

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_321/2020: Restriktive Anwendung der fünfjährigen Verjährungsfrist in Art. 128 Ziff. 3 OR

Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, Urteil 4A_321/2020 vom 26. November 2020, A1, A3 und A4 gegen Z. AG, Anwendung des Art. 128 Ziff. 3 OR auf Arbeiten einer Schreinerei bezüglich des Holzinnausbaus eines Chalets.



ISABELLE WILDHABER*



SEVDA DEDE**

I. Sachverhalt

Das Ehepaar A1 und A2 liess auf einer Parzelle im Eigentum von A2 ein Chalet errichten. Am 4. Mai 2000 schlossen sie einen Vertrag mit der Firma Z. AG (im Folgenden: die Schreinerei oder das Unternehmen) über Schreinerarbeiten im Inneren des besagten Chalets. Am 26. Dezember 2006 wurde dieses Chalet durch ein Feuer beinahe komplett zerstört. Um ihr Chalet neu zu bauen, wandten sich A1 und A2 im Jahr 2007 an einen Architekten und baten die Schreinerei, den Innenausbau zu übernehmen. Die Arbeiten begannen im Jahr 2007. Die Schreinerei wurde etwa sechs bis acht Monate nach Beginn der Bauarbeiten tätig. Die Schreinerei stützte sich bei ihrer Arbeit auf die Baupläne des Chalets aus dem Jahr 2000, musste aber die Änderungswünsche des Ehepaars berücksichtigen, insbesondere die Schaffung eines Dachfensters und eines Badezimmers, die in den Plänen nicht vorgesehen waren. Die bei ihr bestellten Arbeiten wurden nach spezifischen Plänen und Anforderungen für das Ferienhaus des Ehepaares angefertigt. Die Umbauarbeiten wurden 2008 abgeschlossen. Das neue

Chalet hatte eine Grundfläche von 448 m² und ein Volumen von 1354 m³.

Zwischen Dezember 2007 und Juni 2008 zahlte das Ehepaar CHF 130'000 an die Schreinerei. Zum Streit kam es, als die Schreinerei ihnen mit Schreiben vom 12. November 2012 eine später korrigierte Schlussrechnung in Höhe von CHF 202'438.60 ausstellte (der fällige Restbetrag betrug CHF 72'438.60). Das Ehepaar weigerte sich trotz verschiedener Mahnungen und Aufforderungen, weitere Zahlungen zu leisten. Daraufhin betrieb die Schreinerei das Ehepaar am 31. August 2015. Das Ehepaar A1 und A2 erhob dagegen Rechtsvorschlag.

Am 3. November 2015 lud die Schreinerei das Ehepaar zur Schlichtung vor das Zivilgericht des Bezirks Waadt Ost und reichte daraufhin eine Klage gegen A1 und A2 ein. Mit Urteil vom 19. Dezember 2018 wies das erstinstanzliche Bezirksgericht die Einrede der Verjährung zurück und verurteilte die beklagten Eheleute A1 und A2 als Solidarschuldner zur Zahlung. Die zur Zahlung verurteilten Beklagten erhoben sodann beim Waadtländer Kantonsgericht Berufung. Der Ehemann A2 verstarb am 20. September 2019 und die Erben A1, A3 und A4 traten an seine Stelle. Mit Urteil vom 11. Mai 2020 liess die Vorinstanz die Berufung teilweise zu. Die Beklagten A1, A3 und A4 reichten daraufhin Beschwerde beim Bundesgericht ein und beantragten, die Klage der Schreinerei abzuweisen.

II. Erwägungen

Der Streit betraf vor Bundesgericht nur die Verjährung des von der Schreinerei geltend gemachten Anspruchs. Die Beschwerdeführer argumentierten, dass dieser Anspruch lange vor der gerichtlichen Geltendmachung durch die beklagte Firma verjährt sei (Art. 135 Abs. 2 OR), da es sich um eine Klage eines Handwerkers für sein Werk nach Art. 128 Ziff. 3 OR handle. Das Kantonsgericht habe bei seinem Entscheid willkürlich gewisse Tatsachen nicht berücksichtigt und Bundesrecht verletzt, indem es zu Unrecht davon ausging, dass der Anspruch der zehnjährigen Verjährungsfrist von Art. 127 OR unterliege. Das Bundesgericht hatte im vorliegenden Fall zu entscheiden, ob der Anspruch der zehnjährigen Verjährungsfrist von Art. 127 OR oder ausnahmsweise der fünfjährigen Verjährungsfrist von Art. 128 Ziff. 3 OR unterliege (E. 3).

Zu Beginn stellt das Bundesgericht fest, dass anders als der Wortlaut des Art. 128 Ziff. 3 OR in seiner französischen Fassung vermuten lasse, für die Anwendung dieser Vorschrift die Art der Arbeit (Handwerksarbeit/lavori d'artigiani) und nicht der Status des Ausführenden (kleiner Handwerker oder grosser Unternehmer) entscheidend sei (E. 4). Die Arbeit des Handwerkers zeichne sich durch die

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

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

besondere Art und den geringen Umfang der ausgeführten Tätigkeit aus. Es handle sich um manuelle Arbeiten, die mit oder ohne Werkzeug ausgeführt werden, wobei das manuelle Element gegenüber anderen Dienstleistungen, die den Einsatz von Maschinen, organisatorische Arbeiten und administrative Aufgaben beinhalten, überwiege oder ihnen zumindest gleichwertig sei. Die handwerkliche Arbeit zeichne sich durch das Überwiegen der manuellen Tätigkeit, des Handwerks, des technischen Geschicks und der Handarbeit aus, dies im Gegensatz zur Massenproduktion, zur geistigen oder wissenschaftlichen Arbeit, zur Organisationsarbeit und zu den Verwaltungsaufgaben. Die Handwerksarbeit hänge von der manuellen Tätigkeit der ausführenden Person ab und nicht vom Einsatz technischer Mittel. Der Einsatz von Maschinen sei in diesem Konzept, das auch die Lieferung von industriell gefertigten Serienprodukten nicht einschliesst, selten enthalten. Die Definition der Handwerksarbeit sei Arbeiten vorbehalten, die weder den Einsatz spezieller Technologien noch planerische Massnahmen (in personeller oder terminlicher Hinsicht) und Koordination mit anderen Gewerben erfordern und deshalb ohne besondere administrative Ressourcen ausgeführt werden können (E. 4). Art. 128 Ziff. 3 OR gelte nur für typische, herkömmliche manuelle Arbeiten, die in einem begrenzten Rahmen ausgeführt werden.

Das Bundesgericht zählt Arbeiten auf, die es selbst in der Vergangenheit als Handwerksarbeit eingestuft hatte: Die komplette Installation der Elektrik in einer grossen Villa, Gipser- oder Malerarbeiten, der Bau von Gestellen mit vorgefertigten, auf die erforderliche Länge zugeschnittenen Leisten, der Bau von Tierbatterien, die Installation von Sanitäranlagen und Spenglerarbeiten, der Umbau und die Belüftung von Toiletten, die Installation einer Gemeinschaftsantenne sowie Reinigungs- und Gartenarbeiten (E. 4).

