

## Unterbrechung der Verjährung

Prof. Dr. Alfred Koller, Universität St. Gallen (St. Gallen)

### I. Von der Unterbrechung der Verjährung im Allgemeinen

Verjährung bedeutet Entkräftung einer Forderung kraft Fristablaufs (die Forderung wird zu einer unvollkommenen, einer Naturalobligation)<sup>1</sup>. Vorbehältlich Sonderrecht (z.B. Art. 60 OR) verjähren Forderungen innert zehn Jahren (Art. 127 OR) ab Fälligkeit (Art. 130 Abs. 1 OR), doch kann die Verjährung aus besonderem Grund hinausgeschoben sein: Im Falle einer Hemmung (Art. 134 OR) steht die Verjährung während bestimmter Zeit, z.B. solange Gläubiger und Schuldner verheiratet sind (Ziff. 3 von Art. 134 Abs. 1 OR), still; die Stillstandszeit ist zur ordentlichen Verjährungsfrist hinzuzurechnen (Art. 134 Abs. 2 OR). Bei der Unterbrechung (Art. 135–138 OR), z.B. durch Anerkennung der Forderung vonseiten des Schuldners (Art. 135 Abs. 1 OR), beginnt eine neue Verjährungsfrist zu laufen. Diese entspricht vorbehältlich Art. 137 Abs. 2 OR der alten (Art. 137 Abs. 1 OR), und sie beginnt im Regelfall mit der Unterbrechung (Vorbehalt in Art. 138 Abs. 1 und 3 OR).

Art. 60 Abs. 1 OR, der hier mit Rücksicht auf spätere Ausführungen dargestellt wird, unterstellt Deliktsforderungen einer doppelten Verjährung: Einerseits verjährt der Anspruch in einem Jahr ab dem Zeitpunkt, in dem der Geschädigte Kenntnis vom Schaden und von der Person des Ersatzpflichtigen erlangt hat, andererseits mit Ablauf von zehn Jahren ab dem schädigenden Ereignis. Letzteres entspricht der Regelverjährung von Art. 127 OR i.V.m. Art. 130 Abs. 1 OR, denn mit dem schädigenden Ereignis entsteht der Anspruch und wird gleichzeitig fällig (Art. 75 OR).

Die *Unterbrechung*, um die es nachstehend geht, ist – abgesehen von Sonderrecht – in den Art. 135–138 OR geregelt. Die *Unterbrechungsgründe* finden sich in Art. 135 OR (vgl. die Marginalie) und Art. 138 Abs. 2 OR; die *Wirkungen*

*Der Autor analysiert die Unterbrechungsgründe der Verjährung, im Einzelnen die Unterbrechung durch Schlichtungsgesuch, Klageerhebung, Schuldbetreibung, Einredeerhebung sowie durch Schuldanerkennung, und illustriert diese mit anschaulichen Beispielen. Im Weiteren legt er den Wirkungsumfang der Unterbrechung dar, namentlich bei mehreren Forderungen und bei der doppelten Verjährung. Der Autor beantwortet auch die Frage der Dauer der neuen Verjährungsfrist nach erfolgter Unterbrechung.*

Zi.

*L'auteur analyse les différents actes interruptifs de prescription, en particulier le dépôt d'une requête de conciliation, l'ouverture d'action, la mise en poursuite, l'exception et la reconnaissance de dette, et illustre ces derniers par de nombreux exemples. Il précise également l'étendue de l'effet interruptif, notamment dans les cas de créances multiples et de double délai de prescription. Finalement, il répond à la question de la durée du nouveau délai de prescription après un acte interruptif valable.*

P.P.

<sup>1</sup> S. Näheres bei *Gauch Peter/Schlupe Walter R.*, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, 2 Bd., 10. A., Zürich 2014, bearbeitet von *Jörg Schmid* (Bd. 1) und *Susan Emmenegger* (Bd. 2), Rn. 3269 ff.; *Koller Alfred*, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 3. A., Bern 2009, § 67 Rn. 23 ff.

der Unterbrechung sind in Art. 136 f. und 138 Abs. 1 und 3 OR umschrieben. Art. 135–138 OR gelten vorbehaltlich Sonderregeln (z.B. Art. 1070 f. OR) für beliebige Forderungen des Bundesprivatrechts. Auf Forderungen des öffentlichen Rechts finden sie hingegen höchstens kraft Verweises und gegebenenfalls als Bestandteile des öffentlichen Rechts Anwendung<sup>2</sup>. Ausdrückliche Verweisregeln finden sich freilich nur wenige, häufig finden die besagten Bestimmungen jedoch im Wege der Lückenfüllung Anwendung<sup>3</sup>. Für Forderungen des kantonalen Privatrechts gilt Entsprechendes<sup>4</sup>.

Mit Eintritt der Verjährung erwächst dem Schuldner die Verjährungseinrede. Dabei handelt es sich um ein besonders geartetes Gestaltungsrecht<sup>5</sup>. Dieses kann – wie jedes Recht – missbraucht werden (Art. 2 Abs. 2 ZGB). Erfolgt die missbräuchliche Einrederhebung im Prozess, so ist die Einrede unbeachtlich und die Klage des Gläubigers – bei sonst gegebenen Voraussetzungen – gutzuheissen<sup>6</sup>. Wenn hingegen die rechtsmissbräuchliche Erhebung der Verjährungseinrede ausserprozessual erfolgt, so ist es zu halten, wie wenn die Forderung noch nicht verjährt wäre. Der Gläubiger hat sich dann jedoch unverzüglich um Unterbrechung der Verjährung zu bemühen<sup>7</sup>, andernfalls ihm die Berufung auf Art. 2 Abs. 2 ZGB versagt bleibt.

Die Erhebung der Verjährungseinrede ist rechtsmissbräuchlich, wenn der Schuldner «ein Verhalten gezeigt hat, das den Gläubiger zur Unterlassung rechtlicher Schritte während der Verjährungsfrist bewog<sup>8</sup>. Dass der Schuldner es darauf abgesehen hatte, den Gläubiger von der Fristwahrung abzuhalten, ist nicht erforderlich<sup>9</sup>. Es genügt, wenn er objektiv ein Verhalten der betreffenden Art an den Tag gelegt hat. Rechtsmissbräuchlich ist in solchen Fällen nicht das Verhalten, das den Gläubiger zur Unterlassung von Unterbrechungshandlungen bewogen hat, sondern der Umstand, dass der Schuldner aus diesem Verhalten die Ein-

rede der Verjährung herleitet<sup>10</sup>. Die Berufung auf Rechtsmissbrauch scheidet hingegen überall dort, wo die Verjährung eingetreten ist, ohne dass der Schuldner etwas dazu beigetragen hätte<sup>11</sup>.

Ausnahmsweise wird nach Eintritt der Verjährung aus besonderem Grund eine neue kurze Nachfrist in Gang gesetzt, innert welcher die (an sich verjäherte) Forderung noch rechtswirksam geltend gemacht werden kann; gegebenenfalls läuft dem Gläubiger eine kurze Frist, innert der er eine Unterbrechungshandlung vornehmen muss, ansonsten die Verjährungseinrede entfällt (vgl. aArt. 139 OR). Hierher gehört vorab der vorstehend erwähnte Fall, dass der Schuldner sich in rechtsmissbräuchlicher Weise auf die Verjährung beruft. Einzelne Autoren wollen noch weitere – ungeschriebene (Art. 1 Abs. 2 ZGB) – Tatbestände dieser Art anerkennen, so *Spiro*<sup>12</sup> (Führen von Vergleichsverhandlungen über das Ende der Verjährungsfrist hinaus) und *Bucher*<sup>13</sup> (mangelnde Handlungsfähigkeit des Gläubigers bei gleichzeitigem Fehlen eines gesetzlichen Vertreters). Der zweite dieser Tatbestände ist im deutschen Recht (§ 210 BGB) ausdrücklich vorgesehen, der erste Tatbestand ist in der österreichischen Rechtsprechung anerkannt<sup>14</sup>.

aArt. 139 OR wurde zwar mit Inkrafttreten der ZPO ersatzlos gestrichen, doch wurde dem Regelungsanliegen der Bestimmung durch verschiedene Bestimmungen der ZPO (Art. 63, 101, 132 Abs. 1 und 2) Rechnung getragen (s. zu diesen Bestimmungen hinten unter II/B/3 sowie C/2). Soweit diese gegenüber der früheren Ordnung Regelungsdefizite aufweisen<sup>15</sup>, können sie auf dem Analogiewege erweitert werden<sup>16</sup>.

Die gesetzliche Verjährungsordnung ist grundsätzlich dispositiv. Die praktisch bedeutsamste Einschränkung findet sich in Art. 129 OR, wonach die in Art. 127 und 128 OR aufgestellten Verjährungsfristen nicht abgeändert werden können. Nicht im Einzelnen geklärt ist die Frage, inwieweit

<sup>2</sup> S. im Einzelnen *Spiro Karl*, Die Begrenzung privater Rechte durch Verjährungs-, Verwirkungs- und Fatalfristen, Bern 1975, Band I, 818 f., Band II, § 543.

<sup>3</sup> *Meier Thomas*, Verjährung und Verwirkung öffentlich-rechtlicher Forderungen (Diss.), Zürich 2013, 33 f.; Rechtsprechungsbeispiel: BGE 135 V 163 E. 4.1.

<sup>4</sup> *Spiro*, Begrenzung I (Fn. 2) 817 f., m.Hw. auf eine abweichende Ansicht in Anm. 17.

<sup>5</sup> *Koller*, OR AT (Fn. 1) § 2 Rn. 67 f.

<sup>6</sup> Illustrativ BGE 89 II 256 E. 4.

<sup>7</sup> *Grämiger Otto*, Der Einfluss des schuldnerischen Verhaltens auf Verjährungsablauf und Verjährungseinrede (Diss.), Zürich 1934, 88.

<sup>8</sup> BGE 89 II 256, 263; illustrativ 4A\_487/2007 und 4A\_491/2007 E. 4.

<sup>9</sup> BGE 131 III 430 E. 2 m.w.Nw.

<sup>10</sup> Vgl. BGE 83 II 93, 98 f. mit Bezug auf die Verwirkung.

<sup>11</sup> ZR 1991 Nr. 14 E. 3; auch BGE 128 V 236 E. 4; 141 III 522 E. 2; 4A\_590/2009 E. 5.

<sup>12</sup> *Spiro Karl*, Welche Bedeutung haben Verhandlungen und Zwischenverfahren für den Lauf der Verjährung?, Mélanges Assista, Genf 1989, 213 ff., 221 f.

