

# ZH\_OBERGERICHT RT200173 vom 2. September 2021

ZH Obergericht, 2021-09-02, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_RT200173](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_RT200173)

FR: ZH\_OBERGERICHT RT200173 du 2 septembre 2021

IT: ZH\_OBERGERICHT RT200173 del 2 settembre 2021

## Erwägungen

### E. 1

Streitgegenstand und Prozessgeschichte:

#### E. 1.1

Der Gesuchs- und Beschwerdegegner (fortan Gesuchsgegner) und seine Ehefrau waren je hälftig Eigentümer der beiden Grundstücke Kat.-Nr. 1 und Kat.-Nr. 2 in der Gemeinde C.\_\_\_\_\_. Am 10. Juli 2019 begründeten sie zugunsten und zulasten ihrer beiden Grundstücke mittels Dienstbarkeitsvertrag verschiedene Eigentümerdienstbarkeiten, darunter ein Überbaurecht für eine Unterniveaugarage (zu Gunsten von Grundstück Kat.-Nr. 1) sowie ein Mitbenützungsrecht an Besucherparkplätzen (zu Gunsten von Grundstück Kat.-Nr. 2; Urk. 4/5; fortan Dienstbarkeitsvertrag). Gleichentags verkauften der Gesuchsgegner und seine Ehefrau der Gesuchstellerin und Beschwerdeführerin (fortan Gesuchstellerin) das Grundstück Kat.-Nr. 2 (Urk. 4/6).

#### E. 1.2

Ebenfalls am 10. Juli 2019 unterzeichneten der Gesuchsgegner und die Gesuchstellerin die "Vereinbarung für Tiefgaragenplätze D.\_\_\_\_\_-strasse" (fortan "Vereinbarung für Tiefgaragenplätze"). Darin wurde festgehalten, dass der Gesuchsgegner auf dem Grundstück Kat.-Nr. 1 bis spätestens Ende März 2020 ein Mehrfamilienhaus mit Unterniveaugarage, einen Velounterstand, Besucherparkplätze und einen Fussweg erstellen werde. Weiter wurde festgehalten, das Grundstück Kat.-Nr. 2 habe das Benützungsrecht an sieben Parkplätzen in der Unterniveaugarage, das Mitbenützungsrecht an zwei Besucherparkplätzen und das Mitbenützungsrecht am Velounterstand. Sobald die Unterniveaugarage erstellt und von der Baubehörde C.\_\_\_\_\_ abgenommen worden sei, seien dem Gesuchsgegner Fr. 270'000.– zu bezahlen. Darüber hinaus vereinbarten die Parteien eine Konventionalstrafe, wonach der Gesuchsgegner der Gesuchstellerin Fr. 35'000.– zahlen müsse, falls die Unterniveaugarage bis Ende März 2020 nicht fertiggestellt werde, und weitere Fr. 35'000.–, falls sie bis Ende Juni 2020 immer noch nicht fertiggestellt sei (Urk. 4/7). Die Unterniveaugarage wurde innert den vereinbarten Fristen nicht fertiggestellt (Urk. 1 S. 4 f., Urk. 13 S. 6).

- 3 -

#### E. 1.3

Mit Zahlungsbefehl vom 20. April 2020 des Betreibungsamts E.\_\_\_\_\_ (Betreibung Nr. 3) leitete die Gesuchstellerin gegen den Gesuchsgegner eine Betreuung für den Betrag von Fr. 35'000.– nebst Zins von 5 % seit 31. März 2020 ein. Der Gesuchsgegner erhob hiergegen Rechtsvorschlag (Urk. 3).

#### E. 1.4

In der Folge ersuchte die Gesuchstellerin mit Eingabe vom 5. Mai 2020 bei der Vorinstanz um Erteilung provisorischer Rechtsöffnung in obgenannter Betreuung für Fr. 35'000.– nebst Zins zu 5 % seit 1. April 2020 (Urk. 1). Die Vorinstanz wies mit Urteil vom 20. Oktober 2020 das Rechtsöffnungsbegehren der Gesuchstellerin ab, auferlegte ihr die Spruchgebühr von Fr. 350.– und verpflichtete sie zur Leistung einer Parteientschädigung an den Gesuchsgegner in der Höhe von Fr. 2'000.– (Urk. 23 = Urk. 26).

### **E. 1.5**

Hiergegen erhob die Gesuchstellerin mit Eingabe vom 2. November 2020 rechtzeitig (vgl. Urk. 24) Beschwerde mit folgenden Anträgen (Urk. 25 S. 2): " Es sei das angefochtene Urteil aufzuheben und der Beschwerdeführerin in der Betreuung Nr. 3 unter Beseitigung des Zahlungsbefehls [recte. Rechtsvorschlages] des Betreibungsamts E.\_\_\_\_\_ vom 20. April 2020 provisorische Rechtsöffnung über einen Forderungsbeitrag von Fr. 35'000.– nebst Zins zu 5 % seit dem 1. April 2020 zu erteilen, alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Beschwerdegegners."

### **E. 1.6**

Den mit Verfügung vom 6. November 2020 auferlegten Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 750.– bezahlte die Gesuchstellerin rechtzeitig (Urk. 27 und 28). Die Beschwerdeantwort vom 19. Februar 2020 (Urk. 30) und die darauf erfolgte Replik (Urk. 34) wurden der jeweiligen Gegenseite zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 33; Prot. S. 6). Weitere Eingaben erfolgten nicht. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (Urk. 1-24). Das Beschwerdeverfahren erweist sich als spruchreif.

## **E. 2**

Prozessuales:

### **E. 2.1**

Mit der Beschwerde kann die unrichtige Rechtsanwendung sowie die offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden

- 4 - (Art. 320 ZPO). Die beschwerdeführende Partei hat im Einzelnen darzulegen, an welchen Mängeln (unrichtige Rechtsanwendung, offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts) der angefochtene Entscheid ihrer Ansicht nach leidet. Das setzt voraus, dass sie sich inhaltlich konkret mit den Erwägungen im angefochtenen Entscheid auseinandersetzt und mittels Verweisungen auf die Akten aufzeigt, dass und wo im vorinstanzlichen Verfahren die massgebenden Behauptungen, Erklärungen, Bestreitungen und Einreden erhoben wurden bzw. aus welchen Aktenstellen sich der geltend gemachte Beschwerdegrund ergeben soll (BGer 5A\_488/2015 vom 21. August 2015, E. 3.2; BGer 5D\_146/2017 vom 17. November 2017, E. 3.3.2). Stützt sich der angefochtene Entscheid auf mehrere selbständige Begründungen oder enthält er eine Haupt- und eine Eventualbegründung, muss sich die beschwerdeführende Partei in der Beschwerdeschrift mit allen Begründungen auseinandersetzen (vgl. BGer 4A\_133/2017 vom 20. Juni 2017, E. 2.2 m.w.H.).