Andererseits hält das Bundesgericht fest, dass es in der Vergangenheit verschiedene Arbeiten wie Maurer-, Fliesenleger-, Klempner-, Gipser-, Tapezier-, Schreiner- und Aufräumarbeiten in ihrer Gesamtheit aus der Kategorie der Handwerksarbeiten ausgenommen hat, wenn sie auf die vollständige Renovierung einer Wohnung abzielten und Planungs- und Koordinierungstätigkeiten administrativer Art erforderten. Das Bundesgericht räumt zwar ein, dass das Verlegen von Fliesen an sich eine handwerkliche Tätigkeit sei, entschied aber, dass dieser Begriff nicht auf eine Tätigkeit angewendet werden sollte, die in mehr als 100 Räumen ausgeübt wird und planerische, organisatorische und administrative Leistungen umfasst, die weit über das hinausgehen, was ein Handwerker üblicherweise tut. Es hat auch Arbeiten wie den Bau und die Montage von Aufzügen, die durch ein industrielles mechanisches Verfahren

hergestellt werden, oder den Bau eines ganzen Hauses, wie bescheiden auch immer, als Handwerk verneint, da eine solche Tätigkeit einen erheblichen intellektuellen, organisatorischen und administrativen Aufwand erfordere, der für die rationelle Errichtung eines Gebäudes unerlässlich sei. Auch den Innenausbau, der neben der Herstellung und Montage von Möbeln auch die Erstellung von Plänen und die Durchführung wesentlicher organisatorischer und planerischer Massnahmen umfasst, hat es nicht als Handwerk qualifiziert (E. 4).

Die Verwendung von normierten Materialien schliesst gemäss Bundesgericht den handwerklichen Charakter einer Leistung nicht aus; derjenige, der Stäbe auf eine bestimmte Länge zuschneidet, um Bilderrahmen herzustellen, übe eine handwerkliche Tätigkeit aus, ebenso wie der Schreiner, der auf der Grundlage von Holzbrettern Regale entwirft, um ein in eine Wand integriertes Bücherregal herzustellen. Liefert das Unternehmen dagegen lediglich Standardbauteile wie Fenster, Türen oder andere Gegenstände und montiert diese an einem bestimmten Ort, könne nicht mehr von einer handwerklichen Tätigkeit gesprochen werden: Die Montage erscheine als blosser Nebenleistung zur Lieferung von industriell gefertigten Serienprodukten; es stehe nicht mehr die handwerkliche Tätigkeit im Vordergrund, sondern der Verkauf von Industrieprodukten (E. 4.2).

Sodann macht das Bundesgericht Ausführungen zur historischen Auslegung des Art. 128 Ziff. 3 OR: Die Absicht des Gesetzgebers, als er 1881 das System der fünfjährigen Verjährung einführte, habe darin bestanden, die Ansprüche aus bestimmten synallagmatischen Verträgen, bei denen es üblich war, schnell zu erfüllen, ohne einen schriftlichen Vertrag zu schliessen oder eine Quittung lange aufzubewahren, einer kurzen Verjährungsfrist zu unterwerfen. Die Tatsache, dass jemand die Inanspruchnahme der Gerichte längere Zeit hinauszögerte, würde nämlich implizieren, dass der Gläubiger nach den Gepflogenheiten befriedigt worden war. Mit der Entwicklung des Handels habe aber diese Ratio Legis weitgehend ihre Bedeutung verloren. Das Bundesgericht findet es daher gerechtfertigt, Art. 128 Ziff. 3 OR als Ausnahme zu Art. 127 OR restriktiv auszulegen. Im Zweifelsfall sei die zehnjährige Verjährungsfrist von Art. 127 OR anzuwenden, insbesondere wenn es sich um mehr als nur Routinearbeiten handle (E. 4.3).

Das Bundesgericht nimmt ausserdem Bezug auf das am 1. Januar 2020 neu in Kraft getretene Verjährungsrecht. Bei der jüngsten Revision des Verjährungsrechts sei die Frage aufgeworfen worden, ob Art. 128 Ziff. 3 OR, gemäss Bundesgericht «eine Quelle unnötiger Komplexität und Heterogenität», aufzuheben sei. So habe es der Bundesrat in seinem Entwurf konzipiert, wo er argumentierte, dass der Bürger wissen müsse, welche Regelung für seinen

Anspruch gelte, was sich aber mit den Auslegungsschwierigkeiten des Begriffs der handwerklichen Tätigkeit nicht vereinbaren lasse. Das Parlament habe jedoch auf der Beibehaltung des Art. 128 Ziff. 3 OR beharrt, indem es die hervorgerufene scheinbare Komplexität relativierte. Dies habe zu gegensätzlichen Reaktionen innerhalb der Lehre geführt.¹

Sodann befasst sich das Bundesgericht mit der Subsumtion der konkreten Chalet-Arbeiten unter den Begriff der Handwerksarbeit nach Art. 128 Ziff. 3 OR. Die kantonale Vorinstanz hatte wie das erstinstanzliche Bezirksgericht festgehalten, dass es sich bei den konkreten Arbeiten nicht um eine Handwerksarbeit im Sinne von Art. 128 Ziff. 3 OR handle. Die zehnjährige Frist nach Art. 127 OR sei noch nicht abgelaufen. Die konkreten Arbeiten am Chalet hätten aus dem gesamten Bereich der Innenschreinerei gestammt und seien sehr umfangreich gewesen. Die Arbeiten hätten den Einsatz professioneller Maschinen und professioneller und umfangreicher Werkzeuge erfordert. Sie hätten dem Leistungsspektrum entsprochen, das ein professionelles Unternehmen ab einer bestimmten Grösse seinen Kunden bieten könne. Sie seien in keiner Weise mit dem begrenzten Volumen und der Routine eines Handwerkers vergleichbar gewesen (E. 5.1). Die Schreinerei habe eine grosse Arbeit mit einer grossen Fläche und einem grossen Volumen (448 m² bzw. 1354 m³) ausgeführt, bei der sie sich mit anderen Handwerkern wie dem Elektriker und dem Heizungsinstallateur habe abstimmen müssen. Aufgrund der Anzahl von 16 Mitarbeitern, die sie auf dieser Baustelle eingesetzt habe, habe die Schreinerei die Mitarbeiter organisieren und ihre Beschäftigung sowie die zu erledigenden Aufgaben planen müssen. Auch wenn das Geschick der Schreinerei für das Gelingen bestimmter Arbeiten (Leisten, Rosetten, Rahmen usw.) entscheidend gewesen sei, sei die Tatsache bestehen geblieben, dass der Umfang des Projekts von ihr bestimmte Planungs- und Koordinierungsaufgaben erfordert habe. Daran habe auch das Vorbringen der Beschwerdeführer nichts geändert, dass die Beklagte nicht für die Koordinierung der Arbeiten oder für die Baustelle verantwortlich gewesen sei. In einer solchen Situation könne von einer handwerklichen Tätigkeit keine Rede sein (E. 5.3).

Obwohl sich die Schreinerei selber im Internet als Handwerksunternehmen bezeichnet habe, heisst dies gemäss Bundesgericht noch nicht, dass jede ihrer Leistungen zwangsläufig die Merkmale eines Handwerks im Sinne des Art. 128 Ziff. 3 OR aufweise (E. 5.2). Auch die schriftliche Zusage des Architekten, dass rechtlich gesehen eine

Rechnung nicht mehr berücksichtigt werden müsse, wenn sie mehr als fünf Jahre nach Ausführung aller Arbeiten versandt werde, sei nicht ausschlaggebend. Schliesslich bemängelten die Beschwerdeführer die verspätete Rechnungsstellung durch die Schreinerei und die Fehler in den Folgedokumenten. Das Bundesgericht stimmt zu, dass es ungewöhnlich sei, eine Rechnung über einen solchen Betrag vier Jahre nach Ende eines Projekts zu erhalten. Dies bedeute aber noch nicht, dass der Anspruch der fünfjährigen Verjährungsfrist des Art. 128 Ziff. 3 OR unterliege. Denn die Desorganisation eines Unternehmens sei kein relevantes Kriterium für die Abgrenzung einer handwerklichen Tätigkeit im Sinne dieser Rechtsvorschrift (E. 5.3).

