

Sachverhalt Nr. 1

Verkäufer Viktor und Käufer Kurt haben sich am 1. April 2001 auf den Kauf eines Flugzeugs zum privaten Gebrauch für Fr. 500'000 geeinigt, bar bezahlt bei Vertragsschluss, wobei die Lieferung exakt am 2. Mai 2001 erfolgen sollte. Am 2. Mai 2001 war von Viktor und einem Flugzeug keine Spur zu sehen. *Welche Rechte hat Kurt?*

Kurt tritt am 1. Juni 2001 via Telefongespräch mit Bestätigung via Fax und Brief vom Vertrag zurück und macht geltend, er wolle das Geld zurück. Daraufhin beginnen langwierige Verhandlungen über die Höhe des Schadenersatzes, die aufgrund diverser privater Probleme Kurts immer wieder für längere Zeit unterbrochen werden. Am 31. Mai 2011 betreibt er ihn auf einen Betrag von Fr. 550'000. Wiederum beginnen lange Verhandlungen. Langsam beginnt sich Kurt gegen Ende April 2021 Sorgen zu machen. Er teilt Viktor mit, wenn er nicht nochmals betrieben oder gar beklagt werden wolle, müsse er für weitere Verhandlungen auf die Verjährung verzichten. *Wann würde die Forderung verjähren und wie verzichtet man auf die Verjährung?*

Lösungsvorschlag Nr. 1

Welche Rechte hat Kurt?

Die Flugzeuglieferung hätte exakt am 2. Mai 2001 erfolgen müssen. Somit kommt Viktor schon mit Ablauf des 2. Mai in Verzug (Art. 102 Abs. 2 OR). Kurt kann nach den Regeln des Art. 107 Abs. 1 OR eine Nachfrist setzen und die Rechte gemäss Art. 107 Abs. 2 OR wählen. Es stellt sich die Frage, ob er dafür wirklich eine Nachfrist setzen muss. Der genaue Termin alleine macht das Geschäft noch nicht zum *relativen Fixgeschäft* gemäss Art. 108 Ziff. 3 OR. Nur wenn der Gläubiger zur Annahme der verspäteten Leistung nicht verpflichtet ist, liegt wirklich ein Anwendungsfall von Art. 108 Ziff. 3 OR vor.¹ Ob sich das hier so verhält, ist unklar, aber eher nicht zu vermuten: einen Jet kann und will man meist trotz Verspätung geliefert erhalten.

Der Sachverhalt erwähnt, dass Kurt das Flugzeug für den privaten Gebrauch kauft. Somit kommt die Anwendung des Art. 190 Abs. 1 OR wegen des fehlenden *Kaufs zum Weiterverkauf* nicht in Frage, der bei einem Verfalltagsgeschäft ein rel. Fixgeschäft und bei Verzug den Verzicht auf die Leistung widerlegbar vermutet.² Kurt kann also nach Setzung einer erfolglosen Nachfrist immer noch die Erfüllung verlangen oder auf die Leistung Viktors verzichten (Art. 107 Abs. 2 OR). Dabei entsteht eine weitere Wahlmöglichkeit. Kurt kann bei Verzicht auf die Leistung Viktors entweder den Vertrag beibehalten und das positive Interesse verlangen oder den Rücktritt kombiniert mit dem Schadenersatz im negativen Interesse wählen (Art. 107 Abs. 2 OR). Die Differenztheorie steht ihm allerdings nicht mehr offen, weil er schon erfüllt hat – er kann nicht mehr einfach seine Leistung (die Bezahlung des Kaufpreises) abziehen.³

Exkurs: Liegt auch ein Verfalltag vor, wenn die Parteien vereinbaren, dass der Schuldner die Leistung während einer gewissen Dauer mit Anfangs- und Endtermin erfüllen solle? Die Antwort lautet ja, wenn sich daraus ein genauer letzter Tag ermitteln lässt: „*Unerheblich für die Beurteilung des Verfalltagscharakters einer Zeitabsprache ist, ob die Parteien verabredet haben, dass die Erfüllung genau an einem bestimmten Tag oder bis zu einem bestimmten Tag zu geschehen habe (Frage der Erfüllbarkeit: OR 81); im zweiten Falle tritt der Verzug mit Ablauf des letzten Tages der Frist ein (...).* Ein Verfalltag liegt somit vor, wenn der

¹ Vgl. BSK OR I-Wiegand, Art. 108 N 6: „*Art. 108 Ziff. 3 kommt jedoch nicht bei allen Fixgeschäften zur Anwendung, sondern nur bei den (v.a. in der deutschen Doktrin) sog. relativen Fixgeschäften. Damit bezeichnet man jene Geschäfte, bei denen der Gläubiger zur Annahme der verspäteten Leistung nicht verpflichtet ist bzw. bei denen mit dem Fristablauf auch die Erfüllbarkeit der Obligation entfällt* (vgl. Wiegand, recht 1983, 125; Bucher, AT, 370; Keller/Schöbi, I, 273; von Tuhr/Escher, 151; Guhl/Koller/Schnyder/Druey, § 30 N 10; CHK-Furrer/Wey, N 17f.).“; vgl. Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N 2747: „*Ergibt sich aus der Parteiaabrede, dass die Leistung nach einem genau bestimmten Zeitpunkt nicht mehr erfolgen darf (Art. 108 Ziff. 3), so ist sie häufig für die Gläubigerin auch nutzlos geworden (Art. 108 Ziff. 2).* Die beiden Normen behalten aber einen je eigenen Anwendungsbereich: Die «Nutzlosigkeit» nach Ziff. 3 wird allein durch die Fixabrede definiert; ob bei objektiver Betrachtung der Nutzen effektiv entfällt, spielt keine Rolle. Anders bei der Nutzlosigkeit nach Ziff. 2; hier wird effektive und erkennbare Nutzlosigkeit gefordert.“

² Vgl. CHK-Hrubesch-Millauer, OR 190 N 2 f. Für die Annahme kaufmännischen Verkehrs muss ein für den Verkäufer erkennbarer Kauf zum Wieder- und Weiterverkauf vorliegen. Ein Kauf für den Eigenbedarf genügt nicht.

³ Vgl. BK-Weber/Emmenegger, Art. 107 N 194: „*Die Befürworter der «milden» Differenztheorie, deren gesetzliche Nichtberücksichtigung wohl auf ein Versehen zurückzuführen ist, lassen sie nur zur Anwendung kommen, wenn der Gläubiger seine Leistung noch nicht erbracht hat.*“

*Schuldner im Moment des Vertragsabschlusses mit Bestimmtheit weiss, an welchem Tag bzw. bis zu welchem Tag er zu leisten hat (...).*⁴

Wann würde die Forderung verjähren und wie verzichtet man auf die Verjährung?

Gemäss Sachverhalt wählt Kurt den Rücktritt im Sinne des Art. 109 OR. Die Rückgabeverpflichtungen sind vertraglicher Natur.⁵ Somit ist die zehnjährige Verjährungsfrist gemäss Art. 127 OR anwendbar. Die Verjährung beginnt mit der Fälligkeit (Art. 130 Abs. 1 OR), d.h. mit der Entstehung der Ersatzforderung. Da Viktor am 1. Juni 2001 direkt vom Rücktritt erfährt, ist dies der relevante Tag.⁶ Gemäss Art. 132 Abs. 1 OR ist der Tag, an dem die Verjährung beginnt, nicht mitzuzählen. Die zehnjährige Frist beginnt somit am 2. Juni 2001 und endet mit Ablauf des 1. Juni 2011.⁷ Gemäss Sachverhalt hat Kurt Viktor am 31. Mai 2011 betrieben. Dies hat, schon durch den blossen Postversand ohne Anwendung des Zugangsprinzips,⁸ eine verjährungsunterbrechende Wirkung (Art. 135 Ziff. 2 OR). Die Unterbrechung bewirkt, dass eine neue, gleich lange Verjährungsfrist zu laufen beginnt (Art. 138 Abs. 2 OR).⁹ Der Unterbrechungstag zählt wiederum nicht.¹⁰ Somit beginnt die neue Frist am 1. Juni 2011 und endet mit Ablauf des 31. Mai 2021 um Mitternacht – bis dann muss er etwas getan haben, um die Frist zu unterbrechen und neu beginnen zu lassen. Kurt tut deshalb gut daran, etwas gegen die drohende Verjährung zu unternehmen.

