



**Kantonsgericht von Graubünden
Dretgira chantunala dal Grischun
Tribunale cantonale dei Grigioni**

Ref.:
ZK2 09 30

Chur, 20. Januar 2010

Schriftlich mitgeteilt am:

Urteil

II. Zivilkammer

Vorsitz Hubert
RichterInnen Bochsler und Michael Dürst
Redaktion Aktuarin Mosca

In der zivilrechtlichen Berufung

der X., Beklagte und Berufungsklägerin, vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur.
Marco Pool, Via Tinus 3, 7500 St. Moritz,

gegen

das Urteil des Bezirksgerichts Inn vom 20. Januar 2009, mitgeteilt am 21. April
2009, in Sachen des Y., Kläger und Berufungsbeklagter, vertreten durch
Rechtsanwalt Dr. iur. Peter Bieler, Promenade 77, 7270 Davos Platz, gegen die
Beklagte und Berufungsklägerin,

betreffend Forderung,

hat sich ergeben:

I. Sachverhalt

A. Y. als Verkäufer und die X. als Käuferin haben am 23. November 2006 einen öffentlich beurkundeten Kaufvertrag über zwei Stockwerkeigentumseinheiten abgeschlossen. Es handelt sich dabei um die Stockwerkeigentumshauptbuchblätter Nr. C. (331/1000 Miteigentum an Parzelle Nr. D. in B.) und Nr. A. (6D./1000 Miteigentum an Parzelle Nr. D. in B.). Beide Stockwerkeigentumseinheiten waren mit einer Grundpfandverschreibung über Fr. 640'000.-- zugunsten der F. an 1. Pfandstelle sowie einer Maximal-Grundpfandverschreibung über Fr. 250'000.-- zugunsten von E. an 2. Pfandstelle, belastet. Der Kaufpreis wurde mit pauschal Fr. 650'000.-- vereinbart. Fr. 608'000.-- waren durch Übernahme der restlichen Kapitalschuld (aktueller Stand) aus dem erwähnten Grundpfandrech von nominal Fr. 640'000.-- im I. Rang zugunsten der F., J., zu tilgen. Fr. 42'000.-- waren durch Banküberweisung gemäss Order des Verkäufers zu zahlen. Die Eigentumsübertragung war auf den 31. Januar 2007 vorgesehen.

Die mitverpfändete Parzelle Nr. G. musste vom Verkäufer bis am Tag des Besitzantritts aus der Pfandhaft entlassen werden (S. 1 und 2 des Kaufvertrags vom 23. November 2006), also spätestens am 31. Januar 2007. Die Maximalgrundpfandverschreibung über Fr. 250'000.-- zugunsten von E. musste bis spätestens zum Tag der Vertragserfüllung (31. Januar 2007) vom Verkäufer abgelöst und im Grundbuch gelöscht werden (S. 2 des Kaufvertrags vom 23. November 2006). Ebenfalls bis zum Erfüllungstag hatte der Verkäufer den Vertrag zum grundbuchlichen Vollzug anzumelden (vgl. Ziff. 11 der „weiteren obligatorischen Vertragsbestimmungen“ des Kaufvertrags vom 23. November 2006, S. 5).

Ziff. 6 der „weiteren obligatorischen Vertragsbestimmungen“ sah eine Konventionalstrafe folgenden Wortlauts vor: „Falls dieser Kaufvertrag nicht zustande kommen sollte, verpflichtet sich die zurücktretende Partei der anderen eine Konventionalstrafe im Betrag von CHF 30'000.-- (dreissigtausend Schweizerfranken) zu bezahlen.“

In der Folge scheiterte der Vollzug des Kaufvertrags vom 23. November 2006.

B. Da zwischen den Parteien bezüglich der Folgen des Scheiterns des Kaufvertrags keine Einigung erzielt werden konnte, instanzierte Y. mit Vermittlungsbegehren vom 2. April 2008 beim Kreispräsidenten Sur Tasna eine

Forderungsklage gegen die X.. Nachdem die X. weder zur ersten auf den 17. April 2008 noch zur zweiten auf den 21. Mai 2008 angesetzten Sühneverhandlung erschien, stellte der Vermittler am 30. Mai 2008 den folgenden Leitschein aus:

„Klägerisches Rechtsbegehren:

1. *Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger Fr. 30'000.-- (Schweizer Franken dreissigtausend 00/100), zuzüglich 5% Zins ab 01. Februar 2007 zu bezahlen.*
2. *In der Betreuung Nr. 4100905 des Betreibungsamtes H. sei dem Kläger für den Betrag von Fr. 30'000.00 zuzüglich 5% Zins ab 01. Februar 2007 sowie Fr. 250.00 Betreuungskosten die Rechtsöffnung zu gewähren.*
3. *Alles unter vollumfänglicher Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Beklagten.“*

C. Y. prosequierte die Klage mit Prozesseingabe vom 16. Juni 2008 an das Bezirksgericht Inn. Dabei hielt er unverändert an seinen Rechtsbegehren gemäss Leitschein fest. Die X. reichte innert Frist keine Prozessantwort ein.

