Urteilskopf

133 III 43

4. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung i.S. X. gegen A.Y. und B.Y. (Berufung) 4C.172/2006 vom 30. Oktober 2006

Regeste (de):
Angeld; Teilzahlung; Herabsetzung einer bereits geleisteten Konventionalstrafe (Art. 158 Abs. 1, Art. 162 Abs. 1 und Art. 163 Abs. 3 OR).

Verfällt das Angeld bei Nichterfüllung des Vertrages dem Empfänger, hat es die Funktion einer Konventionalstrafe. Von einem Angeld kann nur gesprochen werden, wenn die Leistung bei Vertragsschluss zu erfolgen hat. Andernfalls liegt eine Teilzahlung vor, auf welche die Bestimmungen der Konventionalstrafe im Rahmen von Art. 162 OR ebenfalls Anwendung finden (E. 3.2).

Zulässigkeit der Herabsetzung einer bereits geleisteten Konventionalstrafe (E. 3).

Bei Beurteilung der Übermässigkeit der Konventionalstrafe ist nicht abstrakt vom höchstmöglichen Schaden auszugehen, sondern es sind die konkreten Umstände zu berücksichtigen unter Einschluss des Schadensrisikos, dem der Gläubiger ausgesetzt war. Anforderungen an die Substanziierung der Bestreitung des Übermasses (E. 4).

Regeste (fr):
Arrhes; versement partiel; réduction d'une peine conventionnelle déjà acquittée (art. 158 al. 1, art. 162 al. 1 et art. 163 al. 3 CO).

Les arrhes qui peuvent être conservées par celui qui les a reçues, en cas d'inexécution du contrat, remplissent la fonction d'une peine conventionnelle. On ne peut parler d'arrhes que si la prestation doit être effectuée au moment de la conclusion du contrat. A ce défaut, on a affaire à un versement partiel auquel les dispositions concernant la clause pénale sont également applicables dans le cadre de l'art. 162 CO (consid. 3.2).

Possibilité de réduire une peine conventionnelle déjà acquittée (consid. 3).

Pour juger du caractère excessif de la peine conventionnelle, il ne faut pas raisonner dans l'abstrait en fonction du dommage le plus élevé possible; il y a lieu, au contraire, de prendre en considération toutes les circonstances concrètes, y compris le risque de dommage auquel le créancier était exposé. Exigences quant à la motivation de la contestation du caractère excessif (consid. 4).

Regesto (it):
Caparra; pagamento rateale; riduzione di una pena convenzionale già versata (art. 158 cpv. 1, art. 162 cpv. 1 e art. 163 cpv. 3 CO).

La caparra che, in caso di inadempimento del contratto, resta a chi l'ha ricevuta, funge da pena convenzionale. Si può parlare di caparra solamente se la sua prestazione deve avvenire contestualmente alla conclusione del contratto. Altrimenti si tratta di un pagamento rateale, al quale sono parimenti applicabili le disposizioni sulla pena convenzionale, come previsto dall'art. 162 CO (consid. 3.2).

Possibilità di ridurre una pena convenzionale già versata (consid. 3).

Ai fini del giudizio sulla questione di sapere se la pena convenzionale sia eccessiva, non ci si deve riferire

astrattamente al danno più elevato possibile, bensì occorre tenere conto delle circostanze del caso concreto, incluso il rischio al quale era esposto il creditore. Esigenze di motivazione poste alla contestazione del carattere eccessivo della pena (consid. 4).

Sachverhalt ab Seite 44

BGE 133 III 43 S. 44

A. A.Y. und seine Ehefrau B.Y. (Kläger) schlossen am 20. Oktober 2003 mit X. (Beklagter) einen öffentlich beurkundeten Kaufrechtsvertrag über eine Wohn- und Geschäftsliegenschaft mit Restaurant, Wirtewohnung, Gastzimmern, Bäckerei sowie Parkplätzen. Der Kaufpreis wurde auf Fr. 890'000.- festgesetzt. Für die Einräumung des Kaufrechts war eine Entschädigung von Fr. 100'000.- vereinbart, zu deren Bezahlung sich die Kläger in einer separaten Schuldanerkennung solidarisch verpflichteten. Sie sollte bei Ausübung des Kaufrechts an den Kaufpreis angerechnet werden, sonst aber beim Beklagten verbleiben. Das Kaufrecht wurde den Klägern für die Dauer von 10 Jahren eingeräumt. Für diesen Zeitraum schlossen die Parteien gleichentags einen festen Mietvertag über die Liegenschaft. Der Mietzins wurde auf Fr. 5'208.- festgesetzt. Er setzt sich zusammen aus einem Teilbetrag von Fr. 1'916.-, der bei Ausübung des Kaufrechts an den Kaufpreis angerechnet werden und sonst beim Beklagten verbleiben sollte. Hinzu kamen Fr. 3'292.- als Verzinsung des im Kaufrechtsvertrag festgesetzten Kaufpreises abzüglich der geleisteten Anzahlungen. Dieser Teil des Mietzinses sollte sich im Verlauf des Mietverhältnisses entsprechend der mit dem anderen Teil des Mietzinses geleisteten Amortisationen verringern. Zudem war im Kaufrechtsvertrag vereinbart, dass dieser als aufgehoben gelte, wenn die Kläger mit Zahlungen, darunter namentlich auch Mietzinszahlungen, drei Monate in Rückstand geraten sollten.

