



Fall-Nr.:	BZ.2009.15
Stelle:	Kantonsgericht
Rubrik:	Zivilkammern (inkl. Einzelrichter)
Publikationsdatum:	08.04.2009
Entscheiddatum:	08.04.2009

Entscheid Kantonsgericht, 08.04.2009

Art. 163 OR (SR 220). Konventionalstrafe. Vereinbaren die Parteien, dass eine Konventionalstrafe für jeden Tag einer Verzögerung geschuldet ist, so ist die Konventionalstrafe wegen verspäteter oder unrichtiger Erfüllung neben der Hauptleistung geschuldet. Ist für die Erfüllung der Hauptleistungspflicht ein bestimmter Verfalltag verabredet, tritt die Fälligkeit der Konventionalstrafe mit dem Ablauf dieses Tages ein. Herabsetzungsbegehren stellen einen Einbruch in die Vertragsfreiheit und die Vertragstreue dar und sind nur zurückhaltend und bei krassen Missverhältnissen gutzuheissen (Kantonsgericht St. Gallen, Präsident der III. Zivilkammer, 8. April 2009, BZ. 2009.15).

Erwägungen

I.

1.1 Die Kläger sind Eigentümer der Parzelle Grundbuch X Nr. 2X2, die Beklagten der benachbarten Parzelle Grundbuch X Nr. 4X4.

1.2 Am 9. Februar 1998 bewilligte die Baukommission der Stadt X (nachfolgend die Baukommission) die Terrassierung mit Sandsteintrockenmauern auf dem Grundstück der Beklagten. Am 14. April 1998 fand die Abnahme des Bauvorhabens durch die Baukontrolle statt. Dabei wurde festgestellt, dass die Ausführung nicht den bewilligten Plänen entsprach. Es wurde ein Revisionsplan verlangt. Dieser wurde am 10. Juni 1998 eingereicht. Aufgrund eines Fehlers des Bausekretariats der Stadt X (nachfolgen das Bausekretariat) unterliess es die Baukommission, den Revisionsplan nachträglich zu bewilligen. Am 13. Mai 1998 gelangte A, der Eigentümer der Nachbarparzelle Grundbuch X Nr. 6X6, in dieser Angelegenheit an das Bausekretariat. Nach Abschluss



des Schriftenwechsels und einer Besprechung stellte die Baukommission mit Schreiben vom 26. Mai 1999 fest, die öffentlich-rechtlichen Vorschriften seien eingehalten und verwies weitergehende Forderungen an die Umgebungsgestaltung auf den Zivilrechtsweg. Am 17./29. August 2005 wandten sich die Kläger und A in dieser Angelegenheit erneut an die Baukommission. Anlässlich einer Massaufnahme vom 20. Oktober 2005 wurde festgestellt, dass die Bauausführung weder den bewilligten Plänen noch dem Revisionsplan entsprach, da der vorgeschriebene Grenzabstand nicht eingehalten war. Diese Sachverhaltsfeststellung wurde den Parteien am 20. März 2006 mit einer baurechtlichen Beurteilung zugestellt. In der Folge konnte eine einvernehmliche Lösung nur teilweise (mit A) erzielt werden. Am 7./14. August 2006 bewilligte die Baukommission die ausgeführte Terrassierung mit Sandsteintrockenmauern. Dies massgeblich deshalb, weil der Präsident des Kreisgerichts mit Entscheid vom 26. August 2005 die Beklagten unter anderem verpflichtete, die Trockenmauern auf ihrem Grundstück derart zurückzusetzen, dass diese die Grenze zum Grundstück der Kläger nicht mehr überragen.

1.3 Gegen die Bewilligung der Baukommission vom 7./14. August 2006 erhoben die Kläger am 28. August/19. September 2006 Rekurs beim Baudepartement des Kantons St. Gallen. Im Rahmen dieses Rekursverfahrens unterzeichneten die Parteien am 22./30. April 2007 folgende Vereinbarung (kläg. act. 5; nachfolgend die Vereinbarung):

1. Die Grundeigentümer der Parzelle Nr. 4X4 erhöhen die bestehende Trockensteinmauer, die unmittelbar entlang der Grenze zur Parzelle Nr. 2X2 steht, in einer Länge von 5,35 m von der südöstlichen Parzellenecke aus Richtung Nordwesten (gemäss Planbeilage vom 20. März 2007). Am südöstlichsten Punkt weist die Mauer eine Höhe von 70 cm, am nordwestlichsten Punkt eine Höhe von 2,9 m auf, jeweils ab der Höhe des Mauerfusses am Plattenweg.

