

Sonderdruck aus:
Zivil- und Wirtschaftsrecht im
Europäischen und Globalen Kontext
Private and Commercial Law in a
European and Global Context

Festschrift für
NORBERT HORN
zum 70. Geburtstag

herausgegeben von

Klaus Peter Berger · Georg Borges · Harald Herrmann
Andreas Schlüter · Ulrich Wackerbarth



De Gruyter Recht · Berlin
Im Buchhandel nicht erhältlich

Inhalt

Vorwort

I. Zivilrecht

- KLAUS PETER BERGER Die Einbeziehung von AGB in internationale Kaufverträge
GEORG BORGES Strukturelemente des europäischen Bürgschaftsrechts
HEINRICH HONSELL Zwei Fragen zur Umrechnung von Devisenforderungen
WILLI JOACHIM „Personale“ Unmöglichkeit – Die Zumutbarkeit Pflichtgemäßen Verhaltens –
CHRISTIAN KATZENMEIER Haftung des gerichtlichen Sachverständigen nach neuem Recht – Zweifelsfragen und Streitstände zu § 839a BGB
WALTER F. LINDACHER Revisionsrichterliche Überprüfung der Auslegung Allgemeiner Geschäftsbedingungen
FRANK MÜNZEL Der Entwurf eines Sachenrechtsgesetzes der VR China
GERHARD OTTE Nationalsozialismus und Pflichtteilsrecht
WEIXING SHEN Die sozialistische Marktwirtschaft und das einheitliche chinesische Vertragsrecht
HARM PETER WESTERMANN Schlüssiger Beratungsvertrag und ausdrücklicher Haftungsausschluss
FRIEDRICH GRAF VON WESTPHALEN Einkaufs-AGB – Eine kritische Analyse der BGH-Judikatur
WOLFGANG WIEGAND Zur Reform des Kreditsicherungsrechts – Der UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions und das nationale Recht –
PHILIP R. WOOD Publicity for transfers of property: Is the whole world out of step (except New Zealand)?
LAN XU Die Rezeption deutschen Zivilrechts in China am Beispiel des Deliktsrechts

II. Handels-, Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht

- JÜRGEN BASEDOW Lex Mercatoria und Internationales Schuldvertragsrecht – eine rechtsökonomische Skizze –
THEODOR BAUMS Das Zinsverbot im Aktienrecht
WALTER BAYER Die Bankbestätigung gem. § 37 Abs. 1 S. 3 AktG im Rahmen der präventiven Kapitalaufbringungskontrolle
RICHARD M. BUXBAUM The von Maltzan Case: Property Rights After Three Generations
CARSTEN P. CLAUSSEN Stock Options – Quo Vadis?
BARBARA GRUNEWALD Rechtsdienstleistungen durch Geschäftsführer, ein Fall für das Rechtsberatungsgesetz (RBerG)/ Rechtsdienstleistungsgesetz (RDG)?
MATTHIAS HABERSACK Umwandlung der AG ohne Mitwirkung der Hauptversammlung – Eine Studie zu § 62 UmwG –
HELEN ELIZABETH HARTNELL Living La Vida Lex Mercatoria
HANS-JÜRGEN HELLWIG Zum Einfluss der Globalisierung auf das Recht und auf das Verhalten von Beratern und Organen von Unternehmen
JOACHIM HENNRICHS Bilanz- und steuerrechtliche Aspekte der sog. Scheinauslandsgesellschaften – Am Beispiel der englischen Private Company Limited by Shares –
MARTIN HENSSELER UND HEINZ-PETER MANSEL Internationalrechtliche Haftungsfragen beim Auftreten einer anwaltschaftlich tätigen Limited Liability Partnership (LLP) englischen Rechts in Deutschland
STEPHAN HOBE Zur Öffnung der innerstaatlichen Rechtsordnung für das Völkerrecht und die internationale Zusammenarbeit in der jüngeren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

Zwei Fragen zur Umrechnung von Devisenforderungen

HEINRICH HONSELL

Ich widme diesen Beitrag *Norbert Horn*, dem Freund und Kollegen, dessen Interesse stets der Rechtsgeschichte und dem modernen Wirtschaftsrecht in gleicher Weise gegolten hat.

I. Der maßgebliche Wechselkurs für die Umrechnung von Devisenforderungen

Die Frage der Umrechnung von Devisenforderungen ist seit langem kontrovers. So besteht keine Einigkeit darüber, auf welchen Zeitpunkt für den Wechselkurs abzustellen ist, wenn der Schuldner nach Art. 84 Abs. 2 OR oder § 244 Abs. 2 BGB statt in der Fremdwährung in der eigenen Währung zahlen darf. Im deutschen und schweizerischen Recht wird diese Frage verschieden beantwortet. Art. 84 Abs. 2 OR stellt auf den Zeitpunkt der Fälligkeit ab (Verfallszeit). Hingegen ist nach deutschem Recht der Zeitpunkt der Zahlung maßgeblich. § 244 Abs. 2 BGB lautet: „Die Umrechnung erfolgt nach dem Kurswert, der zur Zeit der Zahlung für den Zahlungsort maßgebend ist.“ Trotz dieses klaren Gesetzeswortlautes hat das Reichsgericht ursprünglich – ebenso wie das schweizerische Recht – auf den Zeitpunkt der Fälligkeit abgestellt.¹ RGZ 101, 312 ff. (vereinigte Zivilsenate) ist wieder zum Zeitpunkt der Zahlung zurückgekehrt. Maßgeblich für die Umrechnung ist nach heute h. M. in Deutschland also der Zeitpunkt der Zahlung, nicht der Fälligkeit.² Für den Zeitpunkt der Fälligkeit spricht, dass die-

¹ RGZ 96, 121, 123; 95, 262, 264; weitere Nachweise bei Staudinger/K. Schmidt Kommentar zum BGB, 1997 § 244 Rn. 85.

