

Grundbuchtreuhanderschaft und Überlegungen zu Berlin-Fonds

Dr. Klaus-R. Wagner, Wiesbaden
Rechtsanwalt und Notar · Fachanwalt für Steuerrecht

Geschlossene Immobilienfonds in Berlin, die aus Anlass des seinerzeit geförderten sozialen Wohnungsbaus aufgelegt wurden, sind inzwischen weitgehend notleidend geworden, seitdem im Februar 2003 der Berliner Senat die überraschende Entscheidung eines Totalausstieges aus der Wohnungsbauförderung traf. Seitdem werden seitens der finanzierenden Kreditinstitute vielzählige Prozesse geführt, insbesondere an GbR-Fonds beteiligte Anleger analog §§ 128, 130 HGB mit ihrem Privatvermögen existentiell haftungsmäßig in Anspruch zu nehmen. Das nachfolgend Ausgeführte befaßt sich mit GbR-Fonds mit Grundbuchtreuhandern, einer insbesondere bei Berlin-Fonds vorhanden gewesenen Besonderheit.

I. Einleitung

Bei notleidenden geschlossenen Berlin-Immobilienfonds wurde Anfang der 90iger Jahre vermehrt eine Konzeption mit Grundbuchtreuhandern realisiert, die abstrahiert wie folgt aussah: Der Grundbuchtreuhandern – eine GmbH – hatte eine Immobilie zu Eigentum erworben und einen Grundbuch-Treuhand- sowie einen Geschäftsbesorgungsvertrag mit der Fonds-GbR geschlossen, nachdem letztere finanzierungsmäßig geschlossen worden war. Dieser Grundbuchtreuhandvertrag regelte auch im einzelnen, wann und unter welchen Voraussetzungen die Fonds-GbR die Übertragung des Grundstückseigentums auf sich sollte verlangen können und daß dieser Übertragungsanspruch durch eine zu Gunsten eines Grundbuchtreuhanders bzw. eines gesonderten Vormerkungstreuhanders einzutragende Vormerkung zu sichern war. Die Fonds-GbR, vertreten durch die GmbH, die auch Grundbuchtreuhandern war, schloss mit einem Kreditinstitut einen Projektfinanzierungsvertrag und bezahlte damit die auf dem im Eigentum des Grundbuchtreuhanders befindlichen Grundstück getätigten Investitionen, die gemäß § 946 BGB Eigentum des Grundbuchtreuhanders wurden. Vorgenannte GmbH war multifunktional tätig. Einerseits als Grundbuchtreuhandern für die Fonds-GbR aufgrund des mit dieser diesbezüglich geschlossenen Grundbuchtreuhandvertrages und andererseits als Geschäftsbesorger für die Fonds-GbR aufgrund des mit dieser geschlossenen Geschäftsbesorgungsvertrages, wobei hier unterstellt werden soll, daß die Vertragskonzeption so angelegt war, daß sich Fragen des Verstoßes gegen das Verbot der Drittorganschaft nicht stellen, was sich jedoch je nach Einzelfall auch anders darstellen konnte.

Fonds-GbRs in Berlin mit Grundbuchtreuhanderschaft gingen seinerzeit von der Wirksamkeit auch der Geschäftsbesorgungsverträge aus, die der Grundbuchtreuhandern zugleich als geschäftsführender Gesellschafter mit der GbR abschlossen. Nunmehr nach Wegfall der Anschlussförderung werden besagte Fonds-GbRs bzw. ihre Gesellschafter (analog §§ 128, 130 HGB) auf Rückzahlung besagter Kredite und aufgelaufener Rückstände in Anspruch genommen, obwohl die

Valuten dieser Kredite der Investition in Immobilien dienen, die sich im Eigentum des jeweiligen Grundbuchtreuhanders befinden. Der Grundbuchtreuhandler wird betreffend der auf seinem Grundstück eingetragenen Grundpfandrechte entlastet und Anleger sollen für die Rückzahlung eines Kredites haften, der unter gänzlich anderen Voraussetzungen aufgenommen wurde. Stehen Anleger-Gesellschaftern besagter Fonds-GbRs gegenüber finanzierenden Banken dieserhalb Einwände zu ?

