

IPRG 117, auf ein Darlehen anwendbares Recht. Je nach den Umständen kann die Regel-Anknüpfung (gewöhnlicher Aufenthalt des Darleihers) nicht sachgerecht sein (Erw. 2);

OR 127, 130, 318, Verjährung des Darlehens. Die Rückzahlung des unbefristeten Darlehens verjährt in zehn Jahren und sechs Wochen ab Hingabe (Erw. 3);

ZGB 8, Verjährung. Der Schuldner muss die Tatsachen beweisen, auf welche er die Einrede der Verjährung gründet (Erw. 3).

Sachverhalt:

Zu einem unter den Parteien streitigen Zeitpunkt hielt sich der in Ägypten wohnhafte Kläger mit seiner Familie in der Schweiz auf. Der Beklagte, welcher damals in Zürich für einen Limousinen-Service arbeitete, stand ihm als Chauffeur zur Verfügung. Der Kläger übergab dem Beklagten US \$ 15'000, wobei die konkreten Abmachungen dazu wiederum streitig sind. Nach der Darstellung des Klägers soll die Summe als Darlehen gegeben worden sein.

Aus den Erwägungen:

"2. Streitig ist das auf das Rechtsverhältnis der Parteien anwendbare Recht. Sind die US \$ 15'000 (entsprechend der Darstellung des Klägers) als Darlehen gegeben worden, besteht die charakteristische Leistung nach der gesetzlichen Vermutung in der Leistung des Klägers als Geldgeber (Art. 117 Abs. 2 lit. b IPRG). Der Wohnsitz (in der Sprache des IPR: der gewöhnliche Aufenthalt) des Klägers führte zur Anwendung ägyptischen Rechts. Der Einzelrichter hat allerdings gefunden, das würde den konkreten Verhältnissen nicht gerecht. Der Vertrag sei in der Schweiz abgeschlossen und erfüllt worden, und Zweck des (behaupteten) Darlehens wäre es gewesen, dass der Beklagte ein Auto kaufen konnte, um sich als Chauffeur selbständig zu machen; jedenfalls sei dem Kläger klar gewesen, dass der Beklagte das Geld so einsetzen wollte.

Der Kläger lässt das in der Berufung nicht gelten. Die Regel-Anknüpfung an das Recht am gewöhnlichen Aufenthalt des Darleihers sei auf diesen Fall gerade-

zu massgeschneidert. Auf die Kapitalnutzung komme es nicht an, und er habe sich nicht darum gekümmert, wofür der Beklagte das Geld verwenden wolle. Abschluss- und Erfüllungsort seien im IPR irrelevant. Er, der Kläger, hätte einem Schweizer kein Geld geliehen; es sei ein Geschäft unter Arabern abgeschlossen worden, und es seien ja auch keine Franken, sondern US-Dollars übergeben worden. Endlich hätte der Kläger den Darlehensvertrag gemäss Absprache mit dem Beklagten an irgend einem Ort um eine Bestimmung zur Rückzahlung ergänzen können.

