

Revision des Verjährungsrechts?

Heinrich Honsell, Salzburg/Zürich

Ich widme diese Kritik des Vorentwurfs eines neuen Verjährungsrechts dem langjährigen Freund und Kollegen Nedim P. Vogt, der sich trotz des Schwerpunkts seiner Anwaltstätigkeit im angelsächsisch geprägten internationalen Vertragsrecht stets ein lebendiges Interesse an Fragen des Obligationenrechts bewahrt hat.

1. Die Zielsetzung der Revision

Am 31. August 2011 hat das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement einen Vorentwurf Obligationenrecht (Revision des Verjährungsrechtes) nebst Bericht in die Vernehmlassung geschickt. Bei diesem Projekt hat sich der Gesetzgeber von der Überlegung leiten lassen, dass das Verjährungsrecht kompliziert und unsicher sei und dringend einer Vereinheitlichung und Vereinfachung bedürfe.¹ Zwar wäre eine Aufhebung von Sonderbestimmungen, die sich im Laufe der Zeit namentlich in Sondergesetzen angesammelt haben, an sich begrüßenswert. Hingegen muss bezweifelt werden, dass dem Gesetzgeber mit dem Vorentwurf eine Vereinfachung gelungen ist. Im Gegenteil: Das Verjährungsrecht wird unnötig kompliziert und in der Verjährung der Gewährleistungsansprüche entsteht eine vermeidbare Konfusion. Auch für die zentrale These, die geltenden Verjährungsfristen im ausservertraglichen Recht würden in Schrifttum und Praxis als zu kurz erachtet, fehlt es an belastbaren Nachweisen. Gerade die einjährige Frist von Art. 60 OR ist nicht zu kurz, wenn man bedenkt, dass sie erst ab Kenntnis von Schaden und Schädiger zu laufen beginnt. Weshalb soll der Geschädigte länger als ein Jahr zuwarten können, wenn er alle Fakten kennt, die er für eine Klage benötigt? Auch die 10 Jahre der objektiven Frist sind für die grosse Mehrzahl der Fälle nicht zu kurz. Deutschland etwa hat mit der Schuldrechtsmodernisierung im Jahre 2002 die Regelverjährung von dreissig auf zehn Jahre reduziert. Die Revision beschränkt sich offenbar auf die Verjährungsfristen und erstreckt sich nicht auf sog. Verwirkungsfristen. Die Terminologie ist unklar. Nach den hier verwendeten Begriffen spricht man nur bei Ansprüchen von Verjährung, bei Gestaltungs- oder Anfechtungsrechten hingegen von

¹ Vgl. Bericht, Übersicht 3 f. und 5 ff.

Verwirkung. Herkömmlich wird gelehrt, dass das Recht erlischt, während bei der Verjährung eine Naturalobligation bleibt, weiter sind Verwirkungsfristen im Gegensatz zu Verjährungsfristen von Amtes wegen zu beachten und können weder unterbrochen noch verlängert werden.²

2 Die neuen Fristen

Der eigentliche Missgriff der Revision besteht darin, dass der Vorentwurf das Konzept der doppelten Fristen auf alle Ansprüche erstreckt. Alle Forderungen sollen danach einer relativen kurzen Frist von drei Jahren und einer absoluten Verjährungsfrist von zehn Jahren unterliegen.³ Ansonsten gibt es einige lang fällige Verbesserungen, wie z.B. die Reform der Unterbrechung durch Klageerhebung, die Zulassung des Verzichts auf die Verjährung und einiges andere.

Der Entwurf ist begrifflich ungenau und grammatisch fehlerhaft. So spricht Art. 135 VE OR unvermittelt von „den übrigen Solidarschuldnern“, ohne dass zuvor von Solidarschuldnern die Rede gewesen wäre. Einmal heissen sie Mitschuldner, dann wieder Solidarschuldner. Ungeachtet des „Konzepts doppelter Fristen“,⁴ welches eine getrennte Erörterung beider Fristen nahelegt, spricht der Gesetzgeber nur von einer Frist, die „frühestens“ beginnt oder „spätestens“ endet. Art. 128 Abs. 1 handelt zunächst von der relativen Frist. Dass die relative Frist frühestens ab Beginn der absoluten Frist beginnt (so Abs. 2 i.f.), ist unbeholfen und will heissen, dass die relative Frist nicht vor der absoluten beginnt. Was möglich wäre, denn grundsätzlich beginnt die absolute Frist nicht mit der Entstehung, sondern erst mit der Fälligkeit. Kenntnis besteht aber regelmässig schon bei der Entstehung der Forderung. Besser wäre es statt auf die Fälligkeit auf die Entstehung abzustellen. Der Gesetzgeber hat diese aus Art. 130 Abs. 1 OR übernommene Vorschrift nicht weiter hinterfragt.⁵ Statt vom Beginn und Ende der Frist (so richtig in Art. 129, 130 VE OR) spricht das Gesetz in Art. 132 VE OR vom Beginn und Ende der Verjährung. Bei dieser Terminologie ist das Ende der Verjährung ihr Eintritt. Verwirrend ist, dass das Gesetz bei der relativen Frist den Beginn definiert, bei der absoluten aber das Ende.

