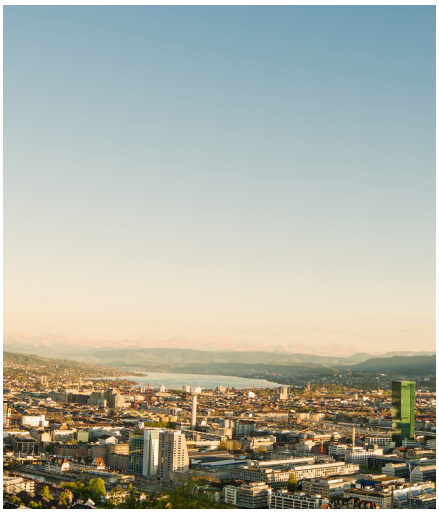
Dezember 2021

Real Estate Legal Update

Neueste Entwicklungen aus den Bereichen Transaktionen, Mietrecht, privates Baurecht, öffentliches Planungs- und Baurecht sowie Immobiliensteuern.

walderwyss rechtsanwälte



Dies ist eine Zusammenfassung der Artikel. Die vollständigen Artikel finden Sie auf den Folgeseiten.

Asset Market Legal Update

Grundstückkaufverträge – Risiken bei der Übernahme der Maklerprovision durch die Käuferin

Bei Vermittlung einer Immobilie durch einen Makler fällt in der Regel eine Maklerprovision an. In den meisten Fällen beauftragt die Verkäuferin den Makler mit der Suche nach einer Käuferin für ein Grundstück. Entsprechend ist die Maklerprovision von der Verkäuferin geschuldet. Vereinbaren die Parteien, dass diese Maklerprovision von der Käuferin bezahlt wird, übernimmt die Käuferin eine Schuld der Verkäuferin. Wird diese Schuldübernahme im Grundstückkaufvertrag nicht oder nicht genügend abgebildet, kann dies zur Nichtigkeit des gesamten Grundstückkaufvertrages führen. Im vorliegenden Beitrag wird aufgezeigt, wie eine Maklerprovision im Grundstückkaufvertrag abgebildet werden muss, um das Risiko der Nichtigkeit zu vermeiden.

Vollständiger Artikel ->

Space Market Legal Update

Konkurs des Mieters von Geschäftsräumen – Stellung und Rechtsbehelfe des Vermieters

Der Konkurs eines Mieters von Geschäftsräumen hat für den Vermieter insbesondere bei langfristigen Mietverträgen regelmässig einschneidende Konsequenzen. So muss er sich unter anderem um die Auflösung des Mietvertrages kümmern sowie seine Rechte als Gläubiger im Konkurs fristgerecht wahrnehmen. Im vorliegenden Beitrag sollen einerseits die Stellung und Rechtsbehelfe des Vermieters beleuchtet werden. Auf der anderen Seite wird auf die bestmögliche vertragliche Absicherung des Vermieters im Mietvertrag eingegangen.

Vollständiger Artikel ->

Construction Market Legal Update

Pauschalierter Schadenersatz und Konventionalstrafen in internationalen Bauverträgen

An Infrastruktur- und Bauprojekten beteiligte Parteien streben oft praktische Entschädigungslösungen an, die im Falle eines Vertragsbruchs durch eine der Parteien einfach umzusetzen sind. Internationale Bauverträge sehen zu diesem Zweck regelmässig Schadenspauschalen oder Konventionalstrafen vor. Dieser Artikel untersucht die Vor- und Nachteile solcher Vertragsklauseln aus der Sicht des Schweizer Rechts und zeigt auf, welche Punkte die Vertragsparteien berücksichtigen sollten, bevor sie sich für eine der beiden Optionen entscheiden.

Vollständiger Artikel ->

Grundstückkaufverträge – Risiken bei der Übernahme der Maklerprovision durch die Käuferin

Von André Kuhn
Dr. iur., Rechtsanwalt und Notar
Managing Associate
Telefon +41 58 658 29 36
andre.kuhn@walderwyss.com

und Albane Selimi
MLaw, Rechtsanwältin
Senior Associate
Telefon +41 58 658 56 06
albane.selimi@walderwyss.com

Ausgangslage

Grundstückkaufverträge kommen häufig durch Vermittlung eines Maklers zustande. Meist wird der Makler von der Verkäuferin mit der Suche nach einer Käuferin für ein Grundstück beauftragt. In einer solchen Konstellation schuldet grundsätzlich die Verkäuferin die Maklerprovision (sog. Verkaufsprovision). Es kommt aber auch vor, dass ein Maklervertrag zwischen der Käuferin und dem Makler zustande kommt, indem der Makler den Auftrag von der Käuferin erhält, ein entsprechendes Grundstück zu dessen Erwerb zu suchen. In diesem Fall ist die Käuferin zur Zahlung der Maklerprovision (sog. Kaufsprovision) verpflichtet.

