

Zeitschrift für

# VERBRAUCHER- RECHT

Chefredakteur **Peter Kolba**Redaktionsleitung **Petra Leupold**Redaktion **Raimund Bollenberger, Wilma Dehn, Alexander Klauser,  
Petra Leupold, Paul Oberhammer, Christian Rabl**

März 2014

02

33 – 64

Beiträge

## Aufrechnung bei Fremdwährungskrediten

*Alexander Schopper* ➔ 40

Die Verjährung von Ansprüchen gegenüber dem Prospektkontrollor

*Eveline Artmann* ➔ 36Zum Kausalitätsgegenbeweis bei Aufklärungspflichtverletzungen  
nach dem Eintritt des Versicherungsfalls*Martin Ramharter* ➔ 44Verbrauchergerichtsstand aus Art 15 Abs 1 lit c EuGVVO bei  
Vertragsschluss nach Internetwerbung auch ohne Kausalitätsnachweis*Michael Slonina* ➔ 48Rechtsprechung

Präklusion von Ansprüchen aus fehlerhafter Prospektkontrolle ➔ 53

Zulässigkeit eines insolvenzbedingten Forderungsverzichts

*Stephan Foglar-Deinhardstein* ➔ 55Rücktrittsrecht beim Lebensversicherungsvertrag *Petra Leupold* ➔ 57

Internationale Zuständigkeit bei Produkthaftung ➔ 61

Pro & Contra

## Gefährdung von Kundeninteressen durch Provisionsberatung?

*Johann Kriegner/Bernhard Koch* ➔ 62

# Aufrechnung bei Fremdwährungskrediten

VbR 2014/26

§§ 1438 ff, 1293 ff,  
1489 ABGB

OGH 18. 2. 2013,  
7 Ob 9/13 v;

OGH 5. 4. 2013,  
8 Ob 66/12 g

Fremdwährungs-  
kredit;

Verjährung;

Anlageberatung;  
Schadenersatz

Zunehmend sind österr Gerichte mit Fragen der Fehlberatung beim Abschluss von Fremdwährungskrediten (FWK) befasst. Dabei stellt sich häufig die Frage, ob der Kreditnehmer (KN) gegenüber der kreditgebenden Bank berechtigt ist, einseitig gegen deren Rückzahlungsforderung aus dem endfälligen Kreditvertrag mit seinen Schadenersatzansprüchen aufzurechnen. Das Problem hängt eng mit der Verjährung der Schadenersatzansprüche des KN zusammen.

Von Alexander Schopper

Die einseitige Aufrechnung ist an eine Reihe von Voraussetzungen geknüpft, die kumulativ (auch) im Zeitpunkt der Aufrechnungserklärung vorliegen müssen:

## A. Gegenseitigkeit

Erste Voraussetzung der Aufrechnung ist die Gegenseitigkeit der beteiligten Forderungen (§§ 1438, 1441 Satz 1 ABGB).<sup>1)</sup> Die Aufrechnung mit Forderungen von Dritten oder mit Forderungen gegen Dritte ist grundsätzlich ausgeschlossen.<sup>2)</sup>

Die Voraussetzung der Gegenseitigkeit der beteiligten Forderungen ist erfüllt, wenn die Bank als Aufrechnungsgegner Schuldner der Schadenersatzforderung und Gläubiger der Rückzahlungsforderung aus dem Kredit ist. Haftet die kreditgebende Bank nicht allein, sondern gemeinsam mit einem Dritten – etwa einem Vermögensberater oder einem Vermittler – zur ungeteilten Hand für Schäden und Nachteile, die dem KN aus dem Abschluss eines bestimmten FWK entstehen, steht dies der Aufrechnung nicht entgegen.<sup>3)</sup>

Mangels Gegenseitigkeit kann der KN aber nicht gegen die Forderungen der kreditgebenden Bank mit Schadenersatzforderungen aufrechnen, die ihm ausschließlich gegen den Vermögensberater zustehen.

## B. Gleichartigkeit

„Forderungen, welche ungleichartige oder bestimmte und unbestimmte Sachen zum Gegenstande haben“, sind gem § 1440 Satz 1 ABGB nicht kompensabel. Maßgebend für das Kriterium der Gleichartigkeit ist der Gegenstand der Forderungen, nicht deren Entstehungsgrund.<sup>4)</sup> Es schadet daher nicht, dass die Forderung des Kunden schadenersatzrechtlicher Natur ist (idR culpa in contrahendo), während die Forderung der Bank auf dem Kreditvertrag beruht.

