

Münstergasse 2
3011 Bern
Telefon 031 633 76 76
Telefax 031 633 76 25

32.13-03.156

Beschwerdeentscheid vom 29. Januar 2004



Ausweis über das Verfügungsrecht bei der Anmeldung der Abtretung eines Anteils an einer einfachen Gesellschaft

- _____**
- a *Grundbuchliche Verfügungen dürfen nur aufgrund eines Ausweises über das Verfügungsrecht und den Rechtsgrund vorgenommen werden (Art. 965 Abs. 1 ZGB). Der Ausweis über das Verfügungsrecht wird gemäss Art. 965 Abs. 2 ZGB und Art. 15 Abs. 1 GBV durch den Nachweis erbracht, dass der Gesuchsteller die nach Massgabe des Grundbuchs verfügbungsberechtigte Person ist oder von dieser eine Vollmacht erhalten hat.*
 - b *Als Ausweis über das Verfügungsrecht bei der Abtretung eines Anteils an einer einfachen Gesellschaft ist dem Grundbuchamt der (einstimmige) Beschluss sämtlicher Gesellschafter einzureichen. Es ist auch denkbar, dass die Zustimmungserklärungen seitens der übrigen Gesellschafter dem Grundbuchamt in einfacher Schriftform mit der Anmeldung eingereicht werden. Es reicht jedoch nicht aus, wenn der Notar die Zustimmung der übrigen Gesellschafter in der Urkunde bloss feststellt.*

Légitimation préalable du requérant quant à son droit de disposition lors de la réquisition d'inscription de la cession d'une part dans une société simple

- a *Aucune opération du registre foncier ne peut avoir lieu sans légitimation préalable du requérant quant à son droit de disposition et au titre sur lequel se fonde l'opération (art. 965, al. 1 CCS). Conformément aux articles 965, alinéa 2 CCS et 15, alinéa 1 ORF, le requérant éta-*

blit son droit de disposition en prouvant son identité avec la personne légitimée aux termes du registre, ou sa qualité de représentant de cette dernière.

- b Lors de la cession d'une part dans une société simple, il convient pour établir le droit de disposition de fournir au bureau du registre foncier la décision unanime de tous les associés. On peut également imaginer que les consentements des autres associés soient transmis au registre foncier sous forme d'un simple document accompagnant la réquisition d'inscription. Il ne suffit toutefois pas que le notaire constate simplement l'accord des autres associés dans l'acte de cession.*

Die Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion des Kantons Bern hat befunden und erwo-gen:

1. Am 2. Mai 2003 meldete Notar A. den gleichentags zwischen B. (Abtreterin) und C. und D. (Übernehmer) abgeschlossenen Abtretungsvertrag betreffend die Parzelle Nr. 1000 beim Kreisgrundbuchamt zur Einschreibung an. Mit Verfügung vom 19. November 2003 wies das Kreisgrundbuchamt die Grundbuchanmeldung ab mit der Begründung, das Verfügungsrecht von B. zur Abtretung sei nicht gegeben. Verfügungsberechtigt sei die einfache Gesellschaft, welche als Eigentümerin des Grundstückes eingetragen sei. Im Übrigen wird darauf hingewiesen, dass es sich bei dem vorgelegten Abtretungsvertrag um einen Kaufvertrag handle.
2. a) Mit Eingabe vom 26. November 2003 erhob Notar A. Beschwerde an die Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion des Kantons Bern (JGK) mit dem Begehren, es sei die Abweisungsverfügung des Kreisgrundbuchamtes vom 19. November 2003 aufzuheben und dieses anzuweisen, der beanstandeten Anmeldung durch Vornahme der Eintragung Folge zu leisten. Er begründet seine Beschwerde im Wesentlichen damit, die Ehegatten C./D. hätten mit Kaufvertrag vom 30. Januar 2003 von B. die Stockwerkeinheit Grundbuchblatt Nr. 2000-1 erworben. Der Kaufvertrag sei dem Grundbuchamt am 25. Februar 2003 zur Anmeldung eingereicht worden. Damit die Umgebung der Liegenschaft E.-Strasse 10 nicht verbaut werden könne, habe B. seinerzeit im Rahmen einer einfachen Gesellschaft (von insgesamt 23 Gesellschaftern) die angrenzende Liegenschaft Grundbuchblatt Nr. 1000, genannt „F.“, miterworben. Es sei naheliegend, dass B. ihren Anteil am „F.“ zusammen mit der Stockwerkeinheit an die Ehegatten C./D. habe abtreten wollen, da sie künftig kein Interesse mehr an diesem „F.“ habe. Die Übertragung des Anteils an der einfachen Gesellschaft sei jedoch nicht gleichzeitig mit der Veräusserung der Stockwerkeinheit erfolgt, da die notwendigen Zustimmungserklärungen der übrigen Gesellschafter noch nicht vorgelegen hätten. In der Folge habe B. die übrigen Gesellschafter kontaktiert. Diese hätten ausnahmslos die schriftliche Zustimmung zur Abtretung ihres Anteils an die Ehegatten C./D. erteilt.

Der Beschwerdeführer argumentiert, dass gemäss Art. 542 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 30. März 1911 betreffend das Obligationenrecht (OR; SR 220) ein Gesellschafter ohne die Einwilligung der übrigen Gesellschafter keinen Dritten in die Gesellschaft aufnehmen könne. Dies gelte ebenso, wenn ein Gesellschafter seinen Anteil einem Dritten abtrete. Wie dem öffentlich beurkundeten Abtretungsvertrag vom 2. Mai 2003 entnommen werden könne, hätten sämtliche übrigen Gesellschafter ihre Zustimmung zum Abtretungsvertrag erteilt. Im Übrigen handle es sich beim Ein- oder Austritt von Gesellschaftern einer einfachen Gesellschaft um einen rein gesellschaftsrechtlichen Vorgang. In Be-

zug auf Grundstücke erfolge der Gesellschafterwechsel sogar ausserbuchlich, so dass die Änderung im Grundbuch nur deklaratorischen Charakter aufweise. Sofern die Zustimmung sämtlicher Gesellschafter zum Gesellschafterwechsel vorliege, habe der Grundbuchverwalter die beantragten Eintragungen vorzunehmen.

- b) In seiner Beschwerdevernehmlassung vom 18. Dezember 2003 beantragt das Kreisgrundbuchamt die Abweisung der Beschwerde. Obschon der Abtretungsvertrag vom 2. Mai 2003 die Erklärung enthalte, die separaten Zustimmungserklärungen der einzelnen Gesellschafter lägen dem Vertrag bei, seien dem Grundbuchamt weder separat abgegebene Willenserklärungen der Gesellschafter noch ein allfälliger Gesellschaftsbeschluss vorgelegt worden. Auf jeden Fall könne die Zustimmung der übrigen Gesellschafter nicht mit einer notariellen Feststellung in der Urkunde selber erfolgen. Vielmehr hätten alle Eigentümer entweder selber oder durch Bevollmächtigung einer Drittperson an der öffentlichen Beurkundung teilzunehmen. Die Zustimmungserklärung sämtlicher Gesellschafter sei dann mit der Anmeldung beim Grundbuchamt einzureichen. Da diese Formvorschrift vorliegend nicht eingehalten worden sei, leide das Geschäft an einem Formmangel.
 - c) Auf den Inhalt der einzelnen Eingaben wird - soweit für den Entscheid wesentlich - in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.
3. Weist der Grundbuchverwalter die Anmeldung ab, so können der Anmeldende sowie alle Übrigen, die von der Abweisung berührt sind, innert 30 Tagen bei der kantonalen Aufsichtsbehörde dagegen Beschwerde führen (Art. 103 Abs. 1 der Verordnung vom 22. Februar 1910 betreffend das Grundbuch [GBV; SR 211.432.1]). Die Aufsichtsbehörde hat in kürzester Frist darüber zu entscheiden, ob der beanstandeten Anmeldung vom Grundbuchverwalter durch Vornahme der Eintragung Folge zu geben sei (Art. 103 Abs. 3 GBV). Gemäss Art. 124 des Gesetzes vom 28. Mai 1911 betreffend die Einführung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (EG ZGB; BSG 211.1) ist die Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion als kantonale Aufsichtsbehörde über das Grundbuchwesen zuständig zur Beurteilung von Verwaltungsbeschwerden gegen Verfügungen des Grundbuchverwalters. Für das Verfahren gelten grundsätzlich die Bestimmungen des Gesetzes vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsverfahrens- und Beschwerderechtsprechung des Kantons Bern (VRPG; BSG 155.21).

