

## Konzeptpapier

### Regelungsmöglichkeiten betreffend die Teilnahme von GbRs am Immobilienverkehr

#### A. Überblick über die Rechtslage

##### I. Frühere Rechtslage

Bislang wurden in der Grundbuchpraxis bei der GbR die Gesellschafter als Inhaber des gesamthänderisch gebundenen Gesellschaftsvermögens angesehen. Die übliche Bezeichnung des Berechtigten im Grundbuch lautete demgemäß „A, B und C als Gesellschafter bürgerlichen Rechts“. § 891 BGB vermutete (auch mit Wirkung gegenüber dem Grundbuchamt [GBA]), dass die im Grundbuch eingetragenen Gesellschafter tatsächlich Rechtsinhaber sind. Gaben also die im Grundbuch eingetragenen Gesellschafter Grundbucheintragungen ab, waren diese gem. § 891 BGB grundsätzlich ohne weiteren Nachweis zu vollziehen.

§ 892 BGB ermöglichte einen gutgläubigen Erwerb vom Nichtberechtigten. Hatte also etwa ein GbR-Gesellschafter seinen Gesellschaftsanteil abgetreten (was außerhalb des Grundbuchs und formfrei möglich ist und war), war er aber noch als Gesellschafter im Grundbuch eingetragen, wurde der Erwerber durch § 892 BGB geschützt.

Schließlich war sichergestellt, dass die Gesellschafter der GbR über die nötige Publizität verfügten, um am Grundbuchverfahren teilzunehmen. Die Identität natürlicher Personen kann vom Notar etwa durch Ausweisvorlage festgestellt werden (sog. „natürliche Publizität“), bei sonstigen privaten Rechtsträgern konnten Existenz, Vertretung und Identität stets durch Bezugnahme auf ein Register oder durch Registerbescheinigung (§ 32 GBO) nachgewiesen werden (sog. „künstliche Publizität“). Bis zur Zuerkennung der Rechtsfähigkeit der GbR durch den BGH galt bei privaten Rechtsträgern ausnahmslos der Grundsatz „keine Rechtsfähigkeit ohne Publizität“: Anderen als natürlichen Personen wurde Rechtsfähigkeit nur gewährt, wenn Registrierung erfolgt ist (Kapitalgesellschaften; Kann-Personenhandelsgesellschaften), weil eine Registrierungspflicht besteht (Ist-Personenhandelsgesellschaften) oder weil eine Registrierung zumindest beabsichtigt und möglich ist (Vorgesellschaften zu Kapitalgesellschaften).

##### II. Jetzige Rechtslage

Zwischenzeitlich hat der BGH mit der GbR dem ersten und einzigen privaten registerlosen Personenverband Rechtsfähigkeit zuerkannt (NJW 2001, 1056). Der BGH sieht die GbR auch als taugliche Inhaberin von Immobiliarsachenrechten an (NJW 2006, 3716) und hat jüngst entschieden, dass eine GbR im Grundbuch als Berechtigte entweder unter Angabe

- ihres Namens (nachfolgend: „Namens-GbR“; Buchung im Grundbuch: „X-GbR mit dem Sitz in Y“), oder
- ihrer Mitglieder (nachfolgend: „Mitglieder-GbR“; Buchung im Grundbuch: „GbR mit den Gesellschaftern A, B und C“) eingetragen werden kann (Beschl. v. 4.12.2008, V ZB 74/08). Außerdem hat der BGH klargestellt, dass auch bei denjenigen GbRs die Gesellschaft und nicht die Gesellschafter als Rechtsinhaber anzusehen sind, die, früherer Praxis entsprechend, unter der Bezeichnung „A, B und C als Gesellschafter bürgerlichen Rechts“ im Grundbuch eingetragen sind (NJW 2006, 3716). Bei solchen Gesellschaften hat die BGH-Rechtsprechung also zu einem Rechtsträgerwechsel geführt; und zwar von einem Rechtsträger, der ohne weiteres grundbuchtauglich war, auf einen Rechtsträger, der derzeit praktisch nicht effektiv am Grundbuchverkehr teilnehmen kann.

Die Zahl der Betroffenen dürfte erheblich sein. Im Bereich des Notariats Hamburg war es etwa üblich, Ehegatten nicht als Bruchteilseigentümer sondern als GbR-Gesellschafter Grundstücke erwerben zu lassen. Die Betroffenen sehen sich jetzt mit folgenden Problemen konfrontiert:

Von der hM wird die Eintragung der Gesellschafter nicht mehr als echter „Inhalt des Grundbuchs“, sondern nur noch als Behelf zur Identifizierung des Rechtsträgers GbR angesehen. Damit fällt die Grundlage für die Anwendung der §§ 891 und 892 BGB weg.