Auch gegen Fremdwährungsschulden kann nach hA<sup>5)</sup> mit Forderungen in inländischer Währung aufgerechnet werden, wenn nicht Effektivzahlung vereinbart ist und die Schuld im Inland zahlbar ist. Liegen dem FWK die ABB zugrunde, so handelt es sich gem Z 75 Satz 1 ABB um eine effektive Fremdwährungsschuld.<sup>6)</sup> Selbst bei

1) Vgl dazu *Dullinger*, Handbuch der Aufrechnung (1995) 5 ff; *Holly* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.01</sup> § 1441 Rz 1 ff; *Kozioł/Welser*, Bürgerliches Recht II<sup>13</sup> 102 jeweils mwN.

2) Zu den Ausnahmen vgl *Holly* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.01</sup> § 1441 Rz 11 ff mwN.

3) Allgemein dazu *Dullinger*, Handbuch 35 ff; *Kodek* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.01</sup> § 893 Rz 2; *Perner* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang*<sup>3</sup> §§ 893, 894 ABGB Rz 6.

4) OGH 3. 11. 1981, 5 Ob 575/81.

5) *Griss* in *KBB*<sup>3</sup> § 1440 ABGB Rz 1.

6) Siehe dazu *Bollenberger* in *Apathy/Iro/Kozioł*, Österreichisches Bankvertragsrecht<sup>2</sup> IV Rz 1/119.

Zahlbarkeit im Inland steht die dadurch bewirkte Ungleichartigkeit der beteiligten Forderungen einer einseitigen Aufrechnung durch den KN entgegen.

Allerdings dürfte den KN im praktischen Regelfall bei einem FWK keine „echte Fremdwährungsschuld“ treffen. Häufig wurde vertraglich vereinbart, dass der Kunde die Tilgung bei Laufzeitende in Euro leistet und die kreditgebende Bank in die Fremdwährung umtauscht.<sup>7)</sup> Eine abweichende vertragliche Vereinbarung geht Z 75 Satz 1 ABB vor. § 907b ABGB berechtigt den KN im Zweifel, die Fremdwährungsschuld mit befreiender Wirkung anstatt in fremder Währung auch in Euro zu bezahlen. Dem KN steht in diesen Fällen eine Ersetzungsbefugnis zu,<sup>8)</sup> die er auch in der Weise ausüben kann, dass er mit seiner in Euro bestehenden Schadenersatzforderung gegen die Fremdwährungsforderung der Bank aufrechnet.<sup>9)</sup> Liegt eine solche Ersetzungsbefugnis entweder kraft vertraglicher Vereinbarung oder aufgrund des § 907b ABGB vor, ist die Gleichartigkeit mit der in Euro bestehenden Schadenersatzforderung des KN gegeben.

Das Gleichartigkeitserfordernis könnte aber noch durch einen anderen Gesichtspunkt in Zweifel gezogen werden: Wie bei Anlegerklagen iZm einer Fehlberatung bei Effekteschäften sind auch die Klagen geschädigter Fremdwährungs-KN häufig auf eine sog „Naturalrestitution“ gerichtet. Der KN begehrt so gestellt zu werden, als hätte er statt des FWK-Vertrags einen Euro-Kredit abgeschlossen. Bei richtiger Beratung durch die kreditgebende Bank hätte er keinen endfälligen FWK mit Tilgungsträger aufgenommen, sondern einen „gewöhnlichen“ Euro-Ratenkredit. Kombiniert der KN dieses Begehren mit einer Aufrechnung, ist näher zu prüfen, ob das Begehren des KN (auch) ein Rechtsgestaltungsbegehren darstellt, gerichtet auf Aufhebung des unerwünschten FWK-Vertrags (ev samt Tilgungsträgervertrag) und auf Verschaffung jener Finanzierungsform, welche der Kläger bei ordnungsgemäßer Beratung gewählt hätte (zB Euro-Ratenkredit). Geldleistungsansprüche und Rechtsgestaltungsansprüche sind ungleichartig und damit inkompatibel.<sup>10)</sup> Nichts anderes gilt mE, wenn der KN die Vertragsaufhebung und damit eine Rechtsgestaltung aus dem Titel des Schadenersatzes begehrt. Nicht betroffen sind aber Geldleistungsansprüche, die dem KN nach oder neben der Rechtsgestaltung (Vertragsaufhebung) gegen die kreditgebende Bank zustehen.<sup>11)</sup>

## C. Fälligkeit

### 1. Fälligkeit der Schadenersatzforderung des KN

Wäre die Aufrechnung mit einer Forderung bereits vor Eintritt ihrer Fälligkeit zulässig, könnte der aufrechnende Gläubiger vorzeitig Befriedigung erlangen. Die Fälligkeit der Gegenforderung als Aufrechnungsvoraussetzung (§ 1439 ABGB) schützt den Aufrechnungsgegner somit davor, im Wege der einseitigen Aufrechnung zur vorzeitigen Erfüllung seiner Schuld gegenüber dem Aufrechnenden verpflichtet zu werden.