² RGZ 101, 312 ff. (vereinigte Zivilsenate); zuvor schon RGZ 98, 160, 161; seither st. Rsp. RGZ 106, 74, 79; 111, 316, 318 f.; 112, 61, 62; 149, 1, 4; 167, 60, 63; RG Recht 1920 Nr. 1152; LZ 1924, 544; JW 1924, 1593; Recht 1924 Nr. 967; BGH NJW 1958, 1390, 1391 weitere Judikatur bei Staudinger/Schmidt (Fn. 1) § 244 Rn. 85; Nussbaum Das Geld 1925, 246; Enneccerus/Lehmann § 11 II 2; Larenz I § 12 IV; Planck/Siber § 244 Anm. 2; MünchKommBGB/v. Maydell 3. Aufl. § 244 Rn. 49; Soergel/Teichmann BGB, 12. Aufl. 1990 § 244 Rn. 32; Brodmann JW 1921, 441; a. M. noch RGZ 96, 121, 123; 96, 262, 264; OLG Hamburg

ser vom Verhalten der Parteien unabhängig ist und ein spekulatives Zuwarten ausschließt. Stellte man auf den Zahlungszeitpunkt ab, hätte der Gläubiger bei steigendem Kurs der Fremdwährung einen Vorteil, bei sinkendem einen Nachteil. Der Gläubiger kann indes nicht spekulieren, weil er den Zeitpunkt der Zahlung nicht in der Hand hat. Der Schuldner kann auf sinkende Kurse spekulieren, indem er bei einem Kursrückgang die Zahlung verzögert. Er muss dann für die Fremdwährung weniger aufwenden. Die Befürworter des Zahlungszeitpunkts lösen diesen Fall, indem sie dem Gläubiger einen Schadensersatzanspruch wegen des Kursverlustes gewähren. Dies ist entbehrlich, wenn man auf die Fälligkeit abstellt, weil dann der höhere Devisenkurs in diesem Zeitpunkt maßgeblich ist.

II. Exkurs: Der maßgebliche Zeitpunkt für die Ermittlung des Markt- oder Börsenpreises beim Verzug

1. Grundsatz

Ein verwandtes Problem stellt sich bei der Frage nach dem Zeitpunkt für die Ermittlung des Markt- oder Börsenpreises bei Verzug und Nichterfüllung. Art. 191 Abs. 3 OR und Art. 215 Abs. 2 OR bestimmen für den Verkäufer- und Käuferverzug, dass der Gläubiger die Differenz verlangen kann zwischen dem vereinbarten Preis und dem Markt- bzw. Börsenpreis im „Erfüllungszeitpunkt“. Die abstrakte Schadensberechnung, die allein auf die Preisdifferenz abstellt, ist gerechtfertigt, weil sich der Gläubiger im Erfüllungszeitpunkt anderweitig eindecken (Art. 191 OR) oder die Sache anderweitig veräußern (Art. 215 OR) kann. Der Markt ermöglicht Ersatzgeschäfte zu jeder Zeit, lediglich die Preise differieren nach Zeit und – was hier nicht interessiert – Ort. Eine konkrete Interessenberechnung durch Nachweis eines Deckungskaufs oder Notverkaufs ist also nicht notwendig. Es genügt, dass man die Sache kaufen oder verkaufen kann und dass es eine Differenz zwischen Vertragspreis und Preis des abstrakten Ersatzgeschäftes gibt. Streitig ist allerdings, was der Begriff „Erfüllungszeitpunkt“ bedeutet. Während einige meinen, dies sei der Preis im Zeitpunkt des Untergangs des Erfüllungsanspruches,³ bzw. im Falle des Art. 107 OR der Preis bei Ablauf der Nachfrist,⁴ stellt die zutreffende Ansicht auf den Zeitpunkt ab, in dem die Erfüllung hätte erfolgen sollen, also auf die Fälligkeit.⁵ Das deutsche

HansGZ 1917 B Nr. 56; Recht 1920 Nr. 1151; OLGE 45, 120, 121; OLG Dresden SächsArch 1918, 113; differenzierend *Nussbaum* JW 1920, 13.

³ BGE 43 II 356; 45 II 290 E. 6.

⁴ BSK-Koller Art. 191 N 21 mNw.; ebenso BK-Giger Art. 191 N 55; *Knoepfel* Die Sonderordnung des kaufmännischen Verkehrs im Kaufrecht (Handelskauf), Diss. 1988, 72.

⁵ BGE 120 II 296, 300 E. 3b a.E.; ZK-Schönle Art. 191 N 27.

Recht kennt die abstrakte Schadensberechnung nach dem Marktpreis nur beim Handelskauf. Nach § 376 Abs. 2 HGB berechnet sich der Schadenersatz nach dem „Unterschied des Kaufpreises und des Markt- oder Börsenpreises zur Zeit und am Orte der geschuldeten Leistung“. Das ist nicht der tatsächliche, sondern der vertraglich vereinbarte Lieferzeitpunkt, also wiederum die Fälligkeit.

