

ANWALTSHAFTUNG UND VERJÄHRUNGSRECHTLICHE STOLPERSTEINE

Prof. Dr., Dr. h.c. Peter Gauch
Dr. Frédéric Krauskopf, LL.M.

ANWALTSFORUM DES ZAV VOM 9. DEZEMBER 2008

EINIGE ENTSCHEIDE IN KURZFASSUNG

I. Zustellfiktion/falsche Rechtsmittelbelehrung/ fehlerhafte Verfügung

1. Zustellfiktion sieben Tage nach erfolglosem Zustellungsversuch durch die Post: Die Rechtsmittelfrist beginnt sieben Tage nach dem erfolglosen Zustellungsversuch, sofern der Adressat mit der Zustellung hatte rechnen müssen. Die siebentägige Abholfrist ist als Grundsatz, von dem abweichende Abmachungen zulässig sind, in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Post vorgesehen und damit allgemein bekannt. Die Zustellfiktion betrifft hingegen Fälle, in denen eine Sendung innerhalb der siebentägigen Abholfrist nicht abgeholt wurde. Die Zustellfiktion betrifft nicht die von der Post durch die genannte Frist geregelte Frage, wie lange eine Sendung abgeholt werden kann, sondern orientiert sich an dieser Regel, um eine andere Frage zu beantworten. Sie gilt auch dann, wenn die Post von sich aus eine längere Abholfrist gewährt und die Sendung erst am letzten Tag dieser Frist abgeholt wird.

BGE 127 I 34 ff., E. 2a und b; vgl. auch BGE 134 V 51, E. 4

2. Die Berufung auf eine falsche Rechtsmittelbelehrung ist dort nicht zugelassen, wo eine Partei oder ihr Anwalt die Fehlerhaftigkeit der Rechtsmittelbelehrung durch Konsultierung des massgebenden Gesetzestextes allein hätte erkennen können.

5A_401/2007 (29.8.2007), E. 4.2.

3. Ignorieren einer fehlerhaften Verfügung. Gemäss Art. 35 Abs. 1 VwVG sind Verfügungen als solche zu bezeichnen und mit einer Rechtsmittelbelehrung zu versehen. Der Empfänger einer Verfügung, die nicht als solche bezeichnet ist und keine Rechtsmittelbelehrung enthält, darf die empfangene Verfügung aber nicht einfach ignorieren; er ist vielmehr gehalten, sie innert der gewöhnlichen Rechtsmittelfrist anzufechten oder sich innert nützlicher Frist nach den in Frage kommenden Rechtsmitteln zu erkundigen, wenn er den Verfügungscharakter erkennen kann und sie nicht gegen sich gelten lassen will. Wer den Verfügungscharakter eines Schreibens erkannte oder bei zumutbarer Sorgfalt hätte erkennen müssen, kann sich nicht auf den Grundsatz berufen, wonach den Parteien aus einer fehlerhaften behördlichen Verfügung zwar kein Nachteil erwachsen darf.

BGE 129 II 134 f., E. 3.3

II. Zivilrechtliche Verjährung und Strafrecht

4. „In der Lehre wird [...] die Ansicht vertreten, dass Art. 60 Abs. 2 OR nur die absolute Frist verlängere und die Unterbrechung der Verjährung gemäss Art. 135 OR nur eine der zivilrechtlichen, nicht eine der längeren strafrechtlichen Dauer entsprechende neue Verjährungsfrist in Gang setze. Das Bundesgericht hat diese [...] Auslegung von Art. 60 Abs. 2 OR abgelehnt und erkannt, dass durch die Unterbrechung im Sinne von Art. 137 OR eine neue Verjährungsfrist mit der ursprünglichen, strafrechtlichen Dauer zu laufen beginnt. [...] Es ist daher an der mehrmals bestätigten Auslegung festzuhalten, dass die Unterbrechung der Verjährung im Sinne von Art. 135 OR eine neue Frist in Höhe der ursprünglichen längeren Dauer auslöst, sofern die Forderung aus einer strafbaren Handlung abgeleitet wird, für die Art. 70 StGB eine längere Verjährungsfrist vorsieht. Dies gilt jedenfalls solange, als die verjährungsunterbre-

chende Handlung im Sinne von Art. 135 OR noch vor Eintritt der strafrechtlichen Verfolgungsverjährung erfolgt. [...] Dagegen würde es wohl zu weit führen, erst nach Ablauf der strafrechtlichen Verjährungsfrist vorgenommenen verjährungsunterbrechenden Handlungen dieselbe Wirkung beizumessen“.

