

Magisterarbeit im LL.M.-Programm 2011/ 2012

an der

Juristischen Fakultät

der

Eberhard Karls Universität Tübingen

**Die Grundbuchfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts –
die gesetzliche Regelung in §§ 899a BGB, 47 Abs. 2 GBO und aktuelle Probleme**

Betreuer:

Prof. Dr. Jan Thiessen

vorgelegt von:

Merve ÜREM

Martikel Nummer: 3733895

Tübingen, 31. Mai 2012

INHALTSVERZEICHNIS

LITERATURVERZEICHNIS	iv
EINLEITUNG	1
1. KAPITEL: Ein kurzer Überblick über die Rechtsnatur der GbR.....	3
A. Das klassische Verständnis; die Traditionelle Lehre.....	3
B. Neu entwickelte Gruppenlehre	4
2. KAPITEL: Die aus den höchstrichterlichen Urteilen stammende neue Rechtsposition der GbR.....	6
A. Einleitung	6
B. Die Anerkennung der Rechtsfähigkeit der GbR.....	6
C. Die Anerkennung der Grundbuchfähigkeit der GbR.....	9
I. Begriff: „Grundbuchfähigkeit“	9
1. Die Bedeutung der materiellen Grundbuchfähigkeit der GbR.....	9
2. Die Bedeutung der formellen Grundbuchfähigkeit der GbR	11
II. Das Urteil des BGH vom 04.11.2008.....	12
3. KAPITEL: Die Eintragung der GbR als solche, gesetzliche Umsetzung und aktuelle Probleme.....	13
A. Die aus der neuen Position der GbR kommende, gesetzliche Umsetzung.....	13
B. Die Gesamtbetrachtung der unterschiedlichen Ansichten über die Eintragung der GbR als solche	15
I. Die Ansichten für die Grundbuchfähigkeit der GbR	15
II. Die Ansichten gegen die Grundbuchfähigkeit der GbR.....	16
C. Die Argumente gegen die Grundbuchfähigkeit der GbR und aktuelle Probleme	17
I. Die fehlende Registerpublizität der GbR und der Bestimmtheitsgrundsatz.....	17
II. Fehlende Rechtssicherheit?.....	18
III. Die Problematik über die Identifizierung der Gesellschaft und die Feststellung der Vertretungsbefugnis der Gesellschafter	19
1. Die Identifizierung der GbR.....	19
2. Der Nachweis der Existenz der GbR	20
3. Der Nachweis der Vertretungsbefugnis der Gesellschafter und vorgeschlagene Lösungen	21
IV. Der Gesellschafterwechsel bei der rechtsfähigen GbR.....	23
V. Gutgläubiger Erwerb und Gutgläubenschutz	24

1. Die Bedeutung von § 892 BGB und die Voraussetzungen des gutgläubigen Erwerbs.....	24
2. Besondere Fälle beim gutgläubigen Erwerb und der Anwendungsbereich des § 899 a BGB.....	25
a) Die Verfügung von dem nicht mehr berechtigten Gesellschafter.....	25
aa) Schützt § 899 a BGB den guten Glauben an die Vertretungsbefugnis der eingetragenen Gesellschafter?.....	27
bb) Fasst § 899 a BGB auch das Verpflichtungsgeschäft (Kausalgeschäft) um?.....	28
cc) Der Kondiktionsanspruch der GbR nach gutgläubigem Erwerb der Dritte.....	28
b) Der Erwerb an einem Grundstück von der nicht existierenden GbR.....	30
aa) Enthält § 899 a BGB auch das Vertrauen auf die Existenz der GbR?.....	30
bb) Anwendbare Vorschriften und Rechtsscheinhaftung.....	31
b) Erwerb eines Gesellschaftsanteils.....	32
c) Die Eintragung eines Widerspruchs im Grundbuch.....	33
d) Anwendungsbereich des § 899 a BGB an beweglichen Sachen.....	33
4. KAPITEL: Offen bleibende Fragen über die grundbuchfähige GbR.....	34
A. Die Rückkehr zur alten Rechtslage?.....	34
B. Sind §§ 47 Abs. 2 S. 1 GBO, § 899 a BGB erfolglose Vorschriften?.....	36
C. Wäre die Einführung eines Registers für alle GbR logisch?.....	37
ZUSAMMENFASSUNG.....	39

LITERATURVERZEICHNIS

ALTMEPPEL, Hoyer: Rechtsentwicklung der GbR trotz § 899 a BGB nicht aufzuhalten. In: Neue juristische Wochenschrift (NJW). 2011, S. 1905- 1909.

BASSENGE, Peter: In: Palandt Bürgerliches Gesetzbuch. 70. Auflage, München, 2011.

BERNDT, Joachim/ BOIN, Kai T. : Zur Rechtsnatur der Gesellschaft bürgerlichen Rechts. In: Neue juristische Wochenschrift (NJW). 1998, S. 2854- 2861.

BESTELMEYER, Horst: Die klinische tote BGH- GbR, Ungelöste und unlösbare GbR-Probleme nach dem Inkrafttreten des ERVGBG. In: Der Deutsche Rechtspfleger (Rpfleger). 4. Heft, 2010, S. 169- 192.

BEUTHIEN, Volker: Was hat die „rechtsfähige Personengesellschaft“ Neues gebracht? In: Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht (NZG). 2011, S. 481- 488.

BOESCHE, Katharina: In: Oetker Kommentar zum Handelsgesetzbuch (HGB). 2. Auflage, München 2011.

BROX, Hans/ WALKER, Wolf- Dietrich: Allgemeiner Teil des BGB. 35. Auflage, München, 2011. (zit. Allgemeiner Teil)

HEIDEL Thomas/ HANKE Jessica: In: Nomos Kommentar BGB Schuldrecht. Band 2/2 : § 611- 853, 2. Auflage, Baden- Baden 2012.

DEMHARTER, Johann: Ein noch ungelöstes Problem: Die Grundbuchfähigkeit der BGB-Gesellschaft . In: Neue juristische Wochenschrift (NJW)- Sonderheft Abschied zum Ende eines Gerichts. 2005, S. 18- 23.

EIGNER, Michael: Die Beschränkung der persönlichen Gesellschafterhaftung bei Gesellschaft bürgerlichen Rechts und Partnerschaft. Dissertation zur Erlangung des Grades eines Doktors der Rechte der Juristischen Fakultät der Universität Augsburg. 2004. (zit. Gesellschafterhaftung)

FLUME Werner: Gesellschaft und Gesamthand. In: Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht (ZHR). Band. 136. 1972, S. 177- 207.

FLUME, Werner: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. Erster Band Erster Teil Die Personengesellschaft. Berlin, 1977. (zit. Allgemeiner Teil)

GIERKE, Otto von: Deutsches Privatrecht Allgemeiner Teil und Personenrecht. Band 1. Leipzig, 1895.

GUMMERT, Hans: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts. 3. Auflage, München 2009. (zit. MünchHandbuch)

HADDING, Walther / KIESSLING, Erik: Soergel BGB Bürgerliches Gesetzbuch Schuldrecht 9/1 §§ 705- 758. 13. Auflage, Stuttgart 2011.

HAMANN, Hartmut: In: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts. 3. Auflage, München 2009. (zit. MünchHandbuch)

HARTMANN, Christian : GbR und Grundbesitzerwerb- welche Fragen bleiben? In: Rheinische Notar-Zeitschrift. 2011, S. 401- 413.

HEINZE, Stefan: Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts im Grundbuchverkehr. In: Rheinische Notar-Zeitschrift. 2010, S. 289- 309.

HERTEL, Christian: Die Anmerkung des Beschlusses des BGH vom 4. 12. 2008 - V ZB 74/08. In: Deutsche Notar-Zeitschrift (DNotZ) . 2009, S. 115- 121.

HERTREITER, Angela: Grundbuchfähigkeit einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts. Dissertation zur Erlangung des Doktorgrades der Juristischen Fakultät der Universität Regensburg. 2004. (zit. Grundbuchfähigkeit)

HUECK, Götz: Drei Fragen zur Gesamthandgesellschaft. In: Festschrift für Wolfgang Zöllner Zum 70. Geburtstag. Band 1. 1998, S. 275- 294.

HÜGEL, Stefan: Zum Grundstückserwerb durch eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts. In: Der Betrieb (DB). Beilage zu Heft 4 vom 28. Januar, 2011 S. 2433- 2438.

JOHANSSON, Pär: In: Gummert, Münchener Anwaltshandbuch Personengesellschaftsrecht. 1. Auflage, München, 2005. (zit. Personengesellschaftsrecht)

KIEHNLE, Arndt: § 899a BGB und das Schuldrecht. In: Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht (ZHR). Band 174, 2010, S. 209- 242.

KLEIN, Eberhard/ LINDEMEIER, Jörg: In: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts. Band 1, 3. Auflage, München 2009. (zit. MünchHandbuch)

KOHLER Jürgen: In: Münchener Kommentar zum BGB. 5. Auflage, München 2010.

KRAFT, Alfons/ KREUTZ, Peter: Gesellschaftsrecht. 11. Auflage, 2000.

KROPHOLLER, Jan: Studienkommentar BGB. 13. Auflage, München 2011.

KRÜGER, Wolfgang: Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts und das Grundbuch- causa infinita. In: Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht (NZG). 2010, S. 801- 807.

KÜBLER, Friedrich/ ASSMANN, Heinz- Dieter: Gesellschaftsrecht. 6. Auflage, Heidelberg 2006.

LAUTNER, Konrad: Alles wieder beim Alten?- Die gesetzliche Neuregelung zur Teilnahme der Gesellschaft bürgerlichen Rechts am Grundstücksverkehr. In: Deutsche Notar-Zeitschrift (DNotZ). 2009, S. 650- 677.

