

Daniel Hunkeler / Daniel Wuffli

## **Verjährungsunterbrechung durch «stille Betreibung»?**

### **Zur Frage der Verjährungsunterbrechung trotz Rückzug des Betreibungsbegehrens vor Ausfertigung des Zahlungsbefehls**

---

Vereinzelte Lehrmeinungen haben bei der Anwaltschaft kürzlich für Unsicherheit im Zusammenhang mit der Verjährungsunterbrechung gesorgt. Wird die Verjährungsfrist auch dann unterbrochen, wenn der Gläubiger die von ihm eingeleitete Betreibung wieder zurückzieht, bevor dem Schuldner ein Zahlungsbefehl zugestellt werden konnte (sog. «stille Betreibung»)? Die Autoren zeigen auf, dass bei den in der neueren Literatur vertretenen Auffassungen die bundesgerichtlichen Leitlinien zu wenig Beachtung gefunden haben.

---

Beitragsarten: Wissenschaftliche Beiträge

Rechtsgebiete: SchKG

Zitiervorschlag: Daniel Hunkeler / Daniel Wuffli, Verjährungsunterbrechung durch «stille Betreibung»? , in: Jusletter 11. September 2017

## Inhaltsübersicht

1. Einleitung
  - 1.1. Stille Betreuung
  - 1.2. Verjährungsfrist und Unterbrechung
  - 1.3. Aktuelle Lehrmeinungen
2. Leitlinien des Bundesgerichts
  - 2.1. Unterbrechung auch ohne Zustellung des Zahlungsbefehls
  - 2.2. Unterbrechung auch ohne Zugang zum (kostspieligen) Betreibungsverfahren
  - 2.3. Unterbrechung auch ohne Zutun einer Behörde und auch bei fehlender Kenntnisnahme des Schuldners
  - 2.4. Zwischenfazit
3. Würdigung
4. Exkurs: Schlichtungsbegehren und Klage
  - 4.1. Unterbruch trotz Rückzug des Schlichtungsgesuchs bzw. der Klage
  - 4.2. Unterbruch trotz Einreichung bei der unzuständigen Behörde/dem unzuständigen Gericht?
5. Schlussfolgerungen

### 1. Einleitung

#### 1.1. Stille Betreuung

[Rz 1] Der vorliegende Beitrag beschäftigt sich mit der Frage, unter welchen Voraussetzungen ein Gläubiger die Verjährung seiner Forderung durch Schuldbetreibung gegen den Schuldner i.S.v. Art. 135 Ziff. 2 des Obligationenrechts (OR; SR 220) unterbrechen kann und insbesondere, ob auch eine sog. «stille Betreuung», d.h. eine Betreuung, die vor der Ausstellung des Zahlungsbefehls durch das Betreibungsamt bereits wieder zurückgezogen wird, verjährungsunterbrechende Wirkungen hat.

[Rz 2] Viele Gläubiger bzw. Gläubigervertreter gingen bisher in Übereinstimmung mit der herrschenden Lehre und der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (vgl. dazu näher Rz. 12 ff.) davon aus, dass bereits die *Postaufgabe* des Betreibungsbegehrens verjährungsunterbrechende Wirkungen hat, ausser wenn ein seltener Fall eines nichtigen Betreibungsbegehrens vorliegt, dem ausnahmsweise (infolge Nichtigkeit) überhaupt keine Wirkungen zukommt. Selbst bei einem *Rückzug des Betreibungsbegehrens* durch den Gläubiger wird nach dieser Auffassung die Verjährung der in Betreuung gesetzten Forderung unterbrochen, ungeachtet davon, ob die Zustellung des Zahlungsbefehls erfolgt oder nicht.<sup>1</sup>

[Rz 3] Mit einer Betreuung, die vor Ausfertigung des Zahlungsbefehls zurückgezogen wird (sog. *stille Betreuung*), erfolgt zwar kein Eintrag in das Betreibungsregister. Allerdings wird die Betreuung im Betreibungsbuch vermerkt (vgl. Art. 8–10 der Verordnung über die im Betreibungs- und Konkursverfahren zu verwendenden Formulare und Register sowie die Rechnungsführung; VFRR; SR 281.31). Das Betreibungsbuch des Betreibungsamtes kann auch vom Schuldner (bzw. dem still Betrieben) eingesehen werden.<sup>2</sup> Insoweit handelt es sich nicht um eine absolut stille

---

<sup>1</sup> SABINE KOFMEL EHRENZELLER, in: Adrian Staehelin u.a. (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs I, Art. 1–158 SchKG, 2. Aufl. 2010, N. 48 zu Art. 67 SchKG; ROBERT K. DÄPPEN, in: Heinrich Honsell u.a. (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht, 6. Aufl. 2015, N. 6 zu Art. 135 OR; JOLANTA KREN KOSTKIEWICZ, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, 2. Aufl. 2014, Rz. 482.

<sup>2</sup> Vgl. Urteil des Bundesgerichts 5A\_334/2011 vom 14. November 2011 E. 4.

Betreibung. Allerdings wird der Schuldner vom Betreibungsamt nicht aktiv über die eingegangene (und bereits wieder zurückgezogene) Betreuung informiert. Die stille Betreuung ist in Art. 16 Abs. 4 der Gebührenverordnung zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (GebV SchKG; SR 281.35) ausdrücklich vorgesehen und kostet CHF 5.