Zuletzt hat der OGH für den Eintritt der Fälligkeit der Schadenersatzforderung eines Fremdwährungs-KN auf den Zeitpunkt abgestellt, in dem „der Geschädigte den Schaden (zahlenmäßig bestimmt) eingemahnt hat“.<sup>12)</sup> Da

der klagende KN in dem Fall vor Eintritt der Verjährung seiner Schadenersatzforderung nicht an die beklagte Bank wegen der Geltendmachung irgendeiner Schadenersatzforderung herantrat, kommt der OGH zum Schluss, dass vor Eintritt der Verjährung der Schadenersatzforderung – mangels deren Fälligkeit – eine Aufrechnungslage niemals verwirklicht gewesen sei. Daher könne der Geschädigte auch gegen die Darlehensforderung der beklagten Bank nicht erfolgreich aufrechnen.

Allerdings dürfte der Entscheidung ein nicht ausreichend differenzierter Fälligkeitsbegriff zugrunde liegen. Wie insb *Koziol*<sup>13)</sup> zutr darlegt, ist bei der Fälligkeit von Schadenersatzforderungen zwischen der „Fälligkeit iES“ und der „Fälligkeit iwS“ zu unterscheiden. Fälligkeit iES bedeutet, dass der Schuldner verpflichtet ist, die Leistung zu erbringen, anderenfalls Verzugsfolgen eingreifen. Fälligkeit iwS bezeichnet hingegen jenen Zeitpunkt, in dem der Gläubiger die Erfüllung fordern kann und der Schuldner leisten darf. Die Fälligkeit der Gegenforderung soll als Aufrechnungsvoraussetzung verhindern, dass der Aufrechnende durch die einseitige Aufrechnung vorzeitige Befriedigung erlangen kann.<sup>14)</sup> Daher kann es iZm der Aufrechnung nur auf die Fälligkeit iwS ankommen, denn sie bestimmt den Zeitpunkt, ab dem der Aufrechnende die Leistung fordern kann.

Die Fälligkeit iwS tritt bei Schadenersatzforderungen grundsätzlich bereits mit dem Schadenseintritt ein.<sup>15)</sup> Den Eintritt des realen Schadens hat der 8. Senat jüngst zutreffend mit dem Zeitpunkt des Vertragsabschlusses über einen FWK mit einer vom KN nicht gewollten Risikoneigung angenommen.<sup>16)</sup> Allerdings fällt dieser Zeitpunkt in den hier untersuchten Fällen idR nicht mit dem Zeitpunkt zusammen, in dem der geschädigte KN bereits Erfüllung verlangen kann. Die Besonderheit der vorliegenden Fälle besteht nämlich darin, dass sich der Schadenersatzanspruch des KN der Höhe nach erst beziffern lässt, wenn der FWK-Vertrag ausläuft. Bis dahin kann sich die Schadenshöhe vor allem auf Grund von Wechselkurs- oder Zinsschwankungen täglich ändern. Daher ist nach der Rsp auch die an sich subsidiäre Feststellungsklage zulässig.<sup>17)</sup> Ebenso wie die Leistungsklage scheidet dann aber auch eine Aufrechnung aus, solange

7) Auch ein vertraglich eingeräumtes Recht des KN zur jederzeitigen Konvertierung in Euro dürfte gegen das Vorliegen einer effektiven Fremdwährungsschuld sprechen. Es handelt sich um ein Gestaltungsrecht des KN.

8) *Aichberger-Beig* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, *Klang*<sup>3</sup> § 905 a ABGB Rz 13; *Schuhmacher* in *Straube*, HGB I<sup>3</sup> Art 8 Nr 8 EVHGB Rz 6; *Schauer* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.00</sup> § 907 b Rz 5; *Binder* in *Schwimmann*, ABGB<sup>3</sup> § 905 Rz 53; *Mayrhofer*, Schuldrecht AT 50.

9) *Schauer* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.00</sup> § 907 b Rz 6; *Dullinger* in *Jabornegg*, HGB Art 8 Nr 8 EVHGB Rz 8; *Griss* in *KBB*<sup>3</sup> § 1440 ABGB Rz 1; OGH 22. 10. 2011, 1 Ob 77/01 g.

10) *Leupold* in *Schwimmann*, TK ABGB<sup>2</sup> § 1440 Rz 1; zu Wandlung und Preisminderung OGH 24. 5. 1950, 2 Ob 471/49; ebenso *Holly* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.01</sup> § 1440 Rz 2/2.