### **E. 2.2**

Was nicht oder nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen genügenden Weise beanstandet wird, braucht von der Rechtsmittelinstanz grundsätzlich nicht geprüft zu werden. Abgesehen von dieser Relativierung gilt auch im Beschwerdeverfahren der

Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wegen (Art. 57 ZPO). Die Beschwerdeinstanz ist deshalb weder an die in den Parteiein- gaben vorgetragenen Argumente noch an die Erwägungen der Erstinstanz ge- bunden. Sie kann die Beschwerde aus einem anderen als dem angerufenen Grund gutheissen oder mit einer von der Argumentation der Erstinstanz abwei- chenden Begründung abweisen (sog. Motivsubstitution; vgl. BK ZPO I-Hurni, Art. 57 N 21, N 39 ff.; Glasl, DIKE-Komm-ZPO, Art. 57 N 22). Werden keine, un- zulässige oder ungenügende Rügen erhoben, stellt dies einen nicht behebbaren Mangel dar (vgl. Art. 132 ZPO), d.h. ist nicht eine Nachfrist zur ergänzenden Be- gründung anzusetzen, sondern ist die Beschwerde abzuweisen bzw. ist darauf nicht einzutreten. In diesem Rahmen ist insoweit auf die Vorbringen der Klägerin einzugehen, als dies für die Entscheidungsfindung erforderlich ist (BGE 134 I 83 E. 4.1).

- 5 -

### **E. 2.3**

Neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel (zum Nachweis des gerügten Mangels) sind im Beschwerdeverfahren ausgeschlossen (Art. 326 Abs. 1 ZPO). Was im erstinstanzlichen Verfahren nicht behauptet oder eingereicht wurde, kann im Beschwerdeverfahren nicht mehr nachgeholt werden. Es herrscht grundsätzlich ein umfassendes Novenverbot sowohl für echte als auch unechte Noven (BGer 5A\_872/2012 vom 22. Februar 2013, E. 3; BGer 5A\_405/2011 vom 27. September 2011, E. 4.5.3 m.w.H.; ZK ZPO- Freiburghaus/Afheldt, Art. 326 N 4; vgl. aber immerhin auch BGE 139 III 466 E. 3.4 und BGer 4A\_51/2015 vom 20. April 2015, E. 4.5.1).

### **E. 3**

Vorinstanzlicher Entscheid

#### **E. 3.1**

Die Vorinstanz erwog, die Gesuchstellerin stütze ihr Rechtsöffnungsgesuch auf die von beiden Parteien unterzeichnete "Vereinbarung für Tiefgaragenplätze" resp. die darin enthaltene Konventionalstrafe (Urk. 4/7). Der Gesuchsgegner be- streite hingegen die Formgültigkeit der Vereinbarung und damit den Bestand ei- nes gültigen Rechtsöffnungstitels (Urk. 26 S. 4 f.).

#### **E. 3.2**

Die "Vereinbarung für Tiefgaragenplätze" sehe zu Lasten des Grundstücks Kat.-Nr. 2 ein Benützungsrecht an sieben Parkplätzen in der Unterniveaugarage vor. Die Konventionalstrafe verfolge den Zweck, die Ausübung des Benützungs- rechts abzusichern. Ohne das Bestehen der besagten Garage würde das Benüt- zungsrecht obsolet. Die Konventionalstrafe stehe somit in unmittelbarem Zusam- menhang zum Benützungsrecht und sei als akzessorisches Nebenrecht von des- sen Bestand abhängig (Urk. 26 S. 5 f.).

#### **E. 3.3**

Dieser Auffassung sei auch in Anbetracht der weiteren von der Gesuchstel- lerin eingereichten Unterlagen zu folgen. Im Grundstückkaufvertrag vom 10. Juli 2019 (fortan Grundstückkaufvertrag) sei festgehalten worden, dass die neu errich- teten Dienstbarkeiten (Fusswegrecht, Mitbenützungsrecht am Velounterstand und Mitbenützungsrecht an den Besucherparkplätzen; vgl. Urk. 4/5) noch nicht ausge- übt werden können, da die Unterniveaugarage, die Besucherparkplätze, der Fussweg sowie der Velounterstand noch

nicht erstellt worden seien (Urk. 4/6 S. 3). Am selben Tag sei die "Vereinbarung für Tiefgaragenplätze" unterzeichnet

- 6 - worden, welche die Erstellung des Velounterstandes, der Besucherparkplätze sowie des Fusswegs zum Inhalt habe (Urk. 4/7). Weiter sei in dieser die Erstellung der Unterniveaugarage erwähnt sowie eine Frist für deren Fertigstellung festgelegt worden. Die Vereinbarung stehe somit in einem engen sachlichen und vor allem zeitlichen Zusammenhang zum Grundstückkaufvertrag sowie zum Dienstbarkeitsvertrag, weshalb sie im vorliegenden Fall nicht gesondert und unabhängig von ihnen beurteilt werden könne (Urk. 26 S. 6).

### **E. 3.4**

Das Benützungsrecht an den sieben Parkplätzen in der Unterniveaugarage, dessen Sicherstellung die vereinbarte Konventionalstrafe bezwecke, stelle eine Dienstbarkeit im Sinne von Art. 730 ff. ZGB dar, weshalb deren Errichtung der öffentlichen Beurkundung bedürfe (vgl. Art. 732 ZGB). Vorliegend sei unklar, ob das genannte Benützungsrecht formgültig errichtet worden sei. So werde das Benützungsrecht weder im Dienstbarkeitsvertrag (Urk. 4/5) noch im Grundstückkaufvertrag (Urk. 4/6) explizit erwähnt. Ausserdem ergebe sich aus den eingereichten Unterlagen nicht, dass eine korrekte Begründung der Dienstbarkeit erfolgt sei, und die Gesuchstellerin mache in ihrem Gesuch auch keine entsprechenden Ausführungen hierzu. Da die Konventionalstrafe als akzessorisches Nebenrecht eine gültige Hauptforderung voraussetze, führe die Ungültigkeit des Vertrages automatisch zur Ungültigkeit der darin enthaltenen Konventionalstrafe. Mangels Vorliegen eines gültigen Rechtsöffnungstitels sei das Begehren daher abzuweisen (Urk. 26 S. 7).