LEHMANN, Christoph: Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts im Grundstücksverkehr: Ende des Chaos in Sicht. In: Deutsches Steuerrecht Wochenschrift & umfassende Datenbank für Steuerberater (DStR). Heft 22, 2011, S. 1036- 1041.

LEIBLE, Stefan: Michalski Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH-Gesetz) 2. Auflage, München 2010.

LEIPOLD, Dieter: Einige Bemerkungen zur Rechts- und Parteifähigkeit der BGB-Gesellschaft und des nicht eingetragenen Vereins. In: Festschrift für Claus- Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag. 2007, S. 221- 244. (zit. Rechts- und Parteifähigkeit)

LEIPOLD, Dieter: BGB I Einführung und Allgemeiner Teil. 6. Auflage, Tübingen 2010. (zit. Allgemeiner Teil)

LIMMER, Peter: In: Spindler/ Stilz Aktiengesetz. 2. Auflage, München 2010.

MEDICUS, Dieter/ LORENZ, Stephan: Schuldrecht II, Besonderer Teil. 15. Auflage, München 2010. (zit. Schuldrecht)

MUGDAN, Benno: Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Band II, Berlin 1899. (zit. Das Deutsche Reich)

Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Band II, 2. Auflage, Berlin 1896. (zit. Mot. II)

OLZEN, Dirk: In: Staudinger BGB Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse Einleitung zum Schuldrecht §§ 241-243. 15. Auflage, Berlin 2009.

PIEHLER, Klaus/ SCHULTE, Norbert: In: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrecht. Band I, 3. Auflage, München 2009. (zit. MünchHandbuch)

ROTH, Günter H./ SCHUBERT, Claudia: In: Münchener Kommentar zum BGB. 6. Auflage, München 2012.

SCHMIDT, Karsten: Gesellschaftsrecht. 4. Auflage, Köln 2002.

SCHMIDT, Damian: Der gute Glaube an die Gesellschafterstellung nach § 899 a BGB. In: Juristische Ausbildung (Jura). Band 34. Heft 1. 2012, S. 7- 10.

SCHÜCKING, Christoph: In: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrecht. Band 1. 3. Auflage, München 2009. (zit. MünchHandbuch)

SPRAU, Hartwig: In: Palandt Bürgerliches Gesetzbuch. Band 7. 70. Auflage, München 2011.

STÜRNER, Rolf: In: Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch. 14. Auflage, München 2011.

TAT, Sara: Die Rechtssubjektivität und Haftung der Gesellschaft bürgerlichen Rechts in Deutschland und Frankreich. Dissertation an der Westfälischen Wilhelms- Universität Münster. Münster 2003. (zit. Gesellschaft bürgerlichen Rechts)

ULMER, Peter: Die Gesamthandgesellschaft- ein noch immer unbekanntes Wesen? In: Archiv für die civilistische Praxis (AcP). Band 198. 1998, S. 113- 151.

ULMER, Peter/ STEFFEK, Felix: Grundbuchfähigkeit einer rechts- und parteifähigen GbR. In: Neue juristische Wochenschrift (NJW). 2002, S. 330- 338.

ULMER, Peter: In: Münchener Kommentar zum BGB. 5. Auflage, München 2010.

UNGER, Jobst-Friedrich von / FRIEL, Arne: In: Gummert, Münchener Anwaltshandbuch Personengesellschaftsrecht. 1. Auflage, München 2005.

VERHEYEN, Jan: Die Grundbuchfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts. Hamburg 2009. (zit. Grundbuchfähigkeit)

VIEWEG, Klaus/ WERNER, Almut: Sachenrecht. 4. Auflage, Köln 2010.

VOLMER, Michael: Die Anmerkung vom Beschluss des BGH vom 04.12.2008- V ZB 74/ 08. In: Zeitschrift für Immobilienrecht (ZfIR). 2009, S. 97- 99.

WELLENHOFER, Marina: Grundstücksgeschäfte mit der BGB- Gesellschaft. In: Juristische Schulung (JuS). 2010, S. 1048- 1052.

WILHELM, Jan: Die Grundbuchfähigkeit der Gesamthandgesellschaft bürgerlichen Rechts. In: Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht (NZG). 2011, S. 801, 809.

WINDBICHLER, Christine: Gesellschaftsrecht. 22. Auflage, München 2009.

WOLF, Manfred/ WELLENHOFER, Marina: Sachenrecht. 25. Auflage, München 2010.

EINLEITUNG

Im deutschen Reich wurde die Gesellschaft bürgerlichen Rechts als rein schuldrechtliches Geschäft angesehen¹. Bis zum Jahr 2001 wurde die Gesellschaftsform zum einen als lediglich das Sondervermögen der Gesellschafter und zum anderen als unabhängiges Rechtssubjekt im heutigen Schrifttum angenommen.

Im Jahr 2001 urteilte der BGH über die Rechtsfähigkeit der Außen Gesellschaft bürgerlichen Rechts. Nach der Anerkennung der Rechtsfähigkeit der Außen GbR durch das Urteil des BGH vom 29.01.2001 tauchte die Grundbuchfähigkeit der GbR als umstrittenes Problem auf. Daraufhin erkannte der BGH im Jahr 2008 im Einklang mit der Rechtsfähigkeit der GbR die Grundbuchfähigkeit der GbR an. Aber das Urteil vom 04.11.2008 wurde im Schrifttum heftig kritisiert. War dieses Urteil tatsächlich ein „Schlamassel“,² oder ein „großes Unglück“³?

Klar ist, dass der große Wandel bei der Rechtsnatur der GbR jedoch zahlreiche materiell- und formellrechtliche Probleme mit sich brachte, denn die GbR ist nicht in einem öffentlichen Register erfasst. Einige Probleme sind z.B. die Identifizierung der GbR, die Feststellung der Vertretungsbefugnis der Gesellschafter und der gutgläubige Erwerb von der im Grundbuch eingetragenen GbR. Aber verursachte der BGH mit diesen Urteilen ein „beispielloses bundesweites Chaos“⁴?

Angesichts diese Neuerungen bei der GbR und zahlreicher Probleme reagierte der Gesetzgeber erstens mit § 47 Abs. 2 S. 1 GBO und dann mit § 899 a BGB. Diese ergänzten Vorschriften konnten jedoch die Unklarheiten und den Streit im Schrifttum nicht vermindern, vielmehr trat der gegenteilige Effekt ein.

Die nachfolgende Arbeit setzt sich vor allem mit der Grundbuchfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts auseinander. Jedoch bildet der Schwerpunkt dieser Arbeit die gesetzliche Regelung in §§ 899 a BGB, 47 Abs. 2 GBO und die daraus resultierenden aktuellen Probleme. Zunächst wird ein

¹ Mot. II, S. 591= Mugdan, das Deutsche Reich, S. 330.

² Hertel, DNotZ 2009, 115 (121).

³ Volmer, ZfIR 2009, 93 (97).

⁴ Bestelmeyer, Rpfleger 2010, 169 (171).

Überblick über die Rechtsgeschichte der GbR in erstem Kapitel behandelt. Das zweite Kapitel handelt von den höchstrichterlichen Urteilen des BGH; also die Bedeutung von Rechts- und Grundbuchfähigkeit der GbR. In drittem Kapitel beschäftige ich mich mit den verschiedenen Ansichten und den Argumenten für und gegen die Grundbuchfähigkeit der GbR, sowie besonderen Problemen im Rechtsverkehr. Schließlich werde ich mich im vierten Kapitel mit offen gebliebenen Fragen auseinandersetzen. Am Ende werde ich Ihnen meine Schlussfolgerung und Lösungsansätze präsentieren.



1. KAPITEL: Ein kurzer Überblick über die Rechtsnatur der GbR

Im heutigen Gesellschaftsrecht ist die Rechtsnatur der GbR strittig. Die Problematik ist, ob und wieweit die GbR verselbständigt von den Gesellschaftern ist. Deshalb wird sich hier mit der Fragestellung auseinandergesetzt, ob die GbR ein gebundenes Sondervermögen der Gesellschafter ist oder eine eigene Rechtssubjektivität hat. Die erste Behauptung wird als „traditionelle Lehre“ bezeichnet, die zweite als „Gruppenlehre“.

A. Das klassische Verständnis; die Traditionelle Lehre

Die traditionelle Lehre führte eine Gesellschaftsform der GbR ein, bei der die Rechtssubjektivität und die Rechtsfähigkeit der GbR abgelehnt wurden⁵.

Diesem Verständnis nach bestand die GbR allein aus den Gesellschaftern in ihrer Verbundenheit und das Gesellschaftsvermögen stand als ein Sondervermögen allen Gesellschaftern zu⁶, das von dem Privatvermögen der Gesellschafter absolut getrennt war. So wurde die Gesellschaft nicht für ein Rechtssubjekt, sondern als Sondervermögen nur für ein Objekt gehalten.

Ferner wurde die Gesellschaft gemäß §§ 709, 714 BGB von den Gesellschaftern gemeinsam vertreten, soweit nichts anderes vereinbart wurde. Für die Rechtsgeschäfte der GbR war eine gemeinschaftliche Beteiligung der Gesellschafter erforderlich. Die Gesellschafter wurden als Vertragspartner und Rechtsträger

⁵ Hueck, Festschrift für Wolfgang Zöllner, S. 275 ff. Kraft/ Kreuz machte seine Meinung klar mit der Hilfe gesetzlicher Entwicklung im Gesellschaftsrecht. Durch das Handelsrechtsreformgesetz von 1998 wurden von dem einen Gewerbe betreibende und eigenes Vermögen verwaltende Personengesellschaften eine OHG oder KG zu begründen ermöglicht. Dadurch wurde der Anwendungsbereich der OHG und KG erweitert. Jedoch fasste diese Erweiterung nicht die GbR um. Denn der GbR wurde die Rechts- und Parteifähigkeit vom Gesetzgebers nicht zubilligt. Aus diesem Grunde sah Kraft/ Kreuz die Anerkennung der Rechtsfähigkeit der GbR ohne gesetzliche Regelung nicht notwendig. Siehe Kraft/ Kreuz, Gesellschaftsrecht, S. 104 ff.

