Reurecht und Reugeld auf vertraglicher Grundlage

Dissertation
der Universität St. Gallen,
Hochschule für Wirtschafts-,
Rechts- und Sozialwissenschaften
sowie Internationale Beziehungen (HSG)
zur Erlangung der Würde eines
Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

Marc Wolfer

von

Ossingen (Zürich)

Genehmigt auf Antrag der Herren

Prof. Dr. Alfred Koller

und

PD Dr. Alexander Brunner

Dissertation Nr. 3997

Dike Verlag Zürich/St. Gallen 2012

Die Universität St. Gallen, Hochschule für Wirtschafts-, Rechts- und Sozialwissenschaften sowie Internationale Beziehungen (HSG), gestattet hiermit die Drucklegung der vorliegenden Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

St. Gallen, den 24. Oktober 2011

Der Rektor:

Prof. Dr. Thomas Bieger

Die gleiche Arbeit ist erschienen als Band 22 der Schriftenreihe
«St. Galler Schriften zur Rechtswissenschaft», herausgegeben von
der Juristischen Abteilung der Universität St. Gallen
ISBN 978-3-03751-386-6

Meinen Eltern

Vorwort

„Seines Zeichens ein Buchbinder, arbeitete er seit geraumer Zeit keinen Streich mehr und lebte aus den in die Höhe geschraubten Mietzinsen alter Häuser, die er mit Geschick und ohne Kapital zu kaufen wusste. Manchmal verkaufte er eines wieder an einen Gimpel zu übertriebenem Preise, steckte, wenn der Käufer nicht halten konnte, den Reukauf und die bereits bezahlten Summen in die Tasche und nahm das Haus wieder an sich…“

(Gottfried Keller: Züricher Novellen, Das Fähnlein der sieben Aufrechten)

Gottfried Keller markiert den Auftakt zu dieser Arbeit. Dies allerdings nur in typographischer Hinsicht, chronologisch erfolgte sein Auftritt erst im Schlussakt. Den diesbezüglichen Beginn markierte eine andere Persönlichkeit: Professor Dr. Alfred Koller. Er hat diese Arbeit angeregt und mich bei deren Ausarbeitung fachlich und persönlich stets unterstützt. Was er mir vermittelt hat, werde ich auch in meiner weiteren Tätigkeit zu schätzen wissen! Ebenfalls in bester Erinnerung bleibt mir die Mitarbeit als Assistent an seinem Lehrstuhl. Für all das danke ich ihm sehr herzlich!

Ein Dankeschön möchte ich auch allen anderen Personen aussprechen, die mich bei der Ausarbeitung der Dissertation in der einen oder anderen Form unterstützt haben. Mein Dank gilt namentlich Herrn PD Dr. Alexander Brunner für seine freundliche Bereitschaft zur Übernahme des Korreferats. Hervorgehoben seien ausserdem Angelo Schwizer und Stefan Wehrle, beide M.A. HSG, die das Manuskript akribisch auf Fehler durchsucht haben und die stets für Diskussionen zur Verfügung standen. Besonders danken möchte ich auch den Kollegen am Lehrstuhl Koller für die angenehme Zusammenarbeit während der Assistenzzeit sowie Herrn Bénon Eugster vom Dike Verlag für die umsichtige Betreuung der Drucklegung dieser Dissertation. Dem Verein für Privatrecht danke ich für einen grosszügigen Druckkostenbeitrag!

Ein grosser Dank geht schliesslich an meinen Bruder Pascal, meine Schwester Chantal und an meine Eltern Rolf und Margrith. Sie waren (auch) während der Dissertations-Zeit stets für mich da! Meinen Eltern ist diese Arbeit gewidmet.

Literatur und Rechtsprechung sind auf dem Stand vom 30. November 2011.

Tübach, im Dezember 2011 Marc Wolfer

Inhaltsübersicht

Inhaltsverzeichnis XI
Kurzzusammenfassung XV
Résumé succinct XVI
Abkürzungsverzeichnis XVII
Literaturverzeichnis XXIII

§ 1 Einleitung 1

1. Kapitel: Grundlagen

§ 2 Begriffe und erste Abgrenzungen 3
§ 3 Rechtsgrundlagen 10
§ 4 Dem Reugeld verwandte Leistungen 13
§ 5 Vorkommen von Reuklauseln und Motive zu ihrem Abschluss 24
§ 6 Ökonomische Auswirkungen von Reuklauseln 28
§ 7 Gesetzliche Reurechte 39

2. Kapitel: Die Reuklausel

§ 8 Abschluss und Gültigkeitserfordernisse der Reuklausel 45
§ 9 Der Entscheid über das Vertragsschicksal 61
§ 10 Rechtslage nach dem Entscheid über das Vertragsschicksal 77

3. Kapitel: Die Anpassung der Reugeldhöhe

§ 11 Herabsetzung übermässiger Reugelder 84
§ 12 Heraufsetzung zu tiefer Reugelder 99

4. Kapitel: Ausgewählte Sonderfragen

§ 13 Kombinationen aus Reu- und Konventionalstrafklausel 104

§ 14 Reurechtsausübung und Vertragsanfechtung wegen Willensmängeln 110

§ 15 Reuklausel und clausula rebus sic stantibus 115

§ 16 Der Einbezug Dritter: Abtretung und Mäkelei 119

§ 17 Ausgewählte prozessuale Fragen 123

Zusammenfassung 129

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsübersicht IX
Kurzzusammenfassung XV
Résumé succinct XVI
Abkürzungsverzeichnis XVII
Literaturverzeichnis XXIII

§ 1 Einleitung 1

1. Kapitel: Grundlagen

§ 2 Begriffe und erste Abgrenzungen 3
I. Reurecht 3
II. Reugeld 5
III. Reuklausel 7

§ 3 Rechtsgrundlagen 10

§ 4 Dem Reugeld verwandte Leistungen 13
I. Entschädigung für die Einräumung von Reurechten 14
II. Unechtes Reugeld 15
III. Konventionalstrafe 16
IV. Unechte Konventionalstrafe 19
V. Wandelpön 20
VI. Schadenersatzpauschale 22
VII. Haftgeld 23

§ 5 Vorkommen von Reuklauseln und Motive zu ihrem Abschluss 24

§ 6 Ökonomische Auswirkungen von Reuklauseln 28

I. Auswirkungen auf die Parteien 28

1. Bei Drittangebot an den Käufer 29

2. Bei Drittangebot an den Verkäufer 31

3. Bei Drittangebot an Käufer und Verkäufer 33

4. Ergebnis 35

5. Einschränkungen 37

II. Auswirkungen aus gesamtwirtschaftlicher Sicht 38

§ 7 Gesetzliche Reurechte 39

2. Kapitel: Die Reuklausel

§ 8 Abschluss und Gültigkeitserfordernisse der Reuklausel 45

I. Konsens über Reuabrede 45

II. Formvorschriften 48

III. Schranken der Vertragsfreiheit 52

IV. Anfechtungsgründe (Art. 21, 23 ff. OR) 60

§ 9 Der Entscheid über das Vertragsschicksal 61

I. Einleitung 61

II. Die Ausübungserklärung im Einzelnen 62

III. Fiktionstheorie 64

IV. Einzelprobleme bei der Reurechtsausübung: Bedingungen, Willensmängel, Rechtsmissbrauch, Widerruf 67

1. Die bedingte Ausübung des Reurechts 68

2. Willensmängel bei der Reurechtsausübung 69
3. Missbräuchliche Ausübung des Reurechts 70
4. Widerruf der Reurechtsausübung 72
V. Untergang des Reurechts 73
1. Verzicht 74
2. Zeitliche Schranken der Reurechtsausübung 75
3. Rechtsmissbrauch 76

§ 10 Rechtslage nach dem Entscheid über das Vertragsschicksal ... 77
I. Rechtslage im Fall der Ausübung des Reurechts 77
II. Rechtslage im Fall des Untergangs des Reurechts 81

3. Kapitel: Die Anpassung der Reugeldhöhe

§ 11 Herabsetzung übermässiger Reugelder 84
I. Allgemeines Ermässigungsrecht? 85
II. Analoge Anwendung von Art. 163 Abs. 3 OR als Herabsetzungsgrundlage? 86
1. Lehre und Rechtsprechung 87
2. Eigene Auffassung 89
III. Ergebnis 98

§ 12 Heraufsetzung zu tiefer Reugelder 99
I. Mögliche Grundlagen für die Heraufsetzung zu tiefer Reugelder 99
II. Heraufsetzung in analoger Anwendung von Art. 163 Abs. 3 OR? 101
III. Ergebnis 103

4. Kapitel: Ausgewählte Sonderfragen

§ 13 Kombinationen aus Reu- und Konventionalstrafklausel 104

§ 14 Reurechtsausübung und Vertragsanfechtung wegen Willensmängeln 110

I. Wesentlicher Irrtum 111

II. Absichtliche Täuschung 114

III. Drohung (Furchterregung) 114

IV. Übervorteilung 115

§ 15 Reuklausel und clausula rebus sic stantibus 115

§ 16 Der Einbezug Dritter: Abtretung und Mäkelei 119

I. Abtretung von Reurecht und Reugeldforderung 119

II. Die Stellung des Immobilienmaklers bei Verträgen mit Reuklausel 121

§ 17 Ausgewählte prozessuale Fragen 123

I. Reurechtsausübung während laufendem Prozess 123

II. Konkludente Ausübung des Reurechts durch bestimmte Prozesshandlungen? 126

III. Anforderungen an ein Herabsetzungsbegehren 127

Zusammenfassung 129

Kurzzusammenfassung

Wird einem Vertrag eine Reuklausel beigefügt, verschafft dies einer oder beiden Vertragsparteien das Recht, sich gegen Bezahlung einer Entschädigung (Reugeld) willkürlich von diesem Vertrag zu lösen (Reurecht). Die vorliegende Arbeit untersucht die Probleme, welche sich im Zusammenhang mit solchen Reuklauseln stellen können.

In einem Grundlagenkapitel werden Reurecht, Reugeld und Reuklausel vorgestellt und von verwandten Instituten abgegrenzt. Zudem erfolgt eine Darstellung der einschlägigen Rechtsgrundlagen. Ausserdem wird auf das Vorkommen von Reuklauseln in der Praxis und auf ihre ökonomischen Auswirkungen eingegangen.

Im zweiten Kapitel werden der Abschluss der Reuklausel und die dabei zu beachtenden Gültigkeitsvoraussetzungen dargestellt. Anschliessend wird auf die Situation nach gültigem Abschluss der Reuklausel eingegangen. Der Vertrag befindet sich in einem Schwebezustand, der durch den Entscheid über sein Schicksal beendet wird. Dieser Entscheid wird regelmässig durch die Ausübung des Reurechts bzw. den Verzicht auf dieselbe herbeigeführt, doch bestehen auch andere Möglichkeiten. Nach dem Entscheid über das Vertragsschicksal geht der Hauptvertrag entweder unter oder wird voll wirksam. Die Rechtsfolgen einer Entscheidung in die eine oder andere Richtung werden zum Abschluss des zweiten Kapitels dargestellt.

Im dritten Kapitel wird die umstrittene Frage der nachträglichen Anpassung (Herabsetzung oder Heraufsetzung) des Reugelds diskutiert, während im vierten und letzten Kapitel ausgewählte Sonderfragen zur Sprache kommen.

Résumé succinct

Si une clause de dédit a été ajoutée à un contrat, celle-ci donne le droit à l'une ou aux deux parties au contrat de se retirer volontairement de ce contrat contre le paiement d'une indemnité (prime de dédit). Le présent travail examine les problèmes qui peuvent apparaître en lien avec les clauses de dédit.

Le premier chapitre présente le droit de dédit, la prime de dédit et la clause de dédit et en trace les limites par rapport à d'autres institutions juridiques voisines. Dans ce chapitre sont en outre exposés les principes juridiques de base relatifs au droit de dédit. La présence des clauses de dédit dans la pratique est également abordée ainsi que leurs répercussions économiques.

Le deuxième chapitre est consacré à la conclusion de la clause de dédit ainsi qu'aux conditions de validité à respecter. Un contrat contenant une clause de dédit valablement conclue a un sort incertain, lequel sera fixé par une décision des cocontractants. Cette décision se résume en règle générale à l'exercice du droit de dédit ou au renoncement à celui-ci, mais il existe également d'autres possibilités. Une fois que cette décision a été prise, le contrat principal disparaît ou prend pleinement effet. Une partie de ce chapitre est dédiée à l'analyse de la situation juridique après la décision quant au sort du contrat.

Le troisième chapitre traite de la question controversée de l'ajustement (diminution ou augmentation) d'une prime de dédit, tandis que le quatrième et dernier chapitre rapporte une sélection de questions spéciales.

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	am Anfang
a.a.O.	am angeführten Ort
AB	Amtliches Bulletin der Bundesversammlung
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch für Österreich vom 1. Juni 1811, mit seitherigen Änderungen
Abs.	Absatz/Absätze
AcP	Archiv für die civilistische Praxis (Tübingen)
a.E.	am Ende
a.F.	alte Fassung
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AGBG	(deutsches) Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB-Gesetz; in Kraft bis 31. Dezember 2001)
AJP	Aktuelle Juristische Praxis (Lachen)
allg.	allgemein(e)
a.M.	anderer Meinung *oder* am Main
Anm.	Anmerkung(en)
aOR	(altes) schweizerisches Obligationenrecht vom 14. Juni 1881 (in Kraft vom 1.1.1883-31.12.1911).
AppGer	Appellationsgericht
Art.	Artikel
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts
AT	Allgemeiner Teil
Aufl.	Auflage
AVG	Bundesgesetz über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih (Arbeitsvermittlungsgesetz, SR 823.11)
BasK	Basler Kommentar
BasKurzK	Basler Kurzkommentar
BBl	Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft

Bd.	Band
Bde.	Bände
BerK	Berner Kommentar
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch für das Deutsche Reich vom 18. August 1896, mit seitherigen Änderungen
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGer	Bundesgericht
BGG	Bundesgesetz über das Bundesgericht (SR 173.110)
BGH	Bundesgerichtshof (Deutschland)
BR	Baurecht (Freiburg)
BS	Basel-Stadt
Bsp.	Beispiel(e)
bspw.	beispielsweise
BT	Besonderer Teil
bzgl.	bezüglich
CaS	Causa Sport, die Sport-Zeitschrift für nationales und internationales Recht sowie für Wirtschaft
CCfr	(französischer) Code civil vom 21. März 1804, mit seitherigen Änderungen
CR	Commentaire romand
ders.	derselbe
d.h.	das heisst
dies.	dieselbe(n)
Diss.	Dissertation
Dresdener Entwurf	Dresdener Entwurf eines für die deutschen Bundesstaaten gemeinsamen Gesetzes über Schuldverhältnisse von 1866
E.	Erwägung(en)
Einl.	Einleitung
f.	und folgende (Seite, Randnote usw.)
ff.	und folgende (Seiten, Randnoten usw.)
FG	Festgabe

Fn	Fussnote(n)
Fr.	Schweizer Franken
FR	Freiburg
FZR	Freiburger Zeitschrift für Rechtsprechung (Freiburg, bis 1992: „Extraits“)
GE	Genf
GRUR	Zeitschrift für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht (Weinheim)
Habil.	Habilitationsschrift
HGer	Handelsgericht
h.L.	herrschende Lehre
Hrsg.	Herausgeber(innen)
Hw.	Hinweis(e)
i.Br.	im Breisgau
i.d.R.	in der Regel
i.e.S.	im engeren Sinne
IMF	International Monetary Fund = Internationaler Währungsfonds
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
i.w.S.	im weiteren Sinne
JBl	Juristische Blätter (Wien)
JdT	Journal des Tribunaux (Lausanne)
Kap.	Kapitel
KGer	Kantonsgericht
km	Kilometer
KSchG	(Österreichisches) Bundesgesetz vom 8. März 1979, mit dem Bestimmungen zum Schutz der Verbraucher getroffen werden (Konsumentenschutzgesetz), mit seitherigen Änderungen
lat.	lateinisch

lit.	litera
MaschSchr.	Maschinenschrift
m.E.	meines Erachtens
m.Hw.	mit Hinweis(en)
Mio.	Million(en)
MünchK	Münchener Kommentar
m.w.Hw.	mit weiteren Hinweisen
N	Note(n)
NE	Neuenburg
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (München/Frankfurt a.M.)
NR	Nationalrat
Nr.	Nummer
NRCP	Nuova rivista di diritto commerciale e processuale (Lugano)
Nw.	Nachweis(e)
NZZ	Neue Zürcher Zeitung (Zürich)
OGer	Obergericht
OGH	Oberster Gerichtshof (Österreich)
OLG	Oberlandgericht (Deutschland)
OR	Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht, SR 220)
PICC	UNIDROIT Grundregeln für Internationale Handelsverträge (Principles for international commercial contracts)
Pra	Die Praxis des Bundesgerichts (Basel)
RBOG TG	Rechenschaftsbericht des Obergerichts Thurgau (Frauenfeld)
RJN	Recueil de jurisprudence neuchâteloise (Neuenburg)
Rn	Randnote(n)
Rspr.	Rechtsprechung

s.	siehe
S.	Seite (*oder* siehe)
SG	St. Gallen
SGGVP	St. Gallische Gerichts- und Verwaltungspraxis (St. Gallen)
SIA	Schweizerischer Ingenieur- und Architekten-Verein
SJ	La Semaine Judiciaire (Genf)
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (Zürich)
sog.	sogenannte(r)
SPR	Schweizerisches Privatrecht (Basel/Frankfurt a.M.)
SR	Ständerat
SZ	Entscheidungen des österreichischen obersten Gerichtshofes in Zivilsachen
TDP	Traité de droit privé suisse (Basel) = SPR
TG	Thurgau
u.a.	unter anderem
UNIDROIT	International Institute for the Unification of Private Law/Institut international pour l'unification du droit privé (Internationales Institut für die Vereinheitlichung des Privatrechts)
usw.	und so weiter
u.U.	unter Umständen
v.a.	vor allem
vgl.	vergleiche
VS	Wallis
z.B.	zum Beispiel
ZBGR	Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht (Wädenswil)
ZBJV	Zeitschrift des bernischen Juristenvereins (Bern)
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht (München)
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht (Köln)

ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
ZH	Zürich
Ziff.	Ziffer(n)
zit.	zitiert (in)
ZPO	Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (= Zivilprozessordnung, SR 272)
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung (Zürich)
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht (Basel)
z.T.	zum Teil
ZürK	Zürcher Kommentar
ZürKurzK	Zürcher Kurzkommentar
ZWR	Zeitschrift für Walliser Rechtsprechung (Sion)

Literaturverzeichnis

ABEGG	ABEGG, ANDREAS: Die zwingenden Inhaltsnormen des Schuldvertragsrechts, Diss. Freiburg 2003, Zürich 2004.
ACKERMANN	ACKERMANN, JOSEF: Die Wegbedingung der Haftung für Verschulden nach schweizerischem Recht, Diss. Zürich 1931.
BASSELER/HEINRICH/UTECHT	BASSELER, ULRICH/HEINRICH, JÜRGEN/UTECHT, BURKHARD: Grundlagen und Probleme der Volkswirtschaft, 19. Aufl. Stuttgart 2010.
BAUMANN, ZürK	BAUMANN, MAX: Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, I. Band, 1. Teilband, Art. 1-7 ZGB, Kommentar zu Art. 2-3 ZGB (inkl. Vorbemerkungen), Zürich 1998.
BEARBEITER, BasK	HONSELL, HEINRICH/VOGT, NEDIM PETER/WIEGAND, WOLFGANG (Hrsg.): Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, Basler Kommentar, 5. Aufl. Basel 2011.
BEARBEITER, BasK BGG	NIGGLI, MARCEL ALEXANDER/UEBERSAX, PETER/WIPRÄCHTIGER, HANS (Hrsg.): Bundesgerichtsgesetz, Basler Kommentar, Basel 2008.
BEARBEITER, BasK ZGB I	HONSELL, HEINRICH/VOGT, NEDIM PETER/GEISER, THOMAS (Hrsg.): Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB, Basler Kommentar, 4. Aufl. Basel 2010.
BEARBEITER, BasK ZPO	SPÜHLER, KARL/TENCHIO, LUCA/INFANGER, DOMINIK (Hrsg.): Schweizerische Zivilprozessordnung, Basler Kommentar, Basel 2010.
BEARBEITER, BasKurzK	HONSELL, HEINRICH (Hrsg.): OR, Art. 1-529, Kurzkommentar, Basel 2008.
BEARBEITER, CR	THEVENOZ, LUC/WERRO, FRANZ (Hrsg.): Code des obligations I, commentaire romand, Genf/Basel/München 2003.
BEARBEITER, DIKE-Komm ZPO	BRUNNER, ALEXANDER/GASSER, DOMINIK/SCHWANDER, IVO (Hrsg.): Schweizerische Zivilprozessordnung, Kommentar, Zürich 2011.

BEARBEITER, ZürKurzK	AMSTUTZ, MARC/BREITSCHMID, PETER/FURRER, ANDREAS/GIRSBERGER, DANIEL/HUGUENIN, CLAIRE/MÜLLER-CHEN, MARKUS/ROBERTO, VITO/RUMO-JUNGO, ALEXANDRA/SCHNYDER, ANTON K. (Hrsg.): Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Zürich 2007 (unveränderter Nachdruck in neun Bänden, Zürich 2010).
BeckOK/BEARBEITER	BAMBERGER, HEINZ GEORG/ROTH, HERBERT (Hrsg.): Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, verfügbar unter <http://beck-online.beck.de> (Stand: 01.11.2011).
BECKER, BerK	BECKER, HERMANN: Berner Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band VI, I. Abteilung (Art. 1-183 OR), 2. Aufl. Bern 1941 *und* Band VI, II. Abteilung (Art. 184-551 OR), Bern 1934.
BELSER	BELSER, EVA MARIA: Freiheit und Gerechtigkeit im Vertragsrecht, Diss. Freiburg 2000.
BENTELE	BENTELE, ROLAND: Die Konventionalstrafe nach Art. 160-163 OR, Diss. Freiburg 1994.
BERGER	BERGER, BERNHARD: Allgemeines Schuldrecht, Bern 2008.
BERTI, ZürK	BERTI, STEPHEN V.: Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Teilband V 1h: Das Erlöschen der Obligationen, Zweite Lieferung: Art. 127-142 OR, Zürich 2002.
BISCHOFF	BISCHOFF, JACQUES: Vertragsrisiko und clausula rebus sic stantibus, Diss. Zürich 1983.
BOHNY	BOHNY, PETER: Das arbeitsvertragliche Konkurrenzverbot, Diss. Basel, Zürich 1989.
BÖTTICHER	BÖTTICHER, EDUARD: Wesen und Arten der Vertragsstrafe sowie deren Kontrolle, ZfA 1970, S. 3 ff.
BRÜCKNER	BRÜCKNER, CHRISTIAN: Schweizerisches Beurkundungsrecht, Zürich 1993.
BRUNNER	BRUNNER, ALEXANDER: Haustürgeschäfte, in: Ernst A. Kramer (Hrsg.), Konsumentenschutz im Privatrecht, SPR X, Basel 2008, S. 197 ff.
BUCHER, BerK	BUCHER, EUGEN: Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band I, 2. Abteilung, 2. Teilband, Kommentar zu Art. 27 ZGB, Bern 1993.

BUCHER, FG Deschenaux	BUCHER, EUGEN: Der Ausschluss dispositiven Gesetzesrechts durch vertragliche Absprachen, in: Rechts-, wirtschafts- und sozialwissenschaftliche Fakultät der Universität Freiburg (Hrsg.), Festgabe für Henri Deschenaux, Freiburg 1977, S. 249 ff.
BUCHER, OR AT	BUCHER, EUGEN: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. Aufl. Zürich 1988.
BUCHER, OR BT	BUCHER, EUGEN: Obligationenrecht, Besonderer Teil, 3. Aufl. Zürich 1988.
BÜHLER	BÜHLER, THEODOR: Haft- und Reugeld sowie Konventionalstrafe im alten und im geltenden Obligationenrecht, in: Hans Peter/Emil W. Stark/Pierre Tercier (Hrsg.), Hundert Jahre Schweizerisches Obligationenrecht, Freiburg 1982, S. 143 ff.
BÜHLER, ZürK	BÜHLER, THEODOR: Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Teilband V 2d: Der Werkvertrag (Art. 363-379 OR), Zürich 1998.
BURKHARDT	BURKHARDT, MARTIN: Vertragsanpassung bei veränderten Umständen in der Praxis des schweizerischen Privatrechts, Diss. St. Gallen 1996, Bern usw. 1997.
BYDLINSKI	BYDLINSKI, PETER: Bürgerliches Recht, Band I, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. Wien/New York 2007.
BYDLINSKI, Übertragung	BYDLINSKI, PETER: Die Übertragung von Gestaltungsrechten, Habil. Linz, Wien 1986.
CAVIN	CAVIN, PIERRE: Kauf, Tausch und Schenkung, in: SPR VII/1, Obligationenrecht – Besondere Vertragsverhältnisse, Basel/Stuttgart 1977, S. 1 ff.
COTTI	COTTI, LUKAS: Das vertragliche Konkurrenzverbot, Diss. Freiburg 2001.
COUCHEPIN, Diss.	COUCHEPIN, GASPARD: La clause pénale, Diss. Freiburg 2008.
COUCHEPIN, forfaitisation	COUCHEPIN, GASPARD: La forfaitisation du dommage, SJ II 2009, S. 2 ff.
DEPRAZ	DEPRAZ, ALEX: La forme authentique en droit fédéral et en droit cantonal comparé, Diss. Lausanne 2002.

DERNBURG	DERNBURG, HEINRICH: Lehrbuch des Preussischen Privatrechts und der Privatrechtsnormen des Reiches, Zweiter Band, 4. Aufl. Halle (Saale) 1889.
DESCHENAUX	DESCHENAUX, HENRI: Note sur l'imprévision et la réduction de la peine conventionnelle du chef de circonstances nouvelles, JdT I 1943, S. 107 ff.
DIETZI	DIETZI, WALTER: Die Konventionalstrafe und ihr Verhältnis zum Schadenersatz, Diss. Basel 1935 (MaschSchr.).
DORNIER, Diss.	DORNIER, ROGER: Das Widerrufsrecht bei Haustürgeschäften und ähnlichen Verträgen (Art. 40a-g OR), Diss. Freiburg 1994.
DORNIER, ZürK	DORNIER, ROGER: Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Teilband V/1b/3: Haustürgeschäfte (Art. 40a-f OR), Zürich 2010.
EGGERT	EGGERT, CHRISTOPH: Vertragsstrafenklausel in AGB, Besprechung eines Urteils des OLG Nürnberg vom 22. Februar 1973 (abgedruckt in NJW 1973, S. 1974 f.), NJW 1974, S. 241 f.
EHRAT	EHRAT, FELIX R.: Der Rücktritt vom Vertrag nach Art. 107 Abs. 2 OR in Verbindung mit Art. 109 OR, Diss. Zürich 1990.
ENGEL	ENGEL, PIERRE: Traité des obligations en droit suisse, 2. Aufl. Bern 1997.
ENRIQUEZ	ENRIQUEZ, MIGUEL: Zur Lehre vom Gestaltungsrecht, ZSR 2009 I, S. 355 ff.
ERDEM	ERDEM, MEHMET: La clause pénale, Etude comparative de droit suisse et de droit turc, Diss. Neuenburg, Ankara 2006.
FARGNOLI	FARGNOLI, IOLE: Rechtsverlust als Inhalt der Konventionalstrafe, Jusletter vom 14. September 2009.
FÄSSLER	FÄSSLER, BENEDIKT: Der Factoringvertrag im schweizerischen Recht, Diss. St. Gallen, Zürich/St. Gallen 2010.
FELLMANN, BerK	FELLMANN, WALTER: Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI, 2. Abteilung, 4. Teilband: Der einfache Auftrag (Art. 394-406 OR), Bern 1992.

FENKART	FENKART, JOSEF: Wesen und Ausübung der Gestaltungsrechte im schweizerischen Privatrecht, Diss. Bern 1925.
FICK F.	FICK, FRITZ (unter Mitwirkung von Alfred von Morlot): Das schweizerische Obligationenrecht, Titel 1-22 mit leicht fasslichen Erläuterungen, Zürich 1915.
FICK K.	FICK, KARL: Das Reugeld des bürgerlichen Gesetzbuchs, Diss. Rostock, Schiltigheim 1912.
FIKENTSCHER/HEINEMANN	FIKENTSCHER, WOLFGANG/HEINEMANN, ANDREAS: Schuldrecht, 10. Aufl. Berlin 2006.
FISCHER D.	FISCHER, DETLEV: Vertragsstrafe und vertragliche Schadensersatzpauschalierung, Diss. Freiburg i.Br., Frankfurt a.M. 1981.
FISCHER O.	FISCHER, OTTO: Lehrbuch des preussischen Privatrechts, Berlin/Leipzig 1887.
FISCHER T.	FISCHER, THOMAS: Vertragliche Pauschalisierung von Schadenersatz, Diss. Zürich 1998.
FOËX	FOËX, BÉNÉDICT: Dédit et clause pénale, in: Jürg Schmid (Hrsg.), Der Grundstückkauf – La vente immobilière, Zürich 2010, S. 407 ff.
FREYTAG	FREYTAG, ARTHUR: Die Unterschiede des Reugeldes (der s.g. Wandelpön) von der Vertragsstrafe nach gemeinem Recht und neuem Reichsrecht (BGB. und HGB.), Diss. Rostock 1902.
FUNK	FUNK, FRITZ: Handkommentar des Obligationenrechts, Aarau 1928.
FURRER	FURRER, FRANK: Heilung des Formmangels im Vertrag, Diss. Zürich 1992.
FURRER/MÜLLER-CHEN	FURRER, ANDREAS/MÜLLER-CHEN, MARKUS: Obligationenrecht – Allgemeiner Teil, Zürich 2008.
GASSER/RICKLI	GASSER, DOMINIK/RICKLI, BRIGITTE: Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Kurzkommentar, Zürich/St. Gallen 2010.
GAUCH, Totalunternehmervertrag	GAUCH, PETER: Der Totalunternehmervertrag – Von seiner Rechtsnatur und dem Rücktritt des Bestellers, BR 1989, S. 39 ff.
GAUCH, Werkvertrag	GAUCH, PETER: Der Werkvertrag, 5. Aufl. Zürich 2011.

GAUCH, Wirkung	GAUCH, PETER: Wirkung des Rücktritts und Verjährung des Rückforderungsanspruchs bei Schuldnerverzug (Anerkennung der Umwandlungstheorie), Bemerkungen zu BGE 114 II 152 ff., recht 1989, S. 122 ff.
GAUCH/SCHLUEP/BEARBEITER	GAUCH, PETER/SCHLUEP, WALTER R.: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 2 Bde., 9. Aufl. Zürich 2008, (bearbeitet von Jörg Schmid [Band 1] und Susan Emmenegger [Band 2: Rn 2000 ff.].
GAUTSCHI, BerK	GAUTSCHI, GEORG: Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI, 2. Abteilung, 3. Teilband: Der Werkvertrag (Art. 363-379 OR), Bern 1967 *und* Band VI, 2. Abteilung, 5. Teilband: Kreditbrief und Kreditauftrag, Mäklervertrag, Agenturvertrag, Geschäftsführung ohne Auftrag (Art. 407-424 OR), Bern 1964.
GEILERT	GEILERT, MICHAEL: Vertragsstrafen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Diss. Bielefeld 2002.
GEORGIADES	GEORGIADES, APOSTOLOS: Optionsvertrag und Optionsrecht, in: Gotthard Paulus/Uwe Diederichsen/Claus-Wilhelm Canaris (Hrsg.), Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag, München 1973, S. 409 ff.
GERNHUBER	GERNHUBER, JOACHIM: Das Schuldverhältnis, Tübingen 1989.
GIERKE	GIERKE, OTTO: Schuld und Haftung im älteren deutschen Recht, Breslau 1910.
GIGER, BerK	GIGER, HANS: Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI, 1. Teilband 1./2. Abschnitt: Allgemeine Bestimmungen/Der Fahrniskauf (Art. 184-215 OR), Bern 1979 *und* Band VI, 1. Teilband, 3. Abschnitt: Der Grundstückkauf (Art. 216-221 OR), Bern 1997 *und* Band VI, 2. Abteilung, 1. Teilband, 4./5. Abschnitt: Besondere Arten des Kaufes/Der Tauschvertrag (Art. 222-238 OR), Bern 1999.
GRIMM/GRIMM	GRIMM, JACOB/GRIMM, WILHELM: Deutsches Wörterbuch in 32 Teilbänden, Leipzig 1854-1960; online verfügbar unter <http://germazope.uni-trier.de/Projects/DWB>.

GUHL/BEARBEITER	GUHL, THEO: Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Aufl. Zürich 2000 (bearbeitet von Alfred Koller [§§ 1-47], Anton K. Schnyder [§§ 48-58] und Jean Nicolas Druey [§§ 59-89]).
HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL, ZürK	HAAB, ROBERT/SIMONIUS, AUGUST/SCHERRER, WERNER/ZOBL, DIETER: Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, IV. Band, Erste Abteilung: Das Eigentum (Art. 641-729 OR), Zürich 1977.
HAAS	HAAS, RAPHAËL: Einwilligung in eine Persönlichkeitsverletzung ohne Widerrufsmöglichkeit?, Besprechung von BGE 136 III 401, Jusletter vom 15. November 2010.
HABERSTICH	HABERSTICH, J.: Handbuch des Schweizerischen Obligationenrechts, Erster Band: Allgemeiner Theil, Zürich 1884.
HACHEM	HACHEM, PASCAL: Agreed Sums Payable upon Breach of an Obligation, Diss. Basel 2009, Den Haag 2011.
HAFNER/GOLL	HAFNER, H./GOLL, A.: Das Schweizerische Obligationenrecht mit Anmerkungen und Sachregister, 2. Aufl. Zürich 1905.
HARTMANN	HARTMANN, STEPHAN: Die Rückabwicklung von Schuldverträgen, Habil. Luzern, Zürich 2005.
HATTENHAUER	HATTENHAUER, CHRISTIAN: Zur Widerruflichkeit einer Anfechtungserklärung – Begriffliche Befangenheit in der Lehre vom Gestaltungsrecht, ZEuP 2003, S. 398 ff.
HESS	HESS, CLAUS: Die Vertragsstrafe, Diss. Kiel, Berlin 1993.
HONEGGER	HONEGGER, EDUARD: Ueber das Rücktrittsrecht bei gegenseitigen Verträgen nach dem schweizerischen Obligationenrecht, Diss. Zürich 1926.
HONSELL	HONSELL, HEINRICH: Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 9. Aufl. Bern 2010.
HUGUENIN, OR AT	HUGUENIN, CLAIRE: Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. Zürich 2008.
HUGUENIN, OR BT	HUGUENIN, CLAIRE: Obligationenrecht, Besonderer Teil, 3. Aufl. Zürich 2008.

HÜRLIMANN, Bonus	HÜRLIMANN, ROLAND: Bonus und Malus in Bauverträgen, in: Institut für Schweizerisches und Internationales Baurecht (Hrsg.), Schweizerische Baurechtstagung, Freiburg 2009, S. 199 ff.
HÜRLIMANN, Teilnichtigkeit	HÜRLIMANN, ROLAND: Teilnichtigkeit von Schuldverträgen nach Art. 20 Abs. 2 OR, Diss. Freiburg 1984.
IM	IM, GEON-MYEON: Die Vertragsstrafe und deren Vorbehalt im BGB unter besonderer Berücksichtigung des § 11 Nr. 6 AGBG, Diss. Würzburg 1991.
JACQUEMART	JACQUEMART, CHARLOTTE: Käufer schulden kein Reuegeld, NZZ Online vom 18. September 2005.
JÄGGI/GAUCH, ZürK	JÄGGI, PETER/GAUCH, PETER: Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Teilband V1b: Kommentar zu Art. 18 OR, Zürich 1980.
KBB/BEARBEITER	KOZIOL, HELMUT/BYDLINSKI, PETER/BOLLENBERGER, RAIMUND (Hrsg.): Kurzkommentar zum ABGB, 3. Aufl. Wien 2010.
KELLER/SCHÖBI	KELLER, MAX/SCHÖBI, CHRISTIAN: Das Schweizerische Schuldrecht, Band I, Allgemeine Lehren des Vertragsrechts, 3. Aufl. Basel/Frankfurt a.M. 1988.
KELLER/SIEHR	KELLER, MAX/SIEHR, KURT: Kaufrecht, 3. Aufl. Zürich 1995.
KLANG/GSCHNITZER/BEARBEITER	KLANG, HEINRICH/GSCHNITZER, FRANZ (Hrsg.): Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Aufl. Wien 1950-1977.
KLAUSBERGER	KLAUSBERGER, KURT: Die Willensmängel im schweizerischen Vertragsrecht, Diss. Zürich 1989.
KOLLER, AJP 2002	KOLLER, ALFRED: Rechtsfolgen unwirksamer Gestaltungserklärungen – Widerruf rechtswirksamer Gestaltungserklärungen, Besprechung von BGE 128 III 70, AJP 2002, S. 840 ff.
KOLLER, BerK	KOLLER, ALFRED: Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI, 2. Abteilung, 3. Teilband, 1. Unterteilband: Art. 363-366 OR, Bern 1998.
KOLLER, Formmangel	KOLLER, ALFRED: Vom Formmangel und seinen Folgen, in: Alfred Koller (Hrsg.), Der Grundstückkauf, 2. Aufl. Bern 2001, S. 77 ff. (= § 3).

KOLLER, OR AT	KOLLER, ALFRED: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. Bern 2009.
KOLLER, Reugelder	KOLLER, ALFRED: Reugelder bei Grundstückkaufverträgen, ZBJV 2009, S. 73 ff.
KOLLER, Verjährt?	KOLLER, ALFRED: Verjährt oder nicht verjährt? Drei höchstrichterliche Antworten, AJP 2000, S. 243 ff.
KOLLER, Verjährung	KOLLER, ALFRED: Die Verjährung bei der Rückabwicklung von Verträgen, BR 2006, S. 4 ff.
KOLLER, Verspätungsstrafe	KOLLER, ALFRED: Konventionalstrafe für Bauverzögerungen (Verspätungsstrafe), in: Alfred Koller (Hrsg.), Bau- und Bauprozessrecht: ausgewählte Fragen, St. Gallen 1996, S. 1 ff.
KOLLER/BRÄNDLI	KOLLER, ALFRED/BRÄNDLI, ROGER: „Trunken gestohlen, nüchtern gehängt“, in: Alberto Aronovitz (Hrsg.), Gastronomie, alimentation et droit – Kochkunst, Ernährung und Recht, Festschrift für Pierre Widmer, Zürich 2003, S. 467 ff.
KOLLY	KOLLY, GILBERT: Der Grundlagenirrtum nach Art. 24 OR: Rechtsprechung des Bundesgerichts, Diss. Freiburg 1978.
KOZIOL/WELSER	KOZIOL, HELMUT/WELSER, RUDOLF: Grundriss des bürgerlichen Rechts, Band II: Schuldrecht Allgemeiner Teil, Schuldrecht Besonderer Teil, Erbrecht, 13. Aufl. Wien 2007.
KOZIOL/WELSER, 10. Aufl.	KOZIOL, HELMUT/WELSER, RUDOLF: Grundriss des bürgerlichen Rechts, Band I: Allgemeiner Teil und Schuldrecht, 10. Aufl. Wien 1995.
KRAMER, BerK	KRAMER, ERNST A.: Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI, 1. Abteilung, 1. Teilband (Allg. Einl. und Art. 1, 2 sowie 18 OR), Bern 1986 *und* Band VI, 1. Abteilung, 2. Teilband, Unterteilband 1a: Inhalt des Vertrages (Art. 19-22 OR), Bern 1991.
KRAMER, Grundkurs	KRAMER, ERNST A.: Grundkurs Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Basel 2009.
KRAMER, Irrtum	KRAMER, ERNST A.: Der Irrtum beim Vertragsschluss: Eine weltweit rechtsvergleichende Bestandsaufnahme, Zürich 1998.

KRAMER, Methodenlehre	KRAMER, ERNST A.: Juristische Methodenlehre, 3. Aufl. Bern/München/Wien 2010.
LANGHEIN	LANGHEIN, A.W. HEINRICH: Das Prinzip der Analogie als juristische Methode, Diss. Hamburg 1990, Berlin 1992.
LEDERMANN	LEDERMANN, FRANZ: Die Unterschiede des Reugeldes (sg. Wandelpön) und der Vertragsstrafe im gemeinen Recht und neuem Reichsrecht, Diss. Rostock, Berlin 1904.
LEUENBERGER	LEUENBERGER, CHRISTOPH: Abschluss des Grundstückkaufvertrages, in: Alfred Koller (Hrsg.), Der Grundstückkauf, 2. Aufl. Bern 2001, S. 27 ff. (= § 2).
LEUENBERGER/UFFER-TOBLER	LEUENBERGER, CHRISTOPH/UFFER-TOBLER, BEATRICE: Schweizerisches Zivilprozessrecht, Bern 2010.
LOBINGER	LOBINGER, THOMAS: Irrtumsanfechtung und Rechtsausschluss, AcP 1995, S. 274 ff.
LÖRTSCHER	LÖRTSCHER, THOMAS: Vertragliche Haftungsbeschränkungen im schweizerischen Kaufrecht, Diss. Zürich 1977.
MABILLARD	MABILLARD, RAMON: Rechtsnatur, anwendbare Gesetzesbestimmungen und Zulässigkeit der unechten Konventionalstrafe, AJP 2005, S. 547 ff.
MAHNIG	MAHNIG, HANS: Leitfaden zum Abzahlungs- und Vorauszahlungsvertrag, Zürich 1963.
MANKIW	MANKIW, N. GREGORY: Principles of economics, 5. Aufl. Mason (Ohio) 2009.
MARTY	MARTY, MARCO S.: Ausländische Devisenkontrollregulierungen gemäss Art. VIII Abschn. 2 lit. b IMF-Abkommen und die «unenforceability» der Verträge nach schweizerischem Recht, Diss. Zürich 2009.
MAULER	MAULER, FRANCIS: De la nature de la clause pénale, Diss. Bern, Neuenburg 1898.
MAYRHOFER, Schuldverhältnisse	MAYRHOFER, HEINRICH: System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, Das Recht der Schuldverhältnisse, Allgemeine Lehren, 3. Aufl. Wien 1986.

MAYRHOFER, Stornogebühr	MAYRHOFER, HEINRICH: Zur Rechtsnatur der Stornogebühr im österreichischen Privatrecht, in: Franz Horak/Wolfgang Waldstein (Hrsg.), Festgabe für Arnold Herdlitczka, München/Salzburg 1972, S. 187 ff.
MCKENDRIK	MCKENDRIK, EWAN: Kommentierung der Art. 7.4.1-7.4.13 PICC, in: Stefan Vogenauer/Jan Kleinheisterkamp (Hrsg.), Commentary on the UNIDROIT principles of international commercial contracts (PICC), Oxford 2009.
MEIER	MEIER, ISAAK: Schweizerisches Zivilprozessrecht, Zürich 2010.
MERZ, BerK	MERZ, HANS: Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band 1, Einleitung, Artikel 1-10 ZGB, Kommentar zu Art. 2 ZGB, Bern 1966.
MERZ, SPR	MERZ, HANS: SPR VI/1, Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Basel/Frankfurt a.M. 1984.
MÖRTL/WOLFER	MÖRTL, FABIAN/WOLFER, MARC: Beendigung eines Dauerschuldverhältnisses aus wichtigem Grund, Besprechung des Bundesgerichtsurteils 4A_87/2009 vom 9. April 2010, AJP 2010, S. 1177 ff.
MünchK/BEARBEITER	SÄCKER, FRANZ JÜRGEN/RIXECKER, ROLAND (Hrsg.): Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 11 Bde., 5. Aufl. München ab 2006.
NEERACHER	NEERACHER, CHRISTOPH: Das arbeitsvertragliche Konkurrenzverbot, Diss. Zürich, Bern 2001.
OERTLI	OERTLI, THERES: Der vertraglich pauschalisierte Schadenersatz, Diss. Luzern 2004.
OESCH	OESCH, THOMAS: Die Freizeichnung im schweizerischen vertraglichen Schadenersatzrecht und ihre Schranken, Diss. Basel 1978.
OSER/SCHÖNENBERGER, ZürK	OSER, HUGO/SCHÖNENBERGER, WILHELM: Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Erster Halbband: Art. 1-183 OR, Zürich 1929 *und* 2. Teil (Halbband): Art. 184-418 OR, Zürich 1936.
PAWLOWSKI	PAWLOWSKI, HANS-MARTIN: Methodenlehre für Juristen, 3. Aufl. Heidelberg 1999.
PETER, Geschäft	PETER, HANSJÖRG: Das bedingte Geschäft, Habil. Bern, Zürich 1994.

PETER, Verzicht	PETER, HANSJÖRG: Verzicht auf Rechte und Befugnisse, insbesondere im Obligationenrecht, AcP 2000, S. 149 ff.
PETITJEAN	PETITJEAN, MARCEL: Die Herabsetzung der Konventionalstrafe nach schweizerischem Recht, Diss. Basel 1937 (MaschSchr.).
PETITPIERRE	PETITPIERRE, GILLES: Des actes formateurs révocables?, Besprechung von BGE 128 III 70, SJ I 2002, S. 306 ff.
PUPPE	PUPPE, INGEBORG: Kleine Schule des juristischen Denkens, Göttingen 2008.
REBER	REBER, MARKUS: Der Umfang des Formzwangs beim Grundstückkauf, Jusletter vom 9. Mai 2005.
REHBINDER, BerK	REHBINDER, MANFRED: Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI, 2. Abteilung, 2. Teilband, 2. Abschnitt: Kommentar zu den Art. 331-355 OR, Bern 1992.
RIEMER	RIEMER, HANS MICHAEL: Konventionalstrafen in Gestalt von Verfall- oder Verwirkungsklauseln, in: Hans Peter/Emil W. Stark/Pierre Tercier (Hrsg.), Hundert Jahre Schweizerisches Obligationenrecht, Freiburg 1982, S. 443 ff.
ROTH	ROTH, GÜNTER H.: Stornierung von Hotelreservierungen, JBl 1991, S. 1 ff.
RUMMEL/BEARBEITER	RUMMEL, PETER (Hrsg.): Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, 2 Bände, 3. Aufl. Wien 2000/2007.
SACHER	SACHER, WOLFGANG: Vertragsstrafe und Schadenspauschalisierung im spanischen Recht, Diss. München 1981.
SANTORO	SANTORO, DIMITRI: Die Konventionalstrafe im Arbeitsvertrag, Diss. Zürich, Bern 2001.
SCHÄFER/OTT	SCHÄFER, HANS-BERND/OTT, CLAUS: Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 4. Aufl. Berlin 2005.
SCHERRER	SCHERRER, ALBERT: Das „Richterliche Ermässigungsrecht“ bei Verträgen nach schweizerischem Obligationenrecht, Diss. Freiburg, Wil 1934.

SCHILCHER	SCHILCHER, BERND: Allgemeine Bestimmungen über Verbrauchergeschäfte, in: Heinz Krejci (Hrsg.), Handbuch zum Konsumentenschutzgesetz, Wien 1981, S. 409 ff.
SCHMID	SCHMID, JÖRG: Die öffentliche Beurkundung von Schuldverträgen, Diss. Freiburg 1988.
SCHMID/STÖCKLI	SCHMID, JÖRG/STÖCKLI, HUBERT: Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, Zürich 2010.
SCHMIDLIN, BerK	SCHMIDLIN, BRUNO: Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI, 1. Abteilung, 1. Teilband (Art. 3-17 OR), Bern 1986 *und* Band VI, 1. Abteilung, 2. Teilband, Unterteilband 1b: Mängel des Vertragsabschlusses (Art. 23-31 OR), Bern 1995.
SCHNEIDER/FICK	SCHNEIDER, ALBERT/FICK, HEINRICH: Das Schweizerisches Obligationenrecht, 2. Aufl. der grösseren Ausgabe, Zürich 1896.
SCHNEIDER/SCHNAPP	SCHNEIDER, EGON/SCHNAPP, FRIEDRICH E.: Logik für Juristen, 6. Aufl. München 2006.
SCHÖBI	SCHÖBI, CHRISTIAN: Die Akzessorietät der Nebenrechte von Forderungen unter besonderer Berücksichtigung des Rechtsinstituts der Verjährung, Diss. Zürich 1990.
SCHOCH	SCHOCH, WALTER: Begriff, Anwendung und Sicherung der Konventionalstrafe nach schweizerischem Recht, Diss. Bern 1935.
SCHÖNENBERGER/JÄGGI, ZürK	SCHÖNENBERGER, WILHELM/JÄGGI, PETER: Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Teilband V 1a: Allgemeine Einleitung und Kommentar zu Art. 1-17 OR, Zürich 1973.
SCHRANER, ZürK	SCHRANER, MARIUS: Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Teilband V 1e: Die Erfüllung der Obligationen (Art. 68-96 OR), Zürich 2000.
SCHULZE	SCHULZE, GÖTZ: Die Naturalobligation, Habil. Heidelberg 2007, Tübingen 2008.
SCHUMACHER	SCHUMACHER, RAINER: Vertragsgestaltung, Zürich 2004.
SCHWENZER	SCHWENZER, INGEBORG: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl. Bern 2009.

SCHWIMANN/BEARBEITER	SCHWIMANN, MICHAEL (Hrsg.): ABGB Praxiskommentar, 7 Bde., 3. Aufl. Wien 2006.
SECRETAN	SECRETAN, ROGER: Étude sur la clause pénale en droit suisse, Diss. Lausanne 1917.
SEILER, Rechtsnatur	SEILER, PHILIPPE: Die Rechtsnatur des Nachbesserungsrechts beim Werkvertrag, AJP 2009, S. 987 ff.
SEILER, Verjährung	SEILER, PHILIPPE: Die Verjährung von Schadenersatzforderungen aus positiver Vertragsverletzung, Diss. St. Gallen 2011.
SOERGEL/BEARBEITER	SOERGEL, HANS THEODOR (Hrsg.): Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, 10 Bde., 12. Aufl. Stuttgart/Berlin/Köln 1987-2007.
SOLIVA	SOLIVA, CLAUDIO: Rechtshistorische Anmerkungen zu Art. 158 OR, in: Peter Forstmoser/Hans Giger/Anton Heini/ Walter R. Schluep (Hrsg.), Festschrift für Max Keller, Zürich 1989, S. 299 ff.
SORGE	SORGE, CHRISTOPH: Softwareagenten – Vertragsschluss, Vertragsstrafe, Reugeld, Karlsruhe 2006.
SOSSNA	SOSSNA, RALF-PETER: Die Geschichte der Begrenzung von Vertragsstrafen, Diss. Köln 1991, Berlin 1993.
SPIRIG, ZürK	SPIRIG, EUGEN: Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Teilband V 1k: Die Abtretung von Forderungen und die Schuldübernahme, Erste Lieferung: Art. 164-174 OR, Zürich 1993.
STAEHELIN, ZürK	STAEHELIN, ADRIAN: Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilrecht, Teilband V 2c: Der Arbeitsvertrag, Kommentar zu Art. 331-355, 361/362 OR, Zürich 1996 *und* Teilband V2c: Kommentar zu Art. 319-330a OR, Zürich 2006.
STAFFELBACH	STAFFELBACH, DANIEL: Kommentierung der Art. 151-163 und 492-512 OR, in: Jolanta Kren Kostkiewicz/Peter Nobel/Ivo Schwander/Stephan Wolf (Hrsg.), OR – Schweizerisches Obligationenrecht, 2. Aufl. Zürich 2009 (Art. 158-163 OR in Weiterführung der Kommentierung von Carole Ziegler).
STAHEL	STAHEL, MAX: Die Conventionalstrafe, Diss. Zürich, Winterthur 1898.

STAUDINGER/BEARBEITER	VON STAUDINGER, JULIUS: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetzen und Nebengesetzen, Neubearbeitung, Berlin ab 2004.
STAUDINGER/BEARBEITER, 12. Aufl.	VON STAUDINGER, JULIUS: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 12., neubearbeitete Auflage, Zweites Buch, Berlin 1994.
STEINAUER	STEINAUER, PAUL-HENRI (unter Mitarbeit von Laurent Bieri): TDP II/1, Le Titre préliminaire du Code civil, Basel 2009.
STEINER H.	STEINER, HANS: Zum Begriff der facultas alternativa des Schuldners, in: Staatswissenschaftliche Fakultät Zürich (Hrsg.), Festschrift für Georg Cohn, Zürich 1915, S. 303 ff.
STEINER R.	STEINER, ROLF: Das Gestaltungsrecht, Diss. Zürich 1984.
STELTMANN	STELTMANN, ISABEL: Die Vertragsstrafe in einem Europäischen Privatrecht, Diss. Mannheim 1998, Berlin 2000.
STÖCKLI	STÖCKLI, HUBERT: Das Synallagma im Vertragsrecht, Habil. Freiburg 2006, Zürich 2008.
STOFER	STOFER, HELLMUT: Kommentar zum Schweizerischen Bundesgesetz über den Abzahlungs- und Vorauszahlungsvertrag, 2. Aufl. Basel/Stuttgart 1972.
STREIFF/VON KAENEL	STREIFF, ULIN/VON KAENEL, ADRIAN: Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 6. Aufl. Zürich 2006.
TERCIER, BR 1983	TERCIER, PIERRE: Besprechung eines Urteils des Kantonsgerichts Waadt vom 4. September 1980 (abgedruckt in SJZ 1982, Nr. 55 S. 314), BR 1983, Nr. 7 S. 16.
TERCIER, PDO	TERCIER, PIERRE (unter Mitarbeit von Karine Devaud): Le droit des obligations, 4. Aufl. Genf 2009.
TERCIER/FAVRE	TERCIER, PIERRE/FAVRE, PASCAL G.: Les contrats spéciaux, 4. Aufl. Genf 2009.
TUOR/SCHNYDER/BEARBEITER	TUOR, PETER/SCHNYDER, BERNHARD: Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 13. Aufl. Zürich 2009 (bearbeitet von Bernhard Schnyder [§§ 1-4; 49-60]; Jörg Schmid [§§ 5-17, 87-120] und Alexandra Rumo-Jungo [§§ 18-48, 61-86]).

VENTURI-ZEN-RUFFINEN	VENTURI-ZEN-RUFFINEN, MARIE-NOËLLE: La résiliation pour justes motifs des contrats de durée, Diss. Freiburg, Zürich 2007.
VIONNET	VIONNET, GUILLAUME: L'exercice des droits formateurs, Diss. Lausanne, Genf usw. 2008.
VOGT, Anleitung	VOGT, EMIL: Leichtfassliche Anleitung zur Anwendung des Schweizerischen Obligationenrechts im alten Theile des Kantons Bern, I. Heft, Bern 1882.
VOGT, Entwurf	VOGT, EMIL: Entwurf eines Schweizerischen Obligationenrechtes (Besprechung), Heft I, Bern 1877.
VON BÜREN	VON BÜREN, BRUNO: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 1964.
VON JAGEMANN	VON JAGEMANN, EUGEN: Die Daraufgabe (Arrha), Berlin 1873.
VON TUHR	VON TUHR, ANDREAS: Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Zwei Halbbände, Tübingen 1924/1925.
VON TUHR/ESCHER	VON TUHR, ANDREAS/ESCHER, ARNOLD (unter Mitarbeit von Hermann Schulin): Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, Band II, 3. Aufl. Zürich 1974, Nachdruck 1984.
VON TUHR/PETER	VON TUHR, ANDREAS/PETER, HANS (unter Mitarbeit von Hermann Schulin): Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, Band I, 3. Aufl. Zürich 1974 und 1979, Nachdruck 1984.
VON WYSS	VON WYSS: Motive zu der auf Grund der Commissionsbeschlüsse vom September 1877 bearbeiteten neuen Redaktion des allgemeinen Theiles des Entwurfes zu einem schweizerischen Obligationenrechte, Bern 1877.
WEBER, BerK	WEBER, ROLF H.: Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI, 1. Abteilung, 5. Teilband: Die Folgen der Nichterfüllung (Art. 97-109 OR), Bern 2000.
WEGMANN	WEGMANN, RUDOLF: Vorsicht bei der Vereinbarung von Liefergarantien, SJZ 1953, S. 133 ff.
WENDT	WENDT, OTTO HEINRICH: Die Reuverträge, Erlangen 1879.

WILHELM	WILHELM, RAINER-MATTHIAS: Anfechtung und Reurecht, Versuch einer neuen Problemlösung, Diss. Tübingen 1990.
WOLFER	WOLFER, MARC: Formfreiheit der Rückabwicklungsvereinbarung, Besprechung des Bundesgerichtsurteils 4A_49/2008 vom 9. April 2008, AJP 2008, S. 1582 f.
ZEHNDER	ZEHNDER, ANDREAS E.: Begriffsmerkmale der Wesentlichkeit im Schweizer Irrtumsrecht, Diss. Zürich 1993.

§ 1 Einleitung

1. **Gegenstand und Ziel der Arbeit**. Möchte jemand ein Geschäft zwar verbindlich abschliessen, sich jedoch die spätere Lösung von diesem vorbehalten, kann er im Vertrag – Einverständnis der Gegenpartei vorausgesetzt – ohne weiteres einen entsprechenden Vorbehalt anbringen[1]. Die Motive für entsprechende Klauseln sind vielfältig, regelmässig aber steht eine besonders ausgeprägte Unsicherheit über die künftigen Entwicklungen im Vordergrund. 1

Das Vertragsauflösungsrecht kann auf verschiedene Arten ausgestaltet werden. In der vorliegenden Arbeit interessiert vor allem die folgende: Eine Partei lässt sich das Recht einräumen, sich gegen Zurücklassung bzw. Bezahlung einer Entschädigung (Reugeld) willkürlich, d.h. ohne dass besondere Gründe vorliegen müssten, vom Vertrag zu lösen (Reurecht). 2

Die Abrede, auf welcher Reurecht und Reugeldschuld beruhen, wird in dieser Arbeit als Reuklausel bezeichnet. Die an der Abrede Beteiligten können als Reuberechtigter bzw. (potentieller) Reugeldschuldner und als Reurechtsgegner bzw. (potentieller) Reugeldgläubiger bezeichnet werden[2]. Der Vertrag, auf den sich die Reuklausel bezieht, wird im Folgenden als Hauptvertrag bezeichnet. 3

Bis zum heutigen Tag existiert in der schweizerischen Literatur keine Monographie zu Reurecht und Reugeld[3]. Dies, obschon verschiedene Rechtsfragen umstritten sind. So ist etwa die Rechtsprechung des Bundesgerichts, wonach die Ausübung des Reurechts im Einzelfall fingiert werden kann[4], in der Lehre auf Widerspruch gestossen[5]. Strittig ist ferner etwa die Möglichkeit einer Herabsetzung des Reugelds[6]. Ausserdem ist festzustellen, dass 4

---

1 Dies folgt aus dem Grundsatz der Vertragsfreiheit (vgl. HONEGGER, S. 68).

2 Der Reuberechtigte kann auch als Reurechtsinhaber, der Reurechtsgegner als Reurechtsbelasteter bezeichnet werden. In der Praxis kommt es nicht selten vor, dass beide Parteien sowohl reuberechtigt als auch reurechtsbelastet sind.

3 Aus der deutschen Lehre ist das 1912 erschienene Werk von FICK K. zu erwähnen, ferner die Arbeiten von LEDERMANN und FREYTAG.

4 Vgl. BGE 84 II 151, E. 2; BGer, Urteil 4C.301/2006 vom 23. April 2007, E. 6.

5 *Kritisch* etwa ERDEM, S. 32; KOLLER, OR AT, § 80 Rn 24; DERS., Reugelder, S. 80.

6 S. zu dieser Frage unten Rn 205 ff.

Reurecht und Reugeld im Gesetz nur rudimentär geregelt werden[7]. Auch aus diesem Grund drängt es sich auf, diese Institute einer genaueren Untersuchung zu unterziehen.

5 Die vorliegende Arbeit setzt sich zum Ziel, die relevanten Rechtsfragen rund um vertraglich vereinbarte Reurechte und Reugelder zu beantworten. Hingegen wird auf gesetzliche Reurechte und Reugelder nur punktuell eingegangen[8].

6 2. **Aufbau der Arbeit**. Im Folgenden werden zunächst in einem *Grundlagenkapitel* die für diese Arbeit zentralen Begriffe erläutert und wichtige Abgrenzungen vorgenommen. Ausserdem werden die einschlägigen Rechtsgrundlagen dargestellt und es wird auf das Vorkommen und die ökonomischen Auswirkungen der Reuklausel eingegangen.