### **E. 3.5**

Ergänzend fügte die Vorinstanz an, sollte die Dienstbarkeit den rechtlichen Voraussetzungen entsprechend formgültig errichtet worden sein, würde auch die Konventionalstrafe vom Schutzzadius der gesetzlichen Formvorschrift miterfasst. Die Festsetzung einer Konventionalstrafe hätte somit in derselben Form wie die Errichtung der Dienstbarkeit, konkret mittels öffentlicher Beurkundung, erfolgen müssen. Die einfache Schriftlichkeit genüge den Formvorschriften nicht, weshalb das Rechtsöffnungsbegehren auch in diesem Fall in Ermangelung eines gültigen Rechtsöffnungstitels abzuweisen wäre (Urk. 26 S. 7).

- 7 -

## **E. 4**

Parteivorbringen

### **E. 4.1**

Die Gesuchstellerin rügt zusammengefasst, das Formerfordernis der öffentlichen Beurkundung gelte für Rechtsgeschäfte über die Errichtung einer Grunddienstbarkeit (Art. 732 Abs. 1 ZGB). Die Vorinstanz habe aber nicht näher dargelegt, weshalb das Nutzungsrecht an den sieben Parkplätzen in der zu erstellenden Tiefgarage als Grunddienstbarkeit zu qualifizieren sei. Die Vereinbarung sei nicht als Dienstbarkeitsvertrag betitelt und auch sonst sei der Vereinbarung kein Hinweis zu entnehmen, dass die Parteien eine Dienstbarkeit hätten begründen wollen. Der Gesuchsgegner habe in der Stellungnahme vom 17. Juni 2020 nichts Entsprechendes

behauptet. Im Dienstbarkeitsvertrag sei kein Nutzungsrecht an den Tiefgaragenplätzen aufgenommen worden, womit sich zeige, dass der Gesuchsgegner sich nicht in dieser verbindlichen Form gegenüber dem Grundstück Kat-Nr. 2 oder der Gesuchstellerin habe verpflichten wollen. Richtig betrachtet, handle es sich bei der "Vereinbarung für Tiefgaragenplätze", wie auch die Bezeichnung des Vertrages zeige, um eine obligatorische Vereinbarung zwischen dem Gesuchsgegner und der Gesuchstellerin. Die Vorinstanz habe übersehen, dass jedes Recht, das Inhalt einer Grunddienstbarkeit sein könne, auch nur obligatorisch mit Rechtswirkung unter den Vertragsparteien begründet werden könne. Solange der Wille der Parteien, wie vorliegend, nicht auf den Abschluss einer Grunddienstbarkeit gerichtet sei, seien solche Vereinbarungen formlos gültig (Art. 11 Abs. 1 OR). Das Gleiche gelte auch für Konventionalstrafen, mit denen die Durchsetzung solcher obligatorischer Vereinbarungen abgesichert würden. Unerheblich sei in diesem Zusammenhang, dass die Ehefrau des Gesuchstellers als Miteigentümerin des Grundstücks Kat.-Nr. 1 an der Vereinbarung nicht mitgewirkt habe. Die "Vereinbarung für Tiefgaragenplätze" inklusive Konventionalstrafe sei nach dem Gesagten (form-)gültig und verbindlich, weshalb das Rechtsöffnungsbegehren hätte gutgeheissen werden müssen (Urk. 25 S. 4 ff.).

#### **E. 4.2**

Dem hält der Gesuchsgegner entgegen; die einfache Schriftform der "Vereinbarung für Tiefgaragenplätze" genüge zu ihrer Rechtsverbindlichkeit nicht. Die Vereinbarung sei in unmittelbarem sachlichem und zeitlichem Zusammenhang zum Grundstückkaufvertrag geschlossen worden. Gemäss Art. 216 Abs. 1 OR

- 8 - bedürften Kaufverträge über Grundstücke und damit zusammenhängende Verträge der öffentlichen Beurkundung, um Gültigkeit zu erlangen, ansonsten diese nichtig seien. Dies gelte auch für Konventionalstrafen, welche im Zusammenhang mit einem Grundstückkauf oder dinglichen Bauten stünden. Vorliegend seien in der Vereinbarung die Nutzungsrechte an der Unterniveaugarage zur dinglichen Belastung am Grundstück Kat.-Nr. 1 vorgemerkt worden. So würden die Rechte und Pflichten den Grundstücken zugerechnet und das Grundstück Kat.-Nr. 1 als (dinglich) "belastet" bezeichnet. Die vorliegend formulierte Konventionalstrafe übe einzig einen mittelbaren Erfüllungszwang aus, weswegen diese Vereinbarung im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (BGE 140 III 200 E. 3) formbedürftig und somit nichtig sei. Es bestehe kein gültiger Rechtsöffnungstitel (Urk. 30 S. 3). Die Konventionalstrafe sei auch aus den von der Vorinstanz erwähnten Gründen formungültig. Gesetzlich (wie vorliegend) als formbedürftig qualifizierte Rechtsgeschäfte könnten durch reinen Parteiwillen nicht formfrei erklärt werden, was insbesondere für Grunddienstbarkeiten zutrefte und akzessorisch gemäss Bundesgericht ebenfalls für eine diesbezüglich formulierte Konventionalstrafe. Ausserdem müssten dabei sämtliche (Mit-)Eigentümer formgültig einwilligen, was vorliegend ebenfalls für die Ungültigkeit der Vereinbarung spreche (Urk. 30 S. 7) Weiter habe die Gesuchstellerin nicht dargelegt, dass die Bedingung einer pönalen Zahlungspflicht bestehe, und eine verschuldensunabhängige Konventionalstrafe sei vorliegend nicht vereinbart worden. Selbst bei Annahme einer gültigen Vereinbarung wäre die Forderung nicht fällig, da der Gesuchstellerin anzulastende Handlungen dazu geführt hätten, dass die Unterniveaugarage nicht fertiggestellt worden sei. Die Konventionalstrafe wäre angemessen im Umfang seines (des Gesuchsgegners) Verschuldens zu kürzen, sollte von seinem Mitverschulden ausgegangen werden (Urk. 30

S. 4). Abschliessend wendet der Gesuchsgegner ein, die Gesuchstellerin habe sich nicht rechtsgenügend mit den Erwägungen der Vorinstanz auseinandergesetzt, wonach selbst bei formgültiger Errichtung der Dienstbarkeit die Konventio-

- 9 - nalstrafe vom Schutzzadius der gesetzlichen Formvorschrift miterfasst werde und für ihre Gültigkeit der öffentlichen Beurkundung bedurft hätte (Urk. 30 S. 7 f.).