Art. 128 Abs.1 VE OR: Die Verjährungsfrist beträgt drei Jahre.

Abs. 2: Sie beginnt mit dem Tag, an dem der Gläubiger Kenntnis der Forderung und der Person des Schuldners erlangt hat, frühestens aber ab Beginn der absoluten Frist.

² Das letztere gilt auch für die Verjährung (nach Art. 129 OR) nur für die Fristen der Art. 127 ff. OR und soll durch die Revision geändert werden s. unten 4.

³ Nicht geändert werden sollen offenbar einige Sonderregeln über unverjährbare Forderungen wie etwa Art. 601 ZGB (Anspruch auf Erbteilung) oder Art. 807 ZGB (Unverjährbarkeit von Grundpfandgesicherten Forderungen).

⁴ Bericht S. 3.

⁵ § 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB stellt auf die Entstehung ab, die freilich grundsätzlich mit der Fälligkeit zusammenfällt.

Art. 129 Abs.1 VE OR: Die Verjährungsfrist endet spätestens mit Ablauf von zehn Jahren seit Fälligkeit der Forderung.

Einfach und kürzer könnte beide Vorschriften zusammengezogen lauten: Die Verjährungsfrist beträgt drei Jahre ab Kenntnis von Forderung und Schuldner, ohne Rücksicht auf diese Kenntnis 10 Jahre ab Fälligkeit. Damit wäre klar zum Ausdruck gebracht, dass das Gesetz eine kenntnisabhängige (relative) Frist von drei Jahren mit einer kenntnisunabhängigen (absoluten) von 10 (bzw. 30) Jahren kombiniert.

Mindestens ungeschickt ist auch Art. 138 f. formuliert. Art. 138 Abs. 1 sagt: Die Unterbrechung hat den Beginn neuer Verjährungsfristen zur Folge. Art. 138 Abs. 1 präzisiert hierzu: Die neuen Fristen entsprechen der relativen und der absoluten Verjährungsfrist. Klarer und kürzer wäre: Mit der Unterbrechung beginnt die Frist von neuem. Der Plural (Verjährungsfristen) und die umständliche Aufteilung einer einfachen Aussage auf zwei verschiedene Artikel sollen wohl klarstellen, dass sowohl die relative wie die absolute Frist unterbrochen werden kann. In Wahrheit ist aber bei Vorliegen einer der Unterbrechungsgründe des Art. 137 VE wie Anerkenntnis, Klageerhebung usw. stets Kenntnis des Gläubigers gegeben, so dass nur noch die relative Frist läuft.

Ob die generelle Gleichschaltung aller Fristen im OR und ZGB (etwa die Abschaffung der Fünfjahresfrist in Art 128 OR für Entgeltforderungen aus Geschäften des täglichen Lebens oder wiederkehrende Leistungen, die Jahresfrist für den Schenkungswiderruf oder die Sechsmonatsfrist für den Rückgriff beim Check nach Art 1134, um nur einige Beispiele zu nennen) einem tatsächlichen Bedürfnis entspringt, darf bezweifelt werden. Die Festlegung von Fristen ist ein dezisionistischer Akt, der mehr oder weniger im Ermessen des Gesetzgebers liegt. Wenn aber seit langem eingespielte Fristen geändert werden sollen, so wünscht man sich dafür doch einen überzeugenden oder wenigstens plausiblen Grund. Der ist aber nicht ersichtlich.

Inhaltlich ist an der Neuregelung vor allem die generelle Einführung einer kenntnisabhängigen (relativen) dreijährigen Frist zu beanstanden; denn eine relative Frist ist nur im Deliktsrecht sinnvoll, denn nur hier kann der Schuldner in zumutbarer Weise erst tätig werden, wenn er Kenntnis hat vom Schaden und vom Schädiger. Nur hier gilt auch die ratio, dass bei Kenntnis aller relevanten Umstände eine Entscheidung darüber, ob ein Haftpflichtanspruch geltend gemacht wird, nicht auf die lange Bank geschoben werden soll. Vor allem bei vertraglichen Erfüllungsansprüchen besteht diese ratio legis der relative Frist