B. Die Kläger beabsichtigten, eine eigene Gastwirtschaft zu betreiben, und waren daher mit dem Makler, der die Liegenschaft zum Kauf oder Mietkauf anbot, in Kontakt getreten. Dieser hatte ihnen angeraten, einen Treuhänder beizuziehen, der den Klägern für das erste Jahr ein Budget für den Gastwirtschaftsbetrieb samt Bäckerei erstellte. Die Kläger traten das Mietverhältnis am 21. Oktober 2003 an und bezahlten die Entschädigung für das Kaufrecht fristgerecht aus dem Pensionskassenguthaben des Ehemannes und einem unverzinslichen Darlehen im Zusammenhang mit einem vom Makler vermittelten Getränkeliefervertrag mit einer Brauerei. Kurz nach Beginn des Mietverhältnisses kamen die Kläger mit den Mietzinszahlungen

BGE 133 III 43 S. 45

in Rückstand, worauf der Beklagte den Mietvertrag am 26. Februar 2004 nach erfolgloser Fristansetzung gestützt auf Art. 257d OR per Ende März 2004 kündigte, nachdem er den Klägern am 9. Februar 2004 mitgeteilt hatte, er hebe den Kaufrechtsvertrag auf, womit die Entschädigung für das Kaufrecht in sein "Eigentum" falle.

C. Am 23. Februar 2004 gelangten die Kläger an das Kreisgericht Alttoggenburg-Wil mit dem Begehren, der Kaufrechtsvertrag sowie die separate Schuldanerkennung seien aufzuheben, eventuell sei festzustellen, dass diese nichtig seien. Zudem sei der Beklagte zur Zahlung von Fr. 100'000.- nebst Zins zu verpflichten und der Mietzins angemessen herabzusetzen, eventualiter sei festzustellen, dass der Mietvertrag für die Kläger unverbindlich sei. Der Beklagte erhob Widerklage und verlangte von den Klägern im Wesentlichen Fr. 36'815.- nebst Zins unter Vorbehalt des Nachklagerechts. Ferner seien die Kläger zu verpflichten, die Löschungsbewilligung in Bezug auf das Kaufrecht zu unterzeichnen. Am 21. Dezember 2004 verkündete der Beklagte dem Makler

und dem Treuhänder den Streit, welche ihre Beteiligung am Prozess erklärten.

D. Das Kreisgericht wies die Klage ab, nahm von der erteilten Zustimmung zur Löschung des Kaufrechts Vormerk, schrieb das Verfahren diesbezüglich als erledigt ab und hiess die Widerklage mit einer minimalen Korrektur bezüglich des Zinsenlaufes gut. Auf Berufung der Kläger sprach das Kantonsgericht St. Gallen den Klägern nach Verrechnung der Forderung des Beklagten Fr. 30'185.- nebst Zins zu, wobei es den Klägern die unentgeltliche Prozessführung bewilligte. Das Kantonsgericht setzte den von den Klägern als Entschädigung für das Kaufrecht zu bezahlenden Betrag von Fr. 100'000.- um zwei Drittel auf Fr. 33'000.- herab.

E. Gegen diesen Entscheid führt der Beklagte eidgenössische Berufung. Er beantragt, den angefochtenen Entscheid aufzuheben. Eventualiter sei die Sache zu neuer Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Die Kläger schliessen auf kostenfällige Abweisung der Berufung und stellen gleichzeitig ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung. Das Bundesgericht weist die Berufung ab, soweit es darauf eintritt.

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

1. Die Vorinstanz verwarf die von den Klägern gegen die Gültigkeit der getroffenen Vereinbarung erhobenen Einwände und erachtete

auch den Mietzins nicht als übersetzt. Sie trug dabei der Tatsache Rechnung, dass der ungenügende Ertrag des Mietobjekts auch in der mangelnden Erfahrung und dem nicht übermässigen Einsatz der Kläger begründet war. Über beide Aspekte hatten die Kläger bei den Vertragsverhandlungen unwahre Angaben gemacht. Aus diesem Grund erachtete sie die Mietzinsforderung des Beklagten für begründet. Ob die Kläger von ihrem Treuhänder hinreichend beraten worden seien, liess sie offen. Sie qualifizierte die als Entschädigung für das Kaufrecht bezahlten Fr. 100'000.- als Haftgeld, welches zufolge Vertragsverletzung der Kläger als im Voraus bezahlte Konventionalstrafe zu behandeln sei. Diese erachtete die Vorinstanz als übermässig, setzte sie um zwei Drittel herab und verpflichtete den Beklagten zur Rückzahlung des überschiessenden Betrages unter Verrechnung seiner Forderung. (...)