## **E. 5**

Provisorische Rechtsöffnung im Allgemeinen

### **E. 5.1**

Beruhet die Forderung auf einer durch Unterschrift bekräftigten Schuldanererkennung, kann der Gläubiger die provisorische Rechtsöffnung verlangen (Art. 82 Abs. 1 SchKG). Das Rechtsöffnungsgericht spricht diese im summarischen Verfahren (Art. 251 lit. a ZPO) aus, sofern der Betriebene nicht sofort Einwendungen glaubhaft macht, welche die Schuldanererkennung entkräften (Art. 82 Abs. 2 SchKG).

### **E. 5.2**

Wie das definitive ist auch das provisorische Rechtsöffnungsverfahren rein betreibungsrechtlicher Natur. Der Rechtsöffnungsentscheid entfaltet ausschliesslich betreibungsrechtliche Wirkung für die konkrete Betreuung. Damit wird nicht über den materiellen Bestand der Betreuungsforderung entschieden (und ist auch nicht über diesen zu entscheiden), sondern lediglich darüber, ob die durch den Rechtsvorschlag gehemmte Betreuung weitergeführt werden darf (Kurt Amonn/Fridolin Walther, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 2013, S. 142 und S. 153). Im Rechtsöffnungsverfahren geht es mithin (nur) um die Feststellung, ob ein Vollstreckungstitel vorliegt. Die Prüfungszuständigkeit des Rechtsöffnungsrichters umfasst daher ausschliesslich Fragen im Zusammenhang mit der (inhaltlichen) Tauglichkeit der präsentierten Urkunde als Vollstreckungstitel. Entsprechend würdigt der Rechtsöffnungsrichter nur die Beweiskraft der vorgelegten Urkunde, nicht aber den Bestand bzw. die Gültigkeit der darin anerkannten Forderung an sich (BGer 5A\_914/2020 vom 28. April 2021, E. 3.1.). Die Beurteilung des materiellen Bestands der Forderung erfolgt (gegebenenfalls) erst im Anschluss an das Verfahren betreffend provisorische Rechtsöffnung im Aberkennungs- oder Anerkennungsprozess.

### **E. 5.3**

Eine Schuldanererkennung im Sinne von Art. 82 Abs. 1 SchKG liegt vor, wenn daraus der vorbehaltlose Wille des Betriebenen hervorgeht, dem Betreibenden eine bestimmte oder leicht bestimmbare Summe zu bezahlen (BGE 136 III 627 E. 2). Im Gegensatz zum definitiven (vgl. Art. 81 SchKG) sind im provisorischen

- 10 - schen Rechtsöffnungsverfahren alle Einreden und Einwendungen zulässig, welche geeignet sind, die Schuldanererkennung zu entkräften, insbesondere auch solche gegen Bestand und Höhe der in Betreuung gesetzten Forderung (KUKO SchKG-Vock, Art. 82 N 38; BSK SchKG I-Staehelin, Art. 82 N 83 ff.; Peter Stücheli, Die Rechtsöffnung, 2000, S. 348).

### **E. 5.4**

Nach dem Wortlaut von Art. 82 Abs. 2 SchKG obliegt die Erhebung und Glaubhaftmachung von Einwendungen zur Entkräftung der als provisorischen

Rechtsöffnungstitel eingereichten Schuldanererkennung dem Schuldner (BGer 5A\_630/2010 und 5A\_631/2010 beide vom 1. September 2019, E. 3). Die Einwendungen und Einreden resp. die diesen zu Grunde liegenden Sachverhalte sind glaubhaft zu machen; ob sie die Schuldanererkennung zu entkräften vermögen, hat das Rechtsöffnungsgericht nach dem Grundsatz "iura novit curia" (das Gericht kennt das Recht) von Amtes wegen zu beachten (Art. 57 ZPO), wobei es sich hierbei auf eine summarische Prüfung beschränken darf (BSK SchKG I-Staehelin, Art. 82 N 49 und N 88; KUKO SchKG-Vock, Art. 82 N 8). Die abschliessende Ermittlung des Parteiwillens bzw. die abschliessende Vertragsauslegung von im Streit liegenden Verträgen ist nicht Sache des Rechtsöffnungsgerichts (BGer 5A\_914/2020 vom 28. April 2020, E. 3.1). Erscheint das Vorliegen eines Formmangels aufgrund des Titels zwar möglich, aber nicht wahrscheinlicher als dessen Nichtvorliegen, ist, soweit die übrigen Voraussetzungen gegeben sind, dem Rechtsöffnungsbegehren zu entsprechen und die Frage der Formungültigkeit und deren Rechtsfolgen vom Erkenntnisrichter im Aberkennungsverfahren zu klären (BGer 5A\_15/2018 vom 16. April 2019, E. 4.4.6 und E. 4.5).

### **E. 5.5**

Im vorliegenden Fall steht eine bedingte Schuldanererkennung in Form einer Konventionalstrafe zur Prüfung. Eine suspensiv bedingte Schuldanererkennung berechtigt zur provisorischen Rechtsöffnung, wenn der Eintritt der Bedingung liquide nachgewiesen wird. Dabei ist der Gläubiger nicht auf den Urkundenbeweis beschränkt, sondern es sind alle Beweismittel zulässig, die im summarischen Verfahren abgenommen werden können. Eine Anerkennung des Bedingungseintritts durch den Schuldner ist nicht erforderlich (vgl. BSK SchKG I-Staehelin, Art. 82

- 11 - N 36 und N 110). Vorliegend ist unbestritten, dass die Unterniveaugarage nicht, wie zwischen den Parteien vereinbart, Ende März 2020 fertiggestellt wurde.

### **E. 6**

Formerfordernis beim Grundstückkaufvertrag

#### **E. 6.1**

Der Gesuchsgegner und die Vorinstanz heben die zeitliche und sachliche Nähe der "Vereinbarung für Tiefgaragenplätze" zum Grundstückkaufvertrag hervor (Urk. 13 S. 12, Urk. 26 S. 6, Urk. 30 S. 3). Gemäss Gesuchsgegner ist für das Formerfordernis der Konventionalstrafe die Rechtsprechung des Bundesgerichts zu Art. 216 OR zu berücksichtigen, wonach Kaufverträge über Grundstücke oder "dingliche Bauten" und damit zusammenhängende Verträge sowie Konventionalstrafen der öffentlichen Beurkundung bedürfen (BGE 140 III 200 E. 3 [recte E. 5.3.]; Urk. 13 S. 2 und Urk. 30 S. 3).