7 Im zweiten Kapitel wird zuerst erläutert, welche Voraussetzungen erfüllt sein müssen, um gültig eine *Reuklausel* zu vereinbaren. Anschliessend wird auf die Situation nach Abschluss der Reuklausel eingegangen. Namentlich interessieren die Ausübung des Reurechts[9] sowie der Untergang des Reurechts. Ausserdem wird erläutert, welche Folgen die Reurechtsausübung und der Untergang des Reurechts haben.

8 Im dritten Kapitel stehen die *Höhe des Reugelds* und ihre Anpassung im Zentrum. Dabei werden mögliche Grundlagen für die Herabsetzung des Reugelds und auch für seine Heraufsetzung diskutiert.

9 Das vierte und letzte Kapitel schliesslich enthält ausgewählte *Sonderfragen*.

---

7 Zu nennen sind insbesondere Art. 158 Abs. 1 und 3 OR; ferner Art. 160 Abs. 3 OR. Zudem bestehen im Besonderen Teil des Obligationenrechts Bestimmungen, die für Reurecht und Reugeld relevant sind. Für Näheres s. unten Rn 28 ff.

8 S. z.B. unten Rn 127 ff. und Rn 167 ff.

9 Gewisse Tatbestände werden teilweise einer Ausübung gleichgestellt; s. dazu unten Rn 205 ff.

1. Kapitel: Grundlagen

§ 2 Begriffe und erste Abgrenzungen

I. Reurecht

Unter einem Reurecht versteht man – wie gesagt – das Recht, einen Vertrag[10] willkürlich durch einseitige Erklärung aufzulösen[11]. Die Vertragsauflösung kann dabei ex tunc oder ex nunc erfolgen. Im ersten Fall ist das Reurecht ein Rücktrittsrecht, im zweiten Fall ein Kündigungsrecht[12]. Im Folgenden wird grundsätzlich davon ausgegangen, dass das Reurecht ein Rücktrittsrecht ist. Diese Variante steht bei Reuklauseln in der Praxis klar im Vordergrund[13]. Die in dieser Arbeit für das willkürliche Rücktrittsrecht entwickelten Grundsätze können bei willkürlichen Kündigungsrechten aber mutatis mutandis ebenfalls herangezogen werden. Präzisierungen: 10

1. Für das Reurecht ist begriffswesentlich, dass der Rücktritt **willkürlich** erfolgen kann, d.h. von keinerlei Voraussetzungen abhängig ist. Der Entscheid über den Rücktritt steht im freien Belieben des Berechtigten, dieser braucht sich „auf nichts weiter als auf seine Willensänderung“[14] zu berufen. Kein Reurecht ist daher beispielsweise das Recht, vom Vertrag ohne weiteres zurücktreten zu können, falls der Gegner mit seiner Leistung in Verzug gerät (vgl. Art. 108 Ziff. 3 OR)[15]. Ebenfalls kein Reurecht ist das Recht, den Rücktritt ohne weitere Begründung erklären zu können, falls bis zu einem bestimmten Datum ein besseres Angebot von einem Dritten eingeht[16]. 11

---

10 Willkürliche Rücktrittsrechte können auch bei einseitigen Rechtsgeschäften vorkommen, so z.B. bei einer Auslobung (vgl. Art. 8 Abs. 2 OR; zur Qualifikation der Auslobung s. z.B. SCHMIDLIN, BerK, N 12 ff. zu Art. 8 OR). Solche Fälle bleiben im Folgenden jedoch ausser Betracht.

11 Vgl. KOLLER, OR AT, § 80 Rn 10.

12 Vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rn 72; HONEGGER, S. 27 f.; KOLLER, OR AT, § 29 Rn 70; VENTURI-ZEN-RUFFINEN, Rn 182 f.

13 Anders mag es sich bei gesetzlichen Reurechten verhalten, dort dürften willkürliche Kündigungsrechte praktisch bedeutsamer sein; s. dazu unten Rn 127 ff.

14 WENDT, S. 5.

15 Vgl. KOLLER, OR AT, § 80 Rn 10; LEDERMANN, S. 18.

16 Der Rücktrittswillige muss hier den Eingang des besseren Drittangebots beweisen (vgl. Art. 8 ZGB), während bei einem Reurecht für den Rücktritt nichts ausser die entsprechende Erklärung notwendig ist. Weitere Bsp. für von Voraussetzungen abhängige Rücktrittsrechte bei KOLLER, OR AT, § 77 Rn 13.

12 2. Das Reurecht im hier verstandenen Sinne ist ein **Rücktrittsrecht**. Keine Reurechte sind daher andere willkürliche Rechte, wie z.B. Optionsrechte. Optionsrechte ermöglichen es dem Berechtigten, einen Vertrag durch einseitige, in sein Belieben gestellte Gestaltungserklärung zustande zu bringen[17]. Während der Reuberechtigte befugt ist, einen verbindlich abgeschlossenen Vertrag nachträglich zu beseitigen, besteht die Befugnis des Optionsberechtigten darin, durch einseitige Erklärungen Vertragswirkungen erst zustande zu bringen.

13 Ein willkürliches Optionsrecht ist beispielsweise das Recht, einen Kauf auf Probe (Art. 223 ff. OR) zu genehmigen[18] oder das Kaufsrecht, falls dessen Ausübung in das Belieben des Kaufrechtsinhabers gestellt ist[19].

14 Aus der Qualifikation des Reurechts als Rücktrittsrecht folgt, dass mit seiner Ausübung der Hauptvertrag rückwirkend dahinfällt. Allfällige von den Parteien bereits erbrachte Leistungen können nun zurückgefordert werden. Ist die Reurechtsabrede – wie hier immer vorausgesetzt – mit einer Reugeldabrede verbunden, so ist der zurückgetretene Reuberechtigte nun verpflichtet, seiner Gegenpartei das Reugeld zu bezahlen oder – falls bereits bezahlt – es bei dieser zu belassen[20].

15 Dem Rücktrittsrecht sehr ähnlich ist das Widerrufsrecht. Bei diesem wird allerdings nicht vom Vertrag zurückgetreten, sondern es wird eine Willenserklärung (z.B. die Annahmeerklärung) widerrufen[21]. In beiden Fällen hat jedoch die Rechtsausübung die Beseitigung des Vertrags zur Folge.

16 3. Das Reurecht ist ein **Gestaltungsrecht**[22] und wird durch Willenserklärung des Reuberechtigten ausgeübt, also durch einseitiges Rechtsgeschäft[23].

---

17 Vgl. BGE 113 II 31, E. 2a; 122 III 10, E. 4b; KOLLER, OR AT, § 80 Rn 3; ferner GEORGIADES, S. 409; MünchK/KRAMER, N 57 vor § 145 BGB.

18 Vgl. Art. 223 Abs. 1 OR: „im Belieben des Käufers". Zur Genehmigung beim Kauf auf Probe s. z.B. GIGER, BerK, N 35 ff. zu Art. 223-225 OR; KELLER/SIEHR, S. 140 f. Die Lehre spricht teilweise auch dort von „Kauf auf Probe", wo ein Kaufvertrag resolutiv bedingt abgeschlossen wird, die Nichtgenehmigung also zu seiner Auflösung führt (so z.B. ERNST, BasKurzK, N 1 zu Art. 223-225 OR; GIGER, BerK, N 10 zu Art. 223-225 OR; HONSELL, S. 185). Indessen ist eine Nichtgenehmigung diesfalls als Rücktrittserklärung aufzufassen, weshalb kein Kauf auf Probe, sondern ein Kauf mit Reuklausel vorliegt (ähnlich GUHL/KOLLER, § 41 Rn 48: „Kauf mit Rücktrittsrecht").

19 Zur Abgrenzung von Reurecht und Kaufsrecht s. KOLLER, OR AT, § 80 Rn 3 f. (mit Bsp.); s. dazu auch noch unten Rn 41 ff.

20 Näheres hierzu unten Rn 243 ff.

21 Vgl. PETER, Verzicht, S. 181; KOLLER, OR AT, § 7 Rn 68 f.

22 KOLLER, OR AT, § 80 Rn 11; vgl. auch BUCHER, OR AT, S. 517; ERDEM, S. 33; SCHUMACHER, Rn 1009.

Durch die Einseitigkeit unterscheidet sich das Reurecht von einem Aufhebungsvertrag i.S.v. Art. 115 OR, welcher wie jeder Vertrag ein zweiseitiges Rechtsgeschäft ist[24].

4. Das Reurecht ist ein **zusätzliches Recht**, das neben die von Gesetzes wegen bestehenden Rechte tritt. Es bezieht sich nur auf Fälle, in denen ohne besondere Vereinbarung kein Rücktrittsrecht bestünde[25]. Wo der Rücktritt aus gesetzlichen Gründen erfolgt, sind demnach nicht die Regeln zum Reurecht, sondern jene zum einschlägigen gesetzlichen Rücktrittsrecht anwendbar. 17

II. Reugeld

Unter einem Reugeld ist die Entschädigung für die Ausübung eines Reurechts zu verstehen, die der Reuberechtigte im Rücktrittsfall an den Rücktrittsgegner zu bezahlen bzw. bei diesem zu belassen hat[26]. Die Verknüpfung mit dem Reurecht ist dabei zwingend, es gibt keine Reugelder ohne Reurecht. Präzisierungen: 18

1. **Begriff**. Häufig wird abgemacht, dass das Reugeld schon vor Ausübung des Reurechts zu zahlen ist, sei es unmittelbar bei Vertragsschluss oder einige Tage danach (sog. hingegebenes Reugeld)[27]. Nicht selten wird aber die Zahlungspflicht auch an die Reurechtsausübung geknüpft (sog. versprochenes Reugeld)[28]. Die Lehre spricht allerdings teilweise nur im Fall der Zahlung[29] direkt bei Vertragsschluss von einem Reugeld, während für die übrigen Fälle ein anderer Begriff[30] benutzt wird[31]. Das Gesetz kennt aber eine 19

---

23 Vgl. ERDEM, S. 33; Näheres hierzu unten Rn 195 ff.

24 Zur Vertragsaufhebung nach Art. 115 OR s. z.B. KOLLER, OR AT, § 63 Rn 2 ff. Wie die Reurechtsausübung kann auch der Abschluss eines Aufhebungsvertrags mit Kostenfolgen für eine Partei verbunden sein (vgl. z.B. BGer, Urteil 4A_49/2008 vom 9. April 2008, E. 2.2).

25 Vgl. z.B. BUCHER, OR AT, S. 517; s. auch unten Rn 191 und die Nw. in Fn 325.

26 Vgl. BGE 84 II 151, S. 155; BECKER, BerK, N 6 zu Art. 158 OR; BÜHLER, S. 160; FICK F., N 5 zu Art. 158 OR; KOLLER, OR AT, § 80 Rn 2; ferner FREYTAG, S. 24 f.; GERNHUBER, S. 751 f.

27 Vgl. z.B. BGer, Urteil 4C.301/2006 vom 23. April 2007.

28 Vgl. z.B. Rekurskommission des OGer TG, RBOG TG 1996, S. 137 ff., S. 138.

29 Gleichgestellt wird teilweise die Blockierung oder Hinterlegung bei einem Dritten zugunsten des Reugeldgläubigers, s. z.B. ENGEL, S. 861; ERDEM, S. 30, m.w.Hw.

30 Regelmässig wird bei versprochenen Reugeldern von einer „Wandelpön" gesprochen; s. dazu unten Rn 55 ff.

solche begriffliche Einschränkung nicht[32]. Auch ist nicht ersichtlich, was damit gewonnen werden könnte. Sachlich werfen die beiden Arten von Reugeld weitgehend dieselben Probleme auf, weshalb sich eine begriffliche Trennung nicht aufdrängt[33]. Im Gegenteil ist es kaum sinnvoll, für zwei derart verwandte Erscheinungen zwei unterschiedliche Begriffe zu benutzen. Das hier vertretene Begriffsverständnis ist im Übrigen auch in Deutschland[34] und Österreich[35] herrschend.

20 Dass ein einziger Begriff für beide Konstellationen genügt, zeigt auch ein Blick auf die französischsprachigen Publikationen. Dort wird der vom Gesetz benutzte Begriff des „dédit“[36] als Oberbegriff verstanden und in „dédit réel“ sowie „dédit consensuel“ unterteilt[37]. Entsprechend kann man im Deutschen ohne weiteres von hingegebenem und versprochenem Reugeld sprechen.

---

31 So BUCHER, OR AT, S. 518; COUCHEPIN, Diss., Rn 1089; DIETZI, S. 30; DUBS/ROTH PELLANDA, ZürKurzK, N 1 zu Art. 158 OR; EHRAT, BasK, N 14 zu Art. 158 OR; ERDEM, S. 29, S. 37; FUNK, N 4 zu Art. 158 OR; FURRER/MÜLLER-CHEN, Kap. 20 Rn 80; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rn 3864; HUGUENIN, OR AT, Rn 1198; KELLER/SCHÖBI, S. 115; PIETRUSZAK, BasKurzK, N 6 zu Art. 158 OR; SCHOCH, S. 5; SCHWENZER, Rn 72.01; STAFFELBACH, N 10 zu Art. 158 OR; VON BÜREN, S. 411; VON TUHR/ESCHER, S. 288.

32 KOLLER, Reugelder, S. 74. S. z.B. Art. 227f OR: „zu zahlendes Reugeld“; ebenso Art. 227a Abs. 2 Ziff. 8 OR.

33 Wie hier für ein weites Begriffsverständnis KOLLER, OR AT, § 80 Rn 2; DERS., Reugelder, S. 74; BERGER, Rn 1806; ENGEL, S. 861; MOOSER, CR, N 5 vor Art. 158-163 OR; ferner wohl auch BECKER, BerK, N 6 ff. zu Art. 158 OR; BÜHLER, S. 160 f. Für ein weites Begriffsverständnis bereits unter dem aOR HAFNER/GOLL, N 7 zu Art. 178 aOR. Die Rechtsprechung scheint ebenfalls von einem umfassenden Begriff auszugehen, s. BGE 84 II 151, S. 155; 110 II 141, Regeste; Rekurskommission des OGer TG, RBOG TG 1996, S. 137 ff., S. 138.

34 S. etwa FICK K., S. 32; GERNHUBER, S. 751 f.; GEILERT, S. 16; MünchK/GAIER, N 1 ff. zu § 353 BGB; SORGE, S. 21, S. 69; STAUDINGER/KAISER, N 3 ff. zu § 353 BGB. Das Gesetz selbst spurt klar in diese Richtung vor. In § 353 BGB wird davon gesprochen, dass das Reugeld „vor oder bei der Erklärung“ des Rücktritts entrichtet werden müsse. Bei der Erklärung ist aber immer nach Vertragsschluss.

35 S. MAYRHOFER, Schuldverhältnisse, S. 212; s. auch KBB/BOLLENBERGER, N 1 zu § 909 ABGB; KLANG/GSCHNITZER/GSCHNITZER, S. 383 (A.III.1. zu § 908 ABGB); SCHWIMANN/BINDER, N 5 zu §§ 909-911 ABGB; teilweise wird sogar ausschliesslich bei versprochenen Zahlungen von Reugeld gesprochen, so etwa bei KOZIOL/WELSER, S. 21.

36 Im Gesetz wird dieser Ausdruck sowohl in Art. 158 als auch in Art. 227a und 227f OR gebraucht. Der Ausdruck findet sich ferner in Art. 406e Abs. 3 OR, ist dort aber weiter gemeint (s. den deutschen Gesetzestext der Bestimmung, wo von einer „Entschädigung“ gesprochen wird; ferner PIETRUSZAK, BasK, N 22 f. zu Art. 406e OR).

37 So COUCHEPIN, Diss., Rn 1089, Rn 1114; ENGEL, S. 861; ERDEM, S. 29, S. 37; FOËX, S. 409; MAULER, S. 57; MOOSER, CR, N 5 vor Art. 158-163 OR; SECRETAN, S. 22. Hinsichtlich der Übersetzung ins Deutsche bestehen allerdings Differenzen.

2. **Abgrenzungen**. Das Reugeld ist Entschädigung dafür, dass der Vertragspartner des Reuberechtigten die ihm versprochene Leistung nicht erhält. Kein Reugeld in diesem Sinne ist eine Entschädigung, die der Reuberechtigte unabhängig davon zu zahlen hat, ob er von seinem Reurecht Gebrauch macht oder nicht. Solche Entschädigungen sind Ausgleich für die Einräumung, nicht – wie das Reugeld – für die Ausübung eines Reurechts[38]. Vom Reugeld zu unterscheiden ist ferner das hier so genannte unechte Reugeld. Darunter versteht man eine Entschädigung, die ein Optionsberechtigter für den Fall, dass er sein Recht nicht ausübt, zu zahlen hat[39]. 21

Die Verpflichtung, ein Reugeld zu zahlen oder – falls bereits bezahlt – beim Rücktrittsgegner zu belassen, knüpft an die Ausübung eines Rechts an. Dadurch unterscheidet sie sich von der Konventionalstrafe, welche an eine Pflichtverletzung anknüpft[40]. 22

3. **Sachleistungen**. In der Praxis kommen nur Reug*elder* vor. Doch ist es nicht ausgeschlossen, andere Leistungen als Entschädigung für die Ausübung eines Reurechts zu vereinbaren[41]. Solche Leistungen werfen besondere rechtliche Probleme auf, namentlich, wenn es sich bei diesen Reugaben nicht um vertretbare, sondern um unvertretbare Sachen handelt. Angesichts der geringen praktischen Relevanz wird darauf im Folgenden jedoch nur punktuell eingegangen[42]. 23

III. Reuklausel

1. **Begriff**. Unter einer Reuklausel (Reuabrede, Reuvereinbarung[43]) ist die Abrede zu verstehen, mit welcher einerseits ein Reurecht eingeräumt, ande- 24

Während ENGEL, FOËX, MAULER und MOOSER „dédit" mit „Reugeld" übersetzen, bezeichnen COUCHEPIN und ERDEM den „dédit réel" als Reugeld.

38 Näheres unten Rn 38 ff.

39 Näheres unten Rn 41 ff.

40 Genaueres unten in Rn 45 ff.; dort auch zur unechten Konventionalstrafe und zur Schadenersatzpauschale.

41 Vgl. ERDEM, S. 29; MOOSER, CR, N 5 vor Art. 158-163 OR; OSER/SCHÖNENBERGER, ZürK, N 1 zu Art. 158 OR; VON TUHR/ESCHER, S. 287 f.; ferner STAUDINGER/KAISER, N 3 zu § 353 BGB; MünchK/GAIER, N 1 zu § 353 BGB.

42 S. namentlich Rn 146 und Rn 282.

43 Teilweise wird auch der Begriff der Reugeldvereinbarung benutzt (so z.B. FREYTAG, S. 31). Dies ist nicht falsch, setzt doch *jede* Vereinbarung eines Reugelds notwendig den Bestand eines Reurechts voraus. Dennoch wird die Reugeldvereinbarung hier enger verstanden, nämlich als Vereinbarung des Reugelds. Sie bildet zusammen mit der Reurechtsvereinbarung die Reuklausel.

rerseits abgemacht wird, dass im Falle der Reurechtsausübung das Reugeld – falls es bereits bezahlt wurde – beim Gegner verbleibt bzw. – falls eine Zahlung noch nicht stattgefunden hat – an diesen zu zahlen ist. Die Reuklausel umfasst demnach zwei Abreden: einerseits die Reurechtsabrede, d.h. die Abrede, wonach ein Reurecht besteht, anderseits die Reugeldabrede, d.h. die Abrede, die zur Zahlung des Reugelds verpflichtet. Die Reuklausel bildet die causa, um das Reugeld bei Ausübung des Reurechts zu behalten bzw. einzuverlangen. Mit ihr kann bloss einer oder aber beiden Parteien ein Reurecht eingeräumt werden[44].

25 Ausser durch Abschluss einer Reuklausel können Reurecht und Reugeldanspruch auch durch gesetzliche Anordnung entstehen[45]. Ausgeschlossen ist hingegen die Begründung von Reurecht und Reugeldanspruch durch einseitiges Rechtsgeschäft. Niemand kann sich durch einseitige Erklärung zu Lasten eines anderen ein Recht verschaffen[46]. Der Abschluss einer Reuklausel ist damit die einzige rechtsgeschäftliche Möglichkeit, ein Reurecht (mit oder ohne Versprechen eines Reugelds) zu begründen.

26 2. Die Reuklausel bildet regelmässig Bestandteil des Hauptvertrages, d.h. des Vertrages, auf den sich das Reurecht bezieht. Indes kann eine Reuvereinbarung auch in einem separaten Vertrag getroffen werden. Die rechtliche Beurteilung ist in beiden Fällen dieselbe. Die Reuvereinbarung ist **akzessorisch**[47], d.h. von der Hauptvereinbarung abhängig. Ein ungültiger Hauptvertrag zieht somit die Ungültigkeit der Reuabrede nach sich[48]. Sind die aus dem Hauptvertrag entstehenden Forderungen nur beschränkt oder überhaupt nicht klagbar (sog. unvollkommene Obligation bzw. Naturalobligation[49]), gilt dies auch für die Forderungen, welche aus der Reuklausel fliessen[50]. Ist beispielsweise betreffend der Hauptforderung die Verjährung eingetreten, so beseitigt die Reurechtsausübung zwar den Hauptvertrag, die

44 S. dazu unten Rn 142 ff.
45 S. dazu unten Rn 127 ff.
46 Vgl. KOLLER, OR AT, § 3 Rn 48 ff. (mit Präzisierungen).
47 Vgl. zur Akzessorietät des Reugelds z.B. FICK K., S. 9; allgemein zur Akzessorietät z.B. SCHÖBI, S. 10, m.w.Hw.
48 Vgl. PIETRUSZAK, BasKurzK, N 7 zu Art. 158 OR; ferner BGE 39 II 224, E. 2; BECKER, BerK, N 11 zu Art. 158 OR; BUCHER, OR AT, S. 517; EHRAT, BasK, N 12 zu Art. 158 OR; ERDEM, S. 30; MOOSER, CR, N 8 zu Art. 158 OR. Wird beispielsweise ein Perpetuum mobile verkauft, so ist dieser Vertrag infolge Unmöglichkeit i.S.v. Art. 20 OR nichtig und die Nichtigkeit erfasst auch eine allfällige Reuklausel.
49 S. dazu KOLLER, OR AT, § 2 Rn 41 ff., mit Bsp. Teilweise wird in der Lehre eine abweichende Terminologie benutzt (vgl. DERS., a.a.O., § 2 Rn 46, m.w.Hw.).
50 Vgl. SCHULZE, S. 228, m.w.Hw.; für einen Spezialfall vgl. MARTY, Rn 511.

Reugeldforderung entsteht jedoch als „verjährte", d.h. nur beschränkt klagbare (einredebelastete) Forderung[51].

3. Von der Reuklausel wird häufig gesagt, sie verschaffe dem Reuberechtigten die **alternative Ermächtigung** (Fakultativobligation, Ersetzungsbefugnis), das Reugeld anstelle der eigentlich geschuldeten Leistung zu setzen[52]. Das trifft indes nicht zu, wenn man dem herkömmlichen Verständnis dieses Begriffes folgt[53]: Die alternative Ermächtigung zeichnet sich dadurch aus, dass an Stelle der eigentlich geschuldeten Leistung eine nicht geschuldete Leistung als Ersatzleistung erbracht werden darf[54], der Vertrag im Übrigen aber aufrecht erhalten bleibt[55]. Anders bei einer Reuklausel: Wird das Reurecht ausgeübt, wird nicht eine Leistung anstelle einer andere gesetzt, sondern der Hauptvertrag vollständig vernichtet[56]. Dementsprechend finden die Grundsätze, welche für die alternative Ermächtigung gelten, auf Reuklauseln keine Anwendung. Namentlich ist nach schweizerischem Recht kein Angebot des Reugelds notwendig, damit die Rücktrittserklärung Gültigkeit erlangt[57]. 27

---

51 Vgl. Art. 142 OR. Bei gewissen unvollkommenen Obligationen ist die Klagbarkeit gänzlich ausgeschlossen, so bei Forderungen aus Spiel- und Wette (Art. 513 Abs. 1 OR). Auch für die Frage, ob nach Erfüllung einer unvollkommenen Reugeldschuld eine Rückforderung möglich ist, ist die Hauptforderung heranzuziehen. Regelmässig ist dies ausgeschlossen, so bei Spiel- und Wettforderungen (vgl. Art. 514 Abs. 2 OR) und bei verjährten Forderungen (vgl. Art. 63 Abs. 2 OR). *Abweichend* DUBS/ROTH PELLANDA, ZürKurzK, N 6 zu Art. 158 OR, welche verjährte Hauptforderungen gleich wie ungültige behandeln wollen und deshalb von der Rückforderbarkeit eines bereits geleisteten Reugelds ausgehen.

52 S. z.B. BGE 84 II 151, S. 155; COUCHEPIN, Diss., Rn 1091; DUBS/ROTH PELLANDA, ZürKurzK, N 17 zu Art. 158 OR; EHRAT, BasK, N 2 zu Art. 158 OR; ENGEL, S. 81, S. 861; ERDEM, S. 30; KOLLER, OR AT, § 80 Rn 2; MOOSER, CR, N 6 zu Art. 158 OR; SCHRANER, ZürK, N 71 zu Art. 72 OR; ebenso die deutsche und die österreichisches Lehre, s. etwa STAUDINGER/RIEBLE, N 68 vor §§ 339 BGB; KOZIOL/WELSER, S. 21; MAYRHOFER, Schuldverhältnisse, S. 212; SCHWIMANN/BINDER, N 1 zu §§ 909-911 ABGB.

53 Wie hier – mit eingehender Begründung – STEINER H., S. 312 ff. und S. 315 f.

54 Vgl. KOLLER, OR AT, § 2 Rn 125; SCHRANER, ZürK, N 65 zu Art. 72 OR; STEINER H., S. 305. Als Beispiele s. Art. 84 Abs. 2 OR und BGE 50 II 40.

55 Die alternative Ermächtigung bezieht sich nur auf *eine* Vertragsobligation. Die Gegenleistung wird davon nicht berührt.

56 S. zu diesem Argument STEINER H., S. 316.

57 S. dazu unten Rn 192. Zu diesem Kriterium bei der Alternativermächtigung s. SCHRANER, ZürK, N 66 zu Art. 72 OR.

§ 3 Rechtsgrundlagen

28 Das Gesetz befasst sich nur am Rande mit Reurechten und Reugeldern. Zu erwähnen sind namentlich die folgenden Bestimmungen:

29 – **Art. 158 Abs. 1 und 3 OR**[58]**.** Art. 158 OR enthält für den Fall, dass bei Vertragsschluss ein Handgeld[59] geleistet wird, diverse gesetzliche Vermutungen[60]. Zunächst findet sich die Vermutung, dass dieses als Haft- und nicht als Reugeld zu verstehen ist (Abs. 1)[61]. Für den Fall, dass der Leistung im konkreten Fall Reugeldcharakter zukommt, wird vom Gesetz vermutet, dass „der Geber gegen Zurücklassung des bezahlten und der Empfänger gegen Erstattung des doppelten Betrages von dem Vertrage zurücktreten" können (Abs. 3)[62]. Nach dieser Vermutung steht also beiden Parteien der Rücktritt unter Verlust derselben Geldsumme offen. Die Vermutungen des Art. 158 Abs. 1 bzw. Abs. 3 OR haben nur eine begrenzte Tragweite[63]. Es wird darauf im entsprechenden Kontext zurückzukommen sei[64].

30 – Auch **Art. 160 Abs. 3 OR** steht nach überwiegender Lehre in Bezug zum Reugeld. Die Bestimmung sieht vor, dass einem Schuldner „der

---

58 Von Art. 158 OR sind nur Abs. 1 und 3 für das Reugeld von Bedeutung, Abs. 2 betrifft ausschliesslich das Haftgeld (zur Begründung s. unten Rn 258).

59 Unter Handgeld wird eine beim Vertragsabschluss geleistete Zahlung verstanden (vgl. OGer ZH, CaS 2007, S. 471 ff., E. 4.4; KOLLER, OR AT, § 27 Rn 6). Wird dieses auf die Hauptforderung angerechnet, ist es Angeld, soll eine Anrechnung unterbleiben, Draufgeld. Ein Reugeld kann nur Angeld sein (s. dazu unten Rn 258 ff.).

60 Art. 158 OR enthält blosse Vermutungen, nicht etwa Fiktionen (vgl. DUBS/ROTH PELLANDA, ZürKurzK, N 10 zu Art. 158 OR; STAFFELBACH, N 1 zu Art. 158 OR). Der Wortlaut des aOR war in dieser Hinsicht deutlicher: So sollte Art. 178 Abs. 1 aOR „im Zweifel" gelten, Art. 178 Abs. 3 aOR „in der Regel".

61 Dieselbe Vermutung stellen das BGB (§ 336 Abs. 2), das ABGB (§ 908), und schon der Dresdener Entwurf (Art. 118) auf. Reugeld vermutet dagegen Art. 1590 CCfr. Ausführlich zu den entsprechenden Vermutungen im älteren Recht VON JAGEMANN, S. 139 ff.

62 Die gleiche Vermutung sah schon Justinian vor (vgl. BÜHLER, S. 162). Sie findet sich auch in Art. 1590 CCfr und in § 910 ABGB. Dagegen kennt das deutsche Recht keine solche Vermutung (vgl. STAUDINGER/RIEBLE, N 15 zu § 336 BGB).

63 Die Tragweite der Vermutungen von Art. 158 OR wurde schon früh in Frage gestellt. Kritisch äusserte sich namentlich VOGT (Anleitung, S. 117 f.; Entwurf, S. 41 ff.): „Glaubt Jemand desshalb, weil [das OR und das BGB unterschiedliche Vermutungen aufstellen,] werde irgend ein praktischer Fall … anders beurtheilt werden? … Nein" (VOGT, Entwurf, S. 43). Mit den Vermutungen des heutigen Art. 158 OR sei „[n]ur Satz und Papier … verschwendet" (DERS., a.a.O., S. 44).

64 S. unten Rn 61 und Rn 144 ff.

Nachweis vorbehalten [bleibt], dass ihm gegen Erlegung der Strafe der Rücktritt freistehen sollte". Nach einer ersten Meinung wird damit klargestellt, dass Konventionalstrafen mit (versprochenen) Reugeldern verbunden werden können, wobei der entsprechende Beweis dem Schuldner auferlegt wird[65]. Nach einer zweiten Auffassung nimmt Art. 160 Abs. 3 OR gar nur auf versprochene Reugelder Bezug[66]. Vertreten wird schliesslich auch, dass Art. 160 Abs. 3 OR mit dem Reugeld nichts zu tun habe, sondern bloss eine exklusive Konventionalstrafe[67] regeln will[68]. Dem Willen des historischen Gesetzgebers dürfte am ehesten die zweite Auffassung entsprechen[69].

Rechtliche Bedeutung hat die Subsumtion einer Abrede unter Art. 160 Abs. 3 OR indessen nicht. Die systematische Stellung der betreffenden Gesetzesbestimmung kann für sich alleine keine Anwendung der Art. 161 ff. OR rechtfertigen. Vielmehr ist eine umstrittene Abrede nach allgemeinen Grundsätzen zu qualifizieren und anschliessend gestützt auf diese Qualifikation die sachlich angemessene rechtliche Beurteilung zu ermitteln. 31

65 So. z.B. BERGER, Rn 1801 f.; KOLLER, OR AT, § 80 Rn 5; BECKER, BerK, N 35 zu Art. 160 OR; FUNK, N 3 zu Art. 160 OR; s. dazu unten Rn 55 ff. sowie Rn 310 ff. Die Konventionalstrafe kann bei dieser Kombination allenfalls auch eine exklusive sein (s. BECKER, BerK, N 38 zu Art. 160 OR).

66 So z.B. COUCHEPIN, Diss., Rn 1114; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rn 3810 ff.; MOOSER, CR, N 15 zu Art. 160 OR; VON BÜREN, S. 410 f. Auch die Vertreter dieser Auffassung halten eine Kombination aber für möglich (s. z.B. VON BÜREN, S. 411).

67 Zur exklusiven Konventionalstrafe s. unten Rn 47.

68 So z.B. FOËX, S. 412 f. Teilweise wird bezüglich Art. 160 Abs. 3 OR zwar von einer exklusiven Konventionalstrafe gesprochen, diese jedoch als Synonym zur „Wandelpön" (dazu unten Rn 55 ff.) verstanden (so z.B. BUCHER, OR AT, S. 529 f.; KELLER/SCHÖBI, S. 113).

69 Der heutige Art. 160 Abs. 3 OR wurde auf Anregung von Professor VON WYSS ins Gesetz aufgenommen. Der Gesetzesentwurf von 1876 hatte in Art. 74 Folgendes vorgesehen: „Hat der Kontrahent für den Fall, dass er den Vertrag nicht erfüllen werde, eine Konventionalstrafe versprochen, so kann der Gläubiger, wenn dieser Fall eintritt, entweder die Erfüllung oder die versprochene Strafe fordern." VON WYSS war der Meinung, man müsse dem Gesetz „einen Vorbehalt beifügen, den der Entwurf schwerlich ausschliessen wollte, der aber durch den strikten Wortlaut des Art. 74 als ausgeschlossen erscheinen könnte. Wir meinen den Fall, da der sogenannten Conventionalstrafe durch die Contrahenten die Bedeutung eines Reugeldes beigelegt worden ist, wo sie also stipulirt haben dass gegen Erlegegung (sic) der Strafsumme der Rücktritt offen stehen solle. Zu vermuthen ist eine solche Bedeutung der Strafklausel natürlich nicht: aber wo ihr erwiesenermassen dieser Sinn inne wohnt, da muss er respektirt werden, und ein ausdrücklicher Hinweis darauf ist hier so gut am Platze wie oben bei der arrha." (VON WYSS, S. 78).

32 Will man in Art. 160 Abs. 3 OR die Regelung reiner Reuklauseln erblicken, erscheint eine direkte Anwendung der Art. 161 ff. OR als ausgeschlossen. Die Eigenschaften des Reugelds sind mit oder ohne Hingabe bei Vertragsschluss praktisch identisch, weshalb auch die rechtliche Behandlung grundsätzlich dieselbe sein sollte[70]. Das Konventionalstrafrecht kann auf Reugelder höchstens analog angewendet werden, seien diese bei Vertragsschluss hingegeben oder bloss versprochen worden[71]. Folgt man der Auffassung, Art. 160 Abs. 3 OR habe Kombinationen aus Reu- und Konventionalstrafklauseln im Blick, so sind die Grundsätze über Kombinationen anwendbar. Es ist somit nach dem Verfall der versprochene Leistung zu differenzieren[72]: Verfällt eine Leistung als Konventionalstrafe, sind die Art. 161 ff. OR vollständig anwendbar, beim Verfall als Reugeld können sie dagegen nur punktuell Anwendung finden[73]. Vertritt man schliesslich die Meinung, Art. 160 Abs. 3 OR beziehe sich auf exklusive Konventionalstrafen, ist das Konventionalstrafrecht ohne weiteres anzuwenden[74].

33 – Bestimmungen mit Bezug zum Reugeld finden sich schliesslich für gewisse **besondere Vertragsarten**. Zu nennen ist etwa Art. 340b Abs. 2 OR, der sich mit Konventionalstrafen bei arbeitsvertraglichen Konkurrenzverboten befasst und der nach herrschender Lehre ein mit der Strafvereinbarung einhergehendes Reurecht des Arbeitnehmers vorsieht[75]. Zu erwähnen sind überdies diverse Bestimmungen, welche gesetzliche Reurechte vorsehen und sich auch mit der für den Rücktritt zu bezahlenden Entschädigung befassen[76]. Ein Beispiel findet sich in den Bestimmungen zum Vorauszahlungsvertrag. Das

---

70 Ähnlich ERDEM, S. 38; SECRETAN, S. 104; *a.M.* COUCHEPIN, Diss., Rn 1114; DIETZI, S. 32 f., PETITJEAN, S. 26 f. Die letzteren Autoren befürworten die Anwendung der Konventionalstrafbestimmungen auf bloss versprochene Reugelder, lehnen sie aber für bei Vertragsschluss hingegebene ab.

71 *Abweichend* SECRETAN, S. 104. Er geht davon aus, dass auf versprochene Reugelder aufgrund der systematischen Stellung von Art. 160 Abs. 3 OR die Regeln zur Konventionalstrafe anwendbar seien. Da sich eine Ungleichbehandlung hingegebener und versprochener Reugelder nicht rechtfertige, seien die Art. 161 ff. OR daher auch bei bereits hingegebenen Reugeldern anwendbar.

72 Ebenso PIETRUSZAK, BasKurzK, N 16 zu Art. 160 OR.

73 Nach der hier vertretenen Auffassung ist in solchen Fällen Art. 161 OR nicht anwendbar, während Art. 163 Abs. 3 OR – analog – zur Anwendung kommt (*a.M.* zum zweiten Punkt PIETRUSZAK, BasKurzK, N 16 zu Art. 160 OR). S. dazu im Einzelnen unten Rn 313 f.

74 In der Lehre wird indes vertreten, bei exklusiven Konventionalstrafen sei der Anspruch auf weitergehenden Schadenersatz (Art. 161 Abs. 2 OR) vermutungsweise ausgeschlossen (so z.B. ERDEM, S. 55 f.; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rn 3815 Fn 49).

75 S. dazu unten Rn 320 ff.

76 S. dazu unten Rn 127 ff.

Gesetz sieht hier für den Käufer ein Reurecht vor und begrenzt die Höhe des Reugelds (vgl. Art. 227f OR). Überdies normiert es eine Pflicht, die Höhe des Reugelds im Vertrag schriftlich festzuhalten (Art. 227a Abs. 2 Ziff. 8 OR)[77].

Die vorstehende Übersicht zeigt, dass die gesetzliche Regelung des Reugelds sehr lückenhaft ist. In vielen Fällen müssen die sich stellenden Fragen gestützt auf Richterrecht (vgl. Art. 1 Abs. 2 ZGB), etwa durch die Anwendung allgemeiner Rechtsgrundsätze oder durch Analogieschlüsse[78], gelöst werden. 34

§ 4 Dem Reugeld verwandte Leistungen

Das Reugeld ist von verwandten Leistungen abzugrenzen. Einige dieser verwandten Leistungen sollen nachstehend etwas genauer betrachtet werden. Namentlich sind dies die Entschädigung für die Einräumung des Reurechts, das unechte Reugeld, die Konventionalstrafe, die unechte Konventionalstrafe, die sog. Wandelpön, die Schadenersatzpauschale sowie das Haftgeld. 35

Der Qualifikation einer bestimmten Leistung kann erhebliche Bedeutung zukommen. Wird beispielsweise eine Entschädigung als Konventionalstrafe qualifiziert, ist – bei gegebenen Voraussetzungen[79] und ohne abweichende Vereinbarung[80] – nebst dieser ein weitergehender Schadenersatz geschuldet (Art. 161 Abs. 2 OR), während ein solcher Anspruch bei Reugeldern grundsätzlich[81] ausgeschlossen ist. Umgekehrt führt die Qualifikation einer Entschädigung als Konventionalstrafe dazu, dass es zu einer Herabsetzung kommen kann (Art. 163 Abs. 3 OR), während eine solche bei Reugeldern von der herrschenden Lehre abgelehnt wird[82]. 36

---

77 S. zum Reugeld beim Vorauszahlungsvertrag noch unten Rn 130 f.

78 S. etwa HONSELL, BasK ZGB I, N 34 ff. zu Art. 1 ZGB; KRAMER, Methodenlehre, S. 173 ff., 227 ff.

79 Vgl. GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rn 3815 ff., KOLLER, OR AT, § 81 Rn 69 ff., je m.Hw. Ob die Haftung ein Verschulden voraussetzt, ist umstritten (s. z.B. COUCHEPIN, Diss., Rn 702 ff.; KOLLER, OR AT, § 81 Rn 72).

80 Sowohl bei Konventionalstraf- als auch bei Reuvereinbarungen sind abweichende Abreden über die Schadenersatzpflicht zulässig (vgl. nur BENTELE, S. 46; EHRAT, BasK, N 2 zu Art. 161 OR [für die Konventionalstrafe] bzw. unten Rn 250 und die dortigen Hw. [für das Reugeld]).

81 Präzisierungen unten Rn 250 ff.

82 Zur Herabsetzung bei Reugeldern s. unten Rn 263 ff.

37 Was im Einzelfall vorliegt, ist durch Vertragsauslegung[83] zu ermitteln. Entscheidend ist – unabhängig von der durch die Parteien gewählten Bezeichnung – der übereinstimmende wirkliche Parteiwille (vgl. Art. 18 OR)[84]. Zum Teil stellt der Gesetzgeber Hilfsregeln bereit[85]. Ausserdem hat die Praxis Indizien entwickelt, welche bei der jeweiligen Abgrenzung helfen sollen. Allenfalls kann auch die Verkehrsübung herangezogen werden[86].

I. Entschädigung für die Einräumung von Reurechten

38 Die *Einräumung* eines Reurechts an die andere Vertragspartei ist für den Reurechtsgegner belastend. Er sieht sich der Gefahr ausgesetzt, dass die Gegenpartei den Vertrag wieder auflöst, unter Umständen in einem für ihn ungünstigen Zeitpunkt[87]. Aus Sicht des Berechtigten ist das Reurecht hingegen ein Vorteil; es erhöht seine Flexibilität. Dieser Interessenlage kann durch eine **Entschädigung (Prämie) für die Einräumung des Reurechts** Rechnung getragen werden[88]. Die Prämie soll das blosse Risiko der Vertragsauflösung durch die Reurechtsausübung abdecken und ist – im Unter-

83 S. dazu z.B. JÄGGI/GAUCH, ZürK, N 295 ff. zu Art. 18 OR; KOLLER, OR AT, § 9; KRAMER, BerK, N 10 ff. zu Art. 18 OR; WIEGAND, BasK, N 16 ff. zu Art. 18 OR.

84 KOLLER, OR AT, § 80 Rn 7; vgl. ferner KGer GE, SJ 1968, S. 247 ff., S. 254 f.; COUCHEPIN, Diss., Rn 1128. Fehlbezeichnungen durch die Parteien kommen immer wieder vor. So wird etwa von einer "Strafe" gesprochen, obwohl ein Reugeld vorliegt (s. z.B. BGE 110 II 141; HGer ZH, ZR 1913, Nr. 110; ferner BGE 42 II 510, wo das BGer allerdings zu Unrecht [s. KOLLER, OR AT, § 80 Rn 29; SECRETAN, S. 103: „de toute évidence dédit"] von einer Konventionalstrafe ausging) oder eine Leistung wird Reugeld genannt, obwohl sie Konventionalstrafcharakter hat (s. z.B. BGer, Urteil vom 10. August 1963, SJ 1964, S. 247 ff.).

85 So z.B. für die Abgrenzung von Reu- und Haftgeld (s. Art. 158 Abs. 1 OR). Die Vermutung von Art. 158 Abs. 1 OR ist jedoch ohne grosse Bedeutung (s. unten Rn 61).

86 So zur Abgrenzung von Reugeld und Konventionalstrafe das HGer ZH, ZR 1952, Nr. 179 S. 323 ff.; ZR 1953, Nr. 88 S. 155 ff. (Qualifikation von sog. Liefergarantien). *Kritisch* zu diesen Entscheiden WEGMANN, S. 134, der das tatsächliche Bestehen einer in den Entscheiden behaupteten Übung in Frage stellt.

87 So ist z.B. denkbar, dass ein Rücktritt durch einen Käufer erfolgt, und der Marktpreis zwischenzeitlich so stark gesunken ist, dass der Verkäufer die bereitgestellte Ware zu einem viel tieferen Preis verkaufen muss.

88 Profitiert der Verkäufer von einem Reurecht, wird die Prämie regelmässig in Form eines Preisnachlasses gewährt werden. Wirtschaftlich ist ein solcher Nachlass dasselbe wie die Bezahlung einer Prämie. Folgerichtig ist auch die rechtliche Behandlung dieselbe; s. in diesem Sinne nun – im Zusammenhang mit Konventionalstrafen – BGE 135 III 433, E. 3.3, m.w.Hw.

schied zum Reugeld – **in jedem Fall geschuldet**[89]. Zur Verdeutlichung ein Beispiel:

Beispiel: Das Hotel H bietet seine Zimmer für Fr. 170.– pro Nacht an, wobei eine Stornierung der Buchungen nicht möglich ist. Alternativ können die Gäste eine Buchung mit Rücktrittsmöglichkeit tätigen. In diesem Fall kostet das Zimmer allerdings Fr. 180.– pro Nacht. Macht ein Gast dann tatsächlich von seinem Rücktrittsrecht Gebrauch, muss er hierfür eine Gebühr von Fr. 30.– bezahlen. Der Aufpreis von Fr. 10.– ist die Prämie für die Einräumung des Reurechts, die im Rücktrittsfall (zusätzlich) geschuldeten Fr. 30.– sind Reugeld. 39

Prämie und Reugeld können kombiniert werden, was in der Praxis regelmässig geschieht. Sie sind jedoch auch in solchen Fällen strikt auseinander zu halten[90] und haben je ihr eigenes rechtliches Schicksal. 40

II. Unechtes Reugeld

1. Unter einem unechten Reugeld ist eine Entschädigung zu verstehen, die eine Partei im Falle der **Nichtausübung eines (willkürlichen) Optionsrechts** zu leisten hat[91]. Das Optionsrecht wird dabei als Recht verstanden, „einen Vertrag durch einseitige Erklärung zustande zu bringen“[92]. Es kann sich beispielsweise um ein Vorkaufs-, Kaufs- oder um ein Rückkaufsrecht handeln. Ein typisches Anwendungsfeld für unechte Reugelder sind Verträge im Zusammenhang mit Grundstücktransaktionen. 41

Beispiel[93]: V räumt dem K mit öffentlich beurkundetem Vertrag ein Kaufsrecht an der Liegenschaft Nr. 123 ein. Dem Vertrag wird folgende Klausel beigefügt: „Sollte K von seinem Kaufsrecht keinen Gebrauch machen, entschädigt er den V mit Fr. 50'000.–“. K ist nach wie vor frei, die Kaufsoption wahrzunehmen oder nicht. Nimmt er sie jedoch nicht wahr, muss er dem V Fr. 50'000.– als unechtes Reugeld bezahlen. 42

---

89 Vgl. KOLLER, OR AT, § 80 Rn 2; VON TUHR/ESCHER, S. 169; ferner FREYTAG, S. 25, S. 38.

90 Dies wird in der Praxis nicht immer ausreichend berücksichtigt (vgl. KOLLER, OR AT, § 80 Rn 2, m.Hw.).

91 Vgl. KOLLER, OR AT, § 80 Rn 3; DERS., Reugelder, S. 74.

92 KOLLER, OR AT, § 80 Rn 3; DERS. Reugelder, S. 74; s. auch BGE 122 III 10, E. 4b; ferner GEORGIADES, S. 409; MünchK/KRAMER, N 57 vor § 145 BGB.

93 Für weitere Bsp. s. OGer ZH, ZR 1983, Nr. 24 S. 51 ff., E. 3b a.A.; KGer TI, NRCP 2003, S. 358 ff., E. 1; ferner AppGer BS, BJM 2011, S. 42 ff., S. 42. Ein unechtes Reugeld war auch in BGE 133 III 43 vereinbart worden, zum Streit führte indessen die zusätzlich vereinbarte Konventionalstrafe (zum Entscheid s. KOLLER, OR AT, § 80 Rn 4).

43 Unechte Reugelder üben einen **gewissen Druck auf den Rechtsinhaber** aus[94]. Diesem ist es normalerweise völlig freigestellt, ob er sein Recht ausübt oder nicht. Die Vereinbarung eines unechten Reugelds erhöht die Neigung, das Optionsrecht tatsächlich auszuüben und den Vertrag zustande zu bringen[95].

44 2. Echtes und unechtes Reugeld **lassen sich vergleichsweise gut auseinander halten**. Während beim echten Reugeld ein abgeschlossener Vertrag zum Dahinfallen gebracht wird, ist ein unechtes Reugeld geschuldet, weil ein Optionsrecht auf das Zustandebringen eines Vertrags nicht ausgeübt wird und dieser somit nicht zustande kommt. Echtes und unechtes Reugeld können allerdings für ähnliche wirtschaftliche Sachverhalte eingesetzt werden. So hat beispielsweise ein mit einem unechten Reugeld verbundener Kaufsrechtsvertrag vergleichbare Wirkung wie ein mit einem echten Reugeld verknüpfter Kaufvertrag. In beiden Fällen kann der Reuberechtigte unter Verlust des Reugelds den eigentlich vorgesehenen Kauf hinfällig werden lassen.

45 *Beispiel:* A möchte sein Grundstück per Ende 2011 dem B übertragen. B möchte die Möglichkeit haben, gegen Zahlung von Fr. 50'000.– auf die Durchführung der Transaktion zu verzichten. Die beiden schliessen im Frühling 2011 einen Vertrag. Sie haben nun zwei Möglichkeiten: Entweder verkauft A das Grundstück zum Preis von Fr. 400'000.– und räumt dem B gleichzeitig ein Reurecht ein, wonach dieser gegen Zahlung von Fr. 50'000.– vom Vertrag wieder frei wird. Oder aber A räumt dem B (lediglich) die Kaufsoption auf das Grundstück ein (Preis: Fr. 400'000.–), wobei dem Vertrag die Klausel beigefügt wird, dass bei Nichtausübung des Optionsrechts ein unechtes Reugeld in Höhe von Fr. 50'000.– geschuldet sei[96].

III. Konventionalstrafe

46 1. Die Konventionalstrafe ist eine Leistung, die ein Schuldner einem Gläubiger **für den Fall der Nicht- oder Schlechterfüllung** einer Schuld verspricht[97]. Das dazugehörige Versprechen bezeichnet man als Strafabrede[98].

---

94 Vgl. GEORGIADES, S. 429, m.w.Hw.

95 Die rechtliche Behandlung unechter Reugelder ist weitgehend ungeklärt. S. dazu immerhin KOLLER, OR AT, § 82 Rn 1 ff., m.w.Hw.; ferner – zum deutschem Recht und unter Verwendung einer abweichenden Terminologie ("Bindungsentgelt") – GEORGIADES, S. 429 ff.

96 Solche Verträge werden häufig als „Reservationsverträge“ (s. dazu unten Rn 70) bezeichnet.

97 BGE 122 III 420, E. 2a, m.w.Hw.; Näheres zum Begriff bei BENTELE, S. 4 ff.; KOLLER, Verspätungsstrafe, Rn 8 ff.; STAHEL, S. 25 ff.

Von einer Konventionalstrafe wird auch gesprochen, wenn eine geleistete Zahlung im Fall einer Vertragsverletzung dem Gläubiger verbleiben soll (Verfallklausel, vgl. Art. 162 OR) oder wenn eine Vertragsverletzung den Verlust von Rechten nach sich zieht (Verwirkungsklausel)[99].

Gesetzlich vermutet wird das Vorliegen einer alternativen Konventionalstrafe (vgl. Art. 160 Abs. 1 OR). Bei dieser kann der Gläubiger nur die Strafe oder aber Erfüllung fordern. Demgegenüber ist ein Gläubiger bei einer kumulativen Konventionalstrafe berechtigt, nebst der Strafe weiterhin Erfüllung zu fordern[100]. Des Weiteren kann eine exklusive Konventionalstrafe vereinbart sein. Diesfalls kann der Gläubiger nach einer Vertragsverletzung ausschliesslich die Strafe fordern, nicht aber Erfüllung[101]. *Faktisch* hat bei dieser Art von Konventionalstrafe der Schuldner die Wahl, den Vertrag zu erfüllen oder die Strafe zu bezahlen. Die exklusive Konventionalstrafe kommt damit einem Reugeld relativ nahe[102]. 47

2. Konventionalstrafe und Reugeld verfolgen unterschiedliche Zwecke. Sie erscheinen als zwei einander geradezu entgegengesetzte Institute. Während eine Strafabrede die Vertragstreue stärken soll, wird die vertragliche Bindung durch eine Reuklausel gelockert[103]. Die Strafabrede wird als im Interesse des Gläubigers liegend betrachtet, während die Reuklausel den Interessen des Schuldners dienen soll[104]. Eine Konventionalstrafe ist geschuldet, wenn jemand einen Vertrag verletzt. Dagegen ist das Reugeld die Gegenleistung für eine erlaubte Handlung, für die vertraglich vereinbarte Ausübung eines Rücktrittsrechts[105]. Während die Entscheidung über den Ver- 48

98 BENTELE, S. 7; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rn 3788; SANTORO, S. 4.

99 Zur Verfallklausel s. BGE 133 III 201, E. 3; zur Verwirkungsklausel s. BGE 135 III 433, E. 3.4 (in Abkehr von BGE 80 II 123, E. 3b; s. auch die zustimmende Besprechung von FARGNOLI). Ausführlich zu Verfall- und Verwirkungsklauseln RIEMER, S. 443 ff.

100 COUCHEPIN, Diss., Rn 633; COTTI, Rn 666. Gesetzlich ist dies bei Strafen für die Nichteinhaltung von Erfüllungszeit oder Erfüllungsort vorgesehen (vgl. Art. 160 Abs. 2 OR). Eine kumulative Strafe kann aber für beliebige Vertragsverletzungen vereinbart werden (ERDEM, S. 54, m.w.Hw.; für ein Bsp. s. BGE 122 III 420).

101 COUCHEPIN, Diss., Rn 660; ERDEM, S. 55 f.; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rn 3809; HÜRLIMANN, Bonus, S. 211; KOLLER, OR AT, § 81 Rn 46; SANTORO, S. 21; s. als Bsp. den Entscheid des bernischen Appellationshofes, ZBJV 1912, S. 38 ff. Fraglich ist, ob in solchen Fällen Anspruch auf weitergehenden Schadenersatz i.S.v. Art. 161 Abs. 2 OR besteht (*verneinend* z.B. ERDEM, S. 55 f.; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rn 3815 Fn 49).

102 Ebenso FOËX, S. 412; ferner STAUDINGER/RIEBLE, N 24 zu § 340 BGB, m.w.Hw.

103 ERDEM, S. 34; FICK K., S. 26; FOËX, S. 425.

104 DIETZI, S. 34; HESS, S. 43; IM, S. 61; LEDERMANN, S. 19.

105 Vgl. KOLLER, Verspätungsstrafe, Rn 38; DERS., Reugelder, S. 75; ferner BECKER, BerK, N 9 zu Art. 158 OR; COUCHEPIN, Diss., Rn 1102; GEILERT, S. 16; MAYRHOFER, Stornogebühr, S. 188; STAUDINGER/KAISER, N 5 zu § 353 BGB.

fall der Entschädigung bei einer Reuklausel vollständig in der Hand des Schuldners liegt und dazu zwingend seine Erklärung notwendig ist[106], verfällt die vereinbarte Summe bei Strafabreden mit Eintritt der entsprechenden Voraussetzungen[107] automatisch[108]. Dies sei an einem Beispiel illustriert:

49 *Beispiel:* V und K vereinbaren die Lieferung von 1'000 Flaschen Wein der Sorte X für den 30. November. V will sich für den Fall, dass ihm sein Lieferant C nicht genügend Wein liefert, absichern. Deshalb wird dem Vertrag die folgende Klausel beigefügt: „V kann vom Vertrag bis am 30. November jederzeit zurücktreten. Im Rücktrittsfall schuldet er dem K ein Reugeld in Höhe von Fr. 2'000.–". Die Parteien könnten aber auch Folgendes vereinbaren: „Kommt V seiner Lieferpflicht bis zum 30. November nicht nach, so hat er dem K Fr. 2'000.– zu bezahlen. Seine Lieferpflicht fällt durch Bezahlung dieser Summe dahin". Nach der ersten Formulierung muss der Rücktritt erklärt werden, während nach der zweiten Formulierung die Nichterfüllung die Zahlungspflicht auslöst. Im ersten Fall liegt eine Reuklausel vor, im zweiten Fall die Abrede einer (exklusiven) Konventionalstrafe.

50 3. In der Theorie bereitet die Abgrenzung von Reugeld und Konventionalstrafe keine grossen Schwierigkeiten. Demgegenüber ist es in der Praxis nicht immer einfach, die beiden Institute auseinander zu halten[109]. Lehre und Rechtsprechung führen gelegentlich *Indizien* an, die bei der Qualifikation einer vereinbarten Leistung als Reugeld oder Konventionalstrafe helfen sollen. Diese überzeugen allerdings nicht. Namentlich lässt sich aus der Höhe des vereinbarten Betrags nichts zur Entscheidung der Abgrenzungsfrage ableiten[110]. Reugelder in beträchtlicher Höhe sind ohne weiteres vorstellbar, umgekehrt können auch Konventionalstrafen von bloss geringer Höhe vereinbart werden[111].

---

106 In diesem Sinne auch FOËX, S. 412. In der Rechtsprechung findet sich indessen eine Einschränkung (s. dazu Rn 205 ff.).

107 D.h. mit der Vertragsverletzung, wobei vorliegend primär an die Nichterfüllung zu denken ist.

108 Vgl. BECKER, BerK, N 9 zu Art. 158 OR; KGer VS, ZWR 1975, S. 297 ff., S. 301 f.; s. ferner LEDERMANN, S. 68.

109 COUCHEPIN, Diss., Rn 1100, Rn 1128; EHRAT, BasK, N 13 zu Art. 158 OR; GEILERT, S. 17; STAUDINGER/KAISER, N 5 zu § 353 BGB; STELTMANN, S. 62. Obschon sich Konventionalstrafe und Reugeld begrifflich stark unterscheiden, "tritt doch im Verkehr der Unterschied nicht scharf hervor" (FICK K., S. 24).

110 HESS, S. 45. Auf die Höhe des Betrags abstützen wollen hingegen etwa das KGer VS, ZWR 1975, S. 297 ff., S. 302; COUCHEPIN, Diss., Rn 1107; OSER/SCHÖNENBERGER, ZürK, N 14 vor Art. 160-163 OR und – unter deutschem Recht – GERNHUBER, S. 752 f.

111 Bei der Auslegung zentral ist die Frage, ob der Verfall der Entschädigung im Belieben des Schuldners steht (s. soeben Rn 48). Im Zweifel ist auf eine Konventional-

4. **Kombination aus Reu- und Konventionalstrafabrede**. Obwohl sich Konventionalstrafe und Reugeld begrifflich entgegen stehen, schliessen sie sich nicht gegenseitig aus. In der Praxis ist es durchaus üblich, dass Strafabrede und Reuklausel kombiniert werden. 51

Die Abgrenzung solcher Kombinationen zur reinen Strafabrede bzw. zur Reuklausel ist nicht immer leicht. Ausserdem werfen die Kombinationen diverse rechtliche Probleme auf. Darauf wird an anderer Stelle näher einzugehen sein[112]. 52

IV. Unechte Konventionalstrafe

Unter einer unechten Konventionalstrafe[113] wird eine Leistung verstanden, die jemand für den Fall verspricht, dass er **eine an sich erlaubte, aber der Gegenpartei unerwünschte Handlung nicht unterlässt**[114]. Zu denken ist etwa an das Versprechen, im Fall der Ausübung eines gesetzlichen Kündigungsrechts eine Entschädigung zu bezahlen[115]. Zuweilen wird unter dem Begriff auch das Versprechen einer Strafleistung für den Fall verstanden, dass jemand eine Leistung, zu der er nicht verpflichtet ist, nicht vornimmt[116]. Diese Variante kommt einem unechten Reugeld nahe. Beim unechten Reugeld geht es allerdings um die Nichtausübung eines Optionsrechts, hier um die Nichtvornahme einer Leistung. 53

In der Lehre wird gesagt, dass eine unechte Konventionalstrafe nicht eine Vertragsverletzung bestrafe[117]. Damit fehlt ein Merkmal, das die echte Konventionalstrafe vom Reugeld unterscheidet[118]. Hingegen ist die Frage, 54

---

strafe zu erkennen, da die Nichterfüllung zumeist als etwas Unerwünschtes gilt und die vereinbarte Summe diese demnach nicht zu erleichtern, sondern zu verhindern sucht (ähnlich der österreichische OGH, SZ 48 [1975] Nr. 38 S. 190 ff.; s. zudem Art. 160 Abs. 3 OR).

112 Zur Kombination s. unten Rn 310 ff.

113 Die unechte Konventionalstrafe wird teilweise auch als selbständige Konventionalstrafe oder strafähnliches Versprechen bezeichnet (vgl. BENTELE, S. 14, m.w.Hw.).

