

2. Privatrecht/Droit privé

2.7. Schuldrecht – allgemein/Droit des obligations – en général

2.7.1. Obligationenrecht – Allgemeiner Teil – allgemein/Droit des obligations – Partie générale – en général

2.7.1.3. Erlöschen/Extinction

BGer 4A_428/2020: Beginn der neuen Verjährung bei «Abschluss des Rechtsstreits vor der befassensten Instanz» gemäss Art. 138 Abs. 1 OR mit Ausschöpfung des Instanzenzugs

Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, Urteil 4A_428/2020 vom 1. April 2021, Kollektivgesellschaft A. gegen B., Verjährung.



ISABELLE WILDHABER*



SEVDA DEEDE**

Das Bundesgericht greift die bisher bundesgerichtlich nicht vertiefte Frage auf, was unter «Abschluss des Rechtsstreits vor der befassensten Instanz» zu verstehen ist, und klärt somit den Zeitpunkt des Beginns der neuen Verjährung im Falle einer Verjährungsunterbrechung gemäss Art. 135 Ziff. 2 OR.

I. Sachverhalt

Am 10. Mai 2017 klagte B. (Beschwerdegegnerin vor Bundesgericht) beim Bezirksgericht Höfe und beantragte, die Kollektivgesellschaft A. (Beschwerdeführerin vor Bundesgericht) sei zu verpflichten, ihr CHF 40 000 nebst Zins zu bezahlen. B. hat sich auf ein Inserat der Kollektivgesellschaft A. gemeldet, worin die Kollektivgesellschaft A. ein Restaurant und eine Vierzimmerwohnung zur Pacht ausgeschrieben habe. Bei der Besichtigung kam den beiden Parteien die Idee, das Restaurant und die Bar, die bei der Besichtigung gezeigt wurden, gemeinsam zu betreiben und

hierfür eine GmbH zu gründen. Am 10. Januar 2017 habe B. laut eigenen Angaben der Kollektivgesellschaft A. für das Aufsetzen der nötigen Verträge CHF 40 000 überwiesen. Nach der Überweisung sind die Vertragsverhandlungen ins Stocken geraten und wurden schliesslich abgebrochen. Die Kollektivgesellschaft A. hat sich geweigert, den Betrag von CHF 40 000 zurückzuzahlen.

Die Kollektivgesellschaft A. stellte sich in ihrer Klageantwort auf den Standpunkt, dass es sich bei den CHF 40 000 um ein Haftgeld handelte, welches zur Absicherung diene (damit B. nicht leichtfertig von den Verhandlungen zurücktritt) und für den Fall der Nichterfüllung des Vertrags durch B. bei A. verbleiben sollte.

Mit Urteil vom 15. Mai 2019 hiess das Bezirksgericht die Klage gut und verpflichtete die Kollektivgesellschaft A. zur Zahlung von CHF 40 000 nebst Zins an B. Die Berufung der Kollektivgesellschaft A. wies das Kantonsgericht des Kantons Schwyz mit Urteil vom 30. Juli 2020 ab. Die Kollektivgesellschaft A. reichte daraufhin Beschwerde beim Bundesgericht ein und beantragte, das kantonsgerichtliche Urteil sei aufzuheben und die Klage sei abzuweisen.

II. Erwägungen des Bundesgerichts

Das Bundesgericht hat zunächst die Rügen der Kollektivgesellschaft A. (Beschwerdeführerin) in Sachen Verletzung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör (E. 3) sowie ihre Rügen gegen die vorinstanzliche Sachverhaltsfeststellung (E. 4) für unbegründet erklärt. Die Vorinstanz habe festgestellt, dass die Parteien kein Haftgeld vereinbart hätten. Dies sei in keiner Weise zu beanstanden (E. 4.4). Daraufhin konzentrierte sich das Bundesgericht auf die Einrede der Verjährung der Beschwerdeführerin.

Im vorliegenden Urteil war es unbestritten, dass die Verjährung des eingeklagten Anspruchs noch nicht eingetreten war, als das erstinstanzliche Urteil erging. Allerdings beginnt laut Kollektivgesellschaft A. (Beschwerdeführerin) die Verjährung gemäss Art. 138 Abs. 1 OR mit dem Abschluss des Rechtsstreits vor der befassensten Instanz von Neuem zu laufen. Dies sei mit dem erstinstanzlichen Urteil vom 15. Mai 2019 der Fall gewesen. Deshalb habe die einjährige Verjährungsfrist gemäss Art. 67 Abs. 1 OR am 16. Mai 2019 wieder zu laufen begonnen. Da eine weitere Unterbrechung der Verjährung unterblieben sei, sei ein allfälliger Anspruch der Beschwerdegegnerin am 16. Mai 2020 verjährt. Das angefochtene Urteil sei erst am 30. Juli 2020 gefällt worden, als die Verjährung bereits eingetreten sei (E. 5.1). Dagegen wendete B. (Beschwerdegegnerin) ein, dass die Verjährung erst von Neuem zu laufen beginne, wenn das erstinstanzliche Urteil rechtskräftig und der Instanzenzug ausgeschöpft geworden sei. Dies sei bis

* ISABELLE WILDHABER, Prof. Dr. iur., LL.M., FAA-HSG, ordentliche Professorin an der Universität St. Gallen.