3. Auch der Beklagte geht davon aus, dass es sich bei den Fr. 100'000.- um ein Haftgeld handle, genauer um ein Angeld, da es auf den Kaufpreis hätte angerechnet werden sollen. Da dieses aber im Voraus bezahlt werde, liege darin eine Anerkennungshandlung, die eine Herabsetzung, wenn überhaupt, nur unter den Voraussetzungen der ungerechtfertigten Bereicherung gemäss Art. 63 OR zulässig erscheinen lasse. Diese Voraussetzungen seien im zu beurteilenden Fall nicht erfüllt. Zweck der Konventionalstrafe sei es nicht allein, dem Gläubiger eine Entschädigung für den Vertragsbruch zuzugestehen, sondern auch, den Gläubiger vom Beweis des Schadens zu befreien. Diesen Zweck verkenne die Vorinstanz, wenn sie den Betrag so weit herabsetzte, dass nicht einmal der vom Beklagten erlittene Schaden gedeckt sei. Der angefochtene Entscheid verstosse auch gegen die Vertragsfreiheit und das Prinzip "pacta sunt servanda", sei im Vertrag doch klar festgelegt, dass die Kläger im Falle des Vertragsbruchs, beziehungsweise der Nichtausübung des Kaufrechts der Entschädigung von Fr. 100'000.- verlustig gehen.

3.1 Die Fr. 100'000.- wurden als Entgelt für die Einräumung eines Kaufrechts bezahlt. Eine Kaufspflicht bestand von vornherein nicht. Insoweit steht kein Vertragsbruch zur Diskussion. Die Kläger haben einzig ihre aus dem Mietvertrag fliessenden Pflichten verletzt, auf welche allerdings im Kaufrechtsvertrag Bezug genommen wird. Ob diese Verknüpfung im konkreten Fall zulässig ist (vgl. BGE 132 III 549; Urteil des Bundesgerichts 4C.153/1994 vom 17. Januar 1995, E. 4), braucht nicht entschieden zu werden, sofern die

Herabsetzung durch die Vorinstanz bundesrechtlich nicht zu beanstanden ist, da die Kläger gegen den angefochtenen Entscheid kein Rechtsmittel ergriffen haben. Daher ist diese Frage vorab zu prüfen.

3.2 Soll das Angeld für den Fall der Nichterfüllung des Vertrages beim Empfänger verbleiben, hat es nach herrschender Lehre die Bedeutung einer im Voraus bezahlten Konventionalstrafe (VON TUHR/ESCHER, Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, 3. Aufl., Bd. II, S. 288; MOOSER, Commentaire romand, N. 12 zu Art. 163 OR; BENTELE, Die Konventionalstrafe nach Art. 160-163 OR, Diss. Freiburg 1994, S. 17).

3.2.1 Die Kläger mussten allerdings nach dem Wortlaut des Vertrages die Fr. 100'000.- nicht bei Vertragsschluss am 20. Oktober 2003 leisten, sondern sie verpflichteten sich im Vertrag zur Zahlung von je Fr. 50'000.- am Tage der Grundbucheinschreibung und per Mietantritt, beides spätestens aber bis 15. November 2003. Nach dem Wortlaut des Gesetzes kann von einem "Angeld" nur gesprochen werden, wenn die Leistung bei Vertragsschluss erfolgt (Art. 158 Abs. 1 OR; vgl. GAUCH/SCHLUEP/REY, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl., Bd. II, Rz. 4076 S. 345; BENTELE, a.a.O., S. 17; ROGER SECRÉTAN, Etude sur la clause pénale en droit suisse, Diss. Lausanne 1917, S. 18 f.; FISCHER, Vertragliche Pauschalierung von Schadenersatz, Diss. Zürich 1998, S. 62). In der Lehre wird die analoge Anwendung von Art. 158 Abs. 1 OR bei der Hingabe zur Sicherung eines noch abzuschliessenden Vertrages befürwortet (OSER/SCHÖNENBERGER, Zürcher Kommentar, N. 2 zu Art. 158 OR; MEHMET ERDEM, La clause pénale, Diss. Neuenburg 2006, S. 26; FISCHER, a.a.O., S. 63). Dagegen fällt die Vereinbarung, zu einem späteren Zeitpunkt einen bestimmten Betrag zu leisten, nicht unter die gesetzlichen Bestimmungen über das Haftgeld (VON TUHR/ESCHER, a.a.O., S. 287 Fn. 4; BECKER, Berner Kommentar, N. 4 zu Art. 158 OR; BÜHLER, Haft- und Reugeld sowie Konventionalstrafe im alten und im geltenden Obligationenrecht, in Peter/Stark/Tercier [Hrsg.], 100 Jahre schweizerisches Obligationenrecht, Freiburg 1982, S. 143 ff., S. 160).