Zur Beschwerdeführung ist befugt, wer ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung oder Änderung der angefochtenen Verfügung hat (Art. 65 lit. a VRPG). Der Beschwerdeführer hat als Notar den zur Diskussion stehenden Abtretungsvertrag beurkundet und beim Kreisgrundbuchamt angemeldet. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist neben der Beschwerdebefugnis der von der Abweisung betroffenen Urkundsparteien auch diejenige der beteiligten Urkundspersonen grundsätzlich zu bejahen (BGE 116 II 136; BVR 1999 S. 51 ff., mit weiteren Hinweisen; Peter Ruf, Notariatsrecht, Skriptum, Langenthal 1995, N. 458). Massgebend ist, dass der Notar ein eigenes schützenswertes Interesse hat (Roland Pfäffli, Der Ausweis für die Eigentumseintragung im Grundbuch, Dissertation, Langenthal 1999, S. 56). Vorliegend ist strittig, ob der zur Anmeldung eingereichte Abtretungsvertrag im Grundbuch eingetragen werden kann. Das schützenswerte Interesse des Beschwerdeführers liegt daher darin, dass im Grundbuchbeschwerdeverfahren die richtige Ausübung seiner beruflichen Tätigkeit in Frage steht, was mit Blick auf eine allfällige Verantwortlichkeitsklage von Bedeutung sein kann. Damit ist das Anfechtungsinteresse von Notar A. hinlänglich substantiiert. Auf die form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist daher einzutreten.

4. Der Gesetzgeber hat es unterlassen, den Mitgliedschaftswechsel bei den Personengesellschaften zu regeln. Aufgrund der Privatautonomie ist es den Gesellschaftern aber nicht verwehrt, einen Mitgliedschaftswechsel zu vereinbaren. Die Übertragung der Mitgliedschaft

vom ausscheidenden auf den eintretenden Gesellschafter vollzieht sich alsdann gemäss der herrschenden Lehre nach den Regeln der Abtretung von Forderungen gemäss Art. 164 ff. OR, die hier sinngemäss anzuwenden sind. Durch die Übertragung wird die Mitgliederstellung als ganzes übertragen und nicht nur einzelne Elemente von ihr (Martin Lenz, Die Form von Eigentumsübertragungen am Immobilienvermögen bei Personengesellschaften, Bern 2001, S. 140 f., mit weiteren Hinweisen; Meier-Hayoz/Forstmoser, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 8. Auflage, Bern 1998, S. 274; Lukas Handschin, in: Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, 2. Auflage, Basel 2002, N. 6 zu Art. 542). Die Ansicht des Kreisgrundbuchamtes, es handle sich beim vorgelegten Abtretungsvertrag um einen Nachtrag zum Kaufvertrag, ist insofern nicht richtig. Vielmehr ist der Abtretungsvertrag vom Kaufvertrag gesondert zu beurteilen.

5. a) Grundbuchliche Verfügungen dürfen nur aufgrund eines Ausweises über das Verfügungsrecht und den Rechtsgrund vorgenommen werden (Art. 965 Abs. 1 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907 [ZGB; SR 210]). Der Ausweis über das Verfügungsrecht wird durch den Nachweis erbracht, dass der Gesuchsteller die nach Massgabe des Grundbuchs verfügungsberechtigte Person ist oder von dieser eine Vollmacht erhalten hat (Art. 965 Abs. 2 ZGB; Art. 15 Abs. 1 GBV).