** SEVDA DEEDE, Dr. iur., LL.M., FAA-HSG, Post-Doc an der Universität St. Gallen.

heute nicht geschehen, da die Beschwerdeführerin das erstinstanzliche Urteil zuerst an die Vorinstanz und danach an das Bundesgericht weitergezogen habe (E. 5.2).

Das Bundesgericht wies die Beschwerde ab (E. 9) und entschied der Auffassung der Beschwerdegegnerin entsprechend, dass der Abschluss des Rechtsstreits vor der befassen Instanz gemäss Art. 138 Abs. 1 OR erst dann eintrete, wenn der Instanzenzug ausgeschöpft sei. Die Beschwerdegegnerin habe am 10. Mai 2017 geklagt und damit die Verjährung unterbrochen (Art. 135 Ziff. 2 OR). Da die Verjährung erst dann von Neuem zu laufen beginne, wenn der Instanzenzug ausgeschöpft sei, und bis zum vorliegenden Urteil des Bundesgerichts der Instanzenzug nicht ausgeschöpft sei, sei die Forderung der Beschwerdegegnerin keinesfalls verjährt (E. 7.3 und E. 8).

Das Bundesgericht setzt sich im vorliegenden Urteil grundsätzlich mit der ungeklärten Frage auseinander, *was unter dem «Abschluss des Rechtsstreits vor der befassen Instanz» zu verstehen ist und wann die Verjährung von Neuem zu laufen beginnt* (E. 6).

Das Bundesgericht wies auf die im Jahr 2011 im Rahmen der Einführung der ZPO getätigte Revision des Art. 138 Abs. 1 OR hin und erwähnte, dass das Gesetz zur Frage schweige, wann der Abschluss des Rechtsstreits vor der befassen Instanz eintrete und die Verjährung von Neuem zu laufen beginne (E. 6.3.1). Das Bundesgericht zählt eine Reihe von Entscheidungen der zivil- und sozialrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts (E. 6.1.1 und E. 6.1.2) auf, in denen Art. 138 Abs. 1 OR erwähnt bzw. angewendet wurde, jedoch der Zeitpunkt des Abschlusses des Rechtsstreits vor der befassen Instanz nicht vertieft untersucht wurde.

Zur Aufklärung der Frage, wann der Abschluss des Rechtsstreits vor der befassen Instanz eintritt und die Verjährung von Neuem zu laufen beginnt, – und somit zur Auslegung des Art. 138 Abs. 1 OR – verfolgt das Bundesgericht den pragmatischen Methodenpluralismus (E. 6.2):

In Bezug auf die *grammatikalische Auslegung* anerkennt das Bundesgericht, dass seine Auslegung schwer mit dem deutschen und dem italienischen Gesetzeswortlaut von Art. 138 Abs. 1 OR zu begründen sei. Diese stellten auf den Rechtsstreit «vor der befassen Instanz» bzw. «davanti all'autorità» ab. Die Auslegung stehe aber in Einklang mit dem französischen Wortlaut, wo auf den ganzen Instanzenzug abgestellt werde: «lorsque la juridiction saisie clôt la procédure» (E. 7.4).

Betreffend *Entstehungsgeschichte* stellt das Bundesgericht fest, dass die Materialien zur Einführung der eidgenössischen Zivilprozessordnung, im Rahmen derer Art. 138 Abs. 1 OR geändert worden sei, keinen Aufschluss gäben (E. 6.3.1). Ein indirekter Anhaltspunkt lasse sich der Bot-

schaft entnehmen: In Art. 112 Abs. 2 ZPO und Art. 123 Abs. 2 ZPO sei vom «Abschluss des Verfahrens» die Rede, worunter gemäss Botschaft die Rechtskraft des Entscheids zu verstehen ist (E. 6.3.1). Zudem verweist das Bundesgericht auf die Revision des Obligationenrechts im Jahr 2009 (E. 6.3.2). Diesbezüglich habe der Vorentwurf (15. September 2011) eine Revision von Art. 138 Abs. 1 OR vorgesehen. Gemäss Bericht zum Vorentwurf solle neu eine Forderung auch während eines Rechtsmittelverfahrens nicht mehr verjähren (E. 6.3.2). In der Vernehmlassung sei begrüsst worden, dass die Verjährung erst nach Abschluss des gerichtlichen Verfahrens neu zu laufen beginne (E. 6.3.2).