⁶ Hügel, DB 2011, 2433 (2433).

angesehen. Demnach waren die Gesellschafter für die im Namen der GbR geschlossenen Rechtsgeschäften immer persönlich berechtigt und verpflichtet⁷.

Als Folge des Gesamthandprinzips und der Rolle der Gesellschafter wurde folglich behauptet, dass nicht jeder Gesellschafter, sondern alle Gesellschafter zusammen die Eigentümer der im Gesellschaftsvermögen stehenden Sachen und Inhaber aller Forderungen waren.

B. Neu entwickelte Gruppenlehre

In den folgenden Jahren wurde gegen die traditionelle Lehre die sogenannte „Gruppenlehre“ in das Schrifttum und in die Rechtsprechung übernommen, dass die Außen GbR, ohne juristische Person zu sein⁸, eine von den Gesellschaftern zu unterscheidende, eigene Rechtssubjektivität habe⁹. Während die traditionelle Lehre nun die GbR als Sondervermögen der Gesellschafter sah, gab die Gruppenlehre der GbR eine, über das Sondervermögen hinausgehende, selbständige Eigenschaft¹⁰.

Im Schrifttum war der erste Vertreter dieser Lehre *Otto von Gierke*. Sie kritisierten die traditionelle Lehre über die Natur der GbR und entwickelte daher eine neue Form für die GbR. *Gierke* sah die GbR als eine, aus den Gesellschaftern in ihrer Verbundenheit bestehende Personenmehrheit¹¹. Seiner Ansicht nach war diese verbundene Personenmehrheit oder anders gesagt „die Gruppe“ Kraft der

⁷ Hügel, DB 2011, 2433;

⁸ Flume, ZHR 1972 (136), 177 (188); Flume, Allgemeiner Teil, S. 56.

⁹ Gierke, Deutsches Privatrecht, S. 663 ff.; Flume, ZHR 1972 (136), 177 (189); Flume, Allgemeiner Teil, S. 56; Schmidt, Gesellschaftsrecht, S. 204 ff.; MünchKomm- Ulmer, vor § 705 Rn. 10. Nach *Kraft/ Kreuz* wurde das Dogma mit der Anerkennung der Rechtssubjektivität der GbR gebrochen, in dem nur natürliche und juristische Personen als Rechtssubjekt anerkannt wurden. Siehe *Kraft/ Kreuz*, Gesellschaftsrecht, S. 104.

¹⁰ MünchKomm- Ulmer, vor § 705 Rn. 10.

¹¹ Gierke, Deutsches Privatrecht, S. 676. An dieser Stelle wurde von Einigen keine besondere Wesenheit der GbR außer der Gruppe der Gesellschafter gesehen. Denn die als Gesamthandgemeinschaft eingeordnete GbR besteht aus den Gesellschafter der GbR in ihrer Verbundenheit. Siehe Gierke, Deutsches Privatrecht, S. 684; Flume, ZHR 1972 (136), 177 (188 f.); Flume, Allgemeiner Teil, S. 56.

gesamten Hand und damit als solche rechtsfähig¹². Die Gruppe, also nicht einzelne Gesellschafter, konnten als kollektive Einheit am Rechtsverkehr teilnehmen und sie waren kollektiv verpflichtet und berechtigt¹³.

Seit dem wurde Otto von Girkens Ansicht überwiegend in die Lehre übernommen. Die ihm nachkommenden Autoren gingen davon aus, dass die GbR ein eigenständiges Zuordnungsobjekt sei. In Bezug auf die Rechtssubjektivität der GbR erkannten sie die Teilrechtsfähigkeit der Außen GbR an¹⁴, so sei die GbR Rechtsträger und für die Rechte und Pflichten der GbR berechtigt und verpflichtet¹⁵. Somit könnte die GbR etwa als Personenhandelsgesellschaften am Rechtsverkehr teilnehmen. Dadurch würde die Rechtsnatur der GbR an den juristischen Personen angenähert werden¹⁶.

Dementsprechend wurde auch die Vermögensfähigkeit in Verbindung mit der Anerkennung der Teilrechtsfähigkeit befürwortet. Nun kann die Außen GbR selbst sowohl Eigentum und beschränkte Sachenrechte erwerben und diese besitzen, als auch Rechte und Pflichten begründen¹⁷. Demnach können die Pflichten nicht gegen die einzelnen Gesellschafter, sondern nur gegen die GbR geltend gemacht werden¹⁸.

¹² Girke, Deutsches Privatrecht, S. 682; Nach Beuthien war die aus den Rechtsfähigkeiten der Gesellschafter kommende „Gesamtrechtsfähigkeit“ ausreichend und der GbR eigene Rechtsfähigkeit zuzuerkennen war nicht nötig. Beuthien, NZG 2011, 481 (484).

¹³ Girke, Deutsches Privatrecht, S. 676, 682.

¹⁴ Girke, Deutsches Privatrecht, S. 682; Flume, ZHR 1972 (136), 177 (189); Flume, Allgemeiner Teil, S. 56; Staudinger- Olzen, § 241 Rn. 228; Schmidt, Gesellschaftsrecht, S. 1771. Ablehnend Berndt, NJW 1998, 2854 (2861). Über die Verbindung zwischen der Rechtsfähigkeit und der Rechtssubjektivität siehe auch Berndt, NJW 1998, 2854 (2854).

¹⁵ Schmidt, Gesellschaftsrecht, S. 1771 ff.

¹⁶ Palandt- Sprau, § 705 Rn. 24; Kübler/ Assmann, Gesellschaftsrecht, S. 52.

¹⁷ Girke, Deutsches Privatrecht, S. 682; Kübler/ Assmann, Gesellschaftsrecht, S. 55; Flume, Allgemeiner Teil, S. 79; Schmidt, Gesellschaftsrecht, S. 1772.

¹⁸ Girke, Deutsches Privatrecht, S. 682.

2. KAPITEL: Die aus den höchstrichterlichen Urteilen stammende neue Rechtsposition der GbR

A. Einleitung

In der alten Auffassung wurde die GbR als Gesamthandgemeinschaft angesehen und als nicht ein selbständiges Rechtssubjekt angenommen. Neben der alten Auffassung trat jedoch noch eine, sowohl von der Lehre als auch vom BGH seit langem Zeitraum zum Ausdruck gebrachte „Gruppenlehre“ auf, die der GbR Rechtsfähigkeit anerkannte. Diese, voneinander abweichenden Auffassungen verursachten ein Chaos über die Natur der GbR. Aufgrund dieses Auffassungskonfliktes erwartete die Rechtsprechung, dass diese Unklarheiten zügig beseitigt und der aktuelle Bedarf der Rechtssicherheit gedeckt werden sollte.

Schließlich wurde mit dem Urteil vom 29.01.2001 des BGH die Rechtsnatur der GbR klarer. Es wurde beschlossen, dass sie (teil-) rechts- und parteifähig am Rechtsverkehr teilnehmen kann. Nach diesem Urteil entstanden jedoch nur noch mehr Konflikte und Streitigkeiten.

B. Die Anerkennung der Rechtsfähigkeit der GbR

Gemäß §§ 124 Abs. 1, 161 Abs. 2 HGB können die OHG und die KG unter ihren Firmen Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen, vor Gericht klagen und verklagt werden. Jedoch fehlte es im BGB an solchen Regelungen über die GbR. Deswegen wurde die Rechtsfähigkeit der GbR in der Lehre einerseits zurückgewiesen, andererseits anerkannt. Während dieser Kontroverse beschloss der BGH ein Urteil über die Rechtsposition der GbR im Jahr 2001.

Das Urteil des BGH vom 29.01.2001¹⁹ befasst sich mit der Frage, ob eine aus der wechselrechtliche Rechtsbeziehung stammende

¹⁹ BGH, Urteil vom 29. 1. 2001 - II ZR 331/00- NJW 2001, 1056 ff.

Forderung gegen eine bauwirtschaftliche Arbeitsgemeinschaft in der Rechtsform einer GbR geltend gemacht werden kann. Bei diesem Rechtsstreit verurteilte das Landgericht neben all den Beklagten auch die bauwirtschaftliche Arbeitsgemeinschaft gesamtschuldnerisch zur Zahlung. Jedoch wurde die Klage vom Oberlandesgericht abgewiesen, weil eine GbR nicht parteifähig sei. Als Letztinstanz hob der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes die Revision der Klägerin gegen das Urteil des Oberlandesgerichts mit der Begründung auf, dass die Gesellschaft bürgerlichen Rechts parteifähig gemäß § 50 ZPO sei und Träger von Rechten und Pflichten sein könne.

Hiermit stellte der BGH im Einklang mit der Gruppenlehre klar, dass die Außen GbR durch Teilnahme am Rechtsverkehr eigene Rechte und Pflichten begründen und am Zivilprozess aktiv und passiv teilnehmen könne. Weiterhin bejahte der BGH auch akzessorische Haftung der Gesellschafter für Verbindlichkeiten der GbR. So billigte der BGH erstmals ganz offen der Außen GbR die Rechtsfähigkeit und die Parteifähigkeit, ohne sie als juristische Person zu qualifizieren. Folglich wurde nun die Rechtsposition der GbR direkt wie die OHG und die KG strukturiert²⁰.