II. Zur Historie der Grundbuchtreuhanderschaft

1988 machte *Görlich*¹⁾ auf die Grundbuchtreuhand bei geschlossenen Immobilienfonds in der Rechtsform der GbR aufmerksam. Darunter wurde folgendes verstanden: Nicht der geschlossene GbR-Immobilienfonds samt seinen Gesellschaftern wird im Grundbuch als Grundstückseigentümer eingetragen, sondern eine Kapitalgesellschaft (Initiatorengesellschaft) hält aufgrund eines notariell zu beurkunden gewesenen Treuhandvertrages²⁾ mit dem geschlossenen Immobilienfonds das Grundstückseigentum für Rechnung des geschlossenen Immobilienfonds und wird als alleiniger Eigentümer im Grundbuch eingetragen.³⁾ Der Treuhandvertrag beinhaltet u.a., daß der Grundbuchtreuhandler an die im geschlossenen Immobilienfonds gefaßten Beschlüsse gebunden sein soll und daß bei Kündigung des Treuhandvertrages der Grundbuchtreuhandler zur Übertragung des Grundstückes auf den geschlossenen Immobilienfonds verpflichtet sein soll. Letzteres wird zu Gunsten des geschlossenen Immobilienfonds grundbuchlich durch Vormerkung gesichert.⁴⁾ Und damit nicht alle Gesellschafter des geschlossenen GbR-Immobilienfonds als Vormerkungsberechtigte im Grundbuch eingetragen wurden, erfolgte die Eintragung dieser Vormerkung zu Gunsten eines sog. Vormerkungstreuhanders, der mit dem geschlossenen GbR-Immobilienfonds einen zweiten Treuhandvertrag abgeschlossen hatte.⁵⁾ Belastungen der Immobilie sollten im übrigen nur durch den Grundbuch- und Vormerkungstreuhandler gemeinsam veranlaßt werden.

Das Wort „Treuhandler“ suggerierte, als ob der Grundbuchtreuhandler alleine den Interessen der Kapitalanleger verpflichtet gewesen wäre, was aber nicht der Fall war. Denn beim Grundbuchtreuhandler handelte es sich um eine Initiatorengesellschaft, die zugleich auch die Geschäftsführung und Vertretung des geschlossenen Immobilienfonds inne hatte.⁶⁾

1) *Görlich* DB 1988, 1102, 1103

2) FG Hamburg 07.06.2007 – 3 K 71/07, EFG 2008, 152; *Heckschen* in: Beck'sches Notarhandbuch, 4. Aufl. 2006, A X Rdn. 13; *Stroh* in: Assmann/Schütze, Handbuch des Kapitalanlagerechts, 3. Aufl. 2007, § 21 Rdn. 171

3) *Heckschen* in: Beck'sches Notarhandbuch, 4. Aufl. 2006, A X Rdn. 13; *Loritz/Wagner*, Konzeptionshandbuch der steuerorientierten Kapitalanlage, Bd. 2, 1995, Rdn. 401; *Wagner* DStR 1996, 1008, 1009; *Wagner* in: Assmann/Schütze, Handbuch des Kapitalanlagerechts, 3. Aufl. 2007, § 18 Rdn. 9 ff.; *Wegmann* DStR 1994, 941, 943

4) *Loritz/Wagner*, Konzeptionshandbuch der steuerorientierten Kapitalanlage, Bd. 2, 1995, Rdn. 402. Zur damaligen steuerlichen Seite der Grundbuchtreuhanderschaft *Loritz/Wagner*, Konzeptionshandbuch der steuerorientierten Kapitalanlage, Bd. 2, 1995, Rdn. 449 – 454; *Wagner* in: Assmann/Schütze, Handbuch des Kapitalanlagerechts, 3. Aufl. 2007, § 18 Rdn. 108 - 111

5) *Görlich* DB 1988, 1102, 1103; *Tewes*, Praxishandbuch Immobilienanlagen, (11/1994), Teil 4/2, Seite 12; *Loritz/Wagner*, Konzeptionshandbuch der steuerorientierten Kapitalanlage, Bd. 2, 1995, Rdn. 403

6) *Tewes*, Praxishandbuch Immobilienanlagen, (11/1994), Teil 4/2, Seite 12; *Loritz/Wagner*, Konzeptionshandbuch der steuerorientierten Kapitalanlage, Bd. 2, 1995, Rdn. 400

