

Wechselkurs und Verzugsschaden bei Verbindlichkeiten in Fremdwährung

7. – In Art. 1278 ZGB ist für den Fall, dass keine tatsächliche Zahlung in fremder Währung vereinbart ist, folgendes festgelegt: "Ist der geschuldete Betrag in einer Währung vereinbart, die im Staat kein gesetzliches Zahlungsmittel darstellt, hat der Schuldner die Möglichkeit, die Zahlung zum Wechselkurs am Fälligkeitstermin und am vereinbarten Zahlungsort in einer Währung zu bezahlen, die ein gesetzliches Zahlungsmittel darstellt."

Sofern der Schuldner die Zahlung mit Verspätung leistet und das gesetzliche Zahlungsmittel in der Zwischenzeit an Wert verloren hat, stellt sich die Frage, ob die Höhe des zu zahlenden Betrags auf Grundlage des Wechselkurses zur Fälligkeit zu berechnen ist oder aber auf Grundlage des Wechselkurses am Tag der verspäteten Zahlung.

Außerdem kann auch die verspätet gezahlte Fremdwährung in der Zwischenzeit auf den Devisenmärkten an Wert verloren haben, und wenn man genau hinsieht, stellt sich dann ein ähnliches Problem.

Die Diskussion betrifft in ihrer allgemeinen Form also die Regel vom Umtausch unter dem Gesichtspunkt des Risikos von Wechselkursschwankungen für denjenigen, der bezahlt bzw. eine verspätete Zahlung erhält.

Dieses Thema wird im Allgemeinen nur im Hinblick auf die Möglichkeit behandelt, dass die Zahlung des Geldes *in facultate* verspätet erfolgt und dieses gegenüber der ausländischen Währung an Wert verloren hat, nicht dagegen im Hinblick auf die Möglichkeit, dass die Fremdwährung bis zur verspäteten Zahlung an Wert verloren haben könnte. Man tut so, als ob die Zahlung in ausländischer Währung nach dem Fälligkeitstermin immer genau dieselbe wäre, während dies genauso wenig der Fall ist wie bei der Zahlung in einer Währung, die gesetzliches Zahlungsmittel ist, weil bei beiden der Verzugsschaden nicht gedeckt ist.

Aus "Rivista di Diritto Civile", 1985, II, S. 251ff. und aus "L'Espressione monetaria nella responsabilità civile", Cedam 1994.

Diese wenig differenzierte Art der Fragestellung, der zufolge die Leistung der Zahlung durch die Währung *in obligatione* im Gegensatz zu der *in facultate* einer genauen Leistungserfüllung entspräche, führt dann zu einer inakzeptablen Lösung, weil sie den ausländischen Gläubiger vor dem Wertverlust der inländischen Währung schützt, nicht aber den inländischen Gläubiger vor dem Wertverlust der Fremdwährung. Das Problem ist aber ein und dasselbe und muss daher konsequent und einheitlich gelöst werden, unabhängig davon, ob es sich um Verbindlichkeiten in ausländischer Währung zum "tatsächlichen Kurs" oder "nicht zum tatsächlichen Kurs" handelt, und unabhängig davon, ob in inländischer oder in ausländischer Währung gezahlt wird.

Der Grund für die derzeitigen Schwierigkeiten liegt darin, dass man als Regelfall den Wechselkurs zum Zeitpunkt der verspäteten Zahlung der ausländischen Währung annimmt und nicht den der rechtzeitigen, was dazu führt, dass gegen jede Logik ein Verlust oder Gewinn zu Gunsten bzw. zu Lasten des Gläubigers gegenüber dem angenommen wird, was hätte sein müssen.

Die Regel vom Wechselkurs zum Fälligkeitstermin kann außerdem für den Schuldner sehr viel günstiger gegenüber der späteren Zahlung sein, aber das hat keine Bedeutung, sondern vielmehr, ob die verspätete Zahlung zu einem Schaden auf Seiten des Gläubigers führt, der ersetzt werden muss.

Dies ist der Fall, wenn die Zahlung in der Währung des Gläubigers erfolgt, sei es, dass diese inländisch oder ausländisch ist, und sie dann gegenüber der des Schuldners an Wert gewonnen hat.

Dieses Thema gibt die Möglichkeit zu einer erneuten Untersuchung gegenüber der juristischen Literatur und der derzeitigen Rechtsprechung.

2. – Beginnen wir mit dem Fall, auf den sich Rechtslehre und Rechtsprechung beschränken, d.h. der Wertverlust der inländischen Währung *in facultate* gegenüber der ausländischen *in obligatione*, um dann auf letztere zu sprechen zu kommen.

Dabei gelten die Bemerkungen zur einen auch für die andere Währung. Beginnen wir mit einer Betrachtung der Auffassungen, die zum früheren Art. 39 HGB geäußert wurden und die von großer Bedeutung auch für den derzeitigen Art. 1278 ZGB sind.

Der Gesichtspunkt, der Autoren und Richtern damals ins Auge sprang und auch heute noch ins Auge springt, betraf den Umstand, dass der Schuldner aus seiner verspäteten Leistungserfüllung mit inländischem gesetzlichem Zahlungsmittel einen Vorteil ziehen kann, wenn dieses während des Verzugs gegenüber dem ausländischen an Wert verloren hat.

Es gilt als nicht mit dem Rechtssystem zu vereinbaren, dass

jemand aus einer Nichterfüllung einen Vorteil ziehen kann, weshalb man dazu neigt, die gegenteilige Regel vom Wechselkurs zum Zahlungszeitpunkt festzulegen.

In diesem Zusammenhang hat man unterstrichen, dass die Währung *in facultate solutionis* zu der *in obligatione*⁽¹⁾ auch zum Zeitpunkt der tatsächlichen Zahlung äquivalent sein muss, worin sich der Einfluss der Vorstellung vom Geldwert äußert.⁽²⁾

Dabei hat man versucht, das nicht wegzudiskutierende Argument des Wortlauts der Vereinbarung dadurch zu umgehen, dass man darauf hingewiesen hat, der Bezug auf den Wechselkurs zum Fälligkeitstermin sei in der Voraussetzung der pünktlichen und nicht verspäteten Zahlung festgelegt worden.⁽³⁾ Der Wechselkurs zum Fälligkeitstermin wäre dann also ein Synonym für pünktliches Zahlen, aus dem man die allgemeine Regel vom Wechselkurs zum Zahlungszeitpunkt ableiten kann.

Diese Sichtweise stimmt mit der allgemein für die Schadensberechnung angenommenen Lösung überein, bei der eine Anpassung an die neuen, zum Urteilszeitpunkt gültigen Preise vorgenommen wird und nicht an die zum Zeitpunkt des Schadenseintritts.⁽⁴⁾

Die Anwendung des Wechselkurses zum Zahlungszeitpunkt ist, da die ausländische Währung wahrscheinlich an Wert gewinnt, theoretisch auch als ein Pauschalersatz für den Verzugsschaden interpretiert worden.⁽⁵⁾ Einen Einfluss auf die ältere Rechtslehre und Rechtsprechung hat dabei die Festlegung auf den Wechselkurs zum Zahlungszeitpunkt in § 244 BGB ausgeübt, und dies trotz der kontroversen Diskussionen, die sich daraus ergeben hatten.⁽⁶⁾ Gegen diese Auffassungen haben sich in der Vergangenheit

(1) Für eine kritische Diskussion der Äquivalenzvoraussetzung MAZZONE, in *Riv. dir. comm.*, 1922, I, S. 177. Auf dieser Äquivalenz basiert die Theorie der Geldwertforderungen.

(2) Das Nominalprinzip gilt auch für ausländische Währungen, vgl. VASSALLI, in *Riv. dir. comm.*, 1922, II, S. 260.

(3) ASCOLI, in *Riv. dir. civ.*, 1920, S. 404; ders., in *Riv. dir. civ.*, 1921, S. 383; ders., in *Riv. dir. civ.*, 1922, S. 296.

(4) MOMMSEN, *Die Lehre von dem Interesse*, Braunschweig, 1855, S. 218 ff.; DERNBURG, *Pandette*, II, it. Übers. 1903, Berlin, S. 183; M. u. L. MAZEAOU, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*, III, Paris, 1939, S. 586; TEDESCHI, *Il danno e il momento della sua determinazione*, in *Riv. dir. priv.*, 1933, I, S. 263 ff.; ders., in *Riv. dir. comm.*, 1934, I, S. 234-244; PACCHIONI, *Dei delitti e quasi delitti*, Milano, 1940, S. 118; DE CUPIS, *Il danno*, Milano, 1979, I, S. 269 ff.

(5) ASCOLI, in *Riv. dir. civ.*, 1920, S. 404; ders., in *Riv. dir. civ.*, 1921, S. 383; ders. in *Riv. dir. civ.*, 1922, S. 296; COBIANCHI, in *Riv. dir. comm.*, 1922, II, S. 67; GUIDI, in *Dir. eprat. comm.*, 1922, I, S. 22; COGLIOLO, in *Riv. dir. comm.*, 1922, II, S. 303. In der Rechtsprechung Berufungsgger. Genua, 5. Juli 1919, in *Mon. trib.*, 1920, S. 597; Berufungsgger. Genua, 19. Mai 1922, in *Foro it.*, 1922, II, Sp. 757.

