

Die unechte Konventionalstrafe bei Nichtausübung des Kaufsrechts an einem Grundstück

Bundesgerichtsurteil 4A_227/2020 vom 28. Januar 2021

Mit Bemerkungen von Giovanni Dazio und Hans Caspar von der Crone*

Inhaltsübersicht

- I. Sachverhalt und Prozessgeschichte
- II. Erwägungen des Bundesgerichts
- III. Bemerkungen
 - 1. Ausgangspunkt: Kaufsrecht an einem Grundstück (Art. 216 ff. OR)
 - 2. Qualifikation von Leistungspflichten des Kaufsrechtsnehmers
 - 3. Herabsetzung einer übermässig hohen Konventionalstrafe
 - 4. Irrtum über die Überbaubarkeit eines Grundstücks
- IV. Schlussbetrachtungen

I. Sachverhalt und Prozessgeschichte¹

A1. bis A7. sind die sieben Erben der verstorbenen A8. und A9., die B. SA eine Aktiengesellschaft mit Sitz in X.² Mit öffentlich beurkundetem Vertrag vom 20. Juni 2011 räumten die Erben der B. SA ein Kaufsrecht an fünf unüberbauten Grundstücken in der Walliser Gemeinde Y. ein. Die Parteien vereinbarten dabei einen Kaufpreis von insgesamt CHF 13 000 000, von denen CHF 7 000 000 als «acompte réservation» bei Vertragsschluss auf das Klientengelder-Konto des Notars zu bezahlen waren. Bei Ausübung des Kaufsrechts wäre diese Vorauszahlung dem Kaufpreis angerechnet worden und die B. SA hätte noch die restlichen CHF 6 000 000 begleichen müssen. Bei Nichtausübung des Kaufsrechts wären die CHF 7 000 000 definitiv bei den Erben verblieben.³

Das Kaufsrecht wurde für eine Dauer von 15 Monaten ab Vertragsunterzeichnung begründet, spätestens aber bis am 30. September 2012. Die B. SA verpflichtete sich, innerhalb von sieben Monaten ab Vertragsschluss ein Baugesuch einzureichen. Hätte die Gesellschaft innert dieser Frist kein Baugesuch eingereicht, wäre ihr Verzicht auf das Kaufsrecht zu vermu-

ten gewesen. Gleiches wurde für den Fall vereinbart, dass die B. SA innerhalb von 60 Tagen nach Erteilung der Baubewilligung das Kaufsrecht nicht ausgeübt hätte. Bei Nichtausübung des Kaufsrechts oder Verzicht auf dasselbe wären alle Verpflichtungen aus dem Vertrag nichtig bzw. wirkungslos und die Vormerkung des Kaufsrechts im Grundbuch gestrichen worden; die Vorauszahlung von CHF 7 000 000 wäre definitiv den Erben zugefallen.⁴

Am 10. Juni 2011 – zehn Tage vor Vertragsschluss – überwies die B. SA die vereinbarten CHF 7 000 000 auf das Klientengelder-Konto des Notars, womit der Vertrag am vorgesehenen Tag öffentlich beurkundet und das Kaufsrecht im Grundbuch vorgemerkt werden konnte.⁵

Aufgrund der Komplexität der einzelnen bei den Nachbarn, der Gemeinde und dem Kanton für die Realisierung des Bauprojekts vorzunehmenden Schritte wurde mit öffentlich beurkundetem Vertrag vom 22. Dezember 2011 die Frist für die Ausübung des Kaufsrechts bis am 30. April 2013 erstreckt, wobei die B. SA den Erben dafür ein Entgelt von CHF 65 000 zahlte.⁶

Am 11. März 2012 wurde die eidgenössische Volksinitiative «Schluss mit uferlosem Bau von Zweitwohnungen!» durch Volk und Stände angenommen.⁷ Seither sieht Art. 75b Abs. 1 BV vor, dass der Anteil von Zweitwohnungen am Gesamtbestand der Wohneinheiten und der für Wohnzwecke genutzten Bruttogeschossfläche einer Gemeinde auf höchstens zwanzig Prozent beschränkt ist.

Drei Tage später – am 14. März 2012 – reichte die B. SA bei der Gemeinde Y. ein Baugesuch ein, mit dem sie die Bewilligung zum Bau von verschiedenen Erst- und Zweitwohnungen sowie Parkplätzen auf den mit dem Kaufsrecht belasteten Grundstücken verlangte. Gegen dieses Projekt wurden mehrere Einsprachen erhoben. Am 24. Juli und 21. August 2012 wies der Gemeinderat von Y. alle Einsprachen – insb. auch diejenige des Vereins F. – ab und erteilte der B. SA die Baubewilligung. Nachdem der Staatsrat des Kantons Wallis auf eine gegen die Baubewilligung gerichtete Beschwerde des Vereins F. wegen fehlender Aktivlegitimation nicht eingetreten war und die Frist für die Ausübung des Kaufsrechts von den Parteien

* MLaw Giovanni Dazio und Prof. Dr. Hans Caspar von der Crone, beide Universität Zürich. Der vorliegende Beitrag ist im Internet verfügbar unter <www.rwi.uzh.ch/vdc>. Ein Kurzvideo zu diesem Beitrag wird in Kürze auf <aktienrechtplus.ch> publiziert.

¹ Vgl. zum Ganzen auch Entscheidung des Kantonsgerichts des Kantons Wallis C1 17 245 vom 11. März 2020, S. 2 ff.

² BGer 4A_227/2020 vom 28. Januar 2021, Sachverhalt A.a.

³ Zum Ganzen BGer (Fn. 2), Sachverhalt A.b. m.w.H.

⁴ Zum Ganzen BGer (Fn. 2), Sachverhalt A.b. m.w.H.

⁵ BGer (Fn. 2), Sachverhalt A.b. und A.c. m.w.H.

⁶ BGer (Fn. 2), Sachverhalt A.f. m.w.H.

⁷ BGer (Fn. 2), Sachverhalt A.g.

nochmals erstreckt wurde, kam der Fall an das Kantonsgericht Wallis.⁸

Mit zwei Urteilen vom 22. Mai 2013, die ein anderes Bauverfahren zum Gegenstand hatten,⁹ bejahte das Bundesgericht die Aktivlegitimation von Natur- und Heimatschutzverbänden gegen Baubewilligungen für Zweitwohnungsbauten und stellte zugleich fest, dass Art. 75b BV auf sämtliche Baubewilligungen anwendbar sei, die nach dem Abstimmungstag erteilt werden.¹⁰

Da der Anteil von zwanzig Prozent Zweitwohnungen in der Gemeinde Y. bereits überschritten war, hätte die B. SA aufgrund der neuen Rechtslage nur noch Erstwohnungen bauen können, weshalb sie mit Schreiben vom 19. August 2013 dem Kantonsgericht Wallis mitteilte, auf das Bauprojekt zu verzichten. Aus diesem Grund erklärte das Gericht am 21. August 2013 die vom Verein F. eingereichte Beschwerde als gegenstandslos.¹¹

Am 20. Januar 2014 teilte die B. SA den Erben die Anfechtung des Kaufsrechtsvertrages und der zwei Änderungsverträge mit und verlangte die Rückerstattung der Vorauszahlung von CHF 7 000 000.¹²

Nach erfolglosem Schlichtungsverfahren klagte die B. SA am 15. Mai 2014 beim Tribunal du district de Sierre gegen die Erben auf Aufhebung des Kaufsrechtsvertrages und der zwei Änderungsverträge, auf Rückerstattung von CHF 7 000 000 nebst Zinsen von 5% ab dem 20. Juni 2011 sowie auf Feststellung, dass auch der verbleibende Teil des Kaufpreises nicht geschuldet sei. Eventualiter beehrte sie die Feststellung, dass die als Konventionalstrafe einzuordnende Vorauszahlung von CHF 7 000 000 übermässig sei, die Herabsetzung derselben auf CHF 736 680 sowie die Verurteilung der Erben zur Rückerstattung dieser Summe nebst Zinsen. Die Erben schlossen auf kostenfällige Klageabweisung.¹³

Mit Entscheid vom 21. Juni 2017 lehnte der Tribunal du district de Sierre die Aufhebung des Kaufsrechtsvertrages und der zwei Änderungsverträge we-

gen Irrtum über die Überbaubarkeit der Grundstücke mit Zweitwohnungen ab. Das Gericht qualifizierte die Vorauszahlung von CHF 7 000 000 als unechte Konventionalstrafe und setzte sie aufgrund deren übermässiger Höhe auf den Betrag von CHF 1 300 000 herab. Es wies die Einrede der Verjährung des Rückerstattungsanspruchs ab und verurteilte die Erben solidarisch, der B. SA CHF 5 700 000 nebst Zinsen von 5% ab dem 1. Februar 2014 zurückzuerstatten.¹⁴

Mit Eingabe vom 28. August 2017 reichten die Erben Berufung an das Kantonsgericht des Kantons Wallis mit dem Antrag ein, den Entscheid des Tribunal du district de Sierre aufzuheben, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Klägerin. Diese schloss auf kostenfällige Abweisung der Berufung.¹⁵

Mit Entscheid vom 11. März 2020 wies das Kantonsgericht Wallis die Berufung der Erben vollumfänglich ab. Wie die Vorinstanz qualifizierte das Gericht den «*acompte réservation*» aufgrund des Wortlauts des Vertrages sowie unter Berücksichtigung des relativ hohen Betrages, der anderen Vertragsklauseln und weiterer Einzelfallumstände als unechte Konventionalstrafe, bestätigte deren Herabsetzung auf CHF 1 300 000 und wies die Einrede der Verjährung ab.¹⁶

Mit Beschwerde in Zivilsachen vom 12. Mai 2020 gelangten die Erben an das Bundesgericht und verlangten die Aufhebung des angefochtenen Entscheids, sodass sie der B. SA den Betrag von CHF 5 700 000 nicht zurückzuerstatten haben. Die B. SA schloss auf Abweisung der Beschwerde, sofern darauf einzutreten sei.¹⁷

Mit Urteil vom 28. Januar 2021 wies das Bundesgericht die Beschwerde ab.¹⁸

⁸ Zum Ganzen BGer (Fn. 2), Sachverhalt A.h. und A.i. m.w.H.

⁹ Vgl. BGer 1C_649/2012, 1C_650/2012 vom 22. Mai 2013 (publ. in BGE 139 II 271).

¹⁰ BGer (Fn. 2), Sachverhalt A.j. m.w.H.

¹¹ Zum Ganzen BGer (Fn. 2), Sachverhalt A.k.

