

**Lektion 5**  
**Sachverhalt Nr. 1**

Verkäufer Viktor und Käufer Kurt haben sich am 1. April 1998 auf den Kauf eines Flugzeugs zum privaten Gebrauch für Fr. 500'000 geeinigt, bar bezahlt bei Vertragsschluss, wobei die Lieferung exakt am 2. Mai 1998 erfolgen sollte. Am 2. Mai 1998 war von Viktor und einem Flugzeug keine Spur zu sehen. *Welche Rechte hat Kurt?*

Kurt tritt am 1. Juni 1998 via Telefongespräch mit Bestätigung via Fax und Brief vom Vertrag zurück und macht geltend, er wolle das Geld zurück. Daraufhin beginnen langwierige Verhandlungen über die Höhe des Schadenersatzes, die aufgrund diverser privater Probleme Kurts immer wieder für längere Zeit unterbrochen werden. Am 31. Mai 2008 betreibt er ihn auf einen Betrag von Fr. 500'000. Wiederum beginnen lange Verhandlungen. Langsam beginnt sich Kurt gegen Ende April 2018 Sorgen zu machen. Er teilt Viktor mit, wenn er nicht nochmals betrieben oder gar beklagt werden wolle, müsse er für weitere Verhandlungen auf die Verjährung verzichten. *Wann würde die Forderung verjähren und wie verzichtet man auf die Verjährung?*

**Lösungsvorschlag Nr. 1**

*Welche Rechte hat Kurt?*

Die Flugzeuglieferung hätte exakt am 2. Mai 1998 erfolgen müssen. Somit kommt Viktor schon mit Ablauf des 2. Mai in Verzug (Art. 102 Abs. 2 OR). Kurt kann nach den Regeln des Art. 107 Abs. 1 OR eine Nachfrist setzen und die Rechte gemäss Art. 107 Abs. 2 OR wählen. Es stellt sich die Frage, ob er dafür eine Nachfrist setzen muss. Der genaue Termin alleine macht das Geschäft noch nicht zum *relativen Fixgeschäft* gemäss Art. 108 Ziff. 3 OR. Nur wenn der Gläubiger zur Annahme der verspäteten Leistung nicht verpflichtet ist, liegt wirklich ein Anwendungsfall von Art. 108 Ziff. 3 OR vor.<sup>1</sup> Ob sich das hier so verhält, ist unklar.

Der Sachverhalt erwähnt, dass Kurt das Flugzeug für den privaten Gebrauch kauft. Somit kommt die Anwendung des Art. 190 Abs. 1 OR wegen des fehlenden *Kaufs zum Weiterverkauf* nicht in Frage, der bei einem Verfalltagsgeschäft ein rel. Fixgeschäft und bei Verzug den Verzicht auf die Leistung widerlegbar vermutet.<sup>2</sup> Kurt kann also nach Setzung einer erfolglosen Nachfrist immer noch die Erfüllung verlangen oder auf die Leistung Viktors verzichten (Art. 107 Abs. 2 OR). Dabei entsteht eine weitere Wahlmöglichkeit. Kurt kann bei Verzicht auf die Leistung Viktors entweder den Vertrag beibehalten und das positive Interesse verlangen oder den Rücktritt kombiniert mit dem Schadenersatz im negativen Interesse wählen (Art. 107 Abs. 2 OR). Würde Kurt den Verzicht auf die Leistung kombiniert mit Schadenersatz auf das positive Interesse wählen, könnte er dennoch die Schadensberechnung nach Art. 191 Abs. 2 (h.L.) und 3 (strittig) OR anwenden.<sup>3</sup> Die Differenztheorie steht ihm nicht mehr offen, weil er schon erfüllt hat – er kann nicht mehr einfach seine Leistung (die Bezahlung des Kaufpreises) abziehen.<sup>4</sup>

*Exkurs:* Liegt auch ein Verfalltag vor, wenn die Parteien vereinbaren, dass der Schuldner die Leistung während einer gewissen Dauer mit Anfangs- und Endtermin erfüllen solle? Die Antwort lautet ja, wenn sich daraus ein genauer letzter Tag ermitteln lässt, vgl. BK-Weber, OR 102 N 112: „*Unerheblich für die Beurteilung des Verfalltagscharakters einer Zeitabsprache ist, ob die Parteien verabredet haben, dass die Erfüllung genau an einem bestimmten Tag oder bis zu einem bestimmten Tag zu geschehen habe (Frage der*

<sup>1</sup> Vgl. BSK-Wiegand, OR 108 N 6: „Art. 108 Ziff. 3 kommt jedoch nicht bei allen Fixgeschäften zur Anwendung, sondern nur bei den (v.a. in der deutschen Doktrin) sog. relativen Fixgeschäften. Damit bezeichnet man jene Geschäfte, bei denen der Gläubiger zur Annahme der verspäteten Leistung nicht verpflichtet ist bzw. bei denen mit dem Fristablauf auch die Erfüllbarkeit der Obligation entfällt (...).“; vgl. Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger, N 2747: „Ergibt sich aus der Partئابrede, dass die Leistung nach einem genau bestimmten Zeitpunkt nicht mehr er folgen darf (Art. 108 Ziff. 3), so ist sie häufig für die Gläubigerin auch nutzlos geworden (Art. 108 Ziff. 2). Die beiden Normen behalten aber einen je eigenen Anwendungsbereich: Die «Nutzlosigkeit» nach Ziff. 3 wird allein durch die Fixabrede definiert; ob bei objektiver Betrachtung der Nutzen effektiv entfällt, spielt keine Rolle. Anders bei der Nutzlosigkeit nach Ziff. 2; hier wird effektive und erkennbare Nutzlosigkeit gefordert.“

<sup>2</sup> Vgl. CHK-Hrubesch-Millauer, OR 190 N 2 f. Für die Annahme kaufmännischen Verkehrs muss ein für den Verkäufer erkennbarer Kauf zum Wieder- und Weiterverkauf vorliegen. Ein Kauf für den Eigenbedarf genügt nicht.

<sup>3</sup> Vgl. BSK-Koller, OR 191 N 15 und 25, m.w.H.

<sup>4</sup> Vgl. BK-Weber, OR 107 N 194: „Die zwischenzeitlich herrschende Rechtsprechung und Lehre lässt die Differenztheorie, deren gesetzliche Nichtberücksichtigung wohl auf ein Versehen zurückzuführen ist (vgl. die Nachweise bei Bucher, OR AT, 1. Aufl. 335 Anm. 171; Biedermann 126, 145 f; BBl 1909 III 736), aber nur zur Anwendung kommen, wenn der Gläubiger seine Leistung noch nicht erbracht hat.“

*Erfüllbarkeit: OR 81; im zweiten Falle tritt der Verzug mit Ablauf des letzten Tages der Frist ein (...). Ein Verfalltag liegt somit vor, wenn der Schuldner im Moment des Vertragsabschlusses mit Bestimmtheit weiss, an welchem Tag bzw. bis zu welchem Tag er zu leisten hat (...).*“

*Wann würde die Forderung verjähren und wie verzichtet man auf die Verjährung?*

Gemäss Sachverhalt wählt Kurt den Rücktritt im Sinne des Art. 109 OR. Die Rückgabeverpflichtungen sind vertraglicher Natur.<sup>5</sup> Somit ist die zehnjährige Verjährungsfrist gemäss Art. 127 OR anwendbar. Die Verjährung beginnt mit der Fälligkeit (Art. 130 Abs. 1 OR), d.h. mit der Entstehung der Ersatzforderung. Da Viktor am 1. Juni 1998 direkt vom Rücktritt erfährt, ist dies der relevante Tag.<sup>6</sup> Gemäss Art. 132 Abs. 1 OR ist der Tag, an dem die Verjährung beginnt, nicht mitzuzählen. Die zehnjährige Frist beginnt somit am 2. Juni 1998 und endet mit Ablauf des 1. Juni 2008.<sup>7</sup> Gemäss Sachverhalt hat Kurt Viktor am 31. Mai 2008 betrieben. Dies hat, schon durch den blossen Postversand ohne Anwendung des Zugangsprinzips,<sup>8</sup> eine verjährungsunterbrechende Wirkung (Art. 135 Ziff. 2 OR). Die Unterbrechung bewirkt, dass eine neue, gleich lange Verjährungsfrist zu laufen beginnt (Art. 138 Abs. 2 OR).<sup>9</sup> Der Unterbrechungstag zählt wiederum nicht.<sup>10</sup> Somit beginnt die neue Frist am 1. Juni 2008 und endet mit Ablauf des 31. Mai 2018 um Mitternacht – bis dann muss er etwas getan haben, um die Frist zu unterbrechen und neu beginnen zu lassen. Kurt tut deshalb gut daran, etwas gegen die drohende Verjährung zu unternehmen.