Ist es möglich, auf die Verjährung zu verzichten? Seit der Revision des Verjährungsrechts (Inkrafttreten per 1. Januar 2020) gilt, dass der Verzicht auf die Verjährungseinrede¹¹ stets ab Verjährungsbeginn möglich ist.

⁴ Vgl. BK-Weber/Emmenegger, Art. 102 N 112.

⁵ Vgl. BGE 132 III 226 ff., 233; vgl. BSK OR I-Wiegand, Art. 109 N 5.

⁶ Entscheidend ist der Zugang der Rücktrittserklärung, vgl. CHK-Furrer/Wey, OR 109 N 44.

⁷ Vgl. das Beispiel bei BSK OR I-Däppen, Art. 132 N 3: „Die Verweisung des Abs. 2 gilt den Art. 77 ff. Bezuglich Verjährungsfristen, die in Monaten oder Jahren bemessen werden, führt dies dazu, dass der Zeitpunkt des Fristablaufs auf den Tag des letzten Monats fällt, der durch seine Zahl dem Tag des Fristbeginns entspricht, und, wenn dieser Tag in jenem Monat fehlt, auf den letzten Tag dieses Monats (Art. 132 i. V. m. Art. 77 Abs. 1 Ziff. 3; BGE 130 III 362 E. 4.4 = Pra 2005, 61 f.). Art. 77 Abs. 1 Ziff. 1 und Art. 132 Abs. 1 drücken bez. der Nichtzählung des ersten Tages den gleichen Grundsatz aus; deshalb fällt bei der Fristberechnung allein der Fälligkeitstag ausser Ansatz (BGE 81 II 137 E. 2). Ist demnach eine Forderung am 16.6.20 fällig, beginnt die Frist am 17.6.20 zu laufen und es tritt die Verjährung bei einer fünfjährigen Frist nach Ablauf des 16.6.25, bei einer zehnjährigen Frist nach Ablauf des 16.6.30 ein; ist die Forderung am 29.2.20 fällig, verjährt sie bei einjähriger Frist am 29.2.21, bzw. am 28.2.21, sofern dieses Jahr kein Schaltjahr ist.“ und die deutlichen Erwägungen in BGE 81 II 135 ff., 137 f. [http://jumpcgi.bger.ch/cgi-bin/JumpCGI?id=BGE_81_II_135]: „Dans le cas particulier, c'est donc le 9 août, date de la notification du commandement de payer, que la procédure a été interrompue pour la dernière fois en 1949. 2. L'Union prétend toutefois que, même s'il en est ainsi, la prescription n'est pas acquise. Aux termes de l'art. 132 al. 1 CO, dit-elle, le jour à partir duquel court la prescription n'est pas compté. Le délai ne partait donc, en l'espèce, que du 10 août 1949. D'autre part, l'art. 132 al. 2 CO dispose que les règles relatives à la computation des délais en matière d'exécution des obligations sont applicables à la prescription. Or, selon l'art. 77 al. 1 ch. 3 CO, la dette est échue, si le délai est fixé par années, le jour qui correspond par son quantième à celui de la conclusion du contrat. Dans le cas particulier - conclut la recourante - le délai expirait donc le 10 août 1950 et la prescription a été interrompue en temps utile, car la réquisition de poursuite parvenue à l'office le 11 août a certainement été mise à la poste la veille. Cette thèse est erronée. Les art. 77 al. 1 ch. 3 et 132 al. 1 CO expriment en réalité le même principe. En effet, si la dette est échue le jour qui, par son quantième, correspond à celui de la conclusion du contrat, cela signifie qu'on ne compte pas le jour dont part le délai. Du reste, sous chiffre 1, l'art. 77 al. 1 le dit expressément pour le cas où le délai est fixé par jours. Ces dispositions ne sauraient dès lors être appliquées cumulativement. L'art. 132 al. 2 CO ne renvoie évidemment aux art. 77 et suiv. que dans la mesure où ceux-ci contiennent des règles qui ne figurent pas déjà à l'art. 132 al. 1. Du reste, l'interprétation proposée par la recourante aurait cette conséquence inadmissible que tous les délais de prescription et de préemption seraient prolongés d'un jour plein. On doit donc admettre, comme le Tribunal fédéral l'a toujours fait (cf. RO 42 II 332 et suiv.), que le délai de prescription expire à la fin du jour qui, par son quantième, correspond au jour à partir duquel il a commencé à courir. Dans ces conditions, la prescription était acquise, en l'espèce, le 9 août 1950. Il importe peu, dès lors, de savoir si la réquisition de poursuite a été mise à la poste le 10 ou le 11 août.“; vgl. auch BGer 4F_5/2010, E. 8.

⁸ Vgl. CHK-Killias/Wiget, OR 135 N 13, 32.

⁹ Vgl. KUKO-Däppen, OR 138 N 5: „Abs. 2 knüpft an Art. 135 Ziff. 2 an und bestimmt, dass Betreibungsakte, die eine neue Verfahrensphase einleiten, die Verjährung jeweils unterbrechen. Umfasst sind demnach nicht nur die Anträge des Gläubigers an das Betreibungsamt, sondern auch Vollstreckungshandlungen des Betreibungsamtes. Als Betreibungsakte gelten demnach etwa das Stellen des Betreibungsbegehrens, die Zustellung des Zahlungsbefehls (BGE 104 III 22), das Stellen des Fortsetzungsbegehrens (Art. 88, 159, 166 SchKG), die Pfändung (Art. 89 SchKG), das Stellen des Verwertungsbegehrens (Art. 116, 154 SchKG) und die Verteilung (Art. 144 SchKG), nicht aber die Mitteilung des vom Schuldner erhobenen Rechtsvorschlagens an den Gläubiger (BGE 81 II 136). Das Stellen eines Rechtsöffnungsbegehrens (Art. 80 SchKG) fällt unter den Begriff der Klage nach Abs. 1, die Abweisung des Rechtsöffnungsbegehrens wiederum unter den Betreibungsakt nach Abs. 2 (BGE 91 II 371 E. 10). Die Anerkennungsklage (Art. 79 SchKG) bzw. die fristgerechte Aberkennungsklage (Art. 83 Abs. 2 SchKG) unterbricht die Verjährung nach Massgabe von Art. 135 Ziff. 2.“

¹⁰ Vgl. BSK OR I-Däppen, Art. 137 N 1.

¹¹ Der neue Gesetzestext sowie die neue Marginalie stellen klar, dass der Schuldner nicht auf die Verjährung als solche, sondern auf die Erhebung der Verjährungseinrede verzichtet. Das Bundesgericht hatte bereits in seiner bisherigen Rechtsprechung die

Damit weicht die neue Fassung des Art. 141 Abs. 1 OR von der bisherigen Rechtsprechung ab, wonach der Verzicht stets nach *Vertragsabschluss* möglich gewesen war.¹² Der Verzicht kann von beliebiger Dauer sein, darf aber jeweils – das heisst, bezogen auf die Periode eines jeweiligen Verzichts, denn die Verzichtserklärung kann wiederholt werden – höchstens zehn Jahre dauern (Art. 141 Abs. 1 OR).¹³ Enthält die Verzichtserklärung keine zeitliche Befristung, so ist diese Lücke nach h.L. auf die Maximalfrist von zehn Jahren zu füllen.¹⁴ Da die Verjährungsfrist der Ersatzforderung vorliegend am 1. Juni 2011 neu begonnen hat (vgl. oben), ist der Verjährungszeitpunkt ab diesem Zeitpunkt und für jeweils maximal zehn Jahre möglich. Da der Verzicht sowohl während der noch laufenden Verjährungsfrist als auch nach Eintritt der Verjährung zulässig ist, kann dieser grundsätzlich auch nach dem 31. Mai 2021 vereinbart werden.¹⁵ Der Verzicht muss schriftlich erfolgen (Art. 141 Abs. 1^{bis} OR).

Sachverhalt Nr. 2

Käufer Kurt kauft am 1. April 2020 vom Globus einen unpersönlichen Geschenkgutschein im Wert von Fr. 100 und verschenkt diesen am nächsten Tag seinem Freund Jakob. Als Jakob am 1. Mai 2021 im Globus den Gutschein einlösen will, verweist die Verkäuferin auf den Gutscheinsaufdruck, auf dem „*Gültig bis 1. April 2021*“ steht und verweigert dessen Einlösung. *Wie ist die Rechtslage?*

Lösungsvorschlag Nr. 2

Es stellt sich die Frage, ob die Frist unter das Abänderungsverbot nach Art. 129 OR fällt. Ist dies nicht der Fall, kommt das AGB-Prüfschema zur Anwendung.

