

# HAFTUNG FÜR FREMDWÄHRUNGSSCHÄDEN: DIE MASSGEBLICHE WÄHRUNG\*

ALFRED KOLLER

Professor Dr. iur., Ordinarius an der Universität St. Gallen, Rechtsanwalt

Stichworte: Grundsätze der Schadensregulierung, Realersatz als Form des Schadenersatzes, Dispositionsmaxime im Anwendungsbereich von Art. 43 Abs. 1 OR, Rechtsmissbrauch bei der Geltendmachung von Schadenersatz

Der nachstehende Beitrag befasst sich mit der Frage, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen Fremdwährungsschäden bei gegebenem Haftungstatbestand eine Fremdwährungsschuld begründen. Die dazu ergangene bundesgerichtliche Rechtsprechung hält der Autor für verfehlt. Er begründet dies anhand von BGE 137 III 158 und 4C.191/2004.

Mit der im Titel angesprochenen Thematik habe ich mich schon mehrfach befasst, erstmals in einem Gutachten für einen Anwalt, der einen Euro-Verlust seines Klienten in Schweizer Franken (CHF) eingeklagt hatte und angesichts von BGE 137 III 158 und 4C.191/2004 den Prozessverlust fürchtete. Ich kam zum Schluss, dass die beiden Entscheide nicht der Rechtslage entsprechen. In der Folge habe ich meine Auffassung auch öffentlich gemacht.<sup>1</sup> Wenn ich dies nun nochmals tue, so auf Veranlassung der Redaktion der Anwaltsrevue und vor dem Hintergrund, dass Fremdwährungsschäden offenbar nach wie vor in CHF eingeklagt werden und die Gerichte – im Unterschied zur Lehre<sup>2</sup> – keinerlei Anstalten zeigen, die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu überdenken.<sup>3</sup>

## I. Die Auffassung des Bundesgerichts

BGE 137 III 158 (= Praxis 2011 Nr. 95) betraf einen Fall, in dem B. eine falsche eidesstattliche Erklärung abgegeben und dadurch die Beschlagnahme eines der A. gehörenden Schiffes verursacht hatte. Nachdem der Beschlagnahmebefehl aufgehoben worden war, klagte A. gegen B. – gestützt auf Art. 41 OR – auf Ersatz verschiedener Schäden, die sie durch das Beschlagnahmeverfahren erlitten haben will (u.a. GBP 70 579.– für Honorare nigerianischer Rechtsanwälte, EUR 86 320.– für Honorare italienischer Rechtsanwälte, USD 43 819.– für Honorare panamaischer Rechtsanwälte und MTL 8317.– für Honorare maltesischer Rechtsanwälte). A. verlangte Schadensausgleich in CHF. Das Appellationsgericht des Kantons Tessin wies die Klage – unter Berufung auf die Dispositionsmaxime<sup>4</sup> – ohne Prüfung der Haftungsvoraussetzungen ab, weil A. bei gegebenen Haftungsvoraussetzungen nur Schadenersatz in den erwähnten fremden Währungen, nicht aber in CHF verlangen könne. Das Bundesgericht, bei dem A. Be-

schwerde in Zivilsachen einlegte, bestätigte den Entscheid. Eine Fremdwährungsschuld hat es – unter Hinweis auf SCHRANER<sup>5</sup> und SCHMIDT<sup>6</sup> – deshalb angenommen, weil der Schaden in einem ausländischen Staat (Nigeria) eingetreten sei (E. 3.2.2). Die Auffassung von WEBER<sup>7</sup>, welcher zumindest für gewisse Fälle die Möglichkeit bejaht, auf die Währung des Landes zurückzugreifen, in dem die unerlaubte Handlung begangen wurde (in casu war dies die Schweiz), hat es abgelehnt.

BGE 4C.191/2004 betraf einen Fall, in dem eine in London wohnhafte Iranerin, A., mit der Genfer Filiale der Bank Y mit Sitz in Zürich verschiedene Bankverträge abgeschlossen hatte. Am 14.1.2001 kaufte A. 400 Optionsrechte zum Preis von USD 1560 000.–. Am 21.1.2001 gab A. der Bank den Auftrag, die Rechte zu verkaufen. Zuzufolge eines Versehens unterblieb die Auftragsausführung. In

\* Es werden folgende Abkürzungen verwendet: *BasK* = Basler Kommentar; *BerK* = Berner Kommentar; *ZürK* = Zürcher Kommentar.

