

# ZH\_BEZIRKSGERICHT\_WINTERTHUR FV240050 vom 27. Mai 2025

Zh Bezirksgericht Winterthur, 2025-05-27, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_bezirksgericht\\_winterthur\\_FV240050](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_bezirksgericht_winterthur_FV240050)

FR: ZH\_BEZIRKSGERICHT\_WINTERTHUR FV240050 du 27 mai 2025

IT: ZH\_BEZIRKSGERICHT\_WINTERTHUR FV240050 del 27 maggio 2025

## Erwägungen

### E. 1

Ausgangslage Mit Zahlungsbefehl des Betreibungsamtes Zell-Turbenthal vom 8. Dezember 2023 setzte die Beklagte gegen den Kläger CHF 4'200.– nebst Zins zu 5 % seit 1. September 2022 und CHF 9'220.– (laufende Standplatzgebühren) sowie die Kosten für die Ausstellung des Zahlungsbefehls in Höhe von CHF 103.30 in Betreuung. Am 20. Dezember 2023 erhob der Kläger gegen den Zahlungsbefehl Rechtsvorschlag (act. 16/2/2). Mit Eingabe vom 15. August 2024 stellte die Beklagte ein Rechtsöffnungsbegehren (act. 16/1). Mit Urteil vom 18. September 2024 erteilte das Einzelgericht im summarischen Verfahren des Bezirksgerichts Winterthur der Beklagten provisorische Rechtsöffnung für CHF 3'000.– nebst Zins zu 5 % seit 1. September 2022 (Motorradkauf) und für CHF 9'220.– (Standplatzgebühren). Im Mehrbetrag (CHF 1'200.– Motorradkauf und CHF 103.30 Zahlungsbefehlskosten) wurde das Rechtsöffnungsbegehren der Beklagten abgewiesen (act. 16/7). Das Urteil vom 18. September 2024 wurde dem Kläger am 20. September 2024 zugestellt (act. 16/8).

#### E. 1.1

Die Prozesskosten, bestehend aus den Gerichtskosten sowie der Parteientschädigung (Art. 95 ZPO), werden der unterliegenden Partei auferlegt. Dabei werden die Gerichtskosten von Amtes wegen festgesetzt und verteilt (Art. 105 Abs. 1 ZPO). Der Entscheid über die Parteientschädigung hingegen folgt e contrario nur auf Antrag hin, wobei der Dispositionsgrundsatz gilt (BGE 140 III 444 E. 3.2.2). Das Antragserfordernis darf dabei nicht allzu formalistisch verstanden werden und kann durch verschiedene Formulierungen wie "unter Kosten- und Entschädigungsfolgen" oder den Antrag, dass die Kosten der Gegenpartei auferlegt werden sollen, oder auch das Einreichen einer Kostennote erfüllt werden (BGE 140 III 444 E. 3.2.2; BGer 4A\_106/2021 vom 8. August 2022 E. 3.1). Das Gericht kann den Parteien Frist für die Einreichung einer Kostennote ansetzen, eine Verpflichtung dazu besteht unter Vorbehalt von Art. 56 ZPO jedoch nicht (BSK ZPO-HOFMANN/BAECKERT, Art. 105 N 15). Die gerichtliche Fragepflicht im Sinne von Art. 56 ZPO greift, wenn das Vorbringen einer Partei unklar, widersprüchlich, unbestimmt oder offensichtlich unvollständig ist, sie ist indes bei anwaltlicher Vertretung stark eingeschränkt. Die Anwendung der gerichtlichen Fragepflicht darf überdies nicht dazu führen, die fehlende Sorgfalt einer Partei auszugleichen (BSK ZPO-HOFMANN/BAECKERT, Art. 105 N 14 m.w.H.).

#### E. 1.2

Ausgangsgemäss sind die Prozesskosten dem Kläger aufzuerlegen und die Gerichtskosten sind aus dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss zu beziehen. Nachdem die Beklagte

vorliegend keinen formellen Antrag auf Parteientschädigung gestellt hat und auch keine Kostennote eingereicht hat, ist ihr keine Parteientschädigung zuzusprechen. 2. Höhe der Gerichtskosten

#### **E. 1.2.1**

Gemäss Art. 18 Abs. 1 OR ist bei der Beurteilung eines Vertrages sowohl nach Form als nach Inhalt der übereinstimmende wirkliche Wille der Parteien und nicht die unrichtige Bezeichnung oder Ausdrucksweise zu beachten.

- 11 - Vorliegend geben beide Parteien an, bei der ab 1. September 2022 für jeden Tag der verspäteten Vertragserfüllung anfallenden Standplatzgebühr handle es sich um eine Konventionalstrafe. Die Standplatzgebühren sind demnach gemäss dem übereinstimmenden Parteiwillen als Konventionalstrafe zu behandeln.

#### **E. 1.2.2**

Die Konventionalstrafe ist in der Regel eine aufschiebend bedingte Leistung, die der Schuldner durch Rechtsgeschäft der Gläubigerin für den Fall der Nichterfüllung oder der nicht gehörigen Erfüllung einer bestimmten Schuld verspricht (BSK OR I-WIDMER/COSTANTINI/EHRAT, Art. 160 N 1). Die Konventionalstrafe dient der Sicherstellung der richtigen Erfüllung der Hauptschuld und bezweckt daneben auch einen wirtschaftlichen Ausgleich für Nachteile der Nicht- oder Schlechterfüllung der Primärverpflichtung (vgl. BGE 135 III 433 E. 3.1). Sie ist mithin auch dann verfallen, wenn dem Gläubiger kein Schaden erwächst (Art. 161 Abs. 1 OR). Die Konventionalstrafe und die Hauptverpflichtung stehen im Verhältnis der Akzessorietät zueinander. Die Konventionalstrafe setzt damit den Bestand einer Hauptschuld voraus (BGE 73 II 158 E. 2; BSK OR I-WIDMER/COSTANTINI/EHRAT, Art. 160 N 4). Vorliegend besteht mit dem gültig geschlossenen Kaufvertrag und der damit verbundenen Verpflichtung, den Kaufpreis zu bezahlen, eine Hauptschuld.

#### **E. 1.2.3**

Die Konventionalstrafe ist nichtig, wenn die Erfüllung der Hauptverpflichtung durch einen vom Schuldner nicht zu vertretenden Umstand nachträglich unmöglich geworden ist (Art. 163 Abs. 2 OR; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Rz 3822).

Vorliegend hat der Kläger nicht geltend gemacht, dass ihm die Erfüllung der Hauptverpflichtung durch einen durch ihn nicht zu vertretenden Umstand nachträglich unmöglich geworden wäre. Vielmehr macht er geltend, er könne den Kaufpreis mit seinem bescheidenen Einkommen nicht decken (Prot. S. 21). Geldmangel ist jedoch nach dem Grundsatz "Geld hat man zu haben" nie eine Folge der Leistungsunmöglichkeit im Rechtssinne (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Rz 2572). Der Kläger ist demnach immer noch zur Erfüllung der Hauptverpflichtung in der Lage. Eine Unmöglichkeit – insbesondere eine nachträglich ein-

- 12 - getretene – ist deshalb zu verneinen. Insofern erübrigt sich – als Nebenbemerkung – auch eine Prüfung von Art. 20 OR.

