehe, ohne dass freilich die Verrechnungsstelle bis heute einen grundsätzlichen Entscheid in dieser Frage herbeigeführt hätte. Wenn diese Auffassung richtig ist, dann ergibt sich daraus die Folge, dass die Verrechnungsstelle mit der Gel-

¹⁹⁵⁾ In der allgemeinen Wegleitung der Schweizerischen Verrechnungsstelle zum Clearing mit Italien wird unter Ziff. II 6 folgendes ausgeführt: „Sämtliche clearingpflichtigen Zahlungen haben bei Fälligkeit zu erfolgen. Im Warenverkehr gilt ausserdem, dass Waren, welche aus Italien oder einem italienischen Hoheitsgebiet eingeführt werden, spätestens innert der nachfolgenden Fristen in den Clearing einzuzahlen sind: Kontingentierte Waren einen Monat nach erfolgtem Import in die Schweiz, nicht kontingentierte Waren drei Monate nach erfolgtem Import in die Schweiz. Im Bestreben, auf die im Handel bisher üblichen Zahlungsfristen nach Möglichkeit Rücksicht zu nehmen, erklärt sich die Schweizerische Verrechnungsstelle bereit, bei Vorliegen triftiger Gründe und auf schriftliches Gesuch hin, in Einzelfällen von der Einhaltung der genannten Zahlungsfristen ausnahmsweise abzuweichen.“ Daraus folgt, dass nach Ansicht der Verrechnungsstelle die Einzahlungspflicht mit der Fälligkeit der Forderung entsteht und nur durch eine von ihr getroffene Verfügung erst in einem spätern Zeitpunkt entstehen kann.

¹⁹⁶⁾ Das Eidg. Volkswirtschaftsdepartement erteilt den Importeuren kontingentierter Waren die Kontingente nur unter der Auflage, dass sie innert 30 Tagen nach der Einfuhr den Gegenwert an die Nationalbank abführen. Wird die Einzahlungspflicht nicht oder nicht rechtzeitig erfüllt, so werden den betreffenden Importeuren keine weiteren Kontingente mehr erteilt. Diese Auflage erfolgt auf Grund von Art. 2 des Bundesbeschlusses vom 14. Oktober 1933, der vorsieht, dass die Einfuhr von Bewilligungen abhängig gemacht werden kann, wobei deren Bedingungen vom Bundesrat, bezw. vom Eidg. Volkswirtschaftsdepartement festgesetzt werden, vgl. Mettler a. a. O. S. 38.

tendmachung des ihr zustehenden Einzahlungsanspruches nicht zu warten braucht, bis allenfalls der Clearing-schuldner seine Unterlassungspflicht verletzt, sondern auf Grund einer rechtskräftigen und vollstreckbaren Verfügung, bezw. im Falle der Weiterziehung derselben im verwaltungsrechtlichen Instanzenzug auf Grund eines vollziehbaren Beschwerdeentscheides, ihren Anspruch durchsetzen kann^{196a}). Sie könnte daher eine solche Forderung gemäss Art. 43 SchKG. wie eine andere öffentlich-rechtliche Forderung im Wege der Zwangsvollstreckung eintreiben¹⁹⁷). Ausserdem aber würde sich die Nichterfüllung der Einzahlungspflicht als eine clearingwidrige Handlung darstellen, die unter Strafe gestellt ist^{197a}).

^{196a}) Die Durchsetzung erfolgt daher nicht durch Klage beim Zivilrichter. Die Verrechnungsstelle wäre nicht, wie Mettler a. a. O. S. 45 fälschlicherweise annimmt, in einem zivilrechtlichen Prozess aktiv-legitimiert. Sie tritt daher auch im Strafprozess nicht etwa als Zivilpartei auf, um einen Schadensersatzanspruch geltend zu machen, sondern als antragstellende Behörde. Die Nichtigkeitsbeschwerde gegenüber einem kantonalen Urteil könnte daher auch nicht von der Verrechnungsstelle, sondern müsste auf Antrag derselben von der Bundesanwaltschaft ergriffen werden, EBG. 62 I 202. Vgl. auch Rosset a. a. O. S. 254a, 255a.

¹⁹⁷) Vgl. Blumenstein, Die Zwangsvollstreckung von öffentlich-rechtlichen Geldforderungen nach schweizerischem Recht, Berner Festgabe für das Bundesgericht 1924.

^{197a}) Art. 8 des Bundesratsbeschlusses vom 14. Januar 1932 (analog die entsprechenden Bestimmungen der übrigen Bundesratsbeschlüsse) schreibt in allgemeiner Weise vor, dass unter Strafe gestellt ist, „wer den vom Eidg. Volkswirtschaftsdepartement erlassenen Verfügungen zuwiderhandelt oder in anderer Weise in der Schweiz zur Durchführung dieses Beschlusses getroffene, behördliche Massnahmen hindert oder zu hindern versucht“. Das Bundesgericht hat in 60 I 176 festgestellt, dass „unter diese Bestimmung alle Handlungen eingereiht werden können, welche die Verwirklichung des mit den Devisenabkommen verfolgten Zweckes, Verwendung des Kaufpreises für die aus einem bestimmten Lande in die Schweiz eingeführten Waren zur Deckung der schweizerischen Exportguthaben auf dieses Land, hindern“. Eine solche Hinderung liegt nach dieser Auffassung auch dann

Bei der Beurteilung der Frage der positiven Einzahlungspflicht ist davon auszugehen, dass schon die Clearingabkommen die Vertragsstaaten verpflichten, alle geeigneten Massnahmen zur Durchführung zu treffen, „insbesondere, um die Schuldner und Gläubiger des betreffenden Landes zur Einhaltung der Bestimmungen des Abkommens zu verpflichten“¹⁹⁸). Das Clearing kann nur dann seinen Zweck erreichen, wenn in den Vertragsstaaten die clearingpflichtigen Forderungen durch Bezahlung auf Verrechnungskonto beglichen werden. Denn nur in diesem Falle stehen die Mittel zur Verfügung, um die eigenen Clearinggläubiger zu befriedigen, und werden die Voraussetzungen erfüllt, um den Auszahlungsanspruch des ausländischen Gläubigers gegenüber seiner Verrechnungsstelle zur Entstehung zu bringen. Daraus ergibt sich für die Schweiz als Vertragsstaat die völkerrechtliche Verpflichtung, die Clearingschuldner „zur Benützung des Clearingsystems zu zwingen“¹⁹⁹), und landesrechtlich die Notwendigkeit, die Einzahlungspflicht positiv anzuordnen. Diese Festsetzung ist erfolgt in Art. 2 des Bundesratsbeschlusses vom 14. Januar 1932²⁰⁰), der mit klaren Worten vorschreibt, dass Personen und Firmen, die Waren aus dem Vertragsstaat in die Schweiz einführen, „verpflichtet sind, die Zahlung an die Schweiz. Nationalbank zu leisten“.

vor, „wenn eine clearingpflichtige Ware in die Schweiz eingeführt wird, deren Kaufpreis im Ausland bezahlt wurde und daher nicht mehr zur Abtragung schweizerischer Exportguthaben verwendet werden kann“. Allein sie ist auch dann gegeben, wenn die positive Einzahlungspflicht nicht erfüllt wird, und damit der entsprechende Betrag nicht der Verrechnungsstelle zur Befriedigung der schweizerischen Clearinggläubiger zur Verfügung gestellt wird.

¹⁹⁸) Schweizerisch-italienisches Clearingabkommen vom 3. Dezember 1935 Art. 14.

¹⁹⁹) Schweizerisch-türkisches Clearingabkommen vom 29. Dezember 1933 Art. VI Absatz 1.

²⁰⁰) Übereinstimmende Regelung in den Bundesratsbeschlüssen zur Durchführung des Verrechnungsverkehrs mit Italien und Deutschland, Bundesratsbeschluss vom 9. Dezember 1935 Art. 1, vom 22. Juli 1936 Art. 1 Absatz 3.

Schon der gesetzliche Wortlaut spricht eindeutig für eine Rechtspflicht der Clearingschuldner gegenüber der Verrechnungsstelle. Aber nicht nur der Wortlaut, sondern auch der Zweck dieser Bestimmung verlangt nach demselben Ergebnis. Der rechtspolitische Grund, eine positive Zahlungspflicht festzulegen, liegt nicht in der Pönalfunktion im Falle einer clearingwidrigen Zahlung, sondern darin, dass die Zweckerfüllung des Clearings nur dann gesichert ist, wenn der Träger des Clearings kraft seines positiven Herrschaftsrechtes über die beschlagnahmten Forderungen die Clearingschuldner zur Einzahlung an die Nationalbank zwingen kann. Das Bundesgericht hat mit Recht darauf hingewiesen, dass „die Zahlung, die der Schuldner zu leisten hat, gar nicht dem ausländischen Gläubiger, sondern der Nationalbank zu Handen der darauf berechtigten inländischen Destinatäre zukommen soll“²⁰¹). Die Befriedigung der schweizerischen Gläubiger, die durch das Clearingsystem angestrebt wird, ist nur dann möglich, wenn und soweit die schweizerischen Schuldner ihre Einzahlungen an die Nationalbank leisten. Daher trifft die Feststellung des Bundesgerichtes allgemein zu: „Die Verrechnungsstelle darf prompte Einzahlung verlangen, damit die Nationalbank in der Auszahlung an die Destinatäre nicht gehindert sei“²⁰¹).

Aus diesen Überlegungen folgt, dass die positive Einzahlungspflicht besteht, und zwar vom Momente der Fälligkeit der clearingpflichtigen Forderung an. Sie ist unabhängig davon, ob eine positive Vorschrift erklärt, dass die clearingwidrige Zahlung von der Einzahlungspflicht an die Nationalbank nicht befreie, weil sie nicht durch eine den Vorschriften des Clearingrechts widerstrebende Zahlung an den Clearinggläubiger ausgelöst wird, sondern durch den Zweck des Clearings selbst bedingt und durch positive Vorschrift als Rechtspflicht begründet worden ist. Sie ist das Korrelat des Beschlagsrechtes wie des positiven Herrschaftsrechtes der Clearingstelle über die beschlagnahmten

²⁰¹) EBG. 62 I 200/201.

Forderungen. Als Gegenstück der ersteren hat sie zur Folge, dass der Clearingschuldner trotz der Befriedigung des Clearinggläubigers zur Einzahlung an die Nationalbank und damit zu einer zweiten Leistung, ohne Rücksicht auf die ihm daraus entstehenden Widerwärtigkeiten, verpflichtet bleibt²⁰²⁾, ganz ähnlich wie der Gläubiger einer gepfändeten Forderung, der nach erfolgter Anzeige der Pfändung noch an den Schuldner bezahlt, zur Leistung an das Betreibungsamt verpflichtet bleibt²⁰³⁾. Als Gegen-

²⁰²⁾ Wenn auf diese Weise dem ausländischen Gläubiger eine zweite Zahlung durch die Clearingstelle seines Staates zukommt, so erscheint er um den Betrag dieser zweiten Zahlung als ungerechtfertigt bereichert, weil seine Forderung durch die ausserhalb des Clearings erfolgte Zahlung untergegangen ist. Siehe infra N. 274. Der schweizerische Clearingschuldner kann daher diese Zahlung kondizieren, wobei sie aber im Vertragsstaat gesperrt bleiben und nicht durch das Clearing zurückerstattet werden dürfte. Das Bundesgericht betont, dass der Schuldner die daraus entstehenden Widerwärtigkeiten seinem eigenen, vorschriftswidrigen Verhalten zuzuschreiben hat. Freilich wäre es möglich, dass in einem solchen Falle die Verrechnungsstelle z. B. mit den deutschen Behörden eine Vereinbarung trifft, dass der auf diese Weise befriedigte Gläubiger als Clearingsansprecher für die betreffende Forderung ausgeschaltet, und dass für den dadurch ausfallenden Anspruch an die deutsche Clearingzahlstelle auf die Gutschrift bei der Schweiz. Nationalbank verzichtet wird, sodass dann bei der Schlussabrechnung eine Rückvergütung an den Schuldner erfolgen könnte, vgl. EBG. 62 I 201. Aber die ausländische Clearingstelle braucht zu einer solchen Vereinbarung keine Hand zu bieten, und dann bleibt der kondizierte Betrag den Devisenrestriktionen des ausländischen Staates unterworfen, vgl. Rosset a. a. O. S. 256a/257a.

²⁰³⁾ SchKG. Art. 99. Der zahlende Schuldner hat lediglich einen Bereicherungsanspruch gegen seinen ursprünglichen Gläubiger, den Betriebenen. Auch im Konkurs kann die Forderung nach Eröffnung des Konkurses nicht mehr durch Zahlung an den Gemeinschuldner getilgt werden. Eine solche Zahlung bewirkt gegenüber den Konkursgläubigern nach Art. 205 nur insoweit Befriedigung, als das Geleistete in die Konkursmasse gelangt. Soweit dies nicht der Fall ist, bleibt der zahlende Schuldner auf einen Bereicherungsanspruch gegenüber dem Gemeinschuldner

stück des positiven Herrschaftsrechts stellt sie die Verpflichtung des Clearingschuldners dar, den Betrag seiner Schuld der Schweizerischen Verrechnungsstelle zum Zwecke der Befriedigung schweizerischer Clearinggläubiger zur Verfügung zu stellen²⁰⁴). Sie besteht demnach nicht von der Begründung, aber von der Fälligkeit der Forderung an.

Die Einzahlungspflicht geht regelmässig mit ihrer Erfüllung unter^{204a}). Da die Zahlung an die Schweiz. Nationalbank und nicht an die Verrechnungsstelle zu erfolgen hat, entsteht für den zahlenden Clearingschuldner in diesem Zeitpunkte eine Meldepflicht. Er hat die Einzahlung der Verrechnungsstelle anzuzeigen, und erst auf Grund derselben verfügt die Verrechnungsstelle die Entlastung des Clearingschuldners²⁰⁵). Diese Verfügung hat aber nur deklaratorische Bedeutung, weil die Einzahlungs-

beschränkt, vgl. Blumenstein, Handbuch SchKG. 344, 698, Jaeger, 99 N. 5, 205 N. 4/5.

²⁰⁴) Der Einzahlungspflicht des Clearingschuldners steht eine Annahmepflicht der Clearingstelle gegenüber. Der Clearingschuldner hat daher einen Rechtsanspruch auf Annahme seiner clearingpflichtigen Zahlung, und zwar muss diese Annahme eine bedingungslose sein. Das ist in einzelnen Abkommen ausdrücklich festgelegt worden, wie auch vorgesehen worden ist, dass die Annahmepflicht sich auf Teilzahlungen erstreckt, vgl. im einzelnen Mettler a. a. O. S. 46/47.

^{204a}) Da es sich um die Erfüllung einer vermögensrechtlichen Pflicht handelt, hat sie nicht persönlich durch den Clearingschuldner zu erfolgen; sie kann daher auch durch einen Stellvertreter oder Beauftragten, z. B. eine Bank, vorgenommen werden. Das ist gelegentlich in einzelnen Clearingabkommen ausdrücklich festgesetzt, vgl. z. B. schweizerisch-italienisches Clearingabkommen, Art. 7, gilt aber auch ohne eine solche ausdrückliche Bestimmung.

²⁰⁵) In den Wegleitungen der Verrechnungsstelle ist bestimmt: „Die Einzahlung des Gegenwertes der importierten Waren in den Clearing ist der Verrechnungsstelle anzuzeigen. Eine Empfangsbestätigung wird nur erteilt, eine Entlastung gewährt und die Verpflichtung zur auftragsgemässen Überweisung nur übernommen, sofern die Einzahlung in der geforderten Weise ordnungsgemäss angezeigt wird.“ Für diese Meldung sind besondere Formulare zu verwenden.

pflicht mit ihrer Erfüllung untergegangen ist. Nur in ausserordentlichen Fällen erlischt die Einzahlungspflicht lediglich durch Verfügung der Verrechnungsstelle: Wenn sie verfügt, dass die private Verrechnung genehmigt oder in Härtefällen eine ausserhalb des Clearings vorzunehmende Zahlung bewilligt werde, so liegt darin nicht nur eine Dispensation von der Unterlassungspflicht, sondern auch eine Befreiung von der Einzahlungspflicht. Ein Anspruch auf Erteilung einer solchen Bewilligung ist aber nicht gegeben, sie liegt im freien Ermessen der Verrechnungsstelle. Diese kann auch durch Verfügung die Einzahlungspflicht vorübergehend suspendieren, wenn bei einem grossen Clearingpassivum weitere Einzahlungen den Clearingverkehr durch Erhöhung des Saldos erschweren würden²⁰⁶). In diesem Falle entfällt die Einzahlungspflicht während der von der Verrechnungsstelle verfügten Frist, dagegen bleiben die aus der Beschlagnahme der Forderung sich ergebenden Pflichten, vor allem die Unterlassungspflicht, bestehen.

3. Das öffentlich-rechtliche Gewaltverhältnis.

Durch die Sätze des Clearingrechts wird zwischen dem Staat, bzw. der Verrechnungsstelle als Träger des Clearings, und dem Clearingschuldner ein Rechtsverhältnis begründet. Dieses zeichnet sich aus durch die Ungleichheit der beteiligten Subjekte. Der Verrechnungsstelle, als einem Träger öffentlicher Verwaltung, ist die Ausübung von Herrschaftsrechten verliehen, die im öffentlichen Interesse geschaffen worden sind, nämlich des Beschlagsrechtes mit Bezug auf die clearingpflichtigen Forderungen und des positiven Herrschaftsrechtes, den Gegenwert dieser Forderungen einzuziehen und zum Zwecke der Befriedigung der schweizerischen Clearinggläubiger zu verwenden. Es handelt sich dabei um Rechte, die dem Staat als Herrn der Rechtsordnung selbst zustehen, mithin um einen jener Fälle, in dem das Subjekt

²⁰⁶) Vgl. im einzelnen Mettler a. a. O. S. 40 ff.

der Herrschaftsrechte auch Quelle derselben ist, sodass das subjektive und das objektive Recht des Imperiums in seinem Träger zusammenfliessen²⁰⁷⁾. Der Staat, bzw. der von ihm eingesetzte Rechtsträger des Clearings, übt damit eine Herrschaft aus, deren Bestand ausschliesslich auf seinem Willen beruht. Ihr Gegenstück bilden die Verpflichtungen, die den schweizerischen Clearingschuldnern einseitig auferlegt sind, vor allem die negative Pflicht zur Unterlassung clearingwidriger Handlungen und die positive Einzahlungspflicht. Das ganze Rechtsverhältnis zeigt jene unbedingte Willensüberordnung des Trägers der öffentlichen Gewalt über den Willen der beteiligten Privatpersonen, die das typische Merkmal des öffentlich-rechtlichen Gewaltverhältnisses bildet²⁰⁸⁾. Das Rechtsverhältnis zwischen Verrechnungsstelle und Clearingschuldner gehört daher in allen Teilen dem öffentlichen Rechte an²⁰⁹⁾. Daraus folgt auch, dass irgendeine freie Gestaltung desselben durch Vereinbarung der Parteien ausgeschlossen ist. Das Rechtsverhältnis ist ausschliesslich von Sätzen des objektiven Rechts beherrscht.

Dieses Rechtsverhältnis zwischen der Verrechnungsstelle und dem Clearingschuldner stellt sich als ein besonderes Gewaltverhältnis dar. Der Clearingschuldner unterliegt einer gesteigerten Gehorsamspflicht, die sich auf alle Befehle erstreckt, die ihm im Interesse der Erreichung des Clearingzweckes von der Verrechnungsstelle

²⁰⁷⁾ Vgl. Nawiasky, Forderungs- und Gewaltverhältnisse, S.A. aus der Festschrift für Zitelmann, 1913, S. 22 ff.

²⁰⁸⁾ Vgl. Fleiner a. a. O. S. 164, Nawiasky a. a. O. S. 13 ff., insbesondere S. 24, 31.

²⁰⁹⁾ Vgl. Jaccard a. a. O. S. 40/41, Mettler a. a. O. S. 43 ff. Auch das durch die Beschlagnahme von Waren (siehe supra N. 140) geschaffene Rechtsverhältnis qualifiziert sich als öffentlich-rechtliches Gewaltverhältnis. Dabei ist gleichgültig, wer der Träger des öffentlichen Beschlagsrechtes ist. Es kann auch ein privatrechtliches Subjekt sein, dem dieses Recht vom Staat verliehen wird. So waren z. B. nach deutschem Kriegsrecht die privatrechtlich organisierten Kriegsgesellschaften die Träger des öffentlichen Beschlagsrechtes, vgl. Lehmann a. a. O. S. 10 ff.

erteilt werden. Um die Durchführung derselben sicherzustellen, wird er einer besondern Überwachungsgewalt unterworfen. Die Kontrolle der beschlagnahmten Forderungen und ihrer Einzahlungen an die Nationalbank wird in erster Linie von der Schweizerischen Verrechnungsstelle ausgeübt. Aber auch andere staatliche Organe sind kraft ausdrücklicher Anordnung verpflichtet, an dieser Kontrolle mitzuwirken. In allen Bundesratsbeschlüssen zur Durchführung des Clearings ist vorgesehen²¹⁰⁾, dass die Oberzolldirektion, die Generaldirektion der Post- und Telegraphenverwaltung und die schweizerischen Transportanstalten die erforderlichen Massnahmen zu treffen haben, um bei der Sicherstellung der Einzahlungen des Schuldners in der Schweiz an die Nationalbank mitzuwirken. Grundlage und Begrenzung des Gewaltverhältnisses bilden die in den Clearingabkommen, sowie den bundesrätlichen Verordnungen²¹¹⁾ aufgestellten Rechtssätze. Die Erteilung der ungezählten Einzelverfügungen, die zur Erreichung des Clearingzweckes erforderlich sind, ist dem pflichtgemässen Ermessen der Verrechnungsstelle überlassen. Ihre allgemeinen Anweisungen oder Wegleitungen für die Clearingschuldner qualifizieren sich als allgemeine Dienstbefehle, während die Einzelbefehle in Gestalt von Verfügungen ergehen. Die besondere Befehlsgewalt der Verrechnungsstelle ist daher nichts anderes als die öffentliche Gewalt selbst, die ihr zur Durchführung des Clearingzweckes übertragen ist. Der Sicherung der Rechtsstellung des Clearingschuldners dient das verwaltungsrechtliche Beschwerdeverfahren²¹²⁾.

²¹⁰⁾ Bundesratsbeschluss vom 14. Januar 1932 Art. 7 II, vom 27. Juli 1934 Art. 10 II, vom 9. Dezember 1935 Art. 11 II, vom 14. Juli 1936 Art. 6 I.

²¹¹⁾ Die „Verfügungen“ des Eidg. Volkswirtschaftsdepartements, zu deren Erlass dieses durch die Bundesratsbeschlüsse ermächtigt worden ist, sind Verordnungen, und zwar im wesentlichen Rechtsverordnungen, die Rechtssätze enthalten; siehe supra Einleitung III 3.

²¹²⁾ Siehe supra N. 144.

IV. Die Rechtsstellung des Clearinggläubigers.

Die öffentlich-rechtliche Beschlagnahme und Einziehung der clearingpflichtigen Forderungen erfolgt zugunsten der Gesamtheit clearingberechtigter schweizerischer Gläubiger. Auf Grund der Clearingabkommen, sowie der bundesrechtlichen Vorschriften steht diesen ein Forderungsrecht gegenüber der Verrechnungsstelle zu. Daher wird durch Sätze des objektiven Rechts auch ein Rechtsverhältnis zwischen ihr und den Clearinggläubigern begründet. Den Kern desselben bildet das Forderungsrecht des Clearinggläubigers, das so wenig wie die Einzahlungspflicht des Clearingschuldners auf einem Privatrechtstitel beruht. Dem Clearinggläubiger sind allerdings auch Rechtspflichten auferlegt, die indessen nur von sekundärer Bedeutung sind, weil sie lediglich der vertragsmässigen Abwicklung des Auszahlungsanspruches dienen sollen.

1. Das Forderungsrecht des Clearinggläubigers.

a) Die Entstehung des Forderungsrechts ist verschieden, je nachdem es sich um das Zwangsclearing oder das durch die Clearingabkommen geordnete Clearing handelt. Beim Zwangsclearing entsteht das Forderungsrecht des Clearinggläubigers gegenüber der Verrechnungsstelle mit der Fälligkeit der clearingberechtigten Forderung. Dies ergibt sich daraus, dass das Zwangsclearing eine vom Staate angeordnete, einseitige Beschlagnahme und Einziehung der clearingpflichtigen Forderungen zugunsten der schweizerischen Gläubiger darstellt. Diese korrespondiert nicht mit Einzahlungen in demjenigen Staate, gegenüber welchem das Zwangsclearing angeordnet worden ist. Es findet daher auch keine Verrechnung zwischen den beiden Staaten statt. Vielmehr werden ganz einfach die Zahlungen schweizerischer Clearingschuldner von der Verrechnungsstelle zur Befriedigung der schwei-

zerischen Clearinggläubiger verwendet²¹³). Voraussetzung für den Bestand eines Forderungsrechtes gegenüber der Verrechnungsstelle ist selbstverständlich die Clearingberechtigung der Forderung, deren Nachweis vom Clearinggläubiger zu leisten ist.

Bei dem, durch die Clearingabkommen geregelten Clearing entsteht dagegen das Forderungsrecht des Clearinggläubigers gegenüber der Verrechnungsstelle nicht bereits mit der Fälligkeit der clearingberechtigten Forderung. Durch die Clearingabkommen ist festgelegt, dass die Clearingschuldner in den beiden Vertragsstaaten ihre Zahlungen an die Clearingstellen, bzw. an die Nationalbank leisten müssen, dass diese Einzahlungen einem Sammelkonto gutgeschrieben werden und dass diese Sammelkonti laufend miteinander verrechnet werden. Durch die Einzahlung bei der Verrechnungsstelle des einen Staates entsteht daher eine Devisenforderung der Verrechnungsstelle des anderen Staates gegenüber der ersteren. Wenn z.B. ein italienischer Clearingschuldner eine Zahlung bei der italienischen Verrechnungsstelle zugunsten eines schweizerischen Clearinggläubigers vornimmt, so wird damit eine Devisenforderung der Schweizerischen Verrechnungsstelle gegenüber der italienischen begründet. Diese Devisenforderungen werden gegenseitig verrechnet und damit erfüllt; auf diese Weise verwirklicht sich der devisenlose Zahlungsverkehr. Die Verrechnung erfolgt automatisch, sobald sich die Devisenforderungen gegenüberstehen. Sie vollzieht sich daher kraft Rechtssatzes, und es bedarf dazu keiner rechtsgeschäftlichen Handlung.

Fraglich ist nun aber, wann das Forderungsrecht des Clearinggläubigers gegenüber der Verrechnungsstelle zur Entstehung gelangt. Es ist der Standpunkt vertreten worden, dass auch in diesen Fällen der Auszahlungs-

²¹³) Vgl. z. B. Bundesratsbeschluss vom 14. Juli 1936 Art. 5: „Die bei der Schweiz. Nationalbank eingehenden Beträge stehen ausschliesslich zur Verfügung der in der Schweiz domizilierten Gläubiger.“

anspruch schon mit der Begründung, bezw. der Fälligkeit der clearingberechtigten Forderung entstehe, sodass die Einzahlung des Clearingschuldners im Vertragsstaat nur eine Voraussetzung für die Fälligkeit, bezw. die Geltendmachung des Anspruches darstellen würde²¹⁴). Allein diese Auffassung erscheint nicht richtig zu sein. Denn bei dem System des Clearings, wie es die Clearingabkommen geschaffen und ausgestaltet haben, hängt die Begründung einer Devisenforderung der Verrechnungsstelle gegenüber der Clearingstelle des Vertragsstaates von der Einzahlung des ausländischen Schuldners bei derselben ab. Ohne diese Einzahlung entsteht keine Forderung der Schweizerischen Verrechnungsstelle, und es kann daher eine Verrechnung nicht erfolgen. Gerade wenn man annimmt, dass der Schweizerischen Verrechnungsstelle die Stellung einer Art gesetzlicher Treuhänderin zukommt²¹⁵), so muss man daraus folgern, dass selbstverständlich ihr gegenüber ein Forderungsrecht des schweizerischen Gläubigers so lange nicht entstehen kann, als sie nicht selbst eine Forderung

²¹⁴) Vgl. Jaccard a. a. O. S. 50 f. „Le versement du débiteur au compte de clearing n'est pas la cause juridique du paiement subséquent qui interviendra en faveur du vendeur; il légitime simplement la prétention du créancier, — détenteur dès lors d'un titre valable et exécutoire, — à obtenir le règlement de son dû sur les disponibilités réunies par l'Office de clearing dont il relève. Le versement en d'autres termes, consolide le droit au paiement, jusqu'alors virtuel et conditionnel, du créancier et lui fait prendre rang dans la masse de ses semblables, qui attendent leur tour de paiement.”

²¹⁵) Vgl. Wegelin a. a. O. S. 375, Vieli a. a. O. S. 27. Mettler betont a. a. O. S. 82/83, dass diese theoretische Konstruktion keinerlei praktische Bedeutung hat, weil sich die Rechtsstellung der Verrechnungsstelle ausschliesslich nach den Sätzen des objektiven Rechts bestimmt. Als Trägerin öffentlicher Verwaltung ist ihre Tätigkeit beherrscht von dem allgemeinen verwaltungsrechtlichen Grundsatz der gesetzmässigen Verwaltung, d. h. der Bindung an die Sätze des objektiven Rechts, vgl. Fleiner a. a. O. S. 130 ff. Auch ihre Haftung bestimmt sich ausschliesslich nach den für die öffentliche Verwaltung geltenden Grundsätzen.

gegenüber der ausländischen Verrechnungsstelle erhält. Erst die Einzahlung des ausländischen Schuldners bei seiner Clearingstelle begründet daher die Verpflichtung der Schweizerischen Verrechnungsstelle, den schweizerischen Gläubiger zu befriedigen. Die Begründung eines Forderungsrechtes der Schweizerischen Verrechnungsstelle gegenüber der ausländischen, wie es durch die Rechtssätze der Clearingabkommen geordnet wird, ist daher Voraussetzung dafür, dass ein Rechtsanspruch des schweizerischen Gläubigers ihr gegenüber entstehen kann. Dies geht auch daraus hervor, dass der Auszahlungsanspruch, wie noch auszuführen sein wird, seiner Höhe nach sich nicht nach dem Umfang der clearingberechtigten Forderung bestimmt, sondern nach dem der Devisenforderung der Schweizerischen Verrechnungsstelle gegenüber der ausländischen, die durch die Einzahlung des ausländischen Schuldners geschaffen wird, aber der Höhe nach nicht immer mit der letzteren übereinstimmt.

Diese Überlegungen führen zu der Frage, ob denn überhaupt der Auszahlungsanspruch schon mit der Einzahlung des ausländischen Schuldners bei seiner Verrechnungsstelle entsteht oder erst mit der Gutschrift, bezw. dem Zugang des Einzahlungsavis der ausländischen Verrechnungsstelle bei der inländischen. Für die letztere Auffassung spricht zunächst der Wortlaut der Clearingabkommen. Diese bestimmen nämlich, dass sich die Verrechnungsstellen der beiden Vertragsstaaten gegenseitig Mitteilung über die erfolgten Einzahlungen, über das Datum jeder einzelnen derselben, sowie über alle andern notwendigen Angaben machen. „Der Zahlungsavis ist gleichbedeutend mit einer Ermächtigung zur Auszahlung an den Gläubiger, welche erfolgt, nachdem die Verrechnungsstelle die Ordnungsmässigkeit der Überweisung festgestellt hat“²¹⁶⁾. Allein, wollte man die Entstehung des Auszahlungsanspruches von dem Zugang des Einzahlungsavis abhängig machen, so würde daraus

²¹⁶⁾ Schweizerisch-italienisches Abkommen Art. 4.

folgen, dass im Falle der Unterlassung der Avisierung einer erfolgten Einzahlung der Auszahlungsanspruch nicht zur Entstehung gelangen würde. Diese Konsequenz erscheint abwegig, weil ja das Clearing gerade zu dem Zwecke eingeführt wird, um „die Befriedigung der schweizerischen Gläubiger unabhängig zu machen von den Launen der Devisenbewirtschaftungsstellen des Importlandes“²¹⁷⁾. Der Zugang des Einzahlungsavis kann daher kein konstitutives Element, weder für die Entstehung der Devisenforderung der Schweizerischen Verrechnungsstelle gegenüber derjenigen des Vertragsstaates, noch für die Entstehung des Auszahlungsanspruches des schweizerischen Gläubigers gegenüber der Schweizerischen Verrechnungsstelle sein. Bei den genannten Bestimmungen der Clearingabkommen handelt es sich nicht um Rechtssätze, die den Auszahlungsanspruch des schweizerischen Gläubigers bestimmen sollen, sondern um Verwaltungsvorschriften. Sie enthalten Bestimmungen darüber, nach welchen technischen Grundsätzen der Clearingverkehr zu vollziehen ist, und sie streben daher eine ordnungsmässige Abwicklung des Verkehrs zwischen den Clearingstellen der Vertragsstaaten an. Es handelt sich daher um Vorschriften, die die Verrechnungsstellen beider Staaten binden, die aber für die Rechtsstellung des Clearinggläubigers ohne Bedeutung sind²¹⁸⁾. Aus diesen Erwägungen folgt, dass der Auszahlungsanspruch des schweizerischen Clearinggläubigers mit der Einzahlung seines ausländischen Schuldners auf Verrechnungskonto zur Entstehung gelangt, ganz gleichgültig, ob und wann die betreffende Clearingstelle den Betrag der Schweizerischen Verrechnungsstelle gutschreibt oder avisiert.

b) Der Umfang des Forderungsrechts des Clearinggläubigers gegenüber der Verrechnungsstelle bestimmt sich beim Zwangsclearing nach dem Umfang der clearingberechtigten Forderung, genau so, wie sie mit der Fällig-

²¹⁷⁾ Mettler a. a. O. S. 75.

²¹⁸⁾ Vgl. Vieli a. a. O. S. 33.

keit des privatrechtlichen Anspruches entsteht. Anders dagegen bei dem durch die Abkommen geregelten Clearing. Hier bestimmt sich der Auszahlungsanspruch gegenüber der Verrechnungsstelle nach dem Umfang der Devisenforderung, die die Schweizerische Verrechnungsstelle gegenüber der ausländischen erhält, weil diese Devisenforderung eine rechtliche Voraussetzung für den Auszahlungsanspruch bildet. Es wird denn auch dem Clearinggläubiger tatsächlich nicht der Betrag ausbezahlt, den er nach dem privatrechtlichen Schuldverhältnis zu fordern berechtigt wäre, sondern einzig und allein das Realisationsergebnis der, durch die Einzahlung des ausländischen Schuldners entstandenen Forderung der Schweizerischen Verrechnungsstelle gegenüber der ausländischen.