nicht. Weshalb sollte zB ein Verkäufer gezwungen sein, rasche Klarheit darüber herzustellen, ob er einen Kaufpreisanspruch geltendmachen will oder nicht. Er hat diesen Anspruch und kann ihn bis zum Eintritt der Verjährung geltendmachen. Es gibt keinen Grund, hier ab Kenntnis, die sowieso von Anfang an besteht, eine kürzere Verjährungsfrist in Gang zu setzen, um rasch Klarheit zu schaffen. Solche ~~Selbstverständlichkeiten~~ Selbstverständlichkeiten müssten hier nicht dargelegt werden, wenn der Gesetzgeber nicht auf diesen Irrweg einer falschen Verallgemeinerung von deliktischen Sondernormen geraten wäre. Für vertragliche Haftpflichtansprüche sowie für vertragliche Rückgewähr- oder Gewährleistungsansprüche gilt nichts anderes, denn der Gläubiger kennt den Anspruch (bzw. das Vertragsverhältnis) von Anfang an.⁶ Eine getrennt und kürzer laufende Frist ab Kenntnis vom Anspruch macht hier keinen Sinn, sondern führt nur zu Streit und Unklarheit. Das bisherige Recht (und auch das alte BGB) trägt dem Rechnung, indem es eine relative Frist von einem Jahr kombiniert mit einer 10-jährigen absoluten auf das Deliktsrecht beschränkt (Art. 60 OR, § 852 Abs. 1 BGB a.F.⁷). Das war auch die Rechtslage im alten OR von 1883. Die erste undurchdachte Erweiterung dieses Prinzips war die Erstreckung der Regelung auf das Bereicherungsrecht (Art. 67 OR).⁸ EUGEN HUBER hat sie mit dem quasideliktischen Charakter des Bereicherungsanspruchs und der Ähnlichkeit der Tatbestände begründet.⁹ Das ist begriffsjuristisch und materiell falsch. Im Deliktsrecht ist die kurze Frist passend, denn die Kenntnis von Schaden und Schädiger betrifft einfache Fakten, so dass der Beginn der Frist leicht feststellbar ist. Bei einem Bereicherungsanspruch, bei dem auch juristische Kenntnisse bzw. die Aufklärung eines Rechtsirrtums über den Anfang der Frist entscheiden können, ist dies anders. Ausserdem besteht jedenfalls bei der Leistungskondition ein, wenn auch unwirksames Vertragsverhältnis. Die Parteien stehen in einer Rechtsbeziehung und kennen einander. Die Frage, ob ein Anspruch geltendgemacht werden soll stellt sich beim zufälligen deliktischen Aufeinanderprallen in anderer Weise.

Deutschland hat den Fehler bereits vorgemacht und mit der Schuldrechtsmodernisierung die relative Verjährung auf alle Ansprüche erstreckt (§§ 195, 199: 3 Jahre relativ, 10 Jahre absolut). Die Genese dieser unsinnigen Regelung soll hier noch einmal in Erinnerung gerufen werden, weil sie symptomatisch für das „Gewurstle“ moderner Gesetzgebung ist und zeigt, dass der Neuerung keine vernünftige Überlegung zugrunde lag: Da die Regelverjährung

⁶ Zum Gewährleistungsrecht unten 5).

⁷ § 1489 ABGB hat noch heute 3 bzw. 30 Jahre.

⁸ BUCHER ZSR 1983 II (280, 281) nennt sie übertreibend die „bedauerlichste und verhängnisvollste Fehlleistung;“ gerechtfertigt ist die Angleichung freilich nicht; so aber SPIRO, Die Begrenzung privater Rechte durch Verjährungs-, Verwirkungs- und Fatalefristen, I (1975) 712; unentschieden von BSK OR I/HUWILER Art. 67 N 6.

⁹ Sten.Bull. 1910, S. 168.

nach § 195 BGB mit dreissig Jahren viel zu lang schien, die Verjährung im Sachmängelrecht mit sechs Monaten (§ 477 BGB) dagegen viel zu kurz, hatte der Gesetzgeber zunächst die glorreiche Idee, beide Fristen auf drei Jahre festzulegen und so zu vereinheitlichen.¹⁰ Da eine Regelverjährung von drei Jahren (absolut!) indes viel zu kurz war, andererseits eine Sachmängelverjährung von drei Jahren viel zu lang, erhob sich lebhaft Kritik.¹¹ Der Gesetzgeber senkte daraufhin die Verjährungsfrist im Sachmängelrecht auf zwei Jahre (§ 438 Abs. 1 Nr. 3 BGB) und beließ die Regelverjährung nur scheinbar bei drei Jahren (§ 195 BGB), indem er hieraus eine relative Frist machte und in § 199 Abs. 1 Nr. 3 und 4 eine absolute Zehnjahresfrist für Schadensersatz und sonstige Ansprüche hinzufügte. Der Sinn des Manövers war es offenbar, wenigstens dem Anschein nach an der 3-Jahresfrist festzuhalten, obwohl man sie in Wahrheit durch die 10-Jahresfrist ersetzt und nur durch eine dreijährige relative Frist ergänzt hatte. Um dieses Anscheins willen nahm man eine unsinnige Regelung in Kauf.¹² Es besteht weitgehend Einigkeit darüber, dass die Regelung unabhängig von ihrem seltsamen Zustandekommen auch materiell verfehlt ist.¹³ Sie findet sich seither allerdings auch in Art. 14:101 der Principles of European Contract Law (PECL)¹⁴ und im Entwurf des europäischen Common Frame of Reference (CFR) III.-7:201, 7:301.¹⁵ Es ist ebenso bedauerlich wie erstaunlich, dass sich dieses verfehlt Konstrukt immer weiter verbreitet und womöglich auch ins Schweizer Recht Eingang findet. Wenn die verfehlt Neuerung im Hinblick auf PECL und CFR sogar als *mainstream* bezeichnet wird,¹⁶ sollte man bedenken, dass sie im Wesentlichen immer nur auf einen Urheber zurückgeht: R. ZIMMERMANN.¹⁷ Im übrigen werden falsche Regeln auch durch ständige Wiederholung nicht richtig.