#### **E. 6.2**

Konventionalstrafe Als Konventional- oder Vertragsstrafe wird eine Leistung bezeichnet, die der Schuldner dem Gläubiger für den Fall verspricht, dass er eine bestimmte Schuld (Hauptschuld) nicht oder nicht richtig erfüllt (BGE 122 III 420 E. 2 a; Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Bd. II, 2020, S. 370 N 3783). Sie dient der Verstärkung und damit der Sicherung einer vertraglich übernommenen oder statutarisch auferlegten Schuldpflicht (Guhl/Koller/Schnyder/Druey, Das Schweizerische Obligationenrecht, 2000, S. 618 N 1). Wurde die Konventionalstrafe für Nichteinhaltung der Erfüllungszeit oder des

Erfüllungsortes versprochen, kann sie nebst der Erfüllung des Vertrages gefordert werden, solange der Gläubiger nicht ausdrücklich Verzicht leistet oder die Erfüllung vorbehaltlos annimmt (Art. 160 Abs. 2 OR). Die Verpflichtung zur Leistung der Konventionalstrafe ist von der rechtsgeschäftlich begründeten oder übernommenen Hauptverpflichtung, zu der sie hinzutritt, abhängig (akzessorisch) und wird nur geschuldet, wenn die Hauptverpflichtung eingefordert werden kann oder wenn wenigstens eine Naturalobligation besteht. Aus diesem Grund bedarf das Versprechen auf Zahlung einer Konventionalstrafe grundsätzlich der gleichen Form wie die Verpflichtung, bei deren Nichterfüllung die Strafe erlegt werden soll (Guhl/Koller/Schnyder/Druey, a.a.O., S. 618 N 3;

- 12 - Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, a.a.O., Band II, S. 370 N 3794, m.w.H.; BGE 140 III 200 E. 5.3 und E. 5.5.; BGer 4A\_109/2018 vom 8. November 2018, E. 3.1. m.w.H.). Grundsätzlich kann jede beliebige Verpflichtung mit einer Konventionalstrafe verstärkt werden, solange dies nicht von der Rechtsordnung ausgeschlossen ist (BSK OR I-Widmer/Costantini/Ehrat, Art. 160 N 7; KUKO OR- Pietruszak, Art. 160 N 4; zu den Ausnahmen vgl. BK OR-Becker, Art. 160 N 18).

### **E. 6.3**

#### Grundstückkaufvertrag

##### **E. 6.3.1**

Kaufverträge, die ein Grundstück zum Gegenstand haben, oder Vorverträge sowie Verträge, die ein Vorkaufs-, Kaufs- oder Rückkaufsrecht an einem Grundstück begründen, bedürfen zu ihrer Gültigkeit der öffentlichen Beurkundung (Art. 216 Abs. 1 und 2). Bei Missachtung der Formvorschrift ist der Vertrag nichtig (Art. 20 OR; BGE 90 II 34 E. 3; a.M. Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Bd. I, 2020, S. 117 ff. N 558 ff.). Dem Beurkundungszwang unterliegen sowohl die objektiv wie die subjektiv wesentlichen Vertragspunkte. Objektive Nebenabreden fallen jedoch nur dann zufolge subjektiver Wesentlichkeit unter den Formzwang, wenn sie ihrer Natur nach unmittelbar den Kaufrechtsvertrag betreffen, d.h. das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung berühren (BGE 113 II 402 E. 2a; Alfred Koller, Der Grundstückkauf, 2017, S. 52 f., m.w.H.).

##### **E. 6.3.2**

Schliessen die Parteien verschiedene Vereinbarungen ab, von denen nur einzelne die Merkmale einer Grundstückkaufabrede erfüllen, andere aber grundstückkauffremden Vertragstypen (z.B. Werkvertrag) angehören, ist in Bezug auf das Formerfordernis zu unterscheiden, ob ein aus verschiedenen Elementen bestehender gemischter Vertrag vorliegt, der ein untrennbares, einheitliches, von immobilienvertraglichen Elementen beherrschtes Vertragsgebilde darstellt, oder ob die Parteien unterschiedliche, voneinander unabhängige, selbständige Kontrakte abgeschlossen haben. Während sich der Beurkundungszwang beim gemischten Grundstückkaufvertrag auf alle subjektiv und objektiv wesentlichen Vertragsbestandteile bezieht, auch wenn diese an sich nicht immobilienkaufvertraglicher Natur sind, ist demgegenüber eine selbständige Zusatzvereinbarung formfrei gültig, auch wenn die Parteien sie gleichzeitig mit dem Abschluss des Grund-

- 13 - stückkaufvertrag treffen. Als selbständige Zusatzabreden des Grundstückkaufvertrages gelten u.a. Leistungen des Käufers, die nicht im Austausch gegen das Grundstück,

sondern für andere Leistungen des Verkäufers zu erbringen sind. Sie unterliegen nicht dem qualifizierten Formzwang des Art. 216 OR, auch wenn sie für die Parteien *conditio sine qua non* für den Kaufabschluss bilden (BK OR- Giger, Art. 216 N 275 ff.; BGE 113 II 402 E. 2.a; BGE 117 II 259 E. 2.b; Markus Vischer/Dario Galli, Nochmals zum Umfang des Formzwangs beim Grundstück- kauf, Anwaltsrevue 2017 S. 477).

#### **E. 6.4**

Nach dem Gesagten stellt sich die Frage, in welchem Verhältnis die "Ver- einbarung für Tiefgaragenplätze" zum gleichentags abgeschlossenen Grund- stückkaufvertrag steht, weshalb zuerst zu erörtern ist, welche Verpflichtungen die Parteien eingehen wollten.

##### **E. 6.4.1**

Der Inhalt bzw. das Zustandekommen eines Vertrages bestimmt sich in erster Linie durch die subjektive Auslegung, das heisst nach dem übereinstim- menden wirklichen Parteiwillen (Art. 18 Abs. 1 OR). Was die Parteien beim Ver- tragsabschluss gewusst, gewollt oder tatsächlich verstanden haben, ist eine Tat- frage (BGE 133 III 675 E. 3.3). Wenn eine tatsächliche Willensübereinstimmung unbewiesen bleibt, sind zur Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens die Erklä- rungen der Parteien aufgrund des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten (BGE 132 III 626 E. 3.1).

##### **E. 6.4.2**

Anhand der eingereichten Unterlagen und der Parteibehauptungen lässt sich der übereinstimmende wirkliche Parteiwille in Bezug auf die "Vereinbarung für Tiefgaragenplätze" nicht bestimmen, weshalb der mutmassliche Parteiwille zu ermitteln ist.