Dass sich der Kläger um die Verwendung des Geldes nicht gekümmert habe, ist in der Berufung neu und daher unzulässig (§ 267 Abs. 1 ZPO). In erster Instanz hatte er gegenteils ausdrücklich erklärt, der Beklagte habe ihm von seiner Absicht erzählt, eine Limousine zu kaufen. Er habe sich spontan entschlossen, dem Beklagten US \$ 15'000 zur Etablierung von dessen Vorhaben bzw. zum Kauf der Limousine zu geben. In der Regel spielt der Verwendungszweck eines Darlehens zwar keine Rolle für die internationalrechtliche Anknüpfung (immerhin mit Ausnahme von Art. 120 IPRG: dazu sogleich). Ein Element einer Gesamtbeurteilung kann es aber durchaus sein. Es ist auch zutreffend, dass Abschluss- und Erfüllungsort in Art. 117 IPRG nicht erwähnt werden. Ganz unerheblich sind sie allerdings im IPR nicht. So wird beim Konsumentenvertrag sogar entscheidend darauf abgestellt (Art. 120 IPRG). Die hier zu diskutierende Darlehensgewährung vom "sehr wohlhabenden Geschäftsmann" (so er selbst: act. 2 S. 3) an den Chauffeur, welcher ihm während der Ferien zur Verfügung stand, und der nicht genügend Geld oder Kredit hatte, um ein eigenes Auto zu kaufen, liegt mindestens nahe an einem Konsumentenvertrag, auch wenn es letztlich um eine gewerbliche Verwendung des Geldes ging, was die direkte Anwendung von Art. 120 IPRG ausschliesst. Kaufverträge über bewegliche Sachen werden wohl in der Regel an das Recht des Verkäufers angeknüpft (Art. 118 IPRG; Haager Übereinkommen vom 15. Juni 1955 [HÜ] Art. 3 Abs. 1, 1. Satz). Dabei gibt es aber wesentliche Ausnahmen: wird die Bestellung von einer Geschäftsniederlassung des Verkäufers entgegengenommen, ist der Ort dieser Niederlassung massgebend (Art. 3 Abs. 1, 2. Satz HÜ), und wenn der Verkäufer die Bestellung selber oder durch einen Vertreter im Land des Käufers entgegen genommen hat, ist dessen

Recht anwendbar (Art. 3 Abs. 2 HÜ). Die Währung des übergebenen Geldes spricht nicht direkt für die Anwendung schweizerischen Rechtes, gibt aber auch keinen Bezug zu Ägypten her. Es mag sein, dass der Kläger einem Schweizer kein Geld gegeben hätte. Der heute in der Schweiz eingebürgerte Beklagte war damals aber auch nicht Ägypter, sondern Marokkaner; auch hier weist seine Staatsangehörigkeit zwar nicht direkt in die Schweiz, aber auch nicht nach Ägypten. Entgegen der Auffassung des Klägers spricht somit Vieles für eine Anknüpfung an das Recht des gewöhnlichen Aufenthaltes des Beklagten. Die Kontakte der Parteien spielten sich nur in der Schweiz ab, der Vertrag wurde hier geschlossen (analog dem Fall von Art. 3 Abs. 2 HÜ), und es ging nicht um eine Leistung, welche der in Ägypten wohnende Kläger erbringen würde, sondern die Leistung -die Übergabe des Geldes- wurde sofort und in der Schweiz vollzogen. Der US-Dollar ist eine internationale Währung und stellt keinen Bezug zur Heimat des Klägers her. Das Geld sollte einer Verwendung in der Schweiz dienen. Unter diesen Umständen tritt die gemeinsame Herkunft der Parteien aus Nordafrika und die arabische Sprache der erstellten Quittung ebenso in den Hintergrund wie die Möglichkeit des Klägers, die Quittung jederzeit und an irgend einem Ort um Bestimmungen zur Rückzahlung des Geldes zu ergänzen. Alles in allem ging es bei einer objektivierten Betrachtung praktisch um einen Inlandsfall. Zudem hat das Geschäft eine gewisse Nähe zum Konsumentenvertrag. Die Anwendung schweizerischen Rechtes für den Fall, dass die Parteien ein Darlehen vereinbart haben, ist daher entgegen der subsidiären Regel von Art. 117 Abs. 2 lit. b IPRG sachgerecht und geboten.