- 1 Vorerst im Jusletter vom 6. 5. 2013, dann in der Festschrift für Jean-Fritz Stöckli, Basel 2014, S. 359 ff. S. ferner die Urteilsbesprechung in der AJP 2013, S. 929 ff. Beim hier abgedruckten Beitrag handelt es sich um eine ergänzte und auf den neusten Stand gebrachte Fassung des in der Festschrift Stöckli Gesagten.
- 2 *BasK/LEU*, N 7 zu Art. 84 OR, hält meine Kritik für «berechtigt», *SCHMID JÖRG/RÜEGG JONAS*, ZBJV 2013, S. 502 (Anm. zu BGE 137 III 158), bezeichnen sie als «beachtenswert».
- 3 Das gilt insbesondere auch für das Bundesgericht, das im Entscheid 4A\_341/2016 E. 2.2 BGE 137 III 158 bestätigt hat, ohne sich mit der Gegenmeinung auseinanderzusetzen.
- 4 Die Dispositionsmaxime ist heute in Art. 58 ZPO vorgesehen, früher gehörte sie dem kantonalen Recht an (BGE 109 II 452, 460; 4A\_303/2012 E. 2.3 und 4A\_655/2011 E. 4).
- 5 *ZürK/SCHRANER*, N 182 zu Art. 84 OR.
- 6 *Staudinger/SCHMIDT*, Kommentar zum BGB, 13. A. 1997, N 28 zu § 244 BGB.
- 7 *BerK/WEBER*, N 318 zu Art. 84 OR.

der Folge wurden die Optionsrechte praktisch wertlos. Ende 2000 verlangte A. klageweise Schadenersatz in Höhe von CHF 3 043 968.-. Dieser Betrag entsprach dem Gegenwert des investierten Kapitals (USD 1 560 000.-) samt dem Gewinn, den A. bei einem Verkauf am 21.1. gemacht hätte (USD 360 000.-). Die erste Instanz hiess die Klage gut, die zweite Instanz, die Genfer Cour de Justice, ging von einem erheblichen Selbstverschulden von A. aus und hiess daher die Klage nur teilweise gut. Zudem sprach sie der Klägerin – in Abweichung von der Dispositionsmaxime – Schadenersatz in USD statt CHF zu. Die Klägerin gelangte ans Bundesgericht und verlangte u. a. Entschädigung in CHF. Das Bundesgericht gab diesem Begehren nicht statt, mit folgender Begründung:

*«Ces principes supposent tout d'abord de se demander en quelle monnaie est due la créance de la demanderesse envers la banque, attendu qu'il s'agit d'une prétention en dommages-intérêts reposant sur la violation d'un contrat. La doctrine considère que les créances en dommages-intérêts doivent en principe être établies dans la monnaie de l'État dans lequel le dommage est survenu [so auch BGE 137 III 158], tout en précisant que, selon les circonstances, il se justifie de se fonder sur la monnaie du contrat. Tel est en particulier le cas lorsque les dommages-intérêts viennent remplacer une prestation en paiement (cf. Schraner, Commentaire zurichois, n° 181 ad art. 84 CO et les références citées). C'est précisément ce qui se produit en l'espèce. Les dommages-intérêts dus par la banque en raison de la violation de ses obligations contractuelles tendent à compenser la perte subie par la demanderesse dans le cadre d'une opération boursière portant sur des options libellées en dollars américains et dont la vente devait rapporter un bénéfice en cette monnaie. Il faut donc admettre que le dollar américain représente la monnaie dans laquelle est due la créance en dommages-intérêts au sens de l'art. 84 al. 1 CO. La cour cantonale n'avait ainsi d'autre choix que de libeller son dispositif en cette monnaie.»*