11) Ebenso für den Bereicherungsanspruch nach Rechtsgestaltung *Dullinger* in *Rummel*, ABGB<sup>3</sup> § 1440 Rz 1.

12) Vgl OGH 18. 2. 2013, 7 Ob 9/13 v VbR 2013/32 mit Verweis auf RIS-Justiz RS0023392; *Harrer* in *Schwimmann*, ABGB<sup>3</sup> § 1323 Rz 63; *Reischauer* in *Rummel*, ABGB<sup>3</sup> § 1323 Rz 16 mwN.

13) *Koziol*, Haftpflichtrecht I<sup>3</sup> (1997) Rz 15/1 ff.

14) *Heidinger* in *Schwimmann*, ABGB<sup>3</sup> § 1439 Rz 12; *Holly* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.01</sup> § 1439 Rz 8.

15) *Koziol*, Haftpflichtrecht I<sup>3</sup> Rz 15/4.

16) OGH 5. 4. 2013, 8 Ob 66/12 g VbR 2013/11

17) OGH 24. 10. 2012, 8 Ob 39/12 m.

der Schaden noch nicht endgültig beziffert werden kann. Der Aufrechnende könnte vom Gläubiger keine Erfüllung iS einer Zahlung fordern, weil er die geschuldete Leistung noch gar nicht beziffern kann. Folgerichtig ist auch die Aufrechnung unzulässig, da die Aufrechnung nur eine Form der Erfüllung ist.<sup>18)</sup> Daher ist mE auch dem 7. Senat zuzustimmen, wenn dieser fordert, dass ein fälliger Schadenersatzanspruch ziffernmäßig bestimmt sein muss.<sup>19)</sup> Die Fälligkeit iWSt setzt nämlich voraus, dass der Geschädigte „Erfüllung“ verlangen kann, was aber erst möglich ist, wenn sich der Schaden beziffern lässt. Erst dann steht der Aufrechnende vor der Wahl, ob er mit seiner Gegenforderung aufrechnet oder stattdessen die Leistung fordert. Für die Aufrechnung folgt daraus, dass erst im Zeitpunkt, in dem der Schaden endgültig beziffert werden kann, Fälligkeit iSd § 1439 ABGB vorliegt und bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen erst zu diesem Zeitpunkt die Aufrechnungslage erstmalig eintritt.

Nicht relevant ist hingegen die vom 7. Senat geforderte Einmahnung des Schadenersatzes gegenüber dem Schädiger (oder auch eine Klage bzw Klagsverweigerung), weil es sich um eine Tatbestandsvoraussetzung der Fälligkeit iES handelt, auf die der Fälligkeitsbegriff des § 1439 ABGB nicht abstellt.<sup>20)</sup>

## 2. Fälligkeit der Rückzahlungsforderung des Kreditgebers

Davon zu unterscheiden ist die Fälligkeit der Hauptforderung, also der Rückzahlungsforderung der Bank. Diese ist keine Voraussetzung der Aufrechnung, wenn der Aufrechnende berechtigt ist, vorzeitig zu zahlen.<sup>21)</sup> FWK sind idR endfällig, dh die Fälligkeit der Rückzahlungsforderung der Bank tritt erst am Laufzeitende ein. Eine einseitige Aufrechnung durch den KN bereits vor der am Laufzeitende eintretenden Fälligkeit der Rückzahlungsforderung setzt voraus, dass der Kunde zur vorzeitigen Rückzahlung berechtigt ist. Das ist im Einzelfall zu prüfen, wobei § 16 VKrG<sup>22)</sup> idR aus zeitlichen Gründen nicht anwendbar sein wird, wohl aber § 33 Abs 8 BWG idF BGBl 2000/33 und § 12 a KSchG idF BGBl 2009/66.

Ist die Hauptforderung noch nicht fällig und der KN auch nicht zur vorzeitigen Rückzahlung berechtigt, ist eine einseitige Aufrechnung unzulässig. Die damit verbundene Folgefrage, ob der KN der fehlenden Fälligkeit der Hauptforderung als Aufrechnungsvoraussetzung ausweichen kann, indem er die Aufrechnung während der Laufzeit des FWK-Vertrags im Wege einer Feststellung begehrt, ist mE zu verneinen. „Wer aufrechnet, hebt ein und zahlt.“<sup>23)</sup> Das kann mE nicht über den Umweg einer Feststellungsklage vor Fälligkeit der Hauptforderung und endgültiger Bestimmbarkeit der Höhe der Gegenforderung<sup>24)</sup> erfolgen.