In der Regel fallen Rechtszuständigkeit und Verfügungsrecht in der gleichen Person zusammen. Das Recht zur Verfügung und damit die Verfügungsmacht steht grundsätzlich dem Inhaber des betreffenden Rechts zu. Auch das Gesetz geht von der grundsätzlichen Identität zwischen Rechtsträgerschaft und Verfügungsrecht aus. Wo es nichts anderes anordnet, ist davon auszugehen, dass der Rechtszuständige verfügungsberechtigt ist, ihm mithin die Verfügungsmacht zukommt (Bettina Deillon-Schegg, Grundbuchanmeldung und Prüfungspflicht des Grundbuchverwalters im Eintragungsverfahren, Zürich 1997, S. 101). Aus diesem Grunde prüft der Grundbuchverwalter in erster Linie, ob Identität herrscht zwischen dem Rechtszuständigen an dem durch die Anmeldung betroffenen Recht und dem Anmeldenden. Stellt der Grundbuchverwalter fest, dass der Anmeldende nicht identisch ist mit der von ihm als rechtszuständig festgestellten Person, hat er vom Anmeldenden den Nachweis zu verlangen, dass diesem entweder durch ein Rechtsgeschäft oder durch das Gesetz bzw. durch einen eine gesetzliche Grundlage vollziehenden behördlichen Akt das Verfügungsrecht übertragen worden ist (Deillon-Schegg, a.a.O., S. 134).

- b) Die einfache Gesellschaft ist die vertragsmässige Verbindung von zwei oder mehreren Personen zur Erreichung eines gemeinsamen Zweckes mit gemeinsamen Kräften oder Mitteln, sofern dabei nicht die Voraussetzungen einer anderen durch das Gesetz geordneten Gesellschaft zutreffen (Art. 530 OR). Die einfache Gesellschaft ist eine Personengesellschaft. Die Mitgliedschaft beruht auf der Persönlichkeit der Teilhaber, d.h. insbesondere auf ihren persönlichen Fähigkeiten zur Mitwirkung in der Gesellschaft und auf ihrer persönlichen Kreditwürdigkeit, und nicht auf ihrer Kapitalbeteiligung (Meier-Hayoz/Forstmoser, a.a.O., S. 76 und 255). Die Übertragung der Mitgliedschaft und der Beitritt weiterer Gesellschafter sind aus diesem Grunde auch nur mit Zustimmung aller übrigen Gesellschafter möglich (Art. 542 OR). Im Gesellschaftsvertrag können jedoch Erleichterungen (z.B. Entscheid mit Mehrheitsbeschluss) vorgesehen werden (Meier-Hayoz/Forstmoser, a.a.O., S. 273; Lenz, a.a.O., S. 142). Die Zustimmung der Gesellschafter kann formfrei erfolgen, es sei denn, die Gesellschafter hätten im Sinne von Art. 16 OR eine Form vorbehalten (Lenz, a.a.O., S. 143).

Die einfache Gesellschaft stellt eine Gesamthandsgemeinschaft dar. Das Gesellschaftsvermögen steht gemäss Art. 544 Abs. 1 OR allen Gesellschaftern gemeinschaftlich, d.h. zu gesamter Hand zu. Rechtsträger sind die einzelnen Gesellschafter in ihrer Gesamt-

heit, nicht die einfache Gesellschaft als solche. Die Rechtszuständigkeit liegt somit - entgegen der Argumentation des Kreisgrundbuchamtes - nicht bei der Gesellschaft, sondern bei den einzelnen Gesellschaftern, welche zu einer Gemeinschaft verbunden sind (Heinz Rey, Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, 2. Auflage, Bern 2000, N. 974). Zur Ausübung des Eigentums und insbesondere zur Verfügung über das Gesellschaftsvermögen bedarf es des einstimmigen Beschlusses aller Gesellschafter (Art. 653 Abs. 2 ZGB). Aus diesem Grunde darf der einzelne Gesellschafter, soweit er dazu nicht ausdrücklich ermächtigt ist, über das Gesellschaftsvermögen weder tatsächlich noch rechtlich verfügen (Rey, a.a.O., N. 986).