III. Inzwischen eingetretene Änderungen

1. Die Fonds-GbR als Rechtssubjekt

Der schuldrechtliche Anspruch des geschlossenen GbR-Immobilienfonds gegen den Grundbuchtrevhänder auf Übertragung der Immobilie gehörte seinerzeit zum Gesamthandsvermögen der Fonds-Gesellschafter. Mit der Entscheidung des BGH vom 29.01.2001⁷⁾ wurde jedoch der geschlossene GbR-Immobilienfonds als Außen-GbR eigenständig rechtsfähig und im Zivilprozess parteifähig. Die Folge war, daß der schuldrechtliche Anspruch gegen den Grundbuchtrevhänder nicht mehr Bestandteil eines Gesamthandsvermögens der Fonds-Gesellschafter war, sondern Bestandteil des Gesellschaftsvermögens der GbR war/wurde,⁸⁾ die durch die Initiatorengesellschaft vertreten wird. Und es gab zudem Fälle, in welchen Vormerkungstrevhänder insolvent wurden. Die Mitglieder des geschlossenen GbR-Immobilienfonds sollen analog §§ 128, 130 HGB für die vom Fonds aufgenommenen Kreditverbindlichkeiten (quotal) haften,⁹⁾ verfügen aber über keinen gesicherten und einfach durchsetzbaren Anspruch gegen den Grundbuchtrevhänder auf Übertragung der Immobilie zu Eigentum, zumal wenn man die derzeit vorhandene Rechtsunsicherheit betreffend den Immobilienerwerb durch eine Außen-GbR hinzu nimmt.¹⁰⁾ Und auch die grunderwerbsteuerliche Seite scheint unklar.¹¹⁾

2. Art. 1 § 1 RBERG

Hinzukommt, daß zu Zeiten, als die Grundbuchtrevhänderschaft propagiert wurde, noch keine Rechtsprechung zu Art. 1 § 1 RBERG, § 134 BGB vorhanden war. Gleichwohl galten diese Normen auch damals schon. Inzwischen hat sich folgende Rechtsprechung entwickelt.¹²⁾

7) BGH 29.01.2001 – II ZR 331/00, BGHZ 146, 341; dazu und zu den Folgen *Böttcher* AnwBl 2011, 1

8) BGH 25.09.2006 – II ZR 218/05, WM 2006, 2135, 2136

9) Dagegen aufgrund verfassungsrechtlich bedenklicher rückwirkender Änderung der BGH- Vertrauensschutzrechtsprechung *Wagner/Loritz* WM 2009, 2149

10) Eindeutigkeit der Identität der GbR und der Vertretungsbefugnis der für sie Handelnden: OLG München 17.08.2010 – 34 Wx 98/10, ZIP 2010, 1496; OLG Hamm 02.11.2010 – I-15 W 440/10, ZIP 2010, 2245; KG Berlin 25.11.2010 – 1 W 417/10, n.V. Rdn. 7, 9, 11 (Juris)

Klarstellung in der Urkunde selbst, die auf den Rechtserwerb zielt: Brandenburgisches OLG 04.11.2010 – 5 Wx 105/10, Rd. 20 ff. (Juris); *Böttcher* AnwBl 2011, 1; *Lautner* MittBayNot 2011, 32

Klarstellung durch notariell beurkundeten Gesellschaftsvertrag: OLG Rostock 14.09.2010 – 3 W 100/10, ZIP 2011, 473

Klarstellung durch zeitnahen unterschriftsbeglaubigten Gesellschaftsvertrag: OLG Hamm 12.10.2010 – I-15 W 306/10, ZIP 2011, 474

11) FG Köln 21.04.1988 – 1 K 637/87, EFG 1988, 647: Es existieren 3 grunderwerbsteuerpflichtige Vorgänge: (1) Grundstückserwerb durch den Grundbuchtrevhänder (2) Erlangung der Verwertungsbefugnis durch den Fonds (3) Grundstücksübertragung durch den Grundbuchtrevhänder auf den Fonds. Nach FG Hamburg 07.06.2007 – 3 K 71/07, EFG 2008, 152 und *Fumi* EFG 2008, 153 existieren 2 grunderwerbsteuerpflichtige Vorgänge, nämlich der zu (1) und (2).