Die Verjährung dient der Rechtsklarheit und Rechtssicherheit. Sie sollte daher an klare und für die Parteien erkennbare Fakten anknüpfen und nicht an so unsichere Merkmale wie Kenntnis oder (wie in Deutschland) sogar fahrlässige Unkenntnis des Gläubigers. Die geplante Neuregelung verdient jedoch auch noch aus einem weiteren Grund Kritik: Im Deliktsrecht, wo die relative Frist sinnvoll ist, beträgt sie ein Jahr und man fragt sich, warum sie auf drei Jahre verlängert werden soll; denn wenn der Gläubiger Schuldner und Forderung

¹⁰ Vgl. dazu die Kritik von HONSELL JZ 2001, 18, 19 ff.

¹¹ Vgl. z.B. HONSELL JZ 2001, 18; EIDENMÜLLER JZ 2001, 283; ZIMMERMANN/LEENEN/MANSEL/ERNST JZ 2001, 684.

¹² Die Neuregelung geht teilweise auf Vorschläge von PETERS/ZIMMERMANN, Verjährungsfristen, in Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts I 102 ff. (hrsgg. v. BMJ 1981) 102 ff., 190 zurück; vgl. auch ZIMMERMANN JZ 2000, 853 ff.; s. auch ZIMMERMANN/LEENEN/MANSEL/ERNST JZ 2001, 684.

¹³ Krit zur dt. Reform HONSELL, JZ 2002, S. 18 ff, S. 20; ZIMMERMANN/LEENEN/MANSEL/ERNST, JZ 2001, S. 684 ff.; ZÖLLNER, Das neue deutsche Verjährungsrecht, Kritik eines verfehlten Regelungssystems, FS Honsell, 2007, S. 153 ff.

¹⁴ Lando/Clive/Prüm/Zimmermann (eds.), Principles of European Contract Law III (2003); dt. Fassung von Bar/Zimmermann, Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts Teil III (2005).

¹⁵ Dazu W. ERNST, Das Verjährungsrecht des (D)CFR, in: Remien (Hrsg.), Verjährungsrecht in Europa (2011).

¹⁶ W. ERNST (Fn 15) 67 ff, 89 f., der aber einräumt, dass hinsichtlich der für das Verjährungsrecht zentralen Rechtssicherheit keine Begeisterung aufkomme.

¹⁷ Vgl. Fn 12.

kennt, ist es zumutbar, den Anspruch alsbald geltend zu machen. Der Bericht¹⁸ operiert mit der Behauptung, die Frist werde in Schrifttum und Praxis allgemein als zu kurz angesehen. Für diese unbewiesene Behauptung wird lediglich eine Literaturstimme zitiert.¹⁹

Die Reform wäre also eine Verschlechterung. Sinn macht lediglich die Abschaffung der relativen Verjährungsfrist im Bereicherungsrecht.²⁰ ~~Sinn~~, nicht seine Erweiterung auf das ganze Zivilrecht. Die Schwierigkeiten der relativen Frist im Bereicherungsrecht haben das Bundesgericht²¹ dazu bewogen, die Vorschrift eng auszulegen und das Bereicherungsrecht durch andere Rückgewähransprüche mehr oder weniger zurückzudrängen. Der ~~deutsche~~ Gesetzgeber hat sich offenbar die Frage, wann z.B. ein Kondiktionsgläubiger Kenntnis vom Bereicherungsanspruch hat, ~~offenbar~~ nicht hinreichend überlegt. Genügt Kenntnis eines Nichtigkeitsgrundes? Ist ein Rechtsirrtum beachtlich? (usw.). Die Neuregelung wird zu einem Einfallstor für Streitigkeiten, welchen das Institut der Verjährung im Interesse der Rechtsklarheit gerade einen Riegel verschieben will.

Während die allgemeine absolute Frist nach Art. 129 Abs. 1 VE wie bisher 10 Jahre beträgt, gilt für Personenschäden eine Dreissigjahresfrist (Art. 130 Abs. 1 VE).²² Damit soll die Verjährung von Spätschäden verhindert werden. In Extremfällen mag es vorkommen, dass ein Schaden erst mehr als 10 Jahre nach der schädigenden Handlung entdeckt wird. Entsteht er überhaupt erst danach, so sollte man keine Verjährung annehmen. Denn obgleich das alte und neue Recht für den Verjährungsbeginn allein auf die schädigende Handlung abstellen, gehört doch zu einem Schadenersatzanspruch ein Schaden, damit ein Anspruch entsteht und man kann ungekünstelt annehmen, dass die Handlung erst mit Eintritt des Schadens vollendet ist.²³ Dass zur tatbestandlichen Handlung ein Schaden gehört, zeigt sich mit Deutlichkeit bei einer Pflichtverletzung durch Unterlassung, die erst viel später zu einem Schaden führt. Solange kein Schaden entstanden ist, besteht auch kein Anspruch, der Gegenstand der Verjährung sein könnte. Freilich kann es hier vorkommen, dass ein „Anspruch“ verjährt ist, ehe er überhaupt entstanden ist. So im Pionierfall des deutschen Reichsgerichts; wo ein Heimkehrer aus dem ersten Weltkrieg seine Pistole im Geheimfach eines Sekretärs versteckt hatte. Jahrzehnte

