

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RT240121-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. A. Huizinga, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. Ch. von Moos und Ersatzoberrichter lic. iur. T. Engler sowie
Gerichtsschreiberin lic. iur. M. Reuss Valentini

Urteil vom 17. Oktober 2024

in Sachen

A._____ AG,

Gesuchsgegnerin und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____,

gegen

B._____ [Bank],

Gesuchstellerin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwältin MLaw Y._____,

betreffend **Rechtsöffnung**

**Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichts im summarischen
Verfahren am Bezirksgericht Dielsdorf vom 8. August 2024 (EB230424-D)**

Erwägungen:

1. Sachverhalt und Prozessverlauf

1.1. Die Gesuchstellerin und Beschwerdegegnerin (B.____, fortan Gesuchstellerin) und die Gesuchsgegnerin und Beschwerdeführerin (A.____ AG, fortan Gesuchsgegnerin) schlossen am 6. bzw. 12. August 2021 einen "Vertrag zur Hypothekarfinanzierung". Der Zweck der Kreditaufnahme durch die Gesuchsgegnerin war die Ablösung ihrer Hypothekarfinanzierung bei der Raiffeisenbank C.____ und die Erhöhung ihrer Liquidität für einen neuen Immobilienkauf (Urk. 5/4, Art. 1). Dabei bot die Gesuchstellerin der Gesuchsgegnerin einen Finanzierungsrahmen mit einer Kreditlinie von maximal Fr. 4'552'500.– zur Abdeckung sämtlicher unter diesem Vertrag gewährten Finanzierungsleistungen, die nebst dem Finanzierungsvertrag durch die Kreditproduktbestätigungen und den Sicherungsvertrag geregelt wurden (Urk. 5/4, Art. 2; Urk. 5/6 /7 und /8). Gemäss Art. 7 des Vertrags zur Hypothekarfinanzierung war die Darlehensschuld durch Amortisationszahlungen von Fr. 52'500.– pro Jahr zu reduzieren, das erste Mal am 30. September 2022 (Urk. 5/4). Der Hypothekarkredit von Fr. 4'552'500.– wurde bei der Gesuchstellerin in zwei Teilbeträgen belastet, nämlich am 3. Januar 2022 (Valuta) à Fr. 4'202'000.– und am 31. Januar 2022 (Valuta) à Fr. 350'500.– (Urk. 5/5). Für beide Tranchen galt ein Zins von 0.750 % jährlich und eine feste Laufzeit vom 3. bzw. 31. Januar 2022 bis 2. Januar 2032 (Urk. 5/6 /7). Mit Sicherungsübereignungsvereinbarung vom 6. bzw. 12. August 2021 übertrug die Gesuchsgegnerin ihre beiden Register-Schuldbriefe (Schuldbrief im 1. Rang über Fr. 4'400'000.–, Schuldbrief im 2. Rang über Fr. 152'500.– [Urk. 5/2]) lastend auf der ihr gehörenden Liegenschaft D.____-weg ... in E.____ (Grundstück GBB1 1) sicherungshalber an die Gesuchstellerin (Urk. 5/9, vgl. auch Urk. 5/4, Art. 4). In Art. 9 sieht der Vertrag zur Hypothekarfinanzierung ausserordentliche Kündigungsmöglichkeiten der Festhypothek vor, unter anderem bei Verzug von mehr als 30 Tagen in der Zahlung von Zinsen und Amortisationen.

Die erste, per 30. September 2022 geschuldete Amortisationszahlung über Fr. 52'500.– wurde nicht termingerecht bezahlt, worauf die Gesuchsgegnerin

namentlich mit E-Mails vom 17. Oktober 2022 (Urk. 14/2; vgl. auch Urk. 16 S. 4 Rz 7), 14. Dezember 2022 und 1. Februar 2023 (Urk. 5/11 /12) hingewiesen wurde. Gemäss E-Mail der Gesuchstellerin an die Gesuchsgegnerin vom 1. Februar 2023 wurde insbesondere erwähnt, dass die Amortisation über Fr. 52'500.–, fällig per 30. September 2022, trotz Zahlungserinnerung vom 14. Dezember 2022 noch ausstehend sei und darum gebeten, so rasch als möglich, jedoch bis zum 10. Februar 2023 den Fehlbetrag von Fr. 26'453.47 zu überweisen (Urk. 5/12). Mit E-Mail vom 27. Februar 2023 teilte die Gesuchsgegnerin der Gesuchstellerin mit, es seien heute Zahlungen auf ihr Konto freigegeben worden, sodass morgen Vormittag die Amortisation per 30. September 2022 über Fr. 52'500.– gedeckt sein sollte und die Gesuchstellerin diese abbuchen könne (Urk. 14/5). Mit E-Mail vom 2. März 2023 beklagte sich die Gesuchsgegnerin bei der Gesuchstellerin, dass ihre Zahlungen noch nicht auf ihrem Konto gutgeschrieben worden seien und bat um Freigabe der Eingänge und Abbuchung der Amortisation. Die Gesuchstellerin bedankte sich mit E-Mail vom 6. März 2023 für diese Nachricht sowie die Zahlungen (Urk. 14/6). Am 9. März 2023 (Valuta) wurden von der Gesuchstellerin die Fr. 52'500.– als bezahlt verbucht (Urk. 5/5). Mit Schreiben vom 20. März 2023 kündigte die Gesuchstellerin die Finanzierung gestützt auf Art. 9 des Vertrages zur Hypothekarfinanzierung ausserordentlich, weil die Gesuchsgegnerin seit dem 30. September 2022 mit einem Betrag von Fr. 52'500.– in Verzug gewesen sei, und forderte die Gesuchsgegnerin auf, per Valuta 31. März 2023 den Gesamtbetrag von Fr. 4'514'313.– zu bezahlen. Weiter kündigte sie unter Einhaltung der Frist von sechs Monaten per 30. September 2023 die beiden Registerschuldbriefe (Urk. 5/13; vgl. zum Ganzen auch: Urk. 1 S. 4 ff.; Urk. 12 S. 3 ff.; Urk. 16 S. 3 ff. und Urk. 19 S. 2 ff.). Die Gesuchsgegnerin hält am Vertragsverhältnis fest und erachtet die ausserordentliche Kündigung für ungültig bzw. vertrags- und treuwidrig, weshalb die zu sichernde Grundforderung und entsprechend die Grundpfandforderung im Zeitpunkt der Anhebung der Betreuung nicht fällig gewesen seien.

1.2. Mit Zahlungsbefehl vom 17. Oktober 2023 leitete die Gesuchstellerin gegen die Gesuchsgegnerin die Betreuung auf Grundpfandverwertung für die Beträge von Fr. 4'400'000.– (Registerschuldbrief im 1. Rang), Fr. 100'000.–

(Registerschuldbrief im 2. Rang) und Fr. 36'193.– ausstehender Hypothekarzins vom 1. April bis zum 1. Oktober 2023 nebst Zins ein (Urk. 3). Gegen den am 9. November 2023 zugestellten Zahlungsbefehl wurde gleichentags Rechtsvorschlag erhoben (Urk. 3 S. 2).