Ist es möglich, auf die Verjährung zu verzichten? Relevant sind Art. 129, 141 Abs. 1 OR, die einen engen Konnex zueinander aufweisen.<sup>11</sup> Das Abänderungsverbot in Art. 129 OR betrifft die Fristen des dritten Titels (d.h. Art. 114-142 OR). Der dritte Titel enthält drei Fristen (Art. 127, 128 und 137 Abs. 2 OR). Das Bundesgericht hat in BGE 132 III 226 ff., 238 festgehalten, dass ein Verjährungsverzicht möglich sei, aber erst nach Vertragsschluss, denn vorher würde dies eine vertragliche Änderung der Verjährungsfrist bedeuten und

<sup>5</sup> Vgl. BGE 132 III 226 ff., 233; vgl. BSK-Wiegand, OR 109 N 5.

<sup>6</sup> Entscheidend ist der Zugang der Rücktrittserklärung, vgl. CHK-Furrer/Wey, OR 109 N 44.

<sup>7</sup> Vgl. das Beispiel bei BSK-Däppen, OR 132 N 3: „Die Verweisung des Abs. 2 gilt den Art. 77 ff. Bezüglich Verjährungsfristen, die in Monaten oder Jahren bemessen werden, führt dies dazu, dass der Zeitpunkt des Fristablaufs auf den Tag des letzten Monats fällt, der durch seine Zahl dem Tag des Fristbeginns entspricht, und, wenn dieser Tag in jenem Monat fehlt, auf den letzten Tag dieses Monats (Art. 132 i.V.m. Art. 77 Abs. 1 Ziff. 3; BGE 130 III 362 E. 4.4 = Pra 2005, 61 f.). Art. 77 Abs. 1 Ziff. 1 und Art. 132 Abs. 1 drücken bez. der Nichtzählung des ersten Tages den gleichen Grundsatz aus; deshalb fällt bei der Fristberechnung allein der Fälligkeitstag ausser Ansatz (...). Ist demnach eine Forderung am 16.6.00 fällig, beginnt die Frist am 17.6.00 zu laufen und es tritt die Verjährung bei einer fünfjährigen Frist nach Ablauf des 16.6.05, bei einer zehnjährigen Frist nach Ablauf des 16.6.10 ein; ist die Forderung am 29.2.00 fällig, verjährt sie bei einjähriger Frist am 29.2.01, bzw. am 28.2.01, sofern dieses Jahr kein Schaltjahr ist.“ und die deutlichen Erwägungen in BGE 81 II 135 ff., 137 f. [http://jumpcgi.bger.ch/cgi-bin/JumpCGI?id=BGE\\_81\\_II\\_135](http://jumpcgi.bger.ch/cgi-bin/JumpCGI?id=BGE_81_II_135) : „Dans le cas particulier, c'est donc le 9 août, date de la notification du commandement de payer, que la procédure a été interrompue pour la dernière fois en 1949. 2. L'Union prétend toutefois que, même s'il en est ainsi, la prescription n'est pas acquise. Aux termes de l'art. 132 al. 1 CO, dit-elle, le jour à partir duquel court la prescription n'est pas compté. Le délai ne partait donc, en l'espèce, que du 10 août 1949. D'autre part, l'art. 132 al. 2 CO dispose que les règles relatives à la computation des délais en matière d'exécution des obligations sont applicables à la prescription. Or, selon l'art. 77 al. 1 ch. 3 CO, la dette est échue, si le délai est fixé par années, le jour qui correspond par son quantième à celui de la conclusion du contrat. Dans le cas particulier - conclut la recourante - le délai expirait donc le 10 août 1950 et la prescription a été interrompue en temps utile, car la réquisition de poursuite parvenue à l'office le 11 août a certainement été mise à la poste la veille. Cette thèse est erronée. Les art. 77 al. 1 ch. 3 et 132 al. 1 CO expriment en réalité le même principe. En effet, si la dette est échue le jour qui, par son quantième, correspond à celui de la conclusion du contrat, cela signifie qu'on ne compte pas le jour dont part le délai. Du reste, sous chiffre 1, l'art. 77 al. 1 le dit expressément pour le cas où le délai est fixé par jours. Ces dispositions ne sauraient dès lors être appliquées cumulativement. L'art. 132 al. 2 CO ne renvoie évidemment aux art. 77 et suiv. que dans la mesure où ceux-ci contiennent des règles qui ne figurent pas déjà à l'art. 132 al. 1. Du reste, l'interprétation proposée par la recourante aurait cette conséquence inadmissible que tous les délais de prescription et de péremption seraient prolongés d'un jour plein. On doit donc admettre, comme le Tribunal fédéral l'a toujours fait (cf. RO 42 II 332 et suiv.), que le délai de prescription expire à la fin du jour qui, par son quantième, correspond au jour à partir duquel il a commencé à courir. Dans ces conditions, la prescription était acquise, en l'espèce, le 9 août 1950. Il importe peu, dès lors, de savoir si la réquisition de poursuite a été mise à la poste le 10 ou le 11 août.“; vgl. auch BGer 4F\_5/2010, E. 8.

<sup>8</sup> Vgl. CHK-Killias/Wiget, OR 135 N 13, 32.

<sup>9</sup> Vgl. KUKO-Däppen, OR 138 N 5: „Abs. 2 knüpft an Art. 135 Ziff. 2 an und bestimmt, dass Betreibungsakte, die eine neue Verfahrensphase einleiten, die Verjährung jeweils unterbrechen. Umfasst sind demnach nicht nur die Anträge des Gläubigers an das Betreibungsamt, sondern auch Vollstreckungshandlungen des Betreibungsamtes. Als Betreibungsakte gelten demnach etwa das Stellen des Betreibungsbegehrens, die Zustellung des Zahlungsbefehls (BGE 104 III 22), das Stellen des Fortsetzungsbegehrens (Art. 88, 159, 166 SchKG), die Pfändung (Art. 89 SchKG), das Stellen des Verwertungsbegehrens (Art. 116, 154 SchKG) und die Verteilung (Art. 144 SchKG), nicht aber die Mitteilung des vom Schuldner erhobenen Rechtsvorschlages an den Gläubiger (BGE 81 II 136). Das Stellen eines Rechtsöffnungsbegehrens (Art. 80 SchKG) fällt unter den Begriff der Klage nach Abs. 1, die Abweisung des Rechtsöffnungsbegehrens wiederum unter den Betreibungsakt nach Abs. 2 (BGE 91 II 371 E. 10). Die Anerkennungsklage (Art. 79 SchKG) bzw. die fristgerechte Aberkennungsklage (Art. 83 Abs. 2 SchKG) unterbricht die Verjährung nach Massgabe von Art. 135 Ziff. 2.“

<sup>10</sup> Vgl. BSK-Däppen, OR 137 N 1.