III. Anmerkungen

A. Ausnahmecharakter des Art. 128 Ziff. 3 OR

Das Schweizer Verjährungsrecht sieht in Bezug auf die Verjährungsfrist ein Regel-Ausnahme-Prinzip vor.² Art. 127 OR ist das Herzstück der vertraglichen Verjährungsregeln und stellt eine Grundregelung dar, welche die ordentliche Verjährungsfrist aller Forderungen aus dem Bundeszivilrecht statuiert, solange das Gesetz nicht etwas anderes bestimmt. Im Umkehrschluss gilt die zehnjährige Verjährungsfrist des Art. 127 OR nur, wenn das Bundeszivilrecht für die Forderung keine abweichende (Sonder-)Verjährungsfrist bestimmt. Art. 128 OR stellt eine solche Ausnahme zur zehnjährigen Verjährung in Art. 127 OR dar und sieht für bestimmte Forderungen eine kürzere (fünfjährige anstatt zehnjährige) Verjährungsfrist vor. Die fünfjährige Verjährungsfrist beginnt grundsätzlich gemäss Art. 130 Abs. 1 OR mit der Fälligkeit der Forderung zu laufen. Art. 128 OR wurde aus dem Art. 147 aOR von 1881 sinngemäss übernommen. Im heutigen Gesetzestext wurde im Jahr 1972 lediglich «Arbeit von Bureauangestellten [sic], Dienstboten, Tagelöhnern und Fabrikarbeitern» mit «aus dem Arbeitsverhältnis von Arbeitnehmern» ersetzt.³ Das Bundesgericht stellt im Entscheid 4A_295/2020 vom 28. Dezember 2020 fest, dass die mit der 1972 in Kraft getretenen Revision eingeführten Änderungen nur die Terminologie betrafen und daher nicht

¹ BGer, 4A_321/2020, 26.11.2020, E. 4.4; kritisch BLAISE CARRON, *Le nouveau droit suisse de la prescription, sui generis* 2019, 318 ff., 318, N 43.3.

² PETER GAUCH, *Verjährungsunsicherheiten*, Ein Beitrag zur Verjährung privatrechtlicher Forderungen, in: Gabriela Riemer-Kafka/Alexandra Rumo-Jungo (Hrsg.), *Soziale Sicherheit – Soziale Unsicherheit*, Festschrift für Erwin Murer zum 65. Geburtstag, Bern 2010, 239 ff., 240; NICOLA MOSER, *Verjährungsfristen der vertraglichen und ausservertraglichen Haftung*, in: Frédéric Krauskopf (Hrsg.), *Die Verjährung*, Antworten auf brennende Fragen zum alten und neuen Verjährungsrecht, HAVE, Zürich/Basel/Genève 2018, 17 ff., 48.

³ Bundesgesetz über das Obligationenrecht vom 14.6.1881, BBl 1881 III, 109, 138.

dazu bestimmt waren, den Anwendungsbereich von Art. 128 Ziff. 3 OR zu erweitern.⁴ Eine systematische Auslegung von Art. 128 Ziff. 3 OR führe zur Feststellung, dass Art. 128 OR Ausnahmecharakter habe und deshalb restriktiv angewendet werden müsse.⁵ Im hier besprochenen Bundesgerichtsentscheid wird der Ausnahmecharakter des Art. 128 Ziff. 3 OR en passant angesprochen (Art. 128 Ziff. 3 OR als Ausnahme zu Art. 127 OR).⁶

B. Traditionelle Rechtfertigung der Ausnahme des Art. 128 Ziff. 3 OR

Der Bundesrat hatte in seiner Botschaft zu Art. 147 aOR (ab 1. Januar 1912 ersetzt durch Art. 128 Ziff. 3 OR) ausgeführt, dass den von dieser kurzen Verjährungsfrist betroffenen Schuldverhältnissen gemeinsam sei, dass sie auf synallagmatischen Verträgen beruhten, bei denen es üblich sei, innert kurzer Zeit zu leisten und für die keine Urkunde erstellt oder eine Quittung lange aufbewahrt werde.⁷

Die Verkürzung der Verjährungsfrist für die Forderungen aus Art. 128 Ziff. 1 und Ziff. 2 OR wird traditionell damit begründet, dass diese Forderungen aus den Geschäften des täglichen Lebens (z.B. Lieferung von Lebensmitteln) entstehen und ihrer Natur nach rasch abgetragen werden sollen.⁸ Für periodische Forderungen (Miet-, Pacht- und Kapitalzinsen) sei die kürzere Verjährungsfrist angemessen, da diese Schulden unverzüglich beglichen werden, was eine Voraussetzung für ein gesundes Wirtschaftsleben darstelle.⁹ Bei Forderungen aus Geschäften des täglichen Lebens und aus periodischen Leistungen (aufgrund ihrer Periodizität) komme es häufig vor, dass der Schuldner schnell den Überblick über den Forderungsbestand verliere.¹⁰ Aus den Forderungen dieser täglichen Geschäfte könne mit der Zeit ein grosser Betrag entstehen, den der Schuldner auf einmal

zahlen müsse.¹¹ Zudem sei für die Geschäfte des täglichen Lebens weder die Ausstellung von Vertragsurkunden noch eine längere Aufbewahrung von Quittungen üblich.¹²

Die Lehre betrachtet die kürzere Verjährungsfrist auch für Forderungen, die den Lebensunterhalt des Gläubigers abdecken (Art. 128 Ziff. 3 OR), als angemessen.¹³ Die kürzere fünfjährige Verjährungsfrist wird in dieser Fallgruppe insbesondere damit gerechtfertigt, dass die Forderungen aus diesen Geschäften das laufende Einkommen der genannten Parteien darstellen und die kürzere Verjährungsfrist für eine schnelle Zahlung sorgen wird.¹⁴ Da der Gläubiger diese Forderungen i.d.R. schnell begleichen will, sei deshalb deren schnelle Geltendmachung dem Gläubiger zumutbar.¹⁵

Mit einer kürzeren Verjährungsfrist wird der Schuldner somit zum einen vor Beweisnot geschützt,¹⁶ zum anderen vor dem Druck, welcher durch ständiges Anwachsen an sich kleiner Schuldbeträge entsteht.¹⁷ Auch die europäische Tendenz besteht darin, die Verjährungsfristen für gewisse Forderungen, insbesondere des Handelslebens, zu verkürzen.¹⁸

Diese traditionelle Rechtfertigung der Ausnahme des Art. 128 Ziff. 3 OR ist heute nicht mehr zeitgemäss. So hält das Bundesgericht fest, dass mit der Entwicklung des Handels die Ratio Legis von Art. 128 Ziff. 3 OR ihren Sinn verloren habe.¹⁹ Wir sind zwar nicht dagegen, dass die Verjährungsfristen im Allgemeinen kürzer sein könnten.²⁰ Bei Art. 128 OR stört u.E. deshalb nicht die Frist an sich, sondern ihre Kürze im Vergleich zur Regel-Verjährungsfrist, d.h. sein Ausnahmecharakter, welcher eine unnötige Komplexität mit sich bringt und schwer zu rechtfertigende Ungleichheiten verursacht (siehe sogleich III.C.).