## II. Eigene Auffassung

1. Wer einen Schaden (Sachschaden, Körperschaden usw.) erleidet, für den ein Dritter haftpflichtig ist, hat grundsätzlich Anspruch darauf, so gestellt zu werden, wie er stünde, wenn das Schadensereignis ausgeblieben wäre.<sup>8</sup> Er kann vom Haftpflichtigen entweder die Schadensbeseitigung in natura (Realersatz) oder Ersatz der mutmasslichen Schadensbeseitigungskosten verlangen. Im Streitfall entscheidet der Richter über die Art der Schadensbeseitigung nach seinem pflichtgemässen Ermessen (Art. 43 Abs. 1 OR i. V. m. Art. 4 ZGB).<sup>9</sup> Dabei haben aus naheliegenden Gründen die Interessen des Geschädigten, nicht diejenigen des für den Schaden Verantwortlichen, im Vordergrund zu stehen. Die vom Geschädigten gewünschte Ersatzleistung darf ihm daher nur dann verwehrt werden, wenn ausnahmsweise schutzwürdige Interessen des Haftpflichtigen entgegenstehen.<sup>10</sup> Hat der Geschädigte den Schaden selbst beseitigt, so sind ihm die damit ver-

bundenen Kosten (z. B. Arztkosten) zu ersetzen. Eine andere Art der Schadenserledigung fällt in einem solchen Fall praktisch ausser Betracht.<sup>11, 12</sup> Das erklärt, weshalb das dem Richter von Art. 43 Abs. 1 OR eingeräumte Recht, die Art des Schadenersatzes festzulegen, in der Praxis eine eher untergeordnete Rolle spielt.

Mit Rücksicht auf spätere Ausführungen drängt sich hier ein Hinweis auf das deutsche Recht auf. Dieses weicht vom schweizerischen Recht teilweise ab: Grundsätzlich ist der Haftpflichtige zur Schadensbeseitigung in natura verpflichtet, und nur dazu (§ 249 Abs. 1 BGB). Der Geschädigte ist also im Allgemeinen nicht berechtigt, den Schaden auf Kosten des Haftpflichtigen selbst zu beseitigen. Das darf er nur unter besonderen Voraussetzungen: a) wenn es sich um einen Körperschaden oder um einen Sachschaden handelt (§ 249 Abs. 2 BGB), weil der Geschädigte in einem solchen Fall «in eine Wiederherstellung durch den Ersatzpflichtigen selbst i. d. R. kein Vertrauen haben [wird]»<sup>13</sup>; b) wenn der Haftpflichtige eine ihm gesetzte Frist zur Schadensbeseitigung in natura fruchtlos hat verstreichen lassen (§ 250 BGB). Faktisch werden freilich §§ 249 Abs. 2 und 250 BGB sehr extensiv ausgelegt, sodass der Geschädigte in den meisten Fällen ohne Weiteres zur Schadensbeseitigung auf Kosten des Haftpflichtigen berechtigt ist.

Im Anwendungsbereich von Art. 43 Abs. 1 OR ist der Richter «nicht an die Parteienträge gebunden» (BGE 117 II 609 E. 10c; vgl. auch BGE 100 II 134, wo das Bundesgericht auf Realersatz [Beseitigung von Geröll auf der Liegenschaft des Klägers] erkannt hat, wiewohl der Kläger Geldersatz [Zusprechung der für die Geröllbeseitigung nötigen Mittel] verlangt hatte).<sup>14</sup> Art. 43 Abs. 1 OR schränkt also – gleich wie etwa Art. 205 Abs. 2, 525 Abs. 2, 527 Abs. 3 OR – die Dispositionsmaxime ein (Art. 58 Abs. 2 ZPO).

<sup>8</sup> S. zum Folgenden ALFRED KOLLER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 3. A. Bern 2009, § 46 N 35 ff.

<sup>9</sup> Bei vertraglichen Schadenersatzforderungen findet Art. 43 Abs. 1 OR über den Verweis von Art. 99 Abs. 3 OR Anwendung.

<sup>10</sup> Will der Haftpflichtige auf eine andere Art Ersatz leisten, so hat er entsprechend Antrag zu stellen, und das so rechtzeitig, dass der Geschädigte sich im Prozess auf das Begehren umfassend einstellen kann. Dass der Geschädigte die verschiedenen Entschädigungsarten, insbesondere alle Varianten einer Realentschädigung (vgl. BGE 100 II 134 E. 4), von Anfang an berücksichtigt und entsprechend klagt, ist ihm nicht zumutbar. Vielmehr kann er sich darauf beschränken, Schadenersatz der gewünschten Art zu verlangen und abzuwarten, ob der haftpflichtige Beklagte eine andere Art der Schadenserledigung verlangt.

<sup>11</sup> Vgl. KOLLER (Fn. 8), § 46 N 52.

<sup>12</sup> Besondere, hier nicht interessierende Probleme der Schadenserledigung stellen sich dort, wo eine Schadensbeseitigung in natura nicht oder nur mit unverhältnismässigem Aufwand möglich ist. Ausser Betracht bleibt auch die sog. abstrakte Schadensberechnung (s. dazu KOLLER [Fn. 8], § 49 N 6 ff.).