¹⁸ N 2.3.2.

¹⁹ „Vgl. etwa GILLIARD 233 u. 235“. Das Zitat bezieht sich auf GILLIARD, Vers l'unification du droit de la responsabilité», Société suisse des juristes, Rapports et communications, ZSR 1967 II 193-323. Ähnlich aber nur en passant BUCHER, 100 Jahre Obligationenrecht ZSR 1983 II 280 f.; 337 f.

²⁰ So treffend BUCHER ZSR 1983 II 280, 281, vgl. oben Fn 8.

²¹ Vgl. z.B. BGE 107 II 220.; BGE 126 III 122 E. 3c.

²² In Deutschland hat man die dreissig Jahre auf zehn verkürzt, aber für Personenschäden eine Ausnahme gemacht; dort bleibt es bei dreissig Jahren (§ 199 Abs. 2 BGB).

²³ Anders freilich die hL. vgl. etwa BGE 136 II 137 E. 7.4.4 – Asbestschäden, mit zahlreichen Nachw aus Jud. und Lit.

später, der Pionier war längst verstorben, löste ein spielendes Kind zufällig den Mechanismus des Geheimfachs aus, entdeckte die Pistole, spielte mit ihr und verletzte sich tödlich. Nimmt man an, dass die Verwahrung einer geladenen Pistole in einem Geheimfach fahrlässig ist, wäre der Schadenersatzanspruch im Zeitpunkt seines Entstehens bereits verjährt.

3. Die Unterbrechung der Verjährung

Die bereits genannte Unterbrechung des Fristlaufs bedeutet anders als der Stillstand (Hemmung) nicht ein Anhalten der Frist mit Weiterlauf an derselben Stelle nach Ende des Stillstands, sondern eine Beendigung mit erneutem Fristlauf. Man kann die beiden Fälle mit einer Stop-Uhr vergleichen, die bei einmaligem Drücken stehen bleibt, bei nochmaligem Drücken weiterläuft und bei zweimaligem Drücken auf Null zurückspringt. Die Fehlerhaftigkeit der bestehenden Regelung besteht darin, dass der erneute Fristlauf sogleich beginnt, während zB nach deutschem Recht der Neubeginn erst mit Wegfall des Unterbrechungsgrundes eintritt.²⁴ Es macht ja überhaupt keinen Sinn, schon während des Prozesses eine neue Frist laufen zu lassen, die möglicher Weise zu einer Verjährung der Forderung während des laufenden Prozesses führen kann, was es notwendig macht, auch während des Prozesses erneut gerichtliche Handlungen oder Verfügungen des Richters iSv Art. 138 Abs. 1 OR auszulösen, um eine Verjährung zu verhindern. Die Neuregelung macht dies überflüssig. Sie bestimmt, dass die Unterbrechung bis zum Ende des Prozesses andauert (Art. 138 VE OR). Weshalb dies freilich bloss bis zum Abschluss des Rechtsstreits „vor der befassen Instanz“ gelten soll (§ 138 Abs. 1 Nr. 3) und nicht bis zur endgültigen Beendigung der Rechtshängigkeit, ist unerfindlich.

4. Der Verzicht auf die Einrede der Verjährung

Von den übrigen Neuerungen beschränke ich mich hier auf einiges Wenige. ~~Anders als die deutsche~~ Die Reform will ~~die schweizerische~~ mit dem verfehlten Dogma vom angeblich zwingenden Verjährungsrecht aufräumen. Die Begründung der Verfasser des BGB für den zwingenden Charakter der Verjährung ist freilich noch heute lesenswert: „Der Verkehr erträgt es nicht, lange verschwiegene, in der Vergangenheit vielleicht weit zurückliegende Tatsachen zur Quelle von Anforderungen in einem Zeitpunkt gemacht werden, in welchem der in Anspruch genommene Gegner infolge der verdunkelnden Macht

²⁴ Auch hier hat die Schuldrechtsmodernisierung 2002 ein Durcheinander gestiftet: Die alte Unterbrechung durch gerichtliche Geltendmachung (§ 209 a.F.) ist neu Hemmung der Verjährung durch Rechtsverfolgung (§ 204); s. HONSELL, „Schuldrechtsmodernisierung“ in Deutschland, FS Druey (2002) 177 ff.

