

§ 30 Konventionalstrafe (OR 160-163)	521
I. Grundzüge der Konventionalstrafe - Vereinbarung	521
1. Begriff der Konventionalstrafe; Natur der gesetzlichen Regelung	521
2. Die zu sichernde Hauptschuld	522
3. Möglicher Inhalt der Strafleistung	522
4. Akzessorietät der Konventionalstrafe	523
5. Form der Begründung	524
6. Abgrenzungsfragen	524
II. Verfall der Konventionalstrafe	526
1. Grundsatz: bei Eintritt der vertraglichen Bedingung	526
2. Die einzelnen Elemente	526
III. Verhältnis von Erfüllungsanspruch und Konventionalstrafe	527
1. Die Vermutungsregeln von OR 160	527
2. Kumulative Konventionalstrafe	529
3. Exklusive Konventionalstrafe (OR 160/III)	529
IV. Verhältnis von Konventionalstrafe und Schadenersatz wegen Nichterfüllung bzw. nicht richtiger Erfüllung (OR 161)	530
1. Vermutung der Anrechenbarkeit der Konventionalstrafe auf Schadenersatz	530
2. Vereinbarung der Kumulierung von Strafe und Schadenersatz	531
V. Richterliche Herabsetzung übermässiger Konventionalstrafen	531

§ 30 Konventionalstrafe (OR 160-163)

Literatur

V. BEUTHIEN, Pauschalierter Schadensersatz und Vertragsstrafe, FS K. Larenz, München 1973, p. 495 ff.; D. FISCHER, Vertragsstrafe und vertragliche Schadensersatzpauschalierung, Frankfurt a. M. 1981; A. KEMELMAJER DE CARLUCCI, La Clausula penal, Buenos Aires 1981; N. KUNTER, La réduction de la peine conventionnelle déjà acquittée, ZSR 61/1942, p. 97 ff.; W. F. LINDACHER, Phänomenologie der «Vertragsstrafe», Frankfurt a. M. 1972; W. SCHOCH, Begriff, Anwendung und Sicherung der Konventionalstrafe nach schweizerischem Recht, Diss. Bern 1935; H. M. RIEMER, Konventionalstrafen in Gestalt von Verfall- oder Verwirkungsklauseln, FS 100 Jahre Schweiz. Obligationenrecht, Freiburg/CH 1982, p. 443 ff.; R. SECRÉTAN, Etude sur la clause pénale en droit suisse, thèse Lausanne 1917.

I. Grundzüge der Konventionalstrafe-Vereinbarung

1. Begriff der Konventionalstrafe; Natur der gesetzlichen Regelung

«Konventionalstrafe» (auch «Vertragsstrafe»; clause pénale, pena convenzionale) ist die Leistung, die ein Schuldner dem Gläubiger akzessorisch zu einer Hauptleistung (Primärobligation) für den Fall der Nichterfüllung (oder nicht richtigen, nicht rechtzeitigen Erfüllung) der Hauptschuld verspricht¹.

Die Pflicht zur Zahlung einer Konventionalstrafe kann *vertraglich* oder auch durch die *Statuten* einer Körperschaft (eines Vereines, Genossenschaft, nicht jedoch einer AG: OR 680/I) begründet werden².

Die die Konventionalstrafe regelnden Vorschriften von OR 160-163 sind im wesentlichen *dispositiver Natur*. Die Ausgestaltung der Konventionalstrafe, insbesondere auch das Verhältnis von Erfüllungsanspruch und Konventionalstrafe, ist daher in erster Linie nach dem konkreten Willen der Parteien zu bestimmen. Wo ein solcher nicht nachgewiesen werden kann, greifen die gesetzlichen Vermutungen von

¹ Die Konventionalstrafeklausel ist damit wichtiges Beispiel einer *bedingten* Leistungspflicht.

² OR 160 ff. (und insbesondere OR 163/III) sind damit auch auf statutarisch vorgesehene Konventionalstrafen anwendbar, obwohl die genannten Bestimmungen (wie überhaupt der Begriff «Konventionalstrafe») formal auf vertraglich begründete Strafversprechen zugeschnitten sind; BGE 80 II 133. Vgl. auch FLUME, Die Vereinsstrafe, Festschrift E. Böttcher, Berlin 1969, p. 101 ff., bes. 126 ff.; P. SCHLOSSER, Vereins- und Verbandsgerichtsbarkeit, München 1972, und dort Zit.

OR 160/I, 163/II ein. *Zwingendes* Recht stellt andererseits die Reduktionsmöglichkeit von übermässig hohen Strafen (OR 163/III) dar.

2. Die zu sichernde Hauptschuld

Die durch die Konventionalstrafe zu sichernde Hauptschuld kann eine rechtsgeschäftliche³ oder statutarisch begründete Pflicht des Schuldners sein. Eine Konventionalstrafe kann zur Sicherung beliebiger Leistungspflichten ausbedungen werden, soweit dem nicht allgemeine oder spezielle Verbote der Rechtsordnung entgegenstehen. Ungültigkeit der Pönalabrede kann sich (als Folge der Akzessorietät; vgl. unten Ziff. 4) daraus ergeben, dass bereits die Primärobligation ungültig ist⁴.

Ein ausdrückliches Verbot enthält etwa ZGB 91/II (Unzulässigkeit der «Sicherung» eines Heiratsversprechens durch eine Konventionalstrafe)⁵.