- a) Verfahrensrechtlich bedeutet dies, dass das GBA nicht mehr gem. **§ 891 BGB** davon ausgehen darf, dass die im Grundbuch eingetragenen Gesellschafter auch tatsächlich als solche zur Vertretung der GbR berechtigt sind. Existenz, Vertretung und Identität der GbR müssen gemäß § 29 GBO in öffentlicher oder öffentlich beglaubigter Form nachgewiesen werden. Über ein Register ist das bei der GbR nicht möglich. Die Praxis versucht sich zT dadurch zu behelfen, dass Gesellschaftsverträge, Anteilsabtretungen, Gesellschafterbeschlüsse etc. unterschiftsbeglaubigt oder beurkundet werden. Das ist aber sowohl kostenintensiv als auch unsicher. Denn anders als Vollmachtsurkunden (§ 172 BGB) oder Registereintragungen (§ 15 III HGB) entfalten selbst beurkundete Gesellschaftsverträge oder Beschlüsse über die Bestellung von Vertretern nach hM keinen Rechtsschein dahin, dass die betreffende Person tatsächlich (noch) Gesellschafter oder vertretungsbefugt ist.
- b) Materiellrechtlich sind die GbRs vor allem dadurch hart getroffen, dass die neuere BGH-Rechtsprechung nach hM zur Unanwendbarkeit von **§ 892 BGB** geführt hat. Der Notar muss nun darüber belehren (§ 17 BeurkG), dass der gute Glaube an die im Grundbuch

eingetragene Gesellschafterstellung nicht geschützt ist, dass der Erwerber also nicht Eigentümer wird, wenn der Veräußerer zwischenzeitlich über seinen GbR-Anteil verfügen haben sollte.

Eine solche Belehrung führt praktisch dazu, dass eine entgeltliche Veräußerung an Personen außerhalb des näheren Angehörigenkreises entweder ausscheidet oder nur gegen einen erheblichen Risikoabschlag beim Kaufpreis erfolgt. Grundstücksgeschäfte sind wirtschaftlich für die meisten Menschen nach wie die bedeutendsten Rechtsgeschäfte, die sie in ihrem Leben vornehmen. Erhebliche Transaktionsrisiken sind in diesem Bereich fehl am Platz.

Werden Namens-GbRs als solche im Grundbuch eingetragen, verschärft sich die Problematik weiter:

Wird beispielsweise eine Namens-GbR aufgrund eines Versäumnisurteils als Inhaberin einer Zwangssicherungshypothek im Grundbuch eingetragen, so ergeben sich aus den Grundakten und auch sonst überhaupt keine brauchbaren und formgerechten (§ 29 GBO) Anhaltspunkte mehr, wer Gesellschafter und zur Vertretung berechtigt ist. Der in dem Titel genannte Vertreter (§ 313 I Nr. 1 ZPO) kann wechseln und ist im Titel ohnehin nicht zu öffentlichem Glauben identifiziert (das Gericht nimmt – anders als der Notar – keine Identitätsfeststellung der Prozessparteien vor).

Konkret: Ist im Grundbuch eine „Maier GbR mit dem Sitz in Berlin“ eingetragen und bewilligt dann X als gesetzlicher Vertreter dieser GbR die Löschung der Grundsuld, scheidet eine Löschung des Rechts daran, dass nicht in der Form des § 29 GBO nachgewiesen werden kann, dass die bewilligende GbR identisch ist mit der im Grundbuch eingetragenen GbR.

Wollte man auf den Identitätsnachweis verzichten, so wären Immobiliarsachenrechte von Namens-GbRs wertlos: Jedermann könnte faktisch über sie verfügen, wenn und indem er als namensgleiche GbR auftritt. Bleibt es aber bei dem Erfordernis eines Identitätsnachweises, so wird es oftmals praktisch nicht möglich sein, Belastungen zugunsten von Namens-GbRs wieder aus dem Grundbuch herauszubekommen. Fazit: Namens-GbRs kommen nach der neuen BGH-Rechtsprechung ins Grundbuch hinein, aber oftmals nicht mehr aus dem Grundbuch heraus.

## **B. Rechtsfähigkeit wieder abschaffen?**

Die geschilderten Schwierigkeiten resultieren daraus, dass die Publizität der GbR nicht mit ihrer Aufwertung durch Zuerkennung der Rechtsfähigkeit Schritt gehalten hat. Dem könnte man theoretisch auf zwei Wegen begegnen: Entweder man erweitert die Publizität oder man beschränkt die Rechtsfähigkeit. Letzteres wäre aber aus drei Gründen nicht sachgerecht:

- Die Anerkennung der Rechtsfähigkeit der GbR hat gesellschafts- und auch prozessrechtlich erheblichen Nutzen gebracht: Prozessrechts- und Dauerschuldverhältnisse wurden gegen Mitgliederwechsel immunisiert. Es konnte eine schlüssige Haftungsverfassung entwickelt, die Haftung der Gesellschafter für Altverbindlichkeiten begründet und eine Haftungsbeschränkung auf das Gesellschaftsvermögen („GbR-mbH“) effektiv ausgeschlossen werden. GbR und OHG können durch Ausweitung oder Einschränkung eines von ihnen unterhaltenen Gewerbebetriebs fließend ineinander übergehen; dazu passt, dass jetzt bei beiden Gesellschaftsformen die gleiche Vermögenszuordnung gilt.
- Der Anpassungsaufwand wäre erheblich, wenn man die Rechtsfähigkeit jetzt wieder abschafft. Dauerschuldverhältnisse müssten angepasst, Titel müssten umgeschrieben, Buchpositionen von GbRs im Grundbuch, in Gesellschafterlisten, Aktienregistern etc. müssten korrigiert werden.
- Die Beseitigung der Rechtsfähigkeit ist nicht erforderlich. Denn – wie unten zu zeigen sein wird – können die bestehenden Probleme weitestgehend dadurch beseitigt werden, dass das Grundbuch bestimmte Teilfunktionen eines Registers übernimmt.