(6) Für einen Überblick s. VASSALLI, *a.O.*, S. 254, Anm. b). Für den Tag der Fälligkeit:

diejenigen Autoren⁽⁷⁾ geäußert, die dem Wortlaut der Vorschrift und damit dem Bezug auf den Fälligkeitstermin den Vorrang gegeben haben. Es ist bemerkt worden, dass die Regel vom Wechselkurs zum Zahlungszeitpunkt im Fall eines Wertverlustes der ausländischen Währung gegenüber der inländischen es dem Schuldner gestattet, einen geringeren Lirabetrag zu zahlen als bei Fälligkeit, so dass dadurch festgelegt würde, dass der Verzug ohne Schadenersatz verbleibt.⁽⁸⁾ Ein Gewinn des Gläubigers bei Kurswertsteigerungen der ausländischen Währung ist durch die allgemeinen Regeln zum Schadenersatz nicht gerechtfertigt, während nicht einzusehen ist, wie eine Wechselkursschwankung zu einem pauschalen Schadenersatz führen soll.⁽⁹⁾

Einige Autoren haben sich daher entsprechend allgemeinen Prinzipien für einen Bezug auf den Wechselkurs zum Fälligkeitstermin und eine Entschädigung für die eventuelle spätere Entwertung des gesetzlichen Zahlungsmittels entschieden, weil sie den gesetzlichen Zinssatz für den Verzug nach Art. 1231 ZGB von 1865 bei Geldverbindlichkeiten in ausländischer Währung nicht für maßgeblich erachteten.⁽¹⁰⁾

Diese Auffassungen wurden in der Rechtsprechung zu Art. 39 HGB nicht aufgenommen.

Im vorläufigen Entwurf für das Obligationenrecht war in Art. 11 die Regel vom Wechselkurs zum Zahlungszeitpunkt vorgesehen,⁽¹¹⁾ wobei die Auffassung vertreten wurde,

SCHOLLMAYER-OERTMANN-KUHLENBECK-KOBEN, *Kommentar zum BGB*, § 244, Berlin, 1914. Für den Tag der Zahlung: NUSSBAUM, *Valutafragen*, in *Juristische Wochenschrift*, 1920, S. 14; COSAK, *Lehrb. d. Handelsrechts*⁵, 1900, Nr. 2, S. 136.

(7) Für den Tag der Fälligkeit, im Zusammenhang mit Art. 39 HGB vgl. VIVANTE, *Tratt. di dir. comm.*, IV, Milano, 1926, Nr. 1568, S. 63; VASSALLI, *a. O.*; ASCARELLI, *Studi giuridici sulla moneta*, Milano, 1928, S. 173, 190, 191; MAZZONE, in *Riv. dir. comm.*, 1922, I, S. 170 ff.; RAMELLA, in *Riv. dir. comm.*, 1922, II, S. 60; BOTTURI, in *Mon. trib.*, 1921, S. 193. In der Rechtsprechung Landger. Triest, 25. Oktober 1921, in *Riv. dir. comm.*, 1922, II, S. 252. Der Wechselkurs zum Zeitpunkt des Umtauschs wird allgemein in den verschiedenen Gesetzgebungen akzeptiert. So Art. 37 des deutschen Handelsgesetzes von 1848, Art. 336 dt. HGB von 1861, Art. 336 II allg. österr. HGB, Art. 338 frz. HGB, Art. 296 Vertrag von Versaille, §§ d), s), Vertrag von Sain Germain. In Italien in diesem Sinn Art. 228 HGB 1865, Art. 39 HGB 1882.

(8) VASSALLI, *a. a. O.*; MAZZONE, *a. a. O.*; BOTTURI, *a. a. O.*

(9) Dieser Gesichtspunkt wird kritisiert von VASSALLI, *a. O.*, S. 255; MAZZONE, *a. O.*, S. 175.

(10) TALLACHINI-MAZZONE, *a. a. O.*, dagegen ASCOLI, *a. a. O.*; VASSALLI, *a. a. O.*

(11) Art. 11 des vorläufigen Entwurfs sah den Wechselkurs zum Zeitpunkt der Zahlung vor und folgte damit derselben Lösung wie Art. 24 des italienisch-französischen Entwurfs *Delle obbligazioni e contratti* sowie Art. 303 des D'Amelio-Entwurfs. Im Bericht der königl. Kommission wurde diese Regel damit begründet, dass sie "dem geschuldeten Gegenstand entspricht."

dass der Gewinn aufgrund eines eventuellen höheren Wechselkurses für den Verzugschaden entschädigen sollte,⁽¹²⁾ denn als anderen Weg schlug man die Abschaffung von Art. 122 vor, in dem eine Entschädigung für den höheren Schaden bei Geldverbindlichkeiten vorgesehen war.⁽¹³⁾

Im endgültigen Text des ZGB kam man mit Art. 1278 wieder auf den Wechselkurs zur Fälligkeit zurück, und in Art. 1224 II wurde die Entschädigung für den höheren Schaden durch Verzug festgelegt. Der Justizminister fasste den Wechselkursverlust in seinem Bericht⁽¹⁴⁾ als höheren Schaden auf.

3. – Die vorherrschende Meinung zum derzeit gültigen ZGB ist die von Ascarelli,⁽¹⁵⁾ bei der im Falle einer späteren Geldentwertung der inländischen Währung ein Bezug auf den Wechselkurs zum Zahlungszeitpunkt vorgesehen ist und nicht zum Fälligkeitstermin. Es wurde die Auffassung vertreten, eine Verspätung des Schuldners könne nicht dazu führen, dass der Gläubiger sich in der Zeit bis zur Fälligkeit den Wertschwankungen eines Wertmaßes zu unterwerfen hat, das nicht das der Schuld selbst ist. Daraus wurde folgende Schlussfolgerung gezogen: "Der Schuldner kann die der fremden Währung zum Wechselkurs am Tag der Zahlung entsprechende Geldsumme in inländischer Währung bezahlen und geht dabei auch nach dem Fälligkeitstermin dasselbe Wechselkursrisiko ein wie vorher. Ist er dagegen in Verzug, so hat er den Schaden zu ersetzen, der durch die Unmöglichkeit entsteht, sich durch entsprechende Investitionen vor dem Kaufkraftverlust der verwendeten Währungseinheit zu schützen."

Der Ersatz für den "höheren Schaden" wäre damit der Inflationsschaden der ausländischen Währung, wobei die falsche Schlussfolgerung gezogen wird, dass in Italien neben dem Gewinn aus einem günstigeren Wechselkurs auch

(12) In diesem Sinne Asquini u.a. in der Sitzung der Kommission der Gesetzgebenden Versammlungen vom 30. Mai 1940 zum Vorentwurf.

(13) Vorher wurden auch in Art. 343 des Vivante-Entwurfs zum HGB die Annahme eines Umtauschs zum Zeitpunkt der Fälligkeit und die Zahlung der Wechselkursdifferenz lediglich als höherer Schaden aufgrund des Verzugs vorgeschlagen. L'ASCARELLI, in *Studi giuridici sulla moneta, a. O.*, S. 201 schrieb Folgendes: "Auf diese Weise ist jegliche Diskussion über den Wechselkurs beendet. Festgelegt wird der Wechselkurs zur Fälligkeit, wie dies auch Billigkeit und juristische Logik nahe legen". Der Schadenersatz für den höheren Schaden im Allgemeinen wurde bereits in § 288 II BGB, in Art. 106 Schweizer Obligationenrecht und in der Rechtsprechung auf Grundlage von §§ 283 und 284 des abgeschafften deutschen HGB festgelegt. Für historische Hinweise s. VASSALLI, *a. O.*, S. 265, 266.

(14) Bericht des Justizministers zum Zivilgesetzbuch, Nr. 36, S. 26.

(15) ASCARELLI, *a. O.*, Nr. 134, 137, S. 388 Nr. 3, 390 Nr. 1, 395, 396, 397 Nr. 3.

noch

ein

Schutz vor Wertverlusten aufgrund der internen Inflation bestünde.

Diese Auffassung hat bis vor kurzem in der Rechtslehre noch Schule gemacht
(16)

Die Auffassung vom Bezug auf den Wechselkurs zur Fälligkeit und dem Schadenersatz für eventuelle spätere Wertverluste gegenüber der Fremdwährung als nachzuweisender höherer Schaden ist von angesehenen Juristen für den anders gelagerten Fall von Verbindlichkeiten in ausländischer Währung mit Wertsicherung vertreten worden, d.h. Verbindlichkeiten in italienischer Währung mit einer Währungsgleitklausel.⁽¹⁷⁾

Auch in diesem Fall wurde von anderen jedoch der Bezug auf den Wechselkurs zum Zahlungszeitpunkt vertreten, denn es sei unbillig, vom Gläubiger einen genauen Beweis für den Schaden zu verlangen.⁽¹⁸⁾ Dies erinnert jedoch an eine irrationale Vorstellung, die sich am *favor creditoris* orientiert und die Basis der Geldwerttheorie darstellt.

In der vorherrschenden Rechtsprechung⁽¹⁹⁾ wird die Auffassung vertreten, der säumige Schuldner, der nach Art. 1278 ZGB in einer Währung zahlt, die gesetzliches Zahlungsmittel ist und während der Verspätung an Wert verloren hat, müsse für den Wechselkursverlust auch für den Fall aufkommen, dass der Gläubiger einen Schaden nicht nachweisen kann. Dabei ist der Bezug auf den Wechselkurs zum Zahlungszeitpunkt offensichtlich.