<sup>13</sup> HERMANN LANGE/GOTTFRIED SCHIEMANN, Schadenersatz, 3. A. Tübingen 2003, S. 226.

<sup>14</sup> KARL OFTINGER/EMIL STARK, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band I, Allgemeiner Teil, 5. A. Zürich 1995, S. 99 Anm. 119; BERK/HURNI, N 75 zu Art. 58 ZPO; GEORG LEUCH/OMAR MARBACH/Franz KELLERHALS/MARTIN STERCHI, Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, 5. A. Bern 2000, N 1b zu Art. 89 ZPO/BE.

Art. 43 Abs. 1 OR sagt dies freilich – anders als beispielsweise Art. 205 Abs. 2 OR – nicht ausdrücklich. Doch würde die Bestimmung wenig Sinn ergeben, wenn der Richter nur im Rahmen der Parteianträge über die Art des Schadenersatzes entscheiden könnte. Denn dass er dies kann, das versteht sich von selbst. Aus der gleichen Überlegung wird zu Recht angenommen, dass Art. 525 Abs. 2 OR eine Einschränkung der Dispositionsmaxime enthält, obwohl ein ausdrücklicher Hinweis, dass der Richter nicht an die Anträge der Parteien gebunden ist, fehlt.<sup>15</sup>

2. Die in Ziff. 1 umschriebenen Grundsätze der Schadensregulierung müssen auch dort gelten, wo der Geschädigte einen Schaden in einer Fremdwährung erlitten hat (es wurden z. B. jemandem EUR 1000.– entwendet). Demnach kann der Geschädigte, wenn er den Schaden durch Aufwendungen in CHF beseitigt hat, Kostenersatz in CHF verlangen (z. B. BJM 1954, S. 245).<sup>16</sup> Oder er kann, solange eine Schadensbeseitigung nicht erfolgt ist, Schadenersatz in der Fremdwährung oder die für die Schadenstilgung nötige Summe in CHF beanspruchen. In diesem letzteren Fall entscheidet nötigenfalls, wenn sich also die Parteien nicht auf eine bestimmte Art der Schadenserledigung einigen können, der Richter über die Art des Schadenersatzes (Art. 43 Abs. 1 OR). Dabei hat er einem auf CHF gerichteten Schadenersatzbegehren stattzugeben, es sei denn, der Haftpflichtige habe ausnahmsweise ein schutzwürdiges Interesse daran, statt in CHF in einer fremden Währung zu leisten. Solche Fälle sind freilich dort, wo der Haftpflichtige – wie in den referierten Entscheiden – Sitz bzw. Wohnsitz in der Schweiz hat, kaum denkbar. Im Gegenteil geht das Interesse des Haftpflichtigen regelmässig in die entgegengesetzte Richtung (die Schadensregulierung in CHF ist einfacher als in einer Fremdwährung). Aus Art. 84 Abs. 2 OR folgt nichts anderes.<sup>17</sup> Denn diese Bestimmung setzt eine Fremdwährungsschuld voraus, im vorliegenden Kontext geht es aber um die gleichsam vorgelagerte Frage, ob eine Fremdwährungsschuld vorliegt oder nicht. Damit befasst sich die Bestimmung nicht (vgl. BGH, WM 1977, S. 479 [massgeblich seien §§ 249 ff. BGB, nicht § 244 BGB]). Sie kommt erst und nur dann – analog<sup>18</sup> – zum Zuge, wenn der Richter dem Geschädigten Schadenersatz in einer fremden Währung zugesprochen und dadurch eine Fremdwährungsschuld begründet hat. Alsdann kann der Haftpflichtige unter den dort erwähnten Voraussetzungen<sup>19</sup> statt in der geschuldeten ausländischen Währung in CHF leisten.