#### **E. 1.2.4**

Weiter setzt die Geltendmachung der Konventionalstrafe eine Erfüllung der Bedingung, d.h. die durch die vertragliche Abrede konkretisierte Nichterfüllung oder nicht richtige Erfüllung der gesicherten Hauptverpflichtung voraus (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Rz 3791). An der Nichterfüllung muss den Schuldner ein

Verschulden treffen (Art. 163 Abs. 2 OR e contrario). Das Verschulden wird vermutet (BSK OR I-WIDMER/COSTANTINI/EHRAT, Art. 163 N 7). Der Kläger hat den Kaufpreis bis zum vertraglich vereinbarten Verfalltag am 31. August 2022 nicht geleistet. Somit war die Bedingung für die Standplatzgebühr bzw. die Konventionalstrafe ab dem 1. September 2022 erfüllt. Der Kläger hat zudem nicht aufzeigen können, dass ihn an der ausgebliebenen Leistungserbringung kein Verschulden trifft, vielmehr macht er lediglich geltend, dass er die notwendigen finanziellen Mittel zur Vertragserfüllung nicht habe aufbringen können.

#### **E. 1.2.5**

Es gilt schliesslich die gesetzliche Vermutung, dass der Gläubiger entweder die Hauptleistung oder die Konventionalstrafe fordern kann (Art. 160 Abs. 1 OR). Entsprechend hat der Gläubiger grundsätzlich nicht nur den Beweis zu erbringen, dass überhaupt eine Konventionalstrafe vereinbart wurde, sondern auch, dass diese gemäss Parteiabrede kumulativ zur Erfüllung geschuldet ist. Ist die Konventionalstrafe hingegen für die Nichteinhaltung der Erfüllungszeit oder des Erfüllungsortes versprochen worden, so kann die Konventionalstrafe gemäss Art. 160 Abs. 2 OR nebst der Erfüllung des Vertrages verlangt werden, solange der Gläubiger nicht ausdrücklich Verzicht leistet oder die Erfüllung vorbehaltlos annimmt. Vorliegend behauptet die Beklagte, die Konventionalstrafe sei neben der Hauptleistung geschuldet, was vom Kläger nicht bestritten wird. Zudem wurde vereinbart, dass die Standgebühr für jeden Tag der Nichteinhaltung der Erfüllungszeit am 31. August 2022 anfalle. Damit kann diese auch aufgrund von Art. 160 Abs. 2 OR neben der Hauptleistung gefordert werden.

- 13 -

#### **E. 1.2.6**

Vorliegend sind die Standplatzgebühren in Höhe von CHF 20.– pro Tag der verspäteten Erfüllung neben der Hauptleistung durch den Kläger zu erbringen.

#### **E. 1.3**

Zwischenfazit

##### **E. 1.3.1**

Nachdem die Behauptungen der Beklagten seitens des Klägers unbestritten geblieben bzw. anerkannt worden sind und nach vorstehenden rechtlichen Ausführungen wäre die Aberkennungsklage in Höhe von insgesamt CHF 12'220.– (CHF 3'000.– und CHF 9'220.–) abzuweisen und die Widerklage im Umfang von CHF 1'200.– gutzuheissen.

##### **E. 1.3.2**

Der Kläger bringt jedoch gegen die Forderung in Höhe von insgesamt CHF 13'420.– diverse Einwendungen und Einreden vor, welche im Nachfolgenden zu prüfen sind. 2. Klägerische Einwendungen und Einreden

##### **E. 1.4**

Die Aberkennungsklage ist innert 20 Tagen nach Rechtsöffnung beim zuständigen Gericht zu erheben (Art. 83 Abs. 2 SchKG). Das Schlichtungsverfahren entfällt (Art. 198 Abs. e Ziff. 1 ZPO). Letzteres gilt auch für die Widerklage (Art. 198 lit. g ZPO), welche spätestens mit der Klageantwort erhoben werden muss (Art. 224 Abs. 1 ZPO). Dem Kläger wurde das Rechtsöffnungsurteil am 20. September 2024 zugestellt (act. 16/8). Nachdem der Kläger

die Aberkennungsklage am 8. Oktober 2024 beim zuständigen Gericht anhängig machte, erfolgte die Klageerhebung in-

- 5 - nert Frist (vgl. act. 1). Auch die Widerklage wurde rechtzeitig erhoben (vgl. Prot. S. 16).

### **E. 1.5**

Die Prozessvoraussetzungen sind vorliegend erfüllt, womit auf die Klage und die Widerklage einzutreten ist.

### **E. 2**

Im Rahmen der Verhandlungsmaxime haben die Parteien dem Gericht die Tatsachen, auf die sie ihre Begehren stützen, darzulegen (Behauptungs- und Substantiierungslast) und die entsprechenden Beweismittel anzugeben (Art. 55 Abs. 1 ZPO). Die Behauptungslast trägt grundsätzlich diejenige Partei, welche gemäss Art. 8 ZGB die Beweislast trägt, also jene Partei, welche aus den behaupteten Tatsachen für sich ein Recht ableitet (BGE 132 III 186 E. 4). Ausnahmsweise können Behauptungs- und Beweislast auch auseinanderfallen, so beispielsweise in Fällen der Beweislastumkehr (vgl. BK ZPO-HURNI, Art. 55 N 16).

Gegenstück zur Behauptung ist die Bestreitung. Aufgrund der kontradiktorischen Ausgestaltung des Zivilprozesses muss die Gegenseite die behaupteten Tatbestandsmerkmale bestreiten, andernfalls die Tatsache als anerkannt gilt (SUTTER-SOMM/SCHRANK-ZPO Kommentar, Art. 55 N 22). Die nicht behauptungsbelastete Partei trägt somit die Bestreitungslast. Diese greift jedoch nur, sofern der Tatsachenvortrag der Gegenpartei schlüssig ist (SUTTER-SOMM/SCHRANK-ZPO Kommentar, Art. 55 N 27). Je detaillierter die Behauptungen sind, desto höher sind die Anforderungen an die Bestreitungen (Urteil des Bundesgerichts [BGer] 4A\_281/2017 vom 22. Januar 2018 E. 4.3).