3.2.2 Unter diesem Gesichtspunkt ist zweifelhaft, ob die Leistung der Kläger mit der Vorinstanz und dem Beklagten als Haft- beziehungsweise Angeld zu behandeln ist oder eher als das grundsätzlich in zwei Raten zu leistende Entgelt für die Einräumung des Kaufrechts (beziehungsweise als Teilzahlung an den Kaufpreis im

Falle der Ausübung des Kaufrechts), das bei Vertragsrücktritt beim Gläubiger verbleiben soll. Der Entscheid wird jedoch in diesem Punkt von keiner Partei substanziiert beanstandet. Zudem finden die Bestimmungen über die Konventionalstrafe Anwendung, auch wenn kein bei Vertragsschluss zu leistendes Haftgeld vorliegt, sondern eine gewöhnliche Teilzahlung, die bei Vertragsrücktritt dem Gläubiger verbleibt (Art. 162 OR; MOOSER, a.a.O., N. 1 zu Art. 162 OR).

3.3 Nach Art. 163 Abs. 3 OR hat der Richter eine übermässig hohe Konventionalstrafe nach seinem Ermessen herabzusetzen (BGE 116 II 302 E. 4 S. 304 mit Hinweis).

3.3.1 Dabei ist aus Gründen der Vertragstreue und der Vertragsfreiheit Zurückhaltung geboten, denn die Strafe kann von den Parteien an sich in beliebiger Höhe festgesetzt werden (Art. 163 Abs. 1 OR). Ein richterlicher Eingriff in den Vertrag rechtfertigt sich nur, wenn der verabredete Betrag so hoch ist, dass er das vernünftige, mit Recht und Billigkeit noch vereinbare Mass übersteigt (BGE 114 II 264 E. 1a; BGE 103 II 129 E. 4 S. 135, je mit Hinweisen). Der wichtigste Grund für einen solchen Eingriff ist darin zu erblicken, dass die gesetzlichen Schranken der Vertragsfreiheit gemäss Art. 19/20 OR sich auf die Lage anlässlich des Vertragsschlusses beziehen, sich aber erst nach der Verletzung des Vertrages richtig abmessen lässt, wie es sich mit der Rechtfertigung der vereinbarten Strafe verhält (BGE 114 II 264 E. 1a; 69 II 76 E. 1 S. 79; ALBERT SCHERRER, Das "Richterliche Ermässigungsrecht" bei Verträgen nach schweizerischem Obligationenrecht, Diss. Freiburg 1934, S. 24). Art. 163 Abs. 3 OR kann somit nicht schon nach Abschluss der Strafabrede angewendet werden, sondern erst dann, wenn die gesicherte Hauptvertragspflicht verletzt wurde (so schon BGE 69 II 76 E. 1 S. 79; EHRAT, Basler Kommentar, 3. Aufl., N. 11 zu Art. 163 OR; MOOSER, a.a.O., N. 11 zu Art. 163 OR; GAUCH/SCHLUEP/REY, a.a.O., Rz. 4050 S. 342; BENTELE, a.a.O., S. 110).

3.3.2 Eine Herabsetzung der Konventionalstrafe rechtfertigt sich insbesondere, wenn zwischen dem vereinbarten Betrag und dem Interesse des Ansprechers, daran im vollen Umfang festzuhalten, ein krasses Missverhältnis besteht. Ob diese Voraussetzung gegeben ist, entscheidet sich nicht allgemein, sondern hängt von den Umständen des Einzelfalles ab. Dazu gehören insbesondere die Art und Dauer des Vertrages, die Schwere des Verschuldens und der Vertragsverletzung, das Interesse des Ansprechers an der Einhaltung des

Verbots sowie die wirtschaftliche Lage der Beteiligten, namentlich des Verpflichteten. Zu berücksichtigen sind ferner allfällige Abhängigkeiten aus dem Vertragsverhältnis und die Geschäftserfahrungen der Beteiligten. Gegenüber einer wirtschaftlich schwachen Partei rechtfertigt sich eine Herabsetzung eher als unter wirtschaftlich gleichgestellten und geschäftskundigen Vertragspartnern (BGE 114 II 264 E. 1a mit zahlreichen Hinweisen auf Lehre und Rechtsprechung; EHRAT, a.a.O., N. 15 ff. zu Art. 163 OR; MOOSER, a.a.O., N. 8 zu Art. 163 OR; BENTELE, a.a.O., S. 116 ff.; VON TUHR/ESCHER, a.a.O., S. 285 f.).

3.4 Ob eine bereits geleistete Konventionalstrafe nachträglich herabgesetzt werden kann, hat das Bundesgericht bisher offen gelassen und ist in der Lehre streitig (BGE 88 II 511 E. 3a S. 512 f.; Urteil des Bundesgerichts 4C.178/1993 vom 8. September 1993, E. 3a; MOOSER, a.a.O., N. 12 zu Art. 163 OR; ERDEM, a.a.O., S. 169 ff.; SCHOCH, Begriff, Anwendung und Sicherung der Konventionalstrafe, Diss. Bern 1935, S. 69; RUDOLF M. RECK, Lohnrückbehalt, Kaution und Konventionalstrafe im schweizerischen Arbeitsrecht, Diss. Zürich 1983, S. 121, je mit Hinweisen). Auch in Bezug auf das Angeld werden unterschiedliche Auffassungen vertreten (EHRAT, a.a.O., N. 5 zu Art. 158 OR; MOOSER, a.a.O., N. 12 zu Art. 163 OR, je mit Hinweisen). Dagegen ist die Herabsetzbarkeit von Leistungen, die unter Art. 162 OR fallen, allgemein anerkannt (EHRAT, a.a.O., N. 2 zu Art. 162 OR; MOOSER, a.a.O., N. 1 zu Art. 162 OR; KUNTER, La réduction de la peine conventionnelle déjà acquittée, in ZSR 61/1942 S. 98; VON BÜREN, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, S. 412; VON TUHR/ESCHER, a.a.O., S. 280; BECKER, a.a.O., N. 3 zu Art. 162 OR und N. 22 zu Art. 163 OR).