<sup>13</sup> *Bucher Eugen*, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. A., Zürich 1988, 462 f.

<sup>14</sup> Z.B. OGH, SZ 1975 Nr. 33.

<sup>15</sup> Vgl. *Stacher Marco/Wehrli Daniel*, Postulat gegen die Streichung von Art. 139 OR, recht 2008 92 ff.

<sup>16</sup> Z.B. *Bergamin Christof*, Unterbrechung der Verjährung durch Klage (Diss.), Zürich 2016, Rn. 183, 188 f.; *Berger-Steiner Isabelle*, Berner Kommentar, Bern 2012, N 9 zu Art. 63 ZPO.

auch eine mittelbare Verlängerung der dort vorgesehenen fünf- bzw. zehnjährigen Frist zulässig ist, indem z.B. das ordentliche Verjährungsende durch Verschieben des Verjährungsbeginns hinausgeschoben oder durch Schaffung zusätzlicher Unterbrechungsgründe die Möglichkeit der Einwirkung auf die Verjährung eröffnet wird. Meines Erachtens ist jedenfalls diese letztere Möglichkeit zu bejahen<sup>17</sup>. Es kann also beispielsweise einem eingeschriebenen Brief unterbrechende Wirkung beigemessen werden. Art. 129 OR kommt hier weder nach dem Wortlaut noch nach der ratio legis<sup>18</sup> zum Tragen, denn anders als bei einer (vertraglichen) Verlängerung der Verjährungsfrist wird der Schuldner durch die Unterbrechungshandlung daran gemahnt, Beweismittel usw. zu sichern.

Das Verjährungsrecht soll revidiert werden<sup>19</sup>. Die Unterbrechung ist davon jedoch nur am Rande betroffen. Einzig Art. 136 OR, welcher die «Wirkung der Unterbrechung unter Mitverpflichteten» (Marginalie) regelt, soll teilweise geändert werden<sup>20</sup>.

## II. Die Unterbrechungsgründe

### A. Überblick

Die Verjährung kann sowohl durch den Gläubiger (Art. 135 Ziff. 2 OR) als auch durch den Schuldner (Art. 135 Ziff. 1 OR) unterbrochen werden. Dazu kommen Unterbrechungshandlungen der Betreibungsbehörden (Art. 138 Abs. 2 OR). Die gesetzliche Aufzählung ist nach der hier vertretenen Ansicht nicht abschliessend (s. hinten 4)<sup>21</sup>.

### 1. Unterbrechung durch Schlichtungsgesuch, Klage, Stellung eines Betreibungsbegehrens

Der Gläubiger kann die Verjährung durch Schlichtungsgesuch, Klage oder Stellung eines Betreibungsbegehrens<sup>22</sup> unterbrechen, mithin selbständig (aus eigener Initiative). Die anderen der in Art. 135 Ziff. 2 OR erwähnten Unterbrechungsmöglichkeiten hängen vom Vorliegen bestimmter Voraussetzungen ab: vom Konkurs des Schuldners («Eingabe [der Forderung] im Konkurs») oder davon, dass der Gläubiger vom Schuldner verklagt wird («Einrede vor einem staatlichen Gericht oder einem Schiedsgericht»).

Der genaue Zeitpunkt der Unterbrechung hängt von der Art ab, wie das Gesuch usw. übermittelt wird<sup>23</sup>. Hingewiesen sei nur auf Folgendes: Im Falle einer postalischen Zustellung kommt die unterbrechende Wirkung der Postaufgabe zu (Art. 62 Abs. 1, 143 Abs. 1 ZPO)<sup>24</sup>, während es bei (zulässiger) elektronischer Übermittlung auf den Empfang beim Adressaten (Gericht usw.) ankommt (s. Genaueres in Art. 143 Abs. 2 ZPO).

### 2. Unterbrechung durch Schuldanerkennung

Unterbrochen wird die Verjährung auch durch «Anerkennung der Forderung von Seiten des Schuldners» (Art. 135 Ziff. 1 OR). Die Unterbrechung beruht hier auf der Überlegung, dass der Gläubiger angesichts der Schuldanerkennung keinen Anlass hat, selbst für die Unterbrechung zu sorgen, es jedenfalls einfühlbar ist, wenn er entsprechende Handlungen unterlässt<sup>25</sup>. Beispielsweise anerkennt der Darlehensschuldner mit der vorbehaltlosen Zahlung einer Zinsrate den Bestand der Kapitalschuld und unterbricht daher mit Bezug auf diese die Verjährung. Für Wechselforderungen ist die Unterbrechung durch Schuldanerkennung sonderrechtlich ausgeschlossen (Art. 1070 OR)<sup>26</sup>.

Die Verjährung kann nur unterbrochen werden, solange sie läuft. Daher wirkt eine Schuldanerkennung nach Eintritt der Verjährung nicht mehr unterbrechend<sup>27</sup>. Es stellt sich dann höchstens die Frage, ob die Schuldanerkennung

<sup>17</sup> Koller Alfred, Verjährt oder nicht verjährt? Drei höchstrichterliche Antworten, AJP 2000 248 r.Sp.; Krauskopf Frédéric, Aktuelle Fragen zur Verjährungsunterbrechung, BR 2003 131 ff.; a.A. BGE 132 V 404 E. 5.2; Berti Stephen V., Zürcher Kommentar, Zürich 2002, N 15 zu Art. 129/141 Abs. 1 OR und N 180 f. zu Art. 135 OR.

<sup>18</sup> S. dazu Koller, OR AT (Fn. 1) § 71 Rn. 36.

<sup>19</sup> Vgl. BBl 2014 235 ff. (Botschaft vom 29. November 2013) und 287 ff. (Gesetzesentwurf).

<sup>20</sup> Zu den einzelnen Änderungen s. überblicksweise Gauch/Schluep/Emmenegger (Fn. 1) Rn. 3397c ff. Dort finden sich – in Anm. 242 ff. – auch zahlreiche Hw. auf die zur Revisionsvorlage ergangene Literatur.

<sup>21</sup> Anders BGE 132 V 404 E. 4.1 und die herrschende Lehre (Nw. im erwähnten BGE).

<sup>22</sup> Das ist mit der «Schuldbetreibung» in Art. 135 Ziff. 2 OR gemeint.

<sup>23</sup> Müller-Chen Markus, in: Brunner Alexander et al. (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung, Kommentar, 2. A., Zürich 2016, N 38 f. zu Art. 62 ZPO; Schwander Ivo, in: Kren Kostkiewicz Jolanta et al. (Hrsg.), Kommentar zum OR, 3. A., Zürich 2016, N 4 zu Art. 135 OR.

<sup>24</sup> BGE 2C\_426/2008 E. 6.6.1; 114 II 335 E. 3; 114 II 261 E. a.

<sup>25</sup> Oser Hugo/Schönenberger Wilhelm, Zürcher Kommentar, Zürich 1929, N 3 a.E. zu Art. 135 OR.

<sup>26</sup> Kikinis Michael, in: Honsell Heinrich (Hrsg.), Basler Kurzkommentar zum OR, 2. A., Basel 2014, N 2 zu Art. 1069–1071 OR.

<sup>27</sup> FamPra 2014 719 E. 6.

als Verzicht auf die Erhebung der Verjährungseinrede aufgefasst werden kann<sup>28</sup>. Das ist aber eine ganz andere Problematik<sup>29</sup>.

### 3. Unterbrechung durch Betreibungsakte

Wird die Verjährung durch Schuldbetreibung unterbrochen, so hat jeder nachfolgende Betreibungsakt ebenfalls unterbrechende Wirkung (Art. 138 Abs. 2 OR). Gemeint sind nebst behördlichen Akten (z.B. Zustellung des Zahlungsbefehls an den Schuldner) auch solche des Gläubigers, wie etwa die Stellung des Fortsetzungsbegehrens (Art. 88, 159, 166 SchKG), Pfändungsbegehrens (Art. 89 SchKG) oder Verwertungsbegehrens (Art. 116, 154 SchKG). Ob auch Betreibungsakte des *Schuldners* (z.B. Erhebung des Rechtsvorschlages) unter Art. 138 Abs. 2 OR fallen, ist umstritten. Das Bundesgericht<sup>30</sup> und die herrschende Lehre<sup>31</sup> verneinen dies; a.A. ist vor allem *Spiro*<sup>32</sup>, mit m.E. überzeugender Begründung.

### 4. Sonstige Unterbrechungsgründe

Überblickt man die möglichen Unterbrechungshandlungen des Gläubigers (vorne 1 und 3), so ergibt sich, dass nach Sinn und Zweck des Gesetzes *jede rechtliche Geltendmachung der Forderung* durch den Gläubiger verjährungsunterbrechende Wirkung haben soll. Daher hat beispielsweise auch ein Rechtsmittel, das der Gläubiger gegen ein seine Forderung abweisendes Urteil einlegt, unterbrechende Wirkung<sup>33</sup>, ebenso ein Vollstreckungsgesuch mit Bezug auf eine Forderung, die nicht auf eine Geldleistung geht und daher nicht auf dem Betreibungswege vollstreckt werden kann<sup>34</sup>. Meines Erachtens gilt dasselbe für eine Eingabe im Nachlassverfahren<sup>35</sup>. Immer muss es sich aber um eine *rechtliche* Geltendmachung der Forderung han-

deln<sup>36</sup>. Daher hat beispielsweise ein eingeschriebener Brief, mit dem der Schuldner zur Zahlung gemahnt wird, keine unterbrechende Wirkung. Auch können nur solche Massnahmen verjährungsunterbrechende Wirkung haben, welche auf die *Durchsetzung* der Forderung gerichtet sind<sup>37</sup>. Das trifft nach der Rechtsprechung für ein Begehren um vorsorgliche Beweisaufnahme nicht zu<sup>38</sup>, wohl aber für ein Arrestbegehren<sup>39</sup>. Auch der einfachen Streitverkündung (Art. 78 ff. ZPO) ist *unterbrechende Wirkung beizumessen*, obwohl sie im Unterschied zur Streitverkündungsklage (Art. 81 f. ZPO) nicht unter den Klagebegriff von Art. 135 Ziff. 2 OR subsumiert werden kann.

Für Wechselforderungen ist die unterbrechende Wirkung der (einfachen) Streitverkündung im Gesetz ausdrücklich vorgesehen (Art. 1070 OR). Über den Verweis von Art. 1143 Abs. 1 Ziff. 18 OR gilt dasselbe für Checkforderungen. Für sonstige Forderungen kann nichts anderes gelten. Das ergibt sich durch Grössenschluss aus dem Umstand, dass Art. 1070 OR die Unterbrechungsgründe gegenüber der allgemeinen Regel von Art. 135 OR – wie gesehen – *einschränkt*, nicht erweitert (vorne 2). Die Frage ist freilich umstritten<sup>40</sup>.