<sup>11</sup> Vgl. CHK-Killias/Wiget, OR 141 N 2: „Zwischen OR 141 und 129 besteht ein enger systematischer Zusammenhang. Während OR 129 die vertragliche Abänderung der Verjährungsfristen verbietet, will OR 141 verhindern, dass die Verjährungsfrist mittels Einredevetzichts im Voraus verlängert wird.“

zugleich Art. 141 Abs. 1 OR verletzen.<sup>12</sup> Damit bleibt die Dauer erhalten und Art. 129 OR gewahrt, weil lediglich der Eintritt der Verjährung hinausgezögert werde.<sup>13</sup> Der Verzicht könne von beliebiger Dauer sein, dürfe aber die zehnjährige Frist des Art. 127 OR nicht überschreiten.<sup>14</sup> Ist die gesetzliche Frist kürzer als zehn Jahre, darf man trotzdem für maximal zehn Jahre auf die Verjährung verzichten.<sup>15</sup> Enthält die Verzichtserklärung keine zeitliche Befristung, so ist diese Lücke gemäss Bundesgericht mit Art. 127 OR auf zehn Jahre zu füllen.<sup>16</sup>

## Sachverhalt Nr. 2

Käufer Kurt kauft am 1. April 2017 vom Globus einen unpersönlichen Geschenkgutschein im Wert von Fr. 100 und verschenkt diesen am nächsten Tag seinem Freund Jakob. Als Jakob am 1. Mai 2018 im Globus den Gutschein einlösen will, verweist die Verkäuferin auf den Gutscheinsaufdruck, auf dem „Gültig bis 1. April 2018“ steht und verweigert dessen Einlösung. *Wie ist die Rechtslage?*

## Lösungsvorschlag Nr. 2

Es stellt sich die Frage, ob die Frist unter das Abänderungsverbot nach Art. 129 OR fällt. Ist dies nicht der Fall, kommt das AGB-Prüfschema zur Anwendung.

<sup>12</sup> BGE 132 III 226 ff., 238 f.: „Il ressort des travaux préparatoires que 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 ne prenne naissance. Cela résulte déjà a contrario de la formulation de l'art. 159 aCO. Eugen Huber a lui-même donné la clé du problème lorsqu'il a affirmé que le libellé proposé par la Commission du Conseil national, qui est devenu le texte actuel de l'art. 141 al. 1 CO, devait s'harmoniser avec des dispositions du Code civil, à l'exemple de l'art. 837 al. 2 CC. Cette norme dispose que "l'ayant droit ne peut renoncer d'avance à ces hypothèques légales", par quoi il faut entendre l'hypothèque du vendeur d'immeuble (art. 837 al. 1 ch. 1 CC), celle des cohéritiers envers l'attributaire d'un immeuble lors du partage (art. 837 al. 1 ch. 2 CC) et celle des artisans et des entrepreneurs (art. 837 al. 1 ch. 3 CC). L'art. 837 al. 2 CC n'exclut que la renonciation qui intervient avant que les conditions du droit à l'inscription soient réunies. En d'autres termes, en ce qui concerne l'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs, le bénéficiaire du droit à l'inscription ne peut pas renoncer à la garantie à l'occasion de la conclusion du contrat d'entreprise (...). Il peut toutefois renoncer à son droit lorsque ledit contrat est déjà conclu (...), et également une fois que la garantie a été constituée (...). On doit tirer de ce parallèle que le législateur a seulement voulu proscrire la renonciation à la prescription qui survient au moment précis de la conclusion d'un contrat. Cette interdiction vaut toutefois pour tous les délais de prescription, et non seulement pour ceux du titre troisième du CO.“

<sup>13</sup> Vgl. BGE 132 III 226 ff., 239 f.: „Par contre, après que le contrat a été conclu, le débiteur peut parfaitement renoncer à se prévaloir de la prescription tant que court ledit délai, ce qui signifie qu'il lui est loisible par exemple de renoncer à soulever l'exception de prescription en cas de procès. Cette faculté doit également valoir pour les délais du titre troisième du CO. On ne voit aucune raison de traiter les délais en cause différemment des autres délais arrêtés dans le code des obligations ou dans des lois spéciales. Ce système n'est pas antinomique avec l'art. 129 CO qui interdit de modifier conventionnellement les délais de prescription du titre troisième du CO. Cette norme signifie que lesdits délais ne peuvent être ni prolongés ni raccourcis (...). Mais elle n'empêche pas que la survenance de la prescription soit repoussée, par l'effet d'une suspension (art. 134 CO) ou d'une interruption (art. 135 à 138 CO) du délai ou encore par l'octroi d'un sursis retardant l'exigibilité de la créance. La renonciation à la prescription n'a pas des conséquences différentes.“

<sup>14</sup> Vgl. BGE 132 III 226 ff., 240 f.: „Toutefois, la renonciation à la prescription ne saurait être émise pour une durée dépassant le délai ordinaire de 10 ans institué par l'art. 127 CO, peu importe le délai de prescription considéré (...). Il convient effectivement d'éviter que le créancier ne parvienne indéfiniment à différer sa volonté d'obtenir l'exécution de la prestation qu'il invoque (...).“; vgl. BGER 9C\_104/2007, E. 8.2.1: „Faktisch stellt der Verjährungseinredeverzicht eine Unterbrechung der Verjährung und damit eine Ergänzung der in Art. 135 OR abschliessend geregelten Unterbrechungsgründe dar (BGE 99 II 185 E. 2b S. 190). Mit Bezug auf die Verlängerungsdauer hat das Bundesgericht in BGE 132 III 226 E. 3.3.8 S. 240 seine frühere Rechtsprechung (BGE 112 II 231 E. 3e/bb S. 233) dahingehend präzisiert, dass sich die Dauer der Verjährungsfrist-Verlängerung im Rahmen der durch Art. 127 OR auf zehn Jahre begrenzten maximalen Verjährungsfrist nach dem Parteiwillen richtet. Der Verjährungseinredeverzicht eröffnet daher abweichend von der Verjährungsunterbrechungsregel von Art. 137 Abs. 1 OR die (unterbrochene) Verjährungsfrist nicht neu, sondern verlängert sie nur nach Massgabe der von den Parteien vereinbarten Fristverlängerung. Die zulässige Fristverlängerungs-Vereinbarung ist dabei auf eine Dauer von höchstens zehn Jahren begrenzt.“

<sup>15</sup> Vgl. BSK-Däppen, OR 141 N 3a; BGER 9C\_104/2007, E. 8.2.1 (siehe das Zitat in FN 14).