D. Mit Schreiben des Bezirksgerichtspräsidenten Inn vom 23. Juni 2008 wurde der X. eine Frist bis zum 14. Juli 2008 angesetzt, um den Kostenvorschuss von Fr. 5'000.-- zu leisten. Da der Kostenvorschuss innert Frist nicht bezahlt wurde, wurde der X. mit Schreiben vom 28. Juli 2008 eine Nachfrist bis 28. August 2008 gewährt, um die Fr. 5'000.-- zu überweisen, ansonsten gegen sie das Kontumazverfahren durchgeführt werde. Auch innert dieser Nachfrist leistete die X. keinen Kostenvorschuss.

Nachdem am 10. September 2008 die Beweisverfügung erlassen und zur Hauptverhandlung vorgeladen wurde, teilte Rechtsanwalt lic. iur. Marco Pool mit Schreiben vom 17. November 2008 dem Bezirksgerichtspräsidenten Inn mit, dass er die Interessen der X. vertrete und um Verschiebung der Hauptverhandlung ersuche. Diesem Antrag wurde mit Verfügung vom 17. November 2008 entsprochen und die Hauptverhandlung bis auf Weiteres verschoben. Vor der am 20. Januar 2009 angesetzten Hauptverhandlung bezahlte die X. schliesslich den Gerichtskostenvorschuss, so dass der Rechtsvertreter der X. anlässlich der Hauptverhandlung vor Bezirksgericht Inn zum mündlichen Vortrag zugelassen wurde. Auch die Urkunden, welche die X. innert der mit der Vorladung angesetzten Frist eingereicht hatte, wurden zu den Akten genommen.

E. Mit Urteil vom 20. Januar 2009, mitgeteilt am 21. April 2009, erkannte das Bezirksgericht Inn:

- „1. Die Klage wird teilweise gutgeheissen und die Beklagte verpflichtet, dem Kläger Fr. 30'000.-- zuzüglich 5% Zins seit dem 5. November 2007 sowie Fr. 250.-- Betreuungskosten zu bezahlen.
2. Der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. 4100905 des Betreibungsamtes H., Zahlungsbefehl vom 5. November 2007, wird in diesem Umfang aufgehoben und dem Kläger die definitive Rechtsöffnung erteilt für Fr. 30'000.-- zuzüglich 5% Zins seit dem 5. November 2007 und die Betreuungskosten in der Höhe von Fr. 250.--.
3. Die Kosten des Vermittleramtes des Kreisamtes Sur Tasna von Fr. 250.-- sowie diejenigen des Bezirksgerichts Inn, bestehend aus

einer Gerichtsgebühr von (inkl. Streitwertzuschlag)	Fr. 4'500.00
einer Schreibgebühr von	Fr. 272.00
Barauslagen von	Fr. 123.00
total somit	Fr. 4'895.00

gehen zu Lasten der Beklagten.

4. Die Beklagte wird verpflichtet, den Kläger ausseramtlich mit Fr. 3'130.-- plus Fr. 84.-- Spesen zuzüglich 7.6% Mehrwertsteuer zu entschädigen.
5. (Mitteilung)“

F. Dagegen liess die X. am 11. Mai 2009 Berufung an das Kantonsgericht von Graubünden erklären. Sie beantragt:

- „1. Das angefochtene Urteil sei vollumfänglich aufzuheben und die Klage abzuweisen.
2. Unter gerichtlicher und aussergerichtlicher Kosten- und Entschädigungsfolge für alle Instanzen zulasten des Berufungsbeklagten.“

Auf entsprechende Verfügung des Vorsitzenden der II. Zivilkammer des Kantonsgerichts von Graubünden (Art. 224 Abs. 2 ZPO) liess die X. am 29. Juni 2009 eine schriftliche Begründung der Anträge zukommen. Y. liess sich am 6. August 2009 dazu vernehmen. Er liess die kostenfällige Abweisung der Berufung beantragen. Die Vorinstanz reichte keine Stellungnahme ein.

