

OW_GERICHTE AbR 1984/85 Nr. 15 vom 23. Oktober 1984

OW Obergericht, 1984-10-23, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ow_gerichte_AbR 1984_85 Nr. 15](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ow_gerichte_AbR_1984_85_Nr.15)

FR: OW_GERICHTE AbR 1984/85 Nr. 15 du 23 octobre 1984

IT: OW_GERICHTE AbR 1984/85 Nr. 15 del 23 ottobre 1984

Regeste

AbR 1984/85 Nr. 15, S. 58: Art. 161 und 163 OR Abgrenzung zwischen Konventionalstrafe, Schadenspauschalierung und Mindestentschädigung. Anforderungen an die Vereinbarung einer verschuldensunabhängigen Konventionalstrafe. Herabsetzung der K

Erwägungen

E. 1

Zwischen den Parteien bestand ein Mietvertrag. Da er von keiner der Parteien wenigstens sechs Monate vor Ablauf der Mietzeit (30. April 1982) gekündigt worden war, wurde er automatisch bis zum 30. April 1983 verlängert. Mit einem an beide Parteien gerichteten Schreiben vom 14. Dezember 1981 intervenierte jedoch der Polizeidirektor, da Frau B die Bar führte, ohne im Besitze eines Fähigkeitsausweises zu sein, und drohte die Schliessung des Betriebes an. Am 21. Dezember 1984 schloss Frau B den Betrieb. Soweit eine Leistung durch Umstände, die der Schuldner nicht zu vertreten hat, wie beispielsweise Unmöglichkeit der weiteren Miete wegen Verlusts der Berufsfähigkeit auf Grund einer nicht vorhersehbaren Gesetzesänderung (BGE 54 II 534 ff.) unmöglich gemacht worden ist, gilt die Forderung als erloschen (Art. 119 Abs. 2 OR). Hat aber der Schuldner die Umstände, welche die Leistung unmöglich machen, zu vertreten, greifen die Rechtsfolgen von Art. 97 ff. OR Platz, und er wird dem andern Teil schadenersatzpflichtig. In bezug auf die vorzeitige Vertragsbeendigung hatten die Parteien eine spezielle Klausel vereinbart, auf welche sich sowohl die Klägerin als auch der Beklagte und Widerkläger berufen. Art. 28 des Mietvertrages mit dem Titel "Entschädigung bei vorzeitiger Auflösung" lautet: "Wird aus irgendeinem Grund eine vorzeitige Vertragsauflösung notwendig, ist der die vorzeitige Auflösung verursachende Vertragspartner verpflichtet, dem andern Teil vollen Ersatz zu leisten. Sofern die Parteien hierüber keinen festen Betrag vereinbart haben oder sich nicht gütlich einigen können, ist der Leiter der Treuhandstelle des Schweizerischen Wirteverbandes zwecks Ansetzung einer Vergleichsverhandlung anzurufen. Die Entschädigung soll jedoch im Minimum einen halben Jahreszins betragen." Zunächst stellt sich die Frage nach der Rechtsnatur dieser Klausel, namentlich der Mindestentschädigung, welche beide Parteien beanspruchen. Vom Wortlaut her scheint sie dem Absatz 2 von Art. 269 OR nachgebildet zu sein, der bestimmt, dass die zurücktretende beziehungsweise kündigende Partei der andern bei Mieten, die für ein Jahr oder längere Zeit abgeschlossen wurden, mindestens einen halben Jahreszins zu entrichten hat. Dabei handelt es sich jedoch um eine singuläre Bestimmung, die nach dem Wortlaut des Gesetzes nur beim Rücktritt aus wichtigen Gründen und nach der Praxis zudem bei Kündigung ohne genügenden Grund zur Anwendung gelangt (BGE 95 II 319 f.). Demgegenüber regelt die umstrittene Vertragsbestimmung die Rechtsfolgen der vorzeitigen Auflösung ganz allgemein, das heisst, diese Bestimmung kommt grundsätzlich bei jeder vorzeitigen Auflösung des

Vertrages zur Anwendung. Es gilt nun im besonderen zu prüfen, ob die von den Parteien vereinbarte Mindestentschädigung, um die es im vorliegenden Prozess in erster Linie geht, eine Konventionalstrafe oder eine spezielle schadenersatzrechtliche Abrede, eine sogenannte Schadenspauschalierung, darstellt. Die Frage ist unter anderem deshalb bedeutsam, weil der Verfall der Konventionalstrafe - im Gegensatz zur Schadenspauschalierung - von keinem Schadensnachweis abhängt (Art. 161 Abs. 1 OR). Andererseits unterliegen übermässig hohe Konventionalstrafen der Herabsetzung (Art. 163 Abs. 2 OR), nicht aber die Schadenspauschalierung (Bötticher, Wesen und Arten der Vertragsstrafe sowie deren Kontrolle, in: Zeitschrift für Arbeitsrecht, 1970, 35).