3.5 Im zu beurteilenden Fall erfolgte die Zahlung, bevor die Umstände, unter denen die Konventionalstrafe verfallen würde, bekannt waren. Im Zeitpunkt der Zahlung war die vertragliche Verpflichtung, für deren Übertretung die Strafe vorgesehen war, noch nicht verletzt, weshalb die Kläger keine Herabsetzung nach Art. 163

Abs. 3 OR verlangen konnten (BGE 69 II 76 E. 1 S. 79; EHRAT, a.a.O., N. 11 zu Art. 163 OR; MOOSER, a.a.O., N. 11 zu Art. 163 OR; GAUCH/SCHLUEP/Rey, a.a.O., Rz. 4050 S. 342; BENTELE, a.a.O., S. 110; ERDEM, a.a.O., S. 156). Die Frage der Herabsetzbarkeit kann sich indessen auch stellen, wenn die Zahlung erfolgt, nachdem die Konventionalstrafe bereits verfallen ist und der Schuldner eine Herabsetzung hätte verlangen können. Beide Fälle werden in der Lehre nicht immer explizit auseinandergehalten.

BGE 133 III 43 S. 50

3.5.1 In der Lehre, auf die sich der Beklagte beruft, wird die Meinung vertreten, in der Zahlung der Konventionalstrafe liege in der Regel eine Anerkennungshandlung, welche einer Rückforderung entgegenstehe. Auch soweit keine Anerkennung vorliege, sei eine Rückforderung nur unter den Voraussetzungen von Art. 63 OR (Nachweis irrtümlicher oder unfreiwilliger Zahlung) möglich (BUcher, Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, S. 532; ihm folgend EHRAT, a.a.O., N. 12 zu Art. 163 OR und N. 5 zu Art. 158 OR; vgl. auch KUNTER, a.a.O., S. 106 f.). Soweit sich aber erst nach der Verletzung des Vertrages richtig abmessen lässt, wie es sich mit der Rechtfertigung der vereinbarten Strafe verhält (BGE 114 II 264 E. 1a; 69 II 76 E. 1 S. 79; EHRAT, a.a.O., N. 11 zu Art. 163 OR; SCHERRER, a.a.O., S. 24; MOOSER, a.a.O., N. 11 zu Art. 163 OR; GAUCH/SCHLUEP/REY, a.a.O., Rz. 4050 S. 342), kann in der vor Vertragsverletzung erfolgten Zahlung keine Anerkennung liegen (ERDEM, a.a.O., S. 171; SCHERRER, a.a.O., S. 25). Auch Autoren, die grundsätzlich die Herabsetzung der Konventionalstrafe nach erfolgter Zahlung ablehnen und auf die sich der Beklagte zum Teil beruft, erachten daher die Herabsetzung für zulässig, wenn der Schuldner die Übermässigkeit erst nach Zahlung erkannte (GAUCH/SCHLUEP/REY, a.a.O., Rz. 4053 S. 342 mit Hinweis). Der Verweis auf Art. 63 OR ergibt mit Bezug auf Fälle wie den zu beurteilenden keinen Sinn. Mit Unterzeichnung des Vertrages verpflichteten sich die Kläger, die Entschädigung für das Kaufsrecht fristgerecht zu bezahlen. Im Moment der Zahlung lag mithin gar keine Nichtschuld im Sinne von Art. 63 Abs. 1 OR vor, da diese Bestimmung nur Anwendung findet, wenn die Schuld im Moment der Zahlung nicht oder nicht mehr besteht (BGE 130 III 504 E. 7 S. 513; OSER/SCHÖNENBERGER, Zürcher Kommentar, N. 5 zu Art. 63 OR; BECKER, a.a.O., N. 1 zu Art. 63 OR; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl., Bd. I, Rz. 1531 S. 336; ENGEL, Traité des obligations en droit suisse, 2. Aufl., S. 590 f.; PETITPIERRE, Commentaire romand, N. 8 zu Art. 63 OR). Eine Heranziehung von Art. 63 OR (EHRAT, a.a.O., N. 12 zu Art. 163 OR; BUCHER, a.a.O., S. 532) ist somit nur in Fällen zu erwägen, bei denen im Moment der Zahlung bereits eine Herabsetzung hätte verlangt werden können, und läuft im Ergebnis wieder auf die Prüfung hinaus, ob in der Zahlung eine Anerkennung zu sehen ist (BECKER, a.a.O., N. 1 zu Art. 63 OR). Eine Anwendung auf das Angeld (EHRAT, a.a.O., N. 5 zu Art. 158 OR) fällt daher in der Regel ausser Betracht (vgl. GUHL/KOLLER, Das

BGE 133 III 43 S. 51

Schweizerische Obligationenrecht, 9. Aufl., § 27 Rz. 21 S. 225; ERDEM, a.a.O., S. 171).

