

**XI. Fristen – Délais – Termini****Verjährung – Prescription –**

[2507] Auszug aus dem Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts i.S. Kollektivgesellschaft A. gegen B. (Beschwerde in Zivilsachen) 4A\_428/2020 vom 1. April 2021, zur Publikation bestimmt

*Art. 138 Abs. 1 OR; Stillstand der Verjährung; Begriff des «Abschlusses des Rechtsstreits vor der befassen Instanz»*

Die Verjährung beginnt erst von Neuem zu laufen, wenn die befassende Instanz einen Endentscheid gefällt hat, der nicht mehr durch Berufung oder Beschwerde angefochten werden kann, d.h. wenn der Instanzenzug ausgeschöpft ist. Dagegen beginnt die Verjährung nicht von Neuem, wenn das Bundesgericht die Sache an die Vorinstanz zurückweist, denn alsdann ist der Instanzenzug nicht ausgeschöpft, weil auch gegen den neuen Entscheid der Vorinstanz wieder die üblichen Rechtsmittel offenstehen. Von vornherein keinen Einfluss auf die Verjährung haben ausserordentliche Rechtsmittel wie die Revision oder die Erläuterung; andernfalls wäre ein Verjährungsaufschub auf unbestimmte Zeit möglich.

*Art. 138 al. 1 CO; Suspension du délai de prescription; notion de clôture de la procédure par la juridiction saisie*

La prescription ne recommence à courir que lorsqu'une décision finale n'est plus susceptible d'appel ou de recours, c'est-à-dire lorsque la suite des instances est épuisée. Le délai de prescription ne recommence pas à courir lorsque le Tribunal fédéral renvoie l'affaire à la juridiction inférieure, car on ne peut pas dire que la suite des instances a été épuisée, puisque les voies de recours habituelles sont à nouveau disponibles contre la nouvelle décision de la juridiction inférieure. En revanche, les voies de recours extraordinaires telles que la révision ou l'interprétation demeurent sans effet sur la prescription, faute de quoi on pourrait se retrouver avec une suspension de la prescription pour une période indéterminée.

*Art. 138 cpv. 1 CO; Sospensione del termine di prescrizione; nozione di conclusione della lite davanti all'autorità adita*

La prescrizione comincia a decorrere soltanto quando una decisione finale non è più suscettibile di appello o di reclamo, ossia quando tutte le istanze sono esaurite. Il termine di prescrizione non ricomincia a decorrere quando il Tribunale federale rinvia l'affare alla giurisdizione inferiore, in quanto non si può dire che tutte le istanze siano esaurite, poiché le vie di ricorso abituali sono nuovamente disponibili contro la nuova decisione della giurisdizione inferiore. Per contro, le vie di ricorso straordinarie, quali la revisione o l'interpretazione restano senza effetto sulla prescrizione, poiché in caso contrario potrebbe prodursi una sospensione della prescrizione per un periodo di tempo indeterminato.

6. Das Gesetz schweigt zur Frage, wann der «Abschluss des Rechtsstreits vor der befassen Instanz» eintritt und die Verjährung von Neuem zu laufen beginnt.

Die Beschwerdeführerin ist der Meinung, dies sei mit dem erstinstanzlichen Urteil vom 15. Mai 2019 der Fall gewesen (vgl. E. 5.1 hiervor). Demgegenüber nimmt die Beschwerdegegnerin den Standpunkt ein, die Verjährung habe nicht von Neuem zu laufen begonnen, weil die Sache an die Vorinstanz und dann an das Bundesgericht weitergezogen worden sei (vgl. E. 5.2 hiervor).

6.1 Das Bundesgericht setzte sich bislang nicht vertieft mit der Frage auseinander.

6.1.1 In BGE 142 III 782 E. 3.1.3.2 erklärte die I. zivilrechtliche Abteilung des Bundesgerichts nebenbei, wenn die Klage zulässig sei, beginne kraft Art. 138 Abs. 1 OR eine neue Frist erst nach dem Ende des Verfahrens zu laufen («si l'action est recevable, un nouveau délai ne recommence à courir qu'après la fin de l'instance en vertu de l'art. 138 al. 1 CO»). Was darunter genau zu verstehen ist, wurde nicht näher erläutert.

Im Urteil 4A\_671/2016 vom 15. Juni 2017 E. 2.4 ging es um die Verjährung im Zusammenhang mit einem Nichteintretensentscheid. Was Art. 138 Abs. 1 OR betrifft, wurde bloss der französische Wortlaut wiedergegeben («recommence à courir dès que la juridiction saisie clôt la procédure»), ohne dass eine breitere Auseinandersetzung nötig gewesen wäre.

Im Urteil 4A\_303/2015 vom 4. August 2015 hielt die I. zivilrechtliche Abteilung unter Hinweis auf Art. 135 Ziff. 2 und Art. 138 Abs. 1 OR fest, die Einrede der Verjährung sei offensichtlich unbegründet, weil die Verjährung durch Klage unterbrochen worden sei und nicht von Neuem zu laufen begonnen habe. Dieses Urteil wurde nur summarisch begründet (Art. 109 Abs. 2 lit. a i.V.m. Abs. 3 BGG).

