

## Reugelder bei Grundstückkaufverträgen

Von ALFRED KOLLER, Professor an der Universität St. Gallen\*

Bei einem Grundstückkauf kann sich der Käufer das Recht vorbehalten, vom Vertrag gegen Zahlung einer Entschädigung voraussetzungslos (willkürlich) zurückzutreten. Ein solches voraussetzungsloses Rücktrittsrecht bezeichnet man als Reurecht, die bei Ausübung des Rechts zu bezahlende Entschädigung als Reugeld. Zuerst ist nun das Reugeld begrifflich zu klären und von verwandten Erscheinungen abzugrenzen. Hierauf werden die wichtigsten rechtlichen Probleme, welche das Reugeld aufwirft, behandelt.<sup>1</sup>

### I. Begriff des Reugeldes und Abgrenzungen

1. Das Reugeld ist – wie gesagt – *Entschädigung für die Ausübung eines Reurechts*, nämlich des Rechts, voraussetzungslos von einem Vertrag zurückzutreten. Das Reugeld wird in der Praxis oft schon vor Ausübung des Reurechts hingegeben. Wird das Reurecht in der Folge nicht ausgeübt, so ist das Reugeld zurückzugeben. Es kommt aber auch vor, dass das Reugeld erst bei Ausübung des Reurechts fällig ist. Im ersten Fall ist der Reugeldnehmer resolutiv bedingt zur Rückgabe des Reugeldes, im zweiten Fall der Reuberechtigte suspensiv bedingt zur Reugeldzahlung verpflichtet. Nicht selten kommen beide Reugeldvarianten in Kombination vor, nämlich dann, wenn bei Vertragsabschluss ein Reugeld bezahlt wird und ein gegenseitiges Reurecht mit gegenseitiger Reugeldverpflichtung abgemacht ist. Ein Beispiel findet sich in BGE 84 II 151:

Die Erbengemeinschaft Roth verkaufte eine Liegenschaft an zwei Käufer namens Fries und Abt. An den Kaufpreis von rund Fr. 95 000.– leis-

---

\* Ein herzliches Dankeschön geht an meinen Assistenten Marc Wolfer, M.A., der den Text formal bereinigt und die Anmerkungen ergänzt hat.

<sup>1</sup> Der Aufsatz beruht auf einem Vortrag, den ich anlässlich einer Weiterbildungsveranstaltung der Zürcher Notare und Notar-Stellvertreter am 8. November 2008 gehalten habe. Das (schriftlich und mündlich) Gesagte lehnt sich teilweise an Ausführungen an, die ich andernorts gemacht habe (ALFRED KOLLER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 3. A., Bern 2009, §§ 80–82).

teten die Käufer bei Vertragsabschluss eine Anzahlung von Fr. 10 000.–. Sodann wurde vereinbart, «dass diese Anzahlung gleichzeitig als gegenseitiges Reugeld im Falle des Rücktrittes vom Vertrag gelten soll. Sollten die Käufer [recte: Verkäufer] vom Vertrag zurücktreten, so haben sie die geleistete Anzahlung von Fr. 10 000.– zurückzuerstatten plus Fr. 10 000.– als Reugeld». Beide Parteien waren also reuberechtigt, wobei die eine Partei – die Verkäuferschaft – bei Ausübung des Reurechts ein Reugeld zahlen musste, wogegen die andere Partei – die beiden Käufer – bei Ausübung des Reurechts das bereits bezahlte Reugeld der Verkäuferschaft definitiv zu *belassen* hatte.

In der Lehre wird der Reugeldbegriff teilweise auf den Fall beschränkt, dass das Reugeld bereits bei Vertragsabschluss geleistet wird.<sup>2</sup> Das Gesetz spricht jedoch auch dort von einem Reugeld, wo das Reugeld erst im Nachhinein – bei Ausübung des Reurechts – zu leisten ist (z.B. Art. 227a Abs. 2 Ziff. 8 und 227f Abs. 2 OR, auch Art. 158 Abs. 3 OR, dazu unten II./B./b.).