Zwingende Verjährungsregeln

Art. 129 OR verbietet die Abänderung der vertraglichen Fristen. Vorliegend wäre die zehnjährige Frist anwendbar (Art. 127 OR). Die fünfjährige Frist ist zwar beim Kleinverkauf von Waren einschlägig (Art. 128 Ziff. 3 OR), *aber nur für die Forderung des Kleinverkäufers, nicht für die des Kleinkäufers auf Erfüllung*

Wirkungen des «Verjährungsverzichts» denjenigen des «Verzichts auf die Verjährungseinrede» trotz gewisser dogmatischer Unterschiede gleichgestellt. Die revidierte Fassung des Art. 141 Abs. 1 OR dürfte daher keine Änderung der bisherigen Rechtsprechung bewirken, denn sowohl beim «Verjährungsverzicht» als auch beim «Verjährungseinredeverzicht» wird gleichsam der Eintritt der Verjährung hinausgezögert (vgl. BSK OR I-Däppen, Art. 141 N 5c; Karaşahin, Verjährungsverzicht und Vereinbarungen über die Dauer von Verjährungsfristen nach der Revision des Verjährungsrechts, ZBJV 155/2019, 731 ff., 741; BGE 132 III 226 ff., 239 f.).

¹² Das Bundesgericht hatte in BGE 132 III 226 ff., 238 (noch unter altem Recht) festgehalten, dass ein Verjährungsverzicht möglich sei, aber erst nach Vertragsschluss, denn vorher würde dieser eine vertragliche Änderung der Verjährungsfrist bedeuten und als Vorausverzicht zugleich aArt. 141 Abs. 1 OR verletzen. Der revidierte Gesetzestext sieht nun vor, dass der Verzicht stets ab *Verjährungsbeginn* vereinbart werden kann (vgl. BBI 2014 235, 261 f.). Diese Änderung wird in der Lehre stark kritisiert, denn in Fällen, in welchen die Fälligkeit des Geschäfts nicht gemäss Art. 75 OR bereits bei Vertragsabschluss, sondern erst zu einem späteren Zeitpunkt gegeben ist (bspw. aufgrund einer entsprechenden vertraglichen Vereinbarung), kann der Verzicht auf die Verjährungseinrede folglich nicht bereits unmittelbar nach dem Vertragsabschluss erfolgen. Der Zeitpunkt des Verjährungsbeginns ist aber oft unklar, was in der Praxis zu Rechtsunsicherheiten führen könnte; und da bei Abschluss eines Vertrags generell die Rechte und Pflichten beider Parteien definiert werden, sollten sie jeweils bereits zu diesem Zeitpunkt auf die Verjährung verzichten können. Einige Lehrmeinungen gehen zwar davon aus, dass auch weiterhin ein Verzicht nach Vertragsabschluss (u. U. aber vor Verjährungsbeginn) wirksam bleiben sollte, zumal ansonsten ungerechtfertigte Wertungsunterschiede zu den Verjährungsfristen außerhalb des dritten Titels entstehen würden. Unklar ist aber, wie sich das Bundesgericht künftig dazu äussern wird. Für das vorliegende Beispiel wird gemäss Gesetzestext von der Verzichtsmöglichkeit ab «Verjährungsbeginn» ausgegangen, vgl. dazu BSK OR I-Däppen, Art. 141 N 5d m.w.H.

¹³ Die Maximalfrist von zehn Jahren entspricht auch der bisherigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung, die die Zehnjahresfrist noch an Art. 127 OR anlehnte (BSK OR I-Däppen, Art. 141 N 5d ff.; vgl. zur bisherigen Rechtsprechung BGE 132 III 226 ff., 240 f.; BGer 9C_104/2007, E. 8.2.1). Unklar ist, ob die Zehnjahresfrist auch bei den Fünfjahresfristen nach Art. 128 OR gelten soll oder ob damit das Fristverlängerungsverbot nach Art. 129 OR verletzt werden würde. Die Botschaft zur Verjährungsrevision spricht zwar von der Anwendbarkeit des Art. 141 Abs. 1 OR auf alle Verjährungsfristen (BBI 2014 235, 262); einige Lehrmeinungen gehen hingegen davon aus, dass die Fristen nach Art. 128 OR – welche bei der Revision ursprünglich hätten abgeschafft werden sollen – von der Regelung der Zehnjahresfrist ausgeklammert sind. Demnach wäre bei Vorliegen einer Fünfjahresfrist lediglich ein Verzicht für die Dauer von jeweils fünf Jahren möglich. Auch diese Unsicherheit wird höchstwahrscheinlich zu klären sein; vgl. hierzu Karaşahin, a.a.O., 748 f.; Pichonnaz, Das revidierte Verjährungsrecht: Drei bemerkenswerte Punkte, SJZ 115/2019, 739 ff., 745.

¹⁴ Dies steht in Einklang mit der bisherigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung: BSK OR I-Däppen, OR 141 N 5h; vgl. zum alten Recht: CHK-Killias/Wiget, OR 141 N 7; BGer 9C_855/2010, E. 3.5.2; KUKO-Däppen, OR 141 N 11.

¹⁵ BBI 2014 235, 262; dies entspricht der bisherigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung.

oder Schadenersatz.¹⁶ Die h.L. sieht in solchen Einlösefristen aber ohnehin eine zulässige Verwirkungsfrist: „Von Art. 129 grundsätzlich unangetastet bleibt die Möglichkeit einer vertraglichen Befristung von Forderungen (so BGE 74 II 99 E. 3 im Versicherungsrecht; s. ferner Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, Rz 3388 betr. «Fatalbefristung»; von Tuhr/Escher, 217) oder das Abhängigmachen einer Forderung von einer Resolutivbedingung (BGE 132 III 285 E. 2). Eine Einschränkung gilt aber, wenn dem Gläubiger die Pflicht auferlegt wird, die Forderung binnen bestimmter Frist irgendwie gerichtlich einzuklagen, da damit ein Verstoss gegen die zwingende Norm von Art. 129 vorliegt (BGE 132 III 285 E. 2; Guhl/Koller/Schnyder/Druey, 319).“¹⁷ Lässt sich dies voneinander unterscheiden? Die Befristung einer Forderung führt zur Verwirkung, nicht zur Verjährung. Im Alltag lässt sich dies kaum auseinanderhalten. In einem recht neuen Entscheid hat das Bundesgericht entschieden, dass eine zweijährige Verjährung zur Urkundenvorlage einer Anleihenobligation unzulässig sei, weil bei einem solchen Papier die Vorlegung für die Geltendmachung ohnehin zwangsläufig erforderlich sei; man könnte ein solches Erfordernis nicht zu einer Befristung umdeuten.¹⁸ Bei einem Gutschein für eine Ballonfahrt hat das Richteramt Thal-Gäu am 28. Mai 2020 ebenso entschieden: Bei einem Gutschein lässt sich die Verjährung wegen des Art. 129 OR nicht abändern, es gilt die zehnjährige Frist des Art. 127 OR.¹⁹

¹⁶ Vgl. den französischen Text des Gesetzes in art. 128 CO: „Se prescrivent par cinq ans: 1. les loyers et fermages, les intérêts de capitaux et toutes autres redevances périodiques; 2. les actions pour fournitures de vivres, pension alimentaire et dépenses d'auberge; 3. les actions des artisans, pour leur travail; des marchands en détail, pour leurs fournitures; des médecins et autres gens de l'art, pour leurs soins; des avocats, procureurs, agents de droit et notaires, pour leurs services professionnels; ainsi que celles des travailleurs, pour leurs services.“; vgl. BSK OR I-Däppen, Art. 128 N 1a, 10, CR-Pichonnaz, CO 128 N 15: „Seules les créances qui sont la contrepartie du travail ou des services fournis par la personne mentionnée, et les créances qui en découlent, sont soumises au délai de prescription quinquennal, et non e.g. la créance en exécution des services.“, BK-Becker, OR 128 N 7, Spiro, 669 („...nicht auch, ... die Forderungen des Kunden auf Lieferung der Ware oder Gewähr,...“).