2. Die Grundeigentümer der Parzelle Nr. 2X2 stimmen diesem Bauvorhaben direkt an der Grenze im Sinn von Art. 62 Abs. 3 BauR zu. Sie werden diese Mauer als Stützmauer ihrer Geländegestaltung benützen.

3. Die Grundeigentümer der Parzelle Nr. 4X4 hinterfüllen die Trockensteinmauer auf dem Grundstück Nr. 2X2 auf ihre Kosten. Die Eigentümer der Parzelle Nr. 2X2 erlauben der Firma B-AG nach Absprache den Zutritt auf ihr Grundstück.



St.Galler Gerichte

4. Die Eigentümer der (hinterfüllten) Trockensteinmauer auf der Parzelle Nr. 4X4 tragen den Unterhalt der Mauer selbst, auch wenn die Sanierung der Stützmauer wegen des Hangdrucks auf der Parzelle Nr. 2X2 nötig würde.

5. Die Baueingabe erfolgt innert sieben Tagen ab allseitiger Unterschrift dieser Vereinbarung. Die Trockensteinmauer wird innert 30 Tagen ab Rechtskraft der Baubewilligung erstellt. Für jeden Tag einer Verzögerung ist eine Konventionalstrafe von Fr. 200.- geschuldet.

6. Die Grundeigentümer der Parzelle Nr. 4X4 entschädigen die Grundeigentümer der Parzelle Nr. 2X2 per Saldo aller Ansprüche mit Fr. 4'000.-.

7. Es wird davon Vormerk genommen, dass die Baukommission gleichzeitig mit der Bewilligung der oben genannten Mauer den angefochtenen Entscheid Protokoll vom 7. August 2006 widerrufen und dabei auf eine Bewilligungsgebühr verzichten wird. Das Rekursverfahren wird sodann wegen Gegenstandslosigkeit abgeschrieben. Über eine Parteientschädigung im Rekursverfahren wird nicht zu entscheiden sein, weil sich die Parteien über die ausseramtlichen Kosten bereits geeinigt haben (vgl. Ziff. 6).

1.4 Am 30. April 2007 reichten die Beklagten bei der Baukommission ein Baugesuch betreffend Erhöhung und teilweise Neubau einer Natursteinmauer an der Grenze zwischen den Grundstücken der Parteien ein (bekl. act. 3). Am 13./20. Juni 2007 bewilligte die Baukommission die Erhöhung der Stützmauer. Die Beklagten wurden im Dispositiv darauf hingewiesen, dass die Erhöhung und Hinterfüllung der Stützmauer der Baukontrolle zur Schlussabnahme angemeldet werden müssen (kläg. act. 6). Gegen diese Bewilligung wurde kein Rechtsmittel ergriffen. Am 6. Juli 2007 erhöhte die Firma B-AG im Auftrag der Beklagten die Mauer (bekl. act. 2). Die Beklagten behaupten, den Abschluss der Bauarbeiten "unverzüglich telefonisch" (Klageantwort, 6 Ziff. 3.2) respektive "im Frühherbst mündlich" (bekl. act. 4) dem Bausekretariat mitgeteilt zu haben. In seinem Schreiben vom 6. Dezember 2007 (kläg. act. 10) bestätigt das Bausekretariat, dass "in der [F]olge [...] die Fertigstellung der Arbeiten telefonisch gemeldet [wurde]". Zu einer Schlussabnahme kam es vorerst nicht. Mit Schreiben vom 3. und vom 8. Oktober 2007 respektive vom 28. November 2007 gelangten die Kläger an die Baukommission respektive das Departement Bau der Stadt X, wiesen darauf



St.Galler Gerichte

hin, dass eine Schlussabnahme noch nicht durchgeführt worden sei und verlangten die Vornahme derselben. Mit Schreiben vom 6. Dezember 2007 lud das Bausekretariat die Parteien zur Schlussabnahme vom 13. Dezember 2007 ein. Anlässlich dieser Schlussabnahme wurde unter anderem folgendes festgestellt (kläg. act. 11):

1. Am südöstlichen Punkt weist die Mauer statt 70 cm, lediglich 64 cm auf (siehe Foto 1). Die vereinbarte Höhe der Mauer ist in diesem Bereich um 6 cm unterschritten.

Der zweite Punkt (+2.30) wird ebenfalls um 6 cm unterschritten und misst noch 2.24 m (siehe Foto 2).