114 Vgl. BENTELE, S. 130; MABILLARD, S. 547, 559; PIETRUSZAK, BasKurzK, N 17 zu Art. 160 OR.

115 Vgl. BÖTTICHER, S. 7; ferner BENTELE, S. 130; MABILLARD, S. 547.

116 Vgl. BENTELE, S. 13; EHRAT, BasK, N 3 zu Art. 160 OR; MABILLARD, S. 548; STAFFELBACH, N 8 zu Art. 160 OR; für ein Bsp. s. KOLLER, Verspätungsstrafe, Rn 16.

117 Vgl. MABILLARD, S. 549. Die unechte Konventionalstrafe will ein bestimmtes Verhalten (Handlung oder Unterlassung) des Versprechenden fördern, das rechtlich nicht erzwungen werden kann (vgl. MABILLARD, S. 548; PETITJEAN, S. 29).

118 Nach h.L. sind die Regeln der echten Konventionalstrafe auf unechte Konventionalstrafen trotz dieses Unterschieds zumindest analog anwendbar (s. BENTELE, S. 14;

wie es zum Verfall der Leistung kommt, auch hier von Bedeutung. Wurde eine unechte Konventionalstrafe vereinbart, führt schon die Vornahme der zwar erlaubten, aber unerwünschten Handlung bzw. die Nichtvornahme der erwünschten, aber nicht geschuldeten Handlung zum Verfall der Strafe. Bei einer Reuklausel braucht es zum Verfall der Leistung hingegen eine Erklärung des Berechtigten[119].

V. Wandelpön

55 1. Die „Wandelpön" ist nur in der Schweiz bekannt, in Deutschland und Österreich wird der Begriff von Lehre und Rechtsprechung nicht (mehr) benutzt[120]. Das **Begriffsverständnis** ist **uneinheitlich**. Die überwiegende Lehre setzt die Wandelpön dem versprochenen Reugeld gleich[121], während eine Minderheit den Begriff als Kombination aus Reugeld und alternativer Konventionalstrafe versteht[122]. Die Minderheitsmeinung sei an einem Beispiel verdeutlicht:

56 *Beispiel*[123]: D möchte einen Spielfilm drehen, es fehlen ihm dafür jedoch die nötigen finanziellen Mittel. L verspricht ihm, dieses Geld bis am 31. Oktober zu beschaffen; er will dafür an den Einspielergebnissen beteiligt werden. Die Parteien fügen dem Vertrag

---

ERDEM, S. 44; PIETRUSZAK, BasKurzK, N 17 zu Art. 160 OR; je m.w.Hw.; *ablehnend* PETITJEAN, S. 31; für *direkte* Anwendung MABILLARD, S. 552 ff., S. 559).

119 S. oben Rn 16 und unten Rn 195 ff.

120 Anders noch in älteren deutschen Publikationen. Dort wurde der Begriff teilweise synonym zum Begriff des Reugelds benutzt (s. etwa FREYTAG, Titel und z.B. S. 27; LEDERMANN, Titel und z.B. S. 20 f.; ferner FISCHER O., S. 334; STAUDINGER/KADUK, 12. Aufl., N 3 zu § 359 BGB a.F.). Teilweise wurde auch nur der Begriff der Wandelpön verwendet und damit das bezeichnet, was hier Reugeld genannt wird (s. z.B. DERNBURG, S. 106 f.).

121 S. BUCHER, OR AT, S. 518 (*abweichend* aber DERS., a.a.O., S. 529 f.); DIETZI, S. 31; EHRAT, BasK, N 14 zu Art. 158 OR; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rn 3810 f., Rn 3868; HUGUENIN, OR AT, Rn 1203; KELLER/SCHÖBI, S. 113, S. 115; PETITJEAN, S. 23 ff.; SCHOCH, S. 4 f.; SCHWENZER, Rn 72.01; STAFFELBACH, N 10 zu Art. 158 OR; VON BÜREN, S. 410 f.

122 S. KOLLER, OR AT, § 81 Rn 64; ferner BENTELE, S. 21 Fn 90 a.E.; PIETRUSZAK, BasKurzK, N 16 zu Art. 160 OR; VON TUHR/ESCHER, S. 283 Fn 47. Nach einer zweiten Minderheitsmeinung entsteht das Rücktrittsrecht bei einer Wandelpönabrede erst mit Eintritt des Straffalls (so z.B. BERGER, Rn 1801, ferner BUCHER, OR AT, S. 529 f.; DUBS/ROTH PELLANDA, N 44 zu Art. 160 OR). Nach dieser Auffassung ist die Wandelpön eine Kombination aus alternativer Konventionalstrafe und Entschädigung für die Ausübung eines – durch Eintritt des Straffalles – bedingten Rücktrittsrechts.

123 Angelehnt an BGH, GRUR 1953, 262 ff.

folgende Klausel bei: „Sollte L die Zahlung nicht bis am 31.10. erbracht haben, kann D nach wie vor die Leistung der Zahlung verlangen oder alternativ eine Strafe von Fr. 50'000.– geltend machen. L hat jederzeit das Recht, sich gegen Erlegung von Fr. 50'000.– von der Vereinbarung zu lösen". Hier kann D zwar bei Nichterfüllung durch L Erfüllung oder die Strafe verlangen (alternative Konventionalstrafe), L kann diese Wahlmöglichkeit aber durch Erlegung von Fr. 50'000.– (Reugeld) vernichten. Die Fr. 50'000.– sind somit Wandelpön im Sinne der Minderheitsmeinung.

2. Versteht man die Wandelpön mit der überwiegenden Auffassung, erübrigt sich eine Abgrenzung zum Reugeld: Die Wandelpön *ist* ein Reugeld. Folgt man dem Verständnis der Minderheit, so ist für die Abgrenzung entscheidend, ob die vereinbarte Summe (auch) gegen den Willen des Schuldners verfallen kann. Trifft dies zu, fällt ein (reines) Reugeld ausser Betracht[124]. 57

3. **In der vorliegenden Arbeit** wird der Begriff der Wandelpön **vermieden**. Zunächst ist festzustellen, dass sich der Wortteil „Pön" (= Strafe[125]) als irreführend erweist, jedenfalls dann, wenn man die Wandelpön mit der überwiegenden Lehre als Reugeld verstehen will. Denn eine Strafe liegt eben gerade *nicht* vor[126]. Ausserdem wird mit der Begriffsdefinition der überwiegenden Lehre nichts gewonnen. Ein versprochenes Reugeld kann und soll als solches bezeichnet werden, es bedarf keines weiteren Begriffs[127]. Schliesst man sich dagegen der Minderheitsmeinung an, kann durch den Ausdruck „Wandelpön" zwar eine spezielle Konstellation prägnant bezeichnet werden. Die Geschichte des Begriffs – dieser scheint als schlichtes Synonym zum Reugeld gedacht gewesen zu sein[128] – steht einem solchen Verständnis aber entgegen. Deshalb, und wegen der Verwechs- 58

124 Noch nicht entschieden ist damit, ob eine Kombination vorliegt, oder allenfalls etwas anderes, etwa eine reine Konventionalstrafabrede. Zur Abgrenzung von Reuabrede, Konventionalstrafabrede und der Abrede einer Kombination s. im Einzelnen unten Rn 315 ff.

125 Lat. poena.

126 Teilweise wird allerdings ein Strafcharakter von Reugeld/Wandelpön behauptet, so z.B. von LEDERMANN, S. 20. Unpassend von einer Strafe spricht im Übrigen der italienische Gesetzestext des Art. 158 Abs. 3 OR, wo das Reugeld als „pena di recesso" (= Rücktrittsstrafe) bezeichnet wird.

127 S. dazu schon oben Rn 19.

128 S. die Nachweise in Fn 120; ferner GRIMM/GRIMM, Teilband 27, Spalte 1640 (Stichwort: Wandelpön), m.w.Hw. Hinzuweisen ist ausserdem auf BECKER, BerK, N 36 zu Art. 160 OR, der Wandelpön und Reugeld offenbar ebenfalls für schlichte Synonyme hält.

lungsgefahr mit dem Begriffsverständnis der überwiegenden Lehre[129], wird in den von der Minderheit mit „Wandelpön" bezeichneten Fällen vorliegend lediglich von einer Kombination aus Reugeld und (alternativer) Konventionalstrafe gesprochen.

VI. Schadenersatzpauschale

59 Mit einer Schadenersatzpauschale legen die Parteien im Voraus fest, welchen Schadenersatz der Schuldner dem Gläubiger bei Vorliegen eines Haftungstatbestands zu leisten hat[130]. Dadurch soll dem Geschädigten der Schadensbeweis abgenommen werden[131]. Schadenersatzpauschalen können widerlegbar oder unwiderlegbar sein[132]. Sind sie widerlegbar, liegt lediglich eine Umkehr der Beweislast vor, während bei unwiderlegbaren Pauschalen die Schadensfrage definitiv beantwortet werden soll[133].

60 Schadenersatzpauschalen haben eine gewisse Nähe zu Konventionalstrafen[134]. Wie jene sind die Pauschalen ohne Erklärung geschuldet, während Reugelder nur durch Erklärung des Reuberechtigten verfallen können.

---

129 So wird die Konstellation, welche von der Minderheit als „Wandelpön" abgehandelt wird, von Vertretern der überwiegenden Auffassung zuweilen in die „Mitte zwischen Konventionalstrafe und Wandelpön" gestellt (so bei VON BÜREN, S. 411).

130 KOLLER, OR AT, § 81 Rn 8, § 82 Rn 8; vgl. auch COUCHEPIN, forfaitisation, S. 2; OERTLI, Rn 43; SANTORO, S. 38.

131 KOLLER, OR AT, § 81 Rn 8; COUCHEPIN, forfaitisation, S. 3.

132 Vgl. KOLLER, OR AT, § 82 Rn 8; OERTLI, Rn 45 ff.

133 Vgl. KOLLER, OR AT, § 82 Rn 8; COUCHEPIN, forfaitisation, S. 11 f. Bei der unwiderlegbaren Pauschale wird der geschätzte Schaden nach dem Parteiwillen unwiderlegbar, d.h. ohne Möglichkeit, einen abweichenden Schaden nachzuweisen, als tatsächlich entstandener Schaden betrachtet (KOLLER, OR AT, § 82 Rn 8; OERTLI, Rn 61 ff.).

134 Vgl. FISCHER T., S. 161; OERTLI, Rn 229; zur Abgrenzung s. COUCHEPIN, forfaitisation, S. 14 ff.; OERTLI, Rn 271 ff. Die Anwendbarkeit der gesetzlichen Regeln über die Konventionalstrafe auf Schadenersatzpauschalen ist jedoch umstritten, insbesondere jene von Art. 163 Abs. 3 OR (*ablehnend* COUCHEPIN, forfaitisation, S. 24; DERS., Diss., Rn 1055 ff.; FISCHER T., S. 163 f.; KOLLER, OR AT, § 82 Rn 10; SANTORO, S. 39; *befürwortend* BENTELE, S. 21; HUGUENIN, OR AT, Rn 1212; OERTLI, Rn 338 ff.; SCHWENZER, Rn 71.16; weitere Nw. bei OERTLI, S. 117 Fn 509).

VII. Haftgeld

Art. 158 OR, der sich mit dem Reugeld befasst, erwähnt auch das sog. Haftgeld. Dieses hat mit jenem allerdings – abgesehen von dieser äusserlichen Verbindung – wenig gemein. Haftgeld ist eine **bei Vertragsschluss gegebene**[135] **(Geld-)Leistung**[136], die dem Beweis des Vertragsschlusses dient[137]. Das Haftgeld soll die Bindung an den abgeschlossenen Vertrag vergrössern[138] und ist in der Regel ein eher geringfügiger Betrag[139]. Heute sind Haftgelder nicht mehr sehr gebräuchlich[140], weshalb ihre Vereinbarung nicht ohne weiteres anzunehmen ist[141]. Dies gilt ungeachtet der Vermutung zu Gunsten des Haftgelds in Art. 158 Abs. 1 OR[142], der keine nennenswerte Bedeutung zuzumessen ist[143]. 61

---

135 Haftgeld ist immer Handgeld (vgl. BECKER, BerK, N 4 zu Art. 158 OR; BÜHLER, S. 160; zum Handgeld s. oben Fn 59). Nach – nicht mehr zeitgemässer (HUGUENIN, OR AT, Rn 1204) – gesetzlicher Vermutung (Art. 158 Abs. 2 OR) ist es Draufgeld, wird somit nicht an die Hauptleistung angerechnet. Häufig dürfte indessen ein Angeld vorliegen. Zu Art. 158 Abs. 2 OR s. noch unten Rn 258 ff.

136 Wie beim Reugeld (s. oben Rn 23) gilt auch für das Haftgeld, dass andere als Geldleistungen denkbar sind (vgl. z.B. MOOSER, CR, N 3 vor Art. 158-163 OR; VON TUHR/ESCHER, S. 287). Geldleistungen stehen aber klar im Vordergrund.

137 Vgl. VON TUHR/ESCHER, S. 287; ferner KGer SG, SGGVP 1985, S. 89 ff., E. 2b; EHRAT, BasK, N 2 zu Art. 158 OR; KOLLER, OR AT, § 27 Rn 6.

138 Vgl. EHRAT, BasK, N 2 zu Art. 158 OR. Historisch interessant ist ein Blick auf das ältere deutsche Recht. Nach diesem entstand eine Leistungspflicht erst, wenn das mündliche Versprechen durch eine Gabe bestätigt wurde. Ansonsten hatten beide Seiten ein Reurecht (GIERKE, S. 353 ff.; KOLLER/BRÄNDLI, S. 468 f.). Ausführlich zur Thematik GIERKE, S. 337 ff., insbesondere S. 353 ff., m.w.Hw.

139 Vgl. MOOSER, CR, N 3 vor Art. 158-163 OR.

140 Vgl. KOLLER, OR AT, § 27 Rn 7; ferner SOLIVA, S. 299, der allerdings auch Reugeldern nur noch untergeordnete Bedeutung beimisst.

141 Die Vereinbarung von etwas Unüblichem ist nicht zu vermuten (ähnlich wie hier KOLLER, OR AT, § 27 Rn 7 a.E., m.Hw.). Ausserdem wird die Beweisfunktion, die das Haftgeld haben soll, heute häufig durch andere Mittel erbracht, etwa durch die Schriftform (s. – in verwandtem Zusammenhang – den österreichischen OGH, JBl 1982, S. 255 f.).

142 Nach Art. 158 Abs. 1 OR ist ein Handgeld vermutungsweise (PIETRUSZAK, BasKurzK, N 9 zu Art. 158 OR) Haftgeld. Weiter enthält die Bestimmung die Vermutung, dass eine Zahlung im Zweifel kein Reugeld sei (s. dazu unten Fn 227).

143 Die Vermutung des Art. 158 Abs. 1 OR geht nicht nur an der Realität vorbei (s. soeben im Text und Fn 141), sie ist auch deshalb problematisch, weil sie sich nur auf Haft- und Reugeld konzentriert, und andere mögliche Qualifikationen ausblendet. Eine Zahlung bei Vertragsschluss kann aber grundsätzlich *irgendetwas* sein, sei es Haftgeld, Reugeld, oder etwas völlig Anderes, wie z.B. eine Kaution.

62 2. Haft- und Reugeld lassen sich gut unterscheiden, verfolgen sie doch **höchst unterschiedliche Zwecke**. Das Reugeld ermöglicht den Rücktritt vom Vertrag und schwächt die vertragliche Bindung ab, während das Haftgeld den Vertragsschluss bekräftigen und die Bindung an den Vertrag erhöhen soll[144].

§ 5 Vorkommen von Reuklauseln und Motive zu ihrem Abschluss

63 1. Reuklauseln sind theoretisch bei jedem Schuldvertrag denkbar. Folgende – zufällig ausgewählte – **Beispiele** aus der Praxis mögen ihre vielfältigen Einsatzmöglichkeiten verdeutlichen[145]:

64 – ein Sportgeschäft gestattet seinen Kunden, die Ware innerhalb von drei Wochen seit Vertragsschluss gegen Bezahlung von 15% des Kaufpreises zurückzugeben;

65 – ein Online-Shop für Unterhaltungselektronik erlaubt eine Stornierung der Bestellung gegen Bezahlung von 20% des Auftragswerts oder mindestens Fr. 60.–;

66 – eine Seminar-Veranstalterin erlaubt eine Abmeldung bis fünf Monate vor Seminarbeginn gegen Bezahlung einer Gebühr von Fr. 100.– , danach bis 60 Tage vor Seminarbeginn gegen Bezahlung von 50% der Seminargebühr;

67 – ein Reiseveranstalter verlangt bei einer Stornierung bis 30 Tage vor Reiseantritt eine Gebühr von Fr. 60.– pro Person, bei einer Stornierung 29 bis 7 Tage vor Reiseantritt beträgt die Gebühr 70% des Auftragswerts;

68 – ein Haushaltsgeräte-Händler gestattet seinen Kunden bis zur Ablieferung den Rücktritt gegen Bezahlung eines Reugelds in Höhe von 30% des Nettokaufpreises;

69 – in einem Grundstückkaufvertrag wird vereinbart, dass die geleistete Anzahlung von Fr. 50'000.– als Reugeld im Sinne von Art. 158 Abs. 3 OR gilt;

70 – in einem Vertrag wird vorgesehen, dass jemand ein bestimmtes Grundstück inklusive Neubaute „reserviert", indem er dieses vorsorglich kauft, sich jedoch ge-

144 Vgl. HUGUENIN, OR AT, Rn 1199; EHRAT, BasK, N 1 vor Art. 158-163 OR; s. auch VON WYSS, S. 77: „Haftgeld ist … das begriffliche Gegentheil von Reugeld".

145 Die nachstehenden Beispiele stammen aus Allgemeinen Geschäftsbedingungen, aus dem Autor vorgelegten Verträgen sowie aus Gerichtsentscheiden. Einige Beispiele wurden vereinfacht und leicht angepasst, insbesondere, da in Wirklichkeit zum Teil eine Kombination aus Reugeld und Konventionalstrafe vorlag (s. zu solchen Kombinationen unten Rn 310 ff.).

gen Zurücklassung seiner Anzahlung von Fr. 100'000.– vom Vertrag befreien kann (sog. Reservationsvertrag[146]);

– in einem Kaufvertrag über ein Boot findet sich folgende Vereinbarung: „Im Falle, dass der Käufer nach dem 1. März vom Kaufvertrag zurücktritt, verbleibt die Anzahlung von US Dollar 50 000. – endgültig der Verkäuferin.“[147] 71

2. Welche Gründe veranlassen nun aber die Parteien, eine Reuklausel in den Vertrag aufzunehmen? Zur Beantwortung dieser Frage ist nach den beteiligten Parteien zu differenzieren. 72

a) Aus **Sicht der Partei, der ein Reurecht eingeräumt wird**, ist namentlich an die folgenden Punkte zu denken: 73

– Die Erfüllung eines abgeschlossenen Vertrags kann sich nachträglich als wenig lukrativ erweisen. So ist es z.B. möglich, dass für ein soeben verkauftes Produkt *nachträglich ein besseres Angebot* eines Dritten eingeht. In dieser Situation wäre es für den Verkäufer grundsätzlich interessanter, dieses zweite Angebot anzunehmen. Ein Reurecht gibt ihm die Möglichkeit, dies rechtmässig zu tun[148]. 74

– *Ereignisse in der Unternehmensumwelt*, namentlich auf vor- oder nachgelagerten Produktionsstufen, können die Vertragserfüllung unattraktiv machen. Beispielsweise kann die Nachfrage nach dem eigenen Produkt unerwartet einbrechen, wodurch auch der Bedarf nach Vorleistungen Dritter sinkt. Oder die Preise für die zur Produktion des Vertragsgegenstands benötigten Materialien erhöhen sich plötzlich, sodass die Lieferung zu einem Verlustgeschäft würde. 75

146 Reservationsverträge sind bei Neubauten sehr verbreitet, laut einem Artikel auf NZZ Online finden sie bei 90% der Neubauten Verwendung (vgl. JACQUEMART). Die Vertragsgestaltung wird allerdings oft anders aussehen als soeben beschrieben. Häufig wird vereinbart, dass eine Anzahlung im Hinblick auf einen erst später abzuschliessenden Vertrag geleistet wird. Diese soll dem (potentiellen) Verkäufer verbleiben, wenn es im Anschluss nicht zum Abschluss des Kaufvertrags kommt. In solchen Fällen ist die Anzahlung als unechtes Reugeld – weil eine Option zum Abschluss des Hauptvertrags (Kaufsrecht) nicht wahrgenommen wird – oder allenfalls als (echte oder unechte) Konventionalstrafe – weil eine Partei zum beabsichtigten Abschluss des Hauptvertrags nicht Hand bietet – zu qualifizieren (zu unechtem Reugeld sowie zu echter und unechter Konventionalstrafe s. oben Rn 41 ff., Rn 46 ff. und Rn 53 f.).

147 Eine ähnliche Formulierung findet sich in BGer, Urteil 4C.226/1998 vom 24. Februar 2000.

148 Vgl. SORGE, S. 21, mit Bsp.

76 Besonders relevant dürfte dies in volatilen und unberechenbaren Märkten sein. Regelmässig dürfte auch bei Neugründungen ein besonderes Mass an Ungewissheit über die künftige Marktentwicklung bestehen.

77 – Die *eigene Produktion kann Probleme bereiten*, mit dem Ergebnis, dass innert vereinbarter Frist keine zur Vertragserfüllung ausreichende Menge an Produkten hergestellt werden kann. Gründe könnten etwa Ausfälle oder Störungen der Produktionsanlagen sein.

78 In einigen Branchen ist die Ungewissheit über die Produktionsmenge geradezu naturgemäss gegeben. So ist bei wetterabhängigen Branchen oft kaum vorhersehbar, welche Menge produziert und geliefert werden kann.

79 – Eine Partei kann das *Bedürfnis* haben, sich eine *Leistung vorsorglich zu sichern*, obschon sie den definitiven Entscheid für oder gegen den Vertrag erst später, z.B. nach Rücksprache mit einem Dritten[149], treffen kann.

80 In allen erwähnten Fällen geht es der Partei, die sich ein Reurecht einräumen lässt, um die *Reduktion von Unsicherheit*[150] durch Schaffung zusätzlicher Optionen. Die mit dem Geschäftsbetrieb verbundenen Risiken können durch das Reurecht vermindert werden.

81 Allerdings kann die Reuklausel nicht sämtliche Risiken im Zusammenhang mit der Vertragserfüllung abdecken. Insbesondere riskiert eine Partei, welche nicht gewillt ist, einen Vertrag zu erfüllen, die Beeinträchtigung ihrer Reputation, und zwar unabhängig davon, ob sie gestützt auf eine Reuklausel zurücktritt oder den Hauptvertrag aus anderen Gründen nicht erfüllt. Für die anderen Marktteilnehmer dürfte bei der Beurteilung der Zuverlässigkeit eines Akteurs im Vordergrund stehen, ob dieser die versprochene Hauptleistung erbringt. Dass er sich die Nichtleistung allenfalls rechtmässig erkauft hat, wird die Meinung über seine Verlässlichkeit nur unwesentlich verbessern.

82 Nebst der Reduktion von Risiken führt eine Reuklausel tendenziell auch zu *mehr Verhandlungsmacht* des Berechtigten. Unter Umständen kann sich die

149 Als solche Dritte kommen etwa der Ehepartner, die Muttergesellschaft in einem Konzern oder auch ein Auftraggeber in Frage. Ein Beispiel für die letzte Kategorie ist der Klient eines Anwalts. So kommt es vor, dass ein Anwalt einen Vergleichsvertrag zwar unterzeichnet, sich hierbei jedoch den Rücktritt wegen der notwendigen Rücksprache mit seinem Mandanten vorbehält (FIKENTSCHER/HEINEMANN, Rn 530). Ebenfalls zu erwähnen ist der Fall, dass eine Partei nach Vertragsschluss noch die Meinung eines Sachverständigen einholen will und sich deshalb den Rücktritt vorbehält (vgl. HONEGGER, S. 76).

150 S. dazu SORGE, S. 20, der das Reugeld zu den „Instrumente[n] zur Unsicherheitsreduktion" zählt.

Gegenpartei gar veranlasst sehen, für die Nichtausübung des Reurechts eine Entschädigung zu bezahlen[151].

b) Aus **Sicht der Gegenpartei** kann die Gewährung des Reurechts namentlich aus folgenden Gründen interessant sein: 83

– Durch die Einräumung eines Reurechts kann eine zögernde Partei unter Umständen dazu gebracht werden, einen Vertrag zu unterzeichnen[152]. Im Wissen um eine Rücktrittsmöglichkeit sind Marktteilnehmer eher bereit, einen bestimmten Vertrag einzugehen. Tatsächlich zurücktreten wird jedoch regelmässig nur ein geringer Teil der Berechtigten. Das Reurecht dient also als *Marketinginstrument* und steigert den Umsatz. 84

  Am stärksten wirkt ein Reurecht als Marketinginstrument dort, wo eine Partei ein ausgeprägtes Bedürfnis nach Planungssicherheit hat, jedoch über die tatsächliche Beanspruchung der Leistung noch in hohem Masse unsicher ist. Gleichzeitig kann eine Partei das Reurecht umso leichter gewähren, je grösser die Zahl ihrer potentiellen Vertragspartner ist. Kann die zurücktretende Partei ohne weiteres durch einen Dritten ersetzt werden, verliert man durch die Gewährung eines Reurechts kaum etwas. Diese beiden Voraussetzungen sind beispielsweise im Markt für Hotelzimmer in Grossstädten gegeben. Grossstadthotels gewähren denn auch regelmässig vergleichsweise grosszügig Reurechte[153]. 85

– Ist es einer Partei wichtig, selber ein Reurecht zu haben, kann es angezeigt sein, der Gegenpartei ebenfalls ein solches einzuräumen. Die Einräumung des Reurechts an die Gegenpartei fördert deren Bereitschaft, ihrerseits ein Reurecht zuzugestehen. Die Einräumung des Reurechts *sichert* somit *das eigene Reurecht*. 86

– Wird das Reurecht mit einem Reugeld in beträchtlicher Höhe verbunden, kann sich die ausbleibende Vertragserfüllung durch die Gegenpartei als interessante *Einnahmequelle* erweisen. Nach der Rechtsprechung ist ein Reugeld bei erklärtem Rücktritt sowie bei jeder 87

---

151 S. zu solchen Fällen unten Rn 91 ff.

152 Vgl. FIKENTSCHER/HEINEMANN, Rn 530.

153 Der Gast ist auf eine frühzeitige Buchung angewiesen, um sicherzugehen, dass er seine Reise planmässig durchführen kann. Dennoch besteht immer die Möglichkeit, dass sich seine Reisepläne – freiwillig oder unfreiwillig – nachträglich ändern. Für das Hotel spielt es keine entscheidende Rolle, ob ein konkreter Gast erscheint oder nicht. Der konkrete Gast ist bei den hohen Fluktuationen nicht von Bedeutung, die Chance ist sehr hoch, dass sein Platz von einem Dritten eingenommen wird. S. zum Gesagten ROTH, S. 2 ff.

schuldhaften (definitiven) Nichterfüllung geschuldet[154] und ausserdem nicht herabsetzbar[155]. Durch eine Reuklausel kann sich eine Partei somit unter Umständen besser stellen, als wenn sie auf die gesetzlichen Schadenersatzansprüche verwiesen wäre.

88 Solche Folgen sind m.E. allerdings unerwünscht. Die Rechtsprechung ist dementsprechend zu kritisieren[156].

89 c) Ein **gemeinsames Interesse** der Vertragsparteien an der Vereinbarung von Reugeldern liegt darin, dass damit eine *schnelle, einfache und klare Lösung* zur Verfügung steht[157]. Aufwendige Diskussionen – etwa über den Eintritt eines Schadens oder das Verschulden der einen oder anderen Partei – werden hinfällig. Dadurch tragen Reuabreden zur Vermeidung von Streitigkeiten und gerichtlichen Auseinandersetzungen – und der damit verbundenen Kosten – bei.

§ 6 Ökonomische Auswirkungen von Reuklauseln

90 Wurde eine Reuklausel vereinbart, wird das Vermögen zwischen den Parteien unter Umständen anders verteilt, als dies in einem Vertrag ohne entsprechende Vereinbarung der Fall wäre. Nachstehend soll exemplarisch aufgezeigt werden, welche Wirkungen eine Reuklausel in verschiedenen Konstellationen auf die Parteien hat. Ausserdem soll der Frage nachgegangen werden, wie die Zulassung von Reuklauseln aus gesamtwirtschaftlicher Sicht zu bewerten ist.

I. Auswirkungen auf die Parteien

91 Die Auswirkungen einer Reuklausel auf die wirtschaftliche Situation der Parteien sollen nachstehend anhand eines **Beispielfalls** aufgezeigt werden.

154 S. dazu unten Rn 205 ff.
155 S. zur Herabsetzung unten Rn 263 ff.
156 S. dazu unten Rn 209 ff.
157 In BGE 136 III 401, E. 5.2.2 S. 406 stellte das Bundesgericht – allerdings ohne den Begriff Reugeld zu benutzen – ein Vertragsauflösungsrecht gegen Bezahlung eines Reugelds einem unentgeltlichen Auflösungsrecht mit Schadenersatzpflicht (gestützt auf eine analoge Anwendung von Art. 404 Abs. 2 OR) gegenüber und hob dabei zu Gunsten einer Reugeldlösung u.a. deren Einfachheit hervor.

Ausgangslage: V verkauft K ein Gemälde für Fr. 500'000.–. Die Lieferung soll in drei Monaten stattfinden. Es wird davon ausgegangen, dass die Parteien eine vertragsgemässe Erfüllung durchsetzen könnten. Es wird zudem davon ausgegangen, dass Verhandlungen zwischen den Parteien möglich sind und sich diese rational und eigennützig[158] verhalten. Ausserdem wird vereinfachend angenommen, dass K bei einem Drittangebot, das Fr. 500'000.– übersteigt, zum Weiterverkauf des Gemäldes bereit ist[159]. Schliesslich werden die Transaktionskosten – Kosten, die im Zusammenhang mit dem Vertragsschluss anfallen können[160] – vernachlässigt. 92

1. Bei Drittangebot an den Käufer

Zunächst wird aufgezeigt, was geschieht, **wenn dem Käufer** von dritter Seite **ein weiteres Angebot unterbreitet wird**. Dazu werden eine Variante ohne Reuklausel (1a) und eine Variante mit Reuklausel (1b) untersucht. 93

a. Variante ohne Reuklausel

Angenommen, es gelingt K nach Vertragsschluss, aber vor Vollzug des ursprünglichen Geschäfts, einen Kaufinteressenten, X, zu finden. X ist bereit, für das Gemälde einen bestimmten Preis zu bezahlen. In Tabelle 1 wird gezeigt, wer bei welcher Höhe des Angebots von X das Gemälde bekommen wird und wie sich die Vermögenssituation der Beteiligten nach Durchführung der Transaktion präsentiert. 94

Tabelle 1: Vermögensverteilung bei Drittangebot an Käufer, ohne Reuklausel (Variante 1a) 95

(Angaben in Fr.)	***I***	***II***	***III***
Angebot von X	400'000	515'000	600'000
Gemälde geht an	K	X	X
Vermögensstand K	Gemälde	515'000	600'000
Vermögensstand V	500'000	500'000	500'000

158 Dies entspricht der sog. REM-Hypothese (vgl. dazu SCHÄFER/OTT, S. 58 ff.).

159 Dies wird in Wirklichkeit kaum der Fall sein. Der Nutzen, den K aus dem Besitz des Gemäldes erzielt, wird den Gegenwert von Fr. 500'000.– vermutungsweise übersteigen.

160 S. dazu z.B. BASSELER/HEINRICH/UTECHT, S. 25 f.; MANKIW, S. 219.

96 *Erläuterungen*: Die drei dargestellten Angebote stehen stellvertretend für sämtliche möglichen Angebote[161]. – *Zu I*: Das Angebot von X ist zu tief, das Gemälde wird nicht an ihn verkauft. Es bleibt alles so, wie wenn kein Angebot von X vorliegen würde. – *Zu II*: K verkauft das Gemälde an X weiter und erhält dafür Fr. 515'000.–. – *Zu III*: K verkauft das Gemälde an X weiter und erhält dafür Fr. 600'000.–.

b. Variante mit Reuklausel

97 Wiederum wird angenommen, dass es K gelingt, einen Kaufinteressenten X zu finden. Es wird zusätzlich unterstellt, dass die Parteien eine Reuklausel vereinbart haben und sich sowohl V als auch K gegen Zahlung von Fr. 20'000.– vom Vertrag lösen können. In Tabelle 2 wird gezeigt, wer bei welcher Höhe des Angebots von X das Gemälde bekommen wird und wie sich die Vermögenssituation der Beteiligten nach der Transaktion präsentiert. Es wird wiederum von drei Angeboten in derselben Höhe wie bei Variante 1a ausgegangen.

98 *Tabelle 2: Vermögensverteilung bei Drittangebot an Käufer, mit Reuklausel (Variante 1b)*

(Angaben in Fr.)	***I***	***II***	***III***
Angebot von X	400'000	515'000	600'000
Gemälde geht an	K	X	X
Vermögensstand K	Gemälde	515'000	600'000 – a
Vermögensstand V	500'000	500'000	500'000 + a
			(a < 80'000)

99 *Erläuterungen*: *Zu I:* Das Angebot von X ist zu tief, das Gemälde wird nicht an ihn verkauft. Es bleibt alles so, wie wenn kein Angebot von X vorliegen würde. – *Zu II*: K verkauft das Gemälde an X weiter und erhält dafür Fr. 515'000.–. Die Reuklausel hat keinen Einfluss[162]. – *Zu III*: K verkauft das Gemälde an X weiter. V könnte ihm aber drohen, das Gemälde gegen Bezahlung des Reugelds zurückzufordern und so den Weiterverkauf zu verunmöglichen. Damit dies nicht passiert, muss K dem V allenfalls einen Betrag a

[161] Das Angebot von Fr. 400'000.– steht stellvertretend für alle Angebote von X, die unter Fr. 500'000.– liegen, jenes von Fr. 515'000.– stellvertretend für alle Angebote von X, die zwischen Fr. 500'000.– und Fr. 520'000.– liegen, jenes von Fr. 600'000.– stellvertretend für alle Angebote von X, die höher als Fr. 520'000.– sind.

[162] V kann K nicht mit der Ausübung des Reurechts drohen. Diese würde K nämlich besser stellen als der Weiterverkauf an X. V kann daher vom aus dem Weiterverkauf erzielten Erlös nichts abschöpfen.

für den Verzicht auf die Reurechtsausübung bezahlen. Dieser wird zwischen Fr. 0.– und Fr. 80'000.– liegen[163]. Der tatsächlich von K zu bezahlende Betrag hängt von der Verhandlungsstärke der Parteien ab. Es wird darauf ankommen, ob einerseits die Rücktrittsdrohung des V glaubwürdig wirkt – etwa, weil er ein ihm zugegangenes Drittangebot vortäuscht – und ob es anderseits K gelingt, die Reugeldzahlung als für ihn interessant erscheinen zu lassen, d.h. ein vergleichsweise tiefes Angebot des Dritten glaubhaft zu machen.

2. Bei Drittangebot an den Verkäufer

Nun wird angenommen, dass dem **Verkäufer ein zusätzliches Angebot von einem Dritten zugeht**. Wiederum wird eine Variante ohne (2a) und ein Variante mit (2b) Reuklausel untersucht. 100

a. Variante ohne Reuklausel

Angenommen, es gelingt V nach Vertragsschluss, aber vor Vollzug des ursprünglichen Geschäfts, einen weiteren Kaufinteressenten, Y, zu finden. Y ist bereit, für das Gemälde einen bestimmten Preis zu bezahlen. In Tabelle 3 wird gezeigt, wer bei welcher Höhe des Angebots von Y das Gemälde bekommen wird und wie sich die Vermögenssituation der Beteiligten nach der Transaktion präsentiert. Es werden drei Angebote dargestellt, diese stehen stellvertretend für sämtliche möglichen Angebote: Fr. 400'000.–, Fr. 515'000.–, Fr. 600'000.–[164]. 101

Tabelle 3: Vermögensverteilung bei Drittangebot an Verkäufer, ohne Reuklausel (Variante 2a) 102

(Angaben in Fr.)	***I***	***II***	***III***
Angebot von Y	400'000	515'000	600'000
Gemälde geht an	K	Y	Y
Vermögensstand K	Gemälde	500'000 + b	500'000 + c
Vermögensstand V	500'000	515'000 – b	600'000 – c
		(b < 15'000)	(c < 100'000)

163 Die Obergrenze ergibt sich aus der Überlegung, dass K durch den Weiterverkauf an X Fr. 100'000.– erzielen kann. Der angedrohte Rücktritt von V würde ihm demgegenüber Fr. 20'000.– einbringen.

164 S. dazu schon oben Rn 96 und Fn 161.

103 *Erläuterungen: Zu I:* Das Angebot von Y ist zu tief, das Gemälde wird nicht an ihn verkauft. Es bleibt alles so, wie wenn kein Angebot von Y vorliegen würde. – *Zu II*: V bietet K einen Betrag b für den Rückkauf des Gemäldes und verkauft dieses anschliessend an Y. Der Betrag b ist höchstens Fr. 15'000.–, was dem Zusatzerlös aus dem Verkauf an Y entspricht. – *Zu III*: V bietet K einen Betrag c für den Rückkauf des Gemäldes und verkauft dieses anschliessend an Y. Der Betrag c ist höchstens Fr. 100'000.–, was dem Zusatzerlös aus dem Verkauf an Y entspricht.

b. Variante mit Reuklausel

104 Wiederum wird angenommen, dass es V gelingt, einen weiteren Kaufinteressenten Y zu finden. Es wird zusätzlich unterstellt, dass die Parteien eine Reuklausel vereinbart haben und sich sowohl V als auch K gegen Zahlung von Fr. 20'000.– vom Vertrag lösen können. In Tabelle 4 wird gezeigt, wer bei welcher Höhe des Angebots von Y das Gemälde bekommen wird und wie sich die Vermögenssituation der Beteiligten nach der Transaktion präsentiert. Es wird wiederum von drei Angeboten in derselben Höhe wie bei Variante 2a ausgegangen.

105 *Tabelle 4: Vermögensverteilung bei Drittangebot an Verkäufer, mit Reuklausel (Variante 2b)*

(Angaben in Fr.)	***I***	***II***	***III***
Angebot von Y	400'000	515'000	600'000
Gemälde geht an	K	Y	Y
Vermögensstand K	Gemälde	500'000 + d	500'000 + e
Vermögensstand V	500'000	515'000 – d	600'000 – e
		(d < 15'000)	(e < 20'000)

106 *Erläuterungen: Zu I:* Das Angebot von Y ist zu tief, das Gemälde wird nicht an ihn verkauft. Es bleibt alles so, wie wenn kein Angebot von Y vorliegen würde. – *Zu II*: V bietet K einen Betrag d für den Rückkauf des Gemäldes und verkauft dieses anschliessend an Y. Der Betrag d ist hierbei höchstens Fr. 15'000.–. Die Reuklausel ist ohne Einfluss[165]. – *Zu III*: V bietet K einen Betrag e für den Rückkauf des Gemäldes. Der angebotene Betrag ist dabei höchstens Fr. 20'000.–. Alternativ tritt V gestützt auf die Reuklausel zurück. Anschliessend verkauft er das Gemälde an Y.

[165] Der Rücktritt gestützt auf das vertragliche Reurecht würde V Fr. 20'000.– kosten, was mehr ist, als ihm der Verkauf an Y zusätzlich einbringt.

3. Bei Drittangebot an Käufer und Verkäufer

Als dritte Möglichkeit wird nun noch gezeigt, welche Auswirkungen sich ergeben, wenn **sowohl dem Käufer als auch dem Verkäufer Angebote** von Dritten **zugehen**. Wiederum wird ein Fall ohne (3a) und ein Fall mit (3b) Reuklausel unterschieden. 107

a. Variante ohne Reuklausel

Angenommen, beiden Parteien gelingt es nach Vertragsschluss, aber vor Vollzug des ursprünglichen Geschäfts, einen weiteren Kaufinteressenten zu finden, K in der Person von X, V in der Person von Y. Die Interessenten sind dabei bereit, einen bestimmten, in der Tabelle aufgeführten Preis zu bezahlen. In Tabelle 5 wird gezeigt, wer bei welcher Höhe der Angebote von X und Y das Gemälde bekommen wird und wie sich die Vermögenssituation der Beteiligten nach der Transaktion präsentiert. Es werden drei mögliche Kaufangebote von X und Y dargestellt. Die Angebote von X betragen Fr. 510'000.–, Fr. 590'000.– bzw. Fr. 600'000.–, jene von Y betragen Fr. 515'000.–, Fr. 600'000.– bzw. Fr. 590'000.–[166]. 108

Tabelle 5: Vermögensverteilung bei Drittangebot an Käufer und Verkäufer, ohne Reuklausel (Variante 3a) 109

(Angaben in Fr.)	***I***	***II***	***III***
Angebot von X	510'000	590'000	600'000
Angebot von Y	515'000	600'000	590'000
Gemälde geht an	Y	Y	X
Vermögensstand K	500'000 + f	500'000 + g	600'000
Vermögensstand V	515'000 – f	600'000 – g	500'000
	(10'000 < f < 15'000)	(90'000 < g < 100'000)	

Erläuterungen: Zu I: V bietet K einen Betrag f für den Rückkauf des Gemäldes und verkauft dieses anschliessend an Y. Der Betrag f ist mindestens Fr. 10'000.–, aber höchstens Fr. 15'000. –[167]. – *Zu II*: V bietet K einen Betrag g für den Rückkauf des Gemäldes und 110

166 In den hier nicht dargestellten Fällen hat die Tatsache, dass zwei Angebote vorliegen, keinen wesentlichen Einfluss auf das Ergebnis. Dies gilt im Übrigen auch für die nachstehend dargestellte Variante I.

167 Die Situation ist sehr ähnlich zur unter 2. geschilderten Variante II. Einziger Unterschied ist, dass sich der zu bezahlende Mindestbetrag von Fr. 0.– auf Fr. 10'000.–

verkauft dieses anschliessend an Y. Der Betrag g ist mindestens Fr. 90'000.–, aber höchstens Fr. 100'000.–[168]. – *Zu III*: K verkauft das Gemälde an X weiter und erhält dafür Fr. 600'000.–[169].

b. Variante mit Reuklausel

111 Wiederum wird angenommen, dass es beiden Parteien gelingt, einen weiteren Kaufinteressenten zu finden. Es wird zusätzlich unterstellt, dass die Parteien eine Reuklausel vereinbart haben und sich sowohl V als auch K gegen Zahlung von Fr. 20'000.– vom Vertrag lösen können. In Tabelle 6 wird gezeigt, wer bei welcher Höhe der Angebote von X und Y das Gemälde bekommen wird und wie sich die Vermögenssituation der Beteiligten nach der Transaktion präsentiert. Es wird wiederum von drei Angeboten in derselben Höhe wie bei Variante 3a ausgegangen.

112 *Tabelle 6: Vermögensverteilung bei Drittangebot an Käufer und Verkäufer, mit Reuklausel (Variante 3b)*

(Angaben in Fr.)	***I***	***II***	***III***
Angebot von X	510'000	590'000	600'000
Angebot von Y	515'000	600'000	590'000
Gemälde geht an	Y	Y	X
Vermögensstand K	500'000 + h	520'000	600'000 – i
Vermögensstand V	515'000 – h	580'000	500'000 + i
	(10'000 < h < 15'000)		(70'000 < i < 80'000)

113 *Erläuterungen: Zu I:* V bietet K einen Betrag h für den Rückkauf des Gemäldes und verkauft dieses anschliessend an Y. Der Betrag h ist hierbei mindestens Fr. 10'000.–, aber höchstens Fr. 15'000.–. Die Reuklausel bleibt ohne Einfluss. – *Zu II*: V übt sein Reurecht aus und verkauft das Gemälde anschliessend an Y. K erhält das Reugeld von Fr. 20'000.–, V fliessen die Fr. 600'000.– des Verkaufspreises abzüglich des zu zahlen-

erhöht. K fordert diesen Betrag, da er bei einem Verkauf an X einen entsprechenden Gewinn erzielen könnte, und er nur zur Rückgabe des Gemäldes an V bereit ist, wenn ihn dies besser stellt als der Verkauf an X.

168 K könnte durch den Verkauf an X einen Gewinn von Fr. 90'000.– erzielen. Diesen Betrag muss ihm V mindestens anbieten, damit er das Gemälde zurückgibt. Der Gewinn, den V durch den Verkauf an Y erzielt, bildet die Obergrenze der möglichen Entschädigung.

169 V könnte K für den Rückkauf des Gemäldes höchstens Fr. 590'000.– anbieten. Dies ist weniger, als K durch den Verkauf an X erhalten kann.

den Reugelds zu[170]. – *Zu III*: K verkauft das Gemälde an X weiter. V droht ihm aber, das Gemälde gegen Bezahlung des Reugelds zurückzufordern und seinerseits an Y zu verkaufen. Um dies zu vermeiden, muss K dem V einen Betrag i für den Verzicht auf die Reurechtsausübung bezahlen. Dieser Betrag wird zwischen Fr. 70'000.– und Fr. 80'000.– liegen[171].

4. Ergebnis

1. **Einfluss der Reuklausel auf Vermögensverteilung unter den Parteien.** – a) Aus den obigen Beispielen ergibt sich, dass eine Reuklausel die Vermögenssituation der Beteiligten im Vergleich zu einer Situation ohne entsprechende Klausel **wesentlich verändern** kann. Dies namentlich dann, wenn der durch einen Weiterverkauf an einen Dritten erzielbare Gewinn das vereinbarte Reugeld übersteigt[172]. In diesem Fall ist zu unterscheiden, ob das höhere Angebot des Dritten dem Käufer oder dem Verkäufer unterbreitet wurde. Ging das Angebot des Dritten an den Käufer, führt die Reuklausel dazu, dass dieser einen grossen Teil seines aus dem Weiterverkauf erzielten Gewinns an den Verkäufer abgeben muss, während jener ansonsten keine Ansprüche geltend machen könnte. Wurde das höhere Angebot des Dritten dem Verkäufer unterbreitet, hat die Reuklausel die Wirkung, dass dieser dem Käufer höchstens das Reugeld bezahlen muss, während er ohne Reuklausel regelmässig einen weitaus grösseren Anteil des aus dem Verkauf an den Dritten erzielbaren Gewinns abgeben müsste. 114

b) Zur Verdeutlichung wird der Einfluss einer Reuklausel auf das Vermögen der beteiligten Parteien nochmals in einer Übersicht dargestellt. Dabei wird nur auf die Extremfälle eingegangen, in denen die Vermögensverteilung durch die Reuabrede wesentlich beeinflusst wird. Zur besseren Illust- 115

170 Eine Verhandlung ist von vornherein aussichtslos, da K für den Verzicht auf sein Geschäft mit X mindestens Fr. 90'000.– fordern würde. V wird daher das Reurecht ausüben.

171 V würde durch Ausübung seines Reurechts und anschliessenden Verkauf an Y einen zusätzlichen Verkaufserlös von Fr. 90'000.– erzielen. Dafür hätte er K mit Fr. 20'000.– für den Rücktritt zu entschädigen. Netto verblieben ihm also Fr. 70'000.–. Diese Summe wird er von K mindestens für den Verzicht auf die Reurechtsausübung verlangen. K seinerseits kann durch den Weiterverkauf an X Fr. 100'000.– erzielen. Der Rücktritt von V würde ihm Fr. 20'000.– einbringen. Er ist somit bereit, maximal Fr. 80'000.– dafür zu bezahlen, dass V nicht zurücktritt.

172 Liegt das Angebot des Dritten unter dem Angebot des Erstkäufers oder ist das Angebot des Dritten zwar höher als jenes des ursprünglichen Käufers, die Differenz jedoch geringer als das vereinbarte Reugeld, beeinflusst die Reuklausel die Vermögensverteilung nicht (s. die vorstehenden Ausführungen und die Tabellen 1-6).

ration wird dort, wo Verhandlungen zwischen den Parteien stattfinden, ein bestimmtes Verhandlungsergebnis angenommen. Unterstellt wird, dass sich die Parteien jeweils in der Mitte des ihnen verbleibenden Verhandlungsspielraums einigen. Im Übrigen werden die Annahmen des Ausgangsfalles übernommen[173].

116 *Tabelle 7: Auswirkungen der Reuklausel auf die Vermögensverteilung zwischen Käufer und Verkäufer bei Vorliegen von Drittangeboten (Beispiele)*

Angebote X/Y (in Fr.)	***Vermögen K***		***Vermögen V***	
	Ohne Reuklausel	*Mit Reuklausel*	*Ohne Reuklausel*	*Mit Reuklausel*
X: 600'000; Y: 0[174]	600’000	560’000	500’000	540’000
X: 0; Y: 600’000[175]	550’000	510’000	550’000	590’000
X: 600'000; Y: 590’000[176]	600’000	525’000	500’000	575’000
X: 590'000; Y: 600'000[177]	595’000	520’000	505’000	580’000

117 c) Der Einfluss einer Reuklausel ist vor allem dann gross, wenn sich die **Angebote des ursprünglichen Käufers und des Dritten stark unterscheiden**. In Märkten mit vielen Anbietern und Nachfragern, wo starker Wettbewerb herrscht und wo demnach die Angebote aller Marktteilnehmer vergleichsweise nahe beieinander liegen, wirkt sich die Reuklausel dagegen nur unmerklich auf die Vermögensverhältnisse der Parteien aus. Solche Märkte dürften der Regelfall sein[178], worüber die vorstehenden Berechnungen nicht hinwegtäuschen sollen.

173 S. dazu oben Rn 92.
174 S. oben Tabellen 1 und 2, Beispiel III.
175 S. oben Tabellen 3 und 4, Beispiel III.
176 S. oben Tabellen 5 und 6, Beispiel III.
177 S. oben Tabellen 5 und 6, Beispiel II.
178 Vgl. MANKIW, S. 66.

2. Während der Einfluss der Reuklausel auf die Vermögensverteilung erheblich sein kann, hat sie **keinerlei Einfluss darauf, wer den Kaufgegenstand am Ende bekommt**. Dies ist – unter den getroffenen Annahmen – mit oder ohne Gewährung eines Reurechts immer diejenige Partei, welche die höchste Zahlungsbereitschaft für das Produkt aufweist. 118

3. **Reurecht bevorteilt je nach Situation Verkäufer oder Käufer**. Im hier diskutierten Beispiel dient die Reuklausel – obschon sie zu Gunsten beider Parteien vereinbart wurde – letztlich nur den Interessen des Verkäufers. Plant der Käufer einen Weiterverkauf, so ist ihm die Aufnahme einer Reuklausel in den Vertrag daher in der Regel nicht zu empfehlen. Hingegen ist eine Reuklausel aus Käufersicht dann interessant, wenn er für dasselbe oder ein ähnliches, von ihm ebenfalls gewünschtes Produkt nachträglich ein günstigeres Angebot zu erhalten hofft. Tritt dieser Fall ein, kommt die ganze Ersparnis durch das Drittangebot abzüglich des Reugelds dem Käufer zu. Andernfalls müsste er dem Verkäufer für den Rücktritt möglicherweise eine viel höhere Summe bezahlen. 119

Beispiel: V verkauft dem K ein Rennboot für Fr. 150'000.–, das gegenseitige Reugeld beträgt Fr. 10'000.–. Eine Woche später wird K von einem Dritten (D) ein vergleichbares Boot zum Preis von Fr. 110'000.– angeboten. Er kann nun in Ausübung des Reurechts zurücktreten und muss für das Boot insgesamt Fr. 120'000.– (Fr. 110'000.– Kaufpreis + Fr. 10'000.– Reugeld an V) aufwenden. Ohne Reuklausel müsste er mit V über den Rücktritt verhandeln. Er wäre dabei bereit, für den Rücktritt bis zu Fr. 40'000.– zu bezahlen[179]. In welcher Höhe er V tatsächlich entschädigen müsste, hinge von den Verhandlungen ab. Dabei käme es auf die Verhandlungsstärke der Parteien an und beispielsweise auch darauf, ob V für das Boot einen anderen Käufer finden könnte und welchen Preis jener zu bezahlen bereit wäre. Allenfalls würde V auch auf der korrekten Vertragsdurchführung bestehen[180]. 120

5. Einschränkungen

In diesem Kapitel wurden einige Vereinfachungen vorgenommen und verschiedene Aspekte ausgeblendet. So wurde etwa unterstellt, dass die mit der Gewährung des Reurechts an die Gegenpartei einhergehende Unsicherheit für beide Parteien durch den Bestand des eigenen Reurechts aufgewogen 121

179 Dieser Betrag entspricht der Preisdifferenz der Angebote von V und von D. Bis zu diesem Betrag wäre der Rücktritt für K attraktiver als das Festhalten am Vertrag mit V, denn der Kauf bei D würde ihn trotz Bezahlung einer Entschädigung an V insgesamt günstiger kommen.

180 Dies namentlich dann, wenn V keinen Drittkäufer finden würde oder dieser nur bereit wäre, ihm weniger als Fr. 110'000.– zu bezahlen.

wird. Die Reuklausel hatte somit keinen Einfluss auf den Transaktionspreis. In Wirklichkeit dürfte die Tatsache, dass eine Partei ein Reurecht hat, den Kaufpreis erheblich beeinflussen. Namentlich diejenige Partei, für welche das Reurecht weniger Vorteile bringt[181], wird eine Preisänderung zu ihren Gunsten durchsetzen wollen[182].

122 Ebenfalls unterstellt wurde, dass der Nutzen des Gemäldes dem dafür bezahlten Geldwert entspricht, dass keine Transaktionskosten entstehen und dass sich die Parteien rational verhalten. Eine Anpassung dieser Annahmen würde auch die Resultate verändern[183], allerdings wohl nicht grundlegend.

123 Zu betonen ist überdies noch einmal, dass sich die hier gezeigten Wirkungen in Wirklichkeit kaum in diesem Ausmass zeigen werden, namentlich, weil die Zahlungsbereitschaft der Marktteilnehmer für ein bestimmtes Produkt normalerweise relativ ähnlich ist[184]. Auch ist darauf hinzuweisen, dass der Reuberechtigte trotz der hier gezeigten, für ihn vorteilhaften Auswirkungen der Reuklausel in gewissen Situationen Schutz verdienen kann[185].

II. Auswirkungen aus gesamtwirtschaftlicher Sicht

124 1. **Geringe Auswirkungen auf die Gesamtwohlfahrt**. Aus gesamtwirtschaftlicher Sicht tragen Reuklauseln dazu bei, Streitigkeiten und Gerichtsprozesse zu vermeiden. Damit senken sie die volkswirtschaftlichen Gesamtkosten, was positiv zu bewerten ist. Im Übrigen sind die gesamtwirtschaftlichen Auswirkungen einer Reuklausel vermutungsweise aber gering. Reuklauseln wirken sich nur auf die Verteilung des Vermögens unter den Parteien aus. Hingegen haben sie keinen entscheidenden Einfluss auf die Höhe des bei den Beteiligten gesamthaft vorhandenen Vermögens[186]. Reuklauseln wirken sich demnach vor allem auf die *Verteilung* der Gesamt-

181 Im Beispiel von Rn 91 ff. wäre dies der Käufer, im Beispiel von Rn 120 der Verkäufer.

182 Die Gegenpartei muss also regelmässig eine Prämie bezahlen. Zur Prämie sowie zur Abgrenzung von Prämie und Reugeld s. oben Rn 38 ff.

183 Als Beispiel seien die Transaktionskosten aufgegriffen: Höhere Verhandlungskosten würden dazu führen, dass der Verkäufer schneller von seinem Reurecht Gebrauch machen würde statt zu verhandeln, um das Gemälde für den Verkauf an einen Dritten zurückzuerlangen.

184 S. schon oben Rn 117, m.Hw.

185 S. dazu unten Rn 278 f.

186 S. dazu die Berechnungen oben I., namentlich die Tabellen 1-7.

wohlfahrt aus, führen aber weder zu Wohlfahrtsgewinnen noch zu Wohlfahrtsverlusten.

2. Die gesetzliche **Zulassung von Reuklauseln** ist aus gesamtwirtschaftlicher Sicht **dennoch ohne weiteres zu begrüssen**. Das Prinzip der Vertragsfreiheit[187] gebietet es, den Parteien auch hinsichtlich zusätzlicher Rücktrittsmöglichkeiten möglichst grosse Freiheiten zu belassen. Die Vertragsparteien werden nämlich nur dann ein Reugeld abmachen, wenn ihnen dies als vorteilhaft erscheint. *Für die konkreten Vertragspartner* ist die Reuklausel also *immer mit irgendeinem Zusatznutzen verbunden*[188]. Die Möglichkeit, diesen Nutzen zu realisieren, sollte ihnen offen gehalten werden. Dies jedenfalls, solange nicht die Interessen Dritter oder der Schutz einer der beiden Vertragsparteien ein Einschreiten nötig machen[189]. 125

Demgegenüber lässt sich kaum abschätzen, ob eine generelle gesetzliche Einräumung eines Reurechts an die Vertragsparteien gesamtwirtschaftlich vorteilhaft wäre. Ob ein dadurch gestifteter Nutzen die geschaffenen Nachteile, namentlich die Unsicherheit über die Vertragserfüllung der Gegenpartei, aufwiegen könnte, ist nur schwer zu beurteilen, muss m.E. aber eher bezweifelt werden[190]. 126

§ 7 Gesetzliche Reurechte

Reurechte können nicht nur durch Vertrag entstehen, sondern auch gesetzlich vorgesehen werden. Gesetzliche Reurechte im engeren Sinn, d.h. willkürliche *Rücktritts*rechte, sind allerdings selten. Ein solches liegt nach der hier vertretenen Auffassung immerhin beim Vorauszahlungsvertrag vor (vgl. Art. 227f OR). Häufiger sind willkürliche andere Vertragsauflösungsrechte, d.h. gesetzliche Reurechte im weiteren Sinne. So besteht bei sog. 127

187 S. zur ökonomischen Funktion der Vertragsfreiheit SCHÄFER/OTT, S. 393 f.

188 Vgl. SCHÄFER/OTT, S. 393.

189 In solchen Fällen können die Schranken der Vertragsfreiheit Abhilfe schaffen, so etwa Art. 19/20 OR oder Art. 27 ZGB.

190 SORGE, S. 73 ff. hat ein Szenario entwickelt, anhand dessen er (u.a.) die Effizienz von Reuklauseln bewerten wollte. Die Beteiligten handelten im Szenario mit Blumen, wobei namentlich das nur beschränkt vorhersehbare Wetter entscheidenden Einfluss auf die Entwicklung von Angebot und Nachfrage hatte. In einer Modellvariante besassen die Käufer jeweils ein generelles, offenbar kostenpflichtiges Reurecht. SORGE stellte fest, dass der Einsatz von Reuklauseln „nur unter engen Voraussetzungen" (DERS., S. 106) sinnvoll sei, bemerkte aber gleichzeitig, dass sich ihr Einsatz im Modell bei gewissen Parameterkombinationen als gesamtwirtschaftlich vorteilhaft erwiesen habe (DERS., S. 111).

Haustürgeschäften für beschränkte Zeit ein gesetzliches Widerrufsrecht (vgl. Art. 40a ff. OR), ebenso beim Vorauszahlungsvertrag (vgl. Art. 227a Abs. 2 Ziff. 7 OR) und beim Auftrag zur Ehe- oder Partnerschaftsvermittlung (vgl. Art. 406e OR)[191]. Ausserdem bestehen verschiedene willkürliche Kündigungsrechte, so z.B. im Werkvertrags- und Auftragsrecht (vgl. Art. 377 und Art. 404 OR).

128 Wo das Gesetz ein Reurecht gewährt, regelt es auch die Entschädigungsfolge für dessen Ausübung und bestimmt darüber, ob und inwiefern von der gesetzlich vorgesehenen Entschädigungsordnung abgewichen werden darf[192].