##### **E. 6.4.3**

Die "Vereinbarung für Tiefgaragenplätze" enthält werkvertragliche Elemen- te (Erstellung der Tiefgarage) und Elemente eines Gebrauchsüberlassungsvertra- ges (Benützungsrecht an sieben Parkplätzen in der Unterniveaugarage), wobei als begünstigt das Grundstück C.\_\_\_\_\_ Kat.-Nr. 2 und als belastet das Grund- stück C.\_\_\_\_\_ Kat.-Nr. 1 erscheinen. Es liegt somit ein gemischtes Vertragsver-

- 14 - hältnis resp. ein Innominatvertrag vor. Behauptungen, ob der Dienstbarkeits- und der Grundstückkaufvertrag vor oder nach der "Vereinbarung für Tiefgaragenplät- ze" abgeschlossen wurden, stellten die Parteien nicht auf, und auch den Kontrak- ten ist hierzu nichts zu entnehmen.

##### **E. 6.4.4**

Im Grundstückkaufvertrag wurde festgehalten, die Gesuchstellerin würde den Inhalt der gleichentags errichteten Dienstbarkeiten kennen und wisse, dass die Unterniveaugarage, die Besucherparkplätze, der Fussweg und der Velounter- stand noch nicht erstellt seien. Das Fusswegrecht sowie die Mitbenützungsrechte am Velounterstand und an den Besucherparkplätzen könnten demnach noch nicht ausgeübt werden. Die Parteien verzichteten ausdrücklich darauf, zu erwäh- nen, bis wann die Besucherparkplätze, der Fussweg und der Velounterstand zu erstellen seien, und der Gesuchstellerin seien die Folgen bewusst, falls der Fuss- weg, der Velounterstand und die Besucherparkplätze gar nicht erstellt werden könnten (Urk. 4/6 S. 3).

#### **E. 6.4.5**

Inwiefern die Verpflichtungen gemäss der "Vereinbarung für Tiefgaragenplätze" für die Parteien subjektiv wesentliche Nebenabreden für den Grundstückskaufvertrag gewesen sein sollten, erschliesst sich weder aus den Vorbringen des Gesuchsgegners noch aus den eingereichten Unterlagen. Ebenso ist nicht ersichtlich, dass die Verpflichtung zur Erstellung der Unterniveaugarage die Leistungen und Gegenleistungen des Kaufvertrages berührte (vgl. Urk. 17 S. 2). Das Benützungsrecht an sieben Parkplätzen in der Unterniveaugarage wurde seinerseits lediglich in der "Vereinbarung für Tiefgaragenplätze" aufgeführt, während die Dienstbarkeiten (Fusswegrecht, Mitbenützungsrechte am Velounterstand und an den Besucherparkplätzen) bereits im Dienstbarkeitsvertrag geregelt (Urk. 4/5) und im Grundstückskaufvertrag (Urk. 4/6 S. 3) genannt wurden. Das Leistungsverhältnis des Grundstückskaufvertrags wird nicht berührt. Die Leistung des Gesuchsgegners besteht vielmehr darin, die Parkplätze in der Unterniveaugarage zur Benützung zur Verfügung zu stellen, und als Gegenleistung erhält er die Benützungsgebühr.

#### **E. 6.5**

Ein Formerfordernis für die "Vereinbarung für Tiefgaragenplätze" und damit auch für die Konventionalstrafe kann anhand der gesetzlichen Formvorschriften

- 15 - beim Grundstückskauf nach Art. 216 OR resp. der sachlichen und zeitlichen Nähe zwischen der "Vereinbarung für Tiefgaragenplätze" und dem Grundstückskaufvertrag entgegen der Ansicht des Gesuchsgegners nicht ausgemacht werden.

#### **E. 7**

Konventionalstrafe als akzessorisches Nebenrecht

##### **E. 7.1**

Die Vorinstanz stellte in ihrer Entscheidung nicht auf die Rechtsauffassung des Gesuchsgegners ab, sondern hielt ohne nähere Erläuterung fest, beim Benützungsrecht der Parkplätze in der Unterniveaugarage handle es sich um eine Dienstbarkeit i.S.v. Art. 730 ff. ZGB, weshalb deren Errichtung der öffentlichen Beurkundung bedürfe (Urk. 26 S. 7). Die Gesuchstellerin bestreitet, dass die Parteien eine Dienstbarkeit mit der "Vereinbarung für Tiefgaragenplätze" hätten begründen wollen, und rügt, der Gesuchsgegner habe nichts Entsprechendes behauptet (Urk. 25 S. 4). Der Gesuchsgegner hält dem entgegen, die Erwägungen der Vorinstanz seien nachvollziehbar und begründet. Die rechtliche Interpretation im Hinblick auf ein in direktem Konnex stehendes formungültiges Grundgeschäft ergäbe Sinn, wobei die Vorinstanz die Verträge und Verhältnisse rechtlich frei würdige (Urk. 30 S. 7).

##### **E. 7.2**

Dienstbarkeit oder rein obligatorische Vereinbarung

###### **E. 7.2.1**

Dienstbarkeiten sind beschränkte dingliche Rechte an einer Sache, die dem Berechtigten die Befugnis vermitteln, die Sache in bestimmter Hinsicht zu nutzen und zu gebrauchen. Sie können nach der Person des Berechtigten in Grunddienstbarkeiten (Art. 730 - 743 ZGB) und Personaldienstbarkeiten (Art. 745 - 781a ZGB) unterschieden werden. Berechtigt ist bei den Grunddienstbarkeiten der jeweilige Eigentümer des herrschenden Grundstücks. Für

die rechtsgeschäftliche Bestellung der (Grund-)Dienstbarkeit bedarf es eines Rechtsgrundes (Dienstbarkeitsvertrag als Grundgeschäft) und eines Eintrages im Grundbuch (Vollzugsgeschäft; vgl. Art. 731 ZGB). Der Dienstbarkeitsvertrag ist ein Innominatvertrag, welcher die Forderung auf Errichtung einer Dienstbarkeit begründet. Der Vertrag hat auch für Dritte hinreichend klar zu sein und muss als wesentlicher Inhalt Aufschluss über das herrschende und das dienende Grundstück, den Inhalt und Umfang der Dienstbarkeit sowie eine etwaige Gegenleistung geben. Seit dem 1. Ja-

- 16 - nuar 2012 sind alle Rechtsgeschäfte, welche die Begründung einer Grund- oder Personaldienstbarkeit zum Inhalt haben, öffentlich zu beurkunden (Art. 732 Abs. 1 ZGB; Hrubesch-Millauer/Graham-Siegenthaler/Roberto, Sachenrecht, 2017, S. 324 und 338, Jörg Schmid/Bettina Hürlimann-Kaup, Sachenrecht, 2017, S. 347 und 349 ff.).