Dabei ist darauf hinzuweisen, dass der, der Schweizerischen Verrechnungsstelle von der ausländischen gutgeschriebene Betrag nicht immer identisch ist mit dem Betrag der Einzahlung des Clearingschuldners. So erhebt z. B. die Ungarische Nationalbank von den ungarischen Clearingschuldnern gewisse Zuschläge, die aber nicht dem schweizerischen Verrechnungskonto gutgeschrieben werden, sondern zur Ausrichtung von Exportprämien an die ungarischen Exporteure Verwendung finden. Da das schweizerisch-ungarische Clearingabkommen diese Ermächtigung der ungarischen Nationalbank nicht enthielt, und in dieser Massnahme eine Benachteiligung des schweizerischen Clearinggläubigers lag, umsomehr, als diese Zuschläge nicht im Zahlungsverkehr mit allen Staaten in gleicher Weise erhoben wurden, versuchten die schweizerischen Behörden, die Gutschrift des gesamten, vom ungarischen Schuldner bezahlten Betrages zu erwirken. Allein diese Schritte blieben erfolglos, es blieb bei der eingeführten Regelung, und es war nicht einmal möglich, dem Grundsatz der gleichmässigen Behandlung aller Staaten Nachachtung zu verschaffen²¹⁹⁾. In anderen Fällen

²¹⁹⁾ Vgl. VIII. Bericht des Bundesrates vom 2. März 1934 S. 17, IX. Bericht vom 31. August 1934 S. 19.

hat die Schweiz in den Clearingabkommen einer entsprechenden Regelung selbst zugestimmt. So ist im Clearingabkommen mit Rumänien in Art. IV vorgesehen, dass der rumänische Schuldner verpflichtet ist, ausser dem zum offiziellen Kurs berechneten Gegenwert des geschuldeten Betrages, die durch die geltende rumänische Gesetzgebung festgesetzte Prämie zu entrichten. Diese Prämien werden wiederum nicht dem Sammelkonto der Schweiz. Nationalbank gutgeschrieben, sondern, wie das Abkommen ausdrücklich festlegt, zu Auszahlungen an die rumänischen Exporteure verwendet²²⁰⁾. Auch in diesem Falle richtet sich der Umfang des Auszahlungsanspruches des schweizerischen Clearinggläubigers lediglich nach dem Betrag, den die rumänische Nationalbank der schweizerischen auf Sammelkonto gutschreibt. Daraus folgt, dass der Umfang des Auszahlungsanspruches des schweizerischen Clearinggläubigers niemals sich nach dem Umfang seiner privatrechtlichen Forderung bestimmt, sondern stets nach dem Umfang der Forderung, den die Schweizerische Verrechnungsstelle durch die Einzahlung des ausländischen Schuldners gegenüber seiner Verrechnungsstelle erhält.

c) Die Fälligkeit des Auszahlungsanspruches fällt nicht mit der Entstehung desselben zusammen. Vielmehr ist die Fälligkeit an eine Reihe von Voraussetzungen teils materieller, teils formeller Art geknüpft, die sich als echte Rechtsbedingungen qualifizieren. Erst mit der Erfüllung aller dieser Voraussetzungen wird die Forderung des Clearinggläubigers gegenüber der Verrechnungsstelle zur Zahlung fällig.

Die erste und wichtigste materielle Voraussetzung besteht darin, dass die Verrechnungsmöglichkeit gegeben ist,

²²⁰⁾ Vgl. XI. Bericht des Bundesrates vom 10. September 1935 S. 15, XII. Bericht des Bundesrates vom 22. März 1936 S. 13. Auch im Clearingverkehr mit Jugoslawien wurde schon früher von der Schweiz die Erhebung einer Prämie konzidiert durch die Bestimmungen des Zusatzabkommens vom 2. November 1932, vgl. V. Bericht des Bundesrates vom 22. März 1933 S. 11.

dass also die Forderungen der Schweizerischen Verrechnungsstelle gegenüber der ausländischen Clearingstelle mit den Forderungen derselben gegenüber der schweizerischen zur Verrechnung gelangen können. Nur durch diese Verrechnung gelangen diese Forderungen zur Tilgung, und erst dann kann die Auszahlung an den schweizerischen Clearinggläubiger erfolgen. Es müssen demnach genügend schweizerische Schuldner ihrerseits zugunsten von Gläubigern im Vertragsstaate Zahlungen geleistet haben, und umgekehrt, sodass eine Verrechnung nach den Bestimmungen des Clearingabkommens möglich wird. Diese Voraussetzung ergibt sich auf Grund der Bestimmungen der Clearingabkommen, die vorsehen, dass der Gläubiger nur Anspruch auf Auszahlung der ihm zustehenden Beträge nach Massgabe der bei der Nationalbank seines Landes verfügbaren Guthaben hat, und zwar in der chronologischen Reihenfolge der bei der ausländischen Nationalbank gemachten Einzahlungen, und dass mangels genügender Guthaben die Auszahlung erst nach Eingang neuer Beträge vorgenommen wird²²¹). Daraus folgt, dass im Falle eines schweizerischen Clearingpassivums, d. h. wenn sich der Clearingsaldo bei der Schweiz. Nationalbank befindet, diese Voraussetzung bereits mit der Entstehung des Auszahlungsanspruches, d. h. mit der Einzahlung des Betrages durch den Clearingschuldner bei seiner Clearingstelle, gegeben ist, und somit, falls auch die übrigen Voraussetzungen erfüllt sind, Entstehung und Fälligkeit des Auszahlungsanspruches zeitlich zusammenfallen. Im andern Falle dagegen gelangen die durch die Einzahlungen bei der Nationalbank entstandenen Forderungen der Clearingstelle des Vertragsstaates mit den ältesten Forderungen der Schweizerischen Verrechnungsstelle gegenüber der letzteren zur Verrechnung. Daher kann in einem solchen Falle die Schweizerische Verrechnungsstelle nicht alle, sondern nur die ältesten Auszahlungsansprüche der

²²¹) Vgl. als Beispiel: schweizerisch-italienisches Clearingabkommen Art. 5 I, schweizerisch-rumänisches Abkommen Art. III 1.

schweizerischen Clearinggläubiger befriedigen. Die Bestimmung der Clearingabkommen, dass die Auszahlungen in der Reihenfolge der, bei der Clearingstelle des Vertragsstaates geleisteten Einzahlungen erfolgen sollen, stellt daher nicht nur eine Verwaltungsvorschrift dar, die die Verrechnungsstelle bindet, sondern begründet einen Satz des objektiven Rechts, der über die Fälligkeit des Auszahlungsanspruches des schweizerischen Clearinggläubigers entscheidet²²²).

Eine weitere Voraussetzung materieller Natur besteht darin, dass nach dem, im Clearingabkommen vorgesehenen Verteilungsschlüssel die clearingberechtigten Forderungen als bezugsberechtigt erklärt sind. Wenn das Clearingabkommen die Forderungen in bestimmte Kategorien aufgliedert, z. B. Waren- und Finanzforderungen unterscheidet, oder innerhalb der Warenforderungen nach alten und neuen gruppiert, und jeder Kategorie nur eine bestimmte Quote der gesamten Einzahlungen zuweist²²³), so können, je nach der Zugehörigkeit der Forderungen zu einer oder anderen Kategorie, Forderungen gleichen Alters zu ganz verschiedenen Zeitpunkten zum Zuge kommen. Ein gewisser Ausgleich wird in diesen Fällen angestrebt durch die Bestimmung der Clearingabkommen, dass die auf einem Konto verbleibenden Überschüsse monatlich auf das andere Konto übertragen werden, sodass die nicht befriedigten Gläubiger der übrigen Kategorien durch diese Übertragung mit ihren ältesten Forderungen ebenfalls zum Zuge gelangen können.²²⁴) Wesentlich ungünstiger gestaltet sich

²²²) Gelegentlich kommen freilich auch Auszahlungen ausserhalb der chronologischen Reihenfolge vor, sodass nichtfällige Ansprüche befriedigt werden, vgl. ein Beispiel bei Mettler a. a. O. S. 86 N. 3. In diesen Fällen ist die Rechtslage die, dass die Fälligkeit der übergangenen Ansprüche dadurch nicht alteriert wird. Sie werden in der Masse fällig, als sie es ohne die den Abkommen widersprechenden Auszahlungen geworden wären.

²²³) Siehe supra N. 99, 104, 106/107, 118/19.

²²⁴) Vgl. als Beispiel schweizerisch-rumänisches Abkommen Art. VIII, dazu Vieli a. a. O. S. 33.

die Rechtslage für den Clearinggläubiger dann, wenn das Clearingabkommen vorsieht, dass die verschiedenen Kategorien von Forderungen nicht gleichzeitig, sondern nacheinander zum Zuge kommen sollen, und seine Forderung einer späteren Kategorie angehört. Wenn z. B. das schweizerisch-jugoslawische und das schweizerisch-griechische Abkommen vorschreiben, dass die sogenannten Finanzforderungen nur subsidiär clearingberechtigt sind²²⁵), so ist Voraussetzung der Fälligkeit des Anspruchs dieser schweizerischen Clearinggläubiger gegenüber der Verrechnungsstelle, dass vorerst alle Forderungen der privilegierten Kategorie, der sogenannten Warenforderungen, befriedigt worden sind. Auch diese Vorschriften der Clearingabkommen enthalten nicht nur Anweisungen an die Verrechnungsstelle zur technischen Durchführung des Clearingverkehrs, sondern Rechtssätze, die die Fälligkeit des Anspruches des schweizerischen Clearinggläubigers gegenüber der Verrechnungsstelle festsetzen²²⁶). Da aber die Feststellung, ob diese Voraussetzung erfüllt ist, nur der Schweizerischen Verrechnungsstelle möglich ist, so verfügt sie praktisch im Rahmen dieser Vorschriften die Fälligkeit des einzelnen Auszahlungsanspruches nach freiem Ermessen²²⁷).

²²⁵) Siehe supra N. 100, 106, 108, 119.

²²⁶) Eine weitere Voraussetzung materieller Natur kann sich daraus ergeben, dass das Clearingabkommen die Möglichkeit einer zahlenmässigen Beschränkung der an den einzelnen Gläubiger zu erfolgenden Auszahlungen innerhalb einer bestimmten Periode vorsieht. So schreibt z. B. Art. 5 des schweizerisch-italienischen Clearingabkommens vor, dass die Verrechnungsstelle sich vorbehält, unter Berücksichtigung der verfügbaren Mittel die Gesamtsumme der monatlich an denselben Gläubiger auszahlenden Beträge auf eine halbe Million Schweizerfranken zu beschränken. Übersteigt daher die Forderung des Clearinggläubigers diesen Betrag, so tritt die Fälligkeit des übersteigenden Betrages erst in den, der ordentlichen Fälligkeit folgenden Monaten ein.

²²⁷) Der mit der Einzahlung des ausländischen Clearingschuldners bei der Verrechnungsstelle seines Vertragsstaates be-

Eine Voraussetzung formeller Natur besteht darin, dass der Clearinggläubiger seine Forderung bei der Verrechnungsstelle ordnungsgemäss anmeldet und den Nachweis erbringt, dass er Subjekt einer clearingberechtigten Forderung ist. „Die Schweizerische Verrechnungsstelle macht die Auszahlung der zur Überweisung gelangenden Beträge von der vorschriftsgemässen Anmeldung der denselben zugrunde liegenden Forderungen abhängig. Der schweizerische Gläubiger ist verpflichtet, die Clearingberechtigung seiner Forderungen rechtzeitig und lückenlos nachzuweisen²²⁸⁾“. Diese Voraussetzung begründet eine positive Handlungs- und Auskunftspflicht des Clearinggläubigers, deren Erfüllung die Überprüfung der Clearingberechtigung und die Feststellung der Fälligkeit des Auszahlungsanspruches ermöglichen soll. Sie dient der ordnungsgemässen Durchführung des Verrechnungsverkehrs und damit der, den Bestimmungen der Clearingabkommen entsprechenden, Tilgung der Forderungsrechte der schweizerischen Clearinggläubiger gegenüber der Verrechnungsstelle.

gründete Auszahlungsanspruch des schweizerischen Clearinggläubigers gegenüber der Schweizerischen Verrechnungsstelle stellt sich als eine unbestimmt befristete Forderung dar. Ihre Fälligkeit ist durch einen *dies incertus quando* bestimmt. Wenn nun das schweizerische Clearingaktivum ein sehr hohes ist, und dessen Abtragung nur sehr langsam erfolgt, so kann die Fälligkeit um Monate hinausgeschoben werden. Diese Sachlage hat zur Prüfung der Mobilisierung solcher Forderungen geführt, und zwar in allen Gläubigerländern. Diese geschieht im Wege der Verpfändung oder Abtretung des Auszahlungsanspruches. So erteilt die Eidg. Darlehenskasse Vorschüsse auf Clearingguthaben gegen Verpfändung oder Abtretung, vgl. Mettler a. a. O. S. 90. Über die Lösung des Problems in Frankreich, vgl. Bret, *Le déblocage des créances gelées dans les caisses de compensation*, 41 *Revue politique et parlementaire* 245 ff.

²²⁸⁾ Wegleitung der Verrechnungsstelle zur Anmeldung von schweizerischen Forderungen im schweizerisch-italienischen Warenverkehr. Die Anmeldung hat mittelst der offiziellen Formulare zu erfolgen. Vgl. auch die Wegleitung für die Anmeldung schweizerischer Finanzforderungen in Italien.

2. Die öffentlich-rechtliche Natur des Rechtsverhältnisses.

Die Sätze des Clearingrechtes, vor allem die in den Clearingabkommen selbst enthaltenen Rechtsvorschriften, regeln die Ansprüche, die den schweizerischen Clearinggläubigern gegenüber der Verrechnungsstelle als dem Träger des Clearings zustehen. Sie bestimmen, welche Forderungen clearingberechtigt sind, und in welcher Weise die kraft der positiven Einzahlungspflicht der schweizerischen Clearingschuldner erfolgten Zahlungen zu verwenden, d. h. an die Clearinggläubiger abzuführen sind. Sie bestimmen genau, auf welche einzelnen positiven Leistungen der Verrechnungsstelle der Clearinggläubiger einen Anspruch besitzt. Demnach besteht der wesentliche, materielle Inhalt dieses Rechtsverhältnisses darin, dass der Clearinggläubiger Ansprüche gegenüber der Verrechnungsstelle im öffentlichen Interesse eingeräumt erhält. Trotzdem zeichnet sich auch dieses Rechtsverhältnis durch die Ungleichheit der beteiligten Subjekte aus. Die Verrechnungsstelle stellt verbindlich die Clearingberechtigung einer Forderung und ihres Trägers fest. Dabei kann sie freilich diese Entscheidung stets nur im Rahmen der aufgestellten Rechtsvorschriften treffen, aber diese räumen ihr einen weiten Spielraum freien Ermessens ein²²⁹⁾. Sie bestimmt auch im Rahmen ihres pflichtgemässen Ermessens die Fälligkeit des Anspruches. Sie ist befugt, die Rechtsbeziehungen zu den Clearinggläubigern einseitig mit rechtsverbindlicher Kraft auszugestalten. Das Rechtsverhältnis erfährt daher seine Prägung durch die hoheitliche Gewalt der Verrechnungsstelle, auch wenn sie die Auszahlung nicht von weiteren Voraussetzungen oder Bedingungen abhängig machen darf, als sie im objektiven Recht selbst vorgesehen sind. Aus dieser Gestaltung des Rechtsverhältnisses folgt, dass es unzweifelhaft dem öffentlichen Rechte angehört²³⁰⁾.

²²⁹⁾ Siehe z. B. supra N. 127.

²³⁰⁾ Vgl. Vieli a. a. O. S. 33, Mettler a. a. O. S. 80 ff.

Fraglich ist, ob der Anspruch des Clearinggläubigers ein subjektives, öffentliches Recht darstellt, sodass er der Verrechnungsstelle wie der privatrechtliche Gläubiger seinem Schuldner gegenübertreten kann, oder ob sich sein Anspruch nur auf einen Gesetzesvollziehungsanspruch reduziert, sodass ihm die direkte Geltendmachung seines Anspruches versagt bleibt. Bekanntlich unterscheiden sich Gesetzesvollziehungsanspruch und subjektives, öffentliches Recht nicht durch ein äusserliches Merkmal, sondern es kommt darauf an, ob das objektive Recht wesentlich im Interesse des einzelnen oder ohne Rücksicht auf seine Belange gestaltet worden ist²³¹⁾. Gleichgültig ist dabei, ob der Anspruch vermögensrechtlicher Natur ist, und ob ihm eine Leistung des Rechtssubjektes gegenüber dem Träger öffentlicher Gewalt entspricht, ob also z. B. das Forderungsrecht sein Gegenstück in einer Rechtspflicht vermögensrechtlichen Charakters findet. Wie das Beispiel der Sozialversicherung lehrt, kann ein subjektives, öffentliches Recht, das den Anspruch auf eine vermögensrechtliche Leistung des Trägers der öffentlichen Gewalt zum Gegenstande hat, auch dann gegeben sein, wenn den Anspruchsberechtigten keine entsprechende Rechtspflicht auferlegt ist²³²⁾. Beim Clearingrecht kann nun wohl ein Zweifel darüber nicht bestehen, dass das objektive Recht im Interesse des Clearinggläubigers und mit wesentlicher Berücksichtigung seiner Stellung gegenüber dem Staat, bzw. dem Rechtsträger des Clearings, geschaffen worden ist. Daher ist dieser auch mit Herrschaftsrechten gegenüber den Clearingschuldnern ausgestattet worden, um die Mittel zur Befriedigung der Clearinggläubiger bereit zu stellen. Im liberalen Rechtsstaat spricht schon allgemein die Vermutung dafür, dass eine im objektiven Recht vorgesehene Begünstigung des Einzelnen ein subjektives Recht

²³¹⁾ Vgl. Fleiner a. a. O. S. 172 ff., Huber a. a. O. S. 42 ff.

²³²⁾ Vgl. Kaskel-Sitzler, Grundriss des sozialen Versicherungsrechts, 1912, S. 32 ff., 37 ff., Jacobi, Grundlehren des Arbeitsrechts, 1927, S. 439 ff., Fleiner, Bundesstaatsrecht, S. 559.

begründen soll²³³). Beim Clearingrecht ist noch besonders darauf hinzuweisen, dass dieses objektive Recht überhaupt nur geschaffen worden ist, um auf Grund eines öffentlich-rechtlichen Anspruchs, der dem Rechtsträger des Clearings gegenüber der Verrechnungsstelle des Vertragsstaates eingeräumt wird, dem Clearinggläubiger einen äquivalenten Anspruch gegenüber seiner eigenen Verrechnungsstelle zur Verfügung zu stellen. Der vom objektiven Recht angestrebte Erfolg soll daher in individualistischer Form herbeigeführt, der Anspruch des Clearinggläubigers verstärkt und verselbständigt werden. Daraus folgt, dass der Anspruch des Clearinggläubigers sich nicht nur als ein Reflex objektiven Rechts darstellt, sondern als ein subjektives, öffentliches Recht.

Dieses Recht steht dem Subjekt einer clearingberechtigten Forderung²³⁴) gegenüber der Verrechnungsstelle als einem Träger öffentlicher Verwaltung zu. Als solcher ist die Verrechnungsstelle zu einer bestimmten Geldleistung rechtlich verpflichtet. Entstehung, Umfang und Fälligkeit der öffentlich-rechtlichen Geldforderung des Clearinggläubigers richten sich nach den Sätzen des objektiven Rechts, wie sie durch die Clearingabkommen aufgestellt worden sind. Die Organe der Verrechnungsstelle sind als Organe eines Trägers öffentlicher Verwaltung nach ver-

²³³) Vgl. Huber a. a. O. S. 44.

²³⁴) Der Clearinggläubiger kann seine Ansprüche gegenüber der Verrechnungsstelle abtreten oder verpfänden, weil nach allgemeinen Grundsätzen öffentliche Ansprüche vermögensrechtlicher Natur auch ohne ausdrücklichen Rechtssatz übertragen, und damit eine Sonderrechtsnachfolge begründet werden kann, vgl. Fleiner, Institutionen S. 154/55. Der Übertragbarkeit ist aber eine Grenze insoweit gesetzt, als sie nur an, in der Schweiz domizilierte Personen erfolgen kann, weil nach dem Zweck des Clearingrechts nur eine im Inland domizilierte Person Träger der Clearingberechtigung sein kann, a. M. offenbar Mettler a. a. O. S. 90. Dagegen erscheint eine Pfändung dieses Anspruches ausgeschlossen, ebenso wie die Pfändung der privatrechtlichen Forderungen ausgeschlossen ist, siehe supra S. 462a ff., insbesondere N. 153—155.

waltungsrechtlichen Grundsätzen verpflichtet, jeden rechtmässigen Anspruch zu befriedigen²³⁵). Lehen die Organe der Verrechnungsstelle die Befriedigung eines Anspruches ab, mit der Begründung, dass eine clearingberechtigte Forderung nicht vorliege, oder dass der Anspruch noch nicht fällig sei, so kann der Clearinggläubiger den Entscheid im Verwaltungswege weiterziehen²³⁶). Wird dabei sein Anspruch als begründet erklärt, so muss er von der Verrechnungsstelle befriedigt werden. Kommt sie dieser Verpflichtung nicht nach, so ist sie vom Bundesrat bzw. vom Eidg. Volkswirtschaftsdepartement, kraft der Aufsichtsgewalt dazu anzuhalten. Der Clearinggläubiger kann aber auch Betreibung einleiten und seinen Anspruch auf diesem Wege vollstrecken lassen²³⁷). Dagegen ist es dem Clearinggläubiger grundsätzlich versagt, seinen Anspruch durch Klage beim Zivilrichter durchzusetzen, weil kein ausdrücklicher Rechtssatz Streitigkeiten über solche Ansprüche auf den ordentlichen Rechtsweg verweist²³⁸); es ist auch nicht angängig, aus reinen Opportunitätsgründen den Anspruch wegen seines vermögensrechtlichen Inhaltes in einen zivilistischen umzudeuten, um damit dem Clearing-

²³⁵) Vgl. Fleiner a. a. O. S. 226 f.

²³⁶) Siehe supra N. 174.

²³⁷) Die betreibungsrechtliche Zwangsvollstreckung kommt auch zur Anwendung bei der Vollstreckung öffentlich-rechtlicher Geldforderungen gegenüber dem Staat, soweit nicht die Ausnahmen von Art. 30 SchKG Platz greifen. Von diesen abgesehen, wird daher die Betreibung auch gegenüber dem Staat und öffentlich-rechtlichen Körperschaften durchgeführt, wobei aber nur die Pfändungsbetreibung möglich ist; die Konkursbetreibung ist nach der Natur der Sache ausgeschlossen. Vgl. Jaeger, Art. 30 N. 4.

²³⁸) Nur wenn ein ausdrücklicher Rechtssatz solche Streitigkeiten den Zivilgerichten zur Beurteilung zugewiesen hätte, wären diese befugt, Verfügungen der Verrechnungsstelle oder Entscheidungen der übergeordneten Verwaltungsbehörden zu überprüfen. Die Zivilgerichte wären in diesem Falle mit Verwaltungsrechtssprechung ausgestattet, vgl. Fleiner a. a. O. S. 287 ff., Huber a. a. O. S. 203 ff.

gläubiger ein zivilrechtliches Forum zur Verfügung zu stellen.²³⁹⁾.

²³⁹⁾ Allerdings besteht bei Ansprüchen vermögensrechtlicher Natur, wie z. B. bei Forderungen aus dem Beamtenverhältnis, noch immer das unverkennbare Bestreben des Bundesgerichts, solche Streitigkeiten als Zivilrechts-Streitigkeiten, wenigstens im formellen, prozessualen Sinne, zu betrachten, und damit diese Ansprüche zu klagbaren Forderungen zu stempeln, vgl. Giacometti, Über die Grenzziehung zwischen Zivilrechts- und Verwaltungsrechtsinstituten in der Judikatur des schweizerischen Bundesgerichts, 1924, S. 17 ff., 47 ff. Offenbar in diesem Sinne werden die Ansprüche des Clearinggläubigers auch von Mettler als klagbare Forderungen betrachtet. Diese Annahme verbietet sich in diesem Falle aber schon deshalb, weil es sich um ein neu geschaffenes Institut von ausgesprochen öffentlich-rechtlichem Zuschnitt und nicht, wie etwa beim Beamtenverhältnis, um die Umbildung eines zivilrechtlichen Institutes handelt, vgl. Fleiner, Die Umbildung zivilrechtlicher Institute durch das öffentliche Recht, 1906, S. 15. Es liegt kein Grund vor, dieses einheitliche Rechtsinstitut des clearingrechtlichen Verhältnisses zwischen Verrechnungsstelle und Clearinggläubiger gewaltsam zu zerreißen. Es ist auch offenbar noch nie versucht worden, den Anspruch des Clearinggläubigers auf dem Wege der Zivilklage durchzusetzen. Dagegen wäre eine Verstärkung des Rechtsschutzes des Clearinggläubigers in dem Sinne durchaus wünschbar, dass als oberste Beschwerdeinstanz nicht der Bundesrat, sondern eine richterliche Behörde, z. B. die verwaltungsrechtliche Abteilung des Bundesgerichtes oder eine besonders zu diesem Zwecke eingesetzte, von der Verwaltung unabhängige, richterliche Instanz bezeichnet würde, in deren Zuständigkeit die Überprüfung der Beschwerdeentscheide des Eidg. Volkswirtschaftsdepartements fallen würde.

II. Kapitel.

Die Einwirkung des Clearingrechtes auf die vertraglichen Schuldverhältnisse.

I. Öffentlich-rechtliches Clearingverhältnis und privatrechtliches Schuldverhältnis.

1. Die Parallelität der beiden Rechtsverhältnisse.

a) Das öffentlich-rechtliche Clearingverhältnis. Die Untersuchungen des I. Kapitels münden in der Erkenntnis, dass die bunte Fülle der Rechtssätze, die in ihrer Gesamtheit das Clearingrecht darstellen²⁴⁰), neue Rechtsverhältnisse geschaffen hat, die dem öffentlichen Rechte angehören. Rechtspolitisch beruht ihre Begründung auf der Notwendigkeit der Sicherung der schweizerischen Volkswirtschaft, vor allem der Wahrung der Interessen der Gesamtheit schweizerischer Gläubiger, denen Forderungen gegenüber Schuldern in den devisenbewirtschafteten Staaten zustehen, im Hinblick auf die mannigfaltigen Beschränkungen des Zahlungsverkehrs, welche diese Staaten auf Grund ihrer Territorial- und Personalhoheit angeordnet haben²⁴¹). Das Clearingrecht ist daher ein Notinstrument zur Wahrung öffentlicher Interessen, nämlich der staatlichen Interessen an der Erhaltung und Förderung des schweizerischen Waren- und Kapitalverkehrs mit den genannten Staaten und an der Liquidation eingefrorener Auslandsguthaben. Diesem Interesse wird dadurch Aus-

²⁴⁰) Im VIII. Bericht des Bundesrates vom 2. März 1934 wird ausgeführt, dass nicht alle den Clearingverkehr ordnenden Rechtssätze staatsvertraglich geregelt werden konnten. „Es entwickelt sich notwendigerweise ein neues Rechtsgebiet, dessen Grundsätze nicht in Gesetzen oder Verträgen niedergelegt sind, sondern häufig durch analoge Anwendung bestehender Gesetzestexte aus andern Gebieten des Privat- und Verwaltungsrechtes abgeleitet werden müssen. Dabei sind jeweils die Interessen der beteiligten Wirtschafts- und Handelskreise genau abzuwägen“.

²⁴¹) Siehe supra Einleitung I 2, II 1.

druck verliehen, dass der Staat ein Recht auf Beschlagnahme und Einziehung der Forderungen der ausländischen Gläubiger gegenüber den schweizerischen Schuldern vin-
diziert, und dass er andererseits die Verpflichtung über-
nimmt, die aus der Vinkulierung und Einziehung dieser
Forderungen fliessenden Beträge zugunsten jener schwei-
zerischen Gläubiger zu verwenden, die Forderungen
gegenüber Schuldnern in den genannten Staaten haben.
Mit öffentlich-rechtlichen Mitteln wird Beschlagnahme,
Einziehung und Verwendung dieser Forderungen durch-
geführt. Als Träger öffentlicher Verwaltung zur Durch-
führung dieser Aufgaben erscheint ein neuer wirtschaft-
licher Selbstverwaltungskörper, die Schweizerische Ver-
rechnungsstelle.

Subjekte der neuen, öffentlich-rechtlichen Clearing-
verhältnisse sind auf der Seite des Staates die Schweize-
rische Verrechnungsstelle, auf der Seite der Privatpersonen
einerseits der Clearingschuldner, andererseits der Clearing-
gläubiger. Es bestehen daher zwei clearingrechtliche
Grundverhältnisse: einmal das Grundverhältnis des clear-
ingpflichtigen schweizerischen Schuldners gegenüber der
Verrechnungsstelle und sodann das Grundverhältnis zwi-
schen derselben und dem clearingberechtigten schweize-
rischen Gläubiger. Die Erfüllung der durch diese Grund-
verhältnisse begründeten Rechte und Pflichten und damit
die Durchführung des angestrebten Zweckes ist durch
verwaltungsrechtliche Mittel gesichert. Die öffentlich-
rechtlichen Pflichten des Clearingschuldners werden durch
Aufsicht, Zwang und Strafe durchgesetzt. Die öffentlich-
rechtlichen Ansprüche des Clearinggläubigers sind durch
das verwaltungsrechtliche Beschwerdeverfahren sicher-
gestellt. Dabei ist offensichtlich, dass die Durchsetzung
der Clearingpflicht nicht im Interesse des ausländischen
Gläubigers erfolgt. Der Clearing ist „kein Instrument zur
Eintreibung von Forderungen beim privaten Schuld-
ner“^{241a)}. Auch die Clearingberechtigung soll nicht dazu

^{241a)} Vieli a. a. O. S. 18.

dienen, die Stellung des ausländischen Schuldners zu erleichtern, und ebenso wenig dazu, dem Clearinggläubiger die Sorge für die Eintreibung seiner Forderungen abzunehmen²⁴²⁾. Dem Clearingrecht liegen Rücksichten auf diese privaten Interessen völlig fern. Es handelt sich einzig und allein um die Wahrung öffentlicher Interessen, auch wenn diese in weitem Umfange mit den individuellen Interessen der schweizerischen Clearinggläubiger identisch sind. Dabei fällt nicht nur das Interesse der gegenwärtigen, sondern auch präsumtiver, künftiger Gläubiger in Betracht, und ferner handelt es sich nicht um das Interesse des einzelnen Gläubigers, sondern allein um das Interesse der Gesamtheit der schweizerischen Clearinggläubiger, das das Clearingrecht zum staatlichen Interesse erhebt. Diese Begünstigung der schweizerischen Clearinggläubiger erfolgt im Hinblick auf die Lebensnotwendigkeiten der schweizerischen Volkswirtschaft.

Den Rechtssätzen des Clearingrechts kommt primär die Aufgabe zu, die rechtlichen Beziehungen zwischen dem verwaltenden Staat, bezw. der von ihm mit der Durchführung des Clearingverkehrs betrauten öffentlich-rechtlichen Körperschaft, und den Privatpersonen zu regeln. Weil nach der Ordnung dieser Rechtsverhältnisse der wirtschaftliche Selbstverwaltungskörper zur Bewältigung seiner Aufgabe mit staatlichem Herrschaftsrecht ausgestattet ist, gehören sie dem Verwaltungsrechte an^{242a)}. Wie die Sätze anderer Verwaltungsgesetze, können sich die Rechtsvorschriften des Clearingrechts in ihrer Wirksamkeit nur erstrecken auf das, in der Schweiz befindliche

²⁴²⁾ Vgl. Wegleitung der Verrechnungsstelle zur Anmeldung der schweizerischen Forderungen im schweizerisch-italienischen Warenverkehr: „Mit der Anmeldung der Forderungen erwirbt der Gläubiger selbstverständlich keine Sicherung oder Garantie für den tatsächlichen Eingang seiner Forderung. Es bleibt im Gegenteil nach wie vor Sache des Gläubigers, für die Einzahlung der ihm geschuldeten Beträge in den schweizerisch-italienischen Clearing besorgt zu sein.“

^{242a)} Vgl. Fleiner, Institutionen, S. 47 ff.

Vermögen und auf die in der Schweiz vorgenommenen Rechtshandlungen²⁴³). Innerhalb dieses räumlichen Gebietes unterliegen diesem schweizerischen Clearingrecht, soweit es nicht selbst Einschränkungen oder Erweiterungen vorsieht, in sachlicher Hinsicht alle in seinem Gebiete vollzogenen Rechtshandlungen und in persönlicher Hinsicht die Rechtssubjekte, die sich in diesem Gebiete befinden. So erfasst in sachlicher Beziehung das clearingrechtliche Verbot der direkten Zahlung an den Gläubiger alle Schuldverhältnisse, deren Zahlungsort in der Schweiz liegt. In persönlicher Hinsicht unterliegen diesem Verbot alle Personen, die in diesem Gebiet eine clearingpflichtige Zahlung vornehmen, oder eine solche zur Erfüllung der Schuldpflicht entgegennehmen. Es kommt daher nicht auf die Staatsangehörigkeit und auch nur selten auf den zufälligen Aufenthalt an, sondern in der Regel ist auf den Wohnsitz der betroffenen Personen abzustellen. Soweit es sich um Forderungen handelt, die Gläubigern in der Schweiz gegenüber ausländischen Schuldern oder ausländischen Gläubigern gegenüber Schuldnern in der Schweiz zustehen, und dem Clearing unterworfen sind, erstreckt sich das schweizerische Clearingrecht auch auf die im Inland befindlichen Ausländer, weil es sich um Vermögenswerte handelt, die in sachlicher Beziehung der schweizerischen Gebietshoheit unterliegen²⁴⁴).

Wie das Devisenrecht ausländischer Staaten den Geltungsbereich seiner Rechtssätze über die allgemeine, räumliche und sachliche Begrenzung der Verwaltungsgesetze hinaus erstreckt hat, und zwar auf Grund der Personalhoheit auf die eigenen Staatsangehörigen, die

²⁴³) Vgl. Fleiner a. a. O. S. 90/91, Isay, Internationales Verwaltungsrecht, H. W. B. der Rechtswissenschaft III, 1928, S. 344 ff., Neumeyer, Internationales Verwaltungsrecht III 2, 1930, S. 306 ff.

