



Institut für Schweizerisches
und Internationales Baurecht

Institut pour le droit suisse
et international de la construction

Avenue de Beauregard 13
CH-1700 Fribourg

Eidg. Justiz- und Polizeidepartement
Bundeshaus West
CH-3003 Bern

Freiburg, den 30. November 2011



Vorentwurf eines neuen Verjährungsrechts
Stellungnahme des Instituts für Baurecht, Universität Freiburg Schweiz

Sehr geehrte Damen und Herren

Mit Beschluss vom 31. August 2011 eröffnete der Bundesrat die Vernehmlassung zum Vorentwurf eines revidierten Verjährungsrechts. Dieser Vorentwurf sieht Änderungen hauptsächlich im Obligationenrecht (VE-OR), aber auch im Zivilgesetzbuch und in zahlreichen Sondergesetzen des Privatrechts und des öffentlichen Rechts vor.

Das Revisionsvorhaben ist von weitreichender Bedeutung. So sind beinahe alle privatrechtlichen und diverse öffentlich-rechtliche Forderungen betroffen. Zudem beschlägt das Vorhaben fast alle Aspekte der Verjährung (Gegenstand, Dauer, Beginn, Hemmung, Unterbrechung, Modifikationen durch die Parteien). Weiter sind Änderungen im praktisch bedeutsamen Bereich der Mängelhaftung aus Kauf- und aus Werkvertrag angedacht.

Gestützt auf Art. 4 Abs. 1 VIG erlauben wir uns hiermit, zu diesem Vorentwurf eine Stellungnahme einzureichen. Wir konzentrieren uns dabei auf Punkte, die vorab **aus bauvertraglicher Sicht** relevant sind.

<i>I. Zwei Hauptpunkte</i>	2
<i>II. Zum Beginn und zur Dauer der Verjährung bei der Mängelhaftung</i>	2
<i>III. Zur Unterbrechung der Verjährung</i>	7
<i>IV. Weitere Punkte</i>	9
<i>V. Schlussbemerkung</i>	11

I. Zwei Hauptpunkte

Erster Hauptpunkt: Werkvertragliche Forderungen aus Wandelung, Minderung oder Nachbesserung entstehen erst dadurch, dass der Besteller ein dahingehendes Gestaltungsrecht ausübt. Vorher bestehen sie nicht und können deshalb auch nicht fällig werden. Nach dem VE-OR beginnt die Verjährung einer Forderung im Regelfall mit deren Fälligkeit zu laufen. Die Fälligkeit setzt voraus, dass die Forderung zunächst entsteht. So hätte die Neuordnung zur Folge, dass Forderungen aus Wandelung, Minderung und Nachbesserung erst zu verjähren beginnen, wenn der Besteller (irgendwann) vom betreffenden Gestaltungsrecht Gebrauch gemacht hat. Damit stünde der **Verjährungsbeginn ganz im Belieben des Bestellers**. Richtigerweise sollte hier das geltende Recht beibehalten werden, sodass die Verjährung auch weiterhin mit der Ablieferung/Abnahme des Werkes zu laufen beginnt (eingehend dazu Ziff. II./A).

Zweiter Hauptpunkt: Die Schaffung einer starren absoluten Rügefrist in Art. 370 Abs. 4 VE-OR – gleich gelagert sind Art. 201 Abs. 4 und Art. 219 Abs. 3 VE-OR – stellt einen Eingriff ins heutige System dar, durch den der **Besteller** (und der Käufer) **massiv schlechter gestellt** werden. Denn mit Ablauf dieser starren Rügefrist gilt das «Werk rücksichtlich allfälliger Mängel als genehmigt». Die Änderung gegenüber dem geltenden Recht besteht darin, dass die Rügefrist heute an die tatsächliche Dauer der Verjährungsfrist gekoppelt ist – was im Übrigen in der gegenwärtig laufenden Teilrevision (vgl. Art. 210 Abs. 4 E-OR) des Verjährungsrechts richtig erkannt wurde (eingehend dazu Ziff. II./D).

II. Zum Beginn und zur Dauer der Verjährung bei der Mängelhaftung

II./A Nach dem VE-OR beginnen Forderungen aus Wandelung, Minderung und Nachbesserung erst zu verjähren, nachdem der Besteller ein entsprechendes Gestaltungsrecht ausgeübt hat.

1. Liegt ein Fall der werkvertraglichen Mängelhaftung vor, stehen dem Besteller, wenn die Voraussetzungen im Einzelnen erfüllt sind, drei Gestaltungsrechte¹ und eine Forderung auf Ersatz des Mangelfolgeschadens zu (Art. 368 OR). Die Gestaltungsrechte richten sich auf die Wandelung des Werkvertrages, die Minderung der Vergütungsschuld und die Nachbesserung des Werkes. Macht der Besteller von einem dieser Gestaltungsrechte, die ihm alternativ zur Verfügung stehen, Gebrauch, so entsteht daraus unter Umständen eine Forderung: bei der Wandelung die Forderung auf die Rückgabe des Geleisteten; bei der Minderung die Forderung auf die Rückerstattung einer zuviel bezahlten Vergütung; bei der Nachbesserung die Forderung auf die unentgeltliche Beseitigung des Mangels². Solange der Besteller keines seiner Gestaltungsrechte ausübt, entstehen auch keine Forderungen. Anders gelagert ist in dieser

¹ BGE 136 III 273 E. 2.2, 274.