⁴ BGer, 4A_295/2020, 28.12.2020, E. 6.6.

⁵ BGer, 4A_295/2020, 28.12.2020, E. 6.7.

⁶ BGer, 4A_321/2020, 26.11.2020, E. 4.3.

⁷ Botschaft vom 27.11.1879 betreffend den Entwurf eines Bundesgesetzes über Schuldverhältnisse und Handelsrecht, BBl 1880 I, 115, 156.

⁸ BBl 1880 I, 149, 195; BGE 109 II 112 E. 2a; 98 II 184 E. 3b; 78 II 145 E. 3a; 69 II 298 E. 3; HERMANN BECKER, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. VI: Obligationenrecht, 1. Abt., Allgemeine Bestimmungen, Art. 1–183 OR, 2. A., Bern 1945 (zit. BK-BECKER), Art. 128 N 2; ANDREAS VON TUHR/ARNOLD ESCHER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. II, 3. A., Zürich 1974, 214.

⁹ BGE 78 II 145 E. 3a.

¹⁰ PHILIPPE SEILER, Die Verjährung von Schadenersatzforderungen aus positiver Vertragsverletzung, Diss., Zürich/St. Gallen 2011, 68.

¹¹ FRANZ WERRO/MAXENCE CARRON, La révision du droit de la prescription, in: Franz Werro/Thomas Probst (Hrsg.), Journées du droit de la circulation routière 2014, Bern 2014, 1 ff., 31.

¹² BBl 1880 I, 149, 195.

¹³ BK-BECKER (FN 8), Art. 128 N 2; SEILER (FN 10), 69.

¹⁴ KARL SPIRO, Die Begrenzung privater Rechte durch Verjährungs-, Verwirkungs- und Fatalefristen, Bd. I und Bd. II, Bern 1975, 644; so auch CR CO I-PICHONNAZ, in: Luc Thévenoz/Franz Werro (Hrsg.), Commentaire romand, Code des obligations I, Art. 1–529, 2. A., Basel 2012 (zit. CR CO I-PICHONNAZ), Art. 128 N 22.

¹⁵ BK-BECKER (FN 8), Art. 128 N 2; SEILER (FN 10), 69.

¹⁶ SEILER (FN 10), 68.

¹⁷ BGE 69 II 298 E. 3; BK-BECKER (FN 8), Art. 128 N 2.

¹⁸ Art. 10.2 I PICC; Art. 14:201 PECL, Art. III-7:201 DCFR; CR CO I-PICHONNAZ (FN 14), Art. 127 N 16; WERRO/CARRON (FN 11), 1, 15.

¹⁹ BGer, 4A_321/2020, 26.11.2020, E. 4.3.

²⁰ Siehe dazu ISABELLE WILDHABER/SEVDA DEDE, Berner Kommentar, Obligationenrecht, Die Verjährung, Art. 127–142 OR, Bern 2021 (im Erscheinen, zit. BK-WILDHABER/DEDE), Art. 127 N 112.

C. Kritik an Art. 128 Ziff. 3 OR und vorgeschlagene Streichung

Unserer Meinung nach ist es wenig nachvollziehbar, die Forderungen in Art. 128 OR verjährungsrechtlich von anderen vertraglichen Forderungen zu differenzieren.²¹ In gewisser Hinsicht stimmt die Begründung, dass die Geschäfte des täglichen Lebens, d.h. die in Art. 128 Ziff. 2 OR genannten Forderungen aus Lieferung von Lebensmitteln, für Verköstigung und für Wirtsschulden, sowie die Geschäfte des Kleinverkaufs von Waren in Art. 128 Ziff. 3 OR rasch abgewickelt werden und die lange Aufbewahrung von Quittungen nicht üblich ist.²² Diese Begründung gilt aber auch für viele andere Forderungen, z.B. weitere Kaufpreisforderungen, die der zehnjährigen Verjährungsfrist unterliegen.²³ Ein langes Warten der Gläubiger ist in den Fällen von Art. 128 Ziff. 3 OR in der Tat nicht üblich, ob sie aber allein wegen dieser Unüblichkeit weniger schützenswert sind, wagen wir zu bezweifeln. Weil diese Forderungen (Lohnforderung von Arbeitnehmern, Forderungen von Handwerkern, Honorarforderungen von Anwälten) gerade und oft das einzige Einkommen der Gläubiger darstellen, ist es nicht gerechtfertigt, ihre Forderung einer kürzeren Verjährungsfrist zu unterstellen als die Gegenforderung ihres Vertragspartners.²⁴ Es ist z.B. nicht zu begründen, warum Lohnforderungen des Arbeitnehmers bereits nach fünf Jahren verjähren, aber Gegenforderungen des Arbeitgebers gemäss Art. 127 OR erst nach zehn Jahren.²⁵ Zudem führen die unterschiedlichen Verjährungsfristen zu Unsicherheiten in der Praxis: Insbesondere ist es nicht immer einfach bzw. gar möglich, vorab mit Sicherheit zu bestimmen, ob eine Person bzw. deren Tätigkeit dem Anwendungsbereich von Art. 128 Ziff. 3 OR unterliegt.²⁶ Dies ist auch im hier besprochenen BGer 4A_321/2020 ersichtlich, wo in E. 5 diskutiert wird, ob die Arbeiten der Schreinerei Z.AG bezüglich Holzinnenausbauten in einem Chalet Handwerksarbeiten i.S.v. Art. 128 Ziff. 3 OR darstellen oder der allgemeinen Verjährungsfrist

gemäss Art. 127 OR unterstehen. Mit Blick speziell auf die Handwerksarbeit als Unterfall von Art. 128 Ziff. 3 OR sind wir der Meinung, dass die traditionelle Erklärung für eine kürzere Verjährungsfrist (oben B.) nicht mehr gilt, nämlich dass es sich bei der Handwerksarbeit um ein kleines Alltagsgeschäft handelt, bei der die rasche Abwicklung nötig und schriftliche Belege der Vertragsleistungen unüblich seien. Dies wird im hier besprochenen Entscheid ebenfalls zum Ausdruck gebracht.²⁷ Die Handwerksarbeit wird vermehrt durch die technische Entwicklung und insbesondere durch die Zunahme der mechanischen Hilfsmittel beeinflusst.²⁸ Das Bundesgericht hält fest, dass mit der Entwicklung des Handels die Ratio Legis von Art. 128 Ziff. 3 OR ihren Sinn verloren habe,²⁹ auch über die Handwerksarbeit hinaus.