## 1.2. Verjährungsfrist und Unterbrechung

[Rz 4] Das Gesetz sieht diverse Verjährungsfristen vor. Sinn und Zweck der Verjährung besteht darin, dass gewöhnliche Forderungen, die nicht geltend gemacht werden, nach einer gewissen Zeit nicht mehr durchgesetzt werden können. Die Verjährung sorgt für Rechtssicherheit und fördert den gesellschaftlichen Frieden. Ein Schuldner darf nicht zu lange im Ungewissen darüber gelassen werden, ob er für eine Forderung, die längere Zeit nicht geltend gemacht wurde, doch noch in Anspruch genommen wird. Die Verjährung ermöglicht klare Rechtsbeziehungen und spornt den Gläubiger an, seine Forderungen innert vernünftiger Frist geltend zu machen.<sup>3</sup>

[Rz 5] Das Institut der Verjährung hat sich seit jeher bewährt und erfüllt eine wichtige Funktion in unserem Rechtsstaat. Allerdings bringen in der Praxis insbesondere kurze Verjährungsfristen wie z.B. die einjährige Verjährungsfrist im Delikts- (Art. 60 OR) sowie Bereicherungsrecht (Art. 67 OR) oder die zweijährige Verjährungsfrist für paulianische Anfechtungsansprüche (Art. 292 des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs; SchKG; SR 281.1) oder für Mängelansprüche im Werkvertragsrecht (Art. 371 Abs. 1 OR) den Gläubiger oft in Zeitbedrängnis. Die (zu) kurzen Fristen zwingen den Gläubiger zu Unterbrechungshandlungen, um die Verjährung seines legitimen Anspruchs zu verhindern. Sofern der Schuldner, aus welchen Gründen auch immer, keine sog. Verjährungseinredeverzichtserklärung unterzeichnet hat, welche verjährungsunterbrechend wirkt,<sup>4</sup> ist der Gläubiger gefordert. Jedes Tätigwerden zur Verjährungsunterbrechung ist mit *Aufwand und Kosten* für den Gläubiger verbunden.

## 1.3. Aktuelle Lehrmeinungen

[Rz 6] In den letzten Monaten sind vier Aufsätze zum Thema der Verjährungsunterbrechung (auch) durch stille Betreuung aufgefallen: Sowohl URS LUSTENBERGER<sup>5</sup>, HANSJÖRG PETER<sup>6</sup>, ALFRED KOLLER<sup>7</sup> und PHILIPP KLAUS<sup>8</sup> haben sich mit der Unterbrechung der Verjährung befasst und dabei unisono den Standpunkt vertreten, dass ein Betreibungsbegehren, welches vom Gläubiger wieder zurückgezogen wird, die Verjährung nicht unterbrechen soll.<sup>9</sup> Auch wenn sich diese vier Autoren im Ergebnis einig sind, begründeten sie ihren jeweiligen Standpunkt unterschiedlich.

---

<sup>3</sup> Statt vieler: BGE 137 III 16 E. 2.1 mit Hinweisen.

<sup>4</sup> Zur Gültigkeit einer Verjährungseinredeverzichtserklärung vgl. BGE 132 III 226.

<sup>5</sup> URS LUSTENBERGER, Gültige Handlungen zur Unterbrechung der Verjährungsfristen sind dem Schuldner zur Kenntnis zu bringen, AJP 2016, S. 815–819.

<sup>6</sup> HANSJÖRG PETER, Das Betreibungsbegehren und sein gleichzeitiger Rückzug, BLSchK 2016, Heft 6, S. 212–214.

<sup>7</sup> ALFRED KOLLER, Unterbrechung der Verjährung, SJZ 113 (2017), S. 201–213.

<sup>8</sup> PHILIPP KLAUS, Verjährungsunterbrechung durch Betreuung mit gleichzeitigem Rückzug?, AJP 2017, S. 707–709.

<sup>9</sup> LUSTENBERGER (Fn. 5), S. 819; PETER (Fn. 6), S. 214; KOLLER (Fn. 7), S. 209.

[Rz 7] In chronologischer Hinsicht machte der Aufsatz von URS LUSTENBERGER den Anfang. Der Autor kritisierte die Praxis, wonach ein Gläubiger die Betreuung einleitet und gleichzeitig um den Rückzug derselben ersucht. Eine solche Praxis dürfe mit Blick auf den gesetzgeberischen Willen sowie Art. 2 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB; SR 210) nicht hingenommen werden. Die Zustellung des Zahlungsbefehls an den Schuldner zu dessen Kenntnisnahme gehöre zur korrekten und vollständigen Einleitung der Schuldbetreibung als Verfahrensakt, um damit die Unterbrechung der Verjährung gültig zu bewirken. Es könne nicht sein, dass der Gläubiger während Jahren den Verjährungseintritt verhindere, ohne dass der Schuldner davon Kenntnis erhalten habe. Es sei zu wünschen, dass das Bundesgericht schon bald Gelegenheit haben werde, seine Praxis zu verdeutlichen.<sup>10</sup> Der Autor begründete seine Auffassung vor allem mit dem seines Erachtens *schutzwürdigen Interesse des Schuldners* an der Kenntnisnahme der verjährungsunterbrechenden Handlung.<sup>11</sup>

[Rz 8] HANSJÖRG PETER anerkannte in einem kurzen Beitrag zwar ebenfalls den Grundsatz, dass die Verjährung bereits unterbrochen sei, wenn das Betreibungsbegehren bei der Post aufgegeben werde. Dies gelte selbst dann, wenn es nicht möglich sei, den Zahlungsbefehl sofort zuzustellen, etwa weil sich der Schuldner der Zustellung beharrlich entziehe. Relevant sei aber, dass der Gläubiger stets das vorkahre zur Zustellung des Zahlungsbefehls, was er machen konnte und musste. Der Gläubiger, der sein Betreibungsbegehren zurückziehe, bevor das Betreibungsamt den Zahlungsbefehl verfasst und dem Schuldner zugestellt habe, unterbreche die Verjährung nicht. Sein Tun zeige vielmehr, dass er keinen Zahlungsbefehl wolle. Wer sage «ich will – nein, ich will nicht», habe *keinen Handlungswillen*, keinen Willen zu betreiben und leite auch kein Verfahren für irgendein Recht ein. Somit könne er auch die Verjährung nicht unterbrechen.<sup>12</sup> Der Autor begründete seine Meinung, anders als Lustenberger, nicht mit der Schutzwürdigkeit des Schuldners, sondern in Anlehnung an den Rechtsmissbrauch: Wenn der Gläubiger eine Betreuung einleite, ohne damit direkt die Vollstreckung seiner Forderung zu beabsichtigen, soll dies nicht schützenswert sein.