¹⁷ BSK OR I-Däppen, Art. 129 N 5; vgl. BGE 132 III 285 ff., 289 f.: „Nach herrschender Meinung verbietet Art. 129 OR eine vertragliche Verkürzung der Verjährungsfrist (...). Dies schliesst zwar nicht aus, dass eine Forderung von einer Resolutivbedingung abhängig gemacht werden kann. Allerdings ist eine Bedingung, wonach die Forderung binnen bestimmter Frist irgendwie gerichtlich einzuklagen sei, der Abkürzung der Verjährungsfrist gleichzustellen.“; vgl. Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N 3388 und zu den Unterschieden zwischen Verjährung und Verwirkung N 3386 ff.; a.M. Melanie Gottini, Die Verjährung im Schweizerischen Privatrecht, Diss. Zürich 2019, 200 f.: «Bezüglich der hier im Fokus stehenden Frage, ob und inwiefern befristete Gutscheine mit den zwingenden Bestimmungen des Verjährungsrechts vereinbar sind, kann Folgendes festgehalten werden: Die Abänderung der Verjährungsfristen nach Art. 127 f. OR auf dem Wege einer Befristung des Gutscheins ist als unzulässige Umgehung von Art. 129 OR zu qualifizieren. Entsprechende Befristungen sind daher nichtig.»

¹⁸ Vgl. BGer 4A_392/2019, E. 3: «Die Vorinstanz hat die Anleihensbedingungen gestützt auf die in Ziffer 11 vorgesehene Regelung des anwendbaren Rechts nach schweizerischem Recht ausgelegt. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin hat die Vorinstanz - unter Hinweis auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung (BGE 132 III 285 E. 2) - durchaus berücksichtigt, dass Art. 129 OR die Möglichkeit der Vertragsparteien unberührt lässt, eine Forderung durch Vereinbarung von einer Resolutivbedingung abhängig zu machen, sofern mit der Bedingung nicht verlangt wird, die Forderung binnen bestimmter Frist irgendwie gerichtlich einzuklagen. Insbesondere vermag die in der Beschwerde vertretene Auslegung von Ziffer 4 lit. c der Anleihensbedingungen, die sie dem vorinstanzlichen Auslegungsergebnis entgegenhält, nicht zu überzeugen. Ziffer 4 lit. c lautet wie folgt: "Sollte der Obligationär die Original-Urkunden am Rückzahlungstag nicht vorweisen können, wird die entsprechende Rückzahlung seitens der Emittentin nicht ausgeführt. Die Obligation verjährt zwei Jahre nach dem Rückzahlungstag." Bereits ausgehend vom Wortlaut kann der Beschwerdeführerin nicht gefolgt werden, wenn sie sich vor Bundesgericht auf den Standpunkt stellt, mit der Vertragsbestimmung werde "vom Obligationär verlangt, innert einer bestimmten Frist (zwei Jahre) eine konkrete Handlung vorzunehmen (Rückgabe der Anleihenobligationen im Original), ansonsten die Verpflichtung der Emittentin erlischt". Vielmehr wird mit dem ersten Satz von Ziffer 4 lit. c lediglich verlangt, dass sich der Obligationär im Hinblick auf die Rückzahlung durch Originalurkunden ausweist. Der Hinweis im angefochtenen Entscheid auf die gesetzlichen Voraussetzungen bei Namenpapieren nach Art. 975 OR (Ausweis über das Gläubigerrecht) ist entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin nicht zu beanstanden, sondern erscheint naheliegend. Jedenfalls wird mit dem ersten Satz von Ziffer 4 lit. c in Übereinstimmung mit der gesetzlichen Regelung klargestellt, dass die Rückzahlung einzig gegen Vorweisung der Urkunde erfolgt. Dass die Zahlungsverpflichtung der Emittentin nach der vertraglichen Regelung erlöschen soll, wenn die Anleihenobligationen nicht innert zwei Jahren im Original zurückgegeben werden, ergibt sich aus objektiver Sicht nicht aus der fraglichen Bestimmung. Diese spricht zudem ausdrücklich von der "Verjährung" der Obligation innert zwei Jahren nach dem Rückzahlungstag. Haben die Vertragsparteien in Ziffer 4 lit. c keine Resolutivbedingung vereinbart, erübrigts es sich darauf einzugehen, ob eine solche Regelung überhaupt zulässig gewesen wäre. Das vorinstanzliche Auslegungsergebnis, wonach die Parteien mit Ziffer 4 lit. c der Anleihensbedingungen keine Resolutivbedingung (Vorweisung/Übergabe der Obligation innert Frist mit Folge des Erlöschen des Rechts auf Rückzahlung im Unterlassungsfall), sondern eine - nach Art. 129 OR unzulässige – Verkürzung der Verjährungsfrist vereinbarten, hält vor Bundesrecht stand. Entsprechend hat die Vorinstanz den Einwand der Verwirkung zu Recht verworfen und hinsichtlich der Verjährung folgerichtig auf die zehnjährige Frist nach Art. 127 OR abgestellt. Die Gutheissung der Klage ist demnach auch unter diesem Gesichtspunkt nicht zu beanstanden.»

¹⁹ Richteramt Thal-Gäu, TGZPR.2019.549-AGRSTB, 28.5.2020, E. 3.4-3.6, Internet: <https://www.srf.ch/news/content/download/19050001/file/Urteil%20Gutscheine%20Richteramt%20Thal-G%C3%A4u.pdf> (13.2.2021).

AGB-Korrektiv Übernahme

Es stellt sich jetzt die Frage nach der Gültigkeit der Einlösefrist nach AGB-Grundsätzen (falls man die Anwendbarkeit des Verbots der Verjährungsabänderung verneint und von einer gültigen Forderungsbefristung ausgeht). Der erste Grundsatz lautet „*keine Geltung ohne Übernahme*“.²⁰ Auf den ersten Blick hat es keine Übernahme der AGB gegeben, denn diese erfährt Käufer Kurt erst mit der Übergabe des Gutscheins. Doch muss die Übernahme bei Wertpapieren, die zur einfachen Übertragung geeignet sein sollen, im *wertpapierrechtlichen Begebungsvertrag*²¹ liegen – der gilt für alle Inhaber, weil sonst bei jeder Übertragung die AGB neu übernommen werden müssten, was die *Verkehrsfähigkeit* zu stark einschränken würde.²²

Unklarheiten- und Ungewöhnlichkeitsregel

Denkbar wäre die folgende Argumentation: Den Text „*Gültig bis 1. April 2021*“ kann man als zulässige Forderungsbefristung oder als ungültige Verjährungsvereinbarung lesen. Die Wirkung ist vorliegend dieselbe. Nach der Unklarheitenregel gilt deshalb diejenige Auslegung, die für den Verwender weniger günstig ist.²³ Vorliegend wäre dies die unzulässige Verjährungsvereinbarung, auf die sich die Gutscheinsanbieterin wegen Art. 129 OR nicht berufen könnte (sicher extrem strittig).²⁴ Die Ungewöhnlichkeitsregel²⁵ greift vorliegend kaum, denn Einlösefristen auf Gutscheinen sind allgegenwärtig (d.h. die subj. Ungewöhnlichkeit fehlt). Aufgrund der weiten Verbreitung ist die Ungewöhnlichkeitsregel nicht anwendbar, denn *objektive und subjektive Unmöglichkeit* müssen vorliegen.²⁶

Zwingendes Recht

Es bleibt die hypothetische²⁷ Prüfung nach Art. 8 UWG: „*Unlauter handelt insbesondere, wer allgemeine Geschäftsbedingungen verwendet, die in Treu und Glauben verletzender Weise zum Nachteil der Konsumentinnen und Konsumenten ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und den vertraglichen Pflichten vorsehen.*“ Treu und Glauben ist der Massstab, wie die ganze Sache zu betrachten ist.²⁸ Anknüpfungspunkt zur Beurteilung des Missverhältnisses sind die gesetzliche Ordnung und die vertraglichen Interessen. Erstens stellt die Gültigkeitsfrist von einem Jahr eine massive Abweichung von der gesetzlichen Verjährungsdauer von zehn Jahren dar. Bei der Interessenslage ist zweitens zu berücksichtigen, dass Kurt eine Vorleistung erbracht hat, die das Warenhaus in keiner Weise honoriert. Den Gutschein löst zwar nicht Kurt ein, doch ergeben sich alle Wirkungen gewollt – es handelt sich um einen Geschenkgutschein – beim Papierinhaber. Das Missverhältnis prüft sich deshalb anhand der Wirkungen gegenüber Jakob.²⁹ Das Warenhaus wäre sicher froh, wenn Gutscheine schon nach einem Jahr ablaufen, weil es sich vor Fälschungen schützen will und alle Gutscheine buchhalterisch erfassen muss – doch ist dieser Aufwand unabhängig von der ein- oder zehnjährigen Dauer gleich gross und lässt sich mit Hilfe von Computern gut bewältigen. Die Verkürzung auf ein Jahr schafft somit ein erhebliches Ungleichgewicht. Eine Rechtfertigung dafür – denkbar wären ein Rabatt gegenüber der Barzahlung oder bei Sonderaktionen wie z.B. bei „Schnäppchengutscheinen“ – ist nicht ersichtlich. Ein Vergleich zur Rechtsprechung in Deutschland zeigt, dass die Gerichte Einlösefristen bei Gutscheinen unter zwei Jahren als übermäßig nachteilig erachteten.³⁰

²⁰ Vgl. Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N 1128.