Auch der Bundesrat scheint es wenig nachvollziehbar gefunden zu haben, die Forderungen in Art. 128 OR verjährungsrechtlich von anderen vertraglichen Forderungen zu differenzieren. So hatte er im Entwurf ursprünglich den Inhalt des Art. 128 OR ersatzlos gestrichen und damit die dort aufgelisteten Forderungen ebenfalls der zehnjährigen Verjährungsfrist gemäss Art. 127 OR unterstellt.³⁰ Im Rahmen der Revision des Verjährungsrechts wurde aber entgegen dem ursprünglichen Ziel der Revision («die Vereinheitlichung der Verjährungsfristen») im Allgemeinen und entgegen dem Vorschlag des Bundesrates («Streichung der Ausnahmetatbestände des Art. 128 OR») entschieden, Art. 128 OR ohne Änderungen beizubehalten.³¹

Das finden wir schade, hätte eine Streichung der Ausnahmetatbestände in Art. 128 OR doch zu einer weiteren Vereinheitlichung des Verjährungsrechts beigetragen. Wir sind allgemein dafür, dass das Verjährungsrecht unkompliziert und die Verjährung leicht ermittelbar sein muss. Nur mit einem klaren, einfachen und vorhersehbaren Verjährungsrecht können die Zwecke des Verjährungsinstituts erfüllt werden. Aufgrund der genannten Abgrenzungsprobleme und der mangelnden Berechtigung von Art. 128 OR stellt sich u.E. nach wie vor die Frage, ob de lege ferenda Art. 128 OR gestrichen werden sollte.³² Dies wäre zu-

²¹ Als unbefriedigend bezeichnet die Regelung BSK OR I-DÄPPEN, Art. 128 N 1, in: Corinne Widmer Lüchinger/David Oser (Hrsg.), Obligationenrecht I, Basler Kommentar, Art. 1–529 OR, 7. A., Basel 2020 (zit. BSK OR I-Verfasser); FLORENT THOUVENIN/TINA PURTSCHERT, 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, OR 2020 Vorb. Art. 148–162 N 9 f.

²² BBI 1880 I, 149, 195; BGE 69 II 298 E. 3.

²³ BBI 2014, 235, 258.

²⁴ In diese Richtung auch SPIRO (FN 14), 646.

²⁵ Vgl. auch BBI 2014, 235, 258.

²⁶ BGE 132 III 61 E. 6.2 in Bezug auf die Verjährungsfrist für Ansprüche einer Treuhandgesellschaft, siehe BGE 132 III 61 E. 6.5; BSK OR I-DÄPPEN (FN 21), Art. 128 N 1.

²⁷ BGer, 4A_321/2020, 26.11.2020, E. 4.3.

²⁸ STEPHEN V. BERTI, Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. V 1h, Erlöschen der Obligation, Art. 127–142, 3. A., Zürich 2002, Art. 128 OR N 33; PETER GAUCH, Der Werkvertrag, 6. A., Zürich 2019, N 1286.

²⁹ BGer, 4A_321/2020, 26.11.2020, E. 4.3.

³⁰ BBI 2014, 235, 258.

³¹ BBI 2014, 235, 258.

³² CARRON (FN 1), 318, N 43; BSK OR I-DÄPPEN (FN 21), Art. 128 N 1; THOMAS PROBST, Die Revision des Verjährungsrechts und die Behandlung von Spätschäden, in: Thomas Probst/Franz Werro (Hrsg.), Strassenverkehrsrechts-Tagung 2014, Bern 2014, 1 ff., 17; JÖRG SCHMID/CÉLINE BUSSMANN, Die privatrechtliche Rechtspre-

mindest für Art. 128 Ziff. 1 und Ziff. 3 OR auch nach der am 1. Januar 2020 in Kraft getretenen Revision noch eine aktuelle Frage. Denn durch die Existenz von Art. 128 OR bleibt die vertragliche Verjährung heterogen. Im hier besprochenen Urteil vertritt das Bundesgericht ebenfalls die Meinung, dass mit der Entwicklung der Industrialisierung der Art. 128 Ziff. 3 OR grösstenteils seinen Sinn verloren habe und eine «source d'inutile complexité et hétérogénéité» sei, das Parlament aber an dieser Bestimmung festgehalten habe.³³

Zu betonen ist, dass wir im Allgemeinen nicht gegen eine Verkürzung der Verjährungsfristen sind. So plädieren wir für eine Vereinheitlichung der Verjährungsfristen im Vertrags-, Bereicherungs- und Deliktsrecht³⁴ und schlagen de lege ferenda eine dreijährige relative und eine zehnjährige absolute Verjährungsfrist vor. Denn das geltende Verjährungsrecht mit seinen unterschiedlichen Verjährungsfristen im Vertragsrecht, Bereicherungsrecht, Deliktsrecht sowie zahlreichen weiteren Sonderbestimmungen, die von den allgemeinen Regeln abweichen, ist immer noch zu komplex³⁵ und die verjährungsrechtliche Unterscheidung zwischen Vertrags- und Deliktsrecht ist weitgehend überflüssig. Ein sinnvolles Mittel zur Vereinheitlichung der Verjährungsfristen wäre unserer Meinung nach auch im vertraglichen Verjährungsrecht das doppelte Fristenregime mit einer relativen und einer absoluten Verjährungsfrist gewesen, so wie der Vorentwurf (Art. 128 und Art. 129 VE³⁶) es vorschlug. Ein doppeltes Fristenregime ist für die Vereinheitlichung besser geeignet als die heute geltende Regelverjährungsfrist in Art. 127 OR, welche allein eine (zehnjährige) Frist vorsieht, die mit einem objektiven Kriterium (grundsätzlich mit der Fälligkeit) zu laufen beginnt. Denn das doppelte Fristenregime beinhaltet eine kürzere relative und eine längere absolute Frist, welche den Besonderheiten von unterschiedlichen Sachverhalten und Situationen besser Rechnung tragen können. Im Falle einer Regelung

der kürzeren relativen Verjährungsfrist wäre eine Sonderregelung wie Art. 128 OR nicht mehr nötig. Auch der wissenschaftliche Entwurf OR 2020 sowie das deutsche Recht weisen in diese Richtung.³⁷

D. Plädoyer für eine restriktive Anwendung des Art. 128 Ziff. 3 OR – und eine Anmerkung zu BGer 4A_295/2020 vom 28. Dezember 2020

Die Gründe für die unterschiedliche Behandlung von Verjährungsfristen in Art. 128 Ziff. 3 OR und Art. 127 OR sind aufgrund der wirtschaftlichen und technischen Entwicklungen überholt.³⁸ Wenn Art. 128 OR schon nicht gestrichen worden ist, so muss Art. 128 Ziff. 3 OR zumindest restriktiv ausgelegt und nicht durch Auslegung erweitert werden.³⁹ Deshalb plädieren wir zusammen mit Lehre und Rechtsprechung in Zweifelsfällen bei Handwerksarbeit für eine zurückhaltende Anwendung von Art. 128 Ziff. 3 OR zu Gunsten von Art. 127 OR.⁴⁰ Der hier besprochene BGer 4A_321/2020 besagt dies ebenfalls ganz klar. Dafür spricht der schwer zu bestimmende Begriff der Handwerksarbeit (siehe auch unten III.E.)⁴¹ und die insgesamt in Frage zu stellende Existenz von Art. 128 OR (siehe auch oben III.C.).⁴² Schliesslich gebietet der Ausnahmecharakter des Art. 128 Ziff. 3 OR zur allgemeinen Regel der Verjährung in Art. 127 OR (oben III.A.) eine restriktive Auslegung des

chung des Bundesgerichts im Jahr 2017 (2/2), ZBJV 2018, 764 ff., 786; THOUVENIN/PURTSCHERT (FN 21), Vorb. Art. 148–162 N 9 f.

³³ BGer, 4A_321/2020, 26.11.2020, E. 4.3.