²⁴⁴) Über die Parallelen im Devisenrecht vgl. Hartenstein a. a. O. S. 279 ff., Bendheim a. a. O. S. 14 ff., Wahle a. a. O. S. 15 ff., 30 ff., Blau, Internationales Privatrecht und deutsches Devisenrecht, 29 SJZ. 257 ff.

sich vorübergehend im Ausland befinden²⁴⁵), so hat auch das schweizerische Clearingrecht eine ähnliche Erstreckung vorgenommen. Die in der Schweiz domizilierten Personen, gleich welcher Nationalität, bleiben den Vorschriften des Clearingrechts auch dann in vollem Umfange unterworfen, wenn sie sich vorübergehend im Ausland aufhalten. Wenn daher der in der Schweiz domizilierte Clearingschuldner im Ausland eine Zahlung an den ausländischen Clearinggläubiger macht, so verletzt er seine clearingrechtliche Unterlassungspflicht und wird für die Folgen seiner Handlung haftbar²⁴⁶). Diese Erweiterung des räumlichen Herrschaftsbereiches ist notwendig, um die Durchsetzung der clearingrechtlichen Pflichten wirksam zu sichern²⁴⁷).

²⁴⁵) Vgl. Hartenstein a. a. O. S. 281 ff., Blau a. a. O. S. 258.

²⁴⁶) Der Clearingschuldner bleibt weiterhin zur Einzahlung auf Verrechnungskonto verpflichtet, siehe supra N. 192—194; gleichzeitig macht er sich strafbar, siehe supra N. 187.

²⁴⁷) Von der Frage des räumlichen und persönlichen Geltungsbereiches der öffentlich-rechtlichen Vorschriften ist zu unterscheiden: einerseits die Frage der zivilrechtlichen Wirksamkeit der durch das Clearingrecht betroffenen Rechtsgeschäfte und Rechtshandlungen nach persönlichen und sachlichen Gesichtspunkten, und andererseits die Frage der Strafbarkeit clearingwidriger Handlungen in räumlicher und persönlicher Beziehung. Die Frage der zivilrechtlichen Wirksamkeit wird in den folgenden Abschnitten dieses Kapitels behandelt. Was das Clearingstrafrecht anlangt, so verweisen die Bundesratsbeschlüsse auf das Bundesgesetz über das Bundesstrafrecht, vgl. z. B. Bundesratsbeschluss vom 14. Januar 1932 Art. 8 letzter Absatz. Dieses geht vom Territorialitätsprinzip aus, sodass den Strafandrohungen grundsätzlich nur die in der Schweiz vorgenommenen Rechtshandlungen unterliegen. Die bundesgerichtliche Praxis lässt grundsätzlich eine Ausdehnung gestützt auf das Realprinzip nur dann zu, wenn die Gesetze diese ausdrücklich vorsehen, vgl. Hafter, Lehrbuch des schweizerischen Strafrechtes, 1926, S. 53/54. Eine solche Ausdehnung wird nun aber gerade in den strafrechtlichen Bestimmungen der genannten Bundesratsbeschlüsse erblickt. „In Bezug auf den örtlichen Geltungsbereich stellt Art. 8 des Bundesratsbeschlusses eine Abweichung von dem in Art. 1 des Bundes-

b) Das privatrechtliche Schuldverhältnis. Parallel mit den beiden öffentlich-rechtlichen Grundverhältnissen laufen zwei privatrechtliche Grundverhältnisse: das privatrechtliche Schuldverhältnis des schweizerischen Schuldners zu seinem ausländischen Gläubiger und dasjenige des schweizerischen Gläubigers zu seinem ausländischen Schuldner. Diese privatrechtlichen Verhältnisse verdanken ihre Entstehung nicht den Sätzen des objektiven Rechts, sondern dem schuldrechtlichen Vertrag der beteiligten Rechtssubjekte. Ihren Inhalt entnehmen sie im wesentlichen nicht der objektiven Rechtsordnung, sondern dem Vertrag, der Rechte und Pflichten der Parteien festgelegt hat. Auch ihre Beendigung hängt nicht ab von den Vorschriften des objektiven Rechts, sondern unterliegt der Parteiwillkür. Als Beteiligte an diesem Rechtsverhältnis erscheinen keinerlei Träger öffentlicher Gewalt in dieser spezifischen Eigenschaft. Der freie, übereinstimmende Wille der beteiligten Personen, die sich als koordinierte Rechtssubjekte gegenüberreten, entscheidet über Abschluss, Inhalt und Beendigung dieser Rechtsverhältnisse. Die Durchsetzung der Ansprüche, die sich aus denselben ergeben, erfolgt ausschliesslich auf Betreiben der Parteien durch Anrufung der Gerichte und durch Zwangsvollstreckung. Die dem Berechtigten verliehene Willensherrschaft, die sein subjektives Recht ausmacht, wie die Unterwerfung des Willens des Verpflichteten, in der seine Rechtspflicht besteht²⁴⁸), beruht daher in Begründung und Verwirklichung auf dem privatrechtlichen Vertrag.

Die Rechtsfolgen, die sich aus der vertraglichen Beziehung des ausländischen Gläubigers zum inländischen Schuldner oder umgekehrt ergeben, unterliegen den Sätzen jener Privatrechtsordnung, die gemäss den Kol-

strafrechts von 1853 als Regel vorgesehenen Territorialitätsprinzip auf." EBG. 60 I 176, vgl. auch supra N. 187.

²⁴⁸) Vgl. v. Tuhr, Der allgemeine Teil des BGB. I, 1910, S. 53 ff., 93 ff.

lisionsnormen des Internationalprivatrechtes zur Anwendung bestimmt wird. Nach dem ungesetzten, schweizerischen Internationalprivatrecht, das durch den Gerichtsgebrauch entwickelt wird²⁴⁹⁾, gilt für den Abschluss des Vertrages die *lex loci contractus*, das Recht des Abschlussortes, wobei der Abschlussort aus der eigenen Rechtsordnung zu qualifizieren ist²⁵⁰⁾. Dagegen kommt für die Wirkungen des Vertrages jenes Recht zur Anwendung, das sich nach dem ausdrücklichen oder mutmasslichen Willen der Parteien bestimmt; es gilt daher dasjenige Recht, das die Parteien bei Abschluss des Vertrages in Aussicht genommen haben oder dessen Anwendung sie vernünftigerweise erwarten konnten. Bei der Ermittlung des Parteiwillens wird abgestellt darauf, mit welchem Lande das Vertragsverhältnis den engsten räumlichen Zusammenhang hat. „Das Recht dieses Landes ist sachlich das nächstliegende, weshalb davon ausgegangen werden darf, dass die Kontrahenten es stillschweigend als das massgebende gewollt haben würden, wenn sie an die Regelung der Frage gedacht haben würden“²⁵¹⁾. Wo aber der erklärte oder der zu vermutende Parteiwille versagt, stellt die schweizerische Praxis ab auf das Recht des Erfüllungsortes, weil dieser schon nach der Lehre von Savigny als der „Sitz der Obligation“²⁵²⁾, d. h. als die wich-

²⁴⁹⁾ Vgl. Schnitzer a. a. O. S. 26 ff., 36 ff., Gutzwiller a. a. O. S. 1551 ff., Fritzsche, Die örtliche Rechtsanwendung auf dem Gebiete des Obligationenrechts, 44 ZSR. 225a ff., Huber-Mutzner a. a. O. S. 389 ff., Oser-Schönenberger, Kommentar OR. I, 1929, Einleitung N. 22/23, Homberger, Die obligatorischen Verträge im internationalen Privatrecht nach der Praxis des schweizerischen Bundesgerichtes, 1925, S. 1 ff.

²⁵⁰⁾ Vgl. z. B. EBG. 59 II 399, dazu Schnitzer a. a. O. S. 281, Fritzsche a. a. O. S. 229a ff., Homberger a. a. O. S. 27 ff., 50 ff., Oser-Schönenberger, N. 61/62, 72 ff.

²⁵¹⁾ EBG. 60 II 301, vgl. dazu Schnitzer a. a. O. S. 275 ff., 282 ff., Fritzsche a. a. O. S. 213a ff., Homberger a. a. O. S. 20 ff., Oser-Schönenberger N. 60, 79—84.

²⁵²⁾ Savigny, System des heutigen römischen Rechts VIII, 1849, S. 206 ff., dazu Gutzwiller a. a. O. S. 1603.

tigste räumliche Beziehung zu bewerten ist²⁵³). Dabei ist auch der Erfüllungsort aus der eigenen Rechtsordnung zu qualifizieren²⁵⁴). Wenn keines dieser Prinzipien zu einem richtigen Resultat zu führen vermag, so erklärt die bundesgerichtliche Rechtsprechung subsidiär das Recht des Gerichtsortes, die *lex fori*, als anwendbar²⁵⁵).

Wenn die schweizerische Kollisionsnorm auf das Rechtsverhältnis zwischen dem schweizerischen Gläubiger und dem ausländischen Schuldner oder dem Rechtsverhältnis zwischen dem schweizerischen Schuldner und dem ausländischen Gläubiger ein ausländisches Recht als anwendbar erklärt, dann unterliegt es in der Beurteilung seiner Rechtswirkungen diesem fremden Recht; die Rechtssätze des schweizerischen Rechts sind grundsätzlich unanwendbar. Wenn aber die Anwendung des ausländischen Rechts zu Ergebnissen führen würde, welche der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit widersprechen würden und daher in einen unerträglichen Widerspruch zu der Ordnung des eigenen Rechtes treten, so wird diese Anwendung vom schweizerischen Richter kraft der Vorbehaltsklausel des *ordre public* abgelehnt²⁵⁶) und das

²⁵³) Vgl. Fritzsche a. a. O. S. 234a ff., Homberger a. a. O. S. 41 ff., Oser-Schönenberger, N. 63, 85/86; Schnitzer weist a. a. O. S. 278 ff. daraufhin, dass eine Mischung der Theorie des Erfüllungsortes und des mutmasslichen Parteiwillens in jüngster Zeit für die bundesgerichtliche Praxis charakteristisch sei, indem sie den Erfüllungsort nicht ausschliesslich entscheiden lasse, sondern den engsten Zusammenhang des Tatbestandes mit einem Lande untersuche. Wenn andere Zusammenhänge enger sind als der Erfüllungsort, so kann die Rechtsanwendung aus einem andern Moment entnommen werden, vgl. EBG. 60 II 294, 61 II 245.

²⁵⁴) Vgl. EBG. 56 II 44, dazu Oser-Schönenberger, N. 86, Fritzsche a. a. O. S. 236a.

²⁵⁵) Vgl. EBG. 40 II 485, dazu Schnitzer a. a. O. S. 278, Fritzsche a. a. O. S. 238a ff., Oser-Schönenberger, N. 66, Homberger a. a. O. S. 63 ff.

²⁵⁶) Auf Grund der Vorbehaltsklausel haben die schweizerischen Gerichte die Anwendung der ausländischen Devisengesetzgebung abgelehnt, siehe *supra* N. 8.

schweizerische Recht zur Anwendung gebracht²⁵⁷⁾. Da die Vorbehaltsklausel nicht nur eine negative Wirkung äussert, sondern auch positiv die Anwendung jener Sachnormen verlangt, welche um ihres Zweckes oder Inhaltes willen unbedingte Anerkennung erheischen, und da die öffentlich-rechtlichen Normen in der Regel eine territorial exklusive Geltung beanspruchen^{257a)}, so folgt daraus, dass die Wirkungen des Clearingrechts, die die privatrechtlichen Verhältnisse berühren, auch dann durchgreifen, wenn das Rechtsverhältnis grundsätzlich dem ausländischen Recht unterstellt ist, sich aber im inländischen Rechtsgebiet auswirkt. Dies ergibt sich aus der Überlegung, dass das Clearingrecht wichtige, öffentliche Interessen zu schützen bestimmt ist und daher weder die Anwendung ausländischen Rechts zulassen kann, das gegen die Zwecke des Clearingrechts verstossen würde, noch darauf verzichten kann, sich in allen, dem Wirkungsbereich des schweizerischen Rechts unterfallenden Rechtsverhältnissen durchzusetzen. Bei allen Rechtsgeschäften, die clearingpflichtige Forderungen gegenüber einem schweizerischen Schuldner betreffen, ist schweizerisches Clearingrecht massgebend, und zwar auch dann, wenn das Geschäft zwischen Personen abgeschlossen wird, die im Ausland domiziliert sind. Dasselbe aber muss gelten für die Verfügungen über Forderungen, die schweizerischen Clearinggläubigern gegenüber ausländischen Schuldnern zustehen. Demnach unterliegen alle Schuldverhältnisse, die das schweizerische Rechtsgebiet unmittelbar betreffen, dem

²⁵⁷⁾ Vgl. über die Vorbehaltsklausel im allgemeinen Gutzwiller a. a. O. S. 1572 ff., Huber-Mutzner a. a. O. S. 406 ff., Schnitzer a. a. O. S. 103 ff., und ihre Anwendung auf obligatorische Verträge nach schweizerischer Rechtsprechung Oser-Schönenberger, N. 24—34, Homberger a. a. O. S. 69 ff.

^{257a)} Vgl. Huber-Mutzner a. a. O. S. 408, Oser-Schönenberger, N. 24, 28.

schweizerischen Clearingrecht²⁵⁸⁾). Im Ergebnis fallen daher die oben festgestellten Grenzen des Herrschaftsbereiches der öffentlich-rechtlichen Normen zusammen mit den, aus dem schweizerischen Internationalprivatrecht abzuleitenden Grenzen der Anwendung des schweizerischen Privatrechts.

2. Die Beziehung zwischen den beiden Rechtsverhältnissen.

Die Parallelität der beiden Rechtsverhältnisse, des öffentlich-rechtlichen Clearingverhältnisses und des privatrechtlichen Schuldverhältnisses, wirft die Frage auf, wie sich diese beiden zueinander verhalten und welche Beziehungen zwischen denselben bestehen. Darüber lässt sich grundsätzlich folgendes feststellen:

a) Die Einzahlung des schweizerischen Clearingschuldners auf Verrechnungskonto der Schweiz. Nationalbank stellt sich als Erfüllung der öffentlich-rechtlichen Clearingpflicht dar. Sie bedeutet daher noch nicht die Erfüllung der privatrechtlichen Schuldpflicht, denn diese Erfüllung liegt nach allgemeinen Grundsätzen erst dann vor, wenn die geschuldete Leistung dem Gläubiger erbracht wird, und der Erfüllungsgegenstand in das Vermögen des Gläubigers übergeht²⁵⁹⁾. Erst in diesem Momente ist das Ziel der Obligation erreicht, die Rechtsbeziehung zwischen Gläubiger und Schuldner durch Befriedigung des ersteren und Befreiung des letzteren beendet. Die Einzahlung des geschuldeten Betrages bei der Nationalbank hat daher zunächst lediglich öffentlich-rechtliche Wirkungen. Aus dieser Feststellung ergeben sich wichtige Folgerungen für die Beantwortung der Frage, wann der

²⁵⁸⁾ Ähnlich die Geltung des ausländischen Devisenrechts, vgl. Hartenstein a. a. O. S. 292 ff., Wahle a. a. O. S. 30 ff., Blau a. a. O. S. 260 ff.

²⁵⁹⁾ Vgl. v. Tuhr, Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, 1925, S. 406 ff., 410 ff., Guhl, Das schweizerische Obligationenrecht, 1933, S. 107 ff.

clearingberechtigte Gläubiger befriedigt und der clearingpflichtige Schuldner befreit wird²⁶⁰).

Auf der andern Seite liegt in der Entstehung des Auszahlungsanspruches des clearingberechtigten Gläubigers lediglich die Begründung eines subjektiven, öffentlichen Rechts und in der Geltendmachung dieses Anspruches lediglich die Ausübung desselben. Voraussetzung der Entstehung dieses Anspruches ist die Erfüllung der Einzahlungspflicht durch den Clearingschuldner. Durch die Auszahlung der Verrechnungsstelle wird dem Gläubiger indessen eine Leistung erbracht, die nicht nur der Erfüllung der öffentlich-rechtlichen Pflicht der Verrechnungsstelle dienen soll, sondern die ihren Rechtsgrund in der Zahlung des ausländischen Schuldners hat, und daher der Überführung des schuldrechtlichen Leistungsgegenstandes in das Vermögen des Gläubigers dienen soll. Daraus ergeben sich Folgerungen für die Beurteilung der Frage, wann und in welchem Umfange der Gläubiger durch die Zahlung der Verrechnungsstelle auch privatrechtlich befriedigt wird²⁶¹). Es lässt sich eine grundsätzliche Trennung der öffentlich-rechtlichen Clearingverhältnisse und der privatrechtlichen Schuldverhältnisse feststellen, die zu bedeutsamen praktischen Folgerungen führt.

b) Trotz dieser Trennung besteht nun aber zwischen den parallel laufenden Rechtsverhältnissen des öffentlichen und des Privatrechts ein innerer Zusammenhang. Die Begründung einer privatrechtlichen Schuldspflicht durch den schweizerischen Schuldner gegenüber einem ausländischen Gläubiger ist eine rechtliche Voraussetzung für die Begründung der öffentlich-rechtlichen Clearingpflicht, und diese entsteht erst mit der Fälligkeit der privatrechtlichen Forderung. Ohne privatrechtliche Schuldspflicht grundsätzlich keine clearingrechtliche Einzahlungspflicht. Auf der andern Seite ist der Bestand einer privatrechtlichen Forderung eines schweizerischen

²⁶⁰) Siehe im einzelnen *infra* S. 595a ff.

²⁶¹) Siehe im einzelnen *infra* S. 597a.

Gläubigers gegenüber einem Schuldner im Vertragsstaat eine echte Rechtsbedingung für die Begründung der Clearingberechtigung, und diese entsteht wiederum erst mit der Einzahlung des ausländischen Schuldners. Ohne privatrechtliches Forderungsrecht, grundsätzlich kein clearingrechtlicher Auszahlungsanspruch.

Von diesem Grundsatz der Konkurrenz der öffentlichen und der privatrechtlichen Schuldpflicht und des öffentlichen und privaten Forderungsrechtes gibt es grundsätzlich nur eine Ausnahme: Wenn unter dem System des Totalclearings auch jene Zahlung als clearingpflichtig erklärt wird, die ohne rechtliche Verbindlichkeit erfolgt²⁶²⁾, so sind Clearingpflicht und Clearingberechtigung nicht an den Bestand eines privatrechtlichen Schuldverhältnisses geknüpft. Die Clearingpflicht erschöpft sich jedoch in diesem Falle in der öffentlich-rechtlichen Unterlassungspflicht, und eine positive Einzahlungspflicht entsteht erst dann, wenn eine clearingwidrige Zahlung erfolgt, und zwar als Rechtsfolge dieser verbotenen Zahlung. Die Entstehung der Clearingberechtigung setzt in diesem Falle keine privatrechtliche Schuldpflicht voraus; die Einzahlung ist das einzige konstitutive Element für die Entstehung des Auszahlungsanspruches.

3. Die Folgerungen.

Aus der festgestellten Trennung und gleichzeitigen Verknüpfung des öffentlich-rechtlichen Clearingverhältnisses und des privatrechtlichen Schuldverhältnisses ergeben sich eine Reihe bedeutsamer Folgerungen.

a) Die Erfüllung der öffentlich-rechtlichen Einzahlungspflicht durch den Clearingschuldner löst den öffentlich-rechtlichen Auszahlungsanspruch des Clearinggläubigers im Vertragsstaat aus. Wird dieser nach Eintritt der Verrechnungsmöglichkeit und der übrigen gesetzlichen Voraussetzungen zur Zahlung fällig²⁶³⁾, so

²⁶²⁾ Siehe supra N. 114.

²⁶³⁾ Siehe supra S. 500a ff.

liegt in der erfolgten Zahlung auch die entsprechende Erfüllung der dem Schuldner obliegenden privatrechtlichen Leistungspflicht. Somit stellt die Erfüllung der öffentlich-rechtlichen Clearingpflicht einen Versuch des Schuldners dar, seine private Schuldpflicht zu erfüllen. Sie bewirkt mittelbar, wenn der Auszahlungsanspruch des Clearinggläubigers fällig geworden ist²⁶⁴), die Erfüllung seiner privatrechtlichen Schuld. Wenn aber der durch die Zahlung des Clearingschuldners entstandene Auszahlungsanspruch mangels einer Verrechnungsmöglichkeit nicht fällig wird und nicht durchgesetzt werden kann, so ist es beim Versuch der Erbringung der Leistung geblieben; die Erfüllung der privaten Schuldpflicht ist nicht eingetreten. Die Einzahlung äussert daher in diesem Falle grundsätzlich keine privatrechtlichen Wirkungen. Dem Schuldner steht lediglich ein öffentlich-rechtlicher Rückforderungsanspruch gegenüber der Clearingstelle seines Staates zu, der analog der privatrechtlichen Kondiktion aus nicht verwirklichtem Rechtsgrund gegeben ist²⁶⁵). Der Rückforderungsanspruch des Clearingschuldners und der Auszahlungsanspruch des Clearinggläubigers stehen daher unter entgegengesetzter Rechtsbedingung. Mit der Entscheidung der Rechtsbedingung wird der Anspruch des Clearinggläubigers fällig, während der Rückzahlungsanspruch des Clearingschuldners dahinfällt, oder umgekehrt.

Die Erfüllung der öffentlich-rechtlichen Zahlungspflicht durch den Clearingschuldner äussert nun aber, trotzdem sie nicht unmittelbar eine Erfüllung seiner privat-

²⁶⁴) Entscheidend ist der Zeitpunkt der Fälligkeit, der mit der Erfüllung der gesetzlichen Voraussetzungen eintritt, und nicht etwa der der Auszahlung oder Überweisung an den Clearinggläubiger. Mit dem Eintritt der Fälligkeit steht dem Clearinggläubiger die Verfügungsmöglichkeit über die öffentlich-rechtliche Forderung zu, und zwar kraft objektiven Rechts, vgl. Jaccard a. a. O. S. 57 ff., Mettler a. a. O. S. 92 ff.

²⁶⁵) Vgl. Fleiner a. a. O. S. 180/81, v. Tuhr a. a. O. S. 379 ff.

rechtlichen Schuldpflicht herbeiführt, sofort gewisse privatrechtliche Rechtswirkungen. Der Schuldner hat damit auch privatrechtlich alles getan, um seiner Leistungspflicht zu genügen und um die Erfüllung zu bewirken. Weil ihm eine andere Zahlung durch die clearingrechtlichen Vorschriften untersagt ist, und die Einzahlung auf Verrechnungskonto auch privatrechtlich geschuldet ist, wie noch zu zeigen sein wird, so ist es ihm unmöglich, ein mehreres zu tun. Allerdings wird, wenn seine Einzahlung mangels einer Verrechnungsmöglichkeit nicht transferiert werden kann, die privatrechtliche Erfüllung verzögert, und diese Verzögerung kann eine sehr erhebliche sein. Weil er aber andererseits auf Grund der clearingrechtlichen Rechtsätze den Transfer nicht selbst bewirken kann, so liegt vom Momente der Erfüllung seiner öffentlich-rechtlichen Zahlungspflicht an bis zur Fälligkeit des öffentlich-rechtlichen Auszahlungsanspruches des Clearinggläubigers eine unverschuldete Unmöglichkeit der Leistung an den Gläubiger vor²⁶⁶). Weil es sich um eine ihrer Natur nach vorübergehende Unmöglichkeit handelt, bei der ein so zeitiger Wegfall des Hindernisses zu erwarten ist, dass die Leistung auch nachträglich noch den Vertragszweck erfüllen kann, so treten nach allgemeinen Grundsätzen nicht die Rechtsfolgen von 119 OR. ein. Diese Unmöglichkeit der Leistung bewirkt nicht den Untergang der Forderung, sondern hat die Wirkung einer Art Zwangsstundung^{266a}),

²⁶⁶) Unmöglichkeit der Leistung liegt nach allgemeinen Grundsätzen auch dann vor, wenn sie auf rechtlichen Gründen beruht, vgl. v. Tuhr a. a. O. S. 494, Enneccerus-Lehmann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts II, 1932, S. 116. So hat die Praxis des Bundesgerichtes angenommen, dass eine rechtliche Unmöglichkeit bei Ein- und Ausfuhrverboten entstehen könne, vgl. EBG. 44 II 525, dazu Oser-Schönenberger, 119 N. 5. Eine solche rechtliche Unmöglichkeit der Leistung liegt auch bei der Beschlagnahme von Waren vor, vgl. Heymann a. a. O. S. 120 ff., Lehmann a. a. O. S. 38/39. Das Devisenrecht führt ebenfalls in gewissen Fällen zu einer Unmöglichkeit der Leistung, vgl. Bendheim a. a. O. S. 93, Meilicke a. a. O. S. 408.

^{266a}) Vgl. Wegelin a. a. O. S. 374.

indem sie die Rechte des Gläubigers bis zur Fälligkeit des Auszahlungsanspruches gegenüber seiner Verrechnungsstelle hemmt²⁶⁷⁾. Die Leistungspflicht des Schuldners bleibt daher grundsätzlich bestehen, aber er kommt nicht in Verzug, schuldet keinen Verzugszins, haftet nicht für den Verzugsschaden. Andererseits kann der Gläubiger während der Dauer des Transferhindernisses seine Rechte nicht geltend machen. Er kann nicht auf Erfüllung klagen, und er kann auch nicht, mangels eines Verschuldens auf Seiten des Schuldners an der Verzögerung der Leistung, vom Vertrag zurücktreten, selbst dann nicht, wenn die Dauer der Verzögerung unübersehbar ist²⁶⁸⁾. Endlich, kann er den Schuldner auch nicht betreiben und nicht Arrest auf seine Vermögensstücke legen²⁶⁹⁾. Dem Schuld-

²⁶⁷⁾ Vgl. Oser-Schönenberger, 119 N. 13, Enneccerus-Lehmann a. a. O. S. 182/183.

²⁶⁸⁾ Bei der vorübergehenden Unmöglichkeit infolge von Ausfuhrverboten hat die bundesgerichtliche Praxis angenommen, dass keine Bindung der Parteien auf unabsehbare Zeit hinaus angenommen werden könne, dass vielmehr eine zeitliche Beschränkung nach richterlichem Ermessen getroffen, und daher bei längerer Dauer der Unmöglichkeit den Parteien aus Billigkeitsgründen ein Rücktrittsrecht eingeräumt werden müsse, vgl. EBG. 44 II 526/27, dazu Oser-Schönenberger, 119, N. 13. Im Falle der clearingrechtlichen Unmöglichkeit der Leistung verbietet sich diese Annahme nicht nur deshalb, weil in der Regel die Unmöglichkeit nur einige Monate dauert, sondern vor allem im Hinblick auf den Zweck des Clearings. Wollte man bei länger dauernder Unmöglichkeit ein Rücktrittsrecht einräumen, so würde die betreffende Forderung dem Clearing entzogen und damit eine Folge eintreten, die das Clearingrecht gerade verhindern will.

²⁶⁹⁾ In einem nicht publizierten Entscheid vom 16. März 1933 hat das Zürcher Obergericht, in völliger Verkennung der rechtlichen Situation, die Auffassung vertreten, dass durch das Clearingabkommen „für gewisse Fälle eine Hinausziehung der tatsächlichen Auszahlung, nicht aber die Fälligkeit der Forderung und somit auch nicht eine Stundung der Schuld, die der Erteilung der provisorischen Rechtsöffnung entgegenstehen könnte, festgesetzt worden sei . . . Dass die Erwirkung eines Arrestes auf Vermögensstücke des Schuldners, die im Lande des Gläubigers liegen,

ner würde gegenüber allen diesen Handlungen die Einrede der Unmöglichkeit der Leistung zustehen, die sich auf Grund der Erfüllung der Clearingpflicht ergibt.

b) Die Nichterfüllung der öffentlich-rechtlichen Einzahlungspflicht durch den Schuldner kann darin begründet sein, dass er auch seiner privatrechtlichen Schuldpflicht nicht Genüge leisten will. Erfolgt die Zahlung bei Fälligkeit nicht, so hat diese Tatsache eine doppelte Wirkung. Einerseits tritt Verzug des Schuldners ein; sofern es sich um ein Mahngeschäft handelt, allerdings erst nach erfolgter Mahnung gemäss 102 OR. Es treten die gewöhnlichen Verzugsfolgen ein, die Haftung für den Zufall, die Verpflichtung zur Zahlung von Verzugszinsen, die Haftung für den weiteren aus der Verspätung der Leistung entstehenden Schaden, und es entsteht das Recht des Gläubigers, auf die nachträgliche Leistung zu verzichten und vom Vertrag zurückzutreten. Andererseits aber entsteht mit der Fälligkeit der privatrechtlichen Forderung auch die öffentlich-rechtliche Einzahlungspflicht des Clearing-schuldners, die der Verrechnungsstelle das Recht gibt, ihn zur Einzahlung an die Nationalbank zu zwingen. Leistet er nachträglich seine Zahlung, so erfüllt er seine Einzahlungspflicht. Gleichzeitig wird damit der durch den Verzug geschaffene Zustand beendet, obwohl die Leistung nicht dem Gläubiger erbracht wird, und nicht sofort in sein Vermögen übergeht. Daher entfallen die Verzugsfolgen für die Zukunft, bleiben aber, soweit sie bereits entstanden sind, bestehen. Der Zustand des Verzuges wird abgelöst durch den Zustand einer vorübergehenden, rechtlichen Unmöglichkeit der Leistung, die der Schuldner nicht zu vertreten hat. Dieselbe Rechtshand-
unzulässig sei, ist im Staatsvertrag nicht ausgesprochen“. Mettler leitet a. a. O. S. 103 aus diesem Fehlurteil die Forderung ab, „die Einrede des Transfermoratoriums in einem Bundesratsbeschluss ausdrücklich zu regeln“. Diese Regelung ist aber deshalb nicht notwendig, weil es nicht der Anerkennung einer neuen Einrede bedarf, sondern lediglich der Erkenntnis, dass in diesen Fällen die Einrede der rechtlichen Unmöglichkeit der Leistung Platz greift.

lung, nämlich die Zahlung an die Nationalbank, heilt somit die öffentlich-rechtliche wie die privatrechtliche Pflichtverletzung, wobei freilich die aus der Verspätung entstandenen Rechtsfolgen nicht beseitigt werden.

Möglich ist nun aber auch, dass der Nichterfüllung der öffentlich-rechtlichen Einzahlungspflicht keine Nichterfüllung der privatrechtlichen Schuldpflicht parallel geht. Dies ist der Fall, wenn der Clearingschuldner bei Fälligkeit seine Schuld durch eine ausserhalb des Clearings erfolgende Zahlung oder in anderer Weise, z. B. durch Verrechnung, tilgt, ohne dass diese anderweitige Tilgung durch die Verrechnungsstelle bewilligt worden wäre. In diesem Falle ist zunächst fraglich, welche Rechtswirkungen die verbotswidrig geleistete Zahlung in privatrechtlicher Hinsicht auslöst. Dabei ist vorerst massgebend, welchen Rechtscharakter man der Erfüllung, insbesondere der Zahlung, beilegt²⁷⁰). Stellt man sich auf den Standpunkt, dass die Zahlung eine rein tatsächliche Handlung ist, dann kann sie niemals unwirksam sein. Sie bewirkt eine Befriedigung des Gläubigers und damit eine Befreiung des Schuldners²⁷¹). Legt man dagegen der Zahlung rechtsgeschäftlichen Charakter bei, weil sie die Übereignung von Zahlungsmitteln zum Zwecke der Erfüllung einer Verbindlichkeit anstrebt²⁷²), dann fragt es sich, ob die Verbotswirkungen des Clearingrechts auch die Gültigkeit der Zahlung berühren. Das Devisenrecht der ausländischen Staaten hat aus naheliegenden Gründen eine solche Zahlung als nichtig erklärt, sodass eine solche verbotene Leistung rechtlich als eine Unmöglichkeit anzusehen ist²⁷³). Dagegen braucht das Clearingrecht diese

²⁷⁰) Vgl. darüber Oser-Schönenberger, Vorb. 68/96 N. 8, Becker, Kommentar OR. Vorb. 68/96 N. 1.

²⁷¹) So überwiegend die Auffassung in Österreich, vgl. Wahle a. a. O. S. 8/9, Kössler a. a. O. S. 312.

²⁷²) So die schweizerische Doktrin, vgl. die in N. 270 zitierten Autoren, sowie v. Tuhr a. a. O. S. 408/409.

²⁷³) Vgl. Deutsches Devisengesetz § 38, dazu RGZ. 143, 312, 327/28, Hartenstein a. a. O. S. 285 ff., 65 J.W. 2833.

Konsequenz nicht zu ziehen; es genügt, wenn die Tilgung der privatrechtlichen Schuld die clearingrechtliche Einzahlungspflicht nicht zu berühren vermag²⁷⁴⁾. Die verbotene Zahlung entfaltet daher zivilrechtlich ihre Wirkung und tilgt die Schuld^{274a)}, dagegen löst sich das clearingrechtliche Verhältnis vom untergegangenen Schuldverhältnis. Die Einzahlungspflicht bleibt trotz des Unterganges der Schuldpflicht bestehen.

c) Der Wegfall der öffentlich-rechtlichen Einzahlungspflicht, der aus clearingrechtlichen Gründen von der Verrechnungsstelle verfügt wird, wie z. B. bei der Bewilligung einer anderweitigen Zahlung im Härtefall oder aus anderen Gründen, lässt grundsätzlich das privatrechtliche Schuldverhältnis unberührt. Der Schuldner ist diesfalls nicht mehr zur Einzahlung ins Clearing verpflichtet, auch die übrigen in der Clearingpflicht eingeschlossenen Pflichten, wie die Unterlassungspflicht, erlöschen, aber er bleibt privatrechtlich zur Erbringung seiner Leistung an den Gläubiger verpflichtet. Kommt er in Verzug, so kann der Gläubiger die Erfüllung klageweise geltend machen, oder unter grundsätzlicher Wahrung der Verzugsfolgen auf die Erfüllung verzichten. Der Wegfall der Clearingpflicht ohne Untergang der privatrechtlichen Schuldpflicht kann aber immer nur von der Verrechnungsstelle als dem herrschaftlichen Träger des Clearings bewilligt werden. Daraus folgt, dass nicht etwa der Gläubiger auf die Erfüllung der Clearingpflicht verzichten kann. Das wäre ein Verzicht auf fremde Rechte, nämlich auf das Recht des Staates, bezw. der Verrechnungsstelle. Ein solcher Verzicht des Gläubigers wäre daher unwirksam.