²¹ Vgl. Meier-Hayoz/von der Crone, § 3 N 10: „*Der Begebungsvertrag ist eine im Gesetz nicht näher geregelte Vereinbarung, ein Innominatekontrakt. Aussteller und Nehmer (Empfänger) vereinbaren darin, dass das in der Urkunde Erklärte gelten soll.*“; vgl. die identische Definition in Jäggi/Druey/von Geyrer, 17.

²² Vgl. Rusch/Maissen, Gutscheine mit Einlösefrist, Jusletter 12. Dezember 2011, N 5 ff.

²³ Vgl. zur Unklarheitenregel Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N 1144, 1231.

²⁴ Vgl. Rusch, Bitte recht feindlich – zur Auslegung allgemeiner Geschäftsbedingungen, AJP 2014, 203 ff., 207.

²⁵ Vgl. zur Ungewöhnlichkeitsregel Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N 1136.

²⁶ Vgl. Maissen, Die automatische Vertragsverlängerung, N 154; BGE 109 II 452 ff., 459: „*Zu entscheiden bleibt somit, ob auch die subjektiven Voraussetzungen für die Anwendung der Ungewöhnlichkeitsregel gegeben sind. Von Bedeutung ist dabei vor allem die Frage, ob die Beklagte vor dem Abschluss der Werkverträge mit dem Kläger über Erfahrungen in Bausachen verfügte.*“

²⁷ Hypothetisch deshalb, weil schon die Unklarheitenregel zu einer Lösung führt.

²⁸ Vgl. Rusch/Maissen, Gutscheine mit Einlösefrist, Jusletter 12. Dezember 2011, N 21.

²⁹ Vgl. Rusch/Maissen, Gutscheine mit Einlösefrist, Jusletter 12. Dezember 2011, N 21.

³⁰ Vgl. OLG München, Urteil vom 17. Januar 2008 – 29 U 3193/07 E. II.2.b.cc in NJW-RR 2008, 1233 ff., 1234, das eine Abweichung von zwei Jahren von der dreijährigen Regelverjährung als unangemessene Benachteiligung betrachtet: „*Die angegriffenen Klauseln zielen auf eine doppelte Benachteiligung des Gutscheininhabers im Vergleich zu der gesetzlichen Regelung der §§ 195, 199 BGB ab, nach der entsprechende Ansprüche mit dem Ablauf einer Frist von drei Jahren – beginnend mit*

Was ist die Folge der Verletzung von Art. 8 UWG? Es gibt keine Beschränkung der Einlösefrist, anwendbar ist lediglich die gesetzliche Verjährung nach Art. 127 OR. Es wäre falsch, eine *geltungserhaltende Reduktion* der Einlösefrist auf ein noch zulässiges Mass vorzunehmen, weil die erzieherische Wirkung verloren ginge. Jedes Warenhaus könnte sich sonst sicher sein, auch im Falle der übermässigen Einschränkung der Einlösefrist noch die maximal zulässige Einlösefrist geltend machen zu können. Jakob kann folglich den Gutschein noch einlösen.

Sachverhalt Nr. 3

Am 2. April 2001 beraubt Meier den ihm unbekannten Weber und verletzt diesen mit Schlägen schwer. Er kann unerkannt fliehen. Weber entstand dadurch ein grosser Schaden im Wert der gestohlenen Sachen (Fr. 3'000) und der Heilungskosten (Fr. 150'000). Ein Polizist konnte zwar unter den Fingernägeln Webers Haare und Hautfetzen Meiers sicherstellen, doch gab es damals noch keinen DNA-Treffer. Am 1. April 2021 gerät Meier unter Mordverdacht und muss eine DNA-Probe abgeben. Die Polizisten bemerken die Übereinstimmung und teilen dies sofort Weber mit. *Kann Weber heute (5.Mai 2021) zivilrechtlich gegen Meier vorgehen? Gehen Sie davon aus, alle Gesetze aus dem Jahre 2001 seien gleich wie heute.*

Variante zu Sachverhalt Nr. 3:

Gehen Sie davon aus, dass Meier den ihm bekannten Weber am 5. Mai 1991 mit mehreren Messerstichen in den Hals- und Brustbereich niedergestochen und ihn stark blutend liegengelassen hatte; diese Tat hatte er aus Wut auf Weber seit längerem geplant. Weber überlebt wie durch ein Wunder, ihm entstehen aber Heilungskosten in Höhe von Fr. 150'000 und er leidet weiterhin unter einer grossen psychischen Belastung. Ein Polizist konnte zwar unter den Fingernägeln Webers Haare und Hautfetzen Meiers sicherstellen, doch gab es damals noch keinen DNA-Treffer. Am 1. April 2021 gerät Meier ins Visier der Polizei und muss eine DNA-Probe abgeben. Die Polizisten bemerken die Übereinstimmung und teilen dies sofort Weber mit. Kann Weber heute (5. Mai 2021) zivilrechtlich gegen Meier vorgehen? Gehen Sie davon aus, alle Gesetze aus dem Jahre 1991 seien gleich wie heute.

Lösungsvorschlag Nr. 3

Vorliegend geht es um einen deliktischen Anspruch gestützt auf Art. 41 Abs. 1 OR. Notwendig dafür ist die Zufügung eines Schadens. Vorliegend sind es der Verlust des Eigentums und die Verletzung des Körpers, die sich in Heilungskosten zeigt (Art. 46 OR). Weiteres Erfordernis ist die Widerrechtlichkeit. Dies ist hier auch gegeben, denn das Eigentum und der Körper sind absolut geschützte Rechte. Der Schaden muss sich natürlich und adäquat kausal auf die schädigende Handlung zurückführen lassen. Dies ist so: Der Überfall ist *conditio sine qua non* des eingetretenen Schadens. Nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung sind die Schläge an sich geeignet, entsprechende Schädigungen in der Art der eingetretenen Verletzungen verursachen. Als letzte Voraussetzung ist ein Verschulden nötig. Vorliegend ist es Vorsatz, denn er beraubt und schlägt Weber mit Wissen und Willen. Der Anspruch über Fr. 153'000 ist folglich erstellt. Doch kann Meier die Einrede der Verjährung erheben?

Art. 60 OR regelt die Verjährung des deliktischen Anspruchs. Es gibt eine *relative* und eine *absolute* Frist. Die *relative* Frist beträgt drei Jahre ab Kenntnis des Schädigers und des Schadens (Art. 60 Abs. 1^{bis} OR). Diese Frist bereitet vorliegend keine Probleme, denn Kenntnis vom Schädiger hat Weber erst seit dem 1. April 2021. Die *absolute* Frist von zwanzig Jahren läuft ab dem schädigenden Ereignis, also seit dem 2. April 2001 (vgl. Art. 60 Abs. 1^{bis} OR, bzw. am darauffolgenden 3. April 2001, Art. 77 Abs. 1 Ziff. 3, Abs. 2 OR, Art. 132 Abs. 1/2 OR). Diese Frist endete mit Ablauf des 2. April 2021. Der deliktische Anspruch ist daher verjährt.