Die hier vertretene Ansicht stimmt im Ergebnis – wenn auch nicht in der Begründung – mit der konstanten deutschen Rechtsprechung überein. Das ist deshalb besonders bemerkenswert, weil der Geschädigte nach deutschem Recht (§ 249 Abs. 1 BGB) – wie gesagt – grundsätzlich nur einen Anspruch auf Realersatz hat und man daher eigentlich erwarten würde, dass er dort, wo er einen Fremdwährungsschaden erlitten hat, Schadenserledigung nur in dieser Währung verlangen kann. Indes haben sowohl das Reichsgericht als auch der BGH immer wieder erkannt, ein in Deutschland wohnender Haftpflichtiger sei auf Begehren des Geschädigten zu Schadenersatz in inländischer

Währung (RM, DEM, EUR) zu verurteilen. Das gelte auch gegenüber einem im Ausland wohnhaften Schadenersatzgläubiger (BGH, NJW-RR 1988, S. 30)<sup>20</sup>. Vorbehalten werden lediglich Fälle, in denen der Haftpflichtige «triftige Gegengründe» für eine Schadenersatzleistung in der Fremdwährung habe (BGH, NJW 1954, S. 1441). Solche «triftigen Gegengründe» hat die Rechtsprechung allerdings, soweit ersichtlich, noch nie angenommen.<sup>21</sup> Die deutsche Lehre hat den Standpunkt der Rechtsprechung grossmehrheitlich übernommen.<sup>22</sup>

15 MAX GULDENER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. A., Zürich 1979, S. 152 f.; HANS ULRICH WALDER-RICHLI/BEATRICE GROB-ANDERMACHER, Zivilprozessrecht, 5. A., Zürich 2009, § 16 N 3.

16 Es ging hier um Folgendes: A. hatte der B. AG den Auftrag erteilt, ihre Zollkaution für drei Lastwagentransporte von Glaswaren durch Deutschland mit Bestimmungsort Amsterdam zur Verfügung zu stellen. Dabei verheimlichte er, dass sich ausser den Glaswaren auch Zigaretten unter der Ladung befanden. Die deutschen Zollbehörden erhielten davon Kenntnis, beschlagnahmten die Ware und machten gegenüber der B. AG eine Abgabenforderung geltend. Um diese abzuwehren, beauftragte die AG – mit Erfolg – einen Wirtschaftsprüfer. Dessen Rechnung im Betrag von DEM 17 960.– bezahlte die B. AG und wendete hierfür CHF 18 732.– auf. Diesen Betrag konnte die AG vom Auftraggeber A. nach Art. 402 Abs. 2 OR ersetzt verlangen. Statt den Schaden selber zu beseitigen und Kostenersatz zu verlangen, hätte sie von A. auch Befreiung von ihrer Schuld (Realersatz) oder Ersatz der mutmasslichen Aufwendungen in CHF verlangen können. Gegebenenfalls hätte der Richter über die Art des Schadenersatzes nach seinem Ermessen zu befinden gehabt (Art. 43 Abs. 1 OR i. V. m. Art. 99 Abs. 3 OR). In diesem Entscheid ist übrigens – anders als in dem in BGE 137 III 158 entschiedenen Fall – niemand der Idee verfallen, es könnte eine Fremdwährungsschuld vorliegen, weil der Schaden (Schuld in DEM) im Ausland (Deutschland) entstanden war!

17 Anders offenbar das Appellationsgericht des Kantons Tessin im Entscheid, der in BGE 137 III 158 Anfechtungsgegenstand war.

18 Unmittelbar bezieht sich Art. 84 OR – gleich wie § 244 BGB – nur auf vertragliche Schulden (s. Abs. 2).

19 S. dazu KOLLER (Fn. 8), § 41 N 13 ff., 27 ff. Nach Art. 84 Abs. 2 OR ist die Tilgung einer Fremdwährungsschuld – bei sonst gegebenen Voraussetzungen – dann ausgeschlossen, wenn gemäss Vertrag bzw. Urteil eine sog. Effektivschuld vorliegt.

20 In diesem Entscheid ging es um Folgendes: Ein in Israel wohnender Bürger dieses Staates unternahm zusammen mit seiner Frau eine Urlaubsreise durch Europa. In Deutschland mietete er ein Auto und fuhr mit diesem nach Frankreich. Hier verursachte er einen Unfall, bei dem seine Frau verletzt wurde. Diese musste in Toulouse in Spitalpflege gebracht werden. Daraus entstanden ihr Aufwendungen im Betrag von rund FRF 86 000.–. In der Folge klagte die Frau gegen die deutsche Versicherungsgesellschaft, bei welcher ihr Mann haftpflichtversichert war, auf Ersatz des Gegenwertes in DEM (rund 62 000.–). Die Klage wurde gutgeheissen und u. a. ausgeführt: «Bei der Zahlungspflicht der Bekl. handelt es sich nicht um eine Fremdwährungsschuld, bei der die Leistung sich gegenständlich auf eine fremde Währung bezieht. Vielmehr ist die Tatsache, dass die Aufwendungen in ausländischer Währung entstanden sind, nur als Berechnungsfaktor bei der Ermittlung bei der von der Bekl. zu erbringenden Ersatzleistung zu berücksichtigen.»