Die Erfüllung sogenannter *Naturalobligationen* kann grundsätzlich durch Konventionalstrafen gesichert werden. Zulässig wäre z. B. die Sicherung der Erfüllung einer verjährten Forderung oder einer sittlichen Pflicht; eine Ausnahme ist jedoch dann zu machen, wenn die Rechtsordnung das Erzwingen bestimmter Zusagen überhaupt ausschliessen will, so bei Spiel- und Wettschulden (vgl. auch OR/BT, § 18 und oben § 6/II).

3. Möglicher Inhalt der Strafleistung

Die vom Schuldner bedingt zu erbringende Konventionalstrafe muss, um nach herrschender Auffassung unter diesen Begriff zu fallen, in einer *Leistung*, nicht aber einem sonstigen Rechtsnachteil bestehen⁶. Im Vordergrund stehen Geldleistungen, aber auch Sach- oder Arbeitsleistungen sind denkbar. Die Vereinbarung eines Verzugszinses,

³ Neben der Sicherung vertraglicher Pflichten als häufigstem Tatbestand kann Konventionalstrafe jedoch auch durch einseitige Rechtsgeschäfte, wie die Auslobung, begründete Pflichten sichern (BECKER, OR 160 N. 3).

⁴ Ist nur die Vereinbarung der Konventionalstrafe ungültig, ist gemäss OR 20/II zu entscheiden, ob auch die Hauptschuldverpflichtung hinfällig wird. Vgl. LINDACHER, p. 71; SCHOCH, p. 24 f.

⁵ Der Wortlaut von ZGB 91/II ist irreführend. Eine Konventionalstrafe ist hier nicht bloss (im Sinne einer Naturalobligation) «unklagbar», sondern wohl deren Vereinbarung überhaupt nichtig (im Falle der Leistung würde eine Nichtschuld im Sinne von OR 63 bezahlt). Vgl. GÖTZ, ZGB 91 N. 7.

⁶ Nach BGE 80 II 133 ist keine Konventionalstrafe die statutarisch vorgesehene Verwirkung des Rentenanspruches gegen eine genossenschaftlich organisierte Pensionskasse bei Verletzung bestimmter Mitgliederpflichten (fragwürdig, vgl. die Kritik von RIEMER, p. 449 ff.). Anders die deutsche Rechtsprechung zu § 342 (vgl. dazu ERMAN/WESTERMANN, Komm. BGB N. 8 vor §§ 339 ff.), die vertragliche Verwirkungsklauseln der Vertragsstrafe gleichstellt, hingegen a. A. ESSER/SCHMIDT, SchR I, § 16/III, p. 237, § 19/IV, p. 283.

der die gesetzlichen Ansätze (OR 104) übersteigt, kann als eine Konventionalstrafe-Klausel verstanden werden.

Die Vereinbarung von sonstigen Nachteilen, die den nicht richtig erfüllenden Vertragspartner treffen sollen, jedoch nicht als Konventionalstrafe gelten und damit den Regeln von OR 160-163 (insbesondere der Herabsetzung gemäss OR 163) entzogen sind, ist selbstverständlich möglich: Rücktritts- oder Kündigungsrecht des Partners, Verwirkung von Gegenleistungsansprüchen⁷, vorzeitige Fälligkeit einer Restschuld, Dahinfallen einer Stundung usw.

4. Akzessorietät der Konventionalstrafe

Die Konventionalstrafe tritt zu der Hauptverpflichtung hinzu⁸ in dem Sinne, dass sie von dieser grundsätzlich abhängig ist. Dieses akzessorische Moment ist begriffstypisch für die Konventionalstrafe. Daraus folgt insbesondere: *Konventionalstrafe setzt Bestand einer Hauptschuld voraus*. Ist diese nichtig, gilt das Konventionalstrafeversprechen als nie entstanden, und zwar gleichermassen bei anfänglicher Ungültigkeit der Hauptverpflichtung infolge Formmangels, Dissens oder Sittenwidrigkeit bzw. Widerrechtlichkeit (dies aufgrund der expliziten Norm von OR 163/II)⁹, wie bei nachträglicher Ungültigkeit infolge der Anfechtung wegen Willensmangels¹⁰. Geht die Hauptschuld erst nachträglich (aber vor Verfall der Konventionalstrafe) unter¹¹, erlischt zugleich die Pflicht zur Leistung der Konventionalstrafe¹². Die Konventionalstrafe ist nicht personengebundenes Nebenrecht im Sinne von OR 170/I und geht daher bei Zession der Hauptforderung vermutungsweise auf den Zessionar über¹³.

⁷ Hier ist allerdings, besonders bei Reduktion eines Kaufpreises oder Werklohnes, die auf der Gegenleistung eintretende Einbusse wirtschaftlich einer eigenen Geldleistung gleichzustellen und daher möglicherweise als Konventionalstrafe zu behandeln.

⁸ Die Konventionalstrafe besteht damit in einer zur Hauptleistung hinzutretenden neuen oder der Vergrösserung einer schon bestehenden Leistungspflicht (Beispiel: Erhöhung des Zinsfusses für den Fall der nicht rechtzeitigen Zinszahlung). Vgl. v. T./E., § 87/I, p. 279.

⁹ Beispiel: A verspricht (gemäss ZGB 27 nicht verbindlich) dem B, das Rauchen aufzugeben und pro Tag, an dem er dieses Versprechen nicht hält, Fr. 10.- zu bezahlen.