Auf die Erwägungen im angefochtenen Urteil sowie auf die Ausführungen der Rechtsvertreter der Parteien in den Rechtsschriften wird, soweit erforderlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

II. Erwägungen

1.a) Gegen Urteile der Bezirksgerichte über vermögensrechtliche Streitigkeiten im Betrag von über Fr. 8'000.-- kann Berufung an das Kantonsgericht ergriffen werden (Art. 218 Abs. 1 ZPO in Verbindung mit Art. 19 ZPO). Das angefochtene Urteil des Bezirksgerichts Inn betrifft einen vermögensrechtlichen Streit über einen

Betrag von mehr als Fr. 8'000.--, so dass der Berufungsstreitwert erreicht und die Zuständigkeit des Kantonsgerichts von Graubünden zur Beurteilung der vorliegenden Streitsache als Berufungsinstanz gegeben ist.

b) Eine Berufung ist innert der peremptorischen Frist von 20 Tagen seit der schriftlichen Mitteilung des Urteils zu erklären und hat die formulierten Anträge auf Abänderung des erstinstanzlichen Urteils und der Beurteile sowie neue Einreden, soweit solche noch zulässig sind, zu enthalten (Art. 219 Abs. 1 ZPO).

Die X. reichte ihre Berufung gegen das Urteil des Bezirksgerichts Inn vom 20. Januar 2009, mitgeteilt am 21. April 2009, am 11. Mai 2009 und damit fristgerecht ein. Überdies entspricht die Berufung den Formerfordernissen, so dass darauf eingetreten werden kann.

2. Gegenstand des Berufungsverfahrens bildet die Frage, ob die Vorinstanz zu Recht die Beklagte verpflichtet hat, dem Kläger eine Konventionalstrafe in der Höhe von Fr. 30'000.-- zuzüglich 5 % Zins seit dem 5. November 2007 zu bezahlen.

a) Die Konventionalstrafe wird versprochen für den Fall, dass eine Vertragspartei ihre vertraglichen Pflichten nicht oder nicht richtig erfüllt (Art. 160 OR). Die Vereinbarung der Konventionalstrafe ist somit ein (aufschiebend) bedingtes Leistungsversprechen. Die Bedingung besteht in der Nichterfüllung beziehungsweise nicht richtigen Erfüllung der Hauptverpflichtung bei Fälligkeit (Gauch/Schluep/Emmenegger, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band II, 9. Aufl., Zürich 2008, N 3791). Bei vollkommen zweiseitigen Verträgen kann die Konventionalstrafe erst gefordert werden, wenn die Gläubigerin der Strafverpflichtung ihre eigenen Vertragspflichten aus dem Hauptvertrag erfüllt hat (Gauch/Schluep/Emmenegger, a.a.O., N 3797).

b) Die vorliegend interessierende Konventionalstrafe ist in Ziff. 6 der „weiteren obligatorischen Vertragsbestimmungen“ des Kaufvertrags vom 23. November 2006 enthalten und lautet wie folgt: „Falls dieser Kaufvertrag nicht zustande kommen sollte, verpflichtet sich die zurücktretende Partei der anderen eine Konventionalstrafe im Betrag von CHF 30'000.-- (dreissigtausend Schweizerfranken) zu bezahlen.“

Der Inhalt dieser vertraglichen Abrede ist nicht klar. Er ist daher durch Auslegung der Willensäusserungen der Parteien zu bestimmen. Ziel der Vertragsauslegung ist es in erster Linie, den übereinstimmenden wirklichen Parteiwillen festzustellen

(Art. 18 Abs. 1 OR). Bleibt eine tatsächliche Willensübereinstimmung unbewiesen, sind zur Ermittlung des mutmasslichen Willens der Parteien deren Erklärungen auf Grund des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie nach den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten (BGE 132 III 626 S. 632 E. 3.1 mit weiteren Hinweisen).