BGE 127 III 541 f., E. 4 c/d; bestätigt in BGE 131 III 435, E. 1.4

III. Unterbrechung der Verjährung vor dem Prozess

5. Bei Forderungen auf Naturalleistungen: „Für die Verjährung der Nachbesserungsforderung [Art. 368 Abs. 2 OR] ist die Unterbrechung durch Schuldbetreibung ... irrelevant, weil diese nicht auf dem Betreibungsweg geltend gemacht werden kann“.

4C.258/2001 (5.9.2002), E. 4.1.2

6. Bei Geldforderungen: Macht der Gläubiger seine Forderung mittels Betreibung oder Klage geltend, wird die Verjährung nur im Umfang der angegebenen Summe unterbrochen. Will der Gläubiger, der die genaue Summe seiner Forderung noch nicht kennt, seinen Anspruch vor der Verjährung schützen, muss er entweder die Verjährung für den höchstmöglichen Betrag, der in Betracht kommt, unterbrechen oder eine Unterbrechungshandlung vornehmen, welche die Nennung eines Geldbetrages nicht erfordert, wie eine unbezifferte Forderungsklage nach Art. 42 Abs. 2 OR oder eine auf Feststellung einer bestimmten Forderung lautenden Klage.

4A_206/2007 (29.10.2007), E. 2.3.1

7. Unbezifferte Klage: „Im Zivilrecht genügt gemäss Art. 135 Ziff. 2 OR für die Unterbrechung einer Verjährungsfrist die Angabe einer blossen Summe im Betreibungsbegehren, ohne dass eine nähere Substanziierung notwendig wäre. Ist eine genaue Bezifferung nicht möglich oder nicht zumutbar, so besteht zudem von Bundesrechts wegen ein Anspruch auf eine unbezifferte Klage, die alsdann für den ganzen nach richterlichem Ermessen festzulegenden (Art. 42 Abs. 2 OR) Schadenersatz fristwährend wirkt.“

BGE 126 II 101, E. 2d

8. Klageerweiterung: Wird der eingeklagte Betrag im Laufe des Prozesses durch (prozessual zulässige) Erweiterung des Klagebegehrens ausgedehnt, so gilt hinsichtlich des erweiterten Teils der Klage bzw. des erhöhten Klagebetrages, dass dieser erst mit der Klageerweiterung als angehoben ist, womit die Verjährung für diesen Betrag erst in diesem Zeitpunkt unterbrochen wird.

BGE 122 III 203, E. 9c

9. Zinsforderungen: „Verjährungsunterbrechend wirkt die Klage auf Leistung einer fälligen Zinsforderung nur für diese, nicht auch für das Kapital, wie die Vorinstanz zutreffend darlegt. Dass der Zins rechtlich von der Hauptforderung abhängt, bedeutet umgekehrt nicht, dass die Hauptforderung zu den Zinsen akzessorisch wäre, wie die Beklagte unterstellt. Dass sodann der Bestand der Kapitalforderung vorfrageweise abzuklären war, um die eingeklagten Zinsen beurteilen zu können, macht diese Kapitalforderung [...] nicht zum Gegenstand des Prozesses oder des richterlichen Urteils im Sinne von Art. 137 Abs. 2 OR.“

4C.139/2006 (15.8.2006), E. 2.2

IV. Unterbrechung der Verjährung während des Prozesses

a. Verjährung auch unter der Hand des Richters

10. Nach Bundesrecht läuft bei verjähren Forderungen auch unter der Hand des Richters die Verjährung, sofern sie nicht nach Art. 134 OR ruht. Dies ergibt sich aus Art. 138 Abs. 1 OR und gilt auch im Rechtsmittelverfahren vor Bundesgericht. Der Abschluss des Schriftenswechsels unterbricht die Verjährung, bewirkt aber nicht deren Stillstand bis zum Datum des Urteilsspruchs.