¹² BGer (Fn. 2), Sachverhalt A.k.

¹³ Zum Ganzen BGer (Fn. 2), Sachverhalt B.a.; KGer VS (Fn. 1), S. 2 f. m.w.H.

¹⁴ Zum Ganzen BGer (Fn. 2), Sachverhalt B.c.; KGer VS (Fn. 1), S. 3 und E. 3 m.w.H.

¹⁵ Zum Ganzen BGer (Fn. 2), Sachverhalt B.d.; KGer VS (Fn. 1), S. 3 f. m.w.H.

¹⁶ Zum Ganzen BGer (Fn. 2), Sachverhalt B.d. Vgl. KGer VS (Fn. 1), S. 1 ff.

¹⁷ Zum Ganzen BGer (Fn. 2), Sachverhalt C. m.w.H.

¹⁸ BGer (Fn. 2), E. 6 m.w.H.

II. Erwägungen des Bundesgerichts¹⁹

Das Bundesgericht befasste sich zunächst mit der rechtlichen Einordnung des «*acompte réservation*» von CHF 7 000 000.²⁰ Nach einer umfassenden Auslegung des Kaufrechtsvertrages und der zwei Änderungsverträge zwischen den Erben und der B. SA kam es zum Ergebnis, dass die Vorauszahlung als unechte Konventionalstrafe i.S.v. Art. 160 ff. OR analog, und nicht als Entgelt für die Einräumung eines Kaufrechts (Kaufrechtspreis), zu qualifizieren sei. Im Einklang mit dem Kantonsgericht Wallis stellte das Bundesgericht fest, dass der subjektive Wille der Parteien nicht ermittelt werden könne,²¹ weshalb die Qualifikation der strittigen Vertragsklausel mittels objektiver Auslegung der Willenserklärungen der Erben und der B. SA zu erfolgen habe. Nach dem Vertrauensprinzip lasse sich dabei eine Klausel, welche den Grundeigentümern ein Druckmittel gegenüber dem Kaufrechtsberechtigten zur Ausübung des Kaufrechts einräumt und das pönale Element klar in den Vordergrund stellt, nur als unechte Konventionalstrafe interpretieren. Daran vermöge namentlich auch das Verhalten der Parteien nach der Begründung des Kaufrechts nichts zu ändern, zumal im Rahmen einer objektivierten Auslegung nur jenem vor und bei Vertragsschluss rechtliche Bedeutung zukomme.²²

Alsdann prüfte das Bundesgericht, ob die Vorinstanz bei der Herabsetzung der Konventionalstrafe nach Art. 163 Abs. 3 OR richtig vorgegangen war.²³ Mit einer Strafe in der beträchtlichen Höhe von etwas mehr als der Hälfte des vereinbarten Kaufpreises habe das Kantonsgericht Wallis das Kriterium der Übermässigkeit zu Recht als erfüllt betrachtet. Der Wille der B. SA zur Ausübung des Kaufrechts war fest etabliert und das Zustandekommen des Kaufvertrages scheiterte nur wegen der – von den Parteien kaum erwarteten – Annahme der Zweitwohnungsinitiative, die einen erheblichen Einfluss auf die Überbaubarkeit der Grundstücke und deshalb auf deren

Wert hatte und somit den vereinbarten Kaufpreis zu hoch machte. Der Verzicht der B. SA auf die Ausübung des Kaufrechts war also legitim. Ferner war die B. SA vertraglich nicht verpflichtet, sich eine Baubewilligung vor dem allfälligen Inkrafttreten der Initiative erteilen zu lassen, und der Vertrag sah keine Konventionalstrafe zur Sanktionierung einer solchen Unterlassung vor. Um sich zusätzlich abzusichern, hätten die Erben einen Kaufvertrag abschliessen können. Indem sie aber dies nicht machten, gingen sie das Risiko ein, dass die B. SA das Kaufrecht nicht ausgeübt hätte. Dieses Risiko haben sie richtigerweise zu tragen. Zwar könne auch der Kaufrechtsberechtigte das Risiko der Abwertung des Kaufrechtsobjekts während der Dauer des Kaufrechts zum Teil tragen müssen, so durch die Vereinbarung einer Konventionalstrafe. Deren Höhe dürfe aber nicht übermässig sein, ansonsten wäre der Kaufrechtsnehmer nicht mehr frei, zu entscheiden, ob er das Kaufrecht ausüben wolle oder nicht. Ein solcher faktischer Ausübungszwang würde dem Institut des Kaufrechts selbst widersprechen. Eine Herabsetzung der Konventionalstrafe auf 10% des Kaufpreises (CHF 1 300 000) sei also angemessen.²⁴

Schliesslich ging das Bundesgericht auf die Frage ein, ob die Verjährung des sich aus der Herabsetzung der Konventionalstrafe ergebenden Rückerstattungsanspruchs der B. SA gegen die Erben aus ungerechtfertigter Bereicherung (Art. 62 ff. OR) bereits eingetreten war, wie dies die Beschwerdeführer geltend machten.²⁵ Nach der Feststellung, dass das revidierte Verjährungsrecht auf den konkreten Fall noch nicht angewendet werden könne, sodass namentlich die einjährige relative Verjährungsfrist von Art. 67 Abs. 1 OR zu beachten sei, befasste sich das Gericht mit dem Zeitpunkt, ab dem diese Frist zu laufen beginnt. Aufgrund der für das Bundesgericht massgebenden Sachverhaltsfeststellungen der Vorinstanz kam dieses zum Schluss, dass der zu beurteilende Anspruch noch nicht verjährt sei, denn die relative Verjährungsfrist habe erst dann zu laufen begonnen, als das Bundesgericht entschieden habe, dass die verfassungsrechtliche Beschränkung von Zweitwohnungsbauten ab dem Abstimmungstag anwendbar sei. Erst in diesem Zeitpunkt sei der B. SA mit genügender Sicherheit bekannt geworden, dass das vorge-

¹⁹ Die Rüge der offensichtlich unrichtigen Feststellung des Sachverhalts lehnte das Bundesgericht ab (BGer [Fn. 2], E. 2.3 und 3.3.1).

²⁰ BGer (Fn. 2), E. 3.

²¹ BGer (Fn. 2), E. 3.3.1 m.w.H. Vgl. KGer VS (Fn. 1), E. 4.6.1 und 4.6.2.1.

²² Zum Ganzen BGer (Fn. 2), E. 3.3.2 f. m.w.H.

²³ BGer (Fn. 2), E. 4.

²⁴ Zum Ganzen BGer (Fn. 2), E. 4.2 f. m.w.H.

²⁵ BGer (Fn. 2), E. 5.

sehene Projekt nicht realisiert werden konnte, die Vorauszahlung von CHF 7 000 000 übermässig hoch sei und deshalb ein Rückerstattungsanspruch bestehe. Dass beide Parteien davon ausgingen, dass die Initiative nicht sofort anwendbar gewesen wäre, zeige auch der zweite Änderungsvertrag, mit welchem die Kaufrechtsdauer nochmals und ohne weitere Bedingungen verlängert wurde. Mit dem Schlichtungsgesuch vom 26. Februar 2014 habe somit die B. SA die relative Verjährungsfrist von einem Jahr rechtzeitig unterbrochen (vgl. Art. 135 Ziff. 2 OR).²⁶

III. Bemerkungen

1. Ausgangspunkt: Kaufsrecht an einem Grundstück (Art. 216 ff. OR)

Mit einem Kaufsrecht i.S.v. Art. 216 ff. OR räumt der Grundeigentümer dem Berechtigten das Recht ein, durch einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung ein bestimmtes Grundstück nach den vertraglich festgelegten Bedingungen zu kaufen, d.h. einen früher vereinbarten, aber noch nicht verbindlichen Kaufvertrag vollziehbar werden zu lassen.²⁷ Der Kaufvertrag ist dabei an die Ausübungserklärung des Kaufrechtsberechtigten als (Potestativ-)Bedingung geknüpft.²⁸ Das Kaufsrecht stellt eine rechtsgeschäftliche Eigentumsbeschränkung dar.²⁹

Verträge, die ein Kaufsrecht an einem Grundstück begründen, bedürfen zu ihrer Gültigkeit der

öffentlichen Beurkundung (Art. 216 Abs. 2 OR).³⁰ Die Willenserklärung des Kaufrechtsnehmers zur Ausübung der Option ist nicht öffentlich zu beurkunden.³¹ Jedoch hat die Anmeldung an das Grundbuchamt (auch) eine schriftliche Ausübungserklärung des Kaufrechtsberechtigten zu enthalten (vgl. Art. 64 Abs. 1 lit. e i.V.m. Art. 48 Abs. 1 GBV). Kaufsrechte dürfen für höchstens zehn Jahre vereinbart und im Grundbuch vorgemerkt werden (Art. 216a OR).

2. Qualifikation von Leistungspflichten des Kaufrechtsnehmers

In einem Kaufsrechtsvertrag kann sich der Berechtigte verpflichten, dem Grundeigentümer eine oder mehrere Leistungen zu erbringen,³² bei deren rechtlicher Qualifikation es sich um eine Frage der Vertragsauslegung handelt.³³ Für sich allein nicht entscheidend ist dabei der von den Parteien gewählte Wortlaut («*falsa demonstratio non nocet*»);³⁴ er ist nur, aber immerhin, eines der relevanten Auslegungsmittel, wenn der Vertrag objektiviert ausgelegt und so der hypothetische Parteiwille ermittelt werden soll.

2.1 Kaufsrechtspreis («Optionspreis»)

Die Einräumung eines Kaufsrechts kann gegen Entgelt erfolgen.³⁵ Als Kaufsrechtspreis gilt dabei die Entschädigung, die sich der Berechtigte dem Grundeigentümer für die Begründung des Kaufsrechts zu zahlen verpflichtet, d.h. die Gegenleistung zur Verpflichtung des Eigentümers, während der – ggf. auch sich über mehrere Jahre erstreckenden – Dauer des Kaufsrechts alle Handlungen zu unterlassen, die ei-

²⁶ Zum Ganzen BGer (Fn. 2), E. 5.2 ff. m.w.H.

²⁷ BSK OR I-Fasel, N 9 zu Art. 216, in: Corinne Widmer Lüchinger/David Oser (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 7. Aufl., Basel 2019; CHK-Binder, N 1 zu Art. 216 OR, in: Andreas Furrer/Anton K. Schnyder (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1–183 OR, 3. Aufl., Zürich 2016; Pierre Cavin, Kauf, Tausch und Schenkung, SPR VII/1, Basel/Stuttgart 1977, 153. Vgl. auch BGer 4A_24/2008 vom 12. Juni 2008 E. 3.1 sowie aArt. 216 Abs. 2 OR.