Der Wegfall der Clearingpflicht kann nun aber auch

²⁷⁴⁾ So die heutige Praxis, siehe supra N. 192—194a, während die frühere mit der Aufhebung der privatrechtlichen Schuldpflicht auch die öffentliche als untergegangen betrachtete, vgl. Mettler a. a. O. S. 49. A. M. Rosset a. a. O. S. 257a.

^{274a)} Vgl. Jaccard a. a. O. S. 59/60.

eine Folge des Unterganges der privatrechtlichen Schuldpflicht sein. Weil grundsätzlich diese privatrechtliche Schuldpflicht eine rechtliche Voraussetzung für die Begründung der öffentlich-rechtlichen Clearingpflicht darstellt, so ergibt sich folgerichtig, dass die Veränderung oder der Untergang der ersteren auch eine Veränderung oder den Wegfall der letzteren nach sich ziehen muss. Die Clearingpflicht entfällt daher in dem Masse, als die privatrechtliche Schuldpflicht untergeht. Allein dies gilt nur insoweit, als die Schuldpflicht aus einem gesetzlichen Untergangsgrund oder infolge der Ausübung eines gesetzlichen Gestaltungsrechtes erlischt. Wenn z. B. auf Klage einer Vertragspartei die Ungültigkeit eines Vertrages festgestellt wird, oder wenn eine derselben berechtigterweise vom Vertrage zurücktritt, bevor der Clearingschuldner die Leistung erbracht hat, oder wenn eine Wandelung des Kaufvertrages durchgeführt wird, so entfällt grundsätzlich auch die Clearingpflicht. Sie besteht allerdings fort für allfällige Schadensersatzansprüche, die sich aus einer solchen Aufhebung des Vertrages ergeben. Die Clearingpflicht kann aber auch nur teilweise entfallen, wenn z. B. beim Kaufvertrag eine Minderung wegen Mängeln des Kaufgegenstandes eintritt, oder wenn der schweizerische Schuldner in Konkurs fällt oder einen Nachlassvertrag abschliesst; im letzteren Falle reduziert sich die Clearingpflicht auf den Betrag der Konkurs-, bzw. Nachlassdividende.

Der Satz, dass der Untergang, bzw. die Reduktion der privatrechtlichen Schuldpflicht auch den gänzlichen oder teilweisen Wegfall der Clearingpflicht bewirkt, gilt daher nicht ohne Einschränkung. Diese Regel zessiert immer dann, wenn die privatrechtliche Schuldpflicht von den Parteien selbst durch rechtsgeschäftliche Verfügung oder durch Erfüllung in Verletzung oder in der Absicht der Umgehung der Clearingpflicht aufgehoben wird. Dies ergibt sich daraus, dass die öffentlich-rechtliche Beschlagnahme der Forderungen notwendigerweise gewisse privatrechtliche

Verfügungsbeschränkungen auslöst²⁷⁵⁾. Wird das Schuldverhältnis durch eine verbotene Verfügung aufgehoben, so tritt die im vorhergehenden Abschnitt dargestellte Rechtslage ein: trotz des Unterganges der privatrechtlichen Schuldpflicht bleibt das clearingrechtliche Verhältnis unverändert. Dies hat zur Folge, dass der Clearinggläubiger trotz des Unterganges seiner Forderung eine weitere Zahlung von der Verrechnungsstelle seines Staates erhält. Da er um den Betrag dieser Zahlung ungerechtfertigt bereichert wird, kann der Schuldner wegen weggefallenem Rechtsgrund kondizieren, wobei er freilich den devisenrechtlichen Beschränkungen des betreffenden Staates bezüglich des Betrages der Rückzahlung unterworfen ist^{275a)}.

II. Die grundsätzliche Einwirkung des Clearingrechtes auf die vertraglichen Schuldverhältnisse.

1. Im Allgemeinen.

Das Clearingrecht beschränkt sich grundsätzlich darauf, den zwischenstaatlichen Zahlungsverkehr im Interesse der schweizerischen Volkswirtschaft zu regeln, um damit der Aufrechterhaltung des internationalen Waren- und Kapitalverkehrs zu dienen. Diesen Zweck versucht es primär auf öffentlich-rechtlichem Wege zu erreichen, indem es dem schweizerischen Clearingschuldner Verpflichtungen gegenüber der Verrechnungsstelle auferlegt und dem schweizerischen Clearinggläubiger Rechtsansprüche gegenüber derselben einräumt. Grundsätzlich liegt daher dem Clearingrecht der Eingriff in das private Recht durchaus fern. Es will weder die privatrechtlichen Verpflichtungen ändern oder aufheben, noch die privatrechtlichen Befugnisse gefährden oder verletzen. Wenn schon das Devisenrecht ausländischer Staaten, das seiner Natur nach viel

²⁷⁵⁾ Siehe infra S. 534a ff., 551a ff.

^{275a)} Siehe supra N. 202.

stärker als das Clearingrecht in das Privatrecht eingreifen muss, keine Zertrümmerung der privatrechtlichen Ordnung anstrebt oder nach sich zieht²⁷⁶⁾, so will umsoweniger das Clearingrecht in die vertraglichen Beziehungen zwischen Gläubiger und Schuldner eingreifen. Daher bleibt auch unter dem Clearingrecht die Festsetzung aller wesentlichen Elemente des schuldrechtlichen Vertrages zwischen dem inländischen Gläubiger und dem ausländischen Schuldner, oder zwischen dem ausländischen Schuldner und dem inländischen Gläubiger, vor allem die Vereinbarung der gegenseitigen Leistungspflichten, dem freien Willen der Vertragsparteien überlassen. Nach dem Prinzip der Vertragsfreiheit steht es ihnen grundsätzlich frei, den Vertrag abzuschliessen, ihn inhaltlich auszugestalten, ihn abzuändern oder aufzuheben.

Allein, soweit nun die Durchführung des Clearings und die Erreichung des damit angestrebten öffentlichen Zweckes einen Eingriff in die privatrechtlichen Schuldverhältnisse notwendig macht, muss das Clearingrecht in die privaten Rechtsbeziehungen zwischen Gläubiger und Schuldner eingreifen. Es ist daher nicht richtig, wenn behauptet worden ist²⁷⁷⁾, dass durch das Clearingrecht ein Eingriff in private Rechtsverhältnisse nicht vorgenommen, und das individuelle Verhältnis zwischen Schuldner und Gläubiger nicht berührt werde. Freilich bewirkt das Clearingrecht keine Verschiebung in den am Vertrag beteiligten Rechtssubjekten, weil sich die Verrechnungsstelle weder dem Gläubiger noch dem Schuldner, die in der Schweiz domiziliert sind, substituiert. Auch eine Verschiebung im Gegenstand der geschuldeten Leistungen tritt nicht ein; so wird z. B. beim Kaufvertrag nach wie vor vom Verkäufer die Ware, vom Käufer die Geldzahlung geschuldet. Aber soweit es sich um die Zahlung dieser Geldschuld handelt, hat das Clearingrecht auch in die privatrechtlichen Verhältnisse eingegriffen. Dabei han-

²⁷⁶⁾ Vgl. Wahle a. a. O. S. 1/2.

²⁷⁷⁾ Vgl. Vieli a. a. O. S. 18.

delt es sich wiederum grundsätzlich nicht um eine Änderung des Umfanges dieser privatrechtlichen Schuldpflicht, sondern im wesentlichen um die Anordnung von Verfügungsbeschränkungen, sowie die Gestaltung der Modalitäten der Zahlung²⁷⁸⁾. Es liegt daher nicht eine planmäßige Umgestaltung des privaten Schuldvertrages, sondern eine Beschränkung der privatrechtlichen Gestaltungs- und Verfügungsfreiheit²⁷⁹⁾ vor.

²⁷⁸⁾ Dies ist zum erstenmal in klarer Weise von Jaccard a. a. O. S. 42 ausgesprochen worden: „Nous avons donc posé en principe que la procédure de clearing ne modifie pas le statut du contrat intervenu entre le vendeur et l'acheteur, n'entraîne pas d'altération quant à la substance de leurs obligations et ne déploie ses effets que sur un point, d'ailleurs capital, les modalités de paiement.“

²⁷⁹⁾ Das Clearingrecht ist primär öffentliches Recht, aber eine Reihe seiner Rechtssätze sind auch von privatrechtlicher Bedeutung, weil sie gleichzeitig einen Satz privatrechtlicher Natur enthalten, siehe *infra* S. 545 *aff.* Ob dies der Fall ist, ist an Hand des einzelnen Rechtssatzes zu untersuchen. Vom rechtstheoretischen Standpunkt aus erscheint diese Verknüpfung von öffentlichem und privatem Recht besonders bemerkenswert. Das Clearingrecht spiegelt dabei nur einen Grundzug wieder, der sich in vielen Gebieten des Wirtschaftsrechtes in mehr oder weniger starkem Masse ausprägt, vgl. Hug, Die rechtliche Neuordnung der Wirtschaft, in Ernst-Hug-Haas, Die Neuordnung der Wirtschaft, 1934 S. 30 ff., 35 ff., und vor allem im Arbeitsrecht in Erscheinung tritt, vgl. Hug, Das Kündigungsrecht I, 1926 S. 82, 86, Arbeiterschutz, 1929 S. 7/8, Schönenberger, Das Verhältnis des Arbeitnehmerschutzrechts zum Dienstvertrag, 52 ZSR. 8a ff., 29a ff.

Diese Erscheinung erklärt sich aus den gegensätzlichen Ordnungsprinzipien, die unsere Gegenwartswirtschaft bestimmen. Grundsätzlich bleibt es bei der privatwirtschaftlichen Grundlage, aber die private Wirtschaftstätigkeit wird in steigendem Masse der rechtlichen Ordnung und der staatlichen Kontrolle unterworfen, und der private Wirtschaftsraum erfährt durch die öffentlichen Unternehmen eine fortschreitende Einengung, vgl. Hug, Staat und Wirtschaft, 1935 S. 11 ff., 15 ff., Die rechtliche Organisation der öffentlichen Unternehmen, *supra* N. 161, S. 131 ff. Daher bleibt es bei dem grundsätzlich privatrechtlichen Fundament, indem die Ordnung des Wirtschaftslebens noch

In den Rechtsquellen des Clearingrechts ist nun freilich die privatrechtliche Wirkung seiner Rechtssätze nicht zu einem klaren Ausdruck gekommen. Wie schon die Clearingabkommen vielfach eine präzise, juristische Fassung vermissen lassen²⁸⁰⁾, so haben es auch die bundesrechtlichen Verordnungen unterlassen, eine klare und juristisch einwandfreie Grundlage zu schaffen. Während dies bei den Clearingabkommen, die das Ergebnis langer und schwieriger Verhandlungen mit den Vertretern der ausländischen Staaten sind, einigermassen verständlich

immer auf den Rechtsinstituten des Privateigentums, des privatrechtlichen Vertrages, und dem Prinzip der Wirtschaftsfreiheit beruht. Aber über diesen privatrechtlichen Fundamenten erhebt sich ein öffentlich-rechtlicher Überbau, der aus dem Gebot der Berücksichtigung der öffentlichen Interessen herauswächst und die Gestaltung der privatrechtlichen Verhältnisse in stärkerem oder schwächerem Masse beeinflusst. Dieser Zug prägte sich besonders der Gesetzgebung der Kriegszeit auf, vgl. Heymann a. a. O. S. 12 ff., und findet wiederum einen besonders deutlichen Niederschlag im gegenwärtigen Krisenrecht, vgl. Haab, Krisenrecht, 1936 S. 9 ff. Er lässt sich auch in der Rechtsprechung feststellen, die immer stärker das öffentliche Interesse bei der Beurteilung privatrechtlicher Rechtsstreitigkeiten mitberücksichtigt, vgl. Hedemann, Reichsgericht und Wirtschaftsrecht, 1929 S. 237 ff.

Freilich lässt diese Ordnung die Folgerichtigkeit vermissen, die sich aus dem Prinzip der Privatwirtschaft ergeben würde. Aber wie in unserer Gegenwartswirtschaft widerstreitende Tendenzen unter dem Zwange der Verhältnisse sich verbinden müssen, weil eine Beschränkung der privatwirtschaftlichen Freiheit zur Sicherung lebensnotwendiger Interessen sich aufdrängt, so ist auch das Wirtschaftsrecht der Gegenwart vom Dualismus privatrechtlicher und öffentlich-rechtlicher Ordnung beherrscht. Es zeichnet sich darin eine Entwicklung ab, die das Privatrechtssubjekt und den privatrechtlichen Verkehr in erheblichem Masse öffentlich-rechtlichen Bindungen und Beschränkungen unterwirft. Sie dringt auch bereits in das allgemeine Unternehmensrecht ein, vgl. Hug, Zur Revision des schweiz. Aktienrechts, 1934 S. 20, Goldschmidt, Grundfragen des neuen schweiz. Aktienrechts, 1937 S. 15 ff.

²⁸⁰⁾ Siehe supra N. 81.

ist, erscheint es nicht notwendig zu sein, dass auch die bundesrechtlichen Erlasse alle Züge einer hastigen Gelegenheitsgesetzgebung tragen²⁸¹⁾. Es liegt ein Mangel an Rechtskultur vor, wenn trotz der Einsicht in den länger währenden Bestand des Clearingverkehrs und der dadurch bewirkten Entstehung eines neuen Rechtsgebietes²⁸²⁾ die bundesrechtlichen Erlasse noch keine klare Zusammenfassung erfahren haben und vielfach das nötige Mass juristischer Präzision vermissen lassen. Dieser Mangel wird besonders offensichtlich, wenn man die Art und das Mass der Einwirkung des Clearingrechts auf die privatrechtlichen Verhältnisse nachprüfen will. Während das ausländische Devisenrecht in derselben Zeitspanne, in der unser Clearingrecht geschaffen worden ist, vielfach einen klaren formellen Aufbau erfahren hat, und auch in materiell-privatrechtlicher Beziehung alle grundsätzlichen Fragen durch positive Rechtssätze gelöst hat²⁸³⁾, fehlt es bei den Rechtssätzen des schweizerischen Clearingrechts sowohl an der formell einheitlichen Gestaltung, wie an der klaren Regelung wichtigster, materieller Fragen. Vielleicht ist diese ausdrückliche Regelung aber auch absicht-

²⁸¹⁾ Ein besonders typisches Beispiel der unüberlegten Gelegenheitsgesetzgebung ist bei der Ordnung des Zahlungsverkehrs mit Spanien festzustellen. Durch den Bundesratsbeschluss vom 14. Juli 1936 wurde das Zwangsclearing gegenüber Spanien angeordnet. Am 22. Juli 1936, also acht Tage später, wurde bereits ein neuer Bundesratsbeschluss erlassen, der die Bestimmungen des erstern abänderte und ergänzte. Er fügte dem ersten Beschluss u. a. die dem schweizerischen Clearingrecht längst bekannte Bestimmung bei, dass die Verrechnungsstelle zur Vornahme von Bücherrevisionen und Warenkontrollen ermächtigt sei. Man hatte diese Bestimmung ganz einfach bei der Redaktion des ersten Beschlusses vergessen. Aber derart undurchdachte Erlasse sind dann während Jahren in Geltung. „Il n'y a que le provisoire qui dure!“

²⁸²⁾ Siehe supra N. 37, 240.

²⁸³⁾ Vgl. z. B. Deutsches Devisengesetz, 4. Abschnitt §§ 38 ff., der die Überschrift trägt „Bürgerlich-rechtliche und zivilprozessuale Vorschriften.“

lich unterlassen worden, um die Fiktion aufrechtzuerhalten, dass ein Eingriff in die privaten Rechtsbeziehungen nicht vorliege. Jedenfalls bleibt es bei diesem Stande der Gesetzgebung Aufgabe der Wissenschaft, die Einwirkung des Clearingrechts auf die privaten Rechtsverhältnisse zur Abklärung zu bringen.

Weil das Clearingrecht seiner grundsätzlichen Tendenz nach die Privatautonomie und die vertraglichen Rechte wahren will, so hat die Auslegung aller privatrechtlichen Bestimmungen, die das Clearingrecht enthält, einschränkend zu erfolgen. Mit Rücksicht darauf, dass nur vereinzelte Eingriffe in das private Schuldverhältnis beabsichtigt und vorgenommen worden sind, und diese Bestimmungen durchaus singulären Ausnahmecharakter tragen, ist eine ausdehnende Interpretation in der Regel nicht zulässig.

2. Die privatrechtlichen Verfügungsbeschränkungen.

Das Clearingrecht erzeugt grundsätzlich keine Beschränkung des schuldrechtlichen Verpflichtungsgeschäftes. Die Parteien sind daher im Abschluss von Verträgen, die die Verpflichtung zu einer Geldleistung einer oder beider Parteien begründen, nicht gehindert²⁸⁴). Solche Verpflichtungsgeschäfte sind nach den allgemeinen Grundsätzen gültig und bedürfen keiner Genehmigung der Verrechnungsstelle. Die Abschlussfreiheit ist daher vollständig gewahrt, während, wie noch auszuführen sein wird, die inhaltliche Gestaltungsfreiheit nach gewissen Richtungen eine Einschränkung erfahren hat²⁸⁵). Das Clearingrecht hat dagegen eine Beschränkung der rechtsgeschäftlichen Verfügungen zur Folge, d. h. der Rechtsgeschäfte, durch die ein bestehendes Recht unmittelbar übertragen, inhaltlich geändert oder aufgehoben werden soll, m. a. W.

²⁸⁴) Vgl. Rosset a. a. O. S. 230a.

²⁸⁵) Siehe infra S. 540aff.

jener Rechtsgeschäfte, durch welche die, durch das Verpflichtungsgeschäft begründeten Rechtsverhältnisse betroffen werden²⁸⁶). Diese Beschränkung der privatrechtlichen Verfügungsbefugnisse ist die Folge der öffentlich-rechtlichen Beschlagnahme der clearingpflichtigen Forderungen, weil diese begriffsnotwendig während des von ihr erzeugten Schwebezustandes eine Verstrickung der betroffenen Forderungen auslöst, die jeder privatrechtlichen Befugnis vorgeht²⁸⁷). Es bleibt daher zunächst in grundsätzlicher Weise abzuklären, welches der Umfang und die Wirkungen dieser Verfügungsbeschränkungen sind, und wann sie zu Ende gehen.

a) Der Umfang der Verfügungsbeschränkungen ergibt sich mittelbar aus den Rechtssätzen des Clearingrechtes selbst. Die Clearingabkommen schreiben vor, dass sämtliche Verbindlichkeiten von Schuldern der Vertragsstaaten durch Einzahlung bei der Verrechnungsstelle ihres Staates erfüllt werden müssen, und die bundesrechtlichen Verordnungen bestimmen, dass jede andere Tilgung ausdrücklich verboten ist²⁸⁸). Daraus folgt, dass die clearingpflichtigen Forderungen dem Clearing verhaftet sind. Eine sinngemässe Auslegung dieser Bestimmungen führt daher zur Feststellung, dass jede privatrechtliche Verfügung zu unterbleiben hat, die mit dem Zweck des Clearings im Widerspruch steht und den durch das Clearing angestrebten wirtschaftlichen Erfolg zu vereiteln geeignet ist. Daher ist jede rechtsgeschäftliche Verfügung verboten, die eine clearingpflichtige Forderung dem Clearing entziehen kann.

Zu unterbleiben hat zunächst jeder Untergang der Forderung, der auf andere Weise als durch Zahlung an die Nationalbank bewirkt wird. Allerdings gelten auch unter dem Regime des Clearings die Untergangsgründe des gemeinen Rechts, und es fallen neben der Erfüllung

²⁸⁶) Vgl. v. Tuhr a. a. O. S. 171 ff.

²⁸⁷) Siehe supra S. 461a ff., insbesondere N. 149/50, ferner Mittermaier a. a. O. S. 423.

²⁸⁸) Siehe supra S. 478a ff., 481a ff.

auch die Gründe der Art. 115 ff. OR in Betracht. Aber weil das Clearing nur auf der Grundlage der effektiven Zahlung der clearingpflichtigen Schulden auf Verrechnungskonto seinen Zweck erfüllen kann, so hat der durch Rechtsgeschäft bewirkte Untergang der Forderung anders als durch Zahlung zu unterbleiben, soweit er nicht ausdrücklich als zulässig erklärt wird, oder seine Zulässigkeit mit Aufbau und Zweck des Clearings vereinbar ist. Das ist in den Clearingabkommen bezüglich der Verrechnung ausdrücklich festgelegt, die ohne Bewilligung der Verrechnungsstelle nicht erfolgen darf²⁸⁹⁾. Dasselbe aber gilt grundsätzlich auch für die anderen Untergangsgründe, die eine Aufhebung der clearingpflichtigen Forderung herbeiführen.

Die clearingpflichtige Forderung kann nun aber nicht nur durch ihren Untergang dem Clearing entzogen werden, sondern auch durch eine Übertragung des Forderungsrechts oder eine Übernahme der Schuldpflicht. Daher erstreckt sich die Verfügungsbeschränkung auch auf die Übertragung, ja selbst auf die Verpfändung des Forderungsrechtes, weil auch diese im Falle der Verwertung die Forderung dem Clearing entziehen kann. Aber diese Übertragung oder Verpfändung ist nur insoweit verboten, als sie die verbotene Rechtswirkung herbeizuführen vermag. Soweit eine solche Übertragung die Forderung dem Clearing nicht entzieht, ist sie grundsätzlich zulässig.

b) Fraglich ist dagegen die Wirkung der Verfügungsbeschränkungen. Im Falle der Arrestierung oder Zwangsvollstreckung solcher Forderungen hat die bundesgerichtliche Praxis nicht nur relative, sondern absolute Wirkung angenommen, sodass dem Dritten ein Zugriff auf diese Forderungen verwehrt ist, und die Parteien des Clearingverhältnisses sich darauf berufen können²⁹⁰⁾. Auch die Beschlagnahme von Waren oder Devisen äussert absolute Wirkungen, sodass sich daraus die Nichtigkeit jedes, dem

²⁸⁹⁾ Siehe infra S. 552a ff.

²⁹⁰⁾ Siehe supra S. 462a ff, insbesondere N. 153/155.

Verbot widersprechenden Verfügungsgeschäftes, unter Umständen selbst des widersprechenden Verpflichtungsgeschäftes, ergeben kann²⁹¹⁾). Diese Nichtigkeit verbotener Verfügungshandlungen wirkt daher gegenüber jedermann. Die Beschränkung der Beschlagnahme haftet an den beschlagnahmten Sachen, an den beschlagnahmten Zahlungsmitteln selbst. Diese Rechtswirkung ist notwendig, weil die beschlagnahmten Waren oder Zahlungsmittel im öffentlichen Interesse zur Verfügung des Staates bleiben müssen; sie wird daher in der Regel auch ausdrücklich angeordnet²⁹²⁾). Das Clearingrecht hat jedoch

²⁹¹⁾ Vgl. über die Beschlagnahme von Waren Lehmann a. a. O. S. 30 ff., Heymann a. a. O. S. 89 ff., über die Beschlagnahme von Devisen, Deutsches Devisengesetz § 38, dazu Hartenstein a. a. O. S. 284 ff. Die Nichtigkeit ergreift in diesen Fällen zunächst nur das Verfügungsgeschäft. Wo dieses aber mit dem Verpflichtungsgeschäft eine tatsächliche Einheit bildet, wie z. B. beim Barkauf, erscheint auch dieses als nichtig, vgl. Hartenstein a. a. O. S. 285.

²⁹²⁾ Die Verfügung VII des Eidg. Volkswirtschaftsdepartements über ausserordentliche Massnahmen etc. (siehe supra N. 140) bestimmt in Art. 3: „Die Beschlagnahme bewirkt, dass dem Inhaber von Waren das Verfügungsrecht über diese entzogen ist.“ Sie bestimmt aber in Art. 7 weiter: „Kauf- und Tauschverträge über beschlagnahmte Waren sind nichtig, sofern sie noch nicht durch beidseitige Leistung vollzogen sind.“ Obwohl diese Fassung ebenfalls der juristischen Genauigkeit ermangelt, so lässt sich daraus wohl eine doppelte Folgerung ableiten: 1. dass jedes Verfügungsgeschäft über eine beschlagnahmte Ware nichtig ist, 2. dass auch Verpflichtungsgeschäfte nichtig sind, sofern sie noch nicht durch beidseitige Leistung vollzogen sind. Auch bestehende Lieferungsverträge werden daher aufgehoben, wenn sie noch nicht beidseitig erfüllt sind. Wenn z. B. der vorleistungspflichtige Verkäufer durch Lieferung der Ware erfüllt hat, aber die Zahlung noch nicht erfolgt ist, so wird auch dieser Lieferungsvertrag von der Nichtigkeit betroffen; die Schuldpflicht des Käufers wird aufgehoben, und er wird zur Rückerstattung der Waren verpflichtet. Neue Lieferungsverträge über beschlagnahmte Waren, die nach der erfolgten Beschlagnahme abgeschlossen werden, sind ohne weiteres nichtig.

Auch die Kriegsbeschlagnahme von Waren hatte nach deutschem Recht die Nichtigkeit neuer Lieferungsverträge zur Folge;

davon abgesehen, die Nichtigkeit eines verbotenen Verfügungsgeschäftes ausdrücklich festzusetzen. Schon daraus könnte man folgern, dass diese Rechtswirkung nicht anzunehmen ist, weil sie weder beabsichtigt ist noch notwendig erscheint. Wie sich aus den folgenden Erwägungen ergibt, verlangt tatsächlich Zweck und Aufbau des Clearingrechts diese weitgehende Rechtswirkung nicht²⁹³). Der Zweck des Clearingrechts erfordert lediglich, dass der Clearingschuldner die, seiner Schuldpflicht entsprechende Zahlung an die Nationalbank auf Verrechnungskonto leistet, damit diese für die Befriedigung der schweizerischen Gläubiger zur Verfügung steht. Dieser Zweck ist dadurch gesichert, dass das Clearingrecht eine öffentlich-rechtliche Einzahlungspflicht durch ausdrücklichen Rechtssatz begründet hat. Mit Rücksicht auf dieselbe kann das Clearingrecht darauf verzichten, den rechtsgeschäftlichen Verfügungsbeschränkungen absolute Wirkung beizumessen. Sie haben daher nur eine relative Wirkung, sie bestehen nur im Verhältnis zwischen der Verrechnungsstelle einerseits und dem Clearingschuldner und Clearinggläubiger andererseits. Wie im Falle einer ausserhalb des Clearings erfolgten Zahlung der Schuldner durch Erbringung derselben über den Leistungsgegenstand und der Gläubiger durch Entgegennahme der Zahlung über die Forderung verfügt, und diese Verfügung zivilrechtlich gültig ist²⁹⁴), so ist es auch in allen anderen Fällen, wenn Clearingschuldner und Clearinggläubiger eine verbotene Verfügung vornehmen. Eine solche lässt daher die Gültigkeit des vorgenommenen

dagegen wurden bestehende Verträge nicht als nichtig erklärt. Sie fielen lediglich dahin unter dem Gesichtspunkt der nachträglichen Unmöglichkeit der Leistung, wenn es sich um eine Stückschuld oder eine begrenzte Gattungsschuld handelte; diese konnte auch aufgehoben werden unter dem Gesichtspunkte der Nichtzumutbarkeit der Erfüllung auf Grund vorsichtiger Vertragsauslegung. Vgl. darüber im einzelnen Lehmann a. a. O. S. 119 ff.

²⁹³) A. M. Kössler, 28 SJZ. 312.

²⁹⁴) Siehe supra S. 527a, insbesondere N. 274.

Rechtsgeschäftes unberührt, aber sie tangiert das öffentlich-rechtliche Clearingverhältnis nicht. Der Clearingschuldner, der eine verbotene Verfügung vornimmt, bleibt weiterhin zur Erfüllung seiner öffentlich-rechtlichen Clearingpflicht verpflichtet, und sowohl er, wie der eine verbotene Verfügung vornehmende Gläubiger wird wegen Verletzung der clearingrechtlichen Unterlassungspflicht strafbar.

Diese Annahme einer nur relativen Wirkung der Verfügungsbeschränkungen lässt sich aber nur dann aufrechterhalten, wenn man, wie es in dieser Untersuchung geschieht, eine positive Einzahlungspflicht öffentlich-rechtlichen Charakters annimmt. Lehnt man diese ab, so muss man im Hinblick auf den Clearingzweck den privatrechtlichen Verfügungsbeschränkungen absolute Wirkung beilegen. Dieselbe drängt sich deswegen auf, weil andernfalls Clearinggläubiger und Clearingschuldner durch verbotene Verfügungen die Vinkulierung der Forderungen zugunsten der Verrechnungsstelle, bezw. der schweizerischen Gläubiger, illusorisch machen und die Durchführung des Clearings gefährden könnten²⁹⁵).

c) Die Aufhebung der privatrechtlichen Verfügungsbeschränkungen erfolgt, wenn die öffentliche Beschlagnahme wegfällt. Dies ist der Fall, wenn der Leistungsgegenstand auf Grund des Einziehungsrechtes der Verrechnungsstelle an die Nationalbank abgeliefert wird²⁹⁶). Dieser Wegfall tritt aber ferner ein, wenn die Verrechnungsstelle die Aufhebung der Beschlagnahme verfügt²⁹⁷). Diese ist bezüglich der Verrechnung in besonderer Weise geregelt, gilt aber analog auch für alle anderen Fälle.

²⁹⁵) So richtig Kössler a. a. O. S. 312, der keine öffentlich-rechtliche Einzahlungspflicht annimmt, weil er das Clearingrecht noch rein privatrechtlich betrachtet und offenbar nicht erkannt hat, dass es öffentliche Rechtsverhältnisse geschaffen hat.

²⁹⁶) Siehe supra S. 467a/468a, insbesondere N. 158/159.

²⁹⁷) Siehe supra S. 459a, insbesondere N. 145/146.

3. Die Umgestaltung des Schuldverhältnisses.

Das Clearingrecht hat sich nicht darauf beschränkt, eine Sicherstellung des Leistungsgegenstandes der clearingpflichtigen Forderungen zugunsten der schweizerischen Gläubiger vorzunehmen, sondern es hat in positiver Weise die Einziehung und Verwendung desselben geordnet²⁹⁸). Es hat sich daher in privatrechtlicher Hinsicht nicht damit begnügen können, Verfügungsbeschränkungen aufzustellen, sondern es hat auch in die Ordnung des Schuldverhältnisses eingreifen müssen, soweit die Erfüllung der Geldschuld in Frage steht. Dabei handelt es sich einerseits um eine Beschränkung der inhaltlichen Gestaltungsfreiheit, und andererseits um eine positive Gestaltung des Schuldverhältnisses. Die Beschränkung der Vertragsfreiheit ist eine Folge der öffentlich-rechtlichen Beschlagnahme, während die positive Gestaltung und Umgestaltung sich als das privatrechtliche Gegenstück der öffentlich-rechtlichen Einziehung darstellt. Dieser Eingriff des Clearingrechts in die Erfüllung der privatrechtlichen Schuldpflicht ist grundsätzlich in folgender Weise vorgenommen worden:

a) Die Beschränkung der Vertragsfreiheit. Auch unter dem Regime des Clearingrechtes bleibt der obligatorische Vertrag dem Prinzip der Vertragsfreiheit nach Art. 19 OR unterstellt. Er kann zwischen beliebigen Personen in freier Weise abgeschlossen, und sein Inhalt kann grundsätzlich innerhalb der Schranken des Gesetzes beliebig festgesetzt werden. Die clearingrechtlichen Vorschriften beschränken nun aber diese inhaltliche Gestaltungsfreiheit, indem sie bezüglich der Ordnung der Erfüllung von Geldschulden bestimmte Verbote und Gebote aufstellen, die sich an beide Parteien richten. Weil sie im öffentlichen Interesse aufgestellt sind und der öffentlichen Ordnung angehören²⁹⁹), stellen sie Schranken

²⁹⁸) Siehe supra S. 466a ff., insbesondere N. 159.

²⁹⁹) Die clearingrechtlichen Vorschriften enthalten primär Sätze des öffentlichen Rechts. Damit handelt es sich um Rechtsätze, die der öffentlichen Ordnung angehören und daher im Sinne

der Vertragsfreiheit im Sinne von Art. 19 OR dar. Ganz ähnlich wie die öffentlich-rechtlichen Unterlassungspflichten des Arbeiterschutzes, die den Parteien des Arbeitsvertrages auferlegt sind, auch den Inhalt des Arbeitsvertrages beschränken³⁰⁰), bewirkt die clearingrechtliche Unterlassungspflicht ebenfalls eine negative Bestimmung des Inhaltes des schuldrechtlichen Vertrages. Dabei spielt es keine Rolle, dass die Unterlassungspflicht primär dem Clearingschuldner auferlegt ist, der keine verbotene Erfüllung vornehmen darf. Sie richtet sich sekundär auch an den Clearinggläubiger, dem die Entgegennahme einer verbotenen Zahlung des Clearingschuldners ebenfalls untersagt ist³⁰¹).

Eine vertragliche Abrede, die die Erfüllung der Geldschuld in anderer Weise als durch Einzahlung auf Ver-

von OR 19 II eine abweichende Vereinbarung unter den Parteien ausschliessen, vgl. v. Tuhr a. a. O. S. 219, Oser-Schönenberger 19 N. 11. Wie ein Vertrag, der die Begehung einer Zollerhinterziehung zum Gegenstande hat, die durch OR 19 II gesetzten Schranken überschreitet, vgl. Becker, 19 N. 13, so liegt ein analoger Fall vor, wenn eine Vertragsklausel die Erfüllung der Geldschuld ausserhalb des Clearings vorsieht.

³⁰⁰) Vgl. Schönenberger, 52 ZSR. 32a, 44a, Hug, Kündigungsrecht I S. 82, 139 ff., Gierke, Die Wurzeln des Dienstvertrages, Festgabe für Brunner, 1914 S. 62 ff., Nipperdey, Die privatrechtliche Bedeutung des Arbeiterschutzes, in Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben IV, 1929 S. 212 ff.

Streitig ist, ob eine der Unterlassungspflicht widerstreitende Vertragsklausel auch dann ungültig ist, wenn sich das Verbot nur an eine Partei des Arbeitsvertrages richtet, vgl. Schönenberger a. a. O. S. 40a, Burckhardt, Methode und System des Rechts, 1936 S. 209.

