

Konventionalstrafe für Bauverzögerungen (Versätungsstrafe)

ALFRED KOLLER

INHALTSVERZEICHNIS

Literaturverzeichnis	3
Einleitung	6
1. Teil:	
Von der Konventionalstrafe im allgemeinen	
I. Begriff und Funktion der Konventionalstrafe; Terminologie	9
1. Begriff	9
2. Funktion	13
3. Terminologie	15
II. Verwandte Tatbestände und Abgrenzungen	15
1. Reugeld	15
2. Haftgeld	17
3. Schadlosversprechen mit Schadenersatzpauschale	18
4. Unselbständige und selbständige Konventionalstrafe	18
5. Die Wahlschuld	20

III. Erscheinungsformen	20
1. Alternativ-, Kumulativ- und Exklusivstrafe	20
2. Alternativstrafe mit und ohne Rücktrittsvorbehalt (Reurecht) des Schuldners	21
3. Konventionalstrafen zugunsten des Gläubigers und zugunsten Dritter	22
IV. Verfall und Herabsetzung der Strafe; Untergang des Anspruchs auf die (verfallene) Strafe	23
1. Verfall (Verwirkung) der Strafe	23
2. Herabsetzung der Strafe	26
3. Untergang des Strafanspruchs nach Verfall der Strafe	28
V. Zum Verhältnis von Strafanspruch und Erfüllungsanspruch	29
1. Die in Art. 160 OR getroffene Regelung	29
2. Insbesondere das Verhältnis von Alternativstrafe und Erfüllungsanspruch	31
A. Rechtslage bis zur Wahl des Gläubigers	31
B. Rechtslage nach Ausübung des Wahlrechts	34
VI. Das Verhältnis des Strafanspruchs zu allfälligen Schadenersatzansprüchen	36
1. Die rechtliche Regelung (Art. 161 Abs. 2 OR) im Überblick	36
2. Anrechnung der Strafe auf den Schaden	38
3. Haftung für den die Strafe übersteigenden Schaden: Voraussetzungen	40
4. Exkurs: Strafanspruch und Anspruch auf Verspätungszins	42

2. Teil:

Insbesondere die Konventionalstrafe für Bauverzögerungen

I. Einleitung	44
II. Verwirkung der Verspätungsstrafe: Überblick	46
III. Insbesondere der Strafvorbehalt i.S.v. Art. 160 Abs. 2 OR	48
1. Grundsätzliches	48
2. Zeitpunkt des Vorbehalts	54
IV. Insbesondere der nachträgliche Verfall der (Verspätungs-) Strafe	59
1. Ausgangslage und Problemstellung	59
2. Nachträglicher Verfall, wenn die Strafe vorerst zufolge Schuldlosigkeit des Unternehmers nicht verfällt?	62
3. Nachträglicher Verfall, wenn die Strafe vorerst mangels Pflichtwidrigkeit des Unternehmers nicht verfällt?	63
4. Nachträglicher Verfall bei Übernahme der SIA-Norm 118?	65
5. Nachtrag: Illustration des «doppelten nachträglichen Verfalls»	66

LITERATURVERZEICHNIS

Die nachstehend aufgeführten Werke werden, wo nichts anderes vermerkt ist, nur mit dem Verfasseramen zitiert. Die (schweizerischen) Kommentarwerke (Berner Kommentar, Zürcher Kommentar, Basler Kurzkomentar) werden mit dem Namen des jeweiligen Bearbeiters und einem Kürzel für das Kommentarwerk (BerK, ZürK, BasK) zitiert, z.B. EHRAT/BasK.

BENTELE ROLAND, Die Konventionalstrafe nach Art. 160 - 163 OR, Diss. Freiburg 1994.

BEUTHIEN VOLKER, Pauschalierter Schadensersatz und Vertragsstrafe, in: Paulus Gotthard / Diederichsen Uwe / Canaris Claus-Wilhelm (Hrsg.), Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag, München 1973, S. 495 ff.

BÖCKLER ROLF, Die Entwicklung der Zusicherung in der Rechtsprechung des Reichsgerichts und Bundesgerichtshofs, Berlin 1987.

BÖGLI ROMAN, Der Übergang von der unternehmerischen Leistungspflicht zur Mängelhaftung, Diss. St. Gallen 1996.

BRÖNNIMANN C. JÜRGEN, Die Behauptungs- und Substanziierungslast im schweizerischen Zivilprozessrecht, Diss. Bern 1989.

BUCHER EUGEN, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Zürich 1988 (zit. BUCHER, OR AT).

BÜHLER THEODOR, Haft- und Reugeld sowie Konventionalstrafe im alten und im geltenden Obligationenrecht, in: Peter Hans / Stark Emil W. / Tercier Pierre (Hrsg.), Jubiläumsschrift: Hundert Jahre Schweizerisches Obligationenrecht, Freiburg 1982, S. 143 ff.

CHAVANNE SILVIE, Le retard dans l'exécution des travaux de construction: selon le Code des Obligations et la norme SIA 118, Basel 1993.

DIETZI WALTER, Die Konventionalstrafe und ihr Verhältnis zum Schadenersatz nach schweizerischem Recht, Diss. Basel 1935.

ENGEL PIERRE, Traité des obligations en droit suisse, Neuchâtel 1973 (zit. ENGEL, OR AT).

ESSER JOSEF / SCHMIDT EIKE, Schuldrecht, Band I, Allgemeiner Teil, Teilband 1, 7. Aufl., Heidelberg 1992 (zit. ESSER/SCHMIDT).

FISCHER DETLEV, Vertragsstrafe und vertragliche Schadensersatzpauschalierung, Frankfurt am Main 1981.

GAUCH PETER, Der Werkvertrag, 4. Aufl., Zürich 1996 (zit. GAUCH, Werkvertrag).

– Fristen und Termine – Die Bauzeit im Werkvertrag, BRT 1995, S. 1 ff. (zit. GAUCH, BRT 1995).

GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R., Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl., Zürich 1995.

- GERNHUBER JOACHIM, Handbuch des Schuldrechts, Bd. 8, Das Schuldverhältnis, Tübingen 1989 (zit. GERNHUBER, Schuldverhältnis).
- HEIERMANN WOLFGANG, Die Spezialregelung des § 6 VOB/B bei Behinderungen und Unterbrechungen der Ausführung von Bauleistungen, BB 1981, S. 876 ff.
- HESS CLAUS, Die Vertragsstrafe: ein unerkanntes Mittel privater Genugtuung, Berlin 1993.
- IM GEON-MYEON, Die Vertragsstrafe und deren Vorbehalt im BGB unter besonderer Berücksichtigung des § 11 Nr. 6 AGBG, Diss. Würzburg 1991.
- INGENSTAU HEINZ / KORBION HERMANN, VOB-Kommentar, 12. Aufl., Düsseldorf 1993 (zit. INGENSTAU/KORBION).
- JAUERNIG OTHMAR / SCHLECHTRIEM PETER / STÜRNER ROLF / TEICHMANN ARNDT / VOLLKOMMER MAX (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 7. Aufl., München 1994 (zit. JAUERNIG/Bearbeiter).
- KAPELLMANN KLAUS / LANGEN WERNER, Bemessung von Vertragsstrafen für verzögerte Baufertigstellung in AGB, BB 1987, S. 560 ff. (zit. KAPPELLMANN/LANGEN).
- KAPELLMANN KLAUS / SCHIFFERS KARL-HEINZ, Die Ermittlung der Ersatzansprüche des Auftragnehmers aus vom Bauherrn zu vertretender Behinderung (§ 6 Nr. 6 VOB/B), BauR 1986, S. 615 ff. (zit. KAPPELLMANN/SCHIFFERS).
- KLAUSER PETER, Die werkvertragliche Mängelhaftung und ihr Verhältnis zu den allgemeinen Nichterfüllungsfolgen, Diss. Zürich 1973.
- KLEINE-MÖLLER NILS, Die Vertragsstrafe im Bauvertrag, BB 1976, S. 442 ff.
- KNÜTEL ROLF, Verfallsvereinbarung, nachträglicher Verfall und Unmöglichkeit bei der Vertragsstrafe, AcP 1975, S. 45 ff.
- KOLLER ALFRED, Das Nachbesserungsrecht im Werkvertrag, 2. Aufl., Zürich 1995 (zit. KOLLER, Nachbesserungsrecht).
- Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band I, Bern 1996 (zit. KOLLER, OR AT).
- LARENZ KARL, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. I, Allgemeiner Teil, 14. Aufl., München 1987 (zit. LARENZ, SchR AT).
- LINDACHER WALTER F., Phänomenologie der «Vertragsstrafe». Vertragsstrafe, Schadensersatzpauschalierung und schlichter Schadensbeweisvertrag, Frankfurt a. M. 1972.
- LOKSAIER FREDJ, La clause pénale dans les contrats internes et dans les contrats internationaux, Diss. Lausanne 1985.
- MAULER FRANCIS, La clause pénale, Diss. Bern 1898.
- MAYRHOFER HEINRICH, Das Recht der Schuldverhältnisse, 1. Abt., Allgemeine Lehren, Wien 1986.
- MEDICUS DIETER, Schuldrecht I: Allgemeiner Teil, 6. Aufl., München 1992 (zit. MEDICUS, SchR AT).

- RECK RUDOLF M., Lohnrückbehalt, Kaution und Konventionalstrafe im schweizerischen Arbeitsrecht, Diss. Zürich 1983.
- REINICKE/TIEDTKE, Der Vorbehalt des Rechts auf die bereits erlangte Vertragsstrafe, DB 1983, S. 1639 ff.
- RIEMER HANS MICHAEL, Konventionalstrafen in Gestalt von Verfall- oder Verwirkungsklauseln, Peter Hans / Stark Emil W. / Tercier Pierre (Hrsg.), Jubiläumsschrift: Hundert Jahre Schweizerisches Obligationenrecht, Freiburg 1982, S. 443 ff.
- SCHOCH WALTER, Begriff, Anwendung und Sicherung der Konventionalstrafe nach schweizerischem Recht, Diss. Bern 1935.
- SCHUMACHER RAINER, Kommentar zur SIA-Norm 118, Art. 38 - 156 (herausgegeben von Peter Gauch), Zürich 1992 (zit. GAUCH/SCHUMACHER, N ... zu Art. ... SIA-Norm 118).
- STIERLI BRUNO, Die Architektenvollmacht, Diss. Freiburg 1988.
- SOSSNA RALF-PETER, Die Geschichte der Begrenzung von Vertragsstrafen, Berlin 1993.
- TSCHÜTSCHER KLAUS, Die Verjährung der Mängelrechte bei unbeweglichen Bauwerken, Diss. St. Gallen 1996 .
- VOGEL OSCAR, Grundriss des Zivilprozessrechts, 4. Aufl., Bern 1995.
- VON BÜREN BRUNO, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 1964 (zit. VON BÜREN, OR AT).
- VON TUHR ANDREAS / ESCHER ARNOLD, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 2. Bd., 3. Aufl., Zürich 1974 (zit. VON TUHR/ESCHER).
- VYGEN KLAUS, Rechtliche Beratungs- und Hinweispflichten des Architekten und Bauingenieurs beim Abschluss von Bauverträgen und bei der Vertragsabwicklung unter besonderer Berücksichtigung einer Vertragsstrafenvereinbarung im Bauvertrag, BauR 1984, S. 245 ff.
- VYGEN KLAUS / SCHUBERT EBERHARD / LANG ANDREAS, Bauverzögerung und Leistungsänderung, 2. Aufl., Wiesbaden und Berlin 1994 (zit. VYGEN/SCHUBERT/LANG).
- WERZ JEAN CLAUDE, Delay in Construction Contracts, Diss. Freiburg 1994.

Einleitung

Die Bedeutung der Bauzeit für die Parteien und deren Sicherung durch Konventionalstrafe

- 1 **1. Die Bedeutung der Bauzeit für den Bauherrn¹.** Ein Bauherr, der sich mit der Durchführung eines bestimmten Bauvorhabens befasst, wird meist auch konkrete Vorstellungen hinsichtlich der Zeit der Bauausführung haben. Insbesondere wird ihn der Fertigstellungstermin interessieren, z.B. deshalb, weil er das Werk zu einem bestimmten Zeitpunkt beziehen will (man denke etwa an Olympia- oder Messebauten), oder weil er auf den Fertigstellungstermin hin gewisse Dispositionen treffen will (z.B. eine Mietwohnung kündigen). Dem Bauherrn ist aber sehr oft nicht nur daran gelegen zu wissen, wann das Werk vollendet ist, er will vielmehr auch wissen, wann mit den Bauarbeiten begonnen werden wird. Dies nur schon deshalb, weil rechtzeitiger Beginn und rechtzeitige Vollendung in unmittelbarem Zusammenhang stehen. Dazu kommt, dass die Herstellung des Werks für den Bauherrn mit verschiedenen Mitwirkungspflichten verbunden ist und es daher naheliegt, dass sich der Bauherr über den Zeitpunkt der ihm obliegenden Pflichterfüllung ins Bild setzt. Die gleichen Überlegungen gelten auch für die *Bauausführung*: Der Bauherr hat ein Interesse zu wissen, wann was geschieht, nicht nur wegen der eigenen Mitwirkungspflichten, sondern auch deshalb, weil er sich so ein Bild darüber verschaffen kann, ob die Planung des Unternehmers die Einhaltung des Vollendungstermins ermöglichen wird.
- 2 Angesichts der Bedeutung, welche die Bauzeit für den Bauherrn hat, werden in Bauwerkverträgen über die Bauzeit meist – wenn auch nicht immer – Abmachungen getroffen. Insbesondere findet sich häufig eine vertragliche Fixierung des Vollendungstermins. Dieser wird beispielsweise kalendermäßig festgelegt, oder es wird eine bestimmte Bauzeit ab einem bestimmten Zeitpunkt (z.B. dem Abruf der Arbeiten durch den Besteller) abgemacht². Auch finden sich nicht selten Beginn-Termine und Zwischentermine.

¹ Vgl. z.B. HEIERMANN, BB 1981, S. 877.

² BauR 1983, S. 80: «Vereinbarungsgemäss sollten die Bauarbeiten am 12. 4. 1976 aufgenommen werden und nach 26 Wochen beendet sein.» BauR 1982, S. 67, betraf einen Fall, in dem der Anfangstermin nicht festgelegt war, wohl aber die Dauer der Bauzeit.

- 3 Solche Abmachungen werden häufig durch **Konventionalstrafen** zugunsten des Bauherrn gesichert. Die drohende Strafe soll den Unternehmer anspornen, den Termin einzuhalten. Ferner soll der Bauherr vom meist schwierigen³ Schadensnachweis entlastet werden (Weiteres in Nr. 23).
- 4 **2. Die Bedeutung der Bauzeit für den Unternehmer.** Die Bauzeit spielt auch für den Unternehmer eine ausschlaggebende Rolle. Einmal deshalb, weil davon verschiedene Dispositionen abhängig sein können, so etwa die Annahme von Anschlussaufträgen, die Einstellung von Arbeitnehmern, die Miete von Geräten, usw. Sodann ist die Bauzeit für die Preiskalkulation von Bedeutung. Denn die meisten Kosten sind zeitabhängige Kosten⁴, so dass die Dauer der Bauzeit unmittelbar auf die Kosten durchschlägt und damit preisrelevant ist. Je länger eine Baustelleneinrichtung, je länger Geräte und Maschinen, je länger Leute gebraucht werden, um so höher sind die dem Unternehmer entstehenden Kosten. Daraus folgt, dass der Unternehmer dort, wo er den Werkvertrag zu einem Pauschalpreis oder zu Einheitspreisen schliesst, an einer strikten Einhaltung der Bauzeit, welche der Preiskalkulation zugrunde liegt, interessiert ist. Kann die Bauzeit nicht eingehalten werden, entstehen Kosten, welche bei der Preisbestimmung keine Berücksichtigung fanden.
- 5 Da die Einhaltung der Bauzeit nicht nur vom Unternehmer, sondern auch davon abhängt, dass der Besteller seinen Mitwirkungspflichten nachkommt, ist der Unternehmer an der zeitlichen Fixierung solcher Pflichten interessiert. Daher finden sich in der Praxis gelegentlich Klauseln, mit denen ein bestimmter Abgabezeitpunkt für Pläne u. dgl. festgelegt wird. Im weiteren ist zu beachten, dass die vertragliche Terminierung der Bauzeit (oben Ziff. 1) nicht nur für den Unternehmer verbindlich ist, sondern auch für den Bauherrn, in dem Sinne, dass er dem Unternehmer die Einhaltung der Termine ermöglichen muss. Wurde beispielsweise ein Termin für den Baubeginn abgemacht, so wird an diesem Termin die Arbeitsleistung nicht nur fällig, sondern auch erfüllbar⁵, was entsprechende – ungeschriebene – Mitwirkungspflichten des Bestellers zur Folge hat (er muss z.B. den Baugrund zur Verfügung stellen). Kommt er insoweit in Gläubigerverzug und hindert er dadurch den Unternehmer an der Einhaltung eines Termins, so hat der Unternehmer Anspruch auf eine Terminverschiebung (Genaueres in Nr. 210 ff.).

³ Zu diesen Schwierigkeiten z.B. KAPPELLMANN/SCHIFFERS, BauR 1986, S. 615 ff.

⁴ VYGEN/SCHUBERT/LANG, Nr. 7.

⁵ Fälligkeitstermine sind mit anderen Worten auch Erfüllungstermine.

- 6 Auch der Unternehmer kann die Einhaltung von Terminen durch **Konventionalstrafe** sichern, so etwa für den Fall, dass der Bauherr die Baubewilligung nicht rechtzeitig beibringt⁶. Allerdings kommt dies relativ selten vor.
- 7 **3. Eingrenzung des Themas und weiteres Vorgehen.** Vorerst ist nun in einem Grundlagenkapitel von der Konventionalstrafe im allgemeinen die Rede. Hierauf wird speziell auf Strafen eingegangen, welche sich der Bauherr zwecks Sicherung von Vollendungsterminen ausbedungen hat. Konventionalstrafen zur Sicherung von Beginn- oder Zwischenterminen werden nur am Rande behandelt. Ausser Betracht bleiben Konventionalstrafen zugunsten des Unternehmers.

⁶ Vgl. BECKER, BerK, N 17 zu Art. 160 OR.

1. Teil:

Von der Konventionalstrafe im allgemeinen

I. Begriff und Funktion der Konventionalstrafe; Terminologie

1. Begriff

- 8 1. Unter einer Konventionalstrafe ist eine **Leistung** zu verstehen, welche ein Vertragspartner **für den Fall, dass er den Vertrag nicht oder nicht richtig erfüllt**, zu erbringen verspricht (Strafversprechen; vgl. die Formulierung von Art. 160 OR)⁷. Das Strafversprechen bedarf der Annahme durch den Gläubiger, damit es den Anspruch auf die Leistung (Konventionalstrafe) zu begründen vermag. Es gilt somit das Vertragsprinzip⁸. Präzisierungen:
- 9 2. **Zum Begriff der Leistung.** – a) Die als Konventionalstrafe versprochene Leistung ist regelmässig auf ein (positives) Tun gerichtet; Unterlassungen kommen zwar in Frage, spielen aber praktisch keine Rolle. Meist handelt es sich um eine Geldleistung. Auf diesen Hauptfall ist der Gesetzestext zugeschnitten (vgl. Art. 161 Abs. 2 OR: «Betrag der Strafe», 162 Abs. 1 OR: «Teilzahlungen»). «Doch stehen den Parteien auch andere Leistungen zu Gebote» (GERNHUBER, Schuldverhältnis, S. 758). Wo eine solche «andere Leistung» versprochen ist, stellen sich allerdings eigene Rechtsanwendungsprobleme, so etwa hinsichtlich Art. 163 Abs. 3 OR⁹.

⁷ Theoretisch ist denkbar, dass auch nicht-vertragliche Schulden durch Konventionalstrafe gesichert werden (EHRAT, BasK, N 3 zu Art. 160 OR). Solche Fälle sind jedoch von derart untergeordneter Bedeutung, dass sie im Gesetz unerwähnt blieben (Art. 160 OR bezieht sich ausdrücklich auf den Fall, dass eine Leistung für die Nichterfüllung oder nicht richtige Erfüllung eines «Vertrages» versprochen wird). Sie bleiben daher im folgenden ausser Betracht.

⁸ Das Strafversprechen ist also kein einseitiges Rechtsgeschäft (GERNHUBER, Schuldverhältnis, S. 762, mit praktisch wenig bedeutsamer Präzisierung): Der Schuldner vermag die Rechtslage nicht einseitig zu gestalten, sondern nur im Zusammenwirken mit dem Gläubiger. Das bedeutet, dass sich der Gläubiger einen Anspruch auf Konventionalstrafe nicht aufdrängen lassen muss (vgl. KOLLER, OR AT, S. 399 Anm. 730). Er muss vielmehr damit einverstanden sein. Allerdings ist dieser Wille im Normalfall zu vermuten, weshalb das Strafversprechen regelmässig unter Art. 6 OR fällt. Wenn also der Gläubiger das Strafversprechen nicht innert angemessener Frist zurückweist, so entfaltet es die gewünschte Wirkung.

⁹ Vgl. BENTELE, S. 127 f.

- 10 b) **Keine Leistung** ist der **Verlust von Rechten** als unmittelbare Folge verpönten Verhaltens, «sei es nun als gänzlicher Verlust, sei es auch nur als partieller (Minderung des Kaufpreises für den Verkäufer; Minderung des Entgelts für Dienstleistungen). Keine Leistung sind auch andere unmittelbar eintretende Einbussen wie die vorzeitige Fälligkeit einer an sich noch nicht fälligen Leistung» (GERNHUBER, Schuldverhältnis, S. 759). In solchen Fällen liegt zwar keine Konventionalstrafe vor, doch ist grundsätzlich eine analoge Anwendung der Art. 160 ff. OR geboten. – Kein Strafversprechen im eigentlichen Sinne beinhalten ferner sog. **Verfallklauseln**¹⁰. Das sind Klauseln, wonach eine vom Schuldner bereits erbrachte Leistung dem Gläubiger verfällt, falls der Schuldner eine Vertragsverletzung begeht (**Verlust einer bereits erbrachten Leistung**)¹¹. Anders als bei der Konventionalstrafe wird hier nicht eine Leistung *versprochen*, sondern es wird *versprochen*, eine bereits erbrachte Leistung – unter bestimmten Voraussetzungen – beim Gläubiger zu *belassen*. Dieser Unterschied rechtfertigt jedoch keine prinzipiell andere rechtliche Behandlung. Im Gegenteil drängt es sich auf, die Art. 160 ff. OR analog anzuwenden (a.A. BGE 80 II 133)¹², insbesondere Art. 163 Abs. 2 und 3 OR. Für einen Sonderfall ist dies in Art. 162 Abs. 1 OR ausdrücklich vorgesehen.
- 11 Art. 162 Abs. 1 OR betrifft die «Abrede, dass Teilzahlungen im Falle des Rücktrittes dem Gläubiger verbleiben sollen». Mit dem Rücktritt ist der Rücktritt des *Gläubigers* gemeint, und zwar der Rücktritt für den Fall, dass der Schuldner eine Vertragsverletzung begeht, insbesondere in Verzug gerät (diesfalls steht der Rücktritt nach Massgabe von Art. 107 Abs. 2 OR offen). Eine derartige Abrede ist zwar keine Strafabrede im Sinne der Art. 160 ff. OR, aber gemäss Art. 162 Abs. 1 OR nach diesen Vorschriften «zu beurteilen»; insbesondere kommt Art. 163 Abs. 3 OR zum Zuge. Der Gläubiger kann also vom Richter verpflichtet werden, die bereits bezogenen Leistun-

¹⁰ Das ist freilich umstritten (BENTELE, S. 15 f. und 131, EHRAT, BasK, N 9 f. zu Art. 160 OR). Z.B. RIEMER, S. 450, will auf solche Klauseln die Art. 160 ff. OR unmittelbar zur Anwendung bringen.

¹¹ Der Begriff der Verfallklausel wird z.T. in einem weiteren Sinne verstanden (vgl. z.B. DIETZI, S. 21 ff.). Insbesondere werden häufig auch Klauseln, wie sie vorstehend im Text umschrieben wurden, als Verfallklauseln aufgefasst, also z.B. die Klausel, wonach eine Vertragsverletzung die Fälligkeit vorverschiebt.

¹² BENTELE, S. 132; BUCHER, OR AT, S. 523 Anm. 7; GAUCH, BRT 1995, S. 20 Anm. 77; RIEMER, S. 450, will die Art. 160 ff. OR – wie erwähnt – unmittelbar zur Anwendung bringen. Wie das Bundesgericht von TUHR/ESCHER, S. 279, mit Hinweis auf den Willen des historischen Gesetzgebers in Anm. 23. In Deutschland nimmt man an, es liege keine Konventionalstrafe vor, doch sei die analoge Anwendung der diesbezüglichen Regeln geboten (GERNHUBER, Schuldverhältnis, S. 759).

gen, soweit übermässig, zurückzuerstatten¹³. Gemäss Art. 162 Abs. 2 OR bleiben «die Vorschriften über das Abzahlungsgeschäft ... vorbehalten». Gemeint sind die Art. 226i und 227h OR. Diese Bestimmungen sehen vor, dass der Gläubiger (Verkäufer) die erbrachten Teilzahlungen *vollumfänglich* zurückzuerstatten hat.

- 12 c) Die (Straf-)Leistung ist im Normalfall zum vornherein bestimmt (geschuldet sind beispielsweise Fr. 10'000.–). **Bestimmbarkeit genügt** jedoch, wie bei jedem anderen Vertrag auch¹⁴. Es ist beispielsweise denkbar, dass die zu erbringende Leistung gegebenenfalls von einem Dritten bestimmt wird¹⁵ oder dass sich die Konventionalstrafe nach einem Tarif richtet, der im Zeitpunkt des Strafverfalls (dazu Nr. 73 ff.) in Geltung ist (vgl. BGE 83 II 525 ff.).
- 13 3. Als Konventionalstrafe ist nur eine Leistung anzusehen, welche **«für den Fall der Nichterfüllung oder der nicht richtigen Erfüllung eines Vertrages» versprochen wird** (Art. 160 OR). Daher ist keine Konventionalstrafe anzunehmen,
- 14 – wenn der Schuldner für den Fall, dass er von einem vertraglichen Recht Gebrauch macht, eine Entschädigung zu leisten hat. Insbesondere fällt das Reugeld, welches als Entschädigung für die Ausübung eines vertraglich eingeräumten Rücktrittsrechts anzusehen ist, nicht unter den Begriff der Konventionalstrafe (s. unten Nr. 34 ff.).
- 15 – wenn jemand eine Leistung verspricht für den Fall, dass er eine *nicht geschuldete* Leistung nicht erbringen sollte. Ein derartiges sog. selbständiges Strafversprechen fällt zwar nicht unmittelbar unter Art. 160 ff. OR, doch kommen einzelne Bestimmungen analog zum Tragen (unten Nr. 55 f., 57 f.).
- 16 Beispiel: A ist im Besitze eines von B schon lange gesuchten Buches. Auf entsprechende Anfrage des B erklärt A, er werde sich einen Verkauf überlegen, und verspricht B für den Fall, dass er sich dazu nicht entschliessen kann, Fr. 10.–. Hier ist A zur Lieferung des Buches nicht verpflichtet, er ist lediglich verpflichtet, für den Fall der Nichtlieferung den Betrag von Fr. 10.– zu zahlen.
- 17 **Nicht jede für den Fall der Nichterfüllung versprochene Leistung ist eine Konventionalstrafe.** Nicht hierher gehört insbesondere das Schadlosversprechen, und zwar auch dann nicht, wenn pauschalierter Schadenersatz (**Schadenersatzpauschale** oder **Schadenspauschale**) versprochen wird. Ein solches Versprechen ist auf Schadensausgleich gerichtet, also auf den Aus-

¹³ OSER/SCHÖNENBERGER, ZürK, N 4 zu Art. 162 OR.

¹⁴ Vgl. KOLLER, OR AT, Nr. 407 ff.