2. Variante: Der Gläubiger hat die Wahl

Für Waren mit zeitlich und örtlich variierenden Marktpreisen⁶ kannte schon das römische Recht diese abstrakte Schadensberechnung. Pomponius Dig. 19,1,3,3:

Si per venditorem vini mora fuerit, quo minus traderet, condemnari eum oportet, utro tempore plurus vinum fuit, vel quo venit vel ubi agatur.

In der Romanistik ist streitig, was mit *tempus quo venit vel ubi agatur* gemeint ist. Vermutlich war dies der Zeitpunkt der Lieferung oder der Klageerhebung.⁷ Der Käufer konnte also zwischen dem Kurs bei Fälligkeit und bei Klageerhebung wählen. Er konnte aber nicht den höchsten Zwischenwert verlangen. Ein Schadenersatz kommt in Betracht, wenn diese Preise über dem Vertragspreis liegen. Durch die Wahlmöglichkeit ist der Käufer geschützt, falls der Preis fällt. Er kann die Differenz zwischen dem Vertragspreis und dem Preis im Lieferzeitpunkt verlangen.⁸ Ist der Preis gestiegen, so gebührt der Gewinn bis zur Klageerhebung ebenfalls dem Käufer. Steigt der Preis nach dem Lieferzeitpunkt (weiter) an und fällt er nachher wieder, so entgeht dem Käufer dieser Vorteil zu Recht; denn er hätte in dem Zeitpunkt klagen können, als der Preis seinen höchsten Stand hatte. Spekulatives Zuwarten ging also zu seinen Lasten. Es bestand daher gar kein Bedürfnis, ihm den höchsten Zwischenwert zu ersetzen.

Die Regelung des römischen Rechts war das Vorbild für Art. 41 Abs. 1 S 2 WechselG (Art. 1031 OR) und Art. 36 Abs. 1 S 2 ScheckG (Art. 1122 OR). Diese Vorschriften enthalten für auf fremde Währung lautende Wechsel und Schecks die Sonderregel, dass der Inhaber bei Verzug zwischen der Umrechnung nach dem Kurs des Verfall- bzw. beim Scheck des Vorlegungstages oder nach dem Kurs des Zahlungstages wählen kann. Art. 41 Abs. 1 S 2 WechselG bestimmt für den Wechsel: „Lautet der Wechsel auf eine Wäh-

⁶ Sie gab es schon in der Antike, vgl. etwa *Gaius* Dig. 13,4,3; *Papinian* Dig. 35,2,63,2.

⁷ Näher hierzu *Honsell* *Quod interest im bonae fidei iudicium* – Studien zum römischen Schadensersatzrecht (1969) 2ff.

⁸ Ist er schon gleich nach Vertragsschluss gefallen, also niedriger als der Vertragspreis, so liegt kein Schaden vor. Der Käufer muss froh sein, wenn der Verkäufer nicht liefert, was freilich gerade in dieser Konstellation kaum der Fall sein wird.

rung, die am Zahlungsorte nicht gilt, so kann die Wechselsumme in Landeswährung nach dem Werte gezahlt werden, den sie am Verfalltage besitzt. Wenn der Schuldner die Zahlung verzögert, so kann der Inhaber wählen, ob die Wechselsumme nach dem Kurse des Verfalltages oder nach dem Kurse des Zahlungstages in die Landeswährung umgerechnet werden soll“. Diese Regelung hat auch in den Entwurf der Lando-Kommission⁹ und in die Unidroit-Principles¹⁰ Eingang gefunden.¹¹

Der römischen Wahlmöglichkeit wohnt eine gewisse Weisheit inne¹², weil sie den vertragstreuen Teil begünstigt und Spekulationen zu seinen Lasten verhindert.

III. Der Umrechnungskurs bei der Aufrechnung gegen und mit Devisenforderungen

1. Die Zulässigkeit der Aufrechnung gegen und mit Devisenforderungen

Die Aufrechnung oder – wie man in der Schweiz sagt – Verrechnung von Fremdwährungsschulden ist ein seit langem umstrittenes Thema mit einigen offenen Fragen. Nach der kaum begründeten herrschenden Lehre in Deutschland ist die Aufrechnung mangels Gleichartigkeit ausgeschlossen. Eine Ausnahme wird nur gemacht, wenn dem Schuldner die Ersetzungsbefugnis nach § 244 Abs. 1 BGB¹³ zusteht.¹⁴ Der österreichische OGH¹⁵ bejaht die Gleich-

⁹ S. *Lando/Baele Principles of European Contract Law*, Parts I and II (2000) 343 f. Art. 7: 108 Abs. 3 lautet: „If, in a case falling within the preceding paragraph, the debtor has not paid at the time when payment is due, the creditor may require payment in the currency of the place where payment is due according to the rate of exchange prevailing there either at the time when payment is due or at the time of actual payment.“

¹⁰ *Unidroit Unidroit principles of international commercial contracts* (2004) 163 ff.

¹¹ S. dazu *Grothe Fremdwährungsverbindlichkeiten* (1999) 529 ff.

¹² Gelobt wird sie z. B. von *Mann Das Recht des Geldes* 268 und *Honsell FS Lange* (1992) 509, 517.