² GAUCH PETER, Der Werkvertrag, 5. Aufl., Zürich 2011, Nr. 1535, Nr. 1617, Nr. 1702.

Hinsicht nur der Anspruch auf Ersatz eines Mangelfolgeschadens, dessen Entstehung keine Rechtsgestaltung durch den Besteller voraussetzt. Bei nicht rechtzeitiger Mängelrüge verirken die erwähnten Gestaltungsrechte infolge Genehmigung (Art. 367 und Art. 370 OR).

2. An diesem Rechtszustand soll der Vorentwurf offenbar nichts ändern. Zumindes wird im Bericht ausdrücklich festgehalten, dass namentlich Gestaltungsrechte der Verjährung nicht unterliegen³. Und doch greift der Vorentwurf mit weitreichenden Folgen in dieses System ein. Ausgangspunkt ist die Feststellung, dass die Forderungen aus Mängelhaftung (auch jene, die erst durch Ausübung eines Gestaltungsrechts entstehen) unter geltendem Recht nach Art. 371 i.V.m. Art. 210 OR verjähren. Ihren Lauf nimmt die anwendbare Verjährungsfrist mit der Ablieferung des Werks (Art. 371 Abs. 1 i.V.m. Art. 210 Abs. 1 OR) bzw. mit der Abnahme des unbeweglichen Bauwerks (Art. 371 Abs. 2 OR)⁴. Diese Sonderbestimmungen will der Vorentwurf beseitigen und mit ihnen auch den speziellen (und objektiven) dies a quo. Neu sollen die allgemeinen Regeln auch für Forderungen aus Mängelhaftung den Beginn der Verjährungsfristen festlegen. Diesen allgemeinen Regeln zufolge beginnt die absolute Verjährung von **Forderungen aus Wandelung, aus Minderung und auf Nachbesserung** mit der Fälligkeit dieser Forderungen zu laufen (Art. 129 Abs. 1 VE-OR)⁵. Da die Fälligkeit einer Forderung voraussetzt, dass die Forderung zunächst entsteht, würde die Verjährung nach der Rechtslage, die der VE-OR schafft, erst absolut zu verjähren beginnen, wenn der Besteller (irgendwann) vom betreffenden Gestaltungsrecht Gebrauch gemacht hat. Damit steht der **Verjährungsbeginn ganz im Belieben des Bestellers**, wenn von den ausserordentlichen Begrenzungen abgesehen wird, die mit dem Rechtsmissbrauchsverbot (Art. 2 Abs. 2 ZGB) verbunden sind. Demgegenüber beginnt die Verjährung für den Anspruch auf Ersatz des Mangelfolgeschadens absolut mit der «schädigenden Handlung» zu laufen (Art. 129 Abs. 2 lit. a VE-OR).

3. Nach heutiger Rechtslage verhält es sich zwar auch so, dass die **Gestaltungsrechte** – die rechtzeitige Mängelrüge vorausgesetzt – **keiner zeitlichen Begrenzung unterliegen**. Verschiedene Autoren gehen hier von einer Gesetzeslücke aus.⁶ Eine Begrenzung ergibt sich aber indirekt daraus, dass die Forderungen, die aus der Ausübung der Gestaltungsrechte entstehen, «mit Ablauf eines Jahres nach ... Ablieferung» (Art. 210 Abs. 1 OR) bzw. «mit Ablauf von fünf Jahren seit der Abnahme» (Art. 371 Abs. 2 OR) verjähren⁷. Im Ergebnis kann so die Verjährung eintreten, bevor die Forderungen (durch bestellerseitige Rechtsgestaltung) entstanden sind. Übt der Besteller nach Ablauf der Verjährungsfrist ein (nach heutigem Recht unverjährbares)

³ Bericht zum Vorentwurf, S. 7. Eigentümlich ist allerdings, dass der Vorentwurf beim Anfechtungsrecht nach Art. 292 SchKG anstelle der bisherigen Verwirkungsfrist eine Verjährungsfrist vorsieht, obschon das Anfechtungsrecht sicher keine Forderung ist.

⁴ GAUCH, Werkvertrag, Nr. 2253.

⁵ Bei diesen Forderungen wird der Beginn der relativen Verjährungsfrist mit dem Beginn der absoluten Verjährung zusammenfallen, da der Besteller im Zeitpunkt, in dem er von einem seiner Gestaltungsrechte Gebrauch macht, jedenfalls im Normalfall auch Kenntnis von der entsprechenden Forderung und von der Person des Schuldners (des Unternehmers) haben wird.