¹⁵ Vgl. VON TUHR/ESCHER, S. 277, mit Hinweis auf ZR 1926, S. 180 (in Anm. 3a); RIEMER, S. 443.

gleich rein vermögensmässiger Interessen. Demgegenüber ist die Konventionalstrafe geeignet, beliebige Interessen abzudecken, materielle wie immaterielle. Das schliesst allerdings nicht aus, dass Konventionalstrafen auch zur Sicherung rein vermögensmässiger Interessen verwendet werden. Der Garagist beispielsweise, der gewerbsmässig Autos verkauft, ist in der Regel nur am Verkaufsgewinn interessiert, nicht auch an der realen Vertragsdurchführung. Nichts steht jedoch entgegen, dass er dieses rein finanzielle Interesse durch Konventionalstrafe sichert: indem er eine schadensunabhängige Leistung vereinbart¹⁶.

- 18 Dass Schadenersatzpauschalen keine Konventionalstrafen sind¹⁷, ist nirgendwo ausdrücklich vorgesehen¹⁸, ergibt sich aber aus dem gesetzlichen Leitbild der Konventionalstrafe: Die Art. 160 ff. OR passen für Schadenersatzpauschalen zu einem guten Teil nicht. Das gilt u.a. für Art. 161 und 163 Abs. 1 OR¹⁹. Vor allem aber ist die praktisch bedeutsamste Regel, Art. 163 Abs. 3 OR, nicht auf solche Pauschalen zugeschnitten. Denn: Ist der Schaden richtig pauschaliert, so kommt eine Herabsetzung nicht in Frage, mag auch die Pauschale noch so hoch sein. Ist sie falsch berechnet, so ist sie – wie ich in einem separaten Aufsatz zu zeigen versuchen werde – unwirksam oder zu berichtigen, eine Herabsetzung nach Ermessen des Richters, wie dies in Art. 163 Abs. 3 OR vorgesehen ist, scheidet jedoch wiederum aus²⁰.

¹⁶ Eine solche Konventionalstrafe ist jedoch von einer Schadenersatzpauschale praktisch oft kaum zu unterscheiden. Vgl. GERNHUBER, Schuldverhältnis, S. 761 f.

¹⁷ Diese Ansicht ist nicht unbestritten. So scheint BÜHLER, S. 163 ff. (vgl. insbesondere Anm. 164) davon auszugehen, dass der pauschalierte Schadenersatz ebenfalls unter den Begriff der Konventionalstrafe fällt. Die herrschende Lehre trennt jedoch Schadenersatzpauschale und Konventionalstrafe (BENTELE, S. 19 ff.; GAUCH/SCHLUEP, Nr. 3974; ENGEL, OR AT, S. 579 Nr. 271). In Deutschland ist die Lehre sehr geteilt: Vgl. die Nachweise bei BEUTHIEN, S. 496 unten/497, und in NJW 1970, S. 31 rechte Spalte unten, 32. S. ferner FISCHER, S. 167 ff., der die Pauschale als Konventionalstrafe auffasst, und ESSER/SCHMIDT, S. 271, die gegenteiliger Meinung sind.

¹⁸ Vgl. demgegenüber § 11 AGBG: Für Schadenspauschalierungen und Vertragsstrafen bestehen unterschiedliche Regelungen (Nr. 5 bzw. Nr. 6). Zur Unterscheidung SCHLOSSER/COESTER-WALTJEN/GRABA, Kommentar zum AGBG, Bielefeld 1977, N 15 ff. zu § 11 Nr. 5.

¹⁹ Art. 160 Abs. 2 OR kommt jedenfalls insoweit nicht zum Zuge, als er den Anspruch auf die Verspätungsstrafe von einem rechtzeitigen Strafvorbehalt abhängig macht (dazu Nr. 92 ff, eingehend Nr. 165 ff.): Schadenersatzansprüche fallen nicht dahin, wenn sich der Gläubiger im Zeitpunkt der Erfüllung Schadenersatz nicht vorbehält; eine Pauschalierung des Schadenersatzes ändert hieran nichts.

²⁰ A.A. BENTELE, S. 21, der Art. 163 Abs. 3 OR analog anwenden will. Wie Bentele schon früher BUCHER, OR AT, S. 525; EHRAT, BasK, N 12 zu Art. 160 OR; wohl auch GAUCH/SCHLUEP, Nr. 3974. In Deutschland wird eine Analogie zu § 343 BGB, der Parallelbestimmung zu Art. 163 Abs. 3 OR, von der herrschenden Lehre

- 19 In Schadensversprechen wird der Tatbestand, an dessen Verwirklichung die Leistung der Schadenersatzpauschale geknüpft wird, meist ausdrücklich umschrieben. Möglich ist aber auch, dass die Pauschale einfach dann geschuldet sein soll, wenn sich ein (bestimmter) gesetzlicher Haftungstatbestand verwirklicht.
- 20 4. Für die **Vereinbarung einer Vertragsstrafe (Strafabrede)** gelten die allgemeinen Abschlussregeln (Art. 1 ff. OR). Eine besondere Form ist nicht vorgesehen, doch ist anerkannt, dass die Strafabrede «vom Formerfordernis des Hauptvertrages abhängig ist» (SCHOCH, S. 21), dies zumindest dort, wo eine Formvorschrift (u.a.) dem Übereilungsschutz dient. Daher unterliegen beispielsweise Strafabreden zur Sicherung eines Grundstückverkaufes der öffentlichen Beurkundung (ZR 1963, S. 86).
- 21 Strafversprechen finden sich häufig in AGB. Ob solche Versprechen vom Konsens erfasst sind, ist nach den allgemeinen AGB-Grundsätzen zu entscheiden. So kann die Verbindlichkeit an der Ungewöhnlichkeitsregel²¹ scheitern. Hat eine Strafe Versicherungsfunktion (Nr. 26), wird man sie im allgemeinen als ungewöhnlich bezeichnen müssen²². Nicht ungewöhnlich sind Verspätungsstrafen im Baugewerbe. «Zur Sicherung von Ablieferungsterminen werden sie sogar häufig vereinbart» (KGer SG, Urteil 3ZK 92-99, vom 8. Juli 1993, S. 9; BGH, BauR 1976, S. 279, BauR 1983, S. 81).
- 22 Strafabreden unterliegen den allgemeinen Gültigkeitsvorschriften (Art. 19 f. OR). Dazu kommen einzelne Sondervorschriften. So hält Art. 163 Abs. 2 OR (die Selbstverständlichkeit) fest, dass die Strafabrede nichtig ist, «wenn sie ein widerrechtliches oder unsittliches Versprechen bekräftigen soll». S. ferner Art. 91 Abs. 2 ZGB. Zu Art. 163 Abs. 3 OR s. hinten Nr. 88 ff. Für Strafversprechen in AGB ist Art. 8 UWG zu beachten. In den Anwendungsbereich dieser Bestimmung können jedenfalls Strafversprechen mit Versicherungsfunktion (Nr. 26) fallen.

2. Funktion

- 23 1. Die Konventionalstrafe soll das Erfüllungsinteresse des Gläubigers sichern: das Interesse daran, dass der Schuldner die versprochene Leistung gehörig erbringt. Diese Sicherung erfolgt dadurch, dass der Schuldner im Falle einer Vertragsverletzung eine schadensunabhängige Leistung zu erbringen hat (**Beugefunktion**). Statt von Beugefunktion kann auch von Ab-

abgelehnt; s. z.B. BEUTHIEN, S. 502, mit der treffenden Bemerkung, Schadenspauschalen könnten weder «unverhältnismässig hoch» noch «angemessen» sein, sondern nur «zutreffen oder falsch» sein.

²¹ Dazu neustens KOLLER, OR AT, Nr. 1580 ff.

²² Vgl. INGENSTAU/KORBION, N 6 zu § 11 VOB/B.

schreckungsfunktion gesprochen werden: Der Schuldner soll abgeschreckt werden, den Vertrag zu verletzen. In dieser rein präventiven Funktion erschöpft sich die Strafe. Vergeltung bezweckt sie – im Unterschied zur Strafe im üblichen strafrechtlichen Sinne – nicht.

- 24 Gelegentlich wird der Eindruck erweckt, die Beugefunktion müsse verabredet sein²³. Das ist missverständlich. Denn wo für den Fall einer Vertragsverletzung eine schadensunabhängige Leistung versprochen wurde, kommt dieser notwendig Beugefunktion zu. Die Vereinbarung einer Konventionalstrafe, wie sie oben umschrieben wurde, ist also immer auf Beugung gerichtet. Allerdings kann der Beugeeffekt im Einzelfall sehr gering sein. Das ist z.B. dann der Fall, wenn eine Alternativstrafe (Nr. 62) vereinbart wurde und die Strafe so tief angesetzt ist, dass der Schuldner realistischerweise nicht damit rechnen muss, der Gläubiger werde gegebenenfalls die Strafe statt der Erfüllung verlangen.
- 25 2. Wo das Erfüllungsinteresse des Gläubigers – ausnahmsweise – ausschliesslich ideeller Natur ist, hat die Konventionalstrafe keine andere als die erwähnte Beugefunktion. Wo hingegen auch (oder nur) materielle Interessen im Spiele sind und daher im Falle der Nichterfüllung mit Schaden zu rechnen ist, da kommt eine zweite, die sog. **Schadenersatzfunktion**²⁴, dazu: Eine Strafabrede erleichtert die Schadensliquidation, weil die Geltendmachung der Konventionalstrafe keinen Schaden voraussetzt. In Höhe der Strafe wird somit der Gläubiger von dem ihm obliegenden Schadensbeweis (Art. 42 OR i.V.m. Art. 99 Abs. 3 OR) entlastet.
- 26 3. Eine Konventionalstrafe ist grundsätzlich nur verfallen, wenn der Schuldner die Nicht- oder nicht gehörige Erfüllung zu vertreten hat (Art. 163 Abs. 2 OR). Die Parteien können jedoch von diesem Erfordernis absehen. Alsdann kommt der Strafe eine Art **Versicherungsfunktion** zu.
- 27 Die Konventionalstrafe wird von vielen als bifunktionales Rechtsinstitut bezeichnet²⁵. Das ist nach dem Gesagten nicht zutreffend, weil die Strafe sowohl trifunktionales Institut sein kann als auch monofunktionales (Nr. 25). Immerhin ist die Konventionalstrafe *in aller Regel* bifunktional.
- 28 4. Die umschriebenen Funktionen kommen auch anderen Instituten als Konventionalstrafen zu. So sind Schadenersatzpauschalen nicht minder als Konventionalstrafen geeignet, die Schadensliquidation zu erleichtern. Sie haben auch Beugefunktion, vermögen jedoch diese Funktion nur beschränkt wahrzunehmen, weil sie ihrer Höhe nach auf den (pauschalierten) Schaden beschränkt sind, wogegen Konventionalstrafen in beliebiger Höhe vereinbart werden können. Auch die Versicherungsfunktion kann mit einer Schadenersatzpauschale, bzw. einem pauschalierten Schadlosversprechen, verbunden werden.

²³ Vgl. LARENZ, SchR AT, S. 384.

²⁴ Vgl. z.B. SCHOCH, S. 33 f.; KNÜTEL, S. 54.

²⁵ Z.B. VON TUHR/ESCHER, S. 277; GERNHUBER, Schuldverhältnis, S. 757.

- 29 Wo sich die Konventionalstrafe an dem zu erwartenden Schaden orientiert, ist sie von einer Schadenersatzpauschale praktisch oft kaum zu unterscheiden. Das ändert aber am prinzipiellen Unterschied nichts: Die Konventionalstrafe ist eine schadensunabhängige Leistung, die Schadenspauschale nicht (es wird lediglich ein konkreter Schadensbeweis durch eine Schadensschätzung ersetzt). Dieser Unterschied wirkt sich rechtlich allerdings kaum aus. Insbesondere ist zu beachten, dass eine schadensorientierte Konventionalstrafe – gleich wie eine Schadenersatzpauschale (Nr. 18 und Anm. 20) – fix ist; eine Herabsetzung (Art. 163 Abs. 3 OR) rechtfertigt sich nicht.

3. Terminologie

- 30 Der durch die Konventionalstrafe gesicherte Anspruch heisst *Hauptanspruch*, der Anspruch aus dem Strafversprechen *Strafanspruch*. Der Vertrag, dessen Erfüllung gesichert wird, heisst *Hauptvertrag*, der Vertrag auf Leistung der Konventionalstrafe *Strafvereinbarung*, *-klausel*, *-abrede*.
- 31 Wird eine Konventionalstrafe für den Fall der verspäteten Leistung versprochen, so handelt es sich um eine *Verspätungs- oder Verzugsstrafe*.
- 32 Der *Straftatbestand* ist erfüllt, wenn die Voraussetzungen für den Strafanspruch entstanden sind, also die *Strafe verfallen* ist. Hierfür ist eine Vertragsverletzung vorausgesetzt (Art. 160 Abs. 1 OR), die zudem im Normalfall verschuldet sein muss (Genaueres unten Nr. 74 ff.).
- 33 Derjenige, der ein Strafversprechen abgibt, wird gelegentlich als *Promittent* bezeichnet, der Empfänger des Versprechens als *Promissar*²⁶.

II. Verwandte Tatbestände und Abgrenzungen

1. Reugeld

- 34 1. **Begriff des Reugeldes.** Das Reugeld ist Entschädigung für die Geltendmachung eines vertraglich eingeräumten Reurechts, d.h. eines Rücktrittsrechts (BGE 84 II 155)²⁷. Das **echte** Reugeld wird gemäss Art. 158 OR «beim Vertragsabschlusse» hingegeben. Geht die Abmachung dahin, dass das Reugeld erst bei Ausübung des Rücktrittsrechts zu bezahlen ist, so handelt es sich um ein **unechtes** Reugeld (Beispiel: BGE 110 II 141 ff.).
- 35 Beim echten Reugeld kann sich dessen Empfänger von seiner Leistungspflicht befreien, indem er den doppelten Betrag erstattet, also das Reugeld zurückzahlt und zusätzlich den

²⁶ So z.B. OSER/SCHÖNENBERGER, ZürK, z.B. N 7 zu Art. 160 OR.

²⁷ Das Reugeld begründet eine alternative Ermächtigung: Der Rücktrittsberechtigte hat die Wahl, den Vertrag zu erfüllen oder von ihm gegen Erlegung des Reugeldes zurückzutreten (BGE 84 II 155); BÜHLER, S. 160.

gleichen Betrag als Entschädigung leistet (Art. 158 Abs. 3 OR). Dieser letztere Betrag ist aus der Sicht des Empfängers Reugeld. Sieht aber der Gesetzgeber die Möglichkeit eines derartigen, nicht schon bei Vertragsabschluss bezahlten «funktionellen» Reugeldes vor, so muss Entsprechendes auch vertraglich abgemacht werden können. Es kann also rechtswirksam ein entgeltliches Reurecht vereinbart werden, ohne dass der Reubetrag bereits im Zeitpunkt dieser Vereinbarung zu bezahlen ist.

- 36 Ein Reugeld im Sinne von Art. 158 OR ist Entgelt für ein *vertragliches* Rücktrittsrecht. Doch ist natürlich auch denkbar, dass für den Fall der Geltendmachung eines *gesetzlichen* Rücktrittsrechts ein Reugeld vereinbart wird. Um ein solches Reugeld handelt es sich beispielsweise in Art. 226c Abs. 3 OR. Die folgenden Ausführungen betreffen – mit einer Ausnahme (Nr. 44) – nur das Reugeld i.S.v. Art. 158 OR.
- 37 **2. Das echte Reugeld unterscheidet sich von der Konventionalstrafe in zweierlei Hinsicht:**
- 38 – Die Konventionalstrafe ist Entschädigung für eine Vertragsverletzung, wogegen das Reugeld Entschädigung für die Ausübung eines Rücktrittsrechts ist.
- 39 – Die (echte) Konventionalstrafe wird nicht schon beim Vertragsabschluss hingegeben, vielmehr handelt es sich um eine bedingte künftige Leistung, welche für den (ungewissen) Fall einer Vertragsverletzung versprochen wird. Wird die Leistung bereits bei Vertragsabschluss erbracht, so handelt es sich um eine unechte Konventionalstrafe (Nr. 10).
- 40 Das unechte Reugeld nähert sich der (echten) Konventionalstrafe, die unechte Konventionalstrafe (Nr. 10) dem (echten) Reugeld. Unterschiedlich ist jeweils nur der Zweck: Das Reugeld ist Entschädigung für die Geltendmachung eines Rücktrittsrechts, die Konventionalstrafe Entschädigung für eine Vertragsverletzung.
- 41 **3. Echte Konventionalstrafe und unechtes Reugeld können kombiniert werden.** Das ist in Art. 160 Abs. 3 OR ausdrücklich vorgesehen: Es kann eine Konventionalstrafe abgemacht und gleichzeitig dem Schuldner das Recht eingeräumt sein, sich bei Verwirkung der Strafe durch deren Entrichtung von der Hauptschuld zu befreien, also vom Vertrag zurückzutreten. Man spricht hier von einer sog. Wandelpön. Bei dieser sind Konventionalstrafe und Reugeld in dem Sinne aufeinander bezogen, als das Rücktrittsrecht nur bei Verwirkung der Strafe besteht (vgl. Art. 340b Abs. 2 OR).
- 42 Bei der Wandelpön verspricht der Schuldner eine Entschädigung für den Fall, dass er vom Vertrag zurücktritt (sie ist insoweit Reugeld). Der Rücktritt aber ist nicht vorbehaltlos möglich, sondern nur unter der Voraussetzung, dass der Schuldner eine Vertragsverletzung begeht (insoweit ist die Wandelpön Konventionalstrafe). Weiteres s. unten Nr. 167 ff.
- 43 **4. Rechtliche Behandlung des Reugeldes.** Eine Herabsetzung des Reugeldes ist nicht vorgesehen. Indem Art. 158 OR diese Möglichkeit nicht er-

wähnt, will er zweifellos eine von Art. 163 Abs. 3 OR abweichende Regelung treffen. Die Abweichung ist gerechtfertigt. Denn das Reugeld ist nur geschuldet, wenn der Schuldner von seinem – durch Vertrag eingeräumten! – Rücktrittsrecht Gebrauch macht. Das aber steht ihm frei. Auch wenn der Gläubiger das Reugeld zurückzahlt und sich durch zusätzliche Erstattung des gleichen Betrages von seiner Schuld befreit (Art. 158 Abs. 3 OR; Nr. 35), ist eine Herabsetzung nicht möglich. Dasselbe muss bei einem unechten Reugeld gelten. Ist freilich das (echte oder unechte) Reugeld gleichzeitig (unechte bzw. echte) Konventionalstrafe, so ist eine Herabsetzung möglich (Art. 160 Abs. 3 i.V.m. Art. 163 Abs. 3 OR), dies zumindest dann, wenn der Gläubiger das Reugeld (= die Konventionalstrafe) einverlangt. Wenn sich hingegen der Schuldner für die Zahlung des Reugeldes und damit gegen die Erfüllung des Hauptvertrages entscheidet, so ist eine Herabsetzung m.E. ebensowenig angebracht wie beim normalen Reugeld.

- 44 Besondere Regeln zum Reugeld finden sich im Recht über den Abzahlungskauf (Art. 226c Abs. 3 OR) und den Vorauszahlungskauf (Art. 227f Abs. 2 und 227h Abs. 2 OR). Alle diese Regeln betreffen jedoch Reugelder, die für die Geltendmachung eines *gesetzlichen* Rücktrittsrechts vereinbart wurden (vgl. oben Nr. 36).
- 45 Bei der Wandelpön kommt Art. 158 Abs. 3 OR nicht zur Anwendung. Das Reurecht besteht also – mangels anderer Abrede – nur zugunsten des Schuldners. Der Gläubiger kann «nicht gegen Überlassung der doppelten Strafe vom Vertrag zurücktreten» (OSER/SCHÖNENBERGER, ZürK, N 7 zu Art. 161 OR).

2. Haftgeld

- 46 Keine Konventionalstrafe stellt ferner das Haftgeld dar. Dieses hat nicht die Funktion einer Konventionalstrafe, sondern soll Zeichen für den erfolgten Vertragsabschluss sein²⁸, es soll «den Abschluss des Vertrages beweisen» (DIETZI, S. 29).
- 47 «Wo nicht Vertrag oder Ortsgebrauch etwas anderes bestimmen, verbleibt das Haftgeld dem Empfänger ohne Abzug von seinem Anspruche» (Art. 158 Abs. 2 OR). Das Haftgeld ist also grundsätzlich Draufgeld, nicht Angeld.
- 48 Das Haftgeld kann ebenso wie das Reugeld mit einer (unechten) Konventionalstrafe kombiniert werden. So verhält es sich, wenn der Gläubiger

²⁸ Vgl. GERNHUBER, Schuldverhältnis, S. 748 Ziff. 2.

das Haftgeld (nur) dann behalten darf, wenn der Schuldner die Schuld nicht (gehörig) erfüllt (vgl. § 338 BGB²⁹).

- 49 Das Haftgeld kann gleichzeitig Reugeld sein: Beweismittel für den Abschluss des Vertrages und Mittel, um sich vom Vertrag wieder zu lösen (vgl. § 336 Abs. 1 und 2 BGB).

3. Schadlosversprechen mit Schadenersatzpauschale

- 50 Ausserordentlich streitig ist die Abgrenzung Strafabrede/Schadlosversprechen mit Schadenersatzpauschale (Nr. 17). Die Lehre lässt genaue Abgrenzungskriterien vermissen, was sich entsprechend auf die Rechtsprechung auswirkt. Illustrativ sind die zu Art. 8.1 der SIA-Norm 102, Ausgabe 1969, ergangenen Bundesgerichtsentscheide: In SemJud 1978, S. 385 ff., wurde angenommen, die Bestimmung sehe eine «*appréciation anticipée de dommage causé à l'architecte*» vor, in BGE 109 II 462 ff. wurde dann eine Konventionalstrafe angenommen, ebenso in BGE 110 II 382 ff.³⁰ Es ist daher gerechtfertigt, auf das Verhältnis von Konventionalstrafe und Schadlosversprechen mit Schadenersatzpauschale etwas grundlegender einzugehen. Dies soll allerdings nicht im vorliegenden, sondern in einem separaten Aufsatz geschehen.

4. Unselbständige und selbständige Konventionalstrafe

- 51 1. Die Konventionalstrafe im eigentlichen (üblichen) Sinne sichert ein Leistungsversprechen und die daraus entstehende Schuld (Hauptschuld). Besteht die (Haupt-)Schuld nicht, kann auch das Strafversprechen keinen Bestand haben: Es gibt diesfalls nichts zu sichern. Die Konventionalstrafe ist also akzessorisch zur Hauptschuld und in diesem Sinne unselbständig, gleich wie andere Sicherungsmittel (Bürgschaft, Pfandrecht) auch. Soweit die Privatautonomie reicht, ist es jedoch möglich, ein Strafversprechen zu verselbständigen und es von einer Hauptschuld unabhängig zu machen. Zwei Fälle können unterschieden werden:
- 52 – Es wird eine Strafe versprochen für den Fall, dass eine *ungültige Hauptschuld* nicht oder nicht richtig erfüllt wird; oder

²⁹ Eine Herabsetzung ist nicht vorgesehen, obwohl ein Haftgeld beim Tatbestand von § 338 Satz 1 BGB Funktionen der Vertragsstrafe übernimmt (GERNHUBER, Schuldverhältnis, S. 750, Ziff. 7). Das erklärt sich wohl damit, dass nach § 343 Abs. 1 BGB eine Konventionalstrafe nach der Entrichtung nicht mehr herabgesetzt werden kann, das Haftgeld aber bei Vertragsabschluss hingegeben wird (§ 336 BGB) und daher zum vornherein nicht herabgesetzt werden kann.

³⁰ Die Ausgabe 1983 der SIA-Norm 102 hat die fragliche Klausel fallengelassen.

- 53 – es wird eine Strafe versprochen für den Fall, dass eine nicht versprochene und damit *nicht geschuldete Leistung* nicht oder nicht richtig erbracht wird. In diesem zweiten Fall wird nicht eine ungültige, sondern eine nicht bestehende Hauptschuld gesichert.
- 54 Beispiel: Im Falle von RGZ 95, 199 sollte eine Kaufpreisanzahlung nicht zurückverlangt werden können, wenn der Empfänger eines Verkaufsanspruchs diesen nicht annahm (wozu er nicht verpflichtet war)³¹. Weiteres Beispiel oben in Nr. 16.
- 55 2. Auf selbständige Konventionalstrafen in diesem letzteren Sinne kommen die Art. 160 ff. OR nur (aber immerhin) teilweise (analog) zur Anwendung. Anwendbar sind Art. 163 Abs. 3 OR³² und Art. 163 Abs. 2 OR³³. Im übrigen sind solche selbständigen Konventionalstrafen nicht speziell geregelt. Doch können einzelne für andere Verträge vorgesehene Vorschriften darauf (analog) zur Anwendung gelangen. Das gilt beispielsweise für Formvorschriften³⁴.
- 56 Beispiel: A stellt dem B («unverbindlich») in Aussicht, er werde ihm sein Grundstück verkaufen, und verspricht ihm für den Fall, dass er sich anders entscheiden, also das Grundstück nicht verkaufen werde, den Betrag von Fr. 10'000.–. Dieses Versprechen bedarf der Form des Art. 216 OR³⁵, obwohl A weder einen Grundstückkauf abschliesst noch einen Vorvertrag dazu, sondern eben lediglich den Grundstückkauf «unverbindlich» in Aussicht stellt.
- 57 3. Problematischer sind selbständige Strafversprechen zur Sicherung ungültiger Hauptschulden (oben Nr. 52). Solche Versprechen sind nach Art. 163 Abs. 2 OR unverbindlich, soweit der Hauptschuld ein widerrechtliches oder unsittliches Versprechen zugrunde liegt. Ist die Hauptschuld wegen eines Formmangels ungültig, ist durch Auslegung der Formvorschrift zu ermitteln, ob auch das Strafversprechen («ich verspreche Dir eine Strafe für den Fall, dass die Schuld formungültig sein sollte und nicht erfüllt wird») von der Formungültigkeit erfasst sein soll. Im Normalfall ist dies zu bejahen. Indes gibt es keinen allgemeinen Grundsatz, wonach selbständige Strafversprechen, welche die Erfüllung ungültiger Hauptschulden sichern sollen, ungültig sind³⁶. Anderes gilt selbstverständlich für *unselbständige* (eigentliche) Strafversprechen: Solche sind ungültig wegen der Akzessorietät, bzw. umgekehrt: Sie sind akzessorisch, weil der von den Parteien verfolgte Sicherungszweck mit der Ungültigkeit der Hauptschuld entfällt.

³¹ Beispiel von MEDICUS, SchR AT, § 39 III, S. 211.

³² VON TUHR/ESCHER, S. 287; vgl. analog MEDICUS, wie in Anm. 31.

³³ VON TUHR/ESCHER, S. 286, vgl. RGZ 95, 199, sowie MEDICUS, wie in Anm. 31.

³⁴ VON TUHR/ESCHER, S. 287.

³⁵ Vgl. VON TUHR/ESCHER, S. 287; BGH, NJW 71, S. 93; LARENZ, SchR AT, S. 381 Anm. 68.

³⁶ KOLLER ALFRED, BR 1987, S. 22 Nr. 22.

- 58 Im folgenden interessiert nur mehr die unselbständige Konventionalstrafe.
- 59 4. **Terminologie.** Die selbständige Konventionalstrafe wird teilweise auch als unechte Konventionalstrafe bezeichnet³⁷. Dieser Ausdruck bleibt im vorliegenden Aufsatz einem anderen Sachverhalt vorbehalten (oben Nr. 39).