²⁸ Statt vieler BSK OR I-Fasel (Fn. 27), N 9 zu Art. 216.

²⁹ Statt vieler Hans Giger, Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Band VI: Obligationenrecht, 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 1. Teilband: Kauf und Tausch, 3. Abschnitt: Der Grundstückkauf, Art. 216–221 OR, Bern 1997, N 43 zu Art. 216 OR. Zur (umstrittenen) Rechtsnatur des Kaufsrechts eingehend Philipp Meier Schleich, Option und Optionsvertrag, Diss. Zürich 2018, 73 ff. Vgl. dazu auch BK-Giger (Fn. 29), N 44 f. zu Art. 216 OR.

³⁰ Zum Umfang des Beurkundungszwanges statt vieler BSK OR I-Fasel (Fn. 27), N 11 ff. zu Art. 216.

³¹ Statt vieler BK-Giger (Fn. 29), N 56 f. zu Art. 216 OR m.w.H.

³² Grundlegend Urteil des Kantonsgerichts von Graubünden ZK2 15 55 vom 21. November 2016, S. 11 ff.

³³ BGer (Fn. 2), E. 3.2; vgl. auch BSK OR I-Widmer/Costantini/Ehrat (Fn. 27), N 13 zu Art. 158.

³⁴ Statt vieler Hermann Becker, Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Band VI: Obligationenrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, Art. 1–183 OR, 2. Aufl., Bern 1945, N 6 zu Art. 158 OR.

³⁵ BGer (Fn. 2), E. 3.1.2; KGer VS (Fn. 1), E. 4.2; Cavin (Fn. 27), 154.

nen Kauf verhindern könnten.³⁶ Im Kaufrechtsvertrag verpflichtet sich der Kaufrechtsgeber, das Grundstück in der vertraglich vereinbarten Art und Weise zur Verfügung zu halten, was in der Regel mit einer obligatorischen Verfügungs- und Nutzungsbeschränkung in Bezug auf den Kaufgegenstand verbunden ist. Als (atypisch) synallagmatische Gegenleistung dazu kann sich der Kaufrechtsnehmer verpflichten, ein bestimmtes Entgelt zu zahlen.³⁷ Der Kaufrechtspreis weist also keinen Strafcharakter auf, sondern er ist der «Preis» der Option an sich («*do ut des*»).³⁸ Die Parteien können namentlich vereinbaren, dass der Kaufrechtspreis definitiv dem Eigentümer zufällt, wenn das Kaufrecht nicht ausgeübt wird, bzw. dem Kaufpreis angerechnet wird, wenn der Kaufvertrag zustande kommt.³⁹

2.2 Konventionalstrafe (Art. 160 ff. OR)

2.2.1 Echte Konventionalstrafe

Konventionalstrafe ist die aufschiebend oder auflösend bedingte Leistung, die der Schuldner durch Rechtsgeschäft dem Gläubiger für den Fall der Nichterfüllung oder der nicht gehörigen Erfüllung einer bestimmten Schuld verspricht (vgl. Art. 160 Abs. 1 OR).⁴⁰ Sie stellt einen zusätzlichen Anreiz für den Schuldner dar, den Vertrag (richtig) zu erfüllen, und verstärkt insoweit die Bindungswirkung des Vertrages.⁴¹

Die Konventionalstrafe bezweckt die Sicherstellung der (richtigen) Erfüllung der Hauptschuld, indem ein gewisser Erfüllungsdruck bewirkt und die Leistungsstörung vermieden werden soll (Sicherungsfunktion). Sie dient einem wirtschaftlichen Ausgleich für Nachteile der Nicht- oder Schlechterfüllung der Primärverpflichtung (Ausgleichsfunktion). Und ihr kommt im Falle einer Leistungsstörung auch ein Strafzweck zu (Straffunktion).⁴²

Mit einer Konventionalstrafe wird der Gläubiger der nicht (gehörig) erfüllten Hauptleistung schadlos gehalten und dessen Stellung durch Befreiung vom Schadensnachweis verbessert,⁴³ denn die Strafe ist verfallen, auch wenn dem Gläubiger kein Schaden erwachsen ist (Art. 161 Abs. 1 OR).⁴⁴ Mangels anderer Abrede ist dieser nur berechtigt, entweder die Erfüllung oder die Strafe zu fordern (Art. 160 Abs. 1 OR).⁴⁵ Vorausgesetzt ist zudem ein Verschulden seitens des Schuldners, sofern nichts anderes vereinbart ist.⁴⁶

Die Konventionalstrafe ist bedingt, indem die Einforderung der Obligation, die sie begründet, von der Nicht- oder nicht richtigen Erfüllung der Hauptschuld abhängt. Sie ist selbständig, indem sie eine eigene Obligation entstehen lässt. Und sie ist akzessorisch, indem sie der Sicherung einer bestimmten Hauptschuld dient, von der sie bezüglich Entstehung, Fortbestand und Durchsetzbarkeit abhängt. Ist die Hauptverpflichtung aus irgendeinem Grund ungültig, so ist es auch die Konventionalstrafe (vgl. Art. 163 Abs. 2 OR).⁴⁷

Eine echte Konventionalstrafe fällt vorliegend bereits deshalb ausser Betracht, weil die B. SA nicht

³⁶ BGer (Fn. 2), E. 3.1.2; CR CO I-Foëx, N 26 zu Art. 216, in: Luc Thévenoz/Franz Werro (Hrsg.), Commentaire romand, Code des obligations I, Art. 1–529 CO, 2. Aufl., Basel 2012; Meier Schleich (Fn. 30), 162.

³⁷ Zum Ganzen KGer GR (Fn. 32), E. 6c/aa S. 12. Vgl. zum synallagmatischen Charakter des Optionsvertrages Meier Schleich (Fn. 29), 96 f. m.w.H.

³⁸ KGer GR (Fn. 32), E. 6c/aa S. 12.

³⁹ KGer VS (Fn. 1), E. 4.2; KGer FR, ZFR 12 (2003) 1, 40 ff., 43; Meier Schleich (Fn. 29), 161 f. m.w.H.

⁴⁰ BGE 122 III 420 E. 2a; BGer 4A_69/2014 vom 28. April 2014 E. 5.1; KGer VS (Fn. 1), E. 4.4.1; KGer GR (Fn. 32), E. 6c/aa S. 13; Claire Huguenin, Obligationenrecht, 3. Aufl., Zürich 2019, N 1250; Peter Gauch/Walter R. Schluep/Jörg Schmid/Susan Emmenegger, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 11. Aufl., Zürich 2020, N 3783 ff. m.w.H. Auf die (terminologische) Unterscheidung von «Strafabrede» als Rechtsgrund der Strafe und Konventionalstrafe selbst wird vorliegend verzichtet. Vgl. dazu statt vieler Roland Bentele, Die Konventionalstrafe nach Art. 160–163 OR, Diss. Freiburg 1994, 7 f.

⁴¹ BGE 135 III 433 E. 3.1 S. 437; KGer VS (Fn. 1), E. 4.4.1; BSK OR I-Widmer/Costantini/Ehrat (Fn. 27), N 1 Vor Art. 158–163; differenzierend Huguenin (Fn. 40), N 1251.

⁴² Zum Ganzen BGE 144 III 327 E. 5.2.1 S. 332; KGer VS (Fn. 1), E. 4.4.1; KGer GR (Fn. 32), E. 6c/aa S. 13; Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger (Fn. 40), N 3782; Huguenin (Fn. 40), N 1251; Bentele (Fn. 40), 9 ff.

⁴³ BGE 122 III 420 E. 2a; BGE 109 II 462 E. 4a S. 468; BSK OR I-Widmer/Costantini/Ehrat (Fn. 27), N 1 zu Art. 160.

⁴⁴ Übersteigt der erlittene Schaden den Betrag der Strafe, so kann der Gläubiger den Mehrbetrag nur so weit einfordern, als er ein Verschulden nachweist (Art. 161 Abs. 2 OR).

⁴⁵ Eingehend dazu statt vieler Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger (Fn. 40), N 3798 ff.

⁴⁶ BGer (Fn. 2), E. 3.1.1; Huguenin (Fn. 40), N 1262; Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger (Fn. 40), N 3792a f. m.w.H.

⁴⁷ Zum Ganzen KGer VS (Fn. 1), E. 4.4.1; KGer GR (Fn. 32), E. 6c/aa S. 13; CR CO I-Mooser (Fn. 36), N 1 zu Art. 160; Andreas von Tuhr/Arnold Escher, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band II, 3. Aufl., Zürich 1974, 278 f.

verpflichtet, sondern «nur» berechtigt war, das Kaufsrecht auszuüben,⁴⁸ sodass eine zu sichernde Hauptschuld nicht bestand.

2.2.2 Unechte Konventionalstrafe («strafähnliches Versprechen»)

Eine sog. unechte Konventionalstrafe⁴⁹ liegt vor, wenn jemand, ohne zu einer Leistung verpflichtet zu sein, etwas – i.d.R. eine Geldleistung – für den Fall verspricht, dass er diese Leistung nicht freiwillig erbringt.⁵⁰ Bei dem von der Strafe erfassten, freiwilligen Verhalten kann es sich um eine positive (z.B. Ausübung eines Kaufsrechts) oder eine negative Leistung (z.B. Ausbleiben einer Kündigung) handeln.⁵¹ Die unechte Konventionalstrafe setzt einen Anreiz für den Schuldner, die betreffende Leistung zu erbringen.⁵²

Die unechte Konventionalstrafe ist zwar bedingt, aber nicht akzessorischer Natur; es liegt im Ergebnis eine Wahlobligation mit Wahlrecht des Schuldners vor (vgl. Art. 72 OR).⁵³ Mit einer unechten Konventionalstrafe bleibt dieses Wahlrecht rechtlich zwar unangetastet, es wird aber faktisch erschwert, weshalb die unechte Konventionalstrafe weitgehend den Regeln über die echte Konventionalstrafe – namentlich Art. 163 Abs. 3 OR – unterstellt wird.⁵⁴ Das ist denn

auch insofern gerecht, als eine echte oder unechte Konventionalstrafe den Schuldner wirtschaftlich in gleicher Weise bindet.⁵⁵

Die unechte Konventionalstrafe und der Kaufsrechtspreis unterscheiden sich im Wesentlichen dadurch, dass der Optionspreis die Entschädigung ist, welche dem Eigentümer für die sich aus dem Kaufsrecht während dessen Dauer ergebende Beschränkung des Grundeigentums zukommen soll, während die unechte Konventionalstrafe dazu dient, Druck gegenüber dem Berechtigten auszuüben, damit er das Kaufsrecht ausübt.⁵⁶