Die fragliche Klausel spricht von Nichtzustandekommen des Vertrags und von Vertragsrücktritt. Das Nichtzustandekommen des Kaufvertrags selbst als Verpflichtungsgeschäft konnte damit nicht gemeint sein, da dieser unbestrittenermassen zustandegekommen ist, und da dieser erst die Vereinbarung der Konventionalstrafe enthielt. Es konnte sodann auch nicht die Meinung der Parteien sein, dass die Konventionalstrafe nur bei Rücktritt vom Vertrag verfällt. Vielmehr bezweckten die Parteien das auf das Verpflichtungsgeschäft (Kaufvertrag) folgende Verfügungsgeschäft abzusichern und diejenige Vertragspartei zu bestrafen, welche ein allfälliges Scheitern des Vertragsvollzugs zu verantworten hat. Dies entspricht auch der gegebenen Interessenlage. Dass die Parteien die Klausel tatsächlich übereinstimmend im erwähnten Sinne verstehen, ergeht ihren Ausführungen in den Rechtsschriften und Plädoyers (vgl. Prozessseingabe vom 16. Juni 2008 S.4 Ziff.2; Plädoyer RA lic. iur. Marco Pool vom 20. Januar 2009 S. 3 und 4). Die Parteien begründen ihre Positionen damit, dass die jeweils andere Partei ihre vertraglichen Pflichten nicht erfüllt und dadurch den Nichtvollzug des Vertrags zu verantworten habe. Die Konventionalstrafe wurde somit nach dem übereinstimmenden Willen der Parteien vereinbart für den Fall, dass eine Partei ihre Vertragspflichten nicht oder nicht richtig erfüllt und dadurch zu verantworten hat, dass der Vertrag nicht vereinbarungsgemäss vollzogen werden kann. Im Folgenden ist demnach zu prüfen, ob die Vorinstanz zu Recht zum Schluss gelangt ist, dass die Beklagte dafür verantwortlich ist, dass der Kaufvertrag vom 23. November 2006 nicht vollzogen worden ist.

3. Die Vorinstanz hat die Gutheissung der Klage im Wesentlichen damit begründet, nachdem der Kaufvertrag von beiden Parteien unterzeichnet worden sei, habe der Kläger von der Beklagten nichts mehr gehört. Die Beklagte habe sich nicht an die Bank gewandt, zwecks Übernahme der Schuld. Es habe auch kein Zahlungsverprechen der Beklagten vorgelegen. Unter diesen Umständen habe der Kläger begründete Befürchtung gehabt, dass die Beklagte ihrer Pflicht zur Tilgung des Kaufpreises durch Übernahme der Pfandschuld und Überweisung des Restkaufpreises nicht nachkomme. Aus diesem Grund habe der Verkäufer die Löschungsbewilligung für das Maximalgrundpfand über Fr. 250'000.-- dem

Grundbuchamt nicht eingereicht und somit die Eigentumsübertragung nicht ermöglicht. Die Beklagte habe hingegen keine Befreiungsgründe geltend machen können. Wie noch zu zeigen sein wird, ist der Vorinstanz im Ergebnis beizupflichten.

a) Wie dem öffentlich beurkundeten Kaufvertrag vom 23. November 2006 entnommen werden kann, waren beide fraglichen Stockwerkeigentumseinheiten mit einer Grundpfandverschreibung von nominal Fr. 640'000.-- zugunsten der F. belastet. Mitverpfändet war ebenfalls die Parzelle Nr. G.. Die mitverpfändete Parzelle Nr. G. musste vom Verkäufer **bis am Tag des Besitzantrittes** aus der Pfandhaft entlassen werden (S. 1 und 2 des Kaufvertrages vom 23. November 2006), also spätestens am 31. Januar 2007 (Ziff. 1 der weiteren obligatorischen Vertragsbestimmungen, S. 4 des Kaufvertrages). Die Maximalgrundpfandverschreibung von Fr. 250'000.-- zugunsten von E. musste bis spätestens **zum Tag der Vertragserfüllung (31. Januar 2007)** vom Verkäufer abgelöst und im Grundbuch gelöscht werden (S. 2. des Kaufvertrages vom 23. November 2006). Ebenfalls **bis zum Erfüllungstag** hätte der Verkäufer – bei allseits richtiger Vertragserfüllung - den Vertrag zum grundbuchlichen Vollzug anmelden müssen (vgl. Ziff. 11 des Kaufvertrages vom 23. November 2006, S. 5). Der Erfüllungstag wurde auf den 31. Januar 2007 festgelegt. Dies ergibt sich einerseits aus Ziff. 1 der „weiteren obligatorischen Vertragsbestimmungen“ (S.4 des Kaufvertrages vom 23. November 2006), wonach der Besitzesantritt auf den 31. Januar 2007 erfolgt. Andererseits kann S. 2 des Vertrages entnommen werden, dass der Tag der Vertragserfüllung der 31. Januar 2007 sei.