- 7 - Nach der im vereinfachten Verfahren gegenüber Art. 55 ZPO zusätzlich geltenden verstärkten richterlichen Fragepflicht (Art. 247 Abs. 1 ZPO) hat das Gericht grundsätzlich durch geeignete Fragen darauf hinzuwirken, dass ungenügende Angaben zum Sachverhalt ergänzt und die Beweismittel bezeichnet werden. Nach konstanter bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist die richterliche Fragepflicht bei anwaltlicher Vertretung der betroffenen Partei stark gemildert. Das Gericht hat sich in diesen Fällen mit der Fragepflicht zurückzuhalten (vgl. statt vieler: BGer 4A\_73/2014 vom 19. Juni 2014 E. 6.3.1.2; vgl. auch HAUCK-ZPO Kommentar, Art. 247 N 17). Die vorliegend anzuwendenden Grundsätze entbinden die anwaltlich vertretenen Parteien somit nicht davon, genügend substantiierte Behauptungen vorzubringen. Die Beweislast richtet sich nach dem materiellen Recht. Wo das Gesetz nichts anderes bestimmt, hat diejenige Partei das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, die aus ihr ein Recht ableitet (Art. 8 ZGB). Diese Partei hat für das Vorliegen einer Tatsache den Hauptbeweis zu erbringen. Der Gegenpartei steht der Gegenbeweis offen. Damit versucht der Beweisgegner Zweifel des Gerichts an der Wahrheit der tatsächlichen Behauptung der beweisbelasteten Partei zu wecken. Für das Gelingen des Gegenbeweises ist mithin bloss erforderlich, dass der Hauptbeweis erschüttert wird, nicht aber auch, dass das Gericht von der Schlüssigkeit der Gegendarstellung überzeugt wird (BGE 120 II 393 E. 4b). Im Rahmen der Aberkennungsklage findet eine Umkehr der Parteirollen statt. Dies führt indessen nicht zu einer Umkehr der Behauptungs- und Beweislast (BGE 130 III 285 E. 5.3.1). Es ist Sache der Gläubigerin (vorliegend der Beklagten), den Bestand, den Umfang, die Fälligkeit und

die Betreibbarkeit der Forderung zu beweisen, falls diese durch den Schuldner (vorliegend den Kläger) bestritten werden, wobei der Gläubigerin alle Beweismittel zur Verfügung stehen. Ihre Beweislast kann allenfalls durch das Vorliegen einer abstrakten Schuldanererkennung – welche zu einer Beweislastumkehr führt – erleichtert werden (BGE 131 III 268 E. 3.2). Dem Schuldner obliegt es, allfällige Einreden oder Einwendungen gegen das Bestehen der Schuld oder deren Fälligkeit vorzubringen

- 8 - und zu beweisen (VOCK/AEPPLI WIRZ-SchKG Kommentar, Art. 83 N 24 ff.). Kann weder die Gläubigerin den Bestand noch der Schuldner den Nichtbestand der Forderung beweisen, so muss die Aberkennungsklage gutgeheissen werden (BSK ZPO-WEBER, Art. 88 N 25; BGE 128 III 44 E. 4a f.).

## **E. 2.1**

Die Höhe der Gerichtskosten wird nach kantonalen Tarifen festgesetzt (Art. 96 Abs. 1 ZPO). Gemäss der Gebührenverordnung des Obergerichts des Kantons Zürich (GebV OG) bilden der Streitwert, der Zeitaufwand des Gerichts

- 27 - sowie die Schwierigkeit des Falls die Grundlage für die Festsetzung der Entscheidunggebühr (§ 2 Abs. 1 GebV OG). Die Grundgebühr kann dabei unter Berücksichtigung des Zeitaufwandes des Gerichts und der Schwierigkeit des Falls ermässigt oder um bis zu einem Drittel, in Ausnahmefällen bis auf das Doppelte, erhöht werden (§ 4 Abs. 2 GebV OG).

### **E. 2.1.1**

Der Kläger bringt vor, die Beklagte habe den Kläger mit Schreiben vom

### **E. 2.1.2**

Art. 107 OR bietet dem Gläubiger eines synallagmatischen Vertrags bei Schuldnerverzug verschiedene Wahlrechte betreffend das Schicksal des Vertrags (vgl. FURRER/WEY, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Art. 107 N 2). So kann er nach ungenutztem Ablauf einer angemessenen Nachfrist sowohl auf Erfüllung nebst Schadenersatz wegen Verspätung als auch auf Verzicht der Leistung sowie Ersatz des aus der Nichterfüllung entstandenen Schadens oder auf Vertragsrücktritt klagen (Art. 107 OR). Diese Bestimmung berechtigt den Gläubiger, von den genannten Wahlrechten Gebrauch zu machen. Er kann jedoch auf die Wahlrechte im Sinne von Art. 107 Abs. 2 OR verzichten und an der Erfüllung des Vertrages festhalten. Vorliegend verlangt die Beklagte die Erfüllung des Vertrages, wofür keine Nachfristansetzung notwendig ist. Eine Nachfristansetzung war somit sowohl mit der Beklagten als auch dem Kläger (vgl. Prot. S. 10) nicht notwendig. Die Beklagte durfte auch ohne Nachfristansetzung die Erfüllung des Vertrages verlangen.

### **E. 2.1.3**

Die vorgebrachten Zweifel des Klägers am Vorhandensein des Vertragsobjekts sind zudem unbehilflich, da der Kläger bezüglich des von der Beklagten geforderten Kaufpreises vorleistungspflichtig ist. Wollte der Kläger die Einrede des nicht erfüllten Vertrags im Sinne von Art. 82 OR geltend machen, ginge diese deshalb ins Leere. Zur Beurteilung der vorliegenden Klage und Widerklage ist das Vorhandensein des vertragsgegenständlichen Motorrads Yamaha XVS125 somit nicht von Bedeutung. Sollte sich die Beklagte nach Bezahlung des Kaufpreises weigern, das Motorrad herauszugeben, könnte der Kläger indes auf dessen Herausgabe klagen (vgl. Art. 84 Abs. 1 ZPO in Verbindung mit Art. 184 OR). Wäre das Motorrad nicht mehr im Eigentum der Beklagten,

so stünde dem Kläger gegen die Beklagte eine entsprechende Ersatzklage offen (vgl. Art. 84 Abs. 1 ZPO in Verbindung mit Art. 97 ff. OR).

- 15 -

## **E. 2.2**

Der für die Bemessung der Entscheidgebühre relevante Streitwert beträgt vorliegend CHF 13'420.– (Art. 91 i.V.m. Art. 94 Abs. 2 ZPO), woraus eine Entscheidgebühre in Höhe von CHF 2'230.– resultiert. Diese ist aufgrund der geringen Komplexität des Falls sowie unter Berücksichtigung des Zeitaufwands des Gerichts auf CHF 1'800.– zu ermässigen. Es wird erkannt:

### **E. 2.2.1**

Der Kläger bringt weiter vor, die Beklagte habe nach der Mahnung vom

### **E. 2.2.2**

Betreffend das Vorbringen des Klägers, dieser habe nicht unbegrenzt mit einer Vertragsdurchsetzung durch die Beklagte rechnen müssen bzw. die Beklagte habe durch ihr Untätigbleiben auf die Vertragserfüllung verzichtet, ist zu sagen, dass gemäss Art. 214 Abs. 1 OR für die Verkäuferin die Möglichkeit besteht, vom Kaufvertrag zurückzutreten, wenn sich der Käufer bei einer Vorauszahlung oder bei einer Übergabe Zug um Zug im Verzug befindet. Die Verkäuferin muss jedoch in diesem Fall ihren Rücktritt gegenüber dem Käufer sofort erklären, ande-