Formzwang beim Grundstückkauf und dessen Bedeutung

Kaufverträge, die ein Grundstück zum Gegenstande haben, bedürfen zu ihrer Gültigkeit der öffentlichen Beurkundung (Art. 216 Abs. 1 OR). Eine ungenügende Form führt grundsätzlich zur Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes. Nichtigkeit ist die schärfste Rechtsfolge und von Amtes wegen zu beachten. Sie führt dazu, dass der ganze Grundstückkaufvertrag von Anfang an keine Wirkung entfaltet und daher Leistungen aus einem nichtigen Grundstückkaufvertrag ohne gültigen Rechtsgrund erfolgen. Entsprechend ist ein nichtiger Grundstückkaufvertrag rückabzuwickeln. Da die Nichtigkeit zudem von jedermann jederzeit geltend gemacht werden kann, kann sie auch Jahre später – unabhängig einer Frist – festgestellt werden.

Von entscheidender Bedeutung ist daher die Frage, welche Tatsachen und Willenserklärungen im Grundstückkaufvertrag öffentlich beurkundet werden müssen (sog. Umfang des Formzwangs), um das Risiko eines nichtigen Kaufvertrages zu vermeiden. Generell ist unbestritten, dass der Kaufpreis als zentrales Vertragselement der öffentlichen Beurkundung bedarf. Dabei gilt, dass sich der Kaufpreis aus der Gesamtheit aller (Geld-) Leistungen zusammensetzt, welche die Käuferin der Verkäuferin als Entgelt für die Übertragung des Eigentums am Grundstück erbringen muss.

Maklerprovision als Bestandteil des Kaufpreises?

Beauftragt die Käuferin den Makler mit der Suche eines Grundstücks zu dessen Erwerb, besteht ein Vertragsverhältnis zwischen der Käuferin und dem Makler, für welches die Käuferin dem Makler im Erfolgsfall eine Provision schuldet. Die Verkäuferin ist nicht Vertragspartei und beteiligt sich entsprechend auch nicht an der zu entrichtenden Maklerprovision. Vielmehr bezahlt die Käuferin diese Kaufsprovision an den Makler ausserhalb des Grundstückkaufvertrages. Der Kaufpreis für das Grundstück ist in dieser Konstellation nicht tangiert.

Dasselbe gilt, wenn die Verkäuferin den Makler mit der Suche nach einer Käuferin beauftragt und aufgrund des bestehenden Vertragsverhältnisses zwischen ihr und dem Makler die Provision im Erfolgsfall vollständig und ohne Beteiligung der Käuferin bezahlt. Diese Verkaufsprovision berührt den Kaufpreis des Grundstücks ebenfalls nicht.

Eine andere Ausgangslage liegt indessen vor, wenn sich die Parteien darauf einigen, dass die effektiv von der Verkäuferin geschuldete Verkaufsprovision von der Käuferin bezahlt wird. In einer solchen Konstellation übernimmt die Käuferin eine Schuld der Verkäuferin. Eine solche Schuldübernahme kann unter Umständen

als Teil der Gegenleistung für den Grundstückerwerb und damit als Kaufpreiskomponente angesehen werden. Weil im Grundstückkaufvertrag der vollständige Kaufpreis auszuweisen ist, wäre die Schuldübernahme im Kaufvertrag offenzulegen. Andernfalls besteht das Risiko, dass der Grundstückkaufvertrag nichtig ist, da nicht der wahre Kaufpreis öffentlich beurkundet wird.

Entscheidend sind jeweils die tatsächlichen Verhältnisse. In einem kürzlich vom Obergericht des Kantons Bern zu beurteilenden Fall hatten die Parteien eines Grundstückkaufvertrages die Maklerprovision als «Käuferprovision» bezeichnet, obwohl der Makler nachweislich von der Verkäuferin beauftragt war. Zudem hatte die Käuferin im Grundstückkaufvertrag erklärt, durch Bezahlung der Maklerprovision keine Schuld der Verkäuferin zu übernehmen. Das Obergericht des Kantons Bern sah es in seinem Urteil vom 26. Februar 2021 (Urteil Nr. ZK 20458) als erwiesen an, dass es sich bei der fraglichen Provision in Tat und Wahrheit um eine Verkaufsprovision handelte und die Käuferin deshalb sehr wohl eine Schuld der Verkäuferin übernommen hatte. Es erklärte den Grundstückkaufvertrag deshalb aufgrund unrichtiger öffentlicher Beurkundung des Kaufpreises für nichtig.