¹³ Entspricht Art. 84 Abs. 2 OR.

¹⁴ RGZ 106, 99; KG NJW 1988 2181; RGZ 167, 60, 62; OLG Frankfurt OLGZ 67, 17; BGHZ 8, 339, 343; 22, 395, 400; MünchKomm/*Schlüter* (Fn. 2) § 387 Rn. 16; Staudinger/*K. Schmidt* (Fn. 1) § 244 Rn. 47; *Feldmann* JuS 1983, 357, 359; *Gruber* MDR 1992, 121, 122; *Steenken* Fremdwährungsschulden im deutschen und englischen Recht (1992) 71 ff.; *M. Wolf* Die Aufrechnung im internationalen Privatrecht (1989) 82; schwankend *Vorpeil* AWD 1993, 529, 532; weitergehend *Birk* AWD 1969 12, 15; *ders.* AWD 1973 425 ff.; *Hoffmann* IPrax 1981, 155 f., *Meier-Reimer* und *K. Schmidt* FS *Odersky* (1996) 686, 688 ff., 699 f., welche die Aufrechnung zulassen wollen, wenn die Forderungen frei konvertibel sind. Unter den Anhängern der Gegenmeinung ist streitig, ob eine Effektivklausel die Aufrechnung ausschliesst. Dafür *Palandt/Heinrichs* BGB, 65. Aufl. 2006, § 245 Rn. 15 und § 387 Rn. 9; MünchKomm/*Feldmann* § 387 Rn. 7; *Erman/Westermann* BGB, 11. Aufl. 2004 § 387 Rn. 10; *Henn* MDR 1956, 584 f.; dagegen *Birk* AWD 1969, 16; für die Schweiz *Böckli* Über die Kompensation von Forderungen verschiedener Währungen, SJZ 1927, 225, 229.

¹⁵ IPrax 2002, 412.

artigkeit von Fremdwährungsschulden im Sinne von §§ 1438, 1440 ABGB und lässt folglich die Aufrechnung zu, allerdings mit der Einschränkung, dass die Aufrechnung ausgeschlossen ist, sofern es sich um effektive Fremdwährungsschulden handelt. Im Schrifttum folgt man überwiegend der Meinung des OGH und vertritt die Ansicht, dass es bei Forderungen verschiedener Währungen lediglich um eine unterschiedliche Leistungsmodalität gehe, welche der Aufrechnung grundsätzlich nicht entgegenstehe.¹⁶ Während also der deutsche Bundesgerichtshof die Aufrechnung nur zu Gunsten des Fremdwährungsschuldners zulässt, der nach § 244 Abs. 2 BGB auch in Inlandswährung zahlen darf, lässt der OGH die Verrechnung grundsätzlich zu und schließt sie lediglich bei Vereinbarung von Effektivklauseln aus. Dies entspricht auch der Rechtsprechung und h.L. in der Schweiz. In der sehr sorgfältig und ausführlich begründeten Entscheidung BGE 63 II 383, 391 ff.¹⁷ hat das Bundesgericht die Verrechenbarkeit von Fremdwährungsforderungen bejaht. Die Entscheidung ist ein Musterbeispiel für eine grammatikalische Auslegung unter Heranziehung aller drei Amtssprachen. In Art. 120 Abs. 1 OR heißt es: „Wenn zwei Personen einander Geldsummen oder andere Leistungen, *die ihrem Gegenstande nach gleichartig sind*, schulden, so kann jede ihre Schuld, insofern beide Forderungen fällig sind, mit ihrer Forderung verrechnen.“ Die Unklarheit der deutschen Fassung ergibt sich daraus, dass der Relativsatz „*die ihrem Gegenstande nach gleichartig sind*“ sich bloß auf das vorangehende Subjekt *andere Leistungen* oder auf beide Alternativen *Geldsummen oder andere Leistungen* beziehen kann. Bezieht man ihn auf beide Alternativen, so gilt auch für Geldschulden das Erfordernis der Gleichartigkeit. Bezieht man ihn nur auf die zweite Alternative, so gilt die Gleichartigkeit nur für die sonstigen Schulden und betrifft dann so praktische Fälle wie den, dass sich die Parteien gegenseitig Gold, Eier oder sonst etwas schulden. Die französische und die italienische Fassung vermeiden die Doppeldeutigkeit, indem sie statt eines Relativsatzes ein Attribut verwenden „*sommes d'argent ou d'autres prestations de même espèce*“, „*somme di denaro o di altre prestazioni della stessa specie*.“ Bei Verwendung eines Adjektivattributs ist klar, dass sich dasselbe nur auf das letztgenannte Subjekt „*d'autres prestations*“, bzw. „*altre prestazioni*“ bezieht, denn das Attribut gilt nur für das Nomen bei dem es steht.¹⁸ Das ist ein Musterbeispiel dafür, wie Unklarheiten durch Heranziehung anderer Amtssprachen beseitigt werden können.

Neben dieser grammatikalischen Auslegung prüft das Bundesgericht sehr sorgfältig auch das teleologische Argument und kommt zu dem Schluss, dass Fremdwährungsforderungen gleichartig sind, sofern sich ihr Wert be-

¹⁶ Janert Die Aufrechnung im internationalen Privatrecht (2002) 159 mNw.

¹⁷ S. dazu auch Wild Verrechnung im internationalen Privatrecht (1992) 46.