der Zeit entweder nicht mehr oder doch nur noch schwer in der Lage ist, die ihm zur Seite stehenden entlastenden Umstände mit Erfolg zu verwerten Geschieht im einzelnen Fall der materiellen Gerechtigkeit Eintrag, geht der Berechtigte seines wohlbegründeten Anspruchs durch die Verjährung verlustig, so ist dies ein Opfer, das der Betroffene dem Gemeinwohl bringen muß²⁵. Ähnlich sah dies die Wissenschaft. So schrieb etwa *Endemann*²⁶: „Das Bestehende darf nicht durch halbvergessene Ansprüche beunruhigt, der Beweis der Erfüllung vergilbter Verpflichtungen nicht mehr vom Urenkel gefordert werden.“ Die Verjährung hat also den Zweck, dem Schuldner die Abwehr erst nach langer Zeit erhobener, möglicherweise unberechtigter Ansprüche zu erleichtern und trägt dem Umstand Rechnung, dass der Schuldner möglicherweise nicht mehr im Besitz einer Quittung ist. Deshalb ist es auch sinnvoll, dass die Belegaufbewahrungspflicht (zB im Steuerrecht) mit der allgemeinen Verjährung harmoniert. Wo die Verjährung zur Undurchsetzbarkeit eines begründeten Anspruchs führt, begründet man sie mit dem Gedanken des Rechtsfriedens und der Rechtsklarheit²⁷. Aus Gründen eines übergeordneten öffentlichen Interesses mutet man dem Gläubiger einen Rechtsverlust zu. Bei der Schaffung des BGB galt allerdings eine Regelverjährung von 30 Jahren. Demgegenüber hatte das OR von Anfang an eine 10-jährige Regelverjährung und hält so ein vernünftiges mittleres Mass. Art. 142 OR bestimmt, dass auf die Verjährung im voraus nicht verzichtet werden kann. Dies soll nun geändert werden.

Verjährungsfristen können in den Grenzen von Art. 133 verkürzt oder verlängert werden. Die Vorschrift bestimmt:

- 1 Die relative Frist kann bis auf eine Mindestdauer von einem Jahr verkürzt oder bis zu einer Höchstdauer von zehn Jahren verlängert werden.
- 2 Die absolute Frist kann bis zu einer Mindestdauer von drei Jahren verkürzt oder bis zu einer Höchstdauer von dreissig Jahren verlängert werden.
- 3 Allgemeine Geschäftsbedingungen, die eine Verkürzung der Verjährungsfristen bei Personenschäden vorsehen, sind nichtig.
- 4 Der Beginn der Verjährungsfristen kann abgeändert werden, soweit dies nicht dazu führt, dass die Mindestfristen unterschritten und die Höchstfristen überschritten werden.

Art. 134 behandelt den Verzicht auf die Verjährungseinrede:

- 1 Der Schuldner kann nach Eintritt der Verjährung auf die Erhebung der Verjährungseinrede verzichten. Der Verzicht muss in schriftlicher Form erfolgen.
- 2 Der Verzicht kann für höchstens zehn Jahre ab Verjährungseintritt erklärt werden. Wird keine Frist angegeben, gilt der Verzicht für ein Jahr.
- 3 Der Verzicht vor Eintritt der Verjährung gilt als Verlängerung der Verjährungsfrist.

²⁵ Motive I 291.

²⁶ Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts § 92, 1.

²⁷ Vgl. etwa HEINRICH Karlsruher Forum 1991, 3 ff.; ZIMMERMANN JZ 2000, 853 ff., 854; HONSELL VersR 1975, 104 ff.; BGHZ 128, 28.

Auch in Deutschland hat man sich vom zwingenden Charakter der Verjährung verabschiedet. Anders als nach § 225 BGB a.F. kann nach § 202 Abs. 1 BGB auch im Voraus auf die Verjährung verzichtet werden.

Die Neuregelung ist im Hinblick auf die verbreitete Übung eines befristeten Einreदेverzichts zu begrüssen. Der Einreदेverzicht dient, wenn die Parteien noch verhandeln, der Vermeidung unnötiger Prozesse, die nur zum Zwecke der Verjährungsunterbrechung erhoben werden müssten. Denn häufig ist es so, dass der Gegner die Forderung nicht anerkennen kann, aber doch bereit ist, zum Zwecke weiterer Verhandlungen befristet auf die Einrede der Verjährung zu verzichten. Hier half man mit der *Replik der unzulässigen Rechtsausübung* (Art. 2 Abs. 2 ZGB), wenn im Widerspruch zu einem vorgängigen Verzichts die Einrede doch erhoben wurde.²⁸

In Zukunft ist also das atavistische Konstrukt der Judikatur entbehrlich, wonach der Einreदेverzicht zwar unwirksam ist, die Berufung hierauf aber an der Replik des Rechtsmissbrauchs scheitert²⁹.