Vorliegend hilft auch Art. 60 Abs. 2 OR nicht. Das Verhalten Meiers stellt eine Körperverletzung im Sinne von Art. 140 Ziff. 4 StGB³¹ dar. Deren Verfolgungsverjährung beläuft sich gemäss Art. 97 Abs. 1 lit. b

dem Schluss des Jahres, in dem der Anspruch entsteht – verjähren. So wird der Zeitraum, in dem die unmittelbare Geltendmachung des Anspruchs möglich ist, auf höchstens ein Drittel des vom gesetzlichen Leitbild Vorgesehenen herabgesetzt; der dadurch bewirkte ersatzlose Verlust der Möglichkeit, einen nicht verjährten Anspruch geltend zu machen, stellt eine erhebliche Beeinträchtigung der Interessen des Gutscheinhabers dar. Daneben wird die auch nach Eintritt der Verjährung mögliche Entgegenhaltung des Anspruchs im Wege der Aufrechnung oder der Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts (vgl. § 215 BGB) dadurch ausgeschlossen, dass der Anspruch erlöschen („verfallen“) und damit gänzlich untergehen soll.“

³¹ Art. 140 StGB: „I. Wer mit Gewalt gegen eine Person oder unter Androhung gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben oder nachdem er den Betroffenen zum Widerstand unfähig gemacht hat, einen Diebstahl begeht, wird mit Freiheitsstrafe bis

StGB³² auf 15 Jahre, weil die Strafe für den qualifizierten Raub im Sinne des Art. 140 Ziff. 4 StGB nicht unter fünf Jahre beträgt. Grundsätzlich verjährt der Anspruch von Weber gemäss Art. 60 Abs. 2 OR frühestens mit Eintritt der strafrechtlichen Verfolgungsverjährung. Da die absolute Verjährungsfrist bei Körperverletzung dank des neuen Art. 60 Abs. 1^{bis} OR nun zwanzig Jahre beträgt, findet die nur 15-jährige Verfolgungsverjährungsfrist keine Anwendung.

Exkurs: Wie wäre es, wenn wir den Fall ohne die Annahme lösen, alle Gesetze aus dem Jahre 2001 seien gleich wie heute? Der Anspruch wäre dann schon mit Ablauf des 2. April 2011 zivilrechtlich absolut verjährt – die frühere absolute Verjährungsfrist von zehn Jahren galt auch für Körperschäden. Die fünfzehnjährige strafrechtliche Frist würde dann auch nichts mehr bringen – die Tat wäre mit Ablauf des 2. April 2015 auch strafrechtlich verjährt. Das neue Verjährungsrecht bewirkt keine Rückwirkung auf bereits verjährtete Ansprüche, vgl. Art. 49 Abs. 1 SchlT ZGB.³³

Lösungsvorschlag Sachverhaltsvariante Nr. 3

Auch hier gilt – unter der Prämisse, dass die Gesetze im Jahre 1991 gleich wie heute lauten – Art. 60 Abs. 1^{bis} OR, wonach die absolute Frist zur Geltendmachung von Schadenersatz und Genugtuung nach 20 Jahren mit Ablauf des 5. Mai 2011 verjährt ist (Achtung: nach damals anwendbarem Recht wäre es schon nach zehn Jahren absolut verjährt). Vorliegend hilft jedoch Art. 60 Abs. 2 OR. Das Verhalten Meiers stellt einen versuchten Mord im Sinne von Art. 112 StGB³⁴ dar. Dessen Verfolgungsverjährung beläuft sich gemäss Art. 97 Abs. 1 lit. a StGB auf 30 Jahre, weil die angedrohte Höchststrafe für Mord auf lebenslängliche Freiheitsstrafe lautet. Dank Art. 60 Abs. 2 OR lässt sich diese Verjährungsfrist auf die zivilrechtliche Verjährung übertragen. Die Forderung verjährt somit erst mit Ablauf des 5. Mai 2021.³⁵ Es ist noch nicht höchstrichterlich geklärt, aber es zeichnet sich ab, dass sich die längere strafrechtliche Frist nicht unterbrechen lässt.³⁶

zu zehn Jahren oder Geldstrafe nicht unter 180 Tagessätzen bestraft. Wer, bei einem Diebstahl auf frischer Tat ertappt, Nötigungshandlungen nach Absatz 1 begeht, um die gestohlene Sache zu behalten, wird mit der gleichen Strafe belegt. 2. Der Räuber wird mit Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr bestraft, wenn er zum Zweck des Raubes eine Schusswaffe oder eine andere gefährliche Waffe mit sich führt. 3. Der Räuber wird mit Freiheitsstrafe nicht unter zwei Jahren bestraft, wenn er den Raub als Mitglied einer Bande ausführt, die sich zur fortgesetzten Verübung von Raub oder Diebstahl zusammengefunden hat, wenn er sonst wie durch die Art, wie er den Raub begeht, seine besondere Gefährlichkeit offenbart. 4. Die Strafe ist Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren, wenn der Täter das Opfer in Lebensgefahr bringt, ihm eine schwere Körperverletzung zufügt oder es grausam behandelt.“

³² Art. 97 Abs. 1 StGB: „Die Strafverfolgung verjährt in: a. 30 Jahren, wenn die Tat mit lebenslänglicher Freiheitsstrafe bedroht ist; b. 15 Jahren, wenn die Tat mit einer Freiheitsstrafe von mehr als drei Jahren bedroht ist; c. zehn Jahren, wenn die Tat mit einer Freiheitsstrafe von drei Jahren bedroht ist; d. sieben Jahren, wenn die Tat mit einer anderen Strafe bedroht ist.“

³³ Art. 49 SchlT ZGB: «(1) Bestimmt das neue Recht eine längere Frist als das bisherige Recht, so gilt das neue Recht, sofern die Verjährung nach bisherigem Recht noch nicht eingetreten ist. (2) Bestimmt das neue Recht eine kürzere Frist, so gilt das bisherige Recht. (3) Das Inkrafttreten des neuen Rechts lässt den Beginn einer laufenden Verjährung unberührt, sofern das Gesetz nichts anderes bestimmt. (4) Im Übrigen gilt das neue Recht für die Verjährung ab dem Zeitpunkt seines Inkrafttretens.»

³⁴ Art. 112 StGB: „Handelt der Täter besonders skrupellos, sind namentlich sein Beweggrund, der Zweck der Tat oder die Art der Ausführung besonders verwerflich, so ist die Strafe lebenslängliche Freiheitsstrafe oder Freiheitsstrafe nicht unter zehn Jahren.“ Da das Gericht gemäss Art. 22 Abs. 1 StGB bei einem Versuch die Strafe für die begangene Tat mildern kann, aber nicht muss, bleibt die Höchststrafe auch beim versuchten Mord dieselbe (vgl. BSK StGB-Niggli/Maeder, Art. 22 N 27 und 31a).

³⁵ Vgl. Trechsel, StGB 31 N 2: „Die Frist von drei Monaten wird nach dem Kalender bemessen, Art. 110 VI. Dabei ist der Tag, mit dem die Frist beginnt, nicht mitzuzählen, BGE 73 IV 6 (Schmid c. Funk), BGE 97 IV 239 f. (Christen c. Meier), BGE 103 IV 132, vgl. auch BGE 103 V 158 f., abweichend dazwischen BGE 77 IV 209 f. (Baumann), BGE 83 IV 186 (Leuenberger c. Leuenberger). Wird beispielsweise der Täter dem Opfer am 1.1. bekannt, so läuft die Frist ab 2.1. und endet am 1.4. um 24.00 Uhr.“ und StGB 97 N 3: „Der Tag, an welchem die Frist zu laufen beginnt, wird nicht mitgezählt, BGE 107 I 75, was der allgemeinen Regel des schweizerischen Rechts entspricht, BGE 97 IV 238 ff. (Christen c. Meier), anders noch BGE 77 IV 209, BGE 92 IV 172. Die Frist läuft somit am Tag desselben Kalenderdatums um 24.00 Uhr ab (vgl. das Bsp. in Art. 31 N 2, s. auch BGE 103 V 159 E. 2b; in BGE 109 IV 116 dürfte diesbezüglich ein Irrtum unterlaufen sein).“