- 16 - renfalls angenommen wird, die Verkäuferin beharre auf der Erfüllung des Vertrags. Wird das Rücktrittsrecht nicht rechtzeitig ausgeübt, verwirkt es (Art. 214 Abs. 2 OR; KOLLER-BSK OR I, Art. 214 N 12). Aus der Korrespondenz zwischen den Parteien (act. 16/2/4-8) sowie der Mahnung der Beklagten vom 8. Oktober 2022 geht mit dieser hervor, dass sie auf der Erfüllung des Vertrages beharrt. Die Vorbringen der Beklagten werden vom Kläger nicht bestritten. Die Beklagte hat damit ihr Rücktrittsrecht im Sinne von Art. 214 OR nicht ausgeübt und ihr Untätigbleiben nach der Ausstellung der Mahnung vom 8. Oktober 2022 muss entgegen dem Kläger gerade als Festhalten am Vertrag verstanden werden.

### **E. 2.2.3**

Betreffend das Vorbringen des Klägers, die Beklagte sei mit dem Vertragsrücktritt des Klägers mehr oder weniger einverstanden gewesen, ist zu sagen, dass die Beklagte dies bestreitet. Mit der Beklagten sowie auch dem Kläger selbst geht aus der Korrespondenz zwischen den Parteien (act. 16/2/4-9) hervor, dass die Beklagte auf die Bitten des Klägers um seinen Rücktritt aus dem Kaufvertrag vom 9. Juli 2022 jeweils ablehnend reagiert und an diesem festgehalten hat. Dass die Beklagte nach der Mahnung vom 8. Oktober 2022 bis zur Einleitung der Beitreibung im Dezember 2023 untätig geblieben ist, ändert daran nichts.

## **E. 2.3**

Rechtsmissbrauch durch Zuwarten mit der Geltendmachung des vertraglichen Anspruchs

### **E. 2.3.1**

Der Kläger macht unter dem Titel Rechtsmissbrauch weiter geltend, dass er aus dem Untätigbleiben der Beklagten in Treu und Glauben davon ausgehen dürfe, dass die

Beklagte auf die Durchsetzung des Vertrags verzichtet habe, weshalb sich diese nun rechtsmissbräuchlich verhalte (Prot. S. 11 f.). Weiter seien die Standplatzgebühren in der Höhe von CHF 9'220.– überhöht, da diese mehr als doppelt so hoch wie der Kaufpreis des Motorrads seien und damit in keinem Verhältnis zum ursprünglichen Kaufpreis stünden. Vorliegend sei dem Kläger durch das Zuwarten ein erheblicher Nachteil erwachsen (Prot. S. 11, S. 13 f.).

- 17 -

### **E. 2.3.2**

Gemäss Art. 2 Abs. 1 ZGB hat jedermann in der Ausübung seiner Rechte und in der Erfüllung seiner Pflichten nach Treu und Glauben zu handeln. Der offensichtliche Missbrauch eines Rechts findet keinen Rechtsschutz (Art. 2 Abs. 2 ZGB). Ob Rechtsmissbräuchlichkeit vorliegt, ist anhand der konkreten Umstände des Einzelfalles zu bestimmen (vgl. z.B. BGE 121 III 60 E. 3d), wobei die Lehre und Rechtsprechung Fallgruppen entwickelt hat (LEHMANN/HONSELL-BSK ZGB I, Art. 2 N 37). Eine dieser Fallgruppen umfasst das widersprüchliche Verhalten, welches die Maximen der *protestatio facto contraria* [Erklärung, die dem Verhalten des Erklärenden widerspricht] und des *venire contra factum proprium* [zweispältiges Verhalten, welches als solches treuwidrig erscheint] umfasst. Die Fallgruppe des widersprüchlichen Verhaltens wird wiederum in verschiedene Unterfallgruppen unterteilt, wobei diejenige der "verzögerten Rechtsausübung" eine solche darstellt (LEHMANN/HONSELL-BSK ZGB I, Art. 2 N 43). Als Grundsatz ist dabei festzuhalten, dass das blosses Zuwarten mit der Geltendmachung eines Anspruchs nach konstanter bundesgerichtlicher Rechtsprechung keinen Rechtsmissbrauch begründet (anstelle vieler: BGE 131 III 439 E. 5.1), da ein Gebot zügiger Rechtsausübung grundsätzlich nicht besteht (vgl. BGE 109 III 18, 20; 111 III 21, 23). Die Verwirkung eines Anspruchs wegen verzögerter Rechtsausübung innerhalb einer Verjährungsfrist darf deshalb nur mit grosser Zurückhaltung angenommen werden (BGE 131 III 439; 94 II 37 E. 6b). Zum Zeitablauf müssen weitere Umstände hinzutreten, welche die Rechtsausübung mit der früheren Untätigkeit des Berechtigten in einem unvereinbaren Widerspruch erscheinen lassen (anstelle vieler: BGE 130 III 306 E. 5.1). Solche Umstände sind gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung etwa anzunehmen, wenn aus dem Stillschweigen mit Sicherheit auf einen Verzicht geschlossen werden darf. Ferner wenn dem Partner aus der Verzögerung Nachteile erwachsen (BGE 106 II 320, E. 3b; 99 II 109, E. 4). Ganz grundsätzlich ist aber zu sagen, dass die Berufung auf Rechtsmissbrauch nur als *ultima ratio* zuzulassen ist (LEHMANN/HONSELL-BSK ZGB I, Art. 2 N 29). Die Norm dient gemäss Bundesgericht als korrigierender Notbehelf für die Fälle, in denen formales Recht zu materiell krassem Unrecht führen würde. Einen Grundsatz der Gebundenheit an das eigene Handeln gibt es nicht. Vielmehr ist in einem Widerspruch zu früherem Verhalten nur dann ein Verstoß gegen Treu und Glauben zu

- 18 - erblicken, wenn dieses ein schutzwürdiges Vertrauen begründet hat, das durch die neuen Handlungen enttäuscht wird (BGE 143 III 666 E. 4.2 m.w.H.).