¹⁸ Vgl. auch Art. 1243 Abs. 1 des italienischen Codice Civile: „... *una somma di danaro o una quantità di cose fungibili dello stesso genere* ...“

stimmen lässt, d. h. wenn ein Wechselkurs besteht. Weitere Voraussetzungen sind: freie Konvertibilität und unbehinderter Devisenverkehr. Aus Art. 84 Abs. 2 OR dürfe nicht e contrario gefolgert werden, dass der Gläubiger einer Fremdwährungsschuld kein Wahlrecht habe. In der Tat wäre es eine nicht begründbare Asymmetrie, nur dem Fremdwährungsschuldner die Aufrechnung zu gestatten. Die Frage, ob eine Effektivklausel die Verrechnung ausschließt, hat das Bundesgericht offen gelassen.¹⁹ Während also nach deutschem Recht nur der Fremdwährungsschuldner verrechnen kann, weil er eine Ersetzungsbefugnis hat, wenn der Zahlungsort im Inland liegt, können dies nach schweizerischem und österreichischem Recht beide Parteien, sofern keine Effektivklausel vereinbart ist. Diese Lösung hat den klaren Vorzug, dass sie beide Parteien gleich behandelt. Es wäre in der Tat nicht einzusehen, weshalb nur der Fremdwährungsschuldner die Aufrechnung sollte erklären können, nicht hingegen der Fremdwährungsgläubiger. Das gilt auch für verschiedene Währungen, sofern für jeden Zeitpunkt ein Wechselkurs ermittelt werden kann. Es macht keinen Sinn, den Vorteil der Aufrechnung dem einen zu gewähren und dem anderen zu versagen. Stets geht es darum, dass derjenige, der eine Aufrechnungsposition innehat, eine gesicherte Position besitzt, da er allein mit Hilfe einer Aufrechnungserklärung Befriedigung für seine Forderung erlangen kann.²⁰ Hingegen wird man eine Effektivklausel als vertragliches Verrechnungsverbot iSv. Art. 126 OR interpretieren müssen.

Auch in Frankreich gehen Rechtsprechung und h.L. von der Gleichartigkeit währungsverschiedener Forderungen aus.²¹ Dabei wird aber die Frage im Schrifttum eher unter dem Aspekt der Liquidität, als der Gleichartigkeit der Forderungen behandelt. Liquidität ist dann gegeben, wenn der Betrag der fremden Forderung unschwer zu bestimmen, wenn also die Währung voll konvertibel ist.²²

Im Gegensatz zum deutschen oder schweizerischen Recht ist die Aufrechnung (set-off) im englischen Recht eine Figur des Prozessrechts.²³ Soweit ersichtlich gibt es keine gefestigte Rechtsprechung zum set-off währungsfremder Forderungen. Allerdings werden Forderungen verschiedener Währungen als gleichartig betrachtet.²⁴ Nach *Derham*²⁵ soll die Währung

¹⁹ BGE 63 II 391, 393; dafür etwa BK-Weber OR Art. 84 N 341 mNw.; BSK OR I-Peter Art. 120 N 10; dagegen Böckli (Fn. 14) 229.

²⁰ Wie hier Meier-Reimer NJW 1985, 2052.

²¹ M. Wolf Die Aufrechnung im internationalen Privatrecht (1989) 43f. mNw.; vgl. auch Art. 1291 Abs. 1 des französischen Code Civile: „... une somme d'argent, ou une certaine quantité de choses fongibles de la même espèce ...“

²² Janert Die Aufrechnung im internationalen Privatrecht (2002) 178f.

²³ Janert Die Aufrechnung im internationalen Privatrecht (2002) 160f.

²⁴ Janert Die Aufrechnung im internationalen Privatrecht (2002) 172.

²⁵ Derham Set-off (1996).

der geringeren Forderung in die Forderung der höheren Währung umgerechnet werden, wenn beide Forderungen auf ausländische Währungen lauten.²⁶ Bei nur einer währungsfremden Forderung soll diese in britische Pfund umgerechnet werden.²⁷

2. Der Umrechnungskurs

Steht fest, dass die Verrechnung zulässig ist, so fragt es sich, nach welchem Kurs sie zu erfolgen hat. Hier spielt die alte Streitfrage eine Rolle, ob die Aufrechnung ipso iure eintritt, sobald sich zwei aufrechenbare Forderungen gegenüberstehen (so die Lehre des Glossators *Martinus* und heute Art. 1290 CC, § 1438 ABGB) oder ob sie ope exceptionis, also durch Aufrechnungserklärung einer der Parteien ausgelöst wird (so der Glossator *Azo* und heute § 388 BGB, Art. 124 OR).²⁸

Es ist eine Folge der alten ipso iure-Kompensation, dass überwiegend angenommen wird, die Aufrechnung wirke ex tunc. Erfolgt die Aufrechnungserklärung, so tritt die Wirkung, was z. B. Zinsen, Verzugsfolgen und Kurse anlangt, danach mit Wirkung ex tunc ein, d. h. in dem Moment, in dem sich die Forderungen erstmals aufrechenbar gegenüber gestanden haben (Art. 124 Abs. 2 OR, § 389 BGB, sog. Aufrechnungslage).²⁹ Hiervon abweichend nehmen einige an, es sei immer der Zeitpunkt der Aufrechnungserklärung maßgeblich.³⁰ Die Frage, welcher Zeitpunkt für den Wechselkurs relevant ist, ist bis heute umstritten. Das Reichsgericht stellte – ausgehend von der irrigen Prämisse, es sei nur der Heimwährungsschuldner nach § 244 Abs. 1 BGB zur Aufrechnung befugt – auf den Zeitpunkt der Erklärung ab, weil erst in diesem Moment Gleichartigkeit der Forderungen gegeben sei. Der Bundesgerichtshof hat die Frage für den Aktienkurs behandelt.³¹ Das Gericht stellte auf die Aufrechnungslage ab und kam so zu einer Rückwirkung. Dagegen haben sich Stimmen in der Literatur für eine ex nunc-Wirkung ausgesprochen.³²

Vor diesem Hintergrund vertritt *Reichel* die Ansicht, für die Umrechnung maßgebend sei der höchste Kurs zwischen Aufrechnungslage und Aufrechnungserklärung.³³ In der schweizerischen Literatur wird im Hinblick auf

²⁶ So auch Richter *Brandon* in *Despina R* (1978) 1 Q.B. 396, 415.

²⁷ *Derham* Set-off (1996) 131.

²⁸ S. *Honsell* Röm. Recht 6. Aufl. 2006 112; zur Dogmengeschichte s. noch *Dernburg*, Geschichte und Theorie der Kompensation (2. Aufl. 1868) 283 ff.; zum Glossatorenstreit auch *Deichmann* Gruchot 42 (1898) 257, 263.

²⁹ Vgl. BGHZ 80, 278; NJW-RR 1991, 569.

³⁰ *Meier-Reimer* NJW 1985, 2052.

³¹ BGHZ 27, 125.

³² Z. B. K. Schmidt FS Odersky (1996) 685.

³³ *Reichel* AcP 126 (1926) 313, 316, 324; ders. SJZ 1920/21, 213; ders. HansRZ 1920, 733.

Art. 124 Abs. 2 OR überwiegend der Zeitpunkt der Verrechnungslage für die Umrechnung als maßgeblich betrachtet. Teilweise wird auch die Ansicht vertreten, für die Umrechnung maßgebend sei der Zeitpunkt der Fälligkeit der Hauptforderung. Dadurch soll dem Fremdschuldner die Möglichkeit genommen werden, durch die Wahl zwischen den Schuldtilgungsarten Zahlung oder Verrechnung, den günstigsten Umrechnungskurs wählen zu können. Eine andere Meinung hält den Zeitpunkt der Verrechnungserklärung für maßgeblich.³⁴ Das ist auch h.L. in Deutschland.³⁵

Dasselbe gilt im österreichischen Recht. Teilweise wird auch die Auffassung vertreten, dem Aufrechnungsgegner soll im Zahlungsverzug die Wahl zwischen dem Umrechnungskurs im Zeitpunkt der Aufrechnungserklärung und dem Zeitpunkt der Fälligkeit gelassen werden, um Manipulationsmöglichkeiten des Aufrechnenden, wie der Erzielung eines Kursgewinns durch Zuwarten, entgegenzuwirken.³⁶

Richtig ist jedoch auf die rückwirkend eintretende Aufrechnungslage nach § 389 BGB abzustellen.³⁷ Soweit die h.M. damit argumentiert, dass die Gleichartigkeit der Forderungen erst mit Ausübung der Ersetzungsbefugnis des § 244 Abs. 1 BGB hergestellt werde, ist dies bereits oben widerlegt worden. Auch wenn man indes die Richtigkeit dieser Prämisse einmal unterstellt, folgt daraus nicht, dass für den Umrechnungskurs nur der Zeitpunkt der Erklärung maßgeblich sei, denn die in § 389 BGB angeordnete Rückwirkung kann als Fiktion auch in Fällen greifen, in denen die Gleichartigkeit erst später eingetreten ist. Eine bloße Behauptung bleibt auch die These, nur die Tilgungswirkung werde zurückbezogen, nicht aber der Aufrechnungstatbestand.³⁸ Verfehlt ist schließlich auch die Ansicht, die auf den Zeitpunkt der Fälligkeit der Hauptforderung abstellt, damit der Fremdwährungsschuldner nicht durch die Wahl der Schuldtilgungsart (Zahlung oder Verrechnung) den günstigeren Kurs bestimmen könne.³⁹ Das Erfordernis der Fälligkeit gilt nicht für beide Forderungen, also nicht für die Fremdwährungsschuld, sondern lediglich für die Gegenforderung, die vom Fremdwährungsschuldner zur Aufrechnung benutzt wird. Der Schuldner darf die

³⁴ Janert Die Aufrechnung im internationalen Privatrecht (2002) 150f. mNw.

³⁵ RGZ 106, 99, 100; 167, 60, 63; Grothe Fremdwährungsverbindlichkeiten (1999) 560ff., 583; BGB-RGRK/Alff § 389 Rn. 15; Erman/Werner (Fn. 14) § 389 Rn. 17; MünchKommBGB/vMaydell (Fn. 2) § 389 Rn. 49; Palandt/Heinrichs (Fn. 14) § 389 Rn. 15; K. Schmidt FS Odersky (1996) 700f.; Henn MDR 1956, 587; ders. RIW 1957, 153; Maier-Reimer NJW 1985, 2051; Vorpeil RIW 1993, 534.

