

<b>§ 29 Haft- und Reuegeld sowie andere Formen des Handgeldes (OR 158)</b>	<b>515</b>
I. Fragestellungen	515
II. Haftgeld und Reuegeld	515
1. Vermutung für «Haftgeld» und gegen Reuegeld (OR 158/I)	515
2. Rechtslage bei Zahlung von «Bekräftigungsgeld» («Haftgeld»; OR 158/II)	516
3. Rechtslage bei Reuegeld-Vereinbarung	517
III. Sicherung eines künftigen Vertragsschlusses	519

## § 29 Haft- und Reugeld sowie andere Formen des Handgeldes (OR 158)

### Literatur

TH. BÜHLER, Haft- und Reugeld sowie Konventionalstrafe im alten und im geltenden Obligationenrecht. In: Hundert Jahre Schweizerisches Obligationenrecht, Freiburg/CH 1982, p. 143-178; H. KADUK, in Staudingers Komm. zum BGB, §§ 336-338, 12. A. Berlin 1985 sowie unten Anm. 1.

### I. Fragestellungen

Der Fall ist nicht selten, dass eine Partei bei Vertragsschluss eine Sach- oder Geldleistung erbringt, die ihrerseits noch nicht Vertragserfüllung darstellt. Dies beruht möglicherweise auf lokaler oder in einzelnen Geschäftsbereichen (Viehhandel?) eingebürgerter Übung, die auf uralte Überlieferung zurückgehen mag<sup>1</sup>. Der Gesetzgeber stellt in OR 158 einige Vermutungen hinsichtlich der rechtlichen Bedeutung dieser (im Falle von Geldzahlung oft als «Handgeld» bezeichneten) Leistung auf.

Es sind vor allem folgende Fragen zu entscheiden: Soll die Leistung (als «Haftgeld» in der Terminologie des Gesetzes) lediglich die Tatsache des Vertragsschlusses sinnfällig machen oder zusätzlich dem Leistenden die Möglichkeit geben, unter Preisgabe des Erbrachten von der Vertragsabwicklung Abstand zu nehmen? Weiterhin muss (hauptsächlich bei Geldleistungen) klargestellt werden, ob das Handgeld als Zusatzleistung zu betrachten oder auf die vertragliche Leistung anzurechnen sei (zu diesen Fragen unten Ziff. II/1, 2).

### II. Haftgeld und Reugeld

#### 1. Vermutung für «Haftgeld» und gegen Reugeld (OR 158/I)

OR 158/I statuiert (gleich wie BGB § 336/II) in favorem contractus eine Vermutung *gegen* die Qualifikation eines Handgeldes als Reugeld. Es wird vermutet,

---

<sup>1</sup> Vgl. dazu etwa E. HUBER, System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechtes, Bd. IV, Basel 1893, § 159, p. 831-834; MITTEIS/LIEBERICH, Deutsches Privatrecht, § 45/I/2e, p. 137; KASER, Römisches Privatrecht, § 41/II, p. 191; A. HEUSLER, Institutionen des Deutschen Privatrechts (Bindings Handbuch), Leipzig 1885/6, bes. Bd. II, p. 253-257.

dass der leistende Partner mit der Hingabe den Vertragsschluss habe bekräftigen wollen, der Gegenbeweis liegt demjenigen Vertragspartner ob, der behauptet, gegen Preisgabe der i. S. eines Reugeldes geleisteten Summe vom Vertrag Abstand nehmen zu können.

Die Hingabe eines «Bekräftigungsgeldes» (*arrha confirmatoria*), das der Gesetzgeber, allerdings terminologisch unzweckmässig (siehe unten Ziff. III), «Haftgeld» nennt, kann auf *Tradition* beruhen, vor allem aber dem Bedürfnis entspringen, durch eine vorläufige Leistung (gegen Quittung) zum Ausdruck zu bringen (ähnlich wie beim *Handschlag*, vgl. oben § 10/I/2) und den entsprechenden Beweis zu sichern, dass die Parteien den *endgültigen Verpflichtungswillen* besaßen<sup>2,3</sup>.