21 Will freilich der Geschädigte in der fremden Währung entschädigt werden, so ist diesem Begehren ohne Weiteres stattzugeben (§ 249 Abs. 1 BGB). Er hat somit praktisch – wie hier vertreten – ein Wahlrecht, welches nur durch die schützenswerten Interessen des Haftpflichtigen beschränkt wird.

22 Nw. bei Staudinger/SCHMIDT (Fn. 6), N 24 zu § 244 BGB; neustens Staudinger/OMLOR, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2016, N 49 ff. zu § 244 BGB.

### III. Kritik an der bundesgerichtlichen Rechtsprechung

In BGE 137 III 158 hat das Bundesgericht eine Fremdwährungsschuld – wie gesagt – deshalb angenommen, weil der Schaden in einem ausländischen Staat (Nigeria) eingetreten war. Weshalb dieses Kriterium massgeblich sein soll, ist schwer einzusehen und wird im Entscheid nicht dargelegt. Massgeblich muss vielmehr sein, dass der Geschädigte von jenem, der ihn in haftbar machender Weise geschädigt hat, integralen Schadensausgleich verlangen kann, und dies in Schweizer Währung, wenn damit dieses Ziel erreicht wird. Kann ein integraler Schadensausgleich auch auf andere Weise erreicht werden, so darf der Richter auf eine andere Art der Schadenserledigung (Schadenersatz in fremder Währung) erkennen, jedoch nur dort, wo dies den Umständen angemessen ist (Art. 43 Abs. 1 OR). Dafür müssen besondere Gründe aufseiten des Haftpflichtigen vorliegen. Solche Gründe sind dort, wo der Beklagte seinen Wohnsitz in der Schweiz hat – wie gesagt – kaum vorstellbar. In dem vom Bundesgericht beurteilten Fall war der von der Klägerin behauptete Schaden in vier verschiedenen fremden Währungen (USD, GBP, EUR, MTL) eingetreten. Bei gegebenen Haftungsvoraussetzungen hatte daher der Beklagte, folgt man dem Bundesgericht, den Schaden in diesen vier Währungen auszugleichen. Dieses Ergebnis vermag nur schon unter praktischen Gesichtspunkten nicht zu überzeugen: Es leuchtet nicht ein, weshalb es jemandem, der durch einen Haftungstatbestand, insbesondere deliktisches oder vertragswidriges Verhalten, gezwungen ist, Devisen zu beschaffen, verwehrt sein sollte, den dafür nötigen Frankenbetrag ersetzt zu verlangen (darauf läuft der besagte Entscheid hinaus). Dazu kommt, dass der Beklagte kein rechtserhebliches Interesse daran hatte, den entstandenen Schaden in vier verschiedenen Währungen statt in CHF zu begleichen.

Nicht richtig war es jedenfalls, die Klage ohne Prüfung des Haftungstatbestandes mit der Begründung abzuweisen, die Klägerin hätte auf Schadenersatz in den besagten Fremdwährungen klagen müssen. Denn das Gericht war nach Art. 43 Abs. 1 OR nicht an diesen Antrag gebunden, vielmehr hätte es bei gegebenen Haftungsvoraussetzungen von Amtes wegen auf Schadenersatz in den fraglichen Währungen entscheiden können (oben II, Ziff. 1, letzter Absatz).<sup>23</sup>

In BGE 4C.191/2004 hat das Bundesgericht – wie gesagt – angenommen, bei einem vertraglichen Schadenersatzanspruch sei auf die vertraglich abgemachte Währung abzustellen, sofern der Anspruch auf Schadenersatz an die Stelle der vertraglichen Zahlungspflicht getreten sei.<sup>24</sup> Weshalb dieser Gesichtspunkt massgeblich sein soll, wird jedoch vom Bundesgericht – wie auch von SCHRANER<sup>25</sup>, auf den sich das Bundesgericht beruft – nicht begründet. M. E. handelt es sich wiederum um ein sachfremdes Kriterium, das sich in keiner Weise auf die oben umschriebenen allgemeinen Grundsätze der Schadensregulierung (Art. 43 Abs. 1 OR i. V. m. Art. 99 Abs. 3 OR) zurückführen lässt. Hätte das Bundesgericht diese herangezogen, hätte es auf Schadenersatz in CHF erkennen müssen.<sup>26</sup> Dass die Kläge-

rin in London wohnte, änderte nichts, solange sie ein rechtserhebliches Interesse daran hatte, in dieser Währung entschädigt zu werden (vgl. BGH, NJW-RR 1988, S. 30, dazu Fn. 20).<sup>27</sup>