## D. Richtigkeit

### 1. Richtigkeit als Aufrechnungsvoraussetzung

Die einseitige Aufrechnung setzt gem § 1439 ABGB die Richtigkeit der Gegenforderung voraus. Richtigkeit bedeutet für die hier interessierenden Fälle, dass die Schadenersatzforderung des KN gültig entstanden ist und

auch noch im Zeitpunkt der Aufrechnungserklärung besteht sowie dass die Forderung frei von Einreden und klagbar ist.<sup>25)</sup> Eine Naturalobligation ist nicht klagbar, also unrichtig, weshalb mit einer Naturalobligation nicht aufgerechnet werden kann.<sup>26)</sup> Verjährte Forderungen sind Naturalobligationen, sofern sich der Schuldner im Prozess darauf beruft.<sup>27)</sup> Konsequenterweise müsste daraus die Unzulässigkeit der Aufrechnung mit einer verjährten Schadenersatzforderung des KN folgen. Denn auch für verjährte Forderungen müsste der ansonsten anerkannte Grundsatz gelten, wonach fehlende Klagbarkeit nicht durch Aufrechnung ersetzt werden kann.

## 2. Rsp zur Aufrechnung mit verjährten Forderungen

Der OGH macht aber in stRsp von diesem Grundsatz eine Ausnahme. Demnach kann auch mit verjährten Forderungen aufgerechnet werden, „sofern sie in dem Zeitpunkt, in dem sich die gegenseitigen Forderungen erstmals aufrechenbar gegenüberstanden, noch nicht verjährt waren.“<sup>28)</sup> Die Aufrechnungserklärung wirke auf den Zeitpunkt des erstmaligen Zusammentreffens der aufrechenbaren Forderungen zurück. War die Gegenforderung im Zeitpunkt der erstmaligen Aufrechnungslage noch nicht verjährt, schadet eine spätere Verjährung nicht. Das soll selbst dann gelten, wenn die Klage auf Zahlung der Gegenforderung bereits rechtskräftig wegen Verjährung abgewiesen wurde.<sup>29)</sup>

18) Vgl dazu aus Deutschland BGH 10. 3. 1988, VII ZR 8/87 NJW 1988, 2542: „Die Hauptforderung muß aber wenigstens entstanden und erfüllbar sein.“

19) Vgl OGH 18. 2. 2013, 7 Ob 9/13 v VbR 2013/32.

20) Im Ergebnis ebenso *Leupold*, Fehlberatung beim Fremdwährungskredit und Verjährung, VbR 2013, 63; die vom 7. Senat betonte Relevanz einer Anzeige gegenüber dem Schädiger vor Verjährungseintritt der Gegenforderung könnte jedoch mit einer Analogie zu § 414 Abs 3 Satz 1 UGB begründet werden. Die Norm lässt die Aufrechnung mit verjährten Ansprüchen ausnahmsweise zu, wenn gegenüber dem Spediteur (Schädiger) vor Ablauf der Verjährungsfrist eine Anzeige erfolgt ist. Gegen die analoge Anwendung dieser Sondernorm im allgemeinen Zivilrecht wurde in Ö vor allem vorgebracht, dass es sich um eine aus Deutschland kommende, spezielle Regel handle, die mit der übrigen österr Rechtsordnung nicht übereinstimme, weshalb sie zwar in ihrem Anwendungsbereich Wirksamkeit entfalte, es aber an jedem vernünftigen Grund fehle, sie darüber hinaus (im Wege der Analogie) zur Anwendung zu bringen; vgl *Eypeltauer*, Verjährung und Aufrechnung, JBl 1991, 137 (150f); *P. Bydlinski*, Die Aufrechnung: Verjährung, Rückwirkung und § 414 Abs 3 HGB, RdW 1993, 238 (239f). Der österr Gesetzgeber hielt im Handelsrechts-Änderungsgesetz aber an § 414 Abs 3 Satz 1 UGB fest, während er andere Normen mit Herkunft aus dem deutschen Zivil- bzw Handelsrecht verwarf. Seit der UGB-Reform hat das Argument der ausländischen Wurzeln von § 414 Abs 3 Satz 1 UGB daher mE zumindest an Gewicht verloren.

21) Vgl *Dullinger*, Handbuch 95; *Kozioł/Welser*, Bürgerliches Recht II<sup>13</sup> 102; *Holly* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.01</sup> § 1439 Rz 8.

22) Das VKrG ist am 11. 6. 2010 in Kraft getreten und nur auf Kreditverträge anwendbar, die nach dem 10. 6. 2010 abgeschlossen bzw gewährt wurden.

23) Siehe zB OGH 25. 10. 2011, 9 ObA 12/11 x; *Kozioł/Welser*, Bürgerliches Recht II<sup>13</sup> 101.

