



Periodisch geschuldete Leistungen: Gedanken zur Verjährungsbestimmung des Art. 128 Ziff. 1 OR

PETER GAUCH

Nach Art. 128 Ziff. 1 OR verjähren «die Forderungen für Miet-, Pacht- und Kapitalzinse sowie für andere periodische Leistungen» in fünf (statt in zehn) Jahren. Im Zusammenhang mit den juristischen Kontroversen, die bezüglich der herausgabepflichtigen Retrozessionen an beauftragte Banken und Vermögensverwalter ausgebrochen sind, hat sich in der jüngeren Vergangenheit auch die Frage nach der Auslegung des zitierten Art. 128 Ziff. 1 OR aktualisiert.

Mit dieser Frage befasst sich der vorliegende Aufsatz, indem er unter Einbezug des Art. 131 OR einige Gedanken entwickelt, die es für das Verständnis des Art. 128 Ziff. 1 OR zu berücksichtigen gilt. Nach der Ansicht des Autors beruhen die periodischen Leistungspflichten sowohl des Art. 131 OR als auch des Art. 128 Ziff. 1 OR auf einer Dauerschuld, welche die betreffenden Leistungspflichten («Einzelschulden») in regelmässigen Zeitabständen (periodisch) hervorbringt. Bei der Dauerforderung, die das Korrelat dieser Dauerschuld bildet, handelt es sich um «das Forderungsrecht im Ganzen», von dem Art. 131 OR spricht.

In einem Exkurs kommt der Autor auch auf die Verpflichtung des Beauftragten zur Herausgabe von Vorteilen («Rabatten», «Provisionen», «Retrozessionen» usw.) zu sprechen, die dem Auftragnehmer infolge seiner Auftragsausführung von einem Dritten zukommen. Ausgehend von seiner Auslegung des Art. 128 Ziff. 1 OR gelangt der Autor zum Schluss, dass Art. 128 Ziff. 1 OR diesbezüglich keine Anwendung findet, selbst wenn der Beauftragte im konkreten Fall die jeweils erlangten Vorteile in zeitlich regelmässiger Wiederkehr herauszugeben hat.

Selon l'art. 128 ch. 1 CO, «les loyers et fermages, les intérêts de capitaux et toutes autres redevances périodiques» se prescrivent par un délai de cinq (au lieu de dix) ans. Dans le cadre des controverses en droit de la prescription qui sont survenues en rapport avec l'obligation de restitution des rétrocessions reçues par des banques et gérants de fortunes mandatés, la question de l'interprétation de l'art. 128 ch. 1 CO est récemment devenue d'actualité.

La présente contribution traite de cette question, dans la mesure où elle développe, en intégrant l'art. 131 CO, quelques idées, qui doivent être prises en considération pour la compréhension de l'art. 128 ch. 1 CO. Selon l'auteur, les obligations de prestations périodiques au sens de l'art. 131 CO ainsi qu'au sens de l'art. 128 ch. 1 CO reposent sur une dette de durée, qui fait émerger les obligations de prestations en question à des intervalles périodiques. La créance de durée, qui constitue le corrélat de cette dette de durée, représente le «Forderungsrecht im Ganzen» (OR 131 deutsch), auquel l'art. 131 al. 2 CO fait référence en utilisant l'expression «créance».

Dans un excursus, l'auteur parle de l'obligation du mandataire de restituer les avantages («rabais», «provisions», «rétrocessions», etc.) reçus de tiers suite à l'exécution du contrat de mandat. Sur la base de son interprétation de l'art. 128 ch. 1 CO, l'auteur arrive à la conclusion que l'art. 128 ch. 1 CO n'est pas applicable dans ce contexte, même si les avantages reçus doivent être restitués à des intervalles périodiques.

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Zwei Vorbemerkungen
- III. Das rechtliche Umfeld des Art. 128 Ziff. 1 OR, namentlich Art. 131 OR
- IV. Zum Inhalt des Art. 128 Ziff. 1 OR
- V. Exkurs: Die Pflicht des Beauftragten zur Herausgabe der von Dritten erlangten Vorteile und wie es diesbezüglich um die Anwendbarkeit des Art. 128 Ziff. 1 OR steht
- VI. Schluss

I. Einleitung

Manche Bestimmung des Obligationenrechts wird da und dort kommentiert, allenfalls «monografiert», gerät ab und

zu ins Visier eines Gerichts, schlummert sonst aber ruhig vor sich hin, ohne besondere Diskussionen oder gar erregte Kontroversen auszulösen. So verhielt es sich über längere Zeit hinweg auch mit Art. 128 Ziff. 1 OR, wonach «die Forderungen für Miet-, Pacht- und Kapitalzinse sowie für andere periodische Leistungen» in Abweichung von der zehnjährigen Regelfrist des Art. 127 OR schon in fünf Jahren verjähren¹. In Zusammenhang mit den «Retrozessionen» an die Banken und Vermögensverwalter hat sich diese Situation nun aber schlagartig geändert. Art. 128 Ziff. 1 OR und die Frage, welche Forderungen

PETER GAUCH, Dr. iur., Dr. h.c., Emeritierter Professor der Universität Freiburg und ständiger Gastprofessor der Universität Luzern.

Bei der Vervollständigung der Anmerkungen und beim Korrekturlesen hat mir Herr Rechtsanwalt ROGER BIERI, wissenschaftlicher

Mitarbeiter am Lehrstuhl für Zivil- und Handelsrecht der Universität Freiburg, geholfen, wofür ich ihm sehr dankbar bin.

¹ Vorbehalten bleiben Sonderbestimmungen, in denen das Gesetz für periodische Leistungen andere Verjährungsfristen vorsieht. Vgl. z.B. BGE 139 III 263 ff., wonach die aus einem Verdienstausfallversicherungsvertrag geschuldeten Renten je nach zwei Jahren verjähren, entsprechend der in Art. 46 Abs. 1 VVG vorgesehenen Frist.

von dieser verjährungsrechtlichen Ausnahmebestimmung erfasst werden, sind zum Gegenstand juristischer Auseinandersetzungen geworden², die bis hinein in die Tagespresse reichen³.