<sup>16</sup> CHK-Killias/Wiget, OR 141 N 7 und BGER 9C\_855/2010, E. 3.5.2: „Ist eine Willenserklärung lückenhaft, weil kein zwingendes Gesetzesrecht die betreffende Frage regelt, zieht das Gericht somit grundsätzlich zuerst dispositives Gesetzesrecht heran, sodann (selten) Gewohnheitsrecht oder bildet eine eigene Regel (...). Soweit der vorinstanzliche Entscheid vorrangig auf den hypothetischen Parteiwillen abstellt, hält er vor Bundesrecht nicht stand. Die Lücke in der Erklärung vom 27. April 2001 ist gestützt auf Art. 127 OR zu schliessen, was bedeutet, dass von einem zehnjährigen Verzicht auf die Einrede der Verjährung auszugehen ist. Im Übrigen könnte die Beschwerdegegnerin selbst dann nicht in guten Treuen davon ausgehen, dass sich der Beschwerdeführer auf eine fünfjährige Frist festlegen wollte, wenn der mutmassliche Parteiwille auszulegen wäre. In seinem Schreiben vom 18. Dezember 2006 machte er deutlich, er suche (nur) vorsichtshalber vor Ablauf von fünf Jahren um eine weitere Verzichtserklärung nach und nehme grundsätzlich an, dass "bei unbefristeten Verzichtserklärungen die Gerichte von einer zehnjährigen Frist ausgingen" (...).“ Das ist aber insoweit diskutabel, als der Verjährungsverzicht vom Konzept her auf einer Einwilligung in die Unterbrechung basiert (vgl. das Zitat aus BGER 9C\_104/2007, E. 8.2.1 in FN 14) – wenn die Parteien eine kürzere Frist mit Einverständnis unterbrechen, dann würde eigentlich auch nur die kürzere Frist neu zu laufen beginnen, wenn die Parteien keine Dauer angeben; vgl. in diesem Sinne KUKO-Däppen, OR 141 N 11: „Wird keine Frist im Verzicht genannt, gilt die für die von der betreffenden Gesetzesvorschrift vorgesehene Dauer.“

### Zwingende Verjährungsregeln

Art. 129 OR verbietet die Abänderung der vertraglichen Fristen. Vorliegend wäre die zehnjährige Frist anwendbar (Art. 127 OR). Die fünfjährige Frist ist zwar beim Kleinverkauf von Waren einschlägig (Art. 128 Ziff. 3 OR), aber nur für die Forderung des Kleinverkäufers, nicht für die des Kleinkäufers auf Erfüllung oder Schadenersatz.<sup>17</sup> Die h.L. sieht in solchen Einlösefristen aber ohnehin eine zulässige Verwirkungsfrist: „Von Art. 129 grundsätzlich unangetastet bleibt die Möglichkeit einer vertraglichen Befristung von Forderungen (...).“<sup>18</sup> Lässt sich dies voneinander unterscheiden? Die Befristung einer Forderung führt zur Verwirkung, nicht zur Verjährung. Im Alltag lässt sich dies kaum auseinanderhalten.

### AGB-Korrektiv

#### Übernahme

Es stellt sich jetzt die Frage nach der Gültigkeit der Einlösefrist nach AGB-Grundsätzen. Der erste Grundsatz lautet „keine Geltung ohne Übernahme“.<sup>19</sup> Auf den ersten Blick hat es keine Übernahme der AGB gegeben, denn diese erfährt Käufer Kurt erst mit der Übergabe des Gutscheins. Doch muss die Übernahme bei Wertpapieren, die zur einfachen Übertragung geeignet sein sollen, im wertpapierrechtlichen Begebungsvertrag<sup>20</sup> liegen – der gilt für alle Inhaber, weil sonst bei jeder Übertragung die AGB neu übernommen werden müssten, was die Verkehrsfähigkeit zu stark einschränken würde.<sup>21</sup>

#### Unklarheiten- und Ungewöhnlichkeitsregel

Denkbar wäre die folgende Argumentation: Den Text „Gültig bis 1. April 2018“ kann man als zulässige Forderungsbefristung oder als ungültige Verjährungsvereinbarung lesen. Die Wirkung ist vorliegend dieselbe. Nach der Unklarheitenregel gilt deshalb diejenige Auslegung, die für den Verwender weniger günstig ist.<sup>22</sup> Vorliegend wäre dies die unzulässige Verjährungsvereinbarung, auf die sich die Gutscheinsanbieterin wegen Art. 129 OR nicht berufen könnte (sicher extrem strittig).<sup>23</sup> Die Ungewöhnlichkeitsregel<sup>24</sup> greift vorliegend kaum, denn Einlösefristen auf Gutscheinen sind allgegenwärtig (d.h. die subj. Ungewöhnlichkeit fehlt). Aufgrund der weiten Verbreitung ist die Ungewöhnlichkeitsregel nicht anwendbar, denn objektive und subjektive Unmöglichkeit müssen vorliegen.<sup>25</sup>

#### Zwingendes Recht

Es bleibt die hypothetische<sup>26</sup> Prüfung nach Art. 8 UWG (in der Fassung seit 1. Juli 2012, auf den vorliegenden Gutschein folglich anwendbar): „Unlauter handelt insbesondere, wer allgemeine Geschäftsbedingungen verwendet, die in Treu und Glauben verletzender Weise zum Nachteil der Konsumentinnen und Konsumenten ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und den vertraglichen Pflichten vorsehen.“ Treu und Glauben ist der Massstab, wie die ganze Sache zu betrachten ist.<sup>27</sup> Anknüpfungspunkt zur Beurteilung des Missverhältnisses sind die gesetzliche Ordnung und die vertraglichen Interessen. Erstens stellt die Gültigkeitsfrist von einem Jahr eine massive Abweichung von der gesetzlichen

<sup>17</sup> Vgl. den französischen Text des Gesetzes in art. 128 CO: „Se prescrivent par cinq ans: 1. les loyers et fermages, les intérêts de capitaux et toutes autres redevances périodiques; 2. les actions pour fournitures de vivres, pension alimentaire et dépenses d'auberge; 3. les actions des artisans, pour leur travail; des marchands en détail, pour leurs fournitures; des médecins et autres gens de l'art, pour leurs soins; des avocats, procureurs, agents de droit et notaires, pour leurs services professionnels; ainsi que celles des travailleurs, pour leurs services.“; vgl. BSK-Däppen, OR 128 N 1a, 10, CR-Pichonnaz, CO 128 N 15: „Seules les créances qui sont la contrepartie du travail ou des services fournis par la personne mentionnée, et les créances qui en découlent, sont soumises au délai de prescription quinquennal, et non e.g. la créance en exécution des services.“, BK-Becker, OR 128 N 7, Spiro, 669 („...nicht auch, ... die Forderungen des Kunden auf Lieferung der Ware oder Gewähr, ...“).

<sup>18</sup> BSK-Däppen, OR 129 N 5; vgl. BGE 132 III 285 ff., 289 f.: „Nach herrschender Meinung verbietet Art. 129 OR eine vertragliche Verkürzung der Verjährungsfrist (...). Dies schliesst zwar nicht aus, dass eine Forderung von einer Resolutivbedingung abhängig gemacht werden kann. Allerdings ist eine Bedingung, wonach die Forderung binnen bestimmter Frist irgendwie gerichtlich einzuklagen sei, der Abkürzung der Verjährungsfrist gleichzustellen.“; vgl. Gauch/Schluop/Schmid/Emmenegger, N 3388 und zu den Unterschieden zwischen Verjährung und Verwirkung N 3386 ff.

<sup>19</sup> Vgl. Gauch/Schluop/Schmid/Emmenegger, N 1128.

<sup>20</sup> Vgl. Meier-Hayoz/von der Crone, § 3 N 10: „Der Begebungsvertrag ist eine im Gesetz nicht näher geregelte Vereinbarung, ein Innominatkontrakt. Aussteller und Nehmer (Empfänger) vereinbaren darin, dass das in der Urkunde Erklärte gelten soll.“; vgl. die identische Definition in Jäggi/Druey/von Greyerz, 17.

<sup>21</sup> Vgl. Rusch/Maissen, Gutscheine mit Einlösefrist, Jusletter 12. Dezember 2011, N 5 ff.

<sup>22</sup> Vgl. zur Unklarheitenregel Gauch/Schluop/Schmid/Emmenegger, N 1144, 1231.

<sup>23</sup> Vgl. Rusch, Bitte recht feindlich – zur Auslegung allgemeiner Geschäftsbedingungen, AJP 2014, 203 ff., 207.