E. 2

Hauptmerkmal der Konventionalstrafe ist, dass sie zwar den Verzug des Schuldners (Art. 160 Abs. 1 OR), nicht jedoch die Entstehung von Schaden voraussetzt (Art. 161 Abs. 1 OR). Demgegenüber setzen Ansprüche aus Schadenspauschalierung die Entstehung von Schaden voraus; Zweck solcher Abreden ist der erleichterte Nachweis des Schadens und namentlich des Umfangs desselben (Bucher, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 1979, 469; Fikentscher, Schuldrecht, Berlin 1976, 90; Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts I, München 1979, 315). Allerdings macht die vertraglich Abrede, dass neben der blossen Vertragsverletzung noch irgendein Schaden vorhanden sein müsse, die Konventionalstrafe nicht notwendigerweise zur Schadenspauschalierung (Bötticher, a.a.O., 36). Entscheidend ist, dass die Schadenspauschalierung im Sinne einer gegenseitigen Vereinbarung beide Parteien binden soll, indem es - unabhängig vom Nachweis höheren oder geringeren Schadens als die Pauschale - für beide Parteien bei dieser bleiben soll (Bötticher, a.a.O., 36; Lindacher, Phänomenologie der "Vertragsstrafe", Frankfurt a.M. 1972, 148), oder aber, dass der Gläubiger durch Nachweis eines grösseren Schadens einen die Pauschale übersteigenden Mehrbetrag einfordern kann, während umgekehrt der Schuldner durch Nachweis eines geringeren Schadens die Pauschale reduzieren können soll, was dann die Schadenspauschalierung im Grunde genommen zur Beweislastvereinbarung macht (Bötticher, a.a.O., 36). Vorliegend wurde für den Fall der vorzeitigen Vertragsauflösung als Mindestentschädigung ein halber Jahreszins verabredet. Der Anspruch wurde nicht von der Entstehung eines Schadens abhängig gemacht. Dem Schuldner wurde auch kein Recht eingeräumt, die Pauschale durch Nachweis eines niedrigeren Schadens oder, dass überhaupt kein Schaden entstanden sei, zu reduzieren. Umgekehrt aber wurde dem Gläubiger das Recht eingeräumt, vollen Ersatz zu fordern. Ob auf Grund der Formulierung sogar auf die Vereinbarung einer von Art. 161 Abs. 2 OR abweichenden, "normalen" Beweislastverteilung gemäss Art. 97 OR zu schliessen ist (vgl. Bucher, a.a.O., 474 bei Anm. 38), kann offen bleiben. Vereinbarungen dieser Art (mit der Abrede einer Mindestentschädigung ohne Vorbehalt, dass der Schuldner einen geringeren Schaden nachweisen kann, kombiniert mit dem Recht des Gläubigers, den Ersatz weiteren, durch die Mindestentschädigung nicht gedeckten Schadens zu fordern - Art. 161 Abs. 2 OR), können nicht als blosser schadenersatzrechtliche Vereinbarung gelten, sondern sind als Konventionalstrafe zu deuten (Bötticher, a.a.O., 37; Lindacher, a.a.O., 155 f.). Während sich Schadenspauschalierungen ihrem Wesen nach zudem an der im Einzelfall typischen Schadenshöhe orientieren und primär Ausgleichsfunktion haben (Fikentscher, a.a.O., 99), kann dies von der in Frage stehenden Klausel nicht gesagt werden: Es wird darin eine Einheitsstrafe stipuliert, wonach in jedem Verletzungsfall, also unbekümmert darum, ob die Vertragsauflösung lange oder aber erst praktisch unmittelbar vor der zulässigen Auflösung erfolgt, vom Schuldner ein und derselbe Betrag zu entrichten ist, obwohl gerade der

Zeitpunkt der Auflösung des Vertrages sehr ungleichen Schaden zur Folge haben kann. Auch dies spricht für die Annahme einer Konventionalstrafe (Lindacher, a.a.O., 151 f.).