BGE 123 III 218, E. 5b; BGE 130 III 207, E. 3.2

b. Gerichtliche Handlung der Parteien

11. Das *Bundesgericht* pflegt eine weite Auslegung des Begriffs der „gerichtlichen Handlung der Parteien“ gemäss Art. 138 Abs. 1 OR. Für die Verjährungsunterbrechung ausreichend sind Handlungen, die geeignet sind, das Verfahren weiter laufen zu lassen (z.B. auch eine Rechtsverzögerungsbeschwerde oder Eingabe einer Partei, mit der die Fortsetzung oder Erledigung des Prozesses verlangt wird). Vorausgesetzt ist, dass die Erklärungen förmlicher Art und für beide Parteien stets leicht und einwandfrei feststellbar sind und zu den Akten oder zu Protokoll gegeben werden – telefonische Erklärungen fallen ausser Betracht, über sie können keine Beweise erhoben werden.

BGE 106 II 35, E. 4; BGE 123 III 219 f., E. 6a

12. Entgegen dem, was die Formulierung in BGE 85 II 191 E. 2 anzudeuten scheint, ist es nicht erforderlich, dass die gerichtliche Handlung einer Partei geeignet ist, das Verfahren seiner Beendigung näher zu bringen (mit Verweis auf die Literatur, die das Fristverlängerungsgesuch und die Eingabe einer Beschwerde nennt).

BGE 130 III 207, E. 3.2

13. *Keine gerichtlichen Handlungen* sind z.B. die blossen Mitteilung an den Richter, dass dem Rechtsanwalt X das Mandat entzogen und Rechtsanwalt Y als neuer Vertreter bestellt worden sei, oder die Anforderung der Akten zur Ausarbeitung einer Rechtsschrift.

BGE 85 II 191, E. 2

14. Grundsätzlich unterbrechen auch Prozesshandlungen des Schuldners die Verjährung, nicht verjährungsunterbrechend wirkt aber die Eingabe, mit der er die Verjährungseinrede erhebt.

BGE 106 II 36, E. 4

c. Verfügung oder Entscheidung des Richters

15. Wird der Prozess durch richterliche Anordnung sistiert, unterbricht diese Anordnung die Verjährung (Art. 138 Abs. 1 OR) und hemmt zugleich den Verjährungslauf, solange der Sistierungsgrund besteht (Art. 134 Abs. 1 Ziff. 6 per analogiam). Die Verjährung läuft erst ab dem Zeitpunkt, in welchem der Kläger die Möglichkeit erlangt, die Wiederaufnahme des Verfahrens zu verlangen.

BGE 123 III 216, E. 3, 130 III 206 ff., E. 3.2 und 3.3.1

16. Wurde die *Adhäsionsklage* formgerecht und beim zuständigen Strafrichter erhoben und stellt dieser das Strafverfahren wegen offener Beweislage ein, fällt seine Zuständigkeit für die Beurteilung des zivilrechtlichen Schadenersatzbegehrens dahin. Die Einstellungsverfügung (und die damit verbundenen Verweisung an den Zivilrichter) wirken verjährungsunterbrechend, so dass mit Mitteilung der Einstellungsverfügung an eine neue Verjährungsfrist läuft.

BGE 111 II 61, E. 3

17. Beispiel: Verjährungsunterbrechende Handlung des Zivilrichters, der sich beim Bundesgericht nach dem Stand eines staatsrechtlichen Beschwerdeverfahrens erkundigt, das aufgrund seiner Ablehnung des Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege eingeleitet wurde: „Zwar liegt darin keine Verfügung im rechtstechnischen Sinn. Indes ist nicht einzusehen, was der Instruktionsrichter sonst hätte vorkehren können“.