### **E. 2.3.3**

Vorliegend räumt der Kläger selbst ein, dass die Beklagte diverse Male seine Bitten um Rücktritt vom Vertrag abgelehnt und stattdessen auf der Erfüllung des Vertrages beharrt hat (Prot. S. 7). Zudem reichte die Beklagte eine Mahnung vom 8. Oktober 2022 (act. 15/3; act. 16/2/9) ins Recht, mit welcher die Beklagte erneut auf der Durchsetzung des Kaufvertrags

beharrte und den Kläger darauf hingewiesen hatte, dass seit 1. September 2022 Standplatzgebühren in Höhe von CHF 20.– pro Tag anfallen würden. Der Kläger stellt nicht in Abrede, dass er von diesem Schreiben Kenntnis hatte – im Gegenteil (vgl. Prot. S. 8). Der Kläger konnte bei dieser Ausgangslage aus dem Untätigbleiben der Beklagten zwischen Oktober 2022 und Dezember 2023 nicht mit Sicherheit auf einen Verzicht der Vertragsdurchsetzung schliessen. Vielmehr musste er damit rechnen, dass die Beklagte den Vertrag durchsetzen und ihm durch die Standplatzgebühren zusätzliche Kosten anfallen würden. Wenn der Kläger sodann geltend macht, ihm sei aus dem Zuwarten ein erheblicher Nachteil entstanden, so betrifft dies nicht den Kaufpreis, sondern die als Konventionalstrafe ausgestalteten Standplatzgebühren. Seitens des Klägers unbestritten ist, dass die Parteien mit Kaufvertrag vom 9. Juli 2022 eine als Konventionalstrafe ausgestaltete Standplatzgebühr von CHF 20.– für jeden Tag der verspäteten Erfüllung vereinbart haben. Nachdem die Beklagte mit Mahnung vom 8. Oktober 2022 den Kläger nochmals explizit darauf hingewiesen hatte, dass seit dem 1. September 2022 Standplatzgebühren von CHF 20.– anfallen würden, hat sie gerade nicht rechtsmissbräuchlich gehandelt. Indem die Beklagte wiederholt auf der Durchsetzung des Kaufvertrags beharrt hatte und den Kläger im Oktober 2022 letztmals auf das Anfallen der Standplatzgebühren hingewiesen hatte, wäre es nämlich vielmehr am Kläger gewesen dafür zu sorgen, seinen vertraglichen Verpflichtungen nachzukommen. Die Höhe der effektiv angefallenen Standplatzgebühren ist somit nicht in einem Verhalten der Beklagten, sondern des Klägers begründet. Die Berufung auf eine verzögerte Rechtsausübung der Beklagten greift somit gerade nicht und es ist kein krasses Unrecht zu korrigieren. Es liegt insofern kein Rechtsmissbrauch vor.

- 19 -

## **E. 2.4**

Clausula rebus sic stantibus

### **E. 2.4.1**

Weiter macht der Kläger geltend, dass es zu einer gravierenden Äquivalenzstörung zwischen Leistung und Gegenleistung komme, indem die Beklagte eine Standplatzgebühr von CHF 9'220.– verlange. Es liege ein offenes Missverhältnis zwischen den ursprünglichen Vertragspflichten und den nachträglichen Belastungen vor. In einem solchen Fall müsse in Anwendung des Grundsatzes *clausula rebus sic stantibus* eine Anpassung oder sogar allenfalls eine vollständige Aufhebung der Vertragsverpflichtungen erfolgen. Der Kläger habe im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses nicht davon ausgehen müssen, dass die Beklagte für 14 Monate keine Massnahmen zur Durchsetzung ihrer Forderung treffen würde. Hätte der Kläger gewusst, dass die Beklagte für 14 Monate untätig bleiben würde, wenn er nicht bezahlen könne, und hätte er gewusst, dass daraus eine Forderung von CHF 9'220.– resultiere, wäre er den Vertrag nie eingegangen (Prot. S. 13 ff.). Die Beklagte entgegnet hierzu, dass sie nicht verstehe, inwiefern veränderte Verhältnisse vorliegen würden. Es habe sich gar nichts geändert. Der Kaufvertrag sei abgeschlossen worden, das Motorrad sei bereitgestellt worden und stehe immer noch zur Lieferung bereit. Es sei nichts passiert (Prot. S. 19).

### **E. 2.4.2**

Nach der *clausula rebus sic stantibus*, welche die Judikatur auf Art. 2 Abs. 2 ZGB, ein Teil der Lehre jedoch auf Abs. 1 der genannten Bestimmung stützt, hat das Gericht einen Vertrag anzupassen oder notfalls aufzuheben, wenn das Beharren einer Partei auf dem

Anspruch als missbräuchlich erscheint bzw. die Aufrechterhaltung des Vertrags für eine Partei nicht mehr zumutbar erscheint (BSK ZGB I-LEHMANN/HONSELL, Art. 2 N 19; BSK OR I-WIEGAND, Art. 18 N 95). Grundvoraussetzung für eine Vertragsanpassung im Sinne der *clausula rebus sic stantibus* ist eine seit Vertragsabschluss eingetretene Veränderung der Verhältnisse, die zu einem groben Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung geführt hat. Die Entwicklung muss unvorhersehbar und unvermeidbar gewesen sein (BSK OR I-WIEGAND, Art. 18 N 99 ff.). Das Vorliegen einer zur Vertragsanpassung oder -aufhebung berechtigenden Situation ist nicht leichthin anzunehmen, sondern nur in Ausnahmefällen. Es gilt der Grundsatz *pacta sunt servanda*. Zunächst ist nach der vertraglichen Risikoverteilung zu fragen, wobei die betroffene Partei übliche

- 20 - oder übernommene Geschäftsrisiken selbst tragen muss. In Anwendung des Verhältnismässigkeitsprinzips geht eine Vertragsanpassung der Vertragsauflösung vor. Fehlt eine vertragliche oder gesetzliche Regelung, so ist für die gerichtliche Vertragsanpassung auf den hypothetischen Parteiwillen abzustellen. Das Gericht hat zu ermitteln, was die Parteien nach Treu und Glauben vereinbart hätten, wenn sie den eingetretenen Verlauf der Dinge in Betracht gezogen hätten. Dabei hat es sich am Denken und Handeln vernünftiger und redlicher Vertragspartner sowie an Wesen und Zweck des konkret in Frage stehenden Vertrages zu orientieren (BSK ZGB I-LEHMANN/HONSELL, Art. 2 N 19; BGE 127 III 300 E. 6a).

### **E. 2.4.3**

Vorliegend schlossen die Parteien unbestrittenermassen einen Kaufvertrag über ein Motorrad zu einem Kaufpreis von CHF 4'200.– ab und vereinbarten eine Standplatzgebühr von CHF 20.– pro Tag für den Fall, dass die Zahlungs- und Abholfrist bis zum 31. August 2022 nicht eingehalten werde. Seit dem Vertragsabschluss haben sich keine veränderten Verhältnisse ergeben, die zu einem Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung geführt hätten. Die Leistungspflichten bestehen wie gehabt in der Vorabbezahlung des Kaufpreises in Höhe von CHF 4'200.– und der Übergabe des Motorrads. Die angefallenen Standplatzgebühren im Umfang von CHF 9'220.– stellen keine Gegenleistung gegenüber der Übertragung des Motorrads dar, sondern sind nach übereinstimmender Darstellung der Parteien als Konventionalstrafe zu qualifizieren. Die Standplatzgebühren in Höhe von CHF 9'220.– beeinflussen mithin nicht das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung im vorliegenden Kaufvertrag. Der Vollständigkeit halber zu sagen ist, dass bereits bei Vertragsabschluss klar war, unter welchen Umständen die Standplatzgebühr anfallen würde und auch die Höhe der bei Nichtleistung des Kaufpreises bzw. -abholung des Motorrads zu leistenden Konventionalstrafe war von Anfang an errechen- und somit voraussehbar. Die beklagte Forderung in Höhe von CHF 9'220.– war sodann durch Einhaltung der vertraglichen Pflichten vermeidbar. Die Voraussetzungen für eine gerichtliche Aufhebung oder Abänderung des Kaufvertrages vom 9. Juli 2022 im Sinne des Grundsatzes *clausula rebus sic stantibus* sind somit nicht gegeben.