Nach dem Gesagten ist eine Maklerprovision somit immer dann im Grundstückkaufvertrag abzubilden, wenn sie bei wirtschaftlicher Betrachtung als Bestandteil des Kaufpreises angesehen werden könnte. Dies ist namentlich dann der Fall, wenn (1) die Verkäuferin den Makler beauftragt hat und (2) die Käuferin sich verpflichtet, die von der Verkäuferin geschuldete Maklerprovision zu bezahlen.

Abbildung der Maklerprovision im Grundstückkaufvertrag

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung muss der Kaufpreis im Grundstückkaufvertrag nicht nur richtig, sondern auch klar beurkundet werden. Das Bundesgericht ist diesbezüglich streng und verlangt, dass Kaufpreiskomponenten nicht in verschiedenen Rubriken im Grundstückkaufvertrag aufgeführt und dadurch die Gesamtheit der erbrachten Leistungen zusammengesucht werden müssen. So qualifizierte das Bundesgericht einen Grundstückkaufvertrag als nichtig, in welchem die Zahlung von CHF 500'000.00 durch die Käuferin zwecks Ablösung des auf dem Grundstück lastenden Schuldbriefes nicht unter der Rubrik «Kaufpreis», sondern lediglich in den weiteren Vertragsbestimmungen ausgewiesen war (Urteil des BGer 5A_33/2006 vom 24. April 2007).

In der Praxis ist es üblich, dass der Kaufpreis in einer separaten Rubrik genannt wird und unmittelbar anschliessend die Modalitäten der Kaufpreistilgung geregelt werden. Zusätzliche finanzielle Verpflichtungen der Käuferin kommen freilich in den weiteren Vertragsbestimmungen vor, etwa die Übernahme der Grundbuch- und Notariatskosten, der Grundstückgewinn- und Handänderungssteuern, der Vorfälligkeitsentschädigungen für Festhypotheken oder die Vornahme von Zahlungen in den Erneuerungsfonds durch die Käuferin, ohne dass diese an den Kaufpreis angerechnet werden. Solche Zahlungen der Käuferin, welche in den weiteren Bestimmungen des Grundstückkaufvertrages erwähnt werden, sind gemäss juristischer Lehre zulässig, solange sie untergeordnete Verpflichtungen darstellen.

Der Begriff der «untergeordneten Verpflichtung» lässt indessen Interpretationsspielraum zu und ist nirgends klar definiert. Während bei Grundbuch- und Notariatskosten wohl von einer untergeordneten Verpflichtung ausgegangen werden kann, ist bei anderen Gegenleistungen der Käuferin Vorsicht geboten. Um nicht Gefahr zu laufen, dass der Grundstückkaufvertrag als nichtig qualifiziert wird, empfiehlt es sich, in der Rubrik «Kaufpreis» auf zusätzliche finanzielle Leistungsversprechen der Käuferin in anderen Rubriken des Grundstückkaufvertrages zumindest speziell hinzuweisen. Dies gilt auch für die von der Verkäuferin geschuldete, jedoch von der Käuferin übernommene Verkaufsprovision. Dabei genügt es, wenn in der Rubrik «Kaufpreis» explizit auf die entsprechende Vertragsbestimmung verwiesen wird, in welcher die von der Käuferin übernommene Verkaufsprovision geregelt ist.

Fazit

Bezahlt die Käuferin eines Grundstücks eine grundsätzlich von der Verkäuferin geschuldete Maklerprovision, ist bei der Ausgestaltung des Grundstückkaufvertrags grösste Vorsicht geboten. Die Übernahme einer solchen Schuld durch die Käuferin kann als (finanzielle) Gegenleistung für den Grundstückerwerb angesehen werden. Folglich bildet sie eine Komponente des Kaufpreises und muss als solche im öffentlich beurkundeten Grundstückkaufvertrag ausgewiesen werden. Andernfalls besteht das Risiko der Nichtigkeit des Grundstückkaufvertrags.