An mir selber ist die besagte Auseinandersetzung nicht spurlos vorüber gegangen. Vielmehr hat sie mich zum Nachdenken angeregt, ja zum Versuch, einige Gedanken zur Auslegung des Art. 128 Ziff. 1 OR beizutragen. Wenn ich dies nachfolgend versuche, möchte ich weder für noch gegen jemanden schreiben, sondern schlicht und einfach zum Ausdruck bringen, was es nach meiner Ansicht für das Verständnis des Art. 128 Ziff. 1 OR *auch* zu beachten gilt. Dementsprechend verzichte ich, mit einer Ausnahme⁴, auf die einschlägigen Publikationen einzutreten, die im Zusammenhang mit den Retrozessionen an die Banken und Vermögensverwalter erschienen sind. Ich beginne mit zwei Vorbemerkungen:

II. Zwei Vorbemerkungen

1. Die *erste Vorbemerkung* bezieht sich auf die *Herkunft des Art. 128 Ziff. 1 OR* und auf *das deutsche BGB*. Diesbezüglich ist festzuhalten:

Dass für periodische Leistungspflichten eine verkürzte Verjährungsfrist gelten soll, ist *keine Erfindung des schweizerischen Gesetzgebers*, sondern beruht auf einer

historisch gewachsenen Rechtsidee, die weit in die Vergangenheit zurückreicht⁵ und z.B. im französischen Code Civil von 1804 (in § 2277) bereits einen kodifizierten Ausdruck gefunden hat. Eingang in das schweizerische Obligationenrecht hat die Idee mit dem OR von 1881 (aOR) gefunden, worin es in Art. 147, abweichend von der zehnjährigen Regelfrist des Art. 146, hiess: «Durch Ablauf von fünf Jahren verjähren die Ansprüche: 1) auf Mieth-, Pacht- und Kapitalzinse, sowie auf andere periodische Leistungen; ...»⁶. Kurz nach dem alten Obligationenrecht, das 1883 in Kraft trat, ist im Jahre 1900 auch das deutsche BGB in Kraft getreten, dessen § 197 die Ansprüche auf «regelmässig wiederkehrende Leistungen» einer vierjährigen statt der damals dreissigjährigen Regelfrist des neuerdings völlig veränderten § 195 unterstellte. Das war insofern keine Neuigkeit, als die vierjährige Frist für diese Ansprüche im grösseren Teile Deutschlands bereits zuvor gegolten hatte⁷.

Das heute geltende *Obligationenrecht von 1911* (seit 1912 in Kraft) hat die Bestimmung des Art. 147 Ziff. 1 aOR mit leichten sprachlichen Änderungen übernommen und in den derzeit immer noch geltenden Art. 128 Ziff. 1 OR eingefügt, während der geltende Art. 127 OR die zehnjährige Regelfrist des Art. 146 aOR übernahm. Das *Verjährungsrecht des BGB* wurde mit dem Inkrafttreten des deutschen Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes (2002) hingegen stark modifiziert. Die regelmässige Verjährungsfrist beträgt nach dem jetzt geltenden § 195 BGB nur mehr drei Jahre; davon ausgenommen sind (unter anderem) die in Abs. 1 des revidierten § 197 aufgezählten Ansprüche, die in dreissig Jahren verjähren, «soweit nicht ein anderes bestimmt ist». «Ein anderes bestimmt» ist in Abs. 2 des § 197 BGB für ausgewählte Ansprüche auf «regelmässig wiederkehrende Leistungen»; für sie wird unter näher umschriebenen Voraussetzungen die ausnahmsweise dreissigjährige Frist des § 197 Abs. 1 auf die dreijährige Regelfrist des § 195 zurück verkürzt.

² Vgl. z.B. SUSAN EMMENEGGER, Anlagekosten: Retrozessionen im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, in: Susan Emmenegger (Hrsg.), *Anlagerecht*, Basel 2007, 59 ff. (87 ff.); DANIELE GALLIANO/GIOVANNI MOLO, Les rétrocessions dans le domaine de la gestion patrimoniale, AJP/PJA 2012, 1766 ff. (1774); BEAT MATHYS/ROBERTO VITO, Wann verjähren Bestandesspflegekommissionen?, in: Jusletter 19. November 2012; PETER NOBEL, Das Bundesgericht zu den Bestandesspflegekommissionen, in: Jusletter 19. November 2012 (Rz. 14); JEAN-MARC SCHALLER, Retrozessionen: Nochmals zur Verjährungsfrage, in: Jusletter 3. Dezember 2012; SABRINA BÄNNINGER, Die Verjährung von Bestandesspflegekommissionen: Wann beginnt sie und wie lange dauert sie?, in: Jusletter 10. Juni 2013; PASCAL PICHONNAZ/Franz WERRO/BÉATRICE HURNI, La prescription de la créance en restitution des commissions d'état (art. 400 al. 1 CO) après l'ATF 138 III 755, AJP/PJA 2013, 887 ff.; NATALIA NEUMAN/HANS CASPAR VON DER CRONE, Herausgabepflicht für Bestandesspflegekommissionen im Auftragsrecht, SZW 2013, 101 ff. (110 f.); FLAVIO ROMERIO/CLAUDIO BAZZANI, Verjährung des Anspruchs auf Herausgabe von Bestandesspflegekommissionen, GesKR 2013, 49 ff.

³ Vgl. z.B. den NZZ Artikel «Erhitzte Gemüter wegen «Retros»» vom 26. Oktober 2013, 31, den Tages-Anzeiger Artikel «Nicht alle Gutachter spielen mit offenen Karten» vom 4. November 2013, 31, und den NZZ Artikel «Viele Unklarheiten rund um «Retros»» vom 20. November 2013, 33.

⁴ Vgl. FN 47.

⁵ Vgl. die Nachweise bei KARL SPIRO, Die Begrenzung privater Rechte durch Verjährungs-, Verwirkungs- und Fatalefristen, Band I, Bern 1975, § 267, S. 621, wonach «die besondere, rasche Verjährung periodischer Leistungen» sich «seit dem 14./15. Jahrhundert in Italien, seit dem 16. auch in Frankreich» findet und «im 19. Jahrhundert weiteste Verbreitung erlangt» hat.

⁶ So schon der 1877 veröffentlichte Kommissionsentwurf zum Schweizerischen Obligationenrecht, Art. 186 Abs. 2, letzter Satz, jedoch mit einer auf *drei* Jahre verkürzten Verjährungsfrist.

⁷ Vgl. mit Nachweisen: BENNO MUGDAN, Die gesammelten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, I. Band, Berlin 1899, 520 (Motive der 1. Kommission, S. 305).

2. Die zweite Vorbemerkung ist allgemeiner Art. Sie betrifft das Phänomen der so genannten Dauerschulden, deren Besonderheit erstmals von OTTO VON GIERKE in seinem berühmten Aufsatz «Dauernde Schuldverhältnisse» aus dem Jahre 1914 klar herausgestellt und dem juristischen Publikum ins Bewusstsein gebracht wurde⁸.

Diese Dauerschulden haben mit den «einfachen» (oder «vorübergehenden») Schulden gemeinsam, dass sie leistungsbezogen sind. Von den «einfachen» Schulden aber unterscheiden sie sich dadurch, dass sie durch Erfüllung nicht erlöschen, sondern so lange zu erfüllen sind, bis ihnen durch Ablauf einer zum voraus bestimmten/bestimmbaren Zeit oder aus einem anderen Grund ein Ende von aussen gesetzt wird¹⁰. Ihr Gegenstand kann nicht nur in einem fortgesetzten Verhalten (Tun, Unterlassen, Dulden) bestehen. Vielmehr kann der Gegenstand einer Dauerschuld auch in wiederkehrenden Leistungen bestehen¹¹, deren zugehörige Leistungspflichten sie «stossweise» erzeugt, und die durch Erfüllung untergehen, ohne dass der Bestand der Dauerschuld davon berührt wird¹². In diesem Fall muss die Dauerschuld als Ganzes von den Leistungspflichten (den «Einzelschulden») unterschieden werden, die ihr entspringen¹³. Die Dauerschuld bildet hier gewissermassen die «Stammverpflichtung»¹⁴ (oder «Stammschuld»), welche die wiederkehrenden Einzelpflichten sukzessiv hervorbringt.