1.3. In der Folge ersuchte die Gesuchstellerin mit Eingabe vom 13. November 2023 beim Einzelgericht im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Dielsdorf (Vorinstanz) um provisorische Rechtsöffnung (Urk. 1). Der Prozessverlauf kann dem angefochtenen Urteil entnommen werden (vgl. Urk. 24 S. 2 f.). Mit Urteil vom 8. August 2024 erteilte die Vorinstanz der Gesuchstellerin in der Betreuung auf Verwertung eines Grundpfandes Nr. 2 des Betreibungsamtes Dielsdorf-Nord (Zahlungsbefehl vom 17. Oktober 2023) provisorische Rechtsöffnung für das Pfandrecht und die Forderung von Fr. 4'400'000.– zuzüglich Zins von 10 % seit dem 1. Oktober 2023, für die Forderung von Fr. 100'000.– nebst Zins von 12 % seit dem 1. Oktober 2023 sowie für die ausstehenden Hypothekarzinsen vom 1. April 2023 bis zum 1. Oktober 2023 in Höhe von Fr. 36'193.– zuzüglich Zins von 5 % seit dem 1. Oktober 2023. Im Mehrbetrag wurde das Zinsbegehren abgewiesen (Urk. 24 S. 17).

1.4. Gegen diesen Entscheid erhob die Gesuchsgegnerin mit Eingabe vom 20. August 2024 Beschwerde mit folgendem Antrag (Urk. 23 S. 2):

- "1. In Gutheissung der Beschwerde sei das Begehren der Gesuchstellerin und Beschwerdegegnerin um provisorische Rechtsöffnung vom 13. November 2023 (act. 1) mit ergänzendem Rechtsbegehren vom 12. Dezember 2023 (act. 7) in der Betreuung auf Verwertung eines Grundpfandes Nr. 2 des Betreibungsamtes Dielsdorf-Nord (Zahlungsbefehl vom 17. Oktober 2023) vollständig abzuweisen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Gesuchstellerin und Beschwerdegegnerin für beide Instanzen."

Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (Urk. 1-22). Mit Präsidialverfügung vom 27. August 2024 wurde der Gesuchsgegnerin für die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens ein Vorschuss von Fr. 6'000.– auferlegt (Urk. 26), der am 4. September 2024 einging (Urk. 27).

Da sich die Beschwerde sogleich als unbegründet erweist, ist auf die Einholung einer Beschwerdeantwort zu verzichten (vgl. Art. 322 Abs. 1 ZPO).

2. Prozessuales

2.1. Die Rechtsmittelvoraussetzungen sind erfüllt: Die Beschwerde der vor Vorinstanz unterliegenden und deshalb zur Beschwerdeerhebung legitimierten Gesuchsgegnerin richtet sich gegen einen erstinstanzlichen Endentscheid, gegen den die Berufung unzulässig ist (Art. 319 lit. a in Verbindung mit Art. 309 lit. b Ziff. 3 ZPO). Sie wurde form- und fristgerecht erhoben (Art. 321 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit Art. 251 lit. a ZPO, Art. 142 f. ZPO; Urk. 21/1), und der einverlangte Kostenvorschuss wurde rechtzeitig geleistet (Urk. 26-27). Unter dem Vorbehalt rechtsgenügender Begründung (dazu nachstehend E. 2.2) ist auf die Beschwerde einzutreten. Der Beschwerdeentscheid kann aufgrund der Akten ergehen (Art. 327 Abs. 2 ZPO).

2.2. Mit der Beschwerde können unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). In der schriftlichen Beschwerdebegründung (Art. 321 Abs. 1 ZPO) ist aufzuzeigen, inwiefern der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten als fehlerhaft zu betrachten ist, d.h. an einem der genannten Mängel (unrichtige Rechtsanwendung, offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts) leidet. Die beschwerdeführende Partei muss (im Sinne einer Eintretensvoraussetzung) die vorinstanzlichen Erwägungen, die sie beanstandet, genau bezeichnen, sich inhaltlich konkret mit diesen auseinandersetzen und mittels präziser Verweisungen auf die Akten aufzeigen, wo die massgebenden Behauptungen, Erklärungen, Bestreitungen und Einreden vor Vorinstanz erhoben wurden bzw. aus welchen Aktenstellen sich der geltend gemachte Beschwerdegrund ergeben soll (vgl. zum Ganzen BGer 5A_247/2013 vom 15. Oktober 2013 E. 3; BGer 5D_65/2014 vom 9. September 2014 E. 5.4.1; BGer 5A_488/2015 vom 21. August 2015 E. 3.2, je m.H. auf BGE 138 III 374 E. 4.3.1 S. 375). Die formellen Anforderungen an die Begründung einer Beschwerde gelten sinngemäss auch für eine allfällige Beschwerdeantwort (vgl. BGer 4A_580/2015 vom 11. April 2016 E. 2.2 m.w.H. [betr. Berufungsantwort]; BGer 5A_862/2015 vom 15. März 2016 E. 2.3).

Was in der Beschwerde oder in der Beschwerdeantwort nicht oder nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen genügenden Weise beanstandet wird, braucht von der Rechtsmittelinstanz nicht überprüft zu werden und hat grundsätzlich Bestand. Das gilt zumindest insoweit, als ein Mangel nicht geradezu ins Auge springt. Insofern erfährt der Grundsatz "iura novit curia" (Art. 57 ZPO) im Beschwerdeverfahren eine Relativierung (BK ZPO I-Hurni, Art. 57 N 21 und N 39 ff.). Diese betrifft jedoch nur das Vorliegen allfälliger Mängel selbst, nicht auch deren rechtliche Subsumtion; letztere ist von Amtes wegen vorzunehmen, und eine unzutreffende rechtliche Einordnung der beanstandeten Mängel schadet der beschwerdeführenden Partei nicht. Überdies ist die Beschwerdeinstanz weder an die in den Parteieingaben vorgetragenen Argumente noch an die Erwägungen der Erstinstanz gebunden. Sie kann die Beschwerde aus einem anderen als dem angerufenen Grund gutheissen oder mit einer von der Argumentation der Erstinstanz abweichenden Begründung abweisen (sog. Motivsubstitution; vgl. KUKO ZPO-Oberhammer, Art. 57 N 2; BK ZPO I-Hurni, Art. 57 N 21).

2.3. Neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel sind im Beschwerdeverfahren ausgeschlossen (Art. 326 Abs. 1 ZPO). Was im erstinstanzlichen Verfahren nicht behauptet, bestritten 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.; vgl. aber immerhin auch BGE 139 III 466 E. 3.4 S. 471 und BGer 4A_51/2015 vom 20. April 2015 E. 4.5.1 [zu Art. 99 Abs. 1 BGG]; zum Ganzen ferner ZK ZPO-Freiburghaus/Afheldt, Art. 326 N 4 f.; DIKE-Komm ZPO- Steininger, Art. 326 N 1 ff.). Werden Tatsachenbehauptungen oder Beweisofferten im Beschwerdeverfahren bloss erneuert oder Beweismittel abermals eingereicht, ist unter Hinweis auf konkrete Aktenstellen aufzuzeigen, dass und wo sie bereits vor Vorinstanz eingebracht wurden; andernfalls gelten sie als neu.