Aufgrund der strengen Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Abbildung des Kaufpreises im Grundstückkaufvertrag empfiehlt es sich, die Bezahlung einer Verkaufsprovision durch die Käuferin unter der Rubrik «Kaufpreis» eindeutig als Teil der Gegenleistung zu deklarieren. Dies kann erfolgen, indem explizit auf die entsprechende Rubrik in den weiteren Vertragsbestimmungen des Grundstückkaufvertrages verwiesen oder diese von der Käuferin erbrachte Gegenleistung abschliessend in der Rubrik «Kaufpreis» geregelt wird. Aufgrund des Nichtigkeitsrisikos sollte der explizite Hinweis in der Rubrik «Kaufpreis» selbst dann erfolgen, wenn die von der Käuferin übernommene Verkaufsprovision im Einzelfall als «untergeordnete Verpflichtung» qualifiziert werden könnte.

Dasselbe muss für andere Forderungen wie beispielsweise Grundstückgewinn- und Handänderungssteuern, Grund- oder Fahrnispfandschulden, Vorfälligkeitsentschädigungen für Festhypotheken etc. gelten, welche von der Verkäuferin geschuldet sind, jedoch von der Käuferin im Rahmen des Grundstückkaufvertrages übernommen werden.

Konkurs des Mieters von Geschäftsräumen – Stellung und Rechtsbehelfe des Vermieters

Von Julia Lehner
MLaw, Rechtsanwältin
Senior Associate
Telefon +41 58 658 52 64
julia.lehner@walderwyss.com

Aufgrund der Corona Pandemie ist das Thema aktueller denn je. Viele Geschäftsmieter der besonders betroffenen Branchen wie der Gastronomie oder Eventbranche litten oder leiden nach wie vor an grossen finanziellen Einbussen, die im schlimmsten Fall in einem Konkurs enden können. Für den Vermieter der entsprechenden Geschäftsräume hat ein Konkurs regelmässig prekäre Folgen. So ist das Schicksal des Mietvertrages ungewiss und der Vermieter muss um die ausstehenden und die zukünftigen Mietzinsforderungen bangen.

Wirkungen der Konkurseröffnung auf den Mietvertrag

Die Eröffnung des Konkurses über den Mieter führt – im Gegensatz zum Pachtvertrag – nicht von Gesetzes wegen zu einer Auflösung des Mietvertrages. Der Mieter verliert jedoch die Verfügungsfähigkeit über sein Vermögen. Dieses fällt unter den Konkursbeschlag.

Bei den Mietzinsforderungen, die vor dem Konkurs fällig geworden sind, handelt es sich um Konkursforderungen dritter Klasse, sofern der Vermieter kein vertragliches oder gesetzliches Pfandrecht (wie das Retentionsrecht, siehe dazu unten) geltend machen kann. Zusätzlich sind auch die Mietzinsforderungen bis zum nächsten möglichen Kündigungstermin oder bis zum Ende der Vertragsdauer bei befristeten Verträgen grundsätzlich Konkursforderungen dritter Klasse (Art. 211a SchKG). Dies bedeutet, dass die Forderungen des Vermieters unter Vorbehalt eines Pfandrechts nicht privilegiert sind und folglich an letzter Stelle befriedigt werden.

Tritt die Konkursverwaltung in den Mietvertrag ein – was erfahrungsgemäss sehr selten der Fall ist, jedoch für den Vermieter grundsätzlich wünschenswert wäre – stellen die Mietzinsforderungen nach Konkurseröffnung privilegierte Masseverbindlichkeiten dar, die vorab aus dem Verwertungserlös bezahlt werden.

Der Vermieter hat seine Forderungen innert der vom Konkursamt gesetzten Frist beim Konkursamt schriftlich und mit Hinweis auf allfällige Pfand- und Retentionsrechte einzugeben.

Kündigung des Mietvertrages

Möchte der Vermieter den Mietvertrag mit dem konkursiten Mieter kündigen, hat er einerseits die Möglichkeit nach Art. 257d OR (Zahlungsverzug) vorzugehen, sofern ein Zahlungsrückstand des Mieters vorliegt. Der Vermieter muss dem Mieter zunächst unter Androhung der Kündigung eine Zahlungsfrist von mindestens 30 Tagen ansetzen, um die ausstehenden Mietzinsforderungen zu begleichen. Erfolgt innert Frist keine Zahlung, kann der Vermieter mit einer Kündigungsfrist von 30 Tagen auf das Ende eines Monats kündigen.