Das Korrelat jeder Schuld ist die Forderung des Gläubigers, die ihr entspricht. So auch bei der Dauerschuld. In Übereinstimmung mit dem Dauercharakter der Schuld kann die ihr entsprechende Forderung des Gläubigers als *Dauerforderung* bezeichnet werden. «Dauerforderung» und «Dauerschuld» bezeichnen somit ein und dieselbe obligatorische Rechtsbeziehung, je vom Gläubiger oder vom Schuldner aus betrachtet.

III. Das rechtliche Umfeld des Art. 128 Ziff. 1 OR, namentlich Art. 131 OR

1. Art. 128 Ziff. 1 OR, wonach «die Forderungen für Miet-, Pacht- und Kapitalzinse sowie für andere periodische Leistungen» in fünf Jahren verjähren, gehört zum allgemeinen Verjährungsrecht, das der allgemeine Teil des geltenden Obligationenrechts in den Artikeln 127–142 OR regelt. Sie folgt als eine Ausnahmeregel auf Art. 127 OR, der für die Verjährung von Forderungen eine zehnjährige Frist vorsieht. Doch ist sie nicht die einzige Bestimmung, in der das allgemeine Verjährungsrecht des Obligationenrechts von «periodischen Leistungen» spricht. Vielmehr bestimmt Art. 131 OR in Abs. 1: «Bei Leibrenten und ähnlichen periodischen Leistungen beginnt die Verjährung für das Forderungsrecht im Ganzen mit dem Zeitpunkte, in dem die erste rückständige Leistung fällig war». Und Abs. 2 des Art. 131 OR ergänzt: «Ist das Forderungsrecht im Ganzen verjährt, so sind es auch die einzelnen [periodischen] Leistungen».

2. Die soeben zitierte Bestimmung des Art. 131 OR entspricht der Vorschrift des Art. 152 aOR. Sie unterscheidet zwischen den «periodischen Leistungen» (die an periodisch wiederkehrenden Terminen zu erbringen sind) und dem «Forderungsrecht im Ganzen». Das «Forderungsrecht im Ganzen», von dem Art. 131 OR spricht, wurde vom Bundesgericht auch als «Stammrecht», als «Grundforderung» oder als «ein in sich abgeschlossenes nutzbares Grundrecht» bezeichnet¹⁵. So oder so aber hat es den Charakter einer Dauerforderung, deren Korrelat eine Dauerschuld ist, aus der die periodischen (wiederkehrenden) Leistungspflichten entspringen. Das Letztere ergibt sich aus dem in Art. 131 Abs. 1 OR angeführten Beispiel der «Leibrenten» (französisch: «rentes viagères»), bei denen die periodischen Leistungspflichten des Rentenschuldners Ausfluss einer Dauerschuld sind, welche die einzelnen Leistungspflichten in wiederkehrenden Zeitabständen «gleich wie Früchte aus sich heraus»¹⁶ hervorbringt¹⁷. Dasselbe gilt auch mit Bezug auf «ähnliche periodische Leistungen», die Art. 131 Abs. 1 OR den periodischen Leibrentenleistungen gleichstellt¹⁸ und die der französi-

⁸ Vgl. OTTO VON GIERKE, Dauernde Schuldverhältnisse, Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts, Band 64 (= 2. Folge Band 28), 1914, 355 ff. Elektronisch abrufbar unter <http://dlib-zs.mpiers.mpg.de/pdf/2084957/64/1914/20849576419140361.pdf>

⁹ Eine Ausdrucksweise, die VON GIERKE (FN 8), 356, gebraucht hat.

¹⁰ Vgl. BGE 138 III 318; BGer 4A_141/2007, E. 4.1.; VON GIERKE (FN 8), 358 ff.; PETER GAUCH, System der Beendigung von Dauererträgen, Diss. Freiburg 1968 (AISUF Band 34), 6. f.; PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/JÖRG SCHMID, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil I, Zürich 2008, Nr. 94 f.

¹¹ Aus der Rechtsprechung vgl. BGE 138 III 318; BGer 4A_141/2007, E. 4.1.

¹² Vgl. VON GIERKE (FN 8), 360 a.E.

¹³ Vgl. VON GIERKE (FN 8), 360 f.

¹⁴ VON GIERKE (FN 8), 360 a.E.

¹⁵ Vgl. BGE 139 III 264; BGE 124 III 451; BGE 61 III 195.

¹⁶ BGE 61 III 195.

¹⁷ Zum Leibrentenvertrag siehe GAUCH, System (FN 10), 14 f.: «Die charakteristische Verbindlichkeit des [...] Leibrentenvertrages (Art. 516–520 OR) richtet sich auf fortwährende Erbringung zeitlich wiederkehrender Geld- oder anderer vertretbarer Sachleistungen. Diese dauernde Gesamtleistungspflicht bringt «stossweise» Einzelleistungspflichten hervor: Verpflichtungen zur Erbringung der einzelnen «in sich geschlossenen» Leistungen.»

¹⁸ Vgl. BGE 139 III 264.

sche Text des Art. 131 Abs. 1 OR als «autres prestations périodiques analogues» bezeichnet. Auch damit sind periodische Leistungen gemeint, deren periodische Leistungspflichten aus einer Dauerschuld/Dauerforderung hervorgehen. Mehr an «Ähnlichkeit» mit oder «Analogie» zu den periodischen Rentenleistungen ist weder nach dem Text noch nach dem Regelungsgehalt des Art. 131 OR verlangt¹⁹.

Was den Regelungsgehalt betrifft, so geht Art. 131 OR davon aus, dass nicht nur die periodisch geschuldeten Leistungen der Verjährung unterliegen, sondern auch die Dauerschuld/Dauerforderung (das «Forderungsrecht im Ganzen»), aus dem sich die periodischen Leistungspflichten herleiten. Er regelt, wann die Dauerforderung (das «Forderungsrecht im Ganzen») zu verjähren beginnt (Abs. 1). Zu den Verjährungsfristen, die für die Dauerforderung und die ihr entspringenden (periodischen) Leistungspflichten gelten, enthält er keine Aussage²⁰. Doch bestimmt er, dass «die einzelnen [periodischen] Leistungen» jedenfalls verjährt sind, falls «das Forderungsrecht im Ganzen» verjährt ist (Abs. 2). Beide Regeln (Abs. 1 und Abs. 2) sind sinnvoll, gleichgültig, worin die «periodischen Leistungen» bestehen.