³⁴ Siehe dazu detaillierter BK-WILDHABER/DEDE (FN 20), Art. 127 N 102 ff. und N 112; ISABELLE WILDHABER/SEVDA DEDE, Ist das neue Verjährungsrecht im Haftpflichtrecht angemessen?, HAVE 2021 (im Erscheinen); vgl. auch NICOLA MOSER, Die Verjährung von haftpflichtrechtlichen Forderungen bei einer Verletzung der körperlichen Integrität, Diss., Basel 2017, 202; THOUVENIN/PURTSCHERT (FN 21), Vorb. Art. 148–162 N 4.

³⁵ Vgl. Bericht des BJ zum Vorentwurf der Revision des Verjährungsrechts vom August 2011, 17 ff., Internet: <https://www.bj.admin.ch/dam/bj/de/data/wirtschaft/gesetzgebung/archiv/verjaehrungsfristen/vn-ber-d.pdf.download.pdf/vn-ber-d.pdf> (Abruf 15.4.2021; zit. Bericht Vorentwurf 2011).

³⁶ Bericht Vorentwurf 2011 (FN 35), 23 f.

³⁷ Der wissenschaftliche Entwurf OR 2020 verzichtet auf die Ausnahmeregelungen von Art. 128 OR und strebt mit der dreijährigen relativen und der zehnjährigen absoluten Verjährungsfrist ein einheitliches Fristenregime in Art. 149 OR 2020 an, siehe THOUVENIN/PURTSCHERT (FN 21), Vorb. Art. 148–162 N 9. Eine Sonderregelung für kürzere Verjährungsfristen i.S.v. Art. 128 OR ist auch dem deutschen Recht fremd. Das deutsche Recht geht von der Einheit von Verjährungsfristen aus und knüpft die allgemeine Verjährungsfrist an eine kürzere Verjährungsfrist von drei Jahren (§ 195 BGB). In §§ 196 und 197 BGB unterliegen gewisse Forderungen der längeren zehnjährigen und dreissigjährigen Verjährungsfrist (HELMUT GROTHE, in: Franz Jürgen Säcker/Roland Rixecker/Hartmut Oetker/Bettina Limperg (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB, 8. A., München 2018, § 197 N 28).

³⁸ BGer, 4A_295/2020, 28.12.2020, E. 6.6; 4A_321/2020, 26.11.2020, E. 4.3.

³⁹ BGer, 4A_267/2007, 24.10.2017, E. 11.1; BGE 132 III 61 E. 6.1; 123 III 120 E. 2b; 116 II 428 E. 1b; 109 II 112 E. 2a; EUGEN BUCHER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 2. A., Zürich 1988, 456; BSK OR I-DÄPPEN (FN 21), Art. 128 N 1; CLAIRE HUGUENIN, Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 3. A., Zürich 2019, N 2231; CR CO I-PICHONNAZ (FN 14), Art. 128 N 4 und 15.

⁴⁰ BGer, 4A_321/2020, 26.11.2020, E. 4.3; 4C.32/2006, 4.5.2006, E. 4.1; BSK OR I-DÄPPEN (FN 21), Art. 128 N 8; GAUCH (FN 28), N 1288.

⁴¹ BGer, 4A_321/2020, 26.11.2020, E. 4.1.

⁴² BGer, 4A_321/2020, 26.11.2020, E. 4.3.

Art. 128 Ziff. 3 OR.⁴³ Im Zweifelsfall ist die Regel-Verjährungsfrist von Art. 127 OR anzuwenden, insbesondere wenn das fragliche Werk mehr als eine Routinearbeit bzw. mehr als ein schlichtes Alltagsgeschäft darstellt.⁴⁴

Das Bundesgericht hat am 28. Dezember 2020, also nur etwa vier Wochen nach dem hier besprochenen Entscheid, mit BGer 4A_295/2020 einen weiteren Entscheid getroffen, wo es bestätigte, dass die Verjährungsfrist von Art. 128 Ziff. 3 OR eine Ausnahmebestimmung darstellt und deshalb nur restriktiv angewendet werden darf.⁴⁵ In diesem Entscheid begründet das Bundesgericht sein Plädoyer für eine restriktive Anwendung von Art. 128 Ziff. 3 OR detaillierter und mittels einer methodenpluralistischen Auslegung. In diesem Entscheid musste sich das Bundesgericht erstmals mit der Frage beschäftigen, welche Verjährungsfrist für einen Anspruch auf Erteilung oder Berichtigung eines Arbeitszeugnisses gilt. Gemäss Art. 127 OR verjähren alle Ansprüche in zehn Jahren, sofern im Bundeszivilrecht nichts anderes vorgesehen ist. Dies ist bei Art. 128 Ziff. 3 OR der Fall, der eine Verjährungsfrist von fünf Jahren für Forderungen aus dem Arbeitsverhältnis von Arbeitnehmern vorsieht.

Das Bundesgericht stellt in BGer 4A_295/2020 fest, dass der Wortlaut von Art. 128 Ziff. 3 OR nicht zwischen den verschiedenen Arten von Ansprüchen unterscheidet, die Arbeitnehmer aufgrund ihrer Arbeitsverträge geltend machen können. Aufgrund einer wörtlichen Auslegung des Art. 128 Ziff. 3 OR könne man schliessen, dass Klagen betreffend das Arbeitszeugnis einer fünfjährigen Verjährungsfrist unterliegen.⁴⁶ Die historische, systematische und teleologische Auslegung des Art. 128 Ziff. 3 OR ergäben aber etwas Anderes. Eine historische Auslegung ergebe, dass der Gesetzgeber auf jeden Fall den Anwendungsbereich des Art. 128 Ziff. 3 OR nicht erweitern wollte,⁴⁷ da der Art. 128 OR entgegen dem Vorschlag des Bundesrates im Rahmen des Gesetzgebungsprozesses beibehalten worden war, um das System nicht zu komplizieren. Eine systematische Auslegung ergebe, dass Art. 128 OR eine Ausnahme zu Art. 127 OR darstellt, was bedeute, dass er restriktiv ausgelegt werden müsse.⁴⁸ Schliesslich reiche mit Blick auf die teleologische Auslegung der Umstand, dass die Klagen auf Erteilung oder Berichtigung des Arbeitszeugnisses vermögensrechtlicher Natur sind, nicht aus, um sie der Verjährungsfrist des

Art. 128 Ziff. 3 OR zu unterwerfen.⁴⁹ Vielmehr stellt das Bundesgericht fest, dass diese Ansprüche keine Merkmale einer Lohnforderung aufweisen, und erinnert daran, dass ursprünglich nur Lohnforderungen von dieser Vorschrift erfasst waren. Das Bundesgericht weist auch darauf hin, dass die Position des Arbeitnehmers gegenüber derjenigen des Arbeitgebers unangemessen benachteiligt wäre, wenn Art. 128 OR auf alle seine Ansprüche aus dem Arbeitsvertrag anzuwenden wäre, während dies bei den Ansprüchen des Arbeitgebers gegen den Arbeitnehmer nicht der Fall ist. In Anbetracht dessen und in Übereinstimmung mit der herrschenden Lehre⁵⁰ hält das Bundesgericht fest, dass Klagen auf Erteilung oder Berichtigung des Arbeitszeugnisses der allgemeinen Verjährungsfrist von zehn Jahren gemäss Art. 127 OR unterliegen.