6.1.2 Die II. sozialrechtliche Abteilung des Bundesgerichts erwog kürzlich, das von der Beschwerdegegnerin angehobene kantonale Beschwerdeverfahren habe die Verjährung im Sinne von Art. 138 Abs. 1 OR unterbrochen. Die Verjährung habe neu zu laufen begonnen als der rechtskräftige Nichteintretensentscheid des Sozialversicherungsgerichts den Prozess abgeschlossen habe (Urteil 9C\_400/2020 vom 19. Oktober 2020 E. 4.2.2).

In einem früheren Entscheid hatte die II. sozialrechtliche Abteilung in analoger Anwendung von Art. 135 ff. OR erwogen, die Verjährung der Schadenersatzforderung der Beschwerdegegnerin sei unterbrochen worden mit Verfügung der Ausgleichskasse, mit dagegen gerichteter Einsprache des Beschwerdeführers, mit dessen Beschwerde an das Sozialversicherungsgericht sowie mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht (Urteil 9C\_906/2017 vom 21. Juni 2018 E. 1.2).

Schliesslich erwähnte die II. öffentlich-rechtliche Abteilung des Bundesgerichts Art. 138 Abs. 1 OR im Rahmen einer Willkürprüfung, ohne weiter darauf einzugehen (Urteil 2C\_192/2015 vom 1. August 2015 E. 3.5).

6.2 Zur Auslegung von Gesetzesnormen verfolgt das Bundesgericht einen pragmatischen Methodenpluralismus. Es legt die Norm nach deren Wortlaut in den drei Amtssprachen, nach deren Entstehungsgeschichte, deren systematischer Stellung im Rahmen des Gesetzes sowie der massgebenden Rechtsprinzipien und nach deren Sinn und Zweck im Lichte der Verfassung und übergeordneter Rechtsgrundsätze

aus. Das Bundesgericht lehnt es namentlich ab, die einzelnen Auslegungselemente einer hierarchischen Prioritätsordnung zu unterstellen (vgl. BGE 144 III 100 E. 5.2 S. 103 mit zahlreichen Hinweisen).

### 6.3

**6.3.1** Wie erwähnt, wurde Art. 138 Abs. 1 OR mit der Einführung der eidgenössischen Zivilprozessordnung geändert (vgl. E. 5.3.2 hiervor). Die diesbezüglichen Materialien bieten keinen Aufschluss: Direkte Hinweise finden sich weder im Bericht der Expertenkommission zum Vorentwurf vom Juni 2003 noch in der Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 28. Juni 2006 (BBl 2006 7221).

Allenfalls ein indirekter Anhaltspunkt lässt sich der Botschaft entnehmen: Gemäss Art. 112 Abs. 2 ZPO verjähren Gerichtskosten zehn Jahre nach Abschluss des Verfahrens. Laut Art. 123 Abs. 2 ZPO verjährt auch der Anspruch des Kantons auf Nachzahlung der unentgeltlichen Rechtspflege zehn Jahre nach Abschluss des Verfahrens. Dazu erklärt die Botschaft, unter dem «Abschluss des Verfahrens» sei die Rechtskraft des Entscheids zu verstehen (BBl 2006 7221 S. 7299). Dasselbe gilt nach Art. 137 Abs. 2 OR für Forderungen, die durch Ausstellung einer Urkunde anerkannt oder durch Urteil des Richters festgestellt werden.

**6.3.2** Im Jahr 2009 hatte der Gesetzgeber eine Revision des Obligationenrechts ins Auge gefasst. Es ging um eine Verlängerung der Verjährungsfristen im Haftpflichtrecht und eine Harmonisierung mit dem Vertrags- und Bereicherungsrecht.

Der Vorentwurf vom 15. September 2011 sah eine Revision von Art. 138 Abs. 1 OR vor. Im Bericht zum Vorentwurf war zu lesen, neu solle eine Forderung auch während eines Rechtsmittelverfahrens nicht mehr verjähren (Bericht zum Vorentwurf S. 30). Man ging offensichtlich davon aus, dass dies noch möglich war unter dem revidierten Art. 138 Abs. 1 OR. Dieser war kaum neun Monate zuvor am 1. Januar 2011 in Kraft getreten und gilt heute noch (vgl. E. 5.3.2 hiervor).

Zur Begründung verwies der Bericht zum Vorentwurf allerdings auf BGE 123 II I 213, wonach Forderungen im Berufungsverfahren vor Bundesgericht verjähren können (Bericht zum Vorentwurf S. 30 Fn. 101). Nun datiert dieses Urteil aber vom 4. Februar 1997 und war somit unter Art. 138 Abs. 1 OR in seiner alten Fassung ergangen (vgl. E. 5.3.1 hiervor). Dies lässt auf ein Versehen schliessen.

