

Anordnung eines zweiten Schriftenwechsels nur Sinn, sofern die Eintragung bereits superprovisorisch erfolgt ist (wie im

Berichtsentscheid 5A\_144/2024) oder der Fristablauf nicht unmittelbar droht.

## Konventionalstrafe in formnichtigem Vorvertrag – trotz Mangel durchsetzbar?

Ein Vorvertrag zu einem Grundstückskaufvertrag, der einen Formmangel aufweist und damit nichtig ist, reisst auch die Abrede über eine Konventionalstrafe, welche die Erfüllung des Vorvertrags sichern soll, mit sich in die Tiefe. Eine Straf-abrede hat nach Meinung des Handelsgerichts Aargau in dieser Umgebung aber dann (aber auch nur dann) eine Chance, wenn sie – wie das Gericht betont – «einzig» dem Zweck dient, negatives Vertragsinteresse (vor allem nutzlose Aufwendungen) auszugleichen. Mit der Praxis des Bundesgerichts harmoniert das nur teilweise.

*Lorsqu'une promesse de contracter d'une vente portant sur un bien immobilier présente un vice de forme et donc se révèle nulle, cette nullité entraîne dans son sort la clause pénale, conçue à l'origine pour garantir l'exécution de la promesse. Selon le Tribunal de commerce d'Argovie, une clause pénale n'a de chance de subsister, dans ces circonstances, que lorsqu'elle consiste uniquement à compenser l'intérêt négatif au contrat (notamment les dépenses inutiles). Cette jurisprudence cantonale ne s'harmonise que partiellement avec celle du Tribunal fédéral.*

Entscheid des Handelsgerichts des Kantons Aargau vom 8. Januar 2024 (HOR.2023/14)

**Hubert Stöckli**, Dr. iur., Professor an der Universität Freiburg

### Der Fall

**(261) 1.** Im Oktober 2021 schlossen die Parteien eine «Vereinbarung für den Kaufvertrag Parzelle aaa in Z. (SO)» ab. Diese Vereinbarung wurde von den Parteien unterzeichnet, nicht aber öffentlich beurkundet. Der Grundstückskaufvertrag sollte denn auch – offenbar aus steuerlichen Gründen, die hier nichts zur Sache tun – erst unterzeichnet werden, wenn eine rechtsgültige Baubewilligung vorlag. Der Kaufpreis aber wurde schon festgelegt und belief sich auf CHF 4,35 Mio. Zudem sah die Vereinbarung vor, dass für den Fall, dass die eine Partei dem «Kaufversprechen» trotz gültiger Baubewilligung nicht nachleben wolle, die andere Partei von ihr CHF 120 000 fordern könne. Als dann der prospektiven Käuferin die Baubewilligung erteilt worden war, teilte ihr die Partei, die ursprünglich als Verkäuferin hätte agieren wollen, mit, sie werde mit dem Verkauf zuwarten, zahle aber die vertraglich vereinbarte Summe von CHF 120 000. Zur Unterzeichnung eines formgültigen Grundstückskaufvertrags kam es also nicht. Das wollte die prospektive Käuferin nicht auf sich sitzen lassen und klagte. Sie verlangte von der prospektiven Verkäuferin nicht nur den vertraglich festgesetzten Betrag, sondern überdies Schadenersatz, jeweils zuzüglich Zins.

**2.** Die prospektive Käuferin stellte sich auf den Standpunkt, ihr sei von der prospektiven Verkäuferin das gesamte negative Vertragsinteresse zu ersetzen – dies unter Anrechnung der

vertraglich schon festgesetzten Summe von CHF 120 000. Die prospektive Verkäuferin mochte das nicht hinnehmen und verlangte die Abweisung der Klage. Zunächst war sie gewillt, den vertraglich festgesetzten Betrag zu zahlen. Doch änderte sie ihren Standpunkt, nachdem die prospektive Käuferin sich damit nicht zufriedengeben wollte.