⁶ Vgl. HONSELL HEINRICH, in: Basler Kommentar zu Art. 1–529 OR, 5. Aufl., Basel 2011, N 2 zu Art. 205.

⁷ GAUCH, Werkvertrag, Nr. 2253.

Gestaltungsrecht aus, so entsteht daraus zwar unter Umständen eine Forderung, die aber ab initio einredebelastet ist und sich damit von Anfang an als Naturalobligation erweist.

a. Dieses System scheint der VE-OR aufzugeben, indem er den Beginn der Verjährung im Grundsatz mit der Fälligkeit der Forderung verknüpft. Entstehung und Fälligkeit einer Forderung sind hier davon abhängig, dass der Besteller zunächst von einem Gestaltungsrecht Gebrauch macht. Es ist zweifelhaft, ob diese erhebliche Neuordnung vom VE-OR gewollt ist, zumal der Bericht zum Vorentwurf in Bezug auf das Kaufvertragsrecht davon ausgeht, dass die absolute Verjährung des Wandelungs- und Minderungsanspruchs grundsätzlich mit der Ablieferung zu laufen beginne, da diese die Fälligkeit auslöse⁸. Diese im Bericht zum Vorentwurf geäußerte Auffassung steht indes im Widerspruch zur heute vorherrschenden Meinung, wonach es sich bei diesen Rechten um Gestaltungsrechte, nicht um Forderungen handelt.

b. Wir halten dafür, dass in diesem Punkt am geltenden Recht nach OR festgehalten wird, wo es verjährungsrechtlich auf den Zeitpunkt der Ablieferung/Abnahme ankommt. Dies ist im Übrigen auch die Lösung, die das deutsche BGB vorsieht: Mängelansprüche beginnen dort grundsätzlich «mit der Abnahme» zu verjähren (§ 634a Abs. 2 BGB). Dieses System ist unserer Meinung nach auch dem Weg, den das Wiener Kaufrecht (WKR) zur zeitlichen Begrenzung der Wahlrechte des Käufers geht, vorzuziehen⁹. Nach WKR muss der Käufer seine Rechte wegen Vertragsverletzung durch den Verkäufer grundsätzlich innert einer «angemessenen Frist» ausüben (vgl. Art. 46 Abs. 2 und 3, Art. 49 Abs. 2 WKR) – eine Lösung, die mit erheblicher Rechtsunsicherheit verbunden ist.

II./B Nach dem VE-OR ist der Beginn der absoluten Verjährung bei Forderungen aus Mängelhaftung uneinheitlich geregelt.

1. Gemäss VE-OR beginnt die absolute Verjährungsfrist der Forderungen aus Wandelung, Minderung und Nachbesserung mit der Fälligkeit (Art. 129 Abs. 1 VE-OR), die absolute Verjährungsfrist der Forderung auf Ersatz des Mangelfolgeschadens dagegen im Moment der schädigenden Handlung (Art. 129 Abs. 2 Ziff. 1 VE-OR) zu laufen. Damit gibt der VE-OR **die Kohärenz des Fristbeginns unter geltendem Recht**, das für den Beginn der Verjährung für sämtliche Rechte aus Mängelhaftung auf ein- und denselben Zeitpunkt abstellt (Ablieferung resp. Abnahme; Art. 371 OR), auf.

2. Der Bericht zum Vorentwurf geht zwar davon aus, dass die Ansprüche aus Wandelung, Minderung und Nachbesserung als auch («im Normalfall») der Anspruch auf Ersatz des Mangelfolgeschadens im Moment der Ablieferung absolut zu verjähren be-

⁸ Bericht zum Vorentwurf, S. 34.

⁹ Zu beachten ist, dass das WKR über die Verjährung der Forderungen des Käufers demgegenüber keine Bestimmungen enthält; vgl. BGr. 4A_68/2009 (18.5.2009), E. 10.1; SCHMID JÖRG/STÖCKLI HUBERT, Obligationenrecht Besonderer Teil, Zürich 2010, Nr. 776.

ginnen¹⁰. Diese Rechtsauffassung ist – worauf wir bereits hingewiesen haben – in dieser allgemeinen Formulierung unzutreffend, da die Forderungen auf Rückerstattung oder Nachbesserung nicht fällig sein können, bevor sie nicht (durch Ausübung des entsprechenden Gestaltungsrechts) entstanden sind.

3. Als einheitlicher Anknüpfungspunkt für sämtliche Forderungen aus Mängelhaftung bietet sich auch hier die Ablieferung/Abnahme an.

II./C Der VE-OR hält an der rechtspolitisch fragwürdigen «Verwirkungsfalle» fest.