### **C. Öffentlicher Glaube bei Eintragung der GbR-Gesellschafter**

Die absolute Mehrzahl der GbRs ist und wird in der Praxis nach wie vor unter Angabe ihrer Gesellschafter im Grundbuch eingetragen. Momentan wird die Eintragung der Gesellschafter von der hM lediglich als Behelf zur Identifizierung der berechtigten GbR und nicht als echter Grundbuchinhalt angesehen mit der Folge, dass § 891 f. BGB nicht mehr anwendbar sind. Dies und die daraus folgenden Probleme sind oben näher dargestellt.

Diese Probleme ließen sich de lege lata ohne weiteres lösen, indem die Eintragung der Gesellschafter zum echten Grundbuchinhalt im Sinne von § 892 BGB erklärt wird. Verfahrensrechtlich ließe sich dies dadurch umsetzen, dass man für die Eintragung der Gesellschafter die Regeln über die Eintragung des Berechtigten für entsprechend anwendbar erklärt. Bei Gesellschafterwechseln könnte a) die entsprechende Grundbuchberichtigung durch Unrichtigkeitsnachweis oder Berichtigungswilligung vollzogen werden (§§ 19, 22 GBO), gälte b) der Voreintragungsgrundsatz (§ 39 I GBO) und bestünde c) ein Grundbuchberichtigungszwang gem. § 82 GBO.

Kurzum: Grundbuchverfahrensrechtlich könnte die GbR weiterhin so behandelt werden, wie sie immer schon, insbesondere vor der neueren BGH-Rechtsprechung, behandelt wurde.

Um dies umfassend zu gewährleisten, ist es schließlich noch erforderlich anzuordnen, dass gegenüber dem Grundbuchamt vermutet wird, dass eine als Gesellschafter im Grundbuch eingetragene Person tatsächlich Gesellschafter sei. Dies lehnt sich an die Regelung in § 891 BGB an und stellt sicher, dass das Grundbuchamt grundsätzlich von ordnungsgemäßer Vertretung ausgehen kann und muss, wenn alle eingetragenen Gesellschafter im Namen der GbR gehandelt haben (dazu noch näher unten). Die Vorlage beurkundeter oder beglaubigter Gesellschaftsverträge oder anderer Nachweise zu Gesellschafterbestand und Vertretungsregelung wird dadurch grundsätzlich entbehrlich.

Dagegen erschiene es zu weitgehend, die Regelung des § 891 BGB vollumfänglich – also gegenüber jedermann – auf die Eintragung als Gesellschafter zu beziehen, wie dies teilweise in der Literatur befürwortet wird. Denn § 891 BGB wirkt auch zu Lasten des eingetragenen Gesellschafters, und im Bereich des formellen Konsensprinzips kann es ohne weiteres zu Eintragungen kommen, die dem Eingetragenen nicht zurechenbar sind.

Beispiel: Ein Eigentümer bewilligt und beantragt, an seinem Grundstück eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit zugunsten einer GbR bestehend aus A, B und C einzutragen (die Eintragung erfolgt hier gem. §§ 13 I 2 Alt. 1, 19 GBO alleine aufgrund der Verfahrenserklärungen des Eigentümers, ohne dass die GbR bzw. A, B oder C mitwirken müssten). Tatsächlich sind A, B und D Gesellschafter. Würde hier die Vermutung des § 891 BGB vollumfänglich auf die Eintragung als Gesellschafter bezogen werden, könnte sich ein Gesellschaftsgläubiger hierauf berufen und C analog § 128 HGB für Verbindlichkeiten der GbR in Anspruch nehmen; und dies, obwohl die fehlerhafte Eintragung von C als Gesellschafter alleine auf Verfahrenshandlungen des Eigentümers beruht und C daher nicht zurechenbar ist.

Entsprechende Probleme treten im unmittelbaren Anwendungsbereich des § 891 BGB unter anderem deswegen nicht auf, weil dort nur vermutet wird, dass ein eingetragenes Recht einer bestimmten Person zustehe. Die Vermutung wirkt sich daher immer nur in Zusammenhang mit einem konkreten Eintragungsgegenstand (Recht) aus. Das wäre anders, wenn man die (gegenüber jedermann geltende) Vermutung aus § 891 BGB auch darauf bezöge, dass eine bestimmte Person Gesellschafter einer GbR sei. Damit würde die Verbindung zum Eintragungsgegenstand gelöst und die Vermutung auch auf Sachverhalte bezogen, die in keiner Verbindung zu dem im Grundbuch eingetragenen Recht stehen. Hierdurch würden die Wirkungen der Eintragung im Grundbuch der Eintragung in einem Register angenähert, ohne dass die verfahrensmäßigen Voraussetzungen der Eintragung synchronisiert wären und insbesondere ohne dass verfahrensmäßig sichergestellt wäre, dass die Eintragung dem betroffenen Gesellschafter überhaupt zurechenbar ist. Gegen eine solche registerähnliche Eintragungswirkung spricht schließlich auch die gegenüber dem Handelsregister eingeschränkte Publizität des Grundbuchs: In das Handelsregister darf jedermann Einsicht nehmen (§ 9 I 1 HGB), in das Grundbuch nur Personen mit berechtigtem Interesse (§ 12 I 1 GBO).