Am nordwestlichen Punkt weist die Mauer statt 2.90 m, lediglich 2.83 m auf. Die vereinbarte Höhe der Mauer ist in diesem Bereich um 7 cm unterschritten (siehe Foto 2).

Entsprechend wurde die Stützmauer nicht gemäss genehmigtem Plan aufgefüllt (die Zwischenräume der gemessenen Punkte wurden demzufolge ebenfalls zu wenig hoch ausgeführt; siehe Foto 2, 3 und 4).

2. [...]

Die Parteien wurden darauf hingewiesen, dass ihnen im Sinne des rechtlichen Gehörs Gelegenheit eingeräumt wurde, zum Sachverhalt beziehungsweise zu den Feststellungen bis spätestens 14. Januar 2008 Stellung zu nehmen. Mit Schreiben vom 21. Dezember 2007 (kläg. act. 12) gelangten die Kläger an die Beklagten und stellten fest, gemäss dem Abnahmebericht der Baukontrolle entspreche die Mauer nicht ihrer Vereinbarung und empfahl den Beklagten im Hinblick auf die Konventionalstrafe, die vereinbarungsgemässe Ausführung der Mauer umgehend zu veranlassen. Die Beklagten gelangten darauf an die B-AG (vgl. bekl. act. 5), welche die Stützmauer am 10. Januar 2008 fertigstellte. Die B-AG teilte dies gleichentags der Klägerin 2 und der Stadt X mit (vgl. bekl. act. 6 und 7). Mit Schreiben vom 18. Januar 2008 teilte die Baupolizei der Stadt X mit, die Schlussabnahme finde am 18. Februar 2008 statt. Anlässlich der Schlussabnahme wurde festgestellt, dass die Erhöhung der Stützmauer der Baubewilligung vom 13. Juni 2007 entspreche. Die Detailausführung sei durch die B-AG gemäss Vereinbarung und dem bewilligten Plan angepasst worden. Somit gelte



die Stützmauer als abgenommen (kläg. act. 14). Mit Schreiben vom 4. März 2008 an die Beklagten bestätigten die Kläger, dass sie die Mauer als abgenommen akzeptieren. Gleichzeitig stellten sie die Geltendmachung der Konventionalstrafe gemäss Vereinbarung in Aussicht.

2. Am 7. April 2008 beehrten die Kläger in der vorliegenden Streitsache einen Vermittlungsvorstand an. Dieser wurde am 29. April 2008 durchgeführt und den Klägern gleichentags der Leitschein ausgestellt (vi-act. 2). Am 18. Juni 2008 reichten die Kläger ihre Klage bei der Vorinstanz ein (vi-act. 1). Die Klageforderung bestand hauptsächlich aus der Konventionalstrafe für den Zeitraum zwischen dem 13. Dezember 2007 und dem 18. Februar 2008 (Klage, 4 Ziff. 4). Mit Klageantwort vom 22. August 2008 beantragten die Beklagten die Abweisung der Klage, eventualiter eine Herabsetzung der Konventionalstrafe gemäss Art. 163 Abs. 3 OR (vi-act. 6). Die Beklagten verkündeten der B-AG den Streit (Klageantwort, 3 Ziff. 6; vi-act. 7). Die B-AG teilte mit, sie beteilige sich nicht am Prozess (vi-act. 10). Am 5. November 2008 fand vor der Vorinstanz die Hauptverhandlung statt. Es nahmen beide Parteivertreter und der Kläger 1 teil (Urteil, 2). Der Entscheid wurde den Parteien gleichentags schriftlich im Dispositiv eröffnet (vi-act. 15). Der begründete Entscheid wurde am 31. Dezember 2008 versandt (Urteil, 10). Die Vorinstanz schützte die Klage im Umfang der Konventionalstrafe für den Zeitraum vom 13. Dezember 2007 bis zum 14. Januar 2008 und wies sie im Mehrbetrag ab (Urteil, 7 unten).

3. Am 2. Februar 2009 erhoben die Beklagten Berufung ans Kantonsgericht (act. B1). Sie halten an ihren vorinstanzlichen Rechtsbegehren fest. Mit Eingabe vom 12. März 2009 teilten die Kläger mit, sie verzichteten auf eine Anschlussberufung und akzeptierten den vorinstanzlichen Entscheid. Auf eine eigentliche Berufungsantwort verzichteten sie und verweisen stattdessen auf die vorinstanzlichen Akten und Ausführungen (act. B8). Soweit der vorinstanzliche Entscheid die Klage im Fr. 6'600.- übersteigenden Betrag abwies, ist er damit in Rechtskraft erwachsen. Eine mündliche Verhandlung wurde nicht durchgeführt (Art. 234 Abs. 1 ZPO), ein zweiter Schriftenwechsel ist beim vorliegenden Streitwert nicht vorgesehen (Art. 234 Abs. 3 lit. a ZPO).