<sup>24</sup> Vgl. zur Ungewöhnlichkeitsregel Gauch/Schluop/Schmid/Emmenegger, N 1136.

<sup>25</sup> Vgl. Maissen, Die automatische Vertragsverlängerung, N 154; BGE 109 II 452 ff., 459: „Zu entscheiden bleibt somit, ob auch die subjektiven Voraussetzungen für die Anwendung der Ungewöhnlichkeitsregel gegeben sind. Von Bedeutung ist dabei vor allem die Frage, ob die Beklagte vor dem Abschluss der Werkverträge mit dem Kläger über Erfahrungen in Bausachen verfügte.“

<sup>26</sup> Hypothetisch deshalb, weil schon die Unklarheitenregel zu einer Lösung führt.

<sup>27</sup> Vgl. Rusch/Maissen, Gutscheine mit Einlösefrist, Jusletter 12. Dezember 2011, N 21.

Verjährungsdauer von zehn Jahren dar. Bei der Interessenlage ist *zweitens* zu berücksichtigen, dass Kurt eine Vorleistung erbracht hat, die das Warenhaus in keiner Weise honoriert. Den Gutschein löst zwar nicht Kurt ein, doch ergeben sich alle Wirkungen gewollt – es handelt sich um einen Geschenkgutschein – beim Papierinhaber. Das Missverhältnis prüft sich deshalb anhand der Wirkungen gegenüber Jakob.<sup>28</sup> Das Warenhaus wäre sicher froh, wenn Gutscheine schon nach einem Jahr ablaufen, weil es sich vor Fälschungen schützen will und alle Gutscheine buchhalterisch erfassen muss – doch ist dieser Aufwand unabhängig von der ein- oder zehnjährigen Dauer gleich gross und lässt sich mit Hilfe von Computern gut bewältigen. Die Verkürzung auf ein Jahr schafft somit ein erhebliches Ungleichgewicht. Eine Rechtfertigung dafür – denkbar wären ein Rabatt gegenüber der Barzahlung oder bei Sonderaktionen wie z.B. bei „Schnäppchengutscheinen“ – ist nicht ersichtlich. Ein Vergleich zur Rechtsprechung in Deutschland zeigt, dass die Gerichte Einlösefristen bei Gutscheinen unter zwei Jahren als übermässig nachteilig erachteten.<sup>29</sup>

Was ist die Folge der Verletzung von Art. 8 UWG? Es gibt keine Beschränkung der Einlösefrist, anwendbar ist lediglich die gesetzliche Verjährung nach Art. 127 OR. Es wäre falsch, eine *geltungserhaltende Reduktion* der Einlösefrist auf ein noch zulässiges Mass vorzunehmen, weil die erzieherische Wirkung verloren ginge. Jedes Warenhaus könnte sich sonst sicher sein, auch im Falle der übermässigen Einschränkung der Einlösefrist noch die maximal zulässige Einlösefrist geltend machen zu können. Jakob kann folglich den Gutschein noch einlösen.

### Sachverhalt Nr. 3

Am 2. Mai 2003 beraubt Meier den ihm unbekanntenen Weber und verletzt diesen mit Schlägen schwer. Er kann unerkannt fliehen. Weber entstand dadurch ein grosser Schaden im Wert der gestohlenen Sachen (Fr. 3'000) und der Heilungskosten (Fr. 150'000). Ein Polizist konnte zwar unter den Fingernägeln Webers Haare und Hautfetzen Meiers sicherstellen, doch gab es damals noch keinen DNA-Treffer. Am 1. April 2018 gerät Meier unter Mordverdacht und muss eine DNA-Probe abgeben. Die Polizisten bemerken die Übereinstimmung und teilen dies sofort Weber mit. *Kann Weber heute zivilrechtlich gegen Meier vorgehen? Gehen Sie davon aus, alle Gesetze aus dem Jahre 2003 seien gleich wie heute.*

### Lösungsvorschlag Nr. 3

Vorliegend geht es um einen deliktischen Anspruch gestützt auf Art. 41 Abs. 1 OR. Notwendig dafür ist die Zufügung eines *Schadens*. Vorliegend sind es der Verlust des Eigentums und die Verletzung des Körpers, die sich in Heilungskosten zeigt (Art. 46 OR). Weiteres Erfordernis ist die *Widerrechtlichkeit*. Dies ist hier auch gegeben, denn das Eigentum und der Körper sind absolut geschützte Rechte. Der Schaden muss sich *natürlich und adäquat kausal* auf die schädigende Handlung zurückführen lassen. Dies ist so: Der Überfall ist *conditio sine qua non* des eingetretenen Schadens. Nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung sind die Schläge an sich geeignet, entsprechende Schädigungen in der Art der eingetretenen Verletzungen verursachen. Als letzte Voraussetzung ist ein *Verschulden* nötig. Vorliegend ist es Vorsatz, denn er beraubt und schlägt Weber mit Wissen und Willen. Der Anspruch über Fr. 153'000 ist folglich erstellt. Doch kann Meier die Einrede der Verjährung erheben?

Art. 60 OR regelt die Verjährung des deliktischen Anspruchs. Es gibt eine *relative* und eine *absolute* Frist. Die relative Frist beträgt ein Jahr ab Kenntnis des Schädigers und des Schadens (Art. 60 Abs. 1 OR). Diese Frist bereitet vorliegend keine Probleme, denn Kenntnis vom Schädiger hat Weber erst seit dem 1. April 2018. Die absolute Frist von zehn Jahren hingegen läuft ab dem schädigenden Ereignis, also seit dem 2. Mai 2003 (vgl. Art. 60 Abs. 1 OR, bzw. am darauffolgenden 3. Mai 2003, Art. 77 Abs. 1 Ziff. 3, Abs. 2 OR, Art. 132 Abs. 1/2 OR). Diese Frist hat somit mit Ablauf des 2. Mai 2013 geendet.

<sup>28</sup> Vgl. Rusch/Maissen, Gutscheine mit Einlösefrist, Jusletter 12. Dezember 2011, N 21.

<sup>29</sup> Vgl. OLG München, Urteil vom 17. Januar 2008 – 29 U 3193/07 E. II.2.b.cc in NJW-RR 2008, 1233 ff., 1234, das eine Abweichung von zwei Jahren von der dreijährigen Regelverjährung als unangemessene Benachteiligung betrachtet: „Die angegriffenen Klauseln zielen auf eine doppelte Benachteiligung des Gutscheininhabers im Vergleich zu der gesetzlichen Regelung der §§ 195, 199 BGB ab, nach der entsprechende Ansprüche mit dem Ablauf einer Frist von drei Jahren – beginnend mit dem Schluss des Jahres, in dem der Anspruch entsteht – verjähren. So wird der Zeitraum, in dem die unmittelbare Geltendmachung des Anspruchs möglich ist, auf höchstens ein Drittel des vom gesetzlichen Leitbild Vorgesehenen herabgesetzt; der dadurch bewirkte ersatzlose Verlust der Möglichkeit, einen nicht verjäherten Anspruch geltend zu machen, stellt eine erhebliche Beeinträchtigung der Interessen des Gutscheininhabers dar. Daneben wird die auch nach Eintritt der Verjährung mögliche Entgegenhaltung des Anspruchs im Wege der Aufrechnung oder der Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts (vgl. § 215 BGB) dadurch ausgeschlossen, dass der Anspruch erlöschen („verfallen“) und damit gänzlich untergehen soll.“