**3a.** Die Klägerin versuchte schon gar nicht, einen gültigen Vorvertrag herbeizubeten. Ihr Argument war vielmehr, dass die vereinbarte «Konventionalstrafe [...] die minimale Abdeckung dieser Aufwendungen – also die Sicherung des negativen Vertragsinteresses – bezweckt» habe. Die besagten Aufwendungen standen im Zusammenhang mit dem von der prospektiven Käuferin angestrebten Baubewilligungsverfahren.

**b.** Die Beklagte bestritt, dass sich die Parteien einig gewesen seien, dass «die Konventionalstrafe einzig Aufwendungen der Klägerin betreffend das negative Vertragsinteresse habe sicherstellen sollen» (E. 3.1.2). Vielmehr war sie davon ausgegangen, an ihr Kaufversprechen gebunden zu sein, sich aber von diesem Versprechen durch eine Zahlung von CHF 120 000 lösen zu können.

**4.** Strittig war demnach, ob die Abrede über die Pflicht, CHF 120 000 zu bezahlen, im vorliegenden Fall als Konventionalstrafe oder als Wandelpön anzusehen war. Das überrascht vielleicht, weil doch zu erwarten wäre, dass die Formungültigkeit so oder anders zuschlagen würde. Indes zeigt der Entscheid, dass die Praxis Strafabreden in einem ansonsten formungültigen Vorvertrag akzeptiert, wenn die Strafe nicht

die Nichterfüllung eines formungültigen Verkaufs- oder Kaufversprechens sanktioniert, sondern vorvertragliche Treuwidrigkeit sanktioniert.

## Der Entscheid

1. Dass ein Grundstückskaufvertrag formbedürftig ist und dies auch für Vorverträge gilt, war klar, weshalb sich das Handelsgericht nicht länger damit aufzuhalten hatte. Den Streit um die Bedeutung der Abrede über die Zahlung von CHF 120 000 entschied das Gericht in der Weise, dass eine «klassische Konventionalstrafe» vereinbart worden war und nicht eine Wandelpön.

2. Das Urteil enthält in E. 3.2.2 instruktive, detailliert belegte, aber nicht in allen Teilen mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung harmonisierende Ausführungen zur Konventionalstrafe, die auch das Verhältnis zwischen Formbedürftigkeit und Konventionalstrafe bestreichen:

a. «Die Konventionalstrafe hat akzessorischen Charakter, d.h. sie tritt zu einer bestehenden Rechtspflicht hinzu und ist in ihrer Entstehung, ihrem Fortbestand und der Durchsetzbarkeit von dieser abhängig. Als akzessorisches Nebenrecht der Obligation setzt die Konventionalstrafe zu ihrer Entstehung somit eine gültige Hauptforderung voraus. Ursprüngliche Ungültigkeit des Vertrags infolge Formmangels führt damit auch zur Ungültigkeit der darin enthaltenen Konventionalstrafe.»

b. «Die Konventionalstrafe bedarf zudem der gleichen Form wie die Verpflichtung, bei deren Nichterfüllung die Strafe auferlegt werden soll. Dies gilt, wenn die Konventionalstrafe die Leistungspflichten bekräftigen soll, deren Einhaltung die Einhaltung der Formvorschriften erfordern würde (Hauptverpflichtung).»

c. «Eine Ausnahme hiervon besteht dann, wenn die Konventionalstrafe einzig bezweckt, das negative Interesse abzugelten, wie bspw. Planungsaufwand zu ersetzen, den eine Partei im Vertrauen auf den künftigen Vertragsabschluss gemacht hat. In diesem Fall kann die Konventionalstrafe formlos vereinbart werden» (Hervorhebung hs).

3. Das Gericht erkannte (wie erwähnt) auf eine Konventionalstrafe, sah als deren Zweck aber nicht die «blosse Sicherstellung des negativen Vertragsinteresses» und verwarf damit die Position der prospektiven Käuferin: Die strittige Abrede «bezweckt [...] die Verstärkung der Bindungswirkung der Parteien und damit die Erfüllung der Hauptleistungspflicht. Dem Wortlaut der Bestimmung lassen sich keine Anhaltspunkte entnehmen, wonach diese nicht etwa der Verstärkung der Bindungswirkung der Parteien, sondern *einzig* der Sicherstellung des negativen Vertragsinteresses dienen soll» (Hervorhebung im Urteil). Bei dieser Auslegung hatte das Gericht auf die Formungültigkeit der Strafabrede zu erkennen und das entsprechende Begehren der prospektiven Käuferin abzuweisen.