Im Zwischenergebnis kann somit festgehalten werden, dass bei richtiger Vertragserfüllung des Verkäufers die mitverpfändete Parzelle Nr. G. aus der Pfandhaft hätte entlassen werden, die Grundpfandverschreibung von Fr. 250'000.- hätte abgelöst und im Grundbuch gelöscht, und der Vertrag zum grundbuchlichen Vollzug hätte angemeldet werden müssen, und zwar alles bis spätestens am 31. Januar 2007.

b) Der Käufer seinerseits war verpflichtet, den Kaufpreis zu tilgen, und zwar Fr. 608'000.-- durch Übernahme einer restlichen Kapitalschuld aus einem Grundpfandrecht und Fr. 42'000.-- durch Banküberweisung. Gemäss Ziff. 11 der „weiteren obligatorischen Vertragsbestimmungen“ bestand betreffend der Kaufpreiszahlung eine Vorleistungspflicht. Denn die Grundbuchanmeldung war **„sobald** der restliche Kaufpreis bezahlt oder sichergestellt ist“ abzugeben. Das heisst, dass der Kaufpreis vor der Grundbuchanmeldung zu bezahlen oder

sicherzustellen war. Die Käuferin war somit betreffend Sicherstellung oder Bezahlung des Kaufpreises vorleistungspflichtig. Es ist unbestritten, dass die Käuferin bis am 31. Januar 2007 dieser Verpflichtung nicht nachgekommen ist.

c) Wie bereits erwähnt, setzt die Verpflichtung zur Leistung einer Konventionalstrafe bei synallagmatischen Verträgen nicht nur voraus, dass der Schuldner nicht oder nicht richtig erfüllt hat. Voraussetzung ist auch, dass der Gläubiger der Strafverpflichtung seine eigenen Vertragspflichten aus dem Hauptvertrag erfüllt hat. Ob der angebliche Gläubiger der Strafverpflichtung (vorliegend Verkäufer) seine eigenen Vertragspflichten erfüllt hat oder nicht, ist aufgrund unterschiedlicher Kriterien zu prüfen, je nachdem, ob die Vorleistungspflicht der Käuferin als beständige oder unbeständige Vorleistungspflicht zu qualifizieren ist (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 4. April 2001, 4C.274/2000, E. 3.b.aa – 3.b.bb).

aa) Die eine Partei kann dergestalt vorleistungspflichtig sein, dass die Erbringung seiner Leistung eine Bedingung für den Eintritt der Fälligkeit der Gegenleistung bildet. So verhält es sich etwa, wenn sich der Käufer zur Zahlung innert eines Monats nach Erhalt der Ware verpflichtet. Solange der Verkäufer nicht liefert, wird die Gegenleistung nicht fällig. Das Wesen dieser Art der Vorleistungspflicht liegt darin, dass zwischen Vor- und Gegenleistung eine Frist bestehen bleibt. Sie beginnt mit Erbringung der Vorleistung zu laufen. Die Gegenleistung wird erst mit Ablauf der Frist fällig. Eine derartige Vereinbarung gewährleistet, dass der Vorleistungsempfänger die Gegenleistung erst erbringen muss, nachdem er die erhaltene Vorleistung auch während einer gewissen Zeit nutzen konnte. Dies ist namentlich dann sinnvoll, wenn die Gegenleistung aus dem durch die Nutzung der Vorleistung erzielten Ertrag erbracht werden soll. In der neueren Literatur hat sich dafür der Begriff der „beständigen Vorleistungspflicht“ eingebürgert (Urteil des Bundesgerichts vom 4. April 2001, 4C.274/2000, E. 3.b.dd). Trifft den Käufer eine beständige Vorleistungspflicht, wird die Gegenleistung des Verkäufers nicht fällig und er kann nicht in Verzug geraten, solange der Käufer nicht erfüllt hat. Solange kann dem Verkäufer keine Verletzung seiner vertraglichen Pflichten vorgeworfen werden (Marius Schraner, Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Teilband V1e, Die Erfüllung der Obligationen, Art. 68-96 OR, 3. Aufl., Zürich 2000, N 116 zu Art. 82 OR).

bb) Die Parteien können sich aber auch auf unterschiedliche Fälligkeitstermine einigen, ohne dass die eine Leistung eine Bedingung für die Fälligkeit der anderen bildet, indem beispielsweise der Verkäufer am 1. Januar 2001 zu liefern, der

Käufer am 1. Februar 2001 zu zahlen hat. Die Kaufpreiszahlung wird diesfalls fällig, unabhängig davon, ob der Verkäufer seine Leistung rechtzeitig erbringt. Ist die Leistung des Verkäufers bis zum 1. Februar 2000 noch nicht erfolgt, holt der Anspruch auf den Kaufpreis denjenigen auf Lieferung des Kaufgegenstandes ein, und es stehen sich zwei fällige Forderungen gegenüber. Damit erlischt die Vorleistungspflicht des Verkäufers, und die beidseitigen Leistungen sind nach Art. 82 OR Zug um Zug zu erbringen. Auch der Verkäufer kann nunmehr seine Leistung gestützt auf Art. 82 OR zurückhalten, sofern der Käufer seine Leistung nicht gehörig anbietet. Die neuere Lehre hat hierfür den Begriff der „nicht beständigen Vorleistungspflicht“ von der deutschen Doktrin übernommen.