E. 3

Es stellt sich des weiteren die Frage, ob der Verfall der Konventionalstrafe verschuldensunabhängig vereinbart wurde. Gemäss Art. 163 Abs. 2 OR hängt der Verfall der Konventionalstrafe davon ab, dass die Nichterfüllung des Vertrages vom Schuldner zu vertreten ist. Voraussetzung des Verfalls ist demnach ein Verschulden des Schuldners. Indessen kann die Konventionalstrafe durch besondere Abrede auch für den Fall unverschuldeter Unmöglichkeit versprochen werden (Art. 163 Abs. 2 OR), wie übrigens der Schuldner ganz allgemein eine über das Verschulden hinausgehende Haftung auch für zufälligen Schaden übernehmen kann. Eine solche Vereinbarung muss sich aber unmissverständlich, eindeutig ergeben, indem beispielsweise die Haftung ausdrücklich als verschuldensunabhängig bezeichnet wird oder aber auf Fälle unverschuldeter Unmöglichkeit ausgedehnt wird. Aus dem Umstand allein, dass Art. 28 des Mietvertrages nur von einer die Vertragsauflösung verursachenden Vertragspartei spricht, ohne dabei das Verschuldenserfordernis speziell zu erwähnen, darf nicht schon auf eine Wegbedingung der Verschuldensvoraussetzung geschlossen werden, zumal sich eine solche Abrede nicht nur auf die Mindestentschädigung, das heisst die Konventionalstrafe, sondern auch auf den "vollen Ersatz" bezöge, für den das Gesetz - vorbehältlich anderslautender Abrede - ausdrücklich ein Verschulden des Schuldners - sogar verbunden mit einer Umkehr der Beweislast - verlangt (Art. 161 Abs. 2 OR). Es ist deshalb davon auszugehen, dass der Verfall der Konventionalstrafe vom Verschulden des Schuldners abhängt.

E. 4

Aus den Akten ergibt sich, dass die Klägerin der angedrohten und unausweichlichen Betriebsschliessung zugekommen ist. Umstritten ist die Frage, ob der Beklagte oder die Klägerin an den Umständen, die zur Betriebsschliessung und damit zur vorzeitigen Vertragsauflösung führten, ein Verschulden trifft oder ob vielleicht beide Parteien ein Mitverschulden trifft. Auf den ersten Blick möchte man meinen, ein Verschulden treffe allein oder zumindest in erster Linie die Klägerin. Der Umstand, der zur Betriebsschliessung führte, lag in ihrer Person, da sie nicht über die gesetzlichen Voraussetzungen zur Erlangung eines Restaurationspatentes verfügte. Der Geschäftsführer der Luzerneschen Treuhandstelle des Schweizerischen Wirteverbandes, der die Parteien beim Vertragsschluss beriet, hatte diese ausdrücklich darauf aufmerksam gemacht, dass es zur Führung einer Bar eines Fähigkeitszeugnisses bedürfe. Hätte der Beklagte bei dieser Gelegenheit der Klägerin einfach gesagt, dies sei im vorliegenden Fall nach seiner Meinung nicht notwendig, könnte man der Klägerin zumindest den Vorwurf der Fahrlässigkeit nicht ersparen, sich auf Grund der widersprechenden Äusserungen des Geschäftsführers der Treuhandstelle und des Beklagten nicht weiter orientiert zu haben. Nun hatte aber der Beklagte nicht einfach einen dem Geschäftsführer der Treuhandstelle widersprechenden Standpunkt eingenommen, sondern ausdrücklich erklärt, es sei mit den Behörden alles geregelt und alles in Ordnung. Dass diese Äusserungen nicht zutrafen und insbesondere dem Wirtschaftsgesetz zuwiderliefen, war für die Klägerin nicht offenkundig. Das Wirtschaftsgesetz sieht unter den in Art. 3 aufgezählten Patentarten keine ausdrücklich auf die Führung einer Bar zugeschnittene vor. Zudem wurde die Bar in den Räumlichkeiten eines Hotels und Restaurants, für deren Führung Bewilligungen bereits vorlagen, geführt. Wohl hätte die Klägerin von zuständiger Stelle erfahren können, dass sie als nicht an die

Weisungen des Patentinhabers gebundene Mieterin zur selbständigen Führung der Bar eines eigenen Fähigkeitsausweises bedurfte, doch kann ihr wegen der unterlassenen Erkundigung unter den konkreten Umständen kein relevantes Mitverschulden nachgewiesen werden. Es widerspäche nämlich nicht nur der Lebenserfahrung, sondern auch der zwischen Vertragsparteien notwendigen (minimalen) Vertrauensbasis, wollte man von der Klägerin verlangen, solche Äusserungen beziehungsweise Zusicherungen, wie sie der Beklagte abgegeben hatte, auf ihren Wahrheitsgehalt hin eigens zu prüfen. Der Beklagte ist seit Jahrzehnten im Wirteschft tätig. Die Klägerin konnte davon ausgehen, dass er mit der für das Wirtschaftsgewerbe herrschenden örtlichen Ordnung vertraut war. Entscheidend ist aber, dass der Beklagte sagte, es sei mit den Behörden alles geregelt. Diese Äusserung war geeignet, allfällige durch den Geschäftsführer der Treuhandstelle erweckten Zweifel beiseitezuschieben. Es kann der Klägerin auch nicht der Vorwurf der Fahrlässigkeit gemacht werden. Auf die Zusicherung des Beklagten durfte und konnte sie sich verlassen. Die Konventionalstrafe ist daher grundsätzlich zugunsten der Klägerin verfallen. Umgekehrt ist ein diesbezüglicher Anspruch des Beklagten und Widerklägers ohne weiteres abzuweisen.