3.5.2 In der Lehre wird freilich die Herabsetzung nach erfolgter Zahlung in Anlehnung an § 343 Abs. 1 BGB auch generell abgelehnt (VON BÜREN, a.a.O., S. 412), mit dem Hinweis, der Gesetzgeber hätte sonst analog der Übervorteilung (Art. 21 OR) eine Frist zur Geltendmachung der Herabsetzung vorgesehen, da die Verhältnisse nicht auf unbestimmte Zeit bis zum Eintritt der Verjährung im Ungewissen bleiben können (BECKER, a.a.O., N. 22 zu Art. 163 OR; VON TUHR/ESCHER, a.a.O., S. 285; SCHOCH, a.a.O., S. 69; vgl. auch KELLER/SCHÖBI, Das Schweizerische Schuldrecht, Bd. I, Allgemeine Lehren des Vertragsrechts, 3. Aufl., S. 115). Auch soweit die Herabsetzbarkeit mit Hinweis auf das Fehlen einer Frist zur Anfechtung oder auf § 343

BGB abgelehnt wird, geht es genau besehen um die in der Zahlung liegende Anerkennung der Angemessenheit der Konventionalstrafe (SCHOCH, a.a.O., S. 69 f.), die nur bei Zahlung in Kenntnis der Herabsetzungsgründe angenommen werden kann (ERDEM, a.a.O., S. 171). Auch nach § 343 BGB bewirkt nämlich nur eine freiwillige in Anerkennung der Verpflichtung entrichtete Strafe den Ausschluss des Ermässigungsrechts (SOERGEL/REIMER SCHMIDT, Kommentar zum BGB, 10. Aufl. [Vorauflage], N. 7 zu § 343 BGB mit Hinweis), weshalb der Verfall des angezahlten Kaufpreises nicht der die Herabsetzung ausschliessenden Strafentrichtung gleichgestellt wird (SOERGEL/LINDACHER, Kommentar zum BGB, 12. Aufl., N. 10 zu § 343 BGB mit Hinweisen; vgl. auch STAUDINGER/KADUK, Kommentar zum BGB, 12. Aufl., N. 20 zu § 343 BGB). Entsprechend wird die Herabsetzung der Konventionalstrafe in der Lehre ausgeschlossen, wenn die Zahlung als "Strafe" geleistet wurde (BECKER, a.a.O., N. 22 zu Art. 163 OR). Das Angeld wird nicht als "Strafe" geleistet, sondern als Anzahlung an die Hauptschuld angerechnet und erweist sich diesbezüglich als erste Teilzahlung an die Gesamtschuld (vgl. schon JAGEMANN, Die Draufgabe [Arrha], Berlin 1873, S. 31), welche bei Vertragsschluss zu begleichen ist. Insoweit wird die Herabsetzung auch von den zitierten Autoren befürwortet (Art. 162 OR; BECKER, a.a.O., N. 22 zu Art. 163 OR; VON TUHR/ESCHER, a.a.O., S. 280; VON BÜREN, a.a.O., S. 412; vgl. auch SOERGEL/LINDACHER, a.a.O., N. 10 zu § 343 BGB).

3.5.3 Dementsprechend hat das Bundesgericht in Bezug auf die analoge Bestimmung von Art. 417 OR (vgl. OSER/SCHÖNENBERGER, a.a.O., N. 18 zu Art. 163 OR) betreffend die Herabsetzung des