In der Vernehmlassung blieb dieses Versehen unkommentiert. Unbesehen darum wurde begrüsst, dass die Verjährung erst nach Abschluss des gerichtlichen Verfahrens neu zu laufen beginnt. Damit werde eine Prozessfalle beseitigt. HEINRICH HONSELL wies darauf hin, es mache keinen Sinn, eine neue Frist laufen zu lassen, die zur Verjährung während des laufenden Prozesses führen könne. Die Neuregelung bestimme, dass die Unterbrechung bis zum Ende des Prozesses andauere. Weshalb dies bloss bis zum Abschluss des Rechtsstreits «vor der befassen Instanz» gelten solle und nicht bis zur endgültigen Beendigung der Rechtshängigkeit, sei allerdings unerfindlich. NICOLAS JEANDIN erklärte im Namen des Genfer Anwaltsverbands, der Begriff «*clôture du litige*» müsse präzisiert werden. Man könne, so meinte er, auf die Rechtskraft der Entscheidung Bezug nehmen, welche die Rechtshängigkeit beendet. PASCAL PICHONNAZ erklärte, man müsse auf die verschiedenen Arten der Beendigung der Rechtsstreitigkeiten Rücksicht nehmen. Er verwies na-

mentlich auf die Schiedsgerichtsbarkeit. Die Schweizerische Gesellschaft für Haftpflicht- und Versicherungsrecht führte aus, bereits im Vorentwurf zur Revision des Haftpflichtrechts aus dem Jahr 2000 sei vorgeschlagen worden, Art. 134 Abs. 1 OR um eine Ziffer zu ergänzen, wonach die Verjährung still steht, solange über die Forderung ein Prozess im Gange ist. Es scheine, dass Art. 138 Abs. 2 Ziff. 3 VE-OR das selbe Ergebnis zu erreichen versuche. Der Schweizerische Verband für Alimentenfachleute regte an, es sei zu präzisieren, dass der Rechtsstreit vor der befassen Instanz abgeschlossen ist, wenn die Rechtsmittelfrist unbenutzt abgelaufen ist.

Im späteren Entwurf des Bundesrats war eine Änderung von Art. 138 OR nicht mehr vorgesehen (BBl 2014 287). Weshalb dem so war, wurde in der Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Verjährungsrecht) vom 29. November 2013 nicht erklärt (BBl 2014 235). Die Revision des Verjährungsrechts trat auf den 1. Januar 2020 in Kraft, ohne dass Art. 138 Abs. 1 OR revidiert worden wäre (BBl 2014 235).

**6.4** Im Schrifttum finden sich verschiedene Meinungen zur Frage, wann der «Abschluss des Rechtsstreits vor der befassen Instanz» eintritt.

**6.4.1** Hohl geht vom französischen Wortlaut aus, wonach die neue Verjährungsfrist zu laufen beginnt, «*lorsque la juridiction saisie clôt la procédure*». Gemäss HOHL ist darunter das Ende der Rechtshängigkeit («*la fin de la litispendance*») zu verstehen. Das Ende der Rechtshängigkeit trete ein, wenn die Entscheidung in formelle Rechtskraft erwächst. Da die Berufung die Rechtskraft und die Vollstreckbarkeit des angefochtenen Entscheids gemäss Art. 315 Abs. 1 ZPO im Umfang der Anträge hemmt, beginne die neue Verjährungsfrist nicht zu laufen, solange das Berufungsverfahren nicht abgeschlossen sei. Das Risiko, dass der Anspruch während des laufenden Verfahrens («*durant l'instance pendante*») verjähre, sei damit gebannt (FABIENNE HOHL, *Procédure civile*, Band I: Introduction et théorie générale, 2. Aufl. 2016, Rz. 325–327).

Auch gemäss KILLIAS und WIGET beginnt die Verjährung mit dem Eintritt der Rechtskraft von Neuem zu laufen. Sie begründen dies mit dem Zweck des revidierten Art. 138 Abs. 1 OR, wonach keine Forderung mehr unter der Hand des Gerichts verjähren dürfe. Sie erklären, dass dies immer noch möglich wäre, wenn die Verjährung mit der Ausfällung des Endentscheids von Neuem beginnen und das Gericht mit der Eröffnung zu lange warten würde; oder wenn die Verjährung mit der Eröffnung neu beginnen und sich das Gericht für die Begründung zu viel Zeit lassen würde. Daher kommen die beiden Autoren zum Schluss, die neue Verjährungsfrist beginne erst mit Eintritt der Rechtskraft des Endentscheids oder Entscheidungsurrogats gemäss Art. 241 Abs. 2 ZPO. Gehe der Rechtsstreit ohne Rechtskraft zu Ende, zum Beispiel durch Ablauf der dreimonatigen Frist gemäss Art. 209 Abs. 3 ZPO, so beginne die neue Verjährungsfrist mit Ende der Rechtshängigkeit, also zum Beispiel mit dem Erlöschen der Klagebewilligung (KILLIAS/WIGET, in: Handkommentar zum Schweizerischen Privatrecht, 3. Aufl. 2016, N. 7 zu Art. 138 OR).

Gemäss PICHONNAZ ist der Rechtsstreit vor der befassen Instanz mit dem Ende der Rechtshängigkeit («*fin de la litispendance*») abgeschlossen. Das Ende der Rechtshängigkeit verortet er sodann im Zeitpunkt des formell rechtskräftigen Endentscheids («*décision finale entrée en force de chose jugée*»), im Zeitpunkt der

Beendigung des Verfahrens ohne Entscheid gemäss Art. 241 ZPO oder im Zeitpunkt der Gegenstandslosigkeit aus anderen Gründen im Sinne von Art. 242 ZPO (PASCAL PICHONNAZ, in: Commentaire romand, Code des obligations I, 2. Aufl. 2012, N. 2 zu Art. 138 OR, N. 6 ff. zu Art. 138 OR).