### 5. Wegfall früherer Unterbrechungsgründe

Mit dem Inkrafttreten der ZPO wurden verschiedene Unterbrechungsgründe beseitigt. Früher hatte nicht nur die Klage unterbrechende Wirkung, sondern auch jede *gerichtliche Handlung der Parteien und jede Verfügung oder Entscheidung des Richters* (aArt. 138 Abs. 1 OR). Trotzdem konnte die Verjährung – bei kurzen Verjährungsfristen – während des Prozesses eintreten<sup>41</sup>. Das ist unter heutigem Recht nicht mehr möglich, weil während des Prozesses die Verjährungsfrist stillsteht (Art. 138 Abs. 1 OR). Nach der gleichen Bestimmung beginnt die Verjährung von Neuem, «wenn der Rechtsstreit vor der befassen Instanz abgeschlossen ist». Die Klage hat somit unterbrechende Wirkung, wobei die Verjährung – entgegen der Regel (Art. 137 Abs. 1 OR) – nicht schon mit der unterbrechenden Handlung, sondern erst mit Beendigung des Prozesses von

<sup>28</sup> BGE 113 II 264 E. 2c; BGH, NJW 1997 516 E. III; RGZ 78, 130; *Spiro*, Begrenzung I (Fn. 2) 248.

<sup>29</sup> S. dazu *Koller*, OR AT (Fn. 1) § 71 Rn. 12 ff., v.a. 21.

<sup>30</sup> BGE 81 II 135 E. 1.

<sup>31</sup> Z.B. *Däppen Robert K.*, Basler Kommentar, 6. A., Basel 2015, N 5 zu Art. 138 OR.

<sup>32</sup> *Spiro*, Begrenzung I (Fn. 2) 348 Anm. 29.

<sup>33</sup> Allgemeine Auffassung, doch wird ein solches Rechtsmittel regelmässig unter den Klagebegriff von Art. 135 Ziff. 2 OR subsumiert (z.B. *Däppen*, Fn. 31, N 5a a.E. zu Art. 135 OR).

<sup>34</sup> *Becker Hermann*, Berner Kommentar, Bern 1941, N 12 zu Art. 135 OR; *Berti* (Fn. 17) N 163 zu Art. 135 OR.

<sup>35</sup> Anders, allerdings ohne überzeugende Begründung, BGE 31 II 253 E. 2b. Ebenso die neuere Lehre (z.B. *Däppen*, Fn. 31, N 16 zu Art. 135 OR).

<sup>36</sup> Geringere Anforderungen gelten im öffentlichen Recht (BGE 135 V 74 E. 4.2; 2C\_426/2008 E. 6.6.2).

<sup>37</sup> BGE 59 II 401 E. 6; 110 II 387 E. 2.

<sup>38</sup> BGE 93 II 498 E. 2; 131 III 61 E. 3.1.2 a.E.

<sup>39</sup> Z.B. BGE 41 III 315 E. 3; 124 III 449 E. 4b/bb.

<sup>40</sup> Wie hier *Däppen* (Fn. 31) N 13b zu Art. 135 OR; a.A. *Zuber Roger/Gross Balz*, Berner Kommentar, Bern 2012, N 38 zu Art. 78 ZPO.

<sup>41</sup> Z.B. BGE 123 III 213.

Neuem zu laufen beginnt. Bis dahin ist die Verjährung gehemmt. Damit erübrigte es sich, den gerichtlichen Handlungen der Parteien und den Verfügungen des Gerichts weiterhin unterbrechende Wirkung beizumessen.

## B. Verjährungsunterbrechung durch ein Schlichtungsgesuch

Einem Schlichtungsgesuch kommt nur unterbrechende Wirkung zu, wenn dadurch *Rechtshängigkeit* i.S.v. Art. 62 ZPO begründet wird (Art. 64 Abs. 2 ZPO)<sup>42</sup>. Hingegen hat der nachträgliche Wegfall der Rechtshängigkeit nicht ohne Weiteres auch den Wegfall der Unterbrechung zur Folge (hinten 4). Die Unterbrechung ist also ein von der Rechtshängigkeit unabhängiges, damit allerdings eng verbundenes Institut<sup>43</sup>.

### 1. Grundsätzliche Anforderungen an das Schlichtungsgesuch

Die Rechtshängigkeit setzt voraus, dass der geltend gemachte Anspruch genügend individualisiert ist, das Schlichtungsgesuch muss daher ein konkretes Rechtsbegehren enthalten. Zur Zulässigkeit einer unbezifferten Leistungsklage s. Art. 85 Abs. 1 ZPO und hinten III/A.

Das Gesuch muss sich, um unterbrechende Wirkung zu haben, gegen den *Schuldner* richten. Richtet es sich gegen eine falsche Person, begründet es keine Rechtshängigkeit und hat damit auch keine unterbrechende Wirkung. Eine fehlerhafte Schuldnerbezeichnung hindert allerdings die Unterbrechung nicht, falls «die mangelhafte Bezeichnung den wirklich gemeinten Schuldner ... ohne weiteres erkennen» lässt<sup>44</sup>, also der Schuldner trotz des Fehlers erkennen muss, dass er ins Recht gefasst werden soll<sup>45</sup>. Im soeben erwähnten Entscheid wurde die verjährungsunterbrechende Wirkung bejaht, obwohl anstelle der Fornax AG die Fornax Engineering AG ins Recht gefasst worden war. Anders verhielt es sich in BGE 4A\_560/2015 E. 4.

Entsprechendes gilt auf Gläubigerseite: Ein Gesuch, das von einem *Nichtgläubiger* eingereicht wird, hat keine unterbrechende Wirkung<sup>46</sup>. Hingegen schadet eine irrtümlich

falsche Gläubigerbezeichnung nicht, wenn der Irrtum für den Schuldner leicht erkennbar ist<sup>47</sup>.

### 2. Heilung verbesserlicher Fehler

Der Gläubiger kann das Schlichtungsgesuch auch durch einen bevollmächtigten Vertreter einreichen lassen. Hat ein vollmachtloser Vertreter das Gesuch für den Gläubiger eingereicht, kommt ihm zwar unterbrechende Wirkung zu, doch muss der Mangel nach Massgabe von Art. 132 Abs. 1 ZPO geheilt, d.h., die Vollmacht muss innert einer von der Schlichtungsbehörde angesetzten Frist beigebracht werden, ansonsten die Wirkung nachträglich wieder dahinfällt (gegebenenfalls ist es zu halten, wie wenn der Anspruch nie rechtshängig gemacht worden wäre und daher keine Unterbrechung stattgefunden hätte).

Art. 132 Abs. 1 ZPO kommt auch dann zur Anwendung, wenn das Gesuch ohne die nach Art. 130 ZPO erforderliche Unterschrift eingereicht wird oder wenn es ungebürlich, unleserlich oder unverständlich ist (Art. 132 Abs. 2 ZPO). Ein rechtsmissbräuchliches Gesuch vermag hingegen, da mit einem *unverbesserlichen* Mangel behaftet (Art. 132 Abs. 3 ZPO), keine Rechtshängigkeit und damit auch keine Unterbrechung zu bewirken<sup>48</sup>. Entsprechendes gilt für sonstige unverbesserliche Fehler wie die fehlende bzw. ungenügende Bezifferung der Klage<sup>49</sup>. Hingegen erfasst Art. 132 Abs. 1 ZPO auch andere als die in der Bestimmung ausdrücklich erwähnten verbesserlichen Mängel, beispielsweise das Fehlen erforderlicher Beilagen (vgl. Art. 42 Abs. 5 BGG)<sup>50</sup>, freilich unter Vorbehalt von Sonderrecht (Art. 63 Abs. 1<sup>51</sup> bzw. 101 Abs. 1 und 3 ZPO<sup>52</sup>).

Wurde ein unter Art. 132 Abs. 1/2 ZPO fallender Mangel nicht rechtzeitig behoben, ist keine zweite Verbesserungsmöglichkeit gegeben. Insbesondere findet Art. 63 Abs. 1 ZPO keine analoge Anwendung; so zutreffend BGE 5A\_39/2016 E. 2. Dieser Entscheid betraf ein Schlichtungsgesuch, in dem ein Hinweis auf den Streitgegenstand fehlte. Der Aufforderung, diesen (verbesserlichen) Mangel

<sup>42</sup> BGE 140 III 561 E. 2.2.2.4; *Däppen* (Fn. 31) N 2 zu Art. 138 OR; w.Nw. bei *Bergamin* (Fn. 16) Rn. 41 Anm. 97.

<sup>43</sup> So m.E. zu Recht *Bergamin* (Fn. 16) Rn. 38 ff.

<sup>44</sup> BGE 114 II 335, 337.

<sup>45</sup> BGE 136 III 545 E. 3.4.1.

<sup>46</sup> BGE 142 III 782 E. 3.1.3; vgl. auch BGE 4A\_116/2015 E. 3, in BGE 141 III 539 nicht publiziert.

<sup>47</sup> *Däppen* (Fn. 31) N 19b zu Art. 135 OR.

<sup>48</sup> *Däppen* (Fn. 31) N 19c zu Art. 135 OR.

<sup>49</sup> BGE 140 III 409 E. 4.3.2; 4A\_375/2015 E. 7.2, in BGE 142 III 102 nicht publiziert; ZR 2016 Nr. 47 E. 3.6.

<sup>50</sup> Weitere Beispiele bei *Kramer Michael/Erk Nadja*, in: Brunner Alexander et al. (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung, Kommentar, 2. A., Zürich 2016, N 1 zu Art. 132 ZPO. Näheres zur Abgrenzung verbesserlicher/unverbesserlicher Fehler bei *Frei Nina J.*, Berner Kommentar, Bern 2012, N 16–19 zu Art. 132 ZPO.

<sup>51</sup> Zuständigkeitsmängel.

<sup>52</sup> Nichtbezahlung des Kostenvorschusses.

innert bestimmter Frist zu beheben, ansonsten auf das Gesuch nicht eingetreten werde, kam der Gesuchsteller nicht nach. In der Folge reichte er innert der Monatsfrist von Art. 63 Abs. 1 ZPO ein verbessertes Schlichtungsgesuch ein, in der Meinung, damit die mit dem ersten Gesuch begründete Rechtshängigkeit wahren zu können. Diesen Standpunkt teilte das Bundesgericht – zu Recht – nicht.