1. Die zeitlich überaus kurz bemessene Prüfungs- und Anzeigepflicht, deren Verletzung das geltende Recht mit einer Genehmigungsfiktion verknüpft¹¹, dient zwar den Interessen des Unternehmers, stellt aber eine **deutliche Schlechterstellung des Bestellers** dar¹². Dazu kommt, dass die Beweislast für das Vorliegen eines Mangels und für die Anzeige sowie – sofern man dem Bundesgericht folgt¹³ – für deren Rechtzeitigkeit beim Besteller liegt¹⁴.

2. Die vorliegende Revision bietet Gelegenheit, dieses rechtspolitisch fragwürdige Konzept kritisch zu überprüfen. Dabei sind namentlich die **drei folgenden Varianten** zu erwägen, um die Bestellersituation im Falle von Werkmängeln zu verbessern:

- Der *generelle Verzicht auf die Rüge- und Anzeigepflicht*. In diesem Fall müsste jedoch das Verjährungsrecht eingreifen, um den (ebenfalls) berechtigten Schutz des Unternehmers vor nicht bestehenden und nicht mehr erwarteten Mängelansprüchen nach einer bestimmten Zeitdauer zu gewährleisten.
- Die *Beschränkung des Anwendungsbereichs der strengen Prüfungs- und Anzeigepflicht auf Verträge zwischen Kaufleuten*, wie das deutsche Recht dies vorsieht¹⁵. Für die übrigen Bereiche müsste (wie in Variante 1) mit verjährungsrechtlichen Mitteln für eine Begrenzung gesorgt werden.
- Eine ausgewogene *Verlängerung der Rüge- und Anzeigepflicht*. Heute gilt das Erfordernis der Soforträge¹⁶, an dem auch das vorgeschlagene Recht festhält. Die SIA-Norm 118 (Ausgabe 1977/91) sieht in Art. 173 dagegen ein Recht zur jederzeitigen Mängelrüge während der sogenannten «Garantiefrist (Rügefrist)», die ohne besondere Abmachung zwei Jahre beträgt (Art. 172), vor, was (soweit ersichtlich) von den einschlägigen Verkehrskreisen durchaus als ausgewogene Lösung emp-

¹⁰ Bericht zum Vorentwurf, S. 34.

¹¹ BGE 130 III 362 E. 4.4, 367; SCHMID/STÖCKLI, Nr. 1757.

¹² GAUCH, Werkvertrag, Nr. 2175.

¹³ BGE 118 II 142 E. 3a, 147.

¹⁴ Der Unternehmer hat aber zu behaupten, dass «das Werk ... infolge verspäteter Mängelrüge genehmigt worden» sei; BGE 118 II 142 E. 3a, 147; ZINDEL GAUDENZ G./PULVER URS, in: Basler Kommentar zu Art. 1–529 OR, 5. Aufl., Basel 2011, N 33 zu Art. 367.

¹⁵ Vgl. § 377 HGB.

¹⁶ BGr. 4C.151/2005 (29.8.2005), E. 5.1; GAUCH, Werkvertrag, Nr. 2141.

funden wird. Auch das WKR ist im Vergleich zum geltenden Recht weniger rigoros, indem der Käufer die Ware innerhalb einer so kurzen Frist zu untersuchen oder zu untersuchen lassen, wie es die Umstände erlauben (Art. 38 Abs. 1 WKR), und die so festgestellte Vertragswidrigkeit der Ware grundsätzlich innerhalb einer angemessenen Frist zu rügen hat (Art. 39 Abs. 1 WKR)¹⁷.

II./D Der VE-OR schafft neu eine starre absolute Rügefrist (Art. 370 Abs. 4 VE-OR).

1. Der vorgeschlagene Art. 370 Abs. 4 VE-OR stellt eine absolute Rügefrist mit Genehmigungswirkung (Verwirkungsfolge) von grundsätzlich zwei Jahren, bei einem unbeweglichen Bauwerk von fünf Jahren auf. Diese Fristen beginnen jeweils mit Ablieferung des Werkes zu laufen. Erfolgt die Rüge nicht binnen dieser Frist, soll «das Werk rücksichtlich allfälliger Mängel als genehmigt» gelten (Art. 370 Abs. 4 VE-OR). Das ist eine erhebliche Änderung des geltenden Rechts, wonach die «vorgeschriebene Anzeige» binnen einer hemm- und unterbrechbaren Verjährungsfrist¹⁸ – die sich überdies im Falle von arglistiger Verschweigung eines Mangels auf zehn Jahre verlängert¹⁹ – und nicht binnen einer starren Verwirkungsfrist zu machen ist. Erfolgt (nach geltendem Recht) die Anzeige binnen laufender Verjährungsfrist und damit rechtzeitig, wird das Werk nicht genehmigt mit der Folge, dass der Besteller auch nach Eintritt der Verjährung seine allfälligen Gestaltungsrechte ausüben kann (Art. 210 Abs. 2 OR, analog)²⁰. Die Richtigkeit dieser Auslegung wird bestätigt durch die aktuell laufende Teilrevision des im Werkvertragsrecht analog geltenden Art. 210 OR, dessen neuer Abs. 4 Folgendes vorsieht: «Die Einreden des Käufers wegen vorhandener Mängel bleiben bestehen, wenn innerhalb der Verjährungsfrist die vorgeschriebene Anzeige an den Verkäufer gemacht worden ist.»²¹ Die erhebliche Änderung, von der die Rede war, besteht darin, dass die Neuregelung eine absolute Rügefrist vorsieht, bei der es augenscheinlich keine Rolle mehr spielt, dass die Verjährungsfrist noch läuft.