## **D. Eintragung einer GbR im Grundbuch nur unter Angabe ihrer Gesellschafter**

I. Es spricht viel dafür, die Rechtsprechung des BGH gesetzgeberisch zu korrigieren und für die Eintragung einer GbR im Grundbuch stets zu fordern, dass auch die Gesellschafter mit eingetragen werden.

Werden die Gesellschafter im Grundbuch eingetragen, so kann de lege lata ohne weiteres eine reibungslose Teilnahme der GbR am Grundbuchverfahren gewährleistet werden. Wie bereits dargelegt, kann die Eintragung der Gesellschafter unschwer zum echten Grundbuchinhalt erklärt und kann § 892 BGB hierauf bezogen werden.

a) Die GbR sollte im Handelsregister und im Grundbuch gleich behandelt werden. In § 162 I 2 HGB ist geregelt, dass eine GbR im Handelsregister nicht alleine unter Angabe ihres Namens und Sitzes eingetragen werden kann, sondern dass immer auch die Gesellschafter angegeben werden müssen. Hierdurch soll für den Rechtsverkehr erkennbar werden, wer letztlich bei einer KG persönlich haftet. Im Grundbuch geht es zwar nicht in erster Linie um den Gesichtspunkt der Haftung, sondern um den der Vertretungsbefugnis. In beiden Fällen besteht jedoch ein Bedürfnis für den Rechtsverkehr, erkennen zu können, wer „hinter der GbR steht“. Das legt es nahe, sich bei einer Regelung im Grundbuch an der bereits bestehenden Regelung des § 161 I 2 HGB zu orientieren.

Sind die Gesellschafter im Grundbuch anzugeben, ist dadurch zuverlässig gewährleistet, dass es nicht zu Eintragungen zugunsten von GbRs kommt, die praktisch nie mehr aus dem Grundbuch beseitigt werden können. Oben ist dargestellt, dass insbesondere bei Eintragung von Zwangssicherungshypotheken zugunsten von Namens-GbRs die Gefahr besteht, dass solche Belastungen praktisch nicht mehr gelöscht werden können. Das ist den Inhabern entsprechend belasteter Rechte nicht zumutbar; dies gilt zumal, wenn man bedenkt, dass die Eintragung zugunsten der GbR in diesem Fall zwangsweise erfolgt ist und dass der Eigentümer die letztlich zu der Zwangsmaßnahme führende Mittellosigkeit keineswegs zu vertreten haben muss.

b) GbRs, die nur unter ihrem Namen und Sitz und Grundbuch eingetragen werden, beeinträchtigen jedoch nicht nur die Interessen von Inhabern belasteter Rechte sondern auch öffentliche Interessen. Als solche eingetragene Namens-GbRs lösen einen erheblichen Aufwand für das GBA aus. Das formalisierte Grundbuchverfahren ist auf Rechtsträger ohne Publizität nicht eingestellt. Existenz, Vertretung und Identität können hier, wenn überhaupt, nur einigermaßen behelfsmäßig und aufwändig über öffentliche Gründungs-, Abtretungs-, Beschlussurkunden, kombiniert mit eidesstattlichen Versicherungen, nach-

gewiesen werden. Das Maß an Rechtssicherheit, welches Eintragungen zugunsten von Namens-GbRs im Grundbuch gewährleisten, verhält sich dabei umgekehrt proportional zu dem Maß an justitiellen Ressourcen, welches durch entsprechende Eintragungsverfahren gebunden wird.

II. Gegen die Verpflichtung zur Eintragung aller Gesellschafter könnte man allerdings einwenden, dass dies zu erheblichem Grundbuchaufwand führe. Diese Überlegung erweist sich jedoch bei näherer Betrachtung als irreführend. Über hundert Jahre wurden nämlich bei der GbR in der Grundbuchpraxis die Gesellschafter als Rechtsinhaber angesehen und eingetragen. Fordert man nun, diese Personen künftig als (vertretungsberechtigte) Gesellschafter des berechtigten Rechtsträgers einzutragen, so führt dies nicht zu einem erhöhten sondern zu einem gleich bleibenden Grundbuchaufwand.

Außerdem muss man hier folgendes sehen:

Bei kleingewerbetreibenden und kleinen vermögensverwaltenden GbRs sind typischerweise wenige Gesellschafter einzutragen; dies löst jedenfalls nicht mehr Grundbuchaufwand aus als die sonst ebenfalls naheliegende Eintragung zu Bruchteileigentum.