### 3. Gesuchseinreichung bei einer unzuständigen Behörde

Dass das Gesuch bei der zuständigen Schlichtungsbehörde eingereicht wird, ist für den Eintritt der Rechtshängigkeit bzw. die Unterbrechungswirkung nicht erforderlich (Art. 63 ZPO e contrario)<sup>53</sup>.

Lässt sich der Gegner rechtswirksam (Art. 18 ZPO) auf das Gesuch ein<sup>54</sup>, so ist es zu halten, wie wenn dieses zuständigenorts eingereicht worden wäre<sup>55</sup>. Andernfalls hat zwar das Gesuch ebenfalls unterbrechende Wirkung, jedoch fällt diese wieder dahin, wenn der Mangel nicht nach Massgabe von Art. 63 ZPO geheilt wird. Auch dort, wo ein Forderungsprozess zwingend direkt mit Klage beim Gericht einzuleiten ist, hat ein Schlichtungsgesuch – vorbehaltlich Art. 2 Abs. 2 ZGB<sup>56</sup> – unterbrechende Wirkung, freilich wiederum resolutiv bedingt, d.h. abhängig von einer rechtzeitigen Mängelbehebung nach Art. 63 Abs. 1 ZPO (Art. 63 Abs. 2 ZPO)<sup>57</sup>.

*Beispiel*<sup>58</sup>: Die Y GmbH bestellte bei der X GmbH Teeboxen aus Bambusholz. Am 20. Oktober 2010 trafen die Boxen bei der Y ein. Mit Schreiben vom folgenden Tag erhob Y Mängelrüge und wan-

delte den Kaufvertrag. Mit Eingabe vom 8. September 2011 an das Friedensrichteramt Suhr verlangte Y die Rückzahlung des Kaufpreises Zug um Zug gegen Rückgabe der Teeboxen. Die Schlichtungsbehörde stellte die Klagebewilligung aus. Gestützt auf diese erhob Y beim Bezirksgericht Aarau Klage, zog diese aber wieder zurück, als sie vom Gericht auf die Zuständigkeit des Handelsgerichts hingewiesen wurde. Innert der Monatsfrist von Art. 63 Abs. 1 ZPO reichte Y – am 16. Februar 2012 – Klage beim Handelsgericht ein. Dieses wies die Verjährungseinrede der X ab, da Y innert der Verjährungsfrist ein Schlichtungsgesuch eingereicht und den Zuständigkeitsmangel rechtzeitig – nach Art. 63 ZPO – geheilt hatte. Gleich hätte es sich verhalten, wenn Y ihren Fehler noch vor der Schlichtungsbehörde festgestellt, das Schlichtungsgesuch daher zurückgezogen und die Klage – innert der Monatsfrist von Art. 63 Abs. 1 ZPO – an das Handelsgericht eingereicht hätte<sup>59</sup>.

### 4. Nachträglicher Wegfall der Unterbrechungswirkung

Ein Rechtshängigkeit begründendes Schlichtungsgesuch unterbricht die Verjährung auch dann, wenn dessen Zustellung an den Schuldner aus Gründen, die nicht dem Gläubiger anzulasten sind, unterbleibt (der Schuldner ist z.B. unauffindbar verreist). Hingegen wird m.E. die unterbrechende Wirkung rückwirkend beseitigt, wenn der Gläubiger selbst dafür sorgt, dass der Schuldner keine Kenntnis vom Gesuch erhält, z.B. indem er es wieder zurückzieht, noch bevor es dem Schuldner zur Kenntnis gebracht wurde. Das Bundesgericht will die unterbrechende Wirkung allerdings auch in diesem Fall eintreten lassen<sup>60</sup>. Zu einer analogen Streitlage hinten C/2 und D.

Eine *Prosequierungspflicht* zwecks Aufrechterhaltung der Unterbrechungswirkung besteht – anders als bei Verwirklichungsfristen<sup>61</sup> – nicht. Die einmal eingetretene Unterbrechung wird also – anders als die Rechtshängigkeit – nicht dadurch beseitigt, dass der Prozess um die Forderung, für welche zum Schlichtungsversuch geladen wurde, später nicht innert der Frist von Art. 209 Abs. 3/4 ZPO weitergeführt wird<sup>62</sup>.

<sup>53</sup> Müller-Chen (Fn. 23) N 1 und 11 zu Art. 63 ZPO. Vor Inkrafttreten der ZPO verhielt es sich anders: Ein bei einer unzuständigen Behörde eingereichtes Schlichtungsgesuch unterbrach die Verjährung grundsätzlich nicht. War jedoch zwischen der Einreichung des Gesuchs und dem Nichteintretensentscheid der eingeklagte Anspruch verjährt, so hatte der Kläger nach Art. 139 OR die Möglichkeit, innert 60 Tagen ab Ergehen des Nichteintretensentscheids das Gesuch bei der zuständigen Behörde erneut einzureichen und damit die Verjährung doch noch zu unterbrechen, d.h. eine Verjährungsfrist von gleicher Dauer in Gang zu setzen (z.B. BGE 132 V 404 E. 4.1 = Pra 2007 Nr. 145 m.w.Nw.).

<sup>54</sup> S. Näheres hinten in Fn. 80.

<sup>55</sup> BGE 52 II 208.

<sup>56</sup> Müller-Chen (Fn. 23) N 10 zu Art. 63 ZPO, m.Hw. auf die Rechtsprechung. Zu denken ist an Fälle, in denen ein Schlichtungsgesuch eingereicht wird, obwohl offensichtlich ein Schiedsgericht zuständig ist.

<sup>57</sup> BGE 4A\_592/2013 E. 3. Aus der Lehre z.B. Schwander (Fn. 23) N 4 zu Art. 135 OR. A.A. Bergamin Christof, Verjährungsunterbrechung bei Nachbesserung, BR 2017 13 ff., 17 (unbedingte Unterbrechungswirkung, keine Anwendung von Art. 63 ZPO).

<sup>58</sup> In Anlehnung an BGE 4A\_592/2013.

<sup>59</sup> Anders für diesen letzteren Fall Vetter Meinrad, Unterbricht das Schlichtungsgesuch bei Ansprüchen mit handelsrechtlicher Zuständigkeit die Verjährung?, Jusletter vom 2. Juni 2014, Rn. 7 ff.

<sup>60</sup> BGE 114 II 261 E. a; 132 V 404 E. 4 (obiter). Ebenso die herrschende Lehre, z.B. Gauch/Schluep/Emmenegger (Fn. 1) Rn. 3349; kritisch jedoch Berti (Fn. 17) N 50 f. zu Art. 135 OR.

<sup>61</sup> Hohl Fabienne, Procédure civile, Bd. I, 2. A., Bern 2016, Rn. 359.

<sup>62</sup> Hohl (Fn. 61) Rn. 324; Berger-Steiner (Fn. 16) N 38 zu Art. 64 ZPO. Vgl. auch BGE 118 II 479 E. 3.

## C. Verjährungsunterbrechung durch Klageerhebung

### 1. Der Klagebegriff

Der Klagebegriff i.S.v. Art. 135 Ziff. 2 OR entspricht nicht jenem der ZPO, er ist weiter, indem er nicht nur die ordentliche Klage i.S.v. Art. 221 ZPO bzw. die vereinfachte Klage i.S.v. Art. 244 ZPO, sondern ebenso das Gesuch, ein summarisches Verfahren einzuleiten (Art. 252 ZPO), erfasst<sup>63</sup>. Unter den Klagebegriff fallen auch die Streitverkündungsklage (Art. 81 ZPO)<sup>64</sup>, die Hauptintervention (Art. 73 ZPO)<sup>65</sup>, die Widerklage<sup>66</sup> und die in einem Strafverfahren eingereichte Adhäsionsklage<sup>67</sup>. Als Klage aufzufassen ist ferner ein Gesuch um Erlass einer vorsorglichen Massnahme, wenn es eine Geltendmachung der Forderung als solcher in sich schliesst<sup>68</sup>, was für ein Gesuch um vorsorgliche Beweisführung gemäss Art. 158 ZPO nicht zutrifft (Nw. vorne A/4)<sup>69</sup>. Nicht unter den Klagebegriff von Art. 135 Ziff. 2 OR fällt die negative Feststellungsklage, welche – als Akt des (angeblichen) *Schuldners* – keine unterbrechende Wirkung haben kann<sup>70</sup>.

Verjährungsunterbrechend wirkt nicht nur eine Leistungsklage, sondern ebenso eine auf Durchsetzung des Leistungsanspruchs gerichtete Gestaltungsklage (z.B. Art. 665 Abs. 1 ZGB). Nach Lehre und Rechtsprechung genügt auch eine Feststellungsklage<sup>71</sup>. Das kann etwa mit Bezug auf Schadenersatzansprüche von Bedeutung sein, vor allem wenn der Geschädigte mangels Schadenskenntnis darauf angewiesen ist, seine Forderung vorerst einmal in ihrem grundsätzlichen Bestand feststellen zu lassen. Ein Feststellungsbedürfnis besteht gelegentlich auch bei Versicherungsansprüchen.

*Beispiel*<sup>72</sup>: Ein rechtsschutzversicherter Patient wird bei einer Operation schwer geschädigt. Er belangt hierauf seinen Unfallversicherer auf Bezahlung einer Invaliditätsentschädigung. Der Unfallversicherer verneint das Vorliegen eines Unfalls und zahlt nicht. Hierauf gelangt der Geschädigte an seine Rechtsschutzversicherung, damit diese für einen Prozess gegen den Unfallversicherer Kostengutsprache leiste. Die Rechtsschutzversicherung verweigert die Gutsprache, weil ein Prozess gegen den Unfallversicherer aussichtslos sei. Der Versicherte klagt nun auf Feststellung, dass Versicherungsdeckung für den Prozess gegen den Unfallversicherer bestehe. Diese Klage wirkt verjährungsunterbrechend hinsichtlich der allfälligen Forderung, welche der Geschädigte gegen den Rechtsschutzversicherer auf Bezahlung der im Prozess gegen den Unfallversicherer entstehenden Anwalts- und Gerichtskosten hat.

Art. 135 Ziff. 2 OR erwähnt die Klage als *generelles* Unterbrechungsinstrument. Demgegenüber ist *Bergamin*<sup>73</sup> der Meinung, der Klage komme keine Unterbrechungswirkung zu, wenn ihr ein erfolgloses Schlichtungsverfahren vorausgegangen ist und der Kläger den Prozess in der Folge rechtzeitig prosequierte, d.h. innert der dreimonatigen Klagebewilligungsfrist (Art. 209 Abs. 3 ZPO) Klage erhebt. Meines Erachtens ist diese vom Gesetzeswortlaut nicht gedeckte Einschränkung der Unterbrechungswirkung nicht gerechtfertigt. Die Kontroverse ist aber kaum von praktischer Bedeutung, da die Verjährung nach beiden Auffassungen bis zum Prozessende gehemmt ist und danach von Neuem zu laufen beginnt (Art. 138 Abs. 1 OR; vorne A/5).