³⁰¹) Siehe supra N. 186. Wenn das Gesetz beiden Parteien den Abschluss eines Vertrages oder das im Vertrag vereinbarte Verhalten verbietet, so kann es den Vertrag bzw. die betreffende Vertragsklausel nicht als gültig behandeln. Denn der Staat kann keiner Partei einen Rechtsanspruch auf ein Verhalten der anderen zuerkennen, das er selbst verboten hat. Der Vertrag bzw. die Vertragsklausel könnte unter Umständen nur dann gültig sein, wenn der Abschluss des Vertrages oder das Verhalten nur einer Partei verboten wäre. Vgl. Burckhardt a. a. O. S. 208. ff.

rechnungskonto vorsieht, ist nichtig. Da die vom Schuldner versprochene Leistung eine gesetzwidrige und strafbare ist, so liegt Widerrechtlichkeit im Sinne von Art. 20 I OR³⁰²⁾ vor. Die Nichtigkeit, als Rechtsfolge der Widerrechtlichkeit, macht die Vertragsklausel von allem Anfang an unbedingt und absolut ungültig. Sie erzeugt daher keine Rechtswirkung, wobei es gleichgültig ist, ob die Parteien die Ungültigkeit der Klausel gekannt haben oder nicht³⁰³⁾. Dieses letztere Moment könnte lediglich in

³⁰²⁾ Vgl. v. Tuhr a. a. O. S. 220, Oser-Schönenberger, 20 N. 15.

³⁰³⁾ Vgl. Becker, 20 N. 5—9, v. Tuhr a. a. O. S. 199 ff. In einem mir von Herrn RA. Dr. Stuber, Olten, in freundlicher Weise zur Verfügung gestellten Urteil des Amtsgerichtes Olten-Gösigen vom 4. November 1936 in Sachen Lindheimer & Co., Ltd. v. Filzwerke AG. handelte es sich um die Beurteilung folgenden Tatbestandes. Die beklagte schweizerische Firma hatte während der Dauer des schweizerisch-rumänischen Clearingabkommens durch Vermittlung eines Agenten in Zürich von einer Firma in London „rumänische Kuhhaare“ gekauft. Der Vertrag sah vor, dass die Ware „franko Abgang Hamburg“ lieferbar und „durch Ia Bankcheck auf London nach Warenerhalt“ zahlbar sein sollte. Die Verrechnungsstelle wies die schweizerische Firma an, den Kaufpreis auf Verrechnungskonto einzuzahlen, weil es sich um Ware rumänischer Provenienz handle, die clearingpflichtig sei. Die Klägerin klagte auf Zahlung gemäss Vertrag, die Beklagte weigerte sich, anders als an die Nationalbank zu leisten, und nahm eine gerichtliche Hinterlegung des Betrages vor. Das Amtsgericht wies die Klage der ausländischen Klägerin ab und führte zur Begründung aus: „Im vorliegenden Falle handelt es sich um die Frage: Geht das öffentliche Recht vor, obwohl beide Parteien Kenntnis vom Verrechnungsabkommen hatten, bzw. nicht hatten? Im Prozess konnte nicht abgeklärt werden, ob die eine oder andere Partei wusste, dass Clearingvorschriften bestehen. Allein es ist dieser Punkt nicht sehr wesentlich. Entscheidend ist dagegen der allgemein gültige Grundsatz, dass öffentliches Recht dem Privatrecht vorgeht und dieses sogar im Kollisionsfalle ausschliesst . . . Das heutige Klagebegehren, dem nur die Frage, ob die privaten Zahlungsvereinbarungen oder die zwingenden Clearingvorschriften massgebend sind, zugrunde liegt, ist gemäss den vorstehenden Ausführungen in vollem Umfange abzuweisen.“ Das Urteil ist im Ergebnis richtig, jedoch ist die

Betracht fallen für die Beurteilung der Frage, ob die Nichtigkeit den ganzen Vertrag oder nur die betreffende Klausel ergreift. Wenn beide Parteien die Ungültigkeit der Klausel gekannt haben, so haben sie dieselbe nicht ernstlich gewollt, und daher ist nur Teilnichtigkeit anzunehmen³⁰⁴). Aber auch dann, wenn eine Partei oder beide Parteien die Ungültigkeit der Klausel nicht gekannt haben, ist gemäss Art. 20 II OR im Zweifel nur auf Teilnichtigkeit zu erkennen. Weil die Rechtsordnung Verträge aufrecht erhalten will, soweit es mit ihren öffentlichen Zwecken überhaupt vereinbar ist³⁰⁵), so wäre unter Anwendung der allgemeinen Grundsätze nur dann auf Nichtigkeit des gesamten Vertrages zu erkennen, wenn der Clearinggläubiger, als die an der nichtigen Klausel interessierte Partei, sie nicht gekannt hätte und mit dem Vertragstorso nicht einverstanden gewesen wäre³⁰⁶). Allein auch diese Folgerung

Begründung insofern unrichtig, als das Clearingrecht nicht nur gegenüber dem Privatrecht prävaliert, sondern es vernichtet die erwähnten Vertragsklauseln im Sinne von 20 OR. Unerheblich ist auch, ob die eine oder andere Partei oder beide Parteien Kenntnis von den clearingrechtlichen Vorschriften gehabt haben oder nicht. Die Unkenntnis könnte nur unter ganz besondern Umständen ein Anfechtungsgrund wegen Grundlagenirrtums sein. Siehe infra S. 547a ff. Das Urteil des Amtsgerichtes Olten ist durch Entscheid des Obergerichtes Solothurn vom 22. April 1937 bestätigt worden. Dieses führt in seiner Motivierung zutreffend folgendes „Weil nicht nur dem Schuldner die Zahlung ausserhalb des aus: Clearings, sondern auch dem Gläubiger die Entgegennahme dieser Zahlung verboten ist, kann ein Vertrag, der dem Schuldner ein solches Verhalten zur Pflicht macht, nicht gültig sein. Der Staat kann einer solchen Abmachung keinen Rechtsschutz gewähren, weil es ein Widerspruch wäre, einerseits beiden Parteien das genannte Verhalten zu verbieten, und auf der andern Seite die Vereinbarung dieses rechtswidrigen Verhaltens als gültig und erzwingbar zu behandeln. Die fragliche Klausel über den Zahlungsmodus ist also in der Tat nichtig.“

³⁰⁴) Vgl. v. Tuhr a. a. O. S. 201 N. 20.

³⁰⁵) Vgl. Becker, 20 N. 13.

³⁰⁶) Vgl. v. Tuhr a. a. O. S. 201, Oser-Schönenberger, 20 N. 66.

verbietet sich mit Rücksicht auf die öffentlichen Interessen, die dem Verbot der betroffenen Klausel zugrunde liegen. Daher ist in allen Fällen, ohne Rücksicht auf die Kenntnis der Nichtigkeit der Klausel durch die eine oder andere Partei, nur auf Teilnichtigkeit zu erkennen³⁰⁷). Der Vertrag ist ohne die nichtige Klausel aufrechtzuerhalten, und die dadurch entstehenden Lücken sind durch die gesetzlichen Bestimmungen auszufüllen.

Nichtig sind solche Klauseln nicht nur, wenn sie einem, nach Inkrafttreten des Clearings abgeschlossenen Vertrage eingefügt werden. Die Nichtigkeit ergreift auch die entsprechenden Klauseln bestehender Verträge. Die Rechtssätze des Clearings verlangen mit Rücksicht auf ihren Zweck und Inhalt von ihrer Inkraftsetzung an ausschliessliche Geltung. Sie stellen der Anwendung der früheren Rechtsordnung, unter der die Erfüllung der Geldschuld in freier Weise vereinbart werden konnte, eine absolute Schranke entgegen. Kraft der positiven Wirkung der Vorbehaltsklausel des intertemporalen Privatrechts, wie diese in Art. 2 I des Schlusstitels zum ZGB umschrieben ist³⁰⁸), finden daher die Rechtssätze des Clearings, die die Erfüllung von Schuldverhältnissen ordnen und im Hinblick auf den angestrebten Schutz wichtiger öffentlicher Interessen der öffentlichen Ordnung angehören, auch auf Schuldverträge Anwendung, die vor dem Inkrafttreten des Clearings abgeschlossen worden sind.

³⁰⁷) Der Fall ist rechtlich gleich gelagert wie andere Fälle, in denen das Verbot einer Klausel seinen Zweck nicht erreichen würde, wenn man nicht ohne Rücksicht auf den Willen der Interessenten den Vertrag, ohne die unzulässige Klausel, als gültig behandeln würde, vgl. v. Tuhr a. a. O. N. 31. So vor allem auch bei den gegen die öffentlich-rechtlichen Unterlassungspflichten verstossenden Klauseln des Dienstvertrages, vgl. Nipperdey a. a. O. S. 212.

³⁰⁸) Vgl. über die Vorbehaltsklausel des Art. 2 SchlT ZGB und ihre Anwendung auf den vorliegenden Fall Huber-Mutzner a. a. O. S. 271 ff., Mutzner, Kommentar SchlT ZGB, 2. Aufl. 1926, Art. 2 N. 5, 9, 11, 16, 18, 21, 22, 28, 30.

b) Die positive Gestaltung des Schuldverhältnisses. Die Vorschriften des Clearingrechts, welche die Erfüllung der clearingpflichtigen Geldschuld ordnen, bestimmen nicht nur negativ, sondern auch positiv den Inhalt der vertraglichen Schuldverhältnisse. Allerdings besteht die Pflicht, die Leistung in einer bestimmten Weise, nämlich durch Zahlung in Landeswährung an die Nationalbank zu erbringen, primär gegenüber dem Staat, bezw. der Verrechnungsstelle. Der private Gläubiger hat daher aus der öffentlich-rechtlichen Clearingpflicht keinen unmittelbaren Anspruch auf diese Zahlung. Aber auf der andern Seite soll sich der Schuldner seiner Leistungspflicht nicht entziehen können mit der Einrede, dass er die Leistung nur durch Zahlung an die Nationalbank erbringen könne, während der Vertrag über die Erfüllung nichts oder etwas anderes festgelegt hat. Dem Gläubiger muss trotz der öffentlich-rechtlichen Einzahlungspflicht die Klage auf Erfüllung bleiben, und da diese Erfüllung kraft öffentlichen Rechts nur auf dem Clearingwege erfolgen kann, so folgt daraus, dass der Gläubiger diese Zahlung verlangen kann, verlangen muss.

Die Bestimmungen in den Clearingabkommen und in den bundesrechtlichen Erlassen, die vorschreiben, dass die schweizerischen Clearingschuldner sämtliche Verbindlichkeiten nur durch Zahlung an die Schweiz. Nationalbank erfüllen können³⁰⁹⁾, enthalten daher sogenannte „gemischte Rechtssätze“, oder richtiger gesagt, zwei Rechtssätze: einen Rechtssatz des öffentlichen Rechts, der dem Schutze der öffentlichen Interessen dient und daher eine öffentlich-rechtliche Einzahlungspflicht begründet, und einen Rechtssatz privatrechtlicher Natur, der im privaten Interesse des sonst in der Geltendmachung seiner Rechte behinderten Clearinggläubigers eine Vertragspflicht begründet, auf deren Erfüllung der Gläubiger klagen kann. Wie aus dem Zweckgedanken von Rechtssätzen in anderen Rechts-

³⁰⁹⁾ Siehe supra S. 481a ff., 487a ff.

gebieten auf ihre Doppelnatur geschlossen werden muss³¹⁰), ergibt sich aus dem Zwecke des Clearingrechts, das im öffentlichen Interesse die Befriedigung der schweizerischen Clearinggläubiger ermöglichen will, dass der Clearingschuldner nicht nur gegenüber der Verrechnungsstelle, sondern auch gegenüber seinem Gläubiger zur Zahlung auf Verrechnungskonto verpflichtet ist. Dadurch wird nicht etwa die Grenze zwischen dem öffentlich-rechtlichen Clearingrecht und dem privaten Schuldrecht verwischt, sondern zum Ausdruck gebracht, dass diese Normen des Clearingrechts infolge des innern Zusammenhanges von öffentlich-rechtlichem Clearingverhältnis und privatrechtlichem Schuldverhältnis notwendigerweise auch Sätze des privaten Schuldrechts enthalten, die infolge ihres zwingenden Charakters den allgemeinen dispositiven Normen des OR über die Erfüllung von Geldschulden derogieren³¹¹).

Diese positive Gestaltung des privatrechtlichen Schuldverhältnisses im Hinblick auf die Erfüllung der Geldschuld tritt nicht nur bei den, nach Inkrafttreten des Clearings begründeten Rechtsverhältnissen ein. Aus denselben Überlegungen, wie die Vorbehaltsklausel des intertemporalen Privatrechts die Nichtigkeit widersprechender Vertragsklauseln anordnet, verlangt sie auch mit der unbedingten und ausschliesslichen Geltung des Clearingrechts die sofortige Umgestaltung des Schuldverhältnisses, entsprechend den clearingrechtlichen Vorschriften.

4. Die Gültigkeit des Schuldvertrages.

Angesichts der tiefgreifenden Wirkungen, die das Clearingrecht mit seinem Inkrafttreten auf die, seinem Geltungsbereich unterfallenden Schuldverträge ausübt, indem es widerstreitende Vertragsklauseln über die Er-

³¹⁰) Vgl. Egger, Kommentar Einleitung ZGB N. 6 und 9. Besonders häufig tritt der „gemischte Rechtssatz“ im Arbeitsrecht auf, vgl. Nipperdey a. a. O. S. 216 ff., Schönenberger a. a. O. S. 34a, Jacobi a. a. O. S. 412, 413.

³¹¹) Vgl. Jaccard a. a. O. S. 42, Rosset a. a. O. S. 276a.

füllung der Geldschuld aufhebt und diese durch Vorschriften zwingender Natur selbst ordnet, fragt es sich, welchen Einfluss es auf die Gültigkeit der betroffenen Schuldverträge auszuüben vermag. Dabei ist zu unterscheiden zwischen den Schuldverträgen, die nach dem Inkrafttreten eines Clearingabkommens, bzw. einer entsprechenden bundesrechtlichen Anordnung, geschlossen worden sind, und denjenigen, die unter dem gemeinen Recht abgeschlossen nun plötzlich dem Regime des Clearingrechts unterworfen werden.

a) Die nach dem Inkrafttreten des Clearings abgeschlossenen Schuldverträge unterliegen von Anfang an dem Regime des Clearingrechtes. Die den Normen desselben widersprechenden Vertragsklauseln sind von Anbeginn an ungültig. Der Vertrag ist entsprechend den zwingenden Clearingvorschriften zustande gekommen³¹²). Allein es fragt sich, ob nicht die eine oder andere Partei sich mit Rücksicht auf den Clearing oder seine Durchführung auf Irrtum berufen und den Vertrag aus diesem Rechtsgrunde anfechten kann.

Die Berufung auf Irrtum kann mit der Behauptung erfolgen, dass die anfechtende Partei die clearingrechtlichen Vorschriften nicht gekannt oder davon eine unrichtige Vorstellung gehabt habe, und dass daher ein Grundlagenirrtum im Sinne von Art. 24 Ziff. 4 OR vorliege. Wenn schon der Satz, dass Rechtsirrtum nicht entschuldbar sei, bei der Massenproduktion der clearingrechtlichen Gesetzgebung nicht ohne weiteres festgehalten werden kann, und der Irrtum über den Inhalt eines konkreten Rechtsverhältnisses wesentlich sein kann³¹³), so ist grundsätzlich die Anfechtbarkeit trotzdem abzulehnen. Einmal erfährt die Einführung und Umgestaltung des Clearings gegenüber einem andern Staat weitgehende Publizität,

³¹²) Vgl. Jaccard a. a. O. S. 45, Rosset a. a. O. S. 277a.

³¹³) Vgl. Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts I, 5. Aufl., 1882 S. 214, v. Tuhr a. a. O. S. 158, Oser-Schönenberger, 24 N. 51; a. M. Becker, 24 N. 11.

und die Möglichkeit, die nötige Rechtsbelehrung einzuziehen, ist dadurch besonders erleichtert, dass die Verrechnungsstelle zur Auskunftgabe zur Verfügung steht. Der Irrtum wäre daher jedenfalls kein entschuldbarer, sondern müsste der Fahrlässigkeit der anfechtenden Partei zugeschrieben werden. Sodann aber könnte eine Anfechtung nur dann in Frage kommen, wenn durch die clearingrechtlichen Vorschriften der einen oder andern Partei ein Rechtsnachteil zugefügt würde, z. B. dadurch, dass der Schuldner das Kursrisiko tragen muss, oder dass der Gläubiger infolge der Festsetzung eines bestimmten Umrechnungskurses nicht voll befriedigt werden kann. Aber auch in diesem Falle ist der Irrtum deshalb in der Regel unbeachtlich, weil die objektive Voraussetzung, dass dieser Sachverhalt nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr als notwendige Grundlage des Vertrages zu betrachten ist³¹⁴), nicht gegeben erscheint. Wenn auch der Irrende subjektiv den Sachverhalt als notwendige Grundlage des Vertragsabschlusses angenommen haben mag, so verlangen die Anschauung des Verkehrs, die das Clearing als notwendig betrachtet, und die Berücksichtigung der damit verknüpften öffentlichen Interessen die Aufrechterhaltung des Vertrages. Diese ist um so mehr geboten, als die vom Anfechtenden geltend gemachte, wichtige Vorstellung über die notwendige Voraussetzung des Vertrages in der Regel nur bei ihm und nicht beim Vertragsgegner vorhanden war³¹⁵).

Auch in anderen Fällen des angeblichen Grundlagenirrtums wird im Zweifel die Anfechtung zu versagen sein. Wenn z. B. der Gläubiger beim Vertragsabschluss nach der bisherigen Entwicklung des zwischenstaatlichen Clearingverkehrs mit der Auszahlung in einem bestimmten Zeitpunkte gerechnet hat, und dieser dann infolge unvorhergesehener Umstände hinausgeschoben wird, so liegt

³¹⁴) Vgl. v. Tuhr a. a. O. S. 257, Oser-Schönenberger a. a. O. S. 45/46.

³¹⁵) Vgl. v. Tuhr a. a. O. S. 260/61.

ein Irrtum im Motiv vor, der aus den bereits angeführten Erwägungen nicht als wesentlich betrachtet werden kann. Es handelt sich um einen Fall, der ähnlich dem blossen Kalkulationsirrtum im Sinne von Art. 24 letzter Absatz OR die Anfechtbarkeit nicht zu begründen vermag. Auch hier liegt die geltend gemachte Vorstellung über die notwendige Voraussetzung des Vertrages nur auf einer Seite, und es kann nicht gesagt werden, dass der Schuldner den Vertrag nicht gewollt haben würde, wenn er die Unrichtigkeit der in Frage stehenden Voraussetzung gekannt hätte. Wenn dagegen die Verhältnisse des Clearings mit einem Staate sich in einer Weise ändern, die beim Vertragsschluss schlechterdings nicht vorausgesehen werden konnte, indem z. B. die Auszahlungen aus dem Clearing längere Zeit suspendiert werden, dann kommt unter Umständen zwar nicht Anfechtung wegen Irrtum, aber Rücktritt vom Vertrag wegen wesentlich veränderter Verhältnisse in Betracht³¹⁶).

b) Die vor dem Inkrafttreten des Clearings abgeschlossenen Schuldverträge erfahren durch die clearingrechtlichen Vorschriften eine Umgestaltung, indem mit dem Zeitpunkt des Inkrafttretens die denselben widersprechenden Vertragsklauseln ausser Kraft gesetzt werden, und die Zahlung der Geldschuld durch das Clearingrecht geordnet wird. Diese Veränderung des Schuldverhältnisses bewirkt indessen keine Unmöglichkeit der Leistung, die im Sinne von Art. 119 OR das Schuldverhältnis zum Erlöschen bringt. Dies ist auch dann nicht der Fall, wenn eine Zahlung in fremder Währung „effektiv“ verabredet war, denn auch in diesem Falle kann der Leistungsgegenstand noch immer erbracht werden, wenn auch die bedungene Leistungsart nicht mehr möglich ist. Die

³¹⁶) Rosset kommt a. a. O. S. 278a/79a zu ähnlichen Resultaten, indem er bemerkt: „Pratiquement ce sera sans doute seulement dans des cas absolument exceptionnels que l'on pourra admettre qu'il y a erreur essentiel, éventuellement le créancier pouvait donc invoquer le principe de la *clausula rebus sic stantibus*.“

Geldschuld ist nach einem heute allgemein anerkannten Grundsatz unzerstörbar³¹⁷⁾). Auch eine sogenannte wirtschaftliche Unmöglichkeit, d. h. eine der Unmöglichkeit gleichstehende Unerschwinglichkeit der Leistung, wie sie die bundesgerichtliche Rechtsprechung vor allem während der Kriegs- und Nachkriegszeit entwickelt hat³¹⁸⁾, liegt nicht vor, weil der Schuldner kraft der ausdrücklichen Vorschrift des Clearingrechtes den Gegenwert seiner Schuld an die Verrechnungsstelle in Landeswährung zu bezahlen hat, und selbst bei Berücksichtigung eines allfällig von ihm zu tragenden Kursrisikos³¹⁹⁾ keine ausserordentliche Erschwerung der Erfüllung eintritt³²⁰⁾).

Dagegen kann unter besonderen Umständen den Parteien des Schuldvertrages ein Rücktrittsrecht aus dem Gesichtspunkt wesentlich veränderter Umstände, die eine Aufrechterhaltung des Vertrages nach Treu und Glauben unzumutbar erscheinen lassen, gegeben werden³²¹⁾). Wenn z. B. die Einrichtung des Clearings die direkte Folge der Einführung der Devisenzwangswirtschaft des Staates ist, in dem der Schuldner domiziliert ist, und dadurch die geschuldete Leistung wirtschaftlich eine ganz andere wird, als sie ursprünglich von den Parteien gedacht und gewollt war, dann muss der Grundsatz der Vertragstreue im höheren

³¹⁷⁾ Vgl. Nussbaum, Das Geld in Theorie und Praxis des deutschen und ausländischen Rechts, 1925 S. 72/73, Lenhoff a. a. O. S. 4 ff. Eine rechtliche Unmöglichkeit der Leistung könnte nur dann vorliegen, wenn es sich um einen Vertrag zugunsten eines Dritten handelt, der in einem Drittlande wohnt und dem die Leistung weder direkt noch indirekt erbracht werden kann.

³¹⁸⁾ Vgl. v. Tuhr a. a. O. S. 495/96, Oser-Schönenberger, 119 N. 6, Hedemann a. a. O. S. 152 ff.

³¹⁹⁾ Siehe infra S. 596a/597a.

³²⁰⁾ Vgl. Jaccard a. a. O. S. 44.

³²¹⁾ Vgl. v. Tuhr a. a. O. S. 565, Oser-Schönenberger, 119 N. 7, Egger, Kommentar 2 N. 20, Siegwart, Der Einfluss der veränderten Verhältnisse auf laufende Verträge nach der Praxis der schweizerischen Gerichte, Festgabe Freiburg 1924 S. 77 ff., Enneccerus-Lehmann a. a. O. S. 157 ff.

Prinzip von Treu und Glauben seine Schranke finden. Der Entscheid kann aber immer nur auf Grund einer sorgfältigen Prüfung und Würdigung aller Umstände des einzelnen Falles getroffen werden, unter dem massgeblichen Gesichtspunkte, ob die Veränderung der wirtschaftlichen Umstände, die die Parteien nicht voraussehen konnten, die Aufrechterhaltung des Vertrages noch als zumutbar erscheinen lässt, oder die Grenze des Zumutbaren bereits überschritten ist³²²). Im Zweifel ist nach dem Grundsatz, dass Verträge zu halten sind, trotz der durch das Clearingrecht geschaffenen Eingriffe in die rechtlichen Beziehungen zwischen Gläubiger und Schuldner, das Rücktrittsrecht abzulehnen, und es ist nur dann zu gewähren, wenn die Fortsetzung des Vertrages nach Treu und Glauben schlechthin unerträglich erscheint.

III. Die einzelnen Verfügungsbeschränkungen.

Unsere Untersuchungen über den Umfang und die Wirkung der privatrechtlichen Verfügungsbeschränkungen, die das Clearingrecht erzeugt, haben zu dem Ergebnis geführt, dass grundsätzlich jede rechtsgeschäftliche Verfügung verboten ist, die eine clearingpflichtige Forderung dem Clearing zu entziehen geeignet ist, dass aber diesem Verbot, wenn nichts anderes ausdrücklich bestimmt ist oder sich aus dem Zweck der Verfügungsbeschränkung

³²²) Im Ergebnis ähnlich Rosset a. a. O. S. 279a ff. Er unterscheidet zwischen „clauses essentielles“ et „clauses non essentielles“ und will nur, falls bezüglich der ersteren die Verhältnisse eine wesentliche Veränderung erfahren haben, das Rücktrittsrecht gewähren. Dieser Gesichtspunkt erscheint mir deswegen unbeachtlich, weil er offenbar auf eine Interpretation des Parteiwillens abstellt, während beim Rücktrittsrecht wegen veränderter Verhältnisse es auf den objektiven Massstab von Treu und Glauben ankommt. Dieser Gesichtspunkt wird übrigens auch von Rosset betont, und er weist mit Recht darauf hin, dass besonders das Moment ins Gewicht fällt, ob eine der Parteien bereits ganz oder teilweise den Vertrag erfüllt habe.

ergibt, nur eine relative Wirkung zukommt. Das Rechtsgeschäft zwischen dem Clearingschuldner oder dem Clearinggläubiger einerseits und dem Dritten andererseits wird in seiner Gültigkeit von der Verbotswirkung nicht betroffen³²³). Von dieser gewonnenen Erkenntnis ausgehend sind nunmehr die einzelnen Verfügungsbeschränkungen zu untersuchen. Dabei hat durch clearingrechtliche Vorschriften lediglich die Verrechnung in gewissem Umfange eine Regelung erfahren, während die übrigen Beschränkungen des Unterganges, sowie des Überganges einer clearingpflichtigen Forderung nicht ausdrücklich nach Umfang und Wirkung geordnet sind.

1. Die Verrechnung.

a) Wenn eine in der Schweiz und eine in einem Clearingstaat domizilierte Person clearingpflichtige Forderungen gegeneinander haben, die durch Verrechnungsvertrag oder, falls die Voraussetzungen zur Verrechnung erfüllt sind³²⁴), durch einseitiges Rechtsgeschäft zur Verrechnung im Sinne von 120 OR gelangen, so werden damit auf einmal zwei Forderungen vernichtet und dem Clearing entzogen. Mit Rücksicht auf diese Wirkungen der Verrechnung findet sich in den meisten Clearingabkommen die Bestimmung, dass die Verrechnungsstellen der Vertragsstaaten „im gemeinsamen Einverständnis private Verrechnungen zulassen können³²⁵).“ Dabei ist es

³²³) Siehe supra S. 536a ff.

³²⁴) Vgl. v. Tuhr a. a. O. S. 584 ff.

³²⁵) Vgl. schweizerisch-italienisches Clearingabkommen, Art. 11, Bundesratsbeschluss vom 14. Juli 1936 betreffend den Zahlungsverkehr mit Spanien, Art. 2.

Im deutsch-schweizerischen Verrechnungsabkommen vom 3. April 1935 war unter Art. IV vorgesehen, dass von der Clearingpflicht ausgenommen sein sollten „Zahlungen für aus Deutschland eingeführte Waren oder Zahlungen für andere Verpflichtungen, insoweit als der schweizerische Schuldner nachweist, dass seine bezüglichen Verpflichtungen . . . auf dem Verrechnungswege beglichen werden.“ Der Wortlaut dieser Bestimmung führte

gleichgültig, aus welchem Rechtsgrund diese beiden Forderungen entstanden sind, wenn sie nur verrechenbar sind. Vor allem fallen in Betracht Forderungen, die sich aus wechselseitigen Kaufgeschäften ergeben³²⁶). Durch

zu Missverständnissen, indem daraus gefolgert wurde, dass die Verrechnung nicht genehmigungspflichtig sei, vgl. Rosset a. a. O. S. 262a. So erklärte das Bundesgericht im Falle v. Arx, siehe supra N. 136, folgendes: „Nach dieser Ordnung ist eine Verrechnung freilich unter Umständen gestattet, doch hat der schweizerische Bezüger deutscher Waren, der Verrechnung geltend machen will, deren Grundlagen nachzuweisen. Dabei handelt es sich nicht um eine Beurteilung des Bestandes der Gegenforderung und der zivilrechtlichen Voraussetzungen einer Verrechnung. Aufgabe der Verrechnungsstelle ist dagegen, zu prüfen, ob die in Aussicht genommene Verrechnung als Ersatz für die normalerweise zu leistende Zahlung auf das Sammelkonto der Nationalbank zugelassen werden könne, was bei grundsätzlicher Zulässigkeit beispielsweise zu verneinen sein wird, wenn begründeter Verdacht besteht, dass die Gegenforderung nur vorgeschützt werde, oder dass irgendwelche Abmachungen oder Verfügungen unter den Parteien oder mit Dritten zum Zwecke der Ausschaltung des Clearings getroffen worden seien.“ Diese Auslegung, dass die Tilgung einer Verpflichtung des schweizerischen Schuldners durch private Verrechnung nicht ausdrücklich ausgeschlossen sei, widersprach sowohl dem Zweck und dem Aufbau des Clearings, wie der Auffassung der schweizerischen Behörden, die nach einer mir von Herrn Minister Stucki gemachten Mitteilung die Meinung vertraten, „dass die kollektive Verrechnung Einzelverrechnungen zwischen einem bestimmten Gläubiger und einem bestimmten Schuldner ausschliesse.“ Um aber alle Missverständnisse, die sich aus einer an den Buchstaben klammernden Auslegung ergeben, auszuschliessen, wurde in der Zusatzvereinbarung vom 6. Juli 1936 die Bestimmung wie folgt neu gefasst: „... bezüglichen Verpflichtungen mit Genehmigung einer deutschen Devisenstelle und unter Zustimmung der Schweizerischen Verrechnungsstelle ... im Wege der privaten Verrechnung beglichen werden.“ Damit ist auch hier die Genehmigungspflicht ausdrücklich ausgesprochen.

³²⁶) In den meisten Clearingabkommen ist überhaupt nur dieser Fall ausdrücklich geregelt, vgl. z. B. schweizerisch-ungarisches Abkommen Art. VIII: „Zwecks Belebung des gegenseitigen Warenexportes können die Ungarische Nationalbank und die Schweizerische Verrechnungsstelle in begründeten Fällen private

diese Bestimmungen wird die Verrechnung zu einem genehmigungspflichtigen Rechtsgeschäft. Die Verfügung über eine clearingpflichtige Forderung mittels rechtsgeschäftlicher Verrechnung ist grundsätzlich verboten. Allein das gilt nicht nur, wenn eine ausdrückliche Bestimmung diese Genehmigungspflicht anordnet. Weil durch die Verrechnung zwei clearingpflichtige Forderungen in anderer Weise als durch Einzahlung auf Verrechnungskonto getilgt werden, wird damit jede Verrechnung zu einem verbotenen Rechtsgeschäft³²⁷).

Die genannten Bestimmungen der Clearingabkommen sehen davon ab, die zivilrechtliche Wirkung des Verrechnungsverbotes zu regeln. Aus der ausdrücklichen Unterwerfung der Verrechnung unter die Genehmigungspflicht könnte man folgern, dass die Verrechnung schwebend unwirksam ist, solange die Genehmigung der Verrechnungsstelle nicht vorliegt, und dass, falls die Genehmigung verweigert wird, die Verrechnung ungültig ist, und der Untergang der beiden Forderungen nicht eintritt³²⁸). Allein diese Rechtsfolge erscheint ebensowenig notwendig wie im Falle einer verbotenen Zahlung³²⁹). Sie verbietet sich nicht nur mit Rücksicht darauf, dass die clearingrechtlichen Vorschriften diese Wirkung nicht aus-

Kompensationsverrechnungen zwischen Importeuren und Exporteuren der beiden Vertragsstaaten genehmigen.“ Ebenso schweizerisch-rumänisches Abkommen, Zusatzvereinbarung Art. IV, schweizerisch-türkisches Abkommen Art. XIV, schweizerisch-griechisches Abkommen Art. IV, schweizerisch-chilenisches Abkommen Art. XIV. Wenn das Clearingabkommen nur diesen Fall der Verrechnung ausdrücklich als genehmigungspflichtig erklärt, so gilt dies analog für alle andern Verrechnungen.

³²⁷) Siehe supra S. 535a f.

³²⁸) Diese Wirkung tritt bei genehmigungspflichtigen Rechtsgeschäften im Devisenrecht ein, vgl. Hartenstein a. a. O. S. 307 ff., Blau, 83, Jherings Jahrbücher, 1933, S. 225. Sie wird auch für das Clearingrecht angenommen von Mettler a. a. O. S. 53, der sich jedoch allzu eng an das Vorbild des Devisenrechts anschliesst, ohne die besondere Struktur des Clearings zu berücksichtigen.

³²⁹) Siehe supra N. 274—274a.

drücklich angeordnet und daher wohl auch nicht gewollt haben, sondern vor allem aus dem Gesichtspunkte der einschränkenden Auslegung der, die privatrechtlichen Schuldverhältnisse berührenden Rechtssätze des Clearingrechts. Es genügt, wenn dem Verbote relative Wirkung im Verhältnis zwischen Clearingschuldner und Verrechnungsstelle beigelegt wird. Eine ohne deren Zustimmung vorgenommene Verrechnung tilgt demnach im privatrechtlichen Schuldverhältnis die beiderseitigen Forderungen^{329a)}; sie vermag aber die positive Einzahlungspflicht der beiden Clearingschuldner nicht zu beseitigen. Trotz des Unterganges der privaten Schuldverpflichtung bleiben dieselben zur Einzahlung auf Verrechnungskonto verpflichtet. Sie erscheinen nach erfolgter Fälligkeit des Auszahlungsanspruches ungerechtfertigt bereichert, aber der Betrag der Bereicherung kann nicht durch das Clearing zurückgeleitet werden, wenn anders die Wirkung der Clearingzahlung nicht illusorisch gemacht werden soll.