3. Materielle Beurteilung

3.1. Die Vorinstanz erwog, der Grundbuchauszug aus dem Grundbuch F._____ der Liegenschaft D._____-weg ... in E._____ vom 6. März 2023, welcher die Gesuchstellerin als Gläubigerin zweier Schuldbriefforderungen von Fr. 4'400'000.– bzw. Fr. 152'500.– ausweise (Urk. 5/2), in Verbindung mit dem Schuldernachweis der Gesuchsgegnerin (vgl. Urk. 5/15 /16 [öffentlich beurkundeter ursprünglicher Pfandvertrag sowie Belege betreffend Umwandlung, Erhöhung und Übertragung des Register-Schuldbriefs samt Eintragungsbestätigung des Grundbuchamtes F._____, Urk. 5/17 [Errichtungsakt des Register-Schuldbriefes an zweiter Pfandstelle samt Eintragungsbestätigung des Grundbuchamtes F._____] sowie Urk. 5/9 [Sicherungsübereignungsvereinbarung zwischen den Parteien vom 6. bzw. 12. August 2021]) stelle eine Schuldanerkennung im Sinne von Art. 82 Abs. 1 SchKG dar, welche die Gesuchstellerin grundsätzlich zur provisorischen Rechtsöffnung berechtige (Urk. 24 S. 9 f.). Das Vorliegen eines provisorischen Rechtsöffnungstitels wird von der Gesuchsgegnerin im Rahmen ihrer Beschwerde nicht kritisiert (Urk. 23 S. 4 ff., insbes. S. 8 Rz 25) und ist denn auch zutreffend.

Was die Einwendungen der Gesuchsgegnerin (Fälligkeit, Treuwidrige Kündigung des Hypothekarvertrags) anbelangt, zog die Vorinstanz im Wesentlichen in Betracht, im Zeitpunkt des Erlasses des Zahlungsbefehls müssten sowohl die Schuldbriefforderung als auch die gesicherte Grundforderung fällig sein. Laut Ziffer 9 des Vertrages zur Hypothekarfinanzierung sei die Gesuchstellerin berechtigt, bei einem Verzug von mehr als 30 Tagen in der Zahlung von Amortisationen die Finanzierung jederzeit mit sofortiger Wirkung zu kündigen. Vorliegend bestreite die Gesuchsgegnerin nicht, dass sie gemäss Ziffer 7 des Vertrages zur Hypothekarfinanzierung verpflichtet gewesen sei, eine erste Amortisationszahlung im Umfang von Fr. 52'500.– per 30. September 2022 zu leisten, welche (vorerst) ausgeblieben sei. Sie stelle jedoch in Abrede, sich bei Zahlung der Amortisation am 27. Februar 2023 bzw. 9. März 2023 seit mehr als 30 Tagen in Verzug befunden zu haben. Die Einräumung der Zahlungsfrist bis 19. Dezember 2022 bzw. 10. Februar 2023 sei (so die Gesuchsgegnerin) als eine Stundung zu werten. Durch die mehrfach gewährte Stundung sei der Eintritt der Fälligkeit hinausgeschoben

worden. Da die Gesuchsgegnerin mit ihrem Anliegen einer quartalsweisen Zahlung der Amortisation nicht durchgedrungen sei, sei ihr die Gesuchstellerin insoweit entgegen gekommen, als sie ihr für die Bezahlung des Fehlbetrags eine Frist bis zum 10. Februar 2023 gewährt habe (Urk. 19; Urk. 12 S. 9). Dazu erwog die Vorinstanz, entgegen der gesuchsgegnerischen Einwände sei in den Schreiben vom 14. Dezember 2022 und 1. Februar 2023 nicht erwähnt, dass ihr eine solche Frist aufgrund des abschlägigen Entscheids zur quartalsweisen Zahlung der (ersten) Amortisationszahlung gewährt werde. Vielmehr sei eingangs stets auf den Fälligkeitstermin der Amortisationszahlung vom 30. September 2022 hingewiesen worden. Zudem sei die Gesuchsgegnerin im Schreiben vom 1. Februar 2023 gebeten worden, die Zahlung "so rasch als möglich" vorzunehmen. Damit habe die Gesuchstellerin kundgetan, dass die Zahlung fällig sei und die fällige Leistung sofort verlangt werde. In diesem Zusammenhang sei die Mahnung mit Fristansetzung höchstens als "pactum de non petendo" zu qualifizieren und hätte von der Gesuchsgegnerin nach Treu und Glauben nicht als Stundungsangebote verstanden werden dürften. Auch angesichts der Begleitumstände liessen sich keine Indizien für eine Stundungsangebote finden. Damit sei die Amortisationszahlung per 30. September 2022 fällig gewesen und die Gesuchsgegnerin habe sich seit dem 1. Oktober 2022 in Verzug befunden. Gestützt auf Art. 9 des Vertrages zur Hypothekarfinanzierung sei die Gesuchstellerin berechtigt, nach Ablauf von 30 Tagen und damit ab dem 31. Oktober 2022 das Hypothekendarlehen Nr. 3 zu kündigen. Die Gesuchstellerin habe somit mit Einschreiben vom 20. März 2023 die gesicherte Grundforderung fristgerecht und ordnungsgemäss gekündigt. Mit Einschreiben vom 20. März 2023, der Gesuchsgegnerin zugestellt am 23. März 2023, habe sie sodann die entsprechenden Schuldbriefe unter Berücksichtigung der in Artikel 4 der Sicherungsübereignungsvereinbarung vom 6. bzw. 12. August 2021 vereinbarten Kündigungsfrist von maximal sechs Monaten per 30. September 2023 frist- und termingerecht gekündigt. Da die Amortisationszahlung schliesslich verspätet erfolgt sei, betrage die offene Schuldbriefforderung für den Schuldbrief im 2. Rang noch Fr. 100'000.–. Mithin seien die Schuldbriefforderungen im Zeitpunkt der Ausstellung des Zahlungsbefehls am 17. Oktober 2023 (in reduziertem Umfang) zur Zahlung fällig gewesen. Weil mithin die Gesuchstellerin

mit Einschreiben vom 20. März 2023 sowohl die Grundforderung als auch den Register-Schuldbrief fristgerecht per sofort respektive per 30. September 2023 gekündigt habe, seien beide Forderungen im Zeitpunkt der Betreibung am 17. Oktober 2023 fällig gewesen (Urk. 24 S. 10-13).

Die Gesuchsgegnerin mache ferner geltend, sie habe nicht damit rechnen müssen, dass der Hypothekarvertrag drei Wochen nach erfolgter Zahlung gekündigt werde. Die Gesuchstellerin habe mit E-Mail vom 1. Februar 2023 die Fälligkeit auf den 10. Februar 2023 hinausgeschoben und sie auf die in den folgenden Quartalen fällig werdenden nächsten Hypothekarzinsen sowie Amortisationen hingewiesen. Damit habe sie unmissverständlich zum Ausdruck gebracht, dass die Beziehung weitergeführt und nicht gekündigt werde, sofern die Zahlung durch Abbuchung vom Konto innerhalb von 30 Tagen ab der hinausgeschobenen Fälligkeit erfolge, was unbestrittenermassen geschehen sei (Urk. 12 S. 10 f.). Wie erwogen, habe sich die Gesuchsgegnerin mit der Amortisationszahlung seit dem 1. Oktober 2022 in Verzug befunden. Zudem lasse sie mit ihrer Argumentation ausser Acht, dass ihr in der besagten E-Mail für die ausstehende Amortisationszahlung eine Zahlungsfrist bis zum 10. Februar 2023 angesetzt worden und sie dann mit der dahingehenden Bitte, künftig für eine genügende Deckung zu sorgen, auf die Zahlungsmodalitäten hingewiesen worden sei. Unter diesen Umständen habe die Gesuchsgegnerin nicht in guten Treuen davon ausgehen dürfen, dass die Vertragsbeziehung bei einer Nichteinhaltung der angesetzten Zahlungsfrist weitergeführt werde. Inwiefern sich die Gesuchstellerin durch den Gebrauch des Kündigungsrechts wegen Zahlungsverzug oder aufgrund sonstigen an den Tag gelegten Verhaltens rechtsmissbräuchlich verhalten haben sollte, erhelle demnach nicht. Folglich habe die Gesuchsgegnerin keine entkräftenden Einwände vorbringen können, welche die Erteilung der provisorischen Rechtsöffnung zu verhindern vermöchten (Urk. 24 S. 13 f.).