4. blieb noch der Umstand, dass die prospektive Verkäuferin erklärt hatte, sie «werde der Klägerin wie vertraglich vereinbart die Fr. 120 000.00 bezahlen». Darin erblickte das Handelsgericht zwar ein Schuldbekenntnis im Sinne von Art. 17 OR (also eine Schuldanererkennung), ohne aber anzunehmen, dass damit ein Verzicht auf allfällige Einreden verbunden gewesen wäre. So erwies sich die Schuldanererkennung als wirkungslos, weil die anerkannte Forderung als Folge der mangelhaften Form nicht gültig war.

## Die Anmerkungen

1. Das Gericht musste unter anderem entscheiden, ob die Abrede der Parteien auf eine Wandelpön hinauslief. Eine Wandelpön ist die Abrede, dass eine Partei (oder auch beide)<sup>1</sup> zwar vom Vertrag zurücktreten kann, dafür aber die vereinbarte Strafe zu zahlen hat. Geregelt ist die Wandelpön in Art. 160 Abs. 3 OR: «Dem Schuldner bleibt der Nachweis vorbehalten, dass ihm gegen Erlegung der Strafe der Rücktritt freistehen sollte.» Die Antwort auf die Frage, ob dem Schuldner der Rücktritt freisteht, ist durch Auslegung der Abrede zu gewinnen, welche die Parteien getroffen haben. Bei einem formungültigen Vorvertrag stiesse dieses Rücktrittsrecht allerdings ins Leere, da schon die Formungültigkeit dafür sorgt, dass der Vertrag nicht gilt. Wäre nicht die Behauptung im Raum gestanden, dass die Strafabrede in Tat und Wahrheit gar keine Wandelpön darstellt, hätte sich das Gericht diese Mühe deshalb sparen können.<sup>2</sup>

2. Da aber die prospektive Käuferin diesen Standpunkt vertrat, musste sich das Gericht über die Frage beugen, ob die Strafabrede als Wandelpön gemeint war – mit dem soeben erwähnten Resultat – oder aber als anders geartete Konventionalstrafe, da die Praxis hier in einem enggefassten Fall eine formfreie Strafabrede schützt, wenn sie ausschliesslich darauf angelegt ist, der Partei, die sich ungeachtet des Formmangels auf die Erfüllung eingestellt hatte, einen Ausgleich für Aufwendungen zu verschaffen, die sie im Hinblick auf die Erfüllung getätigt hatte, die aber, weil die Erfüllung schlussendlich treuwidrig ausblieb, nutzlos verpufften. Wer das handelsgerichtliche Urteil liest, wird womöglich den Eindruck gewinnen, dass das Gericht die Strafabrede geschützt hätte, wenn deren Zweck «einzig» darin gelegen hätte, «das negative Interesse abzugelten». Möglicherweise hatte es dabei die Culpa-Haftung im Hinterkopf, was sich aber dem Urteil nicht

<sup>1</sup> Anders gesehen wird das in P. GAUCH/W. A. SCHLUEP/S. EMMENEGGER, OR AT, 11. Aufl., Zürich 2020, Rz. 3870, offenbar in der Meinung, eine Wandelpön könne nicht vorliegen, wenn beiden Parteien, nicht nur dem Schuldner das Rücktrittsrecht zusteht. Es trifft zu, dass Art. 160 Abs. 3 OR vom «Schuldner» spricht. Da beim vollkommen zweiseitigen (synallagmatischen) Vertrag aber beide Parteien nicht nur Gläubiger, sondern auch Schuldner sind, kann Wandelpön auch dann bejaht werden, wenn beide Parteien gegen Bezahlung der Strafe vom Vertrag zurücktreten können.