Das öffentlich-rechtliche Hindernis der Verrechnung kann beseitigt werden durch die Bewilligung der Verrechnungsstelle. Diese Bewilligung ist ein Verwaltungsakt, dessen Vornahme vor oder nach der rechtsgeschäftlichen Verrechnung nachgesucht werden kann. Sie kann auch allgemein, für eine Mehrzahl solcher Verrechnungen, erteilt werden und muss sich nicht auf eine einzelne Verrechnung beschränken. Sie kann als Verwaltungsakt nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen so lange widerrufen oder abgeändert werden, als die Verrechnung noch nicht vorgenommen worden ist. Nach Treu und Glauben im Verkehr hat diejenige Vertragspartei sich um die Genehmigung zu bemühen, deren Verpflichtung vom Verrechnungsverbot betroffen wird. Der schweizerische Clearingschuldner hat daher die Genehmigung der Schweizerischen Verrechnungsstelle, der ausländische diejenige der Verrechnungsstelle seines Staates nachzusuchen. Dabei ist nach der ausdrücklichen Bestimmung der Clearingabkommen

^{329a)} So auch Rosset a. a. O. S. 261a.

die Genehmigung beider Verrechnungsstellen erforderlich. Dies bedeutet, dass die Genehmigung der einen unter der Rechtsbedingung der Genehmigung der andern steht. Der schweizerische Clearingschuldner steht nur zur Schweiz. Verrechnungsstelle in einem Rechtsverhältnis, aber diese erteilt die Genehmigung nur unter der Voraussetzung oder der Bedingung der Bewilligung der ausländischen Verrechnungsstelle³³⁰). Der Clearingschuldner hat nach Treu und Glauben alles zu tun, um die Bewilligung zu erhalten, weil diese der Förderung des Vertragszweckes dient. Erfüllt er diese Verpflichtung nicht, so kommt er in Schuldnerverzug. Verzichtet der Gläubiger auf die nachträgliche Erfüllung, so unterfällt seine Schadensersatzforderung wegen Nichterfüllung ebenfalls der Clearingpflicht.

Die Bewilligung der Verrechnungsstelle hat die Wirkung, dass das Verrechnungsverbot auch im Verhältnis von Verrechnungsstelle und Clearingschuldner beseitigt wird. Der Clearingschuldner kann daher seine Schuldpflicht durch Verrechnung zur Tilgung bringen, ohne weiterhin zur Einzahlung auf Verrechnungskonto verpflichtet zu sein. Mit der vollzogenen Verrechnung geht daher nicht nur seine Schuldpflicht, sondern auch seine öffentlich-rechtliche Clearingpflicht unter. Verweigert jedoch die Verrechnungsstelle die Bewilligung, so bleibt er trotz des Unterganges der privatrechtlichen Schuldpflicht der Clearingpflicht unterworfen. Auf die Bewilligung hat

³³⁰) In der Begleitung der Verrechnungsstelle für Privatkompensationen im Clearing mit den Oststaaten wird ausgeführt: „Private Kompensationen bedürfen der Bewilligung der Schweizerischen Verrechnungsstelle und der betreffenden ausländischen Notenbank. Mit dem Antrag auf Genehmigung einer privaten Kompensation ist der Verrechnungsstelle die entsprechende Originalbewilligung der betreffenden Notenbank zu unterbreiten.“ Die Verrechnungsstelle knüpft daher in der Verwaltungspraxis die Genehmigung an die bereits erfolgte ausländische Bewilligung. Sie betrachtet diese letztere als eine rechtliche Voraussetzung, die erfüllt sein muss, bevor sie ihrerseits die Bewilligung erteilt.

der Clearingschuldner keinen Rechtsanspruch. Die Verrechnungsstelle entscheidet darüber nach freiem Ermessen, wobei entscheidend nicht die in Frage stehenden privaten Interessen sind, sondern das öffentliche Interesse an der reibungslosen Durchführung des Clearingverkehrs und an der Befriedigung der schweizerischen Clearinggläubiger.

b) Die im vorstehenden Abschnitt entwickelten Grundsätze gelten nicht nur für die eigentliche Verrechnung, sondern finden analoge Anwendung auch auf die sogenannten Kompensationsgeschäfte zwischen zwei oder mehreren Personen. Soweit es sich um die Kompensationsgeschäfte zwischen zwei Personen, einer in der Schweiz und einer im Vertragsstaat domizilierten Person, handelt, fragt es sich zunächst, ob dieses Geschäft rechtlich als Tausch oder als Doppelkauf zu betrachten ist. Während beim Tausch die beiderseitigen Sachleistungen als unmittelbarer Entgelt gewollt sind, wird beim Doppelkauf mit jeder Warenveräußerung ein besonderer Umsatzzweck verfolgt³³¹). Während also beim ersteren die beiden Rechtsgeschäfte wirtschaftlich eine Einheit bilden, d. h. nach dem Willen der Parteien keines ohne das andere hätte geschlossen werden wollen³³²), sind beim Doppelkauf zwei wirtschaftlich verschiedene Geschäfte gewollt, so dass die Preisberechnung nicht nur zur Feststellung eines allfälligen Spitzenbetrages dient, sondern einen unmittelbaren und grundlegenden Teil des Vertrages bildet. Beim Kompensationsgeschäft, das infolge der Beschränkung des Clearingverkehrs geschlossen wird, wird in der Regel mit jeder Lieferung ein besonderer Umsatzzweck verfolgt. Diese Form wird deshalb gewollt, weil die Geldzahlung infolge der Devisenbewirtschaftung des einen Staates und des Clearingsystems behindert erscheint. Daher ist im Zweifel das Vorliegen von zwei Kaufverträgen anzunehmen,

³³¹) Vgl. Becker, Vorb. 184/86, N. 7; Oser-Schönenberger, Vorb. 237/38 N. 4; Oertmann, Das Kaufgeschäft, Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechts, IV 2, 1918 S. 334.

³³²) Vgl. EBG. 45 II 443.

wobei die beiden Kaufpreisforderungen nicht durch Zahlung, sondern durch Verrechnung getilgt werden sollen³³³), und lediglich der Saldo durch das Clearing zu leiten ist. Auf diese Verrechnung kommen die unter a) entwickelten Grundsätze in allen Teilen zur Anwendung. Dagegen unterliegt der Tauschvertrag der Genehmigung der Verrechnungsstelle nicht, weil keine Geldschulden aus diesem Rechtsgeschäft entstehen, und damit die Voraussetzung für eine clearingpflichtige Forderung fehlt.

Möglich sind nun aber auch Kompensationsgeschäfte, an denen drei oder mehrere Personen beteiligt sind. Es handelt sich um diejenigen Verrechnungsgeschäfte, bei denen in einem Land oder in beiden Ländern Gläubiger und Schuldner getrennte Personen sind. Auch hier liegen zunächst zwei Kaufverträge vor. Weil aber die Vertragsparteien nicht identisch sind, so fehlt die Möglichkeit einer direkten Verrechnung. Um diese nun zu schaffen, findet eine Abtretung der Forderung des inländischen Gläubigers A gegenüber dem ausländischen Schuldner B an den inländischen Schuldner C statt, der dem B einen entsprechenden Betrag schuldet und der nun diese durch Zession erworbene Forderung mit seiner Schuld verrechnet³³⁴). Die Verrechnung unterliegt wiederum denselben Grundsätzen, wie wenn zwei gleichartige Forderungen zwischen denselben Personen bestehen würden. Dazu kommt jedoch, dass in diesem Falle auch eine Verfügung des inländischen Clearinggläubigers A über seine clearingberechtigte Forderung gegenüber dem ausländischen Clearingschuldner B vorliegt, die nach den clearingrechtlichen Grundsätzen über die Zulässigkeit der Zession beurteilt wird.

³³³) Vgl. Schlesinger, *Privatrechtliche Probleme bei internationalen Warenverrechnungsgeschäften*, 32 SJZ. 40.

³³⁴) Vgl. Schlesinger a. a. O. S. 41 ff. Auf diesem Prinzip beruht das neue Zahlungsabkommen mit Bulgarien, siehe supra N. 30, 34. Dagegen wird im Clearingverkehr diese Art der Verrechnung nur in beschränktem Umfange bewilligt, vgl. Mettler a. a. O. S. 51.

2. Die übrigen Verfügungsbeschränkungen des Forderungsunterganges.

Den privatrechtlichen Beschränkungen, die sich aus der öffentlich-rechtlichen Beschlagnahme der Forderungen ergeben, können nur rechtsgeschäftliche Verfügungen unterworfen sein, weil das Clearingrecht den Untergang einer Forderung aus einem gesetzlichen Rechtsgrund nicht verhindern und sie lediglich der Willkür von Gläubiger und Schuldner entziehen will. Wenn daher eine Forderung aus einem gesetzlichen Rechtsgründe untergeht, wie wegen Unmöglichkeit der Leistung³³⁵⁾ oder Verjährung³³⁶⁾, so endigt damit auch das öffentlich-rechtliche Clearingverhältnis. Der Wegfall des Einziehungsrechtes der Verrechnungsstelle korrespondiert in diesem Falle mit dem Untergang des privaten Forderungsrechtes³³⁷⁾.

a) Der Erlass stellt als rechtsaufhebender Vertrag eine Verfügung dar, durch welche der Gläubiger ein

³³⁵⁾ Die Aufhebung des Schuldverhältnisses wegen Unmöglichkeit der Leistung kann in der Regel nur eintreten, wenn bei gegenseitigen Verträgen die Sachleistung unmöglich wird, weil eine Unmöglichkeit der Geldleistung grundsätzlich nicht eintritt, siehe supra N. 317. Die bei verschuldeter Unmöglichkeit der Leistung entstehenden Schadenersatzansprüche, sowie die bei unverschuldeter Unmöglichkeit der Leistung entstehenden Ansprüche des Gläubigers auf Herausgabe des stellvertretenden Commodum, vgl. v. Tuhr a. a. O. S. 498 ff., 528 ff., sind ebenfalls clearingpflichtig.

³³⁶⁾ Die clearingrechtliche Beschlagnahme vermag an sich weder einen Stillstand der Verjährung noch eine Unterbrechung derselben zu bewirken, weil keiner der in Art. 134 OR genannten Hinderungsgründe und keine rechtsgeschäftliche Unterbrechungshandlung im Sinne von Art. 135 OR vorliegt. Dagegen stellt die Einzahlung des geschuldeten Betrages auf Verrechnungskonto eine Anerkennung der Forderung im Sinne von Art. 135 Ziff. 1 OR dar, weil in dieser einseitigen Handlung der Versuch des Schuldners zur Erfüllung seiner privatrechtlichen Schuldpflicht liegt, siehe supra S. 521a ff.

³³⁷⁾ Siehe supra S. 528a.

Aktivum seines Vermögens aufgibt³³⁸). Wie der Erlass einer verpfändeten Forderung ohne Zustimmung des Pfandberechtigten oder einer gepfändeten Forderung schlechthin verboten ist³³⁹), so stellt auch der Erlass einer clearingrechtlich beschlagnahmten Forderung eine grundsätzlich verbotene Verfügung dar. Die Wirkung des Verbotes ist aber auch hier, wie bei der Verrechnung, nur eine relative, indem der Schuldner zwar durch den Erlass von seiner privatrechtlichen Leistungspflicht befreit wird, aber clearingrechtlich zur Einzahlung auf Verrechnungskonto verpflichtet bleibt. Das Verfügungsverbot kann aber in derselben Weise wie bei der Verrechnung durch Bewilligung der Verrechnungsstelle aufgehoben werden, sodass der Schuldner dann auch von seiner Einzahlungspflicht befreit wird. Auch hier besteht indessen kein Anspruch auf Erteilung einer Bewilligung; jedoch wird diese immer dann von der Verrechnungsstelle erteilt werden, wenn die in dem Erlass liegende Zuwendung auf einem Rechtsgrund beruht, der dem Zweck des Clearings nicht widerspricht. Dieselben Grundsätze finden Anwendung auf den teilweisen Erlass, bei dem die Forderung zwar nicht untergeht, aber eine inhaltliche Veränderung erleidet, die einen teilweisen Entzug derselben vom Clearing bedeutet.

b) Auch die Novation im Sinne von 116 OR stellt eine vertragliche Verfügung der Parteien über die Forderung dar, indem sie eine Tilgung der alten Schuld durch

³³⁸) Vgl. v. Tuhr a. a. O. S. 567/69, Enneccerus-Lehmann a. a. O. S. 265/66.

³³⁹) Wie der Erlass, so ist auch jede andere rechtsgeschäftliche Aufhebung oder Schmälerung einer verpfändeten Forderung verboten, vgl. Leemann, Kommentar Sachenrecht 773/74 N. 41. Dasselbe gilt nach Art. 96 II, 204 I SchKG auch für die betriebsrechtlich beschlagnahmten Forderungen. Verfügungen sind ungültig, aber die Nichtigkeit ist nur eine relative, nämlich insofern als sie einer betriebs- oder konkursrechtlichen Verwertung entgegensteht, vgl. Blumenstein, Handbuch S. 347/48, 695/96. Jaeger, Kommentar, 96 N. 6—7, 204 N. 1, 4—7.

Begründung einer neuen bewirkt³⁴⁰). Denn, obwohl sie wirtschaftlich nur eine Umformung eines alten Schuldverhältnisses in ein neues mit gleichem oder ähnlichem Inhalte darstellt, führt sie rechtlich doch ein Erlöschen der alten Forderung herbei. Weil die Clearingpflicht sich grundsätzlich an den Bestand der ursprünglichen Schuldpflicht knüpft³⁴¹), gehört auch die Novation, wie die Verrechnung und der Erlass, zu den durch den clearingrechtlichen Beschlag verbotenen Verfügungen. Wenn sie trotz des Verbotes vorgenommen wird, ist sie privatrechtlich gültig, hebt aber die öffentlich-rechtliche Einzahlungspflicht nicht auf³⁴²). Diese fällt nur durch Verfügung der Verrechnungsstelle weg. Wenn die Novation nicht unter den ursprünglichen Vertragsparteien stattfindet, sondern mit Schuldner- oder Gläubigerwechsel verbunden ist, so liegt gleichzeitig ein der Schuldübernahme, bezw. der Zession paralleler Vorgang vor. Diesfalls kommen daher auch die Grundsätze über die clearingrechtliche Beschränkung der Schuldübernahme, bezw. der Zession zur Anwendung.

³⁴⁰) Vgl. v. Tuhr a. a. O. S. 572 ff., Enneccerus-Lehmann a. a. O. S. 269 ff.

³⁴¹) Diese Rechtslage übersieht Rosset a. a. O. S. 258a, der daher zur Anerkennung der unbeschränkten Zulässigkeit der Novation gelangt, falls es sich um dieselben Personen wie beim ursprünglichen Schuldverhältnis, sowie um denselben Leistungsgegenstand handelt.

³⁴²) Dies gilt auch dann, wenn an Stelle der bisherigen Forderungen aus einem Kausalgeschäft eine abstrakte Forderung im Sinne von 17 OR tritt, insbesondere wenn der Gläubiger für seine Forderung eine Wechselverpflichtung an Zahlungsstatt annimmt. Dieser Fall liegt jedoch bei Ausstellung eines Wechsels nur dann vor, wenn eine unzweideutige Erklärung der Parteien, z. B. durch einen entsprechenden Vermerk auf dem Wechsel, den Neuerungs willen deutlich zum Ausdruck bringt. Im Zweifel erfolgt die Hingabe des Wechsels, wie übrigens diejenige eines abstrakten Schecks, nur zahlungshalber, vgl. v. Tuhr a. a. O. S. 574, Oser-Schönenberger 116 N. 18, Becker 116 N. 12.

c) Wenn die clearingberechtigte Forderung mit der clearingpflichtigen Schuld in einer Person zusammentrifft, so erlöschen Forderungsrecht und Schuldpflicht gemäss 118 OR durch Konfusion, weil das Schuldverhältnis seinen Zweck erreicht hat, und die Erfüllung unmöglich geworden ist. Weil diese Rechtsfolge kraft ausdrücklichen Rechtssatzes von Gesetzes wegen eintritt, kann es sich hier nicht um eine verbotene Verfügung handeln. Allein, wie der Untergang der Forderung die privaten Rechte Dritter, z. B. aus Nutzniessung oder aus Pfandrecht, nicht zu berühren vermag³⁴³), so endigt durch die Konfusion auch das öffentlich-rechtliche Clearingverhältnis nicht. Denn die clearingrechtliche Beschlagnahme und Einziehung der Forderung wird ja nicht um des individuellen Clearinggläubigers willen, sondern um der Gesamtheit derselben willen vorgenommen. Auch im Falle der Konfusion endigt daher die Clearingpflicht nur durch Bewilligung der Verrechnungsstelle. Wenn die Konfusion infolge Rechtsgeschäftes eintritt, z. B. infolge einer Abtretung, einer Schuldübernahme, der Übernahme eines Geschäftes mit Aktiven und Passiven, so unterliegen überdies auch diese, die Konfusion herbeiführenden Rechtsgeschäfte den betreffenden clearingrechtlichen Verfügungsbeschränkungen.

d) Wie eine andere als durch das Clearing erfolgende Zahlung, und wie Verrechnung, Erlass und Novation zu den durch das Clearingrecht verbotenen Rechtsgeschäften gehören und ohne Bewilligung der Verrechnungsstelle den Untergang der Clearingpflicht nicht herbeizuführen vermögen, so ist auch jede andere Verfügung, die den Untergang der Forderung bewirken kann, nach denselben Grundsätzen zu behandeln^{343a}). Eine solche liegt z. B.

³⁴³) Vgl. Leemann 774 N. 30, Oser-Schönenberger 118 N. 6, Becker 118 N. 5, v. Tuhr a. a. O. S. 581.

^{343a}) Dies ist zum erstenmal in Art. 1 des Bundesratsbeschlusses vom 22. Juli 1936, der den Art. 2 des Bundesratsbeschlusses vom 14. Juli 1936 ersetzte, wie folgt festgelegt worden:

vor, wenn ein Wechsel an Zahlungsstatt gegeben wird, oder wenn kraft vertraglicher Abrede an Stelle der ursprünglich geschuldeten Geldleistung eine Sachleistung an Zahlungsstatt gegeben wird. Eine solche liegt ferner vor, wenn die Schuld durch Verfügung über ein ausländisches Konto³⁴⁴⁾ oder durch einen Dritten getilgt wird.

3. Die Verfügungsbeschränkungen der Forderungsübertragung.

a) Die Forderungsabtretung im Sinne von 164 OR stellt eine vertragliche Verfügung über eine Forderung dar, durch die die Forderung aus dem Vermögen des Zedenten in dasjenige des Zessionars übergeht. Sie

„Von der Zahlung an die Schweiz. Nationalbank können befreit werden Verbindlichkeiten, die mit Zustimmung der Verrechnungsstelle erledigt werden.“ Obwohl der sprachliche Ausdruck nicht sehr genau ist, so folgt aus dem Zweck der Vorschrift, dass jede andere, als durch Zahlung an die Nationalbank erfolgende Verfügung, die die Forderung zum Erlöschen bringt, als genehmigungspflichtig und damit als grundsätzlich verboten erklärt wird.

³⁴⁴⁾ So ist im deutsch-schweizerischen Verrechnungsabkommen, in der Fassung der Zusatzvereinbarung I, Art. IV, 1 lit. a vorgesehen, dass nicht der Clearingpflicht unterfallen „Zahlungen für aus Deutschland eingeführte Waren, oder Zahlungen für andere Verbindlichkeiten, insoweit, als der schweizerische Schuldner nachweist, dass seine bezüglichlichen Verpflichtungen mit Genehmigung einer deutschen Devisenstelle und unter Zustimmung der Schweizerischen Verrechnungsstelle durch Zahlung deutscher Schuldner für Lieferungen schweizerischer Waren auf ein Ausländer-Sonderkonto für Inlandszahlungen beglichen werden.“ Solche Zahlungen unterliegen daher demselben Regime wie die Verrechnung, siehe supra N. 325. Vgl. über die technische Abwicklung der sogenannten Askiverrechnungen Härle 30, Die Bank, S. 195, Seeger, Das Askigeschäft, 29, Die Bank, S. 1576 ff., über die rechtliche Behandlung Hartenstein a. a. O. S. 691 ff.

Im schweizerisch-italienischen Abkommen vom 3. April 1936 ist in Art. 9 genau die Verwendung der sogenannten Wiederanlagekonti sowie der sogenannten persönlichen Konti geordnet. Die Verwendung zur Tilgung einer Clearingschuld ist verboten.

kann ohne Einwilligung und ohne Kenntnis des Schuldners erfolgen, und dieser muss sich den Wechsel in der Person des Gläubigers gefallen lassen³⁴⁵). Abtretbar sind grundsätzlich alle Forderungen, soweit nicht Gesetz, Parteivereinbarung oder die Natur des Rechtsverhältnisses entgegenstehen (OR 164 I). Ein ausdrückliches, gesetzliches Verbot der Abtretung ist durch das Clearingrecht nicht angeordnet worden³⁴⁶). Man kann sich aber fragen, ob nicht durch die privatrechtlichen Wirkungen des Clearingrechts die betroffenen Forderungen durch eine Abtretung im Inhalte der Leistung eine Veränderung erfahren, oder der Zweck der Forderung durch die Abtretung vereitelt oder gefährdet wird, sodass die Natur des Rechtsverhältnisses der Abtretung entgegensteht und eine vorgenommene Zession als wirkungslos erscheinen lässt.

Dies ist zweifellos nicht der Fall, wenn der Zessionar im selben Lande domiziliert ist wie der Zedent. Wenn z. B. der schweizerische Clearinggläubiger die ihm gegenüber einem in Deutschland domizilierten Schuldner zustehende Forderung an einen in der Schweiz domizilierten Dritten abtritt, so bleibt die Forderung auch im Hinblick auf die clearingrechtliche Erfüllung durchaus dieselbe. Der deutsche Schuldner hat seine Verbindlichkeit durch Einzahlung bei der Deutschen Verrechnungskasse oder aus den Beständen des bei der Schweiz. Nationalbank zugunsten derselben geführten Sammelkontos zu erfüllen. Da in diesem Falle auch eine Sukzession des Zessionars in das öffentliche Forderungsrecht des Zedenten gegenüber

³⁴⁵) Vgl. v. Tuhr a. a. O. S. 716 ff., Enneccerus-Lehmann a. a. O. S. 279 ff.

³⁴⁶) Das zürcherische Obergericht hat in Blätter für zürcherische Rechtsprechung, 1935 Nr. 24 S. 65 mit Recht festgestellt: „Unhaltbar ist die Einwendung, schon die Abtretung als solche sei eine Zuwiderhandlung gegen das Abkommen (es handelte sich um das deutsch-schweizerische Verrechnungsabkommen). . . Eine Bestimmung, die den Erwerb einer solchen Forderung verbieten würde, ist dem Abkommen nicht zu entnehmen.“

der Verrechnungsstelle ohne weiteres zulässig ist³⁴⁷), so steht der Abtretung nichts entgegen. Im Gegenteil ist anzunehmen, dass mit der Abtretung der privaten Forderung im Zweifel auch der öffentlich-rechtliche Auszahlungsanspruch abgetreten wird. Es handelt sich bei demselben allerdings nicht um ein Vorzugs- oder Nebenrecht im Sinne von 170 OR, sondern um ein selbständiges, öffentliches Forderungsrecht, sodass der Übergang auf den Zessionar nicht als gesetzliche Nebenwirkung der Zession, sondern kraft Parteiwillens erfolgt.

Anders dagegen stellt sich die Rechtslage dar, wenn der Zessionar nicht im Lande des Zedenten domiziliert ist, sondern in einem Drittlande oder gar im Lande des debitor cessus. Wollte man annehmen, dass die Zession einer Forderung eines schweizerischen Gläubigers gegenüber einem italienischen Schuldner an einen in Frankreich domizilierten Dritten ihre volle Wirkung entfaltet, so wäre der Schuldner verpflichtet, nach erfolgter Anzeige der Zession, an den in Frankreich domizilierten Dritten zu leisten. Wenn der schweizerische Gläubiger die Forderung einem in Italien selbst domizilierten Dritten zediert, so könnte damit eine direkte Zahlung im Inlande, ohne Inanspruchnahme des Clearings, erfolgen. In beiden Fällen würde die Einzahlung auf das schweizerische Verrechnungskonto bei der italienischen Verrechnungsstelle unterbleiben, und damit eine Devisenforderung der Schweizerischen Verrechnungsstelle nicht entstehen. Es ist offensichtlich, dass auf diese Weise der Clearingzweck selbst gefährdet werden könnte³⁴⁸). Andererseits besteht auch in diesem Falle ebensowenig wie bei der Verrechnung eine Notwendigkeit, aus clearingrechtlichen Gesichtspunkten die Zession der Forderung an einen ausländischen Dritten als der Natur des Rechtsverhältnisses entgegenstehend zu betrachten und damit als ungültig zu erklären.

³⁴⁷) Siehe supra N. 234.

³⁴⁸) Vgl. Rosset a. a. O. S. 264a.

Vielmehr ergibt sich eine zweckmässige Lösung auf Grund folgender Erwägungen. Es handelt sich bei einer solchen Abtretung zweifellos um eine Verfügung über eine Forderung, die den Zweck des Clearings zu vereiteln geeignet und daher verboten ist. Aber wie die Abtretung einer gepfändeten Forderung zwar verboten, aber nicht ungültig ist und das Verbot lediglich die Wirkung hat, dass die Forderung dem betreibungsrechtlichen Beschlagnahme nicht entzogen werden kann³⁴⁹⁾, ist auch nach clearingrechtlichen Grundsätzen eine solche verbotene Abtretung zwar als zivilrechtlich gültig zu betrachten, aber es ist gleichzeitig anzunehmen, dass sie die clearingrechtliche Beschlagnahme nicht aufzuheben vermag. Wird daher die Forderung eines schweizerischen Clearinggläubigers an einen im Ausland domizilierten Dritten abgetreten, so bleibt der ausländische debitor cessus zur Einzahlung ins Clearing verpflichtet³⁵⁰⁾. Durch diese Einzahlung erfüllt

³⁴⁹⁾ Vgl. Jaeger, 96 N. 7 i. f., v. Tuhr a. a. O. S. 717/18, abw. Oser-Schönenberger, 164 N. 11.

³⁵⁰⁾ Das zürcherische Obergericht führt in dem, supra N. 346 angeführten, Entscheid richtig folgendes aus: „Die Klage kann nicht schon deswegen abgewiesen werden, weil die Zahlung an den Zedenten über die Verrechnungsstelle zu leiten ist, denn dies ist keine Einrede, die das Forderungsrecht berührt, sondern lediglich ein Gebot an den Schuldner, bei der Erfüllung die Vorschriften des Abkommens zu beachten.“ Wenn dann aber das Gericht weiter ausführt, dass nicht einzusehen sei, weshalb der Schuldner nicht an den inländischen Gläubiger zahlen dürfe, „der dann die Verantwortung dafür trägt, dass das Abkommen nicht seinerseits, z. B. durch direkte Überweisung des Betrages an den Zedenten, verletzt wird“, so liegt darin eine völlige Verkennung der Rechtsstellung des Clearingschuldners und seiner negativen und positiven Pflichten gegenüber der Verrechnungsstelle. Gewiss kann er an den inländischen Zessionar bezahlen, wie er ja auch im Inland an einen Stellvertreter des ursprünglichen Gläubigers zahlen kann, aber er trägt das Risiko, dass die Zahlung nicht an die Nationalbank abgeführt wird, und er bleibt für die Folgen seiner clearingwidrigen Zahlung haftbar. Siehe supra S. 478a ff. Es genügt daher nicht, wie das Obergericht unrichtig annimmt, „die Verrechnungsstelle auf die clearingpflichtige Zahlung, bzw. auf die Möglich-

er nicht nur seine öffentlich-rechtliche Clearingpflicht, sondern er hat auch alles getan, um seiner privatrechtlichen Schuldpflicht zu genügen. Es steht ihm daher nach erfolgter Einzahlung gegenüber dem Zessionar die Einrede der Unmöglichkeit der Leistung zu³⁵¹).

Die Schweizerische Verrechnungsstelle erhält durch die Einzahlung des ausländischen Schuldners eine Devisenforderung gegenüber der ausländischen Verrechnungsstelle. Da sie aber die Übertragung des öffentlich-rechtlichen Forderungsrechtes auf einen im Ausland domizilierten Dritten mit Rücksicht auf den Zweck des Clearings nicht bewilligen kann, bleibt ihr gegenüber der schweizerische Zedent anspruchsberechtigt. Wird ihm der Betrag ausbezahlt, so erhält er damit den Gegenwert der ihm nicht mehr gehörenden Forderung, zu dessen Herausgabe an den Zessionar er nach allgemeinen Grundsätzen verpflichtet ist. Eine Überweisung an den ausländischen Zessionar über das Clearing ist aber in diesem Falle ausgeschlossen, weil sonst die Zahlung des Clearingschuldners in ihrer Wirkung illusorisch gemacht würde³⁵²). Die Zahlung bleibt daher im Lande des Zedenten gesperrt, sofern nicht zwischen den Staaten, in denen Zedent und Zessionar domiziliert sind, ein freier Zahlungsverkehr besteht, oder, falls der Zahlungsverkehr zwischen beiden Staaten durch Clearingabkommen geregelt ist, eine Verständigung zwischen den beiden Verrechnungsstellen über die Regulierung dieses Betrages erfolgt. Bleibt der Betrag im Lande des Zedenten gesperrt, steht ihm gegenüber dem Zessionar die Einrede der rechtlichen Unmöglichkeit der Leistung zu.

keit, dass die Klägerin die Zahlung direkt an die Zedentin weiterleiten könnte, aufmerksam zu machen, um sich zu salvieren.“ Auch den Zessionar trifft in diesem Falle die clearingrechtliche Unterlassungspflicht, wie sie den ursprünglichen ausländischen Gläubiger trifft, aber unabhängig von den öffentlich-rechtlichen Pflichten des Clearingschuldners, siehe supra N. 186.

³⁵¹) Siehe supra S. 523a ff., insbesondere N. 269.

³⁵²) So im Ergebnis auch Rosset a. a. O. S. 266a.

b) Die Schuldübernahme im Sinne von 176 OR³⁵³) bewirkt mit einem Schlage sowohl die Befreiung des bisherigen Schuldners wie die Verpflichtung des Schuldübernehmers. Während sie für den Schuldübernehmer ein Verpflichtungsgeschäft und für den Gläubiger ein Erwerbsgeschäft begründet, stellt sie sich gegenüber dem Schuldner als eine Verfügung über die Forderung dar³⁵⁴). Weil das schweizerische Recht auf dem Boden der Vertragstheorie steht, kommt sie zustande durch Vertrag zwischen Gläubiger und Übernehmer, und sie äussert eine Nebenwirkung zugunsten des Schuldners³⁵⁵). Wenn daher Gläubiger und Schuldner in verschiedenen Ländern domiziliert sind, hat es der Gläubiger in der Hand, eine Verschiebung der clearingrechtlichen Situation dadurch zu verhindern, dass er die Schuldübernahme ablehnt.

Wenn Schuldner und Übernehmer im gleichen Lande domiziliert sind, erscheint die Schuldübernahme auch nach clearingrechtlichen Gesichtspunkten als eine gültige Verfügung gegenüber dem Schuldner. Allerdings bewirkt sie nicht unmittelbar auch einen Übergang der Clearingpflicht vom Schuldner auf den Übernehmer. Während nämlich die Abtretung eines öffentlich-rechtlichen Forderungsrechtes in der Regel ohne gesetzliche Ermächtigung und ohne Bewilligung einer Verwaltungsbehörde möglich ist³⁵⁶), handelt es sich bei der Übernahme der Clearingpflicht durch den Schuldübernehmer um die freiwillige Übernahme einer öffentlichen Pflicht, die ohne Mitwirkung der Verrechnungsstelle als dem Träger öffent-

³⁵³) Wir beschränken uns auf die Betrachtung der Schuldübernahme im eigentlichen Sinne des Wortes, die sogenannte private Schuldübernahme, und lassen die Frage der kumulativen Schuldübernahme, sowie der Übernahme eines Vermögens oder Geschäftes unerörtert. Diese sind indessen nach analogen Grundsätzen zu beurteilen.

³⁵⁴) Vgl. v. Tuhr a. a. O. S. 766 ff., 772 ff.

³⁵⁵) Vgl. Oser-Schönenberger, Vorb. 175/83 N. 9—12.

³⁵⁶) Siehe supra N. 347, 234.

licher Verwaltung nicht gültig ist³⁵⁷⁾). Ob sich diese durch eine einseitige Verfügung oder durch einen öffentlich-rechtlichen Vertrag vollzieht³⁵⁸⁾, ist unerheblich; jedenfalls kann ohne Zustimmung der Verrechnungsstelle diese Sukzession in die öffentlich-rechtliche Clearingpflicht nicht erfolgen. Wenn Schuldner und Übernehmer in der Schweiz domiziliert sind, hat die Verrechnungsstelle aus clearingrechtlichen Gründen in der Regel keinen Einwand gegen diese zu erheben und wird ihr daher zustimmen.

Die Sachlage verändert sich jedoch, wenn der Übernehmer nicht im selben Lande wie der Schuldner domiziliert ist, sondern sein Domizil in einem Drittlande oder gar im Lande des Clearinggläubigers liegt. In beiden Fällen würde eine Verfügung vorliegen, die geeignet wäre, die Forderung dem Clearing zu entziehen, und die daher als verboten erscheint. Jedoch ist auch im Falle der Schuldübernahme, wie bei der Abtretung, die Verfügung zivilrechtlich gültig. Sie befreit den Altschuldner von der privatrechtlichen Schuldpflicht gegenüber dem Clearinggläubiger, dagegen bewirkt sie keine Befreiung desselben von der öffentlich-rechtlichen Clearingpflicht. Er bleibt zur Einzahlung auf Verrechnungskonto verpflichtet³⁵⁹⁾). Die Verrechnungsstelle kann eine Sukzession in das

³⁵⁷⁾ Vgl. Fleiner a. a. O. S. 168 ff. Die freiwillige Übernahme öffentlicher Pflichten hat ein enges Geltungsgebiet. Aber sie ist bei der Clearingpflicht deswegen anzunehmen, weil es sich um den Eintritt eines neuen Schuldners in ein durch das objektive Recht genau bestimmtes, besonderes Gewaltverhältnis handelt, siehe supra S. 491a ff.

³⁵⁸⁾ Vgl. Fleiner a. a. O. S. 209 ff.

³⁵⁹⁾ Rosset vertritt a. a. O. S. 269a ebenfalls die Auffassung, dass die Schuldübernahme zivilrechtlich zulässig sei. Er nimmt indessen offenbar an, dass dadurch auch ohne weiteres ein Eintritt in das clearingrechtliche Verhältnis erfolge, sodass nicht der Altschuldner, sondern der Übernehmer zur Einzahlung ins Clearing verpflichtet bleibt. Diese Auffassung übersieht, dass die Sukzession in die öffentlich-rechtliche Clearingpflicht nicht ohne weiteres mit der Übernahme der privatrechtlichen Schuldpflicht, sondern nur durch besondern Verwaltungsakt eintritt.