### **E. 7.2.2**

Zu beachten ist aber auch, dass jedes Rechtsverhältnis, das den Inhalt einer Dienstbarkeit hat, ebenfalls als bloss obligatorisches Rechtsverhältnis begründet werden kann. Ein Dienstbarkeitsvertrag, der wegen Formmangels ungültig ist oder nicht zur Entstehung einer Dienstbarkeit geführt hat, weil die Eintragung in das Grundbuch nicht erfolgt ist, begründet das inhaltlich entsprechende obligatorische Nutzungsverhältnis, wenn die Parteien dies für den Fall des Ausbleibens der dinglichen Wirkung gewollt hätten (vgl. zur Konversion: BGE 126 III 182 E. 3b). Dabei braucht die Einräumung von obligatorischen Rechten mit Dienstbarkeitsinhalt nicht unter eine spezielle Kategorie von Gebrauchsüberlassungsverträgen des Schweizer Obligationenrechts zu fallen, stattdessen werden die entsprechenden Rechte und Pflichten durch Innominatkontrakt begründet. Grundsätzlich ist die obligationenrechtliche Verbindlichkeit unabhängig von der sachenrechtlichen Zulässigkeit (ZK OR-Liver, Einleitung zu Art. 730 - 792 N 129 f., N 134 ff.).

### **E. 7.2.3**

Ein wirklicher und übereinstimmender Parteiwille in Bezug auf die vorgenannten Erwägungen, insbesondere hinsichtlich der Frage, ob die Parteien auch ein rein obligatorisches Benützungsrecht für die Parkplätze in der Unterniveaugarage gewollt hätten, kann anhand der eingereichten Unterlagen und den Parteivorbringen nicht festgestellt werden (vgl. auch E. 6.4.1. und 6.4.2.).

### **E. 7.2.4**

Die Parteien regelten in der "Vereinbarung für Tiefgaragenplätze" teilweise die essentialia negotii eines Dienstbarkeitsvertrages i.S.v. Art. 730 ff. ZGB. Allerdings ist nirgends von einem solchen die Rede. Den Parteien musste aber die Bedeutung eines Dienstbarkeitsvertrags sehr wohl bewusst sein, da sie gleichentags den Dienstbarkeitsvertrag (Urk. 4/5) und den Kaufvertrag (Urk. 4/6) unterzeichnet hatten, wobei unmittelbar vor den dort aufgeführten Dienstbarkeiten auch die Unterniveaugarage erwähnt wird, nicht aber eine mit dieser verbundene

- 17 - Dienstbarkeit (Urk. 4/6 S. 3). Es ist also durchaus möglich, dass die Parteien ein rein obligatorisches Rechtsverhältnis begründen wollten.

### **E. 7.3**

Sicherung einer positiven Leistungspflicht des Dienstbarkeitsbelasteten

### **E. 7.3.1**

Die Vorinstanz ging davon aus, die Vereinbarung der Konventionalstrafe verfolge den Zweck, die Ausübung des Benützungrechts an den Parkplätzen in der Unterniveaugarage abzusichern und sei daher als akzessorisches Nebenrecht vom Bestand der Dienstbarkeit abhängig (Urk. 26 S. 6).

### **E. 7.3.2**

Eine Dienstbarkeit kann den Eigentümer des belasteten Grundstücks aber nur zu einem Dulden oder zu einem Unterlassen und nicht zu einer Leistung verpflichten (servitus in faciendo consistere nequit). Dadurch unterscheidet sie sich von der Grundlast (Art. 782 ZGB; ZK ZGB-Liver, Art. 730 N 154). Als Folge hiervon kann eine Verpflichtung zur Vornahme von Handlungen mit der Grunddienstbarkeit nur nebensächlich verbunden sein (Art. 730 Abs. 2 ZGB).

### **E. 7.3.3**

Dem Inhalt nach ist eine Handlung dann von nebensächlicher Bedeutung, wenn sie lediglich dazu dient, die Ausübung der Dienstbarkeit zu ermöglichen, zu erleichtern oder zu sichern. Dem Umfang nach ist sie es, wenn die Leistungspflicht nicht die hauptsächliche Last darstellt (BSK ZGB II-Petitpierre, Art. 730 N 24; BGE 106 II 315 E. 2e). Die Erstellung der Unterniveaugarage vermag im Gegensatz zu allfälligen Unterhalts- resp. Instandhaltungspflichten allein schon vom Umfang her nicht als nebensächliche Leistungspflicht im Sinne von Art. 730 Abs. 2 ZGB für das Benützungrecht angesehen werden, weshalb sie nicht unter das Formerfordernis der öffentlichen Beurkundung für Dienstbarkeiten fällt. Schliesslich erstreckt sich dieses, wie bei anderen rechtsgeschäftlichen Erklärungen auch, nur auf den notwendigen Inhalt eines Dienstbarkeitsvertrages (BSK ZGB II-Petitpierre, Art. 732 N 10).

### **E. 7.3.4**

Um ein Recht auf ein bestimmtes Verhalten eines Grundeigentümers, das nicht zum Gegenstand einer Dienstbarkeit oder Grundlast gemacht werden kann, zusätzlich zu sichern, können die Parteien eine Konventionalstrafe (Art. 160 OR) vereinbaren. Diese Vereinbarung hat aber lediglich obligatorische Wirkung. Aus

- 18 - ihr ergibt sich nur eine persönliche Verpflichtung des sich bindenden Grundeigentümers, nicht des jeweiligen Eigentümers des Grundstückes und noch weniger eine Haftung des Grundstückes (ZK ZGB-Liver, Art. 730 N 160). Für die werkvertragliche Verpflichtung (Erstellung der Tiefgarage) besteht zudem keine Formvorschrift, weshalb dies auch für die vereinbarte Konventionalstrafe gilt.

## **E. 8**

Nach dem Gesagten ist es zwar möglich, aber nicht wahrscheinlicher, dass ein Formmangel bei der "Vereinbarung für Tiefgaragenplätze" resp. der darin enthaltenen Konventionalstrafe vorliegt, weshalb ein gültiger provisorischer Rechtsöffnungstitel vorliegt.

## **E. 9**

Verschulden des Gesuchsgegners

### **E. 9.1**

Der Verfall der Konventionalstrafe setzt ein Verschulden des Schuldners voraus. Liegen keine anderen Abreden vor, gelten die allgemeinen haftungsrechtlichen Grundsätze; das Verschulden wird nach Art. 97 OR vermutet und Verantwortlichkeit ohne eigenes Verschulden bleibt vorbehalten (Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, Band II, a.a.O., S. 371 N 3792a).

## **E. 9.2**

Eventualiter wendet der Gesuchsgegner ein, es treffe ihn kein oder höchstens ein Mitverschulden, dass die Unterniveaugarage nicht innert Frist fertiggestellt worden sei. Die Gesuchstellerin wäre aufgrund der "Vereinbarung für Tiefgaragenplätze" zu einem Handeln nach Treu und Glauben verpflichtet gewesen. Dies habe sie aber verletzt, da einerseits ihr zuzurechnende Hilfspersonen die Erstellung der Unterniveaugarage behindert hätten. So habe die F.\_\_\_\_\_ GmbH und die G.\_\_\_\_\_ GmbH ihn (den Gesuchsgegner) unbegründet betrieben, weshalb er keine Bankkredite für die umgehende Erstellung der Unterniveaugarage erhalten habe. Auf der anderen Seite habe die Gesuchstellerin selbst die Erstellung von oberirdischen Parkplätzen gefordert (Urk. 13 S. 3 ff.; Urk. 30 S. 4 ff.).

## **E. 9.3**

Mit seinen Einwänden vermag der Gesuchsgegner nicht, sich zu exkulpieren.

### **E. 9.3.1**

Den beiden gegen ihn gerichteten Zahlungsbefehlen vom 12. und 20. August 2019 ist zwar zu entnehmen, dass der Gesuchsgegner für beide

- 19 - Rechtsverschlag erhoben hat (Urk. 14/2 und 14/5 = Urk. 32/2 und 32/5). Damit vermag er aber noch nicht glaubhaft machen, die Betreibungen seien unrechtmässig resp. in rechtsmissbräuchlicher Weise erhoben worden. Ausserdem ist nicht ersichtlich, in welcher Beziehung die Gesuchstellerin zur F.\_\_\_\_\_ GmbH und der G.\_\_\_\_\_ GmbH stehen soll, so dass deren Verhalten ihr anzurechnen wäre (vgl. Urk. 17 S. 3 f.). Die blosser Nennung der Gesuchstellerin in E-Mails betreffend Werkmängel oder Sanitärarbeiten (Urk. 14/1 und 14/6 = Urk. 32/1 und 32/6) reicht hierzu nicht aus.

### **E. 9.3.2**

Zutreffend hielt die Gesuchstellerin bereits im vorinstanzlichen Verfahren entgegen, die Kreditprobleme des Gesuchsgegners könnten nicht ihr angelastet werden (Urk. 17 S. 4).

### **E. 9.3.3**

Mit Verfügung vom 14. Februar 2020 forderte die Gemeinde C.\_\_\_\_\_ sodann den Gesuchsgegner und seine Ehefrau auf, mittels eines Umgebungsplans aufzuzeigen, wie die Parkplätze für das Mehrfamilienhaus D.\_\_\_\_\_ -strasse ... auf dem Grundstück Kat.-Nr. 1, mind. temporär, oberirdisch zur Verfügung gestellt werden könnten, da bis zu diesem Zeitpunkt keine Baufreigabe unter anderem für die Unterniveaugarage beantragt worden sei (Urk. 4/8). Dem Gesuchsgegner stand es jedoch offen, die Unterniveaugarage zu erstellen. Selbst die mit gleicher Verfügung angedrohte Ersatzvorname stand dem nicht entgegen. Ein Verschulden der Gesuchstellerin ist hierbei nicht erkennbar, selbst wenn die Verfügung vom 14. Februar 2020, wie vom Gesuchsgegner behauptet (Urk. 30 S. 6), auf Ersuchen der Gesuchstellerin erfolgte.

## **E. 10**

## Provisorische Rechtsöffnung

### **E. 10.1**

Die Beschwerdeinstanz kann bei Gutheissung der Beschwerde den Entscheid aufheben und die Sache an die Vorinstanz zurückweisen oder neu entscheiden, wenn die Sache spruchreif (Art. 327 Abs. 3 ZPO). Ein reformatorischer Sachentscheid kommt im Beschwerdeverfahren insbesondere in betriebsrechtlichen Summarsachen wie Rechtsöffnungen in Frage (Art. 327 Abs. 3 lit. b ZPO; Botschaft 7379; Volkart, DIKE-Komm-ZPO, Art. 327 N 10).

- 20 -

### **E. 10.2**

Nach dem Gesagten liegt ein gültiger provisorischer Rechtsöffnungstitel für die zwischen den Parteien vereinbarte Konventionalstrafe über Fr. 35'000.– vor und der Gesuchsgegner vermochte mit seinen Einwendungen nicht, die bedingte Schuldanerkennung zu entkräften. Die Beschwerde der Gesuchstellerin ist begründet und das vorinstanzliche Urteil daher aufzuheben.

### **E. 10.3**

Da sich die Sache als spruchreif erweist, ist neu zu entscheiden und der Gesuchstellerin provisorische Rechtsöffnung für den Betrag von Fr. 35'000.– nebst Zins zu 5 % seit dem 1. April 2020 (Verfalltag der Konventionalstrafe) in der Betreibung Nr. 3 des Betreibungsamts E.\_\_\_\_\_ vom 20. April 2020 zu erteilen.

## **E. 11**

Kosten- und Entschädigungsfolgen

### **E. 11.1**

Trifft die Rechtsmittelinstanz einen neuen Entscheid, so entscheidet sie auch über die Prozesskosten des erstinstanzlichen Verfahrens (Art. 318 Abs. 3 ZPO analog). Die Höhe der Gerichtsgebühr blieb unangefochten (Urk. 25 und 34; Urk. 26 S. 8 Dispositiv-Ziffer 2). Ausgangsgemäss sind die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens dem Gesuchsgegner aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO) und er ist zu verpflichten, der Gesuchstellerin eine Parteienschädigung von Fr. 2'000.– zu bezahlen (§ 4 Abs. 1 und § 9 AnwGebV).

### **E. 11.2**

Die Bemessung der zweitinstanzlichen Entscheidgebühr richtet sich nach der Gebührenverordnung zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (GebV SchKG). Sie ist, ausgehend von einem Streitwert von rund Fr. 35'000.–, in Anwendung von Art. 48 i.V.m. Art. 61 Abs. 1 GebV SchKG auf Fr. 750.– festzusetzen, dem unterliegenden Gesuchsgegner aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO) und mit dem von der Gesuchstellerin geleisteten Kostenvorschuss (Urk. 28) zu verrechnen (Art. 111 Abs. 1 ZPO). Der Gesuchsgegner ist zu verpflichten, der Gesuchstellerin den geleisteten Vorschuss von Fr. 750.– zu ersetzen.

### **E. 11.3**

Der Gesuchsgegner ist zudem zu verpflichten, der Gesuchstellerin für das Beschwerdeverfahren eine Parteienschädigung in der Höhe von Fr. 1'000.– zu bezahlen (§ 4 Abs. 1, § 9 und § 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV).

- 21 - Es wird erkannt:

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.