3.2. In ihrer Beschwerde rügt die Gesuchsgegnerin, ihre Exponenten hätten die beiden E-Mails vom 14. Dezember 2022 (Urk. 5/11) und 1. Februar 2023 (Urk. 5/12), worin die Vorinstanz ein "pactum de non petendo" und keine Stundung im Sinne des Hinausschiebens der Fälligkeit der ersten Amortisationszahlung

erblickt habe, tatsächlich dahingehend verstanden, dass es sich um die Fälligkeit hinausschiebende Stundungen handle. Das Institut des "pactum de non petendo" sei ihnen als juristische Laien gar nicht bekannt gewesen. Wie sich aus der von der Vorinstanz zitierten Stelle bei VON TUHR/ESCHER S. 48 ergebe, entstamme diese Rechtsfigur dem römischen Recht. Der entsprechende Vertrag ändere nicht den Bestand der Forderung, sondern begründe eine Verpflichtung des Gläubigers, seine Forderung während einer bestimmten Zeit nicht geltend zu machen, woraus dem Schuldner eine entsprechende Einrede (exceptio pacti) erwachsen sei. Diesen Umweg kenne das moderne Recht nur in Ausnahmefällen, z.B. beim Wechsel. Dagegen bestehe die normale Wirkung der Stundung in einer Änderung der Forderung durch Hinausschieben der Fälligkeit, sodass dem Gläubiger innerhalb der Stundungszeit ein Anspruch überhaupt nicht zustehe. Habe die Gesuchstellerin der Gesuchsgegnerin für die am 30. September 2022 fällig gewordene Forderung eine Zahlungsfrist bis 10. Februar 2023 eingeräumt, habe die Gesuchsgegnerin dies nicht anders denn als Stundung verstehen können und müssen. Dies umso mehr, als die Gesuchstellerin in ihrem Schreiben vom 1. Februar 2023 auf die Fälligkeit der folgenden Hypothekarzinsen und Amortisationen hingewiesen habe, und sie sich mit E-Mail vom 6. März 2023 für die Zahlungen bedankt habe. Selbst wenn die erste Amortisationszahlung alsdann erst am 9. März 2023 vom Konto der Gesuchsgegnerin abgebucht worden sei (obschon dies eigentlich schon früher möglich gewesen wäre), sei dadurch die Kündigung der Vertragsbeziehung gestützt auf Art. 9 des Vertrags zur Hypothekarfinanzierung wegen des zuvor bestandenen Verzugs betreffend die erste Amortisationszahlung ausgeschlossen. Diese Bestimmung lasse eine ausserordentliche Kündigung zu, *"Bei Verzug von mehr als 30 Tagen in der Zahlung von Zinsen, Amortisationen, ..."*. Das könne objektiv nur so verstanden werden, dass der Verzug im Zeitpunkt der Kündigung noch bestehen müsse, was bereits aus dem Wortlaut der Bestimmung erhelle. Sei eine ausserordentliche Kündigung "bei" Verzug von mehr als 30 Tagen in einer Zahlung möglich, heisse dies nach allgemeinem Sprachgebrauch, dass eine Kündigung bei aktuellem Bestehen dieser Situation möglich sei. Die Zahlung vom 9. März 2023 habe indessen den Verzug aufgehoben. Am 20. März 2023, als die Kündigung erfolgt sei, habe es mithin keinen Verzug mehr gegeben. Eine

Kündigung nach dem 9. März 2023 als Folge des vormaligen Verzugs in der Leistung der ersten Amortisationszahlung als möglich zu erachten, widerspräche auch dem Sinn der Bestimmung. Diese soll es der Gesuchstellerin offensichtlich ermöglichen, den Zustand eines länger andauernden Verzugs zu beenden und dadurch die Fälligkeit des gesamten Kapitals herbeiführen zu können. Dafür fehle es aber nach erfolgter Zahlung und damit beseitigtem Verzug am erforderlichen Anlass. Es sei damit unerheblich, ob die E-Mails vom 14. Dezember 2022 und 1. Februar 2023 als Stundung oder "pactum de non petendo" zu betrachten seien. Entscheidend sei, dass am 20. März 2023 kein Verzug mehr bestanden habe, was eine ausserordentliche Kündigung ausschliesse. Anders zu entscheiden würde bedeuten, dass es im Belieben der Gesuchstellerin stünde, nach Jahr und Tag eine ausserordentliche Kündigung auszusprechen, obschon der in der Vergangenheit einmal bestandene Verzug beseitigt worden sei, und der Schuldner sich sonst vertragskonform verhalten habe. Ein solches Verständnis der Bestimmung wäre völlig unangemessen und treuwidrig, sodass es unter anständigen Vertragspartnern nicht gewollt sein könne, zumal dies den Schuldner dem Risiko einer völligen Rechtsunsicherheit für die Restlaufzeit des Vertrags aussetzen würde. Obschon die Gesuchsgegnerin bereits vor Vorinstanz auf diesen Umstand der Notwendigkeit eines noch anhaltenden Verzugs hingewiesen habe (vgl. Urk. 12 S. 11 Rz 3; Urk. 19 S. 4 Rz 8), sei die Vorinstanz darauf überhaupt nicht eingegangen, sondern habe unzutreffenderweise einfach erwogen, mit dem ab dem 1. Oktober 2022 einmal bestandenen Verzug von mehr als 30 Tagen sei eine ausserordentliche Kündigung ohne Berücksichtigung von dessen zwischenzeitlicher Beseitigung auch noch später ohne weiteres möglich. Das sei unhaltbar. Weil die Grundforderung damit nicht gültig gekündigt worden sei, könnten auch die nur sicherungshalber übertragenen Schuldbriefe nicht gekündigt werden. Damit fehle es an der für eine Betreibung notwendigen Fälligkeit im Zeitpunkt des Erlasses des Zahlungsbefehls, so dass die von der Gesuchstellerin angebehrte provisorische Rechtsöffnung ausgeschlossen sei. Vielmehr bestehe die Vertragsbeziehung zwischen den Parteien bis zum 2. Januar 2032 unverändert fort (Urk. 23 S. 6 ff.).

3.3. a) Weil die Gesuchsgegnerin die per 30. September 2022 (Verfalltag) geschuldete erste jährliche Amortisationszahlung über Fr. 52'500.– (Urk. 5/4 S. 3, Ziffer 7) (vorerst) nicht bezahlte, geriet sie in Verzug. Zu prüfen ist, ob die beiden E-Mails der Gesuchstellerin an die Gesuchsgegnerin vom 14. Dezember 2022 (Urk. 5/11) und 1. Februar 2023 (Urk. 5/12) als Stundung (mit Hinausschieben der Fälligkeit und Aufhebung des Schuldnerverzugs), wie es die Gesuchsgegnerin versteht, oder als blosses "pactum de non petendo", wovon die Vorinstanz ausgeht, zu qualifizieren sind.