## 2. Rechtslage bei Zahlung von «Bekräftigungsgeld» («Haftgeld»); OR 158/II)

### a) Anrechnung auf die Hauptleistung?

Nach OR 158/II soll, wo nicht Vertragsabrede oder Ortsgebrauch etwas anderes bestimmen, eine bei Vertragsschluss geleistete, diesen bekräftigende Zahlung «dem Empfänger ohne Abzug» verbleiben, d. h. dem Schuldner nicht auf seine vertraglich vereinbarte Leistung angerechnet werden. Abs. II von OR 158 stellt demnach eine Vermutung zugunsten der Deutung als «Draufgeld» und gegen «Angeld» (dies die Terminologie von Abs. I) auf<sup>4</sup>. - Diese gesetzliche Vermutung ist, möglicherweise von Fällen altüberlieferter Bräuche abgesehen<sup>5</sup>, wohl nicht realistisch, d. h. trifft die heutigen Verkehrsauffassungen nicht. Jedenfalls soweit die Leistung eines Angeldes, das man üblicherweise als *Anzahlung* bezeichnet, durch das Sicherheitsbedürfnis des Empfängers motiviert ist, dürfte vielmehr eine natürliche Vermutung, die hier dem dispositiven Gesetzesrecht vorgehen muss, für die Deutung als *Anzahlung*, d. h. für Anrechenbarkeit auf die Hauptleistung sprechen, zumal

---

<sup>2</sup> Dass das Erbringen einer Leistung den Abschlusswillen dokumentiert, wird in BGB § 336/I ausdrücklich festgehalten, ist aber so lange selbstverständlich, als nicht die Möglichkeit besteht, die Leistung als *arrha pacto imperfecto data* zu deuten (dazu unten Ziff. III). Infolge deren Verwandtschaft mit dem Reugeld ist sinngemäss aus OR 158/I und durch übertragene Anwendung der BGB-Regel Vertragsschluss-Bekräftigung, nicht *arrha pacto imperfecto data*, zu vermuten.

<sup>3</sup> Zum Erbringen der Anleistung besteht vor allem Anlass bei Verträgen, die nicht schriftlich niedergelegt werden sollen, oder wenn trotz bestehenden Vertragswillens noch nicht alle Nebenpunkte bereinigt sind oder im fraglichen Geschäftsbereich (z. B. Immobiliarmiete) eine Übung besteht, Verträge schriftlich zu fassen, in welchem Fall die Leistung eines Handgeldes die Vermutung, bis zur Vertragsunterzeichnung wollten die Partner nicht gebunden sein (OR 16; dazu oben § 11/VI/2b; vgl. sodann BGE 100 II 23), zerstören soll.

<sup>4</sup> BGB § 337 stellt die umgekehrte Regel auf, vgl. unten Anm. 6.

<sup>5</sup> Der Ursprung liegt wohl in einer den Vertragsschluss bekräftigenden Sachhingabe, z. B. Münze, Weinpfand etc., vgl. dazu E. HUBER, zit. Anm. 1.

wenn die geleistete Zahlung im Verhältnis zur Hauptschuld nicht als geringfügig erscheint<sup>6</sup>.

#### b) Nicht-Abwicklung des Vertrages

Im Falle der Vertragsungültigkeit (Nichtigkeit, Anfechtung wegen Willensmängeln usw.) oder des nachträglichen Erlöschens der Leistungspflicht des Gebers (z. B. Rücktritt nach OR 107) sind An- oder Draufgeld grundsätzlich wie andere vertragliche Leistungen zurückzuerstatten (dazu oben § 20/VI/7b für den Fall des Rücktritts, OR 109, in den übrigen Fällen OR 62 ff.). Trifft den Geber eine Ersatzpflicht, kann der Nehmer verrechnen. Darüber hinaus ist aber zu erwägen, ob nicht die Regel von BGB § 338 auch in der Schweiz als Ausdruck des zu vermutenden Parteiwillens betrachtet werden kann und demnach das Bekräftigungsgeld im Falle der vom Geber zu vertretenden Nichtabwicklung des Vertrages dem Nehmer gewissermassen als Konventionalstrafe zu verbleiben hat<sup>7</sup>, wobei im Falle eines Schadenersatzanspruchs das Handgeld auf den Schadenersatz vermutungsweise anzurechnen ist<sup>8</sup>.

### 3. Rechtslage bei Reugeld-Vereinbarung

#### a) Ausübung des Rücktrittsrechtes

Hat das Handgeld den Sinn eines *Reugeldes*, kann der Leistende willkürlich vom Vertrag zurücktreten; er übt das Gestaltungsrecht der Rücktrittsbefugnis mit der einseitigen rechtsgeschäftlichen Erklärung aus, den Vertrag nicht abwickeln zu wollen. Ist Befreiung von der Vertragspflicht bereits die Folge anderer Umstände (Dissens, Anfechtung wegen Willensmangels, Befreiung wegen Unmöglichkeit der Leistung o. dgl.), verfällt das Reugeld nicht<sup>9</sup>, sondern ist nach den für vertragliche Vorleistungen geltenden Regeln zurückzuerstatten.