**6.4.2 DÄPPEN** geht davon aus, dass die Verjährungsfrist in folgenden Momenten neu zu laufen beginnt: Im Schlichtungsverfahren mit der Einigung, der Klagebewilligung, dem Urteilsvorschlag oder dem Entscheid; bei der Mediation mit der Genehmigung einer Vereinbarung; im ordentlichen Verfahren mit dem Entscheid oder bei Beendigung des Verfahrens ohne Entscheid mit dem Vergleich, der Klageanerkennung oder dem Klagerückzug oder bei anderen Gründen mit dem gerichtlichen Abschreibungsentscheid; schliesslich im Rechtsmittelverfahren mit dem Entscheid. Für den Neubeginn sei grundsätzlich der Zeitpunkt der Eröffnung entscheidend. Eine Ausnahme bestehe, wenn das Verfahren ohne Entscheid beendet werde; dann seien der Vergleich, die Klageanerkennung oder der Klagerückzug massgebend für den Neubeginn, weil der Abschreibungsentscheid nur deklaratorische Wirkung habe. Die Rechtsmittelfrist hemme die Verjährung nicht. Allerdings umfasst der Begriff der Klage gemäss DÄPPEN auch ein Rechtsmittel gegen den Entscheid. Dementsprechend werde die Verjährungsfrist gehemmt und beginne erst mit dem Abschluss des Rechtsmittelverfahrens vor der damit befassten Instanz wieder neu zu laufen (ROBERT K. DÄPPEN, in: Basler Kommentar, 7. Aufl. 2019, N. 2 ff. zu Art. 138 OR; vgl. auch DERSELBE, in: Honsell [Hrsg.], Kurzkommentar zum Obligationenrecht, 2014, N. 3 zu Art. 138 OR).

KRAUSKOPF und BITTEL schliessen sich weitgehend der Auslegeordnung DÄPPENS an und präzisieren diese in verschiedenen Punkten. Sie gehen ebenfalls davon aus, dass der Begriff der Klage gemäss Art. 135 Ziff. 2 OR auch Rechtsmittel umfasst. Sie fassen zusammen, der Zeitpunkt, in dem «der Rechtsstreit vor der befassten Instanz abgeschlossen ist» entspreche in aller Regel nicht der formellen Rechtskraft, welche das Ende der Rechtshängigkeit besiegle (KRAUSKOPF/BITTEL, Zum Verhältnis von zivilprozessualer Rechtshängigkeit und privatrechtlicher Verjährung, in: Festschrift Sutter-Somm, Zürich 2016, S. 364, S. 375–378).

Entsprechend argumentiert Koller: Ergehe nach einem Gerichtsverfahren ein Sachurteil, so beginne die neue Verjährungsfrist mit dem Zugang des Entscheids bei den Parteien zu laufen (KOLLER, a.a.O., S. 213).

**6.4.3 BERGAMIN** schlägt vor, dass der Rechtsstreit vor der befassten Instanz als abgeschlossen gilt, wenn ihr Entscheid nicht mehr durch Berufung oder Beschwerde angefochten werden kann, wenn also der Instanzenzug ausgeschöpft ist (BERGAMIN, a.a.O., Rz. 231).

**6.4.4** Gemäss SCHWANDER beginnt die Verjährung nicht mit der internen Urteilsfällung neu zu laufen. Vielmehr sei aus Gründen der Rechtssicherheit und Kongruenz mit Art. 64 Abs. 2 ZPO das Ende der Rechtshängigkeit vor dieser Instanz massgebend. Allerdings zeigt sich Schwander unentschlossen, ob dies der Zeitpunkt der Zustellung des Endurteils oder dessen formeller Rechtskraft sei (IVO SCHWAN-

DER, in: Kren Kostkiewicz und andere, Handkommentar OR, 3. Aufl. 2016, N. 1 zu Art. 138 OR).

7.

**7.1** Die Verjährung beginnt gemäss Art. 138 Abs. 1 OR von Neuem zu laufen, wenn der Rechtsstreit vor der befassten Instanz abgeschlossen ist. Es liegt auf der Hand, dass der Rechtsstreit nur durch einen Entscheid (Art. 236 ZPO) abgeschlossen werden kann. Ausser Betracht fallen dagegen Zwischenentscheide (Art. 237 ZPO) sowie prozessleitende Verfügungen (Art. 124 Abs. 1 ZPO), die den Rechtsstreit naturgemäss nicht abschliessen. Darüber ist sich das Schrifttum weitgehend einig.

**7.2** Uneinigkeit herrscht hingegen darüber, ob die Verjährung gemäss Art. 138 Abs. 1 OR von Neuem zu laufen beginnt, wenn der Entscheid in formelle Rechtskraft erwächst (vgl. E. 6.4.1 hiervor), wenn der Entscheid eröffnet wird (vgl. E. 6.4.2 hiervor) oder wenn der Instanzenzug ausgeschöpft ist (vgl. E. 6.4.3 hiervor).

**7.2.1** Eine Reihe von Autoren legt Art. 138 Abs. 1 OR so aus, dass der Rechtsstreit vor der befassten Instanz abgeschlossen ist, sobald die formelle Rechtskraft eintritt.

Würde auf den Eintritt der formellen Rechtskraft abgestellt, könnte dies bedeuten, dass die Verjährung von Neuem zu laufen beginnt, obwohl die Forderung noch von einer Rechtsmittelinstanz zu beurteilen ist. Zudem ist nicht immer eindeutig, ob und wann die formelle Rechtskraft eintritt. Das heisst, die Forderung könnte bei dieser Auslegung während laufenden Rechtsmittelverfahren verjähren.