### 2. Voraussetzungen der Unterbrechungswirkung

Einer Klage kommt unterbrechende Wirkung zu, wenn sie Rechtshängigkeit begründet oder den Fortbestand der bereits eingetretenen Rechtshängigkeit bewirkt<sup>74</sup>. Ob einer Klage verjährungsunterbrechende Wirkung zukommt, beurteilt sich daher mutatis mutandis nach den gleichen Gesichtspunkten, wie sie vorne unter B für die Unterbrechungswirkung eines Schlichtungsgesuchs festgehalten wurden:

- Das Klagebegehren bedarf hinreichender *Individualisierung* (vorne B/1).
- Wer die *falsche Person einklagt*, unterbricht die Verjährung nicht<sup>75</sup>, wie auch die von einem Nichtgläubiger

<sup>63</sup> Unter den Klagebegriff fällt auch die Schiedsklage (*Müller-Chen*, Fn. 23, N 5 zu Art. 63 ZPO); die unterbrechende Wirkung bestimmt sich nach Art. 372 Abs. 1 ZPO (Rechtshängigkeit der Klage).

<sup>64</sup> BGE 142 III 102 E. 5.3.2 a.E.

<sup>65</sup> *Hohl* (Fn. 61) Rn. 309.

<sup>66</sup> BGE 4C.364/2001 E. 3.2.2.

<sup>67</sup> BGE 101 II 77 E. 2; bestätigt letztmals in 6B\_321/2014 E. 1.3; illustrativ 5A\_563/2009 E. 5.3/4.

<sup>68</sup> BGE 59 II 401 E. 6.

<sup>69</sup> *Däppen* (Fn. 31) N 12 zu Art. 135 OR.

<sup>70</sup> *Krauskopf Frédéric/Bittel Emanuel*, Zum Verhältnis von zivilprozessualer Rechtshängigkeit und privatrechtlicher Verjährung, FS für Thomas Sutter-Somm, Basel 2016, 363 ff., 368 ff.

<sup>71</sup> BGE 100 II 339 E. 3b; 111 II 358 E. 4, dazu unter 2. Aus der kantonalen Rechtsprechung s. z.B. ZR 1907 Nr. 153 E. 3 a.E. und aus der Lehre *Becker* (Fn. 34) N 14 zu Art. 135 OR.

<sup>72</sup> In Anlehnung an BGE 119 II 368.

<sup>73</sup> *Bergamin* (Fn. 16) Rn. 87 f.

<sup>74</sup> Vgl. *Berger-Steiner* (Fn. 16) N 38 zu Art. 64 ZPO.

<sup>75</sup> BGE 32 II 186 E. 1.

eingereichte Klage – vorbehaltlich Sonderrecht<sup>76</sup> – keine unterbrechende Wirkung hat<sup>77</sup>. Eine falsche Parteibezeichnung schadet jedoch nicht, wenn der Fehler *offensichtlich* ist<sup>78</sup> (s. analog vorne B/1).

In BGE 111 II 358 ging es um Folgendes: Der thurgauische Malermeisterverband und drei Gewerkschaften klagten im Mai 1982 gegen die Max Beerli AG auf Feststellung, dass die Beklagte ihren früheren Arbeitnehmern Carmine und Bernardino Rinaldi noch CHF 5938.80 bzw. 15031.85 nebst Zins schulde. Das Bundesgericht stellte fest, dass eine – zulässigerweise erhobene – Feststellungsklage zwar grundsätzlich verjährungsunterbrechende Wirkung haben könne, jedoch nur dann, wenn sie vom Gläubiger erhoben werde. Da dies im vorliegenden Fall nicht zutraf, kam der Feststellungsklage für die Forderung der Gebrüder Rinaldi gegen die Beerli AG keine verjährungsunterbrechende Wirkung zu, obwohl die Klage als solche zulässig war (und auch teilweise gutgeheissen wurde).

- Wird die Klage bei einem *unzuständigen Gericht* eingereicht, so gilt sie verjährungsrechtlich als beim zuständigen Gericht eingereicht, falls sich der Beklagte rechtswirksam (Art. 18 ZPO) auf den Prozess einlässt<sup>79</sup>. Andernfalls (wenn sich der Beklagte nicht einlässt oder eine Einlassung gar nicht möglich ist) kommt zwar der Klage unterbrechende Wirkung zu, diese fällt jedoch mit Wirkung *ex tunc* wieder dahin, wenn der Mangel nicht fristgerecht nach Art. 63 ZPO behoben wird<sup>80</sup>. Zur Illustration sei das Beispiel von vorne B/3 dahin abgewandelt, dass die Y ohne vorgängiges Schlichtungsverfahren Klage beim Bezirksgericht statt beim Handelsgericht eingereicht hat und in der Folge ein Nichteintretensentscheid ergangen ist. Wenn die Y GmbH nun innert

Monatsfrist beim Handelsgericht klagt, so kann dadurch die mit der ersten Klage verbundene Rechtshängigkeit und damit auch die unterbrechende Wirkung (Art. 64 Abs. 2 ZPO) aufrechterhalten werden<sup>81</sup>. Einem Nichteintretensentscheid steht der «freiwillige» Klagerückzug gleich (Art. 63 Abs. 1 ZPO)<sup>82</sup>.

Wenn sich nach einem ersten Nichteintretensentscheid das als Zweites angerufene Gericht ebenfalls für *unzuständig erklärt*, so kann Art. 63 ZPO – Rechtsmissbrauch vorbehalten – nochmals angerufen werden<sup>83</sup>.

- Weist die Klage einen unverbesserlichen Fehler auf (Art. 132 Abs. 3 ZPO), so hat sie keine unterbrechende Wirkung. Demgegenüber hindert ein verbesserlicher Fehler (Art. 132 Abs. 1 und 2 ZPO) die Unterbrechung nicht, doch muss der Fehler nach Massgabe von Art. 132 Abs. 1 ZPO rechtzeitig behoben werden, ansonsten die unterbrechende Wirkung nachträglich entfällt<sup>84</sup> (s. analog vorne B/2). Eine Parallelregel zu Art. 132 Abs. 1 ZPO findet sich in Art. 101 Abs. 3 ZPO für den Fall, dass ein Kostenvorschuss nicht fristgerecht geleistet wird: Bleibt eine Nachfrist ungenutzt, fällt die unterbrechende Wirkung der Klageerhebung nachträglich wieder dahin. Konsequenz ist die Verjährung des Anspruchs, falls zwischenzeitlich die Verjährungsfrist abgelaufen ist<sup>85</sup>.

Angenommen, jemand lässt durch einen Vertreter Klage einreichen. In der Folge wird er gestützt auf Art. 132 Abs. 1 ZPO aufgefordert, die fehlende Prozessvollmacht nachzureichen, ansonsten auf die Klage nicht eingetreten werde<sup>86</sup>. Wird der Aufforderung nicht oder nicht rechtzeitig Folge geleistet, fällt die mit der Klage verbundene Unterbrechungswirkung mit Wirkung *ex tunc* wieder dahin; andernfalls bleibt sie bestehen. Dabei bleibt es auch dann, wenn der Mangel nachträglich innert der Frist von Art. 63 ZPO behoben wird: Die Bestimmung findet keine analoge Anwendung (vorne B/2).

- Gelegentlich kommt vor, dass ein Gläubiger zwecks Unterbrechung der Verjährung Klage einreicht und gleichzeitig wieder zurückzieht, um so die Zustellung an den

<sup>76</sup> Z.B. Art. 15 Abs. 2 BG gegen die Schwarzarbeit. Auf Lohnansprüche aus dem Gleichstellungsgesetz findet diese Bestimmung keine (analoge) Anwendung (BGE 138 II 1 E. 4.3).

<sup>77</sup> Ständige Rechtsprechung, grundlegend BGE 111 II 358 E. 4a, seither noch etwa 4A\_576/2010 E. 3.1.1 (in 137 III 352 nicht publiziert).

<sup>78</sup> BGE 4C.185/2005 E. 3, bei dem für den Schuldner klar war, dass es um die Mängelrechte der einzelnen Stockwerkeigentümer ging, auch wenn die verjährungsunterbrechende Handlung im Namen der Stockwerkeigentümergeinschaft erfolgte.

<sup>79</sup> Eine Einlassung ist bei örtlicher Unzuständigkeit grundsätzlich möglich (*Infanger Dominik*, Basler Kommentar, 2. A., Basel 2013, N 1 ff. zu Art. 18 ZPO). Ob vor einem sachlich unzuständigen Gericht Einlassung möglich ist, bestimmt das kantonale Recht (Art. 4 Abs. 1 ZPO; *Infanger*, a.a.O., N 3 zu Art. 18 ZPO), im Regelfall trifft dies nicht zu (vgl. BGE 132 V 404 E. 4.3).

<sup>80</sup> Offensichtlich zur Unterbrechung untaugliche Klagen verschaffen die Rechtswohlthat des Art. 63 ZPO nicht (vgl. BGE 130 III 202).

<sup>81</sup> Vgl. BGE 141 III 481 E. 3.2, in welchem klargestellt wird, dass bei der zweiten Klageerhebung *dieselbe* Rechtschrift eingereicht werden muss (in der Lehre ist dies nicht allseits anerkannt, Nw. bei *Bergamin*, Fn. 16, Rn. 196 Anm. 451).

<sup>82</sup> Vgl. BGE 72 II 326 zu aArt. 139 OR.

<sup>83</sup> BGE 138 III 471.

<sup>84</sup> Vgl. ZWR 1987 253 E. 3b, betr. aArt. 139 OR.

<sup>85</sup> Vgl. ZR 1935 Nr. 159 und – abweichend – ZR 2007 Nr. 29. Beide Entscheide ergingen allerdings zu aArt. 139 OR.

<sup>86</sup> Vgl. ZR 2006 Nr. 60.



Schuldner und die damit verbundene Fortführungslast zu vermeiden<sup>87</sup>. Ein solches Vorgehen ist m.E. nicht mit unterbrechender Wirkung versehen (vgl. analog vorne B/4).