Im Rahmen der *teleologischen Auslegung* zählt das Bundesgericht die verschiedenen Meinungen zur Frage, wann der Rechtsstreit vor der befassen Instanz abgeschlossen ist (E. 6.4), auf. Uneinigkeit herrsche darüber (E. 7.2), ob die Verjährung gemäss Art. 138 Abs. 1 OR von Neuem zu laufen beginne, wenn der Endentscheid in formelle Rechtskraft erwachse (vgl. Autoren in E. 6.4.1), wenn der Endentscheid eröffnet werde (vgl. Autoren in E. 6.4.2) oder wenn der Instanzenzug ausgeschöpft sei (vgl. Autor in E. 6.4.3). Dem Sinn und Zweck von Art. 138 Abs. 1 OR wird gemäss Bundesgericht am besten gerecht, wenn der Rechtsstreit vor der befassen Instanz abgeschlossen ist, wenn ihr Endentscheid also nicht mehr durch Berufung oder Beschwerde angefochten werden kann. Denn nur bei dieser Lösung sei eine Verjährung der Forderung unter der Hand des Gerichts ausgeschlossen (E. 7.2.3). Art. 138 Abs. 1 OR sei revidiert worden, um den Missstand zu beseitigen, dass Forderungen unter der Hand des Richters verjähren. Weder die formelle Rechtskraft (vgl. die Auffassung in E. 6.4.1) noch die Eröffnung des Endentscheids (vgl. die Auffassung in E. 6.4.2) würden der ratio legis gerecht, da die Forderung bei diesen Auslegungen während des laufenden Rechtsmittelverfahrens verjähren könne (E. 7.2.1 und E. 7.2.2).

Zusammenfassend erwog das Bundesgericht, dass der *Abschluss des Rechtsstreits vor der befassen Instanz gemäss Art. 138 Abs. 1 OR erst eintrete, wenn der Instanzenzug ausgeschöpft* sei. Demnach beginne die Verjährung von Neuem zu laufen, wenn die befaste Instanz einen Endentscheid gefällt habe, der nicht mehr durch Berufung oder Beschwerde angefochten werden könne. Wenn Berufung oder Beschwerde eingelegt worden sei, beginne die Verjährung nicht von Neuem, und zwar unabhängig davon, wer das Rechtsmittel ergriffen habe. Auch wenn das Bundesgericht die Sache an die Vorinstanz zurückweise, beginne die Verjährung nicht von Neuem, da auch hier der Instanzenzug noch nicht ausgeschöpft sei, weil auch gegen den neuen Entscheid der Vorinstanz wieder die üblichen Rechtsmittel offenstünden (E. 7.3). Keinen Einfluss auf die Verjährung

hätten demgegenüber ausserordentliche Rechtsmittel wie die Revision oder die Erläuterung. Andernfalls sei ein Verjährungsaufschub auf unbestimmte Zeit möglich (E. 7.3).

III. Anmerkungen

Das Urteil verdient unseres Erachtens *volle Zustimmung*. Es ist ein mutiges und erfreuliches Urteil, welches den bisher teilweise widersprüchlich angewendeten Art. 138 Abs. 1 OR klärt.

(1) *Es ist das erste Mal, dass sich das Bundesgericht so detailliert mit der Frage beschäftigt, was unter «Abschluss des Rechtsstreits vor der befassen Instanz» zu verstehen ist.* Das Bundesgericht stellt fest, dass es sich bisher mit dem Zeitpunkt des Abschlusses des Rechtsstreits vor der befassen Instanz nicht vertieft auseinandergesetzt habe (E. 6.1). Diese Feststellung ist richtig. In keiner Entscheidung hat das Bundesgericht sich bis anhin mit dem Ausdruck «Abschluss des Rechtsstreits vor der befassen Instanz» so detailliert auseinandergesetzt. Mehrere Bundesgerichtsentscheide zeigen u.E. allerdings, dass das Bundesgericht auch nach der Revision 2011 im Rahmen der ZPO-Einführung den Verjährungseintritt während des bundesgerichtlichen Verfahrens für möglich gehalten hat.¹ Auch in weiteren Sachverhalten ging das Bundesgericht nicht von der Ausschöpfung des Instanzenzugs aus, sondern sah die Verjährung in jeder Instanz als neu unterbrochen an.²

