

# Unzulässigkeit der vorläufigen Eintragung eines Verkäuferpfandrechtes durch den Einzelrichter im summarischen Verfahren

Fehlendes Rechtsschutzinteresse des Verkäufers an einer vorläufigen Eintragung eines Verkäuferpfandrechtes im Grundbuch gemäss Art. 961 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB

Dr. iur. Peter Reetz / Daniel Szykora

In diesem Fall hatten die Kläger vom Einzelrichter eine superprovisorische Verfügung des Inhalts erwirkt, wonach das zuständige Grundbuchamt Schlieren angewiesen wurde, auf von den Klägern bezeichneten Grundstücken ein Verkäuferpfandrecht im Grundbuch vorläufig einzutragen. Das (superprovisorische) Eintragungsbegehren der Kläger stützte sich auf Art. 961 ZGB i.V.m. Art. 837 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB. Im Nachgang zur (mündlichen) Hauptverhandlung erliess der Einzelrichter im summarischen Verfahren eine Verfügung, in welcher er die Klage der Verkäufer auf Eintragung eines Verkäuferpfandrechtes mangels Rechtsschutzinteresse derselben abwies.

Entscheid des Einzelrichters im summarischen Verfahren des Bezirks Affoltern vom 10. März 2008, Prozessnummer ES070022

## Erwägungen:

1. Der Kläger hat im summarischen Verfahren seinen Anspruch auf vorläufige Eintragung eines Grundpfandrechtes glaubhaft zu machen (Art. 961 Abs. 3 ZGB). Ungenügend für ein Glaubhaftmachen sind dabei blosser Parteibehauptungen, auch wenn diese plausibel erscheinen; vielmehr muss ein Beweisanspruch vorliegen bzw. eine Beweisführung «mindestens den Grundzügen nach» gegeben sein (Praxis 2003 Nr. 71 S. 375).
2. Das Begehren um vorläufige Eintragung eines Verkäuferpfandrechtes stützt sich auf Art. 961 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB. Art. 837 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB gibt dabei dem Verkäufer eines Grundstückes den Anspruch auf *definitive* Eintragung eines mittelbaren gesetzlichen Grundpfandrechtes (sog. «Verkäuferpfandrecht»).
3. Die *vorläufige* Eintragung eines Grundpfandrechtes als vorsorgliche Massnahme wird durch Art. 961 ZGB ermöglicht, um die dreimonatige Frist gemäss Art. 838 ZGB zu wahren bzw. um deren Verwirkung zu verhindern (Rainer Schumacher, Das Baupfandrecht, 2. Auflage, Zürich 1982, N 746).

4. Verlangt der Kläger nur die *vorläufige* Eintragung (in casu: eines Verkäuferpfandrechtes), so darf das Gericht aufgrund der Dispositionsmaxime keine definitive Eintragung eines Pfandrechtes verfügen. Eine derartige «Änderung in ein ordentliches Verfahren» würde indes dem Kläger auch nicht helfen, da die relativ kurze Frist von drei Monaten für die Eintragung eines Verkäuferpfandrechtes gemäss Art. 838 ZGB bei einem in der Regel länger dauernden ordentlichen Verfahren (im Zeitpunkt des Urteils) verwirkt wäre.
5. Das Recht auf vorläufige Eintragung eines Verkäuferpfandrechtes muss sich auf eine gesetzliche Grundlage stützen können, wobei hierfür einzig Art. 961 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB in Frage kommt. Art. 961 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB schützt dabei diejenigen, welcher – entgegen einem bestehenden Grundbucheintrag – ein besseres dingliches Recht behauptet, wobei dieser Anspruch eine Gefährdung der fraglichen Rechtsposition (welche glaubhaft zu machen ist) voraussetzt.
6. Der Anspruch auf Eintragung eines Grundpfandrechtes ist demgegenüber *realobligatorischer* – und somit *obligatorischer* – Natur (Josef Hofstetter in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser, Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, 3. Auflage, Basel/Gent/München 2007, N 11 zu Art. 837/838 ZGB). Da Art. 961 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB die Vormerkung einer vorläufigen Eintragung indes nur zur Sicherung behaupteter *dinglicher* (nicht jedoch obligatorischer bzw. realobligatorischer) Rechte zulässt, fällt der Anspruch auf Eintragung eines Grundpfandrechtes grundsätzlich nicht unter Art. 961 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz bildet das Bauhandwerkerpfandrecht, welches (trotz seiner obligatorischen Natur) vorläufig im Grundbuch eingetragen werden kann, was Praxis und Lehre aus Art. 22 Abs. 4 GBV (wo ausdrücklich auf Art. 961 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB verwiesen wird) ableiten.
7. In der Lehre strittig ist jedoch, ob die Ausnahme von Art. 22 Abs. 4 GBV auch für andere gesetzliche Grundpfandrechte wie etwa das Verkäuferpfandrecht gilt, denn weder die Grundbuchverordnung selbst noch eine andere Verordnung oder gar ein Gesetz sehen eine Norm vor, wonach die vorläufige Eintragung des Verkäuferpfandrechtes nach Art. 961 ZGB möglich wäre. Gemäss Art. 22a GBV gilt die Regelung von Art. 22 Abs. 4 GBV auch für die Pfandrechte nach Art. 779d, Art. 779i und Art. 779k sowie Art. 712i ZGB. In dieser Aufzählung ist jedoch das in Art. 837 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB geregelte Verkäuferpfandrecht nicht erfasst.
8. Zu prüfen ist daher, ob der Bundesrat mit der Aufzählung in Art. 22a GBV (welche das Verkäuferpfandrecht nicht enthält) eine abschliessende Regelung treffen wollte, für welche Pfandrechte ausnahmsweise eine vorläufige Eintragung offen steht, oder ob eine (echte) Lücke besteht.