5. Die Wahlschuld

- 60 «Die Konventionalstrafe ist ein zu einer Hauptverpflichtung als Sanktion hinzutretendes Nebenversprechen [oben Nr. 51]. Daher liegt keine Konventionalstrafe, sondern eine Wahlschuld, Art. 72, vor, wenn jemand eine Geldsumme neben einer anderen Leistung nach seiner oder des Gläubigers Wahl verspricht. Der Unterschied zeigt sich darin, dass diese Forderung sich bei Unmöglichkeit der anderen Leistung auf das Geld konzentriert, während die Konventionalstrafe nur dann verfällt, wenn die Hauptleistung durch einen vom Schuldner zu vertretenden Umstand unmöglich wird» (VON TUHR/ESCHER, S. 278).
- 61 Theoretisch ist die Unterscheidung klar. Im einen Fall (Wahlschuld) sagt der Schuldner: Ich werde das Werk erstellen oder Fr. 1'000.– zahlen. Im anderen Fall (Konventionalstrafe) sagt er: Ich verpflichte mich zur Erstellung des Werks; wenn ich es nicht erstelle, zahle ich Fr. 1'000.–. Im Einzelfall kann freilich die Unterscheidung Schwierigkeiten bereiten. Was jeweils gewollt ist, ist durch Auslegung zu ermitteln³⁸. Eine Wahlschuld ist nicht zu vermuten.

III. Erscheinungsformen

1. Alternativ-, Kumulativ- und Exklusivstrafe

- 62 1. Die im Titel angesprochene Unterscheidung nimmt auf das **Verhältnis der Strafe zum Erfüllungsanspruch** Bezug, und zwar für den Fall, dass der Straftatbestand erfüllt, also die Konventionalstrafe verfallen ist. Denkbar ist, dass «die Strafe überhaupt die einzige Rechtsfolge der Rechtsverletzung sein soll» (BECKER, BerK, N 38 zu Art. 160 OR, mit Hinweis auf BGE 28 II 237 E. 4 und SJZ 1913/14, S. 258 Nr. 232 = ZBJV 1914, S. 38). Diesfalls kann man von einer Exklusivstrafe sprechen. Viel häufiger aber sind Alternativ- und Kumulativstrafen: Im einen Fall sehen die Parteien vor, dass

³⁷ Z.B. BENTELE, S. 13.

³⁸ S. im einzelnen BECKER, BerK, N 39 f. zu Art. 160 OR.

entweder der Strafanspruch oder aber der Hauptanspruch Bestand hat, im anderen Fall soll beides gleichzeitig geltend gemacht werden können³⁹.

- 63 Für den Fall, dass sich die Parteien zum Verhältnis Hauptanspruch/Strafanspruch nicht ausgesprochen haben, hält das Gesetz Dispositivregeln bereit (Art. 160 Abs. 1 und 2 OR). Danach sind Konventionalstrafen Alternativstrafen, mit Ausnahme von solchen, die «für Nichteinhaltung der Erfüllungszeit oder des Erfüllungsortes» versprochen wurden (Abs. 2). Auf Art. 160 Abs. 1 und 2 OR wird später zurückgekommen.
- 64 **2. Verhältnis der Strafe zu einem allfälligen Schadenersatzanspruch.** Ist der Straftatbestand erfüllt, so ist oft auch ein Haftungstatbestand gegeben. Wenn beispielsweise für den Fall verspäteter Werkerstellung eine Konventionalstrafe abgemacht ist, so ist bei Verfall der Strafe oft auch der Tatbestand von Art. 103 OR erfüllt. Oder wenn der Verkäufer einer Sache für den Fall, dass Unmöglichkeit eintritt, eine Strafe verspricht, so ist bei Verfall der Strafe oft auch der Tatbestand von Art. 97 OR gegeben.
- 65 In solchen Fällen stellt sich wiederum die Frage nach dem Verhältnis der beiden Ansprüche. Auch hierüber können die Parteien frei verfügen. Subsidiär kommt Art. 161 Abs. 2 OR zum Zuge: Wenn, den Schuldner ein Verschulden trifft, so schuldet er neben der Strafe auch Schadenersatz, soweit der Schaden die Strafe übersteigt (Genauerer unten in Nr. 118 ff.).
- 66 Neben Schadenersatzansprüchen können auch andere Ansprüche mit dem Strafanspruch konkurrieren, so z.B. Mängelrechte oder ein Anspruch auf das stellvertretende commodum.

2. Alternativstrafe mit und ohne Rücktrittsvorbehalt (Reurecht) des Schuldners

- 67 1. Die Parteien können abmachen, dass sich der Schuldner durch Erlegung der Strafe von seiner Hauptschuld befreien kann (Art. 160 Abs. 3 OR), eine Möglichkeit, die ihm normalerweise – abgesehen vom Fall des Art. 340b Abs. 2 OR – nicht zusteht. Der Schuldner hat also bei Vorliegen des Straftatbestandes die Wahl, ob er den Strafanspruch oder den Hauptanspruch erfüllen will. Diese sog. Wandelpön ist mit dem Wesen der Kumulativstrafe nicht vereinbar. Auch kann sie nie Exklusivstrafe sein, weil bei dieser *zum vornherein* nur die Strafe geschuldet ist, es insoweit einer Wahl des Schuldners nicht bedarf. Die Wandelpön ist also immer Alternativstrafe, freilich

³⁹ Im ersten Fall werde die Strafe für die Nichterfüllung versprochen, im zweiten Fall für die nicht gehörige Erfüllung (so §§ 340 f. BGB und GERNHUBER, Schuldverhältnis, S. 768; MAYRHOFER, S. 218). Das ist eine missverständliche Formulierung, weil die Strafe auch in Fällen, in denen sie für nicht gehörige Erfüllung versprochen wird, Alternativstrafe sein kann (vgl. Nr. 99).

eine speziell geartete. Denn durch das Rücktrittsrecht des Schuldners wird das bei der Alternativstrafe bestehende unbedingte Recht des Gläubigers auf Erfüllung der Hauptschuld beseitigt⁴⁰.

- 68 GAUCH/SCHLUEP, Nr. 3934, meinen, die Wandelpön sei nicht «echte» Konventionalstrafe, «genau genommen» sei sie «keine Konventionalstrafe». Ähnlich OSER/ SCHÖNENBERGER, ZürK, N 7 zu Art. 160 OR⁴¹: Werde die Strafe als Wandelpön abgemacht, so bleibe «ihr Charakter als Strafe nur ungenügend gewahrt, indem dadurch im Gegenteil die Stellung des Schuldners erleichtert» werde. Dem ist entgegenzuhalten, dass die Stellung des Schuldners nicht *notwendig* erleichtert wird. Das ist vielmehr nur dann der Fall, wenn die Leistung der Strafe für den Schuldner die geringere Last darstellt als die Erfüllung der Hauptschuld. Wo dies nicht zutrifft, wird die Stellung des Schuldners erschwert, weil er damit rechnen muss, dass der Gläubiger vom Erfüllungsanspruch auf den Strafananspruch wechselt – eine Möglichkeit, die dem Gläubiger ohne Verabredung der Wandelpön nicht offenstünde. Wer der Wandelpön jeglichen Strafcharakter abspricht, darf auch der Exklusivstrafe keinen Strafcharakter zuerkennen⁴².
- 69 2. Ein der Wandelpön verwandter Tatbestand liegt vor, wenn der Schuldner bei Vertragsabschluss eine Leistung erbringt und abmacht, dass er sich im Falle einer Nicht- oder nicht gehörigen Erfüllung der Schuld von dieser befreien kann, indem er dem Gläubiger die betreffende Leistung belässt. Eine eigentliche Konventionalstrafe liegt hier nicht vor, weil es an einem Leistungsversprechen für den Fall der Nicht- oder nicht gehörigen Erfüllung fehlt (oben Nr. 10). Hingegen ist die Abmachung einer Wandelpön derart ähnlich, dass die Art. 160 ff. OR – einschliesslich Art. 163 Abs. 3 OR – analog anzuwenden sind. Im übrigen ist die dem Gläubiger überlassene Leistung nichts anderes als ein Reugeld, allerdings ein spezielles. Das Spezielle liegt darin, dass das Reurecht dem Schuldner nur dann zusteht, wenn er seine Schuld nicht (gehörig) erfüllt. S. auch schon oben Nr. 41 f.

3. Konventionalstrafen zugunsten des Gläubigers und zugunsten Dritter

- 70 Auf die Leistung berechtigt ist normalerweise der Gläubiger, doch kann die Konventionalstrafe auch zugunsten eines Dritten versprochen sein.
- 71 Beispiel (nach KNÜTEL, S. 45 Anm. 4): Eheleute hatten sich in einem Scheidungsvergleich wechselseitig versprochen, einander hinfort nicht zu beleidigen, und für den Zuwiderhandlungsfall eine Strafe von 500 Reichstalern zugunsten der örtlichen Armendirektion versprochen.
- 72 Der Dritte hat normalerweise keinen selbständigen Anspruch auf die Erbringung der Konventionalstrafe, vielmehr steht ein Erfüllungsanspruch nur dem Vertragspartner zu. Bei Strafversprechen zugunsten Dritter handelt es

⁴⁰ Weiteres zur Rechtslage bei BECKER, BerK, N 35 zu Art. 160 OR.

⁴¹ Ebenso BÜHLER, S. 167, und VON BÜREN, OR AT, S. 410.

⁴² So in der Tat HESS, S. 51.

sich also normalerweise nicht um echte Versprechen zugunsten Dritter i.S.v. Art. 112 Abs. 2 OR.

IV. Verfall und Herabsetzung der Strafe; Untergang des Anspruchs auf die (verfallene) Strafe

1. Verfall (Verwirkung) der Strafe

- 73 1. Das Strafversprechen ist ein bedingtes Leistungsversprechen: Die Leistung wird für den Fall versprochen, dass der Schuldner die Hauptschuld nicht oder nicht richtig erfüllt. Wird eine Leistung an einen anderen Tatbestand geknüpft (sie wird etwa für den Fall, dass der Schuldner vom Vertrag zurücktritt, versprochen), so handelt es sich nicht um eine Konventionalstrafe, sondern um ein anderes Institut, etwa ein Reugeld (Nr. 14). Erste Voraussetzung für den Verfall der Strafe ist somit eine **Vertragsverletzung**. An welche Vertragsverletzung die Parteien die Strafverpflichtung knüpfen, ist – im Rahmen der Vertragsautonomie (Art. 19 f. OR) – ihnen überlassen und im Streitfall durch Auslegung zu ermitteln. «Durch Auslegung ist insbesondere zu bestimmen, ob die Strafe bloss bei Leistungsverzögerung oder aber auch bei (näher zu bestimmender) Schlechtleistung geschuldet sei» (BUCHER, OR AT, S. 526).
- 74 2. Die Vertragsverletzung muss – andere Abrede vorbehalten – **vom Schuldner zu vertreten** sein⁴³. Das wird zwar ausdrücklich nur für Konventionalstrafen, welche für den Fall der Unmöglichkeit versprochen wurden (Art. 163 Abs. 2 OR), festgehalten, gilt aber allgemein: «Mangels anderslautender Vereinbarung kann die Konventionalstrafe nur gefordert werden, wenn die Leistungsstörung vom Schuldner <zu vertreten> ist» (BUCHER, OR AT, S. 526⁴⁴). Präzisierungen:
- 75 a) Welche Umstände der Promittent i.S.v. Art. 163 Abs. 2 OR zu «vertreten» hat, sagt die Bestimmung nicht. Z.T. wird der Eindruck erweckt, der Schuldner habe nur für Verschulden einzustehen. In Wirklichkeit hat er für alle Umstände einzustehen, für welche er haftungsrechtlich einzustehen hat. Eigenem Verschulden (Art. 97 OR) ist daher hypothetisches Verschulden einer Hilfsperson (Art. 101 OR) gleichgestellt⁴⁵. Auch für zufällige, we-

⁴³ Ebenso für das deutsche Recht GERNHUBER, Schuldverhältnis, S. 769.

⁴⁴ Ebenso VON TUHR/ESCHER, S. 281; auch BECKER, BerK, N 24 zu Art. 160 OR; BENTELE, S. 79 f.; WERZ, S. 144; a.A. GAUCH/SCHUMACHER, N 1 lit. c zu Art. 98 SIA-Norm 118.

⁴⁵ Den Beweis mangelnden Verschuldens oder hypothetischen Verschuldens hat der Schuldner zu führen (VON TUHR/ESCHER, S. 281; ebenso LARENZ, SchR AT, S. 377,

der von ihm noch einer Hilfsperson verschuldete Ereignisse hat der Promittent einzustehen, falls er dafür haftungsrechtlich verantwortlich ist (z.B. nach Art. 103 OR⁴⁶ oder Art. 474 Abs. 2 OR). «Funktional entspricht diese Regelung Art. 119 Abs. 1» (EHRAT, BasK, N 8 zu Art. 163 OR).

- 76 Beispiel: A verkauft B ein Occasionsauto und verspricht ihm für den Fall der Lieferunmöglichkeit eine (alternative) Konventionalstrafe von Fr. 1'000.–. In der Folge wird das Auto gestohlen, so dass A nicht liefern kann. Die Konventionalstrafe ist nicht nur dann verfallen, wenn A den Diebstahl verschuldet hat (er hat das Auto beispielsweise in der Nacht unverschlossen und mit dem Schlüssel im Zündschloss draussen stehen lassen), sondern auch dann, wenn er schuldhaft in Verzug geraten ist und das Auto in der Folge ohne Verschulden des A gestohlen wurde.
- 77 Nach Art. 181 aOR, dem Vorgänger von Art. 163 Abs. 2 OR, hatte der Schuldner auch für Umstände einzustehen, die er nicht zu vertreten hatte: Die Strafe konnte nur dann «nicht gefordert werden, ... wenn die Erfüllung des Vertrages durch den Gläubiger oder durch einen in der Person des Gläubigers eingetretenen Zufall oder durch höhere Gewalt unmöglich» wurde. Sie war hingegen beispielsweise auch dann geschuldet, wenn ein Zufall in der Person des Schuldners die Erfüllung verunmöglichte. Nach heutigem Recht entlasten solche Zufälle den Schuldner. Er wird also beispielsweise «frei, wenn er infolge unverschuldeter Erkrankung nicht imstande ist, die persönlich zu bewirkende Leistung vorzunehmen» (BECKER, BerK, N 5 zu Art. 163 OR).
- 78 b) Die Strafe ist nicht verwirkt, wenn der Gläubiger selbst dafür verantwortlich ist, dass der Vertrag vom Schuldner nicht (richtig) erfüllt wurde. Selbstverschulden ist nicht vorausgesetzt, es genügt – wie nach Art. 181 aOR – ein in der Person des Gläubigers eingetretener Zufall⁴⁷.
- 79 c) Weitgehend ungeklärt ist der Fall, da sowohl der Schuldner als auch der Gläubiger dafür verantwortlich sind, dass sich der Straftatbestand verwirklicht hat. Man wird hier annehmen müssen, dass die Strafe zwar geschuldet

für das deutsche Recht), dies entgegen Art. 8 ZGB. Dieser Umkehr der Beweislast liegen dieselben Erwägungen zugrunde wie bei Art. 97 und 101 OR.

⁴⁶ BENTELE, S. 97. – Das nach Art. 103 OR vorausgesetzte Verschulden am Verzug hat nicht der Gläubiger zu beweisen, vielmehr hat sich der Schuldner zu exkulpieren (vgl. die vorstehende Anm.).

⁴⁷ Der Verfall der Strafe wird «nicht nur ausgeschlossen, wenn er [der Gläubiger] die Erfüllung eigentlich verunmöglicht, wie z.B. durch Unterlassung von Vorbereitungshandlungen (BGE 23 235 ff.) oder durch Geltendmachung eines vertraglichen Rücktrittsrechts, sondern auch dann, wenn er sonstwie die Nichterfüllung veranlasst oder genehmigt: z.B. wenn er vom Schuldner Gefälligkeiten in Anspruch genommen hat, die einen vom Konkurrenzverbot befreiten Betrieb voraussetzen (Baselstadt, JZ 6 287 Nr. 317; vgl. auch BIZür 7 39 f. Nr. 18 E. 3)» (BECKER, BerK, N 6 zu Art. 163 OR).

ist, jedoch nur in beschränktem Umfang (Art. 43 f. OR analog i.V.m. Art. 163 Abs. 3 OR).

- 80 Beispiel: A verspricht dem B die Lieferung einer kostbaren Statue, wobei B für den Transport ein geeignetes Fahrzeug zur Verfügung stellen soll. Ferner verspricht A dem B eine Konventionalstrafe, falls die Statue bei B beschädigt ankommen sollte. Angenommen nun, die Statue kommt zu Schaden, weil A infolge ungenügender Bremsung auf ein Auto auffährt. Ist die ungenügende Bremsung einerseits auf einen Fahrfehler von A, andererseits auf fehlerhafte Bremsen des von B zur Verfügung gestellten Autos zurückzuführen, so ist zwar die Konventionalstrafe geschuldet, aber nur in reduziertem Umfang.
- 81 S. ferner Nr. 235 zum Fall, da sowohl der Unternehmer als auch der Besteller die nicht rechtzeitige Ablieferung des Werks zu vertreten haben.
- 82 d) Wird die Strafe auch für den Fall versprochen, dass der Schuldner die Vertragsverletzung nicht zu vertreten hat⁴⁸, so nähert sie sich dem selbständigen Strafversprechen (Nr. 51), weil sie auch geschuldet sein kann, wenn die Hauptschuld keinen Bestand hat. Sie ist damit – anders als die typische Konventionalstrafe – nicht mehr strikt akzessorisch. «In diesem Falle hat sie Versicherungsfunktion» (BECKER, BerK, N 14 zu Art. 160 OR a.E.). Sie rückt «in die Nähe einer Garantie» (GERNHUBER, Schuldverhältnis, S. 770)⁴⁹.
- 83 Nach Art. 181 aOR war die Konventionalstrafe auch dann geschuldet, wenn ein Zufall in der Person des Schuldners die Erfüllung verunmöglichte, obwohl in einem solchen Fall die ursprüngliche Leistungspflicht dahinfiel. Die Strafe war also nicht so strikt akzessorisch wie nach heutigem Recht (s. bereits oben Nr. 77).
- 84 3. Negativ ist vorausgesetzt, dass die Strafe **nicht «ein widerrechtliches oder unsittliches Versprechen bekräftigen soll»** (Art. 163 Abs. 2 OR). Daher ist beispielsweise ein Strafversprechen unverbindlich, welches die Verpflichtung, einen anderen zu töten, sichern soll.
- 85 4. Der Strafanspruch geht – selbstverständlich – unter, wenn der Gläubiger darauf verzichtet. Der Bestand des Anspruchs setzt daher negativ voraus, dass der Gläubiger auf den Anspruch **nicht verzichtet** hat (Weiteres dazu in Nr. 92 ff.).
- 86 5. **Nicht vorausgesetzt** ist ein **Schaden** des Gläubigers: «Die Konventionalstrafe ist verfallen, auch wenn dem Gläubiger kein Schaden erwachsen ist» (Art. 161 Abs. 1 OR). «Daher kann die Konventionalstrafe zur Sicherung und Durchsetzung von Verträgen dienen, an denen der Gläubiger nur ein Affektionsinteresse hat» (VON TUHR/ESCHER, S. 283).
- 87 Beispiel: A lässt sich eine Statue erstellen und macht mit dem Unternehmer B ab, er wolle die Statue bis Weihnachten haben, um sie seiner Frau schenken zu können. Die

⁴⁸ Eine solche Abrede ist zulässig (vgl. BauR 1982, S. 68: «Allerdings kann auch über eine blossе Leistungszeit ein Garantievertrag geschlossen werden.»), doch nur mit grosser Zurückhaltung anzunehmen.

⁴⁹ S. OSER/SCHÖNENBERGER, ZürK, N 9 zu Art. 163 OR.

rechtzeitige Einhaltung der Verpflichtung kann sich A durch Konventionalstrafe sichern lassen, obwohl er im Falle einer Verspätung keinen Schaden erleidet, sondern «lediglich» einen immateriellen Nachteil.

2. Herabsetzung der Strafe

- 88 1. «Übermässig hohe Strafen hat der Richter nach seinem Ermessen herabzusetzen» (Art. 163 Abs. 3 OR)⁵⁰. Diese Einschränkung der Vertragsfreiheit dient dem Schuldnerschutz einerseits und der Verhinderung ungerechtfertigter Gläubigerbevorzugung andererseits: *Zum einen* lehrt die Erfahrung, dass Konventionalstrafen oft leichtfertig eingegangen werden, in der Annahme, es werde nicht zu einer Vertragsverletzung kommen und die eingegangene Verpflichtung sich praktisch nie auswirken. Der Schuldner riskiert daher, plötzlich mit Strafen konfrontiert zu sein, welche er ohne genügende Überlegung auf sich genommen hat. Das Ermässigungsrecht kann hier wenigstens teilweise Abhilfe schaffen. Aus einer ähnlichen Überlegung hat der Gesetzgeber dem Bürgen speziellen Schutz angedeihen lassen (vgl. Art. 493 OR). *Zum anderen* werden nicht selten Vertragsstrafen vereinbart, die das Gläubigerinteresse an der Vertragserfüllung bei weitem übersteigen, mit der Folge, dass der Gläubiger nicht an der Realerfüllung, sondern am Verfall der Strafe interessiert ist (vgl. Nr. 17)⁵¹. Wäre in solchen Fällen die volle Strafe verfallen, käme dem Gläubiger ein mit nichts zu rechtfertigender Vorteil zu.
- 89 2. Ob die Strafe übermässig ist, bestimmt sich nach Art. 4 ZGB. Es sind alle Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen⁵². Zu berücksichtigen sind u.a.⁵³ «die wirtschaftliche Lage der Beteiligten» (BGE 103 II 108 unten/109; vgl. auch RGZ 86, 28), die Schwere des Schuldnerverschuldens, ein allfälliges Mitverschulden des Gläubigers (vgl. oben Nr. 79), die Ursächlichkeit des Schuldnerverhaltens (BGH, NJW 1974, S. 2091⁵⁴; s. unten Nr. 235), vor

⁵⁰ Das Herabsetzungsrecht des Richters setzt – anders als im deutschen Recht (§ 343 BGB) – keinen entsprechenden Parteiantrag voraus. Es genügt, dass die Übermässigkeit aus den Akten hervorgeht (VON TUHR/ESCHER, S. 285, unter Hinweis auf BGE 40 II 231 und 41 II 142).

⁵¹ Vgl. FISCHER, S. 179.

⁵² EHRAT, BasK, N 19 zu Art. 163 OR; GAUCH/SCHLUEP, N 3951 ff.; ebenso zum deutschen Recht BGH, NJW 1983, S. 943; JAUERNIG/VOLLKOMMER, N 2/b/bb zu § 343 BGB.

⁵³ S. im einzelnen EHRAT, BasK, N 20 f. Zu Art. 163 OR.

⁵⁴ In diesem Entscheid hatten Eheleute, welche ein Gasthaus betrieben, von einer Bierbrauerei ein Darlehen bezogen und sich verpflichtet, den gesamten Bedarf an Bier bis zur Rückzahlung des Darlehens, mindestens aber bis zum 1. November 1974, bei dieser zu beziehen. Für den Fall einer vorzeitigen Betriebseinstellung versprochen sie eine Konventionalstrafe, welche sofort fällig werden sollte. Ende Oktober 1964 stellte das Wirtehepaar den Betrieb ein. Die Brauerei verlangte hier-

allem aber das Interesse des Gläubigers an der Erfüllung. Ist dieses rein finanzieller Natur, so rechtfertigt es sich in der Regel nicht, die Strafe über den Schaden hinaus zuzusprechen (vgl. BGE 83 II 532 f. = Pra 47, S. 143 f.). «Das darf aber nicht zur Meinung verleiten, dass der Gläubiger dieses Interesse ziffernmässig nachzuweisen habe» (BGE 103 II 109), vielmehr obliegt dieser Nachweis dem Schuldner. Sodann ist zu betonen, dass der Schaden nur dann Massstab für die Strafhöhe bildet, wenn das Gläubigerinteresse an der Erfüllung ausschliesslich finanzieller Natur ist. Spielen daneben noch andere Interessen eine Rolle, kommt eine Reduktion auf den Schaden nicht in Betracht (vgl. BGE 82 II 147; illustrativ BGH, NJW 1976, S. 1886 f.: Strafe, welche das Zehnfache des Schadens ausmachte, wurde nicht herabgesetzt). Unter Umständen hat eine Vertragsverletzung überhaupt keinen Schaden zur Folge; eine Konventionalstrafe ist aber deshalb nicht ausgeschlossen (Art. 161 Abs. 1 OR!).

- 90 «Nach der jüngeren Rechtsprechung und der Lehre ist eine Herabsetzung insbesondere gerechtfertigt, wenn zwischen der Konventionalstrafe und dem Interesse des Gläubigers an der Erfüllung ein krasses Missverhältnis besteht, ... » (BGE 103 II 108). Das ist, wie aus dem Gesagten erhellt, missverständlich formuliert: Einerseits ist eine Herabsetzung u.U. nicht nur dann gerechtfertigt, wenn ein Missverhältnis zwischen Schaden und Strafe besteht, geschweige denn ein krasses; zum anderen kommt eine Herabsetzung u.U. auch dann nicht in Frage, wenn die Strafe den Schaden bei weitem übersteigt.
- 91 3. Umstritten ist, ob die Herabsetzung auch noch erfolgen kann, wenn die Strafe bereits bezahlt wurde. Zum Meinungsstand s. GAUCH/SCHLUEP, Nr. 3957, und VON TUHR/ESCHER, S. 285 Anm. 62.

auf die ganze Strafe. Der BGH sprach diese nur teilweise zu, hauptsächlich mit der Begründung, es wäre wegen Bauarbeiten in der Nachbarschaft ohnehin zu einer vorzeitigen Schliessung gekommen: «Dem Umstand, dass nach dem 1. 9. 1965 vermutlich ein Ausschank nicht mehr möglich gewesen wäre, hat das Berufungsgericht dadurch Rechnung getragen, dass es den auf die restliche Laufzeit entfallenden Teil der Vertragsstrafe um die Hälfte herabgesetzt hat.» Von einem gänzlichen Wegfall der Strafe für die Zeit nach dem 1. September 1965 wollte der BGH nichts wissen: «Denn die Vertragsstrafe war insgesamt bereits mit der schuldhaften Vertragsverletzung im Oktober 1964 verwirkt, während der vermutliche spätere Geschehensablauf lediglich einen Anhalt dafür geben konnte, das Verschulden der Beklagten von vornherein in einem milderem Licht erscheinen zu lassen.» In einem milderem Lichte erschien das Verschulden deshalb, weil die Bauarbeiten, welche die Beklagten im September 1965 vermutlich zur Schliessung des Betriebs gezwungen hätten, Ende Oktober 1964 bereits vorhersehbar gewesen waren. Wäre dies nicht der Fall gewesen, hätte sich wohl eine Herabsetzung der Strafe nicht gerechtfertigt. Fazit: Wo das verpönte Ergebnis auch durch sog. rechtmässiges Alternativverhalten nicht abgewendet worden wäre, kann, muss aber nicht eine Reduktion der Strafe verfügt werden. Ob eine Reduktion gerechtfertigt ist, ist nach den Umständen zu entscheiden.