übersetzten Mäklerlohns eine Verwirkung des Anspruchs nur angenommen, wenn der Schuldner die Leistung in Kenntnis der Herabsetzungsmöglichkeit vorbehaltlos erbringt (BGE 111 II 366 E. 3c S. 371; BGE 88 II 511 E. 3b. S. 515; Urteil des Bundesgerichts 4C.51/1994 vom 5. Juli 1994, E. 1a mit Hinweisen; GAUTSCHI, Berner Kommentar, N. 3b zu Art. 417 OR; AMMANN, Basler Kommentar, 3. Aufl., N. 3 zu Art. 417 OR), obwohl auch Art. 417 OR als Frist zur Geltendmachung nur die Verjährungsfrist kennt (BGE 88 II 511 E. 3b S. 515; GAUTSCHI, a.a.O., N. 3b zu Art. 417 OR; gegen eine analoge Anwendung der Grundsätze betreffend den Mäklerlohn auf die Konventionalstrafe allerdings SCHOCH, a.a.O., S. 70 Fn. 1; vgl. auch KUNter, a.a.O., S. 106). Dies steht einer Reduktion indessen nicht entgegen, da die rechtlichen Probleme mit denjenigen bei der Anfechtung des Vertrages wegen Übervorteilung nicht zu vergleichen sind. Bei erfolgreicher Anfechtung einer Vereinbarung wegen Übervorteilung (Art. 21 OR) oder Willensmängeln, für welche ebenfalls eine Jahresfrist gilt (Art. 31 Abs. 1 OR; wobei diese Frist nicht ab Vertragsschluss, sondern ab Kenntnis des Anfechtungsgrundes beziehungsweise Wegfall der Drohung läuft), kann der Anfechtende die getroffene Vereinbarung als Ganzes zu Fall bringen (KRAMER, Berner Kommentar, N. 51 zu Art. 21 OR; SCHMIDLIN, Berner Kommentar, N. 81 f. zu Art. 31 OR). Die einseitige Unverbindlichkeit ist vorübergehender Natur (OSER/SCHÖNENBERGER, a.a.O., N. 9 zu Art. 31 OR) und führt zu einem Schwebezustand, der aus Gründen der Rechtssicherheit gesetzlich begrenzt werden muss (KELLER/SCHÖBI, a.a.O., S. 163). Die Parteien müssen wissen, ob sie durch einen Vertrag gebunden sind oder nicht. Demgegenüber werden durch die Herabsetzung der Konventionalstrafe der Vertrag als solcher und die übrigen sich daraus ergebenden Pflichten nicht berührt, und es besteht keine Unsicherheit, die einer schnellen Klärung bedürfte. So erlaubt auch Art. 162 OR durch Verweis auf Art. 163 OR die Herabsetzung (und damit die Rückforderung) bereits geleisteter Teilzahlungen, obwohl keine Frist analog zu Art. 21 OR besteht (vgl. E. 3.4 hiervor).

3.6 Ist in der vorbehaltlosen Bezahlung keine Anerkennung zu erblicken, steht einer Herabsetzung der Konventionalstrafe mithin nichts entgegen (EHRAT, a.a.O., N. 12 zu Art. 163 OR; BUCHER, a.a.O., S. 532; MOOSER, a.a.O., N. 12 zu Art. 163 OR; vgl. auch SCHOCH, a.a.O., S. 69 f.). Eine Anerkennung kann nur vorliegen, wenn die Umstände, welche zu einer Herabsetzung berechtigen, im Zeitpunkt

der Bezahlung bereits bekannt sind (ERDEM, a.a.O., S. 171; SCHERRER, a.a.O., S. 25; GAUCH/SCHLUEP/REY, a.a.O., Rz. 4053 S. 342; vgl. auch RECK, a.a.O., S. 121; vgl. zu Art. 417 OR BGE 111 II 366 E. 3c S. 371; BGE 88 II 511 E. 3b. S. 515; Urteil des Bundesgerichts 4C.51/1994 vom 5. Juli 1994, E. 1a mit Hinweisen). Andernfalls fällt ein Verzicht auf die Möglichkeit der Herabsetzung ausser Betracht (OSER/SCHÖNENBERGER, a.a.O., N. 17 zu Art. 163 OR; SECRÉTAN, a.a.O., S. 125 f.; vgl. auch ENGEL, a.a.O., S. 867).

3.7 Dass die Vertragsauflösung bereits nach wenigen Monaten erfolgen würde, weil die Kläger wegen mangelnder Einnahmen nicht in der Lage sein würden, die Mietzinse zu bezahlen, war für die Kläger bei der Zahlung nicht voraussehbar. Aus der Zahlung kann daher nicht abgeleitet werden, die Kläger hätten die Angemessenheit der "Konventionalstrafe" auch für den Fall einer derart kurzen Vertragsdauer anerkannt. Es verletzt kein Bundesrecht, gestützt auf diesen Umstand eine Herabsetzung des Angeldes vorzunehmen. Ob eine nachträgliche Herabsetzung trotz erfolgter freiwilliger Zahlung in Kenntnis des Herabsetzungsgrundes und des Herabsetzungsrechts ausnahmsweise zulässig ist (beispielsweise bei Fortbestehen eines Abhängigkeitsverhältnisses zwischen den Parteien, vgl. RECK, a.a.O., S. 121), braucht nicht entschieden zu werden.

3.8 Sollte kein Angeld vorliegen, sondern eine gewöhnliche Ratenzahlung (vgl. E. 3.2 hiervor), würde dies dem Beklagten nichts nützen, da auch in diesem Fall die Herabsetzung nach Art. 163 Abs. 3 OR gestützt auf Art. 162 OR zulässig wäre (vgl. E. 3.4 hiervor). Insoweit erweist sich die Berufung als unbegründet.

4. Für den Fall, dass eine Kürzung nicht ohnehin ausgeschlossen sei, vertritt der Beklagte die Auffassung, dass kein Anlass bestehe, eine Kürzung vorzunehmen. Den Klägern sei der Nachweis der Übermässigkeit nicht gelungen. Auch habe sich die Vorinstanz auf blosse Vermutungen gestützt, welche der allgemeinen Lebenserfahrung widersprächen, ohne die Beweisanträge der Kläger abzunehmen. Durch die reduzierte Konventionalstrafe werde nicht einmal der Schaden gedeckt, den der Beklagte tatsächlich erlitten habe. Es sei aber nicht vom tatsächlichen, sondern vom höchstmöglichen Schaden auszugehen.