Allerdings erscheint nach dieser Anerkennung die Rechts- und Parteifähigkeit als erhebliches Unterscheidungsmerkmal zwischen den Innen und den rechtsfähigen Außen GbR²¹. Auch die Unterscheidung zwischen Innen und Aussen GbR gewann nunmehr besondere Wichtigkeit, weil die Rechts und Parteifähigkeit nur der Außen GbR zukommt. Jedoch brach gleichzeitig auch eine neu Diskussion über die Frage aus, ob sämtliche Außen Gesellschaften rechtsfähig seien.

Die Innen GbR nimmt selbst am Rechtsverkehr nicht teil und bei ihr handelt es sich ausschließlich um ein schuldrechtliches Innenverhältnis der Gesellschafter²². Dagegen kann die Außen GbR so dargestellt werden, dass sie sich als Rechtsträgerin am Rechtsverkehr beteiligt, aus den, mit Dritten geschlossenen

²⁰Kübler/ Assmann, Gesellschaftsrecht, S. 55; Nomos- Heidel/ Hanke, § 705 Rn. 8; Hertreiter, Grundbuchfähigkeit, S. 24.

²¹ Nomos- Heidel/ Hanke, § 705 Rn. 8.

²² Flume, ZHR 1972 (136), 177 (181 ff.); Schmidt, Gesellschaftsrecht, S. 1696; Kübler/ Assmann, Gesellschaftsrecht, S. 26; Hertreiter, Grundbuchfähigkeit, S. 24, 25; Nomos- Heidel/ Hanke, § 705 Rn. 8.

Rechtsverhältnissen Rechte und Pflichten begründen und auch über das Gesellschaftsvermögen verfügen kann²³.

Insofern lehnte *Schmidt* jede Außen-Gesellschaft als rechtsfähig anzusehen ab. Er sprach unternehmenstragenden GbR die Rechtsfähigkeit zu, wohingegen er der zivilistischen GbR diese Fähigkeit ablehnte²⁴. Denn die schlichte zivilistische GbR kann mangels der Unternehmensträgerschaft nicht am Rechtsverkehr teilnehmen. Hingegen hob *Ulmer* einige Voraussetzungen zur Anerkennung der Rechtsfähigkeit hervor. Gemäß diesen Voraussetzungen besitzt die GbR mit handlungsfähigen Organen und eigener Identitätsausstattung am Rechtsverkehr teilzunehmen und ein Gesamthandvermögen zu haben. Seiner Ansicht nach liegt alle diese Voraussetzungen bei der Außen-GbR vor²⁵. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Rechtsfähigkeit jeder Außen-GbR entsprechend dem Willen des BGH bejaht werden soll²⁶.

Wenn das Urteil vom Jahr 2001 aus der grundbuchrechtlichen Seite behandelt wird, ist zudem erkennbar, dass es auch die grundbuchrechtliche Struktur der GbR beeinflusste²⁷. Die wichtigste Konsequenz der Rechtsfähigkeit der GbR war die Anerkennung der materiellen Grundbuchfähigkeit der GbR. Hiermit ermöglichte nun diese Neuerung der GbR, die Liegenschaftsrechte zu erwerben und selbst die Eigentümerin im Grundbuch zu sein²⁸.

²³ Flume, ZHR 1972 (136), 177 (181 ff.); Kübler/ Assmann, Gesellschaftsrecht, S. 26; Krüger, NZG 2010, 801, 802; Hertreiter, Grundbuchfähigkeit, S. 25.

²⁴ Schmidt, Gesellschaftsrecht, S. 1698 ff.

²⁵ Ulmer, AcP 1998 (198), 113 (149 f.).

²⁶ Palandt-Sprau, § 705 Rn. 24; Nomos-Heidel/ Hanke, § 705 Rn. 9.

²⁷ Bernt/ Boin behaupten, dass die Rechtsfähigkeit der GbR über das Grundbuchrecht keine Rolle habe. Bernt/ Boin, NJW (1998), 2854 (2859). Siehe auch Ulmer/ Steffek, NJW 2002, 330 (331).

²⁸ Schmidt, Jura 2012, 7, 8; Kübler/ Assmann, Gesellschaftsrecht, S. 52; Krüger, NZG 2010, 801 (802 f.).

C. Die Anerkennung der Grundbuchfähigkeit der GbR

I. Begriff: „Grundbuchfähigkeit“

Nach dem Urteil des BGH vom 29.01.01 war die Frage über die Grundbuchfähigkeit der Außen GbR strittig. Was man unter den Begriff „Grundbuchfähigkeit“ versteht, führt noch immer zu Unklarheiten in der Rechtsprache. Hier stellt sich die Frage, „ob“ oder „in welcher Weise“ die GbR als Grundstückseigentümerin in das Grundbuch eingetragen werden kann. Wegen dieser Unbestimmtheit ist dieser Begriff erklärungsbedürftig. Er könnte exakter damit beschrieben werden, indem die Unterscheidung zwischen materiellen- und formellen Grundbuchfähigkeiten sowie die Gesichtspunkt der Rechtsprechung behandelt werden würden.

1. Die Bedeutung der materiellen Grundbuchfähigkeit der GbR

Unter den Begriff der materiellen Grundbuchfähigkeit der GbR versteht man, dass die Rechtsträgerin die Fähigkeit besitzt, sowohl als Grundstückseigentümerin, als auch die beschränkten dinglichen Rechte an dem Grundstück zu erwerben und als Eigentümerin in das Grundbuch eingetragen zu werden²⁹.

Im Jahr 2001 bejahte der BGH erstmals ausdrücklich die Rechtsfähigkeit der Außen GbR. Das musste nun zur Folge haben, dass die GbR materiellrechtlich grundbuchfähig ist³⁰. Denn die Rechtsfähigkeit und die materielle Grundbuchfähigkeit der Gesellschaft stehen im engen Zusammenhang³¹.

²⁹ Demharter, NJW 2005, 18 (19); Gummert, MünchHandbuch, § 17 Rn. 33.

³⁰ Flume, Allgemeiner Teil, S. 70; Demharter, NJW 2005, 18 (19); Schmidt, Gesellschaftsrecht, S. 1772 ff.; Gummert, MünchHandbuch, § 17 Rn. 33; Kübler/ Assmann, Gesellschaftsrecht, S. 55; Krüger, NZG 2010, 801 (802); Altmeppen, NJW 2011, 1905 (1905); Hertreiter, Grundbuchfähigkeit, S. 35; Oetker- Boesche, § 123 Rn. 19; Gummert- Unger/ Friel, § 5 Rn. 26.

³¹ BayObLG Urteil vom 19. 12. 2002 - 2Z BR 7/02- NZG 2003, 290. Für die Gegenansichten siehe auch OLG Celle, Urteil vom 13. 3. 2006 - 4 W 47/06- NJW 2006, 2194; BayObLG, Urteil vom 31. 10. 2002 - 2Z BR 70/02- DNotZ

Gemäß § 873 Abs. 1 BGB sind die Einigung der Parteien und die Eintragung in das Grundbuch zum Grundstückserwerb vorausgesetzt. Die rechtsfähige GbR handelt durch die Gesellschafter. Die Gesellschafter vertreten GbR und geben die Willenserklärungen im Namen der GbR ab. Jedoch ergeben sich die Konsequenzen bei der nun vertretenen Gesellschaft selbst (§§ 164 ff. BGB)³². So sollte nach der Anerkennung der Rechtsfähigkeit nicht mehr strittig sein, ob die rechtsfähige GbR als Vertragspartner am Rechtsverkehr teilnehmen, über die, der Gesellschaft zustehenden Grundstücke verfügen sowie neue Grundstücksrechte erwerben und somit als Rechtsinhaberin unter ihrem Namen in das Grundbuch eingetragen werden kann³³. Dagegen vertraten manche Gerichte die Meinung³⁴, dass die rechtsfähige GbR das Erwerben von Rechten an Grundstücken ohne die namentliche Erwähnung der Gesellschafter nicht eintragungsfähig sei. Diese Annahme ist meiner Meinung nach nicht richtig. Denn die GbR bringt als selbstständige Einheit eine solche Eintragung mit. Ansonsten bedeutet dies, dass die Rechtsfähigkeit der GbR in die Praxis nicht umgesetzt wird und erheblich an Bedeutung verliert.

Andererseits bleibt nach dem Urteil des BGH vom 29.01.2001 die Frage über die Eintragungsweise der GbR offen. Die Problematik besteht nicht in der Interessenlage der materiellen Grundbuchfähigkeit, sondern in der formellen Grundbuchfähigkeit.

2003, 52; LG Aachen, Beschluss vom 27.05.2003 - 3 T 42/03- RNotZ 2003, 462, 463.

³² Verheyen, Grundbuchfähigkeit, S. 39.

³³ BGH, Urteil vom 17. 10. 2006 - VIII ZB 94/05- NJW 2006, 3715, 3176; Demharter, NJW 2005, 18, 19; Spindler/ Stilz Aktiengesetz- Limmer, § 23 Rn. 25; Gummert- Unger/ Friel, § 5 Rn. 26; Leipold, Rechts- und Parteifähigkeit, S. 221, 231, 244. Vgl. auch Oetker- Boesche, § 123 Rn. 19.

³⁴ BayObLG, Urteil vom 31. 10. 2002 - 2Z BR 70/02- DNotZ 2003, 52 ff.; LG Aachen, Beschluss vom 27.05.2003 - 3 T 42/03- RNotZ 2003, 462, 463; BayObLG, Urteil vom 4. 9. 2003 - 2Z BR 162/03- NJW- RR 2004, 810, 811; OLG Celle, Urteil vom 13. 3. 2006 - 4 W 47/06- NJW 2006, 2194; OLG Schleswig, Urteil vom 29. 10. 2007 - 2 W 212/07 - NJW 2008, 306, 307.