3. Untergang des Strafanspruchs nach Verfall der Strafe

- 92 1. Der bereits entstandene Strafanspruch geht – selbstverständlich – unter, wenn der Gläubiger darauf **verzichtet**. Der Verzicht kann grundsätzlich auf beliebige Weise erfolgen, auch konkludent⁵⁵. Ein *ausdrücklicher* Verzicht ist jedoch dort erforderlich, wo «die Strafe für Nichteinhaltung der Erfüllungszeit» versprochen wurde (Art. 160 Abs. 2 OR)⁵⁶. «Durch das Erfordernis der Ausdrücklichkeit des Verzichts wird dem Gläubiger ermöglicht, mit der Geltendmachung der Strafe zuzuwarten, ohne deswegen einen Rechtsnachteil befürchten zu müssen»⁵⁷ (BECKER, BerK, N 30 zu Art. 160 OR). Zuwarten darf also nicht als (konkludenter) Verzicht gewertet werden. Allerdings darf nur bis zum Zeitpunkt der Erfüllung zugewartet werden. Wenn nämlich der Gläubiger die (verspätete) Leistung annimmt, ohne sich den Strafanspruch vorzubehalten, dann gilt dies von Gesetzes wegen als Verzicht, ohne dass der Beweis des Gegenteils zulässig wäre (Verzichtsfiktion; s. sogleich Nr. 93).
- 93 2. **Einem rechtsgeschäftlichen Verzicht gleichgestellt** ist die vorbehaltlose Annahme der Erfüllung, wo «die Strafe für Nichteinhaltung der Erfüllungszeit» versprochen wurde (Art. 160 Abs. 2 OR; **fingierter Verzicht**⁵⁸). Wenn also der Schuldner mit der Leistung (schuldhaft, Nr. 159) in Verzug kommt, der Gläubiger jedoch die verspätete Leistung annimmt, ohne sich den Anspruch auf die Konventionalstrafe vorzubehalten, so verliert er den Anspruch. «Im Gegensatz zum aOR (Art. 179 II) begründet die vorbehaltlose Annahme der verspätet ... angebotenen Leistung nicht bloss eine Vermutung für den Verzicht, die der Widerlegung fähig wäre» (BECKER, BerK, N 31 zu Art. 160 OR)⁵⁹.
- 94 3. Das vorstehend in Ziff. 1 und 2 Gesagte gilt mutatis mutandis auch für die Nichteinhaltung des *Erfüllungsortes* (Art. 160 Abs. 2 OR).

⁵⁵ Auf einen konkludenten Verzicht darf freilich nicht leichtthin geschlossen werden (vgl. in verwandtem Zusammenhang KOLLER, OR AT, Nr. 1312).

⁵⁶ Zum Begriff der Ausdrücklichkeit s. KOLLER, OR AT, Nr. 243.

⁵⁷ Die Bestimmung von Art. 160 Abs. 2 OR, welche das Erfordernis der Ausdrücklichkeit vorsieht, ist daher nicht «so selbstverständlich, dass es nicht nötig gewesen wäre, sie bei der Revision in den Text aufzunehmen» (so aber VON TUHR/ESCHER, S. 282 Anm. 40).

⁵⁸ Vgl. GAUCH/SCHUMACHER, N 12 zu Art. 98 SIA-Norm 118; allgemein zum Begriff der Rechtsgeschäftsfiktion KOLLER, OR AT, Nr. 342; kritisch zur Annahme einer Verzichts-Fiktion bzw. einer unwiderleglichen Vermutung GERNHUBER, Schuldverhältnis, S. 772, Text und Anm. 57.

⁵⁹ Der Vorbehalt braucht – entgegen BECKER, BerK, N 31 zu Art. 160 OR – nicht ausdrücklich zu sein, doch steht dieser Fall praktisch im Vordergrund. S. Weiteres in Nr. 172.

V. Zum Verhältnis von Strafanspruch und Erfüllungsanspruch

- 95 Der Strafanspruch konkurriert oft mit anderen Ansprüchen, vorab dem Anspruch auf Vertragserfüllung, ferner Schadenersatzansprüchen, Mängelrechten und dgl. Es fragt sich dann jeweils, wie sich der Strafanspruch zum konkurrierenden Anspruch verhält. Das Gesetz regelt das Verhältnis von Strafanspruch und Erfüllungsanspruch (Art. 160 OR) sowie Schadenersatzansprüchen (Art. 161 OR). Die Regelung lässt allerdings mehr Fragen offen, als sie beantwortet. Zudem ist sie ungenau. Die folgenden Ausführungen gelten dem Verhältnis von Strafanspruch und Erfüllungsanspruch. Auf das Verhältnis des Strafanspruchs zu Schadenersatz- und anderen Ansprüchen wird in Nr. 118 ff., 143 ff. eingegangen.

1. Die in Art. 160 OR getroffene Regelung

- 96 In erster Linie bestimmen die Parteien über das Verhältnis von Erfüllungsanspruch und Strafanspruch (Art. 160 Abs. 1 OR, Nr. 62 f.). Fehlt es an einer Parteiabrede (und ist auch der hypothetische Parteiwille nicht schlüssig, unten Nr. 98), kommen die Dispositivregeln von Art. 160 Abs. 1 und 2 OR zum Tragen:
- 97 1. Nach Art. 160 Abs. 1 OR gilt die Strafe **grundsätzlich als Alternativstrafe**: Der Gläubiger ist – bei Vorliegen des Straftatbestandes – «nur berechtigt, entweder die Erfüllung oder die Strafe zu fordern». Er kann also nicht die Strafe geltend machen und zusätzlich die Erfüllung des Hauptanspruchs. Wurde hingegen «die Strafe für Nichteinhaltung der Erfüllungszeit ... versprochen, so kann sie nebst der Erfüllung des Vertrages gefordert werden ...» (Art. 160 Abs. 2 OR). Verspätungsstrafen sind also Kumulativstrafen (ebenso § 1336 ABGB). Dasselbe gilt – wiederum gestützt auf Art. 160 Abs. 2 OR – für Strafen, die für Nichteinhaltung des Erfüllungsortes versprochen wurden.
- 98 2. Art. 160 Abs. 1 und 2 OR sind, wie gesagt, dispositiv. Sie haben vor einer anderslautenden Parteiabrede zurückzutreten. Das ist zwar nur in Abs. 1 ausdrücklich gesagt, gilt aber unbestrittenermassen auch für Abs. 2. **Einer abweichenden Parteiabrede ist eine hypothetische Abrede gleichgestellt**: Der hypothetische Parteiwille geht dem dispositiven Recht nach allgemeiner Regel⁶⁰ ebenfalls vor. Bevor also Art. 160 OR angewendet wird, ist jeweils zu prüfen, ob die Parteien, hätten sie das Problem bedacht, eine abweichende Regelung getroffen hätten. Der *konkrete* Vertrag und die *konkreten* Umstände, unter denen er geschlossen wurde, müssen diesen Schluss nahelegen,

⁶⁰ KOLLER, OR AT, Nr. 597 ff.

ansonst es bei der gesetzlichen Dispositivregel bleibt⁶¹. Ein wichtiger Umstand bildet die Höhe der Strafe⁶²: Je höher sie angesetzt wurde, desto eher ist auf Alternativität zu schliessen (vgl. ZR 1910, S. 302 linke Spalte oben; SJZ 1938/39, S. 109). Denn eine hohe Strafe ist ein Indiz dafür, dass sie das Interesse an der Erfüllung als solcher abdeckt, nicht nur dasjenige an ordnungsgemässer (z.B. rechtzeitiger) Erfüllung⁶³.

- 99 Beispiel: Konventionalstrafen für die Verletzung eines Konkurrenzverbotes fallen unter Art. 160 Abs. 1 OR, es handelt sich also vermutungsweise um Alternativstrafen. Im Einzelfall kann sich jedoch ergeben, dass nach den Umständen anzunehmen ist, die Parteien hätten sich für eine Kumulativstrafe entschieden, wenn sie sich dazu geäußert hätten (vgl. BGE 46 II 401, wo das Bundesgericht angenommen hat, in casu sei nach der «Natur der Sache» auf eine Kumulativstrafe zu schliessen^{64,65}). – Umgekehrt verhält es sich bei Verspätungsstrafen. Diese sind vermutungsweise Kumulativstrafen, doch können die konkreten Umstände (insbesondere die Höhe der Strafe) für eine Alternativstrafe sprechen. Wer sich beispielsweise bei einem Autokauf Lieferung bis Ende März ausbedingt und für den Fall nicht rechtzeitiger Lieferung eine Konventionalstrafe von Fr. 5'000.– versprechen lässt, der lässt sich eine Alternativstrafe versprechen. Die Höhe der Strafe spricht gegen eine Kumulierung.
- 100 3. **Verspätungsstrafen** können – wie gesehen – sowohl Alternativ- wie auch Kumulativstrafen sein. Die entscheidende Frage zur Abgrenzung ist die: Entspricht es dem Willen der Parteien, dass der Schuldner trotz Leistung der Konventionalstrafe noch die Hauptleistung erbringen muss (dann Kumulativstrafe), oder trifft dies nicht zu (dann Alternativstrafe)? Hängt die Höhe der Strafe von der Dauer der Verspätung ab, so handelt es sich notwendig um eine Kumulativstrafe. Ist sie von der Dauer der Verspätung unabhängig, kann beides vorliegen, wobei es ein gewichtiges Indiz für eine

⁶¹ KOLLER, OR AT, Nr. 599.

⁶² GERNHUBER, Schuldverhältnis, S. 768.

⁶³ Vgl. JAUERNIG/VOLLMKOMMER, N 1b zu § 340 BGB.

⁶⁴ Das Bundesgericht scheint allerdings dieses Ergebnis durch Vertragsauslegung zu gewinnen, wogegen es offensichtlich um ergänzende Auslegung ging, also um Vertragsergänzung nach dem hypothetischen Parteiwillen.

⁶⁵ Es ist zu beachten, dass die Parteien, welche für die Verletzung eines Konkurrenzverbotes eine Konventionalstrafe abmachen, diese üblicherweise als Kumulativstrafe auffassen (ZR 1921, S. 82 f. Nr. 37; BECKER, BerK, N 41 zu Art. 160 OR). Die Vermutung von Art. 160 Abs. 1 OR ist daher verhältnismässig leicht zu entkräften. Immerhin ist es «durch die Natur der Sache nicht schlechthin bedingt», dass jeder einzelne Verbotsverstoss eine Strafe nach sich zieht (ZR a.a.O.); Konventionalstrafen für die Verletzung eines Konkurrenzverbotes dürfen daher nicht generell als Kumulativstrafen aufgefasst werden (in BGE 63 II 84 f. wurde denn auch eine Alternativstrafe angenommen [vgl. dazu BECKER, BerK, N 29 zu Art. 160 OR], ebenso in ZR 1910, S. 301, und SJZ 1938/39, S. 109 [in beiden Fällen sprach die Höhe der Konventionalstrafe gegen eine Kumulativstrafe, vgl. zu diesem Gesichtspunkt oben Nr. 98]).

Alternativstrafe darstellt, wenn die Strafe so angesetzt ist, dass sie das gesamte (finanzielle) Erfüllungsinteresse des Gläubigers abdeckt.

- 101 Ist eine Versätungsstrafe als Alternativstrafe aufzufassen, so ist der Gläubiger bei Strafverfall praktisch in der Situation, wie sie bei einem Fixgeschäft besteht: Der Verzug gibt ihm ohne weiteres das Recht, auf die Leistung zu verzichten. Tut er es, so kann er die Konventionalstrafe und gegebenenfalls zusätzlich Schadenersatz (Art. 161 Abs. 2 OR, Nr. 118 ff.) verlangen.

2. Insbesondere das Verhältnis von Alternativstrafe und Erfüllungsanspruch

- 102 Nach Art. 160 Abs. 1 OR ist der Gläubiger berechtigt, entweder die (Alternativ-) Strafe oder aber Erfüllung zu fordern. Wann die Wahl zu erfolgen hat, wie sich die Rechtslage bis zur Wahlentscheidung präsentiert, ob die einmal getroffene Wahl verbindlich ist, diese und andere Fragen sind nicht geregelt. Den hauptsächlichen Fragen ist nun nachzugehen:

A. Rechtslage bis zur Wahl des Gläubigers

- 103 1. Wie gestaltet sich die Rechtslage, solange der Gläubiger sich nicht für Erfüllung bzw. Strafe entschieden hat? In Deutschland wird von einzelnen Autoren die Ansicht vertreten, der Schuldner könne nach wie vor die Hauptschuld erfüllen und damit den Anspruch auf die bereits verfallene Konventionalstrafe wieder beseitigen⁶⁶. Eine solche sog. **Verfallsbereinigung** ist für das schweizerische Recht abzulehnen. Dagegen spricht vorab der Gesetzestext⁶⁷: Bei wörtlicher Interpretation von Art. 160 Abs. 1 OR steht dem Gläubiger ab dem Verfall der Strafe die Wahl zu, ob er die Strafe oder die Erfüllung der Hauptschuld verlangen will. Mit diesem Wahlrecht verträgt sich die Ansicht, der Schuldner könne sich durch Erfüllung der Hauptschuld befreien, nicht. Eine solche Befreiungsmöglichkeit scheint aber vor allem mit dem Parteiwillen kaum vereinbar. Denn: Ist die Strafe verfallen, so kann der Gläubiger sie nach dem Parteiwillen auch verlangen. Die Ansicht, der Schuldner könne bis zur Wahl doch noch erfüllen, läuft auf eine Missachtung dieses Willens hinaus.
- 104 2. Lehnt man eine Verfallsbereinigung ab, so kann der Schuldner bis zur Wahlentscheidung des Gläubigers nicht erfüllen, weil beide Schulden

⁶⁶ KNÜTEL, S. 51 ff., ihm folgend LARENZ, SchR AT, S. 380 Kleintext; a.A. JAUERNIG/VOLKKOMMER, N 2aa zu § 340 BGB; BAG, NJW 1970, S. 1146; GERNHUBER, Schuldverhältnis, S. 773 f.

⁶⁷ GAUCH/SCHLUEP, Nr. 3926, sind der Meinung, der Wortlaut von Art. 160 Abs. 1 OR spreche für eine Wahlobligation. Indes kann er ebenso sehr für eine elektive Konkurrenz in Anspruch genommen werden (Nr. 106).

(Hauptschuld und Strafschuld) nicht erfüllbar sind. Es leuchtet ein, dass diese Situation nicht ewig dauern kann, jedenfalls nicht gegen den Willen des Schuldners. Dieser muss dem Gläubiger eine **Frist zur Ausübung seines Wahlrechts** ansetzen können. Äussert sich der Gläubiger nicht fristgemäss, «kann der Schuldner – wie bei der Wahlobligation – in Anwendung von Art. 95 OR das Wahlrecht selber ausüben» (BENTELE, S. 94).

- 105 Art. 95 OR sieht allerdings nicht ausdrücklich vor, dass das Wahlrecht vom Gläubiger auf den Schuldner übergeht. Vielmehr bestimmt er, dass der Schuldner gemäss Art. 107 Abs. 2 OR auf die Leistung des Gläubigers verzichten und Schadenersatz verlangen kann⁶⁸. Diese Rechtsfolge passt jedoch im vorliegenden Kontext offensichtlich nicht. Wenn beispielsweise der Verkäufer eines Autos für den Fall verspäteter Lieferung eine Alternativstrafe von Fr. 5'000.– verspricht, so muss er dann, wenn der Käufer sein Wahlrecht nicht ausübt, die Möglichkeit haben, sich von seiner Verbindlichkeit durch Zahlung der Strafe oder Hinterlegung des Autos (Art. 92 OR) zu befreien. Hingegen besteht kein Anlass, ihm ein Vorgehen nach Art. 107 Abs. 2 OR zu erlauben. Anderes gilt natürlich bei Dienstleistungsschulden. Diesfalls kann aber der Schuldner die Rechte von Art. 107 Abs. 2 OR erst dann geltend machen, wenn er das Wahlrecht ausgeübt und sich für die Dienstleistung entschieden hat und dann der Gläubiger hinsichtlich der Dienstleistung (nicht der Ausübung des Wahlrechts) in Annahmeverzug geraten ist. Nach dem Gesagten kann zwar Art. 95 OR im vorliegenden Kontext zur Anwendung gebracht werden (denn die Ausübung des Wahlrechts ist eine andere «als eine Sachleistung» im Sinne jener Bestimmung), jedoch nur was den Tatbestand, nicht was die Rechtsfolge anbelangt. In dieser letzteren Hinsicht liegt eine Gesetzeslücke vor, welche durch die Regel zu füllen ist, dass das Wahlrecht vom Gläubiger auf den Schuldner übergeht.

- 106 3. Die umschriebene Rechtslage ist mit der Figur der **elektiven Konkurrenz** zu erklären. Bei dieser bestehen zwei (oder mehrere) Forderungen, zwischen denen der Gläubiger wählen kann; solange die Wahl nicht erfolgt ist, besteht keine erfüllbare Obligation. Wer hingegen die Verfallsbereinigung bejaht, nimmt der Sache nach eine Alternativermächtigung des Gläubigers an. Diese zeichnet sich dadurch aus, dass nur ein einziger Anspruch (Hauptanspruch) besteht, der Gläubiger jedoch einen anderen Anspruch (Strafanspruch) an dessen Stelle setzen darf. Bei dieser Konzeption ist der Hauptanspruch erfüllbar, bis sich der Gläubiger für den Strafanspruch entscheidet. Früher wurde auch die Ansicht vertreten, die Alternativstrafe begründe bei Vorliegen des Straftatbestandes eine Wahlschuld (Nr. 60) mit Wahlrecht des Gläubigers. Bei dieser Konzeption hat der Gläubiger zwar nur *einen* Anspruch, er kann aber zwischen mehreren Leistungen wählen⁶⁹.

⁶⁸ Es kann Ersatz des positiven Vertragsinteresses verlangt werden, was freilich umstritten ist. Einzelne wollen nur Ersatz des negativen Interesses gewähren, andere verneinen jegliche Haftung (s. KOLLER, Nachbesserungsrecht, Nr. 134 f. i. V. m. Nr. 125 ff.).

⁶⁹ Eine Wahlobligation mit Wahlrecht des Gläubigers ist im folgenden Beispiel anzunehmen: A verspricht dem B nach seiner Wahl ein Auto oder eine Reise nach Amerika, falls er, B, die Matura bestehen sollte. Die Wahlobligation kommt «im täglichen Leben nicht ganz selten vor: z.B. Fahrkarten, die dem Kunden die Wahl

Es ist offensichtlich, dass die Wahlobligation mit der elektiven Konkurrenz eng verwandt ist, weil dem Gläubiger in beiden Fällen die Wahl zwischen mehreren Leistungen zusteht; der einzige Unterschied besteht darin, dass sich die Leistungen im einen Fall (Wahlschuld) aus *einer* Obligation herleiten, im anderen Fall (elektive Konkurrenz) aus verschiedenen Obligationen (mit allenfalls unterschiedlichen Modalitäten, unterschiedlicher Verjährungsfrist usw.!)⁷⁰. Die Vorstellung einer Wahlschuld ist im vorliegenden Kontext nicht angebracht, weil Erfüllungs- und Strafanspruch unterschiedliche Ansprüche sind und nicht auf einer einzigen Obligation beruhen (ebenso, jedenfalls im Ergebnis, ZR 1910, S. 302 E. 2)⁷¹.

- 107 4. Besonderheiten gelten, wo die Strafe an die **Verletzung einer Unterlassungspflicht**, insbesondere eines Konkurrenzverbotes, anknüpft:
- 108 a) Eine Verfallsvereinigung ist hier zum vornherein ausgeschlossen. Denn eine Pflichtverletzung lässt sich nicht ungeschehen machen, die Erfüllung ist daher nur noch für die Zukunft möglich.
- 109 b) Bis zur Ausübung des Wahlrechts durch den Gläubiger bleibt der Schuldner an das Konkurrenzverbot gebunden. Ein Verstoss gibt also dem Schuldner kein Recht, nun auch weiterhin gegen das Verbot zu verstossen.
- 110 5. **Der Gläubiger übt sein Wahlrecht durch einseitige Erklärung aus.** Eine Formvorschrift besteht nicht, weshalb die Wahl auch konkludent erfolgen kann, z.B. durch Einklagung des betreffenden Anspruchs (ZR 1905, S. 46 Nr. 33). Klagt der Gläubiger beide Ansprüche ein in der Annahme, sie stünden ihm kumulativ zu, so ist dem Begehren um Realerfüllung Folge zu geben, die Strafforderung aber abzuweisen (SJZ 1938/39, S. 109; ZR 1910, S. 302)⁷². Die Klage gilt also als Entscheidung für den Erfüllungsanspruch.

zwischen mehreren Zielorten lassen; ... ; Automaten, in denen für denselben Preis eine von mehreren Leistungen gewählt werden kann» (MEDICUS, SchR AT, § 19 V, S. 95 unten/96).

⁷⁰ «Wahlschuld und elektive Konkurrenz trennt die Zahl der beteiligten Rechte. Wer wählt, gestaltet stets nur eine Forderung, die ihre Identität bewahrt; wer dagegen eine elektive Konkurrenz auflöst, entscheidet sich für ein Recht unter mehreren verschiedenartigen ..., die ihm alternativ zu Gebote stehen» (GERNHUBER, Schuldverhältnis, S. 259 unten).

⁷¹ Elektive Konkurrenz gibt es auch zwischen verschiedenen Gestaltungsrechten oder Gestaltungsrechten und Forderungen (GERNHUBER, wie vorstehende Anm.). Im vorliegenden Zusammenhang spielt diese Figur jedoch keine Rolle, wohl aber z.B. dann, wenn der Strafanspruch mit Mängelrechten alternativ konkurriert.

⁷² BECKER, BerK, N 29 a.E. zu Art. 160 OR.

B. Rechtslage nach Ausübung des Wahlrechts

- 111 1. Das Wahlrecht kann als **Gestaltungsrecht** aufgefasst werden. Auf das einmal ausgeübte Wahlrecht können daher die Grundsätze über Gestaltungsgeschäfte zur Anwendung gebracht werden. Demzufolge ist die Wahl unwiderruflich, es sei denn, der Widerruf würde ausnahmsweise keine berechtigten Interessen des Schuldners beeinträchtigen⁷³. Sie ist ferner – mit dem gleichen Vorbehalt – bedingungsfeindlich. Im einzelnen verhält es sich folgendermassen:
- 112 a) **Entscheidet sich der Gläubiger für die Konventionalstrafe**, so kann er nicht mehr auf die Erfüllung der Hauptschuld wechseln⁷⁴. Denn der Schuldner muss sich auf die einmal erfolgte Wahlentscheidung des Gläubigers einstellen können. Wird von ihm die Konventionalstrafe verlangt, so darf er weitere Erfüllungsanstrengungen unterlassen und seine Kräfte anderweitig einsetzen. Es würde zu unhaltbarer Rechtsunsicherheit führen, wenn dem Gläubiger ein Zurückkommen auf die Wahlentscheidung erlaubt wäre.
- 113 Bei einem verwandten Sachverhalt ist nach unbestrittener Ansicht analog zu entscheiden: Wenn der Gläubiger dem im Verzug befindlichen Schuldner eine Nachfrist ansetzt, so kann er nach ungenutztem Fristablauf auf die Leistung verzichten und Schadenersatz verlangen (Art. 107 Abs. 2 OR). Dieser Verzicht ist definitiv, denn der Schuldner muss sich nun darauf einstellen können, keine Erfüllungsanstrengungen mehr unternehmen zu müssen und über seine Arbeitskraft anderweitig disponieren zu können.
- 114 Allerdings wird man dem Gläubiger das Recht einräumen müssen, sich bei Geltendmachung der Konventionalstrafe die Erfüllung vorzubehalten, falls die Strafe nicht innert bestimmter Frist geleistet werden sollte⁷⁵. Der Gläubiger kann also die Konventionalstrafe bedingt verlangen: für den Fall, dass sie innert Frist erlegt wird. Da mit einer solchen Bedingung keine für den Schuldner unzumutbare Ungewissheit geschaffen wird (es hängt ja ausschliesslich von ihm ab, ob er die Strafe erlegt oder nicht), muss dem Gläubiger die Möglichkeit offenstehen, gegebenenfalls wieder auf den Erfüllungsanspruch zu wechseln⁷⁶.
- 115 b) Umgekehrt verhält es sich dann, **wenn der Gläubiger nach Verfall der Konventionalstrafe weiterhin auf Erfüllung der gesicherten Schuld be-**

⁷³ Vgl. KOLLER, OR AT, Nr. 196.

⁷⁴ EHRAT, BasK, N 18 zu Art. 160 OR; VON TUHR/ESCHER, S. 281; ebenso die deutsche Lehre: statt vieler LARENZ, SchR AT, S. 380. Undifferenziert hingegen BECKER, BerK, N 29 zu Art. 160 OR: «Die Wahl ist unwiderruflich.»

⁷⁵ So VON TUHR/ESCHER, S. 281.

⁷⁶ Ferner: Wenn der Gläubiger eine Vertragsstrafe geltend macht, obwohl deren Voraussetzungen nicht gegeben sind, so kann er später noch auf den Erfüllungsanspruch wechseln (vgl. INGENSTAU/KORBION, N 13 zu § 11 VOB/B, unter Hinweis auf BGH, LM, Nr. 2 zu § 17 UWG).

harrrt. «D.h. er kann die Strafe auch dann noch verlangen, wenn er sich nach dem Verfall zunächst für die Erfüllung des Hauptanspruchs entschieden hatte» (KNÜTEL, S. 60)⁷⁷. Allerdings wird man dem Gläubiger dieses *ius variandi* nur unter den Voraussetzungen von Art. 107 Abs. 2 OR zugestehen. Der Gläubiger muss also fruchtlos Nachfrist angesetzt haben, wenn er auf den Strafanspruch wechseln will. Damit wird verhindert, dass der Schuldner im Vertrauen auf das Leistungsbegehren des Gläubigers nutzlos Erfüllungsanstrengungen unternimmt. Das fragliche *ius variandi* ergibt sich zwar – anders als im deutschen Recht (§ 340 Abs. 1 Satz 2 e contrario) – nicht aus dem Gesetz, wohl aber aus der Erwägung, «dass der Gläubiger nicht mit dem Verlust des Strafanspruchs dafür «bestraft» werden kann, dass er dem säumigen Schuldner weiterhin die Chance zu einer Erfüllung gegeben hat, die der Schuldner dann doch nicht oder nicht rechtzeitig erbringt» (KNÜTEL, S. 60 f.).

- 116 Der Gläubiger ist bei Verfall einer Alternativstrafe in einer ähnlichen Situation, wie wenn der Schuldner bei einem Fixgeschäft in Verzug gerät (Art. 108 OR; oben Nr. 101). In beiden Fällen besteht ein Wahlrecht; im einen Fall kann zwischen Erfüllung und Schadenersatz (Art. 107 Abs. 2 OR)⁷⁸, im anderen Fall zwischen Erfüllung und Konventionalstrafe gewählt werden. Entscheidet sich der Gläubiger beim Fixgeschäft für die Erfüllung, so bleibt es ihm unbenommen, dem Schuldner eine Nachfrist zu setzen und nach ungenutztem Fristablauf Schadenersatz zu verlangen. Denn dem Gläubiger darf aus dem Umstand, dass er mit dem Schuldner nachsichtig ist und ihm eine erneute Erfüllungsmöglichkeit gewährt, kein Nachteil (Verlust des Schadenersatzanspruchs) entstehen. Entsprechend muss es sich im vorliegenden Kontext verhalten.
- 117 **2. Mit der vorbehaltlosen Wahl des Strafanspruchs fällt der Erfüllungsanspruch dahin, und zwar sofort.** Ist beispielsweise ein Konkurrenzverbot durch Konventionalstrafe gesichert und fordert der Gläubiger die verfallene Strafe, so geht das Konkurrenzverbot mit sofortiger Wirkung unter, und «der Schuldner ist nicht gehalten, es noch bis zur Zahlung der Strafe zu beobachten» (BECKER, BerK, N 29 zu Art. 160 OR; BGE 63 II 84 f.; ZR 1937, Nr. 119). Das gilt freilich nur für alternative Konventionalstrafen, wie ja überhaupt die vorstehenden Ausführungen nur für Alternativstrafen gelten.

⁷⁷ Unentschieden, aber eher ablehnend BGE 63 II 84. Wie im Text hingegen EHRAT, BasK, N 18 zu Art 160 OR m.w.Nw.; BAG, NJW 1970, S. 1146; LARENZ, SchR AT, S. 380.

⁷⁸ Wenn sich der Gläubiger nicht «unverzüglich» i.S.v. Art. 107 Abs. 2 OR entscheidet, fällt der Schadenersatzanspruch dahin, und es verbleibt ihm – vorderhand – nur der Erfüllungsanspruch. Insoweit verhält es sich also anders als beim Wahlrecht von Art. 160 Abs. 1 OR.

VI. Das Verhältnis des Strafanspruchs zu allfälligen Schadenersatzansprüchen

1. Die rechtliche Regelung (Art. 161 Abs. 2 OR) im Überblick

- 118 1. Der Straftatbestand zeitigt für den Gläubiger oft, wenn auch nicht immer (vgl. Art. 161 Abs. 1 OR!), Schadensfolgen. Es fragt sich dann, unter welchen Voraussetzungen der Gläubiger seinen Schaden ersetzt verlangen kann und wie sich ein solcher Schadenersatzanspruch zum Strafanspruch verhält. Mit dieser Problematik befasst sich Art. 161 Abs. 2 OR. Dessen Formulierung lässt allerdings zu wünschen übrig. Das hat in der Lehre zu kontroversen Auffassungen geführt (vgl. Nr. 138). Nach der hier vertretenen Ansicht beinhaltet die Bestimmung folgende zwei Aussagen:
- 119 a) Der aus dem Straftatbestand resultierende Schaden kann nur so weit ersetzt verlangt werden, als er die Strafe übersteigt («Interessenplus», OSER/SCHÖNENBERGER, ZürK, N 3 zu Art. 161 OR). **Die Strafe ist also auf den Schaden anzurechnen**, es findet keine Kumulation statt (ebenso §§ 340 und 341 BGB, je Abs. 2)⁷⁹. Eine Anrechnung findet freilich nur insoweit statt, als Schadenersatz- und Strafanspruch dasselbe (verletzte) Interesse abdecken. Dienen sie dem Ausgleich verschiedener Interessen, so können sie kumulativ geltend gemacht werden (unten Nr. 131 f.). In der Praxis bereitet allerdings die Unterscheidung mitunter Schwierigkeiten⁸⁰.
- 120 b) Das «**Interessenplus**» ist dann zu **ersetzen**, wenn der Straftatbestand gleichzeitig einen Haftungstatbestand darstellt, und zwar einen beliebigen. Ein Verschulden des Schuldners ist somit – entgegen dem Wortlaut von Art. 161 Abs. 2 OR – nicht vorausgesetzt (unten Nr. 137 ff.).
- 121 Beispiel: A gibt B ein Auto in Aufbewahrung und nimmt B das Versprechen ab, dass er, falls das Auto in beschädigtem Zustand zurückgegeben werden sollte, eine Konventionalstrafe von Fr. 2'000.– zahlt. B unternimmt mit dem Auto, ohne hierzu berechtigt zu sein (Art. 474 Abs. 1 OR), eine Ausfahrt. Hierbei wird er schuldlos in einen Unfall verwickelt. Er gibt das Auto dem A in erheblich beschädigtem Zustand zurück. A kann hier nicht nur die Konventionalstrafe verlangen (Nr. 75), sondern auch Ersatz des darüber hinausgehenden Schadens (Art. 474 Abs. 2 OR). Dass ihn am Schaden kein Verschulden trifft, schliesst die Haftung nicht aus. – Weiteres Beispiel: Ein Wirt, A, verspricht einem Gast, B, für den Fall, dass die bei ihm eingebrachten Sachen gestohlen werden, eine Konventionalstrafe von Fr. 500.–. Wenn nun die Sachen tatsächlich gestohlen werden, so hat der Wirt vorab die Strafe zu bezahlen, weil er den Diebstahl i.S.v. Art. 163 Abs. 2 OR zu vertreten hat (Art. 487 OR; Nr. 75). Sodann hat er auch den durch die Strafe nicht

⁷⁹ Der Gesetzgeber geht in Art. 161 Abs. 2 OR davon aus, dass es sich bei der Strafe um eine Geldleistung handelt («Betrag der Strafe»). Zum Fall, da dies nicht zutrifft, vgl. BENTELE, S. 96 Anm. 454.

⁸⁰ Vgl. BGH, NJW 1963, S. 1197, dazu unten Nr. 132.

gedeckten Schaden (Interessenplus) zu ersetzen, jedenfalls bis zum Betrag von Fr. 500.–, denn bis zum Betrag von Fr. 1'000.– haftet er kausal (die Strafe ist auf diesen Betrag anzurechnen, so dass noch ein «Kausalhaftungsbetrag» von Fr. 500. – verbleibt). Übersteigt das Interessenplus Fr. 500.–, so haftet der Wirt dafür nur, wenn ihm oder seinen Dienstleuten ein Verschulden zur Last fällt.

- 122 Im Anwendungsbereich von Art. 97 OR wird das Verschulden des Schuldners vermutet, der Gläubiger ist also – entgegen dem Wortlaut von Art. 161 Abs. 2 OR – nicht mit dem Verschuldensnachweis belastet.
- 123 2. Art. 161 Abs. 2 OR ist **dispositiv**. Er wird nicht nur durch eine abweichende Parteivereinbarung verdrängt, sondern auch durch eine abweichende hypothetische Parteivereinbarung. Das entspricht der allgemeinen Regel, dass die ergänzende Auslegung dispositivem Recht vorgeht⁸¹.
- 124 a) Die (ergänzende) Auslegung der Strafabrede kann beispielsweise ergeben, dass nur die Strafe gefordert werden kann, **Schadenersatzansprüche** also **ausgeschlossen** sind. So verhält es sich, wenn die Parteien eine Exklusivstrafe (Nr. 62) abgemacht haben: Nach dem Zweck einer solchen Abrede sind – bei Vorliegen des Straftatbestandes – nicht nur Erfüllungsansprüche ausgeschlossen, sondern auch Schadenersatzansprüche, freilich nur solche, welche Ausfluss des Straftatbestandes sind.
- 125 Beispiel: A lässt sich von B eine Warenlieferung bis Ende März versprechen und macht für den Fall nicht rechtzeitiger Lieferung eine Exklusivstrafe ab. In der Folge liefert B einen Teil der Ware rechtzeitig, den Rest aber nicht, so dass die Strafe verfällt. Hier kann A die Strafe verlangen, daneben aber auch noch Ersatz für Schaden, der ihm durch allfällige Mängel der gelieferten Ware entstanden ist. Denn dieser Schaden hat mit dem Straftatbestand nichts zu tun, weshalb er durch die Konventionalstrafe nicht abgedeckt ist.
- 126 Entsprechendes gilt bei der Wandelpön. Diese beinhaltet das Recht des Schuldners, sich – bei erfülltem Straftatbestand – durch Bezahlung der Konventionalstrafe von der Erfüllungspflicht zu befreien (Nr. 67). Wer sich ein solches Recht vorbehält, will auch nicht verpflichtet sein, das Erfüllungsinteresse ersetzen zu müssen, falls sich der Straftatbestand verwirklicht. Nach dem Sinn einer Wandelpön-Abrede sind daher Schadenersatzpflichten ausgeschlossen, soweit sie auf den Ersatz dieses Interesses gerichtet sind. Andere Schäden, wie solche, die durch Mängel des Vertragsgegenstandes verursacht werden, sind hingegen ersatzfähig.
- 127 b) Die Parteien können ferner rechtswirksam abmachen, dass **Strafe und Schadenersatz kumuliert** werden können⁸². Die Kumulation muss insbe-

⁸¹ Nachweis in Anm. 60.

⁸² So auch die herrschende deutsche Auffassung, z.B. JAUERNIG/VOLKKOMMER, N 1c zu § 340 BGB. A.A. ist immerhin LINDACHER, dem der BGH «beachtliche Gründe» attestiert (BGHZ 63, 258). In AGB kann allerdings das Anrechnungsgebot nicht

sondere dort zulässig sein, wo das Gläubigerinteresse an der Erfüllung nicht ein rein vermögensmässiges ist. Die allenfalls nötigen Korrekturen sollten über eine Herabsetzung der Strafe im Einzelfall gesucht werden (Art. 163 Abs. 3 OR).

- 128 3. Im folgenden wird vorerst 2. näher auf das in Art. 161 Abs. 2 OR statuierte (dispositive) Anrechnungsprinzip (Nr. 119) eingegangen, damit natürlich auch auf die Fälle, in denen keine Anrechnung stattfindet. Sodann wird 3. näher begründet, weshalb die Haftung für das «Interessenplus» kein Verschulden voraussetzt.

2. Anrechnung der Strafe auf den Schaden

- 129 1. Das Anrechnungsprinzip gilt sowohl bei **Alternativ-** als auch bei **Kumulativstrafen**, nicht hingegen bei Exklusivstrafen und der Wandelpön (Nr. 124, 126).
- 130 Beispiel 1 (für Anwendung auf Kumulativstrafe): A verspricht B die Lieferung eines Autos bis Ende März und verspricht ihm weiter eine Konventionalstrafe von Fr. 100.– pro Tag Verspätung. Kommt A in Verzug, so kann B einerseits Erfüllung, andererseits die Verzugsstrafe von Fr. 100.– pro Tag Verspätung verlangen, vorausgesetzt, es trifft A ein Verschulden am Verzug (Art. 103 OR)⁸³. Unter dieser Voraussetzung kann B auch Schadenersatz verlangen, z.B. weil er das Auto hätte vermieten können. Allerdings muss er sich die Strafe auf den Schaden anrechnen lassen. Wenn er also beispielsweise das Auto pro Tag für Fr. 110.– hätte vermieten können, so hat er – bei gegebenen Haftungsvoraussetzungen – pro Tag Fr. 10.– Schadenersatz zugut, nicht etwa Fr. 110.–.
- Beispiel 2 (für Anwendung auf Alternativstrafe): A hat sich für den Fall, dass B ein Konkurrenzverbot verletzt, eine Alternativstrafe von Fr. 2'000.– versprechen lassen. Wenn nun B das Verbot verletzt, so dass die Strafe verfällt, so kann A Fr. 2'000.– und allfälligen durch diesen Betrag nicht gedeckten Schaden ersetzt verlangen.
- 131 2. Eine Anrechnung findet immer nur insoweit statt, als der Schadenersatzanspruch **dasselbe Interesse abdeckt wie der Strafanspruch**. Ob dies der Fall ist, lässt sich nicht immer leicht entscheiden. Zur Illustration ein Beispiel:
- 132 Verkäufer V versprach dem Käufer K, welcher eine Firma für Autovermietung betreibt, die Lieferung eines Autos bis Ende März und für den Fall nicht rechtzeitiger Leistung eine kumulative Konventionalstrafe von Fr. 1'000.–. In der Folge wurde das Auto mit erheblicher Verspätung geliefert. K macht die Strafe geltend und zudem verlangt er Verspätungsschaden wegen nicht rechtzeitiger Lieferung des Autos. Er macht pro Tag Verspätung einen Mietzinsausfall von Fr. 100.– geltend, insgesamt Fr. 1'400.–. V widersetzt sich dem Strafanspruch nicht, verlangt aber Anrechnung der Strafe auf den Schaden, er will also nur Fr. 400.– bezahlen. Wer hat recht? In einem ähnlich gelagerten Fall hat der deutsche BGH

abbildungen werden, wie der eben zitierte Entscheid präzisiert (zustimmend JAUERNIG/VOLKKOMMER, a.a.O., mit Hinweis auf NJW 1992, S. 1097).

⁸³ Ist eine Hilfsperson für den Verzug verantwortlich, so hat A für sie nach Massgabe von Art. 101 OR (i.V.m. Art. 103 OR) einzustehen.

(NJW 1963, S. 1197) die Anrechnung verneint, wogegen die Vorinstanz sie noch befürwortet hatte. M.E. ist dem BGH recht zu geben: Die Vertragsstrafe wurde für den Fall der Verspätung versprochen und war Ende März verfallen. Der Schadenersatzanspruch entstand nicht schon Ende März, sondern erst mit der weiteren Verzögerung. Der Straftatbestand als solcher hatte also den Verspätungsschaden nicht zur Folge, dieser entstand erst in einem späteren Zeitpunkt. Demnach war die Strafe auf den Schaden nicht anrechenbar⁸⁴. Die gegenteilige Auffassung würde auch zu ungerechten Ergebnissen führen: V könnte, einmal in Verzug, die Leistung ohne Nachteil so lange hinauszögern, bis der Schaden den Strafbetrag erreicht. Die einmal verfallene Strafe würde geradezu einen Anreiz zur Vertragsverletzung schaffen, zumal dort, wo dem Schuldner aus dem Zurückbehalten der Leistung ein Vorteil entsteht. Das aber widerspricht dem Wesen der Vertragsstrafe als Druckmittel. Anders verhielte es sich in unserem Beispiel allerdings dann, wenn abgemacht wäre, dass sich die Verspätungsstrafe nach der Verspätung berechnet (z.B. Fr. 100.– pro Tag). Hier wäre die pro Tag geschuldete Strafe auf den Verspätungsschaden (z.B. Mietzinsausfall von Fr. 110.– pro Tag) anzurechnen (s. das Beispiel 1 oben in Nr. 130). Denn Schadenersatz und Strafe würden diesfalls dasselbe Interesse abdecken.

- 133 3. Das Anrechnungsprinzip kommt auch dann zum Tragen, wenn eine **Alternativstrafe** abgemacht ist, der Erfüllungsanspruch untergeht und an seine Stelle ein **Anspruch auf Ersatz des Erfüllungsinteresses** tritt (Art. 97, 107 Abs. 2 OR). Diesfalls ist nicht etwa Alternativität zwischen Strafanspruch und Schadenersatzanspruch anzunehmen (vgl. demgegenüber Art. 160 Abs. 1 OR⁸⁵), vielmehr kann der Gläubiger beide Ansprüche nebeneinander geltend machen, den Schadenersatzanspruch allerdings nur insoweit, als der Schaden die Strafe übersteigt. Eine Kumulation von Strafe und Schadenersatz ist also ausgeschlossen.
- 134 Beispiel: A kauft von B ein Occasionsauto für Fr. 20'000.– und lässt sich für den Fall, dass das Auto nicht bis zum 31. März geliefert wird, eine alternative Konventionalstrafe von Fr. 5'000.– versprechen. Als B nicht rechtzeitig liefert, setzt ihm A eine Nachfrist (Art. 107 Abs. 2 OR) bis 6. April an und teilt ihm mit, er werde auf das Auto verzichten, falls die Nachfrist ungenutzt verstreichen sollte. Wenn B auch die Nachfrist nicht einhält und daher A das Auto dem C, dem er es bereits für Fr. 26'000.– weiterverkauft hat,

⁸⁴ Das Gesagte gilt nur für den Fall, dass eine Kumulativstrafe abgemacht wurde. Wurde eine Alternativstrafe abgemacht, so kann der Gläubiger nur zwischen der Strafe und der Erfüllung wählen. Eine Kumulation von Strafe und Verspätungsschaden kommt nicht in Betracht. Denn: Wählt der Gläubiger die Strafe, so fällt die Hauptschuld sofort dahin (Nr. 117), Verspätungsschaden kann daher nicht mehr entstehen. Wählt er die Erfüllung, so fällt der Strafanspruch dahin (Vorbehalt in Nr. 115), wiederum kann es nicht zur Kumulation von Strafe und Verspätungsschaden kommen. Solange sich der Gläubiger nicht für Erfüllung oder Strafe entschieden hat, kann der Schuldner nicht erfüllen, der Verzug wird gleichsam – mangels Erfüllungbarkeit der Obligation (oben Nr. 104) – suspendiert, weshalb auch keine Haftung für Verspätungsschaden Platz greifen kann. Präzisierend ist beizufügen: Wählt der Gläubiger die Erfüllung, so kann er später unter den Voraussetzungen von Art. 107 Abs. 2 OR auf den Strafanspruch wechseln (Nr. 115). Diesfalls ist der bis zum Wechsel aufgelaufene Verspätungsschaden zusätzlich zur Strafe zu ersetzen.

⁸⁵ OSER/SCHÖNENBERGER, ZürK, N 1 zu Art. 161 OR, sagen zu Recht, dass Art. 161 Abs. 2 OR in gewisser Weise eine Abweichung zu Art. 160 Abs. 1 OR beinhaltet.

ebenfalls nicht liefern kann, so kann A – unter den Voraussetzungen von Art. 107 Abs. 2 OR – die Strafe von Fr. 5'000.– verlangen und zusätzlich den durch die Strafe nicht gedeckten Schaden im Betrage von Fr. 1'000.– (Fr. 6'000.– minus Fr. 5'000.–). A braucht also nicht zwischen Strafanspruch und Schadenersatzanspruch zu wählen, vielmehr kann er beide Ansprüche geltend machen, wenn auch ohne sie zu kumulieren.

- 135 4. Erfasst das Anrechnungsprinzip auch den Fall, da eine **kumulative Verspätungsstrafe** abgemacht ist und nun der Erfüllungsanspruch durch einen **Anspruch auf Ersatz des Erfüllungsinteresses** abgelöst wird (Art. 97 OR, 107 Abs. 2 OR)? Oder erstreckt sich die Abrede der Kumulation vom Erfüllungsanspruch auf den Schadenersatzanspruch, in der Weise, dass der Gläubiger den Schaden zusätzlich zur Strafe ersetzt verlangen kann? Die Frage ist m.E. im letzteren Sinne zu beantworten.
- 136 Beispiel: V verspricht dem K die Lieferung eines Autos bis Ende März und verspricht ferner eine Kumulativstrafe (Fr. 1'000.–) für den Fall nicht rechtzeitiger Lieferung. V liefert nicht rechtzeitig, worauf K ihm Frist bis 6. April ansetzt. Als V die Frist ungenutzt verstreichen lässt, verzichtet K nach Art. 107 Abs. 2 OR auf die Lieferung des Autos. Welche Ansprüche stehen ihm zu? Sicher kann er die Strafe geltend machen. Was den Schaden anbelangt, fragt sich, ob er den ganzen Schaden ersetzt verlangen kann oder nur den die Strafe übersteigenden Betrag. Richtigerweise ist hier Kumulation anzunehmen. Denn die kumulative Verspätungsstrafe deckt das Zeitinteresse ab, der Schadenersatzanspruch hingegen das Erfüllungsinteresse. Art. 161 Abs. 2 OR verlangt daher die Anrechnung der Strafe auf den Schaden nicht (Nr. 131). Zum gleichen Ergebnis gelangt man auch über folgende Erwägung: Der Erfüllungsanspruch hat ab dem 31. März kumulativ neben dem Strafanspruch bestanden. Wandelt sich nun der Erfüllungsanspruch in einen Schadenersatzanspruch um, so geht er deshalb nicht unter. Er bleibt vielmehr – in abgewandelter Form – zusätzlich zum Strafanspruch bestehen (vgl. RGZ 94, 206 f., mit zahlreichen Hinweisen und Beispielen).

3. Haftung für den die Strafe übersteigenden Schaden: Voraussetzungen

- 137 1. Nach dem **Wortlaut** von Art. 161 Abs. 2 OR kann der Gläubiger den durch die Strafe nicht gedeckten Schaden («Interessenplus») nur dann ersetzt verlangen (Art. 161 Abs. 2 OR), wenn er **dem Schuldner ein Verschulden nachweist** (besonders deutlich sind die romanischen Gesetzestexte, welche im Unterschied zum deutschen Text nicht nur ein Verschulden, sondern ausdrücklich ein Verschulden des *Schuldners* [debitore, débiteur] verlangen). Eine wörtliche Interpretation ist jedoch nicht am Platze. Richtigerweise sollte es – wie bereits erwähnt – heissen, dass der Gläubiger das «Interessenplus» immer dann ersetzt verlangen kann, wenn ein (beliebiger) Haftungstatbestand gegeben ist (so im Ergebnis auch § 340 Abs. 2 BGB). Der Gläubiger kann sich bei dieser Interpretation auf einen Kausalhaftungstatbestand berufen (z.B. Art. 101, 103 oder 474 Abs. 2 OR), und im Bereiche der Verschuldenshaftung (Art. 97 OR)

muss nicht er dem Schuldner ein Verschulden nachweisen, vielmehr muss sich der Schuldner entlasten.

- 138 Die herrschende Lehre und Rechtsprechung⁸⁶ ist allerdings anderer Meinung. Es wird geltend gemacht, der Wortlaut sei durch die **Historie** der Bestimmung gedeckt. Die meisten Autoren räumen aber ein, dass eine wörtliche Interpretation sachlich unbefriedigend ist⁸⁷. Einzelne Autoren gehen noch weiter und geben das Verschuldenserfordernis *faktisch* teilweise auf. So etwa BECKER⁸⁸, der das Verhalten einer Hilfsperson unter den Voraussetzungen von Art. 101 OR dem persönlichen Verschulden des Schuldners gleichstellt, ferner BENTELE⁸⁹, welcher der Hilfspersonenhaftung die Zufallshaftung nach Art. 103 OR gleichstellt. Weshalb nur diese beiden Haftungstatbestände einem Verschulden des Schuldners gleichzustellen sein sollen, ist nicht ersichtlich. Das Gesetz gibt hierfür keinerlei Anhaltspunkte. Es scheint daher richtiger, vom Wortlaut des Art. 161 Abs. 2 OR radikal abzugehen. Dafür sprechen noch weitere Gründe:
- 139 **2. Eine wörtlich-historische Interpretation ist systemwidrig, sachlich nicht gerechtfertigt und führt zu Ergebnissen, welche mit dem Parteiwillen kaum zu vereinbaren sind:**
- 140 Die Vereinbarung einer Konventionalstrafe schliesst nicht aus, dass der Gläubiger auf deren Geltendmachung verzichtet und statt dessen seinen gesamten Schaden nach allgemeinem Haftungsrecht liquidiert. Wer anders entscheidet, stellt den Gläubiger, der sich eine Konventionalstrafe ausbedungen hat, schlechter, wie wenn er dies nicht getan hätte. Das widerspricht in eklatanter Weise dem Parteiwillen, der auf eine *Besserstellung* des Gläubigers gerichtet ist. Als dispositive Norm hat Art. 161 Abs. 2 OR diesen Parteiwillen zu respektieren, er vermag also das «ordentliche» Haftungsrecht nicht zu verdrängen.
- 141 Bleibt die Frage, ob dem Gläubiger, der auf die Geltendmachung der Strafe nicht verzichten will, eine Berufung auf das ordentliche Haftungsrecht abge-

⁸⁶ So z.B. VON TUHR/ESCHER, S. 282 und vor allem 283 unten; ferner GAUCH, BRT 1995, S. 21; BECKER, BerK, N 4 zu Art. 161 OR; SJZ 1919/20, S. 64; BGE 29 II 143 E. 7, mit Bezug auf das aOR. Wie im Text aber wohl GAUCH/SCHUMACHER, N 1c zu Art. 98 SIA-Norm 118.

⁸⁷ Z.B. EHRAT, BasK, N 7 zu Art. 161 OR; weitere Nachweise bei GAUCH/SCHLUEP, Nr. 3941. Anders immerhin BECKER, BerK, N 3 zu Art. 161 OR, und SJZ 1919/20, S. 64.

⁸⁸ BerK, N 4 zu Art. 161 OR. Becker ist einerseits der Meinung, das Verschuldenserfordernis lasse sich sachlich rechtfertigen (Anm. 87), andererseits lockert er das Verschuldenserfordernis auf. *Im Ergebnis* ist offenbar auch er der Meinung, Art. 161 Abs. 2 OR sei sachlich unangemessen.

⁸⁹ S. 97.

schnitten ist und er diesfalls nur die Möglichkeit hat, sich über den Verschuldensnachweis Ersatz des «Interessenplus» zu verschaffen. Das ist zu verneinen. Denn es ist kein Grund ersichtlich, weshalb der Gläubiger, der von seinem «Strafrecht» Gebrauch macht, dafür mit dem Verlust des ordentlichen Haftungsanspruchs bestraft werden sollte. Eine Rechtsordnung, die solches anordnet, müsste als inkohärent bezeichnet werden. Im übrigen würden zahlreiche praktische Probleme entstehen, wenn man die Bestimmung von Art. 161 Abs. 2 OR im Sinne der herrschenden Lehre interpretieren wollte. Es würde sich dann z.B. die Frage stellen, ob schon die ausserprozessuale Anrufung der Strafabrede die Berufung auf das ordentliche Haftungsrecht ausschliesse oder ob erst die gerichtliche Geltendmachung der Abrede diesen Effekt hätte. In diesem letzteren Fall würde sich ferner fragen, ob nachträglich, aber noch vor Prozessende, auf die Anrufung der Strafabrede verzichtet werden kann, um so freien Weg für die Durchsetzung des ordentlichen Haftungsanspruchs zu haben. Schon die Fragestellungen zeigen, dass sie kaum rechtlich relevant sein können⁹⁰.

- 142 A hat für B ein Haus bis Ende März zu erstellen. Er kommt in Verzug. B verlangt hierauf eine für diesen Fall abgemachte Konventionalstrafe. Zudem beansprucht er Ersatz des durch die Strafe nicht gedeckten Schadens. Die Strafe ist geschuldet, wenn A der Beweis misslingt, dass er den Verzug nicht verschuldet hat (Art. 103 Abs. 2 OR; Nr. 75). Angenommen, B gelingt der Nachweis eines die Strafe übersteigenden Schadens, es gelingt ihm jedoch nicht nachzuweisen, dass A ein Verschulden trifft. Kann B diesfalls nicht den ganzen Schaden ersetzt verlangen – nur deshalb, weil er auch die Strafe einverlangt hat? Muss also B den Vorteil, dass er sich eine Strafe ausbedungen hat, mit dem Verlust des Schadenersatzanspruchs büssen? M.E. ist dies zu verneinen.

4. Exkurs: Strafanspruch und Anspruch auf Verspätungszins

- 143 Der Straftatbestand kann anstelle oder neben Schadenersatzansprüchen weitere Ansprüche begründen. Es fragt sich dann wiederum, wie sich diese Ansprüche zueinander verhalten. Hier sei lediglich auf das Verhältnis von Verspätungsstrafe und Verzugszins eingegangen⁹¹:

⁹⁰ Das Verschuldenserfordernis scheint auf einem Kompromiss im Gesetzgebungsprozess zu beruhen. Einzelne wollten dem Strafgläubiger – wie im französischen Recht – jeden Schadenersatzanspruch abschneiden (BÜHLER, S. 153). Dieser Meinung kam man mit der heutigen Lösung entgegen. Dabei übersah man, dass das französische Recht ganz anders konzipiert ist als das schweizerische: Die Konventionalstrafe ist dort nichts anderes als pauschalierter Schadenersatz (BÜHLER, S. 163). Damit verträgt sich ein zusätzlicher Schadenersatzanspruch selbstverständlich nicht. Im schweizerischen Recht aber ist die Konventionalstrafe eine schadensunabhängige Leistung (Nr. 17); zusätzlicher Ersatz des «Interessenplus» ist damit vereinbar.

⁹¹ Zum Verhältnis von Strafanspruch und Mängelrechten vgl. BENTELE, S. 135.

- 144 Ob Zins- und Strafanspruch kumuliert werden dürfen, hängt davon ab, ob der Strafanspruch dasselbe Interesse abdeckt wie der Zinsanspruch. Dieser will die entstandene Verspätung ausgleichen. Das gilt ebenso für einen Strafanspruch, sofern sich die Strafe nach der eingetretenen Verspätung richtet, also beispielsweise pro Tag Verspätung ein bestimmter Tagessatz geschuldet ist. Diesfalls ist eine Kumulation ausgeschlossen, die Strafe ist also auf die Zinsen anzurechnen. Wenn hingegen die Strafe von der Dauer der Verspätung unabhängig ist (es wird z.B. eine Strafe von Fr. 2'000.– geschuldet, falls bis Ende März keine Zahlung erfolgt), so erfolgt keine Anrechnung⁹².
- 145 Beispiel (in Anlehnung an BGH, NJW 1963, S. 1197): K kauft von V ein Auto für Fr. 50'000.– und verspricht Zahlung bis 31. März. Für den Fall nicht rechtzeitiger Zahlung verspricht er eine (kumulative) Konventionalstrafe von Fr. 500.–. K zahlt erst anfangs Juli. Diesfalls kann V – neben dem Kaufpreis – einerseits die Strafe verlangen, andererseits Verzugszinsen für rund drei Monate (z.B. Fr. 600.–). K kann nicht verlangen, dass V sich die Strafe auf die Verzugszinsen anrechnen lässt. Könnte er es, so würde für K ein erheblicher Anreiz bestehen, möglichst spät zu zahlen, auf diese Weise den Kaufpreis zu nutzen und so die Konventionalstrafe finanzieren zu können. Dass dem nicht so sein kann, liegt auf der Hand. Dogmatisch ist die Begründung darin zu sehen, dass die Verzugszinsen die entstandene Verspätung ausgleichen sollen, die Strafe hingegen das Interesse des V daran, dass das Geld spätestens am 31. März bei ihm eingegangen ist.