12) Zum Überblick *Rehberg* BB 2011, 453 ff. m.w.N.

a) Objektfinanzierung der Fonds-GbR

Wer ausschließlich bzw. maßgebend die *rechtliche* Abwicklung eines Immobilienerwerbs für Dritte besorgte, bedurfte gem. Art. 1 § 1 RBERG einer Genehmigung. Indem der Grundbuchtreuhandler zunächst das Grundstückseigentum erwarb und dann einen Treuhandvertrag mit der Fonds-GbR abschloss, der zum Ausdruck brachte, das Grundstückseigentum für die Fonds-GbR zu halten, war das rechtliche und wirtschaftliche Ergebnis darauf gerichtet, die Grundstücksvorhaltung im Rahmen eines Steuersparmodells für Kapitalanleger zu besorgen,¹³⁾ so daß auch dafür eine Genehmigung gemäß Art. 1 § 1 RBERG erforderlich war, denn der Grundbuchtreuhandler handelte insoweit nicht in eigener sondern in fremder Angelegenheit.

Soweit der Grundbuchtreuhandler zugleich geschäftsführender Gesellschafter und Geschäftsbesorger der Fonds-GbR war, mag man für einen Moment darüber nachdenken, ob wegen dieser Gesellschafterstellung der Grundbuchtreuhandler als Geschäftsbesorger der GbR nicht in eigener Angelegenheit tätig war, so daß dann insoweit eine Genehmigung gem. Art. 1 § 1 RBERG entbehrlich gewesen wäre. Aber dieserhalb ist eine Gesamtbetrachtung (§ 139 BGB) anzustellen, wonach der Grundbuchtreuhandler zugleich auch die Geschäftsbesorgerstellung als geschäftsführender Gesellschafter der Fonds-GbR einnahm, um damit zentral die Abwicklung der Immobilieninvestition Berlin-Fonds im Rahmen eines Steuersparmodells für Anleger steuern zu können. Eine Genehmigung gemäß Art. 1 § 1 RBERG war mithin für diese zentralen Tätigkeiten des Grundbuchtreuhandlers und Geschäftsbesorgers erforderlich, da er insoweit insgesamt in fremder Angelegenheit – der der Anleger – tätig war.

Und fehlt es an einer solchen Genehmigung, dann war u.a. der Geschäftsbesorgungsvertrag nichtig (§ 134 BGB).¹⁴⁾ Der BGH verdeutlichte, daß dies immer dann gelte, wenn von einem Geschäftsbesorger für Dritte konkrete fremde *Rechte* verwirklicht werden sollen bzw. konkrete fremde *Rechtsverhältnisse* gestaltet würden, es also nicht um kaufmännische Hilfeleistung gehe.¹⁵⁾ Dazu gehörte z.B. auch die Befugnis, alle Rechtsgeschäfte und Rechtshandlungen vorzunehmen, die zur Erreichung des Gesellschaftszwecks erforderlich und zweckmäßig waren.¹⁶⁾ Und die Nichtigkeit des Geschäftsbesorgungsvertrages führte dann nach der Rechtsprechung des III. Senates und später auch des XI. Senates des BGH zugleich auch zur Nichtigkeit der Vollmacht,¹⁷⁾ während der XI. Senat des BGH zunächst es noch für erforderlich hielt, daß im Hinblick auf §

13) BGH 22.05.2007 – XI ZR 338/05, MittBayNot 2008, 204, 205

14) BGH 28.09.2000 – IX ZR 279/99, BGHZ 145, 265, 269; BGH 14.05.2002 – XI ZR 155/01, WM 2002, 1273, 1274; BGH 25.03.2003 – XI ZR 227/02, WM 2003, 1064; BGH 02.12.2003 – XI ZR 429/02, ZfIR 2004, 562 f.; BGH 02.12.2003 – XI ZR 421/02, WM 2004, 372, 374; BGH 21.06.2005 – XI ZR 88/04, WM 2005, 1520, 1521; BGH 22.05.2007 – XI ZR 338/05, MittBayNot 2008, 204, 205

15) BGH 28.09.2000 – IX ZR 279/99, BGHZ 145, 265, 269 f.