³⁶ Verde, AJP 2020, 177: «Der revidierte Gesetzeswortlaut von Art. 60 Abs. 2 OR äussert sich zwar nicht direkt zur Frage, ob die strafrechtliche Verjährungsfrist in Bezug auf die Zivilforderung unterbrochen werden kann. Indes lassen sowohl die Neufassung von Art. 60 Abs. 2 Satz 1 OR, wonach die Zivilforderung frühestens mit Eintritt der strafrechtlichen Verfolgungsverjährung verjähren kann – die strafrechtliche Verfolgungsverjährung somit den Ablauf der zivilrechtlichen Verjährung hemmt –, wie auch der Umstand, dass gemäss Art. 60 Abs. 2 Satz 2 OR mit Eröffnung des Strafurteils eine dreijährige Verjährungsfrist zu laufen beginnt, den Schluss zu, dass die längere strafrechtliche Verjährungsfrist entgegen der bisherigen Rechtsprechung und der herrschenden Lehre keiner Unterbrechung nach Art. 135 OR zugänglich sein soll. Zu den rechtsdogmatischen Gründen, die gegen eine Unterbrechbarkeit sprechen, kommt hinzu, dass sich die Botschaft zum revidierten Absatz 2 von Art. 60 OR explizit dahingehend äussert, dass eine Unterbrechung der Verjährungsfristen von Art. 60 Abs. 1 und 1bis OR keine Wirkung auf den Lauf der nach Art. 60 Abs. 2 Satz 1 OR massgebenden strafrechtlichen Verjährungsfrist habe; vielmehr richte sich deren Lauf ausschliesslich nach den Bestimmungen von Art. 97 und 98 StGB, die keine Unterbrechung vorsehen.

Ob Meier dafür der Prozess gemacht wird, ist irrelevant. Gibt es keine Anklage, muss der Zivilrichter vorfrageweise prüfen, ob die Voraussetzungen des Art. 112 StGB vorliegen.³⁷ Gibt es einen strafrechtlichen Schuld- oder Freispruch, so ist der Zivilrichter daran für die Beurteilung der Verjährung gebunden (im Unterschied zu Art. 53 Abs. 1 OR).³⁸ Wenn vorher eine Verurteilung erfolgt, so gilt Art. 60 Abs. 2 OR, letzter Satz: «*Tritt diese infolge eines erstinstanzlichen Strafurteils nicht mehr ein, so verjährt der Anspruch frühestens mit Ablauf von drei Jahren seit Eröffnung des Urteils.*» Kann man aber die Verjährung unterbrechen, mit der Wirkung, dass nicht eine neue strafrechtliche Frist, sondern bloss die zivilrechtliche drei- oder zwanzigjährige Frist gemäss Art. 60 Abs. 1/1bis OR erneut zu laufen beginnt? Dies sollte m.E. noch möglich sein.

Wie aber kann man die Unterbrechung in knapper Zeit, also heute noch, bewirken? Sicher ist die Betreibung dazu sehr geeignet, denn die Unterbrechungswirkung ergibt sich durch das *Abschicken* des Betreibungsbehrens, genauso wie beim Versand eines Schlichtungsgesuchs gemäss Art. 135 Ziff. 2 OR.³⁹ Die Zugangstheorie gilt hier nicht.

Sachverhalt Nr. 4

Karl und Kurt bestellen gemeinsam bei Verkäufer Viktor einen neuen Campingwagen für Fr. 30'000 für eine gemeinsame Reise. Sie unterzeichnen den Kaufvertrag gemeinsam. Als die Rechnung kommt, erklärt Karl gegenüber Viktor Verrechnung mit seinem gleich hohen Anwaltshonorar, da er Viktor anwaltlich in der Scheidung vertreten hat. *Wie ist die Rechtslage, wenn Viktor den Verkauf über seine Einzelfirma getätigkt hat? Wie ist die Rechtslage, wenn die Viktor AG, deren Alleinaktionär er ist, den Campingwagen verkauft hat? Wenn die Verrechnung zulässig war, wie viel kann Karl von Kurt verlangen?*

Lösungsvorschlag Nr. 4

Solidarität

Es stellt sich die Frage, ob Karl und Kurt sich für die Schuld von Fr. 30'000 solidarisch verpflichtet haben. Massgeblich dafür ist, dass sie dem Gläubiger gegenüber erklären, dass „*jeder einzeln für die Erfüllung der ganzen Schuld haften wollte*“ (Art. 143 Abs. 1 OR). Die gemeinsame Unterzeichnung des Vertrags alleine genügt dafür noch nicht, aber eine explizite Erklärung, solidarisch sich verpflichten zu wollen, ist auch nicht notwendig. *Auch aus den Umständen* kann sich die Solidarverpflichtung ergeben.⁴⁰ Dies könnte man hier bejahen, wenn für den Verkäufer Viktor nach dem Vertrauensprinzip klar

Nach hier vertretener Ansicht ist unter dem neuen, seit dem 1. Januar 2020 geltenden Verjährungsrecht eine Unterbrechung der nach Art. 60 Abs. 2 Satz 1 OR für Schadenersatz- und Genugtuungsansprüche geltenden strafrechtlichen Verjährungsfrist nicht mehr möglich, dies ungeachtet der unter bisherigem Recht anderslautenden herrschenden Ansicht.; Frédéric Krauskopf/Raphael Märki, Jusletter, 2.7.2018, N 9.

³⁷ Vgl. CHK-Müller, OR 60 N 30; vgl. BK-Brehm, OR 60 N 37.

³⁸ Dies lässt sich mit dem Harmonisierungszweck von Art. 60 Abs. 2 OR erklären, der durch eine Nichtbindung gerade vereitelt würde, vgl. BK-Brehm, OR 60 N 67 ff.; vgl. BGE 136 III 502 ff., 503: „*Le juge civil appliquera les règles du droit pénal; il est toutefois lié par une condamnation pénale, par un prononcé libératoire constatant l'absence d'acte punissable ou par une décision de suspension de la procédure pénale assortie des mêmes effets qu'un jugement quant à son caractère définitif. L'application de la prescription pénale plus longue suppose également que l'infraction visée soit en relation de causalité naturelle et adéquate avec le préjudice donnant lieu à l'action civile. Il faut de plus que le lésé fasse partie des personnes protégées par la loi pénale.*“; vgl. BGer 4A_325/2011, E. 2.4: „*Pour que la prescription pénale entre en considération en vertu de l'art. 83 al. 1 LCR (ou de l'art. 60 al. 2 CO qui est identique sur ce point), il faut que les préventions civiles résultent, avec causalité naturelle et adéquate, d'un comportement du responsable qui constitue, d'un point de vue objectif et subjectif, une infraction pénale prévue par une norme ayant notamment pour but de protéger le lésé; pour dire s'il y a ou non une infraction pénale, le juge civil est lié par une condamnation ou une décision libératoire prononcée au pénal (ATF 136 III 502 consid. 6.1 p. 503).*“; bezüglich der Schuld oder Nichtschuld besteht sonst (d.h. bei der Beurteilung des Anspruchs) keine Bindung, vgl. BSK OR I-Kessler, Art. 53 N 3 f.

³⁹ Vgl. BSK OR I-Däppen, Art. 135 N 5d/6; vgl. BGer 2C_426/2008, E. 6.6.1: „*Im Privatrecht wird die Verjährung u.a. durch Schuldbetreibung, durch Klage oder durch Einrede vor einem Gericht oder Schiedsgericht sowie durch Eingabe im Konkurs und Ladung zu einem amtlichen Sühneversuch unterbrochen (Art. 135 Ziff. 2 OR). Für die Unterbrechung genügt in all diesen Fällen die Postaufgabe, da diese Unterbrechungsgründe allein auf eine Handlung des Forderungsgläubigers (BGE 114 II 335 E. 3) abstellen; nicht vorausgesetzt wird, dass der Schuldner davon Kenntnis erhält (BGE 114 II 261 E. a).*“

⁴⁰ Vgl. BGE 116 II 707 ff., 712: „*Gemäss Art. 143 OR sind zwar bei einer Mehrzahl von Schuldern mangels anderer Abrede Teilverpflichtungen anzunehmen. Die solidarische Verpflichtung kann sich indessen auch stillschweigend aus den Umständen*

wird, dass sie mit dem Campingwagen eine gemeinsame Reise unternehmen wollen⁴¹ oder die Käufer ein Paar bilden. Ein weiteres Indiz ist die fehlende Aufteilung des Kaufpreises unter den Käufern.⁴² Bilden Karl und Kurt eine einfache Gesellschaft nach Art. 530 OR – was sehr gut möglich ist, denn sie schliessen sich zu einem gemeinsamen Zweck einer Reise zusammen – dann ist die *Solidarität von Gesetzes wegen* gegeben (Art. 544 Abs. 3 OR, Art. 143 Abs. 2 OR). Wenn Karl und Kurt Solidarschuldner sind, kann Viktor bei jedem auf das Ganze klagen. Ich empfehle in solchen Fällen die folgende Fragenkaskade: *Gibt es eine einfache Gesellschaft? Falls nein, darf der Vertragsgegner von einer solchen ausgehen? Falls nein, gibt es eine explizite Erklärung, solidarisch haften zu wollen? Falls nein, ergibt sich eine solche durch die Umstände?*