2. Dem Reugeld verwandt, aber davon zu unterscheiden ist das *unechte Reugeld*. Dieses ist Entschädigung für die Nichtausübung eines Optionsrechtes. Unter einem Optionsrecht versteht man das Recht, einen Vertrag durch einseitige Erklärung zustande zu bringen. Wichtigster Fall ist das Kaufsrecht<sup>3</sup>, dieses verstanden als Recht, durch einseitige Willenserklärung kaufvertragliche Verpflichtungen zu begründen. Das echte Reugeld ist Entschädigung dafür, dass sich eine Vertragspartei ihrer Verpflichtung entledigt, das unechte Reugeld hingegen ist Entschädigung dafür, dass jemand darauf verzichtet, eine vertragliche Verpflichtung zu übernehmen. Zur Illustration sei BGE 133 III 43 herangezogen:

A.Y. und seine Ehefrau B.Y. mieteten von X. für die Dauer von zehn Jahren eine Wohn- und Geschäftsliegenschaft mit Restaurant, Wirtewohnung, Gastzimmern, Bäckerei sowie Parkplätzen. Gleichzeitig räumte X. den Mietern mit separatem Vertrag für die Dauer von zehn Jahren ein Kaufsrecht an der Liegenschaft ein. Der Kaufpreis wurde auf Fr. 890 000.– festgesetzt.

---

2 Z.B. EUGEN BUCHER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. A., Zürich 1988, 518; FELIX EHRLICH, Basler Kommentar, N 14 zu Art. 158 OR; CLAIRE HUGUENIN, Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 3. A., Zürich 2008, Rn. 1198. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 9. A., Zürich 2008, Rn. 3864. Für einen weiten Reugeldbegriff hingegen THEODOR BÜHLER, Haft- und Reugeld sowie Konventionalstrafe im alten und im geltenden Obligationenrecht, in: Hundert Jahre Schweizerisches Obligationenrecht, Freiburg 1982, 160; BERNHARD BERGER, Allgemeines Schuldrecht, Bern 2008, Rn. 1806.

3 Einschliesslich Vor- und Rückkaufsrecht.

A. und B. Y. hatten an den Kaufpreis eine Anzahlung von Fr. 100 000.– zu leisten. Diese sollte bei Nichtausübung des Kaufrechts bei X. verbleiben. Die Anzahlung war also ein unechtes Reugeld.

3. Weder echtes noch unechtes Reugeld ist die *Konventionalstrafe*. Jedes Reugeld, auch das unechte, knüpft an ein rechtmässiges Verhalten an, an die Ausübung oder die Nichtausübung eines Rechts. Die Konventionalstrafe knüpft hingegen an ein vertragswidriges Verhalten an. Sie ist Entschädigung für eine Vertragsverletzung.

Zur Illustration sei erneut auf BGE 133 III 43 zurückgegriffen: Die Fr. 100 000.– waren dem Verkäufer nicht nur bei Nichtausübung des Kaufrechts verfallen, sondern auch dann, wenn die Eheleute Y. mit drei Mietzinszahlungen in Rückstand geraten sollten. Die Anzahlung war also nicht nur unechtes Reugeld, sondern auch Konventionalstrafe.

4. In BGE 133 III 43 wurde eine Konventionalstrafe mit einem unechten Reugeld kombiniert. Möglich ist – selbstverständlich – auch eine Kombination von echtem Reugeld und Konventionalstrafe, in der Weise, dass der Reuberechtigte das Reugeld dann schuldet, wenn er entweder von seinem Recht Gebrauch macht oder aber den Vertrag verletzt. Diesfalls spricht man von einer *Wandelpön*. Ein schönes Beispiel gibt das Bundesgerichtsurteil 4C.301/2006 vom 23. April 2007 ab (s. dazu unten Ziff. 5).

Z.T. wird behauptet, die Wandelpön sei «nicht eine Vertragsstrafe», sondern «geradezu deren Gegensatz»<sup>4</sup>. Das trifft indes nur für die Zeit vor Strafverfall zu, weil sie bis dahin reines Reugeld ist. Danach ist sie aber Konventionalstrafe, wenn auch mit der Besonderheit, dass sich der Reuberechtigte (Strafschuldner) durch Erlegung des Reugeldes (der Strafe) von seiner Hauptverpflichtung befreien kann<sup>5</sup> (Art. 160 Abs. 3 OR).

5. *Ob im Einzelfall ein Reugeld oder etwas Sonstiges abgemacht ist*, entscheidet sich nach dem wirklichen Willen der Parteien, nicht nach einer allfälligen unrichtigen Bezeichnung (Art. 18 Abs. 1 OR). Wenn beispielsweise von einem Reugeld die Rede ist, kann es sich um

4 So BRUNO VON BÜREN, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 1964, 410; WALTER DIETZI, Die Konventionalstrafe und ihr Verhältnis zum Schadenersatz, Diss. Basel 1935, 31; ROLAND BENTELE, Die Konventionalstrafe nach Art. 160–163 OR, Diss. Freiburg 1994, 22.

5 Falls diese nicht bei Strafverfall ipso iure dahingefallen ist (vgl. den Entscheid 4C.301/2006, dazu sogleich Ziff. 5).

eine Konventionalstrafe handeln, oder umgekehrt.<sup>6</sup> Ein Beispiel findet sich im Bundesgerichtsurteil 4C.301/2006 vom 23. April 2007. Es ging hier um Folgendes:

A. bewohnte im Jahr 2003 als Mieter eine dem C. gehörende Liegenschaft. Am 26. Juni 2003 kaufte A. die Liegenschaft zum Preis von 3,1 Mio. Fr. Verkäuferin war nicht der Eigentümer C., sondern die X. AG. Bereits vor Vertragsabschluss hatte A. eine Anzahlung von Fr. 100 000.– geleistet. Gemäss Vertrag sollte die Abgabe der Grundbuchanmeldung für die Eigentumsübertragung durch die X. AG spätestens bis zum 31. Dezember 2003 erfolgen, andernfalls der Vertrag als aufgehoben galt (absolutes Fixgeschäft). Der Vertrag enthielt ferner u.a. noch die folgenden Bestimmungen:

*a) Die geleistete Anzahlung von Fr. 100 000.– gilt als Reugeld nach Art. 158 Abs. 3 OR. Gegen Zurücklassung des bezahlten Betrages kann der Käufer, gegen Bezahlung des doppelten Betrages die Verkäuferin, vor der Grundbucheintragung vom Vertrag zurücktreten.*

*b) Die Verkäuferin muss kein Reugeld oder Schadenersatzzahlungen leisten, wenn sie ohne eigenes Verschulden nicht Eigentümerin des Kaufobjekts bis zum 31. Dezember 2003 geworden ist.*

Nach lit. a waren – wie in BGE 84 II 151 (oben I. Ziff. 1) – beide Parteien reuberechtigt und gegebenenfalls reugeldpflichtig. In lit. b ist zwar von einem Reugeld die Rede, gemeint ist jedoch eine Konventionalstrafe. Denn die Zahlungspflicht knüpfte nicht an die Ausübung des Reurechts an, sondern an den Umstand, dass die Verkäuferin den Vertrag schuldhaft bis 31. Dezember 2003 nicht erfüllt. Die Klausel hatte also folgende Bedeutung:

*Gelingt es der Verkäuferin nicht, die Grundbuchanmeldung bis 31. Dezember 2003 vorzunehmen, so ist sie zur Rückzahlung der Anzahlung verpflichtet. Trifft sie ein Verschulden, so schuldet sie darüber hinaus eine Konventionalstrafe in Höhe von Fr. 100 000.–. Trifft sie kein Verschulden, ist weder die Strafe noch Schadenersatz geschuldet.*

Dem Gesagten zufolge war die Verkäuferin zur Zahlung von Fr. 100 000.– verpflichtet, wenn sie vom Vertrag zurücktrat oder ihrer Leistungspflicht nicht rechtzeitig (nämlich bis Ende Dezember 2003) nachkam. Es lag also eine Wandelpön – mit der in Fn. 5 erwähnten Besonderheit – vor.

---

6 S. die Nachweise bei KOLLER, zit. in Fn. 1, § 80 Rn. 7 ff.

## II. Die rechtliche Behandlung des (echten) Reugeldes

### A. Die Form der Reugeldabrede

Die Vereinbarung eines Reugeldes bedarf nach herrschender Ansicht der öffentlichen Beurkundung, sofern sich das Reugeld auf einen Grundstückkauf bezieht (Art. 216 Abs. 1 OR; BGE 39 II 224 E. 2; Bundesgerichtsurteil 4C.271/2003 E. 2.2).<sup>7</sup> Dem ist m.E. zuzustimmen. Immerhin ist nicht zu verkennen, dass die Formbedürftigkeit in einem gewissen Spannungsverhältnis zu Art. 115 OR steht. Nach dieser Bestimmung kann eine Forderung auch dann formfrei aufgehoben werden, wenn zu ihrer Begründung eine Form erforderlich war. Auf die Aufhebung eines ganzen Schuldvertrages ist Art. 115 OR analog anwendbar (BGE 95 II 419, E. 2d<sup>8</sup>). Das gilt nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung selbst dann, wenn es nicht bei der blossen Vertragsaufhebung bleibt, sondern eine der Parteien schlechter gestellt sein soll als im Falle einer schlichten Aufhebung (Bundesgerichtsurteil 4A\_49/2008 vom 9. April 2008<sup>9</sup>). Vor diesem Hintergrund scheint es an sich naheliegend, den Formzwang bei einem Grundstückkauf nicht auf eine allfällige Reugeldabrede auszuweiten, denn letzten Endes handelt es sich dabei um nichts anderes als eine suspensiv bedingte Vertragsaufhebung: Der Vertrag fällt nach dem Willen der Parteien dahin, sofern der Reuberechtigte eine entsprechende Willenserklärung abgibt. Trotzdem scheint es richtig,

---

<sup>7</sup> Aus der Lehre s. z.B. THOMAS PIETRUSZAK, Basler Kurzkommentar, N 8 zu Art. 158 OR, m.w.Nw.; CHRISTIAN BRÜCKNER, Der Umfang des Formzwangs beim Grundstückkauf, ZBGR 1994, I ff., 24; BÉNÉDICT FOËX, Commentaire romand, N 11 zu Art. 216 OR; HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL, Zürcher Kommentar, N 17 zu Art. 657 ZGB; CHRISTOPH LEUENBERGER in: Alfred Koller, (Hrsg.), Der Grundstückkauf, 2. A., Bern 2001, § 2 Rn. 101; MARKUS REBER, Der Umfang des Formzwangs beim Grundstückkauf, Jusletter vom 9. Mai 2005, Rn. 81; INGEBORG SCHWENZER, Basler Kommentar, N 14 zu Art. 11 OR. HANS GIGER will zwar die Verabredung eines Reurechts dem Formzwang unterstellen (Berner Kommentar, N 265 zu Art. 216 OR), nicht aber die Verabredung eines Rücktrittsrechts «im Falle eines günstigeren Angebots durch einen Dritten» (Berner Kommentar, N 270 zu Art. 216 OR). Ob sich diese Differenzierung rechtfertigen lässt, bleibe hier dahingestellt.

<sup>8</sup> Aus der Lehre s. z.B. VIKTOR AEPLI, Zürcher Kommentar, N 16 zu Art. 115 OR; RAINER GONZENBACH, Basler Kommentar, N 2 zu Art. 115 OR; weitere Hinweise bei AEPLI, a.a.O.

<sup>9</sup> S. dazu die (zustimmende) Besprechung von MARC WOLFER, AJP 2008, 1582 f.

Reugeldabreden bei einem Grundstückkauf dem Beurkundungszwang zu unterwerfen. Und zwar deshalb, weil eine Reugeldabrede den Reuberechtigten dazu verleiten könnte, den Grundstückkauf vorzeitig abzuschliessen. Der mit der öffentlichen Beurkundung angestrebte Übereilungsschutz könnte auf diese Weise beeinträchtigt werden. Argumentiert man so, so wird man eine Reugeldabrede immerhin dann vom Formzwang ausnehmen dürfen, wenn die Abrede erst *nach* Abschluss des Grundstückkaufs getroffen wird.

Ein Formmangel hat Ganznichtigkeit des Vertrags zur Folge, doch kann im Einzelfall die Berufung auf den Mangel – nach allgemeiner Regel<sup>10</sup> – rechtsmissbräuchlich sein.

## B. Die beiden Regeln von Art. 158 OR

### a. Die Regel von Art. 158 Abs. 1 OR

Art. 158 Abs. 1 OR bestimmt, dass eine bei Vertragsabschluss hingebene Geldsumme (sog. Handgeld, Arrha, Kaparre) im Zweifel nicht als Reugeld gilt (ebenso § 336 Abs. 2 BGB, § 908 ABGB; gegenteilig Art. 1590 CCfr.).<sup>11</sup> Der Geber ist also nicht von Gesetzes wegen zum Rücktritt berechtigt. Vielmehr steht ihm ein Reurecht nur bei entsprechender Vereinbarung zu, und diese bedarf bei einem Grundstückkauf – wie gesagt – der öffentlichen Beurkundung.

### b. Die Regel von Art. 158 Abs. 3 OR

Die Bestimmung von Art. 158 Abs. 3 OR betrifft den Fall, dass bei Vertragsabschluss eine Geldsumme hingeben wurde und diese nach der vertraglichen Abmachung als Reugeld zu verstehen ist. Sie sieht vor, dass nicht nur dem Geber des Reugeldes ein Reurecht zusteht, sondern – von Gesetzes wegen – auch dem Empfänger. Freilich kann anderes (also ein einseitiges Reurecht des Gebers) abgemacht sein.

Art. 158 Abs. 3 OR bezieht sich nach seinem Wortlaut nur auf den Fall, dass das Reugeld bereits bei Vertragsabschluss hingeben wurde. Die Lehre lehnt die analoge Anwendung auf Reugeldverspre-

---

<sup>10</sup> S. statt vieler KOLLER, zit. in Fn. 1, § 12 Rn. 116 ff.

<sup>11</sup> Die Bestimmung sieht ferner vor, dass die hingebene Geldsumme im Zweifel als Haftgeld anzusehen ist; Genaueres bei KOLLER, zit. in Fn. 1, § 27 Rn. 6 ff.

chen ab.<sup>12</sup> Ein Teil der Lehre geht noch weiter und betrachtet Art. 158 Abs. 3 OR als toten Buchstaben.<sup>13</sup> Nach dieser Auffassung ist also der Empfänger eines Reugeldes nicht von Gesetzes wegen reuberechtigt. Ob diese Auffassung zutrifft, bleibe hier dahingestellt. Sicher ist, dass der Parteiwille nicht selten auf ein beidseitiges Reurecht gerichtet ist (s. z.B. BGE 84 II 151 [dazu oben I./Ziff. 1] und Bundesgerichtsurteil 4C.301/2006 vom 23. April 2007 [dazu oben I./Ziff. 5]).

### C. Verfall des Reugeldes

Im Folgenden interessiert, unter welchen Voraussetzungen der Reuberechtigte das Reugeld schuldet (falls es noch nicht bezahlt ist) bzw. dem Gegner zu belassen hat (falls es bereits bezahlt ist). Der Einfachheit halber betrachte ich nachstehend nur den ersten Fall, also jenen, dass das Reugeld noch nicht bezahlt ist.

Das Reugeld ist dann, und nur dann, geschuldet, wenn der Reuberechtigte von seinem Reurecht Gebrauch macht. Zur Ausübung des Reurechts gehört, dass der Reuberechtigte – zumindest konkludent – seinen Willen zum Ausdruck bringt, das Reugeld zu zahlen. Wird vom Reurecht nicht in diesem Sinne Gebrauch gemacht, so ist das Reugeld nicht geschuldet, auch dann nicht, wenn der Vertrag aus Verschulden des Reuberechtigten dahinfällt. In einem solchen Fall schuldet der Reuberechtigte allenfalls Schadenersatz, aber nicht das Reugeld. Zur Illustration zwei Beispiele:

Beispiel 1: In einem Grundstückskaufvertrag ist abgemacht, dass der Verkäufer den Vertrag jederzeit gegen Zahlung von Fr. 50 000.– auflösen kann, und weiter ist abgemacht, dass der Vertrag dahinfällt, wenn der Verkäufer die Grundbuchanmeldung nicht bis spätestens Ende 2008 vornimmt (absolutes Fixgeschäft). Wenn der Verkäufer die Grundbuchanmeldung nicht fristgemäss vornimmt, so schuldet er allenfalls Schadenersatz nach Art. 107

---

12 Vgl. BUCHER, zit. in Fn. 2, 518; GASPARD COUCHEPIN, La clause pénale, Diss. Freiburg 2008, Rn. 1118; EHRAT, Basler Kommentar, N 14 zu Art. 158 OR; HUGUENIN, zit. in Fn. 2, Rn. 1203.

13 So ANDREAS VON TUHR/ARNOLD ESCHER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 2. Band, 3. A., Zürich 1974, 288; PIERRE ENGEL, Traité des obligations en droit suisse, 2. A., Bern 1997, 861; a.M. EUGEN BUCHER, Der Ausschluss dispositiven Gesetzesrechts durch vertragliche Absprachen, in: Festgabe für Henri Deschenaux, Freiburg 1977, 249 ff., 258.

Abs. 2 OR<sup>14</sup>, nicht hingegen das Reugeld. Denn der Vertrag ist zufolge Nichtleistung dahingefallen, und nicht, weil der Verkäufer von seinem Reurecht Gebrauch gemacht hätte.

Beispiel 2: V verkauft K eine Liegenschaft. Dabei ist abgemacht, dass V gegen Zahlung eines Reugeldes von Fr. 50 000.– vom Vertrag zurücktreten kann. In der Folge weigert sich V, die Grundbuchanmeldung vorzunehmen. Daraufhin tritt K vom Vertrag nach Massgabe von Art. 214 Abs. 1 bzw. 2 und 107 Abs. 2 OR zurück. Wiederum ist das Reugeld nicht geschuldet, wohl aber Schadenersatz.

Die hier vertretene Auffassung wird allerdings vom Bundesgericht nicht geteilt (BGE 84 II 151 E. 2<sup>15</sup>). Nach dieser Entscheidung ist das Reugeld «trotz fehlender Rücktrittserklärung ... verfallen, wenn der Träger des Reurechts die Vertragserfüllung schuldhaft vereitelt». Das soll sich aus «allgemeinen schuldrechtlichen Grundsätzen» ergeben. Das Bundesgericht sagt allerdings nicht, um welche Grundsätze es sich handelt, und m.E. gibt es solche Grundsätze auch nicht. Im Gegenteil ist nicht ersichtlich, weshalb der Reuberechtigte, der von seinem Recht keinen Gebrauch machen will, so gestellt werden soll, wie wenn er davon Gebrauch gemacht hätte. Faktisch wird damit das Reurecht zu einem Recht des Reurechtsbelasteten umfunktioniert. Dieser kann in Fällen schuldhafter Nichterfüllung das schadensunabhängige Reugeld verlangen, wogegen er ohne das Reurecht nur Schadenersatz verlangen könnte. Im praktischen Ergebnis wird so das gewöhnliche Reugeld zur Wandelpön, dies ohne entsprechende Abmachung, gleichsam kraft ungeschriebenen Rechts.

Die fragliche Benachteiligung kann der Reuberechtigte umgehen, indem er rechtzeitig, also noch vor Verfall des Reugeldes, auf das Reurecht verzichtet und damit einem Reugeldverfall den Boden entzieht. Eine zweite Möglichkeit besteht darin, die Reugeldabrede so auszugestalten, dass sie den Reugeldverfall bei Nichterfüllungstatbeständen explizit ausschliesst. Es könnte etwa so formuliert werden:

«Der Verkäufer [Käufer] ist berechtigt, den Vertrag gegen Bezahlung eines Reugeldes von Fr. ... jederzeit aufzulösen. Fällt der Vertrag aus anderen Gründen dahin, ist das Reugeld nicht geschuldet.»

---

14 Praktisch läuft es auf dasselbe hinaus, wenn man statt Verzugsrecht Unmöglichkeitsericht (Art. 97 Abs. 1 OR) zur Anwendung bringt (so z.B. INGEBORG SCHWENZER, Obligationenrecht: Allgemeiner Teil, 4. A., Bern 2006, Rn. 66.21).

15 Bestätigt im Bundesgerichtsurteil 4C.301/2006 E. 6. Wie das Bundesgericht auch ein Teil der Lehre, z.B. MICHEL MOOSER, Commentaire romand, N 8 zu Art. 158 OR; VON TUHR/ESCHER, zit. in Fn. 13, 288 Anm. 9; wie im Text z.B. MEHMET ERDEM, La clause pénale, Diss. Neuchâtel, Ankara 2006, 32; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, zit. in Fn. 2, Rn. 3871.



## D. Reduktion des Reugeldes?

Nachstehend interessiert die Frage, ob ein Reugeld, das die Parteien eines Grundstückkaufvertrages abgemacht haben, auf Begehren des Reuberechtigten vom Richter herabgesetzt werden kann. Das Gesetz kennt keine einschlägige Regel. Man kann sich jedoch fragen, ob nicht Art. 163 Abs. 3 OR, wonach der Richter «übermässig hohe Konventionalstrafen ... nach seinem Ermessen herabzusetzen» hat, analog angewendet werden kann. Dazu hat man sich vorab die ratio legis der Bestimmung zu vergegenwärtigen. Diese geht in zwei Richtungen:<sup>16</sup>

- Zum einen lehrt die Erfahrung, dass Konventionalstrafen oft leichtfertig versprochen werden, in der Annahme, es werde nicht zu einer Vertragsverletzung kommen und die eingegangene Strafverpflichtung werde sich praktisch nie auswirken (BGE 41 II 138 E. 1 S. 143). Der Versprechende riskiert daher, plötzlich mit einer Strafe konfrontiert zu sein, welche er ohne genügende Überlegung auf sich genommen hat. Hier soll Abhilfe geschaffen werden können.
- Zum anderen lehrt die Erfahrung, dass die Strafe oft so bemessen wird, dass der Gläubiger bei Strafverfall mehr als seinen Schaden ersetzt erhält, dass er also «unter dem Strich» von der Vertragsverletzung profitiert. Das ist nicht generell zu missbilligen. Denn Konventionalstrafen können ihren Zweck, den Schuldner wirksam zur Erfüllung anzuhalten, oft nur erfüllen, wenn die Strafe den zu erwartenden Schaden übersteigt. Indes kann es im Einzelfall durchaus unbillig sein, wenn der Gläubiger aus einer Vertragsverletzung schadensunabhängig profitiert. Da soll durch das richterliche Moderationsrecht Abhilfe geschaffen werden können.

Ist es angesichts dieser ratio legis gerechtfertigt, Art. 163 Abs. 3 OR auch beim Reugeld – analog – anzuwenden? Dagegen scheint der Umstand zu sprechen, dass der Reuberechtigte lediglich berechtigt, nicht verpflichtet ist, von seinem Reurecht Gebrauch zu machen und damit den Verfall des Reugeldes herbeizuführen. Macht er davon Gebrauch,