Für große, mitgliederstarke GbRs ist der langfristige finanzielle Aufwand viel größer, sich unter Angabe aller Mitglieder im Grundbuch einzutragen, als sich in der Rechtsform der OHG oder KG zu organisieren und sich als solche im Grundbuch eintragen zu lassen. Denn die bei großen Gesellschaften regelmäßig erforderliche Eintragung von Gesellschafterwechseln löst im Handelsregister viel geringere Gebühren aus als die entsprechende Eintragung im Grundbuch. Schließlich kann die GbR durch entsprechende Vertragsgestaltung den mit der Eintragung der Gesellschafter verbundenen Grundbuchaufwand auch völlig vermeiden, etwa, indem kostengünstig eine Unternehmergeellschaft zwischengeschaltet wird, die das Grundvermögen treuhänderisch für die GbR hält. Die Eintragung einer Massen-GbR mit mehreren hundert oder gar tausend Gesellschaftern im Grundbuch würde den betroffenen Grundbuchrechtspfleger also zwar erheblich belasten; wegen des mit einer solchen Eintragung verbundenen massiven finanziellen Folgeaufwands und der Tatsache, dass er vertragsgestalterisch sehr leicht vermieden werden kann, dürften solche Fälle allerdings – wenn überhaupt - nur ganz vereinzelt auftreten.

III. Die Verpflichtung zur Eintragung der Gesellschafter kann allerdings zu Problemen bei der Zwangsvollstreckung führen.

Erstreitet eine GbR unter Angabe ihres Namens und Sitzes ein Zahlungsurteil, so könnte dieses nicht ohne weiteres durch Eintragung einer Zwangssicherungshypothek am Grund-

vermögen ihres Schuldners vollstreckt werden. Denn das Rubrum des Titels weist die Gesellschafter nicht aus, kann also so nicht ohne weiteres ins Grundbuch übertragen werden. Diese Vollstreckungsprobleme sind aber sowohl erträglich als auch vermeidbar.

Vermeidbar, weil die GbR auch im zivilprozessualen Erkenntnisverfahren unter Angabe ihrer Gesellschafter auftreten kann, um so einen Zahlungstitel zu erstreiten, der ohne weiteres durch Eintragung einer Zwangssicherungshypothek vollstreckt werden kann.

Erträglich, weil nur eine Vollstreckung ins Immobilienvermögen durch Zwangssicherungshypothek problematisch, durch Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung aber ohne weiteres möglich bleibt. GbRs, die im Erkenntnisverfahren nicht vorausschauend agieren, wird also Grundvermögen des Schuldners nicht schlechthin als Vollstreckungsobjekt entzogen; vielmehr kann allenfalls eine Beschränkung auf eine bestimmte Vollstreckungsmodalität eintreten. Führt man sich noch einmal die gravierenden Nachteile vor Augen, die eine Eintragung von GbRs alleine unter Angabe ihres Namens und Sitzes im Grundbuch auslöst (dazu siehe oben), erscheinen diese Vollstreckungsprobleme im Vergleich dazu hinnehmbar.

### **E. Register für GbRs?**

Zum Teil wird gefordert, für die GbR ein eigenes Register zu schaffen oder ihnen die Möglichkeit zu eröffnen, sich als GbRs im Handelsregister eintragen zu lassen, so dass dadurch Existenz, Vertretung und Identität grundbuchtauglich nachgewiesen werden können.

Diese Vorschläge erscheinen letztlich nicht zielführend:

- a) Das bloße Bereitstellen von Registrierungsmöglichkeiten verhindert nicht, dass Namens-GbRs im Grundbuch eingetragen werden, ohne von der Registrierungsmöglichkeit Gebrauch gemacht zu haben. Die oben beschriebenen Probleme ließen sich nur dann zuverlässig lösen, wenn man die Eintragung in dem GbR-Register zur Voraussetzung für die Eintragung von Namens-GbRs im Grundbuch machen würde.

Hierdurch wäre aber nichts gewonnen gegenüber der Lösung, wonach stets alle Gesellschafter eingetragen werden müssen. Insbesondere wäre hierdurch das beschriebene Vollstreckungsproblem nicht gelöst, sondern nur verlagert. Macht man für Namens-GbRs die Eintragung in einem Register zur Eintragungsvoraussetzung im Grundbuch und er-

hebt dann eine Namens-GbR Zahlungsklage, ohne sich vorher registrieren zu lassen, wäre der Titel wieder nicht durch Eintragung einer Zwangssicherungshypothek vollstreckbar. Eine nachträgliche Registrierung würde nichts bringen. Möglicherweise ist das Register schon durch einen Rechtsträger mit ähnlichem Namen blockiert (vgl. §§ 18, 30 HGB, § 2 II PartGG). Selbst wenn eine nachträgliche Registrierung gelingen sollte, wäre es oftmals praktisch nicht möglich, formgerecht (§ 29 GBO) nachzuweisen, dass Titelgläubiger und registrierte GbR identisch sind.