Soweit ersichtlich stellte das Bundesgericht einzig in BGer 4A_303/2015³ (dem vorliegenden Entscheid entsprechend) fest, dass die Verjährung mit der Klage unterbrochen worden sei und die neue Verjährungsfrist während des bundesgerichtlichen Verfahrens noch nicht zu laufen begonnen habe. So entschied das Bundesgericht, dass die Einrede des Beschwerdegegners, die Honorarforderungen der Beschwerdegegner seien wegen Ablaufs der Verjährungsfrist während der Prozessdauer verjährt, offensichtlich unbegründet sei. Die Verjährung sei durch die gerichtliche Klage der Beschwerdegegner unterbrochen worden und habe seither nicht von Neuem zu laufen begonnen. Sechs Jahre später hat nun das Bundesgericht mit der vorliegenden Entscheidung nochmals in diesem Sinne entschieden. Wir hoffen, dass das Bundesgericht in Zukunft dieser Linie treu bleibt und den Art. 138 Abs. 1 OR so auslegt,

dass unter «Abschluss des Rechtsstreits vor der befassen Instanz» die Ausschöpfung des Instanzenwegs zu verstehen ist.

(2) *Mit der Revision des Art. 138 Abs. 1 OR im Rahmen der ZPO-Einführung 2011 wollte der Gesetzgeber verhindern, dass die Verjährung unter der Hand des Gerichts eintritt. Dieser Zweck spricht konsequenterweise dafür, dass der Rechtsstreit erst mit Ausschöpfung des Instanzenwegs abgeschlossen ist.*

Bis zum 31. Dezember 2010 begann die Verjährung gemäss Art. 138 Abs. 1 aOR im Verlaufe des Rechtsstreites mit jeder gerichtlichen Handlung der Parteien und mit jeder Verfügung oder Entscheidung des Richters von Neuem, wenn sie durch eine Klage oder Einrede unterbrochen worden war. Mit anderen Worten wurde die Verjährung nicht nur durch Klage und Einrede unterbrochen, sondern durch sämtliche gerichtliche Handlungen der Parteien und jede Verfügung oder Entscheidung des Richters.⁴ Diese auf den ersten Blick für den Gläubiger vorteilhafte Bestimmung brachte jedoch die Gefahr, dass die Forderungen des Gläubigers, insbesondere bei kurzen Verjährungsfristen, unter der Hand des Gerichts, sei es im hängigen Prozess oder im Rechtsmittelverfahren vor Bundesgericht, verjähren konnten, falls die Beteiligten lange untätig blieben (E. 5.3.1).⁵ Der Zustand, dass die Verjährung im rechtshängigen Verfahren fortlief und unter der Hand des Gerichts eintreten konnte, war unbefriedigend.⁶ Dies war in der Tat weder mit dem Sinn und Zweck der Verjährung, nämlich den Schuldner vor unbegründeten oder unbekannten Forderungen bzw. der Gefahr eines Beweisnotstandes zu schützen,⁷ erklärbar, noch entsprach es der Billigkeit, da der Gläubiger im Gesetzessinne tätig gewesen war und alles unternommen hatte, was erforderlich war, um seinen Anspruch durchzusetzen.⁸

Der Gesetzgeber hat mit Inkrafttreten der schweizerischen ZPO am 1. Januar 2011 Art. 138 Abs. 1 OR angepasst und die Rechtslage vereinfacht (E. 5.3.2):⁹

¹ BGer, 4A_671/2016, 15.6.2017, E. 2.4; 4A_209/2019, 8.10.2019, E. 8.2.3; BGE 138 II 169 E. 3.1.

² BGer, 9C_400/2020, 19.10.2020, E. 4.2.2; 9C_906/2017, 21.6.2018, E. 1.2.

³ BGer, 4A_303/2015, 4.8.2015.

⁴ Siehe ISABELLE WILDHABER/SEVDA DEDE, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Die Verjährung, Art. 127–142 OR, Bern 2021 (zit. BK-WILDHABER/DEDE), Art. 138 OR N 6 ff.

⁵ BGE 123 III 216 E. 3; 111 II 429 E. 2d; ALFRED KOLLER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 4. A., Bern 2017, N 69.09.

⁶ FRANZ J. KESSLER, Der Verjährungsverzicht im Schweizerischen Privatrecht, Diss., Zürich 2000, 11; FRÉDÉRIC KRAUSKOPF, Aktuelle Fragen zur Verjährungsunterbrechung, BR 2003, 131 ff., 134.