Andererseits kann der Vermieter nach Art. 266h OR für künftige Mietzinse eine Sicherheit verlangen. Dazu muss er dem Mieter und der Konkursverwaltung schriftlich eine angemessene Frist setzen. Wird innert Frist keine Sicherheit geleistet, kann der Vermieter den Mietvertrag fristlos kündigen. Bei fristgerechter Leistung der Sicherheit wird das Mietverhältnis mit dem Mieter bzw. der Konkursverwaltung weitergeführt.

Kündigt der Vermieter trotz ausgebliebener Sicherheitsleistung das Mietverhältnis nicht, dauert das Mietverhältnis fort

und der Vermieter kann seine Ansprüche als Konkursforderung eingeben, dies jedoch höchstens bis zum nächsten möglichen (ordentlichen) Kündigungstermin oder bis zum Ende der befristeten Vertragsdauer.

Es ist dem Vermieter grundsätzlich zu empfehlen, das Mietverhältnis im Falle des Konkurses des Mieters zu kündigen, damit das Mietobjekt frei für einen neuen Mieter wird und der Schaden so gemindert werden kann. Wenn eine Bankgarantie als Mietzinssicherheit geleistet wurde, die noch gezogen werden muss und noch kein neuer Mieter in Sicht ist, kann es unter Umständen Sinn machen, mit der Kündigung zuzuwarten, bis die Bankgarantie vollumfänglich gezogen worden ist.

Retentionsrecht des Vermieters

Das schweizerische Mietrecht gewährt dem Vermieter von Geschäftsräumen für den verfallenen Jahreszins sowie den laufenden Halbjahreszins ein Retentionsrecht an den beweglichen Sachen, die sich in den vermieteten Räumen befinden und zu deren Einrichtung oder Benutzung gehören (Art. 268 ff. OR). Das Retentionsrecht ist ein atypisches gesetzliches Pfandrecht, welches keinen Besitz des Pfandgläubigers voraussetzt. Ausgeschlossen ist das Retentionsrecht an Gegenständen, die nicht pfändbar sind wie z.B. Kompetenzgut sowie an Sachen Dritter, von denen der Vermieter wusste oder wissen musste, dass sie nicht dem Mieter gehören. Nicht umfasst vom Retentionsrecht sind insbesondere Schadenersatzansprüche. Damit der laufende Halbjahreszins vom Retentionsrecht umfasst ist, muss der Vermieter eine konkrete und unmittelbare Gefährdung des Retentionsrecht (und nicht etwa lediglich des Mietzinsanspruches) glaubhaft machen.

Um das Retentionsrecht vor Konkurseröffnung geltend zu machen, muss der Vermieter der Geschäftsräume gemäss Art. 283 SchKG die Aufnahme des Retentionsverzeichnisses durch das Betreibungsamt des Ortes, wo sich die Mieträume befinden, verlangen. Das Betreibungsamt darf die Aufnahme des Retentionsrechts nur verweigern, wenn das Retentionsrecht ohne Zweifel nicht besteht. Befindet sich der Mieter (noch) nicht in Konkurs, muss der Vermieter seine Forderung mittels Betreibung auf Pfandverwertung weiterverfolgen (sog. «Prosequierung»). Nach Konkurseröffnung ist eine Aufnahme des Retentionsverzeichnisses sowie eine Prosequierung nicht mehr nötig bzw. auch nicht mehr möglich. Die Mietzinsforderungen werden im Umfang des Retentionsrechts als Konkursforderung behandelt. Besonders vorteilhaft ist, dass die durch das Retentionsrecht gedeckte Forderung des Vermieters in der konkursamtlichen Verwertung als pfandgesicherte Forderung privilegiert wird.

Bei der Forderungseingabe ans Konkursamt sollte der Vermieter das Konkursamt unbedingt auf das Retentionsrecht hinweisen.

Vertragliche Absicherung des Vermieters

Zunächst ist dem Vermieter zu empfehlen, im Mietvertrag die Leistung einer ausreichend hohen Mietzinssicherheit zu vereinbaren und auf die Leistung derselben vor Übergabe des Mietobjektes zu beharren. Bei der Miete von Geschäftsräumen ist die die Höhe und Art der Sicherheitsleistung im Gegensatz zur Miete von Wohnräumen nicht beschränkt. Von der Art der Sicherheitsleistung ist die abstrakte Bankgarantie im Sinne von Art. 111 OR für den Vermieter am vorteilhaftesten, da eine solche üblicherweise gezogen werden kann, sobald der Mieter eine fällige Forderung nicht bezahlt hat und keine Einreden aus dem Mietvertrag vorgebracht werden können. Falls ein Mietzinsdepot geleistet wurde, hat der Vermieter im Konkursfall das Recht auf Vorausbefriedigung aus der Sicherheit.