9. Da sich aus den Materialien (BBl 1963 I 969 ff.) keine Absicht des Gesetzgebers erkennen lässt, ob es sich bei Art. 22a GBV um eine abschliessende Aufzählung handelt oder nicht, ist die Frage im Lichte der ratio legis von Art. 22 Abs. 4 GBV zu entscheiden. Auszugehen ist dabei vom Grundsatz, dass Art. 961 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB (auf den Art. 22 Abs. 4 GBV verweist) bezweckt, Fristwahrung und Rang der Eintragung des Pfandrechtes sicherzustellen, da Art. 838 und Art. 839 Abs. 2 ZGB eine relativ kurze Eintraagsfrist im Grundbuch von drei Monaten vorsehen (Fainer Schuhmacher, a.a.O., N 746). Diese Frist ist insbesondere dann kurz, wenn die definitive Eintragung eines Pfandrechtes die Zustimmung des Grundeigentümers bzw. einen materiell rechtskräftigen Gerichtsentscheid voraussetzt, wie dies beispielsweise beim Bauhandwerkerpfandrecht der Fall ist.
10. Für die Eintragung eines Verkäuferpfandrechtes ist die Zustimmung des Käufers und Grundeigentümers jedoch (anders als beim Bauhandwerkerpfandrecht) nicht erforderlich. Im Gegensatz zum Bauhandwerker (Art. 839 Abs. 3 ZGB) ist es dem Verkäufer (ohne Weiteres) möglich, das Pfandrecht unter Vorlage des öffentlich beurkundeten Kaufvertrages beim Grundbuchamt anzumelden (Josef Hofstetter, a.a.O., N 17 zu Art. 837/838 ZGB; Jörg Schmid/Bettina Hürlimann-Kapp, Sachenrecht, 2. Auflage, Zürich 2003, N 1681). Entsprechend besteht keine Gefährdung der Rechtsposition des Verkäufers, weshalb er auch kein Rechtsschutzinteresse an der Möglichkeit der vorläufigen Eintragung eines Verkäuferpfandrechtes hat.

## Anmerkungen

Vorbemerkung: Die Kommentatoren waren als Rechtsvertreter einer Partei an diesem Verfahren beteiligt.

[Rz 1] Der Entscheid des Einzelrichters im summarischen Verfahren des Bezirkes Affoltern ist gut begründet und berücksichtigt sowohl Wortlaut, Entstehungsschichte als auch ratio legis von Art. 22 Abs. 4 GBV und Art. 22a GBV. Er ist – soweit ersichtlich – der erste Entscheid, der sich explizit mit der Frage der Zulässigkeit der Eintragung eines Verkäuferspandrechtes im summarischen Verfahren befasst.

[Rz 2] Der Entscheid geht von der richtigen Prämisse aus, dass vorliegend eine Eintragung (des Verkäuferspandrechtes) allein auf Art. 961 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB hätte gestützt werden können (was dann indes vom Einzelrichter – zu Recht – abgelehnt wurde). Nicht als Rechtsgrundlage für eine Eintragung kommen demgegenüber Art. 959 ZGB und Art. 960 ZGB in Frage. Gemäss Art. 959 ZGB können persönliche Rechte im Grundbuch vorgemerkt werden, wenn deren Vormerkung ausdrücklich durch das Gesetz vorgesehen ist. Das Gesetz sieht jedoch weder im Katalog von Art. 959 ZGB noch in einer anderen Norm die Vormerkung des Verkäuferspandrechtes im Sinne von Art. 959 ZGB vor. Art. 960 ZGB handelt von Verfügungsbeschränkungen, wozu ein Verkäuferspandrecht ebenfalls nicht gehört.