Interessant ist, dass die Vorinstanz des Bundesgerichts, die Genfer Cour de Justice, entgegen dem Klageantrag nicht auf Schadenersatz in CHF, sondern auf Ersatz in USD erkannt hatte. Offenbar fühlte sie sich nicht an die Dispositionsmaxime gebunden. Offen ist, ob dies in Anwendung von Bundesrecht (Art. 43 Abs. 1 OR) oder in Anwendung kantonalen Rechts (bis zum Erlass der eidgenössischen ZPO gehörte die fragliche Maxime – wie gesagt [Fn. 4] – dem kantonalen Recht an) geschah.

### IV. Zusammenfassendes Fazit

Art. 43 Abs. 1 OR enthält zwei Regeln: eine materielle rechtliche (der Richter entscheidet über die Art des Schadenersatzes nach seinem Ermessen) und eine prozessrechtliche (der Richter ist nicht an die Parteianträge gebunden). Beide Regeln sind auch vom Bundesgericht anerkannt, ausser dort, wo jemand einen finanziellen Schaden in einer fremden Währung erleidet. In einem solchen Fall soll keine der beiden Regeln Geltung haben. Das Bundesgericht entscheidet also nur im Rahmen der Parteianträge über die Frage, in welcher Währung Ersatz zu leisten ist, und prüft bei seinem Entscheid nicht, welche Schadensregulierung den Umständen (Art. 4 ZGB) angemessen ist. Stattdessen zieht es zwei Kriterien heran, welche es im Zürcher Kommentar von SCHRANER (zu Art. 84 OR, nicht Art. 43 OR) gefunden hat. Eine Begründung für die Nichtanwendung von Art. 43 Abs. 1 OR sucht man vergeblich, sowohl beim Bundesgericht als auch bei SCHRANER. M. E. hat Art. 43 Abs. 1 OR generelle Geltung und mit ihm auch die damit einhergehende Einschränkung der Dispositionsmaxime. Folgt man der hier vertretenen Auffassung, so wurden in den zur Diskussion stehenden Entscheiden zu Unrecht Fremdwährungsschulden angenommen.

<sup>23</sup> Unzutreffend daher m. E. auch das Kassationsgericht des Kantons Zürich in einem Beschluss vom 23. 3. 2012 E. II/4 (Geschäftsnummer AA110002, zu finden auf <<http://www.gerichte-zh.ch>>).

<sup>24</sup> Ebenso das Handelsgericht Zürich in ZR 2007, S. 1, 12 unten.

<sup>25</sup> ZÜRK/SCHRANER, N 181 zu Art. 84 OR.

<sup>26</sup> Die Genfer Cour de Justice hatte – wie gesehen – ebenfalls auf eine Fremdwährungsschuld erkannt. In einem anderen Entscheid ist sie hingegen in einem Fall, in dem ein Schaden in EUR entstanden war, mit Selbstverständlichkeit von einer Inlandwährungsschuld ausgegangen und hat die auf Ersatz in CHF gerichtete Klage gutgeheissen. Das Bundesgericht hat dann zwar die Klage abgewiesen (BGE 4A\_251/2010), aber nicht aus der Überlegung, dass auf Ersatz in fremder Währung hätte geklagt werden müssen, sondern weil es den Schaden als solchen – zu Unrecht – nicht für ersatzfähig hielt (Ablehnung der Differenztheorie, s. zu diesem Entscheid ALFRED KOLLER, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, Band I, Bern 2012, § 4 N 66).

<sup>27</sup> Von selbst versteht sich, dass Währungsrisiken, die nach schadenersatzrechtlichen Gesichtspunkten zulasten des Geschädigten gehen, im Prozess nicht mittels Geltendmachung des Schadenersatzes in einer bestimmten Währung auf den Haftpflichtigen abgewälzt werden können.