2. Die Bedeutung der formellen Grundbuchfähigkeit der GbR

Erstens soll die Gesellschaft materiellrechtlich grundbuchfähig sein, um ihr die formelle Grundbuchfähigkeit zu ermöglichen. Denn nur die rechtsfähige Gesellschaft kann die Voraussetzungen zum Erwerb der Liegenschaftsrechte gemäß den Vorschriften des BGB unter ihrem Namen erfüllen³⁵. Nach diesem materiellrechtlichen Prozess zum Eigentumserwerb kommt die Frage über die formelle Grundbuchfähigkeit auf. Folglich ist die materielle Grundbuchfähigkeit der GbR nicht mehr strittig. Denn das Urteil des BGH vom 29.01.01 bejahte bereits, dass die GbR ein selbstständiges Rechtssubjekt sei und diese als Rechtsinhaberin Liegenschaftsrechte erwerben könne³⁶.

Während die materielle Grundbuchfähigkeit ein Resultat der neuen materiellrechtlichen Position der GbR ist, ist die formelle Grundbuchfähigkeit lediglich ein rein formellrechtliches Problem³⁷. Vor allem versucht die formelle Grundbuchfähigkeit die Frage zu beantworten, ob die GbR als Eigentümerin selbst unter ihrem Namen oder beliebig gewählter Bezeichnungen, ohne Zusatz der Namen der Gesellschafter eingetragen werden kann³⁸. Weil die formelle Grundbuchfähigkeit als Folge der Rechtsfähigkeit der GbR erschien, bleibt der vorherrschenden Auffassung nach daher kein Erklärungsbedarf, ob die GbR unter ihrem Namen eingetragen werden kann³⁹. Die verbleibende, strittige Frage könnte nur so lauten: „in welcher Weise“⁴⁰ und „welcher Vorschriften nach“ kann die GbR selbst in das Grundbuch eingetragen werden?

Bis in das Jahr 2008 dauerte diese Diskussion über die offenbare formelle Grundbuchfähigkeit der GbR. Schließlich sprach der BGH im Urteil vom 28. 11. 2008⁴¹ die formelle Grundbuchfähigkeit der GbR ganz offen zu und erlaubte, dass die GbR unter ihrem Namen als Rechtsinhaberin im Grundbuch stehen kann. Jedoch konnte dieses Urteil den Streit über die Eintragung der GbR nicht beenden.

³⁵ Demharter, NJW 2005, 18 (19).

³⁶ BGH, Urteil vom 29. 1. 2001 - II ZR 331/00- NJW 2001, 1056 ff.

³⁷ MünchKomm- Ulmer, § 705 Rn. 312.

³⁸ Gummert, MünchHandbuch, § 17 Rn. 33.

³⁹ Nomos- Heidel/ Hanke, § 705 Rn. 17; Krüger, NZG 2010, 801 (802); Demharter, NJW 2005, 18 (19).

⁴⁰ Nomos- Heidel/ Hanke, § 705 Rn. 17; MünchKomm- Ulmer, § 705 Rn. 312; Krüger, NZG 2010, 801 (802).

⁴¹ BGH, Urteil vom 4. 12. 2008 - V ZB 74/08 - NJW 2009, 594 ff.

Einige Fragen und aktuelle Probleme kommen daher immer noch Zustande.

II. Das Urteil des BGH vom 04.11.2008

Nachdem die GbR nun von dem BGH als rechtsfähig anerkannt wurde, besitzt die GbR die von den Gesellschaftern unterschiedene Rechtspersönlichkeit und sie ist selbst die Eigentümerin der Grundstücke⁴². Deshalb liegt grundsätzlich kein Bedürfnis zur Eintragung der Gesellschafter der GbR mehr vor⁴³.

Am 04.11.2008⁴⁴ erkannte der V. Zivilsenat des BGH die formelle Grundbuchfähigkeit der GbR ausdrücklich an. Der Sachverhalt des Urteils war die gerichtlich erworbene Eintragung einer Sicherungshypothek an dem Grundbuch zugunsten einer GbR. Der V. Zivilsenat stellte, abweichend von den Ablehnungsgründen des Amtsgerichts fest, dass die GbR als Eigentümerin und Rechtsinhaberin der dinglichen Rechte an einem Grundstück allein unter einer im Gesellschaftsvertrag für sie vorgesehenen Bezeichnung in das Grundbuch eingetragen werden kann. In diesem Fall bedarf es die zusätzliche Erwähnung der Namen der Gesellschafter nicht. Sieht der Gesellschaftsvertrag keine Bezeichnung vor, dann wird die GbR als „Gesellschaft bürgerlichen Rechts bestehend aus...“ und den Namen ihrer Gesellschafter eingetragen.

⁴² Hügel, DB, S. 2433; Nomos-Heidel/Hanke, § 705 Rn. 17; Demharter, NJW 2005, 18,19; BGH, Urteil vom 25. 9. 2006 - II ZR 218/05 - NJW 2006, 3716, 3717; BGH, Urteil vom 25. 1. 2008 - V ZR 63/07- NJW 2008, 1378, 1379.

⁴³ Hügel, DB, 2433 (2433).

⁴⁴ Gummert, MünchHandbuch, § 17 Rn. 33; MünchKomm-Kohler, Art. 229 § 21 Rn. 1; Wellenhofer, JuS 2010, 1048 (1048).

3. KAPITEL: Die Eintragung der GbR als solche, gesetzliche Umsetzung und aktuelle Probleme

A. Die aus der neuen Position der GbR kommende, gesetzliche Umsetzung

Der V. Zivilsenat des BGH entschied durch das Urteil vom 04.12.2008, dass die GbR als selbstständiges Rechtssubjekt am Rechtsverkehr teilnehmen können und ohne Nennung der Namen der Gesellschafter, unter ihrem Namen in das Grundbuch einzutragen sind⁴⁵. Aber die vorhandenen Regelungen waren nicht imstande, den Bedarf der neuen Position der GbR zu decken.

Infolgedessen führte der Gesetzgeber im Jahr 2009 neue Regelungen durch das „Gesetz zur Einführung des elektronischen Rechtsverkehrs und der elektronischen Akte im Grundbuchverfahren sowie zur Änderung weiterer grundbuch-, register- und kostenrechtlicher Vorschriften (ERVGBG)“ ein, um die Behandlung der GbR im Grundbuch sicher zu regeln.

Die zunächst eingeführte Regelung § 47 Abs. 2 GBO ordnete an, dass bei der Eintragung eines Rechts für die GbR neben der GbR stets auch die Namen aller Gesellschafter einzutragen sind⁴⁶. Nunmehr wird die Eintragung im Grundbuch beispielsweise so lauten; „X Gesellschaft bürgerlichen Rechts mit den Gesellschaftern A, B, C“. Der Zweck des Gesetzgebers war sozusagen durch die Grundbucheintragung die Funktion eines Gesellschaftsregisters zukommen zu lassen, denn in dieser

⁴⁵ Damit verursachte der V. Zivilsenat ein Chaos im Grundbuchrecht. Siehe Bestelmeyer, Rpfleger 2010, 169 (171); Lehmann, DStR 2011, 1036 (1036).

⁴⁶ Nach manchen Autoren soll die GbR ohne die Gesellschafternamen ins Grundbuch nicht eingetragen werden. Lautner, DNotZ 2009, 650 (654); Bestelmeyer, Rpfleger 2010, 169 (189); Nomos-Heidel/ Hanke, § 705 Rn. 18; Palandt- Bassenge, § 899 a Rn. 2; Heinze RNotZ 2010, 289 (292). *Beuthien* und *Altmeyen* sehen die Eintragung der Namen der Gesellschafter im Grundbuch als die Rückkehr zur alten Rechtslage an. Siehe *Beuthien*, NZG 2011, 481 (485); *Altmeyen*, NJW 2011, 1905 (1906). Vgl. *Wilhelm*, NZG 2011, 801 (805 f.).

Eintragungsweise stehen die Angaben der Gesellschafter klar im Grundbuch⁴⁷.

Dabei wurden die zusätzlichen Merkmale zur Eintragung der GbR in § 15 Abs. 1 c) GBV geregelt. Gemäß dieser Norm werden auch zur Bezeichnung der Gesellschaft deren Name und Sitz angegeben.

Die andere verfahrensrechtliche neue Norm ist § 82 S. 3 GBO. In dieser Norm wurde der Grundbuchberichtigungszwang vorgeschrieben. Steht die GbR als Eigentümerin im Grundbuch und ist die Eintragung hinsichtlich eines Gesellschafterbestands außerhalb des Grundbuchs falsch geworden, dann ist das Grundbuchamt von der GbR verpflichtet und berechtigt die Antragsstellung auf Berichtigung der Änderungen des Gesellschafterbestandes und die Beschaffung der zur Berichtigung des Grundbuchs notwendigen Unterlagen zu erlangen. Dadurch beabsichtigt der Gesetzgeber wohl die, außerhalb des Grundbuchs eintretenden Änderungen zu kontrollieren und die Rechte von Dritten zu schützen.

In Verbindung mit der Eintragung der Gesellschafter neben der GbR wurde auch § 899 a BGB erlassen. Diese Norm erstreckt sich auf den guten Glauben des Grundbuches⁴⁸ und knüpft an den gutgläubigen Erwerb von eingetragenen Rechten der GbR an⁴⁹. Zudem ist diese Norm bedeutend zum Schutz der Personen, die von einer GbR ein Grundstücksrecht erwerben wollen. Jedoch darf dem Grundbuch nicht etwa die Funktion des Gesellschaftsregisters zugesprochen werden. Denn der Gute Glaube betrifft nur die im Grundbuch eingetragenen Rechten⁵⁰.