[Rz 3] Tatsächlich ist nicht ersichtlich, worin das (wohlverständene) Interesse des Verkäufers an einer gerichtlichen (durch Anweisung an das Grundbuchamt erfolgenden) Eintragung eines Verkäuferspandrechtes bestehen soll, nachdem es dem Verkäufer – unbestrittenemassen – offen steht, durch Vorlage des (beim Grundbuchamt als Beleg überdies bereits vorhandenen, vgl. Art 948 Abs. 2 ZGB) öffentlich beurkundeten Kaufvertrages selbst ohne Einwilligung des Käufers die Eintragung des Verkäuferspandrechtes im Grundbuch (direkt beim Grundbuchamt) zu erwirken (Bettina Deillon-Schegg, Grundbuchanmeldung Prüfungspflicht des Grundbuchverwalters im Eintragsverfahren, Diss. Zürich 1997, 261 f.).

[Rz 4] Aufgrund des Gesagten ist ein genügendes Rechtsschutzinteresse an einer gerichtlichen Eintragung eines Verkäuferspandrechtes allein in demjenigen (wohl sehr seltenen) Fall auszumachen, in dem sich das Grundbuchamt (zu Unrecht) weigert, ein Verkäuferspandrecht im Grundbuch einzutragen, wobei diesfalls vorzugsweise auch der entsprechende Entscheid des Grundbuchamtes anzufechten wäre.

[Rz 5] Die vorstehenden Ausführungen gelten mutatis mutandis auch für den Fall eines gerichtlichen Begehrens auf *definitive* Eintragung eines Verkäuferspandrechtes: Auch für ein derartiges Rechtsbegehren fehlt es dem Verkäufer offenkundig an einem Rechtsschutzinteresse, da er die Eintragung des Verkäuferspandrechtes selbst (innert Frist) direkt beim Grundbuchamt verlangen kann. Aus diesem Grund ist noch weniger (als dies bereits für eine vorläufige, gerichtlich angeordnete Eintragung der Fall ist) ersichtlich, warum darüber die Gerichte (in einem ordentlichen, regelmässig mehrere Jahre dauernden Verfahren) entscheiden sollten.

[Rz 6] Der kommentierte Entscheid ist auch deshalb interessant, da die Mehrheit in der Lehre (an sich) die gegenteilige Auffassung (Zulässigkeit einer gerichtlich bewilligten vorläufigen Eintragung eines Verkäuferspandrechtes im Grundbuch) vertritt (Überblick bei Bernhard Schnyder, Vertragserfüllung und deren Sicherung in sachenrechtlicher Hinsicht, S. 173, in: Alfred Koller (Hrsg.), Der Grundstückskauf, 2. Aufl., Bern 2001). Zu beachten ist indes, dass sich die bei Schnyder zitierte Literatur – mit Ausnahme der sorgfältig begründeten Dissertation von Bettina Deillon-Schegg (Grundbuchanmeldung und Prüfungspflicht des Grundbuchverwalters im Eintragsverfahren, Diss. Zürich 1997) – nicht vertieft mit der hier re-ferierten Problematik auseinandersetzt bzw. vielmehr en passant von der Zulässigkeit der vorläufigen Eintragung eines Verkäuferspandrechtes im Grundbuch ausging (so auch BGE 74 II 231).

[Rz 7] In prozessualer Hinsicht ist schliesslich festzuhalten, dass der Einzelrichter (welcher bei den Verkäufern zu recht ein fehlendes Rechtsschutzinteresse konstatierte) richtigerweise auf die Klage gar nicht hätte eingetreten dürfen (statt sie – wie vorliegend erfolgt – abzuweisen). Fehlt es nämlich an einer Prozessvoraussetzung (wie dies beim Fehlen eines genügenden Rechtsschutzinteresses der Fall ist), so darf kein Sachurteil ergehen und die Klage ist durch ein Prozessurteil, d.h. einen Nichtertrittensentscheid, zu erledigen (so explizit nun auch Art. 57 der geplanten Schweizerischen Zivilprozessordnung).

---

PD Dr. Peter Reetz ist Fachanwalt SAV Bau- und Immobilienrecht  
Ilic, Iur. Daniel Sykora

---

Erschienen in: Jusletter 30. Juni 2008 und hier abgedruckt mit Genehmigung der Verfasser

---

#### Bemerkung der Redaktion:

Eine andere Betrachtungsweise zur vorliegenden Thematik folgt in der nächsten Ausgabe des Mitteilungsblattes, verfasst von Jürg Schmid, a. Notariatsinspektor.