- b) GbRs eine weitere Registrierungsmöglichkeit zur Verfügung zu stellen, ist aber auch deswegen nicht erforderlich, weil das Handelsrechtsreformgesetz aus dem Jahr 1998 auch rein vermögensverwaltenden Personengesellschaften die Rechtsform der Personenhandelsgesellschaft zugänglich gemacht hat (§§ 105 I 1 Alt. 2, 161 II HGB). Wer sich also in der Rechtsform einer Personengesellschaft organisieren möchte und (etwa wegen der beabsichtigten Teilnahme am Grundbuchverkehr alleine unter dem Namen der Gesellschaft) Publizität aus einem öffentlichen Register benötigt, dem stehen mit OHG, KG und PartG in allen Fällen Gesellschaftsformen zur Verfügung, die diese Bedürfnisse befriedigen. Eine Notwendigkeit, daneben mit der GbR eine weitere registrierte Gesellschaftsform zu schaffen, besteht nicht. Das wäre vielmehr systemwidrig, weil sich der Gesetzgeber bewusst dafür entschieden hat, mit der GbR eine registerfreie und dadurch besonders flexible Gesellschaftsform bereitzustellen. Und gerade auf dieser Flexibilität und ihrer vielseitigen Einsetzbarkeit beruht der Erfolg der GbR im Wirtschaftsleben.
- c) Wird keine besondere Möglichkeit für GbRs vorgesehen, sich rechtsformneutral zu registrieren (sei es durch ein besonderes GbR-Register oder sei es durch die Möglichkeit, sich als GbR im Handelsregister eintragen zu lassen), so könnte hiergegen vorgebracht werden, dass GbRs dadurch mittelbar zu einem Rechtsformwechsel gezwungen würden, wenn sie Immobilienvermögen erwerben möchten. Ein entsprechender mittelbarer Formwechselzwang wäre in der Tat unerwünscht, weil er alle GbRs zivilrechtlich in das schärfere Sonderprivatrecht der Kaufleute und kleingewerbetreibende GbRs steuerrechtlich in den aufwendigen Betriebsvermögensvergleich (§ 5 EStG, § 238 HGB) drängen würde. Ein entsprechender unerwünschter Formwechselzwang wird jedoch tatsächlich nicht ausgeübt, weil kleingewerbetreibende und kleine vermögensverwaltende GbRs typischerweise wenige Mitglieder haben, die ohne großen Aufwand im Grundbuch eingetragen werden können. Wollen solche GbRs also Immobiliarsachenrechte erwerben, können sie dies ohne weiteres, indem sie sich unter Angabe ihrer Mitglieder im Grundbuch eintragen lassen, und ohne sich vorher in eine OHG oder KG umwandeln zu müssen.

Nur sehr großen, mitgliederstarken Vermögensverwaltungsgesellschaften, wie etwa geschlossene Immobilienfonds, würde es die hier vorgeschlagene Regelung nahelegen, sich als OHG oder KG zu organisieren.

Das widerspricht jedoch nicht, sondern entspricht genau dem Willen des Gesetzes: Denn die Rechtsform der vermögensverwaltenden Personenhandelsgesellschaft (§§ 105 II 1 Alt. 2, 161 II HGB) wurde vom Gesetzgeber gerade für solche Massengesellschaften bereitgestellt: „Für Vermögensverwaltungsgesellschaften wie Immobilienverwaltungs-, Objekt- und Besitzgesellschaften nach Betriebsaufspaltung sowie Holdings sind Personenhandelsgesellschaften, insbesondere Kommanditgesellschaften, aus haftungsrechtlichen und steuerlichen Gründen sowie im Hinblick auf eine ausreichende Rechts- und Verkehrsfähigkeit von besonderem Interesse... Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts ist für diese Gesellschaften zwar steuerlich passend, aber haftungs-, register- sowie ggf. grundbuchrechtlich unzureichend – Aspekte, die insbesondere bei Publikumsgesellschaften mit großem und häufig wechselndem Gesellschafterbestand problematisch sind.“ (Reg-E eines Gesetzes zur Neuregelung des Kaufmanns- und Firmenrechts und zur Änderung anderer Handels u. gesellschaftsrechtlicher Vorschriften [Handelsrechtsreformgesetz], BT-Drucks. 13/8444, S. 40:). Manche solcher Gesellschaften machen jedoch von der Eintragungsoption aus §§ 105 Abs. 1 S. 1 Alt. 2, 161 Abs. 2 HGB keinen Gebrauch, weil sie den hieraus resultierenden Registeraufwand vermeiden möchten. Die Eintragung in einem neu zu schaffenden GbR-Register würde allerdings für solche Gesellschaften keine niedrigeren Kosten auslösen als eine Eintragung im Handelsregister. MaW: Der Anreiz, sich in einem öffentlichen Register erfassen zu lassen, würde für solche Gesellschaften durch die Einführung eines neuen GbR-Register nicht gesteigert.

#### **F. Eintragung des Vertreters der GbR im Grundbuch?**

Zum Teil wird angeregt, gesetzlich zu regeln, dass die GbR im Grundbuch auch unter Angabe ihres Namens, Sitzes und gesetzlichen Vertreters eingetragen werden kann. Das ist jedoch letztlich ebenfalls nicht zielführend:

- a) Anders als bei OHG und KG (§§ 126 I Hs. 1, 161 II HGB) kann bei der GbR der Umfang der Vertretungsmacht mit Wirkung auch im Außenverhältnis beschränkt werden (§§ 714, 709 f. BGB). Um über die Grundbucheintragung die Vertretungsmacht nachweisen zu können, wäre es also erforderlich, nicht nur die vertretungsberechtigten Gesellschafter sondern auch den Umfang der Vertretungsmacht bzw. etwaige diesbezügliche Einschränkungen im Grundbuch einzutragen.