Mit dem Begriff der "Stundung" wird die (vertragliche, gesetzliche, richterliche) Hinausschiebung der sich aus dem Gesetz, der Natur des Rechtsverhältnisses oder dem Vertrag ergebenden Fälligkeit im Nachhinein bzw. die Aufhebung einer bereits eingetretenen Fälligkeit für eine bestimmte Frist bezeichnet (BK OR-Weber, Art. 75 N 99; ZK OR-Schraner, Art. 75 N 67; BGE 94 II 104 f.; BGE 69 II 302). Die (noch oder erneut) fehlende Fälligkeit führt unter anderem dazu, dass grundsätzlich der Schuldnerverzug ausgeschlossen und der Gläubiger zur Verrechnung nicht befugt ist (Schaller, Einwendungen und Einreden im schweizerischen Schuldrecht, Zürich/St. Gallen 2010, N 362). Von der Stundung zu unterscheiden ist das "pactum de non petendo", d.h. die befristete Verpflichtung des Gläubigers, die schon fällige Forderung (klageweise) nicht geltend zu machen. Die Forderung kann weiterhin erfüllt, aber auf entsprechende Einrede des Schuldners hin (*exceptio de non petendo*) zeitweilig nicht durchgesetzt werden (Von Thur/Escher, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. II, Zürich 1974, S. 48; Bucher, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. A., Zürich 1988, S. 404). Im Übrigen wird das Schuldverhältnis von der Vereinbarung nicht berührt, so dass weder Verzugsfolgen noch das Verrechnungsrecht ausgeschlossen sind (Bucher, a.a.O., S. 404; BK OR-Weber, Art. 75 N 102). In der Lehre herrscht Uneinigkeit in Bezug auf die Einordnung der befristeten Mahnung. Ein Teil der Lehre ist der Auffassung, dass eine befristete Mahnung als "pactum de non petendo" und nicht als Stundungs-offerte aufzufassen ist (ZK OR-Schraner, Art. 75 N 71; Schaller, a.a.O., N 377; Schenker, Die Voraussetzungen und die Folgen des Schuldnerverzugs im schweizerischen Obligationenrecht, Freiburg 1988, N 130). Nach einem anderen Teil der Lehre ist in der Befristung der Mahnung im Grundsatz eine Stun-

dungsofferte enthalten (BK OR-Weber/Emmenegger, Art. 102 N 77; Von Thur/Escher, a.a.O., S. 137 und Fn 15), wobei im Einzelfall durch Auslegung der Vereinbarung zu ermitteln ist, ob eine Stundung oder ein "pactum de non petendo" vorliegt (Bucher, a.a.O., S. 404; BK OR-Weber/Emmenegger, Art. 102 N 77 f.; BSK OR-Widmer Lüchinger/Wiegand, Art. 102 N 7; ZK OR-Schraner, Art. 75 N 69). Ein Hin-ausschieben der Fälligkeit ist nach dem Vertrauensprinzip immerhin nur anzunehmen, falls der hypothetische Wille der Gläubigerin und die Umstände entsprechende Indizien abgeben. Im Einzelfall wird deshalb auf diejenige Bedeutung abzustellen sein, die der Schuldner der konkreten Erklärung der Gläubigerin hat beimessen dürfen und müssen (BK OR-Weber/Emmenegger, Art. 102 N 78). So lässt sich gemäss Weber/Emmenegger bei der Verwendung des Ausdrucks "Verlange Lieferung bis Ende Monat" eine Stundungsofferte annehmen, die Mitteilung "Wenn Sie nicht bis Monatsende bezahlt haben, werde ich Klage erheben" stellt dagegen eine sofortige Mahnung dar (BK-Weber/Emmenegger, Art. 102 N 78). Im Zweifel ist ein hinsichtlich der Rechtswirkungen weniger weit reichendes "pactum de non petendo" anzunehmen (Schaller, a.a.O., N 377; Bucher, a.a.O., S. 404).

Vorliegend schrieb die Gesuchstellerin in ihrer E-Mail an die Gesuchsgegnerin vom 14. Dezember 2022 betreffend "*Offene Amortisation*" u.a. Folgendes: "*Die Amortisation über CHF 52'500.–, fällig per 30. September 2022, ist noch nicht beglichen. Darf ich Sie bitten, den fehlenden Betrag von CHF 34'772.00 bis zum 19. Dezember 2022 zu überweisen?*" (Urk. 5/11). In ihrer E-Mail vom 1. Februar 2023 betreffend "*Mahnung ausstehende Amortisation*" führte sie u.a. aus, was folgt: "*Die Amortisation über CHF 52'500.–, fällig per 30.09.2022, ist noch ausstehend, trotz Zahlungserinnerung vom 14.12.2022. Das Konto der A._____ AG mit der Nr. 4 weist zur Zeit einen Saldo von CHF 26'046.53. Wir bitten Sie, so rasch wie möglich jedoch bis **10.02.2023** den Fehlbetrag von CHF 26'453.47 zu überweisen.*" (Urk. 5/12). Wie die Vorinstanz richtig festhielt, wies die Gesuchstellerin mithin in beiden Mahn-E-Mails explizit auf den vertraglichen Fälligkeitstermin der Amortisation hin. Zudem deutet die Wortwahl in der zweiten E-Mail vom 1. Februar 2023 "*so rasch wie möglich*" darauf hin, dass die Forderung als fällig betrachtet, jedoch mit allfälligen Schritten bis am 10. Februar 2023 zugewartet würde. Die Gesuchsgegnerin durfte dementsprechend gerade nicht davon ausgehen, dass die Forderung gestundet bzw.

die ursprüngliche Fälligkeit hinausgeschoben wurde. Dass sie bzw. ihre Organe als juristische Laien die Rechtsfigur des "pactum de non petendo" nicht kannten, ist dabei nicht von Belang. Im Zweifel musste die Gesuchsgegnerin, eine professionelle Immobilienfirma, jedenfalls davon ausgehen, dass die Fälligkeit nicht hinausgeschoben wurde, zumal keine Indizien für einen Hinausschub der Fälligkeit ersichtlich waren. Insbesondere ist aus dem Umstand, dass die Gesuchstellerin in ihrer E-Mail vom 1. Februar 2023 auf die Fälligkeit der nächsten Hypothekarzinsen sowie Amortisationen hinwies (Urk. 5/12), nicht auf eine Stundung der ersten, bereits fälligen Amortisationszahlung zu schliessen. Auch aus dem Wunsch der Gesuchsgegnerin einer quartalsweisen Zahlung der ersten (und auch künftigen) Amortisation (Urk. 14/4 /5), welcher ihr von der Gesuchstellerin aber nicht erfüllt wurde (vgl. Urk. 5/11 /12), kann nicht auf eine Stundung der rückständigen ersten Amortisationszahlung geschlossen werden, zumal in den beiden E-Mails vom 14. Dezember 2022 und 1. Februar 2023 (Urk. 5/11 /12) nicht erwähnt wurde, dass der Gesuchsgegnerin die Zahlungsfrist bis zum 10. Februar 2023 aufgrund des abschlägigen Entscheids zur quartalsweisen Zahlung der (ersten) Amortisationszahlung gewährt wird. Beim von der Gesuchsgegnerin eingereichten Memo vom 18. Oktober 2022 betreffend eine angebliche Besprechung der Parteien hinsichtlich der vierteljährlichen Zahlung der (ersten) Amortisation handelt es sich denn auch um eine blossе, durch nichts belegte bestrittene Parteibehauptung (Urk. 14/3; vgl. Urk. 16 S. 4).