3. Der Beklagte hält der Klage die Einrede der Verjährung entgegen. (...) Die Praxis und die herrschende Meinung gehen gestützt auf Art. 127, 130 und 318 OR davon aus, die Rückforderung eines unbefristeten Darlehens verjähre innert zehn Jahren und sechs Wochen nach Übergabe des Geldes. Die vereinzelte Meinung im Basler Kommentar Maurenbrecher (3. Aufl. 2003, N. 28 zu Art. 318 OR, mit Hinweis auf die Dissertation des Autors, das verzinsliche Darlehen im schweizerischen Recht, Bern 1995, S. 260 ff.) lehnt das ab: es sei namentlich unbillig, ein Privatdarlehen verjähren zu lassen, wenn der Darleiher aus Rücksicht auf den Schuldner verjährungsunterbrechende Handlungen unterlasse. In der

Praxis dürfte die Verjährung in fast allen Fällen an Art. 135 Ziff. 1 zweiter Satzteil OR scheitern, weil der Schuldner Zinsen zahlt. Ist das Darlehen unverzinslich oder verzichtet der Darleiher auf das Einfordern der Zinsen, ist es nicht unzumutbar, dass er sich wenigstens einmal in zehn Jahren den Bestand des Darlehens bestätigen lässt (Art. 135 Ziff. 1 erster Satzteil OR). Umgekehrt ist es allgemein üblich, Belege während (nur) zehn Jahren aufzubewahren, wie es das Gesetz beim Kaufmann verlangt, aber auch genügen lässt (Art. 962 Abs. 1 OR). Die Verjährung mangels Kündigung auf unbestimmte Zeit hinauszuschieben, müsste den Borger in Beweisnot bringen. Maurenbrecher schlägt vor, diesfalls die "glaubhafte Versicherung" der Rückzahlung genügen zu lassen (a.a.O.). Das ist aber wenig praktikabel und deckt den Mangel seiner Konzeption auf. Es ist daher an der gängigen Auffassung festzuhalten.

(...) Es ist also wesentlich und streitig, ob der Beklagte die US \$ 15'000 am 5. Januar 1993 oder früher erhalten hat, oder aber am 6. Januar 1993 oder später. Darüber muss Beweis erhoben werden (§ 133 ZPO).

Wer die Beweislast trägt, wenn die Verjährung streitig ist, lässt sich aus Art. 8 ZGB nicht direkt entnehmen. Klar ist, dass die Verjährung als Rechtsfigur nicht bewiesen werden kann, dass es vielmehr um die Tatsachen geht, welche den entsprechenden Bestimmungen zugrunde liegen. Im verwandten Bereich der Verwirkung (welche von Amtes wegen zu beachten ist) scheint Einigkeit darüber zu bestehen, dass der Kläger die Nicht-Verwirkung als Fundament seines Anspruches beweisen muss. Das Gericht darf die Frage der Verjährung nicht von sich aus aufwerfen (Art. 142 OR; die Meinung von Berti, Zürcher Kommentar N. 19 f. zu Art. 142 OR ist vereinzelt geblieben). Nach der gängigen Einteilung der Tatsachen in rechtsbegründende resp. -hemmende oder -aufhebende (Basler Kommentar Schmid, 2. Aufl. 2002, N. 42 ff. zu Art. 8 ZGB) liegt es nahe, die Beweislast dem Beklagten zuzuschieben. Mit allgemeinen Regeln muss man allerdings vorsichtig sein; sie führen nicht immer zum richtigen Resultat. Gerade die Verjährung hebt zwar wohl den Anspruch des Klägers auf, doch beruht sie nicht wie Tilgung, Stundung oder Erlass auf einem eigenen, späteren Sachverhalt, sondern sie ist mit dem Entstehen der Forderung (oder jedenfalls mit deren Fäl-

ligkeit) selber untrennbar verknüpft. Es wäre daher mindestens vertretbar, zu argumentieren, der Zeitpunkt des Entstehens der Forderung resp. der Eintritt der Fälligkeit gehöre zum Fundament der Klage und sei daher als rechtserzeugend vom Kläger zu beweisen.