⁷ KARL SPIRO, Die Begrenzung privater Rechte durch Verjährungs-, Verwirkungs- und Fatalefristen, Bd. I und Bd. II, Bern 1975, 348 f.

⁸ KRAUSKOPF (FN 6), 134.

⁹ AS 2010 1739, 1840; BBl 2006 7221.

Gemäss Art. 138 Abs. 1 OR beginnt nun die Verjährung bei Unterbrechung durch Schlichtungsgesuch, Klage oder Einrede erst dann von Neuem zu laufen, wenn der Rechtsstreit vor der befassen Instanz abgeschlossen ist. Die Problematik des Fortlaufs der Verjährung im rechtshängigen Verfahren wurde somit aufgegriffen, indem der Zeitpunkt des Neubeginns der Verjährung auf den Abschluss des Rechtsstreits vor der befassen Instanz verschoben wurde. Dadurch ähnelt die Regelung einer Verjährungshemmung i.S.v. Art. 134 OR.¹⁰ Wie das Bundesgericht im vorliegenden Fall vermerkt (E. 5.3.2), unterscheidet sich Art. 138 Abs. 1 OR jedoch von der gewöhnlichen Hemmung, indem mit Beendigung des Hemmungsgrundes nicht die alte Verjährungsfrist weiterläuft, sondern eine neue Verjährungsfrist zu laufen beginnt. Diese Lösung entspricht weitgehend auch anderen Rechtswerken und ausländischen Rechtsordnungen, wie z.B. Art. 14:302 PECL, Art. III-7:302 DCFR, § 204 Abs. 1 BGB oder Art. 2242 C.civ und Art. 2945 Abs. 2–4 C.c. (siehe E. 5.4).

- (3) Gemäss Art. 138 Abs. 1 OR ist für den Zeitpunkt des Neubeginns der Abschluss des Rechtsstreits «vor der befassen Instanz» massgeblich. Über den genauen Eintritt dieses Zeitpunkts schweigt das Gesetz. Wie das Bundesgericht im vorliegenden Fall vermerkt, gehen die *Meinungen in der Literatur, was genau unter dem «Abschluss des Rechtsstreits vor der befassen Instanz» zu verstehen ist, auseinander* (E. 6.4). *Zusammen mit dem Bundesgericht (E. 7.2.3) finden wir beide Lehrmeinungsrichtungen problematisch, da beide dem Sinn und Zweck von Art. 138 Abs. 1 OR, welcher den Eintritt der Verjährung unter der Hand des Gerichts verhindern will, nicht genügend gerecht werden:*

Nach einer Ansicht in der Literatur (vgl. auch E. 6.4.1) ist der Zeitpunkt, zu dem «der Rechtsstreit vor der befassen Instanz abgeschlossen ist», jener, in dem die Rechtshängigkeit endet, sodass *mit dem Eintritt der formellen Rechtskraft* die Verjährung neu beginnt, da dies dem Zweck des neuen Art. 138 Abs. 1 OR am besten entspreche.¹¹ Das Bundesgericht stellt hier zu Recht fest, dass diese Ansicht nicht verhindere, dass die

Forderung während des laufenden Rechtsmittelverfahrens verjähren könnte (E. 7.2.1). Dass die Verjährung mit Eintritt der formellen Rechtskraft neu zu laufen beginnt, führt dazu, dass die neue Verjährungsfrist bei Entscheiden, die dem Rechtsmittel der Beschwerde unterliegen (Fälle gemäss Art. 308 Abs. 2 i.V.m. Art. 319 lit. a ZPO auf kantonaler Ebene mit einem Streitwert bis zu CHF 10 000), mit der Entscheidungseröffnung zu laufen beginnt; dies, obwohl der Streit vor der Beschwerdeinstanz noch aussteht.¹² Grund dafür ist, dass die Beschwerde – anders als die Berufung – die Rechtskraft des angefochtenen Entscheids nicht hemmt (Art. 325 Abs. 1 ZPO) und der Entscheid bereits mit der Eröffnung formell rechtskräftig wird.¹³ Der Gläubiger müsste also zusätzlich zum hängigen Beschwerdeverfahren die laufende Verjährungsfrist durch erneute Rechtsverfolgungsmassnahmen nochmals unterbrechen. Diese Lösung ist nicht nur deshalb abzulehnen, weil sie die Interessen des Gläubigers zu wenig berücksichtigt, sondern auch, weil sie aus prozessökonomischen Gründen nicht sinnvoll ist.¹⁴