Aus diesen beiden kurz nacheinander ergangenen Bundesgerichtsentscheiden kann geschlossen werden, dass Art. 128 Ziff. 3 OR insgesamt restriktiv ausgelegt werden sollte. Die beiden Urteile könnten somit Auswirkungen auf andere umstrittene Verjährungsfristen von Ansprüchen nach Art. 128 OR haben.

E. Begriff der Handwerksarbeit

Forderungen aus «Handwerksarbeit» unterliegen der fünfjährigen Verjährungsfrist gemäss Art. 128 Ziff. 3 OR. Eine Legaldefinition für diesen Begriff ist nirgendwo im Gesetz zu finden. Lehre und Rechtsprechung haben für den Begriff der Handwerksarbeit einige Kriterien entwickelt, um den Anwendungsbereich von Art. 128 Ziff. 3 OR möglichst zu klären. Es liegen aber nach wie vor mehrere Unsicherheiten vor, wie eine Handwerksarbeit sich von weiteren Werksarbeiten unterscheidet.⁵¹ Wann eine Arbeit, die im Rahmen des Werkvertrags geleistet wurde, eine Handwerksarbeit darstellt und wann eine gewöhnliche Werksarbeit, ist nicht immer einfach zu beurteilen. Die Grenze zwischen Handwerksarbeit und gewöhnlicher Werksarbeit verläuft fließend, vor allem wenn die erbrachte Dienstleistung verschiedene Teilleistungen unterschiedlicher Art

⁴³ BGer, 4A_321/2020, 26.11.2020, E. 4.3.

⁴⁴ BGer, 4A_321/2020, 26.11.2020, E. 4.3.

⁴⁵ BGer, 4A_295/2020, 28.12.2020, E. 6.7.

⁴⁶ BGer, 4A_295/2020, 28.12.2020, E. 6.5.

⁴⁷ BGer, 4A_295/2020, 28.12.2020, E. 6.6.

⁴⁸ BGer, 4A_295/2020, 28.12.2020, E. 6.7.

⁴⁹ BGer, 4A_295/2020, 28.12.2020, E. 6.8.

⁵⁰ CHK-KILLIAS/WIGET, Art. 128 N 12, in: Marc Amstutz et al. (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. A., Zürich 2016; WOLFGANG PORTMANN/ISABELLE WILDHABER, Schweizerisches Arbeitsrecht, 4. A., Zürich/St. Gallen 2020, N 645; ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL/ROGER RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Praxis-kommentar zu Art. 319–362 OR, 7. A., Zürich/Basel/Genève 2012, Art. 341 N 8.

⁵¹ Vgl. BGer, 4A_321/2020, 26.11.2020, E. 4.1; BK-BECKER (FN 8), Art. 128 N 8; ALFRED KOLLER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 4. A., Bern 2017, N 68.59.

umfasst.⁵² Deshalb ist der hier besprochene Entscheid BGer 4A_321/2020 interessant. Er analysiert, ob Arbeiten einer Schreinerei bezüglich des Holzinneausbaus eines Chalets Handwerksarbeiten im Sinne von Art. 128 Ziff. 3 OR sind.

Damit eine Tätigkeit als Handwerksarbeit definiert werden kann, müssen grundsätzlich folgende drei Voraussetzungen kumulativ erfüllt sein – diese Voraussetzungen werden in BGer 4A_321/2020 bestätigt:⁵³

- (1) Werkvertrag: Es muss sich bei der Tätigkeit um eine Arbeit gestützt auf einen Werkvertrag handeln.⁵⁴
- (2) Keine spezielle Technik: Bei der Handwerksarbeit muss der Anteil der manuellen Arbeit jenem des Einsatzes professioneller Maschinen und professioneller und umfangreicher Werkzeuge *überwiegen*⁵⁵ bzw. ihnen *zumindest gleichwertig sein*.⁵⁶
- (3) Keine besonderen organisatorischen/administrativen Massnahmen in Planung und Koordination: Bei der Handwerksarbeit muss der Anteil der manuellen Tätigkeiten gegenüber den organisatorischen/administrativen Massnahmen in Planung und Koordination *überwiegen* bzw. ihnen *zumindest gleichwertig sein*.⁵⁷ Das bedeutet, dass für die Handwerksarbeit Massnahmen in Planung und Koordination nicht notwendig sein dürfen, unabhängig davon, ob diese Massnahmen personeller oder terminlicher Natur sind.⁵⁸ So stellt z.B. die Architektenarbeit keine Handwerksarbeit dar, da hier die intellektuelle Arbeit im Vordergrund steht.⁵⁹

In E. 4.1 hält das Bundesgericht dazu fest, dass das manuelle Element der Arbeit gegenüber anderen Dienstleistungen, die den Einsatz von Maschinen, organisatorische Arbeit und administrative Aufgaben beinhalten, *überwiegen* oder ihnen *zumindest gleichwertig sein* müsse.⁶⁰ Die Handwerksarbeit zeichnet sich demnach durch das Überwiegen der manuellen Tätigkeit, des Handwerks, des technischen Geschicks und der Handarbeit aus, dies im Gegensatz zur Serienproduktion, zur intellektuellen oder wissenschaftli-

chen Arbeit, zu organisatorischen Fähigkeiten und administrativen Aufgaben.

Die Beschreibung der Handwerksarbeit schliesse die Lieferung von industriell gefertigten Serienprodukten aus, so das Bundesgericht explizit in E. 4.2.⁶¹ In BGE 116 II 428 E. 1b hatte das Bundesgericht die Verjährung von Forderungen aus Lieferung und Montage von Fertigtüren nicht unter Art. 128 Ziff. 3 OR gestellt, selbst wenn die gelieferten Fertigtüren jeweils auf dem Bau angepasst worden waren. Grund dafür sei, dass im Vordergrund der Arbeit nicht die manuelle Arbeitsleistung, sondern der Verkauf von Produkten aus industrieller Fertigung stand. Dagegen führt GAUCH zu Recht aus, dass in diesem Fall von einem Kaufvertrag mit Montagepflicht (gemischter Vertrag) auszugehen sei. Denn der Kaufvertrag mit Montagepflicht erfüllt i.d.R. die Voraussetzungen i.S.v. Art. 128 Ziff. 3 OR sowohl beim kaufvertragsrechtlichen (Kleinverkauf von Waren) als auch beim werkvertraglichen (Handwerksarbeit) Vertrags- teil, sodass dafür die fünfjährige Verjährungsfrist gelten müsste.⁶² Anders ist es zu bewerten, wenn es sich um grosse Mengen von Türen mit Montagepflicht (z.B. bei mehreren Häusern) handelt. Denn hierbei handelt es sich nicht mehr um Kleinverkauf von Waren und bei der Montage braucht es besondere organisatorische/administrative Tätigkeiten, welche über die Handwerksarbeit hinausgehen.

Das Verdienst des BGer 4A_321/2020 ist es, dass das Bundesgericht die Eigenschaften der Handwerksarbeit direkt zu beschreiben versucht, indem der Entscheid auf die «Art der Arbeit» als Handwerksarbeit eingeht, und zwar mit folgenden Attributen:⁶³

- Typische, herkömmliche manuelle Arbeiten mit oder ohne Werkzeug
- Begrenzter Rahmen, begrenztes Volumen
- Besondere Art der erbrachten Leistung
- Routine eines Handwerkers; Routinearbeiten
- Schlichtes Alltagsgeschäft
- Geringer Umfang der Arbeiten, Detailarbeit
- Keine besondere Technik, keine besonderen organisatorischen/administrativen Massnahmen in Bezug auf Planung und Koordination
- Kleine Anzahl von Mitarbeitern auf der Baustelle

Mit diesen Attributen macht das Bundesgericht den Begriff der Handwerksarbeit ein Stück konkreter.