Ein Gewohnheitsrecht zu dieser Frage existiert nicht. Es ist daher nach "bewährter Lehre" zu fragen (Art. 1 Abs. 2 und 3 ZGB). Becker (Berner Kommentar, N. 6 zu Art. 127 und N. 10 zu Art. 134 OR) weist die Beweislast für "die positiven Voraussetzung der Verjährung, Fälligkeit und Fristablauf", dem Schuldner zu, für Hemmung und Unterbrechung dem Gläubiger. Kummer (Berner Kommentar, N. 312 zu Art. 8 ZGB) trennt dezidiert zwischen Verwirkung (deren Nicht-Eintritt er den Kläger beweisen lässt) und der Verjährung (wofür er den Beklagten beweispflichtig erklärt): "die Verjährung ist ein Gegenrecht, vom Schuldner ausdrücklich geltend zu machen und von ihm daher auch in den Voraussetzungen zu beweisen". Spiro (Die Begrenzung privater Rechte..., Bd. I §§ 350 ff.) verwirft die gängigen Einteilungen nach Grund- und Gegennorm oder nach Rechtsbegründung und Einrede, indem er nachweist, dass diese Einteilungen logisch nicht immer zwingend sind. Er bürdet die Beweislast der Seite auf, für welche sie unter den gegebenen Umständen weniger hart ist. Immerhin erklärt er, "dass wohl niemand dem Schuldner zumutet, alle Voraussetzungen der Verjährung darzutun". Berti (Zürcher Kommentar, N. 21 ff. zu Art. 142 OR) hält unter Hinweis auf Spiro den Gläubiger beweispflichtig dafür, dass seine Forderung nicht verjährt ist; insbesondere müsse er auf Einrede hin substantiiert behaupten und allenfalls beweisen, dass die Forderung kürzere Zeit als die Dauer der anwendbaren Frist vor der massgebenden Unterbrechungshandlung zu verjähren begonnen habe. Der aktuelle Basler Kommentar (Schmid zu Art. 8 ZGB, Däppen zu Art. 127 und 142 OR) äussert sich zur Frage nicht. Maurenbrecher (a.a.O.) differenziert wie dargestellt danach, ob der Schuldner die Rückzahlung glaubhaft machen kann. Eine eindeutige Mehrheitsmeinung ist unter den schweizerischen Autoritäten damit nicht zu erkennen.

In Deutschland wurde das Problem von Rosenberg grundlegend bearbeitet (Die Beweislast, 3. Aufl. 1952). Er geht vom Prinzip aus, dass eine Partei die Vor-

aussetzungen einer für sie günstigen Norm beweisen muss, und er schliesst die bekannte Einteilung in die rechtsbegründenden Tatsachen resp. "Gegennormen" an, wozu er namentlich die Verjährung zählt (S. 98 ff., besonders 101 f.). Zwar sei der Zeitpunkt einer rechtsbegründenden Handlung zweifellos Teil des Klagefundamentes. Niemand würde aber Beweis darüber erheben, wenn der Beklagte nur diesen Zeitpunkt, nicht aber die Handlung an sich bestreiten wollte. Werde er erheblich, etwa wegen der Einrede der Verjährung, müsse ihn der Beklagte beweisen (S. 163 und 377, unter Hinweis auf entsprechende Entscheide). Die Auffassung von Rosenberg scheint in Deutschland herrschend geworden zu sein: die Literatur sowohl zum materiellen als auch zum Prozessrecht geht ohne nähere Begründung davon aus (so z.B. Soergel, BGB 11. Aufl., N. 21 vor § 194 BGB, und Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, Zivilprozessordnung 62. Aufl., N. 205 nach § 286 ZPO, unter Hinweis auf einen neueren Entscheid des BGH).

Bei einem unbefangenen Verständnis der Wendung, wer aus der Verjährung 'ein Recht ableitet' (Art. 8 ZGB), liegt es näher, die Beweislast dem Beklagten aufzubürden."

Obergericht, II. Zivilkammer
Urteil vom 15. März 2005
NE040011