

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: RT120113-O/U

Mitwirkend: Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, Oberrichter lic. iur.  
M. Spahn und Oberrichter Dr. M. Kriech sowie Gerichtsschreiberin  
lic. iur. B. Demuth.

## Urteil vom 6. September 2012

in Sachen

**A.** \_\_\_\_\_,

Gesuchsgegner und Beschwerdeführer

gegen

**Politische Gemeinde B.** \_\_\_\_\_,

Gesuchstellerin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic.iur. X. \_\_\_\_\_

betreffend **Rechtsöffnung**

**Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichts am Bezirksgericht Affoltern  
vom 23. März 2012 (EB110176)**

### Erwägungen:

#### 1. Prozessgeschichte

1.1. Am 11./14. September 2009 schlossen die "Einfache Gesellschaft C.\_\_\_\_\_" (Grundeigentümer der Liegenschaft Nr. 1 im Grundbuch B.\_\_\_\_\_) und der Bauherr / Projektverfasser A.\_\_\_\_ (Beklagter und Beschwerdeführer; fortan Beklagter) einen Vertrag im Zusammenhang mit dem Baugesuch 2009 / 7 / 2 - "Neubau zwei Einfamilienhäuser" auf der Liegenschaft Nr. 1 Grundbuch B.\_\_\_\_\_" (Urk. 2/1). Darin vereinbarten die Parteien u.a. was folgt:

- "1. Die Politische Gemeinde B.\_\_\_\_ widerruft ihren ablehnenden Entscheid vom 17. August 2009 über das Baugesuch 2009 / 7 / 2 - "Neubau zwei Einfamilienhäuser" auf der Liegenschaft Nr. 1 Grundbuch B.\_\_\_\_ und erteilt die beantragte Baubewilligung.
2. Der Widerruf des Ablehnungsentscheids und die Erteilung der Baubewilligung sind ausdrücklich an die Bedingung geknüpft, dass die betreffenden Bauten spätestens am 31. Dezember 2010 bezugsbereit bzw. schlüsselfertig erstellt sind.
3. Falls der unter der vorgenannten Ziffer 2 erwähnte Erstellungstermin vom 31. Dezember 2010 nicht eingehalten wird, haben die Grundeigentümer und der Bauherr/Projektverfasser der Politischen Gemeinde B.\_\_\_\_ gemeinsam und solidarisch eine Konventionalstrafe von Fr. 100'000.-- (Franken einhunderttausend) zu bezahlen. Zur Sicherstellung dieser Konventionalstrafe verpflichten sich die Grundeigentümer, im Grundbuch auf ihrer Liegenschaft Nr. 1 eine Grundpfandverschreibung (Kapitalhypothek) mit einer Pfandsumme von Fr. 100'000.-- (Franken einhunderttausend) eintragen zu lassen. Solidarschuldner sind die Grundeigentümer und der Bauherr/Projektverfasser, Gläubigerin ist die Politische Gemeinde B.\_\_\_\_. Diese Grundpfandverschreibung ist unverzinslich und steht im 2. Rang, nach einem Kapitalvorgang von Fr. 150'000.-- (Franken einhundertfünfzigtausend). Die Grundeigentümer beauftragen das zuständige Grundbuchamt D.\_\_\_\_ unverzüglich nach dem Abschluss des vorliegenden Vertrages, für die Errichtung der besagten Grundpfandverschreibung einen entsprechenden Pfandvertrag auszuarbeiten."

Die Baubewilligung wurde von der Klägerin am 26. November 2009 erteilt (Urk. 2/7). Es ist unbestritten, dass die betreffenden Bauten bis 31. Dezember 2010 nicht erstellt wurden (Prot. I S. 6, Urk. 16 S. 2).

1.2. Mit Urteil vom 23. März 2012 erteilte die Vorinstanz der Klägerin und Beschwerdegegnerin (fortan Klägerin) in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes E. \_\_\_\_\_ (Zahlungsbefehl vom 7. Oktober 2011) provisorische Rechtsöffnung für Fr. 100'000.– nebst Zins zu 5% seit 1. März 2011 (Urk. 14 = Urk. 17, Disp. Ziff. 1). Die Verfahrenskosten wurden dem Beklagten auferlegt und er wurde zur Bezahlung einer Parteientschädigung von Fr. 2'200.– an die Klägerin verpflichtet (Urk. 17 Disp. Ziff. 2 und 3).