Alternativ oder zusätzlich zu einer Mietzinssicherheit kann nebst einer juristischen Person (meist AG oder GmbH) als Mieter die solidarische Haftung einer natürlichen Person unter dem Mietvertrag vereinbart werden. Dies hat für den Vermieter den Vorteil, dass er im Falle des Konkurses der juristischen Person auf die Privatperson greifen kann, die unbeschränkt mit ihrem gesamten Vermögen haftet.

Die Parteien können im Mietvertrag ausserdem vereinbaren, dass bei Konkurseröffnung über den Mieter der Vertrag automatisch aufgelöst wird oder dass dem Vermieter im Konkursfall des Mieters ein Kündigungsrecht zusteht.

Fazit

Die Konkurseröffnung über den Mieter hat einschneidende Wirkungen auf die Stellung des Vermieters. Aus Sicht des Vermieters zentral ist die Vereinbarung und Einforderung einer ausreichend hohen Sicherheitsleistung. Ausserdem sollte der Vermieter bei Zahlungsrückstand des Mieters nicht unnötig zuwarten, sondern nach Art. 257d OR vorgehen und sein Retentionsrecht geltend machen. Ist der Konkurs erst mal eröffnet, hat der Vermieter seine Forderungen aus dem Mietverhältnis dem Konkursamt fristgerecht einzugeben und auf das Retentionsrecht hinzuweisen.

Pauschalierter Schadenersatz und Konventionalstrafen in internationalen Bauverträgen

Von Diana Akikol
Dr. iur., Rechtsanwältin
Partnerin
Telefon +41 58 658 30 61
diana.akikol@walderwyss.com

und Andrea Meier
Dr. iur., LL.M. (Harvard), Rechtsanwältin
Partnerin
Telefon +41 58 658 58 66
andrea.meier@walderwyss.com

und Nicole Cleis
Dr. iur., LL.M. (Harvard), Rechtsanwältin
Senior Associate
Telefon +41 58 658 51 88
nicole.cleis@walderwyss.com

Vertragliche Optionen: Schadenspauschalen und Konventionalstrafen

Das Schweizer Recht wird allgemein als eine ausgewogene, berechenbare und flexible Grundlage für internationale Handelsverträge wahrgenommen. Die auf Bauprojekte anwendbaren gesetzlichen Bestimmungen regeln insbesondere die Folgen potenzieller Vertragsverletzungen durch den Unternehmer. Dabei nimmt das Recht des Bestellers auf Schadenersatz innerhalb einer differenzierten Palette verschiedener Rechtsbehelfe eine zentrale Rolle ein.

Die Parteien eines dem Schweizer Recht unterliegenden Vertrags können die Rechtsfolgen einer Vertragsverletzung ihren spezifischen Bedürfnissen anpassen. In Bauverträgen einigen sich Besteller und Unternehmer häufig darauf, die gesetzlichen Bestimmungen zum Schadenersatz durch Schadenspauschalen oder Konventionalstrafen zu ergänzen. Diesen beiden Optionen ist gemeinsam, dass sie eine feste oder einfach bestimmbare Sanktion (in den meisten Fällen eine pauschale Geldsumme) vorsehen, die von einer Partei eingefordert werden kann, wenn die andere Partei gegen bestimmte Pflichten verstösst.

Attraktiv sind diese Optionen auch im Kontext des Anlagenbaus, wo es besonders schwierig sein kann, Schäden nachzuweisen, die aus Verzögerungen, unerfüllten Leistungsvorgaben oder Mängeln an den gelieferten Arbeiten entstehen. Eine im Voraus getroffene Abrede über die Zahlung einer fixen Summe erleichtert nicht nur dem Besteller die Durchsetzung seiner Ansprüche, sondern ermöglicht es auch dem Unternehmer, sein finanzielles Risiko im Falle einer Vertragsverletzung abzuschätzen. Zudem reduzieren solche Klauseln das Risiko langwieriger und kostspieliger Gerichtsverfahren, indem sie den geschuldeten Betrag verbindlich festhalten.