cc) Ob die Pflicht zur Leistung beständig ist, bestimmt sich, wie die Frage nach dem Bestehen einer Vorleistungspflicht überhaupt, nach der von den Parteien getroffenen Vereinbarung, sofern das Gesetz keine zwingenden Bestimmungen enthält. Die Beständigkeit kann sich aber auch aus der Natur der Vereinbarung ergeben (Urteil des Bundesgerichts vom 4. April 2001, 4C. 274/2000, E. 3.b.cc).

dd) Vorliegend ist – wie noch zu zeigen sein wird – von einer beständigen Vorleistungspflicht auszugehen. Wie bereits ausgeführt, musste die mitverpfändete Parzelle Nr. G. vom Verkäufer bis am Tag des Besitzantrittes aus der Pfandhaft entlassen werden (S. 1 und 2 des Kaufvertrages vom 23. November 2006), also spätestens am 31. Januar 2007 (Ziff. 1 der weiteren obligatorischen Vertragsbestimmungen, S. 4 des Kaufvertrages). Die Pfandentlassung ist im Grundbuch anzumelden. Die Grundbuchanmeldung hat der Verkäufer gemäss Vertrag auf den Erfüllungstermin hin vorzunehmen, **sobald** der restliche Kaufpreis bezahlt oder sichergestellt ist. Mit dieser Formulierung wird zum Ausdruck gebracht, dass die Anmeldung am gleichen Tag, aber zeitlich nach der Bezahlung beziehungsweise Sicherstellung der Kaufpreisrestanz zu erfolgen hat. Damit wird bereits dem Wortlaut nach klar gesagt, dass die Bezahlung beziehungsweise Sicherstellung des restlichen Kaufpreises Voraussetzung und somit Bedingung für die Grundbuchanmeldung (inklusive Anmeldung der Pfandentlassung) ist. Die Grundbuchanmeldung ist erst dann, und nur dann vorzunehmen, wenn der Kaufpreis bezahlt beziehungsweise sichergestellt ist. Diese Regelung entspricht der vertragstypischen Interessenlage der Parteien. Die Anmeldung im Grundbuch hat nämlich bedingungslos zu erfolgen (Art. 12 GBV) und ist unwiderruflich. Somit liegt es im immanenten Interesse des Verkäufers, dass die Kaufpreiszahlung zum Zeitpunkt der Anmeldung im Grundbuch (beispielsweise durch ein unwiderrufliches Zahlungsverprechen einer Bank) sichergestellt ist. Dieses Zahlungsverprechen kann die Zahlung vom Nachweis der Grundbuchanmeldung

abhängig machen. Den Interessen des Käufers wird damit Rechnung getragen. Sinn und Zweck der Sicherstellung einer Kaufpreiszahlung und eines Zahlungsverprechens im Besonderen ist ja gerade, die Abwicklung eines Vertrags Zug um Zug zu ermöglichen (Müch/Böhringer/Kasper/Probst, Schweizer Vertragshandbuch, Zürich 2007, S. 46 N 4.1). Die Sicherstellung ist somit Voraussetzung der weiteren Vertragsabwicklung. Demnach liegt in diesem Fall eine beständige Vorleistungspflicht vor. Vor der Bezahlung beziehungsweise Sicherstellung des Kaufpreises wird somit die Leistung der Grundbuchanmeldung nicht fällig. Dem steht auch nicht entgegen, dass der Fälligkeitstermin für die Grundbuchanmeldung auf einen bestimmten Erfüllungstermin hin festgelegt wurde, da die Verpflichtung eben gleichzeitig von der Bezahlung/Sicherstellung der Kaufpreisrestanz abhängig gemacht wurde, was im Übrigen der gängigen Praxis bei Grundbuchgeschäften entspricht.