1.3. Hiergegen hat der Beklagte am 13. Juli 2012 fristgerecht Beschwerde erhoben und folgende Anträge gestellt (Urk. 16 S. 1):

"Die Klägerin hat auf die Forderung von Fr. 100'000.– zu verzichten.  
Sämtliche Unkosten sind von der Klägerin zu übernehmen.  
Dem Beklagten ist eine Entschädigung von Fr. 2'000.– zu bezahlen."

1.4. Den von der erkennenden Kammer mit Verfügung vom 20. Juli 2012 (Urk. 18) eingeforderten Kostenvorschuss von Fr. 750.– hat der Beklagte rechtzeitig einbezahlt (Urk. 19).

1.5. Da sich die Beschwerde sogleich als unbegründet bzw. unzulässig erweist, kann auf die Einholung einer Beschwerdeantwort der Gegenpartei verzichtet werden (Art. 322 Abs. 1 ZPO).

## 2. Prozessuales

Mit der Beschwerde können unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Im Beschwerdeverfahren gilt das Rügeprinzip (Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, N 15 zu Art. 321 ZPO), d.h. die Beschwerde führende Partei hat im Einzelnen darzulegen, an welchen Mängeln (unrichtige Rechtsanwendung, offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts) der angefochtene Entscheid ihrer Ansicht nach leidet. Was nicht gerügt wird, hat Bestand. Neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel sind im Beschwerdeverfahren ausgeschlossen (Art. 326 Abs. 1 ZPO).

### 3. Materielles

3.1. Zur Vermeidung von unnötigen Wiederholungen kann bezüglich der allgemeinen Voraussetzungen der provisorischen Rechtsöffnung auf die korrekten Erläuterungen und Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 17 S. 3 ff.).

3.2. Die Vorinstanz hält zunächst fest, dass es sich beim von der Klägerin eingereichten zweiseitigen Vertrag vom 11. bzw. 14. September 2009 in formeller Hinsicht um eine Schuldanerkennung im Sinne von Art. 82 Abs. 1 SchKG handle. Die Gutheissung des klägerischen Rechtsbegehrens begründet sie damit, dass der Beklagte im Sinne von Art. 82 Abs. 2 SchKG Einwendungen, welche die Schuldanerkennung entkräften, nicht sofort habe glaubhaft machen können (Urk. 17 S. 8 f.). Die vom Beklagten behauptete Bedingung bzw. der Vorbehalt für die Eingehung des Vertrages mit der Klägerin – nämlich, dass diese die Baubewilligung für die zu erstellenden Bauten auf der Parzelle Nr. 1 bis spätestens 15. September 2009 erteile – sei im Vertrag vom 11. bzw. 14. September 2009 nicht festgehalten. Der Vertrag enthalte lediglich die Zusicherung der Klägerin, dass sie die Verweigerung der Baubewilligung vom 17. August 2009 widerrufen und die beantragte Bewilligung erteilen werde (Urk. 17 S. 7). Wäre der Zeitpunkt der Erteilung der Baubewilligung für den Beklagten so zentral gewesen, sei nicht einzusehen, weshalb er nicht schriftlich im Vertrag festgehalten worden sei. Eine Erteilung der Bewilligung bis zum 15. September 2009 wäre überdies laut den glaubhaften Ausführungen der Klägerin ohnehin unrealistisch gewesen, da eine vereinbarte Voraussetzung – die durch die mit dem Beklagten solidarisch haftenden Grundeigentümer vorzunehmende Eintragung der Grundpfandverschreibung im Grundbuch – noch nicht erfüllt gewesen und auch bis dato nie erfolgt sei (Urk. 17 S. 8).

3.3. Der Beklagte macht in seiner Beschwerde geltend, die Vorinstanz habe im Sinne von Art. 320 lit. b ZPO den Sachverhalt offensichtlich unrichtig festgestellt, indem sie im Entscheid vom 23. März 2012 nicht berücksichtigt habe, dass er zusammen mit den Grundeigentümern von der Klägerin zur Eingehung des Vertrages genötigt worden sei und diesen nicht freiwillig unterschrieben habe (Urk. 16 S. 1). So habe die Klägerin ihm und den Grundeigentümern im August 2009 erklärt, eine Baubewilligung würde nur erteilt, wenn sie sich verpflichteten, der Klä-

gerin Fr. 100'000.– zu bezahlen für den Fall, dass die vereinbarten Bauten nicht innerhalb von zwei Jahren erstellt seien. Diesem Druck der Klägerin hätten er und die Grundeigentümer nachgeben müssen. Obwohl der Klägerin schriftlich mitgeteilt worden sei, die Unterschriften auf dem Vertrag würden nur gelten, wenn die Baubewilligung bis am 15. September 2009 vorliegen würde, sei diese erst drei Monate später erteilt worden (Urk. 16 S. 2). Die Liegenschaft sei inzwischen verkauft worden, ohne dass die geplanten Häuser gebaut worden seien. Der Klägerin sei hierbei kein Schaden entstanden, habe sie doch Fr. 60'000.– Grundstückgewinnsteuer erhalten (Urk. 16 S. 2).

3.4. Am 23. August 2009 hat der Beklagte der Klägerin im Anschluss an eine Besprechung per E-Mail einen *Textvorschlag* als Vertragsentwurf zur Genehmigung und falls nötig Ergänzung zukommen lassen, worin die Bereitschaft erklärt wird, die Bauten auf der Parzelle Nr. 1 bis zum 31. Dezember 2010 bezugsbereit zu erstellen. Dies unter der Voraussetzung, dass die Baubewilligung sowie die dazugehörige Baufreigabe bis zum 15. September 2009 vorlägen (Urk. 2/19). Damit ist belegt, dass im Rahmen der Vertragsverhandlungen diskutiert und vom Beklagten auch schriftlich festgehalten wurde, bis wann die Baubewilligung spätestens vorzuliegen habe, damit die Bauten fristgerecht erstellt würden. Diese – wie der Beklagte behauptet – für die Gültigkeit des Vertrages unabdingbare Voraussetzung hat aber keinen Eingang gefunden in den endgültigen Vertrag, welcher von den Beteiligten am 11. bzw. 14. September 2009 unterschrieben und in der dortigen Version gültig wurde. Die Klägerin stützt ihre in Betreuung gesetzte Forderung auf eben diesen Vertrag, worin für die Erteilung der Baubewilligung kein Zeitpunkt festgehalten ist. Mit dem Ausbleiben der Erstellung der Bauten wurde die in Ziffer II.3. des Vertrages vom 11. bzw. 14. September 2009 vereinbarte Konventionalstrafe fällig. Die Vorinstanz hat den Sachverhalt insofern richtig festgestellt. Die Einwendung des Beklagten vermag die Schuldanerkennung nicht im Sinne von Art. 82 Abs. 2 SchKG zu entkräften, selbst wenn bzw. obwohl ein schriftlicher Beleg dafür vorliegt, dass der Beklagte den Erhalt der Baubewilligung bis 15. September 2009 als Voraussetzung für seine Bereitschaft angesehen hatte, die Liegenschaft bis 31. Dezember 2010 zu bebauen. Wenn diese Voraussetzung für den Beklagten so zwingend gewesen wäre für das gültige Zustande-

kommen des Vertrages, ist – wie schon die Vorinstanz ausgeführt hat – nicht einzusehen, warum er nicht darauf bestanden hat, in der Endversion des Vertrages den spätestmöglichen Zeitpunkt für die Erteilung der Baubewilligung festzuhalten. Daran ändert auch nichts, dass die Klägerin – wie der Beklagte behauptet (Urk. 16 S. 2) – seiner Forderung nach Erteilung der Baubewilligung bis zum 15. September 2009 nicht ausdrücklich widersprochen hat. Der Umstand, dass der Beklagte den Vertrag schlussendlich ohne den von ihm zunächst vorgeschlagenen Passus bezüglich des Bewilligungszeitpunktes unterschrieben hat, lässt es vielmehr als wahrscheinlich erscheinen, dass er von dieser Bedingung Abstand genommen hat, zumal der Vertrag von ihm am 11. September und von der Klägerin gar erst am 14. September 2009 unterzeichnet wurde. Somit erreicht das von ihm Vorgebrachte den erforderlichen Grad der sofort glaubhaft gemachten Einwendung im Sinne von Art. 82 Abs. 2 SchKG nicht. Soweit der Beklagte das gültige Zustandekommen des Vertrages bestreitet, hätte er dies somit auf dem Weg der Aberkennungsklage im Sinne von Art. 83 Abs. 2 SchKG geltend zu machen. Die Einwendung des Beklagten vermag die von der Vorinstanz als Schuldanererkennung im Sinne von Art. 82 Abs. 1 SchKG qualifizierte Vereinbarung vom 11. bzw. 14. September 2009 jedenfalls nicht im Sinne von Art. 82 Abs. 2 SchKG zu entkräften.

3.5. Der Beklagte beanstandet im Weiteren, es bestehe keine gesetzliche Grundlage für die im Vertrag für den Fall der Nichteinhaltung der Frist für die Vollendung der Bauten mit der Klägerin vereinbarte Konventionalstrafe (Urk. 16 S. 2).

3.6. Die erwähnte Vereinbarung zwischen der Klägerin als Gemeinwesen und dem Beklagten ist – wie die Vorinstanz bereits richtig ausgeführt hat – als verwaltungsrechtlicher Vertrag zu qualifizieren (Urk. 17 S. 3). Dabei handelt es sich um eine auf übereinstimmenden Willenserklärungen von zwei oder mehreren Rechtssubjekten beruhende Vereinbarung, welche die Regelung einer konkreten verwaltungsrechtlichen Rechtsbeziehung, vor allem im Zusammenhang mit der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe, zum Gegenstand hat (Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Auflage, Zürich 2010, § 17 N 1052). Der verwaltungsrechtliche Vertrag beruht auf der Zustimmung des beteiligten Gemeinwesens und der Privaten zur ausgehandelten Regelung und begründet gegenseitige

Rechte und Pflichten der Vertragsparteien. Die Zulässigkeit verwaltungsrechtlicher Verträge ist heute von Lehre und Rechtsprechung allgemein anerkannt und solche Verträge sind weit verbreitet. Eine ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung zum Abschluss eines verwaltungsrechtlichen Vertrages ist nicht erforderlich. Die Vorschriften des OR finden auf verwaltungsrechtliche Verträge sodann analog Anwendung (Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., § 17 N 1071, N 1102). Die Konventionalstrafe ist in Art. 160 ff. OR geregelt. Die Parteien haben sich beim Abschluss des Vertrages vom 11. bzw. 14. September 2009 somit – in analoger Anwendung – eines zulässigen privatrechtlichen Vertragsinstrumentes bedient, als sie die Konventionalstrafe für den Fall der Nichterfüllung vereinbarten. Dass sich der Beklagte diesbezüglich in einem Irrtum befunden hätte, wurde nicht geltend gemacht. Das Vorbringen des Beklagten, wonach er zum Vertragsschluss gezwungen worden sei und den Vertrag nicht freiwillig unterschrieben habe, ist neu und daher unzulässig; überdies wird es nicht näher ausgeführt bzw. ist es ungenügend substantiiert, weshalb darauf nicht weiter einzugehen ist. Weitere Ungültig- oder Nichtigkeitsgründe wurden vom Beklagten ebenfalls nicht vorgebracht und wären überdies – sofern sie nicht sofort glaubhaft gemacht werden und damit die Schuldanerkennung zu entkräften vermögen – nicht im Rahmen des provisorischen Rechtsöffnungsverfahrens zu prüfen, sondern auf dem Weg der Aberkennungsklage in Sinne von Art. 83 Abs. 2 SchKG geltend zu machen gewesen.

3.7. Zusammengefasst liegt somit keine offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhaltes im Sinne von Art. 320 lit. b. ZPO durch die Vorinstanz vor. Eben- sowenig hat die Vorinstanz im Sinne von Art. 320 lit. a ZPO das Recht unrichtig angewendet. Der Beklagte konnte auch im Beschwerdeverfahren nicht sofort glaubhaft dartun, dass seine Einwendungen die Schuldanerkennung im Sinne von Art. 82 Abs. 2 SchKG entkräften und der Klägerin deshalb die provisorische Rechtsöffnung nicht zu erteilen gewesen wäre. Die Beschwerde des Beklagten ist deshalb abzuweisen.

#### 4. Kosten- und Entschädigungsfolgen

4.1. Die vorinstanzliche Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen wurde nicht angefochten und bleibt somit unverändert bestehen.

4.2. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens sind dem unterliegenden Beklagten aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Der Streitwert beträgt Fr. 100'000.–. Die Spruchgebühr ist in Anwendung von Art. 48 und 61 GebV SchKG (SR 281.35) auf Fr. 750.– festzusetzen. Der Klägerin ist mangels Aufwand keine Parteientschädigung zuzusprechen.

**Es wird erkannt:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt.
3. Die Kosten für das Beschwerdeverfahren werden dem Beklagten auferlegt und mit seinem Kostenvorschuss verrechnet.
4. Der Klägerin wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Klägerin unter Beilage eines Doppels von Urk. 16, sowie an das Bezirksgericht Affoltern und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

6. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt über Fr. 30'000.-.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 6. September 2012

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer  
Die Gerichtsschreiberin

lic. iur. B. Demuth

versandt am:  
ss