<sup>2</sup> Ist die Wandelpön subjektiv wesentlich, wird sie vom Formzwang erfasst. Für Formbedürftigkeit M. VISCHER/D. GALLI, Nochmals zum Umfang des Formzwangs beim Grundstückskauf, in: Anwaltsrevue 2017, S. 473 ff./486.

entnehmen lässt. Nur vom «Vertrauen auf den künftigen Vertragsschluss» ist die Rede. Wie ist dazu die bundesgerichtliche Praxis?

a. Ist die Praxis des Bundesgerichts angesprochen, dann ist damit zunächst

– das in italienischer Sprache verfasste bundesgerichtliche Leiterteil BGE 140 III 200 gemeint.<sup>3</sup> In diesem Urteil ging es um eine formnichtige Reservationsvereinbarung, die auch eine Konventionalstrafe vorsah. In der aufschlussreichen Regeste zu diesem Leiterteil liest man: «Una pena convenzionale, che ha lo scopo di risarcire l'interesse negativo derivante da una culpa in contrahendo, può essere validamente stipulata in un contratto preliminare di compravendita immobiliare redatto nella sola forma scritta» – oder auch: «Eine Konventionalstrafe, mit welcher das durch eine culpa in contrahendo entstehende negative Interesse entschädigt werden soll, kann in einem in einfacher Schriftform abgefassten Vorvertrag zu einem Grundstückkauf gültig vereinbart werden.» Die Erwägung, nach der eine Strafabrede «si rivela [...] valida se ha unicamente lo scopo di risarcire il cosiddetto interesse negativo» (E. 5.3) ist vor dem Hintergrund der Regeste und den Überlegungen, die das Bundesgericht sonst noch in seinem Urteil anstellt, zu lesen und darf nicht als isolierte, freistehende Regel gesehen werden, wonach eine Strafabrede auch ohne Culpa-Haftung die Formungültigkeit eines Vorvertrages zu überleben vermag, wenn sie sich «unicamente» auf das negative Vertragsinteresse bezieht. Ausgerichtet ist diese Aussage vielmehr auf Fälle, in denen sich die eine Partei vorvertraglich treuwidrig verhält und die andere Partei als Folge dieses Verhaltens in Form nutzlos gewordener (frustrierter) Aufwendungen einen Schaden erleidet.

– In seinem Urteil 4A\_573/2016 vom 19. September 2017 blieb das Bundesgericht bei der Linie, die es in seinem Leiterteil vorgezeichnet hatte: «Le lien d'accessoriété n'est toutefois pas le même lorsque la clause pénale a pour seul objectif de compenser un intérêt négatif, notamment en matière de culpa in contrahendo [...]. S'agissant de la forme, ce type de clause pénale peut ainsi être valablement prévu dans une promesse de vente immobilière rédigée en la forme écrite simple» (E. 6.1.1). Das Bundesgericht leitet den Verweis auf die culpa in contrahendo zwar mit «notamment» ein und scheint zu erkennen zu geben, dass es die Culpa-Haftung nur als einen möglichen Anwendungsfall, als Beispiel betrachtet. Was es damit auf sich hat, lässt sich mit dem Urteil nicht entscheiden. Womöglich ist «notamment» einfach deshalb hineingerutscht, weil sich das Gericht nicht ohne Not festlegen wollte. Dass eine Konventionalstrafe auch geschuldet sein kann, wenn keinerlei Unregelmässigkeit vorgekommen ist, lässt sich diesem Urteil aber jedenfalls nicht entnehmen.