³⁶ Janert Die Aufrechnung im internationalen Privatrecht (2002) 159f.

³⁷ So schon Reichel AcP 126 (1926) 313, 324ff.; Steenken Fremdwährungsschulden im deutschen und englischen Recht (1992) 74f.; dies bestreitet zu Unrecht K. Schmidt FS Odersky (1996) 700f.

³⁸ Gernhuber Die Erfüllung und ihre Surrogate (2. Aufl. 1994) § 12 III 4; K. Schmidt aaO. 699.

³⁹ Wild Verrechnung im internationalen Privatrecht (1992) 56 mNw.

Hauptforderung grundsätzlich vor deren Fälligkeit bezahlen oder durch Verrechnung tilgen.⁴⁰ Außerdem verkennt diese These die Rückwirkung der Aufrechnung. Diese betrifft nicht nur die Verzinsung (usw.), sondern auch die Umrechnung.⁴¹ Wenn es auf die Aufrechnungserklärung nicht ankommt, scheidet ein spekulatives Zuwarten mit derselben aus. Spekulationsversuchen ist so ein Riegel vorgeschoben. Der Verrechnende profitiert nicht von der Wahl eines ihm günstigen Zeitpunktes, weil nur die in der Vergangenheit liegende Verrechnungslage entscheidend ist. Allerdings ist das Spekulationsargument in den Verrechnungsfällen ohnedies nicht von Gewicht, weil ja auch der Gegner, nach der hier vertretenen Auffassung, verrechnen oder jedenfalls zahlen kann.⁴²

IV. Zusammenfassung

Die Frage des richtigen Zeitpunkts für die Umrechnung von Fremdwährungsforderungen ist seit langem umstritten. Art. 84 Abs. 2 OR stellt für den maßgeblichen Wechselkurs richtig auf den Zeitpunkt der Fälligkeit ab, während nach § 244 Abs. 2 BGB im deutschen Recht der Zeitpunkt der Zahlung ausschlaggebend ist. Ein ähnliches Problem findet man bei der Ermittlung des Zeitpunkts von Markt- oder Börsenpreisen bei Verzug und Nichterfüllung. Auch hier stellt die zutreffende Ansicht auf die Fälligkeit ab. Eine Variante ist es, entsprechend der Regelung im römischen Recht, dem Gläubiger die Wahl zwischen dem Marktpreis im Lieferzeitpunkt und demjenigen zur Zeit der Klageerhebung einzuräumen. Umstritten ist schließlich auch die Bestimmung des Umrechnungskurses bei der Aufrechnung gegen und mit Devisenforderungen. Während nach deutschem Recht nur der Fremdwährungsschuldner verrechnen darf, können dies nach schweizerischem und österreichischem Recht beide Parteien. Für den Umrechnungskurs wird nach der h.L. in Deutschland der Zeitpunkt der Verrechnungserklärung herangezogen. In der schweizerischen und österreichischen Literatur wird dagegen überwiegend und zutreffend auf den Zeitpunkt der Verrechnungslage abgestellt. Dies schließt Spekulationen auf einen günstigeren Kurs aus.

⁴⁰ Vgl. § 387 BGB in Verbindung mit § 271 Abs. 2 BGB. Im schweizerischen Recht sagt zwar Art. 120 OR, dass beide Forderungen fällig sein müssen, das wird jedoch zu Recht als Redaktionsversehen betrachtet, weil auch Art. 81 OR die Tilgung vor Fälligkeit grundsätzlich gestattet.

⁴¹ A.M. K. Schmidt FS Odersky (1996) 700f.

⁴² Ebenso K. Schmidt FS Odersky (1996) 699.

- PING JIANG Die Modifikation des Gesellschaftsgesetzes Chinas
- HERBERT KRONKE The Takeover Directive and the „Commercial Approach“ to Harmonisation of Private Law
- GEORG MAIER-REIMER UND HARALD GESELL Schuldübergang und Haftung in der Spaltung
- THOMAS M. J. MÖLLERS Zur „Unverzüglichkeit“ einer Ad-hoc-Mitteilung im Kontext nationaler und europäischer Dogmatik
- PETER-CHRISTIAN MÜLLER-GRAFF Verrechtlichung des Verhältnisses von Staat und Markt im deutschen, europäischen und amerikanischen Recht – Vergleichsskizze für drei WTO-Mitglieder –
- HANNS PRÜTTING Das Kündigungsrecht gemäß § 8 Nr. 2 VOB/B
- ROGER W. ROSENDAHL Yukos and the Rule of Law in Russia: Lessons in Litigation
- ANDREAS SCHLÜTER Das Haftungssystem im Transportrecht – Individualvereinbarungen, AGB und zwingende CMR-Bestimmungen im grenzüberschreitenden Transport
- KARSTEN SCHMIDT Zerfällt das Handelsgesetzbuch? – Eine Gedankenskizze zur Zukunft des Vierten Buchs –
- UWE H. SCHNEIDER UND MICHAEL NIETSCH Satzungsmäßige prozentuale Stimmrechtsbeschränkungen nach schweizer Aktienrecht – Überlegungen zur Sicherung guter Corporate Governance –
- ANJA STEINBECK Konvergenz zwischen Firmen- und Kennzeichenrecht?
- ULRICH WACKERBARTH Niederlassungsfreiheit und nationales Gläubigerschutzsystem
- EDDY WYMEERSCH Corporate Governance Codes and Their Implementation
- YONGLIU ZHENG Pluralistische Ordnungen im chinesischen Wirtschaftswandel – Am Beispiel des Wirtschaftsrechts –