Eine andere Ansicht in der Literatur (vgl. auch E. 6.4.2) vertritt, dass der Abschluss des Rechtsstreits vor der befassen Instanz dem Zeitpunkt entspreche, «an dem die Behörde die letzte an die Parteien gerichtete Handlung vorgenommen» habe, was von der Art des Abschlusses des Verfahrens abhängt.¹⁵ Demnach beginne die neue Verjährungsfrist bei einem (End-) Entscheid bereits *mit der «Eröffnung des Entscheids»* vor der jeweiligen Instanz. Der Zeitpunkt des Neubeginns der Verjährung bei der Klage entspricht nach dieser Lehrmeinung der Eröffnung des Entscheids *vor dem erstinstanzlichen Gericht*. Während der laufenden Rechtsmittelfrist sowie vor Eintritt der Rechtskraft werde die Verjährung zwar nicht gehemmt,¹⁶ ein Rechtsmittel gegen den Entscheid unterbreche aber die

¹⁰ CHRISTOF BERGAMIN, Unterbrechung der Verjährung durch Klage, Diss., Zürich/Basel/Genf 2016, N 227; BSK OR I-DÄPPEN, Art. 138 N 1, in: Corinne Widmer Lüchinger/David Oser (Hrsg.), Obligationenrecht I, Basler Kommentar, 7. A., Basel 2020 (zit. BSK OR I-Verfasser).

¹¹ FABIENNE HOHL, Procédure civile, Band I: Introduction et théorie générale, 2. A., Bern 2016, N 325 ff.; CHK-KILLIAS/WIGET, in: Marc Amstutz et al. (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. A., Zürich 2016, Art. 138 OR N 7; CR CO I-PICHONNAZ, Art. 138 N 6 f., in: Luc Thévenoz/Franz Werro (Hrsg.), Commentaire romand,

Code des obligations I, Art. 1–529, 2. A., Basel 2012 (zit. CR CO I-Verfasser).

¹² BERGAMIN (FN 10), N 230; BK-WILDHABER/DEDE (FN 4), Art. 138 OR N 16 ff.

¹³ BSK ZPO-SPÜHLER, Art. 325 N 1, in: Karl Spühler/Luca Tenchio/Dominik Infanger (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung, Basler Kommentar, 3. A., Basel 2017.

¹⁴ BERGAMIN (FN 10), N 230; BK-WILDHABER/DEDE (FN 4), Art. 138 OR N 17.

¹⁵ BSK OR I-DÄPPEN (FN 10), Art. 138 N 2b; FRÉDÉRIC KRAUSKOPF/EMANUEL BITTEL, Zum Verhältnis von zivilprozessualer Rechtshängigkeit und privatrechtlicher Verjährung, in: Roland Fankhauser/Corinne Widmer Lüchinger/Rafael Klingler/Benedikt Seiler (Hrsg.), Das Zivilrecht und seine Durchsetzung, Festschrift Thomas Sutter-Somm, Zürich 2016, 363 ff., 376.

¹⁶ BSK OR I-DÄPPEN (FN 10), Art. 138 N 2b.

Verjährung ebenfalls. Falls also ein Rechtsmittelverfahren eröffnet werde, hemme dies den Lauf der Verjährungsfrist, welche sodann erst mit dem Abschluss des Rechtsmittelverfahrens vor der damit befassten Instanz beginne.¹⁷ Auch diese Ansicht lehnt das Bundesgericht u.E. zu Recht ab (E. 7.2.2). Nach dieser Ansicht müsste der Gläubiger ebenfalls noch eine weitere Rechtsverfolgungshandlung zur Verjährungsunterbrechung unternehmen; selbst dann, wenn der Rechtsstreit vor eine Rechtsmittelinstanz weitergezogen wird und das Verfahren weiterläuft.¹⁸ Denn die Verjährung wird durch das Ergreifen des Rechtsmittels nur unterbrochen, wenn es der Gläubiger ist, der das Rechtsmittel ergriffen hat.¹⁹ Eine Klage des Schuldners erfüllt die Anforderungen an die Unterbrechungshandlungen des Gläubigers gemäss Art. 135 Ziff. 2 OR nicht (E. 7.2.2).²⁰ Würde der Gläubiger keine weitere Rechtsverfolgungshandlung zur Verjährungsunterbrechung unternehmen, könnte die Verjährung während des Prozesses vor der Rechtsmittelinstanz eintreten. Etwas anders könnte aber gelten, wenn davon ausgegangen wird, dass die Verjährung mit der Berufungsantwort des Gläubigers i.S. einer Einrede unterbrochen wird, selbst wenn der Schuldner das Rechtsmittel ergriffen hat (analog zum Abweisungsantrag bei einer negativen Feststellungsklage als Unterbrechungshandlung²¹).²² In diesem Fall könnte die Verjährung spätestens mit der Berufungsantwort des Gläubigers nochmals unterbrochen werden. Da die neue Verjährungsfrist hier erst mit der Entscheidungseröffnung vor der jeweiligen Instanz anläuft und der Gläubiger beim Ergreifen des Rechtsmittels innert 30 Tagen die Berufungsantwort abgeben muss (Art. 312 Abs. 2 ZPO), wäre es grundsätzlich nicht möglich, dass die Verjährung zwischen der Entscheidungseröffnung vor der jeweiligen Instanz und der Berufungsantwort eintritt. Denn im Schweizer Recht besteht keine Verjährungsfrist, die weniger als sechs Monate dauert.

- (4) *Zusammen mit dem Bundesgericht sind wir der Ansicht, dass es dem Sinn und Zweck des Art. 138 Abs. 1 OR am besten entspricht, wenn unter dem «Abschluss des Rechtsstreits vor der befassen Instanz» die Ausschöpfung des Instanzenzugs verstanden wird.* Wie das Bun-

desgericht (E. 7.2.3), welches auf BERGAMIN verweist,²³ sind wir der Ansicht, dass dem Sinn und Zweck von Art. 138 Abs. 1 OR am besten Genüge getan wird, wenn man unter «vor der befassen Instanz» «vor der letzten befassen Instanz» bzw. die Ausschöpfung des Instanzenzugs versteht.²⁴ Diese Lösung entspricht der grammatikalischen Auslegung des französischsprachigen Wortlautes (E. 7.4).²⁵

Die Verjährung wird so lange gehemmt, bis die letzte Instanz ausgeschöpft ist, also solange der Rechtsstreit zur Beurteilung aussteht.²⁶ Massgebend ist grundsätzlich die Eröffnung des Endentscheids gegenüber dem klagenden Gläubiger (siehe unten Anmerkung 5.).²⁷ Je nach Fall kann die letzte befaste Instanz das erstinstanzliche Gericht, die kantonale Rechtsmittelinstanz, das Bundesgericht oder bei analoger Anwendung des Art. 138 OR hinsichtlich der Verjährungsfristen im öffentlichen Recht das Bundesverwaltungsgericht sein.²⁸ Legen die Parteien keine Berufung oder Beschwerde ein, beginnt die Verjährungsfrist mit dem Abschluss des Rechtsstreits beim erstinstanzlichen Gericht zu laufen. Wird der Rechtsstreit durch Berufung oder Beschwerde weitergezogen, bleibt die Verjährung gehemmt; dies auch dann, wenn die Rechtsmittelinstanz die Sache an die Vorinstanz zurückweist und die Sache vor der Vorinstanz weiter ausgetragen wird (E. 7.3).²⁹ Somit braucht der Gläubiger parallel zum laufenden Verfahren keine neue Unterbrechungshandlung zu ergreifen.

Nicht ganz einfach ist die Frage bezüglich der Wirkung der Revision: Das Bundesgericht ist der Ansicht von BERGAMIN, dass die Revision als weiteres Rechtsmittel keine Wirkung auf den Neubeginn der Verjährung habe (E. 7.3).³⁰ Ein Revisionsgesuch ist innert 90 Tagen nach Entdeckung des Revisionsgrundes einzureichen (Art. 329 Abs. 1 ZPO). Gemäss Art. 329

¹⁷ BSK OR I-DÄPPEN (FN 10), Art. 138 N 2.

¹⁸ BERGAMIN (FN 10), N 229.

¹⁹ BK-WILDHABER/DEDE (FN 4), Art. 135 OR N 47 f.

²⁰ BERGAMIN (FN 10), N 229; KRAUSKOPF/BITTEL (FN 15), 370 f. Fn 40.

²¹ BK-WILDHABER/DEDE (FN 4), Art. 135 OR N 129.

²² BK-WILDHABER/DEDE (FN 4), Art. 138 OR N 18.

²³ BERGAMIN (FN 10), N 229 ff.

²⁴ BERGAMIN (FN 10), N 231 ff.; TINA PURTSCHERT/FLORENT THOUVENIN, in: Claire Huguenin/Reto Hilty (Hrsg.), Schweizer Obligationenrecht 2020 – Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil/Codes des obligations suisse 2020 – Projet relatif à une nouvelle partie générale, Zürich/Basel/Genf 2013, Art. 156 OR 2020 N 4.

²⁵ BERGAMIN (FN 10), N 231; PURTSCHERT/THOUVENIN (FN 24), Art. 156 OR 2020 N 4.

²⁶ BERGAMIN (FN 10), N 231; dagegen BGer, 4A_209/2019, 8.10.2019, E. 8.2.3.