#### D. Verjährungsunterbrechung durch Schuldbetreibung

Art. 67 SchKG umschreibt die Anforderungen, denen ein Betreibungsbegehren zu genügen hat. Ist eine Betreibung wegen eines nicht verbesserlichen Fehlers nichtig, bleibt die Unterbrechungswirkung aus<sup>88</sup>. Hingegen hindert ein verbesserlicher Fehler die Unterbrechung nicht, doch kann diese Wirkung nachträglich wieder entfallen (Art. 32 Abs. 4 SchKG). Nach dieser etwas kurz geratenen Parallelbestimmung zu Art. 132 Abs. 1/2 ZPO ist der Mangel innert einer behördlich angesetzten (kurzen) Frist zu verbessern, andernfalls die Betreibung als nicht erfolgt gilt<sup>89</sup>. Auf diese Weise können etwa Fehler wie das Fehlen einer notwendigen Unterschrift oder einer obligatorischen Beilage geheilt werden.

Wird das Betreibungsbegehren bei einer unzuständigen Behörde eingereicht, ist es von Amtes wegen an das zuständige Betreibungsamt weiterzuleiten (Art. 32 Abs. 2 SchKG); die verjährungsunterbrechende Wirkung kommt der Einreichung bei der unzuständigen Behörde zu<sup>90</sup>. Es schadet somit nicht, wenn die Verjährungsfrist im Zeitpunkt der Überweisung an die zuständige Behörde bereits abgelaufen ist<sup>91</sup>.

Das Betreibungsbegehren kann nach Art. 67 SchKG mündlich oder schriftlich (in Papierform oder elektronisch, Art. 33a SchKG) gestellt werden. Wird für die Zustellung eines schriftlichen Betreibungsbegehrens der Postweg gewählt, so kommt die unterbrechende Wirkung der Postaufgabe zu, und zwar selbst dann, wenn die Zustellung des Zahlungsbefehls an den Schuldner unterbleibt<sup>92</sup>. Wenn freilich der Gläubiger die Zustellung verhindert, indem er

das Betreibungsbegehren rechtzeitig zurückzieht<sup>93</sup>, so bleibt m.E. die unterbrechende Wirkung aus (s. analog vorne B/4). Die herrschende Lehre ist freilich gegenteiliger Ansicht. So meint etwa *Däppen*<sup>94</sup>, es sei dem Gläubiger unbenommen, dem Betreibungsbegehren gleichzeitig ein Rückzugsbegehren beizulegen, ohne dass dies einen Einfluss auf die Unterbrechungswirkung des Betreibungsbegehrens hätte. Dass dies nicht dem Gesetzessinn entsprechen kann, hat *Lustenberger*<sup>95</sup> mit überzeugenden Gründen dargetan.

#### E. Verjährungsunterbrechung durch Erhebung einer Einrede

Die Geltendmachung einer Forderung mittels Einrede wirkt nur unterbrechend, wenn dies im Prozess geschieht: vor einem staatlichen Gericht oder Schiedsgericht, wie Art. 135 Ziff. 2 OR sagt. Diese Bestimmung nimmt also auf den Fall Bezug, dass der Gläubiger vom Schuldner auf Erbringung einer Leistung verklagt wird und der Gläubiger seine Gegenforderung – berechtigterweise<sup>96</sup> – mittels Einrede geltend macht. Zu den Einreden i.S.v. Art. 135 Ziff. 2 OR zählt in erster Linie die Verrechnungseinrede (welche allerdings in Wirklichkeit ein Gestaltungsrecht ist<sup>97</sup>): Erklärt der beklagte Gläubiger (zulässigerweise) die Verrechnung mit einer Gegenforderung, so gehen Klage- und Gegenforderung im Umfang der kleineren unter. Insoweit stellt sich kein Verjährungsproblem mehr. Ist jedoch die Gegenforderung grösser als die Klageforderung, so ist nun für die Mehrforderung die Verjährung unterbrochen<sup>98</sup>. Unterbrechende Wirkung hat auch die *Eventualverrechnung*.

*Beispiel:* Ein Versicherer klagt einen Prämienanspruch von CHF 1000 ein. Der Versicherungsnehmer trägt auf Abweisung der Klage an und macht für den Fall, dass die Klageforderung bestehen sollte, verrechnungsweise einen Versicherungsanspruch von CHF 1500 geltend. Unterstellt man, dass beide Ansprüche Bestand haben, so geht zufolge der Verrechnungserklärung der Prämienanspruch vollständig unter; der Versicherungsanspruch

<sup>87</sup> Vgl. ZR 2016 Nr. 39.

<sup>88</sup> Vgl. BGE 71 II 147 E. 7a; ZR 1996 Nr. 32 E. 5b; *Kofmel Ehrenzeller Sabine*, Basler Kommentar, 2. A., Basel 2010, N 48 zu Art. 67 SchKG.

<sup>89</sup> *Nordmann Francis*, Basler Kommentar, 2. A., Basel 2010, N 15 zu Art. 32 SchKG; gleich im Ergebnis, jedoch unter analoger Heranziehung von Art. 63 ZPO, *Däppen* (Fn. 31) N 6b zu Art. 135 OR.

<sup>90</sup> Vgl. BGE 127 III 567.

<sup>91</sup> Vgl. *Kofmel Ehrenzeller* (Fn. 88) N 6 i.V.m. N 48 zu Art. 67 SchKG; abweichend *Killias Laurent/Wiget Matthias*, in: Amstutz Marc et. al. (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. A., Zürich 2016, N 32 zu Art. 135 OR (analoge Heranziehung von Art. 63 Abs. 1 ZPO).

<sup>92</sup> BGE 2C\_426/2008 E. 6.6.1; 104 III 20 E. 2.

<sup>93</sup> Dazu ist er jederzeit berechtigt (BISchK 2000 99 E. 3).

<sup>94</sup> *Däppen* (Fn. 31) N 6 zu Art. 135 OR; ebenso z.B. *Kofmel Ehrenzeller* (Fn. 88) N 48 zu Art. 67 SchKG.

<sup>95</sup> *Lustenberger Urs*, Gültige Handlungen zur Unterbrechung der Verjährungsfristen sind dem Schuldner zur Kenntnis zu bringen, AJP 2016 815 ff.

<sup>96</sup> ZR 1996 Nr. 32 E. 5c.

<sup>97</sup> Statt vieler *Gauch/Schluep/Emmenegger* (Fn. 1) Rn. 3247.

<sup>98</sup> *Spiro*, Begrenzung I (Fn. 2) 305; a.A. *Berti* (Fn. 17) N 129 f. zu Art. 135 OR.

geht im Umfang von CHF 1000 unter, und im überschüssenden Betrag (CHF 500) wird die Verjährung unterbrochen.

Zu den Einreden i.S.v. Art. 135 Ziff. 2 OR gehören ferner die Retentionsrechte von Art. 82 OR und 895 ZGB<sup>99</sup>.

*Beispiel:* Der Verkäufer eines Autos klagt den Kaufpreis ein. Der Käufer wendet ein, er habe nach Art. 82 OR das Recht, den Kaufpreis bis zur Lieferung des Autos zurückzubehalten. Erfolgt die *Anrufung von Art. 82 OR zu Recht*, handelt es sich also tatsächlich um ein Zug-um-Zug-Geschäft (Art. 184 Abs. 2 OR), so ist die Verjährung mit Bezug auf den Lieferanspruch des Käufers unterbrochen. Sie wäre es hingegen nicht, wenn der Käufer vorleistungspflichtig wäre und ihm daher die Einrede aus Art. 82 OR nicht zur Verfügung stünde.

Die Einredeerhebung kann mit verjährungsunterbrechender Wirkung auch vor einem *ausländischen* staatlichen Gericht oder einem Schiedsgericht mit Sitz im Ausland erhoben werden<sup>100</sup>.

## F. Verjährungsunterbrechung durch Schuldanerkennung

Gemäss Art. 135 Ziff. 1 OR wird die Verjährung unterbrochen, wenn der Schuldner die vom Gläubiger geltend gemachte Forderung anerkennt, wenn er mit anderen Worten die behauptete Schuld zugibt. Welche Schuld anerkannt ist und wie weit die Anerkennung geht, ist Auslegungsfrage. Es gilt somit das Vertrauensprinzip, soweit der Gläubiger den Anerkenntniswillen nicht richtig erkannt hat<sup>101</sup>.

### 1. Das Grundsätzliche

#### a. Voraussetzungen der Unterbrechungswirkung

Unter Art. 135 Ziff. 1 OR fallen sowohl konstitutive als auch deklaratorische Schuldbekanntnisse<sup>102</sup>. Die verjährungsunterbrechende Wirkung setzt also keine Willenserklärung vonseiten des Schuldners voraus (insbesondere keine auf Schuldbegründung gerichtete), vielmehr genügt eine *Wissenserklärung*<sup>103</sup>. Ganz unbestritten ist dies freilich nicht<sup>104</sup>.

Eine Schuldanerkennung (Schuldbekanntnis) im Sinne von Art. 135 Ziff. 1 OR richtet sich notwendig an den *Gläubiger* oder einen Vertreter desselben<sup>105</sup>. Eine Erklärung gegenüber einem Dritten wirkt nicht unterbrechend, noch weniger eine Schuldanerkennung, die überhaupt nicht nach aussen gerichtet ist. Keine Verjährungsunterbrechung bewirkt daher der blosser Eintrag einer Schuld in die Bücher des Schuldners<sup>106</sup>, «auch nicht der Zinseintrag in den Büchern der Sparkasse»<sup>107</sup>.

Die Anerkennung muss vom *Schuldner* ausgehen. Daher bewirkt eine von einem Dritten ohne Veranlassung des Schuldners vorgenommene Abschlagszahlung keine Unterbrechung<sup>108</sup>. Freilich kann sich der Schuldner vertreten lassen. Daher bildet die Anerkennung einer Gesellschaftsschuld durch einen vertretungsberechtigten Gesellschafter eine Anerkennung zulasten der Gesellschaft und hat dementsprechend verjährungsunterbrechende Wirkung<sup>109</sup>.

#### b. Tragweite der Unterbrechung

Nach allgemeinem Grundsatz (III/A/B) unterbricht die Anerkennung einer Forderung die Verjährung *nur gerade mit Bezug auf diese*, nicht auch mit Bezug auf allfällige andere Forderungen, welche der Gläubiger gegen den Schuldner hat, und die Unterbrechung geht nur bis zur anerkannten Forderungshöhe<sup>110</sup>.