Gleichzeitig wird aber die Bedeutung eines Wertverlustes der ausländischen Währung

(16) BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1948, III, Nr. 246, S. 81 ff.; DI STASO, Stichw. *Somma di danaro*, (debito di), nel *Noviss. Digesto it.*, XVII, o.J., aber Torino, 1980, S. 879; DI MAJO, *Obbligazioni pecuniarie*, in *Enc. del dir.*, XXIX, s.d., ma Milano, 1978, S. 281; PERLINGIERI, *Codice civile commentato*, Torino, 1980, unter Art. 1278 ZGB S. 173.

(17) ANDRIOLI, in *Foro it.*, 1955, I, Sp. 320; ASQUINI, in *Riv. dir. Comm.*, 1955, II, S. 257 ff.; CARBONETTI, Stichw. *Clausole di indicizzazione*, in *Diz. del dir. priv.*, hrsg. v. Irti, Milano, 1980, S. 145.

(18) So QUADRI, *Le clause monetaire*, Milano, 1981, S. 141, 146, 150 ff. In diesem Sinne Kassationsg. Zivilsen., 24. Juni 1980, Nr. 3971, in *Giust. civ.*, 1980, I, S. 2469.

(19) Kassationsg. 21. Juni 1955, Nr. 1912 in *Giust. civ.* 1955, I, S. 1823; Kassationsg. Zivilsen. 24. Januar 1958, Nr. 178, in *Rep. giur. it.*, 1958, Stichw. *Moneta*, Nr. 7; Kassationsg. 16. Juni 1958, Nr. 178, *ebenda* Nr. 4; Kassationsg. 17. Juni 1959, Nr. 1888; Kassationsg. 17. April 1964, Nr. 929, in *Giust. civ.*, 1964, I, S. 1361. Diese Richtung wird im Wesentlichen bestätigt und auf die Verbindlichkeiten mit Klauseln ausgedehnt, die eine Anpassung an die ausländische Währung vorsehen von Kassationsg. 24. Juni 1980, Nr. 3971. Zit. im Gegensatz zu dem, was für Goldklauseln gelten soll, von Kassationsg. 27. April 1954, Nr. 1296, in *Rep. Foro it.*, 1954, Sp. 1731, Nr. 10, kritisiert von ASCARELLI, *a. O.*, Nr. 135, S. 393. Diese Ausrichtung wird indirekt als eine der Möglichkeiten bestätigt, die der Arbeitnehmer wählen kann, vgl. Kassationsg., Senat für Arbeitsrecht, 16. Mai 1981, Nr. 3239, in *Foro it.* 1982, I, S. 779.

gegenüber der inländischen ebenso gelehrt wie die der Zinsen.⁽²⁰⁾ Diese Auffassung wurde daher kritisiert, weil es sich um ein und dasselbe Problem handelt, unabhängig davon, ob ein Wertverlust in inländischer oder ausländischer Währung auftritt.⁽²¹⁾ In der Rechtsprechung wurde eine Ausnahme für von Personen mit Wohnsitz im Ausland geschuldete Arbeitsleistungen gemacht, wo dem Gläubiger die Möglichkeit gegeben wird, zwischen dem Wechselkurs zum Zahlungszeitpunkt oder dem Umtausch in inländische Währung zur Fälligkeit zu wählen, wobei anschließend eine Wertberichtigung nach Art. 429 XXX ZPO vorgenommen wird.⁽²²⁾

4. – Die vorherrschende Meinung ist meines Erachtens unbegründet und steht im Widerspruch zur geltenden Rechtsordnung. Die Entscheidungen des Gesetzgebers von 1942 kommen dagegen in der Verbindung von Art. 1278 ZGB und Art. 1224 II ZGB zum Ausdruck. Das bedeutet, dass man sich auf den Wechselkurs zum Fälligkeitstermin zu beziehen hat und nicht auf den Zahlungszeitpunkt, während die spätere Entwertung der inländischen Währung *in facultate* lediglich als eventueller höherer Schaden durch Verzug in den Grenzen von Art. 1223, 1225, 1227 ZGB ersetzt wird.

Die verschiedenen Äußerungen in der vorherrschenden Rechtslehre und Rechtsprechung halten einer tiefer gehenden kritischen Überprüfung nicht stand. Vor allem springt der deutliche Widerspruch innerhalb des Systems ins Auge, da der Wertverlust der Fremdwährung während der Verspätung vom säumigen Schuldner im Gegensatz zu dem in inländischer Währung nicht ersetzt wird, sofern von der Möglichkeit nach Art. 1278 ZGB Gebrauch gemacht worden ist. Es ist der Grund dafür nicht einzusehen, dass das Gesetz einen ausländischen Gläubiger vor der Entwertung unserer Währung schützen sollte, den italienischen Gläubiger dagegen nicht vor einer Entwertung der ausländischen Währung.

Der Bezug auf den Wechselkurs zum Zahlungszeitpunkt gibt offensichtlich keine systematische und damit umfassende Antwort auf das Problem des Wechselkursschadens während des Verzugs und ist daher inakzeptabel. Die in der Rechtsprechung vorherrschende Meinung misst letztlich mit zweierlei Maß, je nachdem, ob es sich um eine inländische oder ausländische Währung handelt und kann daher nicht von uns geteilt werden.

Ebenso unbegründet erscheint die seinerzeit von Ascoli vertretene Argumentation, die bis in unsere Zeit zahlreiche Anhänger gefunden hat und der zufolge

(20) Kassationsg. 30. März 1966, Nr. 842, in *Giust. civ.*, 1966, I, S. 983.

(21) ASCARELLI, *a.a.O.*, Nr. 136, S. 393 ff.

(22) Kassationsg. (Senat f. Arbeitsrecht) 16. Mai 1981, Nr. 3239, zit.

der wörtliche Bezug der Rechtsvorschrift auf den Wechselkurs zur Fälligkeit als ein Synonym für pünktliche Zahlung und damit allgemein für einen Umtausch bei Zahlung interpretiert werden sollte, auch wenn diese später erfolgt. Das ist gezwungen und widersprüchlich.⁽²³⁾

Es kann kein Zweifel daran bestehen, dass die Zahlung bei Fälligkeit eine pünktliche Zahlung bedeutet, aber es ist nicht einzusehen, wie dies dahingehend ausgeweitet werden kann, dass eine Zahlung im Allgemeinen gemeint ist, also auch die verspätete Zahlung, und wie die Regel vom Wechselkurs zum Fälligkeitstermin durch ihr diametrales Gegenteil ersetzt werden kann.

In der deutschen Rechtslehre ist der Bezug auf den Wechselkurs zum Zahlungszeitpunkt in § 244 BGB mit größerer Logik als Synonym für eine pünktliche Zahlung, d.h. zum Fälligkeitstermin interpretiert worden, also genau umgekehrt wie bei uns.⁽²⁴⁾

Andererseits könnte es theoretisch sinnvoll sein, aus der nicht erfolgten pünktlichen Zahlung auf den Verlust der *facultas solutionis* zu schließen. Es hat dagegen keinen Sinn, die Auffassung zu vertreten, der Schuldner habe weiterhin diese *facultas*, dies aber zu einem anderen Wechselkurs, d.h. zu dem späteren, der bei einem Wertverlust der ausländischen Währung für ihn günstiger und für den Gläubiger ungünstiger wäre.

Der Verlust der *facultas* lässt sich aber aus keiner Rechtsvorschrift ableiten, und Art. 1278 ZGB ist daher auch bei verspäteter Zahlung anzuwenden.

Die Rechtsordnung benutzt dagegen mit Art. 1278 ZGB den Vorteil des Schuldners und damit dessen Wahlfreiheit für öffentliche Interessen, die über die Fälligkeit der Verbindlichkeit hinausgehen, so dass diese Wahlfreiheit auch nicht mit der Verbindlichkeit erlischt. Das öffentliche Interesse besteht darin, das Staatsvermögen nicht durch ausländische Währung verarmen zu lassen, sondern dieses zu erhöhen.⁽²⁵⁾

Einen anderen, flexibleren Weg, der aber dasselbe Ziel verfolgt, gehen andere Rechtsordnungen,

(23) VASSALLI, *a. O.*, S. 255, schrieb zu diesem Argument von Ascoli, es "erscheint als Umkehrung jeglichen guten Interpretationskriteriums".

(24) SCHOLLMAYER-OERTMANN-KUHLENBECK-KOBER, zit. *oben* Anm. 6.

(25) Die Basis des stark einschränkenden und mit strafrechtlichen Sanktionen ausgestatteten italienischen Währungsrechts bildet das öffentliche Interesse: Gesetzesverordnung v. 8. Dezember 1934 Nr. 1942, Gesetzesverordnung v. 6. Juni 1956 Nr. 476, Gesetz v. 30. April 1976, Nr. 159, Gesetz v. 8. Oktober 1976, Nr. 689; vgl. FAZIO, *Fondamenti economici della normativa valutaria*, in *Giust. Valut. Italiana*, Milano, 1981, S. 20 ff.; vgl. MERUSI, *Il regime delle valute e l'offerta in cessione*, *ibidem*, S. 415 ff.; OPPO, *Ordinamento valutario ed autonomia privata*, ebenda S. 346 ff.

in denen ein Umtausch der ausländischen Währung in inländische obligatorisch vorgesehen ist.⁽²⁶⁾ Es gibt keinen Grund dafür, dass die *facultas solutionis* beschleunigt ausgeübt werden muss, wo sie doch öffentlichem Interesse dient, das nicht kurzzeitig besteht, sondern immer, wie eben das inländische Währungsvermögen, dem gegenüber der Privatmann nur ein Mittel darstellt.