Nun wurde Art. 138 Abs. 1 OR aber revidiert, um den Missstand zu beseitigen, dass Forderungen unter der Hand des Richters verjähren. Somit wird es der *ratio legis* nicht gerecht, wenn auf die formelle Rechtskraft abgestellt wird.

**7.2.2** Geht es nach DÄPPEN, KOLLER, KRAUSKOPF und BITTEL, beginnt die Verjährung neu zu laufen, wenn die befasste Instanz ihren Entscheid eröffnet. Dies bedeutet, dass eine neue Verjährungsfrist beginnt, sobald das erstinstanzliche Gericht den Entscheid eröffnet. Nach dieser Auffassung beginnt die Verjährung also neu, auch wenn der Rechtsstreit vor eine Rechtsmittelinstanz weitergezogen wird.

Auch diese Autoren scheinen anzuerkennen, dass es dem Zweck von Art. 138 Abs. 1 OR zuwiderläuft, wenn die Verjährung während des Rechtsmittelverfahrens läuft. Sie begegnen dem Problem, indem sie auch Rechtsmittel gegen Entscheide als Klage im Sinne von Art. 135 Ziff. 2 OR qualifizieren. Sie argumentieren, die Verjährungsfrist werde durch die Ergreifung des Rechtsmittels abermals gehemmt und beginne erst mit dem Abschluss des Rechtsmittelverfahrens wieder neu zu laufen.

Die Krux dieser Konstruktion liegt darin, dass das Rechtsmittel auch vom Schuldner erhoben werden kann. Das Rechtsmittel des Schuldners kann die Verjährung aber nicht unterbrechen. Denn es ist weder eine Anerkennung der Forderung im Sinne von Art. 135 Ziff. 1 OR noch eine Klage gemäss Art. 135 Ziff. 2 OR (vgl. auch BERGAMIN, a.a.O., Rz. 229). Mit anderen Worten: Auch mit dieser Auslegung bleibt es möglich, dass Forderungen unter der Hand des Richters verjähren.

**7.2.3** Besser gerecht wird dem Sinn und Zweck von Art. 138 Abs. 1 OR der Vorschlag BERGAMINS, wonach der Rechtsstreit vor der befassen Instanz abgeschlossen ist, wenn ihr Endentscheid nicht mehr durch Berufung oder Beschwerde angefochten werden kann. Denn nur bei dieser Lösung ist eine Verjährung der Forderung unter der Hand des Gerichts ausgeschlossen.

**7.3** Nach dem Gesagten tritt der «Abschluss des Rechtsstreits vor der befassen Instanz» gemäss Art. 138 Abs. 1 OR ein, wenn der Instanzenzug ausgeschöpft ist. Dies bedeutet, dass die Verjährung von Neuem zu laufen beginnt, wenn die befaste Instanz einen Endentscheid gefällt hat, der nicht mehr durch Berufung oder Beschwerde angefochten werden kann.

Wurde Berufung oder Beschwerde eingelegt, dann beginnt die Verjährung nicht von Neuem, und zwar unabhängig davon, wer das Rechtsmittel ergriffen hat (vgl. BERGAMIN, a.a.O., Rz. 231).

Die Verjährung beginnt auch dann nicht von Neuem, wenn das Bundesgericht die Sache an die Vorinstanz zurückweist. Denn in dieser Konstellation kann nicht gesagt werden, dass der Instanzenzug ausgeschöpft wäre, weil auch gegen den neuen Entscheid der Vorinstanz wieder die üblichen Rechtsmittel offen stehen.

Keinen Einfluss auf die Verjährung haben demgegenüber ausserordentliche Rechtsmittel wie die Revision oder die Erläuterung. Andernfalls wäre ein Verjährungsaufschub auf unbestimmte Zeit möglich (Art. 329 Abs. 2 i.V.m. Art. 328 Abs. 1 lit. b ZPO; Art. 124 Abs. 2 i.V.m. Art. 123 Abs. 1 und 2 lit. b). Darauf weist auch BERGAMIN hin (a.a.O., Rz. 231).

**7.4** Was die deutsche und die italienische Fassung von Art. 138 Abs. 1 OR anbelangt, reibt sich diese Auslegung am Wortlaut. Denn auf Deutsch kommt es auf den Abschluss des Rechtsstreits «vor der befassen Instanz» und nicht «vor den befassen Instanzen» an. Auch auf Italienisch ist die Rede vom Abschluss «*davanti all'autorità adita*» und nicht «*davanti alle autorità adite*».

Demgegenüber steht die Auslegung im Einklang mit dem französischen Wortlaut, wonach die Verjährung von Neuem zu laufen beginnt, «*lorsque la juridiction saisie clôt la procédure*». Hier wird nicht auf die einzelne Instanz, sondern auf den ganzen Instanzenzug abgestellt (so auch BERGAMIN, a.a.O., Rz. 231).