²⁷ BERGAMIN (FN 10), N 235; vgl. auch MICHEL VERDE, Die Unterbrechung der Verjährung, in: Walter Fellmann (Hrsg.), Das neue Verjährungsrecht, Tagung vom 29.10.2019 in Luzern, Bern 2019, 103 ff., 128.

²⁸ BERGAMIN (FN 10), N 231.

²⁹ BERGAMIN (FN 10), N 231.

³⁰ BERGAMIN (FN 10), N 231.

Abs. 2 ZPO darf die Revision i.d.R. bis zehn Jahre nach Eintritt der Rechtskraft des Entscheids verlangt werden, in bestimmten Fällen sogar auf unbestimmte Zeit.³¹ Würde Art. 138 OR auch die Revision umfassen, wäre die Verjährung so lange gehemmt, bis die Revision erschöpft ist. Es würde in der Tat den Zweck der Verjährung gefährden, wenn der Gläubiger auf unbestimmte Zeit die Revision verlangen dürfte und während dieser Zeit die Verjährung gehemmt bliebe.³² Deshalb soll gemäss Bundesgericht die Verjährung nach dem Eintritt der Rechtskraft des Entscheids vor der *letzten* befassten Instanz neu zu laufen beginnen, bis der Gläubiger die Verjährung mittels Revisionsgesuch erneut unterbricht. Das Dilemma dieser Auslegung besteht u.E. darin, dass für bestimmte Forderungen, insbesondere jene, die weniger als zehn Jahre Verjährungsfrist haben, die Revision praktisch nutzlos bleibt. Denn wenn z.B. der Gläubiger einer Forderung mit dreijähriger Verjährungsfrist fünf Jahre nach der Entscheidungseröffnung der *letzten* befassten Instanz rechtmässig die Revision verlangt, wäre die Verjährung zu diesem Zeitpunkt schon eingetreten. Würde sich der Schuldner auf die Verjährungseinrede berufen, könnte dem Gläubiger die Revision nicht helfen. Das Bundesgericht nimmt diese Folge aber offensichtlich zu Gunsten der Rechtssicherheit in Kauf.

- (5) *Das Bundesgericht hat sich diesbezüglich nicht äussern müssen, aber die neue Verjährungsfrist würde u.E. am Tag nach der Eröffnung bzw. Zustellung des Endentscheids an den Gläubiger zu laufen beginnen.* Das Bundesgericht weist zu Recht darauf hin, dass der Rechtsstreit nur durch einen Endentscheid (Art. 236 ZPO) abgeschlossen werden kann (E. 7.1). Da bis zum vorliegenden Urteil des Bundesgerichts der Instanzenzug nicht ausgeschöpft und die Forderung nicht verjährt war (E. 7.3 und E. 8), brauchte das Bundesgericht nicht festzustellen, wann genau die neue Verjährungsfrist zu laufen beginnt. Eine Feststellung wäre jedoch wünschenswert. Ein **Sachentscheid** löst die neue Verjährungsfrist u.E. zum Zeitpunkt aus, zu dem die **Eröffnung des Sachentscheids bzw. die Zustellung** erfolgt (Art. 239 Abs. 1 ZPO).³³ Die Frist beginnt erst am Tag nach der Entscheidungseröffnung zu laufen (Art. 132 Abs. 1 OR und Art. 134 Abs. 2 OR).³⁴ Bei

nicht gleichzeitigem Zugang an alle Parteien ist u.E. die Eröffnung bzw. Zustellung gegenüber dem Gläubiger entscheidend, da er mehr als der Schuldner darauf angewiesen ist, das taggenaue Ende der Verjährung zu kennen.³⁵ Gemäss Art. 318 Abs. 2 ZPO (Berufung) und Art. 327 Abs. 5 ZPO (Beschwerde) eröffnet die Rechtsmittelinstanz ihren Entscheid mit einer schriftlichen Begründung. Für den Neubeginn der Verjährungsfrist wäre demnach die Zustellung der Begründung an den Gläubiger massgebend.

³¹ Vgl. Art. 328 Abs. 1 lit. b ZPO; BERGAMIN (FN 10), N 231.

³² BERGAMIN (FN 10), N 231.

³³ BERGAMIN (FN 10), N 235; BSK OR I-DÄPPEN (FN 10), Art. 138 N 2b; KRAUSKOPF/BITTEL (FN 15), 376.

³⁴ BERGAMIN (FN 10), N 235; CR CO I-PICHONNAZ (FN 11), Art. 138 N 6a.

³⁵ BERGAMIN (FN 10), N 235.