*Beispiel 1:* Gemäss BJM 1983 74 «unterbricht die Zahlung eines einzelnen Unterhaltsbeitrages nicht auch die besondere Verjährung der für frühere Perioden geschuldeten Einzelbeiträge» (S. 76)<sup>111</sup>. – *Beispiel 2:* In BGE 100 II 42 E. 2a ging es um einen Unfallversicherer, der seine Pflicht zur Leistung einer Invaliditätsschädigung anerkannte. Das galt nicht auch als Anerkennung der Pflicht, eine Todesfallentschädigung auszurichten, falls der Versicherte unfallbedingt sterben sollte. – *Beispiel 3*<sup>112</sup>: Hat der Besteller eines Bauwerks einen Mangel des Daches gerügt

Schuldenerkennung im schweizerischen Obligationenrecht (Diss.), Freiburg 2003, 128 Anm. 558 ff.

<sup>99</sup> Z.B. Becker (Fn. 34) N 21 zu Art. 135 OR; Hohl (Fn. 61) Rn. 312.

<sup>99</sup> Z.B. Becker (Fn. 34) N 21 zu Art. 135 OR; Hohl (Fn. 61) Rn. 312.

<sup>100</sup> S. Näheres bei Berti (Fn. 17) N 136 und 149 f. zu Art. 135 OR.

<sup>101</sup> BGE 119 II 368 E. 7b; 4A\_404/2013 E. 4.1 m.w.Nw.

<sup>102</sup> S. zur Unterscheidung Koller, OR AT (Fn. 1) § 24 Rn. 10 ff.

<sup>103</sup> BGE 57 II 583; ZR 1980 Nr. 72.

<sup>104</sup> Spiro, Begrenzung I (Fn. 2) 351 f. Anm. 2 und 3; Hw. auf die herrschende Lehre und Rechtsprechung bei Krauskopf Frédéric, Die

<sup>105</sup> BGE 90 II 428 E. 11.

<sup>106</sup> SJZ 1908/09 279 Nr. 419.

<sup>107</sup> Becker, Fn. 34, N 3 zu Art. 135 OR, mit Präzisierungen.

<sup>108</sup> Vgl. BGE 22, 1228 E. 3.

<sup>109</sup> Zum Fall, dass sich jemand als Vertreter des Schuldners ausgibt, ohne dies zu sein, und dadurch den Gläubiger davon abhält, verjährungsunterbrechende Handlungen vorzunehmen, s. Krauskopf (Fn. 104) Rn. 280 Anm. 566.

<sup>110</sup> Zu den Besonderheiten im Falle einer Anspruchskonkurrenz s. hinten III/B, zweiter Absatz.

<sup>111</sup> Ebenso FamPra 2014 719.

<sup>112</sup> In Anlehnung an ZR 1991 Nr. 14 E. 3.

und der Unternehmer Verbesserung zugesagt, so wird die Verjährung des Nachbesserungsanspruchs hinsichtlich dieses, nicht aber eines andern Mangels unterbrochen<sup>113</sup>.

## 2. Ausgewählte Anerkenntnishandlungen

Einzelne Anerkenntnishandlungen sind in Art. 135 Ziff. 1 OR aufgezählt. Die Aufzählung ist jedoch keine vollständige («namentlich»). Beispiele:

- *Zinszahlungen*. Weil Zinszahlungen die Verjährung unterbrechen, können Darlehensforderungen nicht verjähren, solange der Schuldner seiner Zinspflicht nachkommt.
- *Abschlagszahlungen*. Abschlagszahlung meint Teilzahlung (Art. 69 OR), also eine teilweise Erbringung der geschuldeten Leistung in der Meinung, die Schuld nur teilweise zu tilgen<sup>114</sup>. Keine Abschlagszahlung liegt demnach vor, wenn der Schuldner erkennbar nicht gewillt ist, weitere Leistungen zu erbringen, aus welchem Grund auch immer<sup>115</sup>. Eine solche Zahlung hat hinsichtlich einer allfälligen Restforderung keine verjährungsunterbrechende Wirkung.

Angenommen, S schuldet dem G CHF 10 000. In der Folge zahlt S CHF 9 000 mit dem Bemerkten, damit sei seine Schuld getilgt. Diesfalls findet hinsichtlich der Restforderung von CHF 1 000 keine Unterbrechung statt, und das unabhängig davon, ob S sich hinsichtlich der Schuldhöhe geirrt hat oder nicht. Entsprechendes gilt dann, wenn S die CHF 9 000 mit dem Bemerkten leistet, er müsse vorerst noch abklären, ob er weiter gehend verpflichtet sei.

- *Sicherheitsleistungen*. Art. 135 Ziff. 1 OR erwähnt nur Pfand- und Bürgschaftsbestellung. Doch haben auch andere Sicherheitsleistungen Anerkenntnischarakter (vgl. § 212 Abs. 1 Ziff. 1 BGB). Wenn also beispielsweise ein Darlehensnehmer, der ein bestehendes Darlehen aufstocken will, sicherungshalber einen Wechsel für die gesamte Darlehensschuld übereignet, so wird die Verjährung hinsichtlich der bestehenden Schuld unterbrochen.
- *Stundungsgesuch*<sup>116</sup> und *Stundungsvereinbarung*<sup>117</sup>. Eine solche hat nach m.E. zutreffender Auffassung auch

*hemmende Wirkung*, vgl. Art. 1166 Abs. 3 OR betr. Ansprüche der Anleihergläubiger<sup>118</sup>.

- Wer eine Forderung *vorbehaltlos zur Verrechnung stellt*, anerkennt damit die Gegenforderung<sup>119</sup>, allerdings nur in Höhe der zur Verrechnung gestellten Forderung. Eine *Eventualverrechnung* stellt hingegen keine Anerkennungshandlung dar. Daher findet im Beispiel von vorne II/E hinsichtlich der Prämienforderung keine Unterbrechung statt.
- Die *grundsätzliche Anerkennung einer umfangmässig noch nicht bestimmten Schuld* gilt zwar als Anerkenntnishandlung, jedoch nicht unbedingt hinsichtlich der ganzen Anspruchshöhe<sup>120</sup>.
- Auch eine *bedingte Schuldanerkennung* kann zur Verjährungsunterbrechung nach Art. 135 Ziff. 1 OR genügen<sup>121</sup>.

## III. Wirkungen der Unterbrechung

Die Unterbrechung hat zur Folge, dass die bisher verfllossene Verjährungsfrist bedeutungslos wird und eine neue Verjährungsfrist von grundsätzlich gleicher Dauer zu laufen beginnt. Die Einzelheiten ergeben sich aus Art. 137 f. OR und verschiedenen Sonderregeln, teils ungeschriebenen.

### A. Umfang der Unterbrechung: Allgemeines

Die *Unterbrechung greift nur insoweit Platz, als der Unterbrechungsgrund reicht*. Daher lässt sie unter Umständen einen Forderungsteil unberührt. Wenn beispielsweise S, der G CHF 2 000 schuldet, seine Schuld in Höhe von CHF 1 500 anerkennt, so ist die Verjährung nur in dieser Höhe unterbrochen. Analoges gilt für alle Arten der Unterbrechung. So wirkt eine Klage nur in Höhe des eingeklagten, eine Schuldbetreibung nur in Höhe des in Betreibung gesetzten Betrages unterbrechend<sup>122</sup>. Das Gesagte gilt auch in Fällen, in denen der Gläubiger den genauen

<sup>113</sup> S. ferner BGE 4A\_109/2014 E. 4 (Anerkennung eines Sekundärmangels bedeutet nicht ohne Weiteres Anerkennung des Primärmangels).

<sup>114</sup> Z.B. BJM 1959 328: «Teilzahlung a conto Taggeld».

<sup>115</sup> Vgl. BGE 134 III 591 E. 5.2.4; 17, 745 E. 4; s. ferner aus der kantonalen Rechtsprechung SJZ 1918/19 314 Nr. 205; BR 1980 47 Nr. 34.

<sup>116</sup> SJZ 1924/25 125 Nr. 107; SJZ 1937/38 234 Nr. 172.

<sup>117</sup> BGE 65 II 232; 89 II 26 E. 3.

<sup>118</sup> Berti (Fn. 17) N 35 und 37 zu Art. 134 OR; Bucher (Fn. 13) 463.

<sup>119</sup> BGE 110 II 176 E. 3; Bucher (Fn. 13) 463 Anm. 91; von Tuhr Andreas/Escher Arnold, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 2. Bd., 3. A., Zürich 1974, 226.

<sup>120</sup> Vgl. BGE 100 II 42 E. 2a; 4A\_276/2008.

<sup>121</sup> BGE 134 III 591 E. 5.2.1/3; der Sache nach auch 4A\_276/2008 E. 4.6. Becker (Fn. 34) N 10 zu Art. 135 OR; Koller Alfred (Hrsg.), Haftpflicht- und Versicherungsrechtstagung 1993, St. Gallen 1993, 1 ff., 21.

<sup>122</sup> BGE 5A\_741/2013 E. 5.1; 4C.139/2006 E. 2.2.

Umfang seiner Forderung noch nicht kennt und nicht kennen kann, wie dies insbesondere bei Schadenersatzforderungen vorkommen kann. Ist im Einzelfall der Gläubiger gezwungen, die Verjährung in einem Zeitpunkt zu unterbrechen, in dem der Umfang seiner Forderung noch nicht feststellbar ist, so wählt er zweckmässigerweise einen Unterbrechungsakt, welcher die genaue Bezifferung der Forderung nicht voraussetzt, «tel que l'action en paiement non chiffrée (art. 42 al. 2 CO) ou l'action en constatation du fondement juridique de la prétention litigieuse»<sup>123</sup>.

Der letztere Weg (Feststellungsklage) ist freilich bei einer Schadenersatzforderung dem Geschädigten nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung<sup>124</sup> zumeist verwehrt<sup>125</sup>. Der erstere Weg (unbeziffertes Leistungsbegehren) ist dort zulässig, wo es der klagenden Partei unmöglich oder unzumutbar ist, ihre Forderung bereits zu Beginn des Prozesses zu beziffern (Art. 85 Abs. 1 ZPO)<sup>126</sup>. Wird die Forderung nachträglich genau beziffert, wird die Unterbrechung rückwirkend auf diesen Betrag reduziert<sup>127</sup>.