Aus dem Urteil des Bundesgerichts lassen sich die relevanten Kriterien für die Abgrenzung von Kaufsrechtspreis und unechter Konventionalstrafe ableiten.⁵⁷ Sieht der Kaufsrechtsvertrag vor, dass der Kaufsrechtsnehmer dem Grundeigentümer eine entgeltliche Leistung zu erbringen hat, ist diese nicht bereits deshalb als unechte Konventionalstrafe zu qualifizieren, weil sie definitiv dem Kaufsrechtsgeber zufallen soll, wenn die Option nicht ausgeübt wird. Denn der Optionspreis, welcher den Grundeigentümer für die mit dem Kaufsrecht verbundene Eigentumsbeschränkung entschädigen soll, verhält sich diesbezüglich nicht anders. Auf eine unechte Konventionalstrafe kann vielmehr nur geschlossen werden, wenn sich aus den gesamten Einzelfallumständen bzw. der konkret gewählten Gestaltung ein Druckmittel gegenüber dem Kaufsrechtsberechtigten zur Ausübung der Option ergibt und also keine Gegenleistung für das Kaufsrecht vorliegt, sodass sich das vereinbarte Entgelt in erster Linie als Leistungspflicht mit pönalem Charakter erweist. Immerhin gilt es zu beachten, dass Kaufsrechtspreis und unechte Konventionalstrafe oftmals zugleich und nebeneinander vorkommen, indem die Leistungspflicht des Kaufsrechtsnehmers zum Teil Optionspreis und zum

⁴⁸ Vgl. KGer VS (Fn. 1), E. 4.6.2.2 S. 16.

⁴⁹ Vgl. zum Begriff *Ramon Mabillard*, Rechtsnatur, anwendbare Gesetzesbestimmungen und Zulässigkeit der unechten Konventionalstrafe, AJP 14 (2005) 5, 547 ff., 548.

⁵⁰ BSK OR I-Widmer/Costantini/Ehrat (Fn. 27), N 3 zu Art. 160; von Tuhr/Escher (Fn. 47), 286; Eugen Bucher, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. Aufl., Zürich 1988, 525; *Mabillard* (Fn. 49), 548. Vgl. auch BGer (Fn. 2), E. 3.1.1, sowie § 343 Abs. 2 BGB.

⁵¹ Vgl. *Bentele* (Fn. 40), 13 und 130.

⁵² Vgl. *Mabillard* (Fn. 49), 547. Zu den Funktionen der unechten Konventionalstrafe *ders.*, 548 ff.

⁵³ KGer VS (Fn. 1), E. 4.4.2 S. 11; KGer GR (Fn. 32), E. 6c/aa S. 13; *Bucher* (Fn. 50), 525; BSK OR I-Widmer/Costantini/Ehrat (Fn. 27), N 3 zu Art. 160. Eingehend zur Rechtsnatur der unechten Konventionalstrafe etwa *Mabillard* (Fn. 49), 550 ff.

⁵⁴ BGer (Fn. 2), E. 3.1.1; BGE 109 II 462 E. 4d S. 470; BGE 103 II 129 E. 4 S. 136; KGer VS (Fn. 1), E. 4.4.2 S. 12; *BK-Becker* (Fn. 34), N 26 zu Art. 163 OR; BSK OR I-Widmer/Costantini/Ehrat (Fn. 27), N 3 zu Art. 160; KUKO OR-Pietruszak, N 17 zu Art. 160, in: Heinrich Honsell (Hrsg.), Kurzkommmentar Obligationenrecht, Art. 1–1186 OR, Basel 2014; von Tuhr/Escher (Fn. 47), 286 f.; *Gauch/Schluemp/Schmid/Emmenegger* (Fn. 40), N 3849; *Bucher* (Fn. 50),

525; *Bentele* (Fn. 40), 132 ff. m.w.H. Eingehend zu dieser Frage *Mabillard* (Fn. 49), 552 ff. Eine analoge Anwendung, welche die Besonderheiten der unechten Konventionalstrafe bei den einzelnen Normen berücksichtigen lässt, ist u.E. vorzuziehen (zum Teil a.M. *Mabillard* [Fn. 49], 552).

⁵⁵ *BK-Becker* (Fn. 34), N 26 zu Art. 163 OR; *Bentele* (Fn. 40), 132 bei Fn. 617; *Mabillard* (Fn. 49), 553.

⁵⁶ BGer (Fn. 2), E. 3.1.3.

⁵⁷ Diese Frage stellt sich selbstverständlich nur, sofern der Kaufsrechtsvertrag objektiviert ausgelegt werden muss, indem sich der subjektive Wille der Parteien – wie *in casu* – nicht ermitteln lässt.

anderen Konventionalstrafe ist. Die Grenze zwischen der einen und der anderen Leistungspflicht des Kaufrechtsnehmers ist fließend. *In casu* haben die Gerichte den ganzen «*acompte réservation*» als unechte Konventionalstrafe und das Kaufrecht als unentgeltlich qualifiziert. Dem Fehlen einer Gegenleistung für die Option wurde dann im Rahmen der Herabsetzung der Strafe nach Art. 163 Abs. 3 OR Rechnung getragen.⁵⁸ Wenn auch im Ergebnis wohl ähnlich, wäre es ökonomisch naheliegender gewesen, einen Teil der Vorauszahlung als Optionspreis und den Rest als – weiterhin übermässige – Konventionalstrafe zu verstehen.

Auch Motive und Interessen der Parteien sprechen dafür, dass die Vorauszahlung der B. SA nicht vollständig als Kaufrechtspreis hätte qualifiziert werden können. Mit einem Kaufrecht sichert sich der Berechtigte die Möglichkeit, ein Grundstück käuflich zu erwerben, ohne bereits eine weitergehende vertragliche Bindung eingehen zu müssen. Bei Ausübung des Kaufrechts erhält der Grundeigentümer den vereinbarten Kaufpreis, bei Nichtausübung der Option geht er ebenfalls nicht leer aus, sofern ein Kaufrechtspreis verabredet wurde.⁵⁹ Daneben besteht auch die Möglichkeit, einen Anreiz zur Ausübung der Option zu setzen, indem eine bedingte Leistungspflicht für den Fall vorgesehen wird, dass der Kauf ausbleibt. Hat ein solches Entgelt aber zur Folge, dass dem Kaufrechtsnehmer praktisch keine Entscheidungsfreiheit mehr verbleibt, das Kaufrecht auszuüben oder nicht, ist es als unechte Konventionalstrafe zu qualifizieren, welche der richterlichen Herabsetzung nach Art. 163 Abs. 3 OR untersteht.⁶⁰ Sonst wäre der Berechtigte entweder faktisch gezwungen, das Kaufrecht auszuüben, was einen klaren Widerspruch darstellen würde, zumal die Freiheit beim Entscheid über die Ausübung der Option ein Wesensmerkmal des Kaufrechts ist.⁶¹ Oder er müsste dem Eigentümer, ohne das Grundstück zu erwerben, eine Summe ausrichten, die einen wesentlichen Teil des Kaufpreises ausmachen würde.

Mit dem Abschluss eines Kaufrechtsvertrages haben die Erben das Risiko, dass das Kaufrecht nicht ausgeübt worden wäre, bewusst in Kauf genommen und müssen dieses grundsätzlich auch selber tragen.

Die aufgrund der neuen Baurechtslage bei den fünf Grundstücken eingetretene Wertminderung vermag daran nichts zu ändern, kann man doch diesem Risiko zwar mit einem Optionspreis bzw. einer unechten Konventionalstrafe Rechnung tragen, ohne dass es aber zu einer übermässigen Einschränkung der Entscheidungsfreiheit des Kaufrechtsnehmers kommen könnte.⁶²

2.3 Weitere Leistungspflichten des Kaufrechtsnehmers

2.3.1 Haft- und Reugeld («Arrha»; Art. 158 OR)

Art. 158 OR sieht vor, dass das beim Vertragsschluss gegebene An- oder Draufgeld als Haft-, nicht als Reugeld gilt (Abs. 1). Wo nicht Vertrag oder Ortsgebrauch etwas anderes bestimmen, verbleibt das Haftgeld dem Empfänger ohne Abzug von seinem Anspruch (Abs. 2).

Das Haftgeld ist eine Geldsumme, die vom Schuldner dem Gläubiger bei Vertragsschluss mit der Vereinbarung geleistet wird, dass Letzterer diese bei Nichterfüllung behalten darf. Es führt zu einer Bekräftigung des Vertragsschlusses.⁶³ Ein Haftgeld liegt nur vor, wenn die Leistung bereits bei Vertragsschluss erfolgt.⁶⁴ Soll das Haftgeld für den Fall der Nichterfüllung des Vertrages beim Empfänger verbleiben, hat es die Bedeutung einer im Voraus bezahlten Konventionalstrafe.⁶⁵

Ist ein Reugeld verabredet worden, so kann der Geber nach Art. 158 Abs. 3 OR gegen Zurücklassung des bezahlten und der Empfänger gegen Erstattung des doppelten Betrages vom Vertrag zurücktreten. Die Vereinbarung eines Reugeldes, das begriffsnotwendig bereits bei Vertragsschluss bezahlt wird, ermöglicht nach der dispositiven Regel von Art. 158 Abs. 3 OR beiden Parteien, gegen entsprechende Leistung willkürlich vom Vertrag zurückzutreten.⁶⁶ Reugeld ist mit anderen Worten die im Voraus be-

⁵⁸ Vgl. BGer (Fn. 2), E. 4.2; KGer VS (Fn. 1), E. 5.3 S. 23.

⁵⁹ Zum Ganzen *Meier Schleich* (Fn. 29), 15 ff. m.w.H.

⁶⁰ A.M. *Meier Schleich* (Fn. 29), 163 f.

⁶¹ Vgl. statt vieler *Cavin* (Fn. 27), 153.

⁶² Vgl. zum Ganzen KGer VS (Fn. 1), E. 5.3 S. 21 m.w.H.

⁶³ Zum Ganzen KGer GR (Fn. 32), E. 6c/aa S. 12 f.; *Gauch/Schluap/Schmid/Emmenegger* (Fn. 40), N 3854 und 3857; auch zur Unterscheidung von An- und Draufgeld *Huguenin* (Fn. 40), N 1240 und 1243 ff.

⁶⁴ Grundlegend BGE 133 III 43 E. 3.2.1.