¹⁰ Dagegen hebt die *kaufrechtliche Wandelung* (OR 206 f.) zwar die Vertragswirkungen im allgemeinen, vermutungsweise aber nicht die Konventionalstrafe auf, wenn diese für den Fall der Schlechtleistung stipuliert ist.

¹¹ Durch Erfüllung, Erlass, Verrechnung etc.; gleichzustellen ist der Untergang der Hauptschuld infolge Verjährungseinrede, sofern Konventionalstrafe nicht auch für diesen Fall versprochen wurde.

¹² Andererseits bleibt die Forderung auf eine verfallene Konventionalstrafe bestehen, wenn die Hauptverpflichtung nachträglich untergeht (v. T./E., § 87/I, p. 279). Für den Fall des Konkurrenzverbots, wenn dieses nach Verfall der Strafe erlöscht, weil der Gläubiger sein Geschäft aufgibt, BGE 21, p. 1233 E. 4.

¹³ Vgl. unten § 31/V/2b.

5. Form der Begründung

Die Begründung der Konventionalstrafe-Vereinbarung kann entweder im Vertrag, der die Hauptleistung stipuliert («Hauptvertrag»), enthalten sein oder Gegenstand einer (vorgängig oder nachträglich geschlossenen) Sondervereinbarung bilden.

Die Begründung der Konventionalstrafe-Verpflichtung ist grundsätzlich formfrei. Die Vereinbarung einer Vertragsstrafe ist daher auch möglich durch Unterwerfung unter Geschäftsusancen oder ein Betriebsreglement, Beitritt zu einem Verein, wenn die Statuten Konventionalstrafen für Verletzung von Mitgliederpflichten vorsehen etc.

Gemäss arbeitsrechtlicher *Sondernorm* (OR 340/I) ist für Konkurrenzverbotsklauseln Schriftform erforderlich; dieses Formerfordernis ist m. E. auch auf eine das Konkurrenzverbot sichernde Konventionalstrafe-Vereinbarung zu erstrecken.

Formvorschriften, die hinsichtlich der Begründung der Hauptverpflichtung bestehen, dürfen nicht auf die Vereinbarung von Konventionalstrafen übertragen werden¹⁴. Zwar haben Konventionalstrafe-Vereinbarungen keinen Bestand, wenn die Hauptverpflichtung nicht formgültig begründet worden ist (Grundsatz der Akzessorietät, oben Ziff. 4)¹⁵; andererseits darf nicht die für die Hauptforderung geltende Formvorschrift auf eine unabhängige (insbesondere erst nachträglich getroffene) Konventionalstrafe-Vereinbarung erstreckt werden (Verbot der Annahme von Formvorschriften ohne explizite gesetzliche Grundlage, vgl. oben § 11/I/1)¹⁶.

6. Abgrenzungsfragen

Die Konventionalstrafe ist gegenüber ähnlichen Rechtsfiguren *abzugrenzen*:

¹⁴ Insbesondere besteht keine Analogie zu den Vorverträgen, die den Formvorschriften der Hauptverträge unterliegen (OR 22/II, für den Grundstückkauf OR 216/II).

¹⁵ Beim Grundstückskauf stellt sich angesichts der diesbezüglich überaus strengen Praxis des Bundesgerichts die Frage, ob nicht eine bei Vertragsschluss gewollte Pönalkonvention als wesentlicher Vertragsbestandteil in öffentliche Urkunden aufgenommen werden muss, soll der Vertrag nicht als Ganzer ungültig sein. Vgl. zu dieser Praxis etwa BGE 39 II 224 ff.; 68 II 234; befürwortet von MEIER-HAYOZ, ZGB 657 N. 85; K. SPIRO, Die unrichtige Beurkundung des Preises bei Grundstückkauf, Basel 1964, p. 21, 26 bes. Anm. 145 m. w. H.; in dieser Richtung etwa BGE 86 II 258 ff.; 90 II 37; 94 II 272/73 («nicht verurkundete <wesentliche Vertragsbestimmungen> »); W. YUNG, Le contenu des contrats formels, Etudes et Articles, Genève 1971, p. 252ff., bes. p. 268 ff.

¹⁶ Anders das Bundesgericht in ZR 62/1963 Nr. 34, p. 90 E. 2, sowie v. T./E., § 87/I, p. 278; G./S., N. 2475. - Unterliegt eine Konventionalstrafe-Vereinbarung, wie hier angenommen, nicht den Formerfordernissen, die für die Begründung der zu verstärkenden Hauptforderung gelten, so schliesst dies nicht aus, dass die Begründung der Hauptforderung ihrerseits ungültig sein könnte, falls sie die getroffene Konventionalstrafe-Vereinbarung nicht erwähnt (Formungültigkeit eines Grundstückkaufes, wenn die gleichzeitig vereinbarte Konventionalstrafe als notwendiges Element des Vertrages nicht im Urkundentext Erwähnung findet).

a) *Wahlobligation* (OR 72). Diese ist nicht bedingt, d. h. es steht bei dieser nicht in Frage, ob eine Leistung, sondern nur, welche von mehreren Leistungen zu erbringen ist. Im Gegensatz dazu besitzt bei der (alternativen) Konventionalstrafe der Gläubiger zwar ein «Wahlrecht», muss bis dahin aber Erbringung der Hauptleistung durch den Schuldner akzeptieren.

b) *strafähnliches Versprechen* («unechte Konventionalstrafe»). Jemand verspricht eine Leistung für den Fall, dass er eine andere Leistung, zu der er rechtlich *nicht* verpflichtet ist, nicht erbringt. Das strafähnliche Versprechen ist zwar ebenfalls bedingt, jedoch nicht akzessorischer Natur; es liegt im Ergebnis eine Wahlobligation mit Wahlrecht des Schuldners (vgl. oben § 18/V/2) vor. Da solche Versprechen den Schuldner ebenso binden können wie echte Konventionalstrafen, werden die Vorschriften von OR 160 ff. und insbesondere die Herabsetzungsmöglichkeit von OR 163/III entsprechend angewendet¹⁷.

c) *Kautio*. Diese besitzt nicht pönale Funktion, sondern soll allfällige Schadenersatzansprüche sicherstellen. Ist kein Schaden entstanden bzw. ist dieser weniger hoch als die gestellte Kautio, ist diese entsprechend zurückzuerstatten.

d) *Schadenspauschalierung*¹⁸. Diese soll dem Gläubiger im Falle einer Schadensersatzpflicht des Schuldners den Nachweis des Schadenseintrittes und -umfanges erübrigen, setzt also, anders als die Konventionalstrafe, die Entstehung eines Schadens voraus¹⁹. Allerdings sind die möglichen Überschneidungen von Schadenspauschalierung und Konventionalstrafe nicht zu verkennen:

Übersteigt die Schadenspauschale den effektiven Schaden bei weitem, unterliegt auch sie der Herabsetzung gemäss OR 163/III (mit Beweislast des Ersatzpflichtigen dafür, dass der Schaden einen behaupteten Betrag nicht übersteigt). Umgekehrt muss in der Schadenspauschalierung in der Regel eine vertragliche Haftungsbeschränkung auf den Betrag der Schadenspauschale erblickt werden, so dass der Geschädigte (unter Vorbehalt von OR 100) mit einer Mehrforderung ausgeschlossen bleibt. Schliesslich kann eine Konventionalstrafe den Schadensersatzanspruch konsumieren bzw. einschliessen (dazu unten Ziff. III und IV).

e) *Garantieversprechen*. Mit einem solchen kann nicht bloss i. S. von OR 111 die Leistung eines Dritten, sondern (ähnlich wie oben lit. b) auch eigenes Verhalten zugesichert werden. Eine derartige Garantiezusage ist indessen im Gegensatz zum Konventionalstrafe-Versprechen eine *selbständige*, nicht eine akzessorische Verpflichtung; sie kann also auch bestehen, wenn eine Hauptpflicht fehlt, d. h. wenn der

¹⁷ In Anlehnung an BGB § 343/II. Vgl. v. T./E., § 87/V, p. 286/87; BECKER, OR 163 N. 26; LARENZ, SchR I, § 24/II/b, p. 381 f.

¹⁸ Zu dieser, vor allem in der deutschen Lehre intensiv diskutierten Rechtsfigur vgl. etwa LINDACHER, p. 145 ff., 179 ff.; FISCHER, p. 42 ff.; FIKENTSCHER, § 25/II/2a, p. 96; LARENZ, SchR I, § 24/II/c, p. 383 ff.; ESSER/SCHMIDT, SchR I, § 16/III, p. 236; BGHZ 49, p. 89.

¹⁹ Zur Abgrenzung zwischen Konventionalstrafe und Schadenspauschalierung vgl. auch BGE 109 II 469 f. und 110 II 380 (Honorarzuschlag gem. SIA-Norm 102 (1969) bei unzeitigem Widerruf eines Architektenvertrages); OG Obwalden, SJZ 82 (1986), p. 66 ff. (Mindestentschädigung bei vorzeitigem Auflösung eines Mietvertrages).

Dritte (oder, bei Garantie eigenen Verhaltens, der Garantierende) zu dem zugesicherten Verhalten nicht verpflichtet ist (bzw. seine Pflicht infolge von Willensmängeln oder dgl. nachträglich entfällt).

II. Verfall der Konventionalstrafe

1. Grundsatz: bei Eintritt der vertraglichen Bedingung

Die Konventionalstrafe als bedingte Verbindlichkeit ist dann geschuldet («verfallen», «verwirkt»), wenn die von den Parteien statuierten Bedingungen erfüllt sind; die konkrete Umschreibung der die Strafe auslösenden Voraussetzungen ist daher primär anhand der Auslegung der Parteiabrede zu ermitteln. Durch Auslegung ist insbesondere zu bestimmen, ob die Strafe bloss bei Leistungsverzögerung oder aber auch bei (näher zu bestimmender) Schlechtleistung geschuldet sei, ob Teilleistung zu einer entsprechenden Reduktion der Strafe führt und dgl.

2. Die einzelnen Elemente

a) Fälligkeit und Verzug

Verfall der Konventionalstrafe vor Fälligkeit kommt nicht in Betracht; m. E. sollte in Entsprechung zu BGB § 339 nicht bloss Fälligkeit, sondern auch Verzug des Schuldners als Voraussetzung der Pönalpflicht verstanden werden²⁰.

b) Verschulden (OR 163/II)

Mangels anderslautender Vereinbarung kann die Konventionalstrafe nur gefordert werden, wenn die Leistungsstörung vom Schuldner «zu vertreten» ist, d. h., ihn an der Schlecht- bzw. Nichterfüllung ein Verschulden trifft (OR 163/II)²¹. Wurde

²⁰ Bei genauer vertraglicher Bestimmung des Zeitpunkts, bei dessen Überschreitung die Strafe geschuldet ist, liegt im Sinne von OR 102/II ein Verfalltagsgeschäft mit automatischem Verzugseintritt vor; mangels einer solchen Bestimmung kann auf inverzugsetzende Mahnung (OR 102/I) nicht verzichtet werden. Allgemein auf den Zeitpunkt der Fälligkeit abstellend etwa v. T./E., § 87/II, p. 280.

²¹ SCHOCH, p. 39 ff.; weitergehend noch Art. 181 aOR, der nur bei in der Person des Gläubigers eingetretenem Zufall oder bei höherer Gewalt, nicht jedoch bei Zufall in der Person des Schuldners, Ausschluss der Konventionalstrafe vorsah. In diesem Sinn wohl, auch v. T./E., § 87/II. Vgl. auch BECKER, OR 163 N. 417. Im deutschen Recht ist die Verschuldensvoraussetzung selbstverständlich, da der vorausgesetzte Verzug (§ 339) seinerseits nur bei Verschulde eintritt (§ 285).

hingegen die Leistung durch einen in der Person des Schuldners eingetretenen Zufall unmöglich, so verfällt die Strafe nicht²². Falls der - allenfalls auch stillschweigende - Parteiwille dahingeht, dass die Zahlung auch bei unverschuldeter Nicht- oder Schlechterfüllung verfallen sei, verliert diese ihren Strafcharakter und wird zu einer Erfolgsgarantie-Leistung.

Die Regel gilt nur «mangels anderer Abrede»; eine solche kann sich aus den Umständen ergeben. Indiz für einen dahingehenden Parteiwillen wäre etwa der Umstand, dass einer Konventionalstrafe erhöhte Garantiefunktion zukommen soll bzw. der Gläubiger eine besonders hohe Gegenleistung versprochen hat, die sich wirtschaftlich als Prämie für das vom Schuldner übernommene Risiko darstellt.

c) *Nicht: Schaden (OR 161/I)*

Hingegen ist gemäss OR 161/I Eintritt eines Schadens beim Gläubiger nicht erforderlich. Die Konventionalstrafe verfällt auch dann, wenn der Gläubiger durch die Nichterfüllung bzw. nicht gehörige Erfüllung nicht geschädigt ist²³, sie ist Rechtsbehelf zur Sicherung nicht vermögensmässiger Gläubigerinteressen, wie etwa reine Affektionsinteressen²⁴, worin sich die mögliche «Straffunktion» der Konventionalstrafe zeigt.

III. Verhältnis von Erfüllungsanspruch und Konventionalstrafe

1. Die Vermutungsregeln von OR 160

a) *Vermutung der Alternativität*

Für den *Regelfall* stellt OR 160/I eine Vermutung für Alternativität in dem Sinne auf, dass der Gläubiger nur entweder die versprochene Leistung oder aber die Konventionalstrafe fordern kann. Diese Vermutung gilt solange, als nicht der interessierte Vertragspartner eine abweichende Parteivereinbarung nachgewiesen hat²⁵.

²² Die Beweislast hinsichtlich der Verschuldenslosigkeit liegt beim nichterfüllenden Schuldner (Analogie zur Beweislastverteilung von OR 97/I).

²³ Die bloss im Falle der Schädigung geschuldete Strafe wäre als «*pauschalierter Schadenersatz*» (oben Ziff. I/6d) zu betrachten. Die Beweislast für eine solche der Vermutung von OR 161/I entgegengesetzte Vereinbarung liegt beim Schuldner.

²⁴ Beispiel: Vorstellungsvertrag zwischen einem Verein und einem Künstler, der anlässlich der Generalversammlung auftreten soll.

²⁵ In Frage kommt *Kumulation* beider Ansprüche, die vom Gläubiger zu beweisen wäre (dazu unten Ziff. III/2) oder die vom Schuldner zu beweisende *Exklusivität* (unten Ziff. III/3).

Es liegt ein Fall der sogenannten *alternativen Ermächtigung des Gläubigers* vor²⁶. Die Wahlerklärung des Gläubigers ist als einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung des Gläubigers aufzufassen, auf welche die Regeln der einseitigen Rechtsgeschäfte (Ausübung von Gestaltungsrechten) anwendbar sind²⁷, und die insbesondere unwiderruflich ist. Eine Wahlerklärung kann aber im Normalfall nicht im Fordern der Hauptleistung erblickt werden, da damit nur die ohnehin bestehende vertragliche Rechtslage geltend gemacht wird. Der Wechsel vom Hauptleistungsanspruch zum Pönalanspruch muss bis zum Erbringen der Hauptleistung, also auch noch im Prozess möglich sein²⁸. Eine Wahlerklärung liegt dagegen im Fordern der Konventionalstrafe, so dass der diese ohne Vorbehalt verlangende Gläubiger den Anspruch auf die Hauptleistung verliert²⁹. Umgekehrt tritt die befreiende Wirkung nicht erst mit Leistung der diesfalls geschuldeten Konventionalstrafe ein³⁰.

Der auf dem Hauptleistungsanspruch beharrende und die Konventionalstrafe nicht geltend machende Gläubiger hat die gewöhnlichen Ansprüche, also insbesondere einen Schadenersatzanspruch wegen Nicht- bzw. Schlechtleistung nach OR 97 und die Wahlmöglichkeit von OR 107. Der Schadenersatzanspruch ist vermutungsweise (d. h. wenn nicht der Schuldner entsprechende Vereinbarung nachweist) nicht auf den Betrag der Vertragsstrafe maximiert³¹.

b) Vermutung der Kumulation in den Fällen von OR 160/II

Bei Konventionalstrafe-Vereinbarung für den Fall der *Nichteinhaltung von Erfüllungsort oder Erfüllungszeit* gilt gemäss OR 160/II die Vermutung der Kumulierung der Ansprüche auf Erfüllung der Hauptleistung und Strafe. Hier gelangt die Regel von OR 161/II zur Anwendung, wonach vermutungsweise ein die Strafsumme übersteigender Schaden vom Gläubiger geltend gemacht werden kann, aber bloss bei Leistung eines Verschuldensnachweises seitens des Gläubigers.

²⁶ *Nicht eine Wahlobligation*, was sich vor allem darin zeigt, dass die Unmöglichkeit der Hauptleistung nicht eine Konzentration auf die alternative Leistung (Strafe) zu bewirken braucht; so v. T./E., § 87/III, p. 281 Anm. 36; vgl. oben § 18/V/2e.

²⁷ Vgl. oben § 4/IV/1c; 2.

²⁸ Gleich wie hier v. T./E., § 87/III/1a, p. 281; LARENZ, SchR I, § 24/II/a, p. 380. Obiter eher der umgekehrten Auffassung zuneigend (da das Fordern der Hauptleistung als Wahlerklärung interpretierend) BGE 63 II 84/85 (mit Hinweisen).

²⁹ So auch v. T./E., a.a.O.; LARENZ, a.a.O.; BGE 63 II 84.

³⁰ BGE 63 II 85 (Wahlerklärung befreit Schuldner vom Konkurrenzverbot).

³¹ M. E. kann der Schuldner auch nicht dem auf die Geltendmachung der Strafe verzichtenden Gläubiger die Regel von OR 161/II entgegenhalten, wonach ein die Strafe übersteigender Schaden nur bei einem vom Gläubiger erbrachten Verschuldensnachweis zu ersetzen ist; die Anwendung dieses (ohnehin gesetzgeberisch fragwürdigen) Grundsatzes sollte auf den Fall beschränkt bleiben, dass der Gläubiger Strafe gewählt hat.

Gemäss OR 160/II geht der Strafanspruch verloren, wenn der Gläubiger die Leistung «vorbehaltlos annimmt»³². Es wird hier nach herrschender Auffassung³³ nicht bloss eine widerlegbare Vermutung eines Verzichts, sondern ein selbständiger Untergangsgrund des Konventionalstrafanspruchs statuiert³⁴. Andererseits löst die Entgegennahme der Leistung ohne Vorbehalt nur den Verlust des Strafanspruchs, nicht aber des Schadenersatzanspruchs nach OR 97 f., insbesondere OR 103, aus³⁵.

2. Kumulative Konventionalstrafe

Sie ist begrifflich die Vereinbarung, dass der Gläubiger im Verwirkungsfalle sowohl Erfüllung wie auch die Konventionalstrafe fordern kann. Eine solche Konventionalstrafabrede wird, abgesehen vom oben lit. b genannten Falle, nicht vermutet. Beweisbelastet ist daher derjenige, der sie behauptet³⁶. Sie kann auch (falls kein Formzwang besteht) durch konkludentes Verhalten geschlossen werden. Im Zweifel ist dabei auf die Interessenlage und den Zweck der Strafe abzustellen: Wird das Interesse an der gesicherten Hauptleistung durch die Leistung der Konventionalstrafe abgegolten, spricht dies *gegen* Kumulation; dient dagegen die Strafe der Sicherung einer Unterlassungspflicht, wie z. B. eines Konkurrenzverbotes, wird häufig Kumulation anzunehmen sein³⁷.

3. Exklusive Konventionalstrafe (OR 160/III)

Eine Konventionalstrafe kann auch als sogenannte *Wandelpön* in dem Sinne versprochen sein, dass dem Schuldner bei Verfall die Möglichkeit offenstehen soll,

³² Diese Regel ist fragwürdig, da sie in Widerspruch zu dem Rechtsverständnis des Publikums stehen dürfte und eine gesetzgebungspolitische Begründung nicht zu ersehen ist.

³³ V. T./E., § 87/III/1b, p. 282; BGE 97 II 352 mit Hinweisen; eine nach v. BÜREN, p. 409 bzw. Anm. 224, unbillige Auffassung.

³⁴ Das Geltendmachen des Vorbehaltes ist rechtsgeschäftliche Willenserklärung (v. T./E., § 87/III/1b, p. 282 Anm. 42): Verhinderung des Unterganges der Konventionalstrafe. Der Vorbehalt muss grundsätzlich bei oder unmittelbar nach der Annahme erklärt werden. Im einzelnen ist oft nicht leicht zu bestimmen, wann die Annahme stattgefunden hat, die nach ERMAN/WESTERMANN, Komm. BGB § 341 N. 3 «mehr als bloss körperliche Empfangnahme der Leistung, vielmehr ... die stillschweigende Erklärung» ist, «dass die Leistung im allgemeinen vertragsgemäss sei». Zu dieser Frage einlässlich BGE 97 II 353 lit. c.

³⁵ V. T./E., a.a.O.; BECKER, OR 160 N. 32.

³⁶ Auf eine kumulative Konventionalstrafe deutet etwa die verbreitete Wendung «unbeschadet der sonstigen Ansprüche» hin. Im einzelnen ist es eine Frage der Vertragsauslegung.

³⁷ Vgl. BECKER, OR 160, N. 15; bei Konkurrenzverbot im Rahmen von Arbeitsverträgen besteht ohne schriftliche Vereinbarung die entgegengesetzte Vermutung von OR 340b/III (dazu unten Ziff. 3).

anstelle der Erfüllung der Hauptleistung, gegen Erstattung der Konventionalstrafe vom Vertrag zurückzutreten (OR 160/III)³⁸. Für *Exklusivität der Vertragsstrafe* wird hinsichtlich des *Konkurrenzverbots* in OR 340 b/II und III eine gesetzliche Vermutung in dem Sinne aufgestellt, dass mangels expliziter anderer Abrede der Berechtigte bei geleisteter Konventionalstrafe nicht Unterlassung der verbotenen Konkurrentätigkeit fordern kann³⁹. Der Gesetzeswortlaut zeigt indessen, dass in einem gewissen inneren Widerspruch hierzu die Konventionalstrafe-Vereinbarung nicht als Haftungsbegrenzung zu verstehen ist, sondern weitergehende Schadenersatzpflicht vorbehalten bleibt. In den übrigen Fällen ist dahingehender Parteiwille vom Schuldner zu beweisen⁴⁰.

IV. Verhältnis von Konventionalstrafe und Schadenersatz wegen Nichterfüllung bzw. nicht richtiger Erfüllung (OR 161)

1. Vermutung der Anrechenbarkeit der Konventionalstrafe auf Schadenersatz

Ist die vereinbarte Vertragsstrafe höher als der effektiv entstandene Schaden, bleibt dennoch die gesamte Konventionalstrafe geschuldet, da diese keinen Schaden voraussetzt.

Übersteigt hingegen der Schaden die Höhe der Vertragsstrafe, so kann gemäss OR 161/II ein Mehrbetrag nur gefordert werden, wenn der *Gläubiger* ein Verschulden des Schuldners nachweist. Das Gesetz bringt hier indirekt den Grundsatz der Anrechenbarkeit der Konventionalstrafe auf zu leistenden Schadenersatz zum Ausdruck und statuiert im übrigen eine Abweichung von der Beweislastverteilung gemäss OR 97⁴¹. Die Parteien können jedoch ohne weiteres die «normale» Beweislastverteilung

³⁸ Aus der Judikatur: ZR 30/1931, p. 170; 51/1952, p. 323 ff.; ZR 52/1953, p. 155 ff. (Verabredung einer Konventionalstrafe für Nichteinhaltung eines Liefertermins ist nach einer für den Getreidehandel geltenden Usanz als Exklusivkonventionalstrafe zu qualifizieren). Nach v. BÜREN, p. 410 f. ist Wandelpön nicht Vertragsstrafe.

³⁹ Zum Konkurrenzverbot in Arbeitsverträgen vgl. aus der neueren Rechtsprechung BGE 103 II 120; 105 II 200; 109 II 120 = ZR 82 (1983), p. 300; zum Konkurrenzverbot mit Konventionalstrafabrede siehe A. HAEFLIGER, Das Konkurrenzverbot im neuen schweizer. Arbeitsvertragsrecht, 2. A. Bern 1975, p. 69 ff.

⁴⁰ Zum Verhältnis von Wandelpön und Reugeld-Vereinbarung vgl. oben § 29/II/3b.

⁴¹ Eine Rechtfertigung dieser (dem BGB fremden) Beweislastverschiebung, die infolge der Schwierigkeit oder Unmöglichkeit der Beweisführung leicht zu einem Verlust einer angemessenen Schadloshaltung des Gläubigers führt, ist nicht zu ersehen. Sie bewirkt, dass gerade in Fällen besonders grober Vertragsverletzung und Schädigung die Vereinbarung einer (vielleicht geringfügigen) Konventionalstrafe im Gegensatz zu den Erwartungen der Parteien eine Schwächung der Position des Gläubigers bewirkt.

vereinbaren⁴² und/oder die Anrechenbarkeit der Strafe auf den Schadenersatzanspruch ausschliessen. Beides wird bei der Vertragsgestaltung zu erwägen sein, soll nicht die Konventionalstrafe-Klausel, die regelmässig eine Stärkung der Stellung des Gläubigers zu bewirken vorgibt, die gegenteilige Wirkung haben.

2. Vereinbarung der Kumulierung von Strafe und Schadenersatz

Nicht selten wird eine Kumulation der Ansprüche auf Konventionalstrafe und auf Schadenersatz den Interessen der Parteien entsprechen und auch vereinbart werden, was auf eine Nichtanrechnung der vom Schuldner bezahlten Strafe auf die Schadenersatzansprüche hinausläuft. Die Zulässigkeit derartiger Vereinbarung ist in der Literatur umstritten⁴³, kann aber angesichts des Grundsatzes der Vertragsfreiheit nicht zweifelhaft sein. Dies um so eher, als der Schutz des Schuldners durch die Möglichkeit richterlicher Herabsetzung gemäss OR 163/III (unten Ziff. V) hinreichend gewährleistet ist.

V. Richterliche Herabsetzung übermässiger Konventionalstrafen

1. Die Konventionalstrafe kann in ihrer Höhe von den Parteien grundsätzlich frei vereinbart werden. In der Praxis wird entweder eine feste Summe vereinbart oder aber die Höhe der Konventionalstrafe vom Umfange der Vertragsverletzung oder von anderen Umständen abhängig gemacht (Beispiel: Fr. 1000.- pro Tag verspäteter Ablieferung des Werkes etc.)⁴⁴.

2. OR 163/III statuiert jedoch eine Eingriffsmöglichkeit des angerufenen Richters: Dieser ist befugt, «übermässig hohe Konventionalstrafen ... nach seinem Ermessen *herabzusetzen*»⁴⁵. Dies jedoch nicht bereits, wenn die vereinbarte Konventionalstrafe

⁴² Dies wird im Interesse einer möglichst restriktiven Anwendung der Sondernorm von OR 161/II häufig aufgrund der Interessenlage als stillschweigend gewollt anzunehmen sein.

⁴³ Für das deutsche Recht ablehnend LINDACHER, p. 186 f. Bejahend etwa ENNECERUS/LEHMANN, *Recht der Schuldverhältnisse*, 15. Aufl., Tübingen 1958, § 37/III/2, p. 156; STAUDINGER/KADUK, § 340 BGB, N. 31.

⁴⁴ Vor allem in Standardverträgen wird häufig ein prozentualer Anteil des Kaufpreises als Konventionalstrafe vereinbart. Unter Umständen handelt es sich in derartigen Fällen allerdings um sogenannte Schadenspauschalierungen.

⁴⁵ Im *englischen Sprachbereich* besteht regelmässig ein entsprechendes richterliches Herabsetzungsrecht nicht. Falls die vertraglich vereinbarten «*liquidated damages*» nicht mehr als eine dem Gläubiger den Schadensnachweis ersparende antizipierte Schadenersatzvereinbarung verstanden werden können, sondern übermässig hoch und geeignet sind, den Schuldner unangemessen unter Druck zu setzen, werden sie als «*penalty*» («Strafvereinbarung») qualifiziert, die als solche nicht klagbar ist. Diesfalls kann der Gläubiger nur den von ihm nachgewiesenen Nichterfüllungsschaden fordern; die vertragliche Strafklausel bleibt ganz wirkungslos. Leading case: *Dunlop Pneumatic Tyre Co. Ltd. v. New Garage and Motor Co. Ltd.*, [1915] A.C. 79 ff. - Vgl. im übrigen die Vertragslehrbücher von England und USA «*liquidated damages*» bzw. «*penalty*».

ungewöhnlich hoch ist oder deren Geltendmachung «unbillig» bzw. «hart» erscheint. Massgebendes Entscheidungskriterium ist nach sich festigender Rechtsprechung vielmehr, dass die vereinbarte Höhe im Hinblick auf das Interesse des Gläubigers mit den Anforderungen der Gerechtigkeit und Billigkeit in *offenbarem* Widerspruch steht (BGE 103 II 108 f., 95 II 540, 91 II 383 Ziff. 11 und dort zit.). Der Richter hat daher nur krasse Missverhältnisse zu beseitigen⁴⁶. Bei der Beurteilung sind alle Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen, wie der Vermögensschaden des Gläubigers und das nicht vermögensmässig messbare Interesse des Gläubigers an der Erfüllung der Primärobligation, ferner die Schwere der Vertragsverletzung, der Grad des Verschuldens, die Höhe der vom Gläubiger eingeräumten vertraglichen Gegenleistung, auch die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Parteien usw.⁴⁷.

Voraussetzung der richterlichen Herabsetzung ist ein entsprechender Antrag des Schuldners⁴⁸. Im Klagabweisungsantrag kann allenfalls, wenn der Schuldner Herabsetzungsgründe behauptet, ein hinreichender Antrag erblickt werden⁴⁹.

Die Möglichkeit der Rückforderung einer bereits bezahlten überhöhten Konventionalstrafe ist kontrovers⁵⁰. M. E. ist der Herabsetzungsanspruch gemäss OR 163/III dann verwirkt, wenn (wie im Regelfall) in der Zahlung eine Anerkennung der Angemessenheit bzw. der Verzicht auf Herabsetzung zu erblicken ist⁵¹, abgesehen davon ist richterliche Herabsetzung verbunden mit einer Verpflichtung zur Rückleistung nur zulässig, wenn die Voraussetzungen der Rückforderung gemäss OR 63 (Nachweis irrtümlicher oder unfreiwilliger Zahlung) gegeben sind.

⁴⁶ Sonderregeln finden sich für den *Abzahlungsvertrag* (OR 226i/II) sowie den *Vorauszahlungsvertrag* (OR 227h/III): danach darf die Strafe 10% des Barkaufpreises nicht übersteigen.

⁴⁷ Das Bundesgericht hat in folgenden Entscheidungen Herabsetzung der Konventionalstrafe angeordnet: BGE 105 II 200; 103 II 136; 91 II 383; 68 II 175; 63 II 249. Dagegen wird Herabsetzung abgelehnt in BGE 103 II 108; 102 II 425 E. 4; 95 II 540; 83 II 375 E. 5; 82 II 146 E. 3. Vgl. auch die Kasuistik bei BECKER, OR 163 N. 24.

⁴⁸ A. M. BECKER, OR 163 N. 21, der eine Herabsetzung von Amts wegen annimmt.

⁴⁹ Vgl. BGE 109 II 121 = ZR 82/126, p. 308.

⁵⁰ Vgl. dazu den die Frage offenlassenden BGE 88 II 512 (mit zahlreichen Hinweisen).

⁵¹ § 343/I/2 BGB schliesst Herabsetzung nach Entrichtung der Strafe ausdrücklich aus.