Im § 899 a S. 1 BGB wurde erklärt, dass der gute Glaube sowohl die Richtigkeit des, im Grundbuch eingetragenen Gesellschafterbestandes⁵¹ und die Existenz der vollständigen Gesellschaftsverhältnisse umfasst⁵². Denn im 2. Satz wurde vorgeschrieben, dass die §§ 892 bis 899 BGB auch für die Eintragung der Gesellschafter gelten.

⁴⁷ Wellenhofer, JuS 2010, 1048 (1048).

⁴⁸ Lehmann, DStR 2011, 1036 (1037).

⁴⁹ Hamann, MünchHandbuch, § 27 Rn. 32 a.

⁵⁰ Krüger, NZG 2010, 801 (804); MünchKomm- Kohler, Art. 229 § 21 Rn. 4 neu; Hügel, DB 2011, 2433 (2434).

⁵¹ Lehmann, DStR 2011, 1036 (1037).

⁵² MünchKomm- Kohler, Art. 229 § 21 Rn. 3 neu.

B. Die Gesamtbetrachtung der unterschiedlichen Ansichten über die Eintragung der GbR als solche

I. Die Ansichten für die Grundbuchfähigkeit der GbR

Die Befürwortung dieser Ansicht beruht darauf, dass das Vermögen nach der Anerkennung der Rechtsfähigkeit der GbR nunmehr zu der Gesellschaft selbst gehört und die Rechtsträger nicht mehr die Gesellschafter, sondern allein die GbR ist. Daher soll das der GbR gehörigen Vermögen unter den Namen der GbR in das Grundbuch eingetragen werden⁵³. Fehlt der Name der GbR, sind die Namen der Gesellschafter der GbR mit dem Zusatz „als Gesellschaft bürgerlichen Rechts“ einzutragen⁵⁴.

§ 47 GBO regelt, wie die gemeinschaftliche Rechte in das Grundbuch eingetragen werden. Gemäß § 47 Abs. 2 GBO müssen die Gesellschafter der GbR auch bei der GbR eingetragen werden. Nach der Anerkennung der Rechtsfähigkeit wird die GbR als Rechtsträgerin und Eigentümerin angesehen und von nun an stehen die Rechte an Grundstücken, wie alle andere Rechte der GbR, ihnen selbst zu. Insofern gibt es nicht mehr das gemeinschaftliche Recht, das allen Gesellschaftern gemeinschaftlich zukommt, sondern nur das Recht der GbR. Deswegen fiel der Anwendungsbereich des § 47 GBO fiel⁵⁵.

Ein weiteres Argument ist, dass der Zweck des Grundbuchrechts die Eintragungen an den Grundstücken in sicherer Weise ermöglichen soll und dass eine fehlende Anpassung des Grundbuchrechts die Rechtsgeschäfte und Eintragungen der GbR an den Grundstücken nicht blockieren soll⁵⁶.

Der verlorene Vorteil, den vom dem BGH beabsichtigt wurde, ist ein weiterer Grund für die Ablehnung der Eintragung der Gesellschafternamen ins Grundbuch. Denn die Eintragung der GbR

⁵³ Spindler/ Stilz Aktiengesetz- Limmer, § 23 Rn. 25; Leipold, Rechts- und Parteifähigkeit, S. 221, 231; Krüger, NZG 2010, 801 (801).

⁵⁴ Spindler/ Stilz Aktiengesetz- Limmer, § 23 Rn. 25; Leipold, Rechts- und Parteifähigkeit, S. 221, 244; Soergel- Hadding/ Kießling, § 718 Rn.4.

⁵⁵ MünchKomm- Ulmer, § 705 Rn. 313; Spindler/ Stilz Aktiengesetz- Limmer, § 23 Rn. 25; Verheyen, Grundbuchfähigkeit, S. 115.

⁵⁶ Spindler/ Stilz Aktiengesetz- Limmer, § 23 Rn. 25;

als solche vereinfacht den Grundbuchverkehr. Insbesondere im Fall der Eintragung eines Rechts einer, aus zahlreichen Gesellschaftern bestehenden GbR erleichtert den Eintragungsprozess und ermöglicht die Deutlichkeit des Grundbuchs⁵⁷.

II. Die Ansichten gegen die Grundbuchfähigkeit der GbR

Gegen die Eintragung der GbR unter ihrem Namen in das Grundbuch wurde auch die Ansicht vertreten, dass die Eintragung aller Gesellschafter der GbR in das Grundbuch erforderlich sei⁵⁸.

Hier ist das Hauptargument das Fehlen der Registerpublizität der GbR. Zusätzlich zu der fehlenden Registerpublizität kommen weitere Probleme auf. In diesem Zusammenhang können wichtige, aber zugleich auch umstrittene Punkte genannt werden. Dazu gehören u.a. die Identifizierung der GbR, die Feststellung der Gesellschafterbestand und die Verfügungs-, Vertretungsbefugnis der Gesellschafter der GbR und der Gesellschafterwechsel.

Andererseits bringen die Identifizierung der GbR und die Feststellung der Vertretungsbefugnis der Gesellschafter auch verschiedene denkbare Beweismittel. Die Frage kommt auf, ob diese Unklarheiten mit den Gesellschaftsverträgen, Gesellschafterlisten oder anderen Mitteln beseitigt werden können.

Von dem Grundbuch wird erwartet, dass alle vorhandenen Eintragungen über die Grundstücke und aller Berechtigten dieser Rechte zweifellos bekannt gemacht werden können. Folglich soll innerhalb der Eintragung der GbR als solche auch die Aspekte behandelt werden, bei denen die Rechtssicherheit, der Bestimmtheitsgrundsatz im Grundbuchrecht und gutgläubiger Erwerb der Dritten eine große Rolle spielen.

⁵⁷ Leipold, Rechts- und Parteifähigkeit, S. 221, 231; Wilhelm, NZG 2011, 801 (804). Für die Gegenansicht siehe auch LG Aachen, Beschluss vom 27.05.2003 - 3 T 42/03- RNotZ 2003, 462, 463.

⁵⁸ BayObLG, Urteil vom 31. 10. 2002 - 2Z BR 70/02- DNotZ 2003, 52 ff.; LG Dresden, Beschluss vom 23.08.2002 - 2 T 0690/02- NotBZ 2002, 384 (384); LG Aachen, Beschluss vom 27.05.2003 - 3 T 42/03- RNotZ 2003, 462, 463; BayObLG, Urteil vom 4. 9. 2003 - 2Z BR 162/03- NJW- RR 2004, 810, 811; OLG Celle, Urteil vom 13. 3. 2006 - 4 W 47/06- NJW 2006, 2194; OLG Schleswig, Urteil vom 29. 10. 2007 - 2 W 212/07 - NJW 2008, 306, 307; Lautner, DNotZ 2009, 650 (651); BT- Drucks 16/ 13437, S. 24.

C. Die Argumente gegen die Grundbuchfähigkeit der GbR und aktuelle Probleme

I. Die fehlende Registerpublizität der GbR und der Bestimmtheitsgrundsatz

In der Lehre werden die fehlende Registerpublizität der GbR und der Bestimmtheitsgrundsatz als starke Instrumente gegen die Eintragung der GbR allein unter ihrem Namen geführt⁵⁹. Diese Ansicht setzt die Erfassung der GbR in einem öffentlichen Register voraus, damit die erforderliche Zulässigkeit im Rechtsverkehr geschaffen werden kann. Denn die Eintragung der GbR ohne Nennung der Name der Gesellschafter wird nur unvollständig erfüllt⁶⁰.

Nach dem Bestimmtheitsgrundsatz hat das Grundbuchamt alles einzutragen um den Berechtigten ohne Zweifel zu identifizieren und das Recht und das Rechtsverhältnis an Grundstücken auch richtig und klar nachzuweisen⁶¹. Der Hauptgrund für die Ablehnung der Grundbuchfähigkeit der GbR ist, dass die Existenz, die Identität und die Vertretungsbefugnis bei der GbR festzustellen sind, um über ein, im Grundbuch eingetragenes Grundstücksrecht zu verfügen⁶². Folglich wurde diese Nachweiserfordernis aus dem Bestimmtheitsgrundsatz gefolgert.

Schmidt setzt für die Publizität des Subjekts die Publizität des Objekts voraus⁶³. Einige behaupteten, dass die Publizität der GbR nur durch die Erfassung in ein öffentliches Register verwirklicht

⁵⁹ Medicus/ Dieter, Schuldrecht, S. 316; Eigner, Gesellschafterhaftung, S. 103, 106; Demharter, NJW 2005, 18 (18 ff.); Jauernig- Stürmer, § 705 Rn. 1; MünchKomm- Kohler, Art. 229 § 21 Rn. 2; Ulmer/ Steffek, NJW 2002, 330 (330 ff.). Vgl. auch Windbichler, Gesellschaftsrecht, S. 52; BayObLG, Urteil vom 31. 10. 2002 - 2Z BR 70/02- DNotZ 2003, 52, 56; LG Aachen, Beschluss vom 27.05.2003 - 3 T 42/03- RNotZ 2003, 462, 463; OLG Celle, Urteil vom 13. 3. 2006 - 4 W 47/06- NJW 2006, 2194.

⁶⁰ Schmidt, Gesellschaftsrecht, S. 1772; Ulmer/ Steffek, NJW 2002, 330 (335).

⁶¹ Tat, Gesellschaft bürgerlichen Rechts, S. 57; Ulmer/ Steffek, NJW 2002, 330 (334); Hertreiter, Grundbuchfähigkeit, S. 40 ff.

⁶² Demharter, NJW 2005, 18 (21).