### **E. 2.5**

Herabsetzung der Konventionalstrafe

- 21 -

#### **E. 2.5.1**

Vorliegend macht der Kläger geltend, die Konventionalstrafe sei übermässig und deshalb durch den Richter herabzusetzen (Prot. S. 20). Die Beklagte entgegnet, die Voraussetzungen für die Herabsetzung der Konventionalstrafe lägen nicht vor (Prot. S. 24).

### **E. 2.5.2**

Die Höhe der Konventionalstrafe kann von den Parteien beliebig festgesetzt werden (Art. 163 Abs. 1 OR). Übermässig hohe Konventionalstrafen hat das Gericht gemäss Art. 163 Abs. 3 OR nach seinem Ermessen herabzusetzen.

### **E. 2.5.3**

Die Möglichkeit der gerichtlichen Herabsetzung einer Konventionalstrafe stellt einen Einbruch in die Vertragsinhaltsfreiheit und die Vertragstreue der Parteien dar und ist deshalb mit Zurückhaltung anzuwenden (BGE 114 II 264 E. 1a). Sie ist nur vorzunehmen, wenn der vertraglich vorgesehene Betrag so hoch ist, dass er das vernünftige, mit Recht und Billigkeit noch vereinbare Mass übersteigt (BGE 133 III 201 E. 5.2; 103 II 129 E. 4). Die Bestimmung bezweckt den Schutz der wirtschaftlich schwächeren Partei vor Rechtsmissbrauch durch die wirtschaftlich stärkere Partei und liegt im Interesse der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit (BGE 95 II 532 E. 2; BSK OR I-WIDMER/COSTANTINI/EHRAT, Art. 163 N 10). Sie gehört zum materiellen ordre public der Schweiz (BGE 143 III 1 E. 4.1; BGer 4A\_174/2011 vom 17. Oktober 2011 E. 6.1). Das Gericht hat die Frage der Angemessenheit bzw. Übermässigkeit in Ausübung seines Ermessens unter Würdigung des Einzelfalls im Zeitpunkt der Verletzung der gesicherten Hauptverpflichtung zu beurteilen und allenfalls eine entsprechende Herabsetzung anzuordnen. Dabei urteilt es nach Recht und Billigkeit (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Rz 3824 ff.; BGer 4A\_595/2012 vom 21. Dezember 2012 E. 5.1). Das angemessene Mass nach Recht und Billigkeit ist überschritten, wenn es sich um ein offensichtliches Missverhältnis zwischen dem Betrag und dem Interesse des Gläubigers, die Gesamtheit seines Anspruchs aufrechtzuerhalten, handelt (BGer 4A.107/2011 vom 25. August 2011 E. 3.1). Die Konventionalstrafe ist aber nicht schon deshalb übermässig, weil sie den Betrag übersteigt, den der Gläubiger als Schadenersatz wegen Nichterfüllung beanspruchen könnte (BGE 114 II 264 E. 1b; BGer 4A.160/2012 vom 17. Oktober 2012 E. 1.2). Eine Herabsetzung ist auch dann unzulässig, wenn das Verschulden des Pflichtigen schwer wiegt, er die

- 22 - Tragweite der Konventionalstrafe bei Vertragsschluss erkannt hat und deren Höhe im Bereich des Schadens liegt (BSK OR I-WIDMER/COSTANTINI/EHRAT, Art. 163 N 10; vgl. BGE 114 II 264). Die tatsächlichen Voraussetzungen einer Herabsetzung sind vom Schuldner der Konventionalstrafe zu beweisen (BGE 143 III 1 E. 4.1; 103 II 108 S. 109).

### **E. 2.5.4**

Zur Beurteilung der Übermässigkeit wird das Verhältnis zwischen der vereinbarten Konventionalstrafe und dem Interesse des Gläubigers an der Erfüllung der gesicherten Forderung betrachtet (BGer 4A.107/2011 vom 25. August 2011 E. 3.1). Insbesondere kann eine Übermässigkeit gegeben sein, wenn sich der Gläubiger bei Zusprechung der vollen Konventionalstrafe offensichtlich bereichern würde bzw. wenn ein Missverhältnis zwischen dem tatsächlichen bzw. wahrscheinlichen und dem von den Parteien als möglich vorausgesehenen Schaden besteht (BSK OR I-WIDMER/COSTANTINI/EHRAT, Art. 163 N 16; vgl. BGE 114 II 264). Ausserdem werden Faktoren wie die Art und Dauer des Vertrages, die Schwere des Verschuldens und der Vertragsverletzung der Beteiligten, das

Interesse des Ansprechers an der Einhaltung des Verbots bzw. an der Erfüllung der Hauptforderung, die wirtschaftliche Lage der Beteiligten, die wirtschaftliche Abhängigkeit aus dem Vertragsverhältnis und die Geschäftserfahrung der Vertragsparteien in Betracht gezogen (siehe zum Ganzen: BGer 4A.595/2012 vom 21. Dezember 2012 E. 5.1). Von Relevanz ist weiter der mutmassliche Schaden, den die Gläubigerin höchstens erlitten hat – der effektiv eingetretene Schaden ist hingegen nicht massgebend – (BGer 4A\_107/2011 vom 25. August 2011 E. 3.1) sowie die Funktion der Konventionalstrafe (BGE 68 II 169 S. 175).

### **E. 2.5.5**

Vorliegend argumentiert der Kläger zunächst mit dem Verschulden. So habe sich der Kläger dazumal um eine Lösung mit der Gegenseite bemüht und habe um eine Ratenzahlung ersucht, was die Beklagte abgelehnt habe, obschon diese ihm bei der Vertragsunterzeichnung noch zugesichert habe, man werde eine Lösung zur Finanzierung finden (Prot. S. 21 f.). In der Parteibefragung erklärt der Kläger, dass er der Gegenseite eine Geldsumme geboten habe, um aus dem Vertrag austreten zu können, was die Beklagte abgelehnt habe. Zudem habe er um Ratenzahlung ersucht (Prot. S. 28 f.). Der Kläger bringt unter Bezugnahme