Falls das Rücktrittsrecht nicht ausgeübt wird, stellt sich auch beim Reugeld die Frage, ob dieses auf die vertraglich geschuldete Leistung anzurechnen sei. Die Regel von OR 158/II, welche die Vermutung der Nichtanrechenbarkeit statuiert, spricht nur von Haftgeld, muss jedoch auf das Reugeld analogieweise übertragen

---

<sup>6</sup> So auch Sem.jud. 82, p. 312. – Die umgekehrte Regel des BGB (§ 337) dürfte den Verkehrsanschauungen näher kommen, wonach die «Draufgabe» (entgegen dem eigentlichen Wortsinn dieser Bezeichnung) «im Zweifel auf die von dem Geber geschuldete Leistung anzurechnen oder, wenn dies nicht geschehen kann, bei der Erfüllung des Vertrages» zurückzugeben ist.

<sup>7</sup> So Sem.jud. 86, 251.

<sup>8</sup> Vermutung der Anrechenbarkeit der Konventionalstrafe indirekt in OR 161/II, explizit BGB § 338, S. 2.

<sup>9</sup> BGE 84 II 156, Sem.jud. 101, 83.

werden; dies allerdings unter den gleichen Vorbehalten, die bereits oben (Ziff. II/2/a) gegenüber OR 158/II anzubringen waren.

*b) Reugeld und Wandelpön*

Im übrigen deckt sich der vertragliche Sinn der Reugeld-Vereinbarung weitgehend mit der Vereinbarung einer sogenannten *Wandelpön*<sup>10</sup>; vom Reugeld unterscheidet sich diese dadurch, dass die dem Reugeld entsprechende Pönalleistung nicht bei Vertragsschluss erbracht wird, sondern im Falle der Ausübung des Rücktrittsrechts bezahlt werden soll<sup>11</sup>. Die (dispositive) gesetzliche Ausgestaltung geht dahin, dass nur bei Reugeldhingabe (dazu folgende lit. c), nicht aber bei Verabredung einer Wandelpön der Gegenpartei ein analoges Rücktrittsrecht zusteht.

*c) Erstreckung des Rücktrittsrechts auf den Vertragspartner (OR 158/III)*

Die Hingabe eines Reugeldes hat nicht nur den Sinn der Vereinbarung einer Rücktrittsbefugnis des Leistenden, sondern impliziert gemäss OR 158/III auch ein Rücktrittsrecht des Vertragspartners unter gleichen Bedingungen (Rückerstattung der empfangenen Summe und zusätzliche Leistung eines gleichen Betrages als Abstandsprämie). Diese Lösung will im Vertrag die Symmetrie der Bindungswirkungen wahren (vgl. die ähnlich laufenden Bestrebungen etwa in der Vorschrift der Parität der Kündigungsfristen im Arbeitsrecht, OR 336/II). Trotz der imperativen Formulierung des Gesetzes darf dieses nicht als zwingendes Recht verstanden werden; es mag gute Gründe geben, die Rücktrittsmöglichkeit bloss einer Partei vorzubehalten. Ob die Regel, die auf romanistische Tradition zurückgeht und im CC art. 1590 vorgezeichnet ist, in der Mehrzahl der Fälle als Parteiwille vermutet werden kann, ist zwar nicht gewiss. Da der Gesetzgeber hier einen Gerechtigkeitsgedanken verwirklichen will, sollte die Regel nur dann als von den Parteien ausgeschlossen betrachtet werden, wenn diese bewusst eine andere Lösung vereinbart haben<sup>12</sup>.

*d) Sonderfall der Leistung zur Sicherung der Vertragserfüllung*

Abgesehen von dem mit Haft- bzw. Reugeld verfolgten Zweck kann eine bei Vertragsschluss erbrachte Leistung auch den Sinn haben, die Erfüllung des Vertrages

---

<sup>10</sup> Vgl. OR 160/III, wo auf diese Möglichkeit der Vertragsgestaltung Bezug genommen wird.

<sup>11</sup> Vgl. BGE 110 II 145 f.