#### NOTE

François Bohnet et Blaise Carron, Professeurs à l'Université de Neuchâtel  
Zur bundesgerichtlichen Auslegung des Art. 138 Abs. 1 OR

##### A. Fragestellung

Während nach altem Recht die Gefahr bestand, dass ein Anspruch im Laufe eines Prozesses verjährt, da dieser die Verjährung nicht hemmt,<sup>1</sup> sieht Art. 138 Abs. 1 OR in der Fassung vom 19. Dezember 2008, die mit der Schweizerischen Zivilprozessordnung am 1. Januar 2011 in Kraft getreten ist, vor, dass wenn «die Verjährung durch Schlichtungsgesuch, Klage oder

<sup>1</sup> Siehe als Beispiel BGE 123 III 213.

Einrede unterbrochen [wird], [...] die Verjährung von Neuem zu laufen [beginnt], wenn der Rechtsstreit vor der befassen Instanz abgeschlossen ist». Der Gläubiger muss also nicht mehr dafür sorgen, dass eine Prozesshandlung der Parteien oder des Richters die Frist erneut unterbricht (Art. 138 Abs. 1 OR a.F.), wenn sich das erstinstanzliche Verfahren hinzieht.

Was passiert jedoch, wenn eine Partei ein Rechtsmittel einlegt? Beginnt die Verjährungsfrist nach dem erstinstanzlichen Urteil erneut zu laufen und, wenn ja, wann, oder ist sie gehemmt, solange die Rechtsmittelinstanz mit der Streitigkeit «befasst wird»?

Dies sind die Fragen, die das Bundesgericht im vorliegenden Fall zu beantworten hatte. Mit dem hier kommentierten Entscheid versucht es, einen Mechanismus festzulegen, der sicherstellt, dass eine Forderung auch dann nicht verjährt, wenn das Verfahren vor den Gerichten noch nicht abgeschlossen ist. Es stellt sich die Frage, ob die Auslegung von Art. 138 Abs. 1 OR, die damit im Fokus der Debatte steht, einen solchen Schluss überhaupt zulässt.

##### B. Zur Rechtsauslegung im Allgemeinen: pragmatischer Methodenpluralismus

Zur Auslegung einer Rechtsnorm bedient sich das Bundesgericht vier wesentlicher Auslegungselemente: des wörtlichen Auslegungselements, das sich auf den Gesetzestext in den drei Amtssprachen stützt; des historischen Auslegungselements, das auf der Entstehungsgeschichte des Gesetzes beruht; des systematischen Elements, das die Einordnung der Norm in das Gesetz und die Rechtsgrundsätze berücksichtigt; und schliesslich des teleologischen Elements, das auf den Zweck der Norm im Lichte der Verfassung und der übergeordneten Rechtsnormen eingeht.

Bei der Gesetzesauslegung verfolgt das Bundesgericht einen Ansatz, den es als «pragmatischen Methodenpluralismus» bezeichnet und gemäss welchem es namentlich ablehnt, die einzelnen Auslegungselemente einer hierarchischen Prioritätsordnung zu unterstellen.<sup>2</sup>

In deutschsprachigen Entscheiden – in einem französischsprachigen Entscheid wurde diese Formulierung unseres Wissens noch nie verwendet – betont das Bundesgericht, die Gesetzesauslegung habe sich «vom Gedanken leiten zu lassen, dass nicht schon der Wortlaut die Norm darstellt, sondern erst das an Sachverhalten verstandene und konkretisierte Gesetz. Gefordert ist die sachlich richtige Entscheidung im normativen Gefüge, ausgerichtet auf ein befriedigendes Ergebnis der *ratio legis*».<sup>3</sup>

Auch wenn diese methodologische Lösung den Gerichten einen grossen Freiraum bietet, stellt ihnen dafür auch keinen Blankoscheck aus. Denn der Methodenpluralismus verlangt vom Richter, dass er die ausschlaggebenden Argumente klar erläutert, die ihn dazu veranlassen haben, eine bestimmte Auslegung einer anderen vorzuziehen, um die Entscheidadressaten zu überzeugen, aber auch um die Rechtssicherheit zu erhöhen und die Vorhersehbarkeit künftiger Entscheide zu gewährleisten.

<sup>2</sup> BGE 142 III 557 E. 8.3.

<sup>3</sup> BGE 141 III 155 E. 4.2.

## C. Zur bundesgerichtlichen Auslegung des Art. 138 Abs. 1 OR

Am Ende seiner Argumentation (E. 5–7) kommt das Bundesgericht zu folgendem Schluss: Der Zeitpunkt, wenn der Rechtsstreit vor der befassen Instanz abgeschlossen ist, sei jener, in dem «der Instanzenzug ausgeschöpft» sei, was bedeutet, dass die durch ein Schlichtungsgesuch oder eine Klage unterbrochene Verjährungsfrist von Neuem zu laufen beginne, wenn die befassende Instanz einen Endentscheid gefällt hat, der nicht mehr durch Berufung oder Beschwerde angefochten werden kann (E. 7.2.3).

Zur Begründung seiner Auslegung beruft sich das Bundesgericht im vorliegenden Fall zum einen auf den Zweck (E. 6.4.1) der Bestimmung, den es auch als «Sinn und Zweck» (E. 7.2.3), sowie als «*ratio legis*» (E. 7.2.1) bezeichnet.