4.1 Die tatsächlichen Voraussetzungen einer Herabsetzung und damit auch das Missverhältnis zum Erfüllungsinteresse sind nicht vom Gläubiger, sondern vom Schuldner zu behaupten und nachzuweisen

(Art. 8 ZGB; BGE 114 II 264 E. 1b S. 265; BGE 103 II 108 S. 109 mit Hinweisen). Allerdings kann der Schuldner in Bezug auf den Schaden, der dem Gläubiger entstanden ist, aus eigener Kenntnis oft nichts darlegen, weshalb vom Gläubiger verlangt werden darf, seinen Schaden zu beziffern und die Behauptung, es liege kein oder bloss ein geringer Schaden vor, substanziiert zu bestreiten (C. JÜRGEN BRÖNNIMANN, Die Behauptungs- und Substanzierungslast im schweizerischen Zivilprozessrecht, Diss. Bern 1989, S. 181). Der Gläubiger hat sein Interesse aber nicht ziffernmässig nachzuweisen; denn damit würde Art. 161 Abs. 1 OR umgangen. Ebensowenig darf sich der Richter bei der Prüfung, ob ein Missverhältnis vorliege und die Strafe deshalb herabzusetzen sei, mit dem eingetretenen Schaden begnügen, da dieser dem Interesse des Ansprechers, an der Konventionalstrafe im vollen Umfang festzuhalten, nicht entsprechen muss. Eine Konventionalstrafe kann mithin nicht schon deshalb als übermässig bezeichnet werden, weil sie den Betrag übersteigt, den der Gläubiger als Schadenersatz wegen Nichterfüllung beanspruchen könnte; diesfalls verlöre die Strafe ihren Sinn (BGE 114 II 264 E. 1b S. 265; BGE 103 II 108 S. 109; EHRAT, a.a.O., N. 18 zu Art. 163 OR).

4.2 Soweit in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung auf den höchstmöglichen Schaden als Bezugsgrösse verwiesen wird (BGE 114 II 264 E. 1b S. 265; BGE 103 II 108 S. 109), bedeutet dies allerdings entgegen der Auffassung des Beklagten nicht, das Gericht müsse abstrakt den grösstmöglichen Schaden bestimmen. Das Interesse des Gläubigers an der Beibehaltung der vollen Konventionalstrafe ist konkret im Zeitpunkt der Vertragsverletzung zu beurteilen, wobei die gesamten Umstände zu berücksichtigen sind (BGE 114 II 264 E. 1a; SCHERRER, a.a.O., S. 30; GAUCH/SCHLUEP/REY, a.a.O., N. 4050 f. S. 342; EHRAT, a.a.O., N. 15 zu Art. 163 OR). Daher kann gerade das Missverhältnis zwischen dem tatsächlichen bzw. wahrscheinlichen und dem von den Parteien als möglich vorausgesehenen Schaden einen Herabsetzungsgrund bilden (BGE 103 II 129 E. 4 S. 136 mit Hinweis; EHRAT, a.a.O., N. 16 zu Art. 163 OR).

4.3 Bisweilen erlauben freilich nicht vorhersehbare günstige Umstände dem Gläubiger, den Schaden gering zu halten oder von der Vertragsverletzung gar zu profitieren (beispielsweise wenn der Beklagte mit einem anderen Vertragspartner trotz objektiv gleichbleibenden Verhältnissen einen vorteilhafteren Vertrag aushandeln kann). Ist aber im Zeitpunkt des Vertragsbruches nicht mit Sicherheit von deren Vorliegen auszugehen, bleibt es dabei, dass das Risiko

eines weit höheren Schadens besteht. Der Gläubiger hat ein berechtigtes Interesse daran, derartige Risiken zu vermeiden. Die Angemessenheit der Konventionalstrafe ist daher nicht allein im Hinblick auf den tatsächlich entstandenen Schaden zu beurteilen (BGE 114 II 264 E. 1b S. 265; BGE 103 II 108 S. 109), sondern es ist bei Würdigung der gesamten Umstände auch das Schadensrisiko, dem der Gläubiger im konkreten Fall ausgesetzt war, zu berücksichtigen sowie weitere Inkonvenienzen (OSER/SCHÖNENBERGER, a.a.O., N. 14 zu Art. 163 OR; vgl. auch BECKER, a.a.O., N. 23 zu Art. 163 OR). Unterlässt es der Gläubiger aber bewusst, die ihm möglichen Angaben zum tatsächlichen Schaden oder zum konkreten Schadensrisiko zu machen, die der Schuldner aus eigener Kenntnis nicht beibringen kann (BRÖNNIMANN, a.a.O., S. 181), ist das Gericht nicht gehalten, abstrakt von einem möglichst hohen Schaden auszugehen, da sich das Schadensrisiko nicht unabhängig von den konkreten Umständen abschätzen lässt (vgl. BGE 114 II 264 E. 1a; SCHERRER, a.a.O., S. 28).