II.



St.Galler Gerichte

1. Die von Amtes wegen durchzuführende Prüfung der Prozessvoraussetzungen (Art. 79, 224 Abs. 1 lit. a, 225, 229 ZPO; Art. 82 ff. GerG) ergibt, dass diese erfüllt sind. Auf die Berufung ist einzutreten. Zuständig ist der Präsident der III. Zivilkammer (Art. 20 Abs. 2 Ziff. 1 ZPO; Art. 15 lit. d i. V. m. Art. 16 Abs. 2 GO).

III.

1. In ihrer Berufung bringen die Beklagten erstmals vor, der Vereinbarung und der beigelegten Planskizze könne nicht entnommen werden, wo und wie die Höhenlage der Mauer nach der erfolgten Erhöhung genau zu messen sei. Der Auswahl der Messpunkte hafte vor dem Hintergrund der bloss schematischen Skizze etwas Willkürliches an und es handle sich um eine Natursteinmauer, bei der Abweichungen im Zentimeterbereich geradezu immanent seien (Berufung, 10 f. unten; Hervorhebung im Original). Die Beklagten bestreiten, dass die vom Bausekretariat im Abnahmebericht vom 13. Dezember 2007 festgestellten Abweichungen zur Höhenlage der Mauer nach der ersten Erhöhung korrekt festgestellt worden sind beziehungsweise bezüglich der Messweise effektiv gemäss der Planskizze im Anhang zur Vereinbarung vorgegangen worden sei (Berufung, 12 Ziff. 2.3). Die Beklagten stellen sich auf den Standpunkt, die Mauer sei entsprechend der Vereinbarung erhöht worden, sie hätten ihre vertragliche Schuldpflicht erfüllt (Berufung, 14 Ziff. 4.2).

Im Abnahmebericht vom 13. Dezember 2007 wurde den Beklagten die Möglichkeit eingeräumt, zu den darin gemachten Sachverhaltsfeststellungen Stellung zu nehmen. Nicht nur haben die Beklagten darauf verzichtet, sie haben die darin festgestellten Abweichungen von der Vereinbarung gar nachbessern lassen. Wenn sich die Beklagten im vorliegenden Berufungsverfahren wieder darauf berufen möchten, die Mauer sei bereits im Juli 2007 vereinbarungsgemäss angepasst worden, verhalten sie sich widersprüchlich und sind damit im vorliegenden Verfahren nicht mehr zu hören. Für das Zivilverfahren steht fest, dass die Mauer am 13. Dezember 2007 noch nicht der Vereinbarung entsprach, sondern die im Abnahmebericht vom selben Datum enthaltenen Abweichungen aufwies. Die mit der Konventionalstrafe gesicherte Hauptverpflichtung - die vereinbarungsgemässe Erstellung der Mauer - war am 13. Dezember 2007 noch nicht (richtig) erfüllt.



2.1 Eine Konventionalstrafe im Sinne von Art. 160 ff. OR ist die Leistung, die der Schuldner dem Gläubiger für den Fall verspricht, dass er seine Hauptleistungspflicht nicht oder nicht richtig erfüllt. Sie sichert die (richtige) Erfüllung der Hauptschuld. Einerseits soll der Schuldner unter Erfüllungsdruck gesetzt werden, andererseits weist sie auch einen Strafzweck auf (Ehret, in: Honsell/Vogt/Wiegand [Hrsg.], Basler Kommentar OR I, 4. Aufl., Basel 2007, Art. 160 N 1; Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 9. Aufl., Zürich 2008, N 3782; BGE 122 III 420 E. 2a S. 422). Gemäss dispositivem Gesetzesrecht (Art. 160 Abs. 1 OR) tritt die Konventionalstrafe alternativ neben die Erfüllung. Diese Regel gilt einerseits nicht, wenn die Konventionalstrafe für Nichteinhaltung der Erfüllungszeit versprochen wurde, solange der Gläubiger nicht ausdrücklich Verzicht leistet oder die Erfüllung vorbehaltlos annimmt (Art. 160 Abs. 2 OR). Andererseits kann sich ein abweichender Wille aus dem Wortlaut der eingegangenen Verpflichtung, aus den Umständen, unter denen sie abgeschlossen wurde, oder aus der Höhe der Konventionalstrafe ergeben, dies namentlich in dem Sinne, dass die Strafe in einem derartigen Missverhältnis zum Erfüllungsinteresse des Berechtigten steht, dass anzunehmen ist, dieses Interesse werde durch die Konventionalstrafe nicht gedeckt (BGE 122 III 420 E. 2b S. 422).