24) Dazu oben C.1.

25) Vgl etwa *Leupold* in *Schwimmann*, TK ABGB<sup>2</sup> § 1439 Rz 2.

26) HL; siehe *Dullinger*, Handbuch 84; *dies* in *Rummel*, ABGB<sup>3</sup> § 1439 Rz 3; *Heidinger* in *Schwimmann*, ABGB<sup>3</sup> § 1439 Rz 12; *Holly* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.01</sup> § 1439 Rz 5; *Riedler*, Zivilrecht II, Schuldrecht AT<sup>4</sup> Rz 12/11.

27) § 1501 ABGB.

28) OGH 5. 8. 1999, 1 Ob 110/99d; 28. 4. 2005, 8 Ob 51/04i; RIS-Justiz RS0034016.

29) OGH 11. 7. 1995, 4 Ob 546/95; krit dazu *Deixler-Hübner* in *Fasching/Konecny*<sup>2</sup> III § 391 ZPO Rz 19; *Holly* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.01</sup> § 1438 Rz 18; vgl aber auch BGH 24. 6. 1971, VII ZR 254/69 WM 1971, 1366 (1367).

Die Lösung der österr Rsp entspricht im Ergebnis § 215 BGB, der die Frage im Unterschied zum ABGB ausdrücklich regelt.<sup>30)</sup> Im Gegensatz zum Begründungsansatz, den der OGH wählt, lässt sich § 215 BGB aber nicht mit der Rückwirkung der Aufrechnungserklärung begründen.<sup>31)</sup> Die Vorläuferbestimmung von § 215 BGB, § 390 Satz 2 BGB aF, wurde bei Schaffung des BGB aus Gründen der Billigkeit und Zweckmäßigkeit eingeführt.<sup>32)</sup> Nach den Mat zum BGB<sup>33)</sup> habe der Schuldner erst dann Veranlassung zur Aufrechnung, wenn der Gläubiger seinerseits mit seinen Ansprüchen hervortrete. Er müsse bei vorheriger Geltendmachung seiner Forderung mit einer Klageabweisung im Hinblick auf die zu erwartende Aufrechnung des Gläubigers rechnen. Diesem könne nicht gestattet werden, den Schuldner durch Hinhalten bis zum Ablauf der Verjährung in der Annahme zu lassen, beide Forderungen blieben auf sich beruhen, um ihn anschließend durch Geltendmachung der Passivforderung um sein Guthaben zu bringen.

### 3. Lehre zur Aufrechnung mit verjährten Forderungen

Die Rsp des OGH, die sich vor allem auf Teile der älteren L<sup>34)</sup> stützen konnte, wird von der heute nahezu einhelligen L kritisiert.<sup>35)</sup> Maßgebend ist demnach, dass die Aufrechnungsvoraussetzungen (auch) im Zeitpunkt der Aufrechnungserklärung vorliegen müssen. Diese seien bei einer im Zeitpunkt der Aufrechnungserklärung bereits verjährten Gegenforderung aber nicht erfüllt. Die Zulässigkeit der Aufrechnung mit einer verjährten Forderung stehe überdies im Widerspruch zu grundlegenden Zwecken des Verjährungsrechts.

### 4. Stellungnahme

Bei der einseitigen Aufrechnung handelt es sich um eine dem Gläubiger der Hauptforderung aufgezwungene Befriedigung.<sup>36)</sup> Daher setzt die einseitige Aufrechnung das Vorliegen der Aufrechnungsvoraussetzungen (auch) im Zeitpunkt der Aufrechnungserklärung voraus.<sup>37)</sup> Ist die Schadenersatzforderung des KN im Zeitpunkt der Aufrechnungserklärung bereits verjährt, fehlt es an der Richtigkeit gem § 1439 ABGB. Schon aus diesem Grund ist die einseitige Aufrechnung mit einer verjährten Forderung mE unzulässig.

Das ABGB enthält keine Grundlage, wonach von dieser Regel eine auf verjährte Forderungen beschränkte Ausnahme zu machen wäre. Es fehlt im ABGB eine mit § 215 BGB vergleichbare Ausnahmbestimmung. Im Unterschied zum BGB anerkennt das ABGB somit kein schützenswertes Interesse des Schuldners der Hauptforderung am Erhalt der einmal eingetretene Aufrechnungslage.<sup>38)</sup> Daher muss auch für verjährte Forderungen die allgemeine Regel des § 1439 ABGB gelten und zwar auch für den Zeitpunkt der Aufrechnungserklärung.