öffentlich-rechtliche Clearingverhältnis und damit eine Befreiung des Altschuldners von der öffentlich-rechtlichen Clearingpflicht selbst dann nicht bewilligen, wenn der Schuldübernehmer nicht im Lande des Clearinggläubigers, sondern in einem Drittlande wohnt. Denn sie hätte auch in diesem Falle keine Möglichkeit, die Erfüllung der Clearingpflicht rechtlich zu erzwingen³⁶⁰). Erfüllt der Altschuldner dann seine öffentlich-rechtliche Einzahlungspflicht und wird in der Folge nach Eintritt der gesetzlichen Voraussetzungen der Gegenwert der Einzahlung dem ausländischen Clearinggläubiger ausbezahlt, so erhält er den Gegenwert einer Forderung, die ihm gegenüber dem zahlenden Altschuldner nicht mehr zusteht. Er ist daher zur Herausgabe des Betrages an diesen verpflichtet, wobei aber wiederum, aus denselben Erwägungen wie bei der Abtretung, die Überweisung durch das Clearing ausgeschlossen ist.

IV. Die Ordnung der Erfüllung der Geldschuld.

1. Im allgemeinen.

Nach obligationenrechtlichen Grundsätzen soll bei allen Schuldverhältnissen, die nicht sogenannte dauernde Schuldverhältnisse sind, durch die Erfüllung der Zweck der Obligation erreicht und die Rechtsbeziehung zwischen Schuldner und Gläubiger durch Befreiung des Schuldners beendet werden. Sie fällt daher nicht nur für den Gläubiger in Betracht, als Inhalt seines Anspruches, sondern auch für den Schuldner, als Mittel seiner Befreiung. Sie

³⁶⁰) Der Fall ist ähnlich gelagert, wie wenn die Clearingpflicht sich an die Einfuhr von Waren aus dem Vertragsstaat knüpft, und diese zwar an einen schweizerischen Empfänger, aber für Rechnung eines in einem Drittlande wohnenden Dritten erfolgt, der als der eigentliche Importeur erscheint. Auch in diesem Falle lehnt die Verrechnungsstelle es ab, den Dritten als Clearingschuldner anzuerkennen. Sie hält sich an den in der Schweiz domizilierten Empfänger der Waren, siehe supra N. 90.

besteht in der Bewirkung der nach Gegenstand, Zeit und Ort geschuldeten Leistung. Dabei ist regelmässig dieselbe Leistung „in obligatione“, d. h. bildet den Inhalt des Anspruches des Gläubigers, die zur Befreiung des Schuldners, d. h. „in solutione“ ausreicht. Der Gläubiger kann daher die Leistung verlangen, die geschuldet ist, aber er braucht auch grundsätzlich keine andere Leistung als die geschuldete anzunehmen. Nur in einem Falle tritt eine sachliche Verschiedenheit zwischen dem, was der Gläubiger verlangen kann, und der, den Schuldner befreienden Leistung ein, nämlich dann, wenn dem Schuldner eine alternative Ermächtigung eingeräumt ist, an Stelle der geschuldeten Hauptleistung eine Ersatzleistung zu erbringen³⁶¹).

Die clearingrechtlichen Rechtssätze berühren nun, entsprechend ihrem Zweck, eine Regelung des Zahlungsverkehrs zu treffen, in keiner Weise die Erfüllung jener Schuldverpflichtungen, die keine Geldschuld zum Inhalte haben. So untersteht beim Kaufvertrag die Verpflichtung des Verkäufers zur Lieferung der Ware, beim Werkvertrag die Verpflichtung des Unternehmers zur Herstellung des geschuldeten Werkes nach jeder Richtung dem gemeinen Recht. Die Bestimmung von Gegenstand, Ort und Zeit der Erfüllung dieser Verpflichtungen ist der Parteiwillkür vollständig überlassen. Bei zweiseitigen Verträgen greift das Clearingrecht auch nicht in die Reihenfolge der Erfüllung der beiderseitigen Leistungen ein. Es kann die Vorleistungspflicht einer Partei oder Leistung Zug um Zug verabredet werden. Es kann auch die Teillieferung beim Sukzessivlieferungsvertrag oder die Teilzahlung beim Abzahlungsgeschäft festgesetzt werden. Die durch das Clearingrecht getroffene Ordnung greift nur in die Erfüllung von Geldschulden ein³⁶²).

³⁶¹) Vgl. v. Tuhr a. a. O. S. 405, Guhl a. a. O. S. 107, Oser-Schönenberger, Vorb. 68/69 N. 7; 72 N. 5, 13.

³⁶²) Unter Geldschuld im eigentlichen Sinne ist zu verstehen die Geldsummenschuld, die als eine Art Sachleistungsschuld zu

a) Die gemeinrechtliche Ordnung. Nach den Rechtssätzen des OR erfüllt der Schuldner bei Geldschulden seine Verpflichtung durch Zahlung des geschul-

betrachten ist. Es sind nicht bestimmte Geldstücke zu leisten, sondern ein bestimmter Betrag in beliebigen Geldzeichen. Die Schuld ist daher Gattungsschuld. Die Verpflichtung geht auf Übereignung solcher Sachen, die zur Zeit derselben Geld sind, und so viel derartiger Sachen, dass sie zusammen die geschuldete Geldsumme ergeben. Die physische Natur des Leistungsgegenstandes steht daher bei der Begründung der Schuld noch nicht fest, und es braucht auch bei der Zahlung keine Homogenität der Geldzeichen vorzuliegen. Diese sind bewegliche Sachen, die im Verkehr als Wertmesser für Rechtsgüter jeder Art dienen und daher als allgemeine Tauschmittel benützt werden. Die Geldschuld ist daher Wertschuld, vgl. Nussbaum, Das Geld, S. 1 ff., 33 ff., 64 ff., Wolff, Das Geld, Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechts IV 1, 1917 S. 573 ff., 635 ff., v. Tuhr a. a. O. S. 52/53, Guhl a. a. O. S. 51, Oser-Schönenberger, 84 N. 3, 17.

Eine Geldschuld liegt auch vor bei der sogenannten Geldsortenschuld, d. h. wenn die Schuld in einer bestimmten Geldsorte besteht. Eine solche Schuld ist aber nicht schon dann gegeben, wenn sie in einer bestimmten Geldsorte ausgedrückt ist, sondern nur, wenn sich aus der Willensmeinung der Parteien im Wege der Auslegung ergibt, dass nur bestimmte Arten der zur Währung gehörenden Geldzeichen verwendet werden dürfen. Der Gläubiger braucht daher eine andere als die vereinbarte Geldsorte nicht anzunehmen. Es handelt sich daher um eine Art qualifizierter Geldsummenschuld. Weil sie diesen Charakter trägt, erlischt sie nicht dadurch, dass die Leistung in der bestimmten Sorte unmöglich wird, sondern sie wird dann von selbst zur schlichten Geldsummenschuld, vgl. Nussbaum a. a. O. S. 80 ff., Wolff a. a. O. S. 645 ff., Oser-Schönenberger, 84 N. 20, v. Tuhr a. a. O. S. 53.

Die Geldsummenschuld und Geldsortenschuld bilden zusammen die Gruppe der Geldschulden. Ihnen stehen diejenigen Schulden gegenüber, die sich primär nicht auf den Geldbetrag, sondern auf gewisse Geldzeichen richten. Es handelt sich dabei entweder um die Verpflichtung zur Leistung generisch bestimmter Geldstücke (exklusive Geldsortenschuld) oder um die Verpflichtung zur Leistung speziell bestimmter Geldstücke (Geldstückschuld), vgl. Nussbaum a. a. O. S. 88/89, Wolff a. a. O. S. 636, Oser-Schönenberger, 84 N. 20/21.

deten Betrages zur Verfallzeit am Erfüllungsort. Dabei ist die Geldschuld schon mit ihrer Entstehung in einer bestimmten Währung³⁶³⁾ ausgedrückt. Die Frage, in welcher Währung die Schuld zu erfüllen ist, stellt sich daher nicht erst im Zeitpunkte der Erfüllung, sondern ist schon mit ihrer vertraglichen Begründung gelöst. Nach dem Grundsatz der Vertragsfreiheit liegt die Wahl der Währung einer privaten Geldschuld bei der Privatdisposition. Die Vertragsparteien können daher unter die Bestandteile des Vertrages eine Klausel aufnehmen, nach welcher eine geschuldete Wertmenge durch Verweisung auf den Wertmasstab eines bestimmten Staates ihre Begrenzung erhalten soll. Es liegt daher in der Wahl der Währung eine Verweisung auf das Geldsystem als eine verwaltungsrechtliche Einrichtung des Staates, dem die Währung angehört, wobei die Frage der Währung vollständig unabhängig ist von der Frage der auf das Rechtsgeschäft anzuwendenden Rechtsordnung. Freilich, nur die Verweisung gehört der rechtsgeschäftlichen Bestimmung an. Was für die gewählte Währung rechtens ist, bestimmt der Staat selbst kraft seiner Währungshoheit. Wenn die Geltung seiner Währung vereinbart ist, so wird die Anwendung seiner Rechtssätze über die Währung mit zwingender Kraft ausgelöst³⁶⁴⁾.

Die Parteien des Schuldvertrages können die Geldschuld in inländischer Währung festsetzen, wobei sie bestimmen können, mit welchen Geldzeichen die Schuld zu tilgen ist. Wenn sie keine Verweisung auf eine bestimmte Währung getroffen haben, so ist nach schweizerischem Recht die Geldschuld in Landesmünze, d. h. in staatlich anerkanntem Währungsgeld zu bezahlen (84 I OR). Aber diese Regel stellt nur einen Satz des dispositiven Rechtes

³⁶³⁾ Vgl. über den Begriff der Währung Nussbaum a. a. O. S. 43 ff., Wolff a. a. O. S. 570 ff., Neumeyer, Internationales Verwaltungsrecht, III 2 S. 118 ff., Müller, 43 ZSR. 95a ff.

³⁶⁴⁾ Vgl. Nussbaum a. a. O. S. 228 ff., Neumeyer a. a. O. S. 168 ff., 311 ff.

auf. Trotz ihrer imperativen Fassung: „Geldschulden sind in Landesmünze zu bezahlen“, folgt daraus nicht, dass Zahlungen in der Schweiz schlechthin nur in inländischer Währung erfolgen können. Noch weniger folgt daraus, dass ein inländischer Schuldner oder Gläubiger nicht eine fremde Währung für sein Schuldverhältnis vertraglich festsetzen kann. Dieser Satz bezieht sich daher lediglich auf Geldschulden in inländischer Währung, die im Inland zu zahlen sind, und bestimmt, dass einerseits der Gläubiger nur Währungsgeld, und zwar bei höheren Beträgen nur sog. Vollgeld³⁶⁵⁾ und kein anderes Verkehrsgeld, anzunehmen braucht, und dass andererseits der Schuldner innerhalb der Währung die Wahl der Geldzeichen hat³⁶⁶⁾.

Die Parteien können auch eine sogenannte Fremdwährungs- oder Valutaschuld eingehen, und zwar unabhängig davon, ob nur eine oder beide Parteien sich im Inland befinden. Der Betrag der Schuld bestimmt sich in diesem Falle nach einer fremden Währung. Die Schuldwährung, *la monnaie du contrat*, ist eine andere als die Landeswährung, deren Geldzeichen Zwangskurs besitzen³⁶⁷⁾. Dabei kann die vertragliche Verweisung auf die fremde Währung in verschiedenem Sinne gemeint sein. Wenn dem Gläubiger ein Anspruch auf Leistung der

³⁶⁵⁾ Die Bedeutung des gesetzlichen Ausdrucks „Landesmünze“ ist umstritten. Während die eine Auffassung dahin geht, dass darunter alle gesetzlichen Zahlungsmittel zu verstehen sind, die bei jeder Zahlung zum Nennwert genommen werden müssen, vgl. Oser-Schönenberger, 84 N. 4, offenbar auch v. Tuhr a. a. O. S. 63, wird neuerdings geltend gemacht, und zwar mit Rücksicht auf die Entstehungsgeschichte, dass darunter lediglich das der gewählten Währung zugrunde liegende, aus Edelmetall bestehende Geld zu verstehen sei, vgl. Thormann, 56 ZSR. 42 ff. Aber dies soll nur subsidiär gelten, wenn sich aus der Auslegung des Parteiwillens nichts anderes ergibt. Damit nähert sich diese Auffassung der herrschenden Meinung erheblich.

³⁶⁶⁾ Vgl. v. Tuhr a. a. O. S. 53, Neumeyer a. a. O. S. 184 N. 8.

³⁶⁷⁾ Vgl. Oser-Schönenberger, 84 N. 4, 11—12, v. Tuhr a. a. O. S. 640.

Geldzeichen in fremder Währung zustehen soll, so liegt eine sogenannte echte Valutaschuld vor. Anders aber, wenn dem Gläubiger der Anspruch auf Leistung in inländischer Währung gegeben wird, wobei sich deren Höhe nach einem gegebenen Betrag fremder Währung bestimmt. In diesem Falle liegt eine sogenannte unechte oder uneigentliche Valutaschuld vor. Die Parteien können sowohl bei der echten wie bei der unechten Valutaschuld im voraus einen Umrechnungskurs vereinbaren. Handelt es sich um eine echte Valutaschuld, so kann dieser Kurs nur dann von Bedeutung werden, wenn der Schuldner statt in fremder in heimischer Währung bezahlen kann. Bei der unechten Valutaschuld dagegen tritt durch die Kursvereinbarung eine Änderung ihres Charakters ein, indem der Gläubiger nicht mehr das Äquivalent des vereinbarten Valutabetrages, sondern einen anderen Betrag in der heimischen Währung erhält. Die fremde Währung ist in diesem Falle nicht mehr Wertmasstab, sondern nur noch Rechnungsfaktor. Auch die Valutaschulden sind aber, ob mit oder ohne vertragliche Kursbestimmung, ihrer rechtlichen Natur nach Geldschulden, indem Geldzeichen der vereinbarten Währung bis zum Betrag der Schuldsomme zu leisten sind³⁶⁸).

Wenn eine unechte Valutaschuld in der Schweiz zu erfüllen ist, so findet schon kraft des Parteiwillens eine Zurückführung in die inländische Währung statt. Aber auch eine echte Valutaschuld, die den Schuldner grundsätzlich zur Zahlung in der fremden Währung berechtigt und verpflichtet, kann unter Umständen in die schweizerische Währung umgewandelt werden. Dies ist einmal der Fall, wenn die Leistung fremder Währung unmöglich wird, z. B. durch Verbot der Ausfuhr von Zahlungsmitteln durch die Devisengesetzgebung. In diesem Falle geht

³⁶⁸) Vgl. Nussbaum a. a. O. S. 187 ff., 223, Wolff a. a. O. S. 640. Über die Abarten der Valutaschuld (alternative Währungsklausel, Kursgarantieklausel, verkleidete Valutaschuld, Verknüpfung mit der Goldklausel), vgl. Nussbaum a. a. O. S. 203 ff.

die Valutaschuld in eine Schuld heimischer Währung über^{368a)}, sofern nicht eine exklusive Geldsortenschuld oder eine Geldstückschuld vereinbart ist, die gemäss 119 OR untergehen. Die Valutaschuld kann aber auch durch den Schuldner selbst in die heimische Währung überführt werden. Wie die meisten europäischen Rechte auf Grund alter Gewohnheit dem Schuldner die Befugnis einräumen, den Gläubiger statt mit dem geschuldeten, ausländischen Gelde in heimischem Geld zum Kurswerte zu befriedigen³⁶⁹⁾, so räumt auch das schweizerische Recht dem Schuldner eine alternative Ermächtigung ein, den Wert des geschuldeten, fremden Geldes in schweizerischer Währung zu bezahlen (84 II OR). Voraussetzung dieser Substitutionsbefugnis ist selbstverständlich, dass eine Schuld rechtsgültig in fremder Währung begründet worden ist und in dieser Währung bis zur Ausübung der Befugnis verbleibt. Diese geht dahin, dass der Schuldner berechtigt ist, in schweizerischen Geldzeichen zu bezahlen³⁷⁰⁾, wobei für die Umrechnung massgebend ist nicht der Kurs im Zeitpunkte der Zahlung, sondern „zur Verfallzeit“³⁷¹⁾. Diese Substitutionsbefugnis hat zur Folge, dass der Satz, wonach der Schuldner bei

^{368a)} Vgl. im einzelnen Lenhoff a. a. O. S. 7 ff.

³⁶⁹⁾ Vgl. Nussbaum a. a. O. S. 201 ff., Neumeyer a. a. O. S. 194 ff.

³⁷⁰⁾ Vgl. Oser-Schönenberger, 84 N. 18, v. Tuhr a. a. O. S. 54; a. M. auch hier Thormann a. a. O. S. 17 ff., der annimmt, dass diese Ordnung nur für Münzen aus Währungsmetall gilt.

³⁷¹⁾ Vgl. Nussbaum a. a. O. S. 214 N. 1. Die ausländische Rechtsprechung ist zum Teil, trotz gleichlautender gesetzlicher Bestimmungen, dazu übergegangen, bei verspäteter Zahlung des Schuldners den Zahlungstag als massgeblich zu erklären. Diese Praxis ist durchaus richtig, weil bei starrem Festhalten am Kurs des Verfalltages, den das Gesetz im Normalfall, d. h. bei Zahlung an demselben, annimmt, der Willkür Tür und Tor geöffnet ist. Bei wechselnden Kursen erhält der Gläubiger entweder mehr oder muss sich mit weniger begnügen, als er vertraglich zu beanspruchen hat. Vgl. Nussbaum a. a. O. S. 211 ff., Neumeyer a. a. O. S. 199 ff.

der Erfüllung das zu leisten hat, was Gegenstand des Schuldverhältnisses ist, nicht mehr absolut gilt. Die Zahlung erfolgt daher nicht in der Schuldwährung, ist daher nicht „in obligatione“, sondern erfolgt in heimischer Währung, d. h. „in solutione“. Sie ist daher nicht Schuldgegenstand, sondern lediglich Zahlungsmittel³⁷²).

Die Substitutionsbefugnis gilt jedoch nach Art. 84 II OR nur, „sofern nicht durch den Gebrauch des Wortes ‚effektiv‘ oder eines ähnlichen Zusatzes die wortgetreue Erfüllung des Vertrages ausbedungen ist“. Daraus folgt, dass sie von den Parteien durch Vereinbarung ausgeschlossen werden kann. Wenn der Bestimmung der ausländischen Währung die Klausel „effektiv“ beigelegt worden ist, oder wenn in anderer Weise zweifelsfrei zum Ausdruck gebracht worden ist, dass der Schuldner in fremden Geldzeichen selbst leisten müsse, so ist die alternative Ermäch-

³⁷²) Daraus würde sich folgerichtig ergeben, dass der Gläubiger ausschliesslich auf Zahlung in der fremden Währung klagen kann. Allein die Praxis des Bundesgerichtes, wie übrigens auch die Praxis ausländischer Gerichte, hat es stets als selbstverständlich erachtet, dass der Valutagläubiger seine Forderung wahlweise auch auf die moneta fori richten kann, vgl. z. B. EBG. 46 II 375. Noch weiter geht das anglo-amerikanische Recht, nach dem überhaupt nur auf einheimische Währung verurteilt werden kann. Vgl. Nussbaum a. a. O. S. 193 ff., 217 ff., Neumeyer a. a. O. S. 185 ff., 191 ff.

Von der Frage der Klage oder Verurteilung auf einheimische oder fremde Währung bei echten Valutaschulden ist zu unterscheiden die Frage, in welcher Währung ihre Zwangsvollstreckung im Inland durchgeführt werden kann. Technische Schwierigkeiten des Vollstreckungsrechtes haben dazu geführt, für die Zwangsvollstreckung ausdrücklich die inländische Währung zu bestimmen. So schreibt Art. 67 SchKG. vor, dass schon das Betreibungsbegehren die Forderungssumme „in gesetzlicher Schweizer-Währung“ anzugeben hat. Die Valutaschuld ist daher in schweizerische Währung umzurechnen, und zwar vom betreibenden Gläubiger selbst, nach dem Kurs dieses Zeitpunktes; dieser Betrag bleibt dann für das ganze Betreibungsverfahren massgebend, vgl. Jaeger, 67 N. 16, Oser-Schönenberger, 84 N. 19, Nussbaum a. a. O. S. 195/96, Neumeyer a. a. O. S. 186 ff.

tigung beseitigt. Diese besteht auch nur für Zahlungen im Inlande, weil es sich hier um die Regelung des Geldumlaufes handelt, die nur für das Staatsgebiet massgebend sein kann. Es kommt daher nicht auf den Erfüllungsort, sondern auf den tatsächlichen Zahlungsort an³⁷³).

b) Die clearingrechtliche Ordnung. Gegenüber der Regelung des gemeinen Rechts bringt das Clearingrecht eine neue Ordnung für die Erfüllung der von ihm betroffenen Geldschulden. Die Clearingabkommen sehen durchgängig vor, dass der Clearingschuldner die Zahlung in seiner Landeswährung zu erbringen hat, während der Clearinggläubiger von der Verrechnungsstelle seines Staates wiederum nur Zahlung in der Währung desselben erhält³⁷⁴). Der schweizerische Clearingschuldner muss daher den Betrag seiner Schuld in Schweizerfranken an die Schweiz. Nationalbank einzahlen, während sein italienischer Gläubiger den Betrag in Lire ausbezahlt erhält. Auf der andern Seite muss der rumänische Clearingschuldner seine Zahlung in Lei erbringen, während sein schweizerischer Gläubiger den Betrag in Schweizerfranken ausbezahlt erhält. Nur im deutsch-schweizerischen Verrechnungsverkehr ist von dieser Regel eine Ausnahme getroffen worden, nämlich dahingehend, dass der schweizerische Schuldner Zahlung sowohl in Schweizerfranken an die Nationalbank, wie in Reichsmark aus den Beständen des bei der Deutschen Verrechnungskasse zugunsten der Schweiz. Nationalbank

³⁷³) Vgl. Nussbaum a. a. O. S. 215/16, Neumeyer a. a. O. S. 320 ff.

³⁷⁴) Beispiel: Schweizerisch-italienisches Clearingabkommen, Art. 2, 3, 5: „Sämtliche Verbindlichkeiten von in der Schweiz domizilierten Schuldnern, gegenüber Gläubigern, die in Italien domiziliert sind, müssen durch Einzahlung in Schweizerfranken bei der Schweizerischen Nationalbank erfüllt werden . . . Sämtliche Verbindlichkeiten von Schuldnern, die in Italien domiziliert sind, gegenüber in der Schweiz domizilierten Gläubigern müssen in italienischen Lire bei der Banca d'Italia einbezahlt werden . . . Alle Auszahlungen an die Gläubiger werden in der Währung ihres Landes gemacht.“

geführten Sammelkontos leisten kann; analog ist die Leistung des deutschen Clearingschuldners geordnet³⁷⁵).

Diese Ordnung stellt sich als eine spezielle Regelung der Erfüllung der betroffenen Clearingschulden dar. Sie werden zwangsweise auf die Inlandwährung umgestellt. Wie in anderen Fällen einer solchen Zwangsumstellung³⁷⁶) werden damit vornehmlich staatliche Interessen wahrgenommen. Auch die Substitutionsbefugnis ist aus einem Institut zur Erleichterung der Schuldnerstellung zu einer Massnahme geworden, die primär währungspolitischen Zwecken dienstbar gemacht worden ist, auch wenn sie in der Form einer schuldrechtlichen Befugnis erhalten geblieben ist³⁷⁷). Ganz ähnlich stellt auch die clearingrechtliche Neuordnung der Erfüllung von Geldschulden eine Zwangsmassnahme dar, die unter ausserordentlichen wirtschaftlichen Umständen aus währungs- und allgemein wirtschaftspolitischen Gesichtspunkten notwendig geworden ist. Sie findet daher Anwendung auf jede Zahlung im schweizerischen Rechtsgebiet, bzw. im Gebiet der Vertragsstaaten, ohne Unterschied, welches die schuldrechtlich massgebende Rechtsordnung ist, und ohne Unterschied, ob sich der Erfüllungsort im In- oder Auslande befindet³⁷⁸). Sie ergreift sowohl negativ wie positiv nicht nur die nach dem Geltungsbeginn des Clearings abgeschlossenen Schuldverhältnisse, sondern auch diejenigen, die in diesem Zeitpunkt bereits bestanden haben, sofern die Geldschuld noch nicht erfüllt worden ist³⁷⁹). Die Vorschriften des Clearingrechtes, die die privatrechtliche Erfüllung der Geldschuld ordnen, gehen als spezielle privatrechtliche Rechtssätze³⁸⁰) den allgemeinen Bestim-

³⁷⁵) Schweizerisch-deutsches Verrechnungsabkommen, Art. II 1 und 2.

³⁷⁶) Vgl. Neumeyer a. a. O. S. 324 ff.

³⁷⁷) Vgl. Neumeyer a. a. O. S. 194 ff.

³⁷⁸) Siehe supra S. 517a ff.

³⁷⁹) Siehe supra S. 544a, 546a.

³⁸⁰) Siehe supra S. 545a f.

mungen des OR vor. An Stelle der dispositiven gesetzlichen Ordnung des OR tritt die zwingende Ordnung des Clearingrechts.

Diese Ordnung betrifft, entsprechend dem Zweck einer Umstellung der Schuldverhältnisse auf die Inlandswährung, in erster Linie die Leistungsart, d. h. die Modalitäten der Erfüllung der Geldschuld. Sie schliesst die Erfüllung einer exklusiven Geldsortenschuld ausländischer Währung, sowie die Erfüllung einer Geldstückschuld schlechthin aus. Wird eine solche Schuldverpflichtung nach Inkrafttreten des Clearings begründet, so liegt ein Versprechen auf eine unmögliche Leistung vor; der Vertrag ist daher nichtig. Soweit eine solche Schuldverpflichtung bereits bei Inkrafttreten des Clearings bestanden hat, tritt eine nachträgliche Unmöglichkeit der Leistung ein, die die Forderung im Sinne von 119 OR zum Erlöschen bringt. Die gewöhnliche Geldsortenschuld ausländischer Währung geht dagegen in eine schlichte Geldschuld über, die nach den clearingrechtlichen Bestimmungen zu erfüllen ist. Die Umstellung auf die Inlandswährung verlangt, dass die clearingrechtliche Ordnung sowohl den Zeitpunkt der Umrechnung als auch den Umrechnungskurs festlegt, wodurch unter Umständen auch der Leistungsumfang tangiert werden kann. Sie greift ferner in die Regelung des Erfüllungsortes ein, der nicht mehr beliebig vereinbart werden kann, sondern im Hinblick auf die Erfüllung des Clearingzweckes geordnet werden muss. Endlich wird von der clearingrechtlichen Neuordnung teils direkt, teils indirekt auch die Erfüllungszeit berührt.

2. Erfüllungsort und Erfüllungszeit.

a) Der Erfüllungsort, d. h. der Ort, an dem die geschuldete Leistung vorzunehmen ist, ergibt sich nach gemeinem Recht aus dem ausdrücklichen oder stillschweigenden Willen der Parteien. Lässt sich dieser auch aus den Umständen nicht ermitteln, so gilt nach schweizerischem Recht, dass die Geldschuld an dem Orte zu zahlen

ist, an dem der Gläubiger zur Zeit der Erfüllung seinen Wohnsitz, bzw. seine geschäftliche Niederlassung hat (74 II OR).³⁸¹⁾ Die Geldschuld ist daher grundsätzlich Bringschuld, d. h. der Schuldner hat das Geld an den Wohnort des Gläubigers oder an den sonstigen Erfüllungsort zu bringen oder auf seine Kosten und Gefahr zu schicken. Das Bringen oder Schicken ist ein Teil der Erfüllungshandlung, die erst in der Übergabe der Geldsumme ihren Abschluss findet. Daraus folgt, dass es den Parteien grundsätzlich freisteht, als Erfüllungsort auch den Wohnsitz oder einen andern Ort des Landes, in dem der Schuldner domiziliert ist, oder einen Ort in einem Drittlande festzusetzen. Wenn ein schweizerischer Exporteur und ein chilenischer Importeur einen Kaufvertrag abschliessen, so ist es möglich zu vereinbaren, dass der chilenische Schuldner bei einer Bank in London seine Schuld zu erfüllen hat. Erfüllt hat er daher erst, wenn der Bank in London die Geldsumme übergeben worden ist, die dem geschuldeten Betrag entspricht. Das Kursrisiko geht zu Lasten des Schuldners.

Durch die Vorschriften des Clearingrechtes wird diese Freiheit der Bestimmung des Erfüllungsortes durch die Parteien eingeengt. Da die Zahlung des schweizerischen Schuldners, der seinen italienischen Gläubiger befriedigen will, an die Nationalbank in Zürich zu erfolgen hat, und die Auszahlung in Italien ebenfalls durch die italienische Notenbank erfolgt, so ergibt sich daraus, dass die Wahl eines Erfüllungsortes in einem Drittlande ausgeschlossen ist. Denn es ist durch das Clearingrecht unmöglich gemacht worden, dass der Schuldner die Leistung an einem solchen Ort erbringt und ebenso, dass sie der Gläubiger an demselben entgegennimmt. Dagegen wird durch die Bestimmungen der Clearingabkommen der privatrechtliche Erfüllungsort nicht zwingend an den Ort des Sitzes der Clearingstelle des Staates, in dem der

³⁸¹⁾ Vgl. im einzelnen v. Tuhr a. a. O. S. 432 ff., Oser-Schönenberger, 74 N. 4—13, Guhl a. a. O. S. 112/113.

Schuldner seinen Wohnsitz hat, verlegt³⁸²). Vielmehr bleibt den Parteien eine beschränkte Wahlmöglichkeit. Sie können im Lande des Schuldners den Ort des Sitzes der Clearingstelle als Erfüllungsort bezeichnen, aber nur diesen Ort, weil die Zahlung an die Clearingstelle, bezw. die von ihr mit dem Zahlungsverkehr beauftragte Notenbank, zu erfolgen hat. Sie können aber auch den Wohnsitz des Gläubigers oder irgendeinen Ort in seinem Clearinglande als Erfüllungsort bestimmen. Denn die Auszahlung des Betrages durch die Clearingstelle des Staates, in dem der Clearinggläubiger domiziliert ist, braucht nicht am Orte ihres Sitzes selbst zu erfolgen. Sie kann den Betrag an den Wohnsitz des Gläubigers oder an irgendeinen Ort im betreffenden Lande überweisen³⁸³). Die Vereinbarung des schweizerischen Gläubigers mit dem ungarischen Clearingschuldner kann z. B. dahin gehen, dass entweder Budapest oder irgendein beliebiger Ort in der Schweiz als Erfüllungsort bestimmt wird. Die vertragliche Vereinbarung eines andern Ortes dagegen ist nichtig, und zwar ergreift die Nichtigkeit nur die betreffende Vertragsklausel. Kommt auf das Schuldverhältnis das schweizerische Recht zur Anwendung, so gilt in diesem Falle der Wohnsitz des Gläubigers als Erfüllungsort.

³⁸²) Dies wird offenbar von Jaccard a. a. O. S. 47 angenommen, der von einem „lieu exclusif de règlement“ spricht.

³⁸³) Mettler nimmt a. a. O. S. 91 ff. an, dass die Parteien nur wählen können zwischen den beiden rechtlich einzig zulässigen Erfüllungsorten: den Orten des Sitzes der Clearingstellen der beiden Vertragsstaaten. Diese Auffassung ist indessen zu eng, indem kein Grund einzusehen ist, warum im Lande des Gläubigers nicht irgendein anderer Ort als Erfüllungsort bestimmt werden kann. Die Bezeichnung eines andern Ortes hat dann die Wirkung, dass die privatrechtliche Erfüllung erst mit der Überweisung des Betrages an den, von den Parteien vereinbarten Erfüllungsort eintritt. Es ist aber in diesem Falle durch eine genaue Ermittlung des Parteiwillens festzustellen, ob der bestimmte Ort wirklich Schuldort, d. h. Erfüllungsort, oder nur Zahlungsort, d. h. Vollzugsort, ist, vgl. Lenhoff a. a. O. S. 18 ff.

Die Bestimmung des Erfüllungsortes durch die Parteien ist auch unter dem Clearingrecht von wesentlicher Bedeutung. Wird der Ort des Sitzes der Clearingstelle des Staates, in dem der Schuldner seinen Wohnsitz hat, als Erfüllungsort bestimmt, so erfüllt der Clearingschuldner mit der Einzahlung an die Nationalbank seines Staates nicht nur die öffentlich-rechtliche Einzahlungspflicht, sondern auch die privatrechtliche Schuldpflicht. Er befreit sich durch die Leistung an die Nationalbank, der in diesem Falle zugleich der Charakter einer vertraglichen Zahlstelle zukommt. Sie nimmt die Leistung im eigenen Namen entgegen, hat aber kein Recht, sie zu verlangen. Dagegen hat der Clearingschuldner eine grundsätzlich unentziehbare Befugnis, sich durch Leistung an die Zahlstelle zu befreien³⁸⁴). Das Kursrisiko geht daher in diesem Falle zu Lasten des Gläubigers. In allen anderen Fällen aber, in denen der Erfüllungsort im Lande des Clearinggläubigers liegt, tritt die Befreiung erst später ein, und das Kursrisiko geht zu Lasten des Clearingschuldners³⁸⁵).

b) Die Erfüllungszeit stellt den Moment dar, in welchem der Gläubiger die Leistung verlangen und Klage auf dieselbe erheben kann, in dem daher die Forderung fällig wird. Dieser Moment fällt in der Regel zusammen mit dem Zeitpunkt, in dem der Schuldner die Leistung vornehmen darf, in dem daher die Erfüllbarkeit der Forderung eintritt³⁸⁶). Der Fälligkeitstermin bestimmt sich entweder nach dem Gesetz oder der Vereinbarung der Parteien, die ihn beliebig festsetzen können³⁸⁷). Fehlt es an einer gesetzlichen oder vertraglichen Bestimmung, so

³⁸⁴) Vgl. v. Tuhr a. a. O. S. 424/25.

³⁸⁵) Siehe infra S. 597a.

³⁸⁶) Der Schuldner darf aber nach 81 OR vor dem Verfalltag erfüllen, soweit nicht die Willensmeinung der Parteien und die Natur des Vertrages entgegenstehen. Durch das Clearingrecht wird eine vorzeitige Erfüllung im Sinne von 81 OR nicht ausgeschlossen.

³⁸⁷) Vgl. im einzelnen v. Tuhr a. a. O. S. 447 ff., Guhl a. a. O. S. 111/112, Oser-Schönenberger 75 N. 8—13.

gilt subsidiär die Regel von 75 OR, wonach die Leistung sogleich nach Entstehung der Forderung verlangt werden kann. Der Schuldner hat daher sofort dann zu leisten, wenn er nach Treu und Glauben die Leistung erbringen kann. Auch eine der Forderung entgegenstehende Einrede hebt die Fälligkeit nicht auf. Sie gibt dem Schuldner lediglich die Befugnis, die Leistung zu verweigern.