– Auch in einem dritten Urteil 4A\_109/2018 vom 8. November 2018 wich das Bundesgericht von seiner Linie nicht ab.<sup>4</sup> Erneut ging es um eine formungültige Reservationsvereinbarung, die mit einer Konventionalstrafe ausgestattet worden war. Das Bundesgericht führte aus: «[...] Vereinbarungen über Konventionalstrafen bzw. Pauschalvergütungen [sind] formlos gültig, wenn sie einzig den Zweck haben, das sogenannte negative Interesse abzugelten, wie beispielsweise Planungsaufwand zu ersetzen, den eine Partei im Vertrauen auf den künftigen Vertragsabschluss gemacht hat» (E. 3.1). Dieses dritte Urteil verweist in diesem Kernsatz, an dem sich dem Anschein nach auch das Handelsgericht Aargau orientierte, zwar nicht ausdrücklich darauf, dass die Strafabrede für den Fall einer Culpa-Haftung vereinbart werden müsse, damit die Abrede vom Formerfordernis nicht erfasst würde. Doch weicht es nicht von seinen beiden früheren Urteilen ab, was sich daraus ergibt, dass es das vorinstanzliche Urteil schützt. Die Vorinstanz (vgl. E. 3.2) kam zum Schluss, dass die «Regelung über den Verfall der Anzahlung» nach dem Vertrag auch greifen sollte, wenn die berechnete Partei «unverschuldet vom Vertrag zurücktritt» und so «über die vorvertragliche Haftung aus culpa in contrahendo» hinausging. Weil sie so den Druck, den Vertrag einzuhalten, verstärkte, erachtete die Vorinstanz die Regelung «als (form-)nichtig». Der Umstand, dass in der Regelung «durchwegs Positionen des negativen Interesses als entschädigungspflichtig erwähnt» wurden, vermochte sie aus Sicht der Vorinstanz, die sich das Bundesgericht zu eigen machte, nicht zu retten.

b. Im Urteil des Handelsgerichts Aargau, dem dieser Bericht gilt, wird aus der Klageschrift zitiert, dass Vereinbarungen über Konventionalstrafen formlos gültig seien, «wenn sie einzig den Zweck hätten, das negative Vertragsinteresse in [culpa in contrahendo]-Haftungstatbeständen abzugelten, wie bspw. den Planungsaufwand zu ersetzen, den eine Partei im Vertrauen auf den künftigen Vertragsabschluss gemacht habe» (E. 3.1.1). Die Klägerin bewegte sich damit ganz auf der Linie der bundesgerichtlichen Rechtsprechung. Nach dem handelsgerichtlichen Urteil kann eine Konventionalstrafe formlos vereinbart werden, wenn die «Konventionalstrafe einzig bezweckt, das negative Interesse abzugelten, wie bspw. Planungsaufwand zu ersetzen, den eine Partei im Vertrauen auf den künftigen Vertragsabschluss gemacht hat». Wie schon angetönt, scheint es ganz so, als sei das Erfordernis der Culpa-Haftung auf der Strecke geblieben.

c. Auch wenn das handelsgerichtliche Urteil einen an eine Öffnung denken lässt, wird sich weiterhin die bundesgerichtliche Rechtsprechung Bahn brechen: Die Beschränkung auf das negative Vertragsinteresse reicht nicht und macht allein auch keinen Sinn. Erforderlich ist vielmehr, dass mit der

<sup>3</sup> Ausführlich und kritisch besprochen von J. SCHMID, Reservationsvereinbarung beim Grundstückkauf, Formmangel und Konventionalstrafe, BR/DC 2014, S. 278 ff., Nr. 599.

<sup>4</sup> Besprochen von T. SIEGENTHALER, in: BR/DC 2019, S. 142, Nr. 267, der dort ausführt, das Bundesgericht hätte mit diesem Urteil seinen «Leitentscheid BGE 140 III 200 in einem wichtigen Punkt präzisiert». Nach meinem Verständnis war die Beschränkung auf Culpa-Haftung allerdings schon im Leitentscheid angelegt. Wie SIEGENTHALER aber auch BSK OR I-M. WIDMER/R. COSTANTINI/F. R. EHRT, N 4 und 11 zu Art. 160 OR.

Konventionalstrafe eine vorvertragliche Treuwidrigkeit (also culpa in contrahendo) sanktioniert wird, aus der dann die Pflicht fliessen kann, Schadenersatz im Umfang des negativen Vertragsinteresses zu leisten. Damit erklärt sich auch, warum eine solche Strafabrede von Anfang an nicht formbedürftig ist, ihre Formlosigkeit also keine Ausnahme von einer ansonsten zu beachtenden Formvorschrift ist.

**d.** Nicht recht einsichtig ist, warum der Schadenersatz a priori auf das negative Vertragsinteresse beschränkt sein muss. Zwar soll die Erfüllung eines Grundstückkaufvertrags im Regelfall nur gefordert werden können, wenn die gesetzliche Formvorschrift eingehalten ist. Doch knüpft eine Konventionalstrafe im beschriebenen Sinne bei der Culpa-Haftung an, die von der Pflicht, den Vertrag zu erfüllen, unabhängig ist. So gesehen ist die Formfreiheit hinsichtlich entsprechender Strafabreden weder eine Ausnahme vom Grundsatz, nach dem Grundstückkaufverträge (und entsprechende Vorverträge) formbedürftig sind, noch ist in Stein gemeisselt, dass die Haftung auf das negative Vertragsinteresse beschränkt sein muss. Das Gesetz selber sieht, wo es der Billigkeit entspricht, Ausweitungen vor.

**4.** Was all dies für die Vertragspraxis bedeutet:

**a.** Parteien, die einen Vorvertrag zu einem Grundstückkaufvertrag abschliessen wollen, sollten prüfen, ob sie den Vorvertrag nicht gerade in die gesetzlich gebotene Form giessen wollen. Parteien, die das nicht wollen, müssen sich im Klaren darüber sein, dass ihr Vorvertrag formungültig und damit unverbindlich ist. Das ist nicht weiter bedauerlich, da gerade darin ein Hauptzweck der Formvorschrift für Grundstückkaufverträge (und entsprechende Vorverträge) liegt.

**b.** Parteien, die ihren Vorvertrag mit einer Strafabrede bewahren und damit die Erfüllung absichern wollen, können das zwar tun, müssen aber, wenn sie die Form nicht einhalten, damit rechnen, dass auch die Strafabrede nicht greift. Das ist (erneut) zweifellos zweckmässig so. Wenn mit der Konventionalstrafe aber vorvertragliche Untreue sanktioniert werden soll, ist anzunehmen, dass der Formmangel, der dem Vorvertrag sonst anhaftet, nicht auch die Strafabrede beschlägt. Vorausgesetzt ist aber, dass ein Fall der Culpa-Haftung vorliegt, was nicht schon dann der Fall ist, wenn eine Partei sich die Sache anders überlegt und auf den Abschluss des Grundstückkaufvertrags verzichtet.

**c.** Rechtlich sicherer ist es allemal, wenn nach dem Vorvertrag Zahlungen für Leistungen geschuldet sind, die schon erbracht worden sind oder noch zu erbringen sind<sup>5</sup>, womit sich die Parteien aus dem anspruchsvolleren Kontext von Formvorschrift, Culpa-Haftung und Konventionalstrafe lösen. Wenn sie dabei hingehen und die Zahlung als Entschädigung dafür vereinbaren, dass der prospektive Verkäufer das Grundstück für die vereinbarte Dauer nicht verkauft (also stillhält), muss sich die prospektive Käuferin im Klaren darüber sein, dass ihr dieser Unterlassungsanspruch nicht auch einen Anspruch darauf vermittelt, den Abschluss des Grundstück-

kaufvertrags erzwingen zu können. Denn das geht nur mit einem formgültigen Vorvertrag.

**5.** Was jetzt kommt, sind einige Nachträge. Die Anordnung rechtfertigt sich aus dem Umstand, dass die Fragen im handelsgerichtlichen Urteil nicht angesprochen werden mussten – also nicht etwa eine Lücke im Urteil vorliegt. Gleichwohl drängen sich die Nachträge auf, weil die gesetzlichen Bestimmungen über die Konventionalstrafe einige Dinge enthalten, die bislang nicht thematisiert worden sind.

**a.** Ein erster Nachtrag knüpft an bei Art. 161 Abs. 1 OR, der vorsieht, dass eine Konventionalstrafe auch dann verfällt, «wenn dem Gläubiger kein Schaden erwachsen ist». Diese Bestimmung ist dispositiv, und so greift sie immer dann, wenn die Parteien nichts Abweichendes vereinbart haben. Ihr Zweck besteht darin, «den Gläubiger der Notwendigkeit zu entheben, einen Schaden nachweisen zu müssen» (BGE 95 II 532/539, E. 5), was für den Gläubiger natürlich recht praktisch ist. Ich sehe nicht, warum diese Regel nicht auch in Fällen greifen würde, in denen Parteien in Hinsicht auf eine mögliche Culpa-Haftung eine Konventionalstrafe vereinbaren, die alsdann verfällt, wenn eine Partei sich vorvertraglich treuwidrig verhält. Auch in einem solchen Fall gilt, dass die Partei, gegen die sich die Treuwidrigkeit gerichtet hat, die Strafe einfordern kann, ohne einen Schaden nachweisen zu müssen.

**b.** Ein zweiter Nachtrag ergibt sich aus Art. 163 Abs. 2 OR. Dieser Bestimmung zufolge kann die Strafe nicht gefordert werden, «wenn sie ein widerrechtliches oder unsittliches Versprechen bekräftigen soll». Ein Verweis auf den Fall, da ein formungültiges Versprechen vorliegt, findet sich hier nicht. Mit dem Handelsgericht Aargau ist es damit wie folgt zu halten: «Ursprüngliche Ungültigkeit des Vertrags infolge Formmangels führt [...] zur Ungültigkeit der darin enthaltenen Konventionalstrafe» (E. 3.2.2). Das gilt in dieser Direktheit aber auch für die Fälle, die in Art. 163 Abs. 2 OR aufgeführt werden, da sowohl die Widerrechtlichkeit als auch die Unsittlichkeit eines Versprechens nach Art. 20 OR dessen Nichtigkeit nach sich ziehen, was alsdann auch die Konventionalstrafe beschlägt, die ein blosses Akzessorium ist.<sup>6</sup> So gesehen hat die gesetzliche Regel in Art. 163 Abs. 2 OR augenscheinlich keine eigenständige Bedeutung.<sup>7</sup>

**c.** Ein dritter Nachtrag baut auf dem zweiten auf. Es kann sein, dass die vereinbarte Strafe in einer Höhe festgesetzt wurde, die den Schaden übersteigt, der unter dem Gesichtspunkt des negativen Vertragsinteresses geltend werden kann. Dieser Teil der Strafe deckt, weil er nicht das negative Vertragsinteresse abdeckt, das positive Vertragsinteresse, also auf das Erfüllungsinteresse.<sup>8</sup> Die Erfüllung aber darf – wenn man bei der Begrenzung auf das negative Vertragsinteresse bleiben will –

<sup>6</sup> BSK OR I-M. WIDMER/R. COSTANTINI/F. R. EHRAT, N 4 zu Art. 163 OR.

<sup>7</sup> Vgl. zu diesem Gedanken § 344 des deutschen BGB zur Unwirksamkeit des Strafversprechens.

<sup>8</sup> Damit sage ich nicht, das negative Interesse sei stets geringer als das positive. In BGE 144 III 43/52 E. 3.4.4 bestätigte das Bundesgericht zutreffend, dass das negative Vertragsinteresse auch den Gewinn aus entgangenen Drittgeschäften einschliessen kann.

<sup>5</sup> Mit diesem bedenkenswerten Ratschlag schon SIEGENTHALER (Fn. 4).

angesichts der Formungültigkeit des Vorvertrags nicht gefordert und entsprechend das wirtschaftliche Ergebnis der Erfüllung auch nicht indirekt durch eine Strafzahlung herbeigeführt werden. In diesem Mass ist der Strafbetrag zu kürzen, ohne

dass es dafür auf Art. 163 Abs. 3 OR ankäme, weshalb auch kein krasses Missverhältnis (dazu BGE 114 II 264 E. 1a) erforderlich ist.

## Das baukostenabhängige Planerhonorar und warum es vor Gericht kaum durchsetzbar ist

Selbst wenn es offensichtlich ist, dass wesentliche Planerleistungen erbracht wurden, führen die Leistungs- und Honorarordnungen des SIA in Kombination mit den in Zivilprozessen bestehenden Substanziierungspflichten oftmals zum Ergebnis, dass dem Planer kein Honoraranspruch zugesprochen wird. Im vorliegenden Fall zeigte sich das am Beispiel eines baukostenabhängigen Honorars gemäss SIA-Ordnung 108 (2003).