⁶⁵ Grundlegend BGE 133 III 43 E. 3.2. Vgl. auch KGer VS (Fn. 1), E. 4.3.

⁶⁶ KGer GR (Fn. 32), E. 6c/aa S. 12; BSK OR I-Widmer/*Costantini/Ehrat* (Fn. 27), N 11 und 14 zu Art. 158; *Huguenin* (Fn. 40), N 1249.

stimmte Entschädigung für ein vertraglich eingeräumtes Rücktrittsrecht, welche den Parteien alternativ gestattet, den Vertrag zu erfüllen oder von ihm gegen Erlegung der vereinbarten Summe zurückzutreten.⁶⁷ Es hat eine Abschwächung der Bindungswirkung des Vertrages zur Folge.⁶⁸

Vorliegend liess das Kantonsgericht Wallis die Frage nach einer möglichen Qualifikation der Vorauszahlung als Haftgeld zu Recht offen, da ein solches bei Nichtausübung des Kaufrechts einer im Voraus bezahlten unechten Konventionalstrafe gleichkommen und so insb. auch Art. 163 Abs. 3 OR unterstehen würde.⁶⁹ Für die Annahme eines Reugeldes bestanden dagegen keine Anhaltspunkte, nicht zuletzt deshalb, weil ein Rücktrittsrecht als zusätzliche Möglichkeit, den Kaufvertrag nicht vollziehbar werden zu lassen, mit der Begründung eines Kaufrechts als Gestaltungsrechts zugunsten des Kaufrechtsberechtigten obsolet wäre.⁷⁰

2.3.2 Wandelpön («exklusive Konventionalstrafe»; Art. 160 Abs. 3 OR)

Der Wandelpön kommt die gleiche Funktion wie dem Reugeld zu, sie unterscheidet sich aber von diesem dadurch, dass sie erst zu leisten ist, wenn der Schuldner seine primäre Leistungspflicht nicht erbringen will.⁷¹ So bleibt nach Art. 160 Abs. 3 OR dem Schuldner der Nachweis vorbehalten, dass ihm gegen Erlegung der Strafe der Rücktritt freistehen sollte. Anders als die Konventionalstrafe schwächt die Wandelpön die Bindungswirkung des Vertrages, sodass umstritten ist, ob es sich dabei überhaupt um eine (besondere) Konventionalstrafe handelt oder nicht.⁷² *In casu* konnte eine Wandelpön nur schon deshalb nicht vorliegen, weil die Vorauszahlung bereits vor Vertragschluss erfolgte.

3. Herabsetzung einer übermässig hohen Konventionalstrafe

3.1 Grundsatz: Vertragsfreiheit (Art. 19 Abs. 1 und Art. 163 Abs. 1 OR)

Nach Art. 19 Abs. 1 OR kann der Inhalt des Vertrages innerhalb der Schranken des Gesetzes beliebig festgestellt werden. Art. 163 Abs. 1 OR hält den Grundsatz der Vertragsfreiheit bei der Vereinbarung einer Konventionalstrafe fest, indem er statuiert, dass diese von den Parteien in beliebiger Höhe bestimmt werden kann. Dieses Prinzip schränkt aber Art. 163 Abs. 3 OR insofern ein, als er die Herabsetzung übermässig hoher Konventionalstrafen durch den Richter vorsieht.⁷³

3.2 Schranke: Richterliche Herabsetzung übermässiger Konventionalstrafen (Art. 163 Abs. 3 OR)

Gemäss Art. 163 Abs. 3 OR hat der Richter übermässig hohe Konventionalstrafen nach seinem Ermessen herabzusetzen. Mit dieser zwingenden Bestimmung statuiert das Gesetz zum Schutz des Schuldners und um der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit willen eine besondere richterliche Inhaltskontrolle, die über die allgemeinen Inhaltsschranken von Art. 19 f. OR und Art. 27 Abs. 2 ZGB hinausgeht.⁷⁴

3.2.1 Voraussetzungen

Für die Anwendung von Art. 163 Abs. 3 OR müssen sowohl die Konventionalstrafe selbst als auch die Hauptschuld, auf die sich die Konventionalstrafe bezieht (vgl. Art. 163 Abs. 2 OR), gültig sein.⁷⁵ Zudem muss die Hauptschuld bereits verletzt, d.h. nicht bzw. nicht richtig erfüllt worden sein.⁷⁶ Handelt es sich um eine unechte Konventionalstrafe, ist erforderlich, dass der Schuldner ein bestimmtes, freiwilliges Verhalten nicht vornimmt, so etwa dass er wie *in casu* das Kaufrecht innerhalb der vereinbarten Frist nicht ausübt.

⁶⁷ BGer 4C.301/2006 vom 23. April 2007 E. 6; BGE 84 II 151 E. 2 m.w.H.

⁶⁸ KGer GR (Fn. 32), E. 6c/aa S. 12; BSK OR I-Widmer/Costantini/Ehrat (Fn. 27), N 1 Vor Art. 158–163; Huguenin (Fn. 40), N 1243.

⁶⁹ KGer VS (Fn. 1), E. 4.6.2.2 S. 17 m.w.H.

⁷⁰ Vgl. KGer GR (Fn. 32), E. 6c/bb S. 15 f. m.w.H.

⁷¹ KGer GR (Fn. 32), E. 6c/aa S. 12; Gauch/Schluemp/Schmid/Emmenegger (Fn. 40), N 3810 ff. und 3868; Huguenin (Fn. 40), N 1273.

⁷² Vgl. KGer GR (Fn. 32), E. 6c/aa S. 13; Huguenin (Fn. 40), N 1273 und Fn. 52 m.w.H.

⁷³ Vgl. zum Ganzen statt vieler CHK-Roth Pellanda (Fn. 27), N 1 und 8 zu Art. 163 OR.

⁷⁴ Statt vieler KUKO OR-Pietruszak (Fn. 54), N 1 zu Art. 163. Vgl. dazu hinten S. 385 f.

⁷⁵ Statt vieler Gaspard Couchepin, La clause pénale, Diss. Zürich 2008, N 917 ff. m.w.H.

⁷⁶ BGE 133 III 43 E. 3.5; KUKO OR-Pietruszak (Fn. 54), N 7 zu Art. 163; Gauch/Schluemp/Schmid/Emmenegger (Fn. 40), N 3829 f.

Weiter muss die Konventionalstrafe übermässig hoch sein. Ob dies der Fall ist, beurteilt der Richter nach freiem, pflichtgemäsem Ermessen (Art. 4 ZGB). Gleiches gilt für die Frage über die Höhe einer allfälligen Herabsetzung.⁷⁷ In den Willen der Parteien soll der Richter aufgrund des Grundsatzes der Privatautonomie und jenes der Vertragstreue («*pacta sunt servanda*») nur zurückhaltend eingreifen.⁷⁸ Nach dem Bundesgericht muss die Konventionalstrafe so hoch sein, dass sie das vernünftige, mit Recht und Billigkeit noch vereinbare Mass übersteigt, wobei dies insb. der Fall ist, wenn der vereinbarte Betrag und das Interesse des Gläubigers am Festhalten an der ganzen Konventionalstrafe in einem krassen Missverhältnis stehen.⁷⁹ Als massgebender Beurteilungszeitpunkt gilt dabei grundsätzlich derjenige der Vertragsverletzung⁸⁰ bzw. der Nichterbringung einer bestimmten freiwilligen Leistung.

Die Beurteilung der Übermässigkeit hat nicht abstrakt, sondern unter Berücksichtigung aller Umstände des konkreten Einzelfalles zu erfolgen,⁸¹ wobei sich Lehre und Rechtsprechung dafür verschiedener Kriterien bedienen.⁸² So erwähnt das Bundesgericht im vorliegenden Urteil neben dem Schaden, der beim Gläubiger einzutreten droht, die Art und Dauer des Vertrages, die Schwere des Verschuldens und der Vertragsverletzung sowie die wirtschaftliche Lage der Parteien, namentlich des Schuldners. Ebenfalls zu berücksichtigen seien allfällige Abhängigkeiten, die aus dem Vertrag resultieren, und die Geschäftserfahrenheit der Parteien.⁸³

Was den Schaden des Gläubigers betrifft, so kann eine Konventionalstrafe nicht schon deshalb als übermässig bezeichnet werden, weil sie den Betrag übersteigt, welchen der Gläubiger als Schadenersatz we-

gen Nichterfüllung beanspruchen könnte (vgl. Art. 161 Abs. 1 OR), da sonst die Vereinbarung einer Strafe kaum mehr Sinn machen würde. Insofern unterscheidet sich also das schweizerische Recht von den Rechtsordnungen des *common law*, in denen (zulässige) Schadenspauschalierungsklauseln (*liquidated damages clauses*) und (unzulässige) Vertragsstrafenklauseln (*penalty clauses*) abgegrenzt werden. Immerhin kann ein klares Missverhältnis zwischen dem tatsächlichen bzw. wahrscheinlichen und dem von den Parteien als möglich vorausgesehenen Schaden einen relevanten Herabsetzungsgrund bilden, wobei nicht allein der tatsächlich entstandene Schaden, sondern auch das Schadensrisiko, welchem der Gläubiger im konkreten Fall ausgesetzt war, zu berücksichtigen ist.⁸⁴

Die Besonderheiten der unechten Konventionalstrafe, die sich daraus ergeben, dass eine solche nicht die Verletzung einer Obligation sanktioniert, sondern bloss den Schuldner zur Erbringung einer bestimmten, freiwilligen Leistung bewegen soll, sollen bei der Beurteilung der Übermässigkeit nach Art. 163 Abs. 3 OR berücksichtigt werden.⁸⁵

In casu brachten die Erben einerseits das Argument vor, mit der während der Kaufrechtsdauer angenommenen und in Kraft getretenen Zweitwohnungsinitiative hätten die fünf Grundstücke an Wert verloren. Andererseits machten sie geltend, aufgrund des Kaufrechts mussten sie ein nach Vertragsschluss erhaltenes, besseres Angebot für die Grundstücke ablehnen.⁸⁶ Neben der zutreffenden Erkenntnis, dass auch diese anderen Investoren ohne Baubewilligung wohl keinen Kaufvertrag abgeschlossen hätten, hielt das Kantonsgericht Wallis zu Recht fest, dass der beim Grundeigentümer (hypothetisch) eingetretene (positive oder negative) Schaden bei einer unechten Konventionalstrafe nicht berücksichtigt werden könne, würde man doch sonst annehmen, dass der Kaufrechtsberechtigte zur Ausübung des Kaufrechts verpflichtet sei.⁸⁷ Es ist vielmehr der Optionspreis, welcher den Grundeigentümer für eine solche Vermögenseinbusse entschädigen soll. Ebenso wenig kann die Schwere der Verletzung der gesicherten

⁷⁷ Zum Ganzen BGer (Fn. 2), E. 4.1; BGE 133 III 201 E. 5.2 S. 210; CHK-Roth Pellanda (Fn. 27), N 16 zu Art. 163 OR; Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger (Fn. 40), N 3824 («doppeltes Ermessen»). Vgl. dazu auch hinten S. 384 f.