Kehren wir aber zur vorherrschenden Meinung zurück: Diese kann in ihrem Hauptpunkt nicht akzeptiert werden, wo die Auffassung vertreten wird, "der Gläubiger trägt während des Verzugs weiter das Risiko für die Wertschwankungen der gewählten Wertainheit", d.h. das Wechselkursrisiko der ausländischen Währung. Meiner bescheidenen Meinung nach wird an dieser Stelle das Prinzip des aus dem Verzug folgenden Übergangs des Wechselkursrisikos vom Gläubiger auf den Schuldner nicht angewandt, was zu einer Umkehrung der Vorstellung von der *perpetuatio obligationis* bei den Geldverbindlichkeiten in Fremdwährung führt.⁽²⁷⁾

Bei der *perpetuatio obligationis* wurde das vertragliche Risiko des nicht fahrlässig handelnden Gläubigers zum Zeitpunkt des Verzugs festgeschrieben, weshalb das Risiko vom Eintritt des Verzugs an auf den Schuldner übergeht, dies mit der Folge, dass der Wertverlust zu dessen Lasten geht und er aus einem eventuell höheren Wert Gewinn zieht.⁽²⁸⁾ Der üblichen Auffassung zufolge wird dagegen angenommen,

(26) So USA und Schweiz. In der Schweiz sehen Art. 67 des Bundesvollstreckungsgesetzes und die Rechtslehre zu Art. 232 des Insolvenzgesetzes vor, dass die Forderung in gültiger Schweizer Währung ausgedrückt werden muss. Vgl. etwa die kürzlich erfolgte Entscheidung des Gerichts v. Lugano im *Interchange*-Prozess. Für kurze Hinweise zum Rechtsvergleich s. ASCARELLI, *a. O.*, Nr. 96, S. 308.

(27) Zur *perpetuatio obligationis* als Kristallisierung des Risikos s. M. BIANCHI FOSSATI VANZETTI, *Perpetuatio obligationis*, Padova, 1979, S. 4 f. Diese wird oft als Fortdauern der Leistung in ihrer Identität missverstanden, ohne dass man berücksichtigt, dass so das wirtschaftliche Risiko dann zu Gunsten und zu Lasten des Gläubigers weiterhin besteht. In diesem Sinne etwa FAVARA, in *Foro it.*, 1954, I, Sp. 742. Oder als Fortbestehen des *debitum* im Kontext vertraglicher Vereinbarungen wie etwa bei QUADRI, *Le clause monetaire*, zit., S. 146 ff. Richtigerweise kritisiert ANDRIOLI, in *Foro it.*, 1955, I, Sp. 321 den Hinweis des Favara auf die *perpetuatio obligationis* und bemerkt, dass dieser Bezug für einen Verfechter der Geldwerttheorie keinen Sinn hat. Für eine Annäherung des Preisrückgangs an die teilweise Unmöglichkeit der Leistung WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, Torino, 1930, II, § 28, S. 103, Anm. 15, auch wenn dieser das Problem dann im Sinne der im Gemeinen Recht verbreiteten *quanti plurimi*-Theorie löst.

(28) Dies ist eine Folge der Tatsache, dass durch die Nichterfüllung der Zeitpunkt der Haftung eintritt. Zum Übergang des Risikos und im Allgemeinen zur *perpetuatio obligationis*, vgl. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*²⁵, Padova, 1980, S. 538; BARASSI, *a. O.*, III, S. 247 ff., 369.

der Gläubiger trüge weiterhin das Vertragsrisiko und damit die Folgen eines niedrigeren oder höheren Wertes der vereinbarten Währung. Andererseits ist anzunehmen, dass der Gläubiger bei einem Wertverlust nicht auch das *quantum plurimi* zum Fälligkeitstermin verlangen kann, denn anderenfalls würde dies eine Verbindlichkeit mit Wechselkursgarantie bedeuten,⁽²⁹⁾ eine Vorstellung, die mit keiner Rechtsvorschrift begründet werden kann.

Die zuvor dargestellte Auffassung führt dann zu der Schlussfolgerung, dass der Gläubiger keinen Vorteil aus einem Wertverlust der vereinbarten Fremdwährung ziehen kann, der säumige Schuldner bei einer eventuellen höheren Bewertung aber dazu gebracht wird, in Erwartung eines Kursabfalls weitere Zeit verstreichen zu lassen und mit dem Gläubiger spekuliert, ohne selbst irgendein Risiko einzugehen. Die *perpetuatio obligationis*, bei der das Risiko mit seinen Vor- und Nachteilen auf den säumigen Schuldner übergeht, rechtfertigt die Vorstellung, er könne aus seiner Nichterfüllung Gewinn ziehen, wenn nicht ein Schaden für den Gläubiger hinzutritt, der – sofern er existiert – in jedem Fall ersetzt werden muss.

Andererseits dürfte der Gläubiger aus einem Anstieg der Wechselkurse während des Verzugs keinerlei Vorteile ziehen, da er den Betrag bei einer pünktlichen Zahlung in Fremdwährung sofort an das Italienische Wechselamt hätte übergeben müssen.⁽³⁰⁾

Der Umtausch zum Zahlungszeitpunkt würde so dazu führen, dass er lediglich das Verlustrisiko trägt und ihm nicht auch der eventuelle Gewinn zusteht.

Endlich ist richtigerweise bemerkt worden, dass zwei verschiedene Arten von Problemen unterschieden werden müssen, nämlich der Geldwechsel nach Art. 1278 ZGB und der Ersatz des höheren Schadens durch Verzug nach Art. 1224 II ZGB.⁽³¹⁾

Wer dieses Problem durch die Anwendung des Wechselkurses zum Zahlungszeitpunkt statt zum Fälligkeitstermin lösen will, vermengt zwei verschiedene Problemstellungen miteinander.

Es ist nicht denkbar, dass der Verzugsschaden seine Entschädigung in eventuellen Gewinnen oder Verlusten findet, die sich aus der Anwendung des Wechselkurses zum Zahlungszeitpunkt ergeben.

Der Schadenersatz muss tatsächlich geleistet werden und kann keine Hoffnung bleiben

(29) ASCARELLI, *a. O.*, S. 224, 225, 227 Anm..

(30) Ausländische Währung muss innerhalb von 7 Tagen an das Italienische Wechselamt übergeben werden, vgl. Art. 8, Gesetzesverordnung v. 6. Juni 1956; Nr. 476, ministerielle Verordnung v. 6. Mai 1976.

(31) ASCARELLI, *a. O.*, Nr. 135, S. 390.

(ganz zu schweigen von der Wahrscheinlichkeit weiterer Verluste im schlimmsten Fall). Er hat in den Grenzen von Art. 1223, 1225, 1227 ZGB zu erfolgen. Die Lösung des Problems des Schadenersatzes für Verzug bei Verbindlichkeiten in Fremdwährung durch die Wahl dieses oder jenes Wechselkurses widerspricht daher allen Prinzipien.

Von diesem Gesichtspunkt aus gesehen, kann keine pauschale Feststellung des Verzugschadens angenommen werden, und der Rückgriff auf den Wechselkurs ist in jedem Fall nicht zweckmäßig. Tatsächlich kommt es absolut selten vor und ist völlig zufällig, wenn ein Wechselkursanstieg dem erlittenen Verlust gleichkommt und ihn damit ausgleicht. Aus einem eventuellen, momentanen Rückgang der Bewertung kann nicht auf eine Entschädigung für einen Verzugschaden geschlossen werden, der ja dagegen von Dauer ist.⁽³²⁾

Es gibt zwei weitere Gründe dafür, Art. 1278 ZGB im Sinne eines Wechselkurses bei Fälligkeit zu interpretieren. Sofern der Wechselkurs zum Zahlungszeitpunkt angewandt wird, würden die Verbindlichkeiten ohne Effektivklausel zu demselben Ergebnis führen wie die mit Effektivklausel, wobei der Schaden durch Wertverlust der ausländischen Währung während des Verzugs nicht abgedeckt wird.

Zweitens wäre eine Anwendung des Wechselkurses zum Zahlungszeitpunkt z.B. in dem Fall nicht möglich, dass ein bestimmter Wechselkurs vereinbart wurde, so dass die Kursschwankungen nach dem Fälligkeitsdatum lediglich als höherer Schaden durch Verzug ersetzt werden könnten. Dies macht die mangelnde Eignung der Anwendung des Wechselkurses zum Zahlungszeitpunkt auch auf Ebene des Rechtssystems deutlich.

Als Schlussfolgerung kann festgehalten werden, dass der Bezug auf den Wert der fremden Währung zum Zahlungszeitpunkt als festen Parameter auch für eine Leistung *in facultate* auf der falschen Voraussetzung beruht, dass die Leistungserfüllung eine Zahlung in der vereinbarten Fremdwährung bedeute, unabhängig davon, wie hoch deren Wert im Verhältnis zum Fälligkeitstermin ist, sondern dass stets der Wert zum Zahlungszeitpunkt gelte.

Die Zugrundelegung des Wechselkurses zum Zahlungszeitpunkt führt daher dazu, dass Art. 1224 II nicht angewandt wird und die Verbindlichkeiten in Fremdwährung während des Verzugs an Wert verlieren.