Zuletzt hat BGE 132 III 226 E. 3.3. diese Krücke entbehrlich gemacht und zutreffend klargestellt, dass ein Verjährungsverzicht auch vor Ablauf der Frist zulässig ist, weil die historische Auslegung von OR 141 Abs. 1 ergibt, dass der Gesetzgeber mit der Erklärung, auf die Verjährung könne nicht zum Voraus verzichtet werden, nur den Verjährungsverzicht im Zeitpunkt des Vertragsschlusses verbieten wollte, nicht aber nach Vertragsschluss (Änderung der Rechtsprechung)³⁰. Diese Auffassung entspricht zwar nicht der subjektiven Meinung des Gesetzgebers, kann aber als teleologische Interpretation bestehen, denn das Gesetz ist manchmal klüger als seine Verfasser.³¹ Es handelte sich um eine teleologische Restriktion, die den Rückgriff auf das prätorische Rechtsmittel der *exceptio doli* entbehrlich macht.³² Dass ist gewiss ein Fortschritt, denn es ist ja eine seltsame Argumentation, wenn eine Regelung aus Gründen des *ordre public* für zwingend erklärt wird, gleichzeitig aber festgestellt wird, dass das vom Staat begünstigte Verhalten treuwidrig ist.³³

²⁸ BGE 69 II 102, 103; 89 II 256, 262; 95 I 512, 521.- Ich erinnere mich lebhaft an ein Seminar, das ich vor Jahren zusammen mit Nedim P. Vogt abgehalten habe. Damals haben wir die Frage diskutiert, ob die Linie der Judikatur sicher genug sei und man sich auf einen Verjährungsverzicht verlassen könne. Ich bejahte dies. Der Jubilar hingegen hat es entschieden verneint. Das sei viel zu gefährlich. Folgt man dem, so ist die ganze Konstruktion wertlos und es bleibt nur die Klageerhebung.

²⁹ So die Rechtsprechung in Deutschland, der Schweiz und Österreich dazu s. HONSELL VersR 1975, 104; zur Schweiz s. etwa FRANZ J. KESSLER, Der Verjährungsverzicht im Schweizerischen Privatrecht Diss ZH 2000; zu Österreich etwa MADER JBL 1986, 1 ff.; DERS., in Rummel § 1502 ABGB; P. BYDLINSKI ÖJZ 2010, 105 ff..

³⁰ So übrigens schon HONSELL VersR 1975 104 f.

³¹ So ein bekanntes G. RADBRUCH (Rechtsphilosophie [2. Aufl. 2003] 107) zugeschriebenes Bonmot.

³² Das ist entgegen RIEMER, Einleitungsartikel und JAUN, Die teleologische Reduktion im schweizerischen Recht, Diss. Bern 2000, heute herrschend; vgl. noch BSK ZGB I Art. 1 N 16 f., Art. 2 N 47; HONSELL, Teleologische Auslegung versus Rechtsmissbrauch, FS Mayer-Maly (1996) 369 ff.

³³ Beim beiderseits irrtumsfrei erfüllten Schwarzkauf operiert die Judikatur noch heute mit der Arglisteinrede, obgleich auch hier die teleologische Restriktion vorzugswürdig wäre (vgl. z.B. BGE 92 II 323; HONSELL OR BT 9. Aufl. 2010, 177 ff.

Den letzten Schritt der Judikatur hat jetzt auch der Gesetzgeber nachvollzogen. Der Einredeverzicht gilt nach Art. 134 Abs. 3 VE OR Salzburg als befristete Verlängerung der Verjährung, die in den Grenzen des Art. 133 möglich ist.

5. „Harmonisierung“ der Gewährleistungsfristen

Ein weiterer zweifelhafter Punkt ist die „Harmonisierung“ der Verjährung der Gewährleistung mit den allgemeinen Vorschriften.³⁴ Der Versuch, die Vorgaben der Verbrauchsgüterkauf RL auch in der Schweiz einzuführen, scheint nun unabhängig von der Reform des Verjährungsrechtes doch Erfolg zu haben. Es lässt sich aber durchaus bezweifeln, ob die Verlängerung auf zwei Jahre sachgerecht ist. Die ratio legis der kurzen Frist besteht in der Schaffung baldiger Klarheit. Hinzu kommt, dass nach längerem Gebrauch einer Sache oft nur schwer feststellbar ist, ob sie schon im Zeitpunkt des Gefahrübergangs mangelhaft war oder erst später mangelhaft wurde, z.B. durch unsachgemässen Gebrauch des Käufers. Für die kurze Frist spricht also auch das Veränderungsrisiko. Ein weiteres Argument ist, dass sich die meisten Mängel innerhalb eines Jahres herausstellen und zahlreiche Konsumgüter eine kürzere Lebenszeit haben.