In Übereinstimmung mit der Vorinstanz ist somit von einem "pactum de non petendo" auszugehen, womit die Amortisationszahlung per 30. September 2022 fällig war und sich die Gesuchsgegnerin seit dem 1. Oktober 2022 mit deren Zahlung in Verzug befand. Gestützt auf Art. 9 des Vertrags zur Hypothekarfinanzierung war die Gesuchstellerin berechtigt, nach Ablauf von 30 Tagen und damit ab dem 31. Oktober 2022 das fragliche Hypothekendarlehen ausserordentlich zu kündigen, was sie dann mit Schreiben vom 20. März 2023 auch getan hat (Urk. 5/13).

b) Wie bereits vor Vorinstanz (vgl. Urk. 12 S. 11 Rz 34; Urk. 19 S. 4 Rz 8), vertritt die Gesuchsgegnerin die Auffassung, der Hypothekarvertrag hätte gestützt auf dessen Art. 9 nur ausserordentlich gekündigt werden können, wenn im Zeitpunkt

der Kündigung vom 20. März 2023 (Urk. 5/13) der Verzug mit der ersten Amortisationszahlung noch bestanden hätte. Dies sei jedoch unbestrittenermassen nicht der Fall gewesen, weil die Amortisation spätestens am 9. März 2023 bezahlt worden sei (Urk. 5/5).

Mit diesem Argument setzte sich die Vorinstanz zwar nicht explizit auseinander (Urk. 24 S. 12; Urk. 23 S. 7 Rz 23); es verfängt jedoch nicht. Vielleicht könnte allein aufgrund des Wortlauts der vereinbarten Bestimmung "*Bei Verzug von mehr als 30 Tagen in der Zahlung von Zinsen, Amortisationen ...*" darauf geschlossen werden, dass der Zahlungsrückstand im Zeitpunkt der ausserordentlichen Kündigung noch bestehen muss, also ein andauernder Verzug gemeint ist, allerdings widerspricht solches dem Sinn der Bestimmung. Denn dieser liegt nicht (nur) darin, den Zustand eines länger andauernden Verzugs beenden und dadurch die Fälligkeit des gesamten Kapitals herbeiführen zu können, wie die Gesuchsgegnerin meint (Urk. 23 S. 7 Rz 22), sondern ist vielmehr auch hierin zu erblicken, dass die vertragliche Beziehung mit einem säumigen bzw. zu spät zahlenden Schuldner vorzeitig soll beendet werden können. Durch die (verspätete) Zahlung wird der Schuldnerverzug zwar aufgehoben, es müssen aber nicht nur die ursprünglich versprochene Verbindlichkeit, sondern auch alle bisher entstandenen Verzugsfolgen abgedeckt werden (BSK OR I-Widmer Lüchinger/Wiegand, Art. 102 N 12). Mit Aufhören des Verzugs sind die aus dem Verzug bereits entstandenen Rechtsfolgen, insbesondere die aufgelaufenen Verzugszinsen, grundsätzlich nicht beseitigt, wenn nicht der Gläubiger auf die ihm aus dem Verzug erwachsenen Rechte verzichtet (Von Tuhr/Escher, AT OR Band II, S. 143). Auch beim Vertragsrücktritt (bzw. der fristlosen Kündigung mit Wirkung *ex nunc* bei Dauerschuldverhältnissen) zufolge Schuldnerverzugs (Art. 107 Abs. 2 OR) verliert der Gläubiger sein Rücktrittsrecht nicht, wenn der Schuldner erst nach Ablauf der Nachfrist bezahlt und der Gläubiger den Rücktritt unverzüglich erklärt. Ebenso wenig geht der Vermieter bei der ausserordentlichen Zahlungsverzugskündigung (Art. 257d OR) seines ausserordentlichen (zeitnah auszuübenden) Kündigungsrechts verlustig, wenn der Mieter nach Ablauf der angesetzten Nachfrist die Miete doch noch bezahlt (vgl. Art. 257d Abs. 2 OR; BSK OR I-Weber, Art. 257d N 7). Der Vermieter verliert den Ausweisungsanspruch nicht, wenn er dem Mieter einen Aufschub unter der Bedingung gewährt, dass die rück-

ständigen Mieten bis zu einem bestimmten Termin bezahlt werden (BGer 4C.118/2004 vom 28. Juli 2004, in: mp 1/05, S. 37 ff.). Die unmittelbaren gesetzlichen bzw. vereinbarten Verzugsfolgen bleiben mithin auch bei nachträglicher Bezahlung und entsprechender (späterer) Aufhebung des Verzugs bestehen. Das vorliegend vereinbarte ausserordentliche Kündigungsrecht bei einem Zahlungsverzug von mehr als 30 Tagen, wie er seit dem 31. Oktober 2022 bestand, wurde durch die verspätete Zahlung vom 9. März 2023 mithin nicht aufgehoben. Diese ist diesbezüglich irrelevant. Zwar stand der Gesuchstellerin das ausserordentliche Kündigungsrecht bereits ab dem 31. Oktober 2022 zu. Dass sie davon in der Folge erst am 20. März 2023 Gebrauch machte, schadet ihr jedoch nicht, nachdem sie die Gesuchsgegnerin in der Zwischenzeit mit E-Mails vom 17. Oktober 2022 (Urk. 14/2), 14. Dezember 2022 (Urk. 5/11) und 1. Februar 2023 (Urk. 5/12) mehrfach an die ausstehende Zahlung erinnerte, ihr zuletzt im Sinne einer letzten Chance (vgl. Urk. 14/8) eine Zahlungsfrist bis zum 10. Februar 2023 einräumte (Urk. 5/12) und alsdann, nachdem bis zu diesem Termin unbestrittenermassen wiederum keine Zahlung erfolgte, *zeitnah* mit Schreiben vom 20. März 2023 ausserordentlich kündigte (Urk. 5/13). Mit Blick auf Treu und Glauben verhielt es sich denn auch nicht so, dass die Gesuchstellerin, irgendwann einmal nach Belieben, obschon der Verzug längst beseitigt war, von ihrem ausserordentlichen Kündigungsrecht Gebrauch machte (vgl. Urk. 19 S. 4 Rz 8).

Wenngleich sich die Gesuchstellerin mit E-Mail vom 2. März 2023 bei der Gesuchsgegnerin für die Zahlungen (der ersten Amortisation; vgl. Urk. 14/6) bedankte, ist allein darin noch kein Verzicht auf das ihr zustehende ausserordentliche Kündigungsrecht zufolge Schuldnerverzugs von mehr als 30 Tagen zu erblicken. Von einem treuwidrigen Verhalten kann zudem nicht die Rede sein. Es war die Gesuchsgegnerin, welche zu spät und insbesondere nicht innert der letztmals gewährten "Gnadenfrist" bis zum 10. Februar 2023 bezahlte. Wenn die Gesuchstellerin in ihrer E-Mail vom 1. Februar 2023 auch auf die in den folgenden Quartalen fällig werdenden nächsten Hypothekarzinsen sowie die nächste jährliche Amortisation per 30. September 2023 hinwies (Urk. 14/5), und damit in der Tat zum Ausdruck brachte, dass die Vertragsbeziehung weiter geführt werde, stand solches unter dem Vorbehalt, dass die fällige erste Amortisation bis zum 10. Februar 2023

tatsächlich bezahlt würde, was in der Folge jedoch nicht der Fall war. Eine treuwidrige/rechtsmissbräuchliche Kündigung liegt mithin nicht vor, wie dies denn auch die Vorinstanz zutreffend festhielt (Urk. 24 S. 13 f.).

c) Zusammengefasst hat die Gesuchstellerin mit Einschreiben vom 20. März 2023 (Urk. 5/13), welches der Gesuchsgegnerin am 23. März 2023 zugestellt wurde (Urk. 5/14), sowohl die Grundforderung als auch die Registerschuldbriefe gültig und fristgerecht per sofort bzw. innert der sechsmonatigen Kündigungsfrist (vgl. Art. 847 Abs. 1 ZGB; Urk. 5/9 Art. 4 Abs. 4) per 30. September 2023 gekündigt (vgl. Urk. 24 S. 12 f.). Entsprechend waren die beiden Schuldbriefforderungen und (was in der Beschwerde unbestritten blieb) der ausstehende Hypothekarzins betreffend die Zeitspanne vom 1. April bis zum 1. Oktober 2023 (Urk. 1 S. 11 Rz 32, Urk. 5/18) im Zeitpunkt der Zustellung des Zahlungsbefehls am 9. November 2023 (Urk. 3) fällig. Damit vermochte die Gesuchsgegnerin keine Einwände vorzubringen, welche die Erteilung der provisorischen Rechtsöffnung verhindern könnten. Ihre Beschwerde ist damit diesbezüglich abzuweisen.