Würde man verlangen, auch die Vertretungsmacht und deren Umfang im Grundbuch einzutragen, träte insoweit das gleiche Vollstreckungsproblem auf wie bei der Eintragung der Gesellschafter (dazu siehe oben): Ein Zahlungstitel, den eine GbR unter ihrem Namen erstritten hat, könnte nicht durch Eintragung einer Zwangssicherungshypothek vollstreckt werden. Denn das Rubrum des Titels weist zwar die gesetzlichen Vertreter aus (§ 313 I Nr. 1 ZPO), nicht aber deren Vertretungsmacht und deren Umfang. Durch die Eintragung der Vertreter ist also insoweit nichts gegenüber der Lösung gewonnen, bei der nur die Gesellschafter eingetragen werden können und müssen.

- b) Die GBO hält derzeit keine Verfahrensregeln dafür bereit, wie der gesetzliche Vertreter einer GbR und diesbezügliche Veränderungen im Grundbuch eingetragen werden können. Im Handelsregisterverfahren wäre für entsprechende Eintragungen eine Anmeldung sämtlicher Gesellschafter erforderlich (§§ 107 f., 161 Abs. 2 HGB). Diese Regelung könnte aber nicht ins Grundbuchverfahren übertragen werden, weil bei einer Eintragung nur der gesetzliche Vertreter die Gesellschafter ja gerade nicht bekannt wären. Wer also im Grundbuch eine Änderung des gesetzlichen Vertreters oder der Vertretungsmacht anmelden oder bewilligen müsste, wäre vollkommen unklar.
- c) Für die Eintragung nur des gesetzlichen Vertreters und nicht aller Gesellschafter scheint auf den ersten Blick zu sprechen, dass hierdurch der Grundbuchaufwand bei der Eintragung von GbRs verringert werden könnte. Dies ist jedoch bei näherer Betrachtung in der Regel nicht der Fall. Die GbR ist die typische Rechtsform für kleinere Personenvereinigungen ohne allzu hohen Organisationsgrad. Deswegen liegt oft kein besonderer Gesellschaftsvertrag vor und sind also alle Gesellschafter gem. §§ 714, 709 Abs. 1 BGB zur Vertretung berechtigt. Dann müssen auch alle Gesellschafter als gesetzliche Vertreter im Grundbuch eingetragen werden. Das verursacht aber keinen geringeren Aufwand als die Lösung, die die Eintragung dieser Personen als Gesellschafter fordert.
- d) Die Eintragung (nur) des gesetzlichen Vertreters ist schließlich auch nicht erforderlich, um den Nachweis ordnungsgemäßer Vertretung zu erbringen. Sind nämlich die Gesellschafter im Grundbuch eingetragen und geben alle Gesellschafter die erforderliche Grundbucheklärung ab, so ist dadurch automatisch der Nachweis ordnungsgemäßer Vertretung erbracht. Denn unabhängig von einer etwa vereinbarten Vertretungsregelung ist eine GbR wegen des Grundsatzes der Selbstorganschaft immer dann ordnungsgemäß vertreten, wenn alle Gesellschafter handeln. Dass alle Gesellschafter handeln müssen, entspricht im Übrigen der früheren Rechtslage und führt zu keinem unzumutbaren Aufwand für die betroffenen Gesellschaften. Die Höhe der Notarkosten ist unabhängig

von der Anzahl der zu beglaubigenden Unterschriften oder Personen, deren Erklärungen beurkundet werden. Durch entsprechende Grundbuchvollmachten können die Gesellschafter auch dafür sorgen, dass das Verfahren auf nur eine Person konzentriert wird.

### **G. Normenhierarchie**

Zum Teil wird gefordert, in der Grundbuchverfügung (GBV) festzuschreiben, dass eine GbR nur unter Angabe ihrer Gesellschafter im Grundbuch eingetragen werden kann. Das hilft nicht weiter. Denn die Rechtsfortbildung, mit der der BGH die Eintragung einer GbR nur unter Angabe ihres Namens im Grundbuch zugelassen hat, fand normenhierarchisch auf der Ebene formellen Bundesrechts statt. Also kann ihr auch nur auf dieser Ebene begegnet werden und nicht auf untergesetzlicher Ebene, wie etwa in der GBV. Systematisch vorzugswürdig erscheint daher eine Regelung bei **§ 47 GBO**.