#### B. Umfang der Unterbrechung bei mehreren Forderungen

Hat der Gläubiger mehrere Forderungen gegen *verschiedene Schuldner*, so wirkt die Unterbrechung im Grundsatz nur hinsichtlich jener Forderung(en), hinsichtlich welcher die Unterbrechung stattgefunden hat (s. Art. 1071 Abs. 1 OR). Abweichendes gilt nach Art. 136 OR bei Solidarschuld und Bürgschaft: Bei einer verbürgten Schuld wirkt die Unterbrechung gegen den Hauptschuldner auch gegen den Bürgen (Art. 136 Abs. 2 OR), das Umgekehrte gilt hingegen nicht (Art. 136 Abs. 3 OR). Bei einer Solidarschuld wirkt die Unterbrechung gegen einen der Solidarschuldner auch gegen die übrigen Solidarschuldner (Art. 136 Abs. 1 OR)<sup>128</sup>. Nach herrschender Ansicht gilt Art. 136 Abs. 1 OR aller-

dings nur bei der sog. echten, nicht auch bei der unechten Solidarität<sup>129,130</sup>.

Hat der Gläubiger mehrere Forderungen gegen *denselben* Schuldner, so erfasst die Unterbrechung im Grundsatz wiederum nur jene Forderungen, hinsichtlich welcher sie stattgefunden hat<sup>131</sup>. Haben allerdings alle Forderungen dieselbe Leistung zum Gegenstand, sodass sie allesamt erlöschen, wenn auch nur eine erfüllt wird (Anspruchskonkurrenz), so wird man die Unterbrechung vermutungsweise auf alle Forderungen beziehen müssen<sup>132</sup>. Vorbehalten sind Fälle, in denen sich die verjährungsunterbrechende Handlung eindeutig nur auf eine einzige Anspruchsgrundlage bezieht, etwa eine Schuldanerkennung nur auf eine deliktische, nicht auch eine vertragliche Haftung.

#### C. Umfang der Unterbrechung im Falle einer doppelten Verjährung

Wo ein Anspruch einer doppelten Verjährung unterliegt, wirkt sich die Unterbrechung auf beide Verjährungsfristen aus. Findet beispielsweise hinsichtlich eines Anspruchs aus Art. 41 OR eine Unterbrechung statt, so wird nebst der Einjahresfrist auch die Zehnjahresfrist von Art. 60 Abs. 1 OR unterbrochen<sup>133</sup>. Im Anwendungsbereich von Art. 60 Abs. 2 OR beginnt mit der Unterbrechung auch die längere strafrechtliche Frist neu zu laufen<sup>134</sup>, dies freilich nur, wenn die Verfolgungsverjährung noch nicht eingetreten ist<sup>135</sup>. Erhebt der Schuldner die Verjährungseinrede hinsichtlich einer der Fristen, ist die Verjährung umfassend zu prüfen<sup>136</sup>.

Wo das Gesetz, wie in Art. 60 oder 67 OR, eine doppelte Verjährungsfrist vorsieht, wird die kürzere Frist regelmässig als relative, die längere als absolute Verjährungsfrist bezeichnet. Absolut bedeutet nach dem Gesagten nicht, dass die längere Frist nicht durch Unterbrechung verlängert werden kann<sup>137</sup>.

<sup>123</sup> BGE 133 III 675 E. 2.3.2 S. 679; 119 II 339 E. 1c/aa, 340; 4A\_543/2013 E. 4, wo streitig war, ob es sich um eine bezifferte oder unbezifferte Forderungsklage handelte.

<sup>124</sup> Vgl. BGE 86 II 41 E. 4b und c; 114 II 253 E. 2a.

<sup>125</sup> Jedenfalls nach meinem Verständnis der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (Koller, OR AT, Fn. 1, S. 52 Rn. 14 und 25 f.).

<sup>126</sup> Z.B. BGE 116 II 215 E. 4, Voraussetzungen gegeben; ZR 2016 Nr. 47, Voraussetzungen nicht gegeben.

<sup>127</sup> Baumann Wey Sabine, Die unbezifferte Forderungsklage nach Art. 85 ZPO (Diss.), Zürich 2013, Rn. 610 f.

<sup>128</sup> Entsprechendes gilt nach der gleichen Bestimmung, wenn die Verjährung gegen einen Mitschuldner einer unteilbaren Leistung (Art. 70 Abs. 1 OR) unterbrochen wird.

<sup>129</sup> BGE 4C.27/2003 E. 3.4; 115 II 42 E. 2a; zum Meinungsstand in der Lehre s. Berti (Fn. 17) N 6 zu Art. 136 OR.

<sup>130</sup> Zur Unterscheidung s. Koller, OR AT (Fn. 1) § 75 Rn. 40.

<sup>131</sup> BGE 133 III 675 E. 2.3.2 m.w.Nw.

<sup>132</sup> Vgl. BGE 96 II 181 E. 3b.

<sup>133</sup> BGE 123 III 213 E. 6a; 112 II 231 E. 3e.

<sup>134</sup> BGE 127 III 538 E. 4.

<sup>135</sup> BGE 131 III 430 E. 1 mit Präzisierungen.

<sup>136</sup> BGE 4A\_527/2007 E. 3, mit der Präzisierung, dass der Gläubiger Gelegenheit erhalten muss, sich auch zur anderen Frist zu äussern, wenn der Richter die Verjährung auf diese stützen will.

<sup>137</sup> BGE 123 III 213 E. 6a m.w.Nw.

#### D. Dauer der neuen Verjährungsfrist

Die neue Frist entspricht hinsichtlich ihrer Dauer grundsätzlich der bisherigen. Das wird für einen Sonderfall in Art. 1071 Abs. 2 OR ausdrücklich gesagt und ist auch der Sinn von Art. 137 Abs. 1 OR. Ausnahmsweise beträgt die neue Verjährungsfrist zehn Jahre, auch wenn die bisherige Frist kürzer oder länger war (Art. 137 Abs. 2 OR). Art. 137 Abs. 2 OR unterscheidet zwei Fälle:

- *Erster Fall*: Der Schuldner hat den Anspruch «durch Ausstellung einer Urkunde» anerkannt. Vorausgesetzt ist zweierlei: Der Schuldner muss die Forderung schriftlich beziffert und er muss die Urkunde unterzeichnet haben. Die bloss grundsätzliche Anerkennung der Schuldpflicht fällt nicht unter Art. 137 Abs. 2 OR, allenfalls aber unter Art. 135 Ziff. 1 OR<sup>138</sup>. Die Anforderungen von Art. 137 Abs. 2 OR entsprechen jenen von Art. 82 SchKG<sup>139</sup>.
- *Zweiter Fall*: Der Anspruch wurde durch gerichtliches Urteil «festgestellt». Der Terminus «festgestellt» ist insofern irreführend, als nicht nur ein Feststellungsurteil die zehnjährige Frist auslöst, sondern auch und in erster Linie ein Leistungsurteil<sup>140</sup>. Keine Anwendung findet Art. 137 Abs. 2 OR hingegen dort, wo das Urteil den Anspruch erst begründet, der Beklagte also erst durch das Urteil zum Schuldner wird (Gestaltungsurteil)<sup>141</sup>. In den soeben (Fn. 141) erwähnten Entscheiden ging es um Unterhaltsansprüche, die einem ausserehelichen Kind im Vaterschaftsprozess zugesprochen worden waren. Das jeweilige Gericht erkannte, dass die Ansprüche gemäss Art. 128 Ziff. 1 OR, also innert fünf Jahren, verjähren<sup>142</sup>.

#### E. Beginn der neuen Verjährungsfrist

Die neue Frist beginnt grundsätzlich mit der Vornahme der Unterbrechungshandlung zu laufen. Das Gesetz kennt zwei Ausnahmen:

- *Erstens*: Wird die Verjährung durch Schlichtungsgesuch, Klage oder Einrede unterbrochen, so beginnt die Verjährung erst zu laufen, «wenn der Rechtsstreit vor der befassten Instanz abgeschlossen ist» (Art. 138 Abs. 1 OR).

Wie der Rechtsstreit abgeschlossen wird, bestimmt sich nach der ZPO und interessiert hier nicht im Einzelnen<sup>143</sup>. Es sei lediglich beispielshalber auf zwei Abschlussarten hingewiesen: (i) Wird ein Schlichtungsverfahren durch Erteilung der Klagebewilligung beendet, so beginnt jetzt – genauer: mit Zugang der Bewilligung beim Kläger – die neue Verjährungsfrist zu laufen. Wiederholt sei, dass bei Nichtwahrung der Prosequenzfrist (Art. 209 ZPO) zwar die Rechtshängigkeit rückwirkend dahinfällt, nicht hingegen die Unterbrechung. (ii) Ergeht nach einem Gerichtsverfahren ein Sachurteil, so beginnt die neue – evtl. zehnjährige (Art. 137 Abs. 2 OR) – Verjährungsfrist mit dem Zugang des Urteils bei den Parteien zu laufen. Ein Teil der Lehre stellt demgegenüber auf den Zeitpunkt ab, in dem das Urteil in formelle Rechtskraft erwächst<sup>144</sup>.

- *Zweitens*: Geschieht die Unterbrechung durch Eingabe im Konkurs, so «beginnt die neue Verjährung mit dem Zeitpunkte, in dem die Forderung nach dem Konkursrechte wieder geltend gemacht werden kann» (Art. 138 Abs. 3 OR)<sup>145</sup>.

Bei beiden Tatbeständen ist die Verjährung in der Zeit zwischen der unterbrechenden Handlung (z.B. Schlichtungsgesuch, Klage) und dem Moment, in dem die Verjährung von Neuem zu laufen beginnt (z.B. Ausstellung der Klagebewilligung, Beendigung des Prozesses), in gewisser Weise gehemmt. Um eine Hemmung im Sinne des Gesetzes (Art. 134 OR) handelt es sich jedoch nicht, weil mit Ende der Hemmung nicht die alte Verjährungsfrist fortgesetzt wird, sondern eine neue Frist beginnt.

<sup>138</sup> BGE 113 II 264 E. 2d m.w.Nw.

<sup>139</sup> BGE 61 II 334 E. 3, 338; 4A\_153/2011 E. 3.1. S. im Einzelnen *Krauskopf* (Fn. 104) Rn. 431 ff.

<sup>140</sup> Genaueres bei *Killias/Wiget* (Fn. 91) N 6 zu Art. 137 OR.

<sup>141</sup> ZBJV 1952 407; ZBJV 1963 482.

<sup>142</sup> So neuerdings auch *FamPra* 2014 719.

<sup>143</sup> S. Näheres bei *Krauskopf/Bittel* (Fn. 70) 376 f. und (teilweise abweichend) *Däppen* (Fn. 31) N 2 ff. zu Art. 138 OR.

<sup>144</sup> So z.B. *Däppen* (Fn. 31) N 6 zu Art. 137 OR; *Hohl* (Fn. 61) Rn. 326.

<sup>145</sup> Genaueres dazu bei *Däppen* (Fn. 31) N 6–6b zu Art. 138 OR.