129 Nachstehend sollen einige gesetzliche Reurechte vorgestellt werden:

130 1. **Das Rücktrittsrecht von Art. 227f OR**. An erster Stelle zu nennen ist das willkürliche Rücktrittsrecht beim Vorauszahlungsvertrag[193]. Art. 227f Abs. 1 OR hält fest, dass der Käufer einen überjährigen[194] oder auf unbestimmte Zeit abgeschlossenen Vorauszahlungsvertrag jederzeit voraussetzungslos kündigen kann, falls noch kein Abruf der Ware stattgefunden hat. Da es nach erklärter „Kündigung" zur Rückabwicklung des Vertrags kommt[195], ist von einem Rücktrittsrecht auszugehen[196].

---

191 Der Begriff des Widerrufsrechts wird nicht einheitlich verwendet. In dieser Arbeit wird von Widerruf gesprochen, wenn eine Willenserklärung (namentlich Antrag oder Annahme) widerrufen wird (s. oben Rn 15, m.Hw.).

192 Unbekannt sind dem schweizerischen Recht hingegen Bestimmungen, welche kein Reurecht begründen, sondern nur für den Fall, dass vertraglich ein Reurecht eingeräumt wird, dessen Entschädigungshöhe (Reugeld) regeln wollen.

193 Der Vorauszahlungsvertrag hat seine praktische Bedeutung seit längerem eingebüsst (vgl. etwa BUCHER, OR BT, S. 133; GUHL/KOLLER, § 41 Rn 107; HONSELL, S. 187). Derzeit ist eine parlamentarische Initiative hängig, die auf die Aufhebung der Art. 227a ff. OR abzielt (Geschäft 07.500: parlamentarische Initiative Stähelin: Aufhebung der Bestimmungen zum Vorauszahlungsvertrag).

194 Zur Unterscheidung von unterjährigen und überjährigen Verträgen s. STOFER, S. 178 ff.; ferner GIGER, BerK, N 5 zu Art. 227f OR, der die Unterscheidung kritisiert.

195 Vgl. die Botschaft des Bundesrates vom 26. Januar 1960 betreffend den Entwurf zu einem Bundesgesetz über den Abzahlungs- und den Vorauszahlungsvertrag, BBl 1960 I, S. 523 ff., S. 580; MAHNIG, S. 65; STOFER, S. 205.

196 Von einem Rücktrittsrecht geht auch KOLLER, OR AT, § 80 Rn 10, Rn 12 aus; ausdrücklich für ein Kündigungsrecht hingegen GIGER, BerK, N 8 zu Art. 227f OR. In der Botschaft wird die gewählte Terminologie wie folgt begründet: „Eine Kündigung hebt an sich lediglich die zukünftigen Wirkungen des Vertrages auf. Da aber beim langfristigen Vorauszahlungsvertrag der Vorauszahler im Falle einer Auflösung nach Art. 227f dem Verkäufer einen beträchtlichen Teil seiner Vorauszahlungen überlassen muss und oft auch schon ein Teilbezugsrecht ausgeübt hat, dürfte

Für die Ausübung des Reurechts kann vertraglich ein Reugeld vorgesehen werden. Dessen Höhe wird vom Gesetz begrenzt, es darf „2 ½ bzw. 5 Prozent der Gesamtforderung des Verkäufers nicht übersteigen und höchstens 100 bzw. 250 Franken betragen, je nachdem, ob die Kündigung innert Monatsfrist seit Vertragsabschluss oder später erfolgt“ (Art. 227f Abs. 2 OR)[197]. 131

Keine Entschädigung kann gefordert werden, wenn der Vertrag aus im Gesetz aufgezählten „wichtigen Gründen“ wie z.B. Tod oder dauernde Erwerbsunfähigkeit des Käufers aufgelöst wird (Art. 227f Abs. 3 OR)[198]. Diese Aufzählung wird in der Lehre als abschliessend bezeichnet[199]. Damit kann allerdings nur gemeint sein, dass die Auflösung aus den in Art. 227f Abs. 3 OR genannten Gründen zwingend entschädigungsfrei ist. Hingegen muss die Vertragsauflösung aus anderen wichtigen Gründen ebenfalls zulässig sein[200]. Liegen in Art. 227f Abs. 3 OR nicht genannte wichtige Gründe vor, ist die Auflösung aber nicht zwingend entschädigungsfrei, vielmehr bestimmen sich die Folgen regelmässig nach Ermessen des Richters[201]. 132

2. **Widerrufsrechte**. Bei diversen Geschäftsarten gewährt das Gesetz während sieben Tagen ein entschädigungsloses Widerrufsrecht: Bei „Haustürgeschäften“ i.S.v. Art. 40a ff. OR[202] (vgl. Art. 40e Abs. 2, 40f Abs. 4 OR), beim Vorauszahlungsvertrag (vgl. Art. 227a Abs. 7 OR) und beim Auftrag zur Ehe- oder Partnerschaftsvermittlung (vgl. Art. 406e OR)[203]. Diese Wi- 133

---

197 das Wort ‚Kündigung’ kaum zu beanstanden sein …“ (Botschaft zum Abzahlungs- und Vorauszahlungsvertrag, zit. Fn 195, S. 579). Die Bestimmung soll sicherstellen, dass der Verkäufer für seine Unkosten im Zusammenhang mit dem Vertragsabschluss ausreichend entschädigt wird, ohne aber den Käufer übermässig schwer zu belasten (s. die Botschaft zum Abzahlungs- und Vorauszahlungsvertrag, zit. Fn 195, S. 580). Dieses Ziel wurde indessen kaum erreicht (vgl. CAVIN, S. 171 f.).

198 In den in Art. 227f Abs. 3 OR genannten Fällen erscheint die Auferlegung eines Reugelds als ungerechtfertigt. Zur ratio legis von Art. 227f Abs. 3 OR s. die Botschaft zum Abzahlungs- und Vorauszahlungsvertrag, zit. Fn 195, S. 581 sowie STOFER, S. 206.

199 Vgl. GIGER, BerK, N 10 zu Art. 227f OR.

200 Die Möglichkeit, einen Vertrag aus wichtigem Grund aufzulösen, ist ein allgemeiner Grundsatz, der bei sämtlichen Verträgen – und damit auch beim Vorauszahlungsvertrag – zur Anwendung kommt (so insbesondere KOLLER, OR AT, § 29 Rn 3, mit Hinweisen auf abweichende Auffassungen).

201 Vgl. KOLLER, OR AT, § 29 Rn 73. Allgemein zur Vertragsauflösung aus wichtigem Grund VENTURI-ZEN-RUFFINEN, Rn 1272 ff. Für einen besonderen wichtigen Grund s. noch unten Rn 347 ff.

202 Zum Begriff der Haustürgeschäfte s. etwa KOLLER, OR AT, § 7 Rn 71; BRUNNER, S. 202 f.; DORNIER, ZürK, N 31 ff. zu Art. 40a OR.

203 Art. 406e OR spricht zwar von einem Rücktrittsrecht; nach h.L. handelt es sich jedoch um ein Widerrufsrecht (vgl. etwa HONSELL, S. 361; KOLLER, OR AT, § 7

derrufsrechte sind zwingend[204] und bestehen nur zu Gunsten der schwächeren Partei[205], die im Vertrag schriftlich auf ihr Recht hingewiesen werden muss[206].

134 Unterschiede bestehen hinsichtlich der Rechtsfolgen, welche die Unterlassung der ordnungsgemässen schriftlichen Belehrung nach sich zieht. Während bei Haustürgeschäften der Vertrag gültig ist, jedoch die Widerrufsfrist nicht zu laufen beginnt[207], hat eine unterlassene Belehrung beim Vorauszahlungsvertrag und beim Auftrag zur Ehe- oder Partnerschaftsvermittlung die Nichtigkeit des Vertrags zur Folge[208].

135 3. **Kündigungsrechte**. Das Gesetz ermöglicht an verschiedenen Stellen die sofortige und willkürliche Auflösung des Vertrags mit Wirkung ex nunc. Entsprechende willkürliche Kündigungsrechte bestehen namentlich im Werkvertrags- sowie im Auftragsrecht[209].

136 a) Beim *Werkvertrag* ist der Besteller bis zur Vollendung des Werks berechtigt, den Vertrag „gegen volle Schadloshaltung des Unternehmers", d.h.

Rn 68; PIETRUSZAK, BasK, N 11 zu Art. 406e OR; SCHWENZER, Rn 28.75; *a.M.* GUHL/SCHNYDER, § 50 Rn 36).

204 Für die Haustürgeschäfte s. KUT/SCHNYDER, ZürKurzK, N 9 zu Art. 40a-g OR, m.w.Hw. Für den Vorauszahlungsvertrag und den Auftrag zur Ehe- oder Partnerschaftsvermittlung ergibt sich der zwingende Charakter unmissverständlich aus dem Wortlaut der einschlägigen Bestimmungen (s. Art. 227a Abs. 2 OR bzw. Art. 406d und 406e OR).

205 Bei Haustürgeschäften ist dies der Kunde, beim Vorauszahlungsvertrag der Käufer, beim Auftrag zur Ehe- oder Partnerschaftsvermittlung der Auftraggeber.

206 S. Art. 40d OR für die Haustürgeschäfte, Art. 227a Abs. 2 OR für den Vorauszahlungsvertrag sowie Art. 406d Ziff. 5 OR für den Auftrag zur Ehe- oder Partnerschaftsvermittlung. Für weitere Einzelheiten zu den Widerrufsrechten sei auf die einschlägige Kommentarliteratur verwiesen.

207 DORNIER, ZürK, N 103 zu Art. 40d OR; GONZENBACH/KOLLER-TUMLER, BasK, N 4 zu Art. 40d OR. Sobald eine korrekte Belehrung erfolgt ist, wird die Widerrufsfrist in Gang gesetzt (DORNIER, ZürK, N 104 zu Art. 40d OR). Nach einer Lehrmeinung kann der Fristenlauf allerdings nicht unendlich hinausgeschoben werden, vielmehr soll eine absolute Verwirkungsfrist von zehn Jahren gelten (s. DORNIER, Diss., Rn 474 ff.; DERS., ZürK, N 106 zu Art. 40d OR).

208 Für den Vorauszahlungsvertrag s. Art. 227a Abs. 2 OR; ferner GIGER, BerK, N 14 zu Art. 227a OR; TERCIER/FAVRE, Rn 1432; für den Auftrag zur Ehe- oder Partnerschaftsvermittlung s. Art. 406d OR; ferner PIETRUSZAK, BasK, N 19 zu Art. 406d OR; TERCIER/FAVRE, Rn 5504.

209 Ausserdem sieht das Gesetz bei zahlreichen unbefristeten Dauerverträgen – grundsätzlich – voraussetzungslose Kündigungsrechte vor, so etwa im Arbeits- oder Mietvertragsrecht (vgl. Art. 335 ff. OR und Art. 266a ff. OR). Immerhin sind bei diesen Kündigungen aber Fristen zu beachten. Ausserdem darf eine Kündigung nicht gänzlich willkürlich erfolgen; vielmehr gilt es Ausschlussgründe zu beachten (s. etwa Art. 336, 336c, 336d OR; Art. 271 ff. OR). Auf diese ordentlichen Kündigungsrechte wird nachstehend nicht näher eingegangen.

gegen Ersatz des positiven Vertragsinteresses[210], jederzeit zu kündigen[211] (Art. 377 OR). Nach überwiegender Auffassung ist die besagte Vorschrift dispositiver Natur[212], die Gegenauffassung hält sie für zwingend[213]. Das Bundesgericht hat sich für Dispositivität ausgesprochen, soweit die Schadenersatzpflicht zur Diskussion steht[214], jedoch keine Stellung zur Frage genommen, ob auch eine Einschränkung des Kündigungsrechts vereinbart werden darf[215].

Auf keinen Fall eingeschränkt werden darf – selbstverständlich – das Recht des Bestellers, den Vertrag aus wichtigem Grund zu kündigen[216]. In solchen Fälle bleibt Art. 377 OR nach der hier vertretenen Auffassung allerdings aus dem Spiel[217]. Die Entschädigungsfolgen bestimmen sich nach allgemeinen Grundsätzen zur Vertragsauflösung aus wichtigem Grund, und damit regelmässig nach Ermessen des Richters[218]. 137

b) Art. 404 Abs. 1 OR sieht beim einfachen *Auftrag* ein jederzeitiges Kündigungsrecht[219] für beide Parteien vor. Die entsprechende Bestimmung ist 138

210 Vgl. ZINDEL/PULVER, BasK, N 15 zu Art. 377 OR, m.w.Hw.

211 Entgegen dem Gesetzestext handelt es sich nicht um ein Rücktritts-, sondern um ein Kündigungsrecht (BGE 117 II 273, E. 4a; GAUCH, Werkvertrag, Rn 528; ZINDEL/PULVER, BasK, N 11 zu Art. 377 OR; BÜHLER, ZürK, N 7 zu Art. 377 OR).

212 So z.B. GAUCH, Werkvertrag, Rn 582 ff.; BÜHLER, ZürK, N 8 ff. zu Art. 377 OR; SCHMID/STÖCKLI, Rn 1822; ZINDEL/PULVER, BasK, N 20 zu Art. 377 OR.

213 So z.B. GAUTSCHI, BerK, N 10 zu Art. 377 OR; TERCIER, BR 1983, S. 16 (für Dispositivität nun aber TERCIER/FAVRE, Rn 4800).

214 Dies ergibt sich aus einem unveröffentlichten Teil von BGE 114 II 53 ff. = Pra 1988 Nr. 173, wiedergegeben bei GAUCH, Totalunternehmervertrag, S. 40 Fn 18. Allerdings hat das Bundesgericht die Frage, ob Art. 377 OR zwingendes oder dispositives Recht enthält, in BGE 117 II 273, E. 4a wieder ausdrücklich offen gelassen, d.h. auch mit Bezug auf die Schadenersatzpflicht.

215 Vgl. MABILLARD, S. 557; ZINDEL/PULVER, BasK, N 20 zu Art. 377 OR.

216 Vgl. z.B. BÜHLER, ZürK, N 11 zu Art. 377 OR; GAUCH, Werkvertrag, Rn 583; ZINDEL/PULVER, BasK, N 20 zu Art. 377 OR.

217 Ebenso bereits KOLLER, BerK, N 169 zu Art. 363 OR. Die Vertragsauflösung aus wichtigem Grund ist ein allgemeines, ungeschriebenes Recht, das bei sämtlichen Verträgen besteht (vgl. KOLLER, OR AT, § 29 Rn 3). Für eine (teilweise) Anwendung von Art. 377 OR demgegenüber etwa GAUCH, Werkvertrag, Rn 567 f.; ZINDEL/PULVER, BasK, N 9 zu Art. 377 OR, je m.w.Hw. Nach einer dritten Auffassung (z.B. GAUTSCHI, BerK, N 6 zu Art. 377 OR, N 7 zu Art. 378/379 OR) soll die Auflösung eines Werkvertrags aus wichtigem Grund dem Art. 378 OR unterstellt sein. Das Bundesgericht hat die Frage, ob die Vertragsauflösung aus wichtigem Grund ein zusätzliches Recht darstellt, das neben die gesetzlichen Kündigungsrechte tritt, bisher offengelassen (vgl. BGE 117 II 273, E. 4a).

218 S. dazu allgemein KOLLER, OR AT, § 29 Rn 73. Entscheidend ist die Art des wichtigen Grundes. Für einen besonderen wichtigen Grund s. noch unten Rn 347 ff.

219 Die Terminologie des Art. 404 OR ist nicht gänzlich geglückt, nach h.L. liegt auf Seiten des Auftraggebers ein Widerruf vor, während der Beauftragte den Auftrag

nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung zwingend[220]. Eine Entschädigung kann nur gefordert werden, wenn eine Auflösung „zur Unzeit“[221] erfolgt[222].

139 Art. 404 OR gilt aufgrund von Verweisnormen auch bei verschiedenen anderen Verträgen, so etwa bei der Kommission (vgl. Art. 425 Abs. 2 OR), beim Mäklervertrag (vgl. Art. 412 Abs. 2 OR) und beim Auftrag zur Ehe- oder Partnerschaftsvermittlung (vgl. Art. 406a Abs. 2 OR). Bei letzterem allerdings mit Besonderheiten: Einerseits muss die Kündigung schriftlich erfolgen (vgl. Art. 406f OR[223]), anderseits führt ein unterbliebener Hinweis auf das jederzeitige Kündigungsrecht zur Nichtigkeit des gesamten Vertrags (vgl. Art. 406d Ziff. 7 OR)[224].

kündigt (vgl. FELLMANN, BerK, N 16 zu Art. 404 OR; WEBER, BasK, N 2 zu Art. 404 OR). Der Widerruf ist jedoch ebenfalls als (fristlose) Kündigung zu verstehen. Für Einzelheiten s. FELLMANN, BerK, N 11 ff. zu Art. 404 OR.

220 Vgl. z.B. BGE 115 II 464, E. 2; BGer, Urteil 4A_437/2008 vom 10. Februar 2009, E. 1.4. Der zwingende Charakter wird in der Lehre verbreitet kritisiert, s. stellvertretend FELLMANN, BerK, N 115 ff. zu Art. 404 OR; HONSELL, S. 338 f. Weitere Hw. im zitierten Urteil 4A_437/2008, E. 1.5 und bei FELLMANN, BerK, N 121 ff. vor Art. 394-406 OR, N 104 ff. zu Art. 404 OR.

221 Art. 404 Abs. 2 OR; zum Begriff der „Unzeit“ s. z.B. FELLMANN, BerK, N 53 ff. zu Art. 404 OR; WEBER, BasK, N 16 zu Art. 404 OR.

222 Vgl. WEBER, BasK, N 14 ff. zu Art. 404 OR.

223 Ob die Schriftform Gültigkeits- oder blosse Ordnungsvorschrift ist, ist umstritten (vgl. TERCIER/FAVRE, Rn 5528 f., m.w.Hw.).

224 Vgl. PIETRUSZAK, BasK, N 19 zu Art. 406d OR; TERCIER/FAVRE, Rn 5504.

2. Kapitel: Die Reuklausel

Die Reuklausel – mit ihren beiden Elementen Reurechts- und Reugeldvereinbarung – steht im Zentrum dieser Arbeit. Die folgenden Paragraphen behandeln diese Vereinbarung von ihrem Abschluss bis zu ihrem Untergang. An erster Stelle werden *Abschluss und Gültigkeitsvoraussetzungen* von Reuklauseln diskutiert (§ 8). Danach wird die Situation nach Abschluss der Reuklausel dargestellt. Der Vertrag befindet sich in einem Schwebezustand, welcher durch den Entscheid über sein Schicksal beendet wird. Zunächst wird aufgezeigt, wie der *Entscheid über das Vertragsschicksal* herbeigeführt werden kann (§ 9). Anschliessend wird erläutert, wie sich die *Rechtslage nach dem Entscheid* präsentiert (§ 10). 140

§ 8 Abschluss und Gültigkeitserfordernisse der Reuklausel

Für den Abschluss der Reuklausel gelten die allgemeinen Vertragsabschlusserfordernisse (Art. 1 ff. OR). Ausserdem haben die Parteien die allgemeinen Gültigkeitserfordernisse, d.h. allfällige Formvorschriften sowie die üblichen Inhaltsschranken (Art. 19 f. OR, 27 ZGB), zu beachten. Schliesslich ist die Reuklausel anfechtbar, wenn ein Willensmangel (Art. 23 ff. OR) bzw. eine Übervorteilung (Art. 21 OR) vorliegen. Die genannten Voraussetzungen werden nachstehend im Einzelnen erläutert[225]. 141

I. Konsens über Reuabrede

Für den gültigen Abschluss einer Reuklausel müssen sich die Parteien über die Einräumung des Reurechts und die bei dessen Ausübung als Reugeld zu zahlende Entschädigung einigen. Einzelheiten: 142

1. **Konsens betreffend Reurecht**. Die Einräumung eines Reurechts setzt den übereinstimmenden Willen der Parteien voraus, der berechtigten Partei das Recht zu verschaffen, von einem bestimmten Vertrag willkürlich zu- 143

225 Dabei wird der gängigen Gliederung in den Lehrbüchern gefolgt (s. z.B. die Gliederung bei GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, §§ 4-7; KOLLER, OR AT, §§ 6-7, 11-14).

rückzutreten. Der Konsens kann auf ein einseitiges oder auf ein gegenseitiges Reurecht gerichtet sein[226].

144 Ein auf die Verschaffung eines Reurechts gerichteter Konsens ist nicht zu vermuten[227]. Ist aber im Einzelfall ein entsprechender Konsens erstellt, vermutet[228] das Gesetz ein Reurecht auch für die Gegenpartei zu denselben Konditionen, falls das für die Ausübung des Reurechts geschuldete Reugeld bereits bei Vertragsschluss geleistet wird (Art. 158 Abs. 3 OR)[229]. Die Vermutung des Art. 158 Abs. 3 OR greift nach herrschender Auffassung dagegen nicht, wenn ein Reugeld lediglich versprochen wurde[230].

145 Art. 158 Abs. 3 OR will für eine Symmetrie zwischen den Parteien sorgen[231]. Die Bestimmung ist in der Lehre auf Kritik gestossen, weil sie „den heutigen Verkehrsgewohnheiten nicht zu entsprechen“[232] scheine. Als Konsequenz wird gefordert, die gesetzliche Vermutung zu ignorieren und ein Rücktrittsrecht der Gegenpartei nur dann anzunehmen, wenn sich dies aus dem Parteiwillen ergibt[233]. Tatsächlich dürfte es die Parteien überraschen, dass die Hingabe eines Reugelds dem Empfänger ebenfalls ein Reurecht verschafft, ohne dass dies besonders vereinbart worden wäre. Trotzdem kann m.E. über die gesetzliche Vermutung nicht einfach hinweggegangen

226 Beispiele für ein einseitiges Reurecht finden sich in BGE 110 II 141 und in BGer, Urteil 4C.226/1998 vom 24. Februar 2000; beidseitige Reurecht lagen z.B. in BGE 84 II 151 und in BGer, Urteil 4C.301/2006 vom 23. April 2007 vor.

227 Art. 158 Abs. 1 OR hält für den Fall, dass jemand bei Vertragsschluss eine Zahlung leistet, ausdrücklich fest, dieser komme im Zweifel kein Reugeldcharakter zu. Eine solche Zahlung verschafft dem Leistenden also vermutungsweise kein Reurecht. Das Gesetz geht davon aus, dass die Parteien die Bindungswirkung eines Vertrags normalerweise nicht einschränken wollen (vgl. EHRAT, BasK, N 4 zu Art. 158 OR; ferner BECKER, BerK, N 6 zu Art. 158 OR; BERGER, Rn 1813; BUCHER, OR AT, S. 515 f.). Art. 158 Abs. 1 OR enthält noch eine zweite Vermutung, s. dazu oben Rn 61.

228 Art. 158 Abs. 3 OR ist dispositiv (vgl. BUCHER, OR AT, S. 518; PIETRUSZAK, BasKurzK, N 12 zu Art. 158 OR).

229 Der Empfänger des Reugelds kann "gegen Erstattung des doppelten Betrages" vom Vertrag zurücktreten. Er muss seiner Gegenpartei also die empfangene Zahlung zurückerstatten sowie denselben Betrag als Reugeld bezahlen.

230 Vgl. BUCHER, OR AT, S. 518; COUCHEPIN, Diss., Rn 1118; DIETZI, S. 31; EHRAT, BasK, N 14 zu Art. 158 OR; HUGUENIN, OR AT, Rn 1203; MOOSER, CR, N 5 vor Art. 158-163 OR; OSER/SCHÖNENBERGER, ZürK, N 7 zu Art. 160 OR.

231 Vgl. BUCHER, FG Deschenaux, S. 258; DERS., OR AT, S. 518; PIETRUSZAK, BasKurzK, N 12 zu Art. 158 OR.

232 VON TUHR, S. 675; ebenso VON TUHR/ESCHER, S. 288.

233 So schon VON TUHR, S. 675; im Anschluss daran VON TUHR/ESCHER, S. 288; ENGEL, S. 861. Auch FUNK, N 4 zu Art. 158 OR will der Gegenpartei nur ein Rücktrittsrecht gewähren, „[s]ofern es unter den Parteien vereinbart ist“.

und das genaue Gegenteil vermutet werden[234]. Denkbar ist jedoch eine zurückhaltende Anwendung der gesetzlichen Vermutung bzw. eine Erleichterung ihrer Umstossung. Lässt sich jedoch ausnahmsweise keinerlei Parteiwille feststellen, verschafft ein bei Vertragsschluss hingegebenes Reugeld beiden Parteien ein Reurecht und zwar zu den Konditionen, die Art. 158 Abs. 3 OR vorsieht. Anders verhält es sich bei versprochenen Reugeldern: für eine Anwendung von Art. 158 Abs. 3 OR besteht hier kein Anlass.

Nicht zum Zuge kommt die Vermutung des Art. 158 Abs. 3 OR überdies, wenn ausnahmsweise eine unvertretbare Sache als Reugabe in Frage steht, und zwar selbst dann nicht, wenn diese bei Vertragsschluss hingegeben wird. Der Vertragspartner des Reuberechtigten hat in solchen Fällen kein Recht, gegen Rückgabe der Sache und zusätzliche Leistung einer ihrem Wert entsprechenden Zahlung den Rücktritt vom Vertrag zu erklären. Vermutungsweise wollen die Parteien die entsprechenden Bewertungsschwierigkeiten nämlich nicht auf sich nehmen. 146

2. **Konsens betreffend Reugeld**. Nebst der Vereinbarung des Reurechts setzt der Abschluss einer Reuklausel zwingend auch eine Einigung über das bei Reurechtsausübung geschuldete Reugeld voraus. Die Höhe des Reugelds muss dabei kein konstanter Betrag sein. So ist es beispielsweise zulässig, die Reugeldhöhe nach dem Zeitpunkt, zu dem vom Reurecht Gebrauch gemacht wird, abzustufen. Überhaupt braucht die Reugeldhöhe nicht zum Vornherein bestimmt zu sein; Bestimmbarkeit genügt[235]. 147

Beispiel: Ein Autohersteller räumt seinem Kunden für das in drei Monaten lieferbare Auto ein Reurecht ein. Bei Rücktritt im ersten Monat nach Vertragsschluss sind 5%, beim Rücktritt im zweiten Monat 10%, und bei Rücktritt im dritten Monat 25% des Bestellwerts als Reugeld geschuldet. 148

Es ist ausserdem zulässig, in einer Klausel mit beidseitigem Reurecht unterschiedlich hohe Reugelder für die beiden Vertragsparteien zu vereinbaren. Dies unabhängig davon, ob das Reugeld nur versprochen oder von einer Seite bereits hingegeben wird[236]. 149

Beispiel: A verkauft dem B im Januar ein Schiff für Fr. 150'000.–. Schlüsselübergabe soll im Mai sein. Für den Fall, dass es sich B in der Zwischenzeit anders überlegen sollte, schuldet er dem A gemäss Vertrag Fr. 20'000.–, im umgekehrten Fall zahlt A dem B 150

234 So auch BUCHER, FG Deschenaux, S. 258 Fn 20, der von einem „gesetzgeberische[n] Ordnungswille[n]" spricht.

235 Es kann hierbei auf die allgemeinen Grundsätze zu wesentlichen Vertragspunkten verwiesen werden (s. etwa BGE 84 II 266, E. 2; KOLLER, OR AT, § 6 Rn 35; SCHWENZER, Rn 29.03).

236 Im letzteren Fall verdrängt die Parteivereinbarung die Vermutung des Art. 158 Abs. 3 OR.

Fr. 10'000.–. Eine solche Vereinbarung ist zulässig. Die Parteien können ferner abmachen, dass B die 20'000 Fr. bereits beim Vertragsabschluss bezahlt. Tritt er anschliessend zurück, verbleibt das Geld bei A. Tritt dagegen A zurück, so schuldet er dem B Fr. 30'000.– (Fr. 20'000.– Anzahlung + Fr. 10'000.– Reugeld).

151 Das Reugeld ist grundsätzlich eine schadensunabhängige Leistung[237]. Dennoch ist es zulässig, ein Reugeld an den Schaden zu knüpfen, d.h. das Reugeld als Schadenersatzpauschale auszugestalten. Die in dieser Arbeit entwickelten Regeln gelten auch für solche Pauschalen, wobei allerdings gewisse Besonderheiten zu beachten sind[238].

II. Formvorschriften

152 1. **Beachtlichkeit der Formvorschriften des Hauptvertrages**. Der Abschluss einer Reuklausel ist grundsätzlich formfrei möglich[239]. Ist aber der Hauptvertrag formbedürftig, gilt dies nach herrschender Lehre auch für die Reuvereinbarung[240]. Soll also etwa einem Grundstückkaufvertrag eine Reuklausel beigefügt werden, muss diese öffentlich beurkundet werden (vgl. Art. 216 OR)[241].

153 Dass der Formzwang des Hauptvertrags auch für die Reuklausel gelten muss, lässt sich aus den Formzwecken[242] begründen. Namentlich der Über-

237 KOLLER, OR AT, § 80 Rn 6.

238 So dürfte eine Herabsetzung wegen Übermässigkeit der Leistung von vornherein ausscheiden, wenn die vereinbarte Leistung Bezug auf den Schaden nimmt, da für eine Herabsetzung ein Missverhältnis von Leistung und Schaden notwendig ist (s. unten Rn 281).

239 Statt vieler KOLLER, OR AT, § 80 Rn 20.

240 Vgl. COUCHEPIN, Diss., Rn 1094; DUBS/ROTH PELLANDA, ZürKurzK, N 5 zu Art. 158 OR; EHRAT, BasK, N 11 zu Art. 158 OR; ERDEM, S. 30; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rn 3866; KOLLER, OR AT, § 80 Rn 14, Rn 20; PIETRUSZAK, BasKurzK, N 8 zu Art. 158 OR; SCHMIDLIN, BerK, N 96 zu Art. 11 OR; SCHWENZER, BasK, N 14 zu Art. 11 OR. Aus der Rechtsprechung vgl. BGer, Urteil 4C.271/2003 vom 17. Februar 2004, E. 2.2; HGer SG, Urteil vom 14. Juni 2006 (HG.2005.29), E. 4a.

241 Vgl. – nebst den allgemeinen Hinweisen in Fn 240 – BRÜCKNER, Rn 2503, Rn 2517; FOËX, S. 413; DERS., CR, N 11 zu Art. 216 OR; GIGER, BerK, N 265 zu Art. 216 OR; HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL, ZürK, N 17 zu Art. 657 ZGB; LEUENBERGER, § 2 Rn 101; REBER, Rn 81; SCHMID, Rn 584.

242 Für eine Übersicht s. FURRER, S. 26 ff.; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rn 497 ff.; KOLLER, OR AT, § 12 Rn 6 ff.; SCHMIDLIN, BerK, N 11 ff. zu Art. 11 OR; SCHÖNENBERGER/JÄGGI, ZürK, N 40 ff. zu Art. 11 OR; speziell für die öffentliche Beurkundung s. DEPRAZ, Rn 105 ff.; SCHMID, Rn 34 ff.

eilungsschutz[243] erfordert es, dass Reuabreden die Form des Hauptvertrages beachten. Eine Reuabrede kann die Parteien dazu verleiten, einen Vertrag vorschnell einzugehen, in der (trügerischen) Erwartung, sich davon problemlos wieder lösen zu können[244]. Davor sind sie zu schützen.

154 2. **Beachtung der Formvorschriften des Hauptvertrages auch bei nachträglich geschlossenen Reuabreden**? Der Formzwang scheint unbestritten, soweit es um Reuabreden geht, welche vor oder mit dem Abschluss des Hauptvertrags vereinbart werden. In einem neueren Aufsatz wirft KOLLER aber die Frage auf, ob es sich rechtfertigen könnte, den nachträglichen Abschluss einer Reuvereinbarung vom Formzwang auszunehmen[245]. Er begründet dies damit, dass der Formzwang in einem gewissen Spannungsverhältnis zu Art. 115 OR, der die formfreie Aufhebung von Obligationen zulässt, stehe. Eine Reuabrede sei nichts anderes als eine bedingte Vertragsaufhebung, weshalb es naheliegend sei, solche Abreden formfrei zuzulassen. Da bei einer nachträglichen Vereinbarung eines Reugelds der durch den Formzwang angestrebte Übereilungsschutz nicht mehr nötig sei, könnten nachträglich vereinbarte Reuabreden allenfalls formfrei gültig sein[246].

155 M.E. kann jedoch auch bei nachträglich geschlossenen Reuklauseln nicht auf die Einhaltung der für die Hauptvereinbarung geltenden Formvorschriften verzichtet werden. Durch Art. 115 OR und die dazu ergangene Rechtsprechung wird die einvernehmliche Vertragsaufhebung zwar in der Tat erleichtert. Dies gilt aber nur, wenn im Zeitpunkt der Vertragsaufhebung Einvernehmen zwischen den Parteien herrscht. Die Einräumung eines Reurechts ermöglicht es demgegenüber einer Partei, den Vertrag zu einem von ihr frei gewählten Zeitpunkt einseitig aufzulösen[247]. Dies kann in einem Moment geschehen, in dem die Gegenpartei schon längst nicht mehr bereit wäre, den Antrag auf Vertragsaufhebung anzunehmen. Der Formschutz muss deshalb eingreifen, um vor einer unbedachten Gewährung eines solchen Reurechts zu warnen. Andere Formzwecke, namentlich die Rechtssicherheit[248], sprechen ebenfalls für Formstrenge[249]. Die nachträgliche Auf-

---

243 Dieser Formzweck ist insbesondere bei der öffentlichen Beurkundung (vgl. FURRER, S. 131), aber auch ganz generell bedeutsam (vgl. KOLLER, OR AT, § 12 Rn 7).

244 Vgl. KOLLER, Reugelder, S. 78.

245 Vgl. KOLLER, Reugelder, S. 77 f.

246 Vgl. KOLLER, Reugelder, S. 77 f.

247 Dieser Unterschied zwischen einer einvernehmlichen Vertragsaufhebung und der Gewährung eines einseitigen Rücktrittsrechts wird nicht immer genügend berücksichtigt. So scheint der Bernische Appellationshof, ZBJV 1959, S. 312 ff., E. III.2b die beiden Fälle hinsichtlich des Formzwangs gleich behandeln zu wollen.

248 Verstanden als Schutz unbeteiligter Dritter (vgl. FURRER, S. 29 f.).

nahme einer Reuklausel in einen formbedürftigen Vertrag kann deshalb nicht formfrei erfolgen, sondern ist als formbedürftige Vertragsänderung im Sinne von Art. 12 OR aufzufassen.

156 Nach der hier vertretenen Auffassung muss eine Reuabrede somit *immer* die Formvorschrift des Hauptvertrags beachten. Das gilt freilich nur bei gesetzlichen Formvorschriften. Haben die Parteien vertraglich die Einhaltung einer bestimmten Form als Gültigkeitsvoraussetzung vereinbart (vgl. Art. 16 OR), kann in der formlosen Vereinbarung eines Reugelds ein Verzicht auf den Formvorbehalt gesehen werden. Die Vereinbarung eines Reugelds als solche reicht für die Annahme eines konkludenten Verzichts allerdings nicht aus[250]. Der Verzichtswille muss sich aus zusätzlichen Merkmalen[251] herleiten lassen.

157 3. **Rechtsfolgen eines Formmangels.** Nach der Rechtsprechung führt ein Formverstoss zur Nichtigkeit der Reuklausel[252]. Darüber hinaus führt die Missachtung der Form bezüglich der Reuklausel zur Nichtigkeit des gesamten Vertrages[253]. Art. 20 Abs. 2 OR findet mit Rücksicht auf den Schutzzweck der Formvorschriften keine (analoge) Anwendung[254]. Als Folge kommt es zur Rückabwicklung des Vertrages[255].

---

249 Diese Zwecke stehen zwar einer gänzlichen Aufhebung von Verträgen nicht entgegen, selbst dann nicht, wenn mit dieser Nebenbestimmungen verbunden werden (vgl. BGer, Urteil 4A_49/2008 vom 9. April 2008 und dazu WOLFER, S. 1582 f.). Dies ist gerechtfertigt, da man das Einvernehmen der Parteien über die Vertragsaufhebung höher gewichten darf als die mit den Formvorschriften verfolgten Ziele. Geht es dagegen um die Einräumung einseitiger Vertragsauflösungsrechte, verschiebt sich die Gewichtung. Es besteht kein Anlass, die Schutzzwecke der Formvorschriften zugunsten der Vertragsauflösungsoption einer Partei in den Hintergrund zu stellen.

250 *A.M.* DUBS/ROTH PELLANDA, ZürKurzK, N 5 zu Art. 158 OR, welche die für das Haftgeld wohl zutreffende Annahme, dass die Vermutung von Art. 16 Abs. 1 OR durch die Hingabe des Geldes zerstört werde (s. BUCHER, OR AT, S. 519 f.), auf das Reugeld übertragen wollen.

251 S. dazu SCHMIDLIN, BerK, N 45 zu Art. 16 OR, m.w.Hw.

252 Vgl. BGE 106 II 146, E. 3, m.w.Hw; ebenso aus der Lehre KOLLER, OR AT, § 12 Rn 97; SCHWENZER, Rn 31.36. Die Folgen eines Formmangels sind umstritten, die neuere Lehre steht der Nichtigkeit eher kritisch gegenüber (vgl. SCHWENZER, Rn 31.35). Zum Meinungsstand s. DEPRAZ, Rn 570 ff.; KOLLER, Formmangel, § 3 Rn 14 ff.; SCHMID, Rn 634 ff.; SCHWENZER, BasK, N 23 zu Art. 11 OR. Vorliegend wird dem Lösungsweg des Bundesgerichts gefolgt.

253 KOLLER, Reugelder, S. 78; vgl. allgemein BGE 90 II 34, E. 3; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rn 581; FASEL, BasK, N 18 zu Art. 216 OR; KOLLER, OR AT, § 12 Rn 97; DERS., Formmangel, § 3 Rn 120, m.w.Hw.

254 Vgl. HÜRLIMANN, Teilnichtigkeit, Rn 314; ebenso HGer ZH, ZR 1997, Nr. 38 S. 104 ff., S. 106; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rn 581; KOLLER, Formmangel, § 3

Eine Verletzung der Formvorschriften kommt offenbar häufig bei sog. Reservationsverträgen[256] vor. Diese werden regelmässig nur schriftlich abgeschlossen, und sind demzufolge nichtig[257]. Ein allenfalls bereits bezahltes „Reugeld" – das rechtlich indes oft als unechtes Reugeld oder als Konventionalstrafe zu qualifizieren sein wird[258] – kann diesfalls zurückgefordert werden. 158

4. **Rechtsmissbräuchliche Berufung auf Formmangel**. Eine Partei kann sich nicht auf einen Formmangel berufen, wenn sich dies als rechtsmissbräuchlich (Art. 2 Abs. 2 ZGB) erweisen würde[259]. Regelmässig ausgeschlossen ist die Berufung auf einem Formmangel namentlich nach beidseitiger, freiwilliger und irrtumsfreier Erfüllung des Vertrags[260]. Bei noch nicht erfüllten Verträgen ist der Einwand des Rechtsmissbrauches dagegen nur ausnahmsweise erfolgreich. Eine solche Ausnahme ist insbesondere die arglistige Herbeiführung eines Formmangels[261]. Doch auch andere, „besondere, den einzelnen Fall kennzeichnende Umstände"[262] können dazu führen, dass die Berufung auf einen Formmangel am Rechtsmissbrauchseinwand scheitert. Im Zusammenhang mit Reuklauseln besteht eine gewisse Gefahr, dass sich eine Partei missbräuchlich auf einen Formmangel beruft. 159

Beispiel: Angenommen, der Käufer eines Grundstücks möchte sich die Möglichkeit offen halten, den Vertrag aufzulösen. Der Verkäufer will dies nur akzeptieren, wenn er im Fall des Rücktritts ein Reugeld erhält. Der Käufer könnte den Verkäufer nun davon überzeugen, das Reugeld bloss schriftlich zu vereinbaren. Steigt der Verkäufer auf diesen Vorschlag ein, verschafft er dem Käufer an sich ein kostenloses „Reurecht". Will dieser vom Vertrag abgehen, kann er sich nämlich auf die Formungültigkeit der Reuabrede und damit auf die Nichtigkeit des gesamten Vertrages berufen, womit es zur Rück- 160

Rn 120; *a.M.* BECKER, BerK, N 12 zu Art. 11 OR; BUCHER, OR AT, S. 170. Weitere Nw. bei KOLLER, Formmangel, § 3 Rn 120 Fn 124.

255 S. dazu GUHL/KOLLER, § 14 Rn 31; SCHWENZER, Rn 31.41; WIEGAND/HURNI, BasKurzK, N 15 zu Art. 11 OR.

256 S. dazu schon oben Rn 70.

257 Reservationsverträge über Grundstücke unterstehen der öffentlichen Beurkundung (vgl. HERZOG, BasKurzK, N 8 zu Art. 22 OR; s. auch BGer, Urteil 4C.271/2003 vom 17. Februar 2004, E. 2). Zur Beurkundungsproblematik bei Reservationsverträgen s. FOËX, S. 414 f. und den Artikel von JACQUEMART; ferner z.B. COUCHEPIN, Diss., Rn 1094, Fn 1035 und BGer, Urteil 4C.399/2005 vom 10. Mai 2006, E. 3.

258 S. dazu oben Fn 146.

259 BGE 92 II 323, E. 3; 104 II 99, E. 2b; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rn 550; GUHL/KOLLER, § 14 Rn 25; SCHWENZER, BasK, N 18 zu Art. 11 OR, m.w.Hw.

260 Vgl. BGE 104 II 99, E. 3; 112 II 330, E. 2a; BGer, Urteil 4C.162/2005 vom 18. Mai 2006, ZBGR 2007, S. 268 ff., E 3.2; SCHWENZER, BasK, N 18 zu Art. 11 OR; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rn 553; KOLLER, OR AT, § 12 Rn 117.

261 Vgl. BGE 90 II 21, E. 2c; 88 II 18, E. 5, m.w.Hw.

262 BGE 90 II 21, E. 2a, S. 26.

abwicklung käme. Um solches Verhalten zu unterbinden, muss das Rechtsmissbrauchsverbot eingreifen[263].

161 Die Konsequenzen einer missbräuchlichen Berufung auf einen Formmangel sind umstritten und sollen hier nicht im Einzelnen dargelegt werden[264]. Jedenfalls muss es aber der reuberechtigten Partei, die sich missbräuchlich auf einen Formmangel der Reuklausel berufen hat, weiterhin gestattet sein, den Vertrag durch Ausübung ihres Reurechts (unter Verfall des Reugelds) dahinfallen zu lassen.

162 Zu betonen ist schliesslich, dass eine missbräuchliche Geltendmachung eines Formmangels nicht leichthin anzunehmen ist. Formvorschriften müssen nach Möglichkeit durchgesetzt werden, will man ihre generelle Wirksamkeit nicht gefährden[265]. Dies gilt auch für den Fall, dass der Formmangel vom Inhaber eines Reurechts geltend gemacht wird[266].

III. Schranken der Vertragsfreiheit

163 1. Eine Reuvereinbarung muss die inhaltlichen Schranken der Vertragsfreiheit respektieren, sie darf demnach nicht sittenwidrig oder widerrechtlich sein und auch keinen unmöglichen Inhalt haben (vgl. Art. 19 Abs. 2 und 20 Abs. 1 OR)[267].

164 Ein Verstoss gegen die genannten Schranken macht die Abrede nach allgemeiner Regel (Art. 20 OR) nichtig[268]. Sofern der Mangel nur die Reuabrede beschlägt, kann die Nich-

263 Dies ungeachtet der Tatsache, dass sich der Käufer dem Risiko aussetzt, dass der Vertrag allenfalls auch gegen seinen Willen wegen Formungültigkeit dahinfällt. Wollen beide Parteien am Vertrag festhalten, dürfte es zur Erfüllung kommen, was eine Vertragsanfechtung ausschliesst (s. die Hw. soeben in Fn 260).

264 Eingehend KOLLER, Formmangel, § 3 Rn 38 ff. (nicht erfüllter Vertrag), Rn 63 ff. (beidseitig erfüllter Vertrag), Rn 96 ff. (teilweise erfüllter Vertrag). KOLLER will in Rechtsmissbrauchsfällen relativ weitgehend Erfüllungsansprüche gewähren, während andere Autoren diesbezüglich zurückhaltender sind.

265 Vgl. KOLLER, Formmangel, § 3 Rn 37, m.Hw.

266 Die Formvorschriften sind auch zu seinen Gunsten aufgestellt, weshalb er sich im Regelfall auf deren Verletzung berufen können muss (s. oben Rn 153 und KOLLER, Reugelder, S. 78, für den der Schutz des Reurechtsinhabers im Vordergrund zu stehen scheint).

267 S. dazu die Übersicht bei KRAMER, Grundkurs, Rn 202; ferner z.B. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rn 629 ff.; HERZOG, BasKurzK, N 4 ff. zu Art. 19 OR; KOLLER, OR AT, § 13 Rn 5 ff.; KRAMER, BerK, N 123 ff. zu Art. 19-20 OR.

268 Die Nichtigkeit ist von Amtes wegen zu berücksichtigen (vgl. nur BGE 129 III 209, E. 2.2, m.w.Hw.). Häufig ordnet allerdings die Norm, welche eine Inhaltsschranke aufstellt, die Rechtsfolge selbst an. Art. 20 Abs. 1 OR kommt dann nicht zur An-

tigkeit allenfalls auf diese Abrede beschränkt bleiben (vgl. Art. 20 Abs. 2 OR). Der Schutzzweck der verletzten Norm kann es aber auch verlangen, dass nicht nur die Reuabrede, sondern der gesamte Vertrag als nichtig betrachtet wird[269]. Denkbar ist weiter, dass es zu einer modifizierten Teilnichtigkeit[270] kommt und an die Stelle der ungültigen Vertragsklausel eine gültige Ersatzklausel gesetzt wird. Bei der Bildung der Ersatzklausel ist der hypothetische Parteiwille massgeblich[271]. Allerdings darf nur dann auf eine modifizierte Teilnichtigkeit erkannt werden, wenn die Gesetzesbestimmung, welche die Ungültigkeit begründet, die Bildung einer Ersatzregel zulässt[272]. Ansonsten bleibt ein diesbezüglicher Parteiwille unbeachtlich und es ist auf schlichte (Ganz- oder Teil-)Nichtigkeit zu erkennen.

2. Unmöglich ist eine Reuabrede, wenn kein Hauptvertrag vorhanden ist, von dem sie den Rücktritt ermöglichen könnte[273]. Widerrechtlichkeit liegt vor, wenn eine Reuklausel gegen eine „unabänderliche Vorschrift" des Gesetzes (Art. 19 Abs. 2 OR), d.h. gegen zwingendes Recht, verstösst. Näher zu prüfen sind in diesem Zusammenhang all jene Bestimmungen, welche die Rechtsfolgen für die Ausübung eines gesetzlichen Reurechts zwingend regeln (s. unten Rn 167 ff.). Zu untersuchen ist ausserdem Art. 100 OR. Diese Bestimmung richtet sich gegen zu weitgehende Haftungsbeschränkungen und könnte auch vorliegend von Bedeutung sein (s. unten Rn 182 ff.). Widerrechtlichkeit kann sich ferner aufgrund eines Verstosses gegen das Recht der Persönlichkeit (Art. 19 Abs. 2 OR, 27 ZGB) ergeben[274] (s. unten Rn 177 ff.). Im vorliegenden Zusammenhang selten zur Anwendung kommen dürfte hingegen die dritte inhaltliche Schranke, die Sittenwidrigkeit[275]. 165

---

wendung (vgl. KOLLER, OR AT, § 13 Rn 11 ff.; s. auch KRAMER, BerK, N 321 ff. zu Art. 19-20 OR, mit zahlreichen Bsp.).

269 Vgl. KRAMER, BerK, N 347 zu Art. 19-20 OR.

270 S. dazu GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rn 703 f.; HÜRLIMANN, Teilnichtigkeit, Rn 251.

271 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rn 703; eingehend HÜRLIMANN, Teilnichtigkeit, Rn 252 ff.

272 Vgl. KOLLER, OR AT, § 13 Rn 11 f., Rn 80.

273 S. oben Rn 26.

274 Vgl. z.B. KELLER/SCHÖBI, S. 141 f.; KOLLER, OR AT, § 13 Rn 98 f.; KRAMER, BerK, N 128 zu Art. 19-20 OR. Nach anderer Ansicht (z.B. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rn 656; SCHWENZER, Rn 32.21 ff.) begründet eine Verletzung des Persönlichkeitsrechts Sittenwidrigkeit.

275 Insbesondere kann auch eine extreme Wertdisparität zwischen Höhe des Reugelds und Wert desselben keine Sittenwidrigkeit begründen. Bei Inäquivalenz von Leistung und Gegenleistung ist vielmehr ausschliesslich Art. 21 OR massgeblich (vgl. z.B. BGE 115 II 232, E. 4c; BGer, Urteil 4A_21/2009 vom 11. März 2009, E. 5.2; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rn 676; HERZOG, BasKurzK, N 21 zu Art. 19 OR; KOLLER, OR AT, § 13 Rn 175; *a.M.* etwa KRAMER, BerK, N 202 ff. zu Art. 19-20 OR; SCHWENZER, Rn 32.32).

166 3. **Ausgewählte inhaltliche Schranken**. Nachstehend werden drei inhaltliche Schranken näher untersucht: die gesetzlichen Reurechte mit zwingender Entschädigungsordnung, der Schutz der Persönlichkeit und schliesslich die Schranke von Art. 100 OR.

167 a) **Zwingende Entschädigungsordnung für die Ausübung gesetzlicher Reurechte**. Das Gesetz sieht an verschiedenen Stellen gesetzliche Reurechte (im weiteren Sinne[276]) vor und regelt auch die Entschädigungsfolgen für deren Ausübung[277]. Es fragt sich nun, welches Schicksal eine Reuklausel bei einem Vertrag hat, bei dem bereits von Gesetzes wegen ein Reurecht besteht.

168 Nicht hierher gehören Fälle, in denen die Parteien eine „Reuklausel" auch auf den Fall der Ausübung eines anderen (gesetzlichen) Rücktrittsrechts beziehen. In solchen Fällen ist weder ein Reurecht noch ein Reugeld betroffen. Sie bleiben im Folgenden ausser Betracht[278].

169 Beim Entscheid über das Schicksal der Reuklausel ist von der Norm auszugehen, welche das gesetzliche Reurecht sowie die bei dessen Ausübung zu bezahlende Entschädigung anordnet. Ist die Regelung der Entschädigungshöhe dispositiv, ist eine Reuklausel unproblematisch. Ist die Regelung zwingender Natur, ist eine abweichende Vereinbarung über die Entschädigung teil- oder ganznichtig[279]. Dazu die folgenden Präzisierungen:

170 aa) **Ganznichtigkeit des Vertrags**. Einige Bestimmungen, die gesetzlich ein Reurecht begründen, sehen vor, dass die berechtigte Partei schriftlich auf ihr Recht hinzuweisen ist, und sanktionieren die Nichtbeachtung dieser Anordnung mit der Ganznichtigkeit des Vertrags (s. z.B. Art. 227a Abs. 2 Ziff. 7 OR, 406d Ziff. 5 und 7 OR). Schränkt eine Reuklausel solche Reurechte ein, ist der gesamte Vertrag nichtig.

171 bb) **Nichtigkeit der Reuklausel**. In gewissen Fällen sieht das Gesetz vor, dass die Vertragsauflösung zwingend zu den gesetzlichen Konditionen erfolgen muss. Eine Reuklausel, die diese Konditionen abändern will, ist

276 Gemeint sind nicht nur willkürliche Rücktrittsrechte, sondern auch willkürliche Widerrufs- und Kündigungsrechte. S. schon oben Rn 127.

277 S. oben Rn 130 ff.

278 Ob es zulässig ist, für solche Fälle eine Entschädigung vorzusehen, ist aufgrund der Bestimmung zu entscheiden, die das Rücktrittsrecht anordnet. Unzulässig dürfte es bspw. sein, für den Rücktritt wegen einer Leistungsstörung eine Entschädigung zu Gunsten des Schuldners vorzusehen (so jedenfalls der österreichische OGH, SZ 51 [1978], Nr. 83, S. 385 ff. bei der Beurteilung einer entsprechenden "Reuklausel").

279 Vgl. KOLLER, OR AT, § 13 Rn 11 f., m.w.Hw.

folglich nichtig, während der übrige Vertrag unberührt bleibt. Ein Beispiel ist Art. 404 Abs. 1 OR: Vereinbaren die Parteien eine Entschädigung für den Fall, dass ein Auftrag gekündigt wird, ist die entsprechende Abrede unwirksam, wenn der Widerruf bzw. die Kündigung nicht zur Unzeit erfolgt[280]. Ein anderes Beispiel ist das Widerrufsrecht bei Haustürgeschäften i.S.v. Art. 40a ff. OR: Eine Klausel, die für den Widerruf des Kunden innert sieben Tagen (Art. 40e Abs. 2 OR) ein Reugeld vorsieht, ist ungültig[281]. Im Übrigen ist der Vertrag gültig, jedoch beginnt die gesetzliche Widerrufsfrist nicht zu laufen[282].

Ein Teil der Lehre erblickt auch in Art. 377 OR eine solchermassen zwingende Regel[283]. Nach dieser Auffassung soll die Bestimmung dem Unternehmer bei der (willkürlichen) Vertragsauflösung durch den Besteller genau „volle Schadloshaltung" bringen. Abweichungen nach oben oder nach unten wären demnach unzulässig und eine Klausel, welche durch eine fixe Entschädigung notwendigerweise zu Abweichungen führt, ungültig. Nach herrschender Lehre ist Art. 377 OR indes dispositiver Natur[284]. 172

cc) **Anpassung des Reugelds auf das zulässige Mass.** In manchen Fällen ist ein mittels Reuklausel vereinbartes Reugeld auf gesetzliche Höchstbeträge zu reduzieren. 173

Ein erstes Beispiel findet sich im Recht des Vorauszahlungsvertrags. Hier legt der Gesetzgeber Höchstwerte für Reugelder fest (vgl. Art. 227f Abs. 2 OR). Übersteigt ein vertraglich vereinbartes Reugeld die gesetzlichen Höchstwerte[285], ist es – im Sinne einer geltungserhaltenden Reduktion[286] – auf den gerade noch zulässigen Betrag zu reduzieren[287]. 174

---

280 KOLLER, OR AT, § 80 Rn 21. Zur Rechtslage, falls der Widerruf zur Unzeit erfolgt, s. sogleich Rn 175.

281 Vgl. DORNIER, ZürK, N 134 zu Art. 40f OR; STAUDER, CR, N 10 zu Art. 40f OR.

282 Wird die Ausübung des Widerrufsrechts an eine Reugeldzahlung geknüpft, ist die Belehrung über das Widerrufsrecht inkorrekt. Der Fristenlauf kann deshalb nicht beginnen (vgl. DORNIER, ZürK, N 103 zu Art. 40d OR; GONZENBACH/KOLLER-TUMLER, BasK, N 4 zu Art. 40d OR; s. auch oben Rn 134).

283 So z.B. GAUTSCHI, BerK, N 10 zu Art. 377 OR.

284 So z.B. GAUCH, Werkvertrag, Rn 582 ff.; ZINDEL/PULVER, BasK, N 20 zu Art. 377 OR. S. zur Frage schon oben Rn 136, dort auch m.w.Hw.

285 Die Höchstwerte werden gesetzlich auf „2 ½ bzw. 5 Prozent der Gesamtforderung des Verkäufers … und höchstens 100 bzw. 250 Franken" festgelegt, „je nachdem, ob die Kündigung innert Monatsfrist seit Vertragsabschluss oder später erfolgt" (Art. 227f Abs 2 OR).

286 Zur geltungserhaltenden Reduktion s. z.B. KOLLER, OR AT, § 13 Rn 137 f.; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rn 706; *kritisch* SCHWENZER, Rn 32.45. Gemäss SCHWENZER ist eine geltungserhaltende Reduktion in Fällen wie dem vorliegenden abzulehnen, und Ganznichtigkeit der entsprechenden Abrede anzunehmen.

287 Ähnlich MAHNIG, S. 66.

175 Ein zweites Beispiel kann in Art. 404 Abs. 2 OR erblickt werden. Diese Bestimmung befasst sich mit der Kündigung des Auftrags zur Unzeit und verpflichtet die kündigende Partei zum Ersatz des negativen Vertragsinteresses[288]. Nach einer ersten Auffassung ist eine Reuklausel, die sich auf die Kündigung zur Unzeit bezieht, nur soweit wirksam, als der vereinbarte Betrag das negative Vertragsinteresse nicht übersteigt[289]. Nach abweichender, teilweise auch vom Bundesgericht vertretener Auffassung begrenzt das negative Vertragsinteresse die Entschädigungshöhe hingegen nicht[290], die vereinbarte Entschädigung kann jedoch der Herabsetzung unterliegen[291].

176 *Beispiel*[292]: Z beauftragt den Anwalt A mit der Wahrung seiner Interessen. Im Vertrag ist unter anderem vorgesehen, dass im Fall einer Kündigung die bisher geleistete Arbeit mit einem Zuschlag von 15% zu vergüten sei. Kündigt Z nicht zur Unzeit, muss er den Zuschlag nicht bezahlen (s. oben Rn 171). Erfolgt die Kündigung dagegen zur Unzeit, ist der Zuschlag grundsätzlich zu entrichten. Angenommen, dieser beträgt im konkreten Fall Fr. 1'000.–, während das negative Interesse Fr. 400.– beträgt. Nach der einen Auffassung sind lediglich Fr. 400.– geschuldet, während nach der anderen Auffassung grundsätzlich Fr. 1'000.– geschuldet sind, jedoch im Einzelfall eine Herabsetzung möglich ist.

177 b) **Schutz der Persönlichkeit**. Das Gesetz normiert als allgemeine Vertragsschranke das Recht der Persönlichkeit (vgl. Art. 19 Abs. 2 OR, 27 ZGB). Keine Vertragspartei kann sich ihrer „Freiheit entäussern oder sich in ihrem Gebrauch in einem das Recht oder die Sittlichkeit verletzenden Grade beschränken“[293]. Liegt ausnahmsweise eine Persönlichkeitsverletzung vor, kann der Vertrag nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung durch die belastete Partei *angefochten* werden[294].

178 Auf Seiten des Reuberechtigten kann eine Reuklausel nicht zu einer übermässigen Bindung i.S.v. Art. 27 ZGB führen. Da nach der hier vertretenen Auffassung auch ein extrem hohes Reugeld die Bindung an den Vertrag

288 Vgl. etwa GUHL/SCHNYDER, § 49 Rn 31; WEBER, BasK, N 17 zu Art. 404 OR.
289 S. z.B. KOLLER, OR AT, § 80 Rn 27.
290 S. z.B. BGE 109 II 462, E. 4d.
291 Vgl. BGE 109 II 462, E. 4d; s. auch WERRO, CR, N 20 zu Art. 404 OR. Zur Begründung der Herabsetzung beruft sich das Bundesgericht gelegentlich auf Art. 163 Abs. 3 OR (vgl. BGE 109 II 462, E. 4d; anders jedoch BGer, Urteil vom 23. Mai 1989, SJ 1989, S. 521 ff., E. 3b, wo auf Art. 20 Abs. 2 OR Bezug genommen wurde).
292 In Anlehnung an BGE 109 II 462, wo es um einen Zuschlag nach Art. 8.1 der SIA-Norm 102 (Version 1969) ging.
293 Art. 27 Abs. 2 ZGB.
294 BGE 129 III 209, E. 2.2; s. ausserdem BUCHER, BerK, N 114 ff. zu Art. 27 ZGB; HUGUENIN, BasK ZGB I, N 18 ff. zu Art. 27 ZGB, m.w.Hw.

nicht erhöht[295], kann es keine übermässige Bindung herbeiführen. Zwar kann die unbedachte Ausübung des Reurechts den Reuberechtigten in eine prekäre finanzielle Lage bringen. Dies allein genügt jedoch nicht, um die entsprechende Vereinbarung als persönlichkeitsverletzend zu qualifizieren[296].

179 Anders verhält es sich, wenn man den Verfall des Reugelds im Einzelfall mittels Fiktion zulässt, wie dies die Rechtsprechung und Teile der Lehre befürworten[297]. Verfällt ein Reugeld mittels Fiktion gegen den Willen des Berechtigten, wirkt es wie eine Konventionalstrafe und kann daher auch zu einer übermässigen Bindung führen.

180 Eine Reuklausel kann demgegenüber gegen das Persönlichkeitsrecht des Reurechtsbelasteten verstossen. Wird in einer Reuabrede ein sehr niedriges Reugeld vereinbart, kann der Reuberechtigte jederzeit zurücktreten, ohne den Belasteten für die entstehenden Nachteile angemessen entschädigen zu müssen. Der Belastete ist in solchen Fällen der Willkür seines Vertragspartners vollkommen ausgeliefert, was gegen Art. 27 ZGB verstossen kann[298]. Nach der Rechtsprechung kann dies jedoch nur der Fall sein, wenn die betroffene Partei durch die in Frage stehende Vereinbarung in ihrer wirtschaftlichen Existenz gefährdet wird[299], was nicht leichthin anzunehmen ist[300]. Der willkürliche Rücktritt von einem Vertrag dürfte die Gegenpartei kaum je so stark treffen, dass geradezu ihre wirtschaftliche Existenz in Frage gestellt wird. Selbst ein Reurecht, das über eine lange Dauer besteht und welches mit keinem oder nur mit einem sehr geringfügigen Reugeld verknüpft wird, verstösst daher in aller Regel nicht gegen das Persönlichkeitsrecht des Belasteten, wenn keine zusätzlichen Elemente vorhanden sind, die im konkreten Fall eine Verletzung der Persönlichkeit begründen können.

181 Bemerkenswert ist, dass ein Reurecht häufig nicht zu Gunsten, sondern zu Lasten der „stärkeren" Vertragspartei vereinbart wird. Man denke etwa an die Möglichkeit, die Buchung eines Hotels noch am vereinbarten Ankunftstag kostenlos zu stornieren. Obschon

---

295 Das Reurecht verschafft ein zusätzliches Vertragsauflösungsrecht, nicht aber zusätzlichen Erfüllungsdruck.

296 Vgl. BGE 95 II 55; BUCHER, BerK, N 146 ff. zu Art. 27 ZGB; KOLLER, OR AT, § 13 Rn 119.

297 S. dazu Rn 205 ff.

298 Vgl. BGE 123 III 337, E. 5; BUCHER, BerK, N 280 zu Art. 27 ZGB; HERZOG, BasKurzK, N 25 zu Art. 19 OR; KOLLER, OR AT, § 13 Rn 122.

299 Vgl. BGE 104 II 6, E. 2a; 114 II 159, E. 2a; 123 III 337, E. 5.

300 Vgl. BGE 114 II 159, E. 2a.

sich die Hotelbetreiber hier der Willkür ihrer Gäste aussetzen, kann in solchen Vereinbarungen kein Verstoss gegen Art. 27 Abs. 2 ZGB erblickt werden[301].

182 c) **Verstoss gegen Art. 100 OR als Schranke für Reuklauseln? –** aa) Gemäss Art. 100 Abs. 1 OR ist eine „Verabredung, wonach die Haftung für rechtswidrige Absicht oder grobe Fahrlässigkeit ausgeschlossen sein würde, … nichtig". Die Bestimmung richtet sich gegen zu weitgehende Haftungsbeschränkungen[302] durch Freizeichnungsklauseln und setzt der Privatautonomie insoweit eine zwingende Schranke[303]. Wird durch eine Vereinbarung die Haftung zu weitgehend beschränkt, ist die Klausel nach herrschender Lehre so anzupassen, dass keine übermässige Beschränkung mehr vorliegt[304].

183 bb) Art. 100 OR kommt nur zur Anwendung, wenn überhaupt ein Haftungstatbestand gegeben ist[305]. Zur Anwendung der Bestimmung muss – unter anderem[306] – ein *vertragswidriges Verhalten* des präsumtiv Haftpflichtigen vorliegen[307]. Dies ist bei der Ausübung eines Reurechts gerade nicht der Fall. Der auf eine Reuklausel gestützte Rücktritt ist vielmehr vertragsgemäss. Eine *unmittelbare Anwendung* von Art. 100 OR auf Reuklauseln ist somit *ausgeschlossen*.

184 cc) Eine Reuklausel kann unter Umständen vergleichbare Wirkungen wie eine Haftungsbeschränkung haben. Die Gegenpartei, die sich mit einer ausgebliebenen Erfüllung konfrontiert sieht, wird auf den Betrag des Reugelds

---

301 Die Hotelbetreiber werden durch solche Klauseln kaum belastet, da sie aufgrund hoher Fluktuationen nicht auf die Anwesenheit eines konkreten Gastes angewiesen sind; s. dazu schon oben Rn 85 und Fn 153 sowie ROTH, S. 2 ff.

302 Der Wortlaut von Art. 100 OR bezieht sich zwar nur auf (vollständige) Haftungsausschlüsse, Beschränkungen sind von der Bestimmung jedoch ebenfalls erfasst (KOLLER, OR AT, § 60 Rn 26).

303 Vgl. WIEGAND, BasK, N 1 zu Art. 100 OR; OESCH, S. 56; THIER, BasKurzK, N 1 zu Art. 100 OR. Die Norm gehört damit zu den „unabänderliche[n] Vorschrift[en]" i.S.v. Art. 19 Abs. 2 OR (KOLLER, OR AT, § 13 Rn 107).

304 Vgl. BUCHER, OR AT, S. 348; KOLLER, OR AT, § 60 Rn 20; OESCH, S. 162; WIEGAND, BasK, N 4 zu Art. 100 OR; *a.M.* SCHWENZER, Rn 24.08, die das Konzept der geltungserhaltenden Reduktion ablehnt und sich für gänzliche Ungültigkeit von gegen Art. 100 OR verstossenden Freizeichnungsklauseln ausspricht.

305 Die Anwendung von Art. 100 OR setzt voraus, dass eine Haftungsbeschränkung vereinbart wurde (vgl. THIER, BasKurzK, N 2 zu Art. 100 OR). Eine solche ist nur für den Haftungsfall möglich, denn „[n]ur wer haftet, kann sich freizeichnen" (OESCH, S. 12).

306 Die weiteren Voraussetzungen einer vertraglichen Haftung (s. dazu z.B. KOLLER, OR AT, § 47 Rn 16 ff.) interessieren vorliegend nicht.

307 Vgl. KOLLER, OR AT, § 47 Rn 17; KRAMER, Grundkurs, Rn 480; TERCIER, PDO, Rn 1218.

verwiesen. Die Haftung des Reuberechtigten für die Nichterfüllung des Vertrags beschränkt sich somit faktisch auf den Betrag des vereinbarten Reugelds. Es fragt sich daher, ob Art. 100 OR auf sehr niedrige Reugelder *allenfalls analog heranzuziehen* ist[308].

Zur Beantwortung dieser Frage ist zunächst der Zweck von Art. 100 OR in Erinnerung zu rufen. Die Bestimmung will unter anderem verhindern, dass das Verschuldensprinzip aus den Angeln gehoben wird[309] und die vertragliche Gebundenheit ins Belieben des Schuldners gestellt wird[310]. Namentlich soll der Schuldner daran gehindert werden, seiner Gegenpartei beliebige Schäden zuzufügen, ohne dafür haftbar gemacht werden zu können[311]. Eine solche Möglichkeit widerspräche dem Prinzip von Treu und Glauben[312] bzw. den guten Sitten[313], weshalb entsprechende Vereinbarungen von der Rechtsordnung nicht geschützt werden dürfen. 185

Diese Überlegungen sind für Reuabreden nicht einschlägig. Der Gesetzgeber lässt Reuvereinbarungen ausdrücklich zu und überlässt es den Parteien damit auch, die vertragliche Gebundenheit ins Belieben einer oder beider Parteien zu stellen[314]. Der Reuberechtigte soll sich durch die Ausübung seines Reurechts vom Hauptvertrag lösen können, ohne sich mit allfälligen Ansprüchen aus diesem beschäftigen zu müssen. Durch eine (analoge) Anwendung von Art. 100 OR auf Reuklauseln würde dieser Vorteil dahinfallen. Überdies ist zu berücksichtigen, dass ein Reuberechtigter, der sich für den Rücktritt entscheidet, seinerseits auf sämtliche Ansprüche aus dem Hauptvertrag verzichtet. Im Gegensatz dazu bleiben die Ansprüche einer Partei, welche sich von einer Haftung freizeichnet, bestehen. Die Gefahr einer Schädigung der Gegenpartei ohne eigene Verluste besteht bei einer Reuklausel daher nicht im selben Masse. Zwischen einer Reuabrede und einer Haftungsbeschränkung bestehen somit grundlegende Unterschiede. 186

---

308 S. zu dieser Frage allgemein GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rn 3081, wonach Art. 100 OR analog anzuwenden ist, wenn eine mittelbare Haftungsbeschränkung vorliegt, durch welche eine Partei „im Ergebnis gleichermassen entlastet wird wie mit einer Haftungsfreizeichnung".

309 LÖRTSCHER, S. 156; WEBER, BerK, N 86 zu Art. 100 OR.

310 OESCH, S. 59, m.Hw.; LÖRTSCHER, S. 156.

311 LÖRTSCHER, S. 156; OESCH, S. 59.

312 Vgl. BECKER, BerK, N 1 zu Art. 100 OR; OSER/SCHÖNENBERGER, ZürK, N 1 zu Art. 100 OR; OESCH, S. 59.

313 Vgl. ACKERMANN, S. 58; ferner BGE 20, 1088, S. 1121.

314 Das freie Belieben beim Entscheid über Festhalten oder Abgehen vom Vertrag ist für das Reurecht begriffswesentlich; s. oben Rn 11.

Aus diesem Grund ist auch eine *analoge Anwendung von Art. 100 OR auf Reuabreden abzulehnen*.

IV. Anfechtungsgründe (Art. 21, 23 ff. OR)

187 Die Reuklausel hat nur dann sicheren Bestand, wenn bei keiner Vertragspartei ein Anfechtungsgrund gegeben ist. Es darf also weder ein Übervorteilungstatbestand erfüllt sein noch darf auch nur bei einer der beiden Parteien ein erheblicher Willensmangel (wesentlicher Irrtum, absichtliche Täuschung, Drohung) vorliegen[315]. Dass eine Übervorteilung bzw. ein Willensmangel (nur) die Reuabrede betrifft, ist nicht ausgeschlossen, dürfte aber eher selten sein[316].

188 Sind ausnahmsweise die Voraussetzungen einer Übervorteilung oder eines erheblichen Willensmangels gegeben, so kann der Vertrag innert Jahresfrist angefochten werden (vgl. Art. 21 bzw. 31 OR)[317]. Mit der Anfechtung gilt die Reuklausel als von Anfang an unwirksam[318]. In der Regel führt die erfolgreiche Anfechtung zum Dahinfallen des Hauptvertrags und der Reuklausel. Im Einzelfall ist aber auch eine blosse Teilnichtigkeit denkbar[319].

189 Regelmässig wird ein Willensmangel bzw. eine Übervorteilung nicht die Reuklausel, sondern den Hauptvertrag betreffen. In diesen Fällen ergeben sich gewisse Besonderheiten, auf die im Rahmen der Sonderfragen näher einzugehen sein wird[320].

---

315 Für die Tatbestandsvoraussetzungen sei auf die einschlägige Literatur verwiesen. Für die Übervorteilung s. z.B. BELSER, S. 546 ff.; KOLLER, OR AT, § 14 Rn 248 ff.; SCHWENZER, Rn 32.48 ff.; für den Irrtum s. z.B. KOLLER, OR AT, § 14 Rn 18 ff.; SCHWENZER, Rn 37.01 ff.; für die absichtliche Täuschung s. z.B. KLAUSBERGER, S. 30 ff.; KOLLER, OR AT, § 14 Rn 152 ff.; SCHWENZER, Rn 38.03 ff.; für die Drohung (Furchterregung) s. z.B. KLAUSBERGER, S. 40 ff.; KOLLER, OR AT, § 14 Rn 201 ff.; SCHWENZER, Rn 38.13 ff.

316 Denkbar ist etwa ein Erklärungsirrtum, z.B. wenn eine Partei ein Reugeld für Fr. 10'000.– vereinbaren will, der (normative) Konsens jedoch auf Fr. 20'000.– geht.

317 Die Jahresfrist beginnt bei der Übervorteilung "mit dem Abschluss des Vertrags" (Art. 21 Abs. 2 OR), bei Irrtum und Täuschung "mit der Entdeckung" (Art. 31 Abs. 2 OR), bei der Drohung mit deren Wegfall (vgl. Art. 31 Abs. 2 OR). Für Einzelheiten zur Anfechtungsfrist s. z.B. SCHWENZER, Rn 39.15 f.

318 Vgl. KOLLER, OR AT, § 14 Rn 276; SCHWENZER, Rn 39.23.

319 Vgl. BGE 130 III 49, E. 3.2; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rn 852 f.; SCHWENZER, Rn 39.08 f. (für die Willensmängel); GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rn 754 f.; KOLLER, OR AT, § 14 Rn 259 (für die Übervorteilung).

320 S. dazu unten Rn 329 ff.

§ 9 Der Entscheid über das Vertragsschicksal

I. Einleitung

1. **Ausgangslage**. Nach gültigem Abschluss der Reuklausel besteht ein Reurecht für eine oder beide Parteien[321], verbunden mit der (suspensiv) bedingten Pflicht, der anderen Partei das Reugeld zu bezahlen bzw. es bei dieser zu belassen. Der Hauptvertrag ist nun resolutiv bedingt[322], was seine Bindungswirkung abschwächt[323]. Der Vertrag befindet sich in einem Schwebezustand, welcher anhält, bis über das Schicksal des Hauptvertrags entschieden wird. Der Entscheid kann dabei in zwei Richtungen gehen: entweder fällt der Hauptvertrag dahin oder aber er wird voll wirksam. 190

2. **Dahinfallen des Hauptvertrags**. Der Untergang des Hauptvertrags (und der Verfall des Reugelds) werden durch die Ausübung des Reurechts bewirkt. Das Reurecht kann durch einseitige Willenserklärung (Reuerklärung) ausgeübt werden (s. im Einzelnen Rn 195 ff.)[324]. Keine Reurechtsausübung liegt vor, wenn der Reuberechtigte die Vertragsauflösung auf einer anderen Grundlage erklärt, z.B. gestützt auf Verzugsrecht, wegen eines Willensmangels oder aus sog. „wichtigen Gründen“[325]. Fraglich und umstritten ist hingegen, ob es der Reurechtsausübung gleichsteht, wenn der Reuberech- 191

321 Entscheidend ist der übereinstimmende Parteiwille. Wird ein Reugeld bereits bei Vertragsschluss hingegeben, ist zudem die gesetzliche Vermutung von Art. 158 Abs. 3 OR zu beachten (s. dazu oben Rn 144 ff.).

322 Vgl. EHRAT, BasK, N 3 zu Art. 154 OR; HONEGGER, S. 76; KOLLER, OR AT, § 77 Rn 12; STEINER H., S. 316; *a.M.* BECKER, BerK, N 10 zu Art. 158 OR; DUBS/ROTH PELLANDA, ZürKurzK, N 7 zu Art. 158 OR, SCHWENZER, Rn 13.01. Gemäss BECKER ist es beim Reurecht mangels anderer Vereinbarung nicht möglich, einen Vertrag nach der Erfüllung noch dahinfallen zu lassen, was es von der Resolutivbedingung unterscheide (s. dazu unten Rn 234 ff.). Für SCHWENZER ist bei einer Resolutivbedingung ein Automatismus begriffsnotwendig.

323 Vgl. EHRAT, BasK, N 1 vor Art. 158-163 OR; KOLLER, OR AT, § 80 Rn 6; OSER/SCHÖNENBERGER, ZürK, N 3 vor Art. 158-163 OR; SECRETAN, S. 22; anders die Einordnung im Dresdener Entwurf, wo das Reugeld unter „3. Bestärkungsmittel der Verträge“ zu finden ist. Diese Einordnung war früher die allgemeine Meinung (vgl. den Hinweis bei HABERSTICH, S. 168). Heute ist sie aber überholt.

324 Vgl. ERDEM, S. 33.

325 Vgl. OGer TG, RBOG TG 1979, S. 60 ff., E. 3; BUCHER, OR AT, S. 517; FUNK, N 4 zu Art. 158 OR; VON TUHR/ESCHER, S. 288 Fn 8; ferner MünchK/GAIER, N 2 zu § 353 BGB, m.w.Hw. Ob in solchen Fällen eine Entschädigung für den Rücktritt verlangt werden kann, muss durch Analyse der Regel ermittelt werden, welche das Rücktrittsrecht verschafft.

tigte den Vertrag schuldhaft nicht erfüllt, und es infolgedessen zum Dahinfallen des Vertrags kommt (Fiktionstheorie, Rn 205 ff.).

192 Die – allenfalls fingierte – Ausübung des Reurechts ist die einzige Wirksamkeitsvoraussetzung. Nicht erforderlich ist also insbesondere, dass die reuberechtigte Partei ihrer Gegenpartei das Reugeld nach Erklärung des Rücktritts sofort anbietet oder gar sogleich bezahlt[326]. Die Parteien sind jedoch frei, anderes zu vereinbaren. Sie können demnach die sofortige Bezahlung des Reugelds zur Wirksamkeitsvoraussetzung erheben[327].

193 Die Ausübungserklärung ist grundsätzlich bedingungsfeindlich und unwiderruflich. Ausnahmsweise kann anderes gelten. Ausserdem kann die Ausübung unter Einfluss eines Willensmangels erfolgen oder missbräuchlich sein (s. nachstehend Rn 215 ff.).

194 3. **Definitiver Bestand des Hauptvertrags**. Entscheidet sich der Reuberechtigte definitiv gegen die Reurechtsausübung und für den Hauptvertrag, geht das Reurecht unter. Nebst dem Verzicht auf die Reurechtsausübung kann das Recht auch durch blossen Zeitablauf untergehen. Ausnahmsweise ist ein Untergang wegen Rechtsmissbrauchs denkbar. In all diesen Fällen erlangt der Hauptvertrag definitive Wirksamkeit (zum Untergang des Reurechts s. Rn 231 ff.).

II. Die Ausübungserklärung im Einzelnen

195 1. Das Reurecht wird – wie gesagt – durch einseitige Willenserklärung ausgeübt[328]. Die Reurechtsausübung ist ein Gestaltungsgeschäft[329] und kann formlos erfolgen[330], es sei denn, die Parteien hätten eine besondere Form vorgesehen[331]. Für die Gültigkeit der Ausübungserklärung genügt es, wenn diese in die Kenntnissphäre des Reurechtsgegners gelangt[332]. Eine weitergehende Mitwirkung ist nicht erforderlich.

326 Vgl. ERDEM, S. 33; KOLLER, OR AT, § 80 Rn 11; anders verhält es sich im deutschem Recht, s. § 353 BGB und dazu STAUDINGER/KAISER, N 9 ff. zu § 353 BGB.
327 Vgl. KOLLER, OR AT, § 80 Rn 11 a.E.; s. auch RUMMEL/REISCHAUER, N 2 zu § 909 ABGB.
328 Vgl. ERDEM, S. 33.
329 Zum Begriff s. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rn 151; KOLLER, OR AT, § 2 Rn 56 a.E.
330 BGE 21, 1211, S. 1216; BECKER, BerK, N 8 zu Art. 158 OR; ERDEM, S. 33; MOOSER, CR, N 6 zu Art. 158 OR; PIETRUSZAK, BasKurzK, N 14 zu Art. 158 OR; vgl. auch VIONNET, S. 192.
331 Vgl. dazu VIONNET, S. 197 ff.
332 Vgl. ERDEM, S. 33; ferner HONEGGER, S. 26; VIONNET, S. 174.

Ob der Reurechtsgegner eine Erklärung als Ausübung des Reurechts zu verstehen hat, entscheidet sich – sofern nicht feststeht, dass er den wirklichen Willen des Reuberechtigten zutreffend verstanden hat – nach Vertrauensprinzip[333]. Bei der Auslegung der Erklärungen des Reuberechtigten ist zu beachten, dass die Ausübung nicht der Regelfall ist. Auch wenn eine Reuklausel vereinbart wurde, dürfte es meistens zur Erfüllung des Hauptvertrags kommen. Eine Reurechtsausübung darf daher nur mit Zurückhaltung angenommen werden[334]. Die Praxis trägt dem nicht immer genügend Rechnung[335]. 196

2. In der Regel wird das Reurecht mittels ausdrücklicher Erklärung ausgeübt, indem der Berechtigte gegenüber der anderen Vertragspartei erklärt, das Reurecht auszuüben und somit den Vertrag nicht halten zu wollen. Dies ist namentlich der Fall, wenn er erklärt, vom Vertrag gegen Überlassung bzw. Bezahlung des Reugelds zurückzutreten. Eine ausdrückliche Bezugnahme auf das Reugeld ist aber nicht zwingend erforderlich. 197

Beispiele: A erklärt gegenüber dem B, „das Reurecht nach § 12 des Vertrages vom …“ auszuüben. – Die D AG schreibt dem U, dass sie „ein besseres Angebot gefunden und daher vom Vertrag zurücktreten“ möchte. Im selben Schreiben kündigt sie die Bezahlung der „vertraglich für den Rücktrittsfall vorgesehenen Entschädigung von 20'000 Franken“ an. 198

3. Die Ausübung des Reurechts braucht allerdings nicht ausdrücklich erklärt zu werden, eine konkludente Ausübung genügt[336]. Eine solche liegt vor, wenn sich aus dem Verhalten des Berechtigten ergibt, dass er vom Vertrag gegen Bezahlung des Reugelds zurücktreten möchte. In bestimmten Fällen kann eine konkludente Reurechtsausübung in der Zahlung des Reugelds erblickt werden. 199

Beispiel: Mörtl verkauft Seiler am 7. Februar ein bebautes Grundstück für Fr. 900'000.–. Die Übertragung des Grundstückes ist auf den 1. Juli vorgesehen. Die Parteien vereinbaren, dass Seiler eine Anzahlung von Fr. 50'000.– leistet. Dieser soll Reugeldcharakter im Sinne von Art. 158 Abs. 3 OR zukommen, d.h. es soll beiden Parteien der Rücktritt vom Vertrag offen stehen, dem Geber gegen Zurücklassung des bezahlten und dem Empfänger gegen Erstattung des doppelten Betrages. Zwei Wochen später überweist Mörtl dem 200

333 Vgl. VIONNET, S. 182; s. auch KRAMER, BerK, N 67 zu Art. 18 OR; KOLLER, OR AT, § 3 Rn 153 ff.
334 Vgl. SOERGEL/LINDACHER, N 43 vor § 339 BGB.
335 S. dazu sogleich unten Rn 205 ff.
336 Vgl. ERDEM, S. 33; FOËX, S. 423; KOLLER, OR AT, § 80 Rn 22.

Seiler kommentarlos Fr. 100'000.–. Diese Zahlung darf als Ausübung des Reurechts verstanden werden.

201 Regelmässig kann aus einer Zahlung alleine jedoch kein klarer Wille des Reuberechtigten hergeleitet werden. Es müssen dann weitere Elemente hinzutreten, um auf seinen Willen schliessen zu können.

202 *Beispiel:* Schwizer verkauft Wehrle diverse Antiquitäten für insgesamt Fr. 150'000.–. Wehrle hat das Recht, gegen Zahlung eines Reugelds von Fr. 10'000.– vom Vertrag zurückzutreten. Überweist nun Wehrle dem Schwizer einige Tage nach Vertragsschluss kommentarlos Fr. 10'000.–, kann dies nicht ohne weiteres als Rücktrittserklärung verstanden werden. Es könnte sich hierbei auch um eine Teilzahlung handeln. Auf die Ausübung des Reurechts kann erst aufgrund weiterer Anzeichen geschlossen werden, so z.B., wenn Wehrle die Annahme der Antiquitäten am vereinbarten Liefertermin verweigert.

203 4. Ein Angebot des Reugelds ist zur wirksamen Ausübung – wie gesagt[337] – nicht erforderlich. Demgegenüber steht die ausdrückliche Weigerung, der Gegenpartei das Reugeld zu bezahlen oder es bei dieser zu belassen, der wirksamen Ausübung des Reurechts regelmässig entgegen. Bei einer Auslegung nach Vertrauensprinzip kann eine Rücktrittserklärung, verbunden mit einer Bestreitung der Reugeldschuld, im Normalfall *nicht* als Ausübung des Reurechts verstanden werden. Vielmehr ist ein solches Vorgehen so zu verstehen, dass der Reuberechtigte einen Rücktritt aus anderen Gründen geltend machen möchte.

204 *Beispiel:* Die Formulierung „Ich trete per sofort vom Vertrag zurück. Das vorgesehene Reugeld werde ich nicht bezahlen." kann nicht als Rücktritt gestützt auf die Reuklausel aufgefasst werden. Eine solche Formulierung deutet vielmehr auf eine Rücktrittserklärung aus anderen Gründen hin.

III. Fiktionstheorie

205 1. Dass das Reurecht nur durch Erklärung des Berechtigten ausgeübt werden kann, ist im Grundsatz allgemein anerkannt[338]. Allerdings wird teilweise vertreten, dass in bestimmten Fällen eine Reurechtsausübung auch ohne Erklärung des Berechtigten angenommen werden müsse (Fiktionstheorie):

337 S. oben Rn 192.

338 Vgl. nur BGE 84 II 151, E. 2; KGer VS, ZWR 1987, S. 233 ff. E. 8c; EHRAT, BasK, N 12 zu Art. 158 OR a.E.; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rn 3871.

a) **Fiktionstheorie zu Lasten des Reuberechtigten**. Die Rechtsprechung und ein Teil der Lehre betrachten das Reugeld im Falle einer schuldhaften Nichterfüllung des Vertrages durch den Reuberechtigten als verfallen[339]. Die Ausübung des Reurechts wird somit – unter Umständen gegen den ausdrücklich erklärten Willen des Reuberechtigten – fingiert. Begründet wird diese Haltung mit „allgemeinen schuldrechtlichen Grundsätzen des schweizerischen Rechts“[340]. Es ist nach dieser Auffassung mit Treu und Glauben nicht zu vereinbaren, dass sich eine Partei durch eine schuldhafte Erfüllungsverweigerung der Pflicht zur Bezahlung des Reugelds entziehen kann[341]. 206

Die Fiktion greift selbstverständlich nur dort, wo es aufgrund des Verhaltens des Reuberechtigten zur Auflösung des Hauptvertrags kommt[342]. Andernfalls können weiterhin nur die Ansprüche aus dem Hauptvertrag geltend gemacht werden. 207

b) **Fiktionstheorie zu Gunsten des Reuberechtigten.** Nach Teilen der ausländischen Lehre wirkt das Reugeld haftungsbegrenzend[343]. Macht die Gegenpartei Schadenersatz geltend, und übersteigt dieser das vereinbarte Reugeld, so ist nach dieser Auffassung die Ausübung des Reurechts zu fingieren und der Gegenpartei automatisch nur das Reugeld zuzusprechen[344]. Mit anderen Worten soll der Reuberechtigte stets nur den kleineren Betrag schulden, sei dies der Nichterfüllungsschaden oder das Reugeld. 208

2. **Ablehnung der Fiktionstheorie**. – a) **Keine fingierte Ausübung zu Lasten des Reuberechtigten**. Die Argumente, die zur Begründung einer fingierten Ausübung im Fall der schuldhaften Nichterfüllung vorgebracht 209

339 S. BGE 84 II 151, E. 2; BGer, Urteil 4C.301/2006 vom 23. April 2007, E. 6; Rekurskommission OGer TG, RBOG TG 1996, S. 137 ff., E. 3b; KGer FR, FZR 1973, S. 33 ff., S. 36 f., KGer VS, ZWR 1987, S. 233 ff., E. 8; aus der Lehre s. BÜHLER, S. 162 f.; EHRAT, BasK, N 12 zu Art. 158 OR; MOOSER, CR, N 8 zu Art. 158 OR; STAFFELBACH, N 8 zu Art. 158 OR; VON TUHR/ESCHER, S. 288 Fn 9.

340 BGE 84 II 151, E. 2, S. 156.

341 S. BGE 84 II 151, E. 2 a.E.

342 Vgl. etwa RUMMEL/REISCHAUER, N 1 zu § 911 ABGB. Zu denken ist z.B. an verschuldete Unmöglichkeit (vgl. Art. 97 Abs. 1 OR) oder an einen Rücktritt des Reurechtsgegners gestützt auf Verzugsrecht (vgl. Art. 107 Abs. 2 OR).

343 In Österreich wird von einem Teil der Lehre vertreten, dass bei Nichterfüllung eines mit einer Reuklausel versehenen Vertrags auch ohne Ausübung des Reurechts immer höchstens das Reugeld gefordert werden könne. So namentlich KLANG/GSCHNITZER/GSCHNITZER, S. 392 f. (Anm. zu § 911 ABGB); ferner KBB/BOLLENBERGER, N 1 zu § 911 ABGB.

344 Voraussetzung ist, dass das Reurecht im Zeitpunkt der Schadenersatzklage noch besteht (s. KLANG/GSCHNITZER/GSCHNITZER, S. 392 f. [Anm. zu § 911 ABGB]; KBB/BOLLENBERGER, N 1 zu § 911 ABGB).

werden, überzeugen nicht. Im Gegensatz etwa zum österreichischen Recht, das in § 911 ABGB ausdrücklich eine entsprechende Fiktion aufstellt[345], sieht das schweizerische Obligationenrecht den Verfall des Reugelds bei schuldhafter Nichterfüllung des Vertrags durch die reuberechtigte Partei nicht vor. Die Herleitung einer entsprechenden Regel ohne gesetzliche Grundlage, einzig gestützt auf allgemeine schuldrechtliche Grundsätze, ist problematisch. Da konkrete Beispiele für diese Grundsätze weder von den Gerichten noch von der Lehre namhaft gemacht werden, ist es nicht möglich, sich im Einzelnen mit ihnen auseinander zu setzen. Dennoch muss bezweifelt werden, dass sich Gründe finden lassen, welche es rechtfertigen, eine Ausübung des Reurechts zu fingieren[346]. Denkbar wäre eine Heranziehung des Grundsatzes von Treu und Glauben (Art. 2 ZGB), was jedoch nicht überzeugen kann. Denn grundsätzlich ist es völlig ins Belieben der reuberechtigten Partei gestellt, ob sie vom Vertrag zurücktreten will oder nicht. Tut sie es nicht, kann dies nur unter ganz besonderen Umständen gegen Treu und Glauben verstossen[347]. Die schlichte Nichterfüllung, sei sie auch schuldhaft, ist kein solcher Umstand. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung führt dazu, dass der Reurechtsbelastete im Einzelfall besser gestellt wird, als er ohne Reuklausel dastehen würde[348]. Das widerspricht dem Zweck einer Reuabrede[349]. Diese soll die Situation des Berechtigten erleichtern, nicht erschweren.

210 Die Ausweitung des Verfalls von Reugeldern auf Fälle der schuldhaften Nichterfüllung ist somit abzulehnen[350]. Das Reugeld kann nicht verfallen, wenn der Berechtigte von seinem Recht keinen Gebrauch macht.

211 *Beispiel*[351]: K erwirbt von der Erbengemeinschaft V ein Grundstück. Vereinbart wird ein gegenseitiges Reugeld von Fr. 10'000.–. Verweigern später einzelne Erben unbegründet ihre Mitwirkung, ist dies eine schuldhafte Nichterfüllung des Vertrags durch die Erben-

345 „Wer … durch sein Verschulden an der Erfüllung des Vertrages verhindert wird, muss ebenfalls das Reugeld entrichten“ (§ 911 ABGB). Vgl. dazu RUMMEL/REISCHAUER, N 1 zu § 911 ABGB. Nach einem Teil der österreichischen Lehre soll diese Bestimmung die Haftung des Reuberechtigten allerdings nur begrenzen (s. soeben Rn 208).

346 *Kritisch* namentlich auch ERDEM, S. 32 und KOLLER, Reugelder, S. 80.

347 Vgl. KOLLER, OR AT, § 80 Rn 25; für ein Beispiel s. BGE 113 II 31, wo der Eintritt einer an sich im freien Belieben einer Partei stehenden Bedingung gestützt auf das Prinzip von Treu und Glauben angenommen wurde.

348 Vgl. KOLLER, OR AT, § 80 Rn 24; DERS., Reugelder, S. 80.

349 Vgl. ERDEM, S. 32.

350 Ebenso ERDEM, S. 32; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rn 3871; KOLLER, OR AT, § 80 Rn 22; DERS., Reugelder, S. 79.

351 Angelehnt an BGE 84 II 151.

gemeinschaft V[352]. K stehen die Rechtsbehelfe wegen Nichterfüllung zu, er kann beispielsweise Schadenersatz aus Art. 107 Abs. 2 OR geltend machen. Dagegen hat er nach der hier vertretenen Auffassung keinen Anspruch auf Bezahlung des Reugelds. Dasselbe gilt mutatis mutandis für den Fall, dass K (schuldhaft) die Bezahlung des Kaufpreises verweigert[353].

b) **Keine fingierte Ausübung zu Gunsten des Berechtigten**. Abzulehnen ist nicht nur die Fiktion zu Lasten, sondern auch jene zu Gunsten des Berechtigten. Das Reurecht ist ein einseitiges Recht, dessen Ausübung im freien Belieben des Rechtsinhabers liegt[354]. Verzichtet dieser aus irgendwelchen Gründen auf die Reurechtsausübung, hat er die entsprechenden Konsequenzen zu tragen und muss den Vertrag erfüllen oder allenfalls Schadenersatz leisten. 212

3. **Fiktionstheorie und Vertragsgestaltung**. Angesichts der Gerichtspraxis, welche bei schuldhafter Nichterfüllung eine Reurechtsausübung annimmt, sollten die Vertragsparteien – wenn sie dem Reugeld keine Straffunktion zukommen lassen wollen – die Möglichkeit des Reugeldverfalls ohne entsprechende Willenserklärung des Berechtigten im Vertrag ausdrücklich ausschliessen. Denkbar wären etwa die folgenden Formulierungen: 213

„Der Verkäufer ist berechtigt, den Vertrag gegen Bezahlung eines Reugeldes von Fr. 50'000.– jederzeit aufzulösen. Fällt der Vertrag aus anderen Gründen dahin, ist das Reugeld nicht geschuldet."[355] – „Der Verkäufer ist berechtigt, den Vertrag gegen Bezahlung eines Reugeldes von Fr. 50'000.– jederzeit aufzulösen. Der Rücktritt muss in jedem Fall ausdrücklich erklärt werden."[356] 214

IV. Einzelprobleme bei der Reurechtsausübung: Bedingungen, Willensmängel, Rechtsmissbrauch, Widerruf

Grundsätzlich ist die Ausübung des Reurechts bedingungsfeindlich. Ausnahmsweise kann anderes gelten (Rn 216 ff.). Möglich ist ausserdem – 215

352 S. z.B. BGer, Urteil 4A_514/2007 vom 22. Februar 2008, wo es um die unbegründete Weigerung, einen Gestaltungsplan zu unterzeichnen, ging.

353 Die reuberechtigte Partei ist aber natürlich befugt, das Reurecht auszuüben und den Vertrag gegen Bezahlung des Reugeldes dahinfallen zu lassen.

354 Vgl. KOLLER, OR AT, § 80 Rn 10; s. auch oben Rn 11.

355 Formulierungsvorschlag von KOLLER, Reugelder, S. 80.

356 Mit dieser Formulierung wird die Möglichkeit einer konkludenten Rücktrittserklärung ausgeschlossen, was indessen in Kauf genommen werden kann.

ebenfalls ausnahmsweise –, dass der Berechtigte den Rücktritt unter Einfluss eines Willensmangels erklärt hat, was seine Erklärung anfechtbar macht (Rn 220 ff.). Ebenfalls möglich ist, dass sich die Reurechtsausübung als missbräuchlich erweist, was zur Folge hat, dass die Ausübung als nicht geschehen zu betrachten ist (Rn 224 ff.). Schliesslich stellt sich die Frage, inwiefern ein Widerruf der Ausübungserklärung zulässig ist (Rn 228 ff.).

1. Die bedingte Ausübung des Reurechts

216 1. **Ausnahmsweise Zulässigkeit der bedingten Reurechtsausübung**. Das Reurecht kann – wie alle Gestaltungsrechte – grundsätzlich nicht bedingt ausgeübt werden[357]. Etwas anderes gilt nach herrschender Lehre nur, wenn die bedingte Ausübung für die Gegenpartei keine unzumutbar ungewisse Rechtslage schafft[358]. Zulässig sind daher insbesondere Bedingungen, deren Eintritt vom Willen der reurechtsbelasteten Partei abhängen[359]. Im Einzelfall kann jedoch auch eine Bedingung, deren Eintritt nicht vom Willen des Reurechtsgegners abhängt, zulässig sein. Dies, wenn überwiegende Interessen des Reurechtsinhabers vorhanden sind und die entstehende Unsicherheit für die Gegenpartei als zumutbar erscheint[360].

217 2. Das Gesagte gilt auch bei sogenannten **uneigentlichen Bedingungen**, wenn also der Rücktritt von „subjektiv ungewissen vergangenen oder gegenwärtigen“[361] Umständen abhängig gemacht wird[362]. Der Rücktritt kann deshalb nur an eine uneigentliche Bedingung geknüpft werden, wenn dadurch für die Gegenpartei keine unzumutbare Ungewissheit entsteht. Zumutbar ist es etwa, den Rücktritt an einen Umstand zu knüpfen, der zwar nicht dem Reuberechtigten, wohl aber seiner Gegenpartei bekannt ist[363]. Ebenfalls zulässig dürfte es sein, den Rücktritt an einen ungewissen Um-

357 Vgl. BGE 128 III 129, E. 2a; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rn 154; KOLLER, OR AT, § 3 Rn 66; SCHWENZER, Rn 3.09; STEINER R., S. 66; VIONNET, S. 317.

358 Vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rn 155; HUGUENIN, OR AT, Rn 1256; KOLLER, OR AT, § 3 Rn 66; SCHWENZER, Rn 11.11; *a.M.* VIONNET, S. 338 f., der eine bedingte Ausübung nur dann als zulässig erachtet, wenn die Parteien eine solche vereinbart haben oder sie gesetzlich vorgesehen ist.

359 Vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rn 155; HUGUENIN, OR AT, Rn 1256; KOLLER, OR AT, § 3 Rn 66 f.; SCHWENZER, Rn 11.11.

360 Vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rn 155, MERZ, SPR, S. 80. Die übrige Lehre erwähnt diesen Fall nicht und scheint teilweise davon auszugehen, dass nur Bedingungen, deren Eintritt vom Willen des Reurechtsbelasteten abhängt, zulässig sind.

361 KOLLER, OR AT, § 79 Rn 1 (Hervorhebung weggelassen).

362 Vgl. VIONNET, S. 339 f.; VON TUHR/ESCHER, S. 262 f.

363 Vgl. VON TUHR/ESCHER, S. 262 f.

stand zu knüpfen, wenn sich dadurch an der Leistungspflicht der Gegenpartei nichts ändert. Dies ist namentlich dann der Fall, wenn die Gegenpartei bereits auf die Leistung des Reuberechtigten aus dem Hauptvertrag verzichtet hat und den Nichterfüllungsschaden geltend macht.

Beispiel: A ist verpflichtet, dem B bis am 30. Oktober eine Tonne Mais zu liefern. A hat ein Rücktrittsrecht gegen Bezahlung eines Reugelds. Nach einem Gewitter wird die Ernte des A so schwer beeinträchtigt, dass vorauszusehen ist, dass er nicht wird liefern können. Er benachrichtigt den B. Dieser teilt dem A mit, dass er ihn für den aus der ausbleibenden Lieferung entstehenden Schaden haftbar machen werde. A antwortet, dass er vom Vertrag zurücktrete, falls der Nichterfüllungsschaden das Reugeld übersteige. Eine solche Antwort ist zulässig. B ist nicht schlechter gestellt, als wenn A – was zulässig wäre[364] – zuwarten würde, bis B den Schaden genau beziffert und je nach Höhe des Schadens erst dann den Rücktritt erklären würde. 218

3. Der Regelfall bleibt, dies sei nochmals betont, die Unzulässigkeit eines – auch uneigentlich – bedingt erklärten Rücktritts[365]. In diesem Regelfall ist die bedingte Reurechtsausübung als *unwirksam* zu betrachten[366]. Der Hauptvertrag hat also nach der unzulässigerweise bedingt erfolgten Ausübung des Reurechts weiterhin Bestand. 219

2. Willensmängel bei der Reurechtsausübung

Ist die Ausübung des Reurechts unter Einfluss eines erheblichen Willensmangels erfolgt, steht dem Reurechtsinhaber die Anfechtung seiner Erklärung offen. Zwar beziehen sich die Art. 23-31 OR nach dem Gesetzestext nur auf „Mängel des Vertragsabschlusses“[367], doch ist in Lehre und Rechtsprechung allgemein anerkannt, dass die Vorschriften analog auf einseitige Rechtsgeschäfte, namentlich also auch auf Gestaltungsgeschäfte wie die Reurechtsausübung, anwendbar sind[368]. 220

364 Sofern keine Frist zur Ausübung des Reurechts festgelegt wurde, kann der Berechtigte dieses grundsätzlich beliebig lange ausüben (s. unten Rn 237 ff.).

365 Eine bedingte Reurechtsausübung ist namentlich dann unzulässig, wenn sich die Gegenpartei weiterhin leistungsbereit halten müsste, weil sie damit zu rechnen hat, dass sie ihre (Sach-)Leistung doch noch erbringen muss.

366 Vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rn 154; VIONNET, S. 343.

367 Vgl. die Marginalie bei Art. 23 OR.

368 Vgl. BGE 128 III 70, E. 2; BGer, Urteil 5A_594/2009 vom 20 April 2010, E. 2.1; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rn 937; KOLLER, OR AT, § 14 Rn 313; SCHMIDLIN, BerK, N 174 zu Art. 23/24 OR; VIONNET, S. 365, m.w.Hw.; *a.M.* – in Bezug auf den Erklärungsirrtum – SCHÖNENBERGER/JÄGGI, ZürK, N 381 ff. zu Art. 1 OR.

221 *Beispiel*: X erwirbt von Y die Grundstücke Nr. 111 und Nr. 112. In beiden Verträgen findet sich eine Reuklausel. X möchte vom Kaufvertrag über das Grundstück Nr. 112 zurücktreten, schreibt dem Y jedoch versehentlich, er trete vom Kaufvertrag über das Grundstück Nr. 111 zurück. Es liegt ein Erklärungsirrtum vor (vgl. Art. 24 Abs. 1 Ziff. 2 OR) [369].

222 Die Einzelheiten der analogen Anwendung sind nicht geklärt. Während teilweise eine grössere Strenge bei der Prüfung, ob ein erheblicher Willensmangel vorliegt, gefordert wird[370], hält die überwiegende Lehre dafür, dass die Art. 23 ff. OR bei Gestaltungserklärungen in gleicher Weise wie bei Verträgen angewendet werden sollen[371].

223 Im vorliegenden Zusammenhang rechtfertigt sich eine gewisse Strenge, da die Gegenpartei grundsätzlich auf den Wegfall der gegenseitigen vertraglichen Pflichten vertrauen können muss und sie nach der Reurechtsausübung regelmässig bereits entsprechend disponiert hat[372]. Die erfolgreiche Anfechtung der Rücktrittserklärung führt zum Wiederaufleben der ursprünglichen Vertragspflichten, was regelmässig nicht die angemessene Rechtsfolge ist[373] und daher nur ganz ausnahmsweise in Betracht kommt[374].

3. Missbräuchliche Ausübung des Reurechts

224 1. **Allgemeines**. Die Ausübung des Reurechts kann – wie die Ausübung jedes Rechts – missbräuchlich erfolgen[375]. Da die willkürliche Ausübung

369 S. auch das Bsp. in BGer, Urteil 4C.321/2005 vom 27. Februar 2006, E. 5.2.

370 In diesem Sinne FENKART, S. 57 (bezüglich Irrtumsanfechtung).

371 S. VIONNET, S. 367 f.; s. ferner auch GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rn 937; SCHMIDLIN, BerK, N 174-176 zu Art. 23/24 OR; VON TUHR/PETER, S. 300.

372 So veräussert der Verkäufer nach einem Rücktritt des Käufers den Vertragsgegenstand regelmässig an einen Dritten bzw. der Käufer deckt sich nach einem Rücktritt des Verkäufers regelmässig bei einem Dritten ein.

373 S. zu diesem Kriterium – bezüglich des Irrtums beim Vertragsabschluss – GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rn 784 f.; KOLLER, § 14 Rn 36 (mit abweichenden Formulierungen).

374 Die Rechtsprechung musste sich bisher nicht mit Willensmängeln bei der Reurechtsausübung befassen. Entscheide finden sich jedoch zum verwandten Fall des Willensmangels bei einer ordentlichen Kündigung. Ein erheblicher Willensmangel wurde z.B. verneint, als ein Arbeitgeber bei der Kündigung irrtümlich von einer lang andauernden Arbeitsunfähigkeit der Arbeitnehmerin ausging (BGer, Urteil 4C.321/2005 vom 27. Februar 2006, E. 5.3); ebenso, als sich eine Versicherungsnehmerin über die Rechtsfolgen ihrer Kündigung geirrt hatte (BGer, Urteil 4A_120/2008 vom 19. Mai 2008, E. 4.2).

375 Vgl. – für Gestaltungsrechte im Allgemeinen – VIONNET, S. 251, m.w.Hw.

beim Reurecht begriffsnotwendig ist, kann Missbräuchlichkeit allerdings nur ganz ausnahmsweise angenommen werden[376]. Der Reuberechtigte darf von seinem Recht grundsätzlich nämlich selbst dann Gebrauch machen, wenn sich dadurch Härten für die Gegenpartei ergeben[377]. Dennoch sind Situationen denkbar, in denen Missbräuchlichkeit gegeben ist. Zu denken ist insbesondere an den Fall, dass eine Ausübung absichtlich so erfolgt, dass der Gegenpartei ein möglichst grosser Schaden zugefügt wird[378]. Ebenfalls denkbar ist, dass eine Reurechtsausübung wegen widersprüchlichen Verhaltens (venire contra factum proprium) als missbräuchlich zu bewerten ist[379]. Missbräuchlichkeit kann sich auch aus dem Zeitpunkt der Reurechtsausübung ergeben. So kann es sich ausnahmsweise als missbräuchlich erweisen, trotz (intern) längst gefälltem Rücktrittsentscheid mit der Mitteilung an die Gegenpartei zuzuwarten, wenn die reuberechtigte Partei weiss oder zumindest wissen muss, dass sich der Schaden, welcher der Gegenpartei entsteht, dadurch vergrössert[380].

2. **Rechtsfolgen der missbräuchlichen Reurechtsausübung**. Liegt ausnahmsweise ein Fall einer offenbar missbräuchlichen Ausübung des Reurechts im Sinne von Art. 2 Abs. 2 ZGB vor, so ist die Rechtsausübung als nicht geschehen zu betrachten und der Hauptvertrag besteht weiter[381]. Alternativ kann die Lösung so gesucht werden, dass die missbräuchliche Aus- 225

376 S. dazu auch schon oben Rn 209.

377 Vgl. BGE 109 II 153, E. 4; BAUMANN, ZürK, N 439 zu Art. 2 ZGB.

378 „Die schikanöse Rechtsausübung in schädigender Absicht muss als der zentrale Musterfall des Rechtsmissbrauchs betrachtet werden" (BAUMANN, ZürK, N 295 zu Art. 2 ZGB; vgl. ferner z.B. HONSELL, BasK ZGB I, N 38 f. zu Art. 2 ZGB; MERZ, BerK, N 344 zu Art. 2 ZGB).

379 Wer durch sein Verhalten bei der Gegenpartei das begründete Vertrauen erweckt, dass er vom Reurecht mit Sicherheit keinen Gebrauch machen werde, handelt wohl missbräuchlich, wenn er sein Recht nachher dennoch ausübt (vgl. STEINAUER, Rn 583; MERZ, BerK, N 402, N 431 ff. zu Art. 2 ZGB). Allgemein zum widersprüchlichen Verhalten z.B. MERZ, BerK, N 400 ff. zu Art. 2 ZGB; BAUMANN, ZürK, N 99 ff. zu Art. 2 ZGB.

380 Ein Zuwarten kann u.a. dann als Verstoss gegen Treu und Glauben gelten, „wenn dem Partner aus der Verzögerung Nachteile erwachsen" (HONSELL, BasK ZGB I, N 49 zu Art. 2 ZGB, s. auch BGE 106 II 320, E. 3a; 131 III 439, E. 5.1; KOLLER, OR AT, § 62 Rn 10; STEINAUER, Rn 587). Dies allerdings nur ganz ausnahmsweise. Grundsätzlich spielt es keine Rolle, zu welchem Zeitpunkt das Reurecht ausgeübt wird, es gibt keine Pflicht, dies frühzeitig zu tun (vgl. BAUMANN, ZürK, N 391 f. zu Art. 2 ZGB; HONSELL, BasK ZGB I, N 49 zu Art. 2 ZGB; STEINAUER, Rn 586).

381 Vgl. BAUMANN, ZürK, N 244 zu Art. 2 ZGB; STEINAUER, Rn 480; TUOR/SCHNYDER/SCHMID, § 6 Rn 36.

übung zwar als gültig akzeptiert wird, aber Schadenersatzansprüche auslöst[382].

226 *Beispiel*: Angenommen, A hat in einem Vertrag mit B ein Reurecht, das ihm den willkürlichen Rücktritt gegen Bezahlung von Fr. 100.– gestattet. Angenommen, er übt sein Recht in einer Weise aus, die als missbräuchlich im Sinne von Art. 2 Abs. 2 ZGB betrachtet werden muss. Es sei unterstellt, dass B durch den Rücktritt ein Schaden von Fr. 3'000.– entsteht. Das Gericht kann nun entweder den A verpflichten, am Hauptvertrag festzuhalten, womit dem B kein Schaden entsteht, oder aber es kann den Rücktritt als wirksam betrachten, und A zur Bezahlung eines Schadenersatzes in Höhe von Fr. 3'000.–[383] verurteilen, womit B ebenfalls so gestellt wird, wie wenn A nicht treuwidrig von seinem Recht Gebrauch gemacht hätte.

227 Soweit die missbräuchliche Ausübung als nicht geschehen betrachtet wird, steht es dem Reuberechtigten offen, sein Recht zu einem späteren Zeitpunkt erneut auszuüben. Die erneute Ausübung kann unter Umständen nicht offenbar missbräuchlich und damit gültig sein[384]. Ergibt sich aus den konkreten Verhältnissen jedoch, dass *jede* künftige Ausübung missbräuchlich sein müsste, ist ein Untergang des Reurechts anzunehmen[385].

4. Widerruf der Reurechtsausübung

228 Die Ausübung des Reurechts ist grundsätzlich unwiderruflich[386]. Dies mit Blick auf die Rechtssicherheit[387]: Der Reurechtsgegner muss sich auf die durch den Rücktritt geschaffene neue Rechtslage verlassen können[388]. Dieser Grundsatz gilt jedoch nicht absolut. Unter gewissen Umständen kann der Reuberechtigte auf seine Erklärung zurückkommen. Zu denken ist zunächst an Willensmängel bei der Ausübung des Reurechts. Diese machen

382 Vgl. STEINAUER, Rn 480 a.E., m.w.Hw. Der Schadenersatzanspruch kann in solchen Fällen auf Art. 41 Abs. 2 OR abgestützt werden (vgl. HEIERLI/SCHNYDER, BasK, N 41 zu Art. 41 OR). Sofern der Verstoss gegen Treu und Glauben mit einem Teil der Lehre als widerrechtlich betrachtet wird, könnte der Anspruch auch auf Art. 41 Abs. 1 OR abgestützt werden (s. zu dieser Auffassung die Hw. bei SCHWENZER, Rn 50.22).

383 Hat A das Reugeld im Zeitpunkt des Urteils bereits bezahlt, so muss er dem B als Schadenersatz nur noch Fr. 2'900.– bezahlen.

384 Vgl. VIONNET, S. 254.

385 S. VIONNET, S. 254 und unten Rn 242.

386 Vgl. ERDEM, S. 33; ferner BGE 109 II 319, E. 4b; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rn 156; KOLLER, OR AT, § 3 Rn 68; STEINER R., S. 66; VIONNET, S. 357, m.w.Hw.

387 Zur Rechtssicherheit als Begründung für die Unwiderruflichkeit von Gestaltungserklärungen s. KOLLER, OR AT, § 3 Rn 68.

388 Vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rn 157; KOLLER, OR AT, § 3 Rn 68.

die Reuerklärung anfechtbar[389]. Ausserdem kann der Reuberechtigte seine Erklärung in gewissen Fällen widerrufen[390].

Möglich ist der Widerruf der Reuerklärung zunächst, wenn die Mitteilung des Widerrufs vor der Erklärung des Rücktritts bei der Gegenseite eintrifft (Art. 9 Abs. 1 OR analog)[391]. Ausserdem ist die Rücknahme einer Reuerklärung namentlich dann möglich, wenn der Erklärungsgegner die Gültigkeit der Reurechtsausübung bestreitet[392]. Dies dürfte allerdings selten der Fall sein, ist die Ausübung des Reurechts doch ganz in das freie Belieben des Berechtigten gestellt[393]. 229

Kommt es zum Widerruf, so ist die Reurechtsausübung als *nicht geschehen* zu betrachten[394]. Der Hauptvertrag lebt dann in seinem vollen Umfang, d.h. unter Einschluss der Reuabrede, wieder auf. 230

V. Untergang des Reurechts

Geht das Reurecht unter, wird der Hauptvertrag voll wirksam und der ehemals Reuberechtigte ist an diesen gebunden. Der Untergang des Reurechts kann dabei auf verschiedene Arten herbeigeführt werden. Zunächst kann der Reuberechtigte auf das Reurecht *verzichten*, und zwar ausdrücklich oder konkludent. Als praktisch wichtigster Fall für einen konkludenten Verzicht gilt die Vertragserfüllung. Das Reurecht kann ausserdem durch blossen *Zeitablauf* untergehen. Schliesslich ist ausnahmsweise ein Untergang des Reurechts wegen *Rechtsmissbrauchs* möglich. Die verschiedenen Untergangsgründe werden nachstehend näher erläutert. 231

389 S. dazu soeben oben Rn 220 ff.

390 Teilweise wird vertreten, bei den nachstehend angeführten Beispielen handle es sich nicht um einen Widerruf der Gestaltungserklärung, s. z.B. ENRIQUEZ, S. 369; PETITPIERRE, S. 307 f.

391 ERDEM, S. 33; s. auch BGE 128 III 70, E. 2; MERZ, SPR, S. 80; VIONNET, S. 355, m.w.Hw.

392 Vgl. BGE 128 III 70, E. 2; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rn 157; HATTENHAUER, S. 412; KOLLER, OR AT, § 3 Rn 68; DERS., AJP 2002, S. 841, m.w.Hw.

393 Eine Bestreitung dürfte sich am ehesten gegen den Bestand des Reurechts richten.

394 Vgl. VIONNET, S. 355, in Bezug auf die Rücknahme nach Art. 9 OR. Dasselbe hat auch für andere Fälle des zulässigen Widerrufs zu gelten.

1. Verzicht

232 1. **Der Verzicht im Allgemeinen**. Die reuberechtigte Partei kann auf das ihr zustehende Recht verzichten. Unter einem Verzicht ist dabei der *endgültige und willentliche Verlust des Reurechts* zu verstehen[395]. Der Verzicht erfolgt durch einseitige Erklärung[396]. Diese braucht nicht ausdrücklich zu erfolgen, auch ein konkludenter Verzicht ist denkbar[397]. Ein Verzicht liegt auch vor, wenn sich der Berechtigte definitiv für den Hauptvertrag und damit endgültig gegen die Ausübung des Reurechts entscheidet.

233 Die Verzichtserklärung ist – gleich wie die Erklärung, das Reurecht auszuüben – grundsätzlich bedingungsfeindlich und unwiderruflich. Sie kann überdies in Einzelfällen unter Einfluss eines Willensmangels erfolgen oder missbräuchlich sein. Insoweit gilt mutatis mutandis dasselbe wie für die Ausübungserklärung.

234 2. **Insbesondere der Verzicht durch Vertragserfüllung**. Ein (konkludenter) Verzicht auf das Reurecht ist insbesondere dann anzunehmen, wenn sich die berechtigte Partei für die Hauptleistung entscheidet. Ein solcher Entscheid wird von der Lehre in der Vornahme eigener und der Entgegennahme gegenparteilicher Erfüllungshandlungen gesehen[398]. Wurde ein Vertrag bereits erfüllt, kann demnach nicht mehr zurückgetreten werden. Dies gilt aber nicht generell. Nicht immer kann eine Erfüllung als Verzicht verstanden werden. Insbesondere steht ein vereinbarter Zeitpunkt, bis zu welchem die Reurechtsausübung möglich ist, der Verzichtswirkung einer Erfüllungshandlung entgegen[399].

235 *Beispiel*: Luzi verkauft Romer ein Gemälde für Fr. 200'000.–. Als Lieferdatum wird der 31. März 2011 abgemacht. Romer hat ausserdem das Recht, „gegen Bezahlung von Fr. 10'000.– bis am 30. Juni 2011 den Rücktritt vom Vertrag" zu erklären. Romer muss sich in diesem Fall erst bis am 30. Juni entscheiden.

236 Ausserdem kann die bloss teilweise Erfüllung des Vertrags nicht in jedem Fall als Verzicht gedeutet werden. So ist nach bundesgerichtlicher Recht-

395 Vgl. VIONNET, S. 91.
396 Vgl. PETER, Verzicht, S. 184; VIONNET, S. 96, m.w.Hw.
397 Die blosse Nichtausübung des Rechts – auch während langer Zeit – kann allerdings nicht als konkludenter Verzicht betrachtet werden (vgl. VIONNET, S. 100).
398 Vgl. BECKER, BerK, N 10 zu Art. 158 OR; ERDEM, S. 31; KOLLER, OR AT, § 80 Rn 16; MOOSER, CR, N 7 zu Art. 158 OR; PIETRUSZAK, BasKurzK, N 14 zu Art. 158 OR; offen gelassen in BGE 110 II 141, E. 2c. In Österreich ist die Verzichtswirkung der Erfüllung gesetzlich vorgesehen (s. § 909 3. Satz ABGB).
399 So wohl auch BECKER, BerK, N 10 zu Art. 158 OR.

sprechung die Erbringung oder Entgegennahme eines bloss unbedeutenden Teils der Leistung nicht als Verzicht zu werten[400]. Gleiches gilt – unabhängig von ihrer Höhe – für die Leistung einer Anzahlung, welcher Reugeldcharakter im Sinne von Art. 158 Abs. 3 OR zukommen soll[401].

2. Zeitliche Schranken der Reurechtsausübung

Die Ausübung des Reurechts ist zeitlichen Schranken unterworfen. Zunächst können die Parteien im Vertrag eine Frist für die Ausübung vereinbaren. Ohne entsprechende Vereinbarung hat die Gegenpartei des Reuberechtigten die Möglichkeit, nachträglich eine Frist anzusetzen. Einzelheiten: 237

1. **Befristung durch Parteivereinbarung**. Die Parteien können die Möglichkeit, das Reurecht auszuüben, zeitlich befristen[402]. Verstreicht die vereinbarte Frist ungenutzt, gilt das Reurecht als nicht ausgeübt[403]. 238

2. **Keine Befristung durch Parteivereinbarung**. – a) **Fristansetzung durch den Reurechtsbelasteten**. Haben die Parteien die Reurechtsausübung vertraglich nicht befristet, kann das Reurecht grundsätzlich unbefristet lange ausgeübt werden, sofern es nicht durch Zeitablauf oder Verzicht – namentlich infolge Erfüllung – untergegangen ist. Indes ist es dem Reurechtsgegner nicht zuzumuten, unbeschränkt lange im Ungewissen über das Vertragsschicksal zu bleiben[404]. Er darf dem Reuberechtigten daher nach einer gewissen Zeit eine *angemessene Frist zum Entscheid über die Ausübung des Reurechts ansetzen*[405]. Unterlässt dieser daraufhin eine Reaktion, ist das Reurecht als nicht ausgeübt zu betrachten[406]. 239

400 Vgl. BGE 110 II 141, E. 2c.

401 Eine solche Leistung wird nur dann zur Anzahlung, wenn sich der Berechtigte für den Hauptvertrag entscheidet. Andernfalls ist die vermeintliche Anzahlung Reugeld und damit keine Teilerfüllung des Hauptvertrages. Die blosse Zahlung lässt daher noch keinen Schluss auf irgendeinen Willen des Berechtigten zu.

402 Vgl. ERDEM, S. 31; ferner FREYTAG, S. 66. S. auch das Bsp. soeben in Rn 235.

403 Vgl. STAUDINGER/KAISER, N 27 zu § 349 BGB, wo in diesem Zusammenhang von einer Ausschlussfrist gesprochen wird. Allgemein zur zeitlichen Begrenzung der Ausübung von Gestaltungsrechten VIONNET, S. 269 ff.

404 In manchen Fällen hat der Reurechtsgegner zwar die Möglichkeit, durch sein Leistungsangebot einen Entscheid über das Vertragsschicksal zu erwirken (zur Verzichtswirkung der Erfüllung s. soeben Rn 234 ff.). Doch könnte der Reuberechtigte die Leistung z.B. nur unter Vorbehalt annehmen, womit die Ungewissheit anhalten würde.

405 Vgl. HONEGGER, S. 79; VON TUHR/ESCHER, S. 169; s. auch KOLLER, OR AT, § 81 Rn 67, m.w.Hw. (zu Kombinationen aus Konventionalstraf- und Reuklausel); ferner

240 *Beispiel:* Rhyner erwirbt von Link eine Briefmarkensammlung für Fr. 50'000.–. Vereinbart ist ein gegenseitiges Reugeld von Fr. 2'000.–. Ein Liefertermin wird nicht abgemacht[407]. Als Link die Briefmarken am übernächsten Tag vorbeibringen will, teilt ihm Rhyner mit, dass er sich noch nicht definitiv entschieden habe. Link darf Rhyner nun eine angemessene Frist ansetzen, bis zu welcher dieser über die Ausübung des Reurechts zu entscheiden hat und die Lieferung nach Ablauf dieser Frist in Aussicht stellen[408].

241 b) **Keine Fristansetzung durch den Reurechtsbelasteten**. Wurde für die Ausübung des Reurechts eine Frist weder vereinbart noch nachträglich angesetzt, kann das Reurecht grundsätzlich beliebig lange ausgeübt werden[409]. Die Gegenpartei hat jedoch weiterhin die Möglichkeit, eine Frist anzusetzen, um Gewissheit über die Ausübung des Reurechts zu erhalten. Ausserdem kann der Untergang des Reurechts regelmässig durch die Erfüllung der Hauptvertragsleistungen herbeigeführt werden[410].

3. Rechtsmissbrauch

242 Die Ausübung des Reurechts kann – wie gesagt – ausnahmsweise als missbräuchlich erscheinen. Sie gilt dann als nicht geschehen[411]. Das Reurecht als solches besteht jedoch weiterhin und eine erneute Ausübung ist grundsätzlich denkbar. Indessen kann es vorkommen, dass *jede* künftige Ausübung des Reurechts als missbräuchlich erscheinen würde. In diesem Fall ist der Untergang des Reurechts anzunehmen[412].

SEILER, Rechtsnatur, S. 990 (zu Gestaltungsrechten allgemein); PETER, Geschäft, S. 250 f., m.w.Hw. (zu Potestativbedingungen, deren Eintritt von der Erklärung einer Partei abhängt). Auf das Recht zur Fristansetzung kann m.E. nicht im Voraus verzichtet werden (vgl. SEILER, Rechtsnatur, S. 990; PETER, Geschäft, S. 250 f., wonach sich dieses Recht aus „Überlegungen der Sittlichkeit, des Persönlichkeitsschutzes sowie Treu und Glauben" ergibt; *a.M.* – unter deutschem Recht, wo die Möglichkeit zur Fristansetzung kraft Gesetzes besteht [s. § 350 BGB] – STAUDINGER/KAISER, N 13 zu § 350 BGB, m.w.Hw.).

406 Vgl. VON TUHR/ESCHER, S. 169; KOLLER, OR AT, § 81 Rn 67, m.w.Hw.; s. ferner soeben oben Fn 403.

407 Es kommt somit Art. 75 OR zur Anwendung, d.h. es besteht sofortige Erfüllbarkeit.

408 Stattdessen könnte Link den Rhyner auch in Gläubigerverzug nach Art. 91 ff. OR setzen. Unter Umständen ist dies für ihn aber weniger vorteilhaft als die Ansetzung einer Entscheidungsfrist.

409 So etwa auch während eines laufenden Prozesses (dazu unten Rn 376 ff.).

410 S. soeben Rn 234 ff.

411 S. soeben oben Rn 224 ff.

412 Vgl. VIONNET, S. 254. Ein Recht, das nicht mehr ausgeübt werden kann, verliert seinen Inhalt und hört auf zu existieren (DERS., S. 254 Fn 2609).

§ 10 Rechtslage nach dem Entscheid über das Vertragsschicksal

Der Entscheid über das Schicksal des Hauptvertrages kann – wie gesehen – in zwei Richtungen gehen: entweder wird das Reurecht ausgeübt, was einen Entscheid gegen den Hauptvertrag bedeutet, oder es wird (definitiv) nicht ausgeübt und geht unter, was als Entscheid für den Hauptvertrag zu verstehen ist. Nachstehend soll zunächst die Rechtslage im Fall der Ausübung, dann jene im Fall des Untergangs des Reurechts dargestellt werden. 243

I. Rechtslage im Fall der Ausübung des Reurechts

Übt der Berechtigte das Reurecht aus, geht der Hauptvertrag unter. Gleichzeitig wird die bedingte Pflicht zur Reugeldzahlung zu einer unbedingten. Der Reugeldanspruch ist von nun an der einzige Anspruch, welcher der Gegenpartei verbleibt. Einzelheiten: 244

1. Mit der Ausübung des Reurechts fällt der Hauptvertrag dahin. Regelmässig wird der Rücktritt erfolgen, bevor Erfüllungshandlungen im Zusammenhang mit dem Hauptvertrag vorgenommen wurden[413]. Falls der Hauptvertrag jedoch bereits (teilweise) erfüllt wurde, stellt sich die Frage, welche Regeln auf das Rückabwicklungsverhältnis anwendbar sind. Hierbei ist von einem **vertraglichen Rückabwicklungsverhältnis** auszugehen. Dies lässt sich entweder so begründen, dass man mit der heute herrschenden Lehre annimmt, bei *jedem* Vertragsrücktritt, also etwa auch bei einem Rücktritt gestützt auf das Gesetz, namentlich auf Art. 107 Abs. 2 OR i.V.m. Art. 109 OR, liege ein vertragliches Rückabwicklungsverhältnis vor[414]. Folgt man dieser Auffassung, muss für einen Rücktritt gestützt auf eine Reuklausel erst recht ein vertragliches Rückabwicklungsverhältnis angenommen werden. Will man das Rückabwicklungsverhältnis beim Vertragsrücktritt demgegenüber nicht generell als ein vertragliches betrachten, ergibt sich die vertragliche Grundlage des durch die Reurechtsausübung entstehenden Rückabwicklungsverhältnisses aus dem hypothetischen Parteiwillen[415]. Die 245

413 Erfüllungshandlungen werden regelmässig als Verzicht auf das Reurecht interpretiert (s. oben Rn 234 ff.). Ein Rücktritt nach Erfüllung ist somit klare Ausnahme.

414 Vgl. etwa BUCHER, OR AT, S. 377 f.; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rn 1567 ff.; HARTMANN, Rn 19; SCHWENZER, Rn 66.33; WIEGAND, BasK, N 4 ff. zu Art. 109 OR; s. ausserdem BGE 114 II 152.

415 In diese Richtung KOLLER, OR AT, § 31 Rn 18; DERS., Verjährung, S. 6.

Parteien haben mit der Vereinbarung des Reurechts auch die Rückabwicklung im Reufall vorausgesehen. Eine ergänzende Vertragsauslegung führt dann zum Ergebnis, dass die Parteien die Rückabwicklung vertraglichen Grundsätzen unterstellen wollten[416].

246 2. **Fälligkeit und Verjährung**. Die Rückforderungsansprüche entstehen mit Ausübung des Reurechts und werden in diesem Zeitpunkt fällig (vgl. Art. 75 OR)[417]. Gleichzeitig wird der bedingte Reugeldanspruch zu einem unbedingten[418]. Wurde das Reugeld bereits im Voraus geleistet, verbleibt es nun ohne weiteres beim Reurechtsgegner. Wurde es lediglich für den Rücktrittsfall versprochen, ist es ab jetzt fällig.

247 Der Reugeldanspruch untersteht als vertraglicher Anspruch den allgemeinen Verjährungsregeln. Dasselbe gilt für die Rückabwicklungsansprüche[419]. Die Ansprüche verjähren somit innert zehn Jahren (Art. 127 OR). Der Fristenlauf beginnt mit Fälligkeit der Ansprüche (Art. 130 Abs. 1 OR), d.h. mit Ausübung des Reurechts.

248 Verschiedene Aspekte bezüglich der Verjährung sind umstritten. Umstritten ist etwa, ob der Verjährungslauf auch dann erst mit der Ausübungserklärung beginnt, wenn der Reuberechtigte durch die Reurechtsausübung ausnahmsweise eine Gläubigerstellung erlangt[420]. Zum Teil wird die Meinung vertreten, dass die Verjährung in solchen Fällen bereits mit dem erstmöglichen Zeitpunkt, an dem die (willkürliche) Gestaltungserklärung abgegeben werden kann, beginnen soll (Art. 130 Abs. 2 OR analog)[421]. Nach abweichender, m.E. vorzugswürdiger Auffassung[422] bleibt es auch in solchen Fällen bei der Anwendung von Art. 130 Abs. 1 OR[423]. Ebenfalls umstritten ist, ob die Zehnjahresfrist

416 Vgl. KOLLER, OR AT, § 31 Rn 18.
417 Vgl. HARTMANN, Rn 867.
418 Vgl. KOLLER, OR AT, § 78 Rn 27; VON TUHR/ESCHER, S. 274.
419 Vgl. KOLLER, Verjährung, S. 6; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rn 1572.
420 Dies setzt voraus, dass Erfüllungshandlungen getätigt wurden und die Rückforderungsansprüche des Reuberechtigten die Gegenansprüche übersteigen.
421 So z.B. BGE 122 III 10, E. 6; BERTI, ZürK, N 54 zu Art. 130 OR; KOLLER, OR AT, § 68 Rn 15 f.; DERS., Verjährt?, S. 245 f.
422 So SEILER, Verjährung, S. 58 f.; DERS., Rechtsnatur, S. 990.
423 Die Befürworter der analogen Anwendung von Art. 130 Abs. 2 OR bringen namentlich vor, dass es ohne Analogie ins Belieben des Gläubigers gestellt sei, die Forderung entstehen zu lassen und damit die Fälligkeit und den Verjährungsbeginn herbei zu führen (vgl. z.B. BGE 122 III 10, E. 6). Dieses Argument schlägt im vorliegenden Zusammenhang nicht durch. Die Gegenpartei hat die Möglichkeit, dem Reurechtsinhaber eine Frist zur Ausübung des Reurechts anzusetzen (s. oben Rn 239) und so auch den Verjährungsbeginn zu bewirken. Ausserdem wird mit der Anwendung von Art. 130 Abs. 1 OR erreicht, dass die Ansprüche, die sich aus der Reurechtsausübung ergeben, verjährungsrechtlich in allen Fällen gleich behandelt

für die Rückabwicklungsansprüche auch gilt, wenn die ursprüngliche Forderung einer besonderen Verjährungsfrist – namentlich jener von Art. 128 OR – unterworfen war. Ist also z.B. eine Partei von einem Vertrag über die Lieferung von Lebensmitteln zurückgetreten, soll der Rückforderungsanspruch nach Teilen der Lehre nach fünf Jahren verjähren, während nach abweichender Ansicht eine Frist von zehn Jahren gilt[424]. Welcher Lösung man auch folgt, sollten Reugeld- und Rückforderungsanspruch in solchen Fällen derselben Verjährungsfrist unterworfen werden.

3. Im Zusammenhang mit der Bezahlung des Reugelds und – vor allem – mit der Durchführung der Rückabwicklung können verschiedene **Störungen** auftreten. Zu denken ist etwa an einen Verzug mit der Erfüllung der Rückabwicklungsansprüche oder an Unmöglichkeit der Rückgabe wegen Untergangs der Sache. Die Fragen, die sich in solchen Fällen stellen, sollen vorliegend jedoch nicht näher beleuchtet werden[425]. 249

4. **Schadenersatzansprüche?** Die Frage, ob trotz Ausübung des Reurechts ein weitergehender Schadenersatzanspruch besteht, wird häufig vertraglich geregelt[426]. Ergibt die Vertragsauslegung[427] keine Lösung, gilt grundsätzlich was folgt: 250

a) Die Ausübung des Reurechts eröffnet der Gegenpartei *keine Ansprüche* auf Ersatz des aus dem Rücktritt vom Hauptvertrag entstehenden Scha- 251

---

werden können. Für den Verjährungsbeginn sollte m.E. daher in jedem Fall Art. 130 Abs. 1 OR angewendet werden.

424 Für generelle Anwendung der Zehnjahresfrist auf Rückabwicklungsansprüche z.B. KOLLER, Verjährung, S. 7 a.E.; DERS., OR AT, § 55 Rn 140; GAUCH, Wirkung, S. 128; für Anwendung der besonderen Verjährungsfristen z.B. BGE 130 III 504, E. 8.2; HARTMANN, Rn 866; EHRAT, Rn 599.

425 Zu solchen Sonderproblemen der Rückabwicklung s. z.B. eingehend HARTMANN, Rn 346 ff. (Untergang der Sache und Unmöglichkeit der Rückabwicklung), Rn 776 ff. (Verzug mit der Rückabwicklung). Kommt eine Partei mit der Rückabwicklung in Verzug, soll es laut HARTMANN, Rn 778 möglich sein, dass der Rücktrittsgegner den Rücktritt für unwirksam erklärt.

426 Vereinbarungen über die Schadenersatzpflicht sind zulässig (vgl. SCHNEIDER/FICK, N 3 zu Art. 178 aOR; ferner BERGER, Rn 1804, der indes entgegen der h.L. eine Schadenersatzpflicht für den Fall, dass keine Vereinbarung getroffen wurde, bejaht [s. dazu sogleich im Text]; weitergehend BÜHLER, S. 162 Fn 146, nach dem es stets „ganz von den Abmachungen unter den Parteien und von den konkreten Umständen" abhängt, ob nebst dem Reugeld Schadenersatz gefordert werden kann). Vereinbarungen über die Schadenersatzpflicht drängen sich namentlich auf, wenn eine Reu- mit einer Konventionalstrafabrede verbunden wird (s. dazu unten Rn 310 ff.), können aber auch in anderen Fällen sinnvoll sein.

427 S. dazu z.B. JÄGGI/GAUCH, ZürK, N 295 ff. zu Art. 18 OR; KOLLER, OR AT, § 9; KRAMER, BerK, N 10 ff. zu Art. 18 OR; WIEGAND, BasK, N 16 ff. zu Art. 18 OR.

dens[428]. Der Rücktritt gestützt auf die Reuklausel ist vertragsgemäss[429], weshalb kein Raum für Schadenersatzansprüche aus dem nicht erfüllten Hauptvertrag verbleibt[430]. Der Reugeldanspruch verdrängt die Ansprüche aus dem Hauptvertrag vollständig. Der Reurechtsbelastete ist zur Befriedigung seiner allenfalls entstehenden Nachteile deshalb ausschliesslich auf den Betrag verwiesen, der vertraglich als Reugeld vereinbart wurde.

252 *Beispiel*: A verkauft dem B ein Haus, vereinbart ist ein (gegenseitiges) Reurecht gegen Bezahlung von Fr. 20'000.–. B tätigt anschliessend im Hinblick auf den Kauf diverse Anschaffungen im Wert von Fr. 50'000.–. Übt A in der Folge das Reurecht aus, so muss er dem B nur das Reugeld bezahlen, nicht aber dessen nun frustrierte Aufwendungen ersetzen.

253 b) Ausnahmsweise kann der Reuberechtigte seinem Vertragspartner trotz Reurechtsausübung schadenersatzpflichtig werden, so etwa, wenn er seinen Pflichten im Zusammenhang mit der Bezahlung des Reugelds oder der Rückabwicklung des Hauptvertrags nicht nachkommt. Ausserdem ist – wie gesagt – eine Vereinbarung möglich, dass nebst dem Reugeld im Rücktrittsfall weitergehender Schadenersatz zu leisten ist. Schliesslich kann die Ausübung des Reurechts ausnahmsweise treuwidrig sein und dadurch allenfalls eine Schadenersatzpflicht auslösen[431].

254 c) Die Ausübung des Reurechts begrenzt die Leistungen des Reuberechtigten nicht nur nach oben, sondern auch nach unten. Ist der Schaden, der dem Vertragspartner des Zurücktretenden entsteht, im Einzelfall geringer als das vereinbarte Reugeld, ist dieses grundsätzlich dennoch in der ganzen Höhe geschuldet[432]. Immerhin kann der Reuberechtigte seine Rücktrittserklärung unter Umständen anfechten[433]. Nach einem Teil der Lehre eröffnet eine

428 Vgl. KGer VS, ZWR 1975, S. 297 ff., S. 298 f.; KGer NE, RJN 1957-1961, S. 254 ff.; COUCHEPIN, Diss., Rn 1092; EHRAT, BasK, N 13 zu Art. 158 OR; ERDEM, S. 34, S. 39; FOËX, S. 419; GUHL/KOLLER, § 38 Rn 20; HUGUENIN, OR AT, Rn 1205; PIETRUSZAK, BasKurzK, N 13 zu Art. 158 OR; *a.M.* BERGER, Rn 1823 (i.V.m. Rn 1804); *widersprüchlich* SECRETAN, S. 25 (Verneinung einer Schadenersatzpflicht) und S. 104 (für die Anwendung von Art. 161 OR auf Reugelder, und damit für eine Schadenersatzpflicht).

429 Vgl. KOLLER, OR AT, § 80 Rn 5; DERS., Reugelder, S. 75; ferner MAYRHOFER, Stornogebühr, S. 188; STAUDINGER/KAISER, N 5 zu § 353 BGB.

430 Vgl. SACHER, S. 53: Schadenersatz ist bei Reuklauseln „begriffsnotwendig ausgeschlossen".

431 Die Missbräuchlichkeit kann auch dazu führen, dass die Ausübung des Reurechts als nicht geschehen betrachtet wird (s. oben Rn 225).

432 Das Reugeld ist eine „schadensunabhängige" Leistung (KOLLER, OR AT, § 80 Rn 6).

433 S. dazu oben Rn 220 ff.

solche Konstellation ausserdem die Möglichkeit, das Reugeld herabzusetzen[434].

II. Rechtslage im Fall des Untergangs des Reurechts

Ist das Reurecht untergegangen – etwa, weil die berechtigte Partei auf ihr Recht verzichtet hat bzw. die definitive Nichtausübung erklärt hat[435] – hat dies verschiedene Konsequenzen. Der Hauptvertrag wird voll wirksam, während die Reuklausel untergeht und der Reugeldanspruch dahinfällt, das Reugeld also definitiv nicht geschuldet ist. Einzelheiten[436]: 255

1. Durch den Untergang des Reurechts wird der **Hauptvertrag** so wirksam, **als ob es nie eine Reuabrede gegeben hätte**. Beiden Parteien stehen die Rechte zu, die sie in einem ohne Reuevorbehalt geschlossenen Vertrag hätten. Kommt es beispielsweise zu Vertragsverletzungen, stehen die für solche Fälle vorgesehenen Rechtsbehelfe uneingeschränkt offen. 256

2. Das **Reugeld** ist **definitiv nicht geschuldet**. Wurde es schon geleistet, kann es *an die Hauptforderung angerechnet* werden[437]. Ist eine Anrechnung nicht möglich, etwa, weil die Hauptforderung eine Sachleistung ist[438], muss das Reugeld an den Geber *zurückgezahlt* werden[439]. Im Einzelfall kann sich aus dem Parteiwillen ergeben, dass nie eine Anrechnung, sondern in jedem Fall eine Rückzahlung zu erfolgen hat. 257

3. **Keine analoge Anwendung von Art. 158 Abs. 2 OR auf das Reugeld**. Ein Teil der Lehre will für den Fall, dass das Reugeld der Gegenpartei bereits vor der Reurechtsausübung bezahlt wurde, die Vermutung von Art. 158 Abs. 2 OR, wonach ein Haftgeld im Zweifel[440] als Drauf- und nicht als Angeld zu verstehen sei[441], analog heranziehen[442]. Das bezahlte 258

---

434 S. dazu unten Rn 263 ff.

435 Zum Untergang des Reurechts s. vorne Rn 231 ff.

436 Haben in einem Vertrag beide Parteien ein Reurecht, gilt das nachstehend Ausgeführte erst, wenn das Reurecht beider Parteien untergegangen ist.

437 Vgl. BERGER, Rn 1821; HUGUENIN, OR AT, Rn 1205.

438 Dies ist namentlich der Fall, wenn ein Verkäufer ein Reugeld hingibt.

439 S. § 337 Abs. 1 BGB, der diese Konstellation explizit regelt.

440 D.h., wenn „nicht Vertrag oder Ortsgebrauch etwas anderes bestimmen" (Art. 158 Abs. 2 OR). Zum Ortsgebrauch s. Art. 5 Abs. 2 ZGB (dazu SCHMID/LARDELLI, BasK ZGB I, N 30 ff. zu Art. 5 ZGB).

441 Zu Art. 158 Abs. 2 OR s. z.B. KOLLER, OR AT, § 27 Rn 8; PIETRUSZAK, BasKurzK, N 10 f. zu Art. 158 OR. Die Vermutung von Art. 158 Abs. 2 OR enthält keinen wertenden Entscheid, sondern will lediglich das festhalten, was in der Mehrzahl der

Geld wäre damit vermutungsweise beim Empfänger zu belassen. Diese Ansicht ist abzulehnen[443]. Sie hätte zur Folge, dass das Reugeld in eine Entschädigung für die Einräumung des Reurechts umfunktioniert würde[444]. Reugeld muss aber definitionsgemäss eine Entschädigung für die Ausübung des Reurechts bleiben. Dass eine Analogie nicht zulässig ist, zeigt auch ein Blick auf Art. 158 Abs. 3 OR. Dieser Absatz würde im Falle einer analogen Anwendung von Abs. 2 auf Reugelder zu einer Ungleichbehandlung von Reugeldgeber und Reugeldempfänger führen. Der Geber hätte seine Zahlung in jedem Fall beim Empfänger zu belassen, der Empfänger müsste jedoch nur im Rücktrittsfall eine Zahlung leisten. Eine solche Ungleichbehandlung kann nicht der Absicht des Gesetzes entsprechen[445]. Ausserdem ist Art. 158 Abs. 2 OR denkbar schlecht geeignet, um als Grundlage für eine Analogie zu dienen[446]. Die Bestimmung bezieht sich nach dem Wortlaut nur auf das Haftgeld. Sie wird für wenig zeitgemäss befunden und ist daher restriktiv auszulegen[447]. Eine restriktive Auslegung hat aber zur Folge, dass von einer analogen Anwendung der Bestimmung generell abzusehen ist[448]. In verstärktem Mass muss dies für eine Analogie zum Reugeld

---

Fälle dem tatsächlichen Parteiwillen entspricht (BUCHER, FG Deschenaux, S. 259). Sie geht möglicherweise auf die Tradition beim sog. Weinkauf zurück, wonach der Käufer grundsätzlich die Kosten des Vertragsschlusses zu tragen hatte (vgl. SOLIVA, S. 310; s. auch SECRETAN, S. 31; ferner BÜHLER, S. 161, m.w.Hw.; für Näheres zum Weinkauf s. z.B. GIERKE, S. 368 ff.; SOLIVA, S. 304 ff.).

442 So BUCHER, OR AT, S. 517 f.; COUCHEPIN, Diss., Rn 1093; EHRAT, BasK, N 11 zu Art. 158 OR; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rn 3864; MOOSER, CR, N 7 zu Art. 158 OR; STAFFELBACH, N 9 zu Art. 158 OR.

443 Wie hier BERGER, Rn 1821; ERDEM, S. 31; FOËX, S. 422; HUGUENIN, OR AT, Rn 1205; PIETRUSZAK, BasKurzK, N 15 zu Art. 158 OR; s. ausserdem OSER/SCHÖNENBERGER, N 5 zu Art. 158 OR und VON TUHR/ESCHER, S. 288, die von der Rückleistung des Reugelds sprechen.

444 Dies nehmen EHRAT (BasK, N 11 zu Art. 158 OR) und MOOSER (CR, N 7 zu Art. 158 OR) offenbar bewusst in Kauf. EHRAT führt aus, das Reugeld sei „funktional eine Entschädigung an die Gegenpartei für das Risiko eines voraussetzungslosen Rücktritts" (BasK, N 11 zu Art. 158 OR). Demgegenüber entschädigt das Reugeld nach der hier vertretenen Auffassung stets nur die *Verwirklichung* dieses Risikos.

445 Vielmehr will Art. 158 Abs. 3 OR einen Symmetriegedanken verwirklichen (s. oben Rn 145 und BUCHER, FG Deschenaux, S. 258).

446 In diesem Sinne auch ERDEM, S. 31; FOËX, S. 422.

447 Vgl. HUGUENIN, OR AT, Rn 1204; MOOSER, CR, N 4 zu Art. 158 OR; PIETRUSZAK, BasKurzK, N 10 zu Art. 158 OR; schon früh kritisch VOGT, Anleitung, S. 117 f.; DERS. Entwurf, S. 41 ff. Zum Teil wird sogar vertreten, entgegen dem Gesetzestext ein Angeld zu unterstellen (so COUCHEPIN, Diss., Rn 1097).

448 S. dazu allgemein KRAMER, Methodenlehre, S. 62.

gelten, mit dem anerkanntermassen das gegenteilige Ziel[449] wie mit einem Haftgeld verfolgt wird.

Art. 158 Abs. 2 OR hat somit für das Reugeld keinerlei Bedeutung. Draufgeld und Reugeld vertragen sich nicht, ein Reugeld kann nie ein Draufgeld sein. Wollen die Parteien ausnahmsweise ein „Reugeld" tatsächlich wie ein Draufgeld in jedem Fall beim Empfänger belassen, liegt in Wahrheit eine Entschädigung für die Einräumung des Reurechts vor[450]. 259

Um der Gefahr zu begegnen, dass ein Reugeld in einem Streitfall als Draufgeld behandelt wird, können die Parteien eine Formulierung in den Vertragstext aufnehmen, wonach das Reugeld im Fall der Erfüllung des Hauptvertrages als Anzahlung gelte[451]. Nach der hier vertretenen Auffassung ist dies für ein Reugeld zwar geradezu begriffsnotwendig. Dennoch schafft eine entsprechende Formulierung zusätzliche Klarheit. 260

449 S. GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rn 3854; HUGUENIN, OR AT, Rn 1199. Ausführlich zur Abgrenzung von Haft- und Reugeld oben Rn 61 f.

450 Dazu oben Rn 38 ff.

451 FOËX, S. 422.

3. Kapitel: Die Anpassung der Reugeldhöhe

261 Das Gesetz befasst sich nicht ausdrücklich mit der Frage, ob ein gültig vereinbartes[452] Reugeld nach wirksamer Reurechtsausübung[453] wegen Übermässigkeit herabgesetzt werden kann. Auch die Frage der Heraufsetzbarkeit hat keine ausdrückliche gesetzliche Regelung erfahren. Nachstehend soll geprüft werden, ob das Fehlen einer Regelung als „qualifiziertes Schweigen“[454] aufzufassen ist, womit eine Herabsetzung oder Heraufsetzung von vornherein ausscheiden würde, oder ob eine Gesetzeslücke vorliegt, welche nach den einschlägigen Regeln zu füllen wäre[455]. Ausserdem soll aufgezeigt werden, wie die Lückenfüllung allenfalls auszusehen hätte.

262 Ausgeklammert bleiben nachstehend die Fälle, in denen sich ein Eingriff in den Vertrag aufgrund einer Veränderung des Werts der Hauptleistung aufdrängt[456].

§ 11 Herabsetzung übermässiger Reugelder

263 In Lehre und Rechtsprechung wird als Grundlage für eine Herabsetzung des Reugeldes einzig Art. 163 Abs. 3 OR in Betracht gezogen. Prüfen kann man jedoch auch, ob sich im Wege der Gesamtanalogie den verschiedenen Bestimmungen, welche den Gerichten für bestimmte Tatbestände eine Herabsetzung ermöglichen, eine (ungeschriebene) allgemeine Herabsetzungsregel entnehmen lässt. Die beiden Möglichkeiten werden im Folgenden näher untersucht.

---

452 Zu den Abschlussvoraussetzungen s. oben Rn 141 ff.

453 Das Reugeld verfällt erst durch die Ausübung des Reurechts. Ist diese noch nicht erfolgt oder unwirksam – etwa wegen Irrtums (oben Rn 220 ff.) oder wegen Rechtsmissbrauchs (oben Rn 224 ff.) –, ist das Reugeld nicht geschuldet und es besteht weder Raum noch Bedarf für eine Anpassung der Reugeldhöhe.

454 S. hierzu KRAMER, Methodenlehre, S. 201.

455 Vgl. Art. 1 Abs. 2 ZGB. In Frage kommt namentlich eine Lückenfüllung durch Analogie (vgl. KRAMER, Methodenlehre, S. 192 ff., m.w.Hw.) Die systematische Einordnung der Analogie ist indes nicht unumstritten, Teile der Lehre zählen sie nicht zur Lückenfüllung, sondern zur Auslegung nach Art. 1 Abs. 1 ZGB (s. zur Frage z.B. HONSELL, BasK ZGB I, N 12 und N 35 zu Art. 1 ZGB).

456 Möglich ist, dass die Parteien die Hauptleistung falsch bewertet haben, namentlich aufgrund eines Willensmangels (s. dazu Rn 329 ff.), oder aber, dass die Änderung überhaupt erst nachträglich auftritt. In diesem zweiten Fall greift die sog. clausula rebus sic stantibus ein (s. dazu Rn 347 ff.).

I. Allgemeines Ermässigungsrecht?

Das Gesetz kennt verschiedene Bestimmungen, die dem Gericht bei als übermässig erkannten (Geld-)Leistungen ein Mässigungsrecht einräumen (Art. 163 Abs. 3, 406h, 417 OR)[457]: 264

– *Art. 163 Abs. 3 OR* sieht vor, dass übermässig hohe Konventionalstrafen vom Gericht herabgesetzt werden können. Die Bestimmung schützt den Schuldner und ist vom Gedanken geleitet, dass dieser oft leichtfertig eine hohe Konventionalstrafe verspricht, in der festen Hoffnung, der Straffall werde schon nicht eintreten[458]. 265

– *Art. 406h OR* ermöglicht es dem Gericht bei Aufträgen zur Ehe- und Partnerschaftsvermittlung, „unverhältnismässig hohe Vergütungen oder Kosten" auf einen angemessenen Betrag herabzusetzen[459]. Der Normzweck besteht im Schutz des Auftraggebers, der – geleitet vom Bedürfnis nach Partnerschaft – den Wert der gegenseitig versprochenen Leistungen kaum vernünftig einzuschätzen vermag[460]. 266

– *Art. 417 OR* normiert bei der Vermittlung von Grundstückkaufverträgen[461] eine Herabsetzungsmöglichkeit[462]. Ähnlich wie Art. 406h OR soll diese Bestimmung einen Eingriff ermöglichen, wenn sich jemand – geleitet vom Bedürfnis nach Wohnraum[463] – durch eine 267

457 Darüber hinaus gibt es im Obligationenrecht Bestimmungen, welche eine gerichtliche Herabsetzung von nicht auf Geldleistungen gerichteten Vereinbarungen ermöglichen. Zu erwähnen ist namentlich Art. 340a Abs. 2 OR, der die Herabsetzung übermässiger arbeitsvertraglicher Konkurrenzverbote vorsieht. Diese Bestimmung ist jedoch nur aus den Besonderheiten des Arbeitsvertragsrechts zu erklären und keiner Verallgemeinerung zugänglich.

458 Vgl. BGE 41 II 138, E. 1 S. 143; BENTELE, S. 112; KOLLER, OR AT, § 81 Rn 39; PETITJEAN, S. 57; s. auch noch unten Rn 277.

459 Als Beispiel s. den Entscheid des Bezirksgerichtspräsidenten von Landquart vom 27. Mai 2003, referiert bei PIETRUSZAK, BasK, N 8 zu Art. 406h OR, wo Gebühren für die Aufnahme in eine Adresskartei sowie für die Erstellung einer rudimentären Partneranalyse von je Fr. 500.– auf je Fr. 250.– herabgesetzt wurden.

460 Vgl. ABEGG, S. 290; PIETRUSZAK, BasK, N 2 zu Art. 406h OR.

461 Die in Art. 417 OR ebenfalls genannte Arbeitsvermittlung wurde inzwischen im AVG und den dazugehörigen Verordnungen spezialgesetzlich geregelt.

462 Als Beispiel einer Herabsetzung s. BGE 83 II 151, wo eine Maklerprovision von ca. 11% auf ca. 3% des Kaufpreises reduziert wurde. Für weitere Bsp. s. TERCIER/FAVRE, Rn 5662 ff.

463 Die Bestimmung schützt jedoch nicht nur den Käufer, sondern auch den Verkäufer (BECKER, BerK, N 1 zu Art. 417 OR; SCHERRER, S. 43). Dieser kann unter Umständen aus finanziellen Gründen dringend auf die Vermittlung eines Käufers angewie-

unangebracht hohe Provision einer übermässigen Bindung aussetzt[464]. Mit der Bestimmung sollen ausserdem ungerechtfertigte Gewinne der Makler verhindert werden, da diese unerwünschte Auswirkungen auf den Liegenschaftsmarkt hätten[465].

268 Art. 406h und Art. 417 OR wurden geschaffen, um den Besonderheiten der jeweiligen Geschäftsfelder Rechnung zu tragen[466]. Regelmässig ist hier die eine Partei der anderen strukturell unterlegen[467]. Auch Art. 163 Abs. 3 OR hat klar umgrenzte Tatbestände vor Augen: geschützt werden soll der Schuldner, der sich unvorsichtig einer übermässigen Verpflichtung ausgesetzt hat. Oftmals sind entsprechende Verpflichtungen Ausfluss eines Ungleichgewichts zwischen den Parteien, der Strafschuldner ist regelmässig in der schwächeren Verhandlungsposition[468]. Der Gesetzgeber greift deshalb ein, um Missbräuche der Vertragsfreiheit zu verhindern[469].

269 Nach dem Gesagten betreffen alle erwähnten Bestimmungen klar umgrenzte Einzeltatbestände. Ein allgemeiner Rechtsgrundsatz, dass der Richter (Geld-)Leistungen, die er für übermässig erachtet, herabsetzen könnte, lässt sich ihnen nicht entnehmen.

II. Analoge Anwendung von Art. 163 Abs. 3 OR als Herabsetzungsgrundlage?

270 Von den oben (Rn 264 ff.) erwähnten Herabsetzungsregeln wird in Lehre und Rechtsprechung einzig Art. 163 Abs. 3 OR auf seine Analogiefähigkeit geprüft. Dies mit gutem Grund: Art. 406h und 417 OR haben ganz be-

---

sen sein. In solchen Fällen ist er möglicherweise bereit, eine an sich unangemessene Provision zu versprechen.

464 Vgl. BGE 117 II 286, E. 5b; ABEGG, S. 290; RAYROUX, CR, N 1 zu Art. 417 OR; TERCIER/FAVRE, Rn 5652; *kritisch* zu diesem Normzweck BAUMANN, ZürK, N 487 zu Art. 2 ZGB.

465 Vgl. BGE 111 II 366, E. 3a; AMMANN, BasK, N 2 zu Art. 417 OR; BECKER, BerK, N 1 zu Art. 417 OR; RAYROUX, CR, N 1 zu Art. 417 OR; TERCIER/FAVRE, Rn 5652.

466 Vgl. ABEGG, S. 290.

467 Vgl. ABEGG, S. 290; ferner TERCIER/FAVRE, Rn 5523, Rn 5652; PIETRUSZAK, BasK, N 2 zu Art. 406h OR. Die vom Gesetz geschützte Partei lässt sich oft nicht von wirtschaftlichen Rationalitäten leiten, während die Gegenpartei diese sehr wohl beachtet (ABEGG, S. 290).

468 Vgl. BENTELE, S. 112; COUCHEPIN, Diss., Rn 780; SCHERRER, S. 22; s. auch FISCHER D., S. 178.

469 Vgl. BGE 41 II 138, E. 1 S. 142; BENTELE, S. 111; ERDEM, S. 148; PETITJEAN, S. 56; s. auch die Diskussion zum Herabsetzungsrecht im BGB bei SOSSNA, S. 168.

stimmte Vertragsarten – die Ehe- und Partnerschaftsvermittlung beziehungsweise die Immobilienmäkelei – im Blick. Sie sind nach herrschender Lehre einschränkend auszulegen[470] und können auf gänzlich andere Vertragsarten nicht (analog) angewendet werden[471].

1. Lehre und Rechtsprechung

1. In der Rechtsprechung wird die Frage nach einer Herabsetzbarkeit von Reugeldern in analoger Anwendung von Art. 163 Abs. 3 OR bisher kaum behandelt[472]. Dagegen wird die Frage in der Lehre kontrovers diskutiert. Die **herrschende Lehre** lehnt eine analoge Anwendung von Art. 163 Abs. 3 OR auf Reugelder ab[473]. Begründet[474] wird dies hauptsächlich mit dem Argument, die Ausübung des Reurechts stehe im Belieben des Reuberechtigten. Mache er von seinem Recht Gebrauch, so geschehe ihm kein Unrecht, vielmehr nehme er damit die Zahlung des Reugelds bewusst auf 271

---

470 Bezüglich Art. 406h OR s. z.B. PIETRUSZAK, BasK, N 2 zu Art. 406h OR; bezüglich Art. 417 OR s. z.B. AMMANN, BasK, N 2 zu Art. 417 OR; OSER/SCHÖNENBERGER, ZürK, N 2 zu Art. 417 OR; RAYROUX, CR, N 3 zu Art. 417 OR.

471 Vgl. etwa PIETRUSZAK, BasK, N 2 zu Art. 406h OR, wonach Art. 406h OR keiner Verallgemeinerung zugänglich sei, was eine analoge Anwendung ausserhalb des Rechts der Ehe- und Partnerschaftsvermittlung ausschliesse. S. zudem OSER/SCHÖNENBERGER, ZürK, N 2 zu Art. 417 OR; SCHERRER, S. 50 f., die bezüglich Art. 417 OR eine Ausdehnung auf die Vermittlung anderer Verträge, wie z.B. Werkverträge oder Kaufverträge über Fahrnis, ablehnen.

472 Abgelehnt wurde eine Anwendung von Art. 163 Abs. 3 OR auf Reugelder vom KGer TI, NRCP 2003, S. 358 ff., E. 6. Im Urteil 4C.97/2004 vom 23. Juni 2004, E. 3.1.2, äusserte sich das Bundesgericht dahingehend, dass Art. 163 Abs. 3 OR auf Reugelder nicht (analog) anwendbar sei. Die Beschwerdeführerin hatte dies vor Bundesgericht allerdings auch nicht (mehr) geltend gemacht, womit sich eine nähere Prüfung erübrigte. Demgegenüber prüfte das OGer TG, RBOG TG 1979, S. 60 ff., E. 4 bei einem Reugeld ohne weiteres die Voraussetzungen einer Herabsetzung nach Art. 163 Abs. 3 OR. Auch der bernische Appellationshof, ZBJV 1964, S. 202 ff., S. 204, ging offenbar davon aus, dass Reugelder nach Art. 163 Abs. 3 OR herabsetzbar sind. Da aber im zu beurteilenden Sachverhalt kein Reugeld vorlag, wurde die Herabsetzung nicht geprüft. Ausdrücklich offen gelassen wurde die Frage schliesslich vom KGer FR, FZR 1987, S. 12 f., E. 3.

473 S. EHRAT, BasK, N 11, N 14 zu Art. 158 OR; ERDEM, S. 34, S. 40; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rn 3867; MOOSER, CR, N 8 zu Art. 158 OR, N 5 zu Art. 163 OR; PIETRUSZAK, BasKurzK, N 6 zu Art. 158 OR; VON BÜREN, S. 411.

474 Die schweizerische Lehre begründet ihre ablehnende Haltung oft nur äusserst knapp. Nachstehend werden daher auch Argumente angeführt, die (nur) in der ausländischen Lehre vorgebracht werden. Zum Meinungsstand in der ausländischen Lehre s. sogleich Rn 274.

sich[475]. Er könne die Zahlungspflicht ohne weiteres vermeiden, indem er am Hauptvertrag festhalte. Ausserdem sei das Reurecht vertraglich vereinbart und gebe dem Berechtigten ein zusätzliches, gesetzlich nicht vorgesehenes Recht, wodurch er gegenüber dem gesetzlichen Normalfall bessergestellt werde[476]. Dies gelte auch im Fall, dass ein ausgesprochen hohes Reugeld vereinbart werde. Wo sich ein Reugeld als geradezu prohibitiv hoch erweise, befinde sich der Reuberechtigte in derselben Lage wie eine Partei, der gar kein Reurecht eingeräumt wurde[477]. Weiter wird vorgebracht, dass sich Art. 163 Abs. 3 OR schlecht für eine analoge Anwendung auf Reugelder eigne: Die Bestimmung sei eine Ausnahmebestimmung und einschränkend auszulegen, weshalb eine „analoge Anwendung, wenigstens im allgemeinen, ausgeschlossen [sei]“[478]. Erst recht könne Art. 163 Abs. 3 OR nicht (analog) auf das gerade gegenteilig wie eine Konventionalstrafe wirkende Reugeld angewendet werden[479].

272 2. **Minderheitsmeinungen**. Eine erste Minderheitsmeinung befürwortet die analoge Anwendung von Art. 163 Abs. 3 OR auf Reugelder[480]. Die Vertreter dieser Auffassung weisen darauf hin, dass die ratio legis von Art. 163 Abs. 3 OR in Einzelfällen auch bei Reugeldern einschlägig sein könne[481]. Ausserdem habe der Gesetzgeber selbst für einige gesetzliche Reurechte die zulässige Reugeldhöhe begrenzt[482], was unterstreiche, dass auch bei Reugeldern, die aufgrund der Ausübung eines vertraglichen Reurechts geschuldet sind, ein Eingriff notwendig sein könne[483].

475 So z.B. ERDEM, S. 41; VON BÜREN, S. 411; aus der ausländischen Lehre z.B. FICK K., S. 27; LEDERMANN, S. 61; RUMMEL/KREJCI, N 4 zu § 7 KSchG.

476 Vgl. BYDLINSKI, Rn 10/35; KOZIOL/WELSER, 10. Aufl., S. 520 (die entsprechenden Ausführungen wurden ab der 11. Aufl. weggelassen); RUMMEL/KREJCI, N 4 zu § 7 KSchG; MünchK/GAIER, N 1 zu § 353 BGB; in diese Richtung wohl auch EHRAT, BasK, N 11 zu Art. 158 OR (s. dazu noch Fn 524).

477 Vgl. RUMMEL/KREJCI, N 4 zu § 7 KSchG.

478 BECKER, BerK, N 26 zu Art. 163 OR; ähnlich auch SCHERRER, S. 34; s. ferner STAUDINGER/RIEBLE, N 12 ff. zu § 343 BGB (zur vergleichbaren Bestimmung des deutschen Rechts).

479 S. etwa ERDEM, S. 35; ferner MünchK/GOTTWALD, N 42 vor § 339 BGB; SOERGEL/LINDACHER, N 43 f. vor § 339 BGB; GEILERT, S. 16 f.; IM, S. 61.

480 S. insbesondere KOLLER, Reugelder, S. 82; DERS., OR AT, § 80 Rn 28; ferner BERGER, Rn 1823; FOËX, S. 421, S. 425. Aus der älteren Lehre ist namentlich SECRETAN, S. 104 zu erwähnen.

481 S. KOLLER, Reugelder, S. 81 f.

482 S. dazu oben Rn 129 ff.

483 S. KOLLER, OR AT, § 80 Rn 28.

Eine zweite Minderheit differenziert[484]: Herabsetzbar sollen Reugelder nur sein, wenn sie lediglich versprochen, nicht aber, wenn sie bereits bei Vertragsschluss hingegeben werden. Dieser Standpunkt wird in erster Linie damit begründet, dass die Zahlung des Reugelds eine Anerkennungshandlung sei[485]. 273

3. **Meinungsstand in der ausländischen Lehre**. Die Frage nach einer Herabsetzung von Reugeldern in analoger Anwendung des Konventionalstrafenrechts wird auch im Ausland kontrovers diskutiert: In der Türkei, die eine dem Art. 163 Abs. 3 OR entsprechende Regel kennt, wird eine Herabsetzungsmöglichkeit für übermässige Reugelder mehrheitlich abgelehnt. Allerdings spricht sich eine beachtliche Anzahl Autoren für eine Herabsetzung aus[486]. Ebenfalls abgelehnt wird eine analoge Anwendung der Herabsetzungsbestimmung des Konventionalstrafenrechts (§ 343 BGB) von der herrschenden deutschen Lehre[487]. Anders präsentiert sich die Lage in Österreich. Der österreichische Gesetzgeber hat die Herabsetzung bei Reugeldern in Konsumentenverträgen ausdrücklich normiert (§ 7 des österreichischen KSchG). In der Lehre ist umstritten, welche Fälle unter jene Bestimmung fallen und was in den von ihr nicht erfassten Fällen zu gelten hat. Teilweise wird eine relativ weitgehende Anwendung der Herabsetzungsregeln auf Reugelder befürwortet, während andere Stimmen zu Zurückhaltung mahnen[488]. 274

2. Eigene Auffassung

Ob das Reugeld lediglich versprochen oder bereits bei Vertragsschluss hingegeben wurde, ist zur Beurteilung einer Herabsetzung unerheblich[489]. In der Zahlung bei Vertragsschluss kann keine Anerkennungshandlung erblickt werden, da in diesem Zeitpunkt die Umstände des Reugeldverfalls noch nicht bekannt sind und der (potentielle) Reugeldschuldner noch nicht abzuschätzen vermag, ob sich das bei der Gegenpartei zu belassende Reugeld allenfalls als übermässig herausstellen wird[490]. Die nachstehenden 275

484 S. z.B. COUCHEPIN, Diss., Rn 1090, Rn 1127; DIETZI, S. 33; PETITJEAN, S. 27.

485 Vgl. DIETZI, S. 33; PETITJEAN, S. 27; s. ferner EHRAT, BasK, N 11 zu Art. 158 OR, der eine Herabsetzung jedoch auch bei versprochenen Reugeldern ablehnt.

486 S. die Hw. bei ERDEM, S. 34 Fn 139.

487 S. nur BeckOK/GROTHE, N 1 zu § 353 BGB; STAUDINGER/KAISER, N 5 zu § 353 BGB; MünchK/GAIER, N 1 zu § 353 BGB, je m.w.Hw.; *a.M.* SACHER, S. 104.

488 S. z.B. RUMMEL/REISCHAUER, N 2 zu § 911 ABGB; SCHWIMANN/BINDER, N 22 zu §§ 909-911 ABGB, je m.w.Hw.

489 Ausdrücklich in diesem Sinne schon SECRETAN, S. 104; s. ferner ERDEM, S. 38.

490 Das Gesagte steht im Einklang mit der Rechtsprechung zur Anerkennung der Höhe einer Konventionalstrafe durch deren Hingabe. Eine Leistung vor Strafverfall kann keinesfalls als Anerkennungshandlung in Betracht kommen (vgl. BGE 133 III 43, E. 3.5.1; s. auch COUCHEPIN, Diss., Rn 952; ERDEM, S. 171; KOLLER, OR AT, § 81 Rn 45; PIETRUSZAK, BasKurzK, N 7 zu Art. 163 OR).

Ausführungen gelten somit gleichermassen für hingegebene und für bloss versprochene Reugelder.

276 1. **Ratio legis von Art. 163 Abs. 3 OR**. Bei der Prüfung der Analogiefähigkeit einer Norm ist von ihrer ratio legis auszugehen und es ist zu klären, ob sie nach ihrem Grundgedanken auch beim nicht geregelten Tatbestand – analog – angewendet werden muss[491].

277 Art. 163 Abs. 3 OR wurde geschaffen, um Missbräuchen der schwächeren Partei durch ihre Gegenpartei entgegenzutreten[492]. Die Bestimmung will den Schuldner einer Konventionalstrafe vor übermässigen Belastungen schützen und verhindern, dass der Gläubiger aus dem Strafverfall ungerechtfertigterweise Vorteile zieht[493]. Dies aus der Überlegung, dass entsprechende Strafen oft leichtfertig versprochen werden[494].

278 2. Eine Reuklausel kann den Berechtigten zum leichtfertigen Abschluss eines Vertrages verleiten, den er sonst gar nie eingegangen wäre[495]. Er setzt sich dadurch einer Erfüllungsverpflichtung aus, welcher er sich einzig durch den Rücktritt gegen Bezahlung des Reugelds wieder entziehen kann. Ist das vereinbarte Reugeld sehr hoch, profitiert der Gläubiger vom Rücktritt ungerechtfertigt[496], während der Schuldner unter Umständen übermässig belastet wird[497]. Die Aspekte, welche zum Erlass der Herabsetzungsbestimmung von Art. 163 Abs. 3 OR geführt haben, kommen somit im Einzelfall **auch bei Reugeldern** zum Tragen, weshalb sich eine analoge Anwendung der Bestimmung rechtfertigt. Das Gesagte sei anhand eines Beispiels verdeutlicht:

279 *Beispiel*: A ist an der Liegenschaft des B interessiert. B würde sie ihm für Fr. 1'200'000.– verkaufen. A hat Bedenken bezüglich der Finanzierung, was er dem B

491 Vgl. KRAMER, Methodenlehre, S. 195 f.; ferner LANGHEIN, S. 204 ff. Der in Rede stehende Sachverhalt muss dem durch die Norm geregelten „gerade in denjenigen Eigenschaften gleichen, die nach der analog anzuwendenden Rechtsnorm deren Rechtsfolge begründen" (PUPPE, S. 97; s. auch ABEGG, S. 257 f.; SCHNEIDER/SCHNAPP, S. 151; PAWLOWSKI, Rn 482), weshalb es unabdingbar ist, die ratio legis der in Frage stehenden Norm zu untersuchen.

492 Vgl. BGE 41 II 138, S. 142; BENTELE, S. 112; PETITJEAN, S. 56; SCHOCH, S. 62.

493 Vgl. BENTELE, S. 112; KOLLER, OR AT, § 81 Rn 39; PETITJEAN, S. 57 f.; SCHERER, S. 21 f.

494 Vgl. BGE 41 II 138, S. 143; BENTELE, S. 112; KOLLER, OR AT, § 81 Rn 39.

495 Ähnlich KOLLER, Reugelder, S. 82; PETITJEAN, S. 27; s. auch schon oben Rn 84 f.

496 Vgl. BYDLINSKI, Rn 10/35; KOLLER, Reugelder, S. 82. BYDLINSKI hält die Auferlegung eines hohen Reugelds, ohne dass dem Gläubiger ein namhafter Schaden entstanden wäre, für „bedenklich".

497 Vgl. PETITJEAN, S. 27.

mitteilt. B gibt ihm zu verstehen, dass er sich schnell entscheiden müsse, da das Grundstück sonst einem Dritten verkauft werde. Er bietet A aber an, „für alle Fälle" eine Rücktrittsklausel in den Vertrag aufzunehmen. A könne sich dadurch gegen Bezahlung von 10% des Kaufpreises vom Vertrag lösen. A erklärt sich nun bereit, den Vertrag abzuschliessen. Scheitert die Finanzierung in der Folge tatsächlich, muss A sein Reurecht ausüben, da er ansonsten zur Übernahme der Liegenschaft gegen Bezahlung des Kaufpreises verurteilt werden könnte, obschon er das nötige Geld gar nicht hat. Entsteht nun dem B kein oder nur ein sehr geringer Schaden, wirkt sich der Rücktritt finanziell zu seinen Gunsten aus. Demgegenüber stellt die zu bezahlende Summe für A eine erhebliche Belastung dar, zumal er keinerlei Gegenleistung erhält.

3. Folgt man der hier vertretenen Ansicht, so gilt folgende ungeschriebene, in Analogie zu Art. 163 Abs. 3 OR entwickelte Regel: „*Übermässig hohe Reugelder hat der Richter nach seinem Ermessen herabzusetzen*." 280

Diese Regel gilt bei beliebigen Reugeldern, besondere Anwendungsvoraussetzungen sind nicht zu beachten. Insbesondere hängt die Anwendung im Einzelfall nicht davon ab, dass der Reuberechtigte leichtfertig gehandelt hat. Diesem Umstand kann jedoch im Rahmen der Übermässigkeitsprüfung Bedeutung zukommen. Im Übrigen erfolgt diese Prüfung mutatis mutandis nach den gleichen Kriterien, wie sie hinsichtlich der Konventionalstrafen entwickelt wurden[498]. Das Gericht hat über die Übermässigkeit nach „Recht und Billigkeit"[499] zu entscheiden[500]. Beim Entscheid sind beispielsweise das Interesse des Gläubigers an der Vertragserfüllung, d.h. insbesondere ein potentieller Schaden[501], das Verschulden der reuberechtigten Partei[502], die Geschäftserfahrenheit der Beteiligten und ihre Vermögensverhältnisse zu berücksichtigen[503]. Bei der Prüfung eines Eingriffs ist Zurückhaltung ange- 281

498 Ebenso – zum österreichischen Recht – MAYRHOFER, Schuldverhältnisse, S. 213.

499 Art. 4 ZGB.

500 Vgl. BGE 133 III 43, E. 3.3.1; BENTELE, S. 114 (jeweils zur Konventionalstrafe).

501 Der Schaden steht bei der Ermittlung des Gläubigerinteresses im Vordergrund. Dabei hat sich das Gericht nicht am tatsächlich eingetretenen, sondern am höchstmöglichen Schaden zu orientieren (vgl. z.B. BGE 114 II 265, E. 1b). Zu berücksichtigen sind ferner allfällige mit dem Vertrag verfolgte immaterielle Interessen (vgl. BENTELE, S. 118).

502 Um die Schwere des Verschuldens zu beurteilen, ist nach den Rücktrittsgründen zu forschen. Übt z.B. eine Partei ihr Reurecht aus einer Laune heraus und ohne sachliche Rechtfertigung aus, muss sie dafür die vollen finanziellen Konsequenzen tragen. Tritt sie hingegen etwa zurück, weil sie von einem Lieferanten überraschend im Stich gelassen wird oder weil sich unvorhergesehene Probleme mit der Produktionsanlage ergeben haben, kann eine Herabsetzung eher angezeigt sein.

503 Zu allen hier genannten Kriterien im Zusammenhang mit Konventionalstrafen s. z.B. BGE 133 III 43, E. 3.3.2; BENTELE, S. 116 ff.; COUCHEPIN, Diss., Rn 860 ff.; EHRAT, BasK, N 16 f. zu Art. 163 OR; KOLLER, OR AT, § 81 Rn 40; PETITJEAN,

bracht[504], eine Herabsetzung ist nur ganz ausnahmsweise – wenn ein „krasses Missverhältnis“[505] besteht – vorzunehmen. Wo eine Herabsetzung angezeigt ist, hat das Gericht das Reugeld auf den Betrag herabzusetzen, der gerade nicht mehr übermässig ist[506]. Hierbei bildet der Schaden, welcher der Gegenpartei durch den Rücktritt entstanden ist, grundsätzlich[507] die Untergrenze[508].

282 Besondere Schwierigkeiten ergeben sich, wenn ausnahmsweise nicht eine Geldleistung, sondern eine unteilbare[509] Sachleistung, z.B. ein Auto, gegeben oder versprochen wurde. Zunächst ist hier der Wert der Sache zu ermitteln und ein allfälliges Übermass zu bestimmen[510]. Danach kann das Gericht – sofern es die Leistung der Reugabe als übermässige Belastung bewertet – den Reuberechtigten entweder zur Übergabe der Reugabe verpflichten, und den Reurechtsgegner zur Zahlung einer Kompensationssumme verpflichten, oder aber es kann die Reugabe dem Reuberechtigten belassen und diesen stattdessen zur Zahlung einer Geldleistung verpflichten[511]. Welche Lösung gewählt wird, ist

---

S. 67 ff. S. ausserdem SCHILCHER, S. 425 f., der sich – für das österreichische Recht – zu den Herabsetzungskriterien für übermässige Reugelder äussert.

504 Diese Zurückhaltung wird in Rechtsprechung und Lehre zur Konventionalstrafe betont; s. z.B. BGE 133 III 43, E. 3.3.1; 133 III 201, E. 5.2; COUCHEPIN, Diss., Rn 825; EHRAT, BasK, N 10 zu Art. 163 OR; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rn 3827; KOLLER, OR AT, § 81 Rn 40.

505 BGE 133 III 43, E. 3.3.2, mit Blick auf Konventionalstrafen.

506 Vgl. – bezüglich Konventionalstrafen – BGE 133 III 201, E. 5.2 a.E.; FICK F., N 38 zu Art. 163 OR; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rn 3831; weitergehend PIETRUSZAK, BasKurzK, N 10 zu Art. 163 OR, der die Herabsetzung auf das „angemessene“ Mass fordert.

507 Ausnahmsweise kann das ermässigte Reugeld den entstandenen Schaden unterschreiten, etwa dann, wenn eine von Art. 44 Abs. 2 OR vorgesehene Konstellation gegeben ist (vgl. – bezüglich Konventionalstrafe – OSER/SCHÖNENBERGER, ZürK, N 13 zu Art. 163 OR).

508 Vgl. PIETRUSZAK, BasKurzK, N 10 zu Art. 163 OR, m.Hw. auf die in BGE 133 III 43 nicht publizierte E. 4.4.4 des Urteils 4C.172/2006 vom 30. Oktober 2006. Im Übrigen ist aber vor einer zu starken Berücksichtigung des tatsächlich eingetretenen Schadens zu warnen. Entscheidend ist vielmehr der höchstmögliche Schaden, der durch den Rücktritt entstehen kann (s. soeben Fn 501).

509 Ist die Sachleistung teilbar, sind bei der Herabsetzung so viele Anteile abzuziehen, bis das Übermass beseitigt ist (vgl. – mit Blick auf Konventionalstrafen – BENTELE, S. 128; COUCHEPIN, Diss., Rn 940; ERDEM, S. 167).

510 Vgl. dazu BENTELE, S. 127; COUCHEPIN, Rn 938 (bezüglich Sachleistungen bei Konventionalstrafen). Diese Wertbestimmung muss selbstverständlich auch bei teilbaren Sachleistungen erfolgen.

511 Vgl. zu beiden Möglichkeiten BENTELE, S. 128; COUCHEPIN, Diss., Rn 941; ERDEM, S. 167 (bezüglich Konventionalstrafen). *Kritisch* gegenüber einer Herabsetzung unteilbarer Sachleistungen STAUDINGER/KADUK, 12. Aufl., N 47 f. zu § 343 BGB a.F., für den dies „über das richterliche Ermässigungsrecht weit hinausgeh[t].“ Kritisch auch GERNHUBER, S. 778 Fn 78; STAUDINGER/RIEBLE, N 21 f. zu § 343 BGB.

im Einzelfall nach gerichtlichem Ermessen zu bestimmen[512], wobei die Zahlungsfähigkeit der Parteien sowie allfällige affektive Werte der Reugabe zu berücksichtigen sind[513].