(32) So mit Kritik an der Schadensberechnung mit Bezug auf den Zeitpunkt der Entscheidung über die Schadenshöhe: VALCAVI, *Riflessioni sui c.d. crediti di valore, sui crediti di valuta e sui tassi di interessi*, in *Foro it.*, 1981, I, Sp. 2114.

5. – Ich bin daher der Auffassung, dass die vorherrschende Meinung, die sich, wie wir gesehen haben, auf den Wechselkurs zum Zahlungszeitpunkt versteift hat, nicht mit den Entscheidungen unseres Gesetzgebers in Einklang steht.

Das heutige Zivilgesetzbuch lässt dem Schuldner die Wahl, in ausländischer oder inländischer Währung zum Wechselkurs zu zahlen, der zum Fälligkeitstermin gültig ist, wobei im einen wie im anderen Fall eine Entschädigung für den eventuellen Wechselkursverlust nach Art. 1224 II hinzutreten kann. Diese Entschädigung muss auch für Geldverbindlichkeiten in Fremdwährung mit Effektivklausel gelten.

Der Unterschied zwischen dieser und der derzeit üblichen Lösung wird deutlich, wenn man bedenkt, dass letztere sehr viel belastender sein kann als die, die sich aus dem Wert der fremden Währung zum Zahlungszeitpunkt ergibt. Der Schuldner bleibt jedoch weiterhin aufgefordert, entweder in inländischer Währung zum Wechselkurs des Fälligkeitsdatums zu zahlen oder in ausländischer Währung. Er hat jedoch nicht die Möglichkeit, die Zahlung zu einem günstigeren Wechselkurs, nämlich dem des Zahlungszeitpunkts in inländischer Währung zu leisten.

Für einen eventuellen Wertverlust der inländischen Währung auf den Devisenmärkten kann, sofern es einen solchen Verlust gegeben hat, andererseits kein Gläubiger (gleich ob Aus- oder Inländer) unabhängig davon entschädigt werden, dass er nachweislich einen Schaden erlitten hat.⁽³³⁾ Vielmehr hat der Gläubiger nachzuweisen, dass er tatsächlich einen effektiven Schaden erlitten hat, der direkt im Sinne von Art. 1223 ZGB, vorhersehbar im Sinn von 1225 ZGB und unvermeidbar im Sinne von Art. 1227 ZGB ist. Sofern der Gläubiger (unabhängig davon, ob er Inländer ist oder in einem anderen Land wohnt) dies nicht beweisen kann oder er aus einem Anstieg des Wertes der fremden Währung sogar einen Gewinn erhält, steht ihm keine Wechselkursdifferenz zwischen der inländischen Währung, die ihm nach Art. 1278 ZGB hätte gezahlt werden müssen, und der ausländischen zu. Der höhere Schaden durch Verzug besteht, sofern die Kurswertschwankungen keine Rolle spielen, in den üblichen, nach Art. 1224 ZGB zu entschädigenden Schäden.

Dasselbe gilt für die verspätete Zahlung in ausländischer Währung. Der Gläubiger hat dabei das Recht, den säumigen Schuldner für den Wechselkursverlust bei der vereinbarten Währung gegenüber der Währung haftbar zu machen, in die er den Betrag umgetauscht hätte, wenn die Zahlung pünktlich erfolgt wäre. Dies kann als Annahme vorausgesetzt werden, wenn der Gläubiger in einem Land seinen Wohnsitz hat, wo ein anderes gesetzliches Zahlungsmittel in Umlauf ist als die vereinbarte Fremdwährung.

Es scheint kein Zweifel daran zu bestehen, dass unser Gesetzgeber die Regel vom Wechselkurs zum Fälligkeitstermin für den Fall eingeführt hat, dass der Schuldner von der *facultas solutionis* Gebrauch macht.

In diesem Sinne sprechen der Text von Art. 1278 ZGB und die Vorschrift in Art. 1224 II eine klare Sprache, so dass die Argumentation mit dem Wortlaut und die Schlussfolgerungen aus der Interpretation des Rechtssystems eindeutig miteinander in Einklang stehen. Dies wird noch dadurch untermauert, dass in Art. 1278 ZGB die Regel vom Wechselkurs zur Fälligkeit wieder hergestellt und damit alle Diskussionen und gegenteiligen Interpretationen in Rechtslehre und Rechtsprechung beiseite geschoben werden, die sich auf Art. 39 HGB bezogen. Damit wird auch jeder Bezug auf den Wechselkurs zum Zahlungszeitpunkt aufgegeben, der in Art. 11 des vorläufigen Entwurfs vorgesehen war.

Den Kurswert zum Fälligkeitstermin zugrunde zu legen, hat seine Logik.

Die Rechtsordnung setzt mit Art. 1278 ZGB ein öffentliches Interesse um, von dem weiter unten noch die Rede sein wird, und hat die *facultas solutionis* dem Schuldner und nicht dem Gläubiger überlassen, wie dies dagegen in Art. 47 des Wechselgesetzes der Fall ist. Der Schuldner wird seine Wahl entsprechend seinem Vorteil treffen und die für ihn günstigste Lösung wählen, d.h. er wird in inländischer Währung zahlen, wenn diese gegenüber der ausländischen in der Zwischenzeit an Wert verloren hat, und in ausländischer, wenn diese umgekehrt gegenüber der inländischen an Wert verliert.

Der Gesetzgeber hat jedoch, auch wenn er dem Schuldner die *facultas solutionis* überlassen hat, die Regel von der genauen Leistungserfüllung aufrecht erhalten wollen, was dabei die Regel der Fälligkeit nach Art. 1184 ZGB ist.

Hätte man an dieser Regel nicht festgehalten, oder überhaupt die des Wechselkurses zum Zahlungszeitpunkt angewandt, so wäre das Recht des Gläubigers auf genaue Leistungserfüllung dem Schuldner anheim gestellt worden, der dabei die Wahl hat.

Der Gesetzgeber hat daran festhalten wollen, dass das Wahlrecht auch nach der Fälligkeit beim Schuldner liegt, ohne dabei mit einem Rechtsverlust oder einer Frist zu drohen, aber darauf geachtet, dass der Gläubiger keinen Schaden erleidet, dies durch den Schadenersatz nach Art. 1224 II ZGB. Unser Zivilgesetzbuch versucht also, vor einem Schaden zu schützen, berücksichtigt aber nicht, dass durch eine höhere Bewertung der ausländischen Währung während der Verzugszeit ein Wechselkursgewinn erzielt werden kann.

Die *facultas solutionis* nach Art. 1278 ZGB kann hingegen während der Verzugszeit

ausgeübt werden, ohne dass sich daraus ein Wechselkursschaden für den Gläubiger ergibt, oder aber mit Wechselkursschaden.

Der ausländische Schuldner wird seine Verbindlichkeit gegenüber dem italienischen Gläubiger in italienischer Währung erfüllen, wenn diese an Wert verloren hat. Der italienische Schuldner wird seine Schuld gegenüber dem ausländischen Gläubiger in ausländischer Währung begleichen, wenn deren Wert gegenüber der inländischen gesunken ist. Der Einfachheit halber wird hier vorausgesetzt, dass der fremde Gläubiger in dem Land seinen Wohnsitz hat, in dem die ausländische Währung gesetzliches Zahlungsmittel ist. Im oben geschilderten Fall wird der Schuldner die für ihn günstigste Entscheidung treffen, wie wir dies gesehen haben, jedoch ohne dabei dem Gläubiger Schaden zuzufügen. Sondern weder wird der italienische Gläubiger deshalb einen Schaden erleiden, weil er in italienischer Währung bezahlt wird, noch der Ausländer, wenn er seine eigene Währung erhält, denn es besteht keinerlei Notwendigkeit, das erhaltene Geld in eine andere Währung umzutauschen.

Für die Erwartung des italienischen Gläubigers, die vereinbarte ausländische Währung zu erhalten, gibt es keine Garantie, da die Entscheidung beim Schuldner liegt.

Die *facultas solutionis* kann gleichwohl auch mit einem Schaden für den Gläubiger ausgeübt werden, und in der Rechtsordnung ist darauf geachtet worden, die Entschädigung nach Art. 1224 II ZGB vorzusehen.

Der ausländische Schuldner wird also entsprechend seinem Interesse die Wahl treffen, die Zahlung an den italienischen Gläubiger in der vereinbarten Fremdwährung zu leisten, wenn diese gegenüber der anderen an Wert verliert, und umgekehrt wird der italienische Schuldner sich des Art. 1278 ZGB bedienen und den ausländischen Gläubiger in italienischer Währung bezahlen, sofern diese während der Verzugszeit an Wert verloren hat.

In unserer Rechtsordnung ist mit Art. 1224 II ZGB darauf geachtet worden, den Schadenersatz für den Verzugsschaden beizubehalten, ohne dem Schuldner das Wahlrecht nach Art. 1278 zu nehmen. Es drängt sich gleichwohl ein Gedanke auf: Was völlig unlogisch ist, ist die Anwendung des Wechselkurses zum Zahlungszeitpunkt, die der vorherrschenden Auffassung in Lehre und Rechtsprechung entspräche. Durch den Bezug auf den Wechselkurs zum Zeitpunkt der Zahlung wird die Regel von der genauen Leistungserfüllung zum Fälligkeitstermin unterminiert, die nicht weniger wichtig ist als die vom Übergang des Risikos auf den Schuldner, die zur *perpetuatio obligationis* gehört, und die als Festschreibung des Kursrisikos zum Zeitpunkt des Verzugseintritts dem Gläubiger den möglichen Wechselkursgewinn garantiert, nicht aber den Schadenersatz. Wenn diese Regel akzeptiert würde, garantierte sie

demjenigen den Gewinn, der nicht wechseln muss, und ließe denjenigen Gläubiger ohne Schutz, der zum Wechsel gezwungen ist.