[Rz 9] ALFRED KOLLER publizierte kürzlich eine äusserst übersichtliche und hilfreiche Auslegung über die Unterbrechung der Verjährung, in welcher diverse Aspekte vertieft thematisiert wurden. Der Autor vertrat unter anderem ebenfalls die Auffassung, dass die Verjährung nicht als unterbrochen gelte, wenn der Gläubiger das Betreibungsbegehren zurückziehe.<sup>13</sup> Er begründete dies mit einem Verweis auf die seines Erachtens zutreffenden Ausführungen von LUSTENBERGER. Dasselbe soll nach dem Autor auch für ein Schlichtungsgesuch oder eine Klage gelten, die vom Gläubiger wieder zurückgezogen werden.<sup>14</sup>

[Rz 10] Unlängst ist sodann PHILIPP KLAUS ebenfalls der Frage nachgegangen, ob eine Betreuung die Verjährung einer Forderung auch dann unterbreche, wenn der Gläubiger mit dem Betreibungsbegehren erkläre, dass er dieses sogleich zurückziehe. Der Autor begründete seine Meinung, anders als Lustenberger, nicht mit der Schutzwürdigkeit des Schuldners, sondern in Anlehnung an den Rechtsmissbrauch: Wenn der Gläubiger eine Betreuung einleite, ohne damit direkt die Vollstreckung seiner Forderung zu beabsichtigen, soll dies nicht schützenswert sein.

---

<sup>10</sup> LUSTENBERGER (Fn. 5), passim.

<sup>11</sup> LUSTENBERGER (Fn. 5), S. 818.

<sup>12</sup> PETER (Fn. 6), S. 213 f.

<sup>13</sup> KOLLER (Fn. 7), S. 209.

<sup>14</sup> KOLLER (Fn. 7), S. 206 sowie S. 208 f.

Der Autor ging ebenfalls davon aus, dass die Rechtsprechung nur vermeintlich klar sei<sup>15</sup> und betonte insbesondere, dass die Verjährung nur dann mit Sicherheit unterbrochen sei, wenn auf Zustellung des Zahlungsbefehls beharrt werde. Ein sofortiger Rückzug einer Betreibung, ohne dass gleichzeitig auch der Schuldner darüber informiert worden ist, erachtete Klaus als unzulässig. Auch wenn der Schuldner über die Betreibung und deren umgehenden Rückzug nachweislich in Kenntnis gesetzt wurde, hegte der Autor erhebliche Bedenken an der Zulässigkeit der Verjährungsunterbrechung, weil es wohl am erforderlichen Rechtsverfolgungswillen fehle.

[Rz 11] Die (zufällige) Häufung der letztthin publizierten Meinung, wonach eine stille Betreibung die Verjährung nicht unterbricht, dürfte bei einigen Praktikern für Skepsis und Verunsicherung gesorgt haben.

## 2. Leitlinien des Bundesgerichts

[Rz 12] Der fachliche Diskurs in der Lehre über praxisrelevante Themen ist sehr zu begrüßen und für die Rechtsfortbildung unabdingbar. Als anwaltlich tätiger Praktiker ist man gerade in heiklen Bereichen wie dem Fristen- und Verjährungsrecht aber auch auf Rechtssicherheit angewiesen. Ob eine Verjährungsfrist gültig unterbrochen worden ist, beurteilt sich letztlich anhand des Gesetzes und dessen Auslegung (auch) durch die Gerichte. Deshalb soll nachfolgend die bundesgerichtliche Rechtsprechung aus der Optik der Verjährungsunterbrechung durch stille Betreibung analysiert werden.

### 2.1. Unterbrechung auch ohne Zustellung des Zahlungsbefehls

[Rz 13] Das Bundesgericht hat bereits mehrfach ausgeführt, dass die Verjährung einer Forderung schon durch Postaufgabe eines Betreibungsbegehrens unterbrochen werde, selbst wenn die Zustellung des Zahlungsbefehls unterbleibe (Hervorhebungen hinzugefügt):

*«Nach ständiger Rechtsprechung und herrschender Lehre genügt zur Unterbrechung der Verjährung bereits die Einreichung des Betreibungsbegehrens (...). Das Betreibungsbegehren unterbricht die Verjährung selbst dann, wenn die Zustellung des Zahlungsbefehls unterbleibt (...).»<sup>16</sup>*

[Rz 14] Trotz dieser an sich klaren Aussage besteht in der Lehre noch Raum für Spekulationen. LUSTENBERGER geht davon aus, dass die heutige (grosszügige) Unterbrechungspraxis auf einem Missverständnis, nämlich einer Fehlinterpretation der Bundesgerichtsurteile, basiere. Die Bundesgerichtsentscheide drehten sich einerseits um die Frage, wodurch und wann die Wirkung der Unterbrechungshandlung eintrete, andererseits sei entschieden, dass die Unterbrechung auch dann eintrete, wenn der Zahlungsbefehl aus bestimmten (teilweise gesetzlichen) Gründen dem Schuldner nicht zugestellt werden könne. Es sei aber noch kein Entscheid ergangen, der sich konkret damit befasst habe, ob das Einreichen eines Betreibungsbegehrens mit gleichzeitiger Rückzugserklärung oder dem Ersuchen um Nicht-Zustellung des Zahlungsbefehls als gültige Unterbrechungshandlung des Gläubigers i.S.v. Art. 135 Abs. 2 OR zu qualifizieren sei.<sup>17</sup>

---

<sup>15</sup> KLAUS (Fn. 8), S. 706.

