



Der Fluch der „guten Taten“ von BGH und Gesetzgeber oder ...

Wie zum Teufel kommt die GbR ins Grundbuch?

Es war mal ein attraktives Ding: flexibel, von geringer Formstrenge, anpassungsfähig, unkompliziert – die Grundstücksgesellschaft bürgerlichen Rechts (Grundstücks-GbR). Bis 2001 der Bundesgerichtshof ihre wahre (Rechts-) Natur entdeckte und dem fröhlichen Ding die höhere Weihe verpasste und ihm die Teilrechtsfähigkeit verlieh und später auch noch die Grundbuchfähigkeit. Da wollte der Gesetzgeber nicht nachstehen und verlieh dem Ganzen auch noch seinen Segen. Doch beide haben ihre Rechnung ohne die Wirte in der Instanz gemacht. Denn wenn eine GbR jetzt ins Grundbuch will oder – wenn sie schon im Grundbuch ist – ihren Gesellschafterbestand ändern möchte, blinken die Ampeln der Rechtspfleger in unterschiedlichen Farben: mal rot, mal grün, mal gelb. Selbst in den Berliner Grundbuchämtern verfolgt jeder Rechtspfleger seine eigene Linie (wie z. B. in Tempelhof-Kreuzberg), in anderen Grundbuchämtern haben sich alle Rechtspfleger auf eine einheitliche Linie verständigt (wie z. B. in Lichtenberg). Und viele weisen sämtliche Anträge auf Umschreibung von Immobilien auf eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts zurück, wenn die Gesellschaft nicht in der Urkunde gegründet wurde, die zugleich auch die Auflassungserklärung enthält.

Von Rechtsanwalt und Notar Dr. WOLFGANG PROBANDT

1. Historischer Rückblick

Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR, auch BGB-Gesellschaft genannt) war seit Einführung durch das BGB im Jahre 1900 eine beliebte Gesellschaftsform, insbesondere auch im Grundstücksverkehr. Ausschlaggebend hierfür war neben der flexiblen Ausgestaltung insbesondere ihre geringe Formstrenge. Weder die Gründung oder die Ausgestaltung ihrer inneren Verfassung noch Veränderungen in ihrer Zusammensetzung oder Zielrichtung bedürfen, von wenigen Ausnahmen abgesehen, einer bestimmten Form. Im Regelfall können sämtliche sie betreffenden Rechtsakte durch formfreie Vereinbarung der Gesellschafter vorgenommen werden. Dies galt auch für die *grundbesitzende* GbR, sofern die Gesellschafter bei der Gründung nicht die Verpflichtung zum Kauf oder zum Verkauf bestimmter Immobilien übernahmen; nur in diesen Fällen erforderte § 311 b BGB die notarielle Beurkundung des Gründungsaktes. Der Erwerb von Grundbesitz durch eine bereits bestehende GbR bereitete aus grundbuchrechtlicher Sicht keine Schwierigkeiten und bedurfte keiner besonderen Nachweise über die *Gründung* und die *Zusammensetzung* der Gesellschaft. Ebenso einfach und problemlos gestaltete sich der *Gesellschafterwechsel*

bei der grundbesitzenden GbR, der formfrei *außerhalb des Grundbuchs* möglich war. Die entsprechende (berichtigende) Änderung des Grundbuchs erfolgte durch eine von sämtlichen Beteiligten gegenüber dem Grundbuchamt abgegebene Zustimmung (Berichtigungsbewilligung), die lediglich beglaubigt werden musste (§ 29 GBO). Dies beruhte darauf, dass die Gesellschaft aus den Gesellschaftern in ihrer gesamthänderischen Bindung bestand, aber nicht als solche Träger von Rechten und Pflichten war.

2. Änderung der Rechtsprechung

Diese Auffassung von der Rechtsnatur der GbR wurde zuerst im Jahre 2001 durch Anerkennung der Teilrechtsfähigkeit¹⁾ und später durch Anerkennung ihrer Grundbuchfähigkeit²⁾ geändert. Dadurch wurde die GbR als solche zwar aufgewertet, weil sie jetzt selber Träger von Rechten und Pflichten sein konnte, ihre praktische Handhabung im Grundbuchverkehr aber erheblich beeinträchtigt bzw. sogar unmöglich gemacht. Die *fehlende Registrierung* der GbR, ihres Gesellschafterbestandes und damit ihrer Vertretungsverhältnisse machten es unmöglich, mit grundbuchrechtlichen Mitteln die Berechtigung der für die GbR Handelnden festzustellen. Erst

durch Änderung einer Reihe grundbuchrechtlicher Vorschriften und insbesondere Einfügung des § 899 a BGB wurde die Verkehrsfähigkeit von Immobilien, als deren Eigentümer eine GbR eingetragen war, wiederhergestellt. Damit wurde für die Verfügung „in Ansehung des eingetragenen Rechts“ vermutet, dass die im Grundbuch eingetragenen Gesellschafter weiterhin allein Verfügungsbefugte sind. Schon bald war jedoch festzustellen, dass der Gesetzgeber mit dieser Gesetzesänderung wohl zu kurz gesprungen war. Bewirkt werden sollte, dass „die GbR grundbuchverfahrensrechtlich im Wesentlichen weiterhin so behandelt werden kann wie vor Anerkennung ihrer Rechtsfähigkeit durch die Rechtsprechung“. Damit sollte die Kontinuität in der Grundbuchpraxis gewährleistet werden³⁾. Dies hat man zwar für bereits eingetragene GbRs in gewissem Umfang erreicht, nicht aber für neu einzutragende Gesellschaften, wie in der Folge insbesondere die Beschlüsse des OLG München⁴⁾ und des Kammergerichts⁵⁾ gezeigt haben.

3. Problem bei Erwerb von Immobilien durch GbR

Mit diesen Beschlüssen wurden Beschwerden gegen Entscheidungen des Grundbuchamtes, mit denen Anträge auf Eintragung von GbRs zurückgewiesen worden waren, bestätigt. Begründet wurde dies damit, dass bei einer GbR, die bereits vor der Auflassung des Grundstücks gegründet worden war, der Nachweis über ihre Existenz und Identität sowie über die Vertretungsberechtigung nicht mit grundbuchtauglichen Mitteln geführt werden könne. Da die GbR nicht in einem öffentlichen Register verzeichnet sei, könne weder deren Identität noch die Vertretungsberechtigung der für sie handelnden Personen in grundbuchmäßiger Form geführt werden. Dieses

1) BGHZ 146, 341 = GE 2001, 276 = NJW 2001, 1056

2) BGH, Beschluss vom 4. Dezember 2008 - V ZB 74/08 - GE 2009, 113

3) BT-Drs. 16/13437

4) vom 5. Februar 2010 - 34 Wx 116/09 -, NJW-Spezial 2010, 176

5) vom 22. Juni 2010 - 1 W 277/10 -



Problem sei auch durch das Gesetz zur Einführung des elektronischen Rechtsverkehrs und der elektronischen Akte im Grundbuchverfahren sowie zur Änderung weiterer grundbuch-, register- und kostenrechtlicher Vorschriften (ERVGBG) vom 11. August 2009⁶⁾ nicht gelöst worden. Die damit eingeführten Bestimmungen (§ 899 a BGB, § 47 II GBO) würden die Eintragung der GbR im Grundbuch voraussetzen. Wesentlich pragmatischer haben das OLG Saarbrücken⁷⁾ und OLG Oldenburg⁸⁾ das Problem gelöst. Danach können Identität und Vertretungsbefugnisse durch die in der notariellen (Auflassungs-) Urkunde enthaltene Erklärung der Vertragsschließenden, für eine bestimmte namentlich bezeichnete GbR handeln zu wollen, nachgewiesen werden. In Anbetracht der Tatsache, dass auch die Neugründung letztlich nichts anderes als diese Erklärung ist, berücksichtigen diese Entscheidungen die dienende Funktion des Grundbuchsrechts, die die Buchbarkeit von Eigentum nicht beschränken soll⁹⁾. Im Übrigen übersieht das KG, dass der BGH bereits in seinem Beschluss vom 4. Dezember 2008¹⁰⁾ dieses Problem gesehen und im Sinne der Grundbuchfähigkeit der GbR entschieden hat.

4. Problem bei Änderung im Gesellschafterbestand

Ein weiteres Problem stellt die Änderung des Gesellschafterbestandes einer bereits im Grundbuch eingetragenen GbR dar. Zwar hat der Gesetzgeber dieses Problem gesehen und wollte es durch § 899 a Satz 2 BGB lösen. Nicht alle hierzu ergangenen Entscheidungen und eine Reihe von Stimmen aus dem Kreis der Rechtspfleger folgen der Begründung zu dieser Vorschrift allerdings nicht. So wird argumentiert, dass aus dieser Vorschrift nicht abgeleitet werden könne, dass der weichende Gesellschafter bewilligungsberechtigt sei, dass ihm der übertragene Anteil im Zeitpunkt der vorliegenden Anteilsübertragung überhaupt zustand, dass die der Übertragung zustimmenden Gesellschafter im Zeitpunkt der Zustimmung ebenfalls Inhaber ihrer Anteile und zu diesem Zeitpunkt keine weiteren Gesellschafter vorhanden waren, und dass der Anteil eines verstorbenen Gesellschafters im Zeitpunkt des Erbfalls zum Vermögen des Erblassers gehörte¹¹⁾. Es stellt sich die Frage, nach welcher Rechtsgrundlage das Grundbuchamt im Berichtigungsverfahren von vorstehenden Argumenten ausgehen kann.

5. Strengere Nachweiserfordernisse

Bezeichnend ist, dass die Rechtsprechung

die formalen Gesichtspunkte des Grundbuchsrechts stärker betont, als sie bisher in der Praxis gehandhabt wurden. So wurde selbst bei im Register eingetragenen Gesellschaften bis zuletzt stillschweigend angenommen, dass die Vertretungsverhältnisse übereinen Zeitraum von ca. sechs Wochen unverändert bleiben, also nicht mit absoluter Sicherheit nachgewiesen werden müssen. Hierfür mag in der Vergangenheit ein gewisses praktisches Bedürfnis bestanden haben, da Handelsregistereinsichten zeitnah nur im Register selbst erfolgen konnten und andernfalls „der Grundbuchverkehr unangemessen erschwert“ würde¹²⁾. Aber auch früher wäre es möglich gewesen, die Vertretungsbefugnis rückwirkend zu bescheinigen; durch die Möglichkeit der elektronischen Einsicht ist heute mit geringem Aufwand eine tagesaktuelle Bestätigung (sogar durch das Grundbuchamt selbst) gegeben. Wie man sieht, hat die Formstrenge im Bereich der GbR die an anderen Stellen im Grundbuchsrecht geltenden Maßstäbe überholt.

6. Lösung für die Praxis

Wie soll der Praktiker vorgehen, wenn er diese Unsicherheiten vermeiden und dennoch zeitnah eine GbR ins Grundbuch bringen möchte, ohne – wie bei Publikums-GbRs üblich – einen Grundbuchtrevhändler eintragen zu lassen? Einen wirklich sicheren Weg gibt es nicht. Allerdings scheint es möglich, die GbR in der Urkunde zu gründen, mit der auch der Kaufvertrag mit der dann neu gegründeten GbR geschlossen und die Auflassung erklärt wird¹³⁾. Das Problem der späteren Veränderung im Gesellschafterbestand ist damit aber nicht gelöst, weshalb teilweise empfohlen wird, zugleich mit der Gründung den Gesellschaftern unabhängig von der gesellschaftsrechtlichen Vertretungsbefugnis (gemeinsam) eine umfassende Vollmacht zu erteilen, mit der sie die GbR auf der Grundlage der §§ 164 ff. BGB vertreten können.

7. Ausblick

Sollte der BGH, dem mit der Rechtsbeschwerde die Entscheidung des KG vom 22. Juni 2010 zur Überprüfung vorgelegt worden ist (V ZB 194/10), nicht zu dem Ergebnis gelangen, dass, sofern die GbR grundbuchfähig bleiben soll, gewisse Unsicherheiten über die Identität, den Bestand und die Vertretungsbefugnis der GbR in Kauf genommen werden müssen, wird erneut der Gesetzgeber gefragt sein, um eine gesetzliche Regelung für die Grundbuchfähigkeit der noch nicht eingetragenen GbR

zu finden. Wann mit der Entscheidung des BGH zu rechnen ist, ist ungewiss.

8. Ist eine partielle Unsicherheit hinnehmbar?

Will man eine Gesellschaftsform außerhalb der Publizität und des Gutgläubenschutzes des Registerrechts, wird sich dies nicht umgehen lassen. Hinnehmbar ist es in dem Umfang, in dem die Beteiligten für eine allein aus ihnen bestehende GbR handeln und eine etwaige Rechtsnachfolge im Gesellschafterbestand in der Form des § 29 GBO nachgewiesen ist. Damit könnten die Gesellschafter einer von ihnen zu einem früheren Zeitpunkt formlos errichteten GbR für diese handeln, sofern sie versichern, dass die vertretene Gesellschaft über keine anderen Gesellschafter verfügt als die sie Vertretenden. Damit ist zwar weder ausgeschlossen, dass sie eine (so) nicht existierende Gesellschaft vertreten, noch dass mehrere Gesellschaften zwischen ihnen mit derselben Bezeichnung bestehen. Solange man aber nicht die Vorlage einer Steuernummer zur Identifizierung einer GbR verlangen will, müsste man für Zwecke des Grundstücksverkehrs annehmen, dass alle GbRs mit demselben Gesellschafterbestand und derselben Bezeichnung identisch sind, auch wenn dies tatsächlich nicht der Fall ist. Die Gesellschafter haben es nämlich in der Hand, durch eine unterschiedliche Namensgebung die einzelnen mit identischem Gesellschafterbestand bestehenden GbRs voneinander zu unterscheiden. Geschieht dies nicht, müssen sie und der Rechtsverkehr es hinnehmen, dass sie als eine Gesellschaft behandelt werden. Eine tatsächlich nicht bestehende GbR würde allein durch den in der Vertretungshandlung zum Ausdruck kommenden Willen der Gesellschafter, eine derartige Gesellschaft zu haben, konkludent gegründet.

6) BGBl. I S. 2713

7) Beschluss vom 26. Februar 2010 - 5 W 371/09-134, ZfR 2010, 329

8) Beschluss vom 19. Juli 2010 - 2 W 133/10 -, ZIP 2010, 1846

9) vgl. BGH, Urt. vom 25. Januar 2008 - V ZR 63/07 -, NJW 2008, 1378, 1379

10) V ZB 74/08 - GE 2009, 113

11) vgl. den Entwurf einer Zurückweisungsverfügung im Rechtspflegerforum (<http://www.rechtspflegerforum.de/showthread.php?39780-GbR-Erwerb-Zuruefckweisungsbeschluss-%28Entwurf%29&p=640510&viewfull=1#post640510>)

12) OLG Saarbrücken, MittBayNot 1993, 398; Mayer, Rpfleger 1989, 142, 144

13) OLG München, Beschluss vom 27. April 2010 - 34 Wx 32/10 - FGPrax 2010, 179 = DNotZ 2010, 691 m. Anm. Heinze