III. Bank- und Kapitalmarktrecht

- PETER BALZER Die Verjährung von Schadensersatzansprüchen nach § 37a WpHG
- HEIKO BECK Clearing und Settlement im Fokus europäischer Rechtspolitik
- UWE BLAUROCK Informations- und Beratungspflichten bei der Kreditvergabe
- MAURICIO HARTWIG-JACOB Neue rechtliche Mechanismen zur Lösung internationaler Schuldenkrisen – Die Vorteile der Anwendung von „Collective Action Clauses“ bei Staatsanleihen –
- FRANZ HÄUSER Überweisungsvertrag, Girovertrag und Kontrahierungszwang
- GERHART KREFT Zur Insolvenzfähigkeit gepoolter Bankensicherheiten
- PETER O. MÜLBERT UND BENEDIKT SCHMITZ Neue Problemfelder des § 489 BGB
- GERD NOBBE Zur Reichweite von Vorauszahlungsbürgschaften nach § 7 Abs. 1 MaBV
- JOSEPH J. NORTON The De Facto and „Soft Law“ Financial Services Integration Processes Within the Western Hemisphere
- GÜNTER H. ROTH Das Risiko im Wertpapiergeschäft
- FRANK A. SCHÄFER Die Auslegung von § 1 Abs. 1, 1a KWG durch die BaFin im Lichte der Rechtsprechung
- HANS-PETER SCHWINTOWSKI Ist der Kapitalmarkt unmoralisch? – Grundstrukturen funktionsfähiger Kapitalmärkte –
- REINHARD WELTER Immobiliendarlehen in bewegten Zeiten

IV. Schiedsgerichtsbarkeit

- KARL-HEINZ BÖCKSTIEGEL Politik gegen Kommerz – Erfahrungen und Reflektionen zur Streiterledigung zwischen Staaten und Privatunternehmen
- BERNARDO M. CREMADES Constitutional Aspects of Arbitration in Spain
- JAN H. DALHUISEN The Case for an International Commercial Court

- HORACIO A. GRIGERA NAÓN The Future of International Commercial Arbitration
 GUANG GUO Enforcement of Foreign Arbitral Awards in China
 PIERRE A. KARRER Parallel Proceedings – A Thing To Be Avoided?
 STEFAN KRÖLL Die Neuregelung des österreichischen Schiedsrechts – Felix Austria!?
 LOUKAS MISTELIS Reality Test: Current State of Affairs in Theory and Practice Relating to „Lex Arbitri“
 PETER SCHLOSSER Schiedsgerichtsbarkeit, Schiedsgutachtenwesen und Höchstpersönlichkeit der Entscheidungsbefugnis

V. Rechtsphilosophie, Methodenlehre, Rechtsgeschichte

- WINFRIED BRUGGER Das anthropologische Kreuz der Entscheidung in Politik und Recht
 OTTO DEPENHEUER Spracherziehung als Staatsaufgabe – Zur Zulässigkeit vorschulischer obligatorischer Sprachförderung –
 WALTHER HADDING Recht und Realität – Franz Sommers unbeachteter rechtsphilosophischer Entwurf
 HANS-PETER HAFERKAMP „Methodenehrlichkeit“? – Die juristische Fiktion im Wandel der Zeiten
 HARALD HERRMANN Risikomanagement als Methode des Wirtschaftsrechts – Theoretische Grundfragen und Fallstudie zum Gesellschaftsrecht –
 ROBERT HEUSER Wu Jinxiong's Exposition thomistischer Rechtsphilosophie
 ERIC HILGENDORF Irrwege des Biologismus – Ein Kapitel aus der Geschichte des Verhältnisses von Biologie und Recht –
 STEFAN HUSTER Das Gleichheitsrecht zwischen Verfassungsdogmatik und Rechtsphilosophie
 WERNER KRAWIETZ Interessen- und Wertungsjurisprudenz als Methode und Theorie des Rechts für das 21. Jahrhundert?
 KATJA LANGENBUCHER Vertrauensenttäuschung durch Rechtsprechungsänderungen im deutschen und englischen Zivilrecht
 KLAUS LUIG Die Verbreitung des Naturrechts in Italien – ein Forschungsplan
 JIAN MI From Comparative Law to Ius Commune
 HANS-MARTIN PAWLOWSKI Zur Willkürlichkeit von Richtersprüchen – Anmerkungen zur Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts wegen „willkürlicher Begründungen“ und wegen Verletzung von „Treu und Glauben“ –
 JAN SCHAPP Praxis der Vertragsgestaltung und juristische Methodenlehre
 JAN SCHRÖDER „Richterrecht“ und Rechtsbegriff im frühen 20. Jahrhundert
 DON WALLACE, JR. International Harmonization of Private Law: The Virtue of Law
 DIETER WYDUCKEL Der sächsische Kanzler Dr. Nikolaus Krell (ca. 1550–1601) – Ein Jurist als Justizopfer? – Zugleich ein Beitrag zum Verhältnis von Recht, Politik und Religion

© Copyright 2006 by De Gruyter Rechtswissenschaften Verlags-GmbH, D-10785 Berlin

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

Printed in Germany