⁵² BGer, 4C.32/2006, 4.5.2006, E. 4.1; vgl. auch BGer, 4A_236/2011, 29.8.2011.

⁵³ BGer, 4A_321/2020, 26.11.2020, E. 4.1, E. 4.2 und E. 5.1.

⁵⁴ KOLLER (FN 51), N 68.59.

⁵⁵ BGer, 4A_247/2010, 12.10.2010, E. 2; 4A_245/2010, 12.10.2010, E. 2; 4C_32/2006, 4.5.2006, E. 4.1; BGE 123 III 120 E. 2; KOLLER (FN 51), N 68.59; CR CO I-PICHONNAZ (FN 14), Art. 128 N 16.

⁵⁶ BGer, 4A_321/2020, 26.11.2020, E. 4.1.

⁵⁷ BGer, 4A_321/2020, 26.11.2020, E. 4.1.

⁵⁸ BGer, 4A_321/2020, 26.11.2020, E. 4.1; 4A_247/2010, 12.10.2010, E. 2; 4C_32/2006, 4.5.2006, E. 4.1; BGE 123 III 120 E. 2b; CR CO I-PICHONNAZ (FN 14), Art. 128 N 16.

⁵⁹ BGE 98 II 184 E. 3b; GAUCH (FN 28), N 1287; KOLLER (FN 51), N 68.59.

⁶⁰ BGer, 4A_321/2020, 26.11.2020, E. 4.1.

⁶¹ Andererseits betont das Bundesgericht, dass die Verwendung von normierten Materialien den handwerklichen Charakter einer Leistung nicht per se ausschliesst: BGer, 4A_321/2020, 26.11.2020, E. 4.2.

⁶² GAUCH (FN 28), N 1296.

⁶³ BGer, 4A_321/2020, 26.11.2020, E. 4.1, E. 5.1 und E. 5.3

Bei einem Handwerker muss es sich nicht unbedingt um einen kleinen Werkunternehmer handeln, auch Grossunternehmen können Handwerker sein.⁶⁴ Der französische Text hebt zwar Handwerker als Personen hervor, sodass man meinen könnte, dass nur natürliche Personen bzw. Kleinunternehmen als Handwerker im Sinne des persönlichen Anwendungsbereichs der Vorschrift in Frage kommen. Aber auch die Arbeit von Grossunternehmen muss als Handwerksarbeit gelten, da ansonsten Grossunternehmen bessergestellt würden als Kleinunternehmen, was schwer zu rechtfertigen wäre.⁶⁵ Für diese Auslegung spricht auch der deutsche Wortlaut des Gesetzestextes, wonach für die Anwendung der Bestimmung der Charakter bzw. die Art der Arbeit entscheidend ist und nicht die Art der Person, welche die Tätigkeit ausübt.⁶⁶ In E. 4.1 sagt das Bundesgericht, dass— anders als der Wortlaut des Art. 128 Ziff. 3 OR in seiner französischen Fassung vermuten liesse — für die Anwendung dieser Vorschrift die Art der Arbeit (Handwerksarbeit/*lavori d'artigiani*) und nicht der Status des Ausführenden (kleiner Handwerker oder grosser Unternehmer) entscheidend sei.⁶⁷ Des Weiteren ist die Selbstbezeichnung als Handwerksbetrieb auf der Website des Unternehmens für die Handwerksarbeit *nicht* entscheidend: Selbst wenn das Unternehmen sich als Handwerksbetrieb präsentiert, bedeutet das nicht, dass jede seiner Arbeiten notwendigerweise die Eigenschaft einer Handwerksarbeit i.S.v. Art. 128 Ziff. 3 OR aufweist.⁶⁸ Unbeachtlich ist auch, ob der Unternehmer die Arbeit allein oder mit Hilfspersonen ausführt oder gar durch Subunternehmer ausführen lässt.⁶⁹

Im vorliegenden Sachverhalt wandte sich das Ehepaar A1 und A2 im Rahmen des kompletten Umbaus ihres Chalets an die Schreinerei und beauftragte sie mit den Arbeiten bezüglich des Holzinnenausbaus. Diese Arbeiten fanden zwischen 2007 und 2008 statt. Die konkreten Arbeiten am Chalet stammten aus dem gesamten Bereich der Innenschreinerei und waren sehr umfangreich.⁷⁰ Deshalb stimmen wir dem Bundesgericht zu, wenn es feststellt, dass die im Sachverhalt vorliegende Arbeit weit über die Handwerksarbeit hinausgeht. Denn die Arbeiten erforderten den

Einsatz professioneller Maschinen und professioneller und umfangreicher Werkzeuge. Sie gingen über das begrenzte Volumen und die Routine eines Handwerkers hinaus.⁷¹ Es handelte sich um eine grosse Arbeit mit einer grossen Fläche und einem grossen Volumen (448 m² bzw. 1354 m³), sodass sie eine Abstimmung (i.S.v. Organisation) mit anderen Handwerkern (wie dem Elektriker und dem Heizungsinstallateur) bedingte. Die Anzahl von Mitarbeitern (16) beanspruchte eine gewisse Organisation und Planung. Zwar war auch das Geschick der Schreinerei für das Gelingen bestimmter Arbeiten (Leisten, Rosetten, Rahmen usw.) entscheidend, sodass teilweise manuelle Arbeit geleistet wurde. Dieser Anteil der manuellen Tätigkeiten war gegenüber den organisatorischen/administrativen Tätigkeiten in Planung und Koordination jedoch nicht überwiegend bzw. nicht gleichwertig.⁷² Da diese konkreten Arbeiten nicht Handwerksarbeit i.S.v. Art. 128 Ziff. 3 OR darstellten war die Anwendung der zehnjährigen Frist nach Art. 127 OR korrekt.

⁶⁴ BGer, 4A_321/2020, 26.11.2020, E. 4a; BGE 132 III 61 E. 6.3; BGer, 4C.32/2006, 4.5.2006, E. 4.1; GAUCH (FN 28), N 1294; CR CO I-PICHONNAZ (FN 14), Art. 128 N 17.

⁶⁵ BK-BECKER (FN 8), Art. 128 N 9; GAUCH (FN 28), N 1294.

⁶⁶ BGer, 4A_321/2020, 26.11.2020; BGE 132 III 120 E. 2a; BGer, 4C.32/2006, 4.5.2006, E. 4.1; BGE 116 II 428 E. 1a; GAUCH (FN 28), N 1294; KOLLER (FN 51), N 68.61; CR CO I-PICHONNAZ (FN 14), Art. 128 N 17.

⁶⁷ BGer, 4A_321/2020, 26.11.2020, E. 4.1.

⁶⁸ BGer, 4A_321/2020, 26.11.2020, E. 5.2.

⁶⁹ BGE 116 II 428 E. 1.

⁷⁰ BGer, 4A_321/2020, 26.11.2020, E. 5.1.

⁷¹ BGer, 4A_321/2020, 26.11.2020, E. 5.1.

⁷² BGer, 4A_321/2020, 26.11.2020, E. 5.1.