⁶³ Schmidt, Gesellschaftsrecht, S. 1772.

werden kann⁶⁴. Jedoch sieht der Gesetzgeber kein Register für die GbR vor. Wegen der fehlenden Erfassung der GbR in einem öffentlichen Register kann die GbR nur unzuverlässig identifiziert werden und wichtige Fragen bleiben unklar. Wer sind die Gesellschafter der GbR und wurde eine, von der gesetzlichen Regelung abweichende Geschäftsführung und Vertretungsverhältnisse vereinbart⁶⁵?

Also stellte sich die Frage, wie die GbR im Rechtsverkehr zweifelsfrei identifiziert werden kann und wie die Vertretungsverhältnisse bei der GbR eindeutig festgestellt werden können.

II. Fehlende Rechtssicherheit?

Als weiteres Argument zur Eintragung der Namen der Gesellschafter ergab sich die fehlende Rechtssicherheit beim Grundstücksverkehr.

Mit dem Urteil vom 04.12.2008 beschloss der BGH, dass die namenstragende GbR, ohne Nennung der Namen ihrer Gesellschafter, nur unter ihrem Namen eingetragen werden kann. Aber gegen dieses Urteil reagierte der Gesetzgeber im Jahr 2009, indem er voraussetzte, dem bisherigen Eintragungsverfahren entsprechend auch die Namen der Gesellschafter der GbR in das Grundbuch einzutragen.

Insofern vertritt die Grundbuchfähigkeit der GbR eine ablehnende Haltung, dass der Gesetzgeber nach der Anerkennung der Grundbuchfähigkeit der GbR die Vorschriften § 47 Abs. 2 GBO und § 15 Abs. 1 c GBV einfügte um Rechtssicherheit zu schaffen und um den Gesellschafterbestand erkennbar zu machen, weil es im Gegensatz z.B. zur OHG oder zur KG kein Register für die GbR gibt⁶⁶. Der Neue grundbuchrechtlicher Rechtszustand der GbR führte zu Erwerbsunsicherheiten, denn die Eintragung der GbR als solche erschwert den Zugriff sowohl zu Angaben der

⁶⁴ Hertreiter, Grundbuchfähigkeit, S. 41.

⁶⁵ Ulmer/ Steffek, NJW 2002, 330 (335).

⁶⁶ Schmidt, Jura 2012, 7 (8); Gummert- Unger/ Friel, § 5 Rn. 26; Tat, Gesellschaft bürgerlichen Rechts, S. 58; Klein/ Lindemeier, MünchHandbuch, § 11 Rn. 49.

Gesellschafter der GbR (z.B. die Namen, Anschriften etc.), als auch die Feststellung der Verfügungsbefugnis der Gesellschafter⁶⁷.

III. Die Problematik über die Identifizierung der Gesellschaft und die Feststellung der Vertretungsbefugnis der Gesellschafter

Bei der Eintragung der GbR unter ihrem Namen kommen einige Problemen über die Identität der GbR, den Nachweis des Gesellschafterbestands und der Vertretungsbefugnis der Gesellschafter zustande. Denn die GbR ist nicht in einem öffentlichen Register erfasst.

Im folgenden Teil dieser Arbeit werden verschiedene Alternative genannt, damit die GbR identifiziert und die Vertretungsverhältnisse bei der GbR festgestellt werden können.

1. Die Identifizierung der GbR

Seit dem Jahr 2008 ist die GbR als grundbuchfähig anerkannt. Infolgedessen kommt dem Name und der Individualisierung der GbR besonders Bedeutung zu. Sowohl zur Begründung der Rechte und Pflichten⁶⁸, als auch bei den Grundbucheintragungen.

Vor allem kann die GbR von den anderen Gesellschaften bürgerlichen Rechts durch einen Name unterschieden werden, es sei denn, ihrer Gesellschafter bestimmten ausdrücklichen keinen Name. Fehlt eine Bestimmung des Gesamtnames (oder einer Bezeichnung) muss die GbR durch ihre Gesellschafter individualisiert werden⁶⁹. Bei der Bestimmung des Namens der GbR soll berücksichtigt werden, dass der gewählte Name unterscheidungskräftig ist, sodass mögliche Verwechslungen verhindert werden können. Der Name kann den Gesellschaftsverhältnis beschreibenden Zusatz oder den Name

⁶⁷ MünchKomm-Kohler, Art. 229 § 21 Rn. 2; Beuthien, NZG 2011, 481 (485).

⁶⁸ Johansson, Personengesellschaft, § 2 Rn. 86.

⁶⁹ Palandt-Sprau, § 705 Rn. 25.

eines oder mehrerer Gesellschafter beinhalten⁷⁰. Aber der Name darf nicht dem Namen einer kaufmännischen Firma ähneln⁷¹.

Die Name und der Sitz der Gesellschaft sind gemäß § 15 Abs. 1 c) GBV als zusätzliche Merkmale zur Eintragung der GbR ins Grundbuch geregelt. Nach *Ulmer/ Steffek* ist die GbR nunmehr durch diese Angaben stärker als die Eintragung der Name und das Geburtsdatum der Gesellschafter zu identifizieren⁷².

Zur Identifizierung der GbR kann das Grundbuchamt die Vorlage der Gesellschafterliste in der Form § 29 Abs.1 S. 1 GBO und den Nachweis der Vertretungsverhältnisse verlangen⁷³. Ferner wird diese Gesellschafterliste zu den Grundbuchakten genommen. Also sind die Grundbuchakten auch als ein Hilfsmittel zur Identifizierung der GbR zu erwähnen.

Der Zivilsenat des BGH beschloss durch das Urteil vom 28.04.2011, dass es keine zusätzliche Nachweis über die Existenz, die Identität und die Vertretungsverhältnisse der GbR bedarf, wenn die GbR und ihre Gesellschafter in der notariellen Auflassungsverhandlung genannt sind und die Gesellschafter erklären, dass kein anderer Gesellschafter der GbR vorhanden ist⁷⁴.

2. Der Nachweis der Existenz der GbR

Zum Nachweis der Existenz der Gesellschaft wurde als erste Alternative der Gesellschaftsvertrag vorgeschlagen. Nach diesem Vorschlag kann die Existenz der Gesellschaft allein durch die Vorlage des Gesellschaftsvertrags in Form des § 29 Abs. 1 GBO gegenüber dem Grundbuchamt nachgewiesen werden⁷⁵. Die Vorlage des Gesellschaftsvertrags beschafft eine ausreichende

⁷⁰ Palandt- Sprau, § 705 Rn. 25; Schücking, MünchHandbuch, § 3 Rn. 38.

⁷¹ Palandt- Sprau, § 705 Rn. 25; Schücking, MünchHandbuch, § 3 Rn. 40.

⁷² Ulmer/ Steffek, NJW 2002, 330 (335, 336).

⁷³ MünchKomm- Ulmer, vor § 705 Rn. 314; Ulmer/ Steffek, NJW 2002, 330 (336, 337). Vgl. auch Tat, Gesellschaft bürgerlichen Rechts, S. 57.

⁷⁴ BGH, Beschluss vom - 28. 4. 2011 – V ZB 194/10- NJW 2011, 1958 ff.

⁷⁵ Verheyen, Grundbuchfähigkeit, S. 227; Hertreiter, Grundbuchfähigkeit, S. 45.

Haftung⁷⁶. Das gilt sowohl für die alte Eintragungsweise, als auch für die Eintragung als solche⁷⁷.

Jedoch wurde die erste Alternative im Schrifttum heftig kritisiert. Das erste Argument lautete, dass die Existenz der GbR mittels der Vorlage des öffentlichen oder öffentlich beglaubigten Gesellschaftsvertrags nicht zweifelsfrei zu erkennen ist, weil der Gesellschaftsvertrag nicht ausweist, ob die GbR noch besteht⁷⁸. Von ihm kann nur das Datum des Vertragsschluss erlernt werden⁷⁹. Als zweites Argument wurde die Formfreiheit des Gesellschaftsvertrags vorgebracht. Nicht selten liegt gar keinen Gesellschaftsvertrag vor⁸⁰. Auch wenn es einen Gesellschaftsvertrag gäbe, könnte er zwischenzeitlich verändert worden sein⁸¹. Überdies hat der Gesellschaftsvertrag nicht eine solche Gutgläubenswirkung wie eine Vollmacht⁸². Zusammenfassend wurde die Ansicht vertreten, dass der Gesellschaftsvertrag ungeeignet ist, um die Existenz der GbR zu beweisen.

Hinsichtlich des Nachweises der Existenz der GbR urteilten auch einige Oberlandesgerichte. Diesen Urteilen zu Folge müssen ein Gesellschaftsvertrag in Form des § 29 Abs. 1 GBO und auch eidesstattliche Versicherungen aller Gründungsgesellschafter vorliegen⁸³.

3. Der Nachweis der Vertretungsbefugnis der Gesellschafter und vorgeschlagene Lösungen

Im heutigen Schrifttum ist problematisch, wie die Vertretungsbefugnis der Gesellschafter in neuer Rechtslage der GbR festzustellen ist.

⁷⁶ Verheyen, Grundbuchfähigkeit, S. 227.

⁷⁷ Hertreiter, Grundbuchfähigkeit, S. 45, 46.

⁷⁸ Lehmann, DStR 2011, 1036 (1039); Hertreiter, Grundbuchfähigkeit, S. 44; Eigner, Gesellschafterhaftung, S. 104.

⁷⁹ Hertreiter, Grundbuchfähigkeit, S. 44.

⁸⁰ Hertreiter, Grundbuchfähigkeit, S. 44.

⁸¹ Lehmann, DStR 2011, 1036 (1039).

⁸² Hertreiter, Grundbuchfähigkeit, S. 24; Eigner, Gesellschafterhaftung, S. 104.