3.4. Zinsen

a) Die Vorinstanz erwog zu den in Betreuung gesetzten Zinsen (vgl. Urk. 3), die bis zum Kündigungsdatum am 30. September 2023 ausstehenden Hypothekarzinsen seien im Kontoauszug vom 17. Oktober 2023 aufgeführt, wobei die Überträge vom Kontokorrent der Gesuchsgegnerin in Höhe von Fr. 84'820.– in Abzug gebracht worden seien. Weiter sei die Gesuchstellerin gemäss Art. 2 der Sicherungsübereignungsvereinbarung befugt, ab der Kündigung und damit nach dem 30. September 2023 für die ausstehenden Forderungen die im Grundbuch eingetragenen Zinsen zu verlangen. Gemäss Grundbuchauszug würden die (Maximal-)zinsen für den Schuldbrief an erster Pfandstelle 10 % und für den Schuldbrief an zweiter Pfandstelle 12 % betragen. Für die Hypothekarzinsen, welche sich aus dem Grundverhältnis ergäben, biete das Pfandrecht keine Sicherheit, weshalb, wie in der Kündigung des Hypothekardarlehens angedroht, gesetzliche Verzugszinsen in Höhe von 5 % geschuldet seien. Der Gesuchstellerin sei daher für die aufgelaufenen Hypothekarzinsen von Fr. 36'193.– sowie den Zins von 10 % auf Fr. 4'400'000.– seit 1. Oktober 2023, den Zins von 12 % auf

Fr. 100'000.– seit 1. Oktober 2023 und den Zins von 5 % auf Fr. 36'193.– seit 1. Oktober 2023 provisorische Rechtsöffnung zu erteilen (Urk. 24 S. 14 ff.).

b) Die Gesuchsgegnerin rügt, selbst wenn die Rechtsöffnung für die Schuldbriefforderungen als solche berechtigt wäre, könnte die Rechtsöffnung für den Zins auf den Schuldbriefforderungen nur für den vertraglich vorgesehenen Zins von 0.75 % gewährt werden (vgl. Urk. 23 S. 8; Urk. 12 S. 11). Sie macht geltend, die Kreditproduktbestätigungen (Urk. 5/6 und 5/7), auf die der Vertrag zur Hypothekarfinanzierung (Urk. 5/4) verweise, würden einen Zins von 0.75 % vorsehen. In der Sicherungsvereinbarung vom 12. August 2021 (Urk. 5/9), auf welche die Vorinstanz verweise, heisse es in Art. 2: *"Der/die so erworbene(n) Schuldbrief(e) dient/dienen der Sicherung aller gegenwärtigen und zukünftigen bzw. eventuellen Forderungen der Bank gegenüber dem Schuldner (nachfolgend: die gesicherten Forderungen). Die Bank ist befugt, alle Rechte aus den Schuldbriefen bis zur Höhe des Gesamtbetrags aller gesicherten Forderungen geltend zu machen."* Die vertraglichen Grundlagen zeigten also mit aller Deutlichkeit, dass die Gesuchstellerin mit der Betreibung auf Grundpfandverwertung nur den vertraglich vereinbarten Zins, also 0.75 %, fordern könne. Die Vorinstanz erwäge zwar, dass beim Schuldbrief mit den in Art. 818 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB als pfandgesichert erwähnten tatsächlich geschuldeten Zinsen die Zinsen der Schuldbriefforderung gemeint seien. Das helfe schon insoweit nicht, weil Art. 818 ZGB auf einen Maximalzins, wie er hier vorliege, gar nicht zur Anwendung gelange. Selbst wenn im Übrigen Art. 818 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB die Zinsen aus der Schuldbriefforderung zum Gegenstand habe, könnte die Gesuchstellerin nach der zitierten vertraglichen Regelung in der Sicherungsübereignungsvereinbarung, die vorgehe, nur die auf die Grundforderung entfallenden Zinsen, hier also 0.75 %, geltend machen (Urk. 23 S. 8 f. m.H.).

c) Die Vorinstanz hat die rechtlichen Prämissen für die Zinsen zutreffend dargetan (Urk. 24 S. 15; vgl. auch Urk. 23 S. 8). Zwecks Verdeutlichung und Ergänzung ist festzuhalten, was folgt: Laut Art. 818 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB bietet das Grundpfandrecht dem Gläubiger im Umfang von drei zur Zeit der Konkursöffnung

oder des Pfandverwertungsbegehrens verfallene Jahreszinsen und den seit dem letzten Zinstag laufenden Zins Sicherheit; beim Schuldbrief sind nur die tatsächlich geschuldeten Zinsen pfandgesichert. Gemäss Bundesgericht sind mit tatsächlich geschuldeten Zinsen die Zinsen der Schuldbriefforderung (und nicht der Grundforderung) gemeint (BGer 5A_853/2016 vom 26. Oktober 2017 E. 4.4.5 = Pra 107 [2018] Nr. 106, BSK-ZGB II-Schmid-Tschirren, N 11 zu Art. 818 ZGB). Die Schuldbriefforderung ist nur verzinslich, wenn die Parteien dies ausdrücklich so vorgesehen haben. Die alleinige Zinsabrede für die gesicherte Grundforderung bewirkt noch nicht die Verzinslichkeit der Schuldbriefforderung. Die Parteien können sich dafür entscheiden, auf die Schuldbriefforderung einen anderen Satz anzuwenden als jenen, der für die Grundforderung vorgesehen ist (BGer 5A_853/2016 vom 26. Oktober 2017 E. 4.3 = Pra 107 [2018] Nr. 106). Die Vereinbarung eines Maximalzinsfusses gilt dabei nicht als Vereinbarung über die Verzinsung der Schuldbriefforderung. Aus dem Eintrag eines Maximalzinsfusses im Grundbuch kann nie eine Vereinbarung über die Verzinsung der Schuldbriefforderung abgeleitet werden. Zulässig ist indes die Vereinbarung, dass die Schuldbriefforderung immer in Höhe des Maximalzinsfusses zu verzinsen sei. Eine entsprechende Klausel kann Bestandteil der Sicherungsvereinbarung sein (BSK ZGB II-Staehelin, Art. 846 N 16 f. und 28). Effektiv hat der Schuldner allerdings nur eine einzige Forderung zu verzinsen, nämlich die Forderung aus dem Grundverhältnis. Auf der Schuldbriefforderung werden, trotz entsprechender Zinsvereinbarung, in Wirklichkeit keine Zinsen geschuldet, da die Schuldbriefforderung eine reine Sicherungsfunktion wahrnimmt und ihr keine Kapitalüberlassung zu Grunde liegt. Der Grund für eine auf die Schuldbriefforderung bezogene Zinsabrede liegt darin, den Umfang der Pfandhaftung für die Zinsen innerhalb des gesetzlich erlaubten Umfangs festzulegen (vgl. Art. 818 Abs. 1 Ziff. 3 und 2 ZGB; Stefan Weiss, Der Register-Schuldbrief, Kritische Analyse des Schuldbriefrechts unter besonderer Berücksichtigung des bundesrätlichen Entwurfs vom 27. Juni 2008, 2009, in: LBR - Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft Band/Nr. 42, S 56-79, N 179 m.w.H.). Weiter bietet das Pfandrecht Sicherheit für gesetzliche Verzugszinsen i.S.v. Art. 104 OR. Vereinbaren die Parteien vertraglich höhere Verzugszinsen, werden

diese nicht vom Pfandrecht gesichert (BSK-ZGB II-Schmid-Tschirren, N 8 zu Art. 818 ZGB).