4. Das hier verfolgte Konzept entspricht – wie gesagt[514] – nicht der herrschenden Lehre, welche die analoge Anwendung von Art. 163 Abs. 3 OR auf Reugelder ablehnt. Die **in der Lehre gegen die Analogie vorgebrachten Gründe** vermögen aus Sicht des Schreibenden jedoch allesamt nicht zu überzeugen: 283

a) Das gilt vorab für das Hauptargument, dem Reuberechtigten geschehe kein Unrecht, wenn er das ganze Reugeld bezahlen müsse, da er ja nicht gezwungen gewesen sei, das Reurecht auszuüben[515]. Wer das Reugeld nicht bezahlen wolle, könne „von der Ausübung des Rücktritts Abstand [nehmen]“[516] und sich „einfach auf Erfüllung oder Schadensersatz verklagen“[517] lassen. Diese Ansicht verkennt, dass die Verpflichtung zur Erfüllung des Hauptvertrags eine massive, im Einzelfall geradezu ruinöse Belastung darstellen kann. Nur mit dem Rücktritt kann man sich dieser entziehen, dieser ist mithin der einzige Ausweg überhaupt. Die vermeintlich freie Wahl des Schuldners ist faktisch beschränkt auf die Ausübung des Reurechts. 284

Zur Illustration sei das Beispiel aus Rn 279 herangezogen. Der Käufer A kann sich der Verurteilung zur Bezahlung des – für ihn nicht tragbaren – Kaufpreises nur durch Ausübung des Reurechts entziehen. – Ein Zwang zur Ausübung des Reurechts darf auch im folgenden Beispiel angenommen werden[518]: Y hat sich gegenüber X u.a. dazu verpflichtet, als Model für erotische Fotos zu posieren. Die Fotos werden gemäss Vertrag im Internet veröffentlicht und dienen der Anwerbung von Kunden für einen sog. „Escort-Service“. Es wird vereinbart, dass Y den Vertrag gegen Bezahlung eines Reugelds auflö- 285

---

512 Für eine Herabsetzung auch bei unteilbaren Leistungen demgegenüber MünchK/GOTTWALD, N 6 zu § 343 BGB, m.w.Hw.

513 In der Lehre wird demgegenüber – mit Bezug auf Konventionalstrafen – vorgeschlagen, grundsätzlich der einen oder anderen Lösung den Vorzug zu geben (so z.B. BENTELE, S. 128; COUCHEPIN, Diss., Rn 942) oder aber dem Gläubiger ein Wahlrecht einzuräumen (so ERDEM, S. 167 f.).

514 Zur Berücksichtigung der Zahlungsfähigkeit s. auch COUCHEPIN, Diss., Rn 942 a.E.

515 S. oben Rn 271 ff.

516 So z.B. ERDEM, S. 35, S. 41; VON BÜREN, S. 411; ferner FICK K., S. 27; IM, S. 61; LEDERMANN, S. 61; RUMMEL/KREJCI, N 4 zu § 7 KSchG; STELTMANN, S. 63.

517 IM, S. 61.

518 LEDERMANN, S. 61.

Angelehnt an BGE 136 III 401.

sen[519] kann. Will Y nun die weitere Publikation der Bilder verhindern, bleibt ihr – sofern sie keine wichtigen Gründe namhaft machen kann[520] – nichts anderes übrig, als das vereinbarte Reugeld zu bezahlen[521]. – Ein Zwang zur Ausübung des Reurechts liegt wohl auch im folgenden Fall vor[522]: V verpachtet P eine Imbissbude für die feste Dauer von vier Jahren. Für die vorzeitige Vertragsauflösung[523] ist ein Reugeld vorgesehen. Nach einem Jahr erkrankt P und kann die Imbissbude nicht mehr gewinnbringend betreiben. Wird die Erkrankung nicht als wichtiger Grund zur Vertragsauflösung anerkannt (vgl. Art. 297 OR), bleibt P nur die Ausübung seines vertraglichen Kündigungsrechts, um den Vertrag aufzulösen und weitere Verluste zu vermeiden.

286 b) Die herrschende Lehre hält eine Herabsetzung ausserdem deshalb für problematisch, weil das Reugeld dem Reuberechtigten ein zusätzliches, gesetzlich nicht vorgesehenes Recht verschaffe[524]. Er sei somit in jedem Fall besser gestellt als ohne Reuklausel. Wo sich ein Reugeld als ausserordentlich hoch erweise, befinde sich der Reuberechtigte immer noch in derselben Lage wie eine Partei, der überhaupt kein Reurecht eingeräumt wurde[525].

---

519 In diesem Beispiel wird der Vertrag mittels (kostenpflichtiger) Kündigung aufgelöst. Die Grundsätze zum Reugeld können auf Entschädigungen für die Ausübung von Kündigungsrechten sinngemäss ebenfalls angewendet werden (s. oben Rn 10).

520 Die Möglichkeit, einen Vertrag aus wichtigem Grund aufzulösen, ist ein allgemeines Recht, das bei allen Verträgen anerkannt werden sollte (vgl. KOLLER, OR AT, § 29 Rn 3), zumindest aber bei Dauerverträgen wie dem vorliegenden (vgl. z.B. BGE 128 III 428, E. 3; eingehend VENTURI-ZEN-RUFFINEN, Rn 16 ff.).

521 Insbesondere besteht kein allgemeines Auflösungsrecht, da die Veräusserung des Rechts am eigenen Bild nach der Rechtsprechung grundsätzlich zulässig ist und zwar auch, wenn es um erotische Fotos geht (vgl. BGE 136 III 401, E. 5.2.3, E. 5.4, m.Hw.; *a.M.* etwa HAAS, Rz 27; MEILI, BasK ZGB I, N 48 zu Art. 28 ZGB, nach denen bei Einwilligungen wie der hier in Frage stehenden ein jederzeitiges Widerrufsrecht besteht).

522 Angelehnt an BGH, NJW 1985, S. 57 f. Im vom BGH beurteilten Sachverhalt war eine vorzeitige Auflösung allerdings in jedem Fall nur mit Zustimmung des Verpächters zulässig.

523 Wiederum handelt es sich um eine Kündigung eines Vertrags; die Regeln über das Reugeld können mutatis mutandis angewendet werden (s. oben Rn 10).

524 S. z.B. BYDLINSKI, Rn 10/35; KOZIOL/WELSER, 10. Aufl., S. 520 (die entsprechenden Ausführungen wurden ab der 11. Aufl. weggelassen); RUMMEL/KREJCI, N 4 zu § 7 KSchG; MünchK/GAIER, N 1 zu § 353 BGB; ähnlich auch EHRAT, BasK, N 11 zu Art. 158 OR, der aber nur auf die vertragliche Vereinbarung verweist. Sollte damit allerdings gemeint sein, das Reugeld könne schon wegen seiner vertraglichen Natur nicht herabgesetzt werden, ist entgegenzuhalten, dass auch Konventionalstrafen auf Vertrag beruhen (ebenso SCHILCHER, S. 422 f., in Auseinandersetzung mit der Gegenmeinung; zur vertraglichen Natur der Konventionalstrafe s. nur BENTELE, S. 7; COUCHEPIN, Diss., Rn 28 ff.).

525 Vgl. RUMMEL/KREJCI, N 4 zu § 7 KSchG.

Dem ist zweierlei entgegenzuhalten: Erstens wurde der Vertrag unter Umständen gerade mit Blick auf diese Besserstellung überhaupt erst eingegangen[526]. Und zweitens liegt eine Besserstellung nur aus einer ex-ante Perspektive vor, d.h. bevor über die Ausübung des Reurechts entschieden wird. Ist der Entscheid einmal gefällt und das Reugeld verfallen, kann dieses durchaus eine Belastung darstellen. In solchen Fällen kann ausnahmsweise ein gerichtlicher Eingriff geboten sein. 287

c) Nicht überzeugen kann schliesslich der Einwand, dass sich Art. 163 Abs. 3 OR nicht als Analogiegrundlage für die Herabsetzung übermässiger Reugelder eigne. Soweit vorgebracht wird, bei Art. 163 Abs. 3 OR handle es sich um eine Ausnahmebestimmung, solche seien aber nicht analogiefähig[527], ist dem entgegen zu halten, dass einzig systemwidrige Ausnahmebestimmungen, „deren Teleologie nicht in das ‚innere System' der geltenden Rechtsordnung passt"[528], nicht analog angewendet werden dürfen[529]. Das trifft für Art. 163 Abs. 3 OR zweifellos nicht zu[530]. Vielmehr ist die Norm zwingendes Recht und gehört zum schweizerischen Ordre public[531]. Sie hat daher einen festen Platz im schweizerischen Obligationenrecht und darf gegebenenfalls auch analog angewendet werden. Soweit vorgebracht wird, jedenfalls eine analoge Anwendung auf das Reugeld müsse ausgeschlossen sein, da die Institute viel zu unterschiedlich seien[532], ist darauf zu verweisen, dass die ratio legis von Art. 163 Abs. 3 OR – wie gesehen – im Einzelfall auch bei Reugeldern passt, was eine Analogie rechtfertigt[533]. Daran ändern die – unbestrittenermassen bestehenden – Unterschiede nichts. Im Übrigen lassen sich Reugelder und Konventionalstrafen in der Rechtswirk- 288

526 S. dazu soeben Rn 278.

527 So SCHERRER, S. 34; ähnlich BECKER, BerK, N 26 zu Art. 163 OR; s. ferner – zur vergleichbaren Bestimmung im deutschen Recht – STAUDINGER/RIEBLE, N 12 ff. zu § 343 BGB. Wegen ihres Ausnahmecharakters sei die Bestimmung eng auszulegen, was insbesondere eine analoge Anwendung ausschliesse.

528 KRAMER, Methodenlehre, S. 207.

529 Vgl. KRAMER, Methodenlehre, S. 207 f.; ferner HONSELL, BasK ZGB I, N 15 a.E. zu Art. 1 ZGB; PAWLOWSKI, Rn 489a.

530 *A.M.* STAUDINGER/RIEBLE, N 12 zu § 343 BGB. § 343 BGB, die parallele Bestimmung zu Art. 163 Abs. 3 OR, sei geradezu ein „Fremdkörper" im System des BGB.

531 Vgl. BGE 133 III 201, E. 5.2; COUCHEPIN, Diss., Rn 785, Rn 788; ENGEL, S. 866; FOËX, S. 420; MOOSER, CR, N 5 zu Art. 163 OR; PETITJEAN, S. 61; SECRETAN, S. 125; VON TUHR/ESCHER, S. 286.

532 So z.B. ERDEM, S. 35, S. 40; ferner GEILERT, S. 16 f.; IM, S. 61; KOZIOL/WELSER, 10. Aufl., S. 520; MünchK/GOTTWALD, N 42 vor § 339 BGB; SOERGEL/LINDACHER, N 44 vor § 339 BGB.

533 S. oben Rn 278.

lichkeit oft kaum unterscheiden[534]. Wirtschaftlich sind die beiden Institute eng miteinander verwandt[535]. Die Gegenpartei wird in beiden Fällen für das entschädigt, was ihr durch die Nichterfüllung entgeht[536]. Die Unterschiede sind somit nicht dergestalt, dass eine Analogie von vornherein als ausgeschlossen erscheint.

289 5. Nach der hier vertretenen Auffassung sollte die Herabsetzung übermässiger Reugelder in analoger Anwendung von Art. 163 Abs. 3 OR im Einzelfall trotz der vorstehend dargelegten Einwände zugelassen werden[537]. Diese Lösung ist auch mit Blick auf die Praxis zu befürworten. Die Gerichte setzen Reugelder bereits heute herab, wenn auch auf methodisch fragwürdigem Weg[538]. Dies ist ein klares Zeichen dafür, dass die Herabsetzungsmöglichkeit einem Bedürfnis entspricht. Allerdings ist noch einmal zu betonen, dass eine Herabsetzung nur in extremen Ausnahmefällen angebracht sein kann. Die Eingriffsvoraussetzungen dürften in aller Regel nicht erfüllt sein.

290 6. Abschliessend sei auf die Besonderheiten hingewiesen, die sich ergeben, wenn man der von der Rechtsprechung und Teilen der Lehre befürworteten **Fiktionstheorie** folgt, wenn man also annimmt, dass das Reugeld nicht nur verfällt, wenn der Reuberechtigte zurücktritt, sondern auch in Fällen schuldhafter Nichterfüllung des Hauptvertrags[539]. Folgt man dieser – hier abgelehnten – Ansicht, wird im Ergebnis jedes vereinbarte Reugeld automatisch zu einer Kombination aus Reugeld und Konventionalstrafe[540].

534 S. dazu bereits oben Rn 50 und Fn 109. Gerade solche Abgrenzungsschwierigkeiten haben offenbar den österreichischen Gesetzgeber dazu bewogen, Reugelder und Konventionalstrafen hinsichtlich der Herabsetzung – zumindest bei Konsumentenverträgen – gleich zu stellen (vgl. KBB/KATHREIN, N 1 zu § 7 KSchG).

535 SCHILCHER, S. 419; FICK K., S. 24.

536 SCHILCHER, S. 419 f., m.Hw.; ebenso MAYRHOFER, Stornogebühr, S. 193.

537 In den hier zur Diskussion stehenden Fällen könnte sich eine Herabsetzung allenfalls auch auf Art. 2 Abs. 2 ZGB stützen lassen. Eine Forderung kann (teilweise) erlöschen, wenn ihre Durchsetzung missbräuchlich wäre (vgl. KOLLER, OR AT, § 62 Rn 10). Je nach konkretem Sachverhalt könnte im Einzelfall eine solche Missbräuchlichkeit vorliegen.

538 In gewissen Fällen wird ein Reugeld als Konventionalstrafe qualifiziert, womit eine Herabsetzung offen steht (s. z.B. BGE 42 II 510 und dazu KOLLER, OR AT, § 80 Rn 29; SECRETAN, S. 103; s. auch schon oben Fn 84). In der deutschen Rechtsprechung wurde eine Herabsetzung auf Null auch schon dadurch erreicht, dass eine Reu*geld*abrede gestützt auf § 307 BGB (Inhaltskontrolle von AGB) als nichtig bezeichnet wurde. Das Reu*recht* hingegen wurde von dieser Nichtigkeit bemerkenswerterweise nicht erfasst (s. Amtsgericht Pinneberg, Urteil 63 C 120/08 vom 27. November 2008 [verfügbar unter <http://beck-online.beck.de>]).

539 S. dazu oben Rn 205 ff. und die Kritik in Rn 209 ff.

540 Vgl. KOLLER, Reugelder, S. 82 Fn 17.

Konsequenterweise hat man deshalb – unabhängig vom Standpunkt, den man zur Herabsetzung übermässiger Reugelder im Allgemeinen einnimmt – Art. 163 Abs. 3 OR analog[541] anzuwenden, wenn im Einzelfall das Reugeld ohne Rücktrittserklärung verfällt. Denn diesfalls ist das Reugeld funktionell Konventionalstrafe. Gründe, welche gegen die Analogie sprechen würden, sind nicht erkennbar[542].

Beispiel: In einem Kaufvertrag ist ein gegenseitiges Reugeld vorgesehen. Angenommen, die Verkäuferin erfüllt schuldhaft den Vertrag nicht und dieser wird aufgelöst. Nach herrschender Auffassung verfällt nun das Reugeld. Dem Reugeld kommt damit Konventionalstrafcharakter zu, weshalb seine Herabsetzung in analoger Anwendung von Art. 163 Abs. 3 OR zu prüfen ist. 291

Die Herabsetzung ist bei Befolgung der Fiktionstheorie aber auch zuzulassen, falls das Reugeld mit Erklärung des Berechtigten verfällt, und zwar unabhängig davon, ob man den oben[543] angeführten Argumenten für eine analoge Anwendung von Art. 163 Abs. 3 OR folgen mag. Andernfalls käme es zu einer Privilegierung eines Reugeldschuldners, der den Verfall durch eine Vertragsverletzung „herbeigeführt" hat gegenüber einem Schuldner, der dies vertragsgemäss mittels Erklärung getan hat, was wertungsmässig nicht überzeugen kann[544]. Wer die Fiktionstheorie befürwortet, muss also im Gegenzug die Herabsetzung übermässiger Reugelder unabhängig von der Art ihres Verfalls gestatten. 292

Die schweizerische Lehre äussert sich zur soeben dargestellten Problematik nicht. Demgegenüber stimmt das Gesagte mit der ganz herrschenden Auffassung zum österreichischen Recht – wo die Ausübungsfiktion aufgrund gesetzlicher Anordnung gilt[545] – überein, soweit es zum Verfall ohne Erklärung des Berechtigten kommt. Für diesen Fall ist 293

---

541 Gemäss KOLLER, Reugelder, S. 82 Fn 17 ist bei Befolgung der Fiktionstheorie allenfalls gar eine direkte Anwendung von Art. 163 Abs. 3 OR angezeigt, da das Reugeld in diesem Fall (auch) zu einer Konventionalstrafe wird. Allerdings bleibt das Reugeld trotz Konventionalstraf-Wirkung ein Reugeld, weshalb wohl dennoch eine (bloss) analoge Anwendung vorzunehmen ist.

542 In dieser Konstellation schlägt insbesondere auch das gegen eine Analogie angeführte Hauptargument, der Verfall des Reugelds stehe im Belieben des Berechtigten, ins Leere. Denn das Reugeld verfällt ja, ohne dass der Berechtigte von seinem Reurecht Gebrauch gemacht hat.

543 S. Rn 275 ff.

544 Vgl. hierzu – in verwandtem Zusammenhang – die Überlegungen von LORD DENNING, übersetzt wiedergegeben bei STELTMANN, S. 39. Es sei geradezu paradox, „einen Vertragsbrüchigen … besser zu stellen, als jemanden, der von seinen vertraglichen Rechten Gebrauch mache und deswegen die vereinbarte Summe zu zahlen habe". S. dazu auch HACHEM, S. 151 f.

545 S. § 911 ABGB und oben Rn 209.

unbestritten, dass eine Herabsetzung zu prüfen ist[546]. Demgegenüber lehnt es die österreichische Lehre überwiegend ab, den Fall des erklärten Rücktritts gleich wie die Nichterfüllung zu behandeln[547]. Verfällt das Reugeld durch Erklärung des Berechtigten, soll die Herabsetzung ausgeschlossen sein[548]. Begründet wird dies damit, dass der Schuldner in diesem Fall vorsätzlich handle und solches Verhalten leicht beherrschbar sei[549]. Dass der Schuldner in diesem zweiten Fall vorsätzlich und aus freien Stücken handelt, kann aber keine ausreichende Begründung sein, um seine Schlechterstellung gegenüber einem vertragswidrig handelnden Reuberechtigten zu rechtfertigen. Wohl mag der Rücktritt vorsätzlich sein, doch können die Rücktrittsmotive genauso schützenwert sein wie diejenigen eines Reuberechtigten, der den Verfall durch schlichte Nichterfüllung bewirkt hat.

III. Ergebnis

294 In gewissen Fällen kann einer Belastung durch ein hohes Reugeld dadurch entgangen werden, dass die Reurechtsausübung rückgängig gemacht wird, etwa, indem ein Willensmangel bei der Ausübung geltend gemacht wird. Wurde das Reurecht hingegen wirksam ausgeübt, sind die Möglichkeiten stark beschränkt. Nach der hier vertretenen Auffassung hat das Gericht immerhin die Möglichkeit, in analoger Anwendung von Art. 163 Abs. 3 OR eine Herabsetzung anzuordnen, wenn auch nur in extremen Ausnahmefällen. Nach der herrschenden Auffassung ist ein entsprechender Eingriff demgegenüber generell ausgeschlossen.

546 S. KBB/BOLLENBERGER, N 2 zu § 911 ABGB; MAYRHOFER, Schuldverhältnisse, S. 213; DERS., Stornogebühr, S. 193; RUMMEL/REISCHAUER, N 2 zu § 911 ABGB; SCHWIMANN/BINDER, N 22 zu §§ 909-911 ABGB. Uneinheitlich äussert sich die Lehre zur Analogiegrundlage. Diese wird zuweilen in § 1336 Abs. 2 ABGB (Herabsetzungsbestimmung für Konventionalstrafen), zuweilen in § 7 KSchG (Herabsetzungsbestimmung für Reugelder in Konsumentenverträgen) gesehen.

547 S. KBB/BOLLENBERGER, N 2 zu § 911 ABGB; RUMMEL/REISCHAUER, N 2 zu § 911 ABGB; ferner – für den Spezialfall der Konsumentenverträge – SCHWIMANN/APATHY, N 4 zu § 7 KSchG; KOZIOL/WELSER, 10. Aufl., S. 520; für eine Herabsetzung auch bei ausdrücklicher Reuerklärung dagegen SCHWIMANN/BINDER, N 22 zu §§ 909-911 ABGB.

548 Dem Rücktritt gleichgestellt wird die vorsätzliche Nichterfüllung (vgl. KBB/BOLLENBERGER, N 2 zu § 911 ABGB; RUMMEL/REISCHAUER, N 2 zu § 911 ABGB; SCHWIMANN/APATHY, N 4 zu § 7 KSchG).

549 Vgl. RUMMEL/REISCHAUER, N 2 zu § 911 ABGB.

§ 12 Heraufsetzung zu tiefer Reugelder

1. Während ein hohes Reugeld den Berechtigten übermässig belasten kann, führt ein sehr tiefes Reugeld unter Umständen dazu, dass der **Reurechtsbelastete** für die Folgen des Rücktritts **nicht ausreichend entschädigt** wird. Ein Beispiel soll dies verdeutlichen: 295

Beispiel: Die A AG bestellt bei der Y & Co. diverse Einrichtungsgegenstände im Wert von rund Fr. 100'000.–. Vereinbart ist ein einseitiges Reurecht zu Gunsten der A AG; das im Rücktrittsfall zu leistende Reugeld beträgt Fr. 1'000.–. Die Bestellung nimmt für die Dauer von drei Monaten einen beträchtlichen Teil der Kapazitäten der Y & Co. in Anspruch. Eine Woche vor dem Liefertermin tritt die A AG unter Bezahlung des Reugelds zurück. Die Y & Co. muss die Einrichtungsgegenstände mit einem grossen Rabatt an einen Dritten verkaufen. 296

2. Soweit die späte Ausübung des Reurechts im Einzelfall nicht als geradezu rechtsmissbräuchlich betrachtet werden muss[550], wird der Vertragspartner des Reuberechtigten **grundsätzlich auf das Reugeld verwiesen**[551]. Dieses genügt in Fällen wie dem soeben Angeführten allerdings nicht, um den Schaden, der dem Reurechtsbelasteten durch den Rücktritt entsteht, auszugleichen. Es fragt sich daher, ob eine nachträgliche Heraufsetzung des Reugelds in Frage kommen kann. 297

3. **Mögliche Grundlagen für eine nachträgliche Heraufsetzung des Reugelds**. Eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage für die Heraufsetzung (zu) tiefer Reugelder besteht nicht. In diesem Paragraphen soll diskutiert werden, ob allenfalls Gesetzesbestimmungen, die eine nachträgliche Anpassung einer zu leistenden Entschädigung vorsehen, *analog* herangezogen werden können, um eine Heraufsetzung zu begründen. Hierbei steht – wie schon bei der Herabsetzung – Art. 163 Abs. 3 OR im Vordergrund. 298

I. Mögliche Grundlagen für die Heraufsetzung zu tiefer Reugelder

1. **Keine generelle Heraufsetzungsmöglichkeit gestützt auf Art. 373 Abs. 2 OR**. Während die Herabsetzung übermässiger Leistungen im Gesetz 299

550 S. dazu oben Rn 224 ff. Rechtsmissbrauch kann dazu führen, dass der Reuberechtigte an den Hauptvertrag gebunden bleibt oder aber, dass er seiner Gegenpartei schadenersatzpflichtig wird.

551 S. oben Rn 245 ff., insbesondere Rn 251 ff.

in mehreren Bestimmungen vorgesehen ist, findet sich mit Art. 373 Abs. 2 OR nur eine einzige Bestimmung zur Heraufsetzung zu niedriger Leistungen. Diese Bestimmung besagt, dass ein Werkpreis erhöht werden kann, wenn sich die Fertigstellung infolge „ausserordentliche[r] Umstände, die nicht vorausgesehen werden konnten oder die nach den von beiden Parteien angenommenen Voraussetzungen ausgeschlossen waren", übermässig erschwert.

300 Art. 373 Abs. 2 OR kann keine generelle Heraufsetzungsmöglichkeit bei zu niedrigen Leistungen begründen. Soweit eine nachträgliche Erschwerung der Vertragserfüllung in Frage steht, enthält die Bestimmung einen Anwendungsfall der clausula rebus sic stantibus[552], soweit es um von beiden Parteien ausgeschlossene Umstände geht, regelt sie einen besonderen Fall des Grundlagenirrtums[553]. In beiden Fällen ist eine Anpassung somit nur unter qualifizierten Voraussetzungen möglich[554]. Das blosse quantitative Ungenügen einer Leistung reicht für einen Eingriff nicht aus, mag es auch noch so massiv sein.

301 2. **Keine „umgekehrte" Gesamtanalogie**. Ebenfalls nichts ableiten lässt sich aus den verschiedenen Bestimmungen, welche eine Herabsetzung zu hoher Leistungen vorsehen (s. Art. 163 Abs. 3, 406h, 417 OR). Eine „umgekehrte" Gesamtanalogie kann gestützt auf diese Bestimmungen nicht aufgestellt werden. Wollte man mit einer „umgekehrten" Gesamtanalogie einen allgemeinen Heraufsetzungsgrundsatz herleiten, wären gegenüber einer „gewöhnlichen" Gesamtanalogie im Sinne eines allgemeinen Herabsetzungsgrundsatzes erhöhte Anforderungen zu erfüllen. Da aber – wie gezeigt wurde[555] – aus den vorhandenen Bestimmungen zur Herabsetzung übermässiger Leistungen kein allgemeiner Herabsetzungsgrundsatz abgeleitet werden kann, ist die Herleitung eines generellen Heraufsetzungsgrundsatzes in umgekehrter Analogie zu den genannten Bestimmungen erst recht ausgeschlossen.

302 3. (**Einzel-)analoge Anwendung von Art. 163 Abs. 3 OR?** Somit verbleibt nur die Möglichkeit, eine Einzelanalogie zu ziehen. Als mögliche

552 Vgl. BGE 104 II 314, S. 315; LEHMANN, BasKurzK, N 10 zu Art. 373 OR.
553 Vgl. BGE 109 II 333, E. 2b; LEHMANN, BasKurzK, N 11 zu Art. 373 OR.
554 Vorausgesetzt ist eine übermässige Erschwerung, die auf ausserordentliche Umstände zurückzuführen ist. Für Einzelheiten s. z.B. BÜHLER, ZürK, N 22 ff. zu Art. 373 OR; GAUCH, Werkvertrag, Rn 1050 ff.; ZINDEL/PULVER, BasK, N 14 ff. zu Art. 373 OR.
555 S. oben Rn 264 ff.

Grundlage kommt hierbei einzig Art. 163 Abs. 3 OR in Frage[556]. Die analoge Anwendung dieser Bestimmung auf zu niedrige Reugelder soll nachstehend diskutiert werden.

II. Heraufsetzung in analoger Anwendung von Art. 163 Abs. 3 OR?

303 Nach der hier vertretenen Auffassung ist es möglich, Art. 163 Abs. 3 OR, der die Herabsetzung übermässiger Konventionalstrafen vorsieht, analog auf Reugelder anzuwenden[557]. Die Bestimmung hat allerdings ausschliesslich eine Herabsetzung von Konventionalstrafen im Auge, nicht auch eine Heraufsetzung. Dies im Unterschied zu vergleichbaren Bestimmungen in gewissen ausländischen Rechtsordnungen, welche dem Gericht die Möglichkeit einräumen, eine besonders niedrige Konventionalstrafe nachträglich zu erhöhen[558]. Zu prüfen ist nun, ob die analoge Anwendung dieser Bestimmung allenfalls dennoch eine Heraufsetzung zu niedriger Reugelder ermöglicht.

304 Eine Heraufsetzung liesse sich aus dem Ausgleichsgedanken, der Art. 163 Abs. 3 OR zukommt, rechtfertigen. Die Herabsetzungsmöglichkeit bei Konventionalstrafen wird unter anderem damit begründet, dass der Strafgläubiger im Falle einer Vertragsverletzung grundsätzlich stets den höheren Betrag aus Konventionalstrafe und Schadenersatz erhält[559]. Demgegenüber erhält der Reugeldgläubiger im Falle der Nichterfüllung grundsätzlich stets nur den tieferen Betrag aus Reugeld und vertraglichem Schadenersatz zugesprochen[560]. Argumentiert man mit der Ausgleichsfunktion von Art. 163

---

556 Es kann insoweit auf die Ausführungen zur Herabsetzung übermässiger Reugelder verweisen werden (s. oben Rn 270).

557 S. oben Rn 270 ff., insbesondere Rn 275.

558 Die Möglichkeit, eine zu tiefe Strafe zu erhöhen, sehen etwa das französische und das niederländische Recht vor (s. Art. 1152 Abs. 2 CCfr; Burgerlijk Wetboek Boek 6, Art. 94 Abs. 2).

559 S. zu diesem Zusammenhang DIETZI, S. 143; ERDEM, S. 148. Unabhängig von einem Schaden erhält der Konventionalstrafgläubiger zumindest die vereinbarte Strafsumme. Übersteigt der tatsächlich eingetretene Schaden die Strafe, kann er diesen bei Verschulden des Strafschuldners – nach Teilen der Lehre (z.B. KOLLER, OR AT, § 81 Rn 72) verschuldensunabhängig – ebenfalls geltend machen (vgl. Art. 161 Abs. 2 OR; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rn 3815 ff.; KOLLER, OR AT, § 81 Rn 72). Die Strafe ist somit – etwas vereinfacht ausgedrückt – nur die Untergrenze seines Anspruchs im Fall einer Vertragsverletzung.

560 Vorbehalten bleiben abweichende Parteivereinbarungen (s. dazu schon oben Rn 250). Ausserdem gilt diese Aussage nur, wenn der Reuberechtigte immer die für

Abs. 3 OR, liesse sich für diese gegenteilige Konstellation daher eine Heraufsetzung rechtfertigen.

305 Gegen eine Heraufsetzung in analoger Anwendung von Art. 163 Abs. 3 OR spricht indessen die Tatsache, dass auch im Zusammenhang mit Konventionalstrafen Konstellationen denkbar sind, in denen der Ausgleichsgedanke eine Heraufsetzung rechtfertigen würde. So ist es etwa möglich, dass zwei Parteien eine exklusive Konventionalstrafe[561] vereinbaren und die Abmachung treffen, mit der Erlegung der Strafe seien sämtliche weitergehenden Schadenersatzansprüche des Gläubigers abgegolten[562]. Kommt es hier zum Verfall der Strafe und übersteigt der Schaden die vereinbarte Summe, erleichtert die Vereinbarung die Situation des Strafschuldners. Für solche Fälle wäre es naheliegend gewesen, eine gerichtliche Heraufsetzung der Konventionalstrafe zuzulassen[563]. Der Gesetzgeber hat davon jedoch abgesehen und verweist den Gläubiger für solche Fälle auf andere Regeln, z.B. auf Art. 100 OR[564] oder auf die allgemeinen Vertragsschranken[565]. Aus diesem Grund kann Art. 163 Abs. 3 OR ausschliesslich zum Schutz des Schuldners, nicht auch zum Schutz des Gläubigers herangezogen werden. Damit

---

ihn finanziell vorteilhaftere Variante aus Rücktritt und Festhalten am Vertrag wählen kann und nicht etwa aus faktischen Gründen zur Ausübung seines Reurechts gezwungen ist (s. hierzu oben Rn 284 f.).

561 Bei einer exklusiven Konventionalstrafe kann der Gläubiger bei Strafverfall nur die Strafleistung verlangen (GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rn 3809; KOLLER, OR AT, § 81 Rn 46; weitere Nw. oben in Fn 101).

562 Eine entsprechende Vereinbarung ist zulässig, da Art. 161 OR, der das Verhältnis von Konventionalstrafe zum Schadenersatz regelt, dispositives Recht enthält (vgl. z.B. BECKER, BerK, N 5 zu Art. 161 OR; BENTELE, S. 46; EHRAT, BasK, N 2 zu Art. 161 OR). In der Lehre wird auch vertreten, dass bei exklusiven Konventionalstrafen ein weitergehender Schadenersatzanspruch auch ohne besondere Abrede vermutungsweise ausgeschlossen sei (s. z.B. GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rn 3815 Fn 49; ERDEM, S. 55 f., m.w.Hw.).

563 Für das französische Recht wird die dort vorgesehene Heraufsetzungsmöglichkeit damit begründet, dass die Strafe die Leistung des Schuldners auch nach oben begrenzt, sie für ihn also unter Umständen eine Entlastung bedeutet (vgl. STELTMANN, S. 151 f.). Mit derselben Überlegung liesse sich im schweizerischen Recht die Heraufsetzung exklusiver Konventionalstrafen rechtfertigen.

564 Eine Konventionalstrafabrede, mit der die Haftung für weitergehenden Schaden ausgeschlossen wird, gilt als Haftungsbeschränkung und muss sich an Art. 100 OR messen lassen (vgl. ERDEM, S. 56 [zur exklusiven Konventionalstrafe]; ferner BUCHER, OR AT, S. 525; OERTLI, Rn 362 [beide zu Schadenersatzpauschalen]; BELSER, S. 459; MCKENDRIK, N 15 zu Art. 7.4.13 PICC [beide zu Konventionalstrafen unter den PICC; wobei BELSER der Meinung ist, dass sich das Problem unter schweizerischem Recht „nicht gleichermassen" stelle]).

565 Zu beachten ist ferner etwa Art. 199 OR.

ist auch eine analoge Anwendung zu Gunsten des Reugeldgläubigers ausgeschlossen[566].

III. Ergebnis

306 1. **Angriffsmittel gegen zu tiefe Reugelder**. Ist ein (gültig vereinbartes) Reugeld sehr niedrig angesetzt, dürfte es dem Belasteten regelmässig schwer fallen, dagegen vorzugehen. Eine erste Möglichkeit ist es, sich auf die *Missbräuchlichkeit der Reurechtsausübung* zu berufen. Ist dieser Ansatz nicht erfolgreich, muss gegen die *Reuklausel* als solche vorgegangen werden. Liegt keine Missbräuchlichkeit vor und hat die Reuklausel Bestand, stehen de lege lata grundsätzlich keine Mittel zur Verfügung, mit denen die *Erhöhung* eines zu niedrigen Reugelds bewirkt werden könnte, insbesondere keine (umgekehrte) Analogie zu Art. 163 Abs. 3 OR[567].

307 2. **Bewertung der Rechtslage**. Die nur sehr beschränkten Möglichkeiten des Reurechtsbelasteten, um gegen ein zu tief bemessenes Reugeld vorzugehen, mögen als unbefriedigend erscheinen, kann diesem doch unter Umständen ein grosser Schaden entstehen. Verhält sich der Reuberechtigte korrekt, hat sein Vertragspartner keine Möglichkeit, einen höheren Betrag als das vereinbarte Reugeld zu erhalten, auch wenn er durch das Reugeld allenfalls nur unzureichend für den Rücktritt entschädigt wird. Dies mag in Einzelfällen ungerecht sein, weshalb de lege ferenda zu überlegen wäre, die Heraufsetzung zu tiefer Reugelder zu ermöglichen.

308 Anzumerken ist allerdings, dass sich die hier diskutierte Problematik in der Praxis kaum je gestellt zu haben scheint. Jedenfalls sind – soweit ersichtlich – keine Urteile zum vorstehend diskutierten Thema publiziert. Sehr tiefe Reugelder scheinen demnach eher eine theoretische Gefahr zu sein, weshalb auch der Bedarf nach einer Intervention des Gesetzgebers nur in beschränktem Ausmass besteht.

566 Dies ungeachtet dessen, dass gewisse Bestimmungen, die gegen tiefe Konventionalstrafen ein Eingreifen ermöglichen, auf Reugelder nicht anwendbar sind, so etwa Art. 100 OR (s. dazu oben Rn 182 ff.).

567 Möglich ist eine Anpassung selbstverständlich immer, wenn der allgemeine Grundsatz der clausula rebus sic stantibus eingreift (s. dazu unten Rn 347 ff.).

4. Kapitel: Ausgewählte Sonderfragen

309 Im folgenden Kapitel sollen ausgewählte Sonderfragen behandelt werden. Zunächst wird eine praktisch wichtige Kombination der Reuklausel mit einer anderen Klausel näher untersucht, jene mit der Konventionalstrafklausel (§ 13). Anschliessend wird diskutiert, welchen Einfluss eine Reuabrede haben kann, wenn sich bezüglich Hauptvertrag Besonderheiten ergeben. Herausgegriffen wird der Fall, dass der *Hauptvertrag unter Einfluss eines Willensmangels* geschlossen wurde (§ 14), sodann der Fall, dass sich nachträglich wichtige Gründe zur *Anpassung des Gesamtvertrags* ergeben (§ 15). Eine weitere Sonderfrage betrifft den *Einbezug Dritter* in einen mit Reuklausel geschlossenen Vertrag (§ 16). Den Abschluss bilden *ausgewählte prozessuale Fragen* im Zusammenhang mit der Reuklausel (§ 17).

§ 13 Kombinationen aus Reu- und Konventionalstrafklausel

310 1. **Allgemeines**. Reugelder können grundsätzlich mit beliebigen anderen Leistungen kombiniert werden. Kombinationen können durch Vertrag begründet werden, denkbar ist aber auch, dass sich eine Kombination aus dem Gesetz ergibt.

311 Im Folgenden wird eine dieser Kombinationen herausgegriffen und näher untersucht, jene von Reugeld und Konventionalstrafe. Diese kommt in der Praxis vergleichsweise häufig vor und wirft besondere Fragen auf. Die Kombination eines Reugelds mit einer Konventionalstrafe hat zur Folge, dass eine bestimmte Geldsumme sowohl bei einem Rücktritt durch den Schuldner – als Reugeld – als auch bei einer Vertragsverletzung durch denselben – als Konventionalstrafe – verfallen kann.

312 Teile der Lehre bezeichnen Kombinationen aus Reugeld und Konventionalstrafe als „Wandelpön", soweit es sich bei der Konventionalstrafe um eine Alternativstrafe handelt[568]. Die überwiegende Lehre legt dem Begriff der Wandelpön allerdings eine andere

[568] S. z.B. KOLLER, OR AT, § 81 Rn 64.

Bedeutung bei und versteht darunter schlichtweg ein versprochenes Reugeld[569]. Vorliegend wird auf die Verwendung des Ausdrucks verzichtet[570].

2. Für die **rechtliche Behandlung** von Kombinationen aus Reu- und Konventionalstrafklausel ist vom jeweiligen Auslöser für den Verfall der vereinbarten Leistung auszugehen[571]. Kommt es durch Erklärung des Rücktritts zum Verfall, gelten die zum Reugeld entwickelten Regeln. Wird der Verfall der Leistung anderweitig bewirkt, sind die Regeln über die Konventionalstrafe einschlägig. 313

Das Gesagte ist in zweierlei Hinsicht zu präzisieren: Erstens können gewisse Fragen von den Parteien vertraglich geregelt werden, so namentlich das Verhältnis der vereinbarten Entschädigung zu einem Schadenersatzanspruch. Regelmässig wollen die Parteien in dieser Frage eine einheitliche Lösung treffen, unabhängig davon, wie es im Einzelfall zum Verfall der Leistung kommt. Dies ist ohne weiteres zulässig[572]. Zweitens sind bei Kombinationen hinsichtlich der Herabsetzung übermässiger Leistungen Besonderheiten zu beachten. Eine Herabsetzung sollte bei einem Verfall als Reugeld, d.h. infolge der Ausübung des Reurechts, auch dann zugelassen werden, wenn man eine analoge Anwendung von Art. 163 Abs. 3 OR auf Reugelder[573] grundsätzlich ablehnt[574]. Dafür spricht, dass die rücktrittsberechtigte Partei bei einer Kombination zusätzliche Nachteile auf sich nimmt und einer erhöhten Gefahr ausgesetzt ist, dass es zum Verfall der vereinbarten Leistung kommt. Ausserdem würde eine Ablehnung der Herabsetzungsmöglichkeit den Verfall durch vertragswidriges Verhalten privilegieren, was wertungsmässig nicht überzeugt[575] und falsche Anreize setzt. Durch die Gleichbehandlung der beiden Fälle kann erreicht werden, dass der Berechtigte zurücktritt, sobald die Nichterfüllung absehbar wird, was regelmässig die dadurch verursachten Kosten minimiert[576]. 314

3. **Abgrenzung.** Kombinationen müssen einerseits von reinen Reuklauseln, anderseits von reinen Konventionalstrafabreden abgegrenzt werden. Der 315

---

569 S. z.B. EHRAT, BasK, N 14 zu Art. 158 OR; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rn 3810 f.

570 S. dazu oben Rn 55 ff., dort auch mit weiteren Nachweisen.

571 Vgl. PIETRUSZAK, N 16 zu Art. 160 OR.

572 Vereinbarungen über das Verhältnis zum Schadenersatz sind sowohl bei Reugeldern (s. oben Fn 426) als auch bei Konventionalstrafen (s. oben Fn 562) zulässig. Dasselbe gilt – selbstverständlich – bei Kombinationen.

573 S. dazu oben Rn 270 ff.

574 *A.M.* PIETRUSZAK, BasKurzK, N 16 zu Art. 160 OR: Eine Herabsetzung komme nur in Frage, falls die Summe als Konventionalstrafe verfalle. Entscheide sich der Schuldner hingegen für den Vertragsrücktritt, bedürfe er „des Schutzes von Art. 163 Abs. 3 OR nicht".

575 S. auch LORD DENNING, zit. nach STELTMANN, S. 39, wonach es paradox sei, vertragswidriges gegenüber vertragsgemässem Verhalten besser zu stellen (s. dazu schon oben Fn 544).

576 S. zu dieser Thematik auch schon oben Rn 290 ff.

Unterschied zu ersteren liegt darin, dass eine Leistung bei einer Kombination gegen den Willen des Schuldners verfallen kann. Von reinen Konventionalstrafen unterscheiden sich die Kombinationen dadurch, dass bei einer Kombination die Rechte des Schuldners auch erweitert werden sollen. Was die Parteien tatsächlich im Sinn hatten, ist durch Vertragsauslegung[577] zu ermitteln.

316 Insbesondere die Abgrenzung von Kombinationen und blossen Konventionalstrafvereinbarungen fällt in der Praxis zuweilen schwer, wie folgendes Beispiel veranschaulichen mag:

317 *Beispiel*[578]: In einem Vertrag findet sich die Klausel, dass „im Falle eines Widerrufs oder der Nichteinhaltung des Vertrages eine Konventionalstrafe von 20% des gesamten Rechnungsbetrages" geschuldet ist. Das OLG Nürnberg erblickte hierin eine reine Konventionalstrafabrede[579], während in einer Urteilsbesprechung aus der Erwähnung des „Widerrufs" auf ein Reurecht – und damit auf eine Kombination – geschlossen wurde[580].

318 Auch die Abgrenzung zu (reinen) Reuklauseln bereitet den Gerichten gelegentlich Mühe. Hierzu ebenfalls ein Beispiel:

319 *Beispiel*[581]: V verkauft K die dem X gehörende Liegenschaft 123. Im Vertrag wird Folgendes vereinbart: „K leistet eine Anzahlung von Fr. 50'000.–. Diese gilt als Reugeld im Sinne von Art. 158 Abs. 3 OR. Sollte die Eigentumsübertragung nicht bis am 31.12. stattfinden, entschädigt V den K mit Fr. 100'000.–. Keine Entschädigung ist geschuldet, falls V keinerlei Verschulden trifft". In diesem Fall liegt unzweifelhaft ein Reugeld vor, das beiden Parteien den Rücktritt gegen Zurücklassung der geleisteten Fr. 50'000.– bzw. gegen „Erstattung des doppelten Betrags" (Art. 158 Abs. 3 OR), d.h. Fr. 100'000.–, offen lässt. Zusätzlich liegt eine Konventionalstrafvereinbarung zu Lasten des V vor für den Fall, dass die Eigentumsverschaffung aus irgendwelchen Gründen, für die er einzustehen hat, scheitert[582]. Das Bundesgericht nahm demgegenüber in einem ähnlichen Fall – wohl unter Einfluss der vorliegend abgelehnten Fiktionstheorie[583] – eine reine Reuklausel an[584].

---

577 S. hierzu etwa JÄGGI/GAUCH, ZürK, N 295 ff. zu Art. 18 OR; KOLLER, OR AT, § 9; KRAMER, BerK, N 10 ff. zu Art. 18 OR; WIEGAND, BasK, N 16 ff. zu Art. 18 OR.

578 S. den Entscheid des OLG Nürnberg, NJW 1973, S. 1974 f. Für ein weiteres Bsp. s. KOLLER, OR AT, § 81 Rn 32.

579 Vgl. OLG Nürnberg, NJW 1973, S. 1974 f.

580 Vgl. EGGERT, S. 242, Anm. 1 a.E.

581 Angelehnt an BGer, Urteil 4C.301/2006 vom 23. April 2007; s. dazu auch KOLLER, OR AT, § 80 Rn 9.

582 Vgl. KOLLER, OR AT, § 80 Rn 9.

583 S. dazu oben Rn 205 ff.

584 S. BGer, Urteil 4C.301/2006 vom 23. April 2007.

4. **Art. 340b Abs. 2 OR als gesetzlich vorgesehene Kombination?** – a) Kombinationen aus Reu- und Konventionalstrafklausel können – wie gesagt – nicht nur vertraglich vereinbart werden, sondern auch von Gesetzes wegen bestehen. Ein Beispiel für eine Kombination kraft Gesetzes erblickt die herrschende Lehre in Art. 340b Abs. 2 OR. Diese Bestimmung befasst sich mit dem Fall, dass für die Verletzung eines nachvertraglichen Konkurrenzverbotes (schriftlich[585]) eine Konventionalstrafe vereinbart wird. Gemäss Art. 340b Abs. 2 OR kann sich der Arbeitnehmer in solchen Fällen durch Leistung der Strafe „vom Verbot befreien, er bleibt jedoch für den weiteren Schaden ersatzpflichtig". Nach herrschender Lehre ermöglicht diese Bestimmung dem Arbeitnehmer einen echten Rücktritt von der Konkurrenzverbotsklausel. Die Vereinbarung einer Konventionalstrafe für den Fall der Verletzung eines Konkurrenzverbots verschafft ihm demnach automatisch ein Reurecht[586]. Zwar sieht Art. 340b Abs. 2 OR vor, dass trotz Rücktritt zwingend weitergehender Schadenersatz geschuldet ist[587], was bei Reuklauseln üblicherweise nicht der Fall ist[588]. Die herrschende Lehre begrenzt den „weiteren Schaden" i.S.v. Art. 340b Abs. 2 OR jedoch auf denjenigen Schaden, der bis zur Bezahlung der Strafe entstanden ist[589], was es ermöglicht, in Art. 340b Abs. 2 OR ein vollwertiges Reurecht zu erblicken, und jede Konventionalstrafklausel automatisch auch als Reuklausel zu verstehen. 320

Das Reurecht nach Art. 340b Abs. 2 OR weist allerdings eine Besonderheit auf. In Abweichung von den allgemeinen Grundsätzen kann es nicht durch einfache Erklärung des 321

585 Als Nebenabrede der Konkurrenzverbotsklausel muss eine Konventionalstrafe – wie das Konkurrenzverbot als solches (vgl. Art. 340 Abs. 1 OR) – schriftlich vereinbart werden (REHBINDER, BerK, N 7 zu Art. 340b OR; STAEHELIN, ZürK, N 7 zu Art. 340b OR; STREIFF/VON KAENEL, N 4 zu Art. 340b OR).

586 Vgl. z.B. BOHNY, S. 154; COTTI, Rn 678; COUCHEPIN, Diss., Rn 78; KOLLER, OR AT, § 81 Rn 47; REHBINDER, N 9 zu Art. 340b OR; SANTORO, S. 56; STREIFF/VON KAENEL, N 7 zu Art. 340b OR. Die Lehre spricht häufig von „Wandelpön". Dieser Begriff wird in der vorliegenden Arbeit indessen gemieden (s. oben Rn 58).

587 Vgl. Art. 361 OR. Der zwingende Charakter von Art. 340b Abs. 2 OR beschränkt sich nach h.L. auf die Schadenersatzpflicht (vgl. SANTORO, S. 57, der selber jedoch – weitergehend – für gänzliche Dispositivität von Art. 340b Abs. 2 OR eintritt [DERS., S. 58]). Die Befreiungswirkung kann demgegenüber ausgeschlossen werden, was sich sowohl aus dem Wortlaut von Art. 340b Abs. 2 OR als auch aus Art. 340b Abs. 3 OR ergibt (vgl. STAEHELIN, ZürK, N 22 zu Art. 340b OR).

588 S. oben Rn 251.

589 Vgl. BOHNY, S. 154, 158 f.; COTTI, Rn 678; NEERACHER, S. 106; PORTMANN, BasK, N 2 zu Art. 340b OR; REHBINDER, BerK, N 9 zu Art. 340b OR; STAEHELIN, ZürK, N 8 a.E. zu Art. 340b OR; STREIFF/VON KAENEL, N 7 zu Art. 340b OR. Dem häufig als Beleg angeführten BGE 92 II 31 (= Pra 1966 Nr. 149), E. 5 lässt sich dagegen keine entsprechende Aussage entnehmen.

Berechtigten, sondern nur durch Bezahlung der vereinbarten Summe ausgeübt werden[590].

322 b) Nach der hier vertretenen Auffassung verschafft die Vereinbarung einer Konventionalstrafe dem Arbeitnehmer kein Reurecht. Art. 340b Abs. 2 OR sieht demnach keine Kombination aus Reugeld und Konventionalstrafe, sondern bloss eine exklusive Konventionalstrafe (mit Ersatzpflicht für weitergehenden Schaden[591]) vor.

323 Begründen lässt sich dies wie folgt: Das Gesetz steht einem Erfüllungszwang bei nachvertraglichen Konkurrenzverboten im Arbeitsrecht skeptisch gegenüber, es gewährt grundsätzlich nur Ersatzansprüche. Nur dies will Art. 340b OR zum Ausdruck bringen: Abs. 1 hält fest, dass bei Verletzung des Konkurrenzverbots nur Schadenersatz gefordert werden kann. Abs. 2 präzisiert, dass in Abweichung von der allgemeinen Regel des Art. 160 Abs. 1 OR auch dann kein Realerfüllungsanspruch besteht, wenn eine Konventionalstrafe vereinbart wird. Die Schadenersatzpflicht bleibt hingegen ausdrücklich bestehen, und zwar vollumfänglich. Art. 340b OR richtet sich nach dieser Lesart nicht gegen das Konkurrenzverbot als solches, sondern bloss gegen dessen Realerfüllung.

324 Diese Auslegung dürfte den Parteierwartungen besser entsprechen als jene der herrschenden Lehre. Eine Konventionalstrafe wird gewöhnlich als zusätzliches Druckmittel[592], und nicht als Erleichterung zu Gunsten des Strafschuldners vereinbart. Ohne Konventionalstrafvereinbarung ist der Arbeitnehmer an ein gesetzeskonform errichtetes Konkurrenzverbot gebunden, lediglich zur Realerfüllung kann er nicht gezwungen werden. Wieso ihm eine Konventionalstrafklausel – ohne besondere Abrede – das Recht verschaffen soll, sich vom vereinbarten Verbot zu lösen, ist nicht leicht einzusehen.

325 Mit der hier befürworteten Auslegung erscheint auch die Einordnung von Art. 340b Abs. 2 OR in den Katalog der absolut zwingenden Bestimmungen, von denen weder zu Ungunsten des Arbeitnehmers noch zu Ungunsten des Arbeitgebers abgewichen werden darf (vgl. Art. 361 OR), verständlicher. Besteht die Schadenersatzpflicht trotz Leistung

590 Vgl. STAEHELIN, ZürK, N 8 zu Art. 340b OR; COTTI, Rn 678.

591 Nach Teilen der Lehre (z.B. ERDEM, S. 55 f.) ist bei exklusiven Konventionalstrafen im Normalfall kein Anspruch auf weitergehenden Schadenersatz gegeben. Ob dies zutrifft, mag an dieser Stelle offen bleiben. Im Zusammenhang mit Art. 340b Abs. 2 OR besteht eine Schadenersatzpflicht aufgrund des Gesetzeswortlauts (s. sogleich im Text).

592 Vgl. BENTELE, S. 12; COUCHEPIN, Diss., Rn 130 ff.; ERDEM, S. 21; KOLLER, OR AT, § 81 Rn 15; SCHWENZER, Rn 71.02.

der Konventionalstrafe weiter, dient Art. 340b Abs. 2 OR auch den Arbeitgeberinteressen. Gewährt man dem Arbeitnehmer hingegen mit der h.L. ein echtes Rücktrittsrecht, dient die Bestimmung beinahe ausschliesslich den Interessen der Arbeitnehmer. Die Aufführung des Art. 340b Abs. 2 OR unter den absolut zwingenden Vorschriften von Art. 361 OR wäre dann kaum nachvollziehbar[593].

c) Die Auslegung von Art. 340b Abs. 2 OR ist indessen **ohne praktische Bedeutung**. Üblicherweise wird in Konkurrenzverbotsklauseln ausdrücklich vorgesehen, dass die Bezahlung der Konventionalstrafe den Arbeitnehmer nicht von der Einhaltung des Verbots befreit[594]. Solche Vereinbarungen sind zulässig[595]. Ob die Einhaltung des Verbots dann auch tatsächlich durchgesetzt werden kann, bestimmt sich nach Art. 340b Abs. 3 OR[596]. 326

d) Die Leistungen nach Art. 340b OR sind nach allgemeiner Regel über die Konventionalstrafe (Art. 163 Abs. 3 OR) **herabsetzbar**[597]. Folgt man der herrschenden Lehre zu Art. 340b Abs. 2 OR, und spricht der vereinbarten Leistung auch Reugeldcharakter zu, könnte im Einzelfall auch ein Bedürfnis nach einer Heraufsetzung bestehen. De lege lata ist eine solche allerdings kaum möglich[598]. 327

Die Lehre begründet die Anwendung von Art. 163 Abs. 3 OR nicht näher. Fraglos entspricht sie dem Willen des historischen Gesetzgebers[599]. Die Herabsetzungsmöglichkeit ist allerdings nicht völlig selbstverständlich, wenn man hinsichtlich der Auslegung von Art. 340b Abs. 2 OR der herrschenden Lehre folgt und Konventionalstrafen bei nachver- 328

593 Die h.L. kritisiert diese Einordnung denn auch durchwegs (s. etwa BOHNY, S. 150; REHBINDER, BerK, N 1, N 9 zu Art. 340b OR; SANTORO, S. 57; STAEHELIN, ZürK, N 22 zu Art. 340b OR).

594 Vgl. BOHNY, S. 154; SCHWAIBOLD, BasKurzK, N 2 zu Art. 340b OR; ferner COTTI, Rn 680.

595 Art. 340b Abs. 2 OR behält abweichende Abreden der Parteien ausdrücklich vor. S. auch schon oben Fn 587.

596 Zu den Voraussetzungen s. z.B. REHBINDER, BerK, N 10 ff. zu Art. 340b OR; STAEHELIN, ZürK, N 13 ff. zu Art. 340b OR; STREIFF/VON KAENEL, N 8 ff. zu Art. 340b OR.

597 Vgl. BOHNY, S. 154 f.; PORTMANN, BasK, N 3 zu Art. 340b OR; REHBINDER, BerK, N 8 zu Art. 340b OR; für eine Kasuistik s. STAEHELIN, ZürK, N 11 f. zu Art. 340b OR.

598 Zur Problematik der Heraufsetzung von Reugeldern s. schon oben Rn 295 ff.

599 In den ersten Entwürfen war eine Herabsetzungsmöglichkeit für Konventionalstrafen i.S.v. Art. 340b OR speziell vorgesehen. Der entsprechende Absatz wurde auf Vorschlag der Redaktionskommission gestrichen, „da die allgemeine Bestimmung betr. die Herabsetzung der Konventionalstrafe, [der heutige Art. 163 Abs. 3 OR], vollständig genügt." (Votum Berichterstatter HUBER, AB NR 1910, S. 352).

traglichen Konkurrenzverboten auch Reugeldcharakter zuspricht. Es kann auf das soeben allgemein zur Herabsetzung bei Kombinationen Gesagte verwiesen werden[600].

§ 14 Reurechtsausübung und Vertragsanfechtung wegen Willensmängeln

329 Ein Vertrag, der eine Reuklausel enthält, kann – wie jeder Vertrag – unter Einfluss eines Willensmangels (Irrtum, absichtliche Täuschung, Drohung) abgeschlossen worden sein oder den Tatbestand der Übervorteilung erfüllen[601]. Besondere Probleme ergeben sich, wenn der Reuberechtigte vor Geltendmachung des Willensmangels **bereits unter Bezahlung des Reugelds vom Hauptvertrag zurückgetreten** ist. Es fragt sich, ob es ihm in solchen Fällen gestattet werden soll, das bereits bezahlte Reugeld zurückzufordern.

330 Keine Besonderheiten ergeben sich, wenn der Willensmangel nur die nichtreuberechtigte Partei betrifft. Diesfalls gelten die allgemeinen Grundsätze betreffend Willensmängel. Ebenfalls keine Besonderheiten ergeben sich, wenn der Willensmangel zwar die reuberechtigte Partei betrifft, diese sich jedoch vor Entdeckung des Willensmangels für den Hauptvertrag entschieden hat. In diesem Fall ist der Vertrag so zu beurteilen, wie wenn er von Anfang an ohne Reuklausel abgeschlossen worden wäre[602]. Die Vertragsanfechtung beurteilt sich nach den allgemeinen Grundsätzen betreffend die Willensmängel. Keine besonderen Probleme bietet schliesslich die Geltendmachung eines Willensmangels noch während des Schwebezustands, d.h. bevor über das Schicksal des Hauptvertrags entschieden wird. Auch in diesem Fall gilt grundsätzlich dasselbe wie bei jedem beliebigen anderen Vertrag[603].

331 Grundsätzlich ist die Geltendmachung eines Willensmangels auch nach einem Rücktritt gestützt auf die Reuklausel möglich. Somit ist eine Rückforderung eines bereits bezahlten Reugelds grundsätzlich denkbar[604].

332 Begründen lässt sich dies wie folgt: Geht man mit dem Bundesgericht und einem Teil der Lehre davon aus, dass ein Vertrag, der unter Einfluss eines Willensmangels abge-

600 S. soeben Rn 314.
601 Zu den Tatbestandsvoraussetzungen s. die Hw. oben Fn 315.
602 S. oben Rn 256.
603 In solchen Fällen ist der Hauptvertrag noch in Kraft und es ist völlig offen, ob sich der Reuberechtigte später für oder gegen den Hauptvertrag entscheiden wird, weshalb die nachstehend angeführten Einwände gegen die Rückforderung eines Reugelds nicht zum Tragen kommen.
604 Zum selben Schluss gelangte – unter deutschem Recht – das OLG München, NJW 1953, S. 424. Es liess – jedenfalls im Grundsatz – die Vertragsanfechtung trotz bereits erfolgter Reurechtsausübung zu.

schlossen wurde, von Anfang an und bis zu einer allfälligen Genehmigung ungültig ist (sog. Ungültigkeitstheorie)[605], bestand gar nie ein Vertrag, und somit auch nie ein Reurecht. Die vermeintlich reuberechtigte Partei konnte daher gar nie aufgrund eines Reurechts vom Vertrag zurücktreten. Einer als „Reugeld" erbrachten Leistung fehlt daher die Grundlage, das Geleistete kann zurückgefordert werden. Folgt man dagegen der von einem grossen Teil der Lehre vertretenen Anfechtungstheorie[606], hatten der Vertrag und auch das Reurecht vorerst Bestand. Mit der Ausübung des Reurechts fällt nur der Hauptvertrag dahin, während die Reuklausel bei Entdeckung des Irrtums noch in Kraft steht. Erst die Anfechtung wegen des Willensmangels führt zum Untergang des gesamten Vertrags inklusive Reuabrede.

Obschon die Anfechtung des Vertrags wegen eines Willensmangels theoretisch auch nach bereits erfolgtem Rücktritt noch möglich ist, können Gründe bestehen, die einer Anfechtung entgegen stehen. Dies soll nachstehend für die verschiedenen Anfechtungsgründe einzeln diskutiert werden. 333

I. Wesentlicher Irrtum

1. Ist eine Vertragspartei gestützt auf ihr Reurecht vom Vertrag zurückgetreten, ändert dies nichts an der Wesentlichkeit ihres Irrtums[607]. Im – für die Beurteilung der Wesentlichkeit entscheidenden[608] – Zeitpunkt des Vertragsabschlusses ist für die reuberechtigte Partei noch völlig offen, ob sie später die vertraglich vereinbarten Leistungen fordern bzw. erbringen, oder den Vertrag durch Ausübung ihres Reurechts dahinfallen lassen wird. In diesem Zeitpunkt ist für sie daher jeder wesentliche Irrtum hinsichtlich der vereinbarten Hauptleistung auch wesentlich für den Abschluss des gesamten Vertrages. 334

Die Geltendmachung des Irrtums nach bereits erfolgtem Rücktritt kann sich aber als **rechtsmissbräuchlich** (Art. 25 Abs. 1 OR) erweisen. Der Vertragsrücktritt erfolgte zunächst nämlich ausschliesslich aus einem im Lichte des Irrtumsrechts unbeachtlichen Grund. Der aus irrtumsrechtlicher Perspektive an sich beachtliche Grund tritt erst nachträglich hervor, auf den 335

605 Vgl. BGE 114 II 131, E. 3b; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rn 890 ff., m.w.Hw.; OSER/SCHÖNENBERGER, ZürK, N 5 zu Art. 31 OR.