BGE 111 II 62, E. 4b

18. Beispiel: Verjährungsunterbrechende Handlung des Richters, wenn einer staatsrechtlichen Beschwerde aufschiebende Wirkung gewährt wird (offen gelassen, ob die Erteilung der aufschiebenden Wirkung wie bei der Sistierung bis zur Erledigung des staatsrechtlichen Beschwerdeverfahrens eine Hemmung des Verjährungslaufes bewirkt).

BGE 111 II 61 f., E. 4a und b

19. Handlungen des Friedensrichters. Obwohl die Klageerhebung beim zuständigen Sühnrichter eine verjährungsunterbrechende Handlung nach Art. 135 Ziff. 2 OR darstellt, gilt die friedensrichterliche Ausstellung der Weisung nicht als „Verfügung oder Entscheidung eines Richters“ im Sinne des Art. 138 Abs. 1 OR, soweit das Verfahren vor dem Friedensrichter kein gerichtliches Verfahren, sondern ein Sühnverfahren ist (in casu keine verjährungsunterbrechende Wirkung der Ausstellung der Weisung gemäss zürcherischer ZPO).

4C.354/2004 (9.11.2005), E. 3. Anders aber 5C.226/2002 (16.1.2003), E. 1.3: Verjährungsunterbrechung durch Ausstellung der friedensrichterlichen Weisung (ebenfalls im Kanton Zürich).

V. Unterbrechung der Verjährung durch Akontozahlung

20. „Mit ‚Akontozahlung‘ wird gemeinhin eine vorläufige Zahlung bezeichnet, wobei der Umfang der definitiv geschuldeten Leistung noch zu ermitteln ist. Akontozahlungen werden insbesondere vereinbart, wenn Einigkeit über den Grundsatz der Zahlungspflicht und Ungewissheit über die Höhe des tatsächlich geschuldeten Betrags besteht, wobei eine allfällige Differenz nachzuzahlen beziehungsweise zurückzuerstatten ist. Mit einer Akontozahlung bringt der Schuldner daher in der Regel zum Ausdruck, dass er seine Verpflichtung grundsätzlich anerkennt, unter gewissen Voraussetzungen zur Leistung weiterer Zahlungen bereit ist und somit das Bestehen einer Restschuld nicht ausschliesst. Dies genügt zur Unterbrechung der Verjährung“. Und: „Da die Aufzählung der Unterbrechungshandlungen in Art. 135 Ziff. 1 OR nicht abschliessend ist, kommt der Frage, ob der Begriff ‚Abschlagszahlung‘ grundsätzlich auch Akontozahlungen umfasst, ... keine Bedeutung zu“.

4A 289/2008 (1.10.2008), E. 5.2.3 und 5.2.5

VI. Verjährung des Rückgriffsanspruches

21. Verjährung des Rückgriffsanspruches. Die Regressforderung zwischen unechten Solidarschuldern verjährt unabhängig von der Hauptforderung ein Jahr ab dem Tag, an dem der Geschädigte den Schadenersatz erhalten hat und der andere Haftpflichtige bekannt wurde; sie verjährt in jedem Fall mit Ablauf von zehn Jahren ab dem Tag, an dem die Schädigung eingetreten ist oder ein Ende gefunden hat.

BGE 133 III 10 ff., E. 5

22. Verwirkung des Rückgriffsrechts „Obwohl der Ausgleichsanspruch ein selbständiges Recht ist, versagt [...] das Bundesgericht dem Regressberechtigten bei Verjährung konkurrierender Ansprüche des Geschädigten die Durchsetzung seiner Ausgleichsforderung, wenn der Regressberechtigte von der Möglichkeit, auf einen anderen Haftpflichtigen zurückzugreifen, rechtzeitig Kenntnis erhält, aber dennoch nichts unternimmt.“