- 23 - auf die wirtschaftliche Lage der Parteien weiter vor, dass sich ein einfacher Mann und eine gestandene juristische Person, die mehrere tausend Motorräder in ihren Verkaufshallen stehen habe und diverse Angestellte beschäftige, gegenüber stünden (Prot. S. 21 f.). Schliesslich bestünde zwar ein Interesse der Beklagten an der Einhaltung des Vertrags. Sie solle sich daraus aber nicht bereichern können. Die Art und die Dauer des Vertrags seien hingegen vorliegend nicht ausschlaggebend (Prot. S. 21). Die Beklagte führt aus, eine Reduktion komme nur bei krassen Missverhältnissen in Frage. Der Kläger habe den Vertrag aus freiem Willen unterzeichnet und er habe nicht andeutungsweise behauptet, dass er sich im Irrtum befunden oder den Vertrag nicht vollständig gelesen habe. Der Kläger habe gewusst, dass er CHF 20.– pro Tag zahlen müsse, wenn er den Kaufvertrag nicht erfülle. Eine Konventionalstrafe sei nicht schon deshalb übermässig, weil sie den Betrag übersteige, den der Gläubiger aus Schadenersatz wegen Nichterfüllung beanspruchen könne. Von einem krassen Missverhältnis könne vorliegend nicht die Rede sein. CHF 20.– am Tag seien durchaus angemessen. In diesem konkreten Fall erscheine das bloss als etwas hoch, weil der Kaufpreis des Motorrads relativ tief gewesen sei. Die Behauptung, dass der Kläger sich um eine Lösung bemüht habe, wird bestritten. Der Kläger hätte sich zur Vertragserfüllung um eine andere Finanzierung, wie beispielsweise einen Kredit, bemühen können. Auch habe der Kläger nie kundgetan, dass er nicht in der Lage gewesen wäre, den Kaufpreis zu bezahlen und habe auch nicht erwähnt, dass er sich bezüglich seiner Leistungsfähigkeit in einem Irrtum befunden hätte. Vielmehr habe der Kläger die Beklagte betreffend seine Bereitschaft zur Vertragserfüllung getäuscht (Prot. S. 24 f.).

### **E. 2.5.6**

Die Vorbringen des Klägers, er habe sich um eine Lösung bemüht, blieben unsubstantiiert. Sodann gilt es zu sagen, dass der Kläger einen Vertrag unterschrieben hat, in welchem er sich zur Leistung von CHF 3'000.– und CHF 1'200.– resp. zur Übergabe seines Motorrads im Tausch verpflichtet hat. Beim Kaufpreis handelt es sich nicht um eine immense Summe. Der Kläger befand sich mit der Beklagten auch nicht in einem Irrtum über seine Leistungsfähigkeit (vgl. auch Prot. S. 21). Ohnehin gilt jedoch der Grundsatz "Geld hat man

zu haben". Es kann

- 24 - also sehr wohl von einem Verschulden seitens des Klägers ausgegangen werden, insofern als dass er die Höhe der Konventionalstrafe selber verursacht hat, indem er derart lange den vertraglich vereinbarten Kaufpreis nicht geleistet hat. Die Beklagte weist in diesem Zusammenhang darauf hin, dass sowohl im Vertrag wie auch auf der Mahnung vom 8. Oktober 2022 in Fettdruck festgehalten wurde, dass seit dem 1. September 2022 Standplatzgebühren von CHF 20.– pro Tag anfallen und fortlaufend verrechnet würden (Prot. S. 18). Dem Kläger musste damit bewusst gewesen sein, was die Nichteinhaltung des Vertrages für Konsequenzen hat. Richtig ist es, dass die Konventionalstrafe den Kaufpreis übersteigt und damit auf den ersten Blick eher hoch ausfällt. Indessen beruht die Höhe der Konventionalstrafe mit der Beklagten darauf, dass der Vertrag derart lange nicht eingehalten wurde. Wenn nun im Hinblick auf die Geschäftserfahrung der Parteien sinngemäss argumentiert wird, die Beklagte sei eine gestandene Firma und der Kläger ein "einfacher Konsument", so kann dies nicht überzeugen. Erstens einmal handelt es sich um keinen speziellen Vertrag, sondern um einen einfachen Kaufvertrag über ein Motorrad. Ein Machtgefälle besteht diesbezüglich also nicht. Zweitens hat die Beklagte – was auch der Kläger einräumt – ein wirtschaftliches Interesse daran, dass die durch sie abgeschlossenen Verträge eingehalten werden. Ergänzend dazu sowie hinsichtlich die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Parteien ist anzuführen, dass der Kaufvertrag verschiedene Möglichkeiten zur Begleichung des Kaufpreises bot und eine fast zweimonatige Erfüllungsfrist vereinbart worden ist, was den Anschein zulässt, dass sehr wohl auf die finanziellen Gegebenheiten des Klägers Rücksicht genommen wurde. Weitergehende substantiierte Ausführungen betreffend die Voraussetzungen einer Herabsetzung der Konventionalstrafe erfolgen durch den Kläger nicht. Er versäumt es damit, die Voraussetzungen für eine Herabsetzung darzutun. Die Konventionalstrafe ist deshalb durch das Gericht nicht herabzusetzen.

### **E. 2.6**

Zwischenfazit Nachdem sich die Einwendungen und Einreden des Klägers allesamt als unbegründet erweisen, ist die Aberkennungsklage in Höhe von insgesamt CHF 12'220.– (CHF 3'000.– und CHF 9'220.–) abzuweisen und die Widerklage im

- 25 - Umfang von CHF 1'200.– gutzuheissen. Auf die beantragten Zinsen ist nachfolgend einzugehen. 3. Zinsenlauf

### **E. 3**

Die Parteien haben grundsätzlich einen Beweisanspruch (Art. 152 Abs. 1 ZPO). Der Beweisanspruch bedeutet im Allgemeinen das Recht einer Partei, für rechtserhebliche und streitige Sachvorbringen (Art. 150 Abs. 1 ZPO) mit gesetzlich vorgesehenen (Art. 168 Abs. 1 ZPO) und tauglichen Beweismitteln zum Beweis zugelassen zu werden, sofern die Partei die betreffenden Beweismittel form- und fristgerecht beantragt hat (Art. 152 Abs. 1 ZPO; BK ZPO-BRÖNNIMANN, Art. 152 N 2). Dieser Beweisanspruch besteht sowohl zugunsten der den Hauptbeweis führenden als auch zugunsten der den Gegenbeweis führenden Partei (BK ZPO-BRÖNNIMANN, Art. 152 N 10). Zum Erfordernis formgerechter Beweisanträge gehört, dass den einzelnen Sachvorbringen die jeweiligen einzelnen Beweisanträge eindeutig zugeordnet und sie verknüpft werden (Art. 221 Abs. 1 lit. e ZPO; BK ZPO-BRÖNNIMANN, Art. 152 N 23; statt vieler: BGer 4A\_56/2013 vom 4. Juni 2013 E. 4.4). Die Beweismittel sind unmittelbar im Anschluss an die