Unter dem Regime des Clearingrechts bleibt es grundsätzlich den Parteien überlassen, den Fälligkeitstermin zu bestimmen. Soweit die Verpflichtungen schweizerischer Gläubiger in Betracht fallen, hat das Clearingrecht in die Freiheit der vertraglichen Ordnung nicht unmittelbar eingegriffen. Dagegen enthält als einziges Abkommen das schweizerisch-türkische Abkommen einen Eingriff in die vertragliche Freiheit, soweit es sich um Schuldverhältnisse handelt, die zwischen schweizerischen Gläubigern und türkischen Schuldnern entstehen. Art. V des Abkommens bestimmt, dass die Bezahlung von Verbrauchsgütern spätestens drei Monate nach erfolgter Verzollung der Ware an die Türkische Nationalbank zu erfolgen hat³⁸⁸). Die Verabredung einer kürzeren Frist ist daher unbeschränkt zulässig, dagegen ist die Abrede einer längeren Frist widerrechtlich und nichtig³⁸⁹). Kommt in diesem

³⁸⁸) In Art. V Absatz 2 des Abkommens wird ferner bestimmt, dass die Bezahlung von Lieferungen für industrielle Einrichtungen in den von den Kontrahenten vorgesehenen Fristen zu erfolgen hat, „wobei die Fristen jedoch der Nachprüfung und Zustimmung der Türkischen Nationalbank unterliegen.“ Im letztern Falle ist die vertragliche Abrede daher genehmigungspflichtig, soweit der türkische Schuldner in Betracht fällt. Die Festsetzung einer verbotenen Frist ist zivilrechtlich gültig, befreit aber den Schuldner nicht von der rechtzeitigen Einzahlung an die Türkische Nationalbank.

³⁸⁹) Vieli macht a. a. O. S. 19 geltend, dass diese Bestimmung nicht in erster Linie auf Grund des Staatsvertrages, sondern der internen türkischen Gesetzgebung gilt. „Ein schweizerischer Exporteur kann somit trotz dieser Vertragsbestimmung mit seinem türkischen Abnehmer längere Zahlungsfristen vereinbaren.“ Diese Auffassung erscheint jedoch nicht zutreffend. Die

Falle schweizerisches Recht zur Anwendung, so ist nicht sofortige Fälligkeit, sondern Fälligkeit an dem, durch das Abkommen festgelegten Termin anzunehmen, weil die ungültige Abrede den auf eine möglichst lange Zahlungsfrist gerichteten Parteiwillen indiziert. Ein mittelbarer Eingriff in die Bestimmung der Fälligkeit liegt vor, wenn die Erteilung der Einfuhrkontingente von der öffentlich-rechtlichen Auflage der Bezahlung der Warenschuld innert 30 Tagen abhängig gemacht wird³⁹⁰). Diese Auflage hat jedoch keine unmittelbare privatrechtliche Wirkung; ihre Nichterfüllung löst lediglich öffentlich-rechtliche Folgen aus. Eine vertragliche Abrede, wonach die Fälligkeit erst später eintreten soll, ist daher gültig.

Nach allgemeinen Grundsätzen gilt bei Bringschulden, dass die Leistung spätestens am Erfüllungstag beim Gläubiger eintreffen oder, falls die Zahlung durch Überweisung an eine Bank erfolgt, bei derselben so zeitig eingehen muss, dass unter gewöhnlichen Verhältnissen die Buchung auf das Konto des Gläubigers noch innerhalb der Zahlungsfrist erfolgen kann³⁹¹). Weil mit der Einzahlung bei der Schweiz. Nationalbank der Schuldner alles getan hat, wozu er rechtlich imstande ist, hat er privatrechtlich rechtzeitig erfüllt, wenn die Zahlung so zeitig bei der Nationalbank eingeht, dass die Buchung auf Sammel-

Bestimmung des Abkommens enthält einen Satz privatrechtlicher Natur, der eine widersprechende Abrede nichtig macht. Noch weiter geht Rosset a. a. O. S. 520a ff., der zu der merkwürdigen Feststellung gelangt, dass die Gültigkeit einer solchen Bestimmung der internen türkischen Gesetzgebung „paraîtrait pour le moins contestable en droit international“. Das türkische Recht kann selbstverständlich die Fälligkeit der Schuldverpflichtungen durch zwingendes Privatrecht frei bestimmen, das nur Anwendung findet, wenn das Schuldverhältnis dem türkischen Recht untersteht, oder aber auch durch öffentlich-rechtliche Vorschrift, die für die Schuldverpflichtungen aller in der Türkei domizilierten Personen gilt.

³⁹⁰) Siehe supra N. 196.

³⁹¹) Vgl. v. Tuhr a. a. O. S. 445, insbesondere N. 40.

konto noch innerhalb der Zahlungsfrist erfolgen kann. Von diesem Moment an steht ihm die Einrede der rechtlichen Unmöglichkeit der Leistung zu³⁹²).

3. Die Leistungsart.

Sämtliche Clearingabkommen enthalten die uniforme Bestimmung, dass der schweizerische Clearingschuldner seine Zahlung in Schweizerfranken an die Nationalbank zu leisten hat³⁹³). Daraus folgt, dass der Schuldner Zahlung nur in inländischer Währung leisten kann. Die Zahlung in ausländischer Währung ist für ihn rechtlich unmöglich geworden, wobei aber diese Unmöglichkeit nicht eine solche der Erbringung des Leistungsgegenstandes, d. h. des Geldes darstellt, sondern lediglich eine Unmöglichkeit dieser Leistungsart. Die Verpflichtung bleibt daher auf die Geldzahlung gerichtet, wobei aber in solutione, als monnaie de paiement, nur schweizerische Geldzeichen in Frage kommen. Die genannten Vorschriften der Clearingabkommen stellen daher auch Sätze des privaten Rechts dar, die dem Schuldner die positive Verpflichtung auferlegen, in inländischer Währung zu bezahlen³⁹⁴). Aus dieser Ordnung der Zahlungspflicht ergeben sich folgende Konsequenzen:

a) Auch unter der Herrschaft des Clearingrechts ist die Begründung einer Geldschuld als Valutaschuld möglich. Dies versteht sich bei der unechten Valutaschuld von selbst, weil ja der Anspruch des Gläubigers nur auf Zahlung in Schweizerwährung geht, und nur der Umfang

³⁹²) Siehe supra S. 522a ff.

³⁹³) Eine Ausnahme besteht lediglich im deutsch-schweizerischen Verrechnungsverkehr, bei welchem dem Schuldner die Wahlmöglichkeit gegeben ist, entweder in Schweizerfranken an die Nationalbank zu zahlen, oder seine Leistung in Reichsmark aus den Beständen des zugunsten der Schweiz. Nationalbank geführten Sammelkontos der Deutschen Verrechnungskasse zu erbringen. Siehe supra N. 375.

³⁹⁴) Siehe supra S. 545af. So übereinstimmend Vieli a. a. O. S. 17, Jaccard a. a. O. S. 50/51, Rosset a. a. O. S. 234a/235a.

der Leistung sich nach der fremden Währung bestimmt. Sowohl in obligatione, wie in solutione geht hier die Schuldverpflichtung auf die Leistung in heimischer Währung. Aber auch die Vereinbarung einer echten Valutaschuld ist möglich, sodass der Gläubiger einen Anspruch auf Leistung in fremder Währung erhält. Durch die Substitutionsbefugnis hat ja der Schuldner ohnehin die Möglichkeit, die Zahlung in heimischer Währung zu leisten. In obligatione geht die Schuld zwar auf Leistung in fremder Währung, in solutione dagegen kann der Schuldner seine Schuldverpflichtung in heimische Währung überführen. Aber durch die Regelung des Clearingrechtes bleibt es nicht bei der gesetzlichen Ermächtigung des Schuldners im Sinne von 84 II OR. Vielmehr verbieten ihm die Rechtsätze des Clearingrechts die Hauptleistung in ausländischer Währung und gebieten ihm die Ersatzleistung in heimischer Währung. Es gilt daher für alle echten Valutaschulden der Rechtssatz von 84 I OR, aber nicht mehr dispositiv, sondern zwingend. Wie schon unter dem gemeinen Recht der Gläubiger nach der Praxis des Bundesgerichtes auf Zahlung in heimischer Währung klagen kann, und nach der Vorschrift von 67 SchKG nur in derselben vollstrecken kann³⁹⁵), so gilt nun unter dem Regime des Clearingrechts diese Ordnung schlechthin für Gläubiger und Schuldner.

b) Das Clearingrecht beschränkt die Vereinbarung und Erfüllung einer effektiven Valutaschuld. Diese ist nur noch insoweit zulässig, als sie die heimische Währung des Clearingschuldners zum Gegenstande hat³⁹⁶). Wenn dagegen z. B. die Schuldverpflichtung eines schweizerischen Schuldners gegenüber einem italienischen Gläu-

³⁹⁵) Siehe supra N. 372.

³⁹⁶) Übereinstimmend Mettler a. a. O. S. 119/120. Eine Ausnahme ist im deutsch-schweizerischen Verrechnungsabkommen in Art. I vorgesehen, der folgendes bestimmt: „Zahlungen in dritter Währung sind nur in besonders zugelassenen Fällen statthaft.“ Daraus ergibt sich die Möglichkeit, auch eine effektive Valutaschuld zu erfüllen, aber nur mit Genehmigung der Verrechnungsstelle.

biger auf Dollars oder Pfund Sterling „effektiv“ lautet, so kann sie kraft der clearingrechtlichen Bestimmungen nicht mehr erfüllt werden; es liegt eine rechtliche Unmöglichkeit der vereinbarten Leistungsart vor. War diese effektive Valutaschuld schon vor dem Inkrafttreten des Clearings begründet worden, so liegt eine nachträgliche Unmöglichkeit vor, die aber die Forderung nicht aufhebt, sondern den Schuldner verpflichtet, die Zahlung in heimischer Währung zu leisten, und den Gläubiger berechtigt, sie in derselben zum Gegenstande der Klage oder der Zwangsvollstreckung zu machen. Die Vereinbarung einer effektiven Valutaschuld nach dem Inkrafttreten des Clearings stellt ein rechtlich unmögliches Versprechen im Sinne von 20 I OR dar, das der Nichtigkeit verfällt, aber die Nichtigkeit des ganzen Vertrages nicht nach sich zieht³⁹⁷). Auch in diesem Falle bleibt der Schuldner zur Leistung der Geldschuld in heimischer Währung verpflichtet; sie ist in solutione kraft zwingenden Rechtsatzes möglich. Das Clearingrecht hebt daher die in Art. 84 II OR vorgesehene Möglichkeit der Vereinbarung und Erfüllung einer effektiven Valutaschuld auf und verwandelt diese in eine gewöhnliche, echte Valutaschuld.

c) Die clearingrechtliche Verpflichtung zur Zahlung der Schuld an die Nationalbank hat die Frage aufgeworfen, ob denn unter dem Regime des Clearings die Begründung und Erfüllung einer Wechselschuld überhaupt noch zulässig sei. Jaccard hat den Standpunkt vertreten, dass eine der wichtigsten Folgen des Clearingrechts sei „de rendre en principe illicite toutes stipulations et toutes formes de paiement par effets négociables“³⁹⁸). Allein diese Auffassung hat sich als unrichtig erwiesen. Die Ausstellung einer Tratte durch den schweizerischen Clearingschuldner, die von seiner Bank in der Schweiz akzeptiert wird, das Akzept eines vom Clearinggläubiger

³⁹⁷) Siehe supra S. 540a ff.

³⁹⁸) Jaccard a. a. O. S. 44, vgl. auch Wegelin a. a. O. S. 375.

ausgestellten gezogenen Wechsels, sowie die Ausstellung eines Eigenwechsels durch den Clearingschuldner sind möglich und zulässig, sofern diese Begründung der Wechselschuld zahlungshalber erfolgt³⁹⁹). Auch die Ausstellung von Wechselblanketten der genannten Art ist zivilrechtlich durchaus gültig⁴⁰⁰). Da der Wechsel nur zahlungshalber begeben wird, liegt in der Abgabe der wechselrechtlichen Erklärung noch keine Verfügung über die clearingpflichtige Forderung. Wenn dagegen der Wechsel zur Einlösung gelangt, und der Betrag desselben nicht auf Verrechnungskonto einbezahlt wird, liegt eine verbotene Zahlung vor. Diese hat nach allgemeinen Grundsätzen zur Folge, dass der Clearingschuldner zwar seine zivilrechtliche Schuldpflicht getilgt hat, aber von der öffentlich-rechtlichen Einzahlungspflicht nicht entbunden ist⁴⁰¹). Das Ein-

³⁹⁹) Über den Wechsel, der an Zahlungsstatt gegeben wird, siehe supra S. 562a f., sowie N. 342.

⁴⁰⁰) Die Anweisung Nr. 2 der Schweizerischen Verrechnungsstelle betreffend das Eingehen von Wechselverbindlichkeiten für clearingpflichtige Zahlungen bestimmt: „Das Eingehen von Wechselverbindlichkeiten gegenüber deutschen Gläubigern für den Clearingbestimmungen unterworfenen Zahlungsverpflichtungen ist nur gestattet, sofern es sich um die Akzeptierung einer vom deutschen Gläubiger auf den schweizerischen Schuldner direkt gezogenen Tratte oder um die Ausstellung von Eigenwechseln handelt. Auf alle Fälle ist das Einsetzen von wechselrechtlichen Erklärungen auf sogenannten Blanketten streng untersagt.“ Diese Anweisung ist viel zu eng, indem nicht einzusehen ist, warum nicht der schweizerische Schuldner eine Tratte nicht soll akzeptieren können, die von einem im Lande des Gläubigers domizilierten Dritten, z. B. einer Bank, ausgestellt worden ist, und warum er nicht einen gezogenen Wechsel soll ausstellen können, den ein Dritter im Inland akzeptiert.

⁴⁰¹) Die in N. 400 genannte Anweisung führt daher richtig aus: „Im allgemeinen ist für den Wechselschuldner das Eingehen von Wechselverbindlichkeiten nicht empfehlenswert, denn damit verliert er seinen Einfluss über die Weiterleitung der erfolgten Zahlung in den Clearing, bleibt aber andererseits für die Einbeziehung der Wechselsumme in den deutsch-schweizerischen Verrechnungsverkehr haftbar.“

gehen von Wechselverbindlichkeiten ist daher nur insoweit verboten, als darin eine Verfügung liegt, die die clearingpflichtige Forderung dem Clearing zu entziehen geeignet ist. Die Nichtbeachtung dieses Verbotes hat aber wiederum nur relative Wirkung, indem sie die öffentlich-rechtliche Einzahlungspflicht gegenüber der Verrechnungsstelle nicht aufzuheben vermag.

Um sich gegen dieses Risiko zu sichern, hat die Praxis den sogenannten Clearingwechsel zur Ausbildung gebracht. Er besteht darin, dass in den Wechsel eine besondere Klausel aufgenommen wird, die sogenannte Clearingklausel⁴⁰²). Diese hat die Wirkung, dass dem Akzeptanten, bezw. dem Aussteller des Eigenwechsels das Recht zusteht, dem Präsentanten eine direkte Zahlung zu verweigern, und statt dessen, Zahlung an die Nationalbank auf Verrechnungskonto zu leisten. Ist diese Leistung erfolgt, so wird damit jede wechselrechtliche Rechtsfolge, die sich sonst an die Nichtzahlung des Wechsels knüpft, ausgeschlossen. Der Präsentant kann daher weder Protest erheben, noch die Wechselklage oder Wechselbetreibung durchführen. Die Einrede der Unmöglichkeit der Leistung, die durch die Einzahlung an die Nationalbank begründet wird, wirkt aber auch zugunsten der übrigen wechselverpflichteten Personen. Sie hat zur Folge, dass der wechselrechtliche Regress ausgeschlossen ist. Im Gegensatz zu einem allgemeinen Wechselmoratorium wird daher die Fälligkeit der Wechselzahlung nicht aufgeschoben. Lediglich der Übergang der Wechselsumme in das Vermögen des Wechselgläubigers erleidet eine Verzögerung, deren Dauer abhängig ist vom Eintritt der ge-

⁴⁰²) Die Anweisung der Verrechnungsstelle, supra N. 400, führt aus: „Ist das Eingehen von Wechselverbindlichkeiten im konkreten Fall nicht zu umgehen, so soll auf dem Wechsel selbst der Vermerk angebracht werden, ‚zahlbar im deutsch-schweizerischen Verrechnungsverkehr‘. Ferner ist es in diesem Falle empfehlenswert, solche Wechsel mit der Rektaklausel zu versehen, d. h. nicht an Ordre auszustellen.“

setzunglichen Voraussetzungen für die Fälligkeit des öffentlich-rechtlichen Auszahlungsanspruches⁴⁰³).

4. Der Leistungsumfang.

Unter der Herrschaft des Clearingrechts bleibt die vertragliche Vereinbarung des Leistungsumfanges und ihre Erfüllung dann vollständig unberührt, wenn die Leistung in heimischer Währung des Schuldners bedungen worden ist. Anders dagegen, wenn es sich um eine Valutaschuld handelt, wobei es gleichgültig ist, ob diese in der Währung des Vertragsstaates oder eines dritten Staates festgesetzt worden ist. Nach gemeinem Recht steht es den Parteien frei, den Umrechnungskurs sowie den für die Umrechnung massgebenden Zeitpunkt zu bestimmen, sofern es sich um eine unechte Valutaschuld handelt, oder der Schuldner bei der echten Valutaschuld von der Substitutionsbefugnis Gebrauch macht. Liegt eine solche Vereinbarung nicht vor, so erfolgt die Umrechnung entsprechend dem Devisenkurs am Zahlungsort, im Zeitpunkte der Fälligkeit (84 II OR).⁴⁰⁴). Auch in diese Ordnung hat das Clearingrecht eingegriffen. Da die Ein- und Auszahlungen in den Vertragsstaaten stets in heimischer Währung erfolgen, muss jede Zahlung immer mindestens einmal, unter Umständen sogar zweimal umgerechnet werden. Daher hat das Clearingrecht sowohl den Zeitpunkt der Umrechnung, wie den sogenannten Clearingkurs bestimmt. Aus dieser Ordnung folgt, wann und in welchem Umfange die Befreiung des Schuldners eintritt.

⁴⁰³) Vgl. im einzelnen Mettler a. a. O. S. 121—129.

⁴⁰⁴) Über den Zeitpunkt der Umrechnung siehe supra N. 371. Der Devisen- oder Wechselkurs ist der Kurs für kurzfristige Wechsel und Auszahlungen. Er bezieht sich daher auf Zahlungen in fremder Währung, die im Auslande vorzunehmen sind. Verkehrsüblich werden aber die Devisenkurse auch da zugrunde gelegt, wo es sich um Zahlungen handelt, die im Inlande zu bewirken sind, insbesondere für Zahlungen in heimischer Währung, bei welchen der Kurs einer fremden Währung kraft Parteiwillens als Rechnungsmassstab gilt, vgl. Nussbaum a. a. O. S. 61, 221/23.

a) Der Zeitpunkt der Umrechnung ist in den Clearingabkommen in der Weise geregelt, dass nicht der Tag der Fälligkeit der Schuld, sondern der Tag der Zahlung für die Umrechnung massgebend ist⁴⁰⁵). So bestimmt z. B. das schweizerisch-chilenische Abkommen: „Die auf andere Währungen als den chilenischen Peso oder den Schweizerfranken lautenden Forderungen werden in die nationale Währung umgerechnet . . auf Grund der offiziellen Kursnotierung am Tage der Einzahlung in Santiago, bzw. Zürich.“ Auch wenn dies in den Abkommen nicht ausdrücklich festgelegt ist, so ergibt sich diese Folgerung aus der Überlegung, dass Art. 84 II OR den Normalfall betrifft, bei dem Fälligkeitstermin und Zahlungstag zusammenfallen. Wenn schon die ausländische Praxis überwiegend dazu neigt, auch im Falle der Ausübung der Substitutionsbefugnis, trotz gesetzlicher Festlegung des Fälligkeitstages, bei verspäteter Zahlung des Schuldners auf den Zahlungstag als den massgeblichen Zeitpunkt der Umrechnung abzustellen⁴⁰⁵), so drängt sich diese Lösung beim Clearing deswegen umsomehr auf, weil sich derselbe auf Grund der erfolgten Zahlungen abspielt, und weil andernfalls der Gläubiger unverschuldet dem Kursrisiko ausgesetzt würde⁴⁰⁶).

Eine zweite Umrechnung wird notwendig, wenn nicht, wie es vereinzelt durch die Clearingabkommen angeordnet worden ist⁴⁰⁷), die Sammelkonti beider Vertragsstaaten einheitlich in Schweizerwährung geführt werden. In der Regel werden diese in der Währung der beiden

⁴⁰⁵) Siehe supra N. 371.

⁴⁰⁶) Übereinstimmend Jaccard a. a. O. S. 56/57, Rosset a. a. O. S. 235a ff.

⁴⁰⁷) Vgl. z. B. schweizerisch-griechisches Abkommen Art. III: „Für sämtliche Ein- und Auszahlungen, sowohl bei der Schweiz. Nationalbank als auch bei der Banque de Grèce, ist der Schweizerfranken die massgebende Währung. Ein- und Auszahlungen bei der Banque de Grèce erfolgen in Drachmen zu dem der jeweiligen offiziellen Kursnotiz entsprechenden Mittelkurs der Banque de Grèce für den Schweizerfranken.“

Länder geführt⁴⁰⁸⁾). Daraus ergibt sich die Notwendigkeit, den Betrag der Valutaschuld bei der Einzahlung erst in die heimische Währung des Clearingschuldners und dann bei der Auszahlung in die Währung des Clearinggläubigers umzurechnen⁴⁰⁹⁾). Wenn also z. B. ein rumänischer Schuldner einem schweizerischen Gläubiger eine Schuld in Schweizerfranken, oder in einer dritten Währung schuldet, so findet bei seiner Einzahlung an die Rumänische Nationalbank eine Umrechnung der fremden Währung in Lei statt, wobei der umgerechnete Betrag dem Sammelkonto bei der Rumänischen Nationalbank zugunsten der Schweiz. Nationalbank gutgeschrieben wird. Wenn dann die Schweiz. Nationalbank nach Eintritt der Fälligkeit des Auszahlungsanspruches die Auszahlung vornimmt, so ist eine zweite Umrechnung notwendig, nämlich der gutgeschriebenen Lei in Schweizerfranken. Diese Umrechnung erfolgt wiederum nach dem Kurs am Tage der Zahlung, und zwar auch dann, wenn dies im Clearingabkommen nicht ausdrücklich festgesetzt worden ist. Dies ergibt sich aus denselben Erwägungen, wie sich die Umrechnung bei der Einzahlung nach dem Tage der Zahlung bestimmt⁴¹⁰⁾).

⁴⁰⁸⁾ Vgl. z. B. schweizerisch-italienisches Abkommen Art. 1 II: „Zu diesem Zwecke wird die Schweiz. Nationalbank dem Istituto Nazionale per i cambi con l'estero ein auf Schweizerfranken lautendes zinsloses Sammelkonto eröffnen; ebenso wird das Istituto der Schweiz. Nationalbank ein auf italienische Lire lautendes zinsloses Sammelkonto eröffnen.“

⁴⁰⁹⁾ Eine Besonderheit weist das deutsch-schweizerische Verrechnungsabkommen auf, nach dem bei jeder Verrechnungsstelle zwei Sammelkonti, eines in Reichsmark, das andere in Schweizerfranken, geführt werden, vgl. Rosset a. a. O. S. 233a.

⁴¹⁰⁾ Vgl. Jaccard a. a. O. S. 55 ff., Rosset a. a. O. S. 240a, 241a. Eine besonders präzise Regelung war im aufgehobenen schweizerisch-bulgarischen Clearingabkommen getroffen worden. Art. VI 1 bestimmt: „Die Einzahlungen bei der Schweiz. Nationalbank sowie die Auszahlungen derselben erfolgen in Schweizerfranken und die Einzahlungen bei der bulgarischen Nationalbank sowie die Auszahlungen derselben in Lewas. Die Umrechnungen von Schweizerfranken in Lewas und umgekehrt werden zum

Diese Regelung ordnet zunächst lediglich die Art und Weise, wie die Verrechnungsstellen der Vertragsstaaten die Einzahlungen umzurechnen und gutzuschreiben und die Auszahlungen umzurechnen und vorzunehmen haben. Sie scheint daher das zivilrechtliche Verhältnis nicht zu berühren. Allein die Überlegung, dass in diesen Fällen ein Kursrisiko entsteht, das von einer der beiden Parteien zu tragen ist, ergibt, dass die Regel von Art. 84 Absatz 2 OR nicht mehr zur Durchführung gelangen kann. Wenn das Kursrisiko zu Lasten des Schuldners geht, und daher nur die in die heimische Währung umgerechnete Einzahlung, nicht aber die Auszahlung dem Betrag der geschuldeten Leistung entspricht, so liegt mittelbar eine Durchbrechung des Grundsatzes von 84 II OR vor, der den Fälligkeitstermin als den massgebenden Zeitpunkt der Umrechnung bestimmt⁴¹¹⁾.

b) Der Clearingkurs war in den ersten, von der Schweiz abgeschlossenen Clearingabkommen auf der Basis der gesetzlichen Währungsparität bestimmt worden. Diese Währungsparitäten galten als feste Umrechnungskurse. Allein infolge der absinkenden Devisenkurse erwies sich dieses System als unhaltbar, indem es sich bei entwertender Währung des Vertragsstaates zum Nachteil der schweizerischen Gläubiger auswirkte⁴¹²⁾. Daher wurde dieses System aufgegeben, und die sämtlichen, heute in Kraft befindlichen Abkommen bestimmen, dass entweder der offizielle Tageskurs der Notenbank für die Ein- und Auszahlungen massgebend sein soll⁴¹³⁾, oder aber, dass die

offiziellen Kurs der Bulgarischen Nationalbank vorgenommen, welcher am Tage der Einzahlung, bzw. der Auszahlung gültig ist.“

⁴¹¹⁾ Rosset vertritt a. a. O. S. 241a die Meinung, dass es sich bei der Umrechnung handle „d'une opération monétaire qui n'a pas le caractère d'un acte de droit civil“. Er übersieht dabei, dass das Kursrisiko zu Lasten des Schuldners geht.

⁴¹²⁾ Vgl. im einzelnen Jaccard a. a. O. S. 53 ff., Mettler a. a. O. S. 107 ff.

⁴¹³⁾ Vgl. schweizerisch-türkisches Abkommen Art. VIII, Absatz 3, schweizerisch-rumänisches Abkommen Art. IV 1, Zu-

Wechselkurse im Einverständnis der Verrechnungsstellen der beiden Vertragsstaaten festgesetzt werden⁴¹⁴). Die auf eine dritte Währung lautenden Schuldverpflichtungen werden durchwegs zu dem, am Zahlungsort geltenden Devisenkurs umgerechnet⁴¹⁵). Der durch die Clearingabkommen diktierte Kurs ist damit an den tatsächlichen Devisenkurs angelehnt, wenn auch zwischen diesem und dem offiziellen Kurs stets noch gewisse Abweichungen bestehen können.

Dem Gläubiger wird der Betrag ausbezahlt, der sich auf Grund dieser, durch die Abkommen vorgesehenen, zwangsweisen Umrechnung ergibt. Dieser Betrag ist bei den fortgesetzten Währungsschwankungen selten mit dem Betrag identisch, der sich bei der Einzahlung als Gegenwert des geschuldeten Betrages darstellte. Da die Einzahlung ins Clearing und die Auszahlung an den Gläubiger zeitlich wesentlich auseinanderfallen, kann sich auf Grund der inzwischen eintretenden Währungsschwankungen ein erheblicher Differenzbetrag ergeben, der das Kursrisiko darstellt. Damit wird die Frage aufgeworfen, wer dieses Kursrisiko zu tragen hat, und diese führt zur weiteren Frage nach der Befreiung des Schuldners.

c) Die Befreiung des Schuldners. Die Einzahlung des Schuldners auf Verrechnungskonto seiner Nationalbank stellt die Erfüllung seiner öffentlich-rechtlichen Einzahlungspflicht dar. Mit Ausnahme des Falles, dass die Parteien den Erfüllungsort bei der Clearingstelle

satzvereinbarung I, schweizerisch- ungarisches Abkommen Art. II 2, schweizerisch-griechisches Abkommen Art. III Absatz 1, schweizerisch-jugoslawisches Abkommen, Zusatzvereinbarung Art. IIa; über die Besonderheiten des schweizerisch-chilenischen Abkommens vgl. Rosset a. a. O. S. 239a.

⁴¹⁴) Schweizerisch-italienisches Clearingabkommen Art. VI 1.

⁴¹⁵) Schweizerisch-türkisches Abkommen Art. IX, schweizerisch-rumänisches Abkommen Art. IV 2, schweizerisch-ungarisches Abkommen Art. V, schweizerisch-italienisches Clearingabkommen Art. II 6, schweizerisch-chilenisches Abkommen Art. IV Absatz 3.

des Landes, in dem der Clearingschuldner domiziliert ist, bestimmt haben, hat dieser mit der Einzahlung seine privatrechtliche Schuldpflicht noch nicht erfüllt. Denn diese Einzahlung bewirkt noch keine Befriedigung des Gläubigers, die Leistung ist noch nicht erbracht. Daher steht die schweizerische Doktrin und Rechtsprechung einheitlich auf dem Standpunkt, dass die Einzahlung auf Verrechnungskonto eine befreiende Wirkung nicht auszulösen vermag. „Dass der Zahlung an die Schweiz. Nationalbank befreiende Wirkung zukomme, d. h. dass sie als Tilgung zu gelten habe, kommt gar nicht in Frage, selbst wenn der Verkäufer im andern Vertragslande wohnt; es kann somit auch nicht davon die Rede sein, dass irgendwer gezwungen werden sollte, die Einzahlung an die Clearingstelle bereits als Tilgung anzuerkennen“⁴¹⁶). Erst die Auszahlung der Verrechnungsstelle des Vertragsstaates bewirkt den Übergang des geschuldeten Betrages in das Vermögen des Gläubigers. Sie bewirkt daher gleichzeitig die Befriedigung des öffentlich-rechtlichen und des privaten Forderungsrechtes. Aber während der öffentlich-rechtliche Auszahlungsanspruch vollständig untergeht, wird die private Forderung nur nach Massgabe der erfolgten Zahlung befriedigt und erfüllt. Ergibt die zwangsweise Umrechnung, die die Clearingabkommen vorsehen, eine Differenz zwischen dem geschuldeten und dem zur Auszahlung gelangenden Betrag, so bleibt für diesen der Schuldner haftbar. Ihn trifft daher die Haftung für das Kursrisiko.

Diese Lösung, die sich aus der Struktur der clearingrechtlichen Verhältnisse und ihrem Zusammenhang mit den parallel laufenden Schuldverhältnissen ergibt⁴¹⁷), ist in allen neueren Clearingabkommen durch eine ausdrückliche Bestimmung bestätigt worden. So sieht z. B.

⁴¹⁶) EBG. 60 I 173, vgl. dazu Wegelin a. a. O. S. 374, Vieli a. a. O. S. 27, Jaccard a. a. O. S. 50/51, Mettler a. a. O. S. 96 ff., Rosset a. a. O. S. 241a ff.

⁴¹⁷) Siehe supra S. 491a ff., 505a ff., 510a ff., 519a ff.

das schweizerisch-italienische Clearingabkommen in Art. 5 II vor: „Der Schuldner wird durch die bei der Schweiz. Nationalbank oder dem Istituto Nazionale per i Cambi con l'Estero geleistete Einzahlung von seiner Schuldpflicht erst befreit, wenn der Gläubiger den gesamten Betrag seines Guthabens tatsächlich erhalten hat“⁴¹⁸⁾. Diese ausdrückliche Festsetzung ist offenbar erfolgt im Hinblick darauf, dass im Ausland der Einzahlung des Clearingschuldners auf Verrechnungskonto vielfach befreiende Wirkung beigelegt worden ist⁴¹⁹⁾. Allein diese Regel gilt auch dann, wenn sie im Clearingabkommen keine ausdrückliche Festlegung erfahren hat⁴²⁰⁾. Befreiende Wirkung kommt der Einzahlung auf Verrechnungskonto nur dann zu, wenn die Parteien den Ort des Sitzes der Clearingstelle des Staates, in dem der Schuldner domiziliert ist, als Erfüllungsort bezeichnet haben. In diesem Falle trägt daher der Clearinggläubiger das Kursrisiko. In allen anderen Fällen aber ist das Kursrisiko dem Schuldner überbunden, und er bleibt zur Nachzahlung der Differenz verpflichtet, falls der Betrag der dem Gläubiger zukommenden Auszahlung der Verrechnungsstelle seines Staates sich unter dem Betrag der geschuldeten Leistung hält. Daraus ist ersichtlich, welche entscheidende Bedeutung der Festsetzung des Erfüllungsortes zukommt.

Aus dieser Regelung folgt, dass mittelbar die Bestimmungen der Clearingabkommen auch mit Bezug auf den Zeitpunkt der Umrechnung und den Umrechnungskurs

⁴¹⁸⁾ Übereinstimmend schweizerisch-rumänisches Abkommen Art. V, schweizerisch-jugoslawisches Abkommen, Zusatzvereinbarung Art. IIb, schweizerisch-griechisches Abkommen Art. III Absatz 2, schweizerisch-ungarisches Abkommen Art. IV.

⁴¹⁹⁾ So die französische und österreichische Doktrin, vgl. Niboyet a. a. O. S. 104, Jolly a. a. O. S. 79, Lachaze a. a. O. S. 82, Archambeault a. a. O. S. 66, Kössler a. a. O. S. 312, Klang, Neues Wiener Tabblatt vom 23. März 1932.

⁴²⁰⁾ So enthält z. B. das schweizerisch-türkische Abkommen eine dahingehende Bestimmung nicht.

eine Abweichung von der gemeinrechtlichen Ordnung getroffen haben. Der Schuldner ist der zwingenden Festsetzung des Umrechnungskurses und der zwangsweisen Umrechnung unterworfen. Damit aber ist die Regel von 84 II OR ausser Kraft gesetzt. Für eine anderweitige vertragliche Festsetzung bleibt kein Raum. Eine widersprechende Vertragsklausel wäre nichtig, ohne indessen die Nichtigkeit des ganzen Vertrages nach sich zu ziehen. So bewährt sich auch in dieser Hinsicht die Ordnung des Clearingrechts als ein Instrument zum Schutze der durch die Devisenbewirtschaftung der ausländischen Staaten stark bedrohten Interessen der schweizerischen Gläubiger, der schweizerischen Volkswirtschaft.