Die Sondervorschrift von § 210 Abs. 2 und 3 OR soll gestrichen werden und die allg. Verjährungsfrist von Art. 128 u. 129 VE OR soll auch für die Gewährleistung gelten. Freilich mit einer wichtigen Einschränkung: Ein neuer Art. 201 Abs. 4 bestimmt eine absolute Ausschlussfrist für die Mängelanzeige von zwei Jahren. Der Gesetzgeber hält es für einen Vorteil, dass sich eine solche Regel auch in Art. 39 Abs. 2 CISG findet, doch ist diese Bestimmung und ihr Verhältnis zur Verjährung unklar und hat grosse Diskussionen ausgelöst.³⁵ Im Klartext bedeutet die Regelung, dass für die Gewährleistung idR eine Zweijahresfrist ab Ablieferung der Sache gilt, wobei es praktisch keinen wesentlichen Unterschied macht, dass es sich neu um eine Präklusionsfrist und nicht mehr um eine Verjährungsfrist handeln soll.³⁶ Soviel zur Harmonisierung. Innert zwei Jahren seit Ablieferung der Sache sind die Ansprüche also auch ohne Kenntnis erloschen. Damit ist auch dem einheitlichen Regime der relativen dreijährigen Frist für das Gewährleistungsrecht eine Absage erteilt. Die zweijährige Präklusionsfrist kommt freilich nur zur Anwendung, wenn die Anzeige unterbleibt. Hat der Käufer die Anzeige gemacht, so bleibt ihm eine Dreijahresfrist

³⁴ Schon vorweg hat freilich der Nationalrat auf Grund der Initiative 06.490 Pa. Leutenegger-Oberholzer "Mehr Schutz der Konsumentinnen und Konsumenten. Änderung von Artikel 210 OR" und 07.497 Pa. Bürgi "Änderung der Verjährungsfrist im Kaufrecht. Artikel 210 OR", die Verlängerung der Gewährleistung auf zwei bzw. fünf Jahre beschlossen.

³⁵ Zu dieser missglückten Bestimmung s. HONSELL OR BT 9. Aufl. 2010, 162 f.

³⁶ Zum Unterschied oben bei Fn 2.

seit Kenntnis. Das ist völlig ungereimt. Weshalb man nach Entdeckung des Mangels und Anzeige an den Verkäufer noch drei Jahre Zeit haben soll, ist gänzlich unerfindlich. Die Regelung steht auch in schroffem Widerspruch zu der von Art. 201 verfolgten Beschleunigung. Wer die Gewährleistung erst kurz vor Eintritt der Verjährung geltend macht, obwohl er den Mangel lange kennt, handelt treuwidrig.³⁷ Unverändert in Geltung bleiben soll schliesslich die Kulturgüter betreffenden Regelung in Art. 210 Abs. 1^{bis} (= Art. 210 Abs. 2 VE OR).³⁸ Das ist schon deshalb verfehlt, weil dort die relative Frist 1 Jahr und die absolute dreissig Jahre beträgt, was weder zu Art. 128 Abs. 1 VE, noch zu Art. 201 Abs. 4 VE passt.

6. Keine Sonderregelung bei Arglist oder strafbarer Handlung

Die Sonderregelung von Art. 60 Abs. 2 (längere Frist, wenn eine gleichzeitig vorliegende strafbarer Handlung einer längeren Strafverfolgungsverjährung unterliegt) soll ersatzlos gestrichen werden. Ebenso Art. 210 Abs. 3. Damit entfällt für den Bereich der Verjährung eine Sondervorschrift für den Fall der Arglist. Das widerspricht einer sonst anzutreffenden Differenzierung, die seit dem römischen Recht den arglistig oder unerlaubt Handelnden regelmässig schlechter stellt (vgl. z.B. Art. 28, 199, 125 Abs. 1 Nr. 1 OR).

7. Schluss

Die vorstehenden Ausführungen haben gezeigt, dass ein neues Verjährungsrecht kein ernsthaftes Desideratum darstellt. Die geplante Neuregelung ist ein unüberlegter Schnellschuss, der nicht helvetischer Gesetzgebungskultur entspricht. Vereinzelt positive Ansätze wie die Aufhebung von Sonderbestimmungen, die sich im Laufe der Zeit namentlich in Sondergesetzen angesammelt haben, oder die Neuregelung der Unterbrechung und des Einredeverzichts (vgl. oben 3 u. 4) vermögen die dargelegten konzeptionellen Mängel nicht aufzuwiegen. Auch muss bezweifelt werden, dass dem Gesetzgeber mit dem Vorentwurf eine Vereinfachung gelungen ist. Im Gegenteil, das Elaborat beschädigt Grundstrukturen des Obligationenrechts. Das Obligationenrecht ist eines der gelungensten Zivilgesetzbücher Europas, das für ein Jahrhundert Privatautonomie in der Schweiz steht und das man ohne Übertreibung als Kulturdenkmal bezeichnen kann.³⁹ Man würde sich mehr Respekt und Behutsamkeit im Umgang mit ihm wünschen.

³⁷ Vgl. BSK OR I/HONSELL Art. 207 N 4; BGE 105 II 90=Pra 1979, 436.

³⁸ Vgl. Bericht S. 34

³⁹ Vgl. HONSELL, Hundert Jahre Obligationenrecht, ZSR 2011 II 5 ff.