Vorliegend ist vorab strittig, ob die vereinbarte Konventionalstrafe bloss die Nichteinhaltung der Erfüllungszeit oder auch die Schlechterfüllung sanktioniert und ob Erfüllungsanspruch und Strafanspruch alternativ oder kumulativ geschuldet sind.

2.2 Die sanktionierte Hauptleistungspflicht ist im vorliegend zu beurteilenden Fall gemäss Ziff. 5 der Vereinbarung die Erstellung der (in Ziff. 1 der Vereinbarung definierten) Trockensteinmauer innert 30 Tagen ab Rechtskraft der Baubewilligung. Unstreitig weist die Abrede damit eine Erfüllungszeit auf. Mit der Vorinstanz ist sodann der Zweck der Konventionalstrafe nicht nur in der Sicherstellung der Zeitvorgabe, sondern auch der vereinbarten Ausführung zu sehen (Urteil, 6 Ziff. 4a). Vor dem Hintergrund, dass die Parteien seit Jahren miteinander verstritten waren (vgl. dazu etwa das Verfahren betreffend raschen Rechtsschutz [kläg. act. 4/9] oder das Schreiben, in dem von einer "sehr schwierigen nachbarschaftlichen Beziehung" respektive einem "unseligen nachbarschaftlichen Konflikt" die Rede ist [kläg. act. 4/8]) und die Mauer offenbar jahrelang nicht den bau- und nachbarrechtlichen Vorschriften (Nichteinhaltung



des Grenzabstands respektive Überragung) entsprach, muss davon ausgegangen werden, dass die Parteien auch die Ausführung der Mauer mit der Konventionalstrafe sicherstellen wollten. So wurde denn auch in Ziff. 1 der Vereinbarung die zu erstellende Mauer in ihrer Art, Lage, Länge und Höhe definiert und die Kläger stimmten gemäss Ziff. 2 der Vereinbarung diesem Bauvorhaben ausdrücklich zu, verzichteten mit anderen Worten auf ein baurechtliches Rechtsmittel. Damit wird auch klar, dass die in Ziff. 5 der Vereinbarung erwähnte Trockensteinmauer der in Ziff. 1 beschriebenen entsprechen muss. Nur gegen diese Mauer haben die Kläger auf eine Einsprache verzichtet, nur für diese Mauer erhielten die Beklagten die Baubewilligung (kläg. act. 6) und nur diese Mauer wurde schlussendlich von der Baupolizei als der Baubewilligung entsprechend abgenommen (kläg. act. 14). Die Sicherstellung der Ausführung der Mauer mit einer Konventionalstrafe muss auch als Gegenleistung für den Verzicht der Kläger auf baurechtliche Rechtsmittel gesehen werden. Ein Abstellen allein auf den zeitlichen Aspekt - wie die Beklagten die Vereinbarung heute verstehen wollen - wird den Umständen im Zeitpunkt des Abschlusses der Vereinbarung und dem damit verbundenen Zweck nicht gerecht. Aussicht den nachbarschaftlichen Streit zwischen den Parteien in Bezug auf die Mauer zu beenden, bestand nur dann, wenn sowohl Zeitplan als auch Ausführung der Mauer verbindlich geregelt wurden. Die Sicherstellung nur auf eine Modalität der Leistungsstörung zu beschränken, hätte weder vor dem baurechtlichen noch dem nachbarschaftlichen Hintergrund Sinn gemacht.

2.3 Mit der Vorinstanz ist davon auszugehen, dass die vereinbarte Konventionalstrafe kumulativ zur Erfüllung geschuldet ist, die Parteien mit anderen Worten die dispositive Regelung, wonach der Gläubiger nur alternativ die Erfüllung der Hauptleistung oder der Konventionalstrafe fordern kann, wegbedungen haben (Urteil, 7 oben). Diese Auslegung drängt sich bereits durch den Wortlaut der Vereinbarung auf. Demgemäss ist für jeden Tag einer Verzögerung eine Konventionalstrafe geschuldet, die Konventionalstrafe ist mit anderen Worten einerseits variabel und wächst mit jedem Tag der nicht richtigen Erfüllung an und setzt andererseits die richtige Erfüllung der Hauptleistung notwendigerweise voraus. Entsprechend muss geschlossen werden, dass nach der von den Parteien getroffenen Vereinbarung die Konventionalstrafe wegen verspäteter oder unrichtiger Erfüllung neben der Hauptleistung geschuldet ist (vgl. BGE 122 III 420 E. 3b S. 424 f.). Indem die Kläger auf der Erfüllung der