⁷⁸ BGE 133 III 43 E. 3.3.1; KUKO OR-Pietruszak (Fn. 54), N 5 zu Art. 163. Zur Zurückhaltung des Bundesgerichts bei der Überprüfung des Entscheids der kantonalen Vorinstanz BGer (Fn. 2), E. 4.1.

⁷⁹ BGer (Fn. 2), E. 4.1; BGE 133 III 201 E. 5.2 S. 209 sowie BGE 133 III 43 E. 3.3.1 und 3.3.2 S. 48, beide m.w.H. Statt vieler Bentle (Fn. 40), 122 f. m.w.H.

⁸⁰ BGer (Fn. 2), E. 4.1; BGE 133 III 201 E. 5.2 S. 209.

⁸² Eingehend zu dieser Frage statt vieler BSK OR I-Widmer/Costantini/Ehrat (Fn. 27), N 15 ff. zu Art. 163.

⁸³ Zum Ganzen BGer (Fn. 2), E. 4.1 m.w.H.

⁸⁴ Grundlegend BGE 133 III 43 E. 4.1 ff. m.w.H. Vgl. zum Ganzen auch BGE 114 II 264 E. 1b.

⁸⁵ Vgl. KGer VS (Fn. 1), E. 5.3 S. 19; Mabillard (Fn. 49), 555.

⁸⁶ Zum Ganzen BGer (Fn. 2), Sachverhalt A.d.; KGer VS (Fn. 1), E. 5.3 S. 21 f. m.w.H.

⁸⁷ KGer VS (Fn. 1), E. 5.3 S. 21 f. m.w.H.

Hauptschuld relevant sein, ist die unechte Konventionalstrafe doch gerade dadurch gekennzeichnet, dass es an einer solchen fehlt.⁸⁸ Wenn auch nur in einem weiteren Sinne, ist dagegen die Schwere des Verschuldens des Schuldners in die Beurteilung miteinzubeziehen.⁸⁹ Dass vorliegend die Konventionalstrafe übermässig hoch war, haben im Übrigen alle drei mit dem Fall befassten Gerichte in konsequenter Anwendung der erwähnten Kriterien entschieden.⁹⁰

Nachdem diese Frage lange offen gelassen wurde, geht das Bundesgericht seit BGE 133 III 43 E 3.6 davon aus, dass auch eine bereits geleistete Konventionalstrafe nachträglich herabgesetzt werden kann, sofern die Umstände, die zu einer Herabsetzung berechtigen, im Zeitpunkt der Zahlung noch nicht bekannt waren.⁹¹ Einer Herabsetzung stand also *in casu* der Umstand, dass der «*acompte réservation*» bereits geleistet wurde, nicht entgegen, zumal die B. SA im Zeitpunkt der Leistung ihren Anspruch noch nicht kannte.⁹²

Nach dem Bundesgericht hat der Schuldner die Herabsetzung nicht ausdrücklich zu verlangen, sondern es genügt, wenn das Rechtsbegehren so weit gefasst ist, dass es eine Herabsetzung in sich schliesst. Immerhin trägt der Schuldner die Beweislast dafür, dass die Voraussetzungen von Art. 163 Abs. 3 OR erfüllt sind (Art. 8 ZGB).⁹³

3.2.2 Rechtsfolgen

Die Rechtsnatur der Herabsetzung nach Art. 163 Abs. 3 OR ist umstritten.⁹⁴ Ein Teil der Lehre geht davon aus, der über das zulässige Mass hinausgehende Teil der Konventionalstrafe sei als i.S.v. Art. 20 OR nichtig anzusehen.⁹⁵ Andere Autoren nehmen ein Gestaltungsurteil an, mit welchem die Konventionalstrafe auf das zulässige Mass reduziert wird.⁹⁶ In seiner jüngeren Rechtsprechung folgt das Bundesgericht einem dritten Weg und betrachtet Art. 163 Abs. 3 OR – trotz einem gewissen Spannungsverhältnis zum Gesetzeswortlaut – als gesetzlichen Anwendungsfall des Rechtsmissbrauchsverbots nach Art. 2 Abs. 2 ZGB. So greife der Richter nicht gestaltend in den Vertrag ein, sondern stelle lediglich im Streitfall fest, ob sich das Festhalten an der gesamten vereinbarten Konventionalstrafe mit Treu und Glauben (bzw. mit Recht und Billigkeit) noch vereinbaren lasse. Insoweit sei die Konventionalstrafe von Anfang an nur im reduzierten Masse geschuldet, da der Gläubiger aufgrund der gesamten Umstände bei Verfall der Konventionalstrafe nach Treu und Glauben nicht den vollen Betrag verlangen darf.⁹⁷

Die Rückerstattung einer bereits geleisteten Konventionalstrafe erfolgt nach den Regeln der ungerechtfertigten Bereicherung (Art. 62 ff. OR).⁹⁸ Dem bundesgerichtlichen Verständnis von Art. 163 Abs. 3 OR entsprechend handelt es sich dabei um eine Bereicherung aus einer Zuwendung ohne jeden gültigen Grund (*condictio sine causa*).⁹⁹

Was den Umfang der Herabsetzung betrifft, so hat der Richter die Konventionalstrafe (nur) soweit zu reduzieren, als diese übermässig ist, während ihm

⁸⁸ Vgl. KGer VS (Fn. 1), E. 5.3 S. 19.

⁸⁹ Vgl. BGer (Fn. 2), E. 4.2 f.

⁹⁰ Vgl. dazu vorne S. 383.

⁹¹ Zum Ganzen BGE 133 III 201 E. 3.2; BSK OR I-Widmer/Costantini/Ehrat (Fn. 27), N 12 zu Art. 163 m.w.H. Diese Voraussetzung ergibt sich eigentlich bereits aus Art. 63 Abs. 1 OR, der bei der Rückabwicklung zur Anwendung kommt (vgl. dazu hinten S. 384); a.M. BGE 133 III 43 E. 3.5.1.

⁹² Vgl. dazu hinten S. 385.

⁹³ Zum Ganzen BGE 143 III 1 E. 4.1 S. 2 f.; BGE 133 III 201 E. 5.2; BGE 133 III 43 E. 4.1. Vgl. dazu auch BK-Becker (Fn. 34), N 21 zu Art. 163 OR; Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger (Fn. 40), N 3833; Bucher (Fn. 50), 532.

⁹⁴ Eingehend zu dieser Frage statt vieler Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger (Fn. 40), N 3825.

⁹⁵ So etwa Bentele (Fn. 40), 51 f. und 123 f. m.w.H.

⁹⁶ So etwa Couchepin (Fn. 75), N 932 f. m.w.H.

⁹⁷ Zum Ganzen BGE 138 III 746 E. 6.1.1 f. m.w.H. Vgl. dazu auch BGer (Fn. 2), E. 4.1; BGE 143 III 1 E. 4.1 S. 2; BGer 4A_653/2016 vom 20. Oktober 2017 E. 5.1; BK-Becker (Fn. 34), N 20 zu Art. 163 OR; von Tuhr/Escher (Fn. 47), 285; Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger (Fn. 40), N 3825. Auf Art. 2 ZGB stützt das Bundesgericht etwa auch die *clausula rebus sic stantibus*.

⁹⁸ BGer (Fn. 2), E. 5.1.1; KGer VS (Fn. 1), E. 5.2 S. 18; BSK OR I-Widmer/Costantini/Ehrat (Fn. 27), N 12 zu Art. 163; CR CO I-Mooser (Fn. 36), N 12 zu Art. 163; Couchepin (Fn. 75), N 948.

⁹⁹ A.M. Couchepin (Fn. 75), N 948, der von einer Zuwendung aus nachträglich weggefallenem Grund (*condictio ob causam finitam*) ausgeht.

keine Befugnis zusteht, den Betrag festzusetzen, die er für korrekt hielte.¹⁰⁰ Versteht man Art. 163 Abs. 3 OR als gesetzlichen Anwendungsfall des Rechtsmissbrauchsverbots, ist dies denn auch naheliegend. Keinesfalls kann die Reduktion der Strafe dazu führen, dass der Gläubiger weniger erhält, als ihm aus Vertrag oder Delikt zustehen würde.¹⁰¹ Indem aber bei einer unechten Konventionalstrafe keine Obligation besteht, deren Verletzung einen Schadenersatzanspruch begründen könnte, wird man in solchen Fällen höchstens einen Schadenersatzanspruch aus *culpa in contrahendo* zum Vergleich heranziehen können. Für einen solchen gab jedoch das Verhalten der B. SA vorliegend keinen Anlass.

Bemerkenswert ist auch, dass die nach Art. 104 Abs. 1 OR auf dem zurückzuzahlenden Betrag (CHF 5 700 000) anfallenden Verzugszinsen (5% pro Jahr ab dem 1. Februar 2014; ca. CHF 1 995 000) aufgrund der Höhe des gesetzlichen Zinssatzes und der langen Verfahrensdauer (ca. 7 Jahre) die reduzierte Konventionalstrafe von CHF 1 300 000 deutlich übersteigen.¹⁰² Durchaus kann dieser Aspekt dazu führen, dass die Konventionalstrafe für den Schuldner faktisch gemildert wird. Dass überhaupt Verzugszinsen geschuldet sind, hat aber aus berechtigten Gründen der Gläubiger zu vertreten, der in einem mit Recht und Billigkeit nicht mehr vereinbaren Masse an der Konventionalstrafe festhält.¹⁰³ In diesem Sinne dürfte es auch dem Richter verwehrt sein, die potentielle Pflicht zur Leistung von Verzugszinsen bei der Herabsetzung der Strafe zu berücksichtigen.