Vorliegend hilft jedoch Art. 60 Abs. 2 OR. Das Verhalten Meiers stellt eine Körperverletzung im Sinne von Art. 140 Ziff. 4 StGB<sup>30</sup> dar. Deren Verfolgungsverjährung beläuft sich gemäss Art. 97 Abs. 1 lit. b StGB<sup>31</sup> auf 15 Jahre, weil die Strafe für den qualifizierten Raub im Sinne des Art. 140 Ziff. 4 StGB nicht unter fünf Jahre beträgt. Dank Art. 60 Abs. 2 OR lässt sich diese Verjährungsfrist auf die zivilrechtliche Verjährung übertragen. Die Frist ist somit gewahrt, wenn Weber bis zum Ablauf des 2. Mai 2018 eine Unterbrechungshandlung vornimmt (der Tag der strafbaren Handlung wird wiederum nicht hinzugezählt).<sup>32</sup> Mit der Unterbrechungshandlung beginnt die *strafrechtliche Verjährung* erneut zu laufen.<sup>33</sup> Eine Unterbrechung nach Ablauf der strafrechtlichen Verjährung bewirkt nur noch eine Verlängerung um die zivilrechtliche Frist, was sich durch den Harmonisierungszweck des Art. 60 Abs. 2 OR erklärt.<sup>34</sup> Ob Meier dafür der Prozess gemacht wird, ist irrelevant. Gibt es keine Anklage, muss der Zivilrichter vorfrageweise prüfen, ob die Voraussetzungen des Art. 140 StGB vorliegen.<sup>35</sup> Gibt es einen strafrechtlichen Schuld- oder Freispruch, so ist der Zivilrichter daran für die Beurteilung der Verjährung gebunden (im Unterschied zu Art. 53 Abs. 1 OR).<sup>36</sup> Wenn eine Verurteilung erfolgt, hat dies gemäss Basler Kommentar die Unverjährbarkeit der Schadenersatzforderung zur Folge, was wahrscheinlich nicht richtig sein kann.<sup>37</sup>

<sup>30</sup> Art. 140 StGB: „1. Wer mit Gewalt gegen eine Person oder unter Androhung gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben oder nachdem er den Betroffenen zum Widerstand unfähig gemacht hat, einen Diebstahl begeht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zehn Jahren oder Geldstrafe nicht unter 180 Tagessätzen bestraft. Wer, bei einem Diebstahl auf frischer Tat ertappt, Nötigungshandlungen nach Absatz 1 begeht, um die gestohlene Sache zu behalten, wird mit der gleichen Strafe belegt. 2. Der Räuber wird mit Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr bestraft, wenn er zum Zweck des Raubes eine Schusswaffe oder eine andere gefährliche Waffe mit sich führt. 3. Der Räuber wird mit Freiheitsstrafe nicht unter zwei Jahren bestraft, wenn er den Raub als Mitglied einer Bande ausführt, die sich zur fortgesetzten Verübung von Raub oder Diebstahl zusammengefunden hat, wenn er sonst wie durch die Art, wie er den Raub begeht, seine besondere Gefährlichkeit offenbart. 4. Die Strafe ist Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren, wenn der Täter das Opfer in Lebensgefahr bringt, ihm eine schwere Körperverletzung zufügt oder es grausam behandelt.“

<sup>31</sup> Art. 97 Abs. 1 StGB: „Die Strafverfolgung verjährt in: a. 30 Jahren, wenn die Tat mit lebenslänglicher Freiheitsstrafe bedroht ist; b. 15 Jahren, wenn die Tat mit einer Freiheitsstrafe von mehr als drei Jahren bedroht ist; c. sieben Jahren, wenn die Tat mit einer anderen Strafe bedroht ist.“

<sup>32</sup> Vgl. Trechsel, StGB 31 N 2: „Die Frist von drei Monaten wird nach dem Kalender bemessen, Art. 110 VI. Dabei ist der Tag, mit dem die Frist beginnt, nicht mitzuzählen, BGE 73 IV 6 (Schmid c. Funk), BGE 97 IV 239 f. (Christen c. Meier), BGE 103 IV 132, vgl. auch BGE 103 V 158 f., abweichend dazwischen BGE 77 IV 209 f. (Baumann), BGE 83 IV 186 (Leuenberger c. Leuenberger). Wird beispielsweise der Täter dem Opfer am 1.1. bekannt, so läuft die Frist ab 2.1. und endet am 1.4. um 24.00 Uhr.“ und StGB 97 N 3: „Der Tag, an welchem die Frist zu laufen beginnt, wird nicht mitgezählt, BGE 107 Ib 75, was der allgemeinen Regel des schweizerischen Rechts entspricht, BGE 97 IV 238 ff. (Christen c. Meier), anders noch BGE 77 IV 209, BGE 92 IV 172. Die Frist läuft somit am Tag desselben Kalenderdatums um 24.00 Uhr ab (vgl. das Bsp. in Art. 31 N 2, s. auch BGE 103 V 159 E. 2b; in BGE 109 IV 116 dürfte diesbezüglich ein Irrtum unterlaufen sein).“

<sup>33</sup> Vgl. BGer 4A\_325/2011, E. 2.5: „Lorsque le délai de la prescription pénale est applicable, son interruption fait courir à nouveau le délai de la prescription pénale, quand bien même la prescription pénale absolue interviendrait dans ce nouveau délai (ATF 131 III 430 consid. 1.2 p. 434 let. d; 127 III 538 consid. 4d p. 542). En revanche, lorsque la prescription pénale absolue est atteinte, un acte interruptif ultérieur ne peut faire courir que le délai prévu par le droit civil (ATF 131 III 430 consid. 1.3 et 1.4 p. 435).“; vgl. BK-Brehm, OR 60 N 37: „Für alle übrigen Fragen wie zB die Unterbrechung der Verjährung (OR 135 ff) finden die zivilrechtlichen Bestimmungen Anwendung (BGE 124 IV 49 E 4c; Rey, Haftpflichtrecht, N 1682). Eine Unterbrechung der zivilrechtlichen Verjährung iSv OR 135 vor dem Eintritt der strafrechtlichen Verfolgungsverjährung hat zur Folge, dass eine neue Frist mit der ursprünglichen, längeren Dauer gemäss dem Strafrecht ausgelöst wird (BGE 127 III 538 E 4c und d; aM Hausheer/Jaun, ZBJV 2003, 60). Wird die Verjährung dagegen durch eine richterliche Verfügung unterbrochen, nachdem die (absolute) strafrechtliche Verfolgungsverjährung bereits eingetreten ist, löst dies nur eine neue zivilrechtliche, nicht jedoch eine längere strafrechtliche Verjährungsfrist aus (BGE 131 III 430 E 1).“

<sup>34</sup> CHK-Müller, OR 60 N 26: „OR 60 II stellt eine Ausnahme vom Grundsatz von OR 60 I dar. Sobald die strafrechtliche Verjährung eingetreten ist, findet allein OR 60 I Anwendung (BGE 77 II 314 E 3b). Sinn und Zweck dieser Ausnahmeregelung ist die Harmonisierung des Zivil- und Strafrechts im Bereich der Verjährung.“

<sup>35</sup> Vgl. CHK-Müller, OR 60 N 30; vgl. BK-Brehm, OR 60 N 37 (Zitat in FN 33).