<sup>12</sup> Vgl. dazu weiterhin E. BUCHER, Der Ausschluss dispositiven Gesetzesrechts durch vertragliche Absprachen, in: FS Henri Deschenaux, Freiburg/CH 1977, p. 249 ff. insbes. p. 258 f. A. M. v. T./E., § 88/II bei Anm. 12, p. 288, der annimmt, dass nur der Nachweis eines die gesetzliche Regel bestätigenden Parteiwillens den Rücktritt ermöglichen solle, da OR 158/III nicht heutigen Verkehrsgewohnheiten entspreche. - Zum Grundsätzlichen, d. h. zur möglichen Verschiedenartigkeit der Bedeutung dispositiver Gesetzesnormen, vgl. § 15/II/2, § 12/I/2d.

zu *sichern*, wobei die Sicherheitsleistung im Vertrag selber oder aber in gesonderter Vereinbarung festgesetzt werden kann. Vermutungsweise kann die Sicherheit in Anspruch genommen werden, wenn der Geber wegen Nicht- oder Schlechterfüllung schadenersatzpflichtig würde, d. h. wenn ihm der Exkulpationsbeweis misslingt, nicht aber bei unverschuldeter nachträglicher Unmöglichkeit. Es ist aber auch möglich, dass nach der Vorstellung der Parteien die Sicherheitsleistung Garantiefunktion haben und dem Nehmer gerade auch für Fälle unverschuldeter Nichterfüllung Schadensdeckung gewähren soll. Da man in beiden Fällen von einer *Konventionalstrafe*, die sicherheitshalber im voraus geleistet wird, sprechen kann, sind die Regeln von OR 160-163 (unten § 30) entsprechend anzuwenden.

Bei richtiger Abwicklung des Vertrages, d. h. Nichtbeanspruchung der Sicherheitsleistung, ist das Geleistete zurückzuerstatten, allenfalls auf den letzten Teil der zu erbringenden Leistung anzurechnen.

### III. Sicherung eines künftigen Vertragsschlusses

Eine Leistung kann nicht bloss im oben besprochenen Sinn im Hinblick auf einen gleichzeitig oder bereits früher geschlossenen Vertrag erbracht werden, sondern der Sicherung des erst für die Zukunft versprochenen Abschlusses eines bestimmten Vertrages dienen. Diese als «*arrha pacto imperfecto data*» bezeichnete Leistung stellt im eigentlichen Sinn ein «*Haftgeld*» dar<sup>13</sup>; deren Hingabe beruht ihrerseits auf einem Vertrag, der sich im Hinblick auf den erst zu schliessenden Vertrag als *Vorvertrag* darstellt. Das Gesetz erklärt derartige Parteivereinbarungen als zulässig (OR 22), stellt aber keine materiellen Regeln auf.

Als *Parteiwille ist zu vermuten*, dass im Falle der Verweigerung des Vertragsschlusses der Geber das Hingegebene verlieren<sup>14</sup>, umgekehrt wohl aber auch, dass der Nehmer keine weiteren Ansprüche<sup>15</sup> haben sollte. Im Falle des Vorvertrags-konformen Vertragsschlusses ist diese Art der *arrha* zurückzuerstatten oder auf die im Rahmen des geschlossenen Hauptvertrages zu erbringende Leistung anzurechnen.

Haben sich die Parteien über die wesentlichen Vertragspunkte mündlich geeinigt, jedoch noch nachträgliche schriftliche Niederlegung des Vertrages vorgesehen, so hat die Leistung eines Handgeldes indessen in aller Regel (entgegen v. T./E.,

---

<sup>13</sup> Auf diesen Fall hätte die Bezeichnung zweckmässigerweise beschränkt bleiben sollen.

<sup>14</sup> So v. T./E., § 88/III, p. 288/89, ENNECERUS/LEHMANN, § 36/II.

<sup>15</sup> Schadenersatz oder einen klagbaren Anspruch auf Abschluss des Hauptvertrages. Diese letztere Möglichkeit ist indessen wohl regelmässig von den Parteien nicht gewollt (die andernfalls keinen Grund hätten, nicht statt des Vorvertrages bereits den Hauptvertrag zu schliessen), sollte daher als stillschweigend wegbedungen gelten. Vgl. dazu E. BUCHER, Die verschiedenen Bedeutungsstufen des Vorvertrages, in Berner Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1979, p. 169 ff., insbes. p. 187 ff.; zum Vorvertrag im allg. OR/BT, § 2.

§ 88/III, p. 289) nicht den hier beschriebenen Sinn, sondern den Charakter eines *Bekräftigungsgeldes*, mit dessen Zahlung die umgekehrte, gesetzliche Vermutung von OR 16/I umgestossen und zum Ausdruck gebracht werden soll, dass die Parteien bereits bei Handgeldzahlung den definitiven Verpflichtungswillen haben (vgl. oben Ziff. II/1).