<sup>16</sup> Urteil des Bundesgerichts 5P.339/2000 vom 13. November 2000 E. 3c.

<sup>17</sup> LUSTENBERGER (Fn. 5), S. 817.

## 2.2. Unterbrechung auch ohne Zugang zum (kostspieligen) Betreibungsverfahren

[Rz 15] In einem Urteil aus dem Jahr 2000 hatte das Bundesgericht zu beurteilen, ob ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege auch für das Betreibungsverfahren begehrt werden kann. Die Einleitung der Betreibung war vorliegend kostspielig, weil der Zahlungsbefehl publiziert werden musste (sog. Ediktalzustellung) und sich die entsprechenden Kosten auf rund CHF 700 beliefen. Die eingeleitete Betreibung war mangels Aussicht auf pfändbares Vermögen nach Auffassung des Bundesgerichts aber aussichtslos, weshalb das Bundesgericht die vorinstanzliche Verweigerung der URP schützte. An der Aussichtslosigkeit änderte auch der Aspekt der Verjährungsunterbrechung nichts. Das Bundesgericht führte zu letzterem wörtlich aus (Hervorhebungen hinzugefügt):

*«Die Hinweise der Beschwerdeführerin auf verschiedene Nebenfolgen des Betreibungsverfahrens können an dieser Beurteilung nach dem Ausgeführten nichts ändern. Im Übrigen leuchten sie grösstenteils ohnehin nicht ein. Die Verjährung kann die Beschwerdeführerin schon durch die Postaufgabe eines Betreibungsbegehrens unterbrechen, das die Erfordernisse von Art. 67 SchKG erfüllt.»<sup>18</sup>*

[Rz 16] Das Bundesgericht verwehrte der Beschwerdeführerin im zitierten Entscheid Zugang zum Betreibungsverfahren und verweigerte die unentgeltliche Rechtspflege u.a. mit dem (zumindest sinngemäss ausgesprochenen) Argument, dass die Verjährung bereits durch die Postaufgabe eines Betreibungsbegehrens unterbrochen werden könne, so dass eine Zustellung des Zahlungsbefehls (in casu durch öffentliche Bekanntmachung) nicht mehr erforderlich sei. Damit hat das Bundesgericht u.E. aber auch implizit zum Ausdruck gebracht, dass die Postaufgabe des Betreibungsbegehrens für die Verjährungsunterbrechung genügend ist und nicht das weitere Betreibungsverfahren durchlaufen werden muss, was m.a.W. einen entsprechenden Rückzug des Gläubigers voraussetzt (ansonsten er automatisch zur Leistung eines Kostenvorschusses aufgefordert wird).

## 2.3. Unterbrechung auch ohne Zutun einer Behörde und auch bei fehlender Kenntnisnahme des Schuldners

[Rz 17] In BGE 114 II 261 hat das Bundesgericht entschieden, dass die Verjährung bereits durch Postaufgabe des Sühnebegehrens unterbrochen wird, was – unter Vorbehalt des Rechtsmissbrauchs – selbst dann gilt, wenn die Ladung zur Sühneverhandlung auf Gesuch des Ansprechers einstweilen unterbleibt. Im Wortlaut (Hervorhebungen hinzugefügt):<sup>19</sup>

*«Nach BGE 65 II 166 bezeichnet diese Wendung eine Handlung des Ansprechers, nämlich dessen Begehren um Abhaltung eines amtlichen Sühneversuchs, wobei die Verjährung bereits durch Postaufgabe des Begehrens unterbrochen wird. Das stimmt überein mit den übrigen in Ziff. 2 erwähnten Unterbrechungsgründen, die ebenfalls auf eine Handlung des Ansprechers abstellen und **kein Zutun der Behörde**, insbesondere **keine amtliche Mitteilung an den Schuldner erfordern**. Das eine wie das andere ist namentlich für die Klage (BGE 49 II 41 /42 mit Hinweisen) und das Betreibungsbegehren (BGE 101 II 80 /81, BGE 83 II 50 E. 5) längst klargestellt worden. Die Unterbrechung der Verjährung setzt daher weder voraus, dass der Schuldner vom Sühnebegehren Kenntnis erhält, noch kann etwas*

---

<sup>18</sup> Urteil des Bundesgerichts 5P.305/2000 vom 17. November 2000 E. 3b.

<sup>19</sup> BGE 114 II 261 E. a S. 262.

*darauf ankommen, ob innert angemessener Frist zur Sühneverhandlung vorgeladen wird oder ob die Ladung aus irgendwelchen Gründen einstweilen unterbleibt. Es bleibt vielmehr selbst dann bei der Unterbrechung, wenn der Ansprecher sein Begehren nachträglich zurückzieht.»*

[Rz 18] In diesem leading case bezog das Bundesgericht u.E. sehr deutlich Stellung. Auch wenn zu berücksichtigen ist, dass in diesem konkreten Fall der Schuldner um den Rückzug des Sühnebegehrens wusste,<sup>20</sup> ist die soeben zitierte Erwägung klar und unmissverständlich: Die Verjährung gilt generell auch dann als unterbrochen, wenn ein Sühnegesuch eingeleitet und nachträglich wieder zurückgezogen wird. Bemerkenswert ist die sehr weitgehende Haltung des Bundesgerichts, wonach die Unterbrechung der Verjährung weder von einer Kenntnisnahme des Schuldners von der Unterbrechung noch von irgendeinem Zutun der Behörde (insbesondere einer amtlichen Mitteilung an den Schuldner) abhängt.