Um von diesen Vorteilen Gebrauch machen zu können, ist es wichtig, dass sich die Parteien für jenes Instrument entscheiden, das ihren Bedürfnissen am besten entspricht, und dass sie dieses angemessen ausgestalten. Die Wahl zwischen einer Schadenspauschale und einer Konventionalstrafe wirkt sich auf verschiedene Fragen aus, so insbesondere darauf, ob der Nachweis eines Schadens erforderlich ist, damit der Betrag geschuldet wird, ob zusätzlich zum Fixbetrag Erfüllung verlangt werden kann und ob und unter welchen Umständen die vereinbarte Summe (schieds-) gerichtlich reduziert werden kann.

Der Hauptunterschied zwischen den beiden Entschädigungsmöglichkeiten liegt in ihrer Zweckbestimmung: Konventionalstrafen zielen in erster Linie darauf ab, Druck auf den Schuldner auszuüben, damit dieser die versprochene Leistung vertragsgemäss erbringt. Dieser zukunftsgerichtete Zweck geht im Falle einer Verletzung mit einer Strafwirkung und einer Schadensausgleichsfunktion einher. Die Schadenspauschale hingegen ist (wie der Name schon sagt) ein im Voraus vereinbarter Schadenersatz. Als solche hat sie eine rein kompensatorische Funktion. Indem sie den infolge einer Vertragsverletzung geschuldeten Schadenersatz im Voraus beziffert, vereinfacht die Schadenspauschale die Durchsetzung des Schadenersatzanspruchs der geschädigten Partei.

Die Auslegung von Vertragsbestimmungen nach schweizerischem Recht richtet sich in erster Linie nach dem übereinstim-

menden wirklichen Willen der Parteien und nicht nach der von ihnen gewählten, allenfalls unzutreffenden Formulierung (Art. 18 OR). Um Unsicherheiten zu vermeiden, ist es deshalb ratsam, dass die Vertragsparteien den mit einer bestimmten Entschädigungsklausel verfolgten Zweck klarstellen. Für die Rechtsfolgen solcher Klauseln ist dies von massgebender Bedeutung.

Vor- und Nachteile beider Optionen

Erfordernis eines Schadens

Konventionalstrafen sind ihrem Zweck und ihrer vertraglichen Grundlage nach geschuldet, wenn die vereinbarten Bedingungen (d. h. eine bestimmte, dem Schuldner zuzurechnende Vertragsverletzung) erfüllt sind, unabhängig davon, ob der Gläubiger tatsächlich einen Schaden erlitten hat (s. Art. 161 Abs. 1 OR).

Schadenspauschalen hingegen setzen als Erscheinungsform des Schadenersatzes das Vorliegen eines Schadens voraus, auch wenn dieser nicht beziffert werden muss. Ob die Beweislast dafür beim Gläubiger oder beim Schuldner liegt, ist eine andere Frage und umstritten. Da das Schweizerische Bundesgericht diese Frage noch nicht entschieden hat, ist es ratsam, im Vertrag ausdrücklich zu regeln, ob der Anspruch auf die Schadenspauschale den Beweis des Schadens (allenfalls nur prima facie) voraussetzt, oder ob die Zahlung ohne einen solchen Nachweis fällig ist, sofern die vertragsbrüchige Partei nicht beweist, dass kein Schaden eingetreten ist.

Entschädigung eines über die Pauschale hinausgehenden Schadens

Konventionalstrafen können durch Schadenersatz ergänzt werden, soweit der tatsächliche Schaden über ihren Betrag hinausgeht und die geschädigte Partei das Verschulden des Schuldners nachweisen kann (Art. 161 Abs. 2 OR). Die Parteien können stattdessen vereinbaren, dass zusätzlicher Schaden zu ersetzen ist, sofern die die vertragsbrüchige Partei nicht beweist, dass sie kein Verschulden trifft.

Eine Schadenspauschale ist grundsätzlich nur in der vereinbarten Höhe geschuldet. Eine Partei, die den Vertrag mit rechtswidriger Absicht oder grober Fahrlässigkeit verletzt hat, kann sich aber nicht auf die Pauschalierung und die damit verbundene Haftungsbeschränkung berufen. Daher schuldet sie der geschädigten Partei zusätzlichen Schadenersatz für den über den vereinbarten Betrag hinausgehenden Schaden (s. Art. 100 Abs. 1 OR). Die Parteien können ausserdem eine relative Schadenspauschale vereinbaren, womit die geschädigte Partei berechtigt ist, eine zusätzliche Entschädigung zu verlangen, wenn der erlittene Schaden die vereinbarte Pauschale übersteigt. Die geschädigte Partei trägt in diesem Fall die Beweislast für den zusätzlichen Schaden.