Vorliegend sind im Grundbuch für die beiden Schuldbriefe Maximalzinsfüsse von 10 % (Schuldbrief an erster Pfandstelle) bzw. 12 % (Schuldbrief an zweiter Pfandstelle) eingetragen (Urk. 5/2). Der Vertrag zur Hypothekendarfinanzierung in Verbindung mit den Kreditproduktbestätigungen (Urk. 5/4 /6 /7), worin Zinsen von 0.750 % vereinbart wurden, bezieht sich auf die Grundforderung bzw. das in zwei Tranchen gewährte Hypothekendarlehen. Der vollständige Art. 2 der Sicherungsübereignungsvereinbarung vom 6. bzw. 12. August 2021 lautet wie folgt (Urk. 5/9 S. 1):

"Artikel 2

Der/die so erworbene(n) Schuldbrief(e) dient/dienen der Sicherung aller gegenwärtigen und zukünftigen bzw. eventuellen Forderungen der Bank gegenüber dem Schuldner (nachfolgend: die gesicherten Forderungen). Die Bank ist befugt, alle Rechte aus den Schuldbriefen bis zur Höhe des Gesamtbetrags aller gesicherten Forderungen geltend zu machen. Die Parteien vereinbaren, dass die Bank insbesondere befugt ist, die Forderungen aus dem/den Schuldbrief(en), inklusive der für drei Jahre verfallenen Zinsen sowie der laufenden Zinsen, geltend zu machen (Art. 818 ZGB). Die Bank ist namentlich befugt, ab Kündigung des/der Schuldbrief(s)(e) auf Tilgung, die im Grundbuch eingetragenen Zinsen im Rahmen des gemäss Art. 818 Absatz 1 Ziff. 3 ZGB zulässigen Umfangs geltend zu machen, um die gesamten ihr zustehenden Zinsen für die gesicherte Forderung zu gewährleisten."

Weil im Grundbuch einzig Maximalzinsfüsse eingetragen sind, ist davon auszugehen, dass die Parteien damit vereinbarten, dass die Schuldbriefforderungen konkret in der Höhe dieser Maximalzinsfüsse zu verzinsen sind. Eine Vereinbarung, wonach die Schuldbriefforderungen bei der Sicherungsübereignung immer gleich wie die zu sichernde Grundforderung und damit zu 0.750 % zu verzinsen sein sollen, vermag die Gesuchsgegnerin demgegenüber denn auch nicht darzutun. Art. 818 ZGB ist lediglich auf die Maximalhypothek nicht anwendbar (ZK ZGB-Dürr/Zollinger, 2013, Art. 818 N 14 und 91). Daran ändert nichts, dass der Höchstzinsfuss beim Schuldbrief die Auswirkungen einer Maximalhypothek zur Sicherung von möglicherweise vereinbarten Zinsen hat; die Verzinsung als solche muss zuvor von den Parteien

vereinbart worden sein (ZK ZGB-Steinauer, Art. 846 N 46). Bei der vorliegenden Kapitalhypothek können die im Grundbuch eingetragenen besagten Maximalzinsfüsse gestützt auf die Sicherungsübereignungsvereinbarung tatsächlich geltend gemacht werden. Damit wird im Rahmen der vorliegenden Betreuung auf Grundpfandverwertung der Umfang der Pfandhaft für die Zinsen (der Grundforderung) festgelegt.

Nach dem Gesagten ist die Gesuchstellerin, wie die Vorinstanz richtig gesehen hat, befugt, ab der Kündigung der Schuldbriefe und damit ab dem 30. September 2023 für die ausstehenden Forderungen die im Grundbuch eingetragenen (Maximal-)Zinsen zu verlangen. Die Beschwerde ist mithin auch hinsichtlich der Zinsen abzuweisen.

3.5. Fazit

Resümiert erteilt die Vorinstanz der Gesuchstellerin zu Recht die provisorische Rechtsöffnung für das Pfandrecht und die Forderung von Fr. 4'400'000.– zuzüglich Zins zu 10 % seit dem 1. Oktober 2023, für (das Pfandrecht und) die Forderung von Fr. 100'000.– nebst Zins zu 12 % seit dem 1. Oktober 2023 sowie für die ausstehenden Hypothekarzinsen vom 1. April 2023 bis zum 1. Oktober 2023 in Höhe von Fr. 36'193.– zuzüglich Zins zu 5 % seit dem 1. Oktober 2023. Die Beschwerde der Gesuchsgegnerin ist entsprechend vollumfänglich abzuweisen.

4. Kosten- und Entschädigungsfolgen

4.1. Die Bemessung der zweitinstanzlichen Entscheidgebühr richtet sich nach der Gebührenverordnung zum Bundesgesetz über Schuldbetreiber und Konkurs (GebV SchKG; vgl. ZR 110 [2011] Nr. 28; BGer 5D_23/2017 vom 8. Mai 2017 E. 4.3.1 m.H. auf BGE 139 III 195 E. 4.2.2 und E. 4.2.4 S. 198 f.). Sie ist, ausgehend von einem Streitwert von rund Fr. 4'500'000.– (vgl. Urk. 24 S. 16 E. IV.1), in Anwendung von Art. 48 in Verbindung mit Art. 61 Abs. 1 GebV SchKG auf Fr. 6'000.– festzusetzen, der mit ihren Rechtsmittelanträgen unterliegenden Gesuchsgegnerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO) und mit dem von der

Gesuchsgegnerin geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 6'000.– (Urk. 26-27) zu verrechnen (Art. 111 Abs. 1 ZPO).

Für das Beschwerdeverfahren sind keine Parteientschädigungen zuzusprechen: Der Gesuchstellerin mangels Aufwendungen nicht, der Gesuchsgegnerin zufolge ihres Unterliegens nicht (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

4.2. Die Vorinstanz auferlegte die Gerichtskosten für das erstinstanzliche Verfahren (Fr. 2'000.– Gerichtsgebühr) ausgangsgemäss der Gesuchsgegnerin und verpflichtete diese, der (anwaltlich vertretenen) Gesuchstellerin eine Parteientschädigung von Fr. 3'600.– (einschliesslich 8.1 % Mehrwertsteuer) zu bezahlen (Urk. 24 S. 17, Dispositiv-Ziffern 2-4). Diese vorinstanzliche Kosten- und Entschädigungsregelung wird von der Gesuchsgegnerin weder selbstständig angefochten noch rechtsgenügend beanstandet (vgl. Urk. 23 S. 2, 9) und erweist sich denn auch als zutreffend, weshalb es dabei bleibt.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 6'000.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens werden der Gesuchsgegnerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 6'000.– verrechnet.
4. Für das Beschwerdeverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gesuchstellerin unter Beilage des Doppels von Urk. 23, sowie an die Vorinstanz, 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 Fr. 4'500'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 17. Oktober 2024

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. M. Reuss Valentini

versandt am:
ip