BGE 127 III 266, E. 6c

VII. Verjährungsverzicht und vereinbarte Unterbrechungsgründe

23. Verjährungsverzicht. Der Gesetzgeber will mit Art. 141 Abs. 1 OR lediglich verbieten, auf die Verjährung zu verzichten, noch bevor die Forderung entstanden ist. Zwar dürfen die Verjährungsfristen des dritten Titels des OR gemäss 129 OR „durch Verfügung der Beteiligten nicht abgeändert werden“. Trotzdem steht Art. 129 OR einem Verjährungsverzicht nicht entgegen. Vielmehr kann auf die Verjährung einer Forderung verzichtet werden, auch wenn sie einer Verjährungsfrist des dritten Titels untersteht. Allerdings kann der Verjährungsverzicht nicht für eine Dauer ausgesprochen, welche die ordentliche gesetzliche Frist von zehn Jahren überschreitet.

BGE 132 III 234 ff., E. 3.3

24. Verjährungsverzicht ist faktisch Verjährungsverlängerung. „Rechtsfolge des vor Eintritt der Verjährung erklärten Verzichts auf die Einrede der Verjährung ist eine Verlängerung der Verjährungsfrist. Faktisch stellt der Verjährungseinredeverzicht eine Unterbrechung der Verjährung und damit eine Ergänzung der in Art. 135 OR abschliessend geregelten Unterbrechungsgründe dar. Mit Bezug auf die Verlängerungsdauer hat das Bundesgericht [...] 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“.

9C 104/2007 (20.8.2007), E. 8.2.1

25. Vereinbarte Unterbrechungsgründe. Die Liste der in Art. 135 Ziff. 2 OR genannten Unterbrechungsgründe ist abschliessend. Vertragliche Unterbrechungsgründe lässt das Gesetz nicht zu. Wörtlich: „... dès lors que l'énumération contenue à l'art. 135 ch. 2 CO est exhaustive, il n'y a pas de place en l'espèce pour une réglementation plus large en matière d'interruption de la prescription du fait du créancier“.

BGE 132 V 411, E. 5.2

VIII. Was der sorgfältige Anwalt kennen muss, und seine Sorgfaltshaftung

26. Kenntnis von Sachverhalt und Rechtslage. Zur sorgfältigen Mandatsführung gehört neben der Abklärung des Sachverhaltes auch die Prüfung der Rechtslage.

4C.80/2005 (11.8.2005), E. 2.2.1

27. Kenntnis des klaren Rechts. Zu den Sorgfaltspflichten des Rechtsanwaltes gehört die Kenntnis von klarem, nicht interpretationsbedürftigem Recht, dessen Missachtung durch den Rechtsanwalt sich auch nicht mit Verweis auf eine abweichende kantonale Übung rechtfertigen lässt. Die Kenntnis des von Lehre und Praxis einheitlich vertretenen, klaren und damit nicht interpretationsbedürftigen Rechts gehört zu den Sorgfaltspflichten der Anwälte.

BGE 127 III 362, E. 3d

28. Kenntnis der Gesetze, der Rechtsprechung und der herrschenden Lehre. Der Klient darf erwarten, dass der Rechtsanwalt die einschlägigen Gesetze, die Rechtsprechung der oberen und obersten Gerichtsinstanzen und die herrschende Lehre kennt. Der Rechtsanwalt seinerseits darf nur Aufträge entgegennehmen, die Rechtsbereiche betreffen, in denen er sich entweder auskennt oder in nützlicher Frist die notwendigen Kenntnisse aneignen kann. Übersteigen die im Einzelfall geforderten Kenntnisse diejenigen des Anwalts, hat dieser einen Spezialisten beizuziehen.