Schliesslich haben alle drei Gerichte u.E. die Verjährungseinrede *in casu* zu Recht abgewiesen.¹⁰⁴ Aufgrund der beträchtlichen Rechtsunsicherheit, die nach der Annahme der Zweitwohnungsinitiative herrschte, konnte die B. SA erst mit den zwei wegweisenden Urteilen des Bundesgerichts zu Art. 75b BV eruieren, dass die fünf kaufrechtsbelasteten Grundstücke nicht mehr mit Zweitwohnungen hätten be-

baut werden können.¹⁰⁵ Denn bei Art. 67 Abs. 1 OR lässt nur die tatsächliche Kenntnis des Anspruchs, und nicht bereits das Kennenmüssen eines solchen, die relative Verjährungsfrist laufen.¹⁰⁶ Mit dem neuen Verjährungsrecht, das seit dem 1. Januar 2020 eine relative Verjährungsfrist von drei Jahren vorsieht, dürfte sich jedenfalls diese Problematik für die Zukunft entschärft haben.

3.3 Exkurs: Verhältnis von Art. 163 Abs. 3 OR zu anderen (Inhalts-)Schranken

Neben Art. 163 Abs. 3 OR gibt es andere Vorschriften, die zur Anwendung gelangen könnten, wenn es sich um den Fall einer übermässig hohen Konventionalstrafe handelt. In Betracht sind dabei vor allem Art. 21 OR (Übervorteilung), Art. 20 Abs. 1 OR (Sittenwidrigkeit) und Art. 27 Abs. 2 ZGB (Persönlichkeitsrechtswidrigkeit)¹⁰⁷ zu ziehen.¹⁰⁸

Gleich wie Art. 163 Abs. 3 OR soll auch der Tatbestand der Übervorteilung nach Art. 21 OR den Schuldner vor übermässigen Bindungen schützen, lässt aber die reine Übermässigkeit der Leistung nicht genügen. Hinzu muss ein Schwächezustand kommen, dessen Ausnutzung durch eine Partei die andere dazu bewegt, einem wucherischen Vertrag zuzustimmen. Ausgehend von der Tatsache, dass einer Konventionalstrafe keine Gegenleistung gegenübersteht,¹⁰⁹ ist jedoch zumindest fraglich, ob Art. 21 OR auf übermässige Konventionalstrafen anwendbar sein soll.¹¹⁰

Weiter stellt sich die Frage, ob eine übermässige Konventionalstrafe auch als sittenwidrig i.S.v. Art. 20 OR angesehen werden kann.¹¹¹ Ein Teil der Doktrin

¹⁰⁰ BGer (Fn. 2), E. 4.1; BGE 133 III 201 E. 5.2 S. 210; CR CO I-Mooser (Fn. 36), N 9 zu Art. 163; *Gauch/Schluemp/Schmid/Emmenegger* (Fn. 40), N 3831. Zu den Kriterien für die Herabsetzung vorne S. 383.

¹⁰¹ BK-Becker (Fn. 34), N 9 zu Art. 163 OR; CR CO I-Mooser (Fn. 36), N 9 zu Art. 163; *Huguenin* (Fn. 40), N 1275.

¹⁰² Vgl. *Yannick Hirschi*, Konventionalstrafe oder Entgelt für Kaufrecht?, *ius.focus* 13 (2021) 4, Nr. 86.

¹⁰³ Zum Ganzen BGE 138 III 746 E. 6.2.

¹⁰⁴ Vgl. dazu vorne S. 377 f.

¹⁰⁵ Vgl. BGer (Fn. 2), E. 5, und KGer VS (Fn. 1), E. 7.1 ff., beide m.w.H.

¹⁰⁶ BGE 129 III 503 E. 3.4; KGer VS (Fn. 1), E. 7.4 S. 27; BSK OR I-Huwiler (Fn. 27), N 9 zu Art. 67 m.w.H.

¹⁰⁷ Vgl. dazu *CHK-Roth Pellanda* (Fn. 27), N 22 zu Art. 163 OR; *Dimitri Santoro*, Die Konventionalstrafe im Arbeitsvertrag, Diss. Bern 2001, 110; *Couchepin* (Fn. 75), N 529 f. und 801 ff. m.w.H.

¹⁰⁸ Davon zu unterscheiden sind Entstehungsmängel, welche nur die Hauptverpflichtung betreffen (vgl. Art. 163 Abs. 2 OR). Vgl. dazu statt vieler *Couchepin* (Fn. 75), N 505 ff.

¹⁰⁹ *CHK-Roth Pellanda* (Fn. 27), N 10 zu Art. 163 OR.

¹¹⁰ Ablehnend etwa von *Tuhr/Escher* (Fn. 47), 284 bei Fn. 55.

¹¹¹ Zur Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Verhältnis von Art. 163 Abs. 3 und Art. 20 OR *CHK-Roth Pellanda* (Fn. 27), N 22 zu Art. 163 OR; *Couchepin* (Fn. 75), N 807 bei Fn. 761 und N 811 bei Fn. 766.

lehnt dies mit dem Argument ab, bei der Sittenwidrigkeit sei der Zeitpunkt des Vertragsschlusses massgebend, während sich die Übermässigkeit einer Konventionalstrafe erst nach der Vertragsverletzung beurteilen lasse.¹¹² Andere Autoren sind der Meinung, eine Konventionalstrafe sei dann als sittenwidrig anzusehen, wenn sie den wirtschaftlichen Ruin des Schuldners bewirken würde und sich insoweit als die wucherische Ausbeutung der schwächeren Vertragspartei darstellt.¹¹³ In der Literatur wird aber mit guten Gründen auch die Meinung vertreten, übermässige Leistungen seien generell nur nach Art. 21 OR zu beurteilen.¹¹⁴

Weder für eine Übervorteilung der B. SA durch die Erben noch für einen sittenwidrigen Vertrag waren *in casu* Anhaltspunkte vorhanden. Deutet man aber Art. 163 Abs. 3 OR als gesetzlichen Anwendungsfall des Rechtsmissbrauchsverbots, wie es das Bundesgericht macht, erscheint die Anwendung von Art. 20 bzw. Art. 21 OR auf übermässige Konventionalstrafen jedenfalls kaum als dogmatisch angezeigt. Ebenso wenig sind praktische Gründe ersichtlich, die dafür sprechen würden.

Bei einem Entstehungsmangel lässt zudem die (analoge) Anwendung von Art. 20 Abs. 2 OR meistens ohnehin ein ähnliches Resultat wie eine Herabsetzung nach Art. 163 Abs. 3 OR erzielen.¹¹⁵ So hätten die Parteien *in der Regel* auch eine Konventionalstrafe in niedriger Höhe vereinbart, wäre ihnen die Ungültigkeit der Strafabrede bekannt gewesen,¹¹⁶ bzw. der Hauptvertrag wäre auch zustande gekommen, wenn die Strafe den zulässigen Rahmen nicht

überschritten hätte.¹¹⁷ Dies gilt wenigstens insofern, als man mit dem Bundesgericht den hypothetischen Parteiwillen nicht individuell-konkret, sondern normativ-objektiv ermittelt, indem man darauf abstellt, was die Parteien als vernünftig und korrekt – d.h. nach Treu und Glauben handelnde – Vertragspartner unter den gegebenen Umständen vereinbart hätten.¹¹⁸ Schliesslich stellt sich noch die Frage, ob die Konventionalstrafe bei Art. 20 und Art. 21 OR bloss bis zum noch zulässigen (gleich wie bei Art. 163 Abs. 3 OR)¹¹⁹ oder bis zum marktüblichen Mass zu reduzieren wäre, was vom Bundesgericht im berühmten «FC Lohn»-Entscheid bezüglich der Übervorteilung offen gelassen wurde.¹²⁰ Je nachdem, welchem Weg man folgt, könnte also auch dieser Aspekt dazu führen, dass die Anwendung von Art. 20 bzw. Art. 21 OR den Parteien praktisch kaum etwas bringen würde.

4. Irrtum über die Überbaubarkeit eines Grundstücks

4.1 Allgemeine Voraussetzungen und Rechtsfolgen des Grundlagenirrtums (Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR)

Nach Art. 23 OR ist der Vertrag für denjenigen unverbindlich, der sich beim Abschluss in einem wesentlichen Irrtum befunden hat, so namentlich, wenn der Irrtum einen bestimmten Sachverhalt betraf, der vom Irrenden nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr als eine notwendige Grundlage des Vertrages betrachtet wurde (Grundlagenirrtum; Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR). Bezieht sich der Irrtum nur auf den Beweggrund zum Vertragsschluss, so ist er nicht wesentlich (Motivirrtum; Art. 24 Abs. 2 OR).

Die Wesentlichkeit, welche den Motivirrtum zu einem Grundlagenirrtum macht, ist gegeben, wenn die Bindung an den Vertrag sowohl aus Sicht des Irrenden (subjektive Wesentlichkeit) als auch nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr (objektive

¹¹² Bruno von Büren, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 1964, 411 f.; CHK-Roth Pellanda (Fn. 27), N 22 zu Art. 163 OR; vgl. auch Bentele (Fn. 40), 53 ff. m.w.H.

¹¹³ BK-Becker (Fn. 34), N 1 zu Art. 163 OR («nur in ganz krasen Fällen»); von Tuhr/Escher (Fn. 47), 284; vgl. auch BSK OR I-Widmer/Costantini/Ehrat (Fn. 27), N 2 zu Art. 163 («nur in Extremfällen»); Couchepin (Fn. 75), N 528 und 811 («dans [...] cas (rares) [...]»), und Santoro (Fn. 107), 110, beide m.w.H.

¹¹⁴ Stellvertretend BSK OR I-Meise/Huguenin [Fn. 27], N 21 zu Art. 21 m.w.H. Vgl. dazu etwa auch BGer 4A_73/2021 vom 1. Juni 2021 E. 5.1.

¹¹⁵ CHK-Roth Pellanda (Fn. 27), N 22 zu Art. 163 OR; Couchepin (Fn. 75), N 551 und 794 ff. m.w.H.; a.M. BK-Becker (Fn. 34), N 1 zu Art. 163 OR.

¹¹⁶ A.M. BK-Becker (Fn. 34), N 1 zu Art. 163 OR; wohl auch Santoro (Fn. 107), 110.

¹¹⁷ Vgl. zum Ganzen statt vieler von Büren (Fn. 112), 117 ff. Ist dies nicht der Fall, ist der Vertrag als Ganzes i.S.v. Art. 163 Abs. 2 i.V.m. Art. 20 OR (analog) ungültig.

¹¹⁸ Vgl. zu dieser Frage BGer 4C.156/2006 vom 17. August 2006 E. 3.3 f. m.w.H.

¹¹⁹ So etwa von Tuhr/Escher (Fn. 47), 284.

¹²⁰ Vgl. BGE 123 III 292 E. 8.