Mit der Rückwirkung der Aufrechnung bzw mit § 1438 ABGB lässt sich eine auf verjährte Forderungen beschränkte Privilegierung nicht begründen. Dieser Begründungsansatz kann nicht erklären, warum nur für verjährte Forderungen auf den Zeitpunkt der erstmaligen Aufrechnungslage abzustellen ist, die anderen Aufrechnungsvoraussetzungen aber auch im Zeitpunkt der Aufrechnungserklärung vorliegen müssen. Käme

es für den Tatbestand der Richtigkeit iSd § 1439 ABGB aufgrund der Rückwirkung nur auf den Zeitpunkt der erstmaligen Aufrechnungslage an, stünde auch eine zwischenzeitig (nach erstmaliger Aufrechnungslage, aber vor der Aufrechnungserklärung) eingetretene Präklusion einer Aufrechnung nicht entgegen.

Auch eine Analogie zu § 1483 ABGB vermag die Zulässigkeit der Aufrechnung mit verjährten Forderungen nicht zu begründen, einerseits weil aufgrund der allgemeinen Regel in § 1439 ABGB gar keine Lücke vorliegt. Andererseits führt die Aufrechnung mit verjährten Forderungen zu besonderen, im Regelfall sogar unüberwindbaren Beweisschwierigkeiten für den Schuldner der Gegenforderung, was bei dem in § 1483 ABGB geregelten Fall nicht in gleichem Maß zu befürchten ist.<sup>39)</sup> Im Übrigen steht § 1483 ABGB als Sonderregel nicht in Konflikt mit den Grundgedanken der Verjährung, nämlich Rechtssicherheit und Rechtsfrieden,<sup>40)</sup> was bei der Aufrechnung mit verjährten Forderungen hingegen sehr wohl der Fall ist.

Die Annahme der Zulässigkeit der Aufrechnung mit verjährten Schadenersatzforderungen steht im Widerspruch zu anerkannten Verjährungszwecken (Schutz des vermeintlichen Schuldners vor unberechtigter Inanspruchnahme, Dispositionssicherheit, Vermeidung von Beweisschwierigkeiten).<sup>41)</sup> Das gilt gerade auch für die hier interessierenden Fälle, weil sich FWK regelmäßig über einen sehr langen Zeitraum erstrecken. Seit der schadensstiftenden Fehlberatung sind häufig bereits 15 bis 20 Jahre vergangen. Nach diesem Zeitraum wird der damalige Berater nur mehr im Ausnahmefall greifbar sein, gegebenenfalls wird er in einer Zeugenaussage nichts mehr zur Aufklärung des historischen Sachverhalts beitragen können. Die Bank (und ihre Gläubiger) hat somit ein berechtigtes Interesse an der raschen Klärung der Rechtslage.

Daher ist mE iS der heute hL von der Unzulässigkeit der Aufrechnung mit verjährten Forderungen auszugehen.<sup>42)</sup> →

30) Vgl auch DCFR Art III-7:503, Notes 1 und 2; Art 120 Abs 3 schwOR.

31) Ausführlich *P. Bydlinski*, Die Aufrechnung mit verjährten Forderungen, AcP 196 (1996) 276 (293 ff); diesem folgend *Grothe* in MünchKomm BGB<sup>6</sup> § 215 Rz 6; vgl auch *Gernhuber*, Die Erfüllung und ihre Surrogate<sup>2</sup> (1994) § 12 VII 7.

32) Vgl *Grothe* in MünchKomm BGB<sup>6</sup> § 215 Rz 6.

33) *Mugdan*, Materialien zum Bürgerlichen Recht für das Deutsche Reich II (1899) 561; s *Grothe* in MünchKomm BGB<sup>6</sup> § 215 Rz 6; vgl auch *P. Bydlinski*, AcP 196 (1996) 276 (293 ff).

34) *Gschntzer* in *Klang VI*<sup>2</sup> 502; *Klang* in *Klang VI*<sup>2</sup> 663 mwN; *M. Bydlinski* in *Rummel*, ABGB<sup>3</sup> § 1451 Rz 1; *Kozioł/Welser*, Bürgerliches Recht II<sup>13</sup> 106.

35) *P. Bydlinski*, Aufrechnung mit verjährten Forderungen, RZ 1991, 2 (3 FN 20); *ders*, RdW 1993, 238 f; *Dullinger*, Aufrechnung 155 ff; *dies* in *Rummel*, ABGB<sup>3</sup> § 1438 Rz 14; *Eypeltauer*, JBI 1991, 137; *Heidinger* in *Schwimmann*, ABGB<sup>3</sup> § 1438 Rz 22; *Holly* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.01</sup> § 1438 Rz 18; *Riedler*, Zivilrecht II, Schuldrecht AT<sup>4</sup> Rz 12/25; *Vollmaier* in *Klang*<sup>3</sup> § 1451 Rz 10; krit auch *Leupold* in *Schwimmann*, TK ABGB<sup>2</sup> § 1438 Rz 7; offenlassend *Griss* in *KBB*<sup>3</sup> § 1438 Rz 4.