Dadurch, dass als absolute Regel eine Äquivalenz zwischen Währung *in obligatione* und Währung *in facultate* zum Zahlungszeitpunkt aufgestellt wird, erbringt der ausländische Schuldner bei einem Wertverlust der Fremdwährung dem italienischen Gläubiger eine Leistung von geringerem Wert als gegenüber dem zur Fälligkeit.

Wenn dagegen der Wert der ausländischen Währung gegenüber dem der italienischen stiege, würde der italienische Gläubiger auch dann einen Gewinn erzielen, wenn der Schuldner sich des Art. 1278 ZGB bediente. Im ersten Fall wird der italienische Gläubiger den Schaden aus der Abwertung der *in obligatione* geschuldeten ausländischen Währung erleiden, den er bei rechtzeitiger Leistung vermieden hätte, und kann außerdem auf keinerlei Schadenersatz rechnen.

Es würde sich damit um einen nicht ersetzbaren Schaden handeln, was jeder Logik und Billigkeit widerspricht und dann noch offensichtlicher wird, wenn eine Ausübung des Wahlrechts nach Art. 1278 ZGB angenommen wird und man dann die Höhe des Betrags in italienischer Währung, den man bei Fälligkeit hätte erhalten müssen, mit dem geringeren vergleicht, der sich aus dem Wechselkurs zum Zeitpunkt der Zahlung ergibt.

Im zweiten Fall würde dem Gläubiger sogar ein unverständlicher Gewinn aufgrund eines höheren Wechselkurses garantiert.

Der italienische Gläubiger hätte einen solchen Gewinn mit Sicherheit nicht erzielt, wenn er die Summe termingerecht in italienischer Währung oder den vereinbarten Betrag in ausländischer Währung erhalten hätte, die er dann trotzdem sofort in Lire hätte umtauschen und dem Italienischen Wechselamt übergeben müssen. Die zum Zeitpunkt, in dem wir dies schreiben, gültigen Gesetze verbieten es Italienern, Positionen in ausländischer Währung zu unterhalten bzw. inländisches Geld frei in ausländisches umzutauschen. An dieser Stelle ist hinzuzufügen, dass der Gewinn, der sich aus der Regel vom Umtausch zum Zahlungszeitpunkt ergibt, eindeutig im Widerspruch zum Wahlrecht des Schuldners steht. Anfangs wurde darauf hingewiesen, dass die Entscheidungen des Gesetzgebers stark von dem Willen beeinflusst sind, die Privatinitiative für öffentliches Interesse auszunutzen. Darunter ist vor allem zu verstehen, dass das Währungsvermögen des Landes möglichst wenig reduziert werden und möglichst stark anwachsen soll. Sofern der Wechselkurs zum Zeitpunkt der Zahlung in ausländischer Währung gewählt wird, würde der italienische Schuldner bei deren Wertanstieg und dem daraus folgenden Wertverlust der italienischen Währung stärker belastet, dies außerdem in

einem Importland wie dem unseren.

Umgekehrt wäre der italienische Gläubiger bei einem Wertverlust der ausländischen Währung ohne Möglichkeit eines Schadenersatzes geschädigt worden. An dieser Stelle sei an die damalige Währungspolitik und den berühmten angestrebten Wechselkurs von 90 Lire pro Pfund Sterling in Mussolinis Rede von Pesaro erinnert.

Die Anwendung des Wechselkurses zum Fälligkeitstermin nach Art. 1278 ZGB entspricht bei einer späteren Abwertung der inländischen Währung der Logik einer in jeder Rechtsordnung vorgesehen Stützung der eigenen Währung.

Die Logik des öffentlichen Interesses besteht bei einer Abwertung darin, inländisches Geld zu einem höheren Preis aus dem Land zu lassen und ausländische Währung zu einem niedrigeren Preis einzuführen.

Auf den ersten Blick könnte es so aussehen, als ob ein öffentliches Interesse daran bestehe, dass der italienische Gläubiger ausländische Währung zu erhalten habe, deren Wert steigt, und dabei einen eventuellen Wechselkursgewinn zu erzielen, der dann zu einer Erhöhung des inländischen Währungsvermögens führt. Bei genauem Hinsehen hat man dies aber beim Erhalt von Art. 1278 ZGB nicht gemeint. Das öffentliche Interesse besteht nämlich darin, dass der im Inland Ansässige davon abgehalten werden soll, gegen die eigene Währung zu spekulieren, und eine Spekulationsmöglichkeit ist die, den Erhalt der Schuld vom ausländischen Schuldner zu verzögern.

Dies wird allgemein als störendes Element für die inländische Währung auf den Devisenmärkten angesehen.

6. – Gehen wir jetzt zu den Verbindlichkeiten in ausländischer Währung mit "Effektivklausel" nach Art. 1279 ZGB und zu denen nach Art. 1278 ZGB über, bei denen der Schuldner sich nicht der *facultas* bedient und die Zahlung in der vereinbarten ausländischen Währung leistet.

Nach Art. 1224 II ZGB ist der Wechselkursverlust zu ersetzen, den der Gläubiger nachweislich während der Verzugszeit durch den Wertverlust der mit Verspätung gezahlten ausländischen Währung gegenüber dem in seinem Land im Umlauf befindlichen oder von ihm normalerweise benutzten gesetzlichen Zahlungsmittel erlitten hat.

An dieser Stelle ist unser Dissens gegenüber den in Lehre und Rechtsprechung vorherrschenden Auffassungen zu unterstreichen. Unter Abwertung ist die Bewertung im Verhältnis zu einer anderen Währung zu verstehen. Dabei kann es sich um eine Abwertung der ausländischen Währung gegenüber dem in Italien in Umlauf befindlichen gesetzlichen Zahlungsmittel handeln oder gegenüber einer anderen ausländischen Währung wie etwa

im Fall eines amerikanischen Gläubigers, der eine in Deutscher Mark vereinbarte Summe verspätet von einem italienischen Schuldner erhält.

Natürlich setzt dies den Nachweis auch einer vorgestellten Notwendigkeit zum Umtausch voraus.

Das Problem stellt sich in unterschiedlicher Weise, je nachdem, ob es sich um feste oder schwankende Wechselkurse handelt, die zu geregelten bzw. freien Währungssystemen gehören. Der maßgebliche Wechselkurs ist der bei Eintritt des Verzugs. Für den Fall einer Vereinbarung mit Effektivklausel nach Art. 1279 ZGB stellt sich das Problem des Gewinns auf Seiten des Gläubigers nicht, da es sich um eine Folge der Zahlung in der vereinbarten fremden Währung und der Tatsache handeln würde, dass die Rechtsordnung dem Schuldner nicht das Mittel zum Selbstschutz in Form der *facultas solutionis* in die Hand gegeben hat.

Auf den Ersatz des höheren Schadens finden in diesem Fall alle normalen Prinzipien und Regelungen Anwendung, von denen im Zusammenhang mit den Fällen nach Art. 1278 die Rede war. Hier ist es ausreichend, dieses besondere Problem auf seine allgemeinen und einheitlichen systematischen Grundlagen zurückgeführt zu haben.

7. – Jetzt sollen einige spezielle Probleme des höheren Schadens durch Verzug nach Art. 1224 II ZGB untersucht werden. Es sei daran erinnert, dass jeder Schaden dann ersetzt werden kann, wenn er eine direkte und unmittelbare Folge der Nichterfüllung ist (Art. 1223 ZGB), wenn er vorhersehbar ist, sofern er durch Fahrlässigkeit und nicht durch Vorsatz entstanden ist (Art. 1225 ZGB), und wenn er nicht vermeidbar war (Art. 1227 ZGB). Es handelt sich dabei um Vorschriften, die den verschiedenen Rechtsordnungen nahezu gemein sind, wie dies etwa bei der Begrenzung auf den vorhersehbaren Schaden der Fall ist, die in einigen von diesen auch bei Vorsatz Anwendung findet.

Eine entsprechende Ausnahme ist auch bei uns mit Art. 74 der Haager Konvention von 1. Juli 1964 eingeführt worden, die in unserem Land durch das Gesetz Nr. 816 vom 21. Juli 1971 ratifiziert worden ist (Verkauf von beweglichen körperlichen Sachen).

In diesem Zusammenhang ist näher auf die Grenze des Vorhersehbaren einzugehen, die mit der Fahrlässigkeit der Nichterfüllung verbunden ist. Es wird allgemein angenommen, dass die Nichterfüllung dann fahrlässig ist, wenn sie nicht vorsätzlich ist⁽³⁴⁾ bzw. auf

(34) Unter Vorsatz wird im allgemeinen eine gewollte Nichterfüllung mit dem Bewußtsein einer unrechtmäßigen Handlung verstanden. V. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, zit., S. 220, 569; MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, III, I, S. 2; MAJORCA, Stichw. *Colpa*

Zufall oder höherer Gewalt beruht. Es ist nicht gesagt, dass die fahrlässige Nichterfüllung auch fahrlässig bleibt. Sie kann *in itinere* zu einer vorsätzlichen Nichterfüllung werden, wie dies im Wesentlichen in Art. 96 ZPO vorgesehen ist, und in diesem Fall findet die Begrenzung durch Vorhersehbarkeit keine Anwendung mehr.