Verrechnung

Die Verrechnung ist in Art. 120 ff. OR geregelt. Kann Karl mit seiner Forderung gegen Viktor die Verrechnung erklären? Die erste Voraussetzung ist die *Gegenseitigkeit*. Diese besteht gegenüber der Einzelfirma, nicht aber gegenüber der Viktor AG (es handelt sich dabei um eine von der natürlichen Person unabhängige juristische Person), auch wenn es sich um eine Einmann-AG handeln sollte.⁴³ Karl schuldet als Solidarschuldner einzeln den ganzen Betrag. Auch bei der Einzelfirma muss man den Geschäfts- und den Privataufwand strikte auseinanderhalten, doch ist es immer dieselbe Person, wobei Privates und Geschäftliches auf verschiedenen Konten abzuwickeln ist. *Gleichartigkeit* liegt ebenfalls vor, denn es geht beide Male um Geld – das ist in Art. 120 Abs. 1 OR sogar explizit erwähnt.⁴⁴ Die Verrechnungsforderung von Karl muss fällig sein: «*Vorausgesetzt ist Fälligkeit nur der Verrechnungsforderung (...), nicht auch der Hauptforderung (...), wie der Wortlaut des Art. 120 Abs. 1 glauben macht.*»⁴⁵ Karl hat die Verrechnungserklärung abgegeben (vgl. Art. 124 OR). Ein vertraglicher oder gesetzlicher Ausschluss der Verrechnung liegt nicht vor. Da das Anwaltshonorar gleich hoch ist wie die Solidarschuld Karls gegenüber Viktor, tilgt sie die Schuld Karls vollumfänglich.

Verhältnis Karl/Kurt

Durch die Verrechnungserklärung Karls hat er die Schuld getilgt, auch mit befreiender Wirkung gegenüber Kurt (vgl. Art. 147 Abs. 1 OR). Sofern Karl und Kurt nicht durch eine einfache Gesellschaft miteinander verbunden sind, kommt die interne Verteilung gemäss Art. 148 Abs. 1 OR zur Anwendung. Kurt schuldet Karl die Hälfte, also Fr. 15'000. Da Karl den doppelten Betrag geleistet hat, kann er im Umfang von Fr. 15'000 Regress bei Kurt nehmen (Art. 148 Abs. 2 OR). Die Auseinandersetzung ist aber dispositiv. Vielleicht haben sich Karl und Kurt intern anders verständigt. *Achtung, es gibt eigentlich zwei Forderungen:* Die Regressforderung gemäss Art. 148 OR ist nicht dasselbe wie die Subrogationsforderung gemäss Art. 149 OR. Die Subrogationsforderung soll den Regress erleichtern, indem der Regressgläubiger in die Stellung des ursprünglichen Gläubigers hineinrutscht und Sicherheiten neu für ihn

und dem sonstigen Inhalt des Vertrages als gewollt ergeben (...). Diese Umstände sind nach dem Vertrauensprinzip auszulegen (...). Die Tatsache des gemeinsamen Vertragsabschlusses genügt allerdings nicht für die Annahme einer Solidarschuld (...). Eine solche wurde indessen vom Bundesgericht unter ausdrücklichem Ausschluss des Bestandes eines Gesellschaftsverhältnisses bejaht beim Bieten zweier Interessenten an der Versteigerung eines Grundstücks (...). In der kantonalen Rechtsprechung wurde Solidarität angenommen bei gemeinsamer Geldaufnahme durch Ehegatten für gemeinsame Bedürfnisse (...) sowie für Verpflichtungen aus einem Gemeinschaftskonto (...). Im vorliegenden Fall würde die fehlende Aufgliederung der verkauften Aktien und des Kaufpreises auf die einzelnen Aktionäre auch genügen, um aus dem Kaufvertrag selbst die solidarische Verpflichtung der Verkäufer nach Art. 143 Abs. 1 OR zu begründen.“; vgl. BSK OR I-Graber, OR 143 N 5.

⁴¹ BGE 116 II 707 ff., 709: «*Die aus Art. 544 Abs. 3 OR abgeleitete Solidarhaftung gilt allerdings nur, sofern auch wirklich eine einfache Gesellschaft besteht. Der Anschein einer einfachen Gesellschaft kann indessen einen Umstand darstellen, aus welchem der Vertragspartner nach dem Vertrauensprinzip schliessen darf, dass bei einer Mehrzahl von Personen auf der Gegenseite eine solidarische Verpflichtung und nicht bloss eine Teilhaftung gewollt ist (Art. 143 Abs. 1 OR).*»

⁴² Vgl. BGE 116 II 707 ff., 712: „*Im vorliegenden Fall würde die fehlende Aufgliederung der verkauften Aktien und des Kaufpreises auf die einzelnen Aktionäre auch genügen, um aus dem Kaufvertrag selbst die solidarische Verpflichtung der Verkäufer nach Art. 143 Abs. 1 OR zu begründen.“; bestätigt in BGer 4A_599/2010, E. 3.2 und 3.3.*

⁴³ Vgl. Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N 3256: „*Der Schuldner einer Einmann-AG hat eine Forderung gegen den einzigen Aktionär. Gegenseitigkeit fehlt. Verrechnung ist ausgeschlossen. Vorbehalten bleibt allerdings der Durchgriff bei rechtsmissbräuchlicher Berufung des Aktionärs auf die rechtliche Verschiedenheit der AG vom Alleinaktionär.“*

⁴⁴ Vgl. BSK OR I-Müller, Art. 120 N 10. Gibt es einen Umrechnungskurs, dann sind sogar Geldforderungen in verschiedener Währung gleichartig. Die Forderungen müssen selbstverständlich auch nicht gleich hoch sein.

⁴⁵ Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N 3227.

weitergelten.⁴⁶ Wäre die Forderung über Fr. 30'000 beispielsweise pfandgesichert, könnte Karl dieses Pfand als Sicherheit neu für sich beanspruchen.

Bei Vorliegen einer einfachen Gesellschaft erfolgt die interne Auseinandersetzung nach Art. 537 Abs. 1 OR.⁴⁷ Auch das Recht der einfachen Gesellschaft geht ohne andere Vereinbarung von gleichen Teilen aus (Art. 531 Abs. 2 OR).

⁴⁶ Vgl. Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N 3746: „*Die Subrogation nach Art. 149 Abs. 1 dient der Erleichterung und Sicherung des Regresses. Der Solidarschuldner erhält «einen mit seinem Regress aus Art. 148 I konkurrierenden Anspruch aus dem auf ihn übergegangenen Recht des Gläubigers. Der praktische Nutzen der Subrogation liegt ... hauptsächlich darin, dass er [sc. der Solidarschuldner] mit der Forderung des Gläubigers auch etwaige mit ihr verbundene Nebenrechte (z.B. Pfandrechte und Bürgschaften) erwirbt» (...).“; vgl. Huguenin, N 2313: „*Nach Art. 149 Abs. 1 OR gehen die Rechte der Gläubigerin mit der Erfüllung der Forderung auf den rückgriffsberechtigten Solidarschuldner über, in dem dieser die Gläubigerin befriedigt (Subrogation). Diese gesetzliche Subrogation bezweckt die Erleichterung und Sicherung des Regresses. Die ursprüngliche Forderung bleibt dabei mit ihren Nebenrechten (z.B. Pfandrechte und Bürgschaften) bestehen. Lässt die Gläubigerin solche Nebenrechte untergehen, z.B. indem sie Pfandgegenstände zurückgibt oder Bürgen entlässt, wird sie dem regressberechtigten Solidarschuldner nach Art. 149 Abs. 2 OR verantwortlich (...). Der Anspruch aus Subrogation konkurriert mit dem Anspruch aus Regress nach Art. 148 Abs. 2 OR.*“*

⁴⁷ Vgl. CHK-Jung, OR 537 N 1.