<sup>36</sup> Dies lässt sich mit dem Harmonisierungszweck von Art. 60 Abs. 2 OR erklären, der durch eine Nichtbindung gerade vereitelt würde, vgl. BK-Brehm, OR 60 N 67 ff.; vgl. BGE 136 III 502 ff., 503: „Le juge civil appliquera les règles du droit pénal; il est toutefois lié par une condamnation pénale, par un prononcé libératoire constatant l'absence d'acte punissable ou par une décision de suspension de la procédure pénale assortie des mêmes effets qu'un jugement quant à son caractère définitif. L'application de la prescription pénale plus longue suppose également que l'infraction visée soit en relation de causalité naturelle et adéquate avec le préjudice donnant lieu à l'action civile. Il faut de plus que le lésé fasse partie des personnes protégées par la loi pénale.“; vgl. BGer 4A\_325/2011, E. 2.4: „Pour que la prescription pénale entre en considération en vertu de l'art. 83 al. 1 LCR (ou de l'art. 60 al. 2 CO qui est identique sur ce point), il faut que les prétentions civiles résultent, avec causalité naturelle et adéquate, d'un comportement du responsable qui constitue, d'un point de vue objectif et subjectif, une infraction pénale prévue par une norme ayant notamment pour but de protéger le lésé; pour dire s'il y a ou non une infraction pénale, le juge civil est lié par une condamnation ou une décision libératoire prononcée au pénal (ATF 136 III 502 consid. 6.1 p. 503).“; bezüglich der Schuld oder Nichtschuld besteht sonst (d.h. bei der Beurteilung der Anspruchs) keine Bindung, vgl. BSK-Kessler, OR 53 N 3 ff..

<sup>37</sup> Vgl. BSK-Däppen, OR 60 N 14a: „Gemäss Art. 97 Abs. 3 StGB (identisch mit Art. 70 Abs. 3 aStGB, in Kraft vom 1.10.2002 bis 31.12.2006) tritt die Verfolgungsverjährung nicht mehr ein, sofern vor Ablauf der Verjährungsfrist ein erstinstanzliches Urteil ergangen ist (BGE 135 IV 196 E. 2.1).“; a.M. Rusch, Haftpflichtrecht – Wichtige Urteile, in: Thomas Probst/Franz Werro (Hrsg.), Strassenverkehrsrechts-Tagung 2016, 259 ff., 268 f.; a.M. ebenso HGer ZH, HG150169, 30.1.2017, E. 2.4.c: «Bei dieser besteht nun die Besonderheit, dass gemäss (...) Art. 97 Abs. 3 StGB nach Erlass eines erstinstanzlichen Urteils keine Verfolgungsverjährungsfristen

Wie aber kann man die Unterbrechung in knapper Zeit bewirken? Sicher ist die Betreibung dazu sehr geeignet, denn die Unterbrechungswirkung ergibt sich durch das *Abschicken* des Betreibungsbegehrens, genauso wie beim Versand eines Schlichtungsgesuchs gemäss Art. 135 Ziff. 2 OR.<sup>38</sup> Die Zugangstheorie gilt hier nicht.

#### Sachverhalt Nr. 4

Karl und Kurt bestellen gemeinsam bei Verkäufer Viktor einen neuen Campingwagen für Fr. 30'000 für eine gemeinsame Reise. Sie unterzeichnen den Kaufvertrag gemeinsam. Als die Rechnung kommt, erklärt Karl gegenüber Viktor Verrechnung mit seinem gleich hohen Anwaltshonorar, da er Viktor anwaltlich in der Scheidung vertreten hat. *Wie ist die Rechtslage, wenn Viktor den Verkauf über seine Einzelfirma getätigt hat? Wie ist die Rechtslage, wenn die Viktor AG, deren Alleinaktionär er ist, den Campingwagen verkauft hat? Wenn die Verrechnung zulässig war, wie viel kann Karl von Kurt verlangen?*

#### Lösungsvorschlag Nr. 4

##### *Solidarität*

Es stellt sich die Frage, ob Karl und Kurt sich für die Schuld von Fr. 30'000 solidarisch verpflichtet haben. Massgeblich dafür ist, dass sie dem Gläubiger gegenüber erklären, dass „*jeder einzeln für die Erfüllung der ganzen Schuld haften wolle*“ (Art. 143 Abs. 1 OR). Die gemeinsame Unterzeichnung des Vertrags alleine genügt dafür noch nicht, aber eine explizite Erklärung, solidarisch sich verpflichten zu wollen, ist auch nicht notwendig. *Auch aus den Umständen* kann sich die Solidarverpflichtung ergeben.<sup>39</sup> Dies könnte man hier behaupten, wenn für den Verkäufer Viktor nach dem Vertrauensprinzip klar wird, dass sie mit dem Campingwagen eine gemeinsame Reise unternehmen wollen<sup>40</sup> oder die Käufer ein Paar bilden. Ein weiteres Indiz ist die fehlende Aufteilung des Kaufpreises unter den Käufern.<sup>41</sup> Bilden Karl und Kurt eine einfache Gesellschaft nach Art. 530 OR – was sehr gut möglich ist, denn sie schliessen sich zu einem gemeinsamen Zweck einer Reise zusammen – dann ist die *Solidarität von Gesetzes wegen* gegeben (Art. 544 Abs. 3 OR, Art. 143 Abs. 2 OR). Wenn Karl und Kurt Solidarschuldner sind, kann Viktor bei jedem auf das Ganze klagen. Ich empfehle in solchen Fällen die folgende Fragenkaskade: *Gibt es eine einfache Gesellschaft? Falls nein, darf der Vertragsgegner von einer*

---

*mehr laufen, mithin durch (...) Art. 97 StGB lediglich die Fristen festgelegt werden, innert derer ein erstinstanzliches Urteil ergehen muss (...). Dies, um der Gefahr zu begegnen, dass sich der Beschuldigte durch gezieltes Einlegen eines Rechtsmittels in die Verjährung „retten“ könnte (...). Das Nichtlaufen der Fristen wirkt sich – genau besehen – aber nur während des Zeitraums aus, in dem das Strafverfahren nach (hypothetischem) Ablauf der (einzigen) Verjährungsfrist bis zu dessen rechtskräftigem Abschluss fort dauert. Ist das Verfahren jedoch abgeschlossen, kommt der Regel faktisch keine Bedeutung mehr zu, und sie kann eine solche – auch unter Berücksichtigung der erläuterten Schutzgedanken in Bezug auf den zivilrechtlich Geschädigten – nicht mehr auf den Zivilanspruch entfalten. Es besteht somit kein Anlass, aus (...) Art. 97 Abs. 3 StGB eine generelle, über den Ablauf der (einzigen) Verjährungsfrist einerseits sowie den rechtskräftigen Abschluss des Strafverfahrens andererseits hinausreichende „Unverjährbarkeit“ der aus dem zu beurteilenden Verhalten erwachsenden Zivilforderung abzuleiten (...).»*

<sup>38</sup> Vgl. BSK-Däppen, OR 135 N 5d/6; vgl. BGer 2C\_426/2008, E. 6.6.1: „Im Privatrecht wird die Verjährung u.a. durch Schuldbetreibung, durch Klage oder durch Einrede vor einem Gericht oder Schiedsgericht sowie durch Eingabe im Konkurs und Ladung zu einem amtlichen Sühneversuch unterbrochen (Art. 135 Ziff. 2 OR). Für die Unterbrechung genügt in all diesen Fällen die Postaufgabe, da diese Unterbrechungsgründe allein auf eine Handlung des Forderungsgläubigers (BGE 114 II 335 E. 3) abstellen; nicht vorausgesetzt wird, dass der Schuldner davon Kenntnis erhält (BGE 114 II 261 E. a).“

<sup>39</sup> Vgl. BGE 116 II 707 ff., 712: „Gemäss Art. 143 OR sind zwar bei einer Mehrzahl von Schuldnern mangels anderer Abrede Teilverpflichtungen anzunehmen. Die solidarische Verpflichtung kann sich indessen auch stillschweigend aus den Umständen und dem sonstigen Inhalt des Vertrages als gewollt ergeben (...). Diese Umstände sind nach dem Vertrauensprinzip auszulegen (...). Die Tatsache des gemeinsamen Vertragsabschlusses genügt allerdings nicht für die Annahme einer Solidarschuld (...). Eine solche wurde indessen vom Bundesgericht unter ausdrücklichem Ausschluss des Bestandes eines Gesellschaftsverhältnisses bejaht beim Bieten zweier Interessenten an der Versteigerung eines Grundstücks (...). In der kantonalen Rechtsprechung wurde Solidarität angenommen bei gemeinsamer Geldaufnahme durch Ehegatten für gemeinsame Bedürfnisse (...) sowie für Verpflichtungen aus einem Gemeinschaftskonto (...). Im vorliegenden Fall würde die fehlende Aufgliederung der verkauften Aktien und des Kaufpreises auf die einzelnen Aktionäre auch genügen, um aus dem Kaufvertrag selbst die solidarische Verpflichtung der Verkäufer nach Art. 143 Abs. 1 OR zu begründen.“; vgl. BSK-Graber, OR 143 N 5.