4P.317/2001 (28.2.2002), E. 6

29. Kenntnis der kantonalen Rechtsprechung. Die publizierte kantonale Rechtsprechung hat der Anwalt jedenfalls in seinem örtlichen Wirkungskreis zu konsultieren

4C.80/2005 (11.8.2005), E. 2.2.1

30. Kenntnis der Bundesgerichtsentscheide, aber nicht aller. Unter dem Gesichtspunkt der Anwaltshaftung darf von einem Anwalt nicht verlangt werden, dass er sämtliche Entscheide des Bundesgerichts kennt, die mittels Internet oder Fachzeitschriften öffentlich zugänglich gemacht werden. Das Bundesgericht publiziert seine Leitentscheide in der amtlichen Sammlung. Diese amtliche Publikation ist grundsätzlich entscheidend für die Frage, ab welchem Zeitpunkt ein Anwalt von einer neuen Rechtsprechung Kenntnis haben sollte.

4A_190/2008/(10.7.2008), E. 3.2.3.3

31. Kenntnis der Verjährungs- und Verwirkungsfristen. Unter die elementaren Regeln, die der Rechtsanwalt zu kennen und zu befolgen hat, fallen auch die Einhaltung der Verjährungs- und Verwirkungsfristen. Vor der Geltendmachung einer verjährten Forderung hat der Anwalt seinen Klienten über die Rechtslage zu informieren; hängt die Möglichkeit der Geltendmachung einer verjährten Forderung des Käufers oder Bestellers überdies von einer Mängelrüge ab, die noch rechtzeitig erfolgen kann (Art. 201, 370 OR), so hat der Anwalt seinen Klienten ohne Verzug zu orientieren, nötigenfalls die Mängelrüge beim Verkäufer oder Unternehmer selber zu erheben

BGE in Pra 72, S. 765 f., Nr. 283, E. 1, 3b; BGE 106 II 253 f., E. 3; BGE 87 II 368 ff., E. 1, 3

VIII. Vorausgesetzter Kausalzusammenhang bei Anwaltshaftung

32. Im Allgemeinen. Zu den Voraussetzungen eines Schadenersatzanspruchs gegenüber dem beauftragten Anwalt gehören gemäss Art. 398 Abs. 2 i.V.m. Art. 97 OR der Nachweis eines Schadens sowie der objektiven Zurechnung. Dem Klienten obliegt somit der Beweis des Kausalzusammenhangs zwischen dem haftungsbegründenden Ereignis – der Sorgfaltspflichtverletzung – und dem geltend gemachten Schaden. Dabei ist zu fragen, wie die Dinge ihren Lauf genommen und wie insbesondere das Vermögen des Mandanten sich entwickelt hätten, wenn der Anwalt die Pflichtverletzung nicht begangen hätte. Demgegenüber obliegt dem Anwalt ein allfälliger Exkulpationsbeweis

BGer Urteil 4C.84/2001 vom 28. Juni 2001, E. 5a.

33. Bei Verkennung guter Erfolgchancen. Ein Anwalt verletzt seine Sorgfaltspflicht, wenn er seinen Mandanten in Verkennung der offensichtlich guten Erfolgchancen vom Weiterzug eines Urteils abhält. Der Mandant, der daraus Schadenersatzansprüche ableitet, hat zu beweisen, dass er im betreffenden Rechtsmittelverfahren obsiegt hätte.

4A_53/2008 (19.5.08), E. 2

34. Bei Fristversäumnis. Versäumt der Anwalt eine Klagefrist, haftet er dem Klienten für den daraus entstehenden Schaden nur soweit, als angenommen werden darf, dass die Klage, wäre sie fristgerecht erfolgt, gutgeheissen worden wäre

4C.231/2003 (26.11.03), E. 1

35. Bei unterlassener Rechtsvorkehr. Steht ein Schaden aufgrund einer sorgfaltswidrig unterlassenen gerichtlichen Geltendmachung von Ansprüchen und damit ein hypothetischer Kausalverlauf in Frage, ist der Kausalzusammenhang zwischen Sorgfaltspflichtverletzung und Schaden dann zu bejahen, wenn die unterlassene Rechtsvorkehr mit überwiegender Wahrscheinlichkeit zum Erfolg geführt hätte.

4C.225/2000 (8.3.01), E. 2a; 4C.256/2006 (12.10.06), E. 5.2-5.4.

Zürich/Hamburg, den 29. November 2008

Dr. Frédéric Krauskopf