16) BGH 18.09.2001 – XI ZR 321/00, WM 2001, 2113, 2114

17) BGH 11.10.2001 – III ZR 182/00, WM 2001, 2260, 2262; BGH 14.05.2002 – XI ZR 155/01, WM 2002, 1273, 1274; BGH 25.03.2003 – XI ZR 227/02, WM 2003, 1064; BGH 02.12.2003 – XI ZR 429/02, ZfIR 2004, 562 f.; BGH 02.12.2003 – XI ZR 421/02, WM 2004, 372, 375; BGH 21.06.2005 – XI ZR 88/04, WM 2005, 1520, 1521

139 BGB ein Einheitlichkeitswillen festgestellt wurde, was er aber dann aufgab.¹⁸⁾ Und war gegen Art. 1 § 1 RBerG verstoßen worden, so daß der Geschäftsbesorgungsvertrag nebst Vollmacht nichtig waren (§§ 134, 139 BGB), so sollten gleichwohl durch einen solchen Geschäftsbesorger abgeschlossene Verträge nicht gemäß § 134 BGB nichtig sein, wenn Dritte sich auf §§ 171 Abs. 1, 172 Abs. 1 BGB berufen konnten, weil ihnen das Original einer Vollmacht bzw. eine Ausfertigung einer notariell beurkundeten Vollmacht – nicht nur eine beglaubigte Abschrift – vorgelegt wurde¹⁹⁾ oder die Grundsätze der Anscheins- bzw. Duldungsvollmacht griffen.²⁰⁾ Waren diese Voraussetzungen allerdings nicht gegeben, dann war der durch einen Geschäftsbesorger mit nichtigem Geschäftsbesorgungsvertrag nebst nichtiger Vollmacht und damit als vollmachtloser Vertreter geschlossener Darlehensvertrag ebenfalls nichtig.²¹⁾ Und eine Nachgenehmigung des vollmachtlosen Vertreterhandelns war nur möglich, wenn der Genehmigende die Unwirksamkeit kannte und mit der Unwirksamkeit rechnete und deshalb wollte, daß die abgegebenen Willenserklärungen verbindlich sein sollten.²²⁾ War auch dies nicht der Fall, war der zwischen dem Fonds und der Bank geschlossene Vertrag wegen vollmachtlosen Vertreterhandelns unwirksam und die Rechtsbeziehungen bereicherungsrechtlich zu würdigen.²³⁾ Aber wegen des Schutzzwecks des RBerG war/ist es gemäß § 242 BGB dem Darlehensgeber verwehrt, die Anleger-Gesellschafter der Fonds-GbR für Bereicherungsverbindlichkeiten der GbR entsprechend § 128 HGB persönlich in Anspruch zu nehmen.²⁴⁾

b) Grundbuchtreuhanderschaft

Da Grundbuchtreuhandierer treuhänderisch das Grundstück für den GbR-Fonds halten sollten, läßt sich mit zuvor Ausgeführtem durchaus vertreten, daß diese Treuhänder der Erlaubnis gem. Art. 1 § 1 RBerG bedurft hätten. Und soweit diese Erlaubnis nicht vorlag, waren die entsprechenden Geschäftsbesorgungsverträge gem. § 134 BGB ex tunc nichtig.²⁵⁾ Die Folge wäre, daß die Fonds-GbR gegen besagten Grundbuchtreuhandierer keinen Grundstücksherausgabeanspruch hätte, sondern allenfalls einen Bereicherungsanspruch, bei dem sich aber gem. Art. 229 § 6 Abs. 4 Satz 1 EGBGB, §§ 195, 199 BGB Fragen der Verjährung stellen können.