606 Für die Anfechtungstheorie etwa BUCHER, OR AT, S. 210; KOLLER, OR AT, § 14 Rn 273 ff.; SCHMIDLIN, BerK, N 118 zu Art. 23/24 OR; SCHWENZER, Rn 39.07; VON BÜREN, S. 224; weitere Nw. bei GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rn 897 Fn 323.

607 Eingehend zur Wesentlichkeit etwa KOLLY, Rn 136 ff., Rn 195 ff.; ZEHNDER, S. 58 ff., S. 185 ff., je m.Hw. auf die Rechtsprechung.

608 Vgl. Art. 23 OR: „beim Abschluss"; s. auch BGE 132 III 737, E. 1.3; KOLLY, Rn 67; SCHWENZER, BasK, N 4 zu Art. 23 OR; ZEHNDER, S. 22.

Entschluss zum Rücktritt hatte er keinerlei Einfluss[609]. Für einen Rücktritt aus nicht als wesentlich anerkannten Gründen soll das Irrtumsrecht aber gerade keinen Schutz bieten[610]. Der Rücktritt unter Berufung auf einen Irrtum ist in solchen Fällen daher nicht möglich[611]. Als Konsequenz hat diejenige Partei, welche aus irrtumsrechtlich unbeachtlichen Gründen nur deshalb zurücktreten konnte, weil ihr vertraglich ein Rücktrittsrecht eingeräumt wurde, die Kosten ihres Handelns durch Bezahlung des Reugelds zu tragen.

336 Die Missbräuchlichkeit einer Berufung auf einen Irrtum lässt sich auf ein weiteres Argument stützen. Die Eigenschaften des Hauptvertragsgegenstands haben im Zeitpunkt der Irrtumsentdeckung jede Bedeutung für den Irrenden verloren. Er hat sich für die Aufhebung des Hauptvertrages und für die Zahlung des Reugelds entschieden. Es lässt sich somit sagen, dass der Irrtum nachträglich unwesentlich geworden ist[612]. Im Anschluss an die deutsche Lehre[613] ist dem Irrenden in solchen Konstellationen die Berufung auf den Irrtum zu verwehren.

337 2. Das Gesagte sei an zwei **Beispielen** illustriert:

338 *Beispiele*: 1. A kauft bei B ein angeblich von Picasso erstelltes Kunstwerk. A macht eine Anzahlung von Fr. 1'000.–, welche gemäss Vereinbarung als Reugeld im Sinne von Art. 158 Abs. 3 OR gilt. Zwei Tage später stellt A fest, dass er sich das Kunstwerk eigentlich gar nicht leisten kann. Er tritt unter Zurücklassung des Reugelds vom Vertrag zurück. Das Kunstwerk erweist sich später als Fälschung. – 2. A sieht auf dem Hof von C ein

609 Im Rücktrittszeitpunkt präsentierte sich die Hauptleistung in den Augen des irrenden Reuberechtigten genau so, wie er sie sich vorgestellt hatte. Trotzdem tritt er zurück. Die Hauptleistung wäre also selbst dann, wenn sie genau so wäre, wie sie in den Augen des Irrenden gemäss Vertrag sein müsste, nicht gut genug, um ihn zur Erfüllung des Hauptvertrags zu bewegen.

610 Vgl. BUCHER, OR AT, S. 215; VON TUHR/PETER, S. 306; ZEHNDER, S. 235. Auch in Deutschland ist allgemein anerkannt, dass die Berufung auf einen Irrtum nicht angängig ist, wenn sich eine Partei in Wahrheit aus Gründen, die nicht zur Anfechtung berechtigen, von einem Vertrag lösen will (s. WILHELM, S. 63; LOBINGER, S. 278 ff.; MünchK/KRAMER, N 142 zu § 119 BGB, m.w.Hw.). Das Gesagte wird auch durch Art. 25 Abs. 2 OR unterstützt: Diese Norm sieht vor, dass der Irrende den Vertrag so erfüllen muss, wie er ihn verstanden hat. Die Bestimmung will ebenfalls vermeiden, dass sich eine Partei aus anderen Gründen als dem Irrtum vom Vertrag lösen kann (vgl. MERZ, BerK, N 312 zu Art. 2 ZGB; BAUMANN, ZürK, N 351 zu Art. 2 ZGB).

611 Die nach Art. 25 Abs. 1 OR treuwidrige Berufung auf Irrtum führt zum Ausschluss der Anfechtung (vgl. SCHWENZER, BasK, N 7 zu Art. 25 OR).

612 Für weitere Bsp. s. MünchK/KRAMER, N 142 zu § 119 BGB und KRAMER, Irrtum, Rn 62.

613 Vgl. MünchK/KRAMER, N 142 zu § 119 BGB; STAUDINGER/SINGER, N 99 zu § 119 BGB.

weisses und ein schwarzes Pferd, und will das schwarze Pferd kaufen. Er erklärt gegenüber C jedoch fälschlicherweise, das weisse Pferd kaufen zu wollen. Es wird ein entsprechender Vertrag aufgesetzt; diesem wird eine Reuklausel beigefügt. Nach einer heftigen Diskussion mit seiner Frau kommt A kurz darauf zum Entschluss, dass die Anschaffung eines Pferdes momentan nicht in Frage kommt. Er tritt deshalb umgehend vom Vertrag zurück.

In beiden Fällen lag im Zeitpunkt des Vertragsschlusses ein wesentlicher Irrtum des A vor[614]. Die Verträge waren somit grundsätzlich anfechtbar. In beiden Fällen ist A aber vor Entdeckung des Irrtums aus anderen Gründen vom Vertrag zurückgetreten. Namentlich Beispiel 2 zeigt auf, dass eine Rückzahlung des Reugelds an den irrenden Reurechtsinhaber in solchen Fällen nicht in Betracht kommen kann. Wäre C nämlich bereit, A das schwarze Pferd zu überlassen, wäre dieser nach Art. 25 Abs. 2 OR gehalten, das Tier anzunehmen. Dies will A aber offensichtlich nicht, sein Ziel ist vielmehr die Lösung vom Vertrag. Aus diesem Grund muss er sich den Rücktritt in jedem Fall durch das Reugeld erkaufen. 339

3. Nach dem Gesagten kann sich der Irrende, der sein Reurecht bereits ausgeübt hat, bei nachträglicher Entdeckung eines Irrtums nicht auf diesen berufen. Ein bereits bezahltes Reugeld kann in solchen Fällen nicht zurückgefordert werden. Denkbar ist allerdings eine **Herabsetzung** des Reugelds. 340

Beispiel: K erwirbt Anfang 2010 von der Galerie G ein Kunstwerk zum Preis von Fr. 5'000'000.–, lieferbar bis Ende Jahr. Vereinbart ist ein gegenseitiges Reugeld von Fr. 200'000.–. K entschliesst sich im Juni gegen den Kauf und tritt unter Bezahlung des Reugelds vom Vertrag zurück. Einige Zeit später stellt sich heraus, dass das Kunstwerk eine Fälschung ist. Sein Wert beträgt aufgrund dieser neuen Information nur noch Fr. 50'000.–. Das bezahlte Reugeld ist nun höher als der Wert des Kunstwerks, weshalb das Reugeld vermutungsweise als übermässig zu gelten hat und eine Herabsetzung vorzunehmen ist, und zwar gestützt auf den hypothetischen Parteiwillen[615]. Die Herabsetzung muss dabei aber nicht zwingend im Verhältnis erfolgen, in dem der vereinbarte Preis des Vertragsgegenstandes und dessen tatsächlicher Wert (unter Berücksichtigung des Irrtums) zueinander stehen, da die Reugeldhöhe nicht ohne weiteres aufgrund des Werts des Vertragsgegenstands festgelegt wird. 341

614 Im ersten Beispiel liegt ein Grundlagenirrtum i.S.v. Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR vor (vgl. BGE 114 II 131, E. 2a), im zweiten Beispiel ein Erklärungsirrtum i.S.v. Art. 24 Abs. 1 Ziff. 2 OR.

615 Der hypothetische Parteiwille wird regelmässig dahin gehen, dass das Reugeld einen gewissen Bezug zum Wert der Hauptleistung haben soll. Alternativ liesse sich die Herabsetzung nach der hier vertretenen Auffassung auch auf die generell bestehende Herabsetzungsmöglichkeit von Art. 163 Abs. 3 OR analog stützen (s. dazu oben Rn 270 ff.).

II. Absichtliche Täuschung

342 Analog zum soeben für den Irrtum Ausgeführten ändert die Ausübung des Reurechts nichts am Vorliegen einer Täuschung. Es ist jedoch ebenfalls zu untersuchen, ob die Berufung auf die Täuschung als rechtsmissbräuchlich erscheinen kann.

343 Rechtsmissbrauch ist grundsätzlich auch bei der Täuschungsanfechtung denkbar[616]. Allerdings fehlt es in aller Regel an der Schutzwürdigkeit des Anfechtungsgegners[617]. Die Täuschungsanfechtung setzt stets ein vorwerfbares Verhalten des Anfechtungsgegners voraus. Er hat seinen Vertragspartner entweder selber getäuscht oder zumindest von einer Täuschung durch einen Dritten gewusst[618]. Die Vorwerfbarkeit des Verhaltens rechtfertigt es, dem Anfechtungsgegner sämtliche aus dem Vertrag gezogenen Vorteile wieder zu entziehen. Der getäuschte Reurechtsinhaber kann die Täuschung daher **auch nach erfolgter Reurechtsausübung geltend machen**. Er schuldet das Reugeld nicht bzw. hat gegebenenfalls einen Anspruch auf Rückerstattung eines bereits geleisteten Reugelds.

III. Drohung (Furchterregung)

344 Die Drohung ist bei Verträgen, die mit einer Reuklausel abgeschlossen werden, ohne praktische Bedeutung. Wer jemanden mittels Drohung zu einem Vertragsabschluss bestimmt, will die Durchführung genau dieses Vertrags erreichen. Eine Reuklausel ist damit kaum vereinbar. Immerhin ist denkbar, dass es einem Drohenden gerade um die Einnahme des Reugelds geht.

345 Wird ein unter Einfluss einer Drohung geschlossener Vertrag ausnahmsweise mit einer Reuklausel versehen, ist dem Bedrohten nach Wegfall der Drohung ohne weiteres die Anfechtung des Vertrags bzw. die Rückforderung eines allenfalls bereits bezahlten Reugelds zu gestatten[619]. Allenfalls

---

616 Art. 2 Abs. 2 ZGB ist als allgemeines Prinzip im gesamten Privatrecht anwendbar (vgl. HONSELL, BasK ZGB I, N 35 zu Art. 2 ZGB). Teilweise wird im Zusammenhang mit einer rechtsmissbräuchlichen Täuschungsanfechtung auch Art. 25 OR analog herangezogen (so etwa SCHWENZER, Rn 39.17).

617 Vgl. SCHWENZER, Rn 39.17; KOLLER, OR AT, § 14 Rn 180.

618 Dem Wissen gleichgestellt wird das Wissen-Müssen (vgl. Art. 28 Abs. 2 OR a.E.).

619 Dies gilt unabhängig davon, ob die Drohung vom Vertragspartner oder von einem Dritten ausging (vgl. Art. 29 Abs. 1 OR).

bestehen nach erfolgreicher Vertragsanfechtung Schadenersatzansprüche[620].

IV. Übervorteilung

Art. 21 OR will den Missbrauch der Vertragsfreiheit verhindern[621]. Liegt ein solcher Missbrauch vor, sind dem Übervorteilenden sämtliche erlangten Vorteile wieder zu entziehen. Somit kann – bei gegebenen Voraussetzungen – eine bereits gestützt auf eine Reuklausel zurückgetretene Partei den Vertrag anfechten und das Reugeld zurückfordern. 346

§ 15 Reuklausel und clausula rebus sic stantibus

Ausnahmsweise kann ein Vertrag nachträglich aufgrund sog. „wichtiger Gründe" angepasst oder aufgelöst werden. Wurde in einem Vertrag eine Reuklausel vorgesehen, kann diese einen Einfluss auf die Vertragsanpassung haben. Dies wird nachstehend für einen wichtigen Grund näher untersucht, und zwar für die einschneidende Veränderung der äusseren Verhältnisse (sog. clausula-Tatbestand): 347

1. Ändern sich die Verhältnisse nach Vertragsabschluss wesentlich, kann ausnahmsweise eine Anpassung des Vertrages in Frage kommen. Voraussetzung ist, dass ein wichtiger Grund vorliegt, von dessen Vorliegen eine Partei überrascht worden ist[622]. Es muss der betroffenen Partei geradezu unzumutbar sein, am Vertrag zu den vereinbarten Bedingungen festzuhalten[623]. 348

Das Gericht hat über das Vorliegen eines wichtigen Grundes im Einzelfall nach seinem Ermessen zu entscheiden[624]. Als wichtiger Grund gilt namentlich der Eintritt einer Sozialkatastrophe (Krieg, Naturkatastrophe usw.), wenn diese zu einer einschneidenden Veränderung der Sozialexistenz der Allgemeinheit führt und sich dadurch auch auf den konkreten Vertrag in krasser Weise auswirkt[625]. In Frage kommen aber auch andere Grün- 349

620 S. dazu z.B. KOLLER, OR AT, § 14 Rn 236 ff.
621 Vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rn 747; KRAMER, BerK, N 6 zu Art. 21 OR.
622 Vgl. KOLLER, OR AT, § 29 Rn 4; zur fehlenden Voraussehbarkeit s. BISCHOFF, S. 204 ff.; KRAMER, BerK, N 337 ff. zu Art. 18 OR; STÖCKLI, Rn 343 ff.
623 KOLLER, OR AT, § 29 Rn 9; KRAMER, Grundkurs, Rn 294; WIEGAND, BasK, N 95 zu Art. 18 OR.
624 KOLLER, OR AT, § 29 Rn 9.
625 Vgl. BISCHOFF, S. 189.

de[626], wie etwa die Änderung der persönlichen Beziehung zwischen den Parteien, soweit diese entscheidende Bedeutung für den Bestand des Vertrages hat[627]. Das Vorliegen eines wichtigen Grundes wird nur mit Zurückhaltung angenommen[628].

350 Liegt ausnahmsweise ein wichtiger Grund für einen Eingriff vor, kann dies zu einer Aufhebung oder zu einer blossen Abänderung des Vertrages führen[629].

351 2. Clausula-Tatbestände können – selbstverständlich – auch bei Verträgen auftreten, die mit einer Reuklausel versehen wurden. Tritt ein clausula-Tatbestand auf und wirkt sich die einschneidende Veränderung zu Ungunsten der reuberechtigten Partei aus, muss die Reuklausel vom Gericht bei der nun notwendigen Vertragsanpassung berücksichtigt werden[630]. Hierbei sind zwei Fälle zu unterscheiden: Einerseits kann eine Änderung der Verhältnisse dazu führen, dass das Reugeld im Vergleich zum Wert der Hauptvertragsleistungen extrem niedrig wird (a), anderseits kann das Reugeld im Verhältnis zur Hauptvertragsleistung als extrem hoch erscheinen (b).

352 a) Ein **Reugeld** kann aufgrund eines entsprechenden ausserordentlichen Ereignisses **extrem niedrig** werden.

353 *Beispiel*: V hat sich gegenüber K zur Lieferung von Waren im Wert von Fr. 400'000.– verpflichtet. Vereinbart ist ein Reugeld von Fr. 20'000.–. Angenommen, durch eine starke Inflation erhöht sich der Marktpreis der Leistung auf das Zehnfache, ist das Reugeld nun im Verhältnis zum Wert der Hauptvertragsleistung sehr tief bemessen.

354 Ein vom ausserordentlichen Ereignis negativ betroffener Reuberechtigter – im obigen Beispiel wäre dies der Verkäufer – könnte sich bei gleichbleibendem Reugeld vergleichsweise günstig vom Hauptvertrag lösen. Der Rücktritt gestützt auf die Reuklausel darf ihm aber nicht zu leicht gemacht werden. Zwar ist die Vertragsauflösung eine mögliche Folge eines clausula-

626 Vgl. BURKHARDT, S. 230, wonach das Eintreffen einer Sozialkatastrophe „[i]n keiner der Entscheidungen des Bundesgerichts … notwendige Voraussetzung für eine Vertragsanpassung“ war. Im selben Sinne auch KRAMER, BerK, N 350 zu Art. 18 OR; WIEGAND, BasK, N 106 zu Art. 18 OR.

627 Vgl. BURKHARDT, S. 233. Zu weiteren Gründen s. DERS., S. 228 ff.; für eine Kasuistik s. WIEGAND, BasK, N 123 ff. zu Art. 18 OR.

628 Vgl. KRAMER, BerK, N 333 zu Art. 18 OR; ferner JÄGGI/GAUCH, ZürK, N 646 zu Art. 18 OR; WIEGAND, BasK, N 118 zu Art. 18 OR.

629 Vgl. BGE 127 III 300, E. 6b; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rn 1291; KOLLER, OR AT, § 29 Rn 65; STÖCKLI, Rn 440. Für Einzelheiten s. z.B. BISCHOFF, S. 229 ff.; KOLLER, OR AT, § 29 Rn 65 ff.; KRAMER, BerK, N 353 ff. zu Art. 18 OR.

630 Wirkt sich die Veränderung zu Gunsten der reuberechtigten Partei aus, ist diese nun gerade an der Erfüllung des Hauptvertrags interessiert. Ein Eingriff kann in diesen Fällen auf den Hauptvertrag beschränkt bleiben.

Tatbestandes[631]. Ist eine Auflösung im konkreten Fall aber nicht zu gewähren, etwa, weil die Gegenpartei ein Interesse daran hat, am Hauptvertrag festzuhalten[632] – und zwar auch zu einem erhöhten Preis –, muss der Reuberechtigte ein angemessenes Entgelt bezahlen, wenn er dennoch zurücktreten will. In solchen Fällen ist neben den Hauptvertragsleistungen auch das Reugeld anzupassen und den neuen Umständen entsprechend zu erhöhen.

b) Die einschneidende Veränderung kann auch dazu führen, dass ein **Reugeld** im Vergleich zum Wert der Hauptvertragsleistungen als **extrem hoch angesetzt** erscheint. 355

Beispiel: In einem Vertrag wurde für einen Gegenstand im Wert von Fr. 200'000.– ein entsprechender Kaufpreis vereinbart. Ausserdem wurde ein Reugeld in Höhe von Fr. 10'000.– vereinbart. Angenommen, die äusseren Umstände haben sich durch eine „Sozialkatastrophe" so geändert, dass der Gegenstand nur noch einen Wert von Fr. 5'000.– aufweist. Das Reugeld übersteigt nun sogar den Wert des Hauptvertragsgegenstands. 356

Die Reurechtsausübung verteuert sich aufgrund der einschneidenden Veränderung im Verhältnis zum Wert des Hauptvertragsgegenstands deutlich, das Reurecht nützt der von der Veränderung negativ betroffenen Partei – im Beispiel wäre dies der Käufer – faktisch nichts mehr. Aus diesem Grund scheint eine Reduktion des Reugelds angezeigt[633]. Ausnahmsweise kann in einem solchen Fall auch eine Vertragsauflösung durch Gerichtsentscheid angebracht sein, wobei die Entschädigungsfolgen nach Ermessen des Gerichts festzulegen wären[634]. 357

3. Zu klären bleibt, in welchem **Verhältnis** eine Vertragsanpassung gestützt auf die clausula rebus sic stantibus **zu anderen Eingriffen**, namentlich zu einer – nach der hier vertretenen Auffassung zulässigen – Herabsetzung eines Reugelds in analoger Anwendung von Art. 163 Abs. 3 OR steht. 358

631 S. soeben im Text und die Nachweise oben Fn 629. Teilweise wird eine Auflösung gar als Hauptfolge betrachtet (s. z.B. KOLLER, OR AT, § 29 Rn 65, m.w.Hw.; *a.M.* SCHWENZER, Rn 35.10, nach der die Auflösung nur ultima ratio ist).

632 Vgl. KOLLER, OR AT, § 29 Rn 8; ferner etwa GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rn 1291; BISCHOFF, S. 230 f.

633 Die Reduktion muss allerdings nicht notwendigerweise dazu führen, dass das Verhältnis von Reugeld und Wert der Hauptvertragsleistung vor und nach Eintritt der einschneidenden Veränderung identisch ist (s. in verwandtem Zusammenhang vorne Rn 341).

634 KOLLER, OR AT, § 29 Rn 73. Allgemein zu den Rechtsfolgen bei Vorliegen eines clausula-Tatbestands DERS., a.a.O., § 29 Rn 65 ff.

359 Tritt ein clausula-Tatbestand ein, hat die Anpassung in erster Linie gestützt auf die clausula zu erfolgen[635]. Das Gericht hat das Reugeld so neu festzulegen, dass der angepasste Betrag den veränderten Umständen angemessen ist. Wird diese Angemessenheit erreicht, besteht anschliessend kein Bedürfnis mehr für eine weitere Anpassung. Zwar ist es möglich, dass ein Reugeld auch ohne einschneidende Veränderung der Verhältnisse, d.h. ohne Eintritt des clausula-Tatbestandes, unangemessen hoch gewesen und somit in analoger Anwendung von Art. 163 Abs. 3 OR herabzusetzen gewesen wäre. Das Gericht muss in solchen Fällen jedoch nicht zweistufig vorgehen, sondern darf die Anpassung in einem einzigen Schritt vornehmen.

360 *Beispiel*: Angenommen, das Reugeld im Beispiel von Rn 356 hätte Fr. 100'000.– betragen und die Voraussetzungen für eine analoge Anwendung von Art. 163 Abs. 3 OR[636] wären ohne Eintritt der Sozialkatastrophe gegeben gewesen. Der Eintritt der Sozialkatastrophe berechtigt den von der Veränderung negativ betroffenen Käufer nun zusätzlich zur Anrufung der clausula rebus sic stantibus. Das Gericht sollte den Vertrag in diesem Fall so anpassen, dass das Reugeld der neuen Situation angemessen ist und zwar (nur) gestützt auf die clausula.

361 4. Beizufügen ist, dass die vorstehenden Ausführungen **nicht auf beliebige wichtige Gründe** übertragen werden können, sondern nur gelten, wenn ein wichtiger Grund zur Vertragsanpassung in äusseren Umständen zu finden ist, d.h. ein clausula-Tatbestand vorliegt. Wird ein wichtiger Grund zur Vertragsanpassung dagegen durch das Verhalten einer Partei gesetzt, muss ihr die Gegenpartei bei einer Vertragsauflösung kein Reugeld bezahlen. Setzt also eine Partei beispielsweise durch eine schwere Vertragsverletzung einen wichtigen Grund zur Vertragsauflösung[637], so kann die andere Partei unter Berufung auf diesen wichtigen Grund vom Vertrag zurücktreten, ohne ein Reugeld zu schulden[638].

635 Liegt dagegen kein clausula-Tatbestand vor, erfolgt die Anpassung nur gestützt auf Art. 163 Abs. 3 OR analog. Die veränderten Umstände können aber bei der Anpassung Berücksichtigung finden (s. zu dieser Problematik DESCHENAUX, S. 109).

636 S. hierzu oben Rn 281.

637 Vertragswidriges Verhalten der Gegenpartei kann einen wichtigen Grund zur Vertragsauflösung darstellen (vgl. KOLLER, OR AT, § 58 Rn 8; MÖRTL/WOLFER, S. 1177; TERCIER/FAVRE, Rn 7938).

638 Vgl. VENTURI-ZEN-RUFFINEN, Rn 1271, die dies allerdings für beliebige wichtige Gründe anzunehmen scheint; ferner REHBINDER, BerK, N 20 zu Art. 337 OR; SCHWAIBOLD, BasKurzK, N 2 zu Art. 337b OR (beide zum Arbeitsvertrag).

§ 16 Der Einbezug Dritter: Abtretung und Mäkelei

Reuklauseln betreffen in erster Linie das Verhältnis zwischen den beiden Vertragsparteien. Indessen ist es möglich, dass eine Partei ihre Rechte an einen Dritten abtritt. Ausserdem ist es möglich, dass der Vertrag unter Zuhilfenahme einer Drittperson, insbesondere eines Maklers, abgeschlossen wird. Diese Fälle werden nachstehend untersucht. 362

I. Abtretung von Reurecht und Reugeldforderung

1. Ist der endgültige Entscheid über die Ausübung des Reurechts gefallen, wirft ein Parteiwechsel keine besonderen Probleme auf[639]. Demgegenüber sind bei einem Parteiwechsel *vor* dem definitiven Entscheid über die Ausübung des Reurechts einige Besonderheiten zu beachten. Im Folgenden sollen sowohl der Wechsel des Reurechtsinhabers, d.h. die Abtretung des Reurechts und der sich durch die Ausübung ergebenden Ansprüche, als auch der Wechsel des Reurechtsbelasteten, d.h. die Abtretung der (bedingten) Reugeldforderung, dargestellt werden. Von Interesse ist vorliegend nur die Frage, ob das Reurecht oder die Reugeldforderung alleine und ohne Einverständnis der Gegenpartei übertragen werden können. Ausser Betracht bleibt daher beispielsweise die Frage, welche Konsequenzen eine Übertragung des Gesamtvertrages auf einen Dritten für das Reurecht und das Reugeld hat[640]. 363

2. Die **Reugeldforderung kann** – wie bedingte Forderungen generell[641] – **abgetreten werden**. Die Abtretung nur der Reugeldforderung dürfte allerdings selten vorkommen. Häufiger wird der Reurechtsbelastete sowohl die Hauptforderung als auch die Reugeldforderung an den Dritten abtreten. Je nachdem, ob das Reurecht in der Folge ausgeübt wird oder nicht, kann der 364

639 Wurde das Reurecht nicht ausgeübt, kommt der Hauptvertrag zur Durchführung. Die Reuklausel hat keine Bedeutung mehr und ist auch bei einem Parteiwechsel nicht zu berücksichtigen. Wird das Reurecht demgegenüber ausgeübt, besteht nur mehr eine (unbedingte) Reugeldforderung zu Gunsten der einen Partei. Ein Wechsel des Gläubigers oder Schuldners wirft auch in diesem Fall keine besonderen Fragen auf.

640 S. dazu FOËX, S. 416 f., m.w.Hw.

641 Zur Zulässigkeit der Abtretung bedingter Forderungen s. etwa GIRSBERGER, BasK, N 36 zu Art. 164 OR; SCHWENZER, Rn 90.27; SPIRIG, ZürK, N 36 zu Art. 164 OR; ferner BGE 112 II 241.

Dritte anschliessend entweder die Erfüllung der Reugeldforderung oder aber jene der Hauptforderung verlangen.

365 3. **Problematischer** präsentiert sich die Auswechslung der reuberechtigten Partei bzw. die **Abtretung des Reurechts**. Es stellt sich hierbei zunächst die Frage, ob das Reurecht als Gestaltungsrecht[642] überhaupt übertragbar ist. In der Lehre ist die Frage der Abtretbarkeit von Gestaltungsrechten umstritten[643]. Verneint man die Möglichkeit, Gestaltungsrechte abzutreten, generell, ist auch die Abtretung des Reurechts von vornherein ausgeschlossen. Doch auch wenn man die Möglichkeit einer Abtretung grundsätzlich bejaht, sind mit der selbständigen Abtretung des Reurechts Probleme verbunden.

366 Ausgeschlossen dürfte die Abtretung des „nackten" Reurechts sein, d.h. die Abtretung nur des Rechts, über den Fortbestand des Vertrages zu entscheiden, ohne einen Anspruch auf die aus der Ausübung oder Nichtausübung resultierenden Forderungen zu haben. Der neue Reuberechtigte hat in diesem Fall kein rechtlich geschütztes Interesse an der Ausübung seines Rechts, weshalb eine solche Übertragung an Art. 27 Abs. 2 ZGB scheitern muss[644]. Die Abtretung des Reurechts muss demnach immer mit einer Abtretung der aus der Ausübung entstehenden Rechte und Pflichten einhergehen. Eine Abtretung von Pflichten aber ist ohne Einwilligung der Gegenpartei nicht möglich. Wird eine Pflicht auf einen Dritten übertragen, liegt nichts anderes als ein Schuldnerwechsel vor, welcher das Einverständnis der Gegenpartei erfordert[645]. Die Abtretung nur des Reurechts kann daher lediglich möglich sein, wenn mit dieser kein Schuldnerwechsel verbunden ist. Solche Fälle sind nur ganz ausnahmsweise denkbar[646].

642 S. oben Rn 16.

643 S. einerseits etwa FÄSSLER, Rn 457 ff.; KOLLER, OR AT, § 84 Rn 221 ff.; SCHWENZER, Rn 90.21; VIONNET, S. 106 ff., je m.w.Hw., welche die Übertragbarkeit im Grundsatz bejahen, anderseits BERGER, Rn 2093; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rn 3424 f.; SPIRIG, ZürK, N 176 zu Art. 164 OR, je m.w.Hw., welche sie verneinen.

644 Vgl. – in verwandtem Zusammenhang – KOLLER, OR AT, § 84 Rn 231. S. ausserdem VIONNET, S. 128 ff.; ferner BYDLINSKI, Übertragung, S. 37 ff.

645 Vgl. nur BERGER, Rn 2300; SCHWENZER, Rn 91.01; KOLLER, OR AT, § 83 Rn 10 ff.

646 Ein Schuldnerwechsel liegt nur dann nicht vor, wenn der bisherige Reuberechtigte bereit ist, die vertraglichen Verpflichtungen aus dem Vertrag mit dem Reurechtsgegner weiterhin zu übernehmen oder wenn er seine Pflichten schon – z.B. durch Hingabe des Reugelds – erfüllt hat. In solchen Fällen steht einer Übertragung aus Sicht des Reurechtsbelasteten nichts entgegen. Hingegen kann es zum Schutz des bisherigen Reuberechtigten nötig sein, die Übertragung zu unterbinden.

II. Die Stellung des Immobilienmaklers bei Verträgen mit Reuklausel

1. Ein beliebtes Anwendungsfeld für Reuabreden sind Immobilientransaktionen. Da die entsprechenden Transaktionen häufig unter Zuhilfenahme eines Maklers abgeschlossen werden, stellt sich die Frage, inwiefern der **Provisionsanspruch des Maklers** durch eine Reuklausel im Kaufvertrag beeinflusst wird. 367

2. **Rückforderungsanspruch bei Ausübung des Reurechts im vermittelten Vertrag?** Die Beifügung einer Reuklausel zu einem Vertrag beeinflusst den Provisionsanspruch des Maklers zunächst nicht[647]. Der Makler hat seine Provision durch dem Nachweis der Gelegenheit zum – anschliessend tatsächlich erfolgten[648] – Abschluss eines Vertrages (Nachweismakler) bzw. durch die Vermittlung des Vertragsabschlusses (Vermittlungsmakler) verdient[649]. Fraglich ist hingegen, ob der Auftraggeber einen Rückforderungsanspruch hat, wenn er selber oder sein Vertragspartner vom im Kaufvertrag vorgesehenen Reurecht Gebrauch macht. Nach Teilen der Lehre kann der Auftraggeber in solchen Fällen die Provision zurückfordern[650], während sie nach der überwiegend vertretenen Auffassung in vollem Umfang dem Makler verbleibt[651]. 368

a) Makler und Auftraggeber können den hier interessierenden Fall **ausdrücklich im Vertrag regeln**[652]. So kann etwa vorgesehen werden, dass der Makler unabhängig von einem tatsächlichen Vertragsabschluss in jedem Fall eine Provision erhält, wenn er die Möglichkeit zu einem Vertrags- 369

---

647 Art. 413 Abs. 2 OR ist nur auf suspensiv bedingte Hauptverträge anwendbar, nicht aber auf resolutiv bedingte (AMMANN, BasK, N 14 zu Art. 413 OR; GAUTSCHI, BerK, N 4d zu Art. 413 OR; OSER/SCHÖNENBERGER, ZürK, N 10 zu Art. 413 OR).

648 Für die Entstehung des Provisionsanspruchs eines Nachweismaklers ist – anders als es der Begriff vermuten lassen könnte – ein erfolgreicher Vertragsabschluss erforderlich (vgl. Art. 413 Abs. 1 OR; BUCHER, OR BT, S. 236; HONSELL, S. 351).

649 Zu den Begriffen s. etwa HONSELL, S. 351; HUGUENIN, OR BT, Rn 941 f.

650 S etwa OSER/SCHÖNENBERGER, ZürK, 10 zu Art. 413 OR.

651 S z.B. BGE 71 II 267, E. 2, wo ausgeführt wird, dass eine nachträgliche Vertragsaufhebung den Provisionsanspruch nicht berührt. Zustimmend hinsichtlich der vorliegend interessierenden vertraglichen Rücktrittsrechte HONSELL, S. 354. S. ferner GAUTSCHI, BerK, N 3g zu Art. 412 OR, N 4d zu Art. 413 OR.

652 Die Bestimmungen zur Entstehung des Provisionsanspruchs des Maklers sind dispositives Recht (vgl. z.B. BGE 113 II 50, E. 1b; TERCIER/FAVRE, Rn 5629, Rn 5640). Die Parteien können die Voraussetzungen, unter denen der Makler zum Bezug der Provision berechtigt ist, sowohl erschweren als auch erleichtern.

abschluss nachgewiesen hat[653] („Provisionsgarantie“[654]). Anderseits ist auch die Vereinbarung denkbar, dass eine Provision nur bei erfolgreicher Durchführung des vermittelten Geschäfts geschuldet sein soll[655]. Im ersten Fall kann der Makler die Provision trotz Ausübung des Reurechts behalten, im zweiten Fall führt die Reurechtsausübung dazu, dass die Provision zurückzugeben ist.

370 b) Regeln die Parteien die Einzelheiten des Provisionsverfalls nicht, ist die Lösung mittels **Vertragsauslegung bzw. -ergänzung**[656] zu suchen. Zu berücksichtigen ist hierbei allenfalls auch der Grund, der zur Ausübung des Reurechts geführt hat.

371 *Beispiel*: Der Makler M soll im Auftrag des V potentielle Käufer für ein bestimmtes – im Eigentum des V stehendes – Haus vermitteln. Seine Provision wird auf 2% des Kaufpreises festgesetzt. Im Maklervertrag wird zudem Folgendes vereinbart: „Die Maklerprovision wird fällig, sobald der Kaufvertrag über das oben genannte Haus geschlossen wird. Kommt der Kaufvertrag ohne Verschulden des Auftraggebers nicht zur Durchführung, hat der Makler die Provision zurückzuerstatten“. Angenommen, es kommt daraufhin mit K zu einem Vertragsabschluss über das Haus, K tritt jedoch vor der Überschreibung des Hauses gestützt auf die im Kaufvertrag vereinbarte Reuklausel vom Vertrag zurück. Grundsätzlich liegt in dieser Konstellation kein „Verschulden“ des V vor, weshalb M die Provision zurückzuerstatten hätte. Unter Umständen hat jedoch V dem K Anlass zum Rücktritt gegeben, was ein Verschulden des V bedeuten würde[657]. Wird ausnahmsweise ein Verschulden bejaht, kann M die gesamte Provision behalten.

372 c) **Im Zweifel keine Berührung des Provisionsanspruchs durch den Rücktritt**. Lässt sich im Einzelfall kein ausreichend klares Ergebnis über das Schicksal des Provisionsanspruchs im Falle eines Rücktritts erzielen, ist

653 Zulässig ist auch die weitergehende Vereinbarung, dass ein Makler nur sorgfältiges Tätigwerden schuldet (TERCIER/FAVRE, Rn 5629). Indessen liegt dann nicht mehr ein eigentlicher Maklervertrag, sondern ein Auftrag vor (EBENDA).

654 Der Begriff der Provisionsgarantie kann für verschiedene Konstellationen benutzt werden. So kann von einer Provisionsgarantie etwa auch dann gesprochen werden, wenn „der Auftraggeber dem Mäkler den Lohn ganz oder teilweise auch für den Fall zusichert, dass nicht dieser den Abschluss herbeigeführt hat oder dass ein Abschluss unterbleibt“ (BGer, Urteil vom 4C.120/2006 vom 30. Juni 2006, E. 2.2). Hingegen sollte bei Vereinbarungen zwischen den Parteien eines Kaufvertrags nicht von einer Provisionsgarantie gesprochen werden (so aber GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rn 3870, mit unzutreffendem Verweis auf BGer, Urteil 6B.329/2007 vom 11. Dezember 2007).

655 Vgl. z.B. BGE 52 II 80, E. 1; TERCIER/FAVRE, Rn 5640.

656 S. dazu z.B. KOLLER, OR AT, §§ 8-10.

657 Dies ist allerdings unwahrscheinlich, da K in diesem Fall kaum das Reurecht ausgeübt, sondern den Rücktritt auf anderer Grundlage erklärt hätte.

mit der überwiegenden Auffassung anzunehmen, dass der Provisionsanspruch des Maklers durch die nachträgliche Auflösung des Hauptvertrags infolge Reurechtsausübung nicht berührt wird.

3. **Provision auf vereinnahmtem Reugeld?** Regelmässig kann durch die Vertragsauslegung nicht nur ermittelt werden, ob die Provision im Falle einer Auflösung des Vertrags infolge Reurechtsausübung zurückzuerstatten ist, sondern auch, ob bei einer grundsätzlichen Rückerstattungspflicht ein Provisionsanspruch auf dem allenfalls vereinnahmten Reugeld besteht. Im Normalfall ist ein entsprechender Anspruch *zu bejahen*. 373

Ohne gegenteilige Anhaltspunkte hätte also M aus dem Beispiel in Rn 371 immerhin einen Anspruch auf 2% des Reugelds. 374

§ 17 Ausgewählte prozessuale Fragen

Eine Reuklausel wirft auch mit Blick auf den Zivilprozess gewisse Sonderfragen auf. Drei davon seien an dieser Stelle herausgegriffen. Erstens stellt sich die Frage, ob ein *Reurecht* auch noch *während laufendem Zivilprozess ausgeübt* werden kann und welche Konsequenzen eine solche Ausübung allenfalls hat. Zweitens fragt es sich, ob die Reurechtsausübung auch *durch bestimmte Prozesshandlungen konkludent* erfolgen kann. Die dritte Frage betrifft die Herabsetzung übermässiger Reugelder. Zu klären ist, welche *Anforderungen an ein Begehren um Herabsetzung* eines Reugelds zu stellen sind. 375

I. Reurechtsausübung während laufendem Prozess

1. Haben die Parteien die Ausübung des Reurechts nicht befristet und hat die Gegenpartei des Reuberechtigten auch keine Frist angesetzt, kann das Reurecht – wie gesehen – grundsätzlich beliebig lange ausgeübt werden[658]. Es ist daher **möglich**, ein Reurecht während eines laufenden Gerichtsprozesses auszuüben. 376

2. Die gültige Ausübung des Reurechts verändert die rechtliche Stellung der beteiligten Parteien. Es fragt sich aber, welche **Auswirkungen** diese neu geschaffene Situation auf einen bereits laufenden Prozess hat. Dabei 377

658 S. oben Rn 241.

interessiert nur der Fall, dass der Reurechtsgegner Kläger und der Reuberechtigte Beklagter ist[659].

378 a) **im erstinstanzlichen Verfahren**: Wie sich eine Reurechtsausübung während eines bereits laufenden Zivilverfahrens auf den Prozess auswirkt, bestimmt sich seit dem 1. Januar 2011 nach der *Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO)*. Diese legt fest, dass (echt) neue Tatsachen noch in der Hauptverhandlung zu berücksichtigen sind[660], sofern sie „ohne Verzug vorgebracht werden"[661].

379 Wird das Reurecht während eines laufenden Prozesses ausgeübt, gilt dies als echt neue Tatsache, die vom Gericht zu berücksichtigen ist. Angesichts der durch die Reurechtsausübung veränderten Sachlage führt das ursprüngliche Klagebegehren regelmässig nicht mehr zum Ziel. Art. 230 ZPO sieht deshalb vor, dass eine Klage angepasst werden darf, wenn sich aufgrund neuer Tatsachen ein neuer Sachverhalt ergibt (sog. Klageänderung)[662]. Dem klagenden Reurechtsgegner ist es in solchen Fällen somit gestattet, sein Begehren anzupassen.

380 *Beispiel*: A klagt gegen B gestützt auf einen entsprechenden Kaufvertrag auf Übergabe eines Bildes (gegen Bezahlung des Kaufpreises). B übt kurz nach Einreichung der Klageschrift sein vertraglich vorgesehenes Reurecht aus. A kann sein Begehren nun anpassen und beantragen, dass B auf Bezahlung des Reugelds zu verurteilen sei.

381 Unter Umständen kann die Reurechtsausübung die Gegenstandslosigkeit des Verfahrens nach sich ziehen.

382 *Beispiel*: In einem Vertrag zwischen K und V leistet K eine Anzahlung mit Reugeldcharakter. Als K den Kaufpreis nicht bezahlt, setzt ihn V ordnungsgemäss in Verzug und

---

659 Der Reuberechtigte, der klageweise die Erfüllung des Hauptvertrags begehrt, entscheidet sich für den Hauptvertrag und verzichtet auf das Reurecht (vgl. – zum österreichischen Recht – RUMMEL/REISCHAUER, N 5 zu § 909 ABGB). Dieses geht demzufolge unter (zum Untergang des Reurechts s. oben Rn 231 ff.).

660 Art. 229 Abs. 1 lit. a ZPO; zur Abgrenzung echter von unechten Noven s. z.B. FREI/WILLISEGGER, BasK ZPO, N 7 zu Art. 229 ZPO; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Rn 11.110; PAHUD, DIKE-Komm ZPO, N 10 ff. zu Art. 229 ZPO.

661 Art. 229 Abs. 1 ZPO; zur Bedeutung der Wendung „ohne Verzug" s. FREI/WILLISEGGER, BasK ZPO, N 10 zu Art. 229 ZPO.

662 Vorausgesetzt wird nebst dem Vorliegen einer neuen Tatsache, dass die Voraussetzungen von Art. 227 Abs. 1 ZPO erfüllt sind (Art. 230 Abs. 1 lit. a ZPO). Die Verfahrensart muss demnach gleich bleiben und der gestellte Anspruch muss sachlich mit dem bisherigen zusammenhängen. Im vorliegenden Zusammenhang dürften diese Voraussetzungen regelmässig erfüllt sein. Eingehend zu den Voraussetzungen z.B. FREI/WILLISEGGER, BasK ZPO, N 2 ff. zu Art. 230 ZPO und N 11 ff. zu Art. 227 ZPO.

klagt schliesslich auf Bezahlung des Kaufpreises. Während des Prozesses erklärt K die Ausübung des Reurechts. V kann nun die Klage ändern und statt Bezahlung des Kaufpreises das Reugeld fordern. Da dieses bereits bezahlt wurde, wird der Prozess dadurch aber sogleich gegenstandslos.

Die Kostenverteilung hat in solchen Fällen nach richterlichem Ermessen zu erfolgen[663]. Regelmässig dürfte hierbei die reuberechtigte Partei den grösseren Teil der Kosten zu tragen haben[664]. 383

b) **im Berufungsverfahren**: Wird das Reurecht erst ausgeübt, wenn das Verfahren bereits vor zweiter kantonaler Instanz hängig ist, ist die neu geschaffene Sachlage vom Gericht grundsätzlich ebenfalls zu berücksichtigen[665]. Die Reurechtsausübung als neue Tatsache muss dabei allerdings „ohne Verzug vorgebracht werden"[666]. Wird die während des Prozesses erfolgte Ausübung des Reurechts vom Gericht berücksichtigt, steht der klagenden Partei in der Folge – gleich wie im Verfahren vor der Erstinstanz – eine Klageänderung offen[667]. 384

c) **im Verfahren vor Bundesgericht**: „Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zu Grunde, den die Vorinstanz festgestellt hat"[668]. Ausgeschlossen werden dadurch insbesondere neue Tatsachen, d.h. solche, die erst nach dem Entscheid der Vorinstanz eingetreten sind[669]. Eine Aus- 385

---

663 Art. 107 Abs. 1 lit. e ZPO.

664 Bei der Kostenverlegung zu berücksichtigen ist u.a., welche Partei Anlass zum Verfahren gegeben hat, welche Partei die Gegenstandslosigkeit verursacht hat, darüber hinaus auch der mutmassliche Prozessausgang (vgl. RÜEGG, BasK ZPO, N 8 zu Art. 107 ZPO). Im Normalfall dürften diese Kriterien eher gegen die reuberechtigte Partei sprechen.

665 Art. 317 ZPO erfasst auch echte Noven (vgl. MEIER, S. 490; ferner SPÜHLER, BasK ZPO, N 4 zu Art. 317 ZPO; VOLKART, DIKE-Komm ZPO, N 6 ff. zu Art. 317 ZPO), und somit auch eine Reurechtsausübung.

666 Art. 317 Abs. 1 lit. a ZPO; zum Kriterium – welches an sich wortgleich jenem in Art. 229 ZPO entspricht – s. z.B. LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Rn 12.53; SPÜHLER, BasK ZPO, N 5 zu Art. 317 ZPO. Bei echten Noven ohne Bedeutung ist das zweite in Art. 317 ZPO genannte Kriterium, wonach eine neue Tatsache nur berücksichtigt wird, wenn sie „trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnte" (Art. 317 Abs. 1 lit. b ZPO). Die fragliche (echt neue) Tatsache hat vor erster Instanz noch gar nicht existiert, weshalb sie selbstverständlich auch nicht vorgebracht werden konnte.

667 Art. 317 Abs. 2 ZPO; zu den Voraussetzungen s. SPÜHLER, BasK ZPO, N 8 ff. zu Art. 317 ZPO sowie FREI/WILLISEGGER, BasK ZPO, N 11 ff. zu Art. 227 ZPO.

668 Art. 105 Abs. 1 BGG.

669 Vgl. die Botschaft des Bundesrates vom 28. Februar 2001 zur Totalrevision der Bundesrechtspflege, BBl 2001, S. 4202 ff., S. 4340; BGE 133 IV 342, E. 2.1; ferner MEYER, BasK BGG, N 43 zu Art. 99 BGG.

übung des Reurechts, währenddem das Verfahren bereits vor Bundesgericht hängig ist, ist für den Prozessausgang deshalb *unbeachtlich*.

386 3. **Hinweise für die Praxis**. In der Regel empfiehlt es sich, dem Reuberechtigten bereits *im Vorfeld des Prozesses* eine Frist zur Ausübung seines Rechts anzusetzen[670]. Zwar ist es – wie soeben gesehen – möglich, das Klagebegehren nachträglich anzupassen, falls der Reuberechtigte sich erst während eines laufenden Verfahrens für den Rücktritt entscheidet. Dies verursacht aber zusätzlichen eigenen Aufwand. Ausserdem wird möglicherweise von der Gegenpartei bzw. vom Gericht der Vorwurf erhoben, unnötigerweise einen Prozess herbeigeführt zu haben, namentlich durch eine übereilte Klageeinleitung. Dies wiederum kann unter Umständen zu einer (teilweisen) Auferlegung von Prozesskosten führen[671].

II. Konkludente Ausübung des Reurechts durch bestimmte Prozesshandlungen?

387 Macht die Gegenpartei des Reuberechtigten Schadenersatzansprüche aus der Nichterfüllung des Hauptvertrages geltend, kann der Berechtigte den Anspruch – wie soeben gesehen – regelmässig noch im Prozess durch Ausübung des Reurechts untergehen lassen. In diesem Fall ist kein Schadenersatz geschuldet, sondern das Reugeld. Fraglich ist, wie der Fall zu behandeln ist, in dem der geltend gemachte Schaden das Reugeld übersteigt, der Berechtigte aber das Reurecht nicht ausübt. Soll der Schadenersatz in solchen Fällen auf das Reugeld beschränkt bleiben? Die Frage ist zu verneinen. Weder kann die Ausübung des Reurechts fingiert werden noch können Anträge der reuberechtigten Partei im Rahmen des Prozesses als (bedingte[672]) Ausübung des Reurechts verstanden werden. Eine Fiktion ist nach der hier vertretenen Auffassung ausgeschlossen und zwar unabhängig davon, ob sie sich zu Gunsten oder zu Lasten des Berechtigten auswirken würde[673]. Ebensowenig ist es möglich, bestimmte Prozesshandlungen des Reuberechtigten als bedingte Reurechtsausübung zu betrachten. Die Ausübung des Reurechts erfolgt ausschliesslich durch entsprechende Erklärung *an die Gegenpartei.* Macht eine Partei im Prozess etwa geltend, ein Schaden sei

670 S. dazu oben Rn 239.

671 Vgl. etwa GASSER/RICKLI, N 2 (vierter Absatz) zu Art. 107 ZPO. Die Auferlegung der Kosten auf die an sich erfolgreiche klägerische Partei kann auf Art. 107 Abs. 1 lit. e oder f ZPO abgestützt werden.

672 S. dazu oben Rn 216 ff.

673 Anders jedoch die überwiegende Lehre (s. dazu oben Rn 205 ff.).

geringer als von der Gegenpartei behauptet oder es sei überhaupt kein Schaden eingetreten, sind die üblichen Voraussetzungen der Reurechtsausübung[674] nicht erfüllt. Es kann aus einem solchen Antrag daher nicht auf eine bedingte Reurechtsausübung für den Fall geschlossen werden, dass der vom Gericht festgestellte Schaden das Reugeld übersteigt.

III. Anforderungen an ein Herabsetzungsbegehren

388 1. Nach der hier vertretenen Auffassung können übermässige Reugelder in analoger Anwendung von Art. 163 Abs. 3 OR herabgesetzt werden[675]. Es fragt sich, wie die Herabsetzung im Prozess geltend zu machen ist.

389 2. Zu den Anforderungen an ein Herabsetzungsbegehren bezüglich übermässiger Konventionalstrafen werden in der Lehre **drei Auffassungen** vertreten. Nach der ersten Auffassung ist ein ausdrücklicher Herabsetzungsantrag notwendig[676]. Nach der zweiten Auffassung ist zur Herabsetzung zwar ein Antrag notwendig, dieser müsse jedoch nicht ausdrücklich sein[677]. Die dritte Auffassung geht noch weiter und steht auf dem Standpunkt, die Herabsetzung sei von Amtes wegen zu prüfen[678].

390 Die erste Ansicht widerspricht dem Schutzzweck[679] von Art. 163 Abs. 3 OR und findet auch im Gesetzestext[680] keine Stütze[681]. Sie ist daher abzulehnen. Was die zweite und die dritte Auffassung angeht, so führen beide zu weitgehend identischen Resultaten. Die Vertreter der zweiten Auffassung lassen es nämlich regelmässig genügen, wenn die Strafforderung aus irgendeinem Grund bestritten wird[682]. Da ohne irgendeinen Widerstand des Schuldners die Konventionalstrafe gar nicht zum Prozessthema wird, dürfte ein entsprechend weit verstandener Antrag praktisch immer vorliegen. Anderseits gehen auch die Vertreter der dritten Auffassung davon aus, dass

674 S. oben Rn 195 ff.
675 S. oben Rn 270 ff.
676 S. etwa BUCHER, OR AT, S. 532; SCHWENZER, Rn 71.15.
677 S. z.B. BGE 133 III 201, E. 5.2; COUCHEPIN, Diss., Rn 925; EHRAT, BasK, N 11 zu Art. 163 OR; MOOSER, CR, N 6 zu Art. 163 OR.
678 S. etwa BENTELE, S. 126 f.; BERGER, Rn 1798; FUNK, N 1 zu Art. 163 OR; KOLLER, OR AT, § 81 Rn 42; VON TUHR/ESCHER, S. 285.
679 S. dazu oben Rn 277.
680 Anders als etwa im deutschen Recht (s. § 343 BGB) fehlt in Art. 163 Abs. 3 OR jeder Hinweis auf einen Antrag.
681 Vgl. COUCHEPIN, Diss., Rn 924; ferner ERDEM, S. 163 f.
682 Vgl. BGE 109 II 120, E. 2b; COUCHEPIN, Diss., Rn 927.

irgendeine Bestreitung der Konventionalstrafschuld vorliegen muss, damit eine Strafe herabgesetzt werden kann[683].

391 3. Die für die Herabsetzung übermässiger Konventionalstrafen geltenden Regeln können grundsätzlich auf die Herabsetzung übermässiger Reugelder übertragen werden[684]. Somit gilt, dass auch zur Herabsetzung übermässiger Reugelder **kein ausdrücklicher Antrag** notwendig ist und eine Bestreitung der Reugeldzahlungspflicht genügt, um das Gericht zur Prüfung einer Herabsetzung zu veranlassen.

392 4. **Empfehlung für die Praxis**. Ungeachtet des soeben Ausgeführten empfiehlt es sich, die Herabsetzung eines als übermässig empfundenen Reugelds *stets ausdrücklich* zu beantragen. Da die Möglichkeit, Reugelder herabzusetzen, in der Lehre kontrovers beurteilt wird, sollte eine Partei nicht darauf vertrauen, dass ein Gericht die Herabsetzung eines Reugelds prüft, ohne dass dies ausdrücklich beantragt wurde. Selbst bei einem ausdrücklichen Antrag sind die Erfolgschancen ungewiss, solange die Frage nach der Zulässigkeit einer Herabsetzung in der Rechtsprechung ungeklärt und in der Lehre umstritten ist.

393 Für eine ausdrückliche Auseinandersetzung mit der Reugeldherabsetzung spricht ausserdem die Tatsache, dass die einzelnen Herabsetzungsgründe vom Reugeldschuldner nachgewiesen werden müssen[685]. Der entsprechende Nachweis dürfte kaum je gelingen, wenn sich der Reuberechtigte nicht zum Vorliegen der Herabsetzungsgründe äussert und sich stattdessen auf eine blosse Bestreitung der Reugeldschuld beschränkt.

683 Vgl. etwa BENTELE, S. 127; KOLLER, OR AT, § 81 Rn 42.
684 Vgl. MAYRHOFER, Schuldverhältnisse, S. 213. S. auch schon oben Rn 281.
685 Vgl. – bezüglich Konventionalstrafe – BGE 133 III 43, E. 4.1; COUCHEPIN, Diss., Rn 851; EHRAT, BasK, N 13 zu Art. 163 OR. Vom Gläubiger wird immerhin eine Bezifferung des Schadens verlangt (vgl. BGE 133 III 43, E. 4.1).

Zusammenfassung

Nachstehend werden die wichtigsten Erkenntnisse dieser Arbeit zusammenfassend dargestellt. Wo eine von der Rechtsprechung oder der überwiegenden Lehre abweichende Auffassung vertreten wird, wird dies jeweils ausgewiesen: 394

1. Unter einem Reurecht ist das Recht einer Partei zu verstehen, von einem Vertrag willkürlich zurückzutreten. Wird für diesen Rücktritt eine Entschädigung vereinbart, nennt man diese Reugeld. Reugelder können entweder schon beim Vertragsschluss geleistet oder aber bloss versprochen werden (*abweichend* davon spricht ein Teil der Lehre im zweiten Fall nicht von Reugeld)[686]. 395

2. Die Vereinbarung, in welcher das Reurecht und die (bedingte) Pflicht zur Reugeldzahlung abgemacht werden, heisst Reuklausel. Diese muss sich immer auf einen anderen Vertrag, den sog. Hauptvertrag, beziehen. Reuklauseln schaffen für die berechtigte Partei zusätzliche Optionen und reduzieren damit ihre Unsicherheiten. Sie können erhebliche Auswirkungen auf die Vermögensverteilung unter den Parteien haben und können je nach Konstellation für den Käufer oder den Verkäufer vorteilhaft sein[687]. 396

3. Beim Abschluss einer Reuklausel sind die allgemeinen Anforderungen an den Abschluss eines Vertrags zu beachten. Es muss somit ein Konsens erzielt werden und es sind die allgemeinen Gültigkeitserfordernisse (Formvorschriften, inhaltliche Schranken) zu beachten. Was die Formvorschriften angeht, sind diejenigen Vorschriften einschlägig, die für den Hauptvertrag gelten[688]. 397

4. Wird ein Reugeld bei Vertragsschluss hingegeben, so haben nach gesetzlicher Vermutung (Art. 158 Abs. 3 OR) automatisch beide Parteien ein Reurecht zu denselben Konditionen. Wird das Reugeld lediglich versprochen, besteht keine solche Vermutung[689]. 398

5. Die Reuklausel verschafft der berechtigten Partei die Befugnis, über das Vertragsschicksal zu entscheiden. Diese Befugnis besteht, solange das Reurecht nicht untergegangen ist. Untergangsgründe sind namentlich Zeitablauf 399

686 Rn 10 ff.
687 Rn 24 ff., 63 ff., 90 ff.
688 Rn 141 ff.
689 Rn 143 ff.

oder Verzicht. Ein Verzicht ist regelmässig in der Erfüllung des Hauptvertrags zu erblicken[690].

400 6. Die Ausübung des Reurechts erfolgt durch eine entsprechende Erklärung. Der Berechtigte muss – ausdrücklich oder konkludent – seinen Willen, sich gestützt auf sein Reurecht vom Vertrag zu lösen, kundtun. Nicht möglich ist es, dass eine Ausübung ohne jede Willenserklärung des Berechtigten erfolgt (*a.M.* die Rechtsprechung, welche ausnahmsweise eine fingierte Ausübung zulässt)[691].

401 7. Die Reurechtsausübung kann unter Einfluss eines Willensmangels erfolgen. In diesem Fall kann sie vom Berechtigten angefochten werden. Anderseits kann die Ausübung ausnahmsweise missbräuchlich erfolgen. In diesem seltenen Fall gilt die Ausübung als nicht geschehen oder löst Schadenersatzansprüche aus[692].

402 8. Als Gestaltungserklärung kann die Reurechtsausübung grundsätzlich nicht bedingt erfolgen. Eine Ausnahme ist möglich, wenn überwiegende Interessen des Berechtigten vorliegen und die dadurch geschaffene Unsicherheit der Gegenpartei zumutbar ist. Ausgeschlossen ist grundsätzlich auch ein Widerruf der Ausübung, hier kann ausnahmsweise ebenfalls anderes gelten[693].

403 9. Wurde das Reurecht gültig ausgeübt, fällt der Hauptvertrag dahin. Es entsteht ein vertragliches Rückabwicklungsverhältnis. Gleichzeitig wird die bedingte Pflicht zur Reugeldzahlung zu einer unbedingten. Da der Hauptvertrag mit Ausübung des Reurechts beseitigt wird, können aus diesem keine Ansprüche mehr geltend gemacht werden. Insbesondere ist es ausgeschlossen, aus der Nichterfüllung des Hauptvertrags Schadenersatzansprüche abzuleiten. Ist das Reurecht hingegen untergegangen, wird der Hauptvertrag so wirksam, wie wenn es keine Reuklausel gegeben hätte. Das Reugeld ist nicht geschuldet bzw. – falls es bereits geleistet wurde – zurückzuzahlen[694].

404 10. Wurde das Reurecht wirksam ausgeübt, kann sich die Höhe des zu bezahlenden Reugelds als übermässig erweisen. In diesen Fällen ist eine Herabsetzung auf einen gerade nicht mehr übermässigen Betrag in analoger

690 Rn 231 ff.
691 Rn 195 ff.
692 Rn 220 ff., 224 ff.
693 Rn 216 ff., 228 ff.
694 Rn 243 ff.

Anwendung von Art. 163 Abs. 3 OR möglich (*a.M.* die herrschende Lehre). Ist hingegen das zu bezahlende Reugeld extrem niedrig, besteht de lege lata grundsätzlich keine Heraufsetzungsmöglichkeit[695].

695 Rn 263 ff., 295 ff.

Lebenslauf

Marc Wolfer
Geboren am 10. Oktober 1984 in Rorschach (SG)

1991-1997	Primarschule in Tübach (SG)
1997-2003	Kantonsschule am Burggraben, St. Gallen
2003-2008	Studium an der Universität St. Gallen (Rechtswissenschaften mit Wirtschaftswissenschaften)
2007-2011	Wissenschaftlicher Assistent am Lehrstuhl für Privat- und Handelsrecht von Prof. Dr. Alfred Koller, Universität St. Gallen
Seit 2011	Anwaltspraktikum bei Gründler & Partner Rechtsanwälte, St. Gallen