### **H. Regelungsvorschlag (Neuregelung fett)**

#### **1. Änderung der GBO**

§ 47 [Eintragung eines Rechts für mehrere gemeinschaftlich **und für eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts**]

(1) Soll ein Recht für mehrere gemeinschaftlich eingetragen werden, so soll die Eintragung in der Weise erfolgen, daß entweder die Anteile der Berechtigten in Bruchteilen angegeben werden oder das für die Gemeinschaft maßgebende Rechtsverhältnis bezeichnet wird. [*entspricht der bisherigen Regelung in § 47 GBO*]

**(2) Soll ein Recht für eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts eingetragen werden, so sind auch deren Gesellschafter im Grundbuch anzugeben. Die Eintragung der Gesellschafter ist Inhalt des Grundbuchs gemäß § 892 Absatz 1 Satz 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Die Vorschriften über die Eintragung des Berechtigten gelten entsprechend für die Eintragung als Gesellschafter; dies gilt insbesondere für die §§ 19, 22, 39, 82. Ist jemand als Gesellschafter im Grundbuch eingetragen, so wird gegenüber dem Grundbuchamt vermutet, dass er Gesellschafter sei.**

#### **2. Änderung der GBV**

§ 15

(1) und (2) unverändert

~~(3) Steht das Eigentum oder ein beschränktes dingliches Recht nach dem Inhalt des Grundbuchs den Mitgliedern einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts zur gesamten Hand zu und wird diese Gesellschaft bürgerlichen Rechts eine Handels- oder Partnerschaftsgesellschaft, so ist das Grundbuch auf Antrag zu berichtigen, indem die Handelsgesellschaft oder die Partnerschaft als Eigentümerin oder Inhaberin des Rechts eingetragen wird. Zum Nachweis genügt eine Bescheinigung des Registergerichts über die Eintragung und darüber, daß die Handelsgesellschaft oder die Partnerschaft nach dem eingereichten Vertrag aus der Gesellschaft bürgerlichen Rechts hervorgegangen ist. Die Sätze 1 und 2 gelten für Vormerkungen und Widersprüche zugunsten der Gesellschaft bürgerlichen Rechts sinngemäß.~~

#### Erläuterung

#### Zur Änderung von § 47 GBO

- **Absatz 2 Satz 1** regelt positiv, dass bei der GbR stets die Gesellschafter im Grundbuch anzugeben sind, und negativ (inzident), dass die Eintragung nur unter Angabe von Name und Sitz unzulässig ist. Das entspricht der Regelung in § 161 I 2 HGB.
- **Absatz 2 Satz 2** schützt den guten Glauben eines Erwerbers daran, dass die GbR tatsächlich (nur) aus den im Grundbuch eingetragenen Gesellschaftern besteht, dass also die GbR ordnungsgemäß vertreten ist, wenn sämtliche Gesellschafter in ihrem Namen handeln.
- **Absatz 2 Satz 3** ordnet an, dass die Verfahrensvorschriften über die Eintragung des Berechtigten für die Eintragung des Gesellschafters entsprechend gelten. Dies schafft ohne besondere Umstände ein Regelungsregime für Gesellschafterwechsel. Ihre Eintragung erfolgt aufgrund Berichtigungsbewilligung oder Unrichtigkeitsnachweis (§§ 19, 22 GBO). Bei Vollrechtsinhaberschaft lösen Gesellschafterwechsel einen Grundbuchberichtigungszwang aus (§ 82 GBO). Sollen Verfügungen von GbRs über Immobiliarsachenrechte eingetragen werden, so setzt dies in der Regel voraus, dass die aktuellen Gesellschafter im Grundbuch vermerkt sind (§ 39 I GBO). Letztlich führt Absatz 2 Satz 3 also dazu, dass GBAs die GbR verfahrensmäßig genau so behandeln können und müssen, wie vor Anerkennung ihrer Rechtsfähigkeit.
- **Absatz 2 Satz 4** begründet eine Vermutung gegenüber dem Grundbuchamt dahingehend, dass die eingetragenen Gesellschafter tatsächlich Gesellschafter sind. Han-

deln alle Gesellschafter, kann und muss das Grundbuchamt also grundsätzlich davon ausgehen, dass die GbR ordnungsgemäß vertreten ist.

#### Zur Änderung von § 15 GBV

**Absatz 3** wird gestrichen. Die Vorschrift ist dogmatisch überholt und praktisch überflüssig. Zum einen knüpft die Vorschrift an die Rechtsinhaberschaft der Gesellschafter, zum anderen soll sie eine Nachweiserleichterung gegenüber § 29 GBO statuieren. Beides ist überholt. Rechtsinhaber ist die Gesellschaft, deren Umwandlung in eine Personenhandelsgesellschaft keine Berichtigung sondern eine bloße Richtigstellung des Grundbuchs zur Folge hat. Eine bloße Richtigstellung unterfällt nicht dem § 29 GBO, und sie ist auch nicht antragsabhängig. Praktisch spielte Absatz 3 schon bisher keine Rolle, weil die von ihm vorausgesetzte Einreichung des Gesellschaftsvertrages bei der Neueintragung einer Personenhandelsgesellschaft im Handelsregister rechtlich nicht erforderlich ist und auch tatsächlich nicht erfolgte. Stattdessen wird in den Fällen des Absatzes 3 mit Bewilligungen der eingetragenen Gesellschafter gearbeitet. Diese Praxis kann auch nach Streichung des Absatzes 3 beibehalten werden.