Interessanterweise wird aber die *ratio legis* von Art. 138 Abs. 1 OR vom Bundesgericht nicht eigenständig identifiziert und erläutert, sondern hauptsächlich im Zusammenhang mit der Meinung gewisser Autoren angesprochen (so zum Beispiel KILLIAS/WIGET in E. 6.4.1: «Sie begründen dies mit dem Zweck des revidierten Art. 138 Abs. 1 OR, wonach keine Forderung mehr unter der Hand des Gerichts verjähren dürfe»; resp. DÄPPEN, KOLLER, KRAUSKOPF/BITTEL in E. 7.2.2: «Auch diese Autoren scheinen anzuerkennen, dass es dem Zweck von Art. 138 Abs. 1 OR zuwiderläuft, wenn die Verjährung während des Rechtsmittelverfahrens läuft»).

Zum anderen stützt sich das Bundesgericht auf den Wortlaut der französischen Gesetzesfassung («*lorsque la juridiction saisie clôt la procédure*»), der nach seiner Auffassung im Gegensatz zum deutschen und italienischen Text mit der Auslegung vereinbar ist (E. 7.4).

Dieses Argument erscheint uns fragwürdig. Mit «*juridiction saisie*» ist im Gesetzestext das «angerufene Gericht» (frz. auch: «*tribunal saisi*») gemeint, wie auch in der deutsch- und italienischsprachigen Fassung. «*Juridiction*» hat nur dann die Bedeutung von «Gerichtsbarkeit» i.S.v. «Gesamtheit aller Gerichte», wenn es sich z.B. um die «Zivilgerichtsbarkeit» (frz. «*juridiction civile*»), zum Beispiel im Gegensatz zur «Verwaltungsgerichtsbarkeit» (frz. «*juridiction administrative*») handelt. Die in der französischen Fassung des Art. 138 OR erwähnte «*clôture de la procédure par la juridiction saisie*» (wörtlich: «Abschluss des Verfahrens durch die befassende Instanz») bezeichnet demnach das Ende des Verfahrens vor der befassen Instanz durch dieselbe. Dies entspricht dem Moment, in dem der Richter mit der Sache nicht mehr befasst ist,<sup>4</sup> was bei der Verkündung des Endentscheids i.S.v. Art. 236 ZPO<sup>5</sup> (oder des Teilentscheids,<sup>6</sup> vgl. Art. 91 BGG) geschieht, und zwar bei dessen Zustellung<sup>7</sup> an die Par-

4 Zu den folgenden Ausführungen, die dem Bundesgericht entgangen zu sein scheinen: FRANÇOIS BOHNET, *La prescription en procédure civile*, in: Bohnet/Dupont (Hrsg.), *Le nouveau droit de la prescription*, Neuenburg/Basel 2019, S. 157 ff. N 45. Ebensowenig vom Bundesgericht zitiert: BERTI STEPHEN, Gedanken zur Unterbrechung der Verjährung durch Rechtsschutzgesuch im Sinne von Art. 138 Abs. 1 revOR, in: SZZP 2011 521 ff.

5 Und nicht der Zwischenentscheid i.S.v. Art. 237 ZPO, welcher das Verfahren nicht beendet; siehe BSK ORI-DÄPPEN, Art. 138 N 2.

6 Contra: BSK ORI-DÄPPEN, Art. 138 N 2.

7 Bei postalischer Zustellung ist das Datum des Versands durch das Gericht massgebend und nicht dasjenige des Empfangs (BGE 137 III 130 zum Übergangsrecht); BERTI, S. 523.

teien.<sup>8</sup> Dass er nicht mehr mit der Sache befasst ist, hindert den Richter daran, das Urteil abzuändern, auch wenn es offensichtlich mit Mängeln behaftet sein sollte. Wie das Bundesgericht feststellt, ist der Richter gemäss dem lateinischen Satz *lata sententia iudex desinit esse iudex* dann nicht mehr mit einem bestimmten Fall befasst, sobald er in diesem Fall sein Urteil gefällt hat. Ab diesem Moment erlischt seine Zuständigkeit für den Fall.<sup>9</sup> Nach der Zustimmung des Urteilsdispositivs (sofern das Gericht beschliesst, seinen Entscheid ohne schriftliche Begründung zu eröffnen, vgl. Art. 239 Abs. 1 ZPO) kann der Richter diesen nicht mehr ändern, da dies der Wirkung des Erlöschens seiner Befassung zuwiderlaufen würde.<sup>10</sup> Dies ist der Ansatz des französischen Code civil, dessen Art. 2242 vorsieht, dass die Unterbrechung der Verjährungsfrist, die sich aus der Einreichung eines Rechtsschutzgesuchs ergibt, ihre Wirkungen bis zum Erlöschen des Verfahrens («*L'interruption résultant de la demande en justice produit ses effets jusqu'à l'extinction de l'instance*») entfaltet. Im französischen Recht wird davon ausgegangen, das Erlöschen des Verfahrens ergebe sich aus dem Urteil, welches das Verfahren endgültig beendet: Es entbinde den Richter von der Sache und bringe das Verfahren somit zum Erlöschen.