<sup>40</sup> BGE 116 II 707 ff., 709: «Die aus Art. 544 Abs. 3 OR abgeleitete Solidarhaftung gilt allerdings nur, sofern auch wirklich eine einfache Gesellschaft besteht. Der Anschein einer einfachen Gesellschaft kann indessen einen Umstand darstellen, aus welchem der Vertragspartner nach dem Vertrauensprinzip schliessen darf, dass bei einer Mehrzahl von Personen auf der Gegenseite eine solidarische Verpflichtung und nicht bloss eine Teilhaftung gewollt ist (Art. 143 Abs. 1 OR).»

<sup>41</sup> Vgl. BGE 116 II 707 ff., 712: „Im vorliegenden Fall würde die fehlende Aufgliederung der verkauften Aktien und des Kaufpreises auf die einzelnen Aktionäre auch genügen, um aus dem Kaufvertrag selbst die solidarische Verpflichtung der Verkäufer nach Art. 143 Abs. 1 OR zu begründen.“; bestätigt in BGer 4A\_599/2010, E. 3.2 und 3.3.

*solchen ausgehen? Falls nein, gibt es eine explizite Erklärung, solidarisch haften zu wollen? Falls nein, ergibt sich eine solche durch die Umstände?*

### *Verrechnung*

Die Verrechnung ist in Art. 120 ff. OR geregelt. Kann Karl mit seiner Forderung gegen Viktor die Verrechnung erklären? Die erste Voraussetzung ist die *Gegenseitigkeit*. Diese besteht gegenüber der Einzelfirma, nicht aber gegenüber der Viktor AG, auch wenn es sich um eine Einmann-AG handeln sollte.<sup>42</sup> Karl schuldet als Solidarschuldner einzeln den ganzen Betrag. Auch bei der Einzelfirma muss man den Geschäfts- und den Privataufwand strikte auseinanderhalten, doch ist es immer dieselbe Person, wobei Privates und Geschäftliches auf verschiedenen Konten abzuwickeln ist. *Gleichartigkeit* liegt ebenfalls vor, denn es geht beide Male um Geld.<sup>43</sup> Die Verrechnungsforderung von Karl muss fällig sein: *«M.a.W. muss die Verrechnungsforderung fällig sein, die Hauptforderung erfüllbar (...)»*<sup>44</sup> Karl hat die Verrechnungserklärung abgegeben (vgl. Art. 124 OR). Ein vertraglicher oder gesetzlicher Abschluss der Verrechnung liegt nicht vor. Da das Anwaltshonorar gleich hoch ist wie die Solidarschuld Karls gegenüber Viktor, tilgt sie die Schuld Karls vollumfänglich.

### *Verhältnis Karl/Kurt*

Durch die Verrechnungserklärung Karls hat er die Schuld getilgt, auch mit befreiender Wirkung gegenüber Kurt (vgl. Art. 147 Abs. 1 OR). Sofern Karl und Kurt nicht durch eine einfache Gesellschaft miteinander verbunden sind, kommt die interne Verteilung gemäss Art. 148 Abs. 1 OR zur Anwendung. Kurt schuldet Karl die Hälfte, also Fr. 15'000. Da Karl den doppelten Betrag geleistet hat, kann er im Umfang von Fr. 15'000 Regress bei Kurt nehmen (Art. 148 Abs. 2 OR). Die Auseinandersetzung ist aber dispositiv. Vielleicht haben sich Karl und Kurt intern anders verständigt. *Achtung, es gibt eigentlich zwei Forderungen*: Die Regressforderung gemäss Art. 148 OR ist nicht dasselbe wie die Subrogationsforderung gemäss Art. 149 OR. Die Subrogationsforderung soll den Regress erleichtern, indem der Regressgläubiger in die Stellung des ursprünglichen Gläubigers hineinrutscht und Sicherheiten neu für ihn weitergelten.<sup>45</sup> Wäre die Forderung über Fr. 30'000 beispielsweise pfandgesichert, könnte Karl dieses Pfand als Sicherheit neu für sich beanspruchen.

Bei Vorliegen einer einfachen Gesellschaft erfolgt die interne Auseinandersetzung nach Art. 537 Abs. 1 OR.<sup>46</sup> Auch das Recht der einfachen Gesellschaft geht ohne andere Vereinbarung von gleichen Teilen aus (Art. 531 Abs. 2 OR).

---

<sup>42</sup> Vgl. Gauch/Schluemp/Schmid/Emmenegger, N 3256: „Der Schuldner einer Einmann-AG hat eine Forderung gegen den einzigen Aktionär. Gegenseitigkeit fehlt; Verrechnung ist ausgeschlossen. Vorbehalten bleibt allerdings der Durchgriff bei rechts missbräuchlicher Berufung des Aktionärs auf die rechtliche Verschiedenheit der AG vom Alleinaktionär.“

<sup>43</sup> Vgl. BSK-Peter, OR 120 N 10. Gibt es einen Umrechnungskurs, dann sind sogar Geldforderungen in verschiedener Währung gleichartig. Die Forderungen müssen selbstverständlich auch nicht gleich hoch sein.

<sup>44</sup> BSK-Peter, OR 120 N 4.

<sup>45</sup> Vgl. Gauch/Schluemp/Schmid/Emmenegger, N 3746: „Die Subrogation nach Art. 149 Abs. 1 dient der Erleichterung und Sicherung des Regresses. Der Solidarschuldner erhält «einen mit seinem Regress aus Art. 148 I konkurrierenden Anspruch aus dem auf ihn übergegangenem Recht des Gläubigers. Der praktische Nutzen der Subrogation liegt ... hauptsächlich darin, dass er (sc. der Solidarschuldner) mit der Forderung des Gläubigers auch etwaige mit ihr verbundene Nebenrechte (z.B. Pfandrechte und Bürgschaften) erwirbt» (...).“; vgl. Huguenin, N 2313: „Nach Art. 149 Abs. 1 OR gehen die Rechte der Gläubigerin mit der Erfüllung der Forderung auf den rückgriffsberechtigten Solidarschuldner über, in dem dieser die Gläubigerin befriedigt (Subrogation). Diese gesetzliche Subrogation bezweckt die Erleichterung und Sicherung des Regresses. Die ursprüngliche Forderung bleibt dabei mit ihren Nebenrechten (z.B. Pfandrechte und Bürgschaften) bestehen. Lässt die Gläubigerin solche Nebenrechte untergehen, z.B. indem sie Pfandgegenstände zurückgibt oder Bürgen entlässt, wird sie dem regressberechtigten Solidarschuldner nach Art. 149 Abs. 2 OR verantwortlich (...). Der Anspruch aus Subrogation konkurriert mit dem Anspruch aus Regress nach Art. 148 Abs. 2 OR.“

<sup>46</sup> Vgl. CHK-Jung, OR 537 N 1.