2. Abgesehen davon ist anzumerken, dass der geltende Art. 210 Abs. 2 OR offenbar weiterhin gelten soll, was sich aber mit der vorgeschlagenen (absoluten) Rügefrist nicht in Einklang bringen lässt.

¹⁷ SCHMID/STÖCKLI, Nr. 756.

¹⁸ GAUCH, Werkvertrag, Nr. 2295; BÜHLER THEODOR, Zürcher Kommentar zu Art. 363–379 OR, 3. Aufl., Zürich 1998, N 26 zu Art. 371; KOLLER ALFRED, Das Nachbesserungsrecht im Werkvertrag, 2. Aufl., Zürich 1995, Nr. 86; TSCHÜTSCHER KLAUS, Die Verjährung der Mängelrechte bei unbeweglichen Bauwerken, Diss. St. Gallen, Bern/Stuttgart/Wien 1996, S. 165; HONSELL, BaKomm., N 6 zu Art. 210; anders BGE 104 II 357 E. 4a, 358.

¹⁹ GAUCH, Werkvertrag, Nr. 2295.

²⁰ Vgl. GAUCH, Werkvertrag, Nr. 2289 ff.

²¹ BBI 2011 2900.

III. Zur Unterbrechung der Verjährung

III./A Es fehlt ein einfaches, generell anwendbares Instrument zur Unterbrechung der Verjährung bei Nichtgeldforderungen (Art. 137 VE-OR).

1. Die Bestimmung des Vorentwurfs über die Unterbrechungsgründe (Art. 137 VE-OR) entspricht – abgesehen von der Aufnahme des Rechtsmittels in den **Katalog der Unterbrechungshandlungen** – dem bisherigen Art. 135 OR. Laut Bericht zum Vorentwurf ist diese Aufzählung der Unterbrechungsgründe in Übereinstimmung mit der Auslegung des geltenden Rechts durch Rechtsprechung²² und einem Teil der Lehre²³ als *zwingend und abschliessend* zu verstehen²⁴. Doch fragt sich, ob sich die vorgeschlagene Lösung nicht in einen inneren Widerspruch zu jener anderen Regel setzt, nach der die Verjährungsfristen rechtsgeschäftlich abgeändert werden können (Art. 133 VE-OR), zumal mit Bezug auf die Nachweisbarkeit hier wie dort die gleichen Probleme entstehen können.²⁵

2. Sowohl nach geltendem Recht als auch nach dem Vorentwurf kann die Unterbrechung bezüglich Nichtgeldforderungen seitens des Gläubigers nicht durch die verhältnismässig einfache und günstige Schuldbetreibung erfolgen (vgl. Art. 38 SchKG)²⁶. Um die Verjährung zu unterbrechen, steht dem Gläubiger einer Nichtgeldforderung grundsätzlich das Schlichtungsgesuch zur Verfügung. Entfällt der Schlichtungsversuch von Gesetzes wegen (beispielsweise bei Zuständigkeit des Handelsgerichts, vgl. Art. 198 lit. f i.V.m. Art. 6 ZPO), bleibt dem Gläubiger zur Verjährungsunterbrechung nichts anderes übrig, als einen Zivilprozess anzuheben, was mit Zustellung der Klage an die beklagte Partei die prozessuale Fortführungslast begründet (Art. 65 ZPO).²⁷ In solchen Fällen fehlt es an einem kostengünstigen und auch laientauglichen Instrument zur Verjährungsunterbrechung. Für diese Privilegierung von Geldforderungen gegenüber Nichtgeldforderungen besteht wertungsmässig kein Anlass, weshalb sie aufzuheben ist. Die Unterbrechungsgründe sollten deshalb neu um die **Mahnung** er-

²² Z.B. BGr. 4C.296/2003 (12.5.2004), E. 3.4; BGE 132 V 404 E. 4.1, 407 (bzgl. Art. 135 Ziff. 2 OR). Die Aufzählung der Anerkennungshandlungen in Art. 135 Ziff. 1 OR ist dagegen nicht abschliessend («namentlich»); BGE 134 III 591 E. 5.2.5, 596.

²³ BERTI STEPHEN V., Zürcher Kommentar zu Art. 127–142 OR, 3. Aufl., Zürich 2002, N 180 zu Art. 135; DÄPPEN ROBERT K., in: Basler Kommentar zu Art. 1–529 OR, 5. Aufl., Basel 2011, N 1 und N 5 zu Art. 135; BECKER HERMANN, Berner Kommentar zu Art. 1–183 OR, 2. Aufl., Bern 1941, N 20 zu Art. 135. A.M. KOLLER ALFRED, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Bern 2009, § 67 Nr. 46; derselbe, Verjährt oder nicht verjährt? Drei höchstrichterliche Antworten, in: AJP 2000, S. 248, bezüglich des unveröffentlichten Entscheids des BGr. 4C.9/1998 vom 14.5.1998 zum SUVA-Regressabkommen; GAUCH, Werkvertrag, N 2271; KRAUSKOPF FRÉDÉRIC, Aktuelle Fragen zur Verjährungsunterbrechung, in: BR/DC 2003, S. 131 ff.; PICHONNAZ PASCAL, in: Commentaire romand zu Art. 1–529 CO, Genf/Basel/München 2003, N 9 zu Art. 135.

²⁴ Bericht zum Vorentwurf, S. 30.

²⁵ Vgl. GAUCH, Werkvertrag, Nr. 2271.

²⁶ In der Literatur besteht eine Kontroverse darüber, ob die Verjährung des Rechts auf Nachbesserung durch Schuldbetreibung unterbrochen werden kann; pro TERCIER PIERRE/STÖCKLI HUBERT, La garantie pour les défauts et la réfection de l'ouvrage, in: BR/DC 2003, S. 13; KRAUSKOPF, in: BR/DC 2003, S. 137; contra GAUCH, Werkvertrag, Nr. 2269; KOLLER, Nachbesserungsrecht, Nr. 427 f.; TSCHÜTSCHER, Diss., S. 70 f.; contra auch BGr. 4C.258/2001 (5.9.2002), E. 4.1.2.

²⁷ Vgl. zu diesem Problem REETZ PETER, Der neue Bauprozess – Tiefenbohrungen in der ZPO, in: BRT 2011, S. 79 f.

weitert werden²⁸. Der Begriff der «Mahnung» im Sinne des Art. 102 Abs. 1 OR ist von Rechtsprechung und Lehre deutlich herausgearbeitet worden. Wir meinen deshalb, dass sich die Mahnung zur Verjährungsunterbrechung ebenso eignen würde wie jene Instrumente, die der VE-OR vorsieht. Eine Einbusse an Rechtssicherheit, der im Verjährungsrecht besondere Bedeutung zukommt²⁹, wäre damit jedenfalls nicht verbunden.

III./B Die Bestimmung des VE-OR über die «Wirkungen für weitere Forderungen» (Art. 140 VE-OR) ist problematisch formuliert.

Eine gegenüber dem heutigen Gesetzestext gänzlich neue Bestimmung stellt Art. 140 VE-OR dar. Der gewählten Formulierung, die im Wesentlichen geltendes Recht einfangen soll³⁰, stehen wir aus mehrfachen Gründen kritisch gegenüber:

- Zunächst glauben wir, dass die Formulierung zu eng geraten ist, indem sie die Unterbrechungswirkung nur auf parallele Forderungen «aus dem gleichen Rechtsgrund» ausweitet. Demnach hätte beispielsweise die Verjährungsunterbrechung in Bezug auf eine vertragliche Schadenersatzforderung (Art. 97 Abs. 1 OR) nicht länger auch die Unterbrechung bezüglich einer mit ihr konkurrierenden ausservertraglichen Schadenersatzforderung (Art. 41 ff. OR) zur Folge, obschon dieser Grundsatz heute weitgehend anerkannt ist³¹. Entscheidend ist nicht der einheitliche Rechtsgrund, sondern der Umstand, dass aus dem gleichen Lebenssachverhalt mehrere Forderungen hervorgehen, die aber dasselbe Interesse des Gläubigers befriedigen sollen.
- Die Formulierung der vorgeschlagenen Bestimmung ist aber auch deshalb unglücklich gewählt, weil sie vom Wortlaut her auch bei Unterbrechungshandlungen des Schuldners (Anerkennung der Forderung) anwendbar ist. Welche Forderungen der Schuldner anerkennt, ist indes durch (subjektive und objektive) Auslegung des schuldnerischen Verhaltens zu ermitteln³². Die Vorschrift sollte deshalb ihren Anwendungsbereich auf *Unterbrechungshandlungen des Gläubigers* beschränken.

²⁸ So sieht beispielsweise der italienische Codice Civile vor, dass auch die Mahnung die Verjährung unterbricht, vgl. Art. 2943 CC.

²⁹ Zu den Zwecken der Verjährung neuerdings BGE 137 III 16 E. 2.1, 18 f.; grundlegend SPIRO KARL, Die Begrenzung privater Rechte durch Verjährungs-, Verwirkungs- und Fatalefristen, Band I, Bern 1975, S. 7 ff.

³⁰ Vgl. Bericht zum Vorentwurf, S. 31. Den Grundsatz der übergreifenden Verjährungsunterbrechung anerkennend BGE 96 II 181 E. 3b, 185 (betreffend Gewährleistungsansprüche aus Kaufvertrag); SPIRO, S. 400 ff.; GAUCH, Werkvertrag, N 2272; KRAUSKOPF, in: BR/DC 2003, S. 136; einschränkend TSCHÜTSCHER, Diss., S. 80 f.

³¹ SPIRO, S. 400 ff.; BECKER, BeKomm., N 7 zu Art. 135 OR; BERTI, ZüKomm., N 171 zu Art. 135 OR; PICHONNAZ, ComRo., N 28 zu Art. 135 CO.

³² Vgl. BGr. 4A_276/2008 (31.7.2008), E. 4.1; KRAUSKOPF FRÉDÉRIC, Die Schuldanerkennung im schweizerischen Obligationenrecht, Diss. Freiburg 2003, Nr. 44 ff.; KOLLER, Nachbesserungsrecht, Nr. 447 Fn. 531. Für das deutsche Recht STAUDINGER JULIUS VON/PETERS FRANK/JACOBY FLORIAN, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 1, Allgemeiner Teil, §§ 164–240 (Allgemeiner Teil 5), Neubearbeitung 2009, Berlin, N 9 zu § 213 BGB.

III./C Die Bestimmung des VE-OR über die «Wirkungen unter Mitverpflichteten» (Art. 141 VE-OR) ist zu begrüßen.

Nach geltendem Recht wirkt die Unterbrechung der Verjährung gegen einen Solidarschuldner auch gegen die übrigen Mitschuldner (Art. 136 Abs. 1 OR). Diese Regel findet gemäss Rechtsprechung und Lehre nur auf die echte, nicht aber auf die unechte Solidarität Anwendung³³. Der Vorentwurf beabsichtigt augenscheinlich keine Änderung dieser Rechtslage³⁴, was wir begrüßen.

IV. Weitere Punkte

IV./A Die Bestimmungen des VE-OR über die Abänderung und den Verzicht (Art. 133 f. VE-OR) weisen Widersprüche auf.

1. Wir begrüßen es, dass der VE-OR in den Fragen der Abänderung der Verjährungsfrist und dem Verzicht auf die Verjährungseinrede Rechtssicherheit anstrebt. Der Vorschlag schafft allerdings einen **Wertungswiderspruch**, den es zu überdenken gilt. Auszugehen ist dabei vom Umstand, dass der Schuldner mit der Verlängerung einer laufenden Verjährungsfrist schlechter fährt als mit dem Verzicht auf die Verjährungseinrede nach Eintritt der Verjährung. Grund dafür ist, dass die Verlängerung zu einer länger hemmbaren und unterbrechbaren Verjährungsfrist führt. Anders kann die Frist, während der auf die Einrede verzichtet wird, weder gehemmt noch unterbrochen werden.³⁵ Der angekündigte Wertungswiderspruch betrifft die *Form der Abänderung resp. des Verzichts*. So unterliegt die Verlängerung der Verjährungsfrist keinem Formerfordernis, während Art. 134 Abs. 1 Satz 2 VE-OR den Verzicht auf die Verjährungseinrede der Schriftform unterwirft, um so vorab den Schuldner vor Übereilung zu schützen. Die Dinge könnten zum Beispiel dadurch vereinheitlicht werden, dass nicht nur für den Verzicht, sondern auch für die Abänderung die Schriftform i.S.d. Art. 13 OR vorausgesetzt wird.

2. Der Verzicht auf die Verjährungseinrede vor Eintritt der Verjährung soll deshalb nicht zulässig sein, weil er sonst regelmässig vereinbart und letztlich zu einer Aufhebung der Verjährung, die insbesondere den Schuldnerschutz bezweckt³⁶, führen würde³⁷. Bei dieser Rechtslage kann vor Eintritt der Verjährung nicht gültig auf die Verjährungseinrede verzichtet werden. Dann aber ist es verfehlt, in Art. 134 Abs. 3 VE-OR den «Verzicht» von Gesetzes wegen in eine Verlängerung umzudeuten. Sicherlich kann es sein, dass die Parteien zwar Verzicht sagten, indes Verlängerung meinten; so

³³ BGE 115 II 42 E. 1b, 46; BERTI, ZüKomm., N 5 f. zu Art. 136/141 Abs. 2 und 3 OR.

³⁴ Bericht zum Vorentwurf, S. 22.

³⁵ Vgl. GAUCH, Verjährungsverzicht: Ein Entscheid des Bundesgerichts (BGE 132 III 226) und was davon zu halten ist, in: SJZ 2006, S. 539 Fn. 16; vgl. auch den Bericht zum Vorentwurf, S. 27. Anders BGE 99 II 185 E. 3a, 192 ff.; BUCHER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Zürich 1988, S. 448.

³⁶ Vgl. Fn. 29.

³⁷ BÉGUELIN EDOUARD, Verjährung 1, Allgemeines, SJK 813, Genf 1944, S. 3 f.; BERTI, ZüKomm., N 30 zu Art. 129/141 Abs. 1 OR.

liegt es dann, wenn die Parteien gar nicht den Verzicht auf die Einrede, sondern den Verzicht auf den bereits abgelaufenen Teil der Verjährungsfrist meinten. Möglich ist aber auch, dass die Parteien tatsächlich einen Verzicht wollten für die Zeit nach Eintritt der Verjährung und damit eine Abrede trafen, die rechtlich nicht zulässig und deshalb unwirksam ist. Die Umdeutung dieses von den Parteien gewollten, aber unwirksamen Verzichts auf die Verjährungseinrede in eine wirksame Verlängerung der Verjährungsfrist, die für den Schuldner nachteiliger ist, stellt **einen weiteren Wertungswiderspruch** des VE-OR dar. Nach unserer Einschätzung sollte davon abgesehen werden, hier eine starre Regel zu schaffen. Heranzuziehen sind vielmehr die allgemeinen Auslegungsregeln.

IV./B In Art. 219 Abs. 3 VE-OR sollte von «Grundstück» anstatt von «Gebäude» die Rede sein.

Art. 219 Abs. 3 VE-OR regelt die Dauer und den Beginn der absoluten Rügefrist beim Grundstückkauf. Sprachlich lehnt er sich an den geltenden Art. 219 Abs. 3 OR an, indem er von «Mangel des Gebäudes» spricht. Nach heutigem Verständnis gilt die Bestimmung allerdings nicht nur für Mängel des Gebäudes, sondern für **Mängel des Grundstücks** allgemein³⁸, was sich aus der systematischen Auslegung der Bestimmung ergibt. Daran soll sich auch in Zukunft nichts ändern, weshalb man die Gelegenheit ergreifen sollte, die Bestimmung sprachlich anzupassen.

IV./C In Art. 219 Abs. 3 VE-OR sollte von «anzeigen» anstatt von «melden» die Rede sein.

Nach geltendem Recht muss ein Mangel nicht bloss gemeldet, sondern auch gerügt werden³⁹. Der heutige Gesetzestext bringt dies grundsätzlich mit dem **Begriff der «Anzeige»** zum Ausdruck (vgl. Art. 201 ff., Art. 370 OR; anders allerdings Art. 367 Abs. 1 OR, der von «in Kenntnis setzen» spricht). Soweit erkennbar, beabsichtigt der Vorentwurf nicht, daran materiell etwas zu verändern. Deshalb sollte Art. 219 Abs. 3 VE-OR das Wort «anzeigen» oder, präziser, «rügen» (anstatt «melden») verwenden. Vor allem aber ist auch hier der Einwand gegenüber der Neuschaffung einer absoluten, von der Verjährungsfrist abgekoppelten Rügefrist mit Genehmigungswirkung zu erheben, die zu einer empfindlichen Schlechterstellung des Käufers führt. Wie schon erwähnt, ist die aktuelle Teilrevision dem VE-OR in diesem Punkt vorzuziehen, indem es nach Art. 210 Abs. 2 E-OR neu ausdrücklich auf die «Verjährungsfrist» ankommen soll.

³⁸ BGE 104 II 265 E. 3, 270.

³⁹ BGE 107 II 172 E. 1a, 175; ZINDEL/PULVER, BaKomm., N 17 zu Art. 367 OR.

IV./D Der VE-OR koordiniert die VVG-Verjährung nicht.

Der VE-OR sieht keine Änderung der Verjährungsbestimmung des VVG vor. Zu beachten ist aber, dass weder Art. 46 des geltenden VVG noch Art. 64 des am 7. September 2011 vom Bundesrat verabschiedeten VVG-Entwurfs mit der vorgeschlagenen Verjährungsordnung (namentlich betreffend Dauer und Beginn der Fristen) in **Einklang** steht. Es ist kein sachlicher Grund ersichtlich, die VVG-Verjährung abweichend von der allgemeinen Verjährung zu regeln, weshalb im Rahmen der Revision des Verjährungsrechts eine entsprechende Anpassung der VVG-Verjährung zu berücksichtigen ist.

V. Schlussbemerkung

Die Vereinheitlichung des praktisch so bedeutsamen, heute aber unübersichtlichen Verjährungsrechts ist ein erstrebenswertes Ziel. Nach unserer Einschätzung enthält der Vorentwurf allerdings Schwächen, die teils konzeptioneller Natur sind, teils die gewählten Formulierungen betreffen. Aus diesen Gründen treten wir dafür ein, dass der Vorentwurf einer vertieften, kritischen Überprüfung unterzogen wird, an der auch Kreise beteiligt werden, die ausserhalb der Verwaltung stehen. Wie eingangs schon vermerkt, ist das Verjährungsrecht von so grosser Bedeutung, dass man den damit verbundenen Aufwand nicht scheuen darf.

Mit freundlichen Grüssen



Prof. Dr. Hubert Stöckli



MLaw Christof Bergamin, Rechtsanwalt