Derjenige, der fahrlässig die Leistung nicht erfüllt, weil er etwa von seinem Recht überzeugt ist, kann sich später des unerlaubten Charakters seiner Handlungsweise bewusst werden und aus Egoismus oder Rivalität weiter in Verzug bleiben, z.B. um die inadäquate Situation bei den gesetzlichen Verzugszinsen auszunutzen.

Allgemein bekannt sind die Streitigkeiten um den Gegenstand der Vorhersehbarkeit, d.h. ob diese den Schaden und seine Koeffizienten nur abstrakt betrifft oder auch die Höhe des Schadens.⁽³⁵⁾

Der Schadenersatz bezieht sich nach Art. 1227 ZGB auf den Teil des Schadens, der nicht vermeidbar war, indem man sich etwa um Vertretung bemühte.

Gehen wir zur Betrachtung des ersetzbaren Schadens über, nämlich des Inflationsschadens, so erscheint dieser entgegen anders lautenden Meinungen angesichts der weltweiten Verbreitung dieses Phänomens und der generellen Abneigung gegen Indexkoppelungen nicht ersetzbar zu sein.⁽³⁶⁾ Wenn dies hingegen akzeptiert würde, wäre unser Land das einzige auf der Welt, in dem für jede sowohl inländische als auch ausländische Währung die innere Kaufkraft garantiert würde. Ein derartiger Schaden ist aber auch aus allgemeineren Gründen nicht zu

civile, in *Enc. del sir.*, o.J., aber Milano, 1962, S. 565 und zit. Lit. Unter Anwendung der neuesten Ergebnisse der Strafrechtslehre würde ich das Unterscheidungskriterium für den Vorsatz bei der Nichterfüllung gegenüber dem bei unrechtmäßiger Handlung in dem "Willen sehen, die geschuldete Leistung nicht zu erfüllen oder zu verzögern (allgemeiner Vorsatz) mit dem Ziel, sich einen ungerechtfertigten Vorteil zum Schaden eines anderen zu verschaffen (spezifischer Vorsatz)." Dieser spezifische Vorsatz entspricht der Bösgläubigkeit und ist mehr als das bloße Bewusstsein der unrechtmäßigen Handlung; dieser Vorsatz fehlt bei der Fahrlässigkeit völlig. In der Regel wird für Fahrlässigkeit gehaftet, es sei denn, Vorsatz oder Zufall werden nachgewiesen, und doch wird die Nichterfüllung in der täglichen Praxis der Rechtsprechung letztlich oft als vorsätzlich behandelt, weil die Grenze des Vorhersehbaren meist keine große Berücksichtigung findet.

(35) Für einen Überblick über Lehre und Rechtsprechung vgl. BELLINI, *L'oggetto della prevedibilità del danno, aifini dell'art. 1225 c.c.*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, II, S. 302 ff. In dem Sinne, dass die Vorhersehbarkeit auch die Schadenshöhe betrifft vgl. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, zit., III, § 115, S. 338; BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in *Commentario del codice civile*, hrsg. v. Scialoja e Branca, IV Buch, *Delle obbligazioni (artt. 1218-1229-2)*, Bologna, 1979, zu Art. 1225, S. 384, Anm. 8.

(36) Jede Währung erleidet einen mehr oder weniger deutlichen Kaufkraftverlust, und eine Indexkopplung wird allgemein abgelehnt, weil diese als Quelle für weitere Inflation gilt, z.B. im Radcliff-Bericht, v. RUOZI, *Inflazione, risparmio e aziende di credito*, S. 433, 434, 437, 483, 484, 485, 510. Ein aktuelles Beispiel ist die Diskussion über die automatische Lohnanpassung in Italien.

ersetzen,⁽³⁷⁾ denn wer im Ausland seinen Wohnsitz hat, bekommt die Folgen der Preisentwicklung in einem Land nicht zu spüren, in dem er nicht lebt, kein Geld ausgibt und oft auch kein Geld ausgeben darf.

Untersuchen wir nun den Wechselkursverlust als höheren Schaden bei Verzug. Dieser wird von den ausländischen Juristen im Allgemeinen und von unseren im Zusammenhang mit der Ausübung der *facultas solutionis* nach Art. 1278 ZGB anerkannt.

Auch von meiner Seite ist bereits die Auffassung geäußert worden, dass bei dem entsprechenden Wertverlust ein höherer Schaden durch Verzug nach Art. 1224 II ZGB anzunehmen ist. In diesem Sinne ist auf den Wortlaut der Erklärung des Justizministers zum ZGB (Nr. 36) zu verweisen, der den Vorstellungen von Art. 434 des Entwurfs von Vivante-Mortara zum HGB folgt, in dem der entsprechende Fall ausdrücklich vorgesehen war.⁽³⁸⁾ Die Wechselkursdifferenz wird vom Eintritt des Verzugs bis zur Erfüllung berücksichtigt, während der Schadenersatz vom Fälligkeitstermin bis zum Eintritt des Verzugs außer Acht bleibt, aber dies hängt von Art und Weise und Zeitpunkt ab, zu dem sich der Gläubiger durch das Inverzugsetzen selbst schützt. Oben ist darauf hingewiesen worden, dass bei fahrlässiger Nichterfüllung der vorhersehbare Schaden ersetzbar ist und dass darüber diskutiert wird, ob dies den Schaden als solchen oder dessen Höhe betrifft. Das bedeutet für den hier besprochenen Fall, dass das Problem darin besteht, ob es vorhersehbar ist, dass die Wechselkurse und Preise an und für sich variabel sind, oder ob auch deren ungefähre Schwankungsbreite vorhersehbar sein muss. Meiner Auffassung nach muss es für den Schuldner nach Art. 1225 ZGB nicht nur vorsehbar sein, dass der Gläubiger den Umtausch des erhaltenen Geldes in die andere Währung vornehmen wollte, sondern auch, dass erstere gegenüber der letzteren an Wert verlieren und wie hoch dieser Verlust maximal ausfallen konnte, eine Grenze, jenseits derer der Schaden als nicht mehr vorhersehbar anzusehen ist. Es muss also die Höhe des von Händlern und Massenmedien "erwarteten" Wertverlustes berücksichtigt werden, wobei diese Prognosen je nach festen oder freien Wechselkursen unterschiedlich ausfallen. Das Urteil muss dabei notwendigerweise die Umstände der Tatsache berücksichtigen, wobei weithin von

(37) VALCAVI, *La stima del danno nel tempo, con riguardo all'inflazione, alla variazione dei prezzi ed ai tassi di interesse*, in *Riv. dir. civ.*, 1981, II, S. 332 ff.; ders., *Rivalutazione monetaria o interessi di mercato?*, in *Foro it.*, 1980, I, Sp. 118.

(38) Im Bericht des Justizministers wird unter Nr. 36, S. 26, wörtlich gesagt "für einen höheren Schaden kann es eine Entschädigung geben (z.B. Wechselkursdifferenz bei Schulden in ausländischer Währung)".

Annahmen Gebrauch gemacht werden muss. So wird es z.B. einfach sein, anzunehmen, dass ein Gläubiger, der die Zahlung in einer anderen als der vereinbarten Währung erhält, diese in seine eigene umtauscht.

Zu Beginn der Arbeit an diesem Thema zeigte sich, dass es Devisenkassageschäfte (Bargeldumtausch) und Terminumtauschgeschäfte gibt. In Art. 39 HGB war ausdrücklich von einem Bargeldumtausch die Rede. Dies ist bei Art. 1278 ZGB nicht mehr der Fall, auch wenn man die Auffassung vertreten kann, dass ein solcher vorausgesetzt wird.

Sofern man die These akzeptiert, dass die Vorhersehbarkeit auch die Schadenshöhe betrifft, erscheint die Wechselkursdifferenz auf dem Termingeschäftsmarkt gegenüber dem Devisenkassamarkt von größerer Bedeutung, denn letztere wird erst nachträglich festgestellt.

Aufgeld und Abschlag einer Währung gegenüber einer anderen neigen hier dazu, dem Unterschied zwischen den entsprechenden Geldzinssätzen zu entsprechen,⁽³⁹⁾ so dass der Verzugsschaden bei der abgewerteten Währung tendenziell dem höheren Zinssatz der im Wert gesunkenen Währung entspricht und sich damit das Problem ergibt, einen doppelten Schadenersatz vermeiden zu müssen. Oben haben wir außerdem gesehen, dass der Schadenersatz nach Art. 1227 ZGB sich auf den Schaden beschränkt, der auch durch eine geeignete Vertretung nicht zu vermeiden gewesen wäre (in diesem Fall hätte sich der Schaden auf die durch Vertretung entstandenen Kosten beschränkt). Eine typische Ersatzoperation mit dem Ziel, das Wechselkursrisiko zu reduzieren, ist der Terminverkauf einer Währung bei gleichzeitigem Terminkauf einer anderen.⁽⁴⁰⁾

Der Terminumtausch ist für die Bewertung der Vorhersehbarkeit und Vermeidbarkeit des Schadens für den Fall, dass der Gläubiger mit Operationen auf dem Devisenmarkt vertraut ist, von herausragender Bedeutung. Die Internationalisierung der Kreditinstitute, die bei Devisengeschäften eine unabdingbare Voraussetzung ist, führt dazu, dass immer mehr Serviceleistungen angeboten werden und eine immer stärker spezialisierte Beratung erfolgt. Diese Diskussion sollte wenigstens *de iure condendo* noch detaillierter geführt werden.