Wesentlichkeit) unzumutbar erscheint.¹²¹ Zudem verlangen das Bundesgericht und ein Teil der Lehre, dass die Bedeutung des vorgestellten Sachverhalts für die Gegenpartei des Irrenden erkennbar gewesen sein muss.¹²²

Umstritten ist, ob ein Grundlagenirrtum über einen künftigen Sachverhalt in Betracht kommt.¹²³ Das Bundesgericht bejaht dies, wenn der Irrende fälschlicherweise annahm, dass ein künftiges Ereignis sicher sei, und die Gegenpartei nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr hätte erkennen müssen, dass die Sicherheit für die andere Partei Vertragsvoraussetzung war. Nicht genügend sind dagegen bloss Hoffnungen, übertriebene Erwartungen oder Spekulationen.¹²⁴

Wenn der Irrende binnen Jahresfrist weder dem anderen eröffnet, dass er den Vertrag nicht halte, noch eine schon erfolgte Leistung zurückfordert, so gilt der Vertrag als genehmigt (Art. 31 Abs. 1 OR). Die Irrtumsanfechtung hat zur Folge, dass der Vertrag *ex tunc* ungültig, d.h. so anzusehen ist, als wäre er nie abgeschlossen worden. Die Rückabwicklung eines einseitig unverbindlichen Vertrages erfolgt nach Vindikations- (Art. 641 Abs. 2 ZGB) bzw. Konkuktionsrecht (Art. 62 ff. OR).¹²⁵

4.2 Grundlagenirrtum über die Überbaubarkeit eines Grundstücks

4.2.1 Vorbemerkung

Wie bei jeder vertraglichen Vereinbarung treffen auch die Parteien eines Grundstücksgeschäfts eine Reihe von Annahmen über vergangene, gegenwärtige oder zukünftige Ereignisse. Geht es um einen Immobilienvertrag, welcher den Erwerb eines Grundstücks zu Überbauungszwecken zum Gegenstand

hat, kommt der Frage der Bebaubarkeit entscheidende Bedeutung zu.

4.2.2 Qualifikation des Irrtums

Der Irrtum über die Überbaubarkeit eines Grundstücks bezieht sich auf einen bestimmten künftigen rechtlichen Sachverhalt und stellt also einen unechten Rechtsirrtum (Rechtslageirrtum) über die Zukunft dar.¹²⁶ Es handelt sich dabei um einen Irrtum, welcher das Vorliegen oder Nichtvorliegen einer bestimmten Rechtslage betrifft. Dem Irrtum über eine bestimmte tatsächliche Lage gleichgestellt, ermöglicht er dem Irrenden bei gegebenen Voraussetzungen, den Vertrag für einseitig unverbindlich zu erklären.¹²⁷

4.2.3 Fortbestand der Baurechtslage als sicheres künftiges Ereignis?

Vor dem Tribunal du district de Sierre berief sich die B. SA auf einen Irrtum in Bezug auf die Überbaubarkeit der fünf kaufsrechtsbelasteten Grundstücke mit Zweitwohnungen und machte deswegen die einseitige Unverbindlichkeit des Kaufrechtsvertrages samt Änderungsverträgen geltend.¹²⁸ In einem ähnlichen Fall, dem ein Entscheid des Kantonsgerichts Graubünden aus dem Jahr 2016 zugrunde liegt, berief sich der Kaufrechtsberechtigte auf Grundlagenirrtum, indem er bei Vertragsschluss eine falsche Vorstellung darüber gehabt hätte, dass die (rechtliche) Möglichkeit zum Bau von Zweitwohnungen während der gesamten vereinbarten Kaufrechtsdauer fortbestanden hätte.¹²⁹

Wenn die subjektive und objektive Wesentlichkeit in aller Regel angenommen werden kann, zeigen die beiden Fälle, dass die Frage, ob dem Irrtum über die Überbaubarkeit eines Grundstücks als einem solchen über die Zukunft rechtliche Relevanz zukommen soll, heikler ist:

¹²¹ Statt vieler CHK-Ahmet (Fn. 27), N 14, 27 und 30 ff. zu Art. 23/24 OR m.w.H.

¹²² Stellvertretend und kritisch dazu Hans Caspar von der Crone/Urs H. Hoffmann-Nowotny, Wertungsparallelität und Interessenausgleich im Irrtumsrecht, SJZ 104 (2008) 3, 53 ff. m.w.H.

¹²³ Stellvertretend CHK-Ahmet (Fn. 27), N 29 zu Art. 23/24 OR m.w.H.

¹²⁴ Zum Ganzen (Auswahl): BGE 118 II 297 E. 2b und 2c; BGE 117 II 218 E. 4; BGE 109 II 105 E. 4b/aa S. 110 f.; BGer 4A_286/2018 vom 5. Dezember 2018 E. 4.1; BGer 4A_425/2013 vom 6. Januar 2014 E. 3.2.

¹²⁵ Zum Ganzen stellvertretend CHK-Ahmet (Fn. 27), N 25 ff. zu Art. 31 OR m.w.H.

¹²⁶ Markus Vischer/Dario Galli, Täuschung und Irrtum über die Bebaubarkeit eines Grundstücks, AJP 28 (2019) 10, 1067 ff., 1071. Vgl. auch BGer 4A_286/2018 vom 5. Dezember 2018 E. 4.2: «En l'occurrence, l'erreur porte sur l'obtention future d'un permis de construire.»

¹²⁷ Zum Ganzen statt vieler Huguenin (Fn. 40), N 530 m.w.H.

¹²⁸ Vgl. dazu vorne S. 376 f. Auf diesem Weg hätte die B. SA die gesamte Vorauszahlung zurückverlangen können (der hypothetische Parteiwille hätte eine modifizierte Teilungsgültigkeit nach Art. 20 Abs. 2 OR analog *in casu* wohl nicht zugelassen).

¹²⁹ Vgl. KGer GR (Fn. 32), S. 16 ff.

Der Tribunal du district de Sierre lehnte die Aufhebung des Kaufrechtsvertrages wegen Irrtum über die Überbaubarkeit der Grundstücke mit Zweitwohnungen mit dem Argument ab, bei der Annahme oder Ablehnung der Initiative gehe es um ein künftiges Ereignis, dessen Eintritt die B. SA als Kaufrechtsnehmerin bei Vertragsschluss nicht für sicher annehmen konnte.¹³⁰ In die gleiche Richtung argumentierte das Kantonsgericht Graubünden, dass der Fortbestand der im Zeitpunkt des Vertragsschlusses gültigen baurechtlichen Gesetzgebung objektiv nicht als sicher angesehen werden konnte, und zwar nur schon deshalb, weil die Zweitwohnungsinitiative beim Abschluss des Kaufrechtsvertrages bereits zustande gekommen war. Ob diese Tatsache damals dem Kaufrechtsberechtigten bekannt war, sei unerheblich, zumal ein objektiver Massstab zur Anwendung gelange: Der Irrende hätte von der Initiative zumindest wissen müssen.¹³¹

4.2.4 Würdigung

Dass die Annahme bzw. Ablehnung der Zweitwohnungsinitiative bei Vertragsschluss nicht als «*unumstösslich feststehendes Ereignis*»¹³² angesehen werden konnte, hat der Tribunal du district de Sierre u.E. richtig beurteilt. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu dieser Frage bewegt sich denn auch ganz auf der gleichen Linie.¹³³ Die Möglichkeit, sich auf einen Irrtum über die Zukunft zu berufen, kann nicht zu einer Aushöhlung des Prinzips führen, wonach jede Vertragspartei das Risiko unerwarteter künftiger Entwicklungen grundsätzlich selbst zu tragen hat.¹³⁴ Handelt es sich um die künftige Überbaubarkeit eines Grundstücks, hat in erster Linie derjenige, welcher das Grundstück erwerben soll, die Gefahr zu tragen, dass sich die Rechtslage künftig ändern könnte. Den Parteien steht es selbstverständlich frei, auf vertraglicher Basis eine besondere Risikoallokation vorzusehen. Gerade bei einem Kaufrechtsvertrag, der es dem Berechtigten ermöglicht, sich den Kauf eines bestimmten Grundstücks nach im Voraus fest-

gelegten Bedingungen zu sichern, ohne bereits einen Kaufvertrag eingehen zu müssen, und mithin ein gewisses Sicherungs- bzw. Spekulationsmotiv aufweist,¹³⁵ erscheint aber die Zurückhaltung der Rechtsprechung bei der Annahme eines Irrtums über die Zukunft als besonders angezeigt.

IV. Schlussbetrachtungen

Mit dem besprochenen Urteil bringt das Bundesgericht klar zum Ausdruck, welche Schranken zu beachten sind, wenn es darum geht, die Ausübung eines Kaufrechts zu sichern.

Den Parteien steht es frei, ein Entgelt als Gegenleistung für die Einräumung des Kaufrechts zu vereinbaren. Auch kann vorgesehen werden, dass der Kaufrechtsnehmer ein bestimmtes Entgelt zu bezahlen hat, wenn er das Kaufrecht nicht ausübt. Die gewählte Vertragsgestaltung kann aber keinesfalls so weit gehen, dass dem Berechtigten praktisch kein Spielraum mehr verbleibt, wenn er über die Ausübung des Kaufrechts zu entscheiden hat. Ist dies der Fall, ist die von den Parteien getroffene Abrede als unechte Konventionalstrafe zu qualifizieren, welche der richterlichen Herabsetzung nach Art. 163 Abs. 3 OR untersteht, sofern die festgesetzte Höhe übermässig ist.

Beim vorliegenden Fall handelt es sich alsdann auch um ein Paradebeispiel davon, dass ein Irrtum über die Zukunft – namentlich über die Überbaubarkeit eines Grundstücks – nur ganz ausnahmsweise zur Vertragsaufhebung berechtigt. Die Risikoallokation zwischen den Parteien darf nicht durch das Irrtumsrecht ohne Not ausgehöhlt werden.

¹³⁰ KGer VS (Fn. 1), E. 3.

¹³¹ Zum Ganzen KGer GR (Fn. 32), E. 7c/bb m.w.H.

¹³² So BGE 118 II 297 E. 2c/aa. Vgl. auch *Vischer/Galli* (Fn. 126), 1071 m.w.H.

¹³³ Vgl. etwa die Übersicht bei BSK OR I-Schwenzer/*Fountoulakis* (Fn. 27), N 24 zu Art. 24.

¹³⁴ BGer 4C.34/2000 vom 24. April 2001 E. 3c/bb; vgl. auch BGer 4A_286/2018 vom 5. Dezember 2018 E. 4.1.

¹³⁵ Vgl. dazu *Meier Schleich* (Fn. 29), 30, sowie vorne S. 381.