3. Mit dem bisher Gesagten ist zugleich klargestellt, dass das «Forderungsrecht im Ganzen», von dem Art. 131 OR spricht, eine Forderung im Rechtssinne ist und insbesondere nicht verwechselt werden darf mit einem übergreifenden, gesamten Schuldverhältnis (z.B. einem Vertragsverhältnis), dessen Bestandteil es nebst allenfalls anderen Forderungen oder sonstigen Elementen (z.B. Gestaltungsrechten und Obliegenheiten) bildet. Dieser Klarstellung bedarf es gegenüber einer bisweilen verwendeten *Formulierung*, wonach das «Forderungsrecht im Ganzen» zwar

eine «Gesamtforderung», aber keine «eigentliche» (oder keine «technische») Forderung sei, sondern ein «Schuldverhältnis»²¹. Wird das «Schuldverhältnis» in der erwähnten Formulierung lediglich als «Obligation» (nicht als gesamtes Schuldverhältnis) und damit in einem engen Sinne verstanden²², so ist die Formulierung in sich widersprüchlich, weil jede Obligation ein Forderungsrecht zusammen mit der ihm entsprechenden Schuld umfasst. Versteht die Formulierung das «Schuldverhältnis» aber als gesamtes Schuldverhältnis (z.B. als ein Leibrenten-Vertragsverhältnis), so ist sie in der Sache unhaltbar. Denn eine Interpretation des Art. 131 OR, die das «Forderungsrecht im Ganzen» als gesamtes Schuldverhältnis begreift²³, steht nicht nur im Widerspruch zum Ausdruck «Forderungsrecht», den Art. 131 OR gebraucht, sondern auch zur Tatsache, dass zwar Forderungen aus einem gesamten Schuldverhältnis grundsätzlich verjähren sind, nicht aber das gesamte Schuldverhältnis (z.B. ein Vertragsverhältnis), das eine oder mehrere Forderungen enthält²⁴.

IV. Zum Inhalt des Art. 128 Ziff. 1 OR

1. Wenden wir uns nun dem Inhalt des Art. 128 Ziff. 1 OR zu, so liegt den Forderungen auf periodische Leistungen, die mit Ablauf von fünf Jahren verjähren, wiederum eine Dauerschuld/Dauerforderung zugrunde, welche die periodischen Leistungspflichten in wiederkehrenden Zeitabständen hervorbringt²⁵. Die in Art. 128 Ziff. 1 OR aufgeführten Paradebeispiele (periodisch zu leistende «Miet-, Pacht- und Kapitalzinse») machen dies deutlich. Die den periodischen Leistungspflichten zugrunde liegende Dauerforderung, die das Korrelat zur Dauerschuld bildet, ist

¹⁹ Vgl. auch die diesbezüglich weite Auslegung bei SPIRO (FN 5), § 58 f.; ferner die im deutschen Recht ohne einschlägige Gesetzesbestimmung herausgebildete Rechtslage, wonach «Rückstände von wiederkehrenden Leistungen in jedem Fall [...] mit dem Recht» verjähren, «dem sie entstammen» (KURT HERBERT JOHANNSEN, BGB-Reichsgerichtskommentar, Das Bürgerliche Gesetzbuch, Band I, 12. A., 1982, N 8 zu [alt] § 197 BGB; ergebnisgleich z.B. GEORG AUGUSTIN, Soergel (Kohlhammer)-Kommentar (Bürgerliches Gesetzbuch), Band 1, 11. A., 1978, N 4 zu [alt] § 197 BGB). Einschränkung mit Bezug auf Art. 131 OR dagegen verschiedene Schweizer Autoren, z.B. STEPHEN BERTI, Zürcher Kommentar, N 10 ff. zu Art. 131 OR; ROBERT K. DÄPPEN, Basler Kommentar, OR I, 5. A., Basel 2011, N 2 zu Art. 131 OR; ALFRED KOLLER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bern 2009, 1145, Nr. 9.

²⁰ Zur Anwendung kommen diesbezüglich Art. 127 OR (zehn Jahre für die Dauerforderung) und Art. 128 Ziff. 1 OR (fünf Jahre für die periodischen Leistungspflichten), soweit das Gesetz keine davon abweichende Sonderbestimmung enthält.

²¹ So z.B. DÄPPEN (FN 19), N 2 zu Art. 131 OR, im Anschluss an BGER 5C.168/2004, E 3.1, sowie BERTI (FN 19), N 6 zu Art. 131 OR. Forscht man nach dem Ursprung der Formulierung, so stösst man auf ANDREAS VON TUHR, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, II. Halbband, Tübingen 1925, 623, wo die Formulierung im Wesentlichen «vorformuliert» wurde. Dies zeigt, wie ein einmal formulierter Satz einen langfristigen Effekt auf spätere Formulierungen haben kann.

²² Vgl. dazu KOLLER (FN 19), 15, Nr. 48.

²³ So z.B. ANDREAS VON TUHR (FN 21), 623, und jetzt ANDREAS VON TUHR/ARNOLD ESCHER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band II, Zürich 1974, § 81 VI, 234 f. (in Verbindung mit dem auf S. 235, Anm. 63, enthaltenen Verweis); kritisch dazu KOLLER (FN 19), 1145, N 8.

²⁴ Vgl. dazu auch SPIRO (FN 5), § 62, S. 132 f., mit rechtsvergleichenden Hinweisen.

²⁵ Hingegen ist es nicht erforderlich, dass die betreffenden Leistungen allesamt von gleicher Bedeutung sind und dass deren Betrag von vorneherein exakt feststeht (BGE 139 III 264).

das «Forderungsrecht im Ganzen», von dem in Art. 131 OR die Rede ist. Dass Art. 128 Ziff. 1 OR die in Art. 131 Abs. 1 OR als einziges Beispiel erwähnten «Leibrenten» («rentes viagères») nicht auch noch aufführt, vermag daran nichts zu ändern. Obwohl sich Art. 128 Ziff. 1 OR und Art. 131 Abs. 1 OR mit Bezug auf Anzahl und Erscheinungsformen der zur Illustration verwendeten Beispiele unterscheiden, ist der Begriff der «periodischen Leistungen» in beiden Bestimmungen der gleiche²⁶, wofür schon der verjährungsrechtliche Zusammengang der beiden Bestimmungen spricht. Beizufügen bleibt:

Nach der *Rechtsprechung des Bundesgerichtes* zu Art. 128 Ziff. 1 OR gehört es zu den konstitutiven Merkmalen der «periodischen Leistungen», dass sie «auf demselben Schuldgrund» (BGE 45 II 676) bzw. «auf einem einheitlichen Schuldgrund» (BGer 4C.207/2006, E. 2.2.1) beruhen oder (anders ausgedrückt) «en vertu du même rapport d'obligation» geschuldet sind (BGE 139 III 264; BGE 124 III 374). Das ist richtig, falls man den «Schuldgrund» bzw. «le même rapport d'obligation» als Dauerschuld begreift, aus der die periodischen Leistungspflichten in der Weise fliessen, dass sie «gerade durch den Zeitablauf immer wieder neu und selbständig entstehen»²⁷. Der so verstandene Schuldgrund stellt aus der Sicht des Gläubigers ein «Stammrecht» dar, «aus dem einzelne abtrennbare Ansprüche (laufend) fliessen», wie es der Deutsche Bundesgerichtshof für die Anwendung des § 197 BGB in der ursprünglichen Fassung vorausgesetzt hat²⁸. Die daraus fliessenden Ansprüche sind (um nochmals auf eine höchstgerichtliche Voraussetzung für die Anwendung des alten § 197 BGB zu verweisen), «von vornherein und [ihrer] Natur nach auf Leistungen gerichtet, die nicht einmal, sondern in regelmässiger zeitlicher Wiederkehr zu erbringen sind»²⁹.

Soll das Gesagte durch *negative Beispiele* verdeutlicht werden, so fehlt es an periodisch geschuldeten Leistungen im Sinne des Art. 128 Ziff. 1 OR, wenn z.B. der Gegenstand eines Kaufvertrages in einer bestimmten Menge von Sachen besteht, die der Verkäufer in zeitlich wiederkehrenden Abständen zu liefern hat; wenn der mit dem Werkunternehmer vereinbarte Werkpreis durch sukzessi-

ve Teilzahlungen zu begleichen ist; wenn der Werkunternehmer das geschuldete Werk in Teilen abzuliefern hat; oder wenn die Rückzahlungspflicht des Darlehensnehmers durch sukzessive Tilgung der Rückzahlungsschuld erfüllt werden soll. In keinem dieser Beispiele geht es um Leistungspflichten, die einer Dauerschuld entspringen. Vielmehr erfüllt hier der Schuldner durch seine Leistungshandlungen eine «einfache» Schuld, die durch die jeweiligen Einzelleistungen je zum Teil erlischt³⁰. Art. 128 Ziff. 1 OR findet keine Anwendung. Zu undifferenziert ist daher die Formulierung von KARL SPIRO, soweit er die Bestimmung des Art. 128 Ziff. 1 OR auf «die Fälle» bezieht, «in denen eine nach Grund und Inhalt einheitliche Leistung auf mehrere Termine gleichmässig verteilt wird»³¹.

2. Dass die von Art. 128 Ziff. 1 OR erfassten Forderungen auf periodische Leistungen Ausfluss einer Dauerschuld/Dauerforderung sind, liefert die Grundlage für das Verständnis der Bestimmung. Auch harmoniert diese Meinung mit der Maxime, wonach Art. 128 Ziff. 1 OR als eine Ausnahmeregel von Art. 127 OR eng auszulegen ist³². Und im Übrigen deckt sie sich mit der Auffassung, die bereits OTTO VON GIERKE in seinem vorne zitierten Aufsatz von 1914 für die bei wiederkehrenden Leistungen verkürzte Verjährung nach dem damaligen deutschen Schuldrecht vertreten hat. Um das Letztere aufzuzeigen, lohnt es sich, die einschlägige Stelle des zitierten Aufsatzes in ihrem grösseren Kontext wiederzugeben. Bei seiner Lektüre ist zwar zu berücksichtigen, dass OTTO VON GIERKE zwischen «Forderungsrecht» und «Anspruch» begrifflich unterschied, wie es der in Deutschland herrschenden Lehre entsprach³³. In unserem Zusammenhang ist der Text aber dennoch aussagekräftig. Er lautet:

«Endlich entspricht auch dem Forderungsrecht auf *wiederkehrende Leistungen* ein einheitlicher Gesamtanspruch. Hier treten freilich die Einzelansprüche auf die fälligen Leistungen in den Vordergrund. Denn das zur bestimmten Zeit als reife Frucht sich vom Stammrecht lösende Forderungsrecht auf die Einzelleistung tritt als selbständiges Forderungsrecht auf eine in sich abgeschlossene vorübergehende Leistung ins Leben und ist daher von vornherein mit einem Leistungsanspruch ausgestattet. Diese Einzelansprüche aber führen ein vom

²⁶ Vgl. auch BGE 139 III 264: «Les rentes viagères [= «Leibrenten» im Sinne von Art. 131 Abs. 1 OR] sont des redevances périodiques au sens de l'art. 128 ch. 1 CO».

²⁷ Formulierung nach FRANK PETERS, Julius von Staudingers Kommentar zum BGB, Allg. Teil, 5, Neubearbeitung 2004, N 39 zu § 197 BGB (revidierte Fassung); ebenso: FRANK PETERS/FLORIAN JAKOBY, Staudingers Kommentar zum BGB, Allg. Teil 5, Neubearbeitung 2009, N 66 zu § 197 BGB (revidierte Fassung).

²⁸ So: BGHZ 146, 228, S. 233.

²⁹ BGH NJW 2005, 3146, S. 3147; BGHZ 146, 228, S. 233.

³⁰ Vgl. dazu und zu einem Teil der aufgeführten Beispiele: VON GIERKE (FN 8), 358.

³¹ So die Formulierung bei SPIRO (FN 5), § 268, S. 625.

³² So z.B. BGer 4C.207/2006, E. 2.2.3.

³³ Vgl. VON GIERKE (FN 8), 367 f. Für das schweizerische Recht wird heute richtigerweise postuliert, auf eine begriffliche Unterscheidung zu verzichten (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID [FN 10], Nr. 80, mit einem Zitat von HANS MERZ).

Gesamtanspruch unabhängiges Dasein [...] und unterliegen ein jeder für sich einer besonderen abgekürzten Verjährung (Anmerkung: Regelmässig der vierjährigen Verjährung des § 197 BGB, in manchen Fällen schon der zweijährigen des § 196). Allein hinter ihnen steht der Gesamtanspruch auf Erfüllung des dauernden Forderungsrechts durch periodische Wiederholung der Einzelleistungen.»³⁴

3. Fragt man nach den *gesetzlichen Gründen für die verkürzte Verjährungsfrist des Art. 128 Ziff. 1 OR*, so wird zur Hauptsache auf die Gefährdung des Schuldners durch eine (namentlich unbemerkte) Ansammlung unverjährter Forderungen hingewiesen, die bei periodisch geschuldeten Leistungen bestehe und wogegen der Schuldner durch eine kurze Verjährung geschützt werden soll³⁵; oder darauf, «dass der Gläubiger wiederkehrende Ansprüche viel weniger leicht lange Zeit vergisst» und darum «sein Schweigen rascher einem Verzicht gleichgestellt werden darf»³⁶. Ob der Gesetzgeber sich von diesen Gründen oder ob er sich eher von der historisch überkommenen Idee einer einschlägigen Verjährungsverkürzung oder von wirtschaftspolitischen Überlegungen leiten liess, mag dahin gestellt bleiben. Jedenfalls sprechen die beiden Gründe nicht gegen die hier vertretene Auffassung, wonach den Forderungen auf periodische Leistungen des Art. 128 Ziff. 1 OR eine Dauerschuld/Dauerforderung zugrunde liegt, aus der sie entspringen. Vielmehr bedarf zumindest der geschäftsunerfahrene Schuldner gerade bei periodischen Leistungspflichten, die auf einer Dauerschuld beruhen und durch den Zeitablauf immer wieder neu entstehen, des Schutzes durch eine kurze Verjährung, weil sich hier im Laufe der Zeit unübersehbare Zahlungsrückstände aufbauen können, mit deren Geltendmachung der Schuldner nach einer relativ kurzen Frist nicht mehr rechnen muss. Einzuräumen ist freilich, dass ein entsprechendes Schutzbedürfnis auch bei periodischen Leistungspflichten bestehen kann, die sich nicht aus einer Dauerschuld herleiten. Indes ist der Zweck nicht das alleinige Mittel, das zur Auslegung einer Gesetzesnorm dient.

³⁴ VON GIERKE (FN 8), 374.

³⁵ Vgl. z.B. BGE 31 II 457 (zu Art. 147 aOR); PASCAL PICHONNAZ, *Commentaire romand*, CO I, 2. A., Basel 2010, N 2 zu Art. 128 OR; SPIRO (FN 5), § 267, S. 622 (selber jedoch kritisch). Analog auch die deutsche Rechtsprechung zum alten § 197 BGB, der verhindern soll, dass regelmässig wiederkehrende Einzelforderungen sich nach und nach ansammeln und schliesslich einen Betrag erreichen, dessen Aufbringung in einer Summe dem Schuldner immer schwerer fällt (BGHZ 31, 329, S. 335; 80, 357, S. 358).

³⁶ Vgl. SPIRO (FN 5), § 267, S. 623; PICHONNAZ (FN 35), N 2 zu Art. 128 OR.

V. Exkurs: Die Pflicht des Beauftragten zur Herausgabe der von Dritten erlangten Vorteile und wie es diesbezüglich um die Anwendbarkeit des Art. 128 Ziff. 1 OR steht

1. Der einfache Auftrag gehört zu den Nominatverträgen. Die Vorschriften der Art. 394 ff. OR, die den einfachen Auftrag speziell regeln, enthalten in *Art. 400 Abs. 1 OR* auch eine Bestimmung, wonach der Beauftragte «schuldig» ist, «alles, was ihm infolge» der Geschäftsführung «aus irgendeinem Grunde zugekommen ist», seinem Auftraggeber «zu erstatten»³⁷. Diese Verpflichtung des Beauftragten erstreckt sich unter anderem auch auf die vermögensmässigen oder sonstigen *Vorteile, die dem Auftragnehmer infolge seiner Auftragsausführung von einem Dritten zukommen*, der sie ihm gewährt³⁸. Nach richtiger Auffassung ist der Beauftragte grundsätzlich verpflichtet, die betreffenden Vorteile (zum Beispiel «Rabatte», «Provisionen», «Sondervergütungen», «finder's fees») *sofort nach ihrem Erwerb herauszugeben*⁴⁰, was bisweilen durch eine dahin gehende Vereinbarung mit dem Auftraggeber bestätigt wird. Dementsprechend *kommt es vor, dass im konkreten Fall verschiedene Einzelleistungspflichten des Beauftragten zur Herausgabe der jeweils von einem Dritten erlangten Vorteile zeitlich nacheinander entstehen, so dass der Auftraggeber auf deren Erfüllung je einen selbständigen Anspruch hat*, der in der Regel «sogleich»

³⁷ Das gilt unabhängig davon, ob es sich beim konkreten Auftrag um ein Dauerschuldverhältnis handelt oder nicht. Ist man freilich der Meinung, Art. 394 ff. OR verstehe den einfachen Auftrag unter Ausschluss von Dauerverträgen (vgl. dazu und zur widersprüchlichen Rechtsprechung des Bundesgerichts: PETER GAUCH, SJZ 101, 2005, 521 a.E./522), so kommt Art. 400 Abs. 1 OR auf den Dauerauftrag nur (aber immerhin) sinngemäss zur Anwendung.

³⁸ BGE 138 III 141; BGE 137 III 395; WALTER FELLMANN, *Berner Kommentar*, N 115 und N 127 ff. zu Art. 400 OR.

³⁹ Vgl. BGE 132 III 464 f.; FELLMANN (FN 38), N 128 und N 131 zu Art. 400 OR.

⁴⁰ So z.B. JOSEF HOFSTETTER, *Schweizerisches Privatrecht VII/2* (1979), 94, und *Schweizerisches Privatrecht VII/6* (2000), 121; FELLMANN (FN 38), N 160 zu Art. 400 OR; ROLF WEBER, *Basler Kommentar*, OR I, 5. A., Basel 2011, N 15 zu Art. 400 OR; FRANZ WERRO, *Commentaire Romand*, CO I, 2. A., Basel 2003, N 17 zu Art. 400 OR. In die gleiche Richtung weist BGer 4C.125/2002, E. 3.1, a.E., wonach der Beauftragte Vermögenswerte, die er während der Auftragsausführung erlangt und für die Vertragserfüllung nicht benötigt, mangels anderer vertraglicher Abmachung dem Auftraggeber sofort nach ihrem Erwerb abliefern muss. Nach BGE 91 II 451 und BGE 133 III 41 entsteht die Herausgabepflicht des Art. 400 Abs. 1 OR zwar erst mit der Beendigung des Vertrages; keiner der beiden Entscheide betraf jedoch die Pflicht des Beauftragten zur Herausgabe des von einem Dritten Erlangten.

fällig wird (Art. 75 OR). Im Zusammenhang mit einer Verpflichtung von beauftragten Banken und Vermögensverwaltern, die von ihnen erhaltenen «Retrozessionen» dem Auftraggeber abzuliefern, hat sich nun *die Frage* gestellt, ob Art. 128 Ziff. 1 OR allenfalls auch im vorstehend beschriebenen Fall zur Anwendung kommt, die fünfjährige Verjährungsfrist des Art. 128 Ziff. 1 OR also auch für die erwähnten Herausgabepflichten des Beauftragten gilt, die zeitlich nacheinander zur Entstehung gelangen. *Mit dieser Frage befasse ich mich im Folgenden*, immer mit Bezug auf herausgabepflichtige Vorteile, die der Beauftragte infolge der Auftragsausführung von dritter Seite erlangt hat. Was der Beauftragte *durch* die Ausführung des Auftrages, in direkter oder indirekter Vertretung des Auftraggebers, von Dritten erwirbt⁴¹, bleibt von meiner Fragestellung ausgeklammert.

2. Bei der *Beantwortung der aufgeworfenen Frage* gehe ich davon aus, dass die Forderungen des Art. 128 Ziff. 1 OR, die in fünf (statt in zehn Jahren) verjähren, Ausfluss einer Dauerschuld/Dauerforderung sind. Trifft dies zu, wie ich meine⁴², so ist *die zu beantwortende Frage von vornherein und auch dann zu verneinen, wenn die betreffenden Herausgabepflichten in zeitlich regelmässiger Wiederkehr (periodisch) entstehen und fällig werden*. Denn die Schuldpflichten des Beauftragten, die von dritter Seite erlangten Vorteile abzuliefern, und die entsprechenden Forderungen des Auftraggebers auf Herausgabe der Vorteile beruhen nicht auf einer Dauerschuld/Dauerforderung, die sie «stossweise» hervorbringt. Vielmehr haben sie ihren jeweiligen Entstehungsgrund in der Tatsache, dass der Beauftragte infolge der Auftragsausführung vermögensmässige oder andere Vorteile von Dritten erlangt hat. Hinter ihnen steht somit auch kein «Forderungsrecht im Ganzen» (keine «Grundforderung»), für die eine Verjährung grundsätzlich möglich ist (Art. 131 OR), woran sich notabene nichts ändern würde, wenn man dieses «Forderungsrecht» in Abweichung von der vorliegend vertretenen Auffassung nicht notwendigerweise als *Dauerforderung* verstehen wollte. Dass aber der Bestand eines «Forderungsrechts im Ganzen» für die Annahme periodischer Leistungen im Sinne des Art. 128 Ziff. 1 OR erforderlich ist, hat schon KARL SPIRO hervorgehoben⁴³. Auch hat KARL SPIRO explizit erklärt, dass zu den Forde-

rungen des Art. 128 Ziff. 1 OR «nicht alle Forderungen zu rechnen sind, die offensichtlich immer wieder in gleicher Art begründet werden»⁴⁴.

3. Als *Ergebnis* kann somit festgehalten werden, dass Art. 128 Ziff. 1 OR auf die nacheinander entstehenden Schuldpflichten des Beauftragten, die jeweils von dritter Seite erlangten Vorteile herauszugeben, keine Anwendung findet, selbst wenn die betreffenden Herausgabepflichten in periodischen Zeitabständen entstehen und fällig werden. *Bei dieser Rechtslage bleibt es auch dann*: *a.* Wenn die vermögensmässigen oder anderen Vorteile, die der Beauftragte dem Auftraggeber in zeitlichen Abständen herauszugeben hat, gleichartig sind, von der gleichen Drittperson stammen und/oder dem Beauftragten aus gleichen oder gleichartigen Gründen gewährt werden. *b.* Wenn man die innere Begründung für die jeweilige Herausgabepflicht des Beauftragten in der Treuepflicht des Auftragnehmers erblicken will. Denn abgesehen davon, dass der Entstehungsgrund einer Forderung von seiner inneren Begründung zu unterscheiden ist, ist die Treuepflicht als solche keine Leistungspflicht und folglich schon deshalb keine Dauerschuld, die wiederkehrende Leistungspflichten erzeugt. *c.* Wenn die Verpflichtung des Beauftragten, «die ihm übertragenen Geschäfte oder Dienste» zu besorgen (Art. 394 Abs. 1 OR), den Charakter einer Dauerschuld hat und der Auftrag demzufolge ein Dauervertrag ist⁴⁵. Denn die Arbeitschuld des Beauftragten ist kein rechtlicher Entstehungsgrund, aus dem die Schuldpflichten des Beauftragten zur Herausgabe der ihm von Dritten gewährten Vorteile fliessen⁴⁶. Ihr jeweiliger Entstehungsgrund («Schuldgrund») ist vielmehr, wie bereits gesagt, die schuldbe gründende Tatsache, dass der Beauftragte infolge der Auftragsausführung vermögensmässige oder andere Vorteile von Dritten erlangt hat. Demzufolge beruht jede der separaten Herausgabepflichten auf einem separaten Entstehungsgrund, das jeweils Erlangte herauszugeben⁴⁷. *d.* Wenn man darauf abstellt, dass die periodischen Leistungen des Art. 128 Ziff. 1 OR nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts «auf demselben Schuldgrund» bzw. «auf einem einheitlichen Schuldgrund» beruhen⁴⁸. Denn

⁴⁴ SPIRO (FN 5), § 268, S. 624.

⁴⁵ Zur Anwendung des Art. 400 Abs. 1 OR auf diesen Fall siehe vorne FN 37.

⁴⁶ Zu erinnern ist dabei an die Einschränkung meiner Fragestellung in V., Ziff. 1, letzter Satz.

⁴⁷ So auch: PICHONNAZ/WERRO/HURNI (FN 2), 894, lit. b: «Lorsque le mandataire reçoit à diverses reprises des avantages de tiers, la réception de chacun d'eux fait naître une obligation de restituer qui est immédiatement exigible de manière indépendante.»

⁴⁸ Vgl. vorne IV., Ziff. 1, zweiter Absatz.

⁴¹ Mit andern Worten: «Ce qu'il a reçu de tiers [...] comme résultat direct de l'exécution du mandat» (PIERRE TERCIER/PASCAL G. FAVRE, *Les contrats spéciaux*, 4. A., Zürich 2009, Nr. 5168).

⁴² Vgl. vorne IV.

⁴³ Vgl. SPIRO (FN 5), § 268, S. 625, der dort zwar nicht den Ausdruck «Forderungsrecht im Ganzen», sondern das Wort «Gesamtanspruch» verwendet.

auf die separaten Pflichten des Beauftragten, die jeweils von Dritten erlangten Vorteile herauszugeben, trifft dies nicht zu, da jede der Herausgabepflichten auf einem separaten, wenn auch gleichartigen Entstehungsgrund beruht. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass die fraglichen Herausgabepflichten samt ihren Entstehungsgründen in ein «gemeinsames» Vertragsverhältnis eingebettet sind. Es verhält sich diesbezüglich nicht anders als bei verschiedenen Schadenersatzpflichten eines Vertragspartners, die durch wiederholte Verletzung des gleichen Vertrages entstehen und gleichwohl auf einem je separaten Schuldgrund beruhen. Selbst wenn der gleiche Vertrag vom gleichen Vertragspartner in periodisch wiederkehrenden Zeitabschnitten verletzt würde, dürfte wohl niemand behaupten, dass die jeweiligen Schadenersatzforderungen nach Massgabe des Art. 128 Ziff. 1 OR verjähren.

4. Wer nach *weiteren (zusätzlichen oder alternativen) Gründen* suchen möchte, die einer Anwendung des Art. 128 Ziff. 1 OR im vorstehend behandelten Fall entgegenstehen, dem hilft z.B. der vom Deutschen Bundesgerichtshof entwickelte (bereits zitierte) Gerichtssatz, wonach sich die Ansprüche, die der verkürzten Verjährungsfrist des alten § 197 BGB unterliegen, «von vornherein und [ihrer] Natur nach auf Leistungen» [richten], die nicht einmal, sondern in regelmässiger zeitlicher Wiederkehr zu erbringen sind. Dieser Satz lässt sich auch auf die Forderungen des Art. 128 Ziff. 1 OR übertragen. Auch bei ihnen geht es um derartige Ansprüche. Anders dagegen verhält es sich mit den Ansprüchen des Auftraggebers auf Herausgabe der Vorteile, die der Beauftragte jeweils von einem Dritten erlangt. Solche Ansprüche richten sich weder von vornherein noch ihrer Natur nach auf Leistungen, die in regelmässiger zeitlicher Wiederkehr zu erbringen sind, mögen sich im Verlaufe der Vertragsabwicklung auch mehrere Herausgabepflichten des Beauftragten zeitlich aneinanderreihen, deren Periodizität ihren Grund darin hat, dass der Beauftragte die jeweils herausgabepflichtigen Vorteile in regelmässig zeitlicher Wiederkehr erhält. Das Letztere ist ein äusserer Umstand, der mit der «Natur» der Herausgabepflichten/Herausgabeansprüche nichts zu tun hat, namentlich auch dann nicht, wenn er auf einer Vereinbarung zwischen dem Beauftragten und dem Dritten beruht.

5. Viel einfacher zu beurteilen wäre die Verjährungslage, wenn der Beauftragte im konkreten Fall verpflichtet wäre, alle Vorteile, die er infolge der Auftragsausführung von Dritten erlangt hat, erst bei Beendigung des Auftragsverhältnisses herauszugeben, so dass sich seine Verpflichtung zur Herausgabe auch des zu verschiedenen Zeit-

punkten Erlangten in einer einzigen Herausgabepflicht erschöpfen würde. Alsdann wäre es ohne Weiteres klar, dass Art. 128 Ziff. 1 OR keine Anwendung fände.

VI. Schluss

1. In der *Einleitung* hatte ich angekündigt, einige Gedanken beizutragen, die es nach meiner Ansicht für das Verständnis Art. 128 Ziff. 1 OR auch zu beachten gilt. Beim Versuch, dies zu tun, habe ich mich auch mit Art. 131 OR und ausserdem (in Form eines Exkurses) mit der Verpflichtung des Beauftragten zur Herausgabe der von dritter Seite erlangten Vorteile befasst. Bei alledem hoffe ich, nicht der Gefahr erlegen zu sein, die NASSIM NICHOLAS TALEB wie folgt umschreibt: «Je mehr Energie man dafür aufbringt, seine Gedanken und Meinungen zu kontrollieren, desto mehr kontrollieren die Meinungen am Ende einen selbst.»⁴⁹

Ob sich andere, allenfalls sogar ein Gericht, von meinen Gedanken überzeugen lassen, liegt nicht in meiner Hand. Aus der *Rechtsprechung des Bundesgerichts* habe ich zwar allgemeine Aussagen zitiert. Hingegen habe ich davon abgesehen, die zu Art. 128 Ziff. 1 OR entschiedenen (konkreten) Fälle dahin zu prüfen, ob sich die Falljudikatur des Bundesgerichts mit meinen Gedanken deckt oder nicht. Insbesondere war es auch nicht mein Anliegen, aus einem Kondensat der höchstgerichtlichen Fallentscheide eine Prognose herzuleiten, wie das Bundesgericht in künftigen Fällen entscheiden wird. Denn die Aufgabe einer Rechtswissenschaft, die ihre Funktion erfüllen soll, kann sich nicht damit begnügen, die künftigen Entscheide der Gerichte vorherzusagen. Solche Prognosen, verbunden mit all ihren Unsicherheiten, gehören namentlich zum Metier von Anwälten, die ihre Klienten in einem Streitfall beraten.

2. Dass ich auch auf die *Rechtsprechung des Deutschen Bundesgerichtshofes* zum alten § 197 BGB mit der auf vier Jahre verkürzten Verjährungsfrist Bezug genommen habe, rechtfertigt sich durch die herkunftsmässige und inhaltliche Nähe dieser Bestimmung zu Art. 147 Ziff. 1 aOR, der in den heute geltenden Art. 128 Ziff. 1 OR eingeflossen ist. Wiederum habe ich zwar allgemeine Gerichtssätze zitiert, jedoch davon abgesehen, die jeweils entschiedenen Fälle zu analysieren. Sollte man bei deren Analyse feststellen, dass der Deutsche Bundesgerichtshof bei der konkreten (fallbezogenen) Anwendung den Be-

⁴⁹ NASSIM NICHOLAS TALEB, *Antifragilität*, München 2013, 82.

reich des alten § 197 BGB weiter ausgedehnt hat, als ich es für die Anwendung des Art. 128 Ziff. 1 OR befürworte, so müsste mitberücksichtigt werden, dass die Regelfrist des alten § 195 BGB *dreissig* Jahre (nicht nur zehn Jahre wie in Art. 127 OR/Art. 146 aOR) betrug. Diese überaus lange Regelfrist von dreissig Jahren könnte ein denkbarer Anreiz dafür gewesen sein, die fallbezogene Anwendung des alten § 197 BGB mit seiner auf vier Jahre verkürzten Frist auf möglichst viele Fälle auszudehnen, in denen eine dreissigjährige Verjährung dem Bedürfnis nach einem rascheren Rechtsfrieden zuwiderlief oder vor wirtschaftspolitischen und ökonomischen Überlegungen zurückzutreten hatte.

3. Und jetzt noch *eine allerletzte Bemerkung*: Obwohl die historische Herkunft des Art. 128 Ziff. 1 OR weit in die Vergangenheit zurück reicht, ist das Überleben der darin enthaltenen Verjährungsregel keineswegs gesichert. Im Kontext mit der vom Bundesrat unlängst vorgeschlagenen Revision des Verjährungsrechts soll sie zusammen mit den übrigen Regeln des Art. 128 OR (Ziff. 2 und Ziff. 3) ersatzlos aus dem Gesetz gestrichen werden⁵⁰. Falls es dazu kommen wird, so wird sich über kurz oder lang niemand mehr darüber erregen, worüber man heute im Zusammenhang mit Art. 128 Ziff. 1 OR streitet.

⁵⁰ Vgl. die Botschaft des Bundesrates zur Änderung des Obligationenrechts (Verjährungsrecht) vom 29. November 2013 (Bundesblatt 2014, 235 ff., 258).

Aktuelle

JURISTISCHE

Praxis

DIKE

AJP

SONDERDRUCK

(nicht verkäuflich)

Verlag und Abonnementverwaltung

Dike Zeitschriften AG, Zürich/St. Gallen
Weinbergstrasse 41, 8006 Zürich

Tel. 044 251 58 30, Fax 044 251 58 29

E-Mail: auslieferung@dike.ch

Internet: <http://www.dike.ch>