Reduktion übermässiger Beträge

Das schweizerische Recht geht vom Grundsatz der Vertragsfreiheit aus, womit die Konventionalstrafe in beliebiger Höhe festgesetzt werden kann (Art. 163 Abs. 1 OR). Als Ausnahme von dieser Regel ist das zuständige Gericht oder Schiedsgericht verpflichtet, übermässig hohe Konventionalstrafen herabzusetzen (Art. 163 Abs. 3 OR). Ob und in welchem Umfang eine Konventionalstrafe reduziert werden muss, ist eine Ermessensfrage. Da die Herabsetzung der Konventionalstrafe in die Vertragsfreiheit der Parteien eingreift, betont das Bundesgericht, dass dabei zurückhaltend vorzugehen ist. In der Praxis neigen Gerichte und Schiedsgerichte dazu, eine Konventionalstrafe nur insofern und insoweit zu reduzieren, als sie das Interesse des Gläubigers an der Erfüllung der gesicherten Verbindlichkeit offensichtlich übersteigt. Während der Schuldner die Beweislast für Umstände trägt, welche eine Minderung rechtfertigen, wird vom Gläubiger erwartet, dass er mitwirkt, indem er wenigstens substanzielle Anhaltspunkte für den erlittenen Schaden liefert.

Die Schadenspauschale kann relativ ausgestaltet werden, so dass die geschädigte Partei bei einem geringeren Schaden nur in diesem Umfang entschädigt wird. Der Schuldner trägt dann die Beweislast für den geringeren Schaden. Fehlt es an einer solchen Vereinbarung, so ist der pauschalierte Schadenersatz grundsätzlich in voller Höhe zu bezahlen. Es ist jedoch allgemein anerkannt, dass Artikel 163 Abs. 3 OR auf die Schadenspauschale analog anzuwenden ist, wenn sie den tatsächlichen Schaden deutlich übersteigt. Wie bei der Konventionalstrafe muss von der Möglichkeit, den vereinbarten Betrag zu reduzieren, mit Zurückhaltung Gebrauch gemacht werden.

Verhältnis zum Erfüllungsanspruch

Sofern die Parteien nichts anderes vereinbart haben, wird eine Konventionalstrafe für Nicht- oder Schlechterfüllung nicht mit dem Erfüllungsanspruch kumuliert (Art. 160 Abs. 1 OR). Eine Vereinbarung, wonach zusätzlich zur Konventionalstrafe Erfüllung geschuldet ist, kann ausdrücklich oder konkludent erfolgen und muss von der geschädigten Partei bewiesen werden. Insbesondere wenn die Konventionalstrafe unverhältnismässig niedriger ist als das Erfüllungsinteresse, könnte dies bedeuten, dass die Parteien beabsichtigt haben, das Recht auf Erfüllung und die Konventionalstrafe zu kumulieren (möglicherweise nur bis zur Höhe des positiven Interesses).

Konventionalstrafen für die Nichteinhaltung der vereinbarten Erfüllungszeit oder des vereinbarten Erfüllungsortes können zusätzlich zum Erfüllungsanspruch geltend gemacht werden, es sei denn, die geschädigte Partei hat ausdrücklich auf die Konventionalstrafe verzichtet oder die Erfüllung vorbehaltlos angenommen

(Art. 160 Abs. 2 OR). In jedem Fall erlischt der Erfüllungsanspruch, wenn die säumige Partei nachweist, dass ihr der Vertrag ermöglichen sollte, gegen Zahlung der Konventionalstrafe vom Vertrag zurückzutreten (Art. 160 Absatz 3 OR).

Eine Schadenspauschale wegen verspäteter oder mangelhafter Erfüllung kann zusätzlich zur Erfüllung oder zu den im schweizerischen Recht vorgesehenen Rechtsbehelfen für Werkmängel (Art. 368 OR) verlangt werden. Eine Schadenspauschale wegen Nichterfüllung hingegen schliesst den Erfüllungsanspruch aus.

Walder Wyss AG
Rechtsanwälte

Telefon + 41 58 658 58 58
Fax + 41 58 658 59 59
reception@walderwyss.com

www.walderwyss.com
Zürich, Genf, Basel, Bern, Lausanne, Lugano