ee) Handelt es sich vorliegend nach dem Gesagten um eine beständige Vorleistungspflicht, so wird die Leistung des Verkäufers nicht fällig, solange die vorleistungspflichtige Käuferin ihre Leistung nicht erbracht hat. Es ist unbestritten, dass die Beklagte die Kaufpreisrestanz weder sichergestellt noch bezahlt hat. Unter diesen Umständen kann letztere auch nicht geltend machen, die Pfandentlassungserklärung der F. habe nicht vorgelegen. Etwas anderes würde nur dann gelten, wenn die Vorleistungspflicht entfällt, beispielsweise, wenn die vorleistungsberechtigte Partei sich in Annahmeverzug befindet oder erklären würde, sie könne die eigene Leistung nicht mehr fristgemäss erbringen (Marius Schraner, Zürcher Kommentar, a.a.O., N 118 ff. zu Art. 82 OR). Dies war jedoch vorliegend nicht der Fall. Im Weiteren ist in diesem Zusammenhang festzuhalten, dass es sich bei der Beibringung der Pfandentlassungserklärung ohnehin nur um eine zur Erfüllung der geschuldeten Pfandentlassung und der dafür erforderlichen Grundbuchanmeldung notwendige Vorbereitungshandlung handelt, auf die die Beklagte keinen direkten Anspruch hat. Sodann zielt auch die weitere Rüge der Beklagten ins Leere, wonach die Löschungsbewilligung für die Maximalgrundpfandverschreibung im 2. Rang über Fr. 250'000.-- durch E. bis zum 31. Januar 2007 nicht vorgelegen habe. Bei den Akten findet sich eine entsprechende Löschungsbewilligung. E. hat diese am 29. Januar 2007 unterzeichnet. Beim Grundbuchamt ist diese Löschungsbewilligung zwar erst am 27. Juni 2007 eingereicht worden. Wie bereits mehrfach ausgeführt, ist jedoch von einer beständigen Vorleistungspflicht der Käuferin auszugehen, so dass nicht zu beanstanden ist, dass die Maximalgrundpfandverschreibung über Fr. 250'000.-- bis zum 31. Januar 2007 im Grundbuch noch nicht gelöscht war. Schliesslich ist

die Beklagte auch nicht mit dem Einwand zu hören, der Kläger habe es unterlassen, den Kaufvertrag bis zum 31. Januar 2007 beim Grundbuchamt anzumelden. Der Vertrag war vom Verkäufer zum grundbuchlichen Vollzug erst dann anzumelden, sobald der restliche Kaufpreis bezahlt oder sichergestellt war. Da der restliche Kaufpreis weder bezahlt noch sichergestellt war, musste der Verkäufer auch nicht den grundbuchlichen Vollzug veranlassen. Die Gegenleistung des Klägers wird - da eine beständige Vorleistungspflicht der Käuferin vorliegt - nicht fällig und er kann nicht in Verzug geraten, solange die Käuferin nicht erfüllt hat.

d) Im Resultat kann somit festgehalten werden, dass die Beklagte in Bezug auf den Kaufpreis eine beständige Vorleistungspflicht traf und sie dieser Verpflichtung nicht nachgekommen ist. Daraus folgt, dass die Gegenleistung von Y. (Pfandentlassung der Parzelle Nr. G., Löschungsbewilligung für das Maximalgrundpfand über Fr. 250'000.--, Anmeldung des Kaufvertrags beim Grundbuchamt) nicht fällig geworden ist. Dem Kläger kann somit keine Verletzung seiner vertraglichen Pflichten vorgeworfen werden. In Bezug auf die vereinbarte Konventionalstrafe bedeutet dies, dass die Konventionalstrafe von der Beklagten geschuldet ist, da sie den Nichtvollzug des Kaufvertrags zu verantworten hat und dem Verkäufer keine Vertragsverletzung vorgeworfen werden kann. Demnach ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz die Klage teilweise gutgeheissen und die Beklagte verpflichtet hat, dem Kläger Fr. 30'000.-- zuzüglich 5% Zins seit dem 5. November 2007 zu bezahlen. Der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. 4100905 des Betreibungsamtes H. wurde zu Recht in diesem Umfang aufgehoben und dem Kläger die definitive Rechtsöffnung erteilt. Die Berufung ist somit vollumfänglich abzuweisen.

e) Selbst aber wenn man entgegen obigen Ausführungen von einer unbeständigen Vorleistungspflicht ausgehen würde, führte dies vorliegend zu demselben Ergebnis. In diesem Fall beurteilt sich eine Klage je nach Zeitpunkt unterschiedlich: Vor Fälligkeit der Leistung des Verkäufers gilt das für die beständige Vorleistungspflicht Gesagte analog.