*Même s'il est évident que le mandataire fournit des prestations importantes, les règlements de prestations et d'honoraires de la SIA, combinés aux devoirs de motivation qu'imposent les procès civils, aboutissent souvent à ce que les tribunaux ne valident aucune des prétentions du mandataire à des honoraires. Le cas présent le démontre pour des honoraires calculés en fonction du coût de l'ouvrage selon la norme SIA 108 (2003).*

Urteil des Handelsgerichts Zürich vom 3. Oktober 2023 (HG 210183-0)

**Thomas Siegenthaler**, Dr. iur., Rechtsanwalt, M.Jur., Fachanwalt SAV für Bau- und Immobilienrecht, Winterthur

### Der Fall

**(262)** Eine Gebäudetechnikingenieurin verpflichtete sich gegenüber der Bauherrschaft, die Ingenieurleistungen der Phasen 3 (Projektierung), 4 (Ausführung) und 5 (Realisierung) gemäss der SIA-Ordnung 108 (2003) zu erbringen. Für diese Phasen wurde ein Honorar nach den Baukosten gemäss Schlussrechnung im Sinne der SIA-Ordnung 108 vereinbart. Die Leistungserbringung wurde abgebrochen, bevor die zur Phase 5 gehörende Teilphase Inbetriebnahme/Abschluss erbracht wurde. Die Ingenieurin klagte auf Zahlung des Honorars und machte geltend, sie habe bis zum Abbruch der Leistungserbringung sämtliche Leistungen der Phasen 3 bis 5 vertragskonform erbracht und damit das entsprechende baukostenabhängige Honorar verdient. Die Beklagte bestritt, dass die Klägerin die Leistungen der Phasen 3 bis 5 vertragskonform erfüllt habe. Insbesondere substanziere die Ingenieurin die von ihr vorgebrachten Leistungen nicht rechtsgenügend, so dass ihr für die Phasen 3 und 5 keine Entschädigung zustehe.

### Der Entscheid

Der Vertrag wurde vorzeitig beendet. Für die Vergütung des Planers hat die vorzeitige Vertragsbeendigung zur Folge, dass nur eine Teilvergütung für die bereits erbrachten Leistungen

geschuldet ist. Dies gilt auch nach der SIA-Ordnung 108 (2003), weil diese in Art. 1.12.1 auf die gesetzlichen Regelungen des Obligationenrechts verweist. «Für die Berechnung der Teilvergütung ist bei einer – wie vorliegend – vereinbarten baukostenabhängigen Vergütung nach Massgabe der Leistungstabelle zu ermitteln, welchen Anteil die bisher erbrachten Leistungen des Planers an den gesamten von ihm übernommenen Grundleistungen haben. Im Umfang des resultierenden prozentualen Anteils der erbrachten Leistungen steht dem Planer eine auf Basis der Gesamtvergütung berechnete Teilvergütung zu» (E. 5.1). Die Behauptungs- und Beweislast für die bis zur vorzeitigen Beendigung des Vertrages erbrachten Leistungen obliegt dem Planer. «Die Leistung von Akontozahlungen bringt – unter dem Vorbehalt anderslautender Abreden zwischen den Parteien – keine Änderung der Behauptungs- und Beweislast mit sich, d.h. der Planer hat Bestand und Höhe seiner Forderung vollumfänglich nachzuweisen, auch wenn er einen Teil davon bereits als Akontozahlung erhalten hat» (E. 5.1). Folglich hatte die Ingenieurin «die von ihr in den jeweiligen Phasen bzw. für die weiteren Honorarpositionen erbrachten Leistungen zu behaupten und – soweit sie von der Beklagten bestritten werden – zu substantiieren. Für die Leistungen der Phasen 3 bis 5 gemäss SIA-Ordnung 108 (2003) hat sie darüber hinaus darzulegen, welchen Leistungsanteil die von ihr erbrachten Leistungen an den gesamthaft übernommenen Grundleistungen haben» (E. 5.1). Auch könne der Bestellerin in diesem Zusammenhang «keine qualifizierte Bestreitungslast zukommen, denn eine solche bedarf eines Informationsgefälles zwischen den Parteien, in dem Sinne, dass die an sich behauptungsbelastete Partei den massgebenden Tatsachen ferner steht als die Gegenpartei und die