-
- 18) BGH 18.09.2001 – XI ZR 321/00, WM 2001, 2113, 2115. Aufgegeben in BGH 25.03.2003 – XI ZR 227/02, WM 2003, 1064, 1065
- 19) BGH 18.09.2001 – XI ZR 321/00, WM 2001, 2113, 2115; BGH 14.05.2002 – XI ZR 155/01, WM 2002, 1273, 1274
- 20) BGH 14.05.2002 – XI ZR 155/01, WM 2002, 1273, 1274 f.
- 21) BGH 14.05.2002 – XI ZR 155/01, WM 2002, 1273, 1275; BGH 25.03.2003 – XI ZR 227/02, WM 2003, 1064, 1065 f.
- 22) BGH 14.05.2002 – XI ZR 155/01, WM 2002, 1273, 1275; BGH 21.06.2005 – XI ZR 88/04, WM 2005, 1520, 1522 f.
- 23) BGH 17.06.2008 – XI ZR 189/07, Rdn. 13 (Juris)
- 24) BGH 17.06.2008 – XI ZR 189/07, Rdn. 19 (Juris); BGH 17.06.2008 – XI ZR 112/07, WM 2008, 1356; OLG Celle 17.05.2006 – 3 U 254/05, ZIP 2006, 2163; KG Berlin 06.06.2006 – 4 U 115/05, NZG 2006, 706; OLG Stuttgart 31.12.2005 – 6 U 115/05, ZIP 2006, 2364
- 25) BGH 29.04.2003 – XI ZR 201/02, WM 2004, 21; BGH 21.06.2005 – XI ZR 88/04, WM 2005, 1520; BGH 05.12.2006 – XI ZR 341/05, WM 2007, 440; OLG Frankfurt 27.09.2010 – 23 U 14/10, n.V.

IV. Fazit

Das zuvor Ausgeführte stimmt nachdenklich: Die Fonds-GbR hätte eine Objektfinanzierung aufgenommen und damit die Immobilieninvestitionen bezahlt, die sich im Eigentum des Grundbuchtreuähnders befinden (§ 946 BGB), ohne gegen den Grundbuchtreuänder einen vertraglichen Eigentumsübertragungsanspruch auf die Investitionen zu haben, die von ihr bezahlt wurden. Der Objektfinanzierungsvertrag zwischen der Fonds-GbR und dem Kreditinstitut wäre u.U. unwirksam und es wären dann nur bereicherungsrechtliche Rechtsbeziehungen vorhanden, für die die Anleger der Fonds-GbR gegenüber dem finanzierenden Kreditinstitut nicht analog § 128 HGB mit ihrem Privatvermögen haften würden. Und der „Gewinner“ des ganzen wäre der Grundbuchtreuänder, der Eigentümer einer durch Dritte finanzierten Immobilie wäre und ob er bereicherungsrechtlich der Fonds-GbR zum Ausgleich verpflichtet wäre, würde vom Ausgang verjährungsrechtlicher Prüfungen abhängen. Allerdings würde er sich der Zwangsversteigerungsmöglichkeit der kreditgebenden Bank aufgrund der für diese eingetragenen Grundschuld ausgesetzt sehen.

Die von *Görlich* 1988 vorgestellte²⁶⁾ und bei vielen Berlin-Fonds realisierte Konzeption eines Steuersparmodells mit Grundbuchtreuähnderschaft hat sich dort, wo sich vorgenanntes Ergebnis eingestellt hat, als untauglich erwiesen. Hinzu kommt, daß staatliche Institutionen durch das rückwirkende außer Kraft setzen der Anschlussförderung zum 01.01.2003²⁷⁾ und der BGH durch eine rückwirkende Änderung seiner Vertrauensschutzrechtsprechung²⁸⁾ kummulativ dazu beitragen, Anleger existentiell zu belasten, die zu einem Zeitpunkt sich an Berlin-Fonds beteiligten, als mit der staatlichen Anschlussförderung geworben wurde und eine Haftung von an GbR-Fonds beteiligten Anlegern analog §§ 128, 130 HGB in der Rechtsprechung des BGH noch verneint wurde.²⁹⁾ Und die weitgehend zu Lasten von Anlegern iudizierende Berliner Justiz negiert dies. Dies führt zu der Frage, ob von all dem betroffene Kapitalanleger dies heute klaglos hinnehmen müssen. Viel wird davon abhängen, wie das BVerfG mit den verfassungsrechtlichen Fragen umgehen wird, die *Wagner/Loritz*³⁰⁾ an anderer Stelle behandelt haben.

26) *Görlich* DB 1988, 1102, 1103

27) Nachweise bei *Wagner/Loritz* WM 2009, 2149 f.

28) Nachweise bei *Wagner/Loritz* WM 2009, 2149, 2152 f.

29) Nachweise bei *Wagner/Loritz* WM 2009, 2149, 2150 f.

30) *Wagner/Loritz* WM 2009, 2149