[Rz 19] Die in BGE 114 II 261 begründete Rechtsprechung wurde mehrfach bestätigt, etwa durch ein Urteil aus dem Jahr 2009 (Hervorhebungen hinzugefügt):

*«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>21</sup>*

## 2.4. Zwischenfazit

[Rz 20] Das Bundesgericht hat demnach bereits entschieden, dass die Verjährung unterbrochen wird,

- auch wenn der Zahlungsbefehl nicht zugestellt wird;
- auch wenn das (kostspielige) Betreibungsverfahren nicht durchlaufen wird;
- auch ohne Zutun einer Behörde;
- auch ohne Kenntnisnahme des Schuldners von der Unterbrechungshandlung.

[Rz 21] Daraus ergibt sich u.E. eindeutig und zwingend, dass die Aufgabe eines Betreibungsbegehrens i.S.v. Art. 67 SchKG zur Verjährungsunterbrechung genügt, selbst wenn das Begehren vom Gläubiger wiederzurückgezogen wird und die Zustellung des Zahlungsbefehls an den Schuldner in der Folge unterbleibt (sog. stille Betreibung).

## 3. Würdigung

[Rz 22] Die eingangs zitierten Autoren (Rz. 6 ff. vorne) vertreten aus unterschiedlichen Gründen die Auffassung, dass ein Rückzug des Betreibungsbegehrens vor Zustellung des Zahlungsbefehls keine Unterbrechung der Verjährung bewirke. Auch wenn die hierfür vorgetragenen Hauptargumente (widersprüchliches Verhalten; Interesse des Schuldners an Kenntnis der Unterbrechung)

---

<sup>20</sup> Vgl. LUSTENBERGER (Fn. 5), Fn. 21.

<sup>21</sup> Urteil des Bundesgerichts 2C\_426/2008 vom 18. Februar 2009 E. 6.6.1.

durchaus nachvollziehbar sind, überwiegen u.E. die *Interessen des Gläubigers* an einer möglichst einfachen und kostengünstigen Unterbrechungsmöglichkeit.

[Rz 23] Entgegen der Auffassung von PETER (vgl. Rz. 8 vorne) und KLAUS (vgl. Rz. 10 vorne) ist dem Gläubiger u.E. bei der stillen Betreibung weder der *Betriebungswille noch der zur Unterbrechung der Verjährung erforderliche Rechtsverfolgungswille abzusprechen*. Beim Schlichtungsgesuch hat das Bundesgericht die von diesen beiden Autoren kritisierte Taktik «ich will – nein, ich will nicht» gerade als zulässig und verjährungsunterbrechend erachtet (Rz 12 ff. vorne). Im Betreibungsverfahren hat der Gesetzgeber diese Möglichkeit gar ausdrücklich vorgesehen (vgl. Art. 16 Abs. 4 GebV SchKG). Sodann besteht u.E. ein *legitimes Interesse des Gläubigers*, die Verjährung möglichst einfach und kostengünstig zu unterbrechen. Eine stille Betreibung bietet sich hierfür geradezu an. Gerade bei kurzen Verjährungsfristen ist es für den Gläubiger u.U. schlicht nicht möglich, vor Ablauf der Verjährungsfrist bereits konkret abzuschätzen, ob und in welchem Umfang er seinen Anspruch dereinst verfolgen wird. Wird ein Betreibungsbegehren eingereicht, besteht für ihn u.U. die Gefahr einer negativen Feststellungsklage.<sup>22</sup> Es ist dem Gläubiger nicht zuzumuten, die Zustellung des Zahlungsbefehls an den Schuldner abzuwarten und sich alsdann der Gefahr einer negativen Feststellungsklage ausgesetzt zu sehen.<sup>23</sup>

[Rz 24] Auch aus Sicht des Schuldners ist es von Vorteil, wenn das Betreibungsbegehren ohne Ausfertigung eines Zahlungsbefehls wieder zurückgezogen wird, weil so kein Eintrag im Betreibungsregister entsteht, sondern lediglich im Betreibungsbuch. Wenn ein Schuldner zwingend wissen will, ob die Verjährungsfrist unterbrochen worden ist oder nicht, kann er um Auskunft beim Betreibungsamt in das Betreibungsbuch ersuchen. Wir gehen aber mit LUSTENBERGER einig, dass der Schuldner grundsätzlich über die Verjährungsunterbrechung aktiv informiert werden sollte – nicht aus Gültigkeitsüberlegungen, sondern aus Respekt und Anstand gegenüber dem Schuldner und insbes. auch um sicherzustellen, dass der Schuldner später nicht geltend machen kann, er habe infolge fehlender Kenntnis des potentiellen Anspruchs seine relevanten Beweismittel vernichtet. Die Information des Schuldners kann mündlich oder schriftlich erfolgen, sollte aus Beweisgründen u.E. jedoch regelmässig mit einem eingeschriebenen Brief des Gläubigers erfolgen. Gestützt auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung (BGE 114 II 261, Rz. 17 ff. vorne) ist aber die Verjährung selbst dann unterbrochen, wenn der Schuldner von der Betreibung, dem Rückzug und der Verjährungsunterbrechung überhaupt keine Kenntnis erlangt hat.

[Rz 25] *De lege ferenda* erachten wir es übrigens gar als wünschenswert, dass die Betreibung gegenüber dem Schuldner schriftlich (bzw. durch Einschreibebrief) unterbrochen werden kann. Dies würde dem Gläubiger viel Aufwand und Kosten ersparen. Auch der Schuldner würde davon profitieren: Er hätte Kenntnis vom Verjährungsunterbruch, würde aber noch nicht negativ (durch einen Eintrag im Betreibungsregister o.ä.) belastet. Gegen eine möglichst einfache, klare und kostengünstige Unterbrechung der Verjährung sprechen u.E. keine stichhaltigen Argumente. Eine andere Frage ist dabei, aus welchen Gründen eine Verjährungsunterbrechung zugelassen werden soll bzw. ob ein (behaupteter) Gläubiger überhaupt mit der Geltendmachung seines Anspruchs über die gesetzliche Verjährungsfrist hinaus zugelassen werden soll.

---

<sup>22</sup> Vgl. auch BGE 141 III 68 und dazu DANIEL HUNKELER/STEFAN WIRZ, Erhöhter Schutz gegen ungerechtfertigte Betreibungen, in: Jusletter 16. Februar 2015.

<sup>23</sup> Wobei dieses Risiko insofern zu relativieren ist, als der Gläubiger die Betreibung jederzeit zurückziehen könnte und das erleichterte Feststellungsinteresse des Schuldners entfallen würde, vgl. BGE 141 III 68 E. 2.7.



[Rz 26] Bei der Revision des Verjährungsrechts wurde aber leider entschieden, dass auch in Zukunft rein private Schritte (wie z.B. ein eingeschriebener Mahnbrief) nicht zu einer Verjährungsunterbrechung führen sollen. Begründet wurde dies damit, dass die Mittel des geltenden Rechts zur Unterbrechung der Verjährung in der Praxis angeblich grosszügig ausgelegt würden (sic!) und genügend zahlreich vorhanden seien. Es sei gerechtfertigt, dass die Unterbrechung der Verjährung an einen gewissen Formalismus gebunden sei.<sup>24</sup> Weshalb ein Formalismus, der immer auch mit Kosten einhergeht, gerechtfertigt sein soll, erschliesst sich uns nicht.

#### 4. Exkurs: Schlichtungsbegehren und Klage

##### 4.1. Unterbruch trotz Rückzug des Schlichtungsgesuchs bzw. der Klage

[Rz 27] Das soeben für den Rückzug des Betreibungsbegehrens Ausgeführte gilt u.E. auch für den Rückzug eines Schlichtungsbegehrens sowie den Rückzug einer Klage. Dass der Rückzug eines Schlichtungsgesuchs vor der Zustellung an den Gesuchsgegner die Unterbrechung der Verjährung nicht entgegensteht, hat das Bundesgericht im bereits zitierten BGE 114 II 261 ausdrücklich entschieden.<sup>25</sup>

[Rz 28] Ist für eine Streitigkeit das Handelsgericht zuständig, ist es u.E. zulässig, die *Klage beim Handelsgericht* einzureichen und sogleich wieder zurückzuziehen. Das Handelsgericht des Kantons Zürich hat in einem Entscheid von August 2016 klargestellt, dass es einzig in der Verantwortung der klägerischen Partei liege, den Rückzug der Klage rechtzeitig zu erklären. Ein Gesuch um Zuwarten mit der Zustellung der Klage an die Beklagte sei weder bindend noch vermöge es, nach Zustellung der Klageschrift, den Beginn der Fortführungslast zu verhindern. Zu beachten ist deshalb in der Praxis, dass nicht zu lange mit dem Rückzugsbegehren zugewartet wird, ansonsten u.U. ungewollt bereits Fortführungslast eintritt und durch den zu späten Klagerückzug eine *res iudicata* geschaffen.<sup>26</sup> Nicht zu beurteilen hatte das Handelsgericht im zitierten Entscheid, ob mit einer solchen (meist rudimentären) Klage die Verjährung rechtzeitig unterbrochen wird. Sofern die wieder zurückgezogene Klage nicht geradezu rechtsmissbräuchlich ist, sollte ihr aber u.E. gestützt auf die zitierte bundesgerichtliche Rechtsprechung ohne Weiteres Unterbrechungswirkung zukommen. Wollte man die von den vier zitierten Autoren für die Betreibung vertretene Ansicht auf die Frage der Verjährungsunterbrechung durch Klageeinreichung übertragen, müsste dies zum Ergebnis führen, dass im Bereich der handelsgerichtlichen Zuständigkeit dem Rückzug der Klage vor deren Zustellung an die Gegenpartei keine verjährungsunterbrechende Wirkung i.S.v. Art. 135 Ziff. 2 OR zukommen würde. Der Gläubiger (und Kläger) müsste also die Klage an die Gegenpartei zustellen lassen und könnte sie somit gar nicht mehr ohne Rechtsverlust zurückziehen. Dies ist aber deutlich zu streng und kann u.E. nicht richtig sein.

---

<sup>24</sup> Bericht zum Vorentwurf der Revision des Verjährungsrechts, S. 30, abrufbar unter: <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/wirtschaft/gesetzgebung/verjaehrungsfristen/vn-ber-d.pdf>, Website zuletzt besucht am 11. Mai 2016.

<sup>25</sup> Zustimmend DÄPPEN (Fn. 1), N. 6c zu Art. 135 OR.

<sup>26</sup> Vgl. ZR 115/2016, S. 176.

## 4.2. Unterbruch trotz Einreichung bei der unzuständigen Behörde/dem unzuständigen Gericht?

[Rz 29] Die Zuständigkeitsregeln sind teilweise komplex, so dass es durchaus vorkommen kann, dass der Gläubiger sein Schlichtungsgesuch oder seine Klage bei einem unzuständigen Gericht einreicht. Wurde ein *örtlich unzuständiges Gericht* angerufen, stellen sich solange keine Probleme, als sich der Beklagte auf die Sache einlässt (und auch einlassen darf, mithin kein zwingender Gerichtsstand vorliegt). Ergeht hingegen ein Nichteintretensentscheid, wurde die Verjährung nur dann bereits im Zeitpunkt der ersten Einreichung der Klage beim unzuständigen Gericht unterbrochen, wenn die Klage bzw. das Gesuch innert eines Monats seit dem Nichteintretensentscheid beim zuständigen Gericht bzw. der zuständigen Behörde neu eingereicht wird (Art. 63 Abs. 1 der Zivilprozessordnung; ZPO; SR 272).<sup>27</sup>

[Rz 30] Das Bundesgericht hat Art. 63 ZPO ausdrücklich auch auf Konstellationen mit *sachlicher oder funktioneller Unzuständigkeit* ausgeweitet (Hervorhebungen hinzugefügt):

«Wird eine Eingabe, auf die **mangels örtlicher oder sachlicher Zuständigkeit** nicht eingetreten wurde, innert eines Monats seit dem Nichteintretensentscheid beim zuständigen Gericht neu eingereicht, so gilt als Zeitpunkt der Rechtshängigkeit das Datum der ersten Einreichung (...).»<sup>28</sup>

[Rz 31] In der Praxis kann Art. 63 ZPO ein wichtiger Rettungsanker für Gläubiger sein, zumal die Rückdatierung der Rechtshängigkeit i.S.v. Art. 63 Abs. 1 ZPO nicht nur bei fehlender örtlicher, sondern auch bei fehlender sachlicher oder funktioneller Zuständigkeit greift. Allerdings sollte davon u.E. nicht zu exzessiv oder gar mutwillig Gebrauch gemacht werden. Es ist zwar höchstrichterlich entschieden, dass eine rechtzeitige *Heilung des sachlichen Zuständigkeitsmangels* i.S.v. Art. 63 ZPO dazu führt, dass die Verjährung bereits mit Einreichung des Schlichtungsbegehrens als unterbrochen gilt.<sup>29</sup> Wer also ein Schlichtungsgesuch einreicht, die Klagebewilligung erhält und danach die Klage vor dem Bezirksgericht wieder zurückzieht und innert Monatsfrist beim Handelsgericht einreicht, hat die Verjährung – Art. 63 ZPO sei dank – bereits mit der Einreichung des Schlichtungsgesuchs unterbrochen (obwohl die ordentlichen Gerichte gar nie zuständig waren). Gelangt der Kläger aber z.B. mit der Klagebewilligung direkt an das Handelsgericht (ohne den Umweg über das Bezirksgericht zu machen wie beim zitierten Bundesgerichtsentscheid)<sup>30</sup>, ist die Beurteilung, ob die Einreichung des Schlichtungsgesuchs die Verjährung ebenfalls unterbrochen hätte, heikler.<sup>31</sup> Dies ist mit Blick auf die grosszügige bundesgerichtliche Auslegung von Art. 63 ZPO zwar naheliegend, jedoch nicht sicher. Sodann besteht das Problem, dass beim Handelsgericht zwingend die ursprüngliche Rechtsschrift im Original einzureichen ist, mithin das Schlichtungsgesuch.<sup>32</sup> Damit wurde die erste Rechtsschrift bereits vertan, so dass der Gläubiger sämtliche Substantiiierungen in der Replik vornehmen muss. Wird das Ganze sodann auf die Spitze getrieben und das gestützt auf Art. 63 ZPO beim Handelsgericht eingereichte Schlichtungsgesuch gleichentags wieder zurückgezogen (vor der Zustellung an die Gegenseite), so dürfte der

---

<sup>27</sup> KOLLER (Fn. 7), S. 206 (für das Gesuch bei der unzuständigen Schlichtungsbehörde) sowie S. 208 (für die Klage beim unzuständigen Gericht).

<sup>28</sup> BGE 138 III 471 E. 6.

<sup>29</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_592/2013 vom 4. März 2014.

<sup>30</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_592/2013 vom 4. März 2014.

<sup>31</sup> Bejahend KOLLER (Fn. 7), S. 206, verneinend hingegen MEINRAD VETTER, *Unterbricht das Schlichtungsgesuch bei Ansprüchen mit handelsgerichtlicher Zuständigkeit die Verjährung?*, in: Jusletter 2. Juni 2014, Rz. 7–10.

<sup>32</sup> BGE 141 III 481 E. 3.2.4 S. 487.

Gläubiger das Verständnis des Bundesgerichts für das Bedürfnis nach möglichst einfacher Verjährungsunterbrechung allenfalls überstrapaziert haben. Auch wenn die einzelnen «Kunstgriffe» des Gläubigers (Art. 63 ZPO sowie Rückzug der Klage) zulässig sein mögen und keinen Einfluss auf die Verjährungsunterbrechung haben, könnten sie als in der Summe rechtsmissbräuchlich betrachtet werden – gerade bei anwaltlich vertretenen und damit rechtskundigen Parteien.

## 5. Schlussfolgerungen

[Rz 32] Eine stille Betreibung unterbricht u.E. grundsätzlich die Verjährung, ungeachtet dessen, ob der Schuldner von der Betreibung Kenntnis erhält oder nicht. Die in den letzten Monaten kolportierten Lehrmeinungen, wonach eine stille Betreibung die Verjährung nicht unterbreche, berücksichtigen u.E. die vom Bundesgericht bereits eingeschlagenen Leitlinien zu wenig. Gestützt auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung ist u.E. gegenteils davon auszugehen, dass auch eine stille Betreibung die Verjährung unterbricht. Es kann jedoch freilich nicht ausgeschlossen werden, dass die Gerichte und insbes. das Bundesgericht inskünftig im Sinne einer Praxisänderung anders entscheiden werden.

[Rz 33] Am sichersten und einfachsten kann die Verjährung in vielen Fällen mittels Einholung eines Verjährungseinredevverzichts beim Schuldner unterbrochen werden. Ist solches nicht möglich, z.B. weil sich der Schuldner weigert oder weil die Zeit drängt, oder aus anderen Gründen nicht angezeigt, soll der Schuldner betrieben werden (oder ggfls. ein Schlichtungsgesuch oder eine Klage gegen den Schuldner eingereicht und wieder zurückgezogen werden). Wenn die Betreibung nach der Ausstellung des Zahlungsbefehls wieder zurückgezogen wird, bleibt die verjährungsunterbrechende Wirkung des Zahlungsbefehls grundsätzlich bestehen. Eine Betreibung mit anschliessendem Rückzug ist somit die sicherere Variante als eine stille Betreibung.

[Rz 34] Wenn der Schuldner nachträglich die Verjährungseinredevverzichtserklärung (auf den Zeitpunkt der Einleitung der Betreibung hin) abgibt, kann die Betreibung wieder zurückgezogen werden<sup>33</sup>, womit der Schuldner nicht mehr von den erleichterten Anforderungen an das Feststellungsinteresse bei der negativen Feststellungsklage profitiert<sup>34</sup> und sich der Gläubiger gar auf zwei verjährungsunterbrechende Vorgänge abstützen kann (zurückgezogene Betreibung und Verjährungseinredevverzichtserklärung).

[Rz 35] Eine stille Betreibung sollte demgegenüber u.E. ultima ratio bleiben, etwa in Fällen, in denen ein Gläubiger aus Kostengründen oder aus taktischen Überlegungen auf eine Aus- und Zustellung des Zahlungsbefehls (und den anschliessenden Rückzug der Betreibung) verzichten will. Diesfalls raten wir jedoch dazu, dass der Gläubiger dem Schuldner (mit einem separaten Schreiben und soweit nicht taktische Gründe dagegen sprechen) immerhin *anzeigt*, dass eine stille Betreibung gegen ihn zwecks Verjährungsunterbrechung angehoben wurde. Der Schuldner *erfährt* dadurch von der *Unterbrechungshandlung*, und es erwächst ihm aus der Nichtzustellung des Zahlungsbefehls u.E. keinerlei Rechtsnachteil, weshalb er der anderweitigen Unterbrechung der

---

<sup>33</sup> Vgl. in diesem Zusammenhang auch Urteil des Bundesgerichts 2C\_1060/2016 vom 13. Juni 2017 und dazu BALTHASAR BESSENICH, in: jusfocus 8/2017, S. 30, wonach ein Anwalt gegen seine Berufspflichten verstossen kann, wenn er eine zwecks Verjährungsunterbrechung angehobene Betreibung gegen seinen ehemaligen Klienten für ausstehende Honorarforderungen nicht zurückzieht, obwohl der ehemalige Klient nach eingeleiteter Betreibung eine Verjährungseinredevverzichtserklärung abgegeben hat.

<sup>34</sup> Vgl. BGE 141 III 68 sowie HUNKELER/WIRZ (Fn. 22), S. 10.

Verjährung (insbes. durch Schuldbetreibung mit Aus- bzw. Zustellung des Zahlungsbefehls) u.E. kein schutzwürdiges Interesse entgegenzusetzen vermag.

[Rz 36] Wenn immer möglich, soll es ein Gläubiger demgegenüber vermeiden, dass ein Schuldner überhaupt *keine Kenntnis* von der Verjährungsunterbrechung erhält. Es besteht die Gefahr, dass der Schuldner nach Ablauf der Verjährungsfrist auf die ihm zustehende (vermeintliche) Verjährungseinrede vertraut und ggf. Beweismittel entsorgt. Gestützt auf die vom Bundesgericht eingeschlagenen Leitplanken ist aber auch eine solche Verjährungsunterbrechung zulässig, und zwar u.E. mittels Schuldbetreibung, Schlichtungsgesuch oder (wo gesetzlich vorgesehen) Klage beim zuständigen Gericht.

[Rz 37] Einige Stolpersteine und heikle Abgrenzungsfragen bestehen schliesslich dann, wenn ein Schlichtungsgesuch oder eine Klage bei der unzuständigen Behörde bzw. dem unzuständigen Gericht eingereicht wird. Meist ermöglicht zwar Art. 63 ZPO dem Gläubiger eine Heilung des Zuständigkeitsmangels (und damit eine Aufrechterhaltung des ersten Zeitpunkts der Verjährungsunterbrechung). Es ist aber dem Gläubiger davon abzuraten, sich zu stark auf Art. 63 ZPO zu verlassen und in geradezu rechtsmissbräuchlicher Art und Weise äusserst rudimentäre Rechtsschriften am falschen Gericht einzureichen.

---

Dr. iur. DANIEL HUNKELER, Rechtsanwalt, LL.M. und Partner bei Baur Hürlimann AG, Zürich.

Dr. iur. DANIEL WUFFLI, Rechtsanwalt bei Baur Hürlimann AG, Zürich und Ersatzrichter am Obergericht des Kantons Aargau.