Hauptleistungspflicht durch die Beklagten beharrten und diese dem schlussendlich nachkamen, haben die Kläger ihr Recht auf Geltendmachung der vereinbarten Konventionalstrafe keineswegs verwirkt. Daran ändern insbesondere die beiden Schreiben der Kläger vom 21. Dezember 2007 und vom 4. März 2008 (kläg. act. 12 und 15) nichts. Entgegen der Ansicht der Beklagten (Berufung, 13 Ziff. 4.1) haben die Kläger damit keineswegs auf eine Konventionalstrafe verzichtet. In beiden Schreiben wird deren Geltendmachung vielmehr vorbehalten beziehungsweise angedroht.

2.4 Mit ihren Vorbringen, wonach die Kläger die Erfüllung der Vereinbarung vorbehaltlos im Sinne von Art. 160 Abs. 2 OR angenommen hätten und der Anspruch auf die Konventionalstrafe untergegangen sei (Berufung, 12 f. Ziff. 3), vermögen die Beklagten nicht durchzudringen. Inwiefern die Kläger unmittelbar nach der Erhöhung der Mauer am 6. Juli 2007 diese vorbehaltlos angenommen hätten, wird nicht dargelegt und ist nicht ersichtlich. Gleiches gilt für den Zeitpunkt nach der Korrektur am 10. Januar 2008. Aus der E-Mail von C von der B-AG an die Beklagte 2 vom 10. Januar 2008 (bekl. act. 6) geht jedenfalls nichts dergleichen hervor. Schliesslich kann eine vorbehaltlose Abnahme auch dem Schreiben der Kläger vom 4. März 2008 nicht entnommen werden. Zwar wird dort ausgeführt, die Kläger hätten der Abnahme durch die Baupolizei zugestimmt und die Stützmauer als abgenommen akzeptiert, doch wird sogleich darauf hingewiesen, dass wegen der Verzögerung die Konventionalstrafe geschuldet sei. Von einer vorbehaltlosen Abnahme im Sinne von Art. 160 Abs. 2 OR kann keine Rede sein.

2.5 Damit steht fest, dass die von den Parteien vereinbarte Konventionalstrafe die Nicht- wie auch die Schlechterfüllung sanktioniert und der Anspruch auf die Konventionalstrafe nicht deshalb untergegangen ist, weil die Beklagten schlussendlich ihrer Hauptleistungspflicht nachgekommen sind und die Kläger die Erfüllung vorbehaltlos angenommen hätten. Dass die Beklagten an ihrer nicht (richtigen) Erfüllung ein Verschulden trifft, ist vor Kantonsgericht nicht mehr strittig. Entsprechend ist grundsätzlich eine Konventionalstrafe geschuldet.

3.1 Ob die Nicht- oder Schlechterfüllung der gesicherten Hauptverpflichtung bei Fälligkeit für die Geltendmachung der Konventionalstrafe ausreicht (so von Thur/Escher, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band II, 3. Aufl.,



Zürich 1974, § 87/II; Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N 3797) oder ob Verzug des Schuldners erforderlich ist (so Bucher, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Zürich 1988, 526), ist umstritten. Ehrat (Art. 160 N 15) gibt unter Hinweis auf § 339 BGB jedenfalls bei Leistungspflichten dem Erfordernis des Verzugs den Vorzug und will nur bei Unterlassungspflichten die Fälligkeit der Hauptverpflichtung genügen lassen. Wie es sich letztendlich verhält, kann vorliegend offen gelassen werden. Für die Erfüllung der Hauptverpflichtung war ein bestimmter Verfalltag verabredet (30 Tage ab Rechtskraft der Baubewilligung; vgl. Entscheid des Bundesgerichts 4C.241/2004 vom 30. November 2004 E. 4.1; Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N 2712 f.), so dass die Beklagten schon mit Ablauf dieses Tages in Verzug gekommen sind (Art. 102 Abs. 2 OR; ebenso Bucher, 526). Dies war unstrittig vor dem 13. Dezember 2007, dem Tag, ab dem die Kläger die Konventionalstrafe fordern (Klage, 4 Ziff. 4) respektive die Vorinstanz die Beklagten zu deren Zahlung verpflichtete (Urteil, 7 Ziff. 5), der Fall.

3.2 Die Beklagten haben ihre Hauptleistungspflicht am 10. Januar 2008 erfüllt. Entsprechend ist ab diesem Tag keine Konventionalstrafe mehr geschuldet. Der Meinung der Vorinstanz, wonach die B-AG den Klägern eine Frist bis zum 14. Januar 2008 zur Prüfung und Stellungnahme eingeräumt habe und aus diesem Grund der 14. Januar 2008 als Datum der von der Klägern akzeptierten Fertigstellung der Mauer betrachtet werden muss, kann nicht gefolgt werden. Wurden nach dem 10. Januar 2008 keine Veränderungen an der Mauer mehr vorgenommen, steht fest, dass die Beklagten ihrer Hauptleistungspflicht an diesem Tag nachgekommen sind. Ob und wann die Kläger die Fertigstellung akzeptiert haben, ist nicht von Bedeutung.

3.3 Nach dem Gesagten schulden die Beklagten den Klägern grundsätzlich die Konventionalstrafe für die Zeit vom 13. Dezember 2007 bis zum 9. Januar 2008 (letzter Tag des Verzugs), mithin für 28 Tage. Dies entspricht einem Betrag von Fr. 5'600.-. Die Berufung ist damit im Fr. 5'600.- übersteigenden Betrag gutzuheissen.

4.1 Die Beklagten machen geltend, die Kläger müssten sich die Teilleistung (die bereits erfolgte, aber ungenügende Erhöhung der Mauer) auf die Strafe anrechnen lassen. Eine Konventionalstrafe dürfe nur im proportionalen Verhältnis der nicht richtigen Erfüllung (6 bis 7 cm) zur insgesamt vorzunehmenden Erhöhung (70 cm) zugesprochen werden



(Berufung, 16 Ziff. 6.1). Den Beklagten kann diesbezüglich nicht gefolgt werden. Zwar hat das Bundesgericht festgehalten, dass der Wert der Hauptleistung adäquat zu berücksichtigen sei in dem Sinne, dass der Gläubiger diese entweder bezahlt oder zurückgibt (BGE 122 III 420 E. 2b S. 423), doch bezog sich jener Fall auf die Lieferung einer funktions(un)stauglichen Anlage gegen ein Entgelt. Anders als beim durch das Bundesgericht beurteilten Fall sind die Gläubiger der vorliegenden Hauptverpflichtung jedoch weder Käufer noch Besteller; eine Rückgabe kommt von vornherein nicht in Betracht und auch die Anrechnung der Teilleistung wäre nicht sachgerecht. Die Beklagten haben sich als Gegenleistung zum baurechtlichen Rechtsmittelverzicht der Kläger unter anderem verpflichtet, die Mauer um 70 cm zu erhöhen und nur eine solche Erhöhung wurde durch die Baukommission bewilligt. Die von den Beklagten vorab durchgeführte Erhöhung entsprach dem nicht und wurde durch die Baukontrolle nicht abgenommen. Entsprechend kann nicht von einer Teilleistung im Sinne des Urteils des Bundesgerichts ausgegangen werden. Anders als bei Kauf-, Werk- oder ähnlichen Verträgen kommt im vorliegenden Fall keine Teilleistung in Frage. Entweder ist die Mauer baurechtskonform respektive entspricht der bewilligten Baute oder sie ist es - wie vorliegend - nicht. Eine Anrechnung der Bemühungen der Beklagten, welche diese bis zum 13. Dezember 2007 durchführten, ist deshalb nicht angezeigt.

4.2 Sodann stellen die Beklagten ein Herabsetzungsbegehren gemäss Art. 163 Abs. 3 OR (Berufung, 16 Ziff. 6.2). Gemäss dieser Bestimmung kann das Gericht übermässig hohe Konventionalstrafen nach seinem Ermessen herabsetzen. Diese Möglichkeit stellt einen Einbruch in die Vertragsfreiheit (vgl. insbesondere Art. 163 Abs. 1 OR) und die Vertragstreue der Parteien dar und ist deshalb nur mit Zurückhaltung anzuwenden. Nur krasse Missverhältnisse sind vom Richter zu berücksichtigen (Ehrt, Art. 163 N 10). Das Gericht hat die Übermässigkeit beziehungsweise Angemessenheit einer Konventionalstrafe nach freiem, aber pflichtgemässen Ermessen unter Würdigung des Einzelfalls zu beurteilen (Ehrt, Art. 163 N 15).