⁹² Ähnlich für das deutsche Recht LARENZ, SchR AT, S. 380 f., und GERNHUBER, Schuldverhältnis, S. 777, beide unter Hinweis auf BGH, NJW 63, S. 1197.

2. Teil:

Insbesondere die Konventionalstrafe für Bauverzögerungen

I. Einleitung

- 146 1. In der Baupraxis finden sich oft Vertragsklauseln, welche für den Fall einer Bauverzögerung und insbesondere der Nichteinhaltung des Fertigstellungstermins den Unternehmer zur Leistung einer Geldsumme verpflichten.

Beispiele:

- 147 – Das Kantonsgericht St. Gallen hatte sich neulich mit einem Fall zu befassen, in dem pro Tag Verspätung Fr. 200.– zu bezahlen waren (Entscheid 3ZK 92-99 vom 8. Juli 1993, S. 3).
- 148 – In dem BGE 38 II 94 ff. zugrundeliegenden Fall war abgemacht, dass bei nicht rechtzeitiger Leistung eine Konventionalstrafe von je Fr. 700.– für die erste und zweite Woche, von Fr. 1'400.– für die dritte und von Fr. 2'000.– für jede weitere Woche Verspätung zu bezahlen war.
- 149 – Ingenieur Favre hatte sich gegenüber der Bauherrin des Gotthardtunnels verpflichtet, den Tunnel bis 1. Oktober 1880 zu erstellen und bei Nichteinhaltung dieses Termins Fr. 5'000.– pro Tag während der ersten sechs Monate und nachher Fr. 10'000.– pro Tag zu bezahlen⁹³.
- 150 – Oft finden sich ferner Klauseln, wonach im Falle einer Verspätung ein bestimmter Prozentsatz des Werkpreises zu bezahlen ist, z.B. «0,1 % je Werktag der Fristüberschreitung, höchstens 5 % des Rechnungsendbetrages» (OLG Düsseldorf, BauR 1982, S. 583) oder 0,2 % der Auftragssumme, «mindestens aber 20 DM pro Werktag» (BGH, BauR 1979, S. 57) oder 0,5 % der Auftragssumme pro Kalendertag (BGH, BauR 1983, S. 83). In dem in BauR 1987, S. 92, zu beurteilenden Fall war «eine Vertragsstrafe in Höhe von 1 v. Tausend je Werktag, höchstens jedoch 10 v.H. der Angebotssumme» abgemacht.
- 151 2. Solche Klauseln sind nicht auf blosse Schadenspauschalierung gerichtet, sondern sollen dem Besteller für den Fall einer Verspätung unabhängig von der Schadenshöhe eine Leistung verschaffen. Es handelt sich somit **nicht** um **Schadenersatzpauschalen**, sondern um **Konventionalstrafen**. Daran

⁹³ MAULER, S. 119.

ändert nichts, dass Klauseln der fraglichen Art den Schadensbeweis erleichtern, denn eine Erleichterung des Schadensbeweises ist mit jeder Konventionalstrafe verbunden. Um Schadenersatzpauschalen handelt es sich deshalb nicht, weil sie nicht auf blosser Erleichterung der Schadensliquidation gerichtet sind, sondern das Interesse des Gläubigers an rechtzeitiger Erfüllung umfassend schützen sollen. Dieses Interesse aber ist naturgemäss nicht ein rein finanzielles, weshalb es durch eine Schadenersatzleistung, auch durch eine pauschalierte, nicht vollständig befriedigt werden kann.

- 152 Selbstverständlich ist denkbar, dass die Parteien eines Bauwerkvertrages für den Fall einer Verspätung den zu erwartenden Schaden pauschalieren. Da jedoch der Schaden, der aus einer Verspätung entsteht, in der Regel nicht prognostizierbar ist und sich auch ein durchschnittlicher Schadensverlauf kaum angeben lässt, ist einer Pauschalierung praktisch der Boden entzogen. Jedenfalls ist eine Pauschalierung mit derartigen Schwierigkeiten verbunden, dass der Besteller klar zu erkennen geben muss, wenn er ausnahmsweise eine Pauschalierung beabsichtigt. Die Vermutung spricht für eine Konventionalstrafe.
- 153 3. Wird eine Strafe für die Nichteinhaltung einer Frist oder eines Termins abgemacht, so handelt es sich nach der gesetzlichen Vermutung von Art. 160 Abs. 2 OR um eine **Kumulativstrafe**, nicht eine Alternativstrafe. Die Parteien können jedoch anderes abmachen (vgl. das Beispiel in Nr. 99). Für Konventionalstrafen, die für die nicht rechtzeitige Ausführung eines Bauwerkes abgemacht werden, dürfte dies allerdings kaum je zutreffen. Denn der Besteller hat in aller Regel – erkennbar – kein Interesse, im Falle einer Verspätung die Strafe zu verlangen und dafür auf die Werkvollendung zu verzichten. Sein Interesse ist vielmehr auf baldige Vollendung gerichtet, der Durchsetzung dieses Interesses aber dient nur und gerade eine Kumulativstrafe. Eine solche liegt in jedem Fall und unter allen Umständen dann vor, wenn die Höhe der Strafe von der Dauer der Verspätung abhängig gemacht wird. Denn damit wird zum Ausdruck gebracht, dass der Besteller an der Vollendung festhalten und diese durch die Strafe fördern will. Daher beinhalten alle in Nr. 147 ff. aufgeführten Klauseln eine Kumulativstrafe.
- 154 4. **Eingrenzung des Themas.** Die folgenden Ausführungen beziehen sich ausschliesslich auf Kumulativstrafen und zudem nur auf Strafen, welche für die Nichteinhaltung eines Fertigstellungstermins vereinbart wurden. Auf Strafen für die Nichteinhaltung von Anfangs- oder Zwischenterminen⁹⁴ wird nur am Rande eingegangen.
- 155 Ein Fertigstellungstermin kann auf verschiedene Weise abgemacht sein: durch ausdrückliche Vereinbarung eines Termins, an dem das Werk fertig sein muss, aber auch durch Vereinbarung eines Anfangstermins und einer bestimmten Bauzeit (der Unternehmer hat

⁹⁴ Dazu z.B. BauR 1982, S. 583 linke Spalte.

z.B. am 1. März zu beginnen und das Werk innert dreier Monate auszuführen). Auch solchen mittelbar bestimmten Fertigstellungsterminen gelten unsere Ausführungen. Im übrigen müssen Fertigstellungstermine nicht unbedingt bei Vertragsabschluss abgemacht werden⁹⁵. Die Praxis kennt auch Fälle, in denen der Termin erst später bestimmt wurde, sei es einseitig durch den Gläubiger, sei es durch Übereinkunft (so verhielt es sich offenbar in dem vom KGer SG entschiedenen Fall 3ZK 92-99 vom 8. Juli 1993, S. 10, ferner in BGH, BauR 1974, S. 206 ff.).

II. Verwirkung der Verspätungsstrafe: Überblick

- 156 1. In erster Linie bestimmen die **Parteien**, unter welchen Voraussetzungen die Strafe verfällt. Subsidiär kommen die Art. 160 Abs. 2 und 163 Abs. 2 OR zum Tragen. Diese Bestimmungen wurden bereits dargestellt. Im folgenden sind sie für den hier interessierenden Fall, da ein Fertigstellungstermin für ein Bauwerk nicht eingehalten wird, zu konkretisieren.
- 157 2. **Gesetzliche Voraussetzungen.** Damit die Strafe verfällt, genügt es – mangels anderer Abrede – nicht, dass der Termin nicht eingehalten wird. Vielmehr muss die Nichteinhaltung eine Pflichtwidrigkeit (Verzug) darstellen⁹⁶ (Nr. 73), und zudem muss der Unternehmer sie zu vertreten haben (Art. 163 Abs. 2 OR). Ferner muss die Strafe spätestens bei der Erfüllung vorbehalten werden, ansonst der (bereits entstandene!) Anspruch untergeht. Der Anspruch kann somit nur geltend gemacht werden, wenn der Besteller ihn rechtzeitig vorbehalten hat (Art. 160 Abs. 2 OR, oben Nr. 93). Einzelheiten:
- 158 a) **Erfordernis der Pflichtwidrigkeit.** Fertigstellungstermine sind Verfalltage (Art. 102 Abs. 2 OR). Ihre Nichteinhaltung bedeutet daher in aller Regel Verzug. Eine Ausnahme gilt vor allem dann, wenn der Gläubiger selbst für die Nichteinhaltung des Termins verantwortlich ist⁹⁷. Diesfalls verliert der Fertigstellungstermin seine Qualität als Verfalltag: Die Fälligkeit wird hinausgeschoben. Fraglich ist, ob eine Strafabrede auch in einem solchen

⁹⁵ Oft ist dies realistischweise gar nicht möglich, weil der Bauablauf noch mit erheblichen Unsicherheiten behaftet ist (es steht z.B. noch die Baubewilligung aus).

⁹⁶ BENTELE, S. 81; a.A. GAUCH/SCHUMACHER, N 4 zu Art. 98 SIA-Norm 118. Das Erfordernis der Vertragsverletzung ergibt sich a fortiori daraus, dass subsidiär ein Verschulden vorausgesetzt ist (Art. 160 Abs. 2 OR). Es kann freilich anderes vereinbart sein (Nr. 156). Schumacher (GAUCH/SCHUMACHER, N 1c und 4 zu Art. 98 SIA-Norm 118) scheint anzunehmen, bei Übernahme der SIA-Norm 118 werde auf das Erfordernis der Pflichtwidrigkeit verzichtet. Indes ergibt sich aus Art. 96 i.V.m. Art. 98 Abs. 2 mit aller Deutlichkeit, dass der Unternehmer, der ohne Verschulden in Verzug gerät, die Strafe nicht zu bezahlen hat. A fortiori muss auch jener Unternehmer befreit sein, den nicht einmal eine Pflichtwidrigkeit trifft.

⁹⁷ Dazu kommt der Fall, da der Besteller Abschlagszahlungen pflichtwidrig nicht erbringt und dadurch dem Unternehmer ein Leistungsverweigerungsrecht nach Art. 82 OR verschafft.

- Fall ihre Gültigkeit behält und unter welchen Voraussetzungen die Strafe gegebenenfalls verfällt. Diese Problematik wird unter einem eigenen Titel («nachträglicher Verfall») behandelt (unten IV., Nr. 207 ff.).
- 159 b) Der Unternehmer hat die Verspätung **zu vertreten**, wenn ihn daran ein Verschulden trifft (Art. 103 OR) oder wenn die Verspätung auf das Verhalten einer Hilfsperson zurückgeht und ihm dieses Verhalten nach Art. 101 OR zurechenbar ist (Nr. 75).
- 160 Auch in diesem Zusammenhang kann sich die Problematik des nachträglichen Verfalls stellen: Wenn der Unternehmer den Fertigstellungstermin schuldlos verpasst und daher die Strafe nicht verfällt, so fragt sich, ob es nachträglich zum Verfall kommt, wenn der Unternehmer später schuldhaft handelt, indem er die Fertigstellung nicht mit der nötigen Geschwindigkeit vorantreibt. S. dazu Nr. 216 ff.
- 161 Es kann ferner sein, dass der Unternehmer den Fertigstellungstermin schuldhaft verpasst, in der Folge jedoch schuldlos daran gehindert wird, das Werk zu Ende zu führen. In einem solchen Fall fragt sich, ob eine von der Dauer der Verspätung abhängige Strafe weiterhin verfällt. Vgl. dazu unten Nr. 163 f.
- 162 c) Von allergrösster praktischer Bedeutung ist der **Strafvorbehalt**. Dieser wirft verschiedene, nicht im einzelnen gelöste Probleme auf. Es rechtfertigt sich daher, darauf in einem eigenen Abschnitt (nachstehend III.) zurückzukommen.
- 163 3. **Umfang des Verfalls.** Typischerweise werden Verspätungsstrafen für die Nichteinhaltung eines Fertigstellungstermins zeitabhängig ausgestaltet, in der Weise, dass mit der Dauer der Verspätung die Strafe sukzessive weiterverfällt (Beispiele in Nr. 147 ff.). Wo dies zutrifft, kann sich das in Nr. 161 erwähnte Problem stellen: Wenn der Unternehmer den Fertigstellungstermin schuldhaft verpasst, in der Folge jedoch schuldlos an der weiteren Ausführung gehindert wird, so fragt sich, ob eine von der Dauer der Verspätung abhängige Strafe weiterhin verfällt. Die Fragestellung sei an einem Beispiel illustriert:
- A verspricht die Erstellung eines Bauwerkes bis Ende Oktober und eine Konventionalstrafe von Fr. 100.– pro Tag Verspätung. A hält den Fertigstellungstermin schuldhaft nicht ein. Am 5. November stellt sich überraschend Frost ein, welcher bis Anfang Dezember anhält und ihn am Weiterarbeiten hindert. Das Werk wird schliesslich am 10. Dezember fertig. Es fragt sich nun, in welchem Umfang die Strafe verfallen ist. Schuldet A die Strafe für die ganzen 40 Tage Verspätung oder nur für einen Teil davon, weil die Verspätung teilweise auf nicht vorhersehbaren, ausserordentlichen atmosphärischen Bedingungen beruht?
- 164 Schadenersatzrechtlich geht die ganze Verspätung zu Lasten des Unternehmers. Denn keiner der in Art. 103 OR erwähnten Entlastungsgründe ist gegeben. Indes ist den unvorhersehbaren meteorologischen Umständen über

Art. 43 f. OR Rechnung zu tragen (vgl. BGE 109 II 312 E.5). Analog wird man im vorliegenden Kontext entscheiden müssen: Zwar ist die Strafe für die ganze Zeit der Verspätung verfallen, sie ist jedoch gestützt auf Art. 163 Abs. 3 OR zu reduzieren. Nach dieser Bestimmung hat der Richter die angemessene Höhe der Strafe nach seinem Ermessen (Art. 4 ZGB), also unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, zu bestimmen (oben Nr. 89). Zu berücksichtigen ist nicht zuletzt die Ursächlichkeit des Schuldnerverhaltens (vgl. BGH, NJW 1974, S. 2091 [dazu Anm. 54], sowie BGE 38 II 101 f. [dazu Nr. 234 f.]; beide Entscheide betrafen allerdings nur beschränkt vergleichbare Sachverhalte).

III. Insbesondere der Strafvorbehalt i.S.v. Art. 160 Abs. 2 OR

1. Grundsätzliches

- 165 1. **Zweck des Vorbehalts.** Art. 160 Abs. 2 OR sieht vor, dass der – mit Eintritt des Verzugs entstandene – Strafanspruch untergeht, wenn der Gläubiger die Erfüllung vorbehaltlos annimmt. Dem liegt die Erfahrung zugrunde, dass viele Vertragsstrafen ausbedungen werden, die hinterher trotz Verfalls nicht einverlangt werden, weil der Gläubiger sich mit der verspätet erhaltenen Leistung zufrieden gibt. Wenn daher der Gläubiger die verspätete Leistung entgegennimmt, ohne auf die Vertragsstrafe zu pochen, so ist hierin oft ein Verzicht auf die Strafe zu sehen. Unter dem aOR, welches das Vorbehaltserfordernis nicht kannte, war nach den Umständen des Einzelfalles zu entscheiden, ob die vorbehaltlose Annahme der verspäteten Leistung als Verzicht des Gläubigers auf die Vertragsstrafe zu verstehen sei. Die damit verbundenen Zweifel wollte der Gesetzgeber bei der Revision des OR ausschalten, indem er die Unterlassung des Vorbehalts eo ipso als Verzicht wertete⁹⁸.
- 166 Das Vorbehaltserfordernis hat also Zweckmässigkeitsüberlegungen zu Gunsten. Billigkeitserwägungen liegen ihm nicht zugrunde. Insbesondere hat es nicht zum Ziele, Härten gegen den Schuldner zu vermeiden (anders BGH, BauR 1983, S. 82, für das deutsche Recht).
- 167 2. **Der Strafvorbehalt ist ein Vorbehalt.** Art. 160 Abs. 2 OR kommt nur zum Tragen, solange der Strafanspruch besteht. Ist der Anspruch untergegangen, bleibt für einen Vorbehalt (Vorbehalt!) kein Raum mehr, weil es nichts mehr vorzubehalten gibt⁹⁹. Daher fällt das Vorbehaltserfordernis da-

⁹⁸ Vgl. IM, S. 143; GERNHUBER, Schuldverhältnis, S. 772; BGH, BauR 1979, S. 58.

⁹⁹ Ebenso für das deutsche Recht IM, S. 142 ff.; GERNHUBER, Schuldverhältnisse, S. 773; grundlegend REINICKE/TIEDTKE, S. 1640 ff.

hin, sobald der Strafanspruch erfüllt wird: «Wie sollte sich schon ein Gläubiger das Recht vorbehalten können, eine Strafe zu verlangen, wenn er sie bereits erlangt hat?» (GERNHUBER, Schuldverhältnis, S. 773). Entsprechendes gilt, wenn der Strafanspruch durch Verrechnung untergeht, sei es von seiten des Bestellers, sei es von seiten des Unternehmers¹⁰⁰.

- 168 Für diese Auffassung spricht nicht nur der insoweit klare Wortlaut von Art. 160 Abs. 2 OR («vorbehaltlos»), sondern auch der Gesetzeszweck. Wenn nämlich der Strafanspruch durch Erfüllung oder Verrechnung untergegangen ist, so besteht für den Schuldner nicht der geringste Anlass zur Annahme, der Gläubiger verzichte auf die Strafe, wenn er die verspätete Leistung entgegennimmt, ohne die (bereits erhaltene!) Strafe geltend zu machen. Aus dem Schweigen des Gläubigers darf daher der Schuldner nichts zu seinen Gunsten ableiten. Anders würde es sich freilich dann verhalten, wenn es allgemeiner Erfahrung entspräche, dass der Gläubiger eine bereits erhaltene Strafe zurückgibt, wenn er die verspätete Leistung vorbehaltlos annimmt. Davon aber kann keine Rede sein¹⁰¹.
- 169 Beispiel: Bauunternehmer B hat dem A für den Fall, dass er das bestellte Haus nicht rechtzeitig fertigstellt, eine Verspätungsstrafe von Fr. 5'000.– versprochen. In der Folge wird das Haus nicht rechtzeitig fertig, worauf A Verrechnung des Strafanspruchs mit der Werklohnforderung erklärt. Ein Vorbehalt des (bereits untergegangenen!) Strafanspruchs ist diesfalls weder nötig noch möglich. A ist daher nicht gehalten, bei der Ablieferung des Hauses in irgendeiner Weise auf die Strafe hinzuweisen. Die bereits erhaltene Strafe hat er nicht mehr zurückzuerstatten.
- 170 **3. Inhalt und Form des Vorbehalts.** – a) Der Vorbehalt im engen, eigentlichen Sinne ist eine Erklärung des Gläubigers, die Strafe in einem späteren Zeitpunkt geltend zu machen. Als Vorbehalt i.S.v. Art. 160 Abs. 2 OR gilt jedoch auch die unmittelbare Geltendmachung der Strafe. Wenn daher der Besteller nach der verspäteten Fertigstellung des Werks Verrechnung des Werklohns mit der Strafe erklärt, so ist in der Verrechnungserklärung ein Vorbehalt i.S.v. Art. 160 Abs. 2 OR zu sehen (BGE 97 II 352). Ist allerdings die Verrechnungserklärung wirksam, so geht die Strafforderung unter, womit die Verrechnungserklärung ihre Bedeutung als Vorbehaltserklärung verliert. Wenn hingegen die Verrechnungserklärung ungültig ist

¹⁰⁰ Ebenso IM, S. 143, Text sowie Anm. 65 und 66. Abweichend der BGH: Der Vorbehalt erübrige sich bei Verrechnung durch den Schuldner, nicht aber bei Verrechnung durch den Gläubiger (BGHZ 85, 309; kritisiert von IM, a.a.O., Anm. 67). In BauR 1977, S. 281, hatte der BGH noch offen gelassen, «ob bei einer schon vor der Abnahme erklärten Aufrechnung [des Gläubigers] mit dem Vertragsstrafensanspruch ein späterer Vorbehalt bei der Abnahme entbehrlich ist».

¹⁰¹ REINICKE/TIEDTKE, S. 1639, 1640 ff.; die Auffassung von Reinicke/Tiedtke wird referiert bei IM, S. 138 f.

oder nur zu einer teilweisen Tilgung des Strafanspruchs führt, so ist sie als gültiger Strafvorbehalt i.S.v. Art. 160 Abs. 2 OR aufzufassen.

- 171 b) Die Vorbehaltserklärung kann definitiv sein, in dem Sinne, dass der Unternehmer annehmen muss, der Besteller werde auf die Durchsetzung der Strafe mit Sicherheit nicht verzichten; sie kann aber auch eine bloss mögliche Inaussichtstellung der Strafe beinhalten, so dass für den Unternehmer noch nicht absehbar ist, ob er wirklich zur Zahlung aufgefordert werden wird (**definitiver bzw. provisorischer Vorbehalt**). Ein Vorbehalt in diesem letzteren Sinne genügt, wenn er im Zeitpunkt der Erfüllung (Ablieferung) angebracht wird. Zuvor kann nur ein definitiver Vorbehalt genügen (s. unten Nr. 202).
- 172 c) Der Vorbehalt bedarf **keiner bestimmten Form**. Er kann mündlich oder schriftlich erklärt werden. Ausdrücklichkeit verlangt das Gesetz – entgegen SJZ 1955, S. 300 – nicht¹⁰². Ein konkludenter Vorbehalt ist etwa darin zu sehen, dass der Besteller den Werkpreis unter Abzug der Konventionalstrafe überweist. Der Vorbehalt kann auch in einem formularmässig vorbereiteten Abnahmeprotokoll enthalten sein und mit dessen Unterzeichnung erklärt werden¹⁰³. «Damit ist dem Bauherrn und vor allem auch seinem Architekten ein sicherer Weg eröffnet, zu verhindern, dass der bei der Abnahme zu erklärende Vertragsstrafenvorbehalt versehentlich vergessen wird» (VYGEN, EWiR 1986, S. 1248).
- 173 4. **Rechtsnatur des Vorbehalts**. «Der Vorbehalt des Art. 160 [OR] kann als ein rechtserhaltendes Gestaltungsrecht bezeichnet werden» (SCHOCH, S. 47)¹⁰⁴. M.E. ist die Vorstellung, Art. 160 Abs. 2 OR verschaffe dem Strafgläubiger ein *Recht*, nicht angebracht. Richtiger scheint es, von einer Pflicht, genauer einer Obliegenheit, zu sprechen¹⁰⁵. Denn die Erklärung des Vorbehalts bringt ja dem Gläubiger (Besteller) keinen Vorteil, vielmehr bringt ihm die Unterlassung des Vorbehalts einen Nachteil (Verlust des Strafanspruchs).
- 174 Es scheint auch verfehlt, den Vorbehalt als Willenserklärung zu qualifizieren¹⁰⁶. Von einer Willenserklärung im eigentlichen Sinne kann nur gesprochen werden, wo der erklärte Wille rechtsgeschäftlicher Natur ist, also eine

¹⁰² Allerdings wird der Vorbehalt in aller Regel ausdrücklich erfolgen (vgl. BGHZ 73, 246 und JAUERNIG/VOLLKOMMER, N 2b zu § 341 BGB).

¹⁰³ GAUCH, Werkvertrag, Nr. 700; BGH, NJW 1987, S. 381.

¹⁰⁴ So auch VON TUHR/ESCHER, S. 282 Anm. 42.

¹⁰⁵ So auch BÖGLI, S. 102 Anm. 533.

¹⁰⁶ So wiederum die in Nr. 173 bzw. Anm. 104 zit. Autoren, je a.a.O., ferner GAUCH, Werkvertrag, 3. Aufl., Zürich 1985, Nr. 473; in der 4. Aufl., Nr. 700, ist nur mehr von einer *Vorbehaltserklärung* die Rede.

Veränderung der Rechtslage bezweckt¹⁰⁷. Einen solchen Willen braucht nun aber der Gläubiger nicht zu haben, wenn er den Vorbehalt i.S.v. Art. 160 Abs. 2 OR anbringt. Er muss insbesondere nicht die Absicht haben, sich den Strafanspruch zu erhalten. Auch wenn er die rechtliche Tragweite des Vorbehalts nicht kennt und er den Strafanspruch lediglich pro memoria erwähnt, ist ein rechtswirksamer Vorbehalt i.S.v. Art. 160 Abs. 2 OR anzunehmen. Immerhin kann man von einer rechtsgeschäftsähnlichen Erklärung sprechen¹⁰⁸. Denn jede Vorbehaltserklärung bringt zumindest den Willen zum Ausdruck, sich auf eine bestehende Rechtslage (den Strafanspruch) zu berufen.

- 175 Der Vorbehalt kann mit einer Willenserklärung verbunden sein. Wenn beispielsweise der Gläubiger den Strafanspruch zur Verrechnung stellt, so erklärt er seinen Willen, Forderung und Gegenforderung in Höhe der niedrigeren Forderung zu tilgen. Gleichzeitig ist darin ein (uneigentlicher) Vorbehalt i.S.v. Art. 160 Abs. 2 OR zu sehen (Nr. 170). Mit anderen Worten kann der Vorbehalt mittels einer Willenserklärung getätigt werden (er kann mittelbarer Inhalt einer Willenserklärung sein), notwendig ist dies jedoch nicht.
- 176 **5. Die Rechtsfolge des unterlassenen Vorbehalts** besteht im Untergang der Strafforderung. Der Untergang ist definitiv. Ein Wiederaufleben der Strafforderung fällt ausser Betracht. Das gilt auch dann, wenn der Gläubiger (hier: Besteller) infolge Rechtsunkenntnis – das dürfte ein häufiger Fall sein! – den Vorbehalt unterlassen hat; eine Berufung auf Grundlagenirrtum scheidet aus (Rechtsunkenntnis schadet)¹⁰⁹. Die Unterlassung des Vorbehalts wird vom Gesetz wie ein Verzicht auf die Strafforderung behandelt; auf die tatsächliche Verzichtsabsicht des Gläubigers kommt nichts an (BGE 97 II 352)¹¹⁰.
- 177 Das alles gilt selbst dann, wenn im Zeitpunkt der Werkablieferung der Werkpreis noch nicht bezahlt ist, also der Strafforderung des Bestellers die Werklohnforderung des Unternehmers gegenübersteht. Wo dies der Fall ist, wird der Besteller leicht geneigt sein, mit Rücksicht auf die Verrechnungsmöglichkeit die Strafforderung bei der Erfüllung noch nicht geltend zu machen, den Vorbehalt also zu unterlassen. Denn die Verrechnungsmöglichkeit ist geeignet, den Besteller zu verleiten, sich in Sicherheit zu wiegen. In ähnlichem Kontext hat das Gesetz den Gläubiger vor Rechtsverlust geschützt (Art. 120 Abs. 3 OR). Die Art. 160 ff. OR sehen keine entsprechende Regelung vor. Man wird daher annehmen müssen, der Besteller verliere die Verrechnungsmöglichkeit, wenn er den Vorbehalt unterlässt (so im Ergebnis

¹⁰⁷ KOLLER, OR AT, Nr. 236.

¹⁰⁸ GERNHUBER, Schuldverhältnis, S. 772, mit Hinweis auf die herrschende Lehre, welche den Vorbehalt als Willenserklärung auffasst.

¹⁰⁹ GERNHUBER, Schuldverhältnis, S. 772 Anm. 58.

¹¹⁰ VON TUHR/ESCHER, S. 282; Urteil KGer SG 3ZK 92-99 vom 8. Juli 1993, S. 10.