E. 5

Schliesslich stellt sich die Frage, ob die Konventionalstrafe übermässig hoch sei und deswegen der Herabsetzung unterliege (Art. 163 Abs. 3 OR). Dies hat der Richter von Amtes wegen zu prüfen. Die Konventionalstrafe ist nicht schon deshalb übermässig, weil sie den Betrag übersteigt, den der Gläubiger als Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangen könnte. Massgebend ist, dass die vereinbarte Höhe der Konventionalstrafe im Hinblick auf das Interesse des Gläubigers mit den Anforderungen der Gerechtigkeit und Billigkeit in offenbarem Widerspruch steht (BGE 103 II 108 ff. mit Hinweisen). Dabei können in Betracht fallen der erlittene Vermögensschaden des Gläubigers, das nicht vermögensmässig messbare Interesse des Gläubigers an der Erfüllung der Primärobligation, die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Parteien, die Schwere der Vertragsverletzung, der Grad des Verschuldens usw. (Bucher, a.a.O., 475 mit Hinweisen). Ebenso kann ein Mitverschulden des Gläubigers zur Herabsetzung führen (BGE 105 II 204; Lindacher verneint dies-falls den Verfall der Konventionalstrafe überhaupt, a.a.O., 97 ff.). Was das Ausmass des erlittenen Vermögensschadens als Herabsetzungskriterium anbelangt, gilt es zu beachten, dass vom Gläubiger - jedenfalls umfangmässig - kein strikter Schadensnachweis verlangt werden darf. Verlangte man vom Gläubiger den Nachweis eines betragsmässig an die Konventionalstrafe heranreichenden Schadens, ansonsten er mit einer Kürzung rechnen müsste, entleerte man die Konventionalstrafe ihres Sinnes. Bestehen hingegen Anhaltspunkte, dass das Schadensausmass klein und im konkreten Fall die Diskrepanz zwischen diesem und der Konventionalstrafe übermässig gross ist, wird man dies bei der Prüfung der Herabsetzungsfrage in Erwägung ziehen müssen. Die Beklagte bestreitet, dass die Klägerin überhaupt einen Schaden erlitt. Am 21. Dezember 1981 musste die Klägerin ihren Betrieb schliessen. Nach ihrer eigenen Darstellung war sie in der Folge bis zum 1. Januar 1982 arbeitslos und fand dann eine Stelle in einem anderen Gastwirtschaftsbetrieb als "Mädchen für alles", erhielt dort Kost und Logis sowie auf sie entfallende Trinkgelder. Anfangs Mai oder Juni soll sie während zirka einer Woche in einer Bar tätig gewesen sein. Ob sie bis zu diesem Zeitpunkt und danach erwerbstätig war, geht aus den Akten nicht hervor. Grundsätzlich liegt es zwar am Beklagten, den Nachweis des Übermasses der Konventionalstrafe zu erbringen. Andererseits muss dabei auch das Verhalten der Klägerin im Prozess gewürdigt werden. Sie gab sich nicht die Mühe, den

erlittenen Schaden auch nur annähernd zu beziffern, obwohl sie, da ja der Beklagte das Eintreten eines Schadens überhaupt bestritt, damit rechnen musste, dass das Gericht die Frage des Übermasses angesichts der beträchtlichen Höhe der Konventionalstrafe überprüfen werden würde. Die Klägerin behauptete nie, nach dem 1. Januar 1982 und bis zum Ablauf der vereinbarten Vertragsdauer erwerbslos gewesen zu sein. Mit Rücksicht auf den gewöhnlichen Lauf der Dinge ist zwar die Entstehung eines gewissen Schadens wahrscheinlich. Indessen ist auf Grund der Akten auf ein eher bescheidenes Schadensausmass zu schliessen, obwohl der Vertrag noch fast anderthalb Jahre fortgedauert hätte. Die eingeklagte Konventionalstrafe von 21'000 Franken erscheint daher übermässig hoch und ist ermessensweise auf 12'000 Franken herabzusetzen. de| fr | it Schlagworte konventionalstrafe schaden beklagter schuldner gläubiger frau vertrag grund frage verschulden fähigkeitsausweis unmöglichkeit umstände vertragspartei ausdrücklich Mehr Deskriptoren anzeigen Normen Bund OR: Art.97 Art.119 Art.160 Art.161 Art.163 Art.269 Leitentscheide BGE 54-II-481 S.534 105-II-204 103-II-108 95-II-319 AbR 1984/85 Nr. 15

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.