36) Siehe *Leupold* in *Schwimmann*, TK ABGB<sup>2</sup> § 1438 Rz 6.

37) Siehe zB OGH 25. 1. 2006, 3 Ob 175/05i; *Leupold* in *Schwimmann*, TK ABGB<sup>2</sup> § 1438 Rz 6.

38) Das hat vor allem damit zu tun, dass die Redaktoren insb bei der Textierung des § 1438 ABGB vom Grundsatz „ipso iure compensatur“ ausgingen; dazu *Dullinger*, Handbuch 147 ff.

39) Vgl *Eypeltauer*, JBI 1991, 137 (145 ff).

40) *R. Madl* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.01</sup> § 1483 Rz 2.

41) Vgl *Peters/Jacoby* in *Staudinger*, BGB<sup>13</sup> (2009) § 215 Rz 2.

42) Vgl aber jüngst OGH 13. 9. 2012, 6 Ob 110/12p.

### E. Fazit

Die Aufrechnung mit verjährten Schadenersatzforderungen ist mE mangels Richtigkeit im Zeitpunkt der Aufrechnungserklärung unzulässig. Entgegen OGH 7 Ob 9/13 v gilt das unabhängig davon, ob der Aufrechnende vor Verjährungseintritt an die Bank zur Geltendmachung der Schadenersatzforderung herantrat.

Hält der OGH gleichwohl an seiner Rsp fest, führt das mE zum selben Ergebnis. Bis zu jenem Zeitpunkt, in dem der Schaden endgültig beziffert werden kann, sind sich beide Forderungen mangels Fälligkeit des Schadenersatzanspruchs nie derart gegenübergestanden, dass eine Aufrechnung zulässig gewesen wäre.<sup>43)</sup> Denn wie bereits erwähnt: „*Wer aufrechnet, hebt ein und zahlt.*“ Einheben kann der KN seine Schadenersatzforderung aber erst, wenn diese endgültig ziffernmäßig bestimmbar ist. Bis dahin fehlt es an der Fälligkeit iSd § 1439 ABGB.<sup>44)</sup>

Die Aufrechnungslage ist somit erstmalig verwirklicht, wenn der Schadenersatzanspruch des KN end-

gültig bezifferbar ist. Im Sinne der These von der Rückwirkung der Aufrechnung ist für diesen Zeitpunkt zu prüfen, ob der Schadenersatzanspruch bereits verjährt ist.<sup>45)</sup> Das führt praktisch zum Ergebnis, dass der KN mangels Aufrechnungslage dazu angehalten ist, rechtzeitig Klage auf Feststellung zu erheben, um den Eintritt der Verjährung zu verhindern, oder den unerwünschten, weil allzu riskanten FWK aufzugeben und in den Euro zu konvertieren und von der Bank den Konvertierungsschaden zu verlangen.

43) Näher dazu oben C.1.

44) Möglicherweise mangelt es bis zur endgültigen Bestimmbarkeit der Schadenshöhe auch an der Einklagbarkeit und damit an der Richtigkeit iSd § 1439 ABGB. Das liefe aber auf das gleiche Ergebnis hinaus.

45) Ist die Schadenshöhe ausnahmsweise früher endgültig bestimmbar, kann der KN sogleich aufrechnen. Eine Feststellungsklage wird dann aber aufgrund ihrer Subsidiarität unzulässig sein. Steht lediglich ein Teil des Schadens endgültig fest, sind aber weitere Schäden zu befürchten, darf der KN mit dem bereits fixen Schadensbetrag aufrechnen und darüber hinaus ein Feststellungsbegehren stellen.

#### → In Kürze

Die einseitige Aufrechnung mit einer Schadenersatzforderung des KN gegen die Rückzahlungsforderung der kreditgebenden Bank aus einem FWK kommt grundsätzlich in Betracht. Allerdings können im Einzelfall fehlende Gegenseitigkeit, Ungleichartigkeit, fehlende Fälligkeit und Unrichtigkeit einer Aufrechnung entgegenstehen.

#### → Zum Thema

##### Über den Autor:

Univ.-Prof. Dr. Alexander Schopper lehrt an der Universität Innsbruck. Kontaktadresse: Institut für Unternehmens- und Steuerrecht, Innrain 52, 6020 Innsbruck.  
E-Mail: alexander.schopper@uibk.ac.at