(39) KEYNES, *La riforma monetaria*, Milano, 1975, S. 90 ff.; FERRO, *Il mercato dei cambi a termine*, Padova, 1973, S. 41 ff., 61 ff., 132 ff., 294 ff., 425 ff., 551 ff.

(40) Ein kurzer Hinweis auf die Absicherung gegen Wechselkursrisiken durch verschiedene Operationen auf dem Markt wie Rückkaufvereinbarungen (*Swap*), Devisenswapgeschäfte (*engineered swap transaction*), Reverse Repo (*swap-swap*), Tauschgeschäfte mit Option (*option exchange contract*) v. HEINZ RIEHL-RODRIGUEZ, *Il mercato dei cambi*, Bologna, 1983, S. 155 ff., 197 ff., 255 ff.

8. – Der Ersatz des Verzugschadens schließlich ergibt sich aus den Verzugszinsen. Er soll ein Ausgleich für das dem Gläubiger vom Schuldner durch seinen Verzug aufgezwungene Sparen sein. Es handelt sich um ein Maß für den Wertverlust einer später geleisteten gegenüber einer sofortigen Geldzahlung und damit für die *utilitas temporis*.

Der Ertrag des Geldes ergibt sich aus den Nominalzinsen und nicht aus den Realzinsen.⁽⁴¹⁾ Letztere sind heute allgemein ziemlich gleich, wobei der typische Fall der des Dollars ist, während die Realzinsen vor einigen Jahren im negativen Bereich lagen.

Es gibt verschiedene Zinssätze und Arten von Zinssätzen: der marktübliche Zinssatz, der offizielle Diskontsatz usw.

Die normale Rendite entspricht dem marktüblichen Zinssatz. Dessen standardisierte Angabe findet sich, wenn auch mit Abweichungen, im offiziellen Diskontsatz, im prime rate-Zinssatz für Anlagen und in der Rendite von Staatsanleihen für den Sparzins.

Eine eigene Diskussion erfordert der gesetzliche Zinssatz, der nach Art. 1224 I und Art. 1284 ZGB auf dem anachronistischen Niveau von 5% festgelegt ist. An anderer Stelle habe ich dargelegt, dass der höhere Schaden durch Verzug nach Art. 1224 II ZGB bei dem im Umlauf befindlichen gesetzlichen Zahlungsmittel in der Differenz zwischen dem gesetzlichen und dem üblichen Marktzinssatz liegt, so dass die normale Geldrendite garantiert ist. Zu recht lässt sich bezweifeln, dass der gesetzliche Zinssatz auch für eine ausländische Währung gelten kann.⁽⁴²⁾ Dabei ist zu berücksichtigen, dass der gesetzliche Zinssatz, der für das im Umlauf befindliche gesetzliche Zahlungsmittel so inadäquat erscheint, bei einigen ausländischen Währungen oft auf dem Niveau der marktüblichen Zinsen oder sogar darüber liegt.⁽⁴³⁾ Es scheint hier eher vorzuziehen zu sein, dass man sich auf die marktübliche Rendite der ausländischen Währung bezieht oder besser noch auf deren standardisierte Angabe, wie dies in Art. 38

(41) Die Realzinsen sind der Prozentsatz der Nominalzinsen, der über der Inflationsrate liegt.

(42) Im Sinne einer Nichtanwendbarkeit des gesetzlichen Zinssatzes auf eine Geldverbindlichkeit in Fremdwährung, zu Art. 1231 ZGB 1865, s. ASCARELLI, *Studi giuridici sulla moneta*, zit., S. 195; COBIANCHI, in *Riv. dir. comm.*, 1922, II, S. 67; MAZZONE, *a.O.*, S. 170; im Sinne einer Anwendbarkeit dagegen ASCOLI, *a.a.O.*; VASSALLI, *a.a.O.*, PACCHIONI, *a.a.O.*

(43) Der derzeitige Nominalzins für den Schweizer Franken liegt bei 4,50%, in Deutschland liegt er bei 5,25%, für den Yen beträgt er 5,75%, beim holländischen Gulden 6%, dies ohne Berücksichtigung der Inflationsrate.

der Haager Konvention geschieht, die diesen mit einem Punkt über dem offiziellen Diskontsatz angibt. Damit entspricht die von uns im Zusammenhang mit Art. 1224 II ZGB für die inländische Währung vorgeschlagene Interpretation am Ende der für ausländischen Währungen. Beide hätten dann während der Verzugszeit die jeweils normale Rendite. Die Ausgleichszinsen nach Art. 1282 ZGB würden für die Zeit ab der Fälligkeit der Verbindlichkeit bis zur Inverzugsetzung anwendbar, außerdem dort, wo man den Bezug auf die normale Rendite der ausländischen Währung unserem gesetzlichen Zinssatz vorzieht. Auf diese Weise ergibt sich eine einheitliche, vernünftige Anpassung der Geldschuld in Fremdwährung von ihrer Fälligkeit bis zur Zahlung. Es ist auch gesagt worden, dass der Wechselkursunterschied die Differenz zwischen den Geldzinsen umfasst, und dies ist zu berücksichtigen, indem man es vermeidet, nach der Wertberichtigung weiterhin den Zinssatz der abgewerteten Währung anzuwenden, der meist über dem der aufgewerteten liegt.

9. – Eine eigene Diskussion verdient das Problem der Verbindlichkeit in italienischer Währung mit Währungsgleitklausel für die Zeit nach Fälligkeit der Verbindlichkeit.

Die Frage stellt sich für den Fall, dass die Vertragsparteien die Gültigkeit der Währungsgleitklausel nicht bis zum Zeitpunkt der effektiven Zahlung vereinbart haben, sondern bis zur Fälligkeit, so dass die Suche nach dem Willen der Parteien zu einer quaestio facti wird.⁽⁴⁴⁾

Die Lösung ergibt sich meiner Auffassung nach daraus, dass es sich um eine Verbindlichkeit in italienischer Währung handelt, weshalb die Anpassung an den Wert der ausländischen Währung nicht über die von den Parteien vereinbarte Frist hinaus Gültigkeit haben kann.⁽⁴⁵⁾ Diese Sichtweise wird noch dadurch unterstützt, dass für den gewissermaßen analogen Fall der Verbindlichkeit mit konventionellem Wechselkurs dieselbe Schlussfolgerung gilt, nämlich dass sie auf den Fälligkeitstermin festgelegt ist.

Die Entschädigung für den späteren Schaden durch Verzug erfolgt bei dieser Verbindlichkeit entsprechend den allgemeinen Kriterien nach Art. 1224 II ZGB.

Vor Kurzem ist gleichwohl⁽⁴⁶⁾ unter dem Einfluss des Geldwertbegriffs

die Auffassung vertreten worden, auch in diesem Fall müsse die Schuld weiterhin bis zur Zahlung dem Wechselkurs der ausländischen Währung angepasst werden.

An dieser Stelle ist darauf hinzuweisen, dass sich dabei anstatt des Vorteils bei angenommener Entwertung dieser Währung ein Schaden für den Gläubiger ergeben könnte.

Mir scheint diese Lösung und die ihr zugrunde liegende Logik abzulehnen zu sein.

Dieser Beitrag wird zitiert bei:

G. CAMPEIS-A. DE PAOLI, *Il processo civile italiano e lo straniero*, Milano, 1986, S. 261, Anm. 39; A. NIGRA, *Inadempimento di obbligazioni pecuniarie, due motivi per riconoscere il cumulo tra interessi legali e rivalutazione monetaria*, in *Foro pad.*, 1989, II, S. 98; V. DE LORENZI, *Obbligazione, parte generale, sintesi di informazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, S. 270; U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, Milano, 1991, S. 310.

Weitere Beiträge des Verfassers zum selben Thema:

- *“Le obbligazioni in divisa straniera, il corso di cambio, ed il maggior danno da mora”*, in *Foro Italiano* 1989, I, 1210 und in *L'Espressione Monetaria nella responsabilità civile*, Cedam 1994, S. 151.
- *“A quale corso di cambio si debba prestare la moneta in facoltà solutionis ex art. 1278 c.c.”*, in *Giurisprudenza Italiana* 1989, I, 2, S. 435 und in *L'Espressione monetaria nella responsabilità civile*, Cedam 1994, S. 159.
- *“In materia di liquidazione del danno subito da uno straniero”*, in *Foro Italiano* 1989, I, 1619, 435 und in *L'Espressione monetaria nella responsabilità civile*, Cedam 1994, S. 165.
- *“Se il credito di un lavoratore estero residente debba essere rivalutato ex art. 429 comma 3 c.p.c.”*, in *Rivista Diritto Civile* 1984, II, 504 und in *L'Espressione Monetaria nella responsabilità civile*, Cedam 1994, S. 171.
- *“Il danno da mora nelle obbligazioni in moneta straniera nell'attuale disciplina di liberalizzazione valutaria”*, in *Rivista di Diritto Civile* 1992, II, S. 861, und in *L'Espressione Monetaria nella responsabilità civile*, Cedam 1994, S. 182.