Richten wir den Blick auf das vom Bundesgericht verkannte systematische Argument, so stellen wir fest, dass in der französischen Fassung des Obligationenrechts das Wort «*jurisdiction*» lediglich in Art. 138 Abs. 1 OR verwendet wird. Da die Neufassung dieser Bestimmung in engem Zusammenhang mit der Einführung der ZPO steht, hätte das Bundesgericht bei näherer Betrachtung jenes anderen Gesetzbuches feststellen können, dass sich der Begriff der «*jurisdiction*» grundsätzlich auf ein Gericht, und eben nicht auf den gesamten Instanzenzug bezieht: so in Art. 1 ZPO («*juridictions cantonales*», in deutscher Fassung «kantonale Instanzen»), Art. 5 Abs. 1 ZPO («*juridiction compétente*», in deutscher Fassung «zuständige kantonale Instanz») und Art. 104 Abs. 4 ZPO («*juridiction supérieure*», in deutscher Fassung «höhere Instanz»). Somit ist die gewählte Lösung auch aus systematischer Sicht zu bemängeln.

## D. Fazit

Im Rahmen einer auf einem pragmatischen Methodenpluralismus basierenden Auslegung können die Prozessbeteiligten von den Gerichten erwarten, dass sie klare und überzeugende Argumente zur Untermauerung ihrer Erwägungen vorbringen, um nicht den Eindruck zu erwecken, dass sich die Richter durch ihre methodischen Entscheidungen einen Freibrief ausstellen würden, der sich negativ auf die Rechtsicherheit und Vorhersehbarkeit des Gesetzes auswirken könnte.

Auch wenn das Ergebnis der Auslegung von Art. 138 Abs. 1 OR nicht grundsätzlich zu beanstanden ist, da die (Un-)Tätigkeit der Gerichte einem Gläubiger, der eine Verjährungsfrist durch Klageerhebung gewissenhaft gewahrt hat, nicht zum Nachteil gereichen soll, so ver-

8 BGE 122 I 97, E. 3a/bb: «*le jugement qui n'a pas été communiqué officiellement aux parties est inexistant*» (in der Regeste wie folgt auf Deutsch: Solange ein Urteil nicht mitgeteilt wurde, existiert es nicht); BGER 5A\_121/2007, 03.07.2007, E. 3.1; BERTI, S. 522.

9 BGE 139 III 120 E. 2.

10 BGE 142 III 695.

mag die Urteilsbegründung sowohl hinsichtlich des (zu oberflächlich behandelten) teleologischen Arguments, wie auch des (falsch behandelten) wörtlichen Arguments, sowie des (gar nicht behandelten) systematischen Arguments nicht recht zu überzeugen.

**[2508] Auszug aus dem Urteil der II. zivilrechtliche Abteilung des Bundesgerichts i.S. A. gegen B., C., D. und E. (Beschwerde in Zivilsachen) 5A\_471/2020 4/2021 vom 28. Januar 2021**

*Art. 55 Abs. 1 ZPO; Art. 8, 807 ZGB; Verjährung und Behauptungslast; angeblich grundpfandgesicherte Forderung*

So wie der Gläubiger darzutun hat, dass eine längere als die vom Schuldner angegebene Verjährungsfrist Anwendung findet, so obliegt ihm auch der Nachweis der Tatsachen, aus denen sich ergeben soll, dass seine Forderung grundpfandgesichert ist und deshalb überhaupt keiner Verjährung unterliegt.

*Art. 55 al. 1 CPC; art. 8, 807 CC; Prescription et fardeau de l'allégation; créance prétendument garantie par gage*

De même qu'il appartient au créancier de démontrer qu'un délai de prescription plus long que celui affirmé par le débiteur s'applique, de même il lui appartient de prouver les faits qui démontrent que sa créance ne se prescrit pas, parce qu'elle est garantie par gage.

*Art. 55 cpv. 1 CPC; art. 8, 807 CC; Prescrizione e onere dell'allegazione; credito preteso essere garantito da pegno*

Al creditore incombe l'onere di provare che si applica un termine di prescrizione più lungo rispetto a quello che il debitore sostiene essere applicabile, rispettivamente l'onere di provare i fatti che attestano l'imprescrittibilità del suo credito, in quanto garantito da pegno immobiliare.

4.2.2 Nach Art. 55 Abs. 1 ZPO haben die Parteien dem Gericht die Tatsachen, auf die sie ihr Begehren stützen, darzulegen und die Beweismittel anzugeben. Welche Tatsachen zu behaupten (und gegebenenfalls zu substantiieren) sind, richtet sich nach der materiell-rechtlichen Anspruchsgrundlage, für Rechtsverhältnisse des Bundesprivatrechts nach der anwendbaren Norm des Bundesrechts. Die Parteien haben alle Tatbestandselemente der materiellrechtlichen Normen zu behaupten, die den geltend gemachten Anspruch begründen. Sie haben in ihrem Tatsachenvortrag in allgemeiner Weise sämtliche Tatsachen zu benennen, die unter die massgeblichen Normen zu subsumieren sind (BGE 127 III 365 E. 2b S. 368; 123 III 183 E 3e S. 188; Urteile 5A\_658/2014 vom 6. Mai 2015 E. 6.3.1; 4A\_210/2009 vom 7. April 2010 E. 3.2 und 3.3). Die Behauptungslast folgt der Beweislast (BGE 132 III 186 E. 4 S. 191). Versäumt es die beweisbelastete Partei, eine anspruchsbegründende Tatsache zu behaupten, bleibt notwendigerweise auch der Beweis aus; ein fehlendes Sachvorbringen steht dem unbewiesenen gleich (CHRISTOPH HURNI, in: Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Bd. I, 2012, N 15 zu Art. 55 ZPO, mit weiteren Hinweisen).