Tatsachenbehauptungen aufzuführen, die damit bewiesen werden sollen (BGer 4A\_56/2013 vom 4. Juni 2013 E. 4.4). Beweismittel, welche nicht konkret einer Tatsachenbehauptung zugeordnet sind, können mangels formgerechten Beweisantrages nicht abgenommen werden. Art. 8 ZGB schreibt dem Gericht nicht vor, mit welchen Mitteln der Sachverhalt abzuklären ist und wie die Beweise zu würdigen sind. Art. 8 ZGB schliesst auch die Beschränkung der Beweisabnahme, also den Verzicht auf Abnahme eines einzelnen Beweismittels aufgrund von antizipierter Beweiswürdigung, nicht per se aus. Die antizipierte Beweiswürdigung ist Teil der gerichtlichen Beweiswürdigung und findet ihre Grundlage in Art. 157 ZPO. Gründe, aus welchen die antizipierte Beweiswürdigung zur Nichtabnahme eines Beweismittels führen kann, sind folgende: Das Gericht geht entweder von vornherein davon aus, die behauptete Tatsache könne mit dem angerufenen Beweismittel nicht bewiesen werden, weil das Beweismittel für die Beweisführung untauglich bzw. ungeeignet (d.h. wertlos

- 9 - oder unglaubwürdig) sei, oder das Gericht erachtet die zu beweisende Tatsache nicht für rechtserheblich ("unechte" antizipierte Beweiswürdigung), oder das Gericht ist vom Bestehen oder Nichtbestehen der behaupteten Tatsache bereits überzeugt und der Meinung, es lasse sich von zusätzlichen Beweisen nicht davon abbringen bzw. nicht vom Gegenteil überzeugen, das beantragte Beweismittel sei also für seine Meinungsbildung unerheblich bzw. irrelevant ("echte" antizipierte Beweiswürdigung) (ALEXANDRA JUNGO, Zürcher Kommentar, Art. 8 ZGB - Beweislast, N 115; BGE 138 III 374 E. 4.3.1 und E. 4.3.2; BGE 131 III 222 E. 4.3; BGE 122 III 219 E. 3c).

### **E. 3.1**

Ist der Schuldner mit der Zahlung einer Geldschuld in Verzug, so hat er gemäss Art. 104 Abs. 1 OR Verzugszinse zu 5 % zu bezahlen, selbst wenn die vertragsmässigen Zinsen weniger betragen. Sind durch Vertrag höhere Zinsen vereinbart worden, können diese auch während des Verzugs gefordert werden (Art. 104 Abs. 2 OR). Wurde für die Erfüllung ein bestimmter Verfalltag verabredet oder ergibt sich ein solcher infolge einer vorbehaltenen und gehörig vorgenommenen Kündigung, kommt der Schuldner mit Ablauf dieses Tages in Verzug (Art. 102 Abs. 2 OR). Andernfalls wird der Schuldner durch Mahnung des Gläubigers in Verzug gesetzt (Art. 102 Abs. 1 OR). Die Mahnung ist eine an den Schuldner gerichtete Erklärung des Gläubigers, die zum Ausdruck bringt, dass er die Leistung ohne Säumnis verlangt. Mit der Mahnung muss die zu erbringende Leistung so genau bezeichnet werden, dass der Schuldner erkennt, was der Gläubiger fordern will (BGer 4A\_501/2021 vom 22. Februar 2022 E. 6.2.1).

### **E. 3.2**

Nachdem unbestritten geblieben ist, dass der Kläger den vertraglich vereinbarten Kaufpreis bis zum 31. August 2022 hätte leisten müssen, liegt diesbezüglich ein Verfalltaggeschäft vor. Da der Kläger den Kaufpreis bis zum 31. August 2022 unbestrittenermassen nicht bezahlt hat, kam er mit Ablauf dieses Tages in Verzug und es fielen auf dem Kaufpreis von CHF 4'200.– Verzugszinsen in Höhe von 5 % an. Betreffend den Zinsenlauf auf den geschuldeten CHF 9'220.– ist zu sagen, dass der Zahlungsbefehl vom 8. Dezember 2023 eine Erklärung an den Kläger darstellt, mit welcher die Beklagte zum Ausdruck bringt, dass sie die Leistung ohne Säumnis verlangt. Der Zahlungsbefehl stellt mithin eine Mahnung im Sinne von Art. 102 Abs. 1 OR dar, womit auf der Forderung in Höhe von CHF 9'220.– Zinsen zu 5 % ab dem 8. Dezember 2023 geschuldet sind.

#### **E. 4**

Hinsichtlich des Beweismasses wird in der Regel ein strikter Beweis verlangt. Ein solcher Beweis gilt als erbracht, wenn das Gericht nach objektiven Gesichtspunkten von der Richtigkeit einer Sachbehauptung überzeugt ist (BGE 132 III 715 E. 3.1). Absolute Sicherheit wird nicht verlangt, vielmehr genügt die an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit. Diese ist gegeben, wenn das Gericht keine ernsthaften Zweifel an der behaupteten Tatsache mehr hat. Dieses Regelbeweismass gilt für den Hauptbeweis, nicht aber für den Gegenbeweis, bei welchem eine geringere Wahrscheinlichkeit ausreicht, um den Hauptbeweis zu erschüttern (FRANZ HASENBÖHLER/SONIA YAÑEZ, Das Beweisrecht der ZPO, Band 1, 2015, § 5 Rz 5.61 und 5.64). IV. Materielles 1. Ausgangslage

#### **E. 8**

Oktober 2022 (act 15/3; act. 16/2/9) für 14 Monate keine weiteren Schritte unternommen. In dieser Zeit sei für den Kläger die Situation rechtlich durchwegs unklar geblieben. Erst dann habe die Beklagte eine Betreibung eingeleitet, ohne zuvor zu mahnen, erneut zur Zahlung aufzufordern oder eine Nachfrist anzusetzen. In der Literatur werde bei einer solchen Situation vom sogenannten Schwebestand gesprochen. Es sei so, dass ein Schuldner nicht unbegrenzt mit einer möglichen Forderung rechnen müsse. Insofern sei es so, dass der Kläger gestützt auf das Verhalten der Beklagten davon ausgehen könne, dass die Beklagte mit dem Vertragsrücktritt des Klägers mehr oder weniger einverstanden gewesen sei – obschon sie diesen ausdrücklich nie angenommen habe (Prot. S. 7 f.) – und auf eine Durchsetzung des Vertrags verzichtet habe, zumal man ja noch die Standplatzgebühren gehabt habe. Der Kläger habe nicht davon ausgehen müssen, dass man über 14 Monate nichts mache und dann plötzlich auf Erfüllung klage (Prot. S. 7 ff., S. 11). Die Beklagte wendet ein, dass sie in der Mahnung vom 8. Oktober 2022 (act 15/3; act. 16/2/9) klar zum Ausdruck gebracht habe, dass sie auf der Vertragserfüllung getreu dem Grundsatz "pacta sunt servanda" beharre (Prot. S. 18). Die Beklagte bestreitet weiter, dass sie dem Kläger in Aussicht gestellt habe, dass man eine Lösung betreffend die Zahlung finden werde. Die Beklagte habe sich in ihrer Korrespondenz mit dem Kläger stets auf den Standpunkt gestellt, einen Vertrag abgeschlossen zu haben, welcher zu erfüllen sei (Prot. S. 24).