6. Es ist unbestritten, dass es sich bei der Liegenschaft Grundbuchblatt Nr. 1000 um ein im Gesamteigentum von insgesamt 23 Eigentümern stehendes Grundstück handelt (vgl. auch den bei den Akten liegenden Grundbuchauszug vom 20. Januar 2003). Da von den Gesellschaftern keine abweichende Regelung getroffen wurde, können die Gesellschafter nur in ihrer Gesamtheit über die Liegenschaft verfügen. Als Ausweis über die Verfügungsberechtigung ist dem Grundbuchamt aus diesem Grunde der (einstimmige) Beschluss sämtlicher Gesellschafter einzureichen (Pfäffli, a.a.O., S. 134). Es ist jedoch auch denkbar, dass die Zustimmungserklärungen seitens der übrigen Gesellschafter dem Grundbuchamt in einfacher Schriftform mit der Anmeldung eingereicht werden (Lenz, a.a.O., S. 143). Der Beschwerdeführer geht jedoch fehl, wenn er sich auf den Standpunkt stellt, es reiche aus, wenn der Notar die Zustimmung der übrigen Gesellschafter in der Urkunde feststellt. In diesem Fall kann der Grundbuchverwalter die in Art. 965 ZGB vorgesehene Prüfung nämlich gar nicht vornehmen. Insbesondere ist es ihm nicht möglich zu prüfen, ob Identität herrscht zwischen dem Rechtszuständigen an dem durch die Anmeldung betroffenen Recht und dem Anmeldenden. Bei schriftlich eingereichten Anmeldungen wird die Identität nämlich durch Vergleich der Unterschriften in der Anmeldung und im Rechtsgrund - dies v.a. in den Fällen, da der Rechtsgrund in einer öffentlichen Urkunde besteht - oder in früheren Anmeldungen überprüft (Deillon-Schegg, a.a.O., S. 135 f.). Dieser Vergleich ist vorliegend aber gerade nicht möglich, da die von den nicht direkt am Abtretungsvertrag beteiligten Gesellschaftern unterzeichneten Zustimmungserklärungen dem Grundbuchamt nicht eingereicht wurden. Die Abweisungsverfügung vom 19. November 2003 ist aus diesem Grunde nicht zu beanstanden, weshalb die vorliegende Verwaltungsbeschwerde abzuweisen ist.
7. Der Vollständigkeit halber sei noch darauf hingewiesen, dass die Einreichung vollständiger Akten der oberste Wunsch der Grundbuchführung an die praktizierenden Notare ist. Es sind daher zusammen mit dem Hauptgeschäft sämtliche Nebenakten einzureichen. Dies betrifft insbesondere auch allfällige Zustimmungen (vgl. das Handbuch der Justizdirektion des Kantons Bern für die praktizierenden Notare sowie die Grundbuchverwalter des Kantons Bern betreffend den Verkehr mit dem Grundbuchamt und die Grundbuchführung, S. 5). Zwar enthält der dem Grundbuchamt zur Anmeldung eingereichte Abtretungsvertrag eine Klausel, wonach die übrigen Gesellschafter dem Abtretungsvertrag zwischen B. und den Ehegatten C./D. mit separaten Erklärungen, welche der Urschrift im Original beigeheftet seien, zugestimmt hätten. Es ist jedoch unbestritten, dass die Zustimmungserklärungen der übrigen Gesellschafter dem Kreisgrundbuchamt mit der Anmeldung gerade nicht eingereicht wurden.
8. Bei diesem Ausgang des Verfahrens hat der unterliegende Beschwerdeführer die entstandenen Verfahrenskosten zu tragen (Art. 108 Abs. 1 VRPG).

Aus diesen Gründen wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens vor der Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion des Kantons Bern von pauschal Fr. 800.-- werden Notar A. zur Bezahlung auferlegt. Eine separate Zahlungseinladung erfolgt, sobald dieser Entscheid in Rechtskraft erwachsen ist.