---

<sup>16</sup> Vgl. ALFRED KOLLER, Konventionalstrafe für Bauverzögerungen, in: Alfred Koller (Hrsg.), Bau- und Bauprozessrecht: Ausgewählte Fragen, St. Gallen 1996, Rn. 88; BENTELE, zit. in Fn. 4, 111 f.; COUCHEPIN, zit. in Fn. 12, Rn. 779 ff.; MARCEL PETITJEAN, Die Herabsetzung der Konventionalstrafe nach schweizerischem Recht, Diss. Basel 1937, 56 ff.

so geschieht ihm *prima vista* kein Unrecht, wenn er zur Leistung des Reugeldes in ganzer Höhe verpflichtet wird (*volenti non fit iniuria*). Indes ist zu beachten, dass der Reuberechtigte faktisch oft gezwungen ist, von seinem Reurecht Gebrauch zu machen. Alsdann scheint mir eine analoge Anwendung von Art. 163 Abs. 3 OR durchaus geboten.<sup>17</sup> Denn Reugelder werden – gleich wie Konventionalstrafen – oft leichtfertig abgemacht, in der trügerischen Annahme, der Vertrag könne ohne Weiteres erfüllt werden, und zudem werden sie oft in einer Höhe vereinbart, welche dem Gläubiger bei Realisierung des Reugeldtatbestandes einen an sich unangemessenen Vorteil verschafft. Das Gesagte sei anhand des Bundesgerichtsurteils 4C.301/2006 vom 23. April 2007, von dem bereits die Rede war, illustriert:

A. hatte die Liegenschaft von C. gemietet und später von der X. AG gekauft. Der Kaufvertrag sah vor, dass die Eigentumsübertragung spätestens bis Ende 2003 zu erfolgen hatte. Für den Fall nicht rechtzeitiger Erfüllung war das Dahinfallen des Vertrags vorgesehen. Bei Verschulden hatte die X. AG eine Konventionalstrafe von Fr. 100 000.– zu zahlen. Sodann war abgemacht, dass die X. AG den Vertrag jederzeit gegen Zahlung eines Reugeldes von Fr. 100 000.– auflösen konnte. In der Folge sah sich die X. AG ausserstande, den Vertrag rechtzeitig zu erfüllen. Da ihr der Exkulpationsbeweis misslang, war die Konventionalstrafe verfallen. Unzweifelhaft war die Strafe unter den Voraussetzungen von Art. 163 Abs. 3 OR herabsetzbar. M.E. hätte es sich auch nicht anders verhalten, wenn die X. AG angesichts der Unmöglichkeit, rechtzeitig zu erfüllen, von ihrem Reurecht Gebrauch gemacht hätte.

Die hier vertretene Auffassung ist allerdings nicht die herrschende. Die überwiegende Lehre lehnt die analoge Anwendbarkeit von Art. 163 Abs. 3 OR auf vertragliche Reugelder ab.<sup>18</sup> Das Bundesgericht steht auf dem gleichen Standpunkt (Urteil 4C.97/2004 E. 3.1.2), hat aber früher auch schon anders entschieden (BGE 42 II 510<sup>19</sup>).

---

<sup>17</sup> Geht man – entgegen der hier vertretenen Ansicht – davon aus, dass das Reugeld auch dann verfällt, wenn der Reuberechtigte «die Vertragserfüllung schuldhaft vereitelt» (BGE 84 II 151 E. 2), ist das Reugeld also nicht bloss Reugeld, sondern auch Konventionalstrafe (Wandelpön, oben C.), so ist Art. 163 Abs. 3 OR gegebenenfalls nicht bloss analog, sondern direkt anwendbar.

<sup>18</sup> Vgl. EHRAT, Basler Kommentar, N 11 und 14 zu Art. 158 OR; ERDEM, zit. in Fn. 15, 34 f., 40 f.; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, zit. in Fn. 2, Rn. 3867; MOOSER, Commentaire Romand, N 7 vor Art. 158–163 OR; PIETRUSZAK, Basler Kurzkommentar, N 6 zu Art. 158 OR; wie im Text hingegen BERGER, zit. in Fn. 2, Rn. 1823.

<sup>19</sup> S. zu diesem Entscheid KOLLER, zit. in Fn. 1, § 80 Rn. 29.