Mit Fälligkeit der Gegenleistung erlischt die Pflicht zur Vorleistung durch Zeitablauf. Will der Käufer seine Leistung zurückhalten, kann er die Einrede des nicht erfüllten Vertrages erheben. Dem Verkäufer erwächst lediglich ein bundesrechtlicher Anspruch auf Verpflichtung des Beklagten zur Leistung Zug um Zug gegen Erbringung der Gegenleistung (Urteil des Bundesgerichts vom 4. April 2001, 4C. 274/2000, E. 3.b.dd). Bei einer für den Fall einer Nicht-

/Schlechterfüllung vereinbarten Konventionalstrafe bedeutet dies, dass vor Fälligkeit der Leistung des Verkäufers Letzterem keine Vertragsverletzung vorgeworfen werden kann, und er somit die Konventionalstrafe bei Verletzung der Vertragspflicht durch den Käufer in jedem Fall geltend machen kann. Nach Fälligkeit der Leistung des Verkäufers kann der Käufer seine Leistung hingegen zurückbehalten, muss aber die Einrede des nicht erfüllten Vertrages erheben. Die Leistung oder Leistungsbereitschaft des Gläubigers werden vermutet, solange der belangte Schuldner die Einrede nicht erhebt (Marius Schraner, Zürcher Kommentar, a.a.O., N 6 f. zu Art. 82 OR). In welcher Form und bis zu welchem Verfahrensstadium die Einrede zu erheben ist, bestimmt sich nach dem jeweiligen anwendbaren kantonalen Prozessrecht. Im Kanton Graubünden sind Einreden materiellrechtlicher Natur unter Ausschlussfolge in den Rechtsschriften zu erheben. Die erst anlässlich der Hauptverhandlung erfolgte Geltendmachung ist verspätet und unbeachtlich (vgl. PKG 1996 Nr. 9 S. 38 ff.). Die Behauptung des fordernden Gläubigers, die eigene Leistung erbracht zu haben gehört demgegenüber nicht zum Klagefundament (Rolf H. Weber, Berner Kommentar, VI/1/4, 2. Aufl., Bern 2005, N 200 zu Art. 82 OR). Dies gilt analog im Zusammenhang mit der Geltendmachung einer Konventionalstrafe. Vorliegend hat der Käufer die Einrede des nicht erfüllten Vertrags erstmals anlässlich der Hauptverhandlung vor Vorinstanz und somit verspätet erhoben. Da, wie eben ausgeführt, die Leistung des Gläubigers vermutet wird, solange die Schuldnerin die Einrede nicht erhebt, ist davon auszugehen, dass der Verkäufer seinerseits seinen Verpflichtungen nachgekommen ist. Die Voraussetzungen für die Geltendmachung der Konventionalstrafe wären somit - selbst bei Annahme einer unbeständigen Vorleistungspflicht - erfüllt.

4. Im Ergebnis ist die Berufung der X. somit vollumfänglich abzuweisen, so dass die Kosten des Berufungsverfahrens der Berufungsklägerin aufzuerlegen sind (Art. 122 Abs. 1 ZPO). Ausserdem wird die Berufungsklägerin verpflichtet, dem Berufungsbeklagten die ihm durch den Rechtsstreit verursachten notwendigen Kosten zu ersetzen (Art. 122 Abs. 2 ZPO). Aufgrund der sich im vorliegenden Verfahren stellenden Sach- und Rechtsfragen wird die ausseramtliche Entschädigung auf Fr. 2'000.-- festgesetzt einschliesslich Spesen und Mehrwertsteuer.

III. Demnach wird erkannt

1. Die Berufung wird abgewiesen.
2. Die Kosten des Berufungsverfahrens, bestehend aus einer Gerichtsgebühr von Fr. 4'000.-- und einer Schreibgebühr von Fr. 224.--, insgesamt somit Fr. 4'224.--, gehen zu Lasten der Berufungsklägerin, welche den Berufungsbeklagten ausserdem mit Fr. 2'000.-- inklusive MwSt. aussergerichtlich zu entschädigen hat.
3. Gegen diese, einen Streitwert von mindestens 30'000 Franken betreffende Entscheidung kann gemäss Art. 72, Art. 74 Abs. 1 lit. b des Bundesgerichtsgesetzes (BGG) Beschwerde in Zivilsachen an das Schweizerische Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, geführt werden. Die Beschwerde ist dem Bundesgericht schriftlich, innert 30 Tagen seit Eröffnung der vollständigen Ausfertigung der Entscheidung in der gemäss Art. 42 f. BGG vorgeschriebenen Weise einzureichen. Für die Zulässigkeit, die Beschwerdelegitimation, die weiteren Voraussetzungen und das Verfahren der Beschwerde gelten die Art. 29 ff., 72 ff. und Art. 90 ff. BGG.
4. Mitteilung an: