

Eugen Bucher*

Verjährung: gute Schritte in guter Richtung

Bemerkungen aus Anlass von BGE 132 III 226–241 (4C.296/2005)

Inhaltsübersicht

- I. Zu Beginn – Verjährung im Allgemeinen
 1. Emotionaler Hintergrund
 2. Bisherige Tendenz
 - a) Gesetzgeber
 - b) Bundesgericht
 3. Bisheriger klarer Gesetzesverstoss: OR 127 nicht ernst genommen
 4. Wendung zum Besseren
- II. Gegenwärtiger Problemstand
- III. BGE 132 III 226–241 (4C.296/2005)
 1. Sachverhalt
 2. Die aufgekommenen Rechtsfragen
 3. Entscheid zugunsten der Zulassung von vertraglichen Fristverlängerungen
 - a) Entscheid
 - b) Begründung der nicht eingetretenen Verjährung
 4. Präzisierungen der Regel
 5. Gegensatz von Unterbrechung der Verjährung und Verzicht
- IV. Zum Schluss
 1. Zum Rechtsmissbrauchsargument
 2. Verjährung und Prozessrecht
 3. Rückblick

I. Zu Beginn – Verjährung im Allgemeinen

1. Emotionaler Hintergrund

Die Einrichtung der Verjährung löst anscheinend entgegengesetzte Empfindungen aus: Die einen mögen sie, bei anderen weckt sie Unbehagen. Zu den Ersteren darf man wahrscheinlich *Karl Spiro* zählen, der dieser Einrichtung sein Lebenswerk widmet,¹ ein bewundernswürdiges *magnum opus* in zwei Bänden, in welchem er mit Fein- und Scharfsinn dieses Rechtsinstitut nach allen Ecken ausleuchtet, gern dessen Anwendungsbereich expansiv deutend, der aber, wie schon hier festgestellt sei, bei den hier behandelten Aspekten ganz auf der richtigen Linie liegt (unten bei Fn. 22). Den Schreibenden stimmt diese Einrichtung eher unfroh; Lebensbejahung und positive Weltanschauung werden gestört durch die Assoziationen eines Schlachthauses, in dem Tiere ihr Lebensende fin-

den allein infolge des Ablaufs der ihnen von oben zugestandenen Lebensdauer. Die Unentbehrlichkeit der Institution ist offenkundig und unbestritten, was nicht die Feststellung hindern kann, dass in Gesetzgebung, Doktrin und Praxis in zurückliegenden Jahren gelegentlich ein schwer zu erklärender, manchmal irrational und zwanghaft wirkender Reflex der Verjährungsdurchsetzung zu beobachten war. Dieser Hintergrund illustriert die Bedeutung der heute in anderer Richtung weisenden Entwicklung, die im hier vermerkten Entscheid besonders deutlich wird und Genugtuung bereitet.

2. Bisherige Tendenz

a) Gesetzgeber

Der schweizerische Gesetzgeber stand auf der Seite der Verjährungsfreunde: Im OR von 1883 wurde die generelle Verjährungsfrist, die noch heute meistens 30 Jahre beträgt, auf zehn Jahre festgelegt.² Die Stillstands- und Unterbrechungsgründe wurden zurückhaltend gewährt,³ die Möglichkeiten konsensualer Lösungen im Bereich der Verjährungsregeln nicht klar herausgestellt⁴ (Letzteres

² Dies nach dem Vorbild des Zürcher PGB (§ 1064) und des Berner Civilgesetzbuches (Satzung 1033 «Erwerb ... eines Rechts durch Ersitzung»), welches hierbei seinem Vorbild, dem ABGB (Art. 1478) folgte. Bis heute aber herrscht immer noch weit herum die *longi temporis praescriptio*, diese durch einen Erlass von *Theodosius II* des Jahres 424 auf 30 Jahre festgeschrieben: französischer CC Art. 2262 «*Toutes les actions, tant réelles que personnelles, sont prescrites par trente ans...*» Neuerdings aber heute doch vermehrt die *Zehnjahresfrist*: Argentinien (seit 1971; CC Art. 4023); Brasilien (2002; Art. 205; vorher 20 Jahre; Art. 177). – Das BGB des Jahres 2002 öffnet ganz neue Perspektiven und verkürzt die bisherige dreissigjährige Frist um den Faktor 10. Rev. BGB § 195: «Die regelmässige Verjährungsfrist beträgt drei Jahre.» Nicht jedermann in Deutschland ist erfreut über diesen legislatorischen *salto mortale*.

³ Dazu auch unten Ziff. II lit. b. – Dieselbe Zehnjahresfrist in Italien (CC Art. 2946) hat jedoch ganz andere Bedeutung als in der Schweiz: CC it. Art. 2943/IV macht jede *verzugsauslösende Handlung* (wozu gem. Art. 1219 jede schriftliche Zahlungsaufforderung gehört) zu einem *Unterbrechungsgrund*.

⁴ Im kodifikationsgeschichtlichen Hintergrund, in der ersten grossen modernen Privatrechtskodifikation, dem *Allgemeinen Preussischen Landrecht* (ALR) von 1794, finden wir folgende Regel: «Überhaupt hängt es von den Parteien ab, bei der Schliessung eines Vertrages der Verjährung und dem daraus entstehenden Rechte, auch im Voraus, zu entsagen, ingleichen kürzere oder längere Fristen dazu, als die gesetzmässigen sind, zu verabreden.» (ALR I,9 § 565.) Hier ausnahmsweise das genaue Gegenteil zu der dem ALR angelasteten (und andernorts tatsächlich bestehenden) obrigkeitstaatlichen Besorgtheit um das Wohl der Bürger, diese offenkundig geleitet vom Anliegen, das Postulat der Privatautonomie konsequent ohne Vorbehalt zu verwirklichen. Zu viel des Guten: Was heute häufig mehr zu wünschen wäre, war hier Übertreibung.

* Dr. iur., Rechtsanwalt, Professor emeritus der Universität Bern.

¹ *Karl Spiro*, Die Begrenzung privater Rechte durch Verjährungs-, Verwirkungs- und Fatalefristen, 1686 Seiten, Bern 1975 (zu Verjährung Bd. I).

der Hintergrund der im besprochenen BGE aufkommenden Problemstellung). In der Revision von 1911 wurden so nebenbei und ohne Sachdiskussion, aber bis heute auch ohne Widerspruch des juristischen Publikums zwei gleichermaßen fragwürdige Neuerungen eingeführt: Veranlasst durch (verfehlte) Systemüberlegungen unterwirft der neu eingefügte Art. 67 *Bereicherungsansprüche* wie/und *Deliktsansprüchen* (OR 60) ebenfalls der einjährigen Verjährungsfrist, und nach dem neu formulierten Absatz II von OR 119 muss fortan der Schuldner einer unmöglich gewordenen Leistung nicht wie bisher nach aOR 145 «die bereits *empfangene Gegenleistung*» zurückerstatten, sondern haftet neu allein «aus ungerechtfertigter Bereicherung»⁵.

b) Bundesgericht

aa) *Ausweitung der Einjahres-Verjährung*. Das Bundesgericht war lange Zeit auf Seite der Verjährungsfreunde, und seine Rechtsprechung fand in der Doktrin viel Billigung. Zentralpunkt der in der Sicht des Schreibenden unzulässigen und in Widerspruch zum OR stehenden Expansion des Verjährungstatbestandes war die vom Bundesgericht geübte *Anwendung der einjährigen Frist der Delikts- und Kondiktionsverjährung* auf Tatbestände, die ausserhalb dieser beiden Obligationstypen stehen. Es wurde bei den Ansprüchen aus *culpa in contrahendo* (c.i.c.), die niemals alle Haftungsvoraussetzungen von OR 41 ff. aufweisen, die unzulässige Frage aufgeworfen, ob die aus ihr resultierenden Forderungen eher vertraglicher oder eher deliktischer Natur seien, um sie dann als «näher dem Delikt» stehend zu bezeichnen, dies mit dem Ziel, sie der Einjahresfrist von OR 60 zu unterwerfen. So etwa BGE 101 II 268; 104 II 94 (zu OR 39)⁶.

⁵ Damit wird der aus nachträglicher Unmöglichkeit resultierende Rückforderungsanspruch der parallel dazu eingeführten einjährigen Verjährungsfrist von OR 67 unterworfen und im Übrigen dem Empfänger der Leistung die *Entreichungseinrede* von OR 64 zugestanden. Will man mit letzterer Regel ernst machen, muss nicht bloss derjenige nichts zurückerstatten, der vor Leistungserbringung eine erhaltene Anzahlung voller Freude und vor jeder eigenen Anstrengungen verprasst hat, sondern, viel ernster, die *Aufwendungen* zur Vorbereitung der dann durch höhere Gewalt unmöglich werdenden *Leistungserbringung* werden zu *Abzugsposten*. Die weltweit geltende und auch in OR 82 deutlich genug formulierte Grundregel, dass derjenige, der seine Vertragsleistung nicht erbringt, auch die Gegenleistung nicht fordern kann, wird damit fallweise ins Gegenteil gewendet. Was bis dahin bei uns galt und andernorts allenthalben auch heute gilt, dass nämlich jeder Vertragspartner die Risiken der Leistungsvorbereitungen allein trägt und seinen Gegenleistungsanspruch auch dann verliert, wenn seine Aufwendungen ohne sein Verschulden vernichtet oder nutzlos werden (es sei denn, der Vertragspartner sei seinerseits an dieser Wendung zum Bösen mitverantwortlich), gilt plötzlich nicht mehr. Eine Wendung der Dinge, die 1911 weder jemand gewollt noch auch bloss gesehen hat.

⁶ Demgegenüber aber festzuhalten, dass immerhin hinsichtlich *Genugtuungsansprüchen*, die aus Vertragsverletzung resultieren, anders verfahren wurde. Solche wurden seit je der ordentlichen

Die gleiche Sünde dann vorübergehend auch bei Qualifizierung vertraglicher *Rückforderungsansprüche* von *Vorschüssen* und *Akontozahlungen* als bereicherungsrechtlich und damit Anwendung der an sich schon unglücklichen neu eingefügten einjährigen Verjährungsfrist von OR 67.

bb) *Würdigung*. Der Gesetzgeber minimiert in Zweifelsfällen die inhaltliche Umschreibung der Schuldpflichten regelmässig zugunsten des Schuldners und erlaubt bei zweifelhafter Entstehung niemals die Annahme einer Obligation. Das Requisite der Eindeutigkeit der Gründe und Abwesenheit von Zweifeln gilt nun aber nicht nur beim Entstehen, sondern auch beim Untergang von Forderungen: Eine zweifelsfrei entstandene Obligation erlischt allein bei eindeutig und zweifelsfrei erwiesenem Untergangsgrund, und das Gleiche muss auch für die hier in Frage stehende Klagbarkeit der Obligation gelten. Verjährungsbedingte Unklagbarkeit darf nur in vom Gesetzgeber klar umschriebenen und von den Gläubigern im Voraus erkennbaren Fällen eintreten. Das schliesst eine nach richterlichem Ermessen erfolgende und damit nicht voraussehbare Ausdehnung der Anwendung deliktischer Verjährung aus. Das hat man ursprünglich noch richtig gesehen: BGE 68 II 303 geht zwar ebenfalls davon aus, dass c.i.c. zwischen Vertrag und Delikt drinsteht, stellt aber fest, dass C.i.c.-Haftung auf Verletzung vorvertraglicher Pflicht beruht und daher wie eine Vertragsverletzung zu sanktionieren ist (dabei auf *v. Thur* abstellend; Bd. I § 24/VII, S.192 f., wo viele überzeugende Argumente zu finden sind, welche später unbeachtet bleiben); BGE 77 II 137 und 90 II 458 bestätigen das Vorliegen vorvertraglicher Sorgfalts- und Rücksichtnahmepflichten, deren Verletzung sinngemäss wie eine Vertragsverletzung zu behandeln ist (wobei in den beiden genannten Fällen nicht über Verjährung zu entscheiden war). Demgegenüber bringt eine Wende zum Bösen der Entscheid BGE 101 II 266, wo das Bundesgericht *Jäggi* (Komm. OR Art. 1 N. 592) folgend eine zehnjährige Verjährungsfrist für Haftung aus c.i.c. als «*pas compatible avec les exigences de la sécurité du droit*» bezeichnet und daher OR 60 anwendet. Diesem Präjudiz folgend qualifiziert dann BGE 104 II 94 die Haftung des vollmachtlosen Stellvertreters (OR 39) als solche aus c.i.c., um sie ohne weiteres ebenfalls der einjährigen Verjährungsfrist zu unterstellen.

Verjährung von OR 127 unterworfen und nicht als deliktisch qualifiziert; dazu *obiter* Hinweise in BGE 123 III 204 ff. (dass dort aus Vertragsverletzung resultierende, ohnehin exzeptionelle und vertragsrechtlich in keiner Weise zu rechtfertigende Genugtuungsansprüche *Dritter* der Einjahresfrist von OR 60 unterworfen werden, ist mehr als begründet).

3. Bisheriger klarer Gesetzesverstoss: OR 127 nicht ernst genommen

Beide genannten Fälle der Zuordnung von Forderungen zu Delikt und Kondiktion verstossen gegen die Generalregel von OR 127, deren Wortlaut mit nicht zu übertreffender Eindeutigkeit die Zehnjahresfrist anordnet für sämtliche «Forderungen, für die das Bundeszivilrecht nicht etwas anderes bestimmt.» Und C.i.c.-Forderungen mögen streckenweise eine gewisse Ähnlichkeit mit Deliktsforderungen haben, sind aber klarerweise keine solchen und werden nicht von den Regeln von OR 41–61 erfasst und wurden im Übrigen vom «Erfinder» des C.i.c.-Topos, *Rudolf v.Jhering*, als quasi-vertragliche verstanden.

Der C.i.c.-Tatbestand ist dem Gesetz als Generalklausel fremd, aber bereits *Munzinger* und ihm folgend das aOR des Jahres 1883 verankern die wichtigsten Anwendungsfälle explizit im Gesetz: *Jherings* Paradebeispiel ist die Irrtumsanfechtung des Vertrages, wo fahrlässiger Irrtum zwar als Anfechtungsgrund (bei ihm noch Nichtigkeitsgrund) wirksam ist, aber nach *Jherings* Forderung (in der Schweiz dann nach gesetzlicher Regelung von aOR 23 bzw. heute OR 26) eine Ersatzpflicht des Anfechtenden auslöst. Dieser klarerweise ausserhalb des Rechts der unerlaubten Handlungen (OR 41 ff.) stehende Tatbestand darf nicht der Verjährung von OR 67 unterworfen werden und ist es bisher wohl auch nicht. Dass dies bei den ausserhalb gesetzlicher Sondernormierung verbliebenen C.i.c.-Obligationen anders sein soll, ist durch nichts zu rechtfertigen.⁷

4. Wendung zum Besseren

Seit einigen Jahren scheint sich das Blatt zu wenden und Zurückhaltung gegenüber der zerstörerischen Verjährung zu wachsen, dies in Judikatur wie auch in der Doktrin.

a) Bei der *culpa in contrahendo* ist zwar deren verjährungsrechtliche Handhabung bis heute ohne generelle korrigierende Grundsatzklärung geblieben, aber auf verschiedenen Ebenen ist

Besserung offenkundig: Im nicht publizierten Entscheid 4C.354/2004 ist zwar ein weiteres Mal (hier ohne grosse Begründung) für c.i.c. die Verjährungsregel von OR 60 als anwendbar erklärt worden. Indessen darf man wohl in diesem Fall nebenbei auch die etwas seltsamen, den Anspruch selber in Frage stellenden Nebenumstände des Tatbestandes als mitwirkend vermuten; die doktrinale Beurteilung, dass die Entwicklung in der entgegengesetzten Richtung geht, ist wohl zutreffend.⁸

b) Von weit tragender künftiger Bedeutung ist das Entstehen eines Sondertypus von Ansprüchen, die bisher der c.i.c. zugeordnet wurden, nun aber überwiegend als Ansprüche aus *Vertrauenshaftung* (VH) gedeutet werden, was den bisherigen, c.i.c.-bezogenen Anwendungsbereich im Ergebnis etwas erweitert, dies aber unter präziser Erfassung der haftungsauslösenden Tatbestandselemente. Dazu hier nur zu nennen BGE 120 II 333 (sog. «Fall Swissair»); 121 III 354 E.6c («Fall Grossen»), 124 III 369 E: II/5b (Haftung von Mitgliedern einer Anwaltssozietät für Fehlaukünfte eines Partners; *in casu* verneint). In den genannten Entscheidungen wird die Verwandtschaft der VH mit der C.i.c.-Haftung erwähnt, jedoch bestand kein Anlass zur Stellungnahme zur Verjährungsfrage. Aus genannten Gründen sind die drei aussergesetzlichen Obligationentstehungsgründe, einmal die C.i.c.-Tatbestände im Sinne *Jherings*, dann die faktischen Vertragsverhältnisse (FVV) und schliesslich die Vertrauenshaftung (VH), insgesamt nicht der Deliktsverjährung von OR 60 zuzuschlagen, sondern bei OR 127 zu belassen, wo alle nicht eindeutig den Art. 41–59 zuzuordnenden Obligationstypen hingehören. Dass die aus FVV resultierenden Ansprüche als vertragliche, d.h. OR 127 unterliegende, zu qualifizieren sind, dürfte vom erreichten Ergebnis her (der Entstehung eines inhaltlich nach Vertragsrecht zu bestimmenden Anspruchs) unstreitig sein, obgleich die vertragslose Erlangung der zu entschädigenden Leistung regelmässig unerlaubt ist. Wenn auch die der c.i.c. zugeordneten und die aus VH resultierenden Ansprüche ein für alle Mal allein OR 127 unterworfen werden, ist dies Bereinigung einer bisher unklaren Situation, was grosse Besserung bedeutet.⁹

⁷ Das Gleiche gilt für alle dem Modell der C.i.c.-Theorie folgenden Sonderbestimmungen: neben OR 26 weiterhin OR 36/II (Haftung des Ausstellers einer Vollmachturkunde, der diese nach Vollmachtswiderruf in den Händen des Bevollmächtigten belässt), OR 39 (Haftung des *falsus procurator*, d.h. des vollmachtlos als Stellvertreter Handelnden; dazu auch ZGB 411/II wie aOR 33/III, Haftung des unmündigen Urteilsfähigen, der seinen Partner «zu der irrümlichen Annahme seiner Handlungsfähigkeit führt»). Im Gegensatz zum hier Gesagten bleibt es hoffentlich ein einmaliger Ausrutscher, wenn in BGE 104 II 94 der Haftungsanspruch aus OR 39 als «auf vorvertraglicher Haftung» beruhend der «Verjährungsfrist von Art. 60 OR» unterworfen worden ist.

⁸ Dazu die überzeugenden Ausführungen von *N. Lüchinger*, Verjährung von Ansprüchen aus c.i.c., in: SJZ 102/2006 197 ff. mit Hinweisen auf 4C.354/2004 und 4C.299/1998.

⁹ Vgl. im Übrigen zur VH BGE 5C. 267/2004, wo das Bundesgericht die Frage nach der Natur dieser Haftungsansprüche von Fall zu Fall entscheiden will. Dazu auch *Hans Peter Walter*, Vertrauenshaftung im Umfeld des Vertrages, ZBJV 132 (1996) 273 ff., *ders.*, La responsabilité fondée sur la confiance dans la jurisprudence du Tribunal fédéral, in: *Chappuis/Winiger* (Hrsg.), La responsabilité fondée sur la confiance – Vertrauenshaftung, Zürich 2001, 147 ff.

c) Ein *Vorbehalt* ist allerdings bei der *Vertrauenshaftung (VH)* notwendig. Die bei den oben genannten Entscheidungen deutlich genug zutage tretende Nähe der vertrauens- bzw. haftungsbe gründenden Tatbestände zu Vertragsverhältnissen besteht nicht bei jenen Sonderfällen, die in der Sicht des Schreibenden ebenfalls als Erscheinungsformen der VH gelten können und streckenweise als solche zu handhaben sind: Die beiden Fälle «milder Kausalhaftung» der *Werkeigentümerhaftung* (OR 58) und der *Tierhalterhaftung* (OR 56)¹⁰ beruhen auf expliziten gesetzlichen Haftungstatbeständen, welche klar OR 60 zugeordnet und verjährungsrechtlich entsprechend zu behandeln (sc. der Einjahresfrist zu unterwerfen) sind. Der Tier- bzw. Sachbezug liefert gegenüber den übrigen VH-Tatbeständen ein klar zu handhabendes Abgrenzungskriterium (allenfalls bestehende Zweifelsfälle müssten im Sinne der Generalregel von OR 127 zugunsten der Zehnjahresfrist entschieden werden).

d) Eindeutige Besserung ist in letzten Jahren eingetreten hinsichtlich der verfehlten bisherigen *Qualifikation von Forderungen als kondiktionsrechtlich* und deren Unterwerfung unter die Einjahresfrist von OR 67. In BGE 107 II 220 wurde noch die Rückforderung einer überschüssend geleisteten Akontozahlung wegen Verjährung nach OR 67 abgewiesen, aber BGE 126 III 119, 123 zeigt die gebotene Reue, rückt von dieser Fehlentwicklung ab und lässt die Rückforderung von auf vertraglicher Grundlage erbrachten Leistungen auch nach vertragsbezogener Regel verjähren.¹¹ Ganz allgemein ist eine Grenzverschiebung weg vom Bereicherungsrecht hin zu Vertragsrecht im Gange: Die Rückforderungsansprüche gemäss OR 109/I, resultierend aus Vertragsrücktritt, werden jetzt entgegen einer früher starken doktrinellen Position, welche sich für Bereicherung als Rechtsgrundlage aussprach, *als vertragliche qualifiziert*: Der bei Erbringung der Leistung als Leistungsgrund bestehende Vertrag wird durch den Rücktritt nicht nachträglich beseitigt, vielmehr umgestaltet und nach vertragsrechtlichen Regeln zu einem Rückabwicklungsverhältnis, wobei auch dieses vertraglich begründet und damit verjährungsrechtlich nach Vertragsregeln zu behandeln ist.¹²

¹⁰ Dazu Bucher, Was man aus einem Fall von «Putativ-Vertrauenshaftung» lernen kann. BGE vom 7.1.1999 («Monte-Rosa-Fall») ist Anlass weder zu Begeisterung noch Empörung ob der sog. Vertrauenshaftung; in: recht 2001 65–81. Ders., Vertrauenshaftung: Was? Woher? Wohin?, in: FS für H.P. Walter, Bern 2005, bes. Ziff. IV/3 245 f. (www.eugenbucher.ch Nr. 76 und 89).

¹¹ Seither bestätigt in BGE 130 III 512 E.6.3 ff. (Reduktion der Miete wegen Untauglichkeit der Mietsache gem. OR 259d; Anspruch des Mieters auf Rückerstattung des zu viel Bezahlten ist vertraglicher Natur und unterliegt nicht OR 67).

¹² So eindrücklich die Argumentation in BGE 114 II 133 E.2, bes. lit. c und d, 156 ff. Weitere Hinweise auch bei Lüchinger (Fn. 8).

e) Ein Schritt hin zur regulären Zehnjahresfrist von OR 127 und weg von kürzeren Sonderverjährungen, hier der Umschreibung der Forderungen aus «Handwerksarbeit ..., Berufsarbeiten von Anwälten, Rechtsagenten ...» gemäss OR 128 Ziff. 3, die (wie Miet- und Kapitalzinse, Wirtsschulden usw. der Ziff. 1 und 2) einer Fünfjahresfrist unterliegen, hat die I. Zivilabteilung am 31.8.2005 getan durch Beschränkung anwaltlicher Berufsarbeit auf juristische Beratung und Prozessführung, dies unter Ausschluss von Buchhaltungs- und anderen Verwaltungsdienstleistungen (in casu erbracht durch eine auf derartige Dienste spezialisierte AG). Dabei wird auf die überholte *ratio legis* hingewiesen und restriktive Auslegung der Ausnahmeregel gefordert (Anwaltstätigkeit i.e.S. bleibt indessen nach wie vor innerhalb der Fünfjahresfrist!)¹³.

f) Auch in der *Doktrin*, die früher oft zu unkritischer Billigung unbilliger Verjährungsentscheidungen neigte, scheint sich die Stimmung zu wandeln. Während des Verfassens dieser Zeilen sind zwei Hefte auf das Pult des Schreibenden gelangt, enthaltend Texte, welche derartige Hoffnung gestatten: der bereits oben (Fn. 8) genannte, und sodann die Äusserung eines besonders ausgewiesenen Kenners des Haftpflichtrechts, der nicht bloss in die verbreitete Kritik der allzu kurzen einjährigen Deliktsverjährung von OR 60 einstimmt, sondern mit guten Gründen den gesamthaften Verzicht auf Sonderverjährung von Deliktsansprüchen vorschlägt und deren Belassung bei der zehnjährigen Frist von OR 127 fordert (dies gestützt mit dem Hinweis, dass der französische CC so verfährt, d.h., Ansprüche aus Delikt bei der gewöhnlichen dreissigjährigen Frist belässt)¹⁴.

II. Gegenwärtiger Problemstand

Verjährungsrecht ist nur gerade einfach und eindeutig, wenn es um die Fristen geht. Wenn wir diese kennen, geht es los mit Anschlussfragen. Unterscheidet man mehrere Forderungstypen und unterwirft diese unterschiedlichen Fristen, wird, wie bereits gesehen, deren gegenseitige Abgrenzung zum Problem. Problembelastet und nicht ohne Wertung zu entscheiden ist noch manches: Bei der Bestimmung des *Beginns der jeweiligen Verjährungsfrist* wirft der Begriff «Fälligkeit»

¹³ BGE 4C.188/2005 = 132 III 61–65; dazu Chr. Hurny in Jusletter 30. Jan. 2006. Hier auch zu finden Anschauungsmaterial verfehlter Verjährungsfreudigkeit, von der sich das Gericht erfreulicherweise deutlich distanziert.

¹⁴ Roland Brehm (Kommentator von OR 41–61!), in: ZBJV 142 (2006) 325 f.

Fragen auf,¹⁵ bei Delikts- und Kondiktionsforderungen ist die Bestimmung des Zeitpunkts der «Kenntnis» des Gläubigers i.S. von OR 60 und OR 67 wertungsabhängig. Bei der *Unterbrechung der Verjährung* lässt die Umschreibung der den Fristenlauf unterbrechenden (d.h. einen neuen Fristenlauf eröffnenden) Tatbestände von OR 135 manche Fragen offen; schon was als verjährungsunterbrechende «Anerkennung der Forderung» i.S. von Ziff. 1 dieser Bestimmung gelten darf, ist häufig diskutabel.

Noch heikler sind *Hinderung und Stillstand der Verjährung* wie in OR 134 normiert. Der Gesetzgeber, auch hier die oben genannte Verjährungsfreundlichkeit demonstrierend, hatte es unterlassen, den seit der Antike respektierten Grundsatz *contra non valentem agere non currit praescriptio* (gegen den nicht klagen Könnenden läuft keine Verjährung) in vollem Umfang zu verankern. Wer keine Urteils- bzw. Geschäftsfähigkeit, aber auch keinen gesetzlichen Vertreter besitzt (was bei altersbedingter Behinderung heute die Regel ist), wird nicht vor Verjährung bewahrt.¹⁶ Ebenso hielt es der Gesetzgeber für richtig, zwar Prozesshandlungen als Unterbrechungstatbestände anzuerkennen (OR 135 Ziff. 2), nicht aber für Litispendenz Stillstand der Verjährung vorzusehen, weshalb eine eingeklagte Forderung unter der Hand des Richters verjähren kann.¹⁷ Auf der Ebene der Bundesgerichtspraxis ist aber auch hier partielle Besserung zu vermerken: Noch BGE 90 II 428 scheute sich nicht, die Stillstandsregel von OR 134/I Ziff. 6 der Unmöglichkeit der Geltendmachung der Forderung vor einem schweizerischen Gericht nicht anzuwenden, obwohl der Gläubiger wegen der damaligen Verhältnisse in Rumänien (die ihn nicht bloss mit Konfiskation des Auslandguthabens, sondern auch mit Strafsanktionen bedrohten) keine Möglichkeit zur Klage hatte. Von derartiger Lesart distanziert sich glücklicherweise dezidiert und i.S. einer Praxisänderung BGE 124 III 452 E.4 (dies im Rahmen eines *obiter dictum*, da *in casu* aus

¹⁵ Die *Fälligkeit*, welche nach OR 130/I den Verjährungslauf auslöst, lässt sich insbesondere bei vertraglichen Forderungen aus Nicht- oder Schlechterfüllung zeitlich nicht immer leicht fixieren.

¹⁶ In dieser Frage ist auch das aOR nicht glücklicher, dessen Art. 153 genau das vorweg nimmt, was heute in OR 134 steht. Besser dagegen noch der von *Munzinger* bestimmte Entwurf von 1873, dessen Art. 192/I lautet: «Fällt das Ende der Verjährungsfrist auf eine Zeit, in welcher der Gläubiger an der Geltendmachung seiner Forderung ohne eigenes Verschulden gehindert ist, oder der gesetzlichen Vertretung entbehrt, so läuft während der Dauer dieses Hindernisses die Verjährung nicht.» (Wirkungen werden präzisiert in Abs. II.) Nicht nur ist unser heutiges OR partiell gegenüber seinem Vorläufer verschlechtert, sondern eine sanfte Abwärtsbewegung trat schon vor Erlass des aOR ein, d.h. mit dem Tod *Munzingers*, dessen Nachfolger weit hinter ihm zurückstanden (Text des Entwurfes von 1873 wie aller anderen bei *Fasel*, Fn. 24).

¹⁷ Was etwa dann eintritt, wenn bei Deliktssklagen eine Expertise angefordert wird und das Gericht, mit Geduld auf den Bescheid wartend, während eines Jahres keine verjährungsunterbrechende Prozesshandlung vornimmt.

anderen Gründen Verjährung angenommen werden musste, was aber hier dem Positionsbezug zusätzliches Gewicht gibt).

Die genannten Problembereiche waren zu erwähnen; zu einer abschliessenden Behandlung besteht hier kein Anlass. Im Zusammenhang von BGE 4C.296/2005 fordert aber die dort im Zentrum stehende Frage Beantwortung, wann und wie die Parteien durch *einseitige Erklärung bzw. vertragliche Abrede* die gesetzlichen Verjährungsfristen abändern oder ausser Kraft setzen können.¹⁸ Zu ermessen war die Tragweite der Grundregel von OR 129: «Die in diesem Titel aufgestellten Verjährungsfristen können durch Verfügung der Beteiligten nicht abgeändert werden», diese ergänzt durch OR 141/I: «Auf Verjährung kann nicht zum voraus verzichtet werden.»

III. BGE 132 III 226–241 (BGE 4C.296/2005 vom 13.2.2006)

1. Sachverhalt

Anlass zum betrachteten Entscheid war folgender Geschehensablauf: Die in Malta domizilierte und im Getreidegrosshandel tätige, durch Y und später zusätzlich auch durch Frau X vertretene Aktiengesellschaft (hier auch «AG») kaufte ein Flugzeug von der im Flugzeughandel tätigen Firma Z SA mit Sitz in Genf, der heutigen *Beklagten* (hier «SA» oder *Beklagte*); Lieferantin und Herstellerin des Flugschiffs war die Firma *Canadair* in Montreal. Nach einem vom 18.12.1992 datierten Vorvertrag wurde am 29.12.1992 der Hauptvertrag geschlossen und darüber hinaus am 15.1.1993 der dort vorgesehene Liefertermin hinausgeschoben auf den 11.6.1993.

¹⁸ *Einseitige Erklärung oder Vertrag?* Der im BGB ins Zentrum gestellte Begriff des Rechtsgeschäfts lädt dazu ein, der einseitigen Erklärung vermehrt Beachtung zu geben. Das lässt aber oft genug übersehen, dass *einseitige Erklärungen* einen Vertrag ausmachen können und als solche zu behandeln sind, nämlich immer dann, wenn das *Einverständnis des Erklärungsempfängers* zu vermuten ist, niemand Widerspruch erwartet und auch kein solcher erfolgt. Wo Schriftlichkeit gefordert ist (Zession, Schenkungsversprechen u.a.), genügt denn auch die Unterschrift des Zedenten bzw. Schenkebers. Auch die *Rechtsgeschichte* muss so betrachtet werden: Die überall und zu allen Zeiten aufscheinenden symbolischen Sachhingaben, welche Transaktionen begleiten (begonnen bei der aus dem Orient stammenden *arra* bis hin zum *Gottespfennig* oder dem *Weingeld* beim sog. Weinkauf), werden oft als einseitige Akte des Gebenden verstanden, während sie wesensmässig den übereinstimmenden Willen *beider* Parteien sichtbar zum Ausdruck bringen sollen, denn nicht nur der Gebende, sondern auch der Nehmende (oder gar Mittrinkende) muss einverstanden sein! Im Zusammenhang der Verjährung bedeutet dies, dass eine Erklärung des Schuldners, welche Fristerstreckung gewährt, auf Verjährung verzichtet o.dgl., angesichts des offenkundigen Einverständnisses des Gläubigers als Vertrag gedeutet werden kann, wenn es auch dabei bleibt, dass die in OR 135 Ziff. 1 vorgesehenen verjährungsunterbrechenden Handlungen vom Gesetzgeber als einseitige Akte des Schuldners verstanden und in der Doktrin meist als solche behandelt werden.

In den genannten Abmachungen wurde ein Preis von US\$ 15 150 000 für das Flugzeug selber und zusammen mit den Kosten der Installation der vereinbarten Ausstattung ein Gesamtpreis von \$ 17 595 000 vereinbart. Die Modalitäten der Preiszahlung wurden genau und detailliert festgeschrieben: Zahlungen von \$ 500 000 und \$ 2 500 000 am 21.12.1992 und 4.1.1993, Stellung eines unwiderflichen Akkreditivs zugunsten der Herstellerfirma über den Saldo auf den Flugzeugpreis (\$ 12 150 000) am 31. Mai 1993. Die verbleibenden Installationskosten (\$ 2 489 000) wurden aufgeteilt auf vier Teilzahlungen, diese verfallend zwischen dem 4. Januar und dem 11. Juni 1993, davon die dritte im Betrag von \$ 489 000 am 30. April.

Offenbar auf Anfrage der Käuferin bestätigte die Verkäuferin am 20. April 1993, dass die genannte dritte, am 30. April fällige Zahlung infolge vorliegender Zustimmung der Herstellerfirma auf den 10. Mai verschoben werden könne, was angesichts eines vertraglich stipulierten *délai de grace* eine Zahlung spätestens am 20. Mai 1993 erlauben würde. Aber bereits den Tag darauf geschieht Folgendes: Y und Frau X, die offenbar in Italien Domizil haben, werden wegen des Verdachts von Fiskaldelikten von italienischen Beamten befragt, unter Arrest gestellt und bis zum 3. Juli gleichen Jahres in einem *maison d'arrêt* verwahrt, dann in Hausarrest entlassen, wobei den beiden bis zum 24. Juli Kontakt allein mit Familienangehörigen erlaubt war. Es kam, wie es kommen musste: Irgendjemand erklärt zwar am 19. Mai namens der AG unter Hinweis auf *problèmes généraux en Italie*, dass die für nächsten Tag anstehende Zahlung nicht möglich sein werde, die AG aber trotzdem das Flugzeug erwerben wolle. Postwendend antwortet die SA, dass sie keinerlei Zahlungsaufschub zu gewähre, und am 25. Mai teilt sie mit eingeschriebenem Brief mit, dass sie infolge des eingetretenen Zahlungsverzugs aufgrund der sie dazu ermächtigenden Vertragsklausel mit sofortiger Wirkung vom Vertrag zurücktrete. Ebenfalls hielt sie fest, dass die bisher geleisteten Anzahlungen im Betrag von \$ 3 733 500 nach Vertragsabrede ihr verfallen seien und daher keinerlei Rückerstattung der geleisteten Anzahlungen erfolgen werde. Dies die Lage Mitte 1993, in welchem Zeitpunkt aus der Sicht der Verkäuferin, der Genfer SA, die Sache erledigt war.

Am 7.11.2002, d.h. mehr als neun Jahre später, forderte die AG von der SA Rückerstattung der Anzahlungen zuzüglich Verzugszins, zusätzlich dazu aber auch, was dann erst das hier zu Besprechende veranlasst, «à titre préalable à toute discussion... une déclaration de renonciation à la

prescription en des termes ne souffrant aucune interprétation», dies unter Hinweis, dass sie andernfalls zur Verjährungsunterbrechung Zustellung eines Zahlungsbefehls veranlassen würde. Die SA lehnte jede Zahlung ab, gab aber wunschgemäß die zur Verjährungsunterbrechung dienende Erklärung ab und schrieb: «*La soussignée... renonce par la présente à soulever une exception de prescription contre toutes les prétentions que... (A) peut faire valoir, en rapport avec les paiements reçus par... (SA) conformément au contrat du 29.12.1992... pour un montant de US\$ 3 733 500, dans la mesure où celles-ci ne sont pas déjà prescrites à la date d'aujourd'hui.*» Beigefügt wurde noch, die Erklärung sei «*valable jusqu'au 31.12.2003*». Die Rechtswirksamkeit dieser unter dem Datum vom 28.11.2002 ergangenen, hier «Erklärung vom 20./28 November 2002»¹⁹ genannten Verlängerung der Verjährungsfrist ist Gegenstand des besprochenen Entscheids.

Die AG trat in der Folge ihre Forderung gegen die SA ab an X und Frau Y, beide jetzt in Genf wohnhaft, und diese klagten am 18.11.2003 in Genf gegen die SA auf Zahlung von US\$ 3 733 500 zuzüglich Zins von 5% seit 6.8.1993.

2. Die aufgekommenen Rechtsfragen

Wie im Prozessfall üblich, wurden von den Parteien alle möglichen und auch unmöglichen Argumente vorgetragen, deren Erledigung hier nicht interessieren kann, ebenso auch nicht die an sich zwar massgeblichen, aber vom Bundesgericht nicht behandelten Probleme (die Beklagte hatte zur Abwehr des Rückerstattungsanspruchs nicht nur dessen Bestand, sondern unter Behauptung der Simulation auch die Gültigkeit der Zession an die klagenden X und Y bestritten, ein von den Gerichten aller Instanzen beiseite geschobenes und hier nicht interessierendes Argument). Für das Bundesgericht und damit auch für uns ist allein von Bedeutung, dass die Beklagte Ungültigkeit der von ihr abgegebenen Erklärung vom 20./28. November 2002 behauptet und gestützt darauf *Verjährung des Rückforderungsanspruchs* geltend macht.

Das *Tribunal de première instance* hatte die Klage abgewiesen, dabei sowohl Bestand des Rückforderungsanspruchs verneinend wie auch die Verjährungseinrede verwerfend. Die *Cour de Justice* wies die dagegen erhobene Berufung ab, dabei aber, anders als die Vorinstanz, den Bestand der Klageforderung offen lassend und materiell al-

¹⁹ Im Sachverhalt des BGE (B.b) und auch weiter hinten in den Erwägungen wird statt 28. November auch der 20. November 2002 genannt, weshalb hier diese Doppel-Tagesangabe.

lein über die Verjährungseinrede entscheidend und diese gutheissend, dies gestützt auf die Annahme, die mit Erklärung vom 20./28. November ausgesprochene Erstreckung der Verjährungsfrist sei unwirksam. Dies zwingt das Bundesgericht zur Entscheidung der Verjährungsfrage, d.h. zum Befinden über die Rechtsgültigkeit oder aber Unwirksamkeit der von der Beklagten zwar abgegebenen, nachträglich aber als unwirksam behaupteten Erklärung vom 20./28. November 2002. Über den Bestand der eingeklagten Rückforderung war vom Bundesgericht nicht zu entscheiden, da auch die obere kantonale Instanz dies nicht getan hatte (und angesichts ihrer Bejahung des Verjährungsuntergangs auch nicht tun musste); die Streitsache war an die Vorinstanz zurückzuweisen. Der Prozessausgang ist derzeit offen.²⁰

3. Entscheid zugunsten der Zulassung von vertraglichen Fristverlängerungen

a) *Entscheid*

Grundlage der Auseinandersetzung ist das infolge des Zahlungsverzugs erklärte Abgehen der Verkäuferin vom Vertrag, was bereits die Vorinstanz zutreffend als *Rücktritt i.S. von OR 109* qualifizierte. Dabei hat sie auch, im Sinne der oben in Ziff. I/4/b erwähnten neuen Auffassung (entsprechend in BGE 114 II 133 ff.) die Rückforderung nicht etwa als Kondiktionstatbestand qualifiziert, sondern als Vertragsanspruch, dieser abzuwickeln im Rahmen eines «*rapport juridique de liquidation*» und daher der Verjährung von OR 127 unterworfen. Damit reduziert sich das Verjährungsproblem auf die Frage der Zulässigkeit und Gültigkeit der vertraglichen Verlängerung der bereits fast abgelaufenen Zehnjahresfrist um gute sieben Monate bis Ende 2003, wie formuliert in der Erklärung vom 20./28. November 2002²¹.

Das Bundesgericht verwirft die Sicht der Vorinstanz, bejaht die Gültigkeit der im November 2002 erklärten Erstreckung laufender Verjährungsfrist und verwirft damit die Verjährung der Klage-

forderung. Die daraus abzuleitende, Studenten wie Praktiker interessierende praktische Regel könnte einfacher nicht sein: Während laufender *Verjährungsfrist kann der Schuldner diese verlängern*; durch OR 129 wird *allein ausgeschlossen der vorweg* (d.h. vor Entstehung bzw. Fälligkeit der Forderung) *vereinbarte Verjährungsausschluss* (die *renociation anticipée*). Auch gute Doktrin weist seit langem in dieser Richtung.²² Vom Gesetz abweichende vertragliche Vereinbarungen über die Dauer bereits laufender Verjährung sind zulässig, denn ... *le législateur a voulu seulement prohiber que le débiteur renonce par avance à la prescription de sa créance, c'est-à-dire avant qu'elle prenne naissance* (E.3.3.7 Satz 1).

b) *Begründung der nicht eingetretenen Verjährung*

Die Begründung dieses als Selbstverständlichkeit sich darstellenden Prinzips ist simpel genug: *Hintergrund ist die Vertragsfreiheit*, welche nur punktuell und durch klar begrenzt zu haltende Ausnahmeregeln eingeschränkt wird. Die Begründung liegt daher in erster Linie im Nachweis der Abwesenheit einer Ausnahmeregel, welche dies verbieten würde. In Betracht fallen OR 129 und OR 141/I, deren Nichtanwendbarkeit zu erweisen ist (dazu die anschliessenden lit. b und c); aber das Bundesgericht findet auch positive Gesichtspunkte zur Stützung seiner Auffassung (dazu Hinweise unten, lit. d).

aa) *OR 129 kein Hinderungsgrund*: Diese Regel sagt: «... Verjährungsfristen können durch Verfügung der Beteiligten nicht abgeändert werden.» Der Gesetzgeber denkt an den von den Parteien zu schliessenden Vertrag, etwa eine Darlehensvereinbarung, wo der Gesetzgeber für den Fall der von beiden Parteien verschlammten Abwicklung eine Frist setzt, nach deren Ablauf der Darlehensgeber, der bis dahin nichts unternommen hat, nicht mehr auf die alte Sache soll zurückkommen dürfen. Dabei wird als selbstverständlich vorausgesetzt, dass vor Ablauf der Zehnjahresfrist jederzeit der Endtermin über die zehn Jahre hinaus verlängert werden kann und übrigens ohne dahingehende Parteierklärung *ex lege* (durch Unterbrechung der Verjährung und Beginn einer neuen Frist) der Verjährungseintritt hinausgeschoben wird, so bereits, wenn der Darlehensnehmer auch bloss auf einer Ansichtskarte schreibt, «habe nicht

²⁰ Zur Begründung der Rückweisung an die Vorinstanz siehe E.4 des Entscheids, wo unter Hinweis auf OG 64/I dargelegt wird, welche Fragen weiterer tatbeständlicher Abklärung bedürfen: Auslegung des Vertrags und Ermittlungen zum Parteiwillen bei Vertragsschluss hinsichtlich der behaupteten Verfallsklausel, Abklärung der die Zahlung verhindernden Umstände (Unmöglichkeit i.S. von OR 119?), Entscheid über die Zulässigkeit des Verfalls geleisteter Anzahlungen unter dem Gesichtspunkt von OR 162 und 163/III, wenn dieser als Konventionalstrafe qualifiziert wird.

²¹ Rücktritt i.S. von OR 109 wirkt mit Zugang der Erklärung beim säumigen Schuldner. Hier war vielleicht schon Tage zuvor, spätestens aber am 25. Mai 1993 eine Rücktrittserklärung abgegangen und gewiss vor Monatsende angelangt. Die Zehnjahresfrist lief demnach ende Mai 2003 ab und wurde mit dieser Erklärung bis 31. Dezember gleichen Jahres verlängert.

²² In E.3.3.3 Hinweis auf *Karl Spiro* (oben Fn. 1) und *H. Becker*, Komm. OR 141 N. 2 in der vom Gericht zitierten 1. Aufl. 1917 wie auch in der 2. Aufl. 1941. Weiterhin *Däppen*, in: BaslerKomm. OR 141 N. 3, *Pichonnaz*, Comm. romand OR 141 no 4, und viele weitere.

vergessen, dass ich Dir noch 1000 schwach bin», oder eine Zinszahlung macht: Es liegen vor die in OR 135 Ziff. 1 vorgesehenen Unterbrechungsgründe der «Anerkennung der Forderung» und der «Zinszahlung». Unwirksam i.S. von OR 129 sind allein «im voraus» getroffene fristverändernde Abmachungen, d.h. solche getroffen vor Bestehen oder bei Begründung des verjährungsunterworfenen Anspruchs, nicht aber die während des Fristenlaufs getroffenen Vereinbarungen. Die gesetzlichen Verjährungsfristen wie die Institution der Verjährung überhaupt sind als zwingendes Gesetzesrecht zu verstehen bezogen auf den *Zeitpunkt des Abschlusses des später als Grundlage der Forderungsentstehung dienenden Vertrages*, schliessen aber Abmachungen über die Handhabung der Verjährung nicht aus, die nach Entstehung des verjährungsunterworfenen Anspruchs getroffen werden.²³

An dieser Stelle ist einmal mehr festzustellen, dass das aOR von 1981/1983 punktuell besser formuliert war als das heutige OR und die Umstilierungen der Revision von 1911 verunklarend wirkte. aOR 148 lautete noch: «Die in diesem Kapitel festgesetzten Verjährungsfristen können durch Vertrag nicht abgeändert werden.» Damit wird deutlicher auf den dem Rechtsverhältnis der Parteien zugrunde liegenden Grundvertrag hingewiesen; die heutige Bezugnahme auf «Verfügung der Beteiligten» ist nicht zutreffend und weist in falscher Richtung: Verjährungsverzicht ist eine *einredevernichtende Verfügung* über die Geltendmachung bereits abgelaufener oder noch laufender Verjährung, die von OR 129 eben gerade nicht ausgeschlossen werden soll. Aber niemand wird behaupten, diese 1911 neu geschaffene Fehlformulierung sei durch irgendwelche sachlichen Änderungsanliegen veranlasst gewesen, weshalb wir uns mit gutem Gewissen an die bessere Formel des aOR halten dürfen, ja müssen.

Noch etwas deutlicher formuliert dieselbe, meistens geltende Regel das österreichische ABGB in seinem (allerletzten) § 1502: «Der Verjährung kann weder im Voraus entsagt, noch kann eine längere Verjährungsfrist als durch die Gesetze bestimmt ist, bedungen werden.» Genauso der *französische Code Civil* in seinem Art. 2220²⁴.

²³ Man beachte den *Gegensatz zwischen Obligation und Schuldverhältnis*: Der Verjährung unterliegt nur die Obligation (Anspruch auf Darlehensrückzahlung, Zahlung eines Kaufpreises usw.), nicht aber das Schuldverhältnis selber (der Darlehensvertrag, Kaufvertrag usw.). Durch OR 129 ausgeschlossen werden allein Vereinbarungen, getroffen als Bestandteil des Schuldverhältnisses (Darlehensvertrag, Kauf), hier auch, da immer am Anfang stehend, «Initialvertrag», «Grundverhältnis» usw.

²⁴ Französischer Code Civil, Art. 2220: «On ne peut, d'avance, renoncer à la prescription: on peut renoncer à la prescription acquise.» Die zweite Satzhälfte ist ebenfalls von Bedeutung; sie wörtlich übernommen worden in aOR Art. 159 1. Satz, im heutigen

Eindeutig der Bezug auf den Grundvertrag der Parteien bereits im alten BGB des Jahres 1900, und eindeutig ist er auch in der Neufassung des Jahres 2002.²⁵

Zusammenfassend ist für uns wichtig die Feststellung, dass wie in den genannten anderen Kodifikationen auch in OR 129 mit «Verfügung» allein der am Anfang der Transaktion stehende Vertrag gemeint sein kann. Allein das, was man «Initialvertrag», «Ausgangsvertrag», «Grundvertrag» oder wie auch immer nennen mag, ist der Gegenstand der verjährungsbezogenen zwingenden Vertragsregeln, während spätere bei Vertragsabwicklung getroffene Vereinbarungen die Gesetzgeber mit gutem Grunde höchstens in Sonderaspekten interessieren.

bb) *OR 141/I kein Hinderungsgrund*: Die Regel lautet kurz und bündig: «Auf die Verjährung kann nicht im Voraus verzichtet werden.» Mit «Verjährung» kann nur die Verjährbarkeit der Forderung insgesamt gemeint sein: Man kann vertraglich keine unverjährbaren, d.h. der Verjährung entzogenen Ansprüche begründen, auch dies bezogen auf die Rechtsbeziehungen begründenden Schuldverhältnisse, die Initialverträge, in welchen denn auch allein die Parteien derartige Allgemeinheiten zu verabreden pflegen. Aber so auch der übrige Gesetzeswortlaut: Wenn etwas «im Voraus» geschieht, geschieht es ganz zuerst und ist in seinen Wirkungen auf die Zukunft ausgerichtet. OR 141/I will sagen: Zu Beginn der Vertragsbeziehung (sc. bei Vertragsschluss) kann man nicht die vertraglich vorgesehenen Obligationen unverjährbar stellen und zum Vornherein auf spätere Erhebung der Verjährungseinrede verzichten. Das ist genau das, was bereits der *französische Code Civil* in Art. 2220 im ersten Satzteil sagt.

Text jedoch nicht mehr zu finden. Der hier besprochene BGE nimmt in E.3.3.6 darauf Bezug und macht interessante kodifikationsgeschichtliche Ausführungen, vermag zwar das Verschwinden von aOR 159 Satz 1 nicht völlig zu klären, hält aber glücklicherweise die grundlegende, hier (und auch andernorts) spielende Regel fest, dass diese wie andere Neuformulierungen von 1911 in der Sache keine Änderung bringen wollten, wir daher mit gutem Grund bei Unklarheiten auf den oft besseren Text des aOR zurückgreifen dürfen und müssen. Das OR von 1883 wie auch den im BGE zitierten Text der II. Botschaft von 1905 (neben allen wesentlichen Gesetzesentwürfen und darauf bezogenen Erläuterungen von *Munzinger*) findet der Leser in dem gross angelegten und für die Kodifikationsgeschichte des OR grundlegenden Band von *Urs Fasel*, Handels- und Obligationenrechtliche Materialien, Bern 2000.

²⁵ BGB (1900) § 225: «Die Verjährung kann durch Rechtsgeschäft weder ausgeschlossen noch erschwert werden. Erleichterung der Verjährung, insbesondere Abkürzung der Verjährungsfrist (sc. 30 Jahre!), ist zulässig.» – BGB (2002) § 202: (I) «Die Verjährung kann bei Haftung wegen Vorsatzes nicht im Voraus durch Rechtsgeschäft erleichtert werden. – (II) Die Verjährung kann durch Rechtsgeschäft nicht über eine Verjährungsfrist von 30 Jahren ab dem gesetzlichen Verjährungsbeginn hinaus erschwert werden.» Die Gesetzessystematik macht klar, dass mit «Rechtsgeschäft» jeweils nichts anderes als der Grundvertrag gemeint sein kann.

cc) *Positive Gründe*: In E.3.3.7 weist der Entscheid darauf hin, dass in der Sicht *Eugen Hubers* OR 141/I in Übereinstimmung steht mit den am 1.1.1912 gleichzeitig in Kraft getretenen Regeln des gesetzlichen Pfandrechts, wie umschrieben in ZGB 838 (Grundstückverkäufer, Miterben und Gemeiner gem. ZGB 837, Bauhandwerker gem. Art. 839): kein Verzicht beim Vertragsschluss mit dem potenziell Pfandberechtigten, wohl aber im Nachhinein nach Entstehen der Voraussetzungen des Pfandrechts. Was für das Sicherungsrecht gilt, muss auch für das Gegenstück der durchsetzungsverhindernden Verjährung gelten (und nach der Regel *in maiore minus* erst recht für eine Fristerstreckung).

4. Präzisierungen der Regel

Die Regel der *Zulässigkeit vertraglicher Fristverlängerung während laufender Frist* wird vom Bundesgericht in E.3.3.7 in mehrfacher Hinsicht präzisiert; dort wird auch abschliessend festgehalten: *La jurisprudence doit donc être modifiée dans le sens qui précède*. Dem Entscheid wird damit Tragweite (heisst Geltung für die Zukunft) attestiert; wenigstens das Wichtigste soll hier festgehalten werden. Vorab ist festzuhalten, dass wir uns auf der Ebene des (vom OR nicht geregelten) sog. *Verzichts auf Verjährung* bewegen und einen vom Willen des Schuldners abhängigen Vorgang betrachten, der ganz verschieden ist von der *Unterbrechung* der Verjährung, die gesetzlich geregelt ist und auch dem Gläubiger offen steht (OR 135)²⁶.

a) Die Regel gilt nicht nur für die im 3. Titel, d.h. in OR 127–142, normierte generelle Verjährung, sondern auch bei allen Typen der Sonderverjährung, d.h. der Delikts- und Kondiktionsverjährung von OR 60 und OR 67, jene enthalten bei einigen Vertragsverhältnissen des BT wie insbesondere auch bei den in Haftpflicht-Sondergesetzgebung regelmässig enthaltenen Verjährungsregeln (dazu E.3.3.7; 2. Teil; dort Hinweis auf BGE 95 II 35 E.3)²⁷.

b) Eine vom Gläubiger gewährte Fristerstreckung gilt für die von ihm bestimmte Zeitdauer. Fristerstreckung (meist genannt «Verzicht auf Verjährung», sc. für einen bestimmten Fristenlauf; *déclaration de renonciation à la prescription*) besteht in einem rechtsgestaltenden Akt des Schuldners, der nicht an die Regeln der Verjährungsunterbrechung (OR 135) geknüpft ist (dazu gleich Ziff. 5). Diese in E.3.3.8 Abs. 1 und 2 festgeschriebene Regel zeigt das erfreuliche Bestreben des Gerichts, der Parteiautonomie möglichst weiten Raum zu lassen: Es wird die Möglichkeit eines konsensualen Verzichts festgeschrieben, der neben die gesetzlich geregelte Unterbrechung (OR 135 Ziff. 1) hinzutritt; die Umdeutung der hier «Verjährungsverzichte» genannten Akte in die gesetzlich geregelte Verjährungsunterbrechung wird als nicht notwendig erklärt.²⁸ Einen *konsensualen Akt* darf man die fristverlängernde Erklärung nennen, obwohl dieser regelmässig allein auf einer Erklärung des Schuldners beruht, da das Einverständnis des Gläubigers selbstverständlich (und überdies Voraussetzung aller weiteren Auseinandersetzungen) ist.

c) Als Gegenstück zum Gesagten wird die Parteiautonomie einer Schranke unterworfen dadurch, dass die von den Parteien gewählte Verjährungsfrist nicht länger als zehn Jahre betragen darf, dies ungeachtet der im konkreten Fall geltenden regulären (d.h. ein-, zwei-, fünf- oder zehnjährigen) Verjährungsfrist. So E.3.3.8 letzter Absatz. Damit ist auch klargestellt, dass konsensuale Erstreckung der Verjährung in jedem Fall sich auf zehn Jahre erstrecken kann und bei bestehenden kürzeren Fristen (vorab bei Deliktsverjährung) nicht etwa verkürzt wird.

d) Das konsensuale Verständnis des fristerstreckenden Verjährungsverzichts ruft schliesslich nach der Frage, ob binnen der erstreckten Frist deren weitere Ausdehnung durch Verjährungsunterbrechung durch den Gläubiger (OR 135 Ziff. 2) möglich sei. Dies ist wohl zu bejahen selbst in den Ausnahmefällen, wo der die Erklärung abgebende Schuldner zum Ausdruck brachte, damit eine weitere Erstreckung ausschliessen zu wollen.

²⁶ *Verjährungsverzicht* liegt bereits im Unterlassen des Erhebens der Verjährungseinrede; mit dieser Bezeichnung meint man indessen eine verbindliche Willenserklärung des Schuldners. Darunter wird in erster Linie die *Erstreckung* einer laufenden Verjährungsfrist verstanden; Verzicht i.S. der Erklärung, sich nicht auf bereits eingetretene Verjährung berufen zu wollen ist ebenfalls möglicher, aber weniger häufiger Sinn.

²⁷ In einigen dem besprochenen BGE vorangehenden Entscheidungen wurden, in der Absicht, die Anwendung des damals falsch verstandenen Artikels OR 129 zu reduzieren, das dortige Abänderungsverbot auf die im 3. Titel (OR 114–142) statuierten Fristen (OR 127, 128 und 137) beschränkt und damit die Fristen von OR 60 und OR 67 von der Regel von OR 129 ausgenommen (d.h., diesbezügliche vorgängige Fristveränderung zugelassen); so insb. BGE 99 II 185 und dazu vorliegender BGE E.3.3.1 und 2. Dies eine damals anscheinend verbreitete, aber auch eine seltsame Theorie, werden doch bezüglich schadenskausalen Delikte kaum je vorgängige Absprachen getroffen. Da nach heutigem Verständnis von OR 129 diese Bestimmung gleichermassen für sämtliche Forde-

rungen gilt, geht OR 60 und OR 67 die Möglichkeit vorgängiger Verjährungsverlängerung verloren, was aber angesichts der in diesem Zusammenhang fehlenden praktischen Bedeutung von OR 129 keine Probleme schafft.

²⁸ Jede wie auch immer formulierte Erstreckung der Verjährungsfrist könnte man als Anerkennung der verjährungsunterworfenen Forderung (oder doch Anerkennung eines regelungsbedürftigen Rechtsverhältnisses) betrachten (dies jedenfalls bei Fehlen einer ausschliessenden Formel, wie «ohne Anerkennung einer Rechtspflicht» o.dgl.), welche Schuldanererkennung i.S. von OR 135 Ziff. 1 wäre und damit *ex lege* neuen Lauf der anwendbaren gesetzlichen Verjährungsfrist auslösen und damit Zeitbestimmung durch den Schuldner ausschliessen würde. – Verjährungsverzicht noch als Unterbrechungshandlung des Schuldners gedeutet mit zwingend eintretendem neuem Fristenlauf in BGE 112 II 231, von welchem Präjudiz sich der hier besprochene Entscheid explizit distanziert.

5. Gegensatz von Unterbrechung der Verjährung und Verzicht

a) Die *Unterbrechung der Verjährung* steht nach OR 135 gleichermassen Schuldner (Ziff. 1) wie Gläubiger (Ziff. 2) zu. Die Unterbrechungshandlung hat für beide die gleiche Wirkung; die gesetzliche Frist beginnt neu zu laufen, und daran können beide nichts ändern. Im Gegensatz dazu ist der *Verzicht* auf die Verjährung allein dem Schuldner möglich, der allein belastet wird, während der Gläubiger nur einen Vorteil (Verlängerung des unanfechtbaren Bestandes seiner Forderung, ja bei abgelaufener Frist Wiederherstellung der Durchsetzbarkeit²⁹) hat.

b) Ein Problem *begrifflicher Abgrenzung* bzw. *Qualifikation* ergangener Erklärung ergibt sich allein bei *Erklärungen des Schuldners*: Während der Gläubiger bei der ihm allein offen stehenden *Verjährungsunterbrechung* an die gesetzlichen Fristen gebunden ist, kann der Schuldner anstelle der Verjährungsunterbrechung einen *Verjährungsverzicht* aussprechen, was ihm nach der hier vorgestellten neuen Bundesgerichtspraxis die Möglichkeit gibt, den Zeitraum zugestandener Frist zu wählen.

c) Wenn der Schuldner seiner verjährungsverzichtenden Erklärung keine Fristangabe beifügt, muss diese wie eine Verjährungsunterbrechung verstanden werden und Neubeginn der gesetzlichen Verjährungsfrist auslösen. Nennt er dagegen eine (zwischen einem Tag und zehn Jahren frei zu wählende) Frist, liegt ein dieser Wahl erlaubender Verjährungsverzicht vor. Im Zweifel, d.h. bei Fehlen eindeutiger Erklärung des Schuldners, wäre zugunsten des Gläubigers und gegen Verjährung der diesem zustehenden Forderung zu entscheiden.

IV. Zum Schluss

1. Zum Rechtsmissbrauchsargument

Die Argumentation des Gerichts wurde oben vereinfacht dargestellt, heisst, auf die weiterführenden Elemente beschränkt; weggelassen blieb Auseinandersetzung mit den Argumenten der Vor-

instanz. Nachzutragen ist ein Hinweis auf das von der *Cour de Justice* verworfene Argument des Rechtsmissbrauchs. Vorweg jedoch die Erinnerung an zwei grundsätzliche Aspekte von ZGB 2.

Das sog. *Rechtsmissbrauchsverbot von ZGB 2* wird gemeinhin verstanden als Schranke und Kontrolle privatrechtlichen Gehabes der Bürger, und Anwendung von ZGB 2 impliziert einen moralischen Vorwurf, eben jenen, das Recht zu missbrauchen. Dies ist manchmal gewiss eine zutreffende Sicht; wie gleich zu zeigen, ist derartiger Vorwurf an die beklagte Genfer SA perfekt gerechtfertigt. Aber oft hat die Anwendung von ZGB keine andere Funktion als jene, *Versehen des Gesetzgebers zu korrigieren*. Wenn es verwerflich ist, auf der Durchsetzung einer Gesetzesnorm zu bestehen, setzt dies voraus, dass die Rechtsregel, deren Anwendung anstandshalber nicht gefordert werden kann, ihrerseits nicht in Ordnung ist oder mindestens einer Einschränkung bedarf.³⁰ In derartigen Fällen ist Anwendung von ZGB 2 nichts anderes als nicht eingestandene Gesetzeskorrektur³¹.

Auf anderer Ebene liegt die *methodenkritische Feststellung*, dass die Anrufung der umfassenden Generalklausel des Rechtsmissbrauchsverbots bei gegebener Rechtsgrundlage und der Anwendung der verfügbaren traditionellen Rechtsargumente oft nicht notwendig ist: Anrufung von ZGB 2 als Folge der Dürftigkeit des dem Argumentierenden verfügbaren Argumentationsinstrumentariums. Welches Phänomen bei Prüfungssituationen wohl bekannt ist, aber auch im Umfeld wissenschaftlicher Dogmatik spielt. Die Anrufung von ZGB 2 (vorab in abstrakter Rechtsdarstellung und nicht fallbezogen) hat immer etwas den *Geruch einer argumentativen Insolvenzerklärung* und wird von anspruchsvollen Autoren auf das Notwendige beschränkt. So lange sich sachbezogene Argumente welcher Herkunft auch immer finden lassen, wird besser auf das wohlfeile und weitere Analyse ausschliessende Universalargument des Rechtsmissbrauchs verzichtet.

Nach diesen beiden *obiter dicta* nun die Feststellung, dass im hier besprochenen Rechtsstreit die Verwerfung des Rechtsmissbrauchs durch die *Cour de Justice* durch nichts zu rechtfertigen ist,

²⁹ Hat der Schuldner nach eingetretener Verjährung (sc. Ablauf der Verjährungsfrist) ausserprozessual die Verjährung angerufen, darf dies nicht die Wirksamkeit eines nachfolgenden Verjährungsverzichts in Frage stellen. Anrufung der Verjährung wird erst wirksam im Forderungsprozess; nach dem *in casu* massgeblichen Verfahrensrecht ist zu entscheiden, bis zu welchem Prozessstand Rücknahme der Verjährungseinrede (sc. Wiederherstellung fehlender Prozessvoraussetzung) möglich ist.

³⁰ Beispiel ist etwa die Berufung auf Vertragsnichtigkeit aus Nichtigkeitsgründen, die aufgestellt sind zugunsten der Gegenpartei (Voraussetzung der Geschäftsfähigkeit, bestimmte Formvorschriften). Dazu *Bucher*, Für mehr Aktionendenken, in: AcP 186 (1986) 1–73 (www.eugenbucher.ch Nr. 39).

³¹ Diese Fehlpräsentation hat weit zurückreichende Tradition, ist allerdings eine lässliche Sünde, die der intellektuellen Redlichkeit zuliebe doch herausgestellt werden darf: Es liegt immerhin ein bescheidener Vorläufer dessen vor, was heute weite Felder gesellschaftspolitischer Diskussion besetzt hält, mit vernebelndem Fremdwort beschönigend *political correctness* genannt wird, aber keinen anderen Namen als jenen der *Lügenkultur* verdient. Jede Zeit hat ihre eigenen Krankheiten.

was sich selbst anhand der wenigen dem Bundesgerichtsurteil zu entnehmenden Fakten zweifelsfrei feststellen lässt.³² Das ist eine *Seltsamkeit* der kantonalen Gerichtsbarkeit. Ihr folgt das *Glück*, dass das Bundesgericht sich auch nicht mit einem Wort auf die Rechtsmissbrauchsfrage einlässt: Um die Verjährung zu beseitigen, wählt es nicht die Feststellung des mit wenigen Bemerkungen zu erweisenden Rechtsmissbrauchs, sondern, im Sinne des Gesagten Zurückhaltung gegenüber der Anrufung von ZGB 2 ühend, beschäftigt es sich mit der Sache selbst, dem Verjährungsrecht, was zum Anlass grundsätzlicher Auseinandersetzung mit bisher verbreiteten Irrlehren wird. Für die erfolgte, oben dargestellte Bereinigung der Verhältnisse, die prozessual nicht gefordert war, muss man einmal mehr der I. Zivilabteilung dankbar sein.

2. Verjährung und Prozessrecht

Zum *Verständnis der Verjährung* ist hier zum Schluss einmal mehr daran zu erinnern, dass seit den Zeiten des alten Rom bis hinein in die Aufklärung materielles Recht und Verfahrensrecht in eins zusammenflossen oder, genauer gesagt, die heute geläufige gegenseitige Absonderung der beiden Bereiche in der Vorstellungs- und Begriffswelt der Juristen noch nicht aufgekommen war. Und einmal mehr ist vorzutragen, dass diese mentale Trennung zweier früher als Einheit betrachteten Dinge zwar mancherlei Vorteile hat und Vereinfachung bringt, jedoch in einzelnen Punkten auch zum Anlass aktuell bestehender Missverständnisse und Schwierigkeiten wird, die herauszustellen und zu klären eine Aufgabe der Wissenschaft ist.

Die *Verjährung* ist nun aber ein Institut, das seine Herkunft aus dem Prozessrecht auch heute noch offen legt, bedeutet doch deren Eintritt *nicht Untergang* der betroffenen Forderung, vielmehr allein deren *Unklagbarkeit*. Die «verjährte» Forderung kann immer noch gültig erfüllt werden, und deren Zahlung ist nicht Zahlung einer Nichtschuld, die bei irrtümlicher Leistung zurückgefordert werden könnte.³³ Weiterbestand der Forderung und

blosser Verlust der Klagbarkeit ist die dogmatisch-exakte Deutung der Verjährungswirkung; aber demgegenüber bedeutet Verjährung in praktischer Sicht und demzufolge auch im Publikumsverständnis häufig genug schlicht *Untergang* der Forderung, da die Geltendmachung der Verjährung meist von vornherein feststeht. Diese beiden zu unterscheidenden, aber oft in eins zusammenfliessenden Begriffsebenen schaffen Schwierigkeit beim Verstehen des Gesetzes wie auch beim Deuten einer vorgekommenen Parteivereinbarung bezogen auf eine konkrete Forderung. Dazu ein Beispiel. Erklärungsbedürftig ist aOR 159, Satz 1, wo es noch hiess: «Auf die Verjährung kann nach ihrer Vollendung Verzicht geleistet werden» (so bereits im genannten Entwurf 1873, Art. 201), dies eine Bestimmung, die dem F/CC art. 2220, Satz 2, nachgebildet war. Der Grund, weshalb die Gesetzgeber das selbstverständlich Scheinende glauben normieren zu müssen, kann nur die Sorge sein, die Juristenschaft oder das Publikum würde die Forderung nach Ablauf der Verjährungsfrist als untergegangen betrachten. Das hätte dann zur Folge, dass der auf eine Nichtschuld bezogene Verjährungsverzicht entweder ohne Wirkung bliebe oder höchstens als Akt der Neubegründung gedeutet werden könnte, dies ein Missverständnis, dem die Gesetzgeber vorbeugen wollten. Aber die Verwechslung und Vermischung prozessualer und materiellrechtlicher Vorstellung taucht an allen möglichen Orten auch heute noch auf und erklärt auch manches Missverständnis.³⁴

3. Rückblick

a) Das Urteil ist im Ergebnis hoch erfreulich, die französische Begründung sorgfältig und einlässlich. Der Entscheid will ein *Lehrstück* sein. Das zeigt sich schon in der Grundsatzentscheidung, das angefochtene Urteil nicht über das Rechtsmissbrauchsargument zu motivieren, sondern durch Sachentscheid eine entscheidungsfördernde

³² Harter Kern der Rechtsmissbrauchs-Kasuistik ist das *venire contra factum proprium*, das Sich-gegen-eigenes-Verhalten-Gebärden, hier: Abgabe der Erklärung eines (bescheidenen) Verjährungsverzichts mit dem Zweck, die Unannehmlichkeit der sonst notwendigen Betreibung zu vermeiden, um nachträglich das, worauf man aus freien Stücken und in wohlverstandenen Eigeninteresse verzichtet hat, doch zu tun.

³³ Vergleichbar ist die Ausgangssituation beim Institut der *Verrechnung* (OR 120–124; *compensatio*; im BGB «Aufrechnung», §§ 387–396). Dazu *Bucher*, Kompensation im Prozess: Zurück zum materiellen Recht, in: FS für Geimer, 97–137; München 2002 (www.eugenbucher.ch Nr.79).

³⁴ Als Beispiel unter vielen sei BGE 99 II 193 letzter Absatz erwähnt, der so anhebt: «Ob mit dem Verzicht auf die Verjährungseinrede eine neue Schuld begründet werde oder ob die alte Schuld fortbestehe und nur wieder neu klagbar gemacht werde, kann hier offen bleiben ...» Hier wird (wohl nur nebenbei und versehentlich) unausgesprochen unterstellt, der Ablauf einer Verjährungsfrist vernichte die Forderung, denn ohne dies kann man nicht die Neubegründung einer Schuld erwägen. Und auch von «neu klagbar machen» einer Schuld kann man nicht sprechen, denn jegliche Forderung ist klagbar, selbstverständlich auch die (infolge Zeitablaufs) «verjährte» Forderung, ja sogar jene, wo längst ausserprozessual Verjährung geltend gemacht wurde: Materielle Wirkungen treten auch dadurch nicht ein. Solange gegenüber der schliesslich eingereichten Klage nicht im Verfahren selber die (allein prozessrechtlich wirkende!) Verjährungseinrede erhoben wird, darf das Gericht nicht von Verjährung sprechen, selbst wenn es den Akten entnimmt, dass ausserprozessual Verjährung eingewendet worden ist: OR 142 untersagt auch dies.

Grundsatzfrage des Verjährungsrechts zu klären. Einleitend (E.1.1) werden sehr schön prozessuale Voraussetzungen der Beschwerde ans Bundesgericht überhaupt zusammengefasst (OG 43 ff.) und nicht bloss das *in casu* Notwendige erwähnt. Die verjährungsbezogenen Erwägungen sind streckenweise kompliziert und fordern vom deutschsprachigen Leser erhebliche Aufmerksamkeit; insgesamt ist aber (insbesondere bei den kodifikationsgeschichtlichen Hinweisen) die demonstrierte Gründlichkeit höchst dankenswert.

b) Zum Schluss sei aber noch auf E.3.3.5 hingewiesen wo wir auf höherer Ebene Ausführungen zur Methodenlehre begegnen. Hübsch beginnt das so: «*La loi s'interprète en premier lieu selon sa lettre*», gegenüber welcher Grundregel dann die Rechtfertigung des Entscheidens gegen den Wortlaut folgt, wenn dieser nicht dem wirklichen Sinn entspricht. Dabei wird als rechtlich massgebend herausgestellt, was sich ergebe «*des travaux préparatoires, du but de la règle, de son esprit, ainsi que des valeurs sur lesquelles elle repose ou encore de sa relation avec d'autres dispositions légales*» (mit Entscheid-Hinweisen). Abschliessend und zusammenfassend wird festgehalten: «*Le Tribunal Fédéral ne privilégie aucune méthode d'interprétation, mais s'inspire d'un pluralisme pragmatique pour rechercher le sens véritable de la norme.*» Dieses Bekenntnis zu dem, was auf Deutsch schlicht «Methodenpluralismus» oder auch «Methodenpragmatismus» heisst, ist hochwillkommen und ebenfalls Symptom einer guten Evolution. «Methodenpluralismus» ist offenkundig im Vormarsch.

Das Bundesgericht liebt Auslegungstheorien³⁵ und geht mit deren Anrufung in seinen Begründungen weiter als alle dem Schreibenden bekannten ausländischen Gerichte (Gleiches gilt auch für Literaturzitate)³⁶. Das im Mittelpunkt stehende *Bekenntnis zum Methodenpluralismus* verdient aber genaue Betrachtung und offene Qualifikation: Es ist genau besehen die *Kollektivabsage* an jede der vielen bestehenden, notwendigerweise unter sich divergierenden Methodenforderungen. Praktisch bedeutet dies: Man folgt nicht einem bestimmten Rezept, sondern tut fallweise das Richtige. So soll es denn auch sein. Damit ernst gemacht, würde dies künftigen Verzicht auf Ausführungen zu Methodenlehre bedeuten, wenn

auch im Einzelfall Hinweise auf berücksichtigte Aspekte (Zitate berücksichtigter Materialien, kodifikationshistorische Hintergründe, ausländische Gegebenheiten u. dgl.) gewiss in die Begründung aufgenommen werden können.

Im vorliegenden Fall ist, wie oben zu zeigen versucht wurde, das gefundene Ergebnis sehr wohl mit dem Buchstaben (*la lettre*) des Gesetzes vereinbar, ein Gegensatz bestand einzig gegenüber einem Teil der Doktrin. Wer in der Sache überzeugend argumentiert, hat es nicht nötig, das Ergebnis auch noch durch Methodentheorien zu rechtfertigen. Jeder Richter und jeder erfahrene Jurist geht von Sachüberlegungen aus und kommt so zu seinem Ergebnis; Methodenüberlegungen folgen, wenn überhaupt, erst hinterher, wenn es um die Begründung geht. Je besser in der Sache argumentiert wird, umso weniger bedarf es methodischer Rechtfertigung. Ja, solche könnte sogar als Ausdruck eines schlechten Gewissens (heisst beim Richter: Restzweifel an der Richtigkeit des gefundenen Ergebnisses) verstanden werden.

Zum Schluss ein Zitat zu Wissenschaft und den auf sie bezogenen Methodentheorien. Es gilt für alles echt juristische Tun, da dieses wesensmässig wissenschaftlich ist:

*Wie Menschen, die sich durch Selbstbeobachtung quälen, meist kranke Menschen sind, so pflegen aber Wissenschaften, die sich mit ihrer eigenen Methodenlehre zu beschäftigen Anlass haben, kranke Wissenschaften zu sein; der gesunde Mensch und die gesunde Wissenschaft pflegt nicht viel von sich selbst zu wissen.*³⁷

³⁵ Es genügt, in den Zehnjahresregistern die Einträge unter «Auslegung» zu betrachten: im neusten (zu Bd. 121–130) mehr als sieben Seiten; hier erstmals eine Unterabteilung «Methodenpluralismus» (S. 11–16).

³⁶ Das Zitieren von Doktrin in Urteilsmotiven ist im Ausland meistens unüblich, ausnahmsweise explizit untersagt. Dies gilt *a fortiori* für die Anrufung von Methodentheorien.

³⁷ *Gustav Radbruch*, Einführung in die Rechtswissenschaft (hier zit. 3. Aufl. 1919), 181. – Mit dem Lob des «nichts von sich selbst Wissen» spielt *Radbruch* vielleicht auf das berühmte *Marionettentheater* von *Kleist* an: Verlust der Naivität bedeutet Ende der Vollkommenheit. – Wie dem auch sei: Im Juristenfach lassen sich leicht Beispiele finden von Fehlentscheidungen, deren Grund in theoretischer Fehlüberlegung liegt; der Richter hätte besser (richtig) entschieden, wenn er mit dogmatischem Denken gar nicht erst begonnen hätte und allein seinem Gefühl gefolgt wäre (warum soll nicht das Herz einmal tüchtiger sein als das *cerebrum*?). Das ist sichtbar bei Sachentscheidungen, aber die Risiken des Denkens wären gewiss noch grösser für denjenigen, der an Methodentheorien glaubt und daher annimmt, bei jeder seiner Entscheidungsfindungen einer von ihnen folgen zu müssen.