- BGE 97 II 350 ff. und der in Anm. 110 zitierte Entscheid des Kantonsgerichts St. Gallen).
- 178 Wie verhält es sich, wenn der Besteller nachträglich Mängel entdeckt und deren Beseitigung verlangt? Lebt diesfalls die Strafforderung nochmals auf, mit der Folge, dass bis zur Erfüllung der Nachbesserungsschuld der Strafvorbehalt erklärt werden kann? Bejahend offenbar RG, Recht 1918, Nr. 1130, anders STAUDINGER/KADUK, N 24 zu § 341¹¹¹. Für das schweizerische Recht ist die Frage zu verneinen.
- 179 **6. Vorbehaltserklärung durch Vertreter; Adressat der Vorbehaltserklärung.** – a) Der Vorbehalt braucht nicht vom Bauherrn persönlich erklärt zu werden. Er kann damit auch einen Dritten, insbesondere den Architekten, betrauen. Ist der Architekt zur Werkabnahme bevollmächtigt, so darf er auch den Strafvorbehalt anbringen¹¹². Tut er dies ohne Ermächtigung, kann der Bauherr sein Verhalten nachträglich genehmigen (Art. 38 OR).
- 180 «Den Architekten trifft die Pflicht, den Bauherrn auf die Notwendigkeit des Vorbehalts zur Erhaltung von Vertragsstrafenansprüchen hinzuweisen» (MünchKommBGB, N 10 zu § 341 BGB¹¹³). So allgemein dürfte diese in Deutschland vertretene Ansicht im schweizerischen Recht nicht gelten. Man wird unterscheiden müssen: Der Architekt ist nach Treu und Glauben zu entsprechender Aufklärung verpflichtet, wenn er bei der Vertragsgestaltung mitgewirkt und auf diese Weise von der Strafabrede Kenntnis erhalten hat. Wurde er hingegen beispielsweise nur mit der Bauleitung betraut, wird man ihm die fragliche Hinweispflicht nicht auferlegen dürfen (ausdrücklich anders BGHZ 74, 237 ff.)¹¹⁴.
- 181 b) Adressat der Vorbehaltserklärung ist der Unternehmer. (Passive) Vertretung bei der Entgegennahme der Erklärung ist möglich. Es gelten die allgemeinen Grundsätze.
- 182 Hat der Unternehmer einen Dritten mit der Ablieferung des Werks betraut, so ist dieser im allgemeinen auch ermächtigt, einen Strafvorbehalt entgegenzunehmen (BGH, BauR 1987, S. 94); fehlt im Einzelfall die Ermächtigung, wird man immerhin eine Anscheinsvollmacht nach Art. 33 Abs. 3 OR annehmen müssen.
- 183 **7. Behauptungs- und Beweislast.** «Ist die Werkleistung abgenommen, muss der Auftraggeber [Besteller] zur schlüssigen Begründung seines Vertragsstrafenanspruchs vortragen, sich die Vertragsstrafe rechtzeitig vorbehalten zu haben» (BGH, BauR 1977, S. 280 Rubrum). Die Behauptungslast liegt also – nach deutschem Recht – beim Besteller. Dasselbe gilt für die

¹¹¹ S. GERNHUBER, Schuldverhältnis, S. 772 Anm. 58.

¹¹² IM, S. 131; BGH, BauR 1987, S. 94.

¹¹³ Unter Hinweis auf BGHZ 74, 235, 237 ff. = NJW 1979, S. 1499 [mit Anm. GANTEN in NJW 1979, S. 2513] = BauR 1979, S. 345 f.

¹¹⁴ S. zur Frage STIERLI, Nr. 274 ff.; VYGEN/SCHUBERT/LANG, Nr. 52 und Nr. 97 Abs. 2; GAUCH/SCHUMACHER, N 12d zu Art. 98 SIA-Norm 118.

Beweislast: Der Besteller «hat die Vorbehaltserklärung und deren Zeitpunkt zu beweisen» (STRIEDER JOACHIM bei BAUMGÄRTEL GOTTFRIED, Handbuch der Beweislast im Privatrecht, Bd. I, 2. Aufl., Köln etc. 1991, N 3 zu § 341 BGB).

- 184 Nach schweizerischem Recht gilt der Grundsatz, dass der Schuldner rechts-hindernde und rechtszerstörende Tatsachen zu behaupten und zu beweisen hat. Die Beweislast kehrt sich allerdings (u.a.) um, wenn unbestimmte nega-tive Tatsachen zu beweisen sind, wie z.B. ein Nichttun während bestimmter Zeit. «Hier hat der Gegner [Gläubiger] seine positive Gegendarstellung zu beweisen» (VOGEL, Grundriss des Zivilprozessrechts, 4. Aufl., Bern 1995, S. 244). Auch die Behauptungslast kann sich ausnahmsweise umkehren. Ei-ne Umkehr rechtfertigt sich dann, falls eine (rechtszerstörende oder rechts-hindernde) Tatsache normalerweise vorhanden ist: Der Schuldner «muss nicht besonders behaupten, was ganz regelmässig vorhanden» (EGGER, ZürK, N 2 zu Art. 8 ZGB). «Welche Sachumstände diese Eigenschaft des im Regelfall Vorhandenen ... tragen, ist *Frage des Bundesrechts*» (KUMMER, BerK, N 46 zu Art. 8 ZGB), vorliegend also von Art. 160 Abs. 2 OR.
- 185 Aus dem Gesagten folgt, dass die Beweislast für die Vorbehaltserklärung dem Besteller aufzuerlegen ist. Bleibt also zweifelhaft, ob er den Vorbehalt (rechtzeitig) angebracht hat, so schlägt dies zu seinem Nachteil aus; es ist dann vom Untergang des Strafanspruchs auszugehen. Hinsichtlich der Be-hauptungslast wird man wohl «parallel» entscheiden müssen, denn das Vor-behaltserfordernis beruht ja auf dem Erfahrungssatz, dass der Gläubiger (hier Besteller) oft auf die Geltendmachung der Strafe verzichtet, wenn er die verspätete Leistung erhält (Nr. 165). Es obliegt mithin dem Besteller vorzutragen, er habe den Vorbehalt (rechtzeitig) erklärt. Unterlässt er dies, ist die Strafforderung abzuweisen.
- 186 Die Behauptungslast kommt nicht zum Tragen, wenn der Richter auch nicht behauptete Tatsachen berücksichtigen darf und sich aus den Akten oder dem Beweisergebnis ergibt, dass der Besteller den Vorbehalt (rechtzeitig) erklärt hat. Inwieweit der Richter nicht behauptete Tatsachen berücksichtigen darf, ist eine Frage des kantonalen Rechts (vgl. BGE 87 II 141, 108 II 554)¹¹⁵. Hingegen ist es eine Frage des Bundesrechts (der Behauptungslast), wie es sich materiellrechtlich auswirkt, wenn eine Tatsache, weil nicht behauptet, nicht berücksichtigt werden darf. Dabei ist grundsätzlich auf die Regeln über die Beweislastverteilung abzustellen; nur ausnahmsweise weicht die Behauptungslast von der Beweislast ab¹¹⁶.

¹¹⁵ BRÖNNIMANN C. JÜRGEN, Die Behauptungs- und Substanziierungslast im schweize-rischen Zivilprozessrecht, Diss. Bern 1989, S. 61 f.

¹¹⁶ KUMMER, BerK, N 43 zu Art. 8 ZGB.

- 187 8. Das Vorbehaltserfordernis beruht auf **dispositivem Recht**. Die Parteien können darauf überhaupt verzichten, oder sie können das Erfordernis abschwächen, indem sie beispielsweise den Vorbehalt innert bestimmter Frist nach der Werkablieferung zulassen.
- 188 Nach deutschem Recht ist ein vollständiger Verzicht zwar durch Individualabrede möglich (BGH, BauR 1979, S. 57), nicht aber in AGB (BGH, BauR 1983, S. 82). Immerhin können AGB rechtswirksam vorsehen, der Vorbehalt müsse nicht schon bei der Abnahme, sondern erst bei Zahlung der Schlussrechnung angebracht werden. Für eine solche Modifikation des Vorbehaltserfordernisses sprechen gute Gründe (BGH, BauR 1979, S. 58 f.).

2. Zeitpunkt des Vorbehalts

- 189 1. **Das Grundsätzliche.** – a) Die Strafforderung geht unter, wenn der Gläubiger «die Erfüllung vorbehaltlos annimmt» (Art. 160 Abs. 2 OR). Daraus folgt, dass der Vorbehalt spätestens bei der Erfüllung angebracht werden muss. Wird er vorher angebracht und bei der Erfüllung nicht erneuert, so nimmt der Gläubiger die Erfüllung vorbehaltlos an; die Strafforderung geht dann unter. Ausgenommen ist der Fall, da der Schuldner nach den Umständen davon ausgehen muss, der bereits vor der Erfüllung angebrachte Vorbehalt dauere fort und habe auch im Zeitpunkt der Erfüllung noch Bestand. Dies darf freilich nur ausnahmsweise angenommen werden. Im Normalfall behält ein vorzeitig angebrachter Vorbehalt seine Wirkung nicht bei und muss bei der Erfüllung erneuert werden, ansonst er keine Wirkung entfaltet. Das folgt aus dem gesetzlichen Zweck des Vorbehaltserfordernisses (Nr. 165): Wird ein Vorbehalt vor der Erfüllung angebracht und bei der Erfüllung nicht erneuert, so spricht die allgemeine Erfahrung dafür, dass es der Gläubiger bei der verspäteten Erfüllung bewenden lassen will, ohne die Verspätungsstrafe einzuverlangen. Diese allgemeine Erfahrung mag auf schwachen Füßen stehen, und die daraus gezogene Konsequenz, dass die vorbehaltlose Annahme die Strafforderung hinfällig macht, mag als ungerichtet erscheinen, das ändert aber nichts an der gesetzlichen Regelung.
- 190 Als Fazit ist somit festzustellen, dass der Vorbehalt i.S.v. Art. 160 Abs. 2 OR spätestens bei der Erfüllung anzubringen ist (Einschränkung in Nr. 199) und grundsätzlich nicht vor der Erfüllung angebracht werden kann. Er muss mit anderen Worten **bei der Erfüllung** angebracht werden (so ausdrücklich § 341 Abs. 3 OR: «bei der Annahme»). Unzutreffend daher BGE 97 II 352, wo sich das Bundesgericht fragt, «ob der Vorbehalt rechtzeitig, d.h. vor oder spätestens bei Erfüllung des Werkvertrages gemacht worden sei»: Ein Vorbehalt *vor* der Erfüllung ist grundsätzlich nicht rechtzeitig (Genaueres in Nr. 200 ff.).
- 191 b) Erfüllung i.S.v. Art. 160 Abs. 2 OR meint dasselbe wie in Art. 68 ff. OR. Der Unternehmer im Werkvertrag erfüllt durch Ablieferung des Werks i.S.v.

Art. 367 OR. Bei Bauwerkverträgen wird der Begriff der Erfüllung häufig vertraglich umschrieben: Es wird vertraglich vereinbart, was als Erfüllungshandlung gelten soll (vgl. Art. 157 ff. SIA-Norm 118). Solche **Erfüllungsvereinbarungen** sind im Sinne von Art. 160 Abs. 2 OR **beachtlich**¹¹⁷. Denn solange der Unternehmer nicht erfüllt hat, darf er nicht annehmen, der Besteller wolle auf die Strafe verzichten; damit ist der in Art. 160 Abs. 2 OR vorgesehenen Verzichtsfiktion der Boden entzogen (vgl. oben Nr. 165).

- 192 **2. Die Ablieferung als spätester Zeitpunkt für die Anbringung des Vorbehalts.** – a) Erfüllung bedeutet, auf die Verpflichtung des Unternehmers bezogen, Ablieferung (nicht etwa Fertigstellung!) des Werks. Spätestens im Zeitpunkt der Ablieferung muss somit der Besteller die Strafforderung vorbehalten (Präzisierung unten in Nr. 199). Der Begriff der Ablieferung ist derselbe wie in Art. 367 OR¹¹⁸. «Ablieferung ist die mit der Absicht der Vertragserfüllung erfolgende Übermittlung in die Verfügungsgewalt des Bestellers»¹¹⁹. Dabei ist aber nicht allein die Erfüllungsabsicht des Unternehmers massgeblich, vielmehr ist im weiteren erforderlich, dass «der Besteller nach den Umständen auf diese Absicht schliessen musste»¹²⁰.
- 193 Der Ausdruck Ablieferung ist auf Fälle zugeschnitten, in denen der Unternehmer ein körperliches Werk herzustellen und dem Besteller zu übergeben hat. Diesfalls besteht die Ablieferung darin, dass der Unternehmer den Besitz überträgt, und zwar – für den Besteller erkennbar – mit Erfüllungsabsicht¹²¹. Zu beachten ist, dass der Besteller ein mangelhaftes oder unvollendetes Werk nicht anzunehmen braucht¹²², bzw. die Ablieferung eines solchen Werks verhindern kann. Zu diesem Zweck ist ihm das Recht einzuräumen, das Werk vor der Ablieferung untersuchen zu dürfen. Diese Prüfung ist nicht diejenige des Art. 367 OR, vielmehr handelt es sich um eine vorläufige Prüfung mit dem Zweck, das Erfüllungsangebot des Unternehmers auf seine Rechtmässigkeit zu überprüfen¹²³.
- 194 Bei **Bauwerkverträgen** hängt die Erfüllung regelmässig nicht von einer Besitzübertragung ab. So jedenfalls dort, wo ein Bauwerk auf Grund und

¹¹⁷ GAUCH, Werkvertrag, Nr. 703; GERNHUBER, Schuldverhältnis, S. 772 Anm. 59; zweifelnd BGE 97 II 354 E. 2c.

¹¹⁸ S. dazu die Diss. von BÖGLI, insbesondere S. 105 ff.

¹¹⁹ BECKER, BerK, N 2 zu Art. 367 OR, unter Hinweis auf ZBJV 1905, S. 248 f. = SJZ 1905, S. 10 Nr. 37. S. auch OSER/SCHÖNENBERGER, ZürK, N 2 zu Art. 367 OR; KLAUSER, S. 16.

¹²⁰ BECKER, BerK, N 2 zu Art. 367 OR.

¹²¹ KOLLER, Nachbesserungsrecht, Nr. 60 f.

¹²² BÖGLI, Nr. 286.

¹²³ KOLLER, Nachbesserungsrecht, Nr. 306.

Boden des Bauherrn errichtet wird, denn hier ist der Bauherr zum vornherein Besitzer, eine Besitzübertragung ist weder erforderlich noch möglich. Die Ablieferung wird hier durch eine Vollendungsanzeige des Unternehmers, durch welche dieser seine Ansicht zum Ausdruck bringt, er sei seinen Verpflichtungen nachgekommen (vgl. BGE 113 II 267)¹²⁴, eingeleitet. Hierauf steht dem Bauherrn die Möglichkeit offen, das Werk auf seine Vollendetheit und Mängelfreiheit zu überprüfen. Es steht ihm hierfür eine kurze Frist zur Verfügung. Weist der Besteller das Werk innert derselben nicht zurück, ist es abgeliefert¹²⁵. Dasselbe gilt, wenn er es zu Unrecht zurückweist. Weist er es zu Recht zurück, weil es Mängel aufweist oder unvollendet ist, so ist die Ablieferung hinausgeschoben. Der Unternehmer muss dann die Mängel beseitigen bzw. das Werk vollenden und eine erneute Vollendungsanzeige unterbreiten. Reagiert der Besteller innert Frist nicht, ist es abgenommen¹²⁶.

- 195 b) Wie gesagt, sind **vertragliche Vereinbarungen, mit denen Inhalt und Vorgang der Erfüllung umschrieben werden**, für das Vorbehaltserfordernis i.S.v. Art. 160 Abs. 2 OR beachtlich (Nr. 191). Haben beispielsweise die Parteien die SIA-Norm 118 übernommen, kommt es für die «Erfüllung» i.S.v. Art. 160 Abs. 2 OR auf die Abnahme gemäss Art. 158 ff. der Norm an¹²⁷. Kommt es zu einer fiktiven Abnahme gemäss Art. 164 Abs. 1 SIA-Norm 118, so tritt an die Stelle der Abnahme der Ablauf der dort vorgesehenen Monatsfrist¹²⁸ (vgl. OLG Düsseldorf, BauR 1977, S. 281, betr. § 12 Nr. 5 Abs. 3 VOB/B).
- 196 Wenn das Werk gemäss Vertrag gemeinsam zu prüfen und über das Ergebnis eine Niederschrift «zu fertigen ist, die von beiden Vertragsteilen unterzeichnet werden muss» (vgl. Art. 158 Abs. 3 SIA-Norm), «so ist die Unterschriftsleistung ein Teil der Abnahme [und bildet daher die äusserste zeitliche Grenze für den Vorbehalt]. Das gilt jedenfalls dann, wenn Baustellenbesichtigung und Fertigung der Niederschrift in engem zeitlichen

¹²⁴ ZINDEL/PULVER, BasK, N 4 zu Art. 367 OR.

¹²⁵ Abgeliefert ist es auch dann, wenn es nicht vollendet ist. Die Ablieferung setzt also – entgegen der herrschenden Lehre (zit. bei BÖGLI, S. 185 Anm. 352; neustens GAUCH, Werkvertrag, Nr. 101 ff.) – keine Vollendung voraus. So überzeugend BÖGLI, Nr. 312 ff., auch schon TSCHÜTSCHER, Nr. 246, und KOLLER, Nachbesserungsrecht, Nr. 33 f., 62 ff. Ist die Ablieferung erfolgt, so ist die fehlende Vollendung wie ein Mangel zu behandeln. Dem Besteller stehen also die Mängelrechte zu, nicht hingegen der ursprüngliche Erfüllungsanspruch (BÖGLI, Nr. 430 ff.; a.A. GAUCH, a.a.O., Nr. 105; TSCHÜTSCHER, Nr. 35, 44, 248 a.E.; KOLLER, Nachbesserungsrecht, Nr. 15, 34, 64). An meiner abweichenden Ansicht im «Nachbesserungsrecht» (s. die vorstehende Klammerbemerkung) halte ich nicht fest.

¹²⁶ KOLLER, Nachbesserungsrecht, Nr. 306 und 67–69, auch Anm. 90.

¹²⁷ GAUCH/SCHUMACHER, N 12b zu Art. 98 SIA-Norm 118, S. 323.

¹²⁸ Ebenso für die VOB/B MünchKomm/GOTTWALD, N 10 zu § 341 BGB.

Zusammenhang stehen» (BGH, BauR 1974, S. 207 rechte Spalte; BauR 1982, S. 585 f., wo dieser Zusammenhang verneint wurde).

- 197 Wenn der Unternehmer ein mangelhaftes oder unvollendetes Werk anbietet (abliefern will), so kann der Besteller dieses zurückweisen, ohne dass er nun bereits den Vorbehalt anbringen müsste. Anbringen muss er ihn erst – aber auch spätestens – dann, wenn er das Werk annimmt. Er darf also mit einer Reklamation wegen Verspätung zuwarten bis zum Zeitpunkt, in dem er sich über die Annahme im klaren ist.
- 198 c) **Wo der Erfüllungsvorgang gestreckt ist**, kann der Strafvorbehalt bis zum Ende dieses Vorgangs angebracht werden, so etwa bis zum Ablauf der Frist von Art. 164 Abs. 1 SIA-Norm 118 (s. eben Nr. 195) oder bis zur Unterzeichnung des Prüfungsprotokolls (s. eben Nr. 196).
- 199 **3. Kann der Vorbehalt ausnahmsweise nach der Erfüllung angebracht werden?** Bei gewissen Erfüllungsvorgängen ist eine Auflockerung des Erfordernisses, dass der Strafvorbehalt spätestens bei der Erfüllung angebracht werden muss, unabweisbar¹²⁹. So verhält es sich etwa dort, wo das Werk dem Besteller verpackt zugestellt wird, was freilich bei Bauwerkverträgen nicht die Regel ist. Es muss dann dem Besteller eine kurze Reaktionszeit eingeräumt werden, um den **Vorbehalt nachträglich anzubringen**. «Insbesondere ist das von Bedeutung, wenn die Leistung während seiner persönlichen Abwesenheit erfolgt, z.B. an Angestellte, die von der Konventionalstrafe nichts wissen [aber allenfalls zur Annahme des Werks befugt sind!] oder in deren Kompetenzkreis die Abgabe solcher Rechtswahrungen nicht fällt. Ebenso wenig kann verlangt werden, dass der Vorbehalt etwa dem Angestellten [des Unternehmers], der die Leistung vollzieht, erklärt werde: die Erklärung diesem gegenüber ist nicht notwendig und wäre in vielen Fällen auch nicht ausreichend» (BECKER, BerK, N 31 zu Art. 160 OR). Die Reaktionszeit ist so zu bemessen, dass zwischen Erfüllung (Ablieferung) und Vorbehalt «der unmittelbare Zusammenhang noch erkennbar ist» (GERNHUBER, Schuldverhältnis, S. 772 unten/773); in diesem Sinne muss der Vorbehalt «unverzüglich nach der Annahme» erfolgen (VON TUHR/ESCHER, S. 282)). Im einzelnen entscheidet sich die Frage nach dem Prinzip von Treu und Glauben.
- 200 **4. Kann der Vorbehalt ausnahmsweise schon vor der Ablieferung angebracht werden?** Auf die Frage wurde bereits kurz eingegangen (Nr. 189): Nach Sinn und Zweck des Vorbehaltserfordernisses muss der Vorbehalt grundsätzlich bei der Erfüllung angebracht werden. Ein früherer Vorbehalt ist (nur, aber) immerhin dann rechtswirksam, wenn bis zur Ablieferung kein Umstand zu erkennen ist, der den Schuldner veranlassen könnte, einen

¹²⁹ Vgl. GERNHUBER, Schuldverhältnis, S. 773.

Sinneswandel des Gläubigers anzunehmen¹³⁰ (**Dauervorbehalt**). Präzisierungen:

- 201 a) **Der Vorbehalt kann jedenfalls erst erklärt werden, wenn der Schuldner** (in von ihm zu vertretender Weise) **den Fertigstellungstermin verpasst hat** und damit in Verzug geraten ist¹³¹. Das ist zwar in Art. 160 Abs. 2 OR nicht ausdrücklich gesagt, ergibt sich aber aus der Konzeption dieser Bestimmung. Art. 160 Abs. 2 OR regelt nämlich das Verhältnis von Erfüllung und (verfallener) Verspätungsstrafe. Er setzt also voraus, dass der Strafanspruch bereits entstanden ist, die Entstehung des Anspruchs aber setzt ihrerseits die Nichteinhaltung des Fertigstellungstermins voraus. Wenn also der Gläubiger vor Erreichung des Termins vorsorglich erklärt, er werde im Falle einer Verspätung die Strafe geltend machen, so ist dieser Strafvorbehalt unwirksam, da verfrüht. Dieser Ansicht ist auch die Rechtsprechung, zumal die st. gallische: In einem nicht veröffentlichten Entscheid hat das Kantonsgericht festgehalten, der Fertigstellungstermin sei «die äusserste [untere] Grenze für einen wirksamen Vorbehalt» (Urteil 3ZK 92-99 vom 8. Juli 1993, S. 11)¹³².
- 202 b) **Die Situation ändert sich mit Eintritt des Fertigstellungstermins.** Ein wirksamer Vorbehalt kann jetzt angebracht werden¹³³, dies muss jedoch in einer Weise geschehen, welche beim Schuldner keinen Zweifel lässt, dass der Gläubiger auf die Erhebung der Strafe nicht verzichten wird: Der Vorbehalt muss auf den definitiven Willen, die Strafe einzufordern, schliessen lassen (definitiver Vorbehalt, Nr. 171). Diesem Erfordernis genügt jedenfalls die rechtliche Geltendmachung des Strafanspruchs durch Einleitung der Betreibung oder eines Prozesses¹³⁴. Ungenügend ist hingegen ein provisorischer Vorbehalt (Nr. 171); das, was im allgemeinen Sprachgebrauch als Vorbehalt gilt, reicht also gerade nicht aus.
- 203 **Beispiel:** Unternehmer A hat ein Haus bis Ende März fertigzustellen, ansonst er eine Konventionalstrafe von Fr. 100.– pro Tag Verspätung zu bezahlen hat. Als am 3. April das Haus immer noch nicht fertig ist, schreibt der Bauherr, B, dem A folgendes: «Ich mache Sie darauf aufmerksam, dass sie in Verzug sind, ersuche Sie dringend um umgehende

¹³⁰ GERNHUBER, Schuldverhältnis, S. 773; VON TUHR/ESCHER, S. 282; vgl. auch BGE 97 II 352.

¹³¹ So implizit auch GAUCH, Werkvertrag, Nr. 706.

¹³² A.A. wohl GAUCH/SCHUMACHER, N 12c zu Art. 98 SIA-Norm 118. Schumacher scheint davon auszugehen, dass der Vorbehalt bis zur Erfüllung jederzeit gemacht werden kann und nur eine Spätestlimite, nicht eine Frühestlimite besteht. Ebenso – obiter – BGE 97 II 352 (oben Nr. 190).

¹³³ BENTELE, S. 105 Anm. 491; GAUCH, Werkvertrag, Nr. 706; VON TUHR/ESCHER, S. 282.

¹³⁴ So BGHZ 63, 328; 73, 246; GERNHUBER, Schuldverhältnis, S. 773, mit weiteren Hinweisen.

Fertigstellung und behalte mir vor, die vertraglich vereinbarte Konventionalstrafe in einem späteren Zeitpunkt geltend zu machen.» Ein rechtswirksamer Vorbehalt ist hier zu verneinen. Soll die Strafforderung nicht untergehen, muss B im Zeitpunkt der Erfüllung die Strafe nochmals geltend machen.

- 204 Im übrigen ist desto eher auf einen definitiven Vorbehalt zu schliessen, je enger der zeitliche Zusammenhang mit der Erfüllung ist.
- 205 Beispiel: Angenommen, die Parteien eines Bauwerkvertrages haben die SIA-Norm 118 übernommen. Wenn der Bauherr das Bauwerk nach dessen verspäteter Vollendung von sich aus in Gebrauch nimmt, so hat diese Ingebrauchnahme die Bedeutung einer Vollendungsanzeige (Art. 158 Abs. 1 SIA-Norm), durch welche die Abnahme eingeleitet wird. Wenn nun der Besteller dem Unternehmer zwei, drei Tage vor der Ingebrauchnahme des Werkes mitteilt, er werde die Strafe einverlangen, so ist darin ein rechtswirksamer Vorbehalt zu sehen (vgl. BauR 1985, S. 329).
- 206 c) Einen provisorischen Vorbehalt wird man dort genügen lassen, wo der Erfüllungsvorgang «gestreckt» ist (vgl. Nr. 198) und **der Unternehmer mit der Erfüllung bereits begonnen hat.**

IV. Insbesondere der nachträgliche Verfall der (Verspätungs-) Strafe

1. Ausgangslage und Problemstellung

- 207 1. Das Problem des nachträglichen Verfalls der Verspätungsstrafe stellt sich dann, wenn die Parteien für die Nichteinhaltung eines Fertigstellungstermins eine Konventionalstrafe vereinbart haben, der Termin in der Folge nicht eingehalten wird, die Strafe jedoch aus besonderem Grund trotzdem nicht verfällt. Alsdann fragt sich, ob die Strafe in einem späteren Zeitpunkt noch verfallen kann.
- 208 Die Fragestellung sei an einem Beispiel illustriert: Der Unternehmer hat eine Strafe für den Fall versprochen, dass er das von ihm zu legende Mosaik nicht bis 31. März legt. Wenn er in der Folge krank wird und das Mosaik daher nicht rechtzeitig legen kann, so ist die Strafe – vorbehaltlich anderer Abrede – nicht verfallen (Art. 163 Abs. 2 OR, vorne Nr. 77). Wenn aber der Hinderungsgrund nachträglich entfällt, so fragt sich, ob nun die Strafe in einem späteren Zeitpunkt noch verfallen kann.
- 209 2. Wann verfällt eine Konventionalstrafe nicht, obwohl der gesicherte Fertigstellungstermin nicht eingehalten wird? Zwei Tatbestände sind zu unterscheiden:
- 210 a) Die Strafe verfällt deshalb nicht, weil die Nichteinhaltung des Termins im konkreten Fall *nicht pflichtwidrig* ist, also keinen Verzug darstellt (oben Nr. 158). Dies trifft dann zu, wenn der Gläubiger hinsichtlich der Arbeitsobligation des Unternehmers in Verzug gerät und der Unternehmer den Fertig-

stellungstermin aus diesem Grunde nicht einhalten kann¹³⁵. «Denn eine Verzögerung der Arbeiten, die der Besteller selbst veranlasst hat, kann dem Unternehmer nicht zum Nachteil gereichen» (RG, WarnRspr. 1937, Nr. 16¹³⁶). Das steht zwar nicht so im Gesetz. Immerhin ergibt sich aus Art. 92 OR, dass der Fertigstellungstermin dann seine Verbindlichkeit verliert, wenn der Besteller hinsichtlich der *Ablieferungspflicht* in Gläubigerverzug kommt: Dieser schliesst Schuldnerverzug aus. Betrifft der Gläubigerverzug die *Arbeitspflicht*, kann nichts prinzipiell anderes, vielmehr muss mutatis mutandis dasselbe gelten. Der Gläubigerverzug schliesst daher Schuldnerverzug aus, mehr noch, er schiebt die Fälligkeit hinaus, weil es nicht angehen kann, dass der Besteller am vereinbarten Termin die Leistung verlangen darf, obwohl er selbst für die Nichteinhaltung desselben verantwortlich ist! Das ergibt sich schon aus Art. 2 ZGB.

- 211 Zu denken ist an den Fall, da der Besteller dem Unternehmer die Baupläne mit einer solchen Verspätung liefert, dass dem Unternehmer die Einhaltung des Fertigstellungstermins unmöglich wird. Ein derartiger Gläubigerverzug nimmt dem Termin seine Qualität als Fälligkeitstermin – die Fälligkeit wird hinausgeschoben, weshalb die Nichteinhaltung des Fertigstellungstermins keine Pflichtwidrigkeit begründet.
- 212 Von Gläubigerverzug kann man nur dort sprechen, wo der Gläubiger ihm obliegende Mitwirkungshandlungen unterlässt, also z.B. Pläne nicht (rechtzeitig) liefert. Der Bauherr hat jedoch nicht nur für die Unterlassung von Mitwirkungshandlungen einzustehen, sondern auch für gewisse andere Umstände, die aus seinem Risikobereich stammen (vgl. Art. 376 Abs. 3 und

¹³⁵ Ist die Bauzeit so reichlich bemessen, dass der Fertigstellungstermin trotz des Gläubigerverzugs eingehalten werden kann, so ist der Unternehmer verpflichtet, den Termin einzuhalten. Der Gläubigerverzug führt also nicht eo ipso zu einer Verlängerung der Bauzeit, sondern nur dann, wenn er den Unternehmer an der rechtzeitigen Fertigstellung hindert. Dies ist freilich auch dann anzunehmen, wenn der Gläubigerverzug an sich die Einhaltung des Termins nicht ausschliesst, jedoch später Umstände eintreten, welche zusammen mit dem Gläubigerverzug die Nichteinhaltung des Termins zur Folge haben. Verpasst der Unternehmer den Fertigstellungstermin, obwohl er ihn – trotz Gläubigerverzugs – hätte einhalten müssen, so ist die Strafe verfallen. Dem Gläubigerverzug darf jedoch im Rahmen von Art. 163 Abs. 3 OR Rechnung getragen werden (vgl. BGE 38 II 101 f. E. 5 und 6). Beispiel: A hat für B ein Haus zu erstellen. B liefert die Pläne zu spät, so dass A mit den Bauarbeiten erst mit Verspätung beginnen kann. Ist die Bauzeit so reichlich bemessen, dass A trotz der zu späten Planlieferung den Fertigstellungstermin einhalten kann, so muss er ihn einhalten. Hält er ihn schuldhaft nicht ein, verfällt die Strafe (diese kann jedoch wegen der zu späten Planlieferung herabgesetzt werden). Hingegen verfällt sie dann nicht, wenn beispielsweise Regenfälle – zusammen mit dem Gläubigerverzug – die Verspätung bewirken haben. Die Regenfälle gehen zu Lasten des Gläubigers und bewirken eine Verschiebung des Termins.

¹³⁶ Zit. nach KÜHNE, BB 1988, S. 714.

- 378 Abs. 1 OR¹³⁷). Daher verliert ein Fertigstellungstermin seine Verbindlichkeit beispielsweise auch dann, wenn das Werk deshalb nicht rechtzeitig fertiggestellt werden kann, weil sich der Baugrund ganz anders präsentiert, als der Unternehmer bei Vertragsabschluss annehmen durfte.
- 213 b) Die Strafe verfällt deshalb nicht, weil die Nichteinhaltung des Termins im konkreten Fall (zwar pflichtwidrig, aber) *nicht schuldhaft* ist (Art. 163 Abs. 2 OR, Nr. 160). So verhält es sich in dem in Nr. 208 gemachten Beispiel: Die Krankheit des Unternehmers hat keine Verschiebung des Fertigstellungstermins zur Folge (daher kann der Besteller den Vertrag wegen Schuldnerverzugs nach Massgabe von Art. 107 OR auflösen, wenn der Termin nicht eingehalten wird); die Konventionalstrafe aber verfällt mangels Verschuldens des Unternehmers – andere Abrede vorbehalten – nicht¹³⁸.
- 214 Wenn ausserordentliche Umstände, wie Erdbeben und dgl., die Einhaltung des Fertigstellungstermins hindern, so verliert der Termin deshalb seine Qualität als Verfalltag nicht. Der Unternehmer handelt also pflichtwidrig (aber allenfalls nicht schuldhaft!), wenn er den Termin nicht einhält¹³⁹. Anders verhält es sich nach der SIA-Norm 118. Diese bestimmt, dass der Unternehmer einen Anspruch auf Fristerstreckung hat, wenn ausserordentliche Umstände die rechtzeitige Fertigstellung hindern (Art. 96). Der Unterschied ist von erheblicher praktischer Bedeutung: Ist die SIA-Norm 118 nicht vereinbart, so steht dem Besteller ein Vorgehen nach Art. 107 OR offen, wenn der Unternehmer den Termin nicht einhält. Demgegenüber steht ihm diese Möglichkeit bei Übernahme der SIA-Norm 118 erst dann zu, wenn auch in-
nert der erstreckten Frist nicht erfüllt wird.
- 215 3. Das Gesetz hat das Problem des nachträglichen Verfalls **nicht speziell geregelt**. Soweit die Parteien keine Regelung getroffen haben und auch der hypothetische Parteiwille nicht weiterhilft, liegt eine Gesetzeslücke vor, welche gemäss Art. 1 ZGB zu füllen ist.

¹³⁷ Vgl. GAUCH, BRT 1995, S. 17, der freilich diesen Umständen keinen Einfluss auf die Fälligkeit zumisst, sondern sie lediglich als schuldnerverschubhindernde Umstände betrachtet.

¹³⁸ Es ist denkbar, dass die Strafe vorerst nicht verfällt, weil sich der Fälligkeitstermin verschoben hat, und am neuen Fälligkeitstermin nicht verfällt, weil es jetzt am Verschulden des Unternehmers fehlt. Verfällt die Strafe in der Folge doch noch, so kann man von einem «doppelten nachträglichen Verfall» sprechen (s. unten Nr. 233 f.).

¹³⁹ A.A. CHAVANNE, S. 57.

2. Nachträglicher Verfall, wenn die Strafe vorerst zufolge Schuldlosigkeit des Unternehmers nicht verfällt?

- 216 1. Hält der Unternehmer den Fertigstellungstermin *schuldlos* nicht ein und verfällt die Strafe aus diesem Grunde nicht, so muss ein **späterer Verfall möglich sein**¹⁴⁰. Denn einerseits besteht das Interesse des Bestellers, auf den Schuldner Erfüllungsdruck auszuüben, weiter, ja in der Regel wird es nun noch in verstärktem Masse bestehen¹⁴¹. Und andererseits hat der Unternehmer kein rechtserhebliches Interesse, von der Strafverpflichtung befreit zu sein; der Weiterbestand dieser Verpflichtung bringt ja materiell keine Mehrbelastung und damit keine Verschlechterung der Unternehmerposition.
- 217 Dass ein nachträglicher Verfall möglich sein muss, kann dort nicht zweifelhaft sein, wo sich die Verspätungsstrafe nach der Dauer der Verspätung richtet (z.B. Fr. 100.– pro Tag). Das ergibt sich schon aus dem hypothetischen Parteiwillen der Vertragsparteien (ergänzende Vertragsauslegung). Wo sich die Strafe nicht nach der Verspätungsdauer richtet, hilft zwar der hypothetische Parteiwille der *konkreten* Parteien nicht weiter, hingegen ist angesichts der erwähnten Interessenlage anzunehmen, dass der hypothetische Parteiwille *durchschnittlicher* Parteien auf die Möglichkeit des nachträglichen Verfalls gerichtet ist. Dem ist bei der Füllung der bestehenden Gesetzeslücke Rechnung zu tragen¹⁴².
- 218 2. **Voraussetzungen und Zeitpunkt des nachträglichen Verfalls.** Hat der Unternehmer den Fertigstellungstermin schuldlos verpasst, so hat er nun alles zu unternehmen, um das Werk möglichst rasch zu vollenden, d.h. er hat alle zumutbaren Vorkehrungen zu treffen, um den Rückstand aufzuholen (Beschleunigungsgebot). Unter Umständen muss der Unternehmer die Zahl der Arbeiter erhöhen oder mit zusätzlichen Schichten arbeiten (vgl. Art. 95 Abs. 2 SLA-Norm 118 in verwandtem Zusammenhang). Die Konventional-

¹⁴⁰ Dies wird in dem von MAULER, S. 119, referierten Schiedsgerichtsurteil unterstellt. Im konkreten Fall wurde allerdings – zu Unrecht (MAULER, S. 120) – angenommen, ein nachträglicher Verfall habe nicht stattgefunden.

¹⁴¹ Aus diesem Grunde wird oft abgemacht, dass mit der Dauer der Verspätung die Strafe überproportional ansteigt (vgl. die Strafklauseln in Nr. 148 f.). – Vgl. auch KNÜTEL, S. 67.

¹⁴² Vertragsergänzung nach dem hypothetischen Parteiwillen der konkreten Parteien und Vertragsergänzung nach dem hypothetischen Parteiwillen durchschnittlicher Parteien können gleiche Ergebnisse zeitigen, sind jedoch methodisch klar auseinanderzuhalten: Im einen Fall wird der Vertrag durch eine individuelle, nur gerade für diesen Vertrag geltende Regel ergänzt (vgl. KOLLER, OR AT, Nr. 599), im anderen Fall wird eine generell-abstrakte Norm geschaffen und diese auf den konkreten Vertrag zur Anwendung gebracht (vgl. KOLLER, OR AT, Nr. 609).

strafe verfällt in dem Zeitpunkt, in dem der Unternehmer das Werk vollendet haben muss, wenn er alle zumutbaren Vorkehrungen trifft.

- 219 Beispiel: A hat für B ein Haus bis Mitte November zu erstellen. Für den Fall einer Verspätung ist eine Konventionalstrafe von Fr. 100.– pro Tag abgemacht. A kommt mit den Arbeiten zügig voran. Ende Oktober legt jedoch eine Grippeepidemie fast die ganze Arbeitnehmerschaft lahm. Den damit verbundenen Arbeitsunterbruch hat A nicht zu vertreten i.S.v. Art. 163 Abs. 2 OR. Sobald die Epidemie zu Ende ist, muss A mit erhöhtem Einsatz den Rückstand aufzuholen versuchen. Handelt er schuldhaft zu langsam, so ist eine allfällige Konventionalstrafe verfallen. Hängt die Strafe – wie in unserer Fallgestaltung – von der Dauer der Verspätung ab, so kommt es für den Umfang des Strafverfalls darauf an, um wieviel früher das Haus bei Vornahme der nötigen Beschleunigungsmassnahmen hätte fertiggestellt werden können. Wird beispielsweise A am 13. Dezember fertig, obwohl er am 5. Dezember hätte fertig sein können, wenn er die Arbeiten mit der nötigen Geschwindigkeit vorangetrieben hätte, so schuldet er eine Konventionalstrafe von Fr. 800.–.

3. Nachträglicher Verfall, wenn die Strafe vorerst mangels Pflichtwidrigkeit des Unternehmers nicht verfällt?

- 220 1. Hindert der Besteller den Unternehmer an der rechtzeitigen Fertigstellung des Werks, so verliert der Fertigstellungstermin seine Qualität als Verfalltag (oben Nr. 210). Daher verfällt die Strafe nicht, wenn der Unternehmer den Termin nicht einhält. Wiederum fragt sich jedoch, ob die Strafabrede jede Wirksamkeit verliert oder ob sie sich auf den neuen Fälligkeitstermin (dazu Nr. 225) erstreckt. Das Bundesgericht hat die Frage in einem Urteil, das noch zum aOR ergangen ist, in letzterem Sinne entschieden, allerdings ohne Begründung (BGE 38 II 101). Die (schweizerische) Lehre hat sich zur Problematik nicht eingehend geäußert.
- 221 In Deutschland bestehen unterschiedliche Auffassungen. KNÜTEL¹⁴³ stellte 1975 fest: «Das OLG Hamburg und Staub-Koenige verneinen das [die Möglichkeit des nachträglichen Verfalls]; dagegen hat das Reichsgericht sich in zwei Entscheidungen recht zögernd auf den Standpunkt gestellt, die Strafe könne noch verfallen, wenn der Schuldner trotz einer späteren Mahnung die Leistung nicht innerhalb eines angemessenen Zeitraums nachhole.» Auf dem grundsätzlich gleichen Standpunkt wie das Reichsgericht steht der BGH (z.B. BGH, NJW 1966, S. 971). Ein nachträglicher Verfall soll jedoch nur möglich sein, wenn der ursprüngliche Fristenplan nicht völlig aus den Fugen gerate; demzufolge sei bei erheblichen Verschiebungen des Fertigstellungstermins die Strafe zum vornherein nicht geschuldet.
- 222 Die Ansicht des BGH ist m.E. unpraktikabel und muss zu erheblicher Rechtsunsicherheit führen. Denn es sind keine einigermassen zuverlässigen

¹⁴³ S. 66.

Kriterien ersichtlich, nach welchen sich entscheiden lässt, ob im Einzelfall ein nachträglicher Verfall möglich ist oder nicht. Zu prüfen ist somit, ob ein nachträglicher Verfall *überhaupt* zugelassen werden soll oder nicht. M.E. ist die Frage – mit dem Bundesgericht – zu bejahen. Zur Begründung kann mutatis mutandis auf das in Nr. 216 Gesagte verwiesen werden: Einerseits geht das Interesse des Bestellers an der Erfüllung mit dem Verstreichen des ursprünglichen Fertigstellungstermins regelmässig nicht unter, sondern besteht vielmehr weiter¹⁴⁴, meist noch in verstärktem Masse. Und andererseits wird der Unternehmer durch die zeitliche Erstreckung der Strafabrede nicht in entscheidendem Masse beeinträchtigt. Dies gilt selbst dann, wenn der Zeitplan des Unternehmers ganz erheblich beeinträchtigt wird. Allerdings kann der Unternehmer in solchen Fällen gezwungen sein, seinen Ausführungsplan wesentlich abzuändern. Das Risiko, schuldhaft in Verzug zu geraten, ist dann erhöht. Diesem Umstand ist jedoch m.E. über Art. 163 Abs. 3 OR (Herabsetzung der Strafe) Rechnung zu tragen, und nicht über die Beseitigung der Strafabrede.

- 223 Die vorstehende Argumentation baut auf der Beugefunktion (Nr. 23) der Konventionalstrafe auf. Die Schadenersatzfunktion (Nr. 25) führt zu keinem anderen Ergebnis, im Gegenteil: Der Zweck, die Schadensliquidation zu erleichtern, bleibt auch in Fällen, in denen der Zeitplan des Unternehmers aus den Fugen geraten ist, völlig aufrecht. Der Unternehmer hat sich mit einer Vereinfachung der Bestellerstellung einverstanden erklärt, und aus seiner Sicht ist diese Verbesserung genauso angebracht, ob es nun um den ursprünglichen Fertigstellungstermin oder aber um den verschobenen Termin geht.
- 224 Beispiel: Als B die Mietwohnung gekündigt wird, entschliesst er sich, ein eigenes Haus erstellen zu lassen. Das Haus soll auf den Kündigungstermin fertig sein. Um entsprechenden Druck auf den Unternehmer, X, auszuüben, bedingt sich B eine Verspätungsstrafe von Fr. 20'000.– aus. In der Folge liefert B die Pläne mit solcher Verspätung, dass X das Haus nicht rechtzeitig fertigstellen kann. Die Strafe verfällt hier vorerst nicht. Sie kann jedoch später verfallen, wenn X nachträglich (schuldhaft, Art. 163 Abs. 2 OR) in Verzug gerät, weil er den Hausbau nicht angemessen fördert. Dies muss m.E. selbst dann gelten, wenn die verspätete Lieferung der Baupläne den Zeitplan von X ganz erheblich beeinträchtigt hat. Auch in einem solchen Fall rechtfertigt es sich angesichts des Interesses von B, raschestmöglich in das Haus einziehen zu können, nicht, X vom Druck der Konventionalstrafe zu befreien.
- 225 **2. Zeitpunkt und Voraussetzungen des nachträglichen Verfalls.** Verliert der Fertigstellungstermin seine Verbindlichkeit als Fälligkeitstermin, so ist der neue Fälligkeitstermin nach Art. 75 OR zu bestimmen¹⁴⁵. Der so be-

¹⁴⁴ Vgl. KNÜTEL, S. 67 f.

¹⁴⁵ Anders offenbar ZR 1975, S. 72 f.: Werde die Terminvereinbarung hinfällig und komme keine neue zustande, so sei eine Inverzugsetzung des (Bau-)Unternehmers nicht möglich, da dieser nicht verpflichtet sei, «zu anderen als den vereinbarten

stimmte Termin ist kein Verfalltag. Die Nichteinhaltung des Termins begründet daher für sich allein noch keinen Verzug und ist demzufolge auch nicht geeignet, den Anspruch auf die Konventionalstrafe zu begründen. Vielmehr ist hierfür eine Mahnung vorausgesetzt (Art. 102 Abs. 1 OR). Zudem setzt der Verfall der Strafe nach allgemeiner Regel (Art. 163 Abs. 2 OR) voraus, dass der Unternehmer den Verzug verschuldet oder nach Art. 101 OR zu vertreten hat.

- 226 Das Mahnerfordernis scheint nicht unbestritten. Nach BGE 38 II 101 genügt für den nachträglichen Verfall der Strafe «die blosse Tatsache, dass die Klägerin [Unternehmerin] mit den übernommenen Arbeiten an dem um die Verzögerungsfrist zu Lasten des Beklagten [des Bestellers und Strafgläubigers] verlängerten Vertragstermin, d.h. zirka Mitte November 1907, nicht fertig war». Vom Erfordernis einer Mahnung ist nicht die Rede¹⁴⁶.
- 227 Für die Mahnung gelten die allgemeinen Grundsätze. Nach dem Wortlaut von Art. 102 Abs. 1 OR ist eine Mahnung erst nach Fälligkeit zulässig. Indes hat der Besteller schon vorher die Möglichkeit, einseitig eine Leistungsfrist zu setzen. Hält der Unternehmer diese nicht ein, kommt er in Verzug, vorausgesetzt, dass die Frist den Fälligkeitszeitpunkt respektiert. «Der Sache nach handelt es sich» hier «um nichts anderes als um eine vorweggenommene (vor Fälligkeit erfolgte) Mahnung» (KOLLER, Nachbesserungsrecht, Nr. 159). Gegen eine zu kurze Frist muss der Unternehmer protestieren, ansonst sie ihm entgegengehalten werden kann (vgl. in verwandtem Zusammenhang BGE 105 II 34, 116 II 440).
- 228 3. Zur Frage, unter welchen Voraussetzungen ein Fertigstellungstermin seine Verbindlichkeit verliert, s. oben Nr. 210 ff., 214. Im übrigen ist die Frage wenig geklärt. Im vorliegenden Kontext braucht sie nicht im einzelnen behandelt zu werden.

4. Nachträglicher Verfall bei Übernahme der SIA-Norm 118?

- 229 Die SIA-Norm 118 regelt die Problematik des nachträglichen Verfalls nicht ausdrücklich. Fraglich ist, ob Art. 98 Abs. 2 der Norm eine implizite Regelung beinhaltet. In dieser Bestimmung ist vorgesehen:
- 230 «Die Konventionalstrafe ist nicht geschuldet, wenn der Unternehmer Anspruch auf Fristerstreckung hat.»
- 231 Hat der Unternehmer Anspruch auf eine Fristerstreckung, so braucht er den vertraglich abgemachten Fertigstellungstermin nicht einzuhalten. Hält er ihn

Zeiten die Arbeit auszuführen». Diese Auffassung gibt jedenfalls nicht die Rechtslage wieder, wie sie bei Anwendbarkeit der SIA-Norm 118 besteht (vgl. Art. 95 f. der Norm).

¹⁴⁶ Auch KNÜTEL, S. 68 oben, scheint eine Mahnung nicht für erforderlich zu halten.

nicht ein, handelt er nicht pflichtwidrig. Dass in einem solchen Fall die Konventionalstrafe nicht verfallen ist, ergibt sich schon aus Art. 163 Abs. 2 OR; Art. 98 Abs. 2 SIA-Norm 118 ist also insofern rein deklaratorisch. Zu prüfen bleibt, ob er eine weitergehende Bedeutung in dem Sinne hat, dass die Konventionalstrafe auch dann nicht geschuldet sein soll, wenn die *erstreckte* Frist nicht eingehalten wird. Der Wortlaut lässt diese Interpretation durchaus zu. Sie scheint mir jedoch nicht zulässig¹⁴⁷, zumindest dann nicht, wenn der Unternehmer die Übernahme der SIA-Norm 118 vorgeschlagen hat. Diesfalls muss er sich entgegenhalten lassen, dass die Norm den – von Gesetzes wegen möglichen – nachträglichen Verfall nicht in klarer Weise ausschliesst (Unklarheitenregel¹⁴⁸). Aber auch dann, wenn der Besteller die Norm zur Übernahme vorgeschlagen hat, ist m.E. der Schluss, ein nachträglicher Verfall sei wegbedungen, nicht zulässig. Denn der Unternehmer darf nach Treu und Glauben nicht annehmen, der Besteller wolle auf das Druckmittel der Konventionalstrafe verzichten. Diese Annahme ist insbesondere dort nicht zulässig, wo die Fristerstreckung ihren Grund in neutralen Umständen, und nicht in einem Verschulden des Gläubigers, hat (Art. 96 Abs. 1 der Norm).

- 232 Ein nachträglicher Verfall ist somit auch im Anwendungsbereich der SIA-Norm 118 möglich. Allerdings genügt hierfür nicht, dass «auch die zusätzliche Zeit, auf die der Unternehmer Anspruch hat, überschritten ist» (so GAUCH/SCHUMACHER, N 14 zu Art. 98 SIA-Norm 118). Vielmehr ist eine Mahnung vorausgesetzt (Nr. 225), da der neue Fertigstellungstermin kein Verfalltag ist und dessen Nichteinhaltung nicht ohne weiteres Verzug begründet.

5. Nachtrag: Illustration des «doppelten nachträglichen Verfalls»

- 233 1. Zum Begriff des «doppelten nachträglichen Verfalls» s. oben Anm. 138. Zur Illustration nun ein Beispiel. Dieses lehnt sich an BGE 38 II 94 ff. an:
- 234 Der Verband ostschweizerischer landwirtschaftlicher Genossenschaften (im folgenden einfach Verband genannt) plante den Bau eines neuen Lagerhauses in Winterthur. Die Arbeiten in armiertem Beton übertrug er der Baufirma Favre & Cie. (im folgenden Baufirma). Nach § 7 des Vertrages sollte das Gebäude bis 13. Oktober 1907 zum Aufrichten bereit sein. Für den Fall nicht rechtzeitiger Leistung wurde eine Konventionalstrafe von je Fr. 700.– für die erste und zweite Woche, von Fr. 1'400.– für die dritte und von Fr.

¹⁴⁷ Gleich im Ergebnis GAUCH/SCHUMACHER, N 14 zu Art. 98 SIA-Norm 118.

¹⁴⁸ Dazu neustens KOLLER, OR AT, Nr. 1605 ff.

2'000.– für jede weitere Woche Verspätung der Arbeiten vereinbart. Die Betonarbeiten wurden erst am 27. April 1908 vollendet, nachdem sie wegen des Winterfrostes vom 18. Dezember 1907 bis 23. März 1908 hatten unterbrochen werden müssen. Wegen dieser Verspätung machte der Verband gegenüber der Baufirma eine Konventionalstrafe gemäss der vertraglichen Vereinbarung geltend. Die Baufirma widersetzte sich diesem Begehren. Sie machte u.a. geltend, die Verzögerung beruhe teilweise auf einer verspäteten Lieferung von Plänen durch den Verband und teilweise darauf, dass die Arbeitnehmer im Oktober 1907 gestreikt hätten, wofür sie nichts könne. Zudem könne sie für die auf dem Winterfrost beruhende Verzögerung nicht verantwortlich gemacht werden. Die kantonalen Gerichte stellten fest, die Baufirma sei wegen der verspäteten Planlieferung während ca. vier Wochen in der Durchführung ihrer Arbeiten gehemmt worden. Auch dass ein einwöchiger Streik stattgefunden hatte, wurde – für das Bundesgericht verbindlich – festgestellt.

- 235 2. Der ursprüngliche Fälligkeitstermin verlor seine Verbindlichkeit wegen der zu späten Planlieferung. Die Strafe verfiel daher vorerst nicht. Am neuen Fälligkeitstermin (ca. am 10. November 1907¹⁴⁹) verfiel die Strafe wiederum nicht: deshalb, weil der Unternehmer diesen Termin infolge der streikbedingten Verzögerung, also ohne sein Verschulden, nicht einhielt¹⁵⁰. In der Folge kam es jedoch zum Verfall, und zwar dann, als der Unternehmer unter Berücksichtigung des Gläubigerverzugs und des Streiks die Arbeiten hätte fertig haben müssen. Das war noch vor Eintritt des Winterfrostes der Fall. Demzufolge ging der Frost grundsätzlich zu Lasten des Unternehmers (Nr. 164). Die Strafe war allerdings in einem erheblichen Masse zu reduzieren, weil die Arbeiten ohne den Gläubigerverzug des Verbandes vermutlich noch vor Eintritt des Frostes hätten fertiggestellt werden können. Der Besteller war also gleichermassen an der frostbedingten Verzögerung beteiligt wie der Unternehmer. «Und wenn nun die Vorinstanz» angesichts dieses Umstandes «den Strafbefehl auf 15'000 Fr. beschränkt hat, so liegt für das Bundesgericht keine Veranlassung vor, diese Anwendung ihres billigen Ermessens zu beanstanden». *Lousonna*¹⁵¹ locuta est.

¹⁴⁹ Die Bauzeit war sehr «knapp bemessen» (BGE 38 II 102). Der Gläubigerverzug hatte somit notwendig eine Verlängerung der Ausführungsfrist und damit die Verschiebung des Fertigstellungstermins zur Folge (vgl. Anm. 135).

¹⁵⁰ Das Bundesgericht ging davon aus, der Streik habe den Verfall nicht ausgeschlossen. Diese Auffassung war nach Art. 181 aOR (dazu Nr. 77) zutreffend, nach neuem Recht (Art. 163 Abs. 2 OR) jedoch nicht.

¹⁵¹ Lat. Lausanne (freundlicher Hinweis von Herrn Prof. BRUNO HUWILER, Universität Bern; s. auch einschlägige Stelle in der Brockhaus Enzyklopädie).