Die Beklagten bringen vor, die Kläger hätten an der nachträglichen Erhöhung der Mauer kein rechtlich schützenswertes Interesse mehr gehabt. Sie hätten die Geländeänderung (Erhöhung der Böschung), wozu die Erhöhung der Mauer ursprünglich vereinbart worden sei, vor der Erhöhung der Mauer erstellt, ohne dass die Böschung nach der Erhöhung der Mauer noch eine Veränderung erfahren hätte. Die



Erhöhung der Mauer habe für die Beklagten nur Kosten verursacht, den Klägern aber keinen Nutzen gebracht (Berufung, 17).

Das Verhältnis zwischen der vereinbarten Konventionalstrafe und dem Interesse des Gläubigers an der Erfüllung der gesicherten Forderung gilt tatsächlich als ein massgebliches Kriterium zur Beurteilung der Angemessenheit einer vereinbarten Konventionalstrafe (BGE 82 II 142 E. 3 S. 146). Vorliegend gilt es allerdings zu berücksichtigen, dass die Mauer, wie sie bis zur Nachbesserung vom 10. Januar 2008 bestanden hat, nicht einfach eine privatrechtliche Vereinbarung verletzt hat, sondern der Baubewilligung nicht entsprach und von der Baukontrolle nicht abgenommen wurde. Die Nachbesserung der Mauer hat den Beklagten somit entgegen der von ihnen vertretenen Ansicht nicht nur Kosten (aber keinen Nutzen) verursacht. Vielmehr haben sie so erreicht, dass ihre Mauer (nach Jahren) endlich baurechtskonform war. Nicht gefolgt werden kann den Beklagten auch, wenn sie behaupten, die Nachbesserung habe den Klägern keinen Nutzen gebracht und es hätten keine Veränderungen mehr stattgefunden. Ein Vergleich der Fotos vom 13. Dezember 2007 (kläg. act. 11) mit denjenigen vom Januar 2009 (bekl. act. 9) zeigt vielmehr, dass die Kläger unmittelbar an die Mauer angrenzend auf deren Höhe einen Zaun errichtet haben. Dafür, dass die wirtschaftlichen Verhältnisse der Parteien eine Konventionalstrafe in der Höhe von Fr. 5'600.- als übermässig erscheinen liessen, liegen keine Hinweise vor. Ausserdem gilt es zu berücksichtigen, dass es bei der Konventionalstrafe nicht nur um einen wirtschaftlichen Ausgleich geht, sondern auch um einen Strafzweck.

4.3 Ein krasses Missverhältnis, so dass von der Vertragsfreiheit und der Vertragstreue abzuweichen geboten wäre, liegt nicht vor. Immerhin ist erstellt, dass die Mauer vom 6. Juli 2007 bis am 9. Januar 2008 um ca. 6-7 cm zu tief und damit nicht bewilligungsfähig war. Damit war ein wichtiges Ziel des Vergleichs, nämlich die leidige Angelegenheit zu erledigen, nicht erreicht. Das Verhalten der Kläger, auf einer Konventionalstrafe zu beharren und diese gar gerichtlich geltend zu machen, obwohl sich die Beklagten nach Vorliegen des Berichts der Schlussabnahme umgehend bemühten, die Mauer anzupassen, mag zwar kleinlich erscheinen. Die Grenze der reinen Schikane beziehungsweise des Rechtsmissbrauchs ist damit aber nicht erreicht. Es ist deshalb im Grundsatz davon auszugehen, dass eine Konventionalstrafe geschuldet ist. Die vorliegend zu beurteilende Konventionalstrafe in der Höhe von



Fr. 5'600.- ist vor dem Hintergrund dieser Erwägungen als hoch zu bezeichnen, steht jedoch nicht geradezu in einem offenbaren Widerspruch zu Gerechtigkeit und Billigkeit, zumal nicht behauptet wird, die Fr. 5'600.- beziehungsweise die von der Vorinstanz den Klägern zugesprochenen Fr. 6'600.- würden für die Beklagten eine schwere finanzielle Belastung darstellen oder wären ruinös. Es steht deshalb nicht im Ermessen des Gerichts, den Betrag zu kürzen. Wie es sich verhalten würden, wenn die Kläger ihre Forderung nicht erst seit dem 13. Dezember 2007, sondern vom ersten Verzugstag an geltend gemacht hätten, kann vorliegend, da die Kläger auf eine Geltendmachung der Konventionalstrafe für den Zeitraum vor dem 13. Dezember 2007 verzichten (Klage, 4 Ziff. 4), offen gelassen werden.