⁸³ OLG Nürnberg, Beschluss vom 08.04.2010 - 10 W 277/10- ZIP 2010, 1344 ff.; OLG Rostock, Beschluss vom 14. 9. 2010 - 3 W 100/10- NZG 2011, 301 ff.

Ein Aspekt führt den Nachweis der aktuellen Vertretungsverhältnisse der GbR durch einen Gesellschaftsvertrag in der Form des §29 Abs. 1 S.1 GBO⁸⁴.

Dagegen sahen Einige einen Nachteil dieses Aspekts darin, dass die GbR am Grundstücksverkehr nicht teilnehmen kann, falls es sich um keinen Gesellschaftsvertrag in der Form § 29 Abs. 1 S. 1 GBO handelt⁸⁵. Denn die Eintragung der GbR unter ihrem Namen setzt die Vorlage des Gesellschaftsvertrages in zumindest öffentlich beglaubigter Form voraus⁸⁶. Diese Konsequenz scheint wahrscheinlich, weil infolge der Formfreiheit möglicherweise kein öffentlich beglaubigter Gesellschaftsvertrag oder gar keine Urkunde geschlossen wird⁸⁷. Daher handelt es sich um keinen gesetzlichen Zwang. Andererseits kann sich der Gesellschafterbestand oder die Vertretungsverhältnisse ändern in der Zeit und ohne Berichtigung beim Gesellschaftsvertrag sich ändern. Das besteht auch eine Gefahr für die Dritten und dem Grundstücksverkehr⁸⁸. Außerdem versichert die, durch einen Gesellschaftsvertrag gegebene vorherige Vertretungsbefugnis keine endlose Befugnis zur Vertretung der GbR⁸⁹. Schließlich ist die Vorlage des Gesellschaftsvertrags kein geeignetes Mittel um die Vertretungsbefugnisse nachzuweisen⁹⁰.

Manch andere wiederum wollen die Grundbuchämter mit der Befugnis versehen, die Eintragung ins Grundbuch von der Vorlage einer Gesellschafterliste und dem Nachweis der Vertretungsverhältnisse abhängig zu machen⁹¹. In diesem Zusammenhang steht der Vorschlag, den Gesellschaftsvertrag und die Gesellschafterliste zu den Grundakten einzufügen. Dadurch können die folgenden Änderungen fortgeschrieben werden und die Gesellschafterbestände immer noch aktuell sein. Zwar sollen auch

⁸⁴ Lautner, DNotZ 2009, 650 (659); OLG Rostock, Beschluss vom 14.09.2010 - 3 W 100/ 10- NZG 2011, 301 ff.

⁸⁵ Leipold, Rechts- und Parteifähigkeit, S. 221, 232.

⁸⁶ Demharter, NJW 2005, 18 (22); Leipold, Rechts- und Parteifähigkeit, S. 221, 232. Vgl. Tat, Gesellschaft bürgerlichen Rechts, S. 57.

⁸⁷ Leipold, Rechts- und Parteifähigkeit, S. 221, 232.

⁸⁸ Ausführlich Eigner, Gesellschafterhaftung, S. 103 ff.

⁸⁹ Bestelmeyer, Rpfleger 2010, 169 (179).

⁹⁰ BGH, Beschluss vom 26. 1. 2006 - V ZB 132/05- NJW 2006, 2189 (2190); OLG Celle, Urteil vom 13. 3. 2006 - 4 W 47/06- NJW 2006, 2194, 2195; BayObLG, Urteil vom 31. 10. 2002 - 2Z BR 70/02- DNotZ 2003, 52 ff.; LG Aachen, Beschluss vom 27.05.2003 - 3 T 42/03- RNotZ 2003, 462, 463.

⁹¹ MünchKomm- Ulmer, vor § 705 Rn. 314. Vgl. auch Tat, Gesellschaft bürgerlichen Rechts, S. 57.

eine Gesellschafterliste oder der Gesellschaftsvertrag mit dem Eintragungsantrag vorgelegt werden⁹².

Als andere Lösung wurde die Einführung eines Handelsregisters für die GbR vorgeschlagen⁹³. Dadurch wird die Vertretungsbefugnis der Gesellschafter festgestellt.

IV. Der Gesellschafterwechsel bei der rechtsfähigen GbR

Bei bisheriger Rechtsprechung war die GbR nicht grundbuchfähig und die Rechte an den Grundstücken hatten nur die Gesellschafter. Die Eintragung verlief folgendermaßen: die Gesellschafter „A, B, und C als Gesellschaft bürgerlichen Rechts,“ wurden in das Grundbuch eingetragen. In diesem Fall waren somit die Namen der Gesellschafter ein Teil der Eintragung. Wenn eine Änderung der Gesellschafterstruktur (z.B. der Eintritt einer Person als neuer Gesellschafter oder der Austritt eines Gesellschafters) geschah, bedurfte es eine Grundbuchberichtigung gemäß § 82 S. 3 und § 894 BGB⁹⁴. Zwar entstanden außerhalb des Grundbuchs mit den Änderungen nachvollziehbare Schwierigkeiten, insbesondere im Hinblick auf den guten Glauben.

In der heutigen Rechtslage, ist die GbR grundbuchfähig und dementsprechend kann sie einen Gesamtname führen. Im Jahr 2008 beschloss der BGH, dass die GbR nunmehr allein ins Grundbuch einzutragen ist, wenn die Gesellschafter im Gesellschaftsvertrag oder in einem Beschluss einen unterscheidungskräftigen Gesellschaftsname wählten. Manche vertreten die Meinung, dass die Änderung hinsichtlich der Gesellschafter die Identität der GbR und die vorhandene Eintragung in das Grundbuch nicht beeinflussen würden, denn die Gesellschaftername wären nicht mehr im Grundbuch einzutragen⁹⁵.

⁹² Ulmer/ Steffek, NJW 2002, 330 (337). Für die Gegenansicht siehe auch Demharter, NJW 2005, 18 (23).

⁹³ Krüger, NZG 2010, 801 (804).

⁹⁴ Gummert, MünchHandbuch, § 17 Rn. 33; Verheyen, Grundbuchfähigkeit, S. 92, 93.

⁹⁵ Flume, Allgemeiner Teil, S. 70; Ulmer/ Steffek, NJW 2002, 330 (336); Klein/ Lindemfeier, MünchHandbuch, § 10 Rn. 33; Verheyen, Grundbuchfähigkeit, S. 93.

Gemäß § 47 Abs. 2 GBO sind die Gesellschafternamen stets mit dem Namen der GbR ins Grundbuch einzutragen. Die Gesellschafternamen sind, wie in der alten Praxis, ein Teil der Eintragung⁹⁶. Aber die Wirkung des Gesellschafterwechsels auf die Richtigkeit der Grundbucheintragung ist zweifelhaft. Wird das Grundbuch falsch, wenn der Gesellschafterwechsel ins Grundbuch nicht vermerkt wurde⁹⁷?

V. Gutgläubiger Erwerb und Gutglaubenschutz

1. Die Bedeutung von § 892 BGB und die Voraussetzungen des gutgläubigen Erwerbs

§ 892 BGB schützt den Erwerber, der am rechtsgeschäftlichen Verkehr teilnimmt und auf die Richtigkeit des Grundbuchs vertraut⁹⁸. Diese Vorschrift ermöglicht den gutgläubigen Erwerb von eintragungsfähigem Recht⁹⁹ (das Grundstückseigentum oder sonstige dingliche Rechte¹⁰⁰), von demjenigen, der nicht berechtigt ist¹⁰¹. Dadurch erwirbt der gutgläubige Erwerber das Recht. Im Gegensatz dazu verliert der Dritte sein Recht, wenn er im Grundbuch als Berechtigte nicht eingetragen war¹⁰². Gemäß § 899 a S. 2 BGB gilt § 892 BGB auch für den gutgläubigen Erwerb von der GbR.

⁹⁶ Heinze, RNotZ 2010, 289 (292); Lautner, DNotZ 2009, 650 (664).

⁹⁷Nach *Altmoppen* soll die Grundbucheintragung wegen des Gesellschafterwechsels nicht falsch werden, weil die GbR immer noch die Eigentümerin des Grundstücks nach dem Gesellschafterwechsel bleibt. Somit ändert der Gesellschafterwechsel im materiellrechtlichen Bereich nichts. Altmoppen, NJW 2011, 1905 (1908). Für die Gegenansicht siehe auch Lautner, DNotZ 2009, 650 (652); Ulmer/ Steffek, NJW 2002, 330 (336); LG Aachen, Beschluss vom 27.05.2003 - 3 T 42/03- RNotZ 2003, 462, 464; OLG Frankfurt, Beschluss vom 31. 05. 2011 - 20 W 444/ 10 - NJOZ 2012, 139, 140.

⁹⁸ Wolf/ Wellenhofer, Sachenrecht, § 19 Rn. 4; Vieweg/ Werner, Sachenrecht, § 13 Rn. 38.

⁹⁹ Wolf/ Wellenhofer, Sachenrecht, § 19 Rn. 7, 20.

¹⁰⁰ Wolf/ Wellenhofer, Sachenrecht, § 19 Rn. 5; Vieweg/ Werner, Sachenrecht, § 13 Rn. 39.

¹⁰¹ Ulmer/ Steffek, NJW 2002, 330 (337); Wolf/ Wellenhofer, Sachenrecht, § 19 Rn. 7; Vieweg/ Werner, Sachenrecht, § 13 Rn. 39; Palandt- Bassenge, § 899 a Rn. 28.

¹⁰² Palandt- Bassenge, § 892 Rn. 20.

Die erste Voraussetzung des gutgläubigen Erwerbs gemäß § 892 BGB ist das Vorliegen eines wirksamen Rechtsgeschäfts¹⁰³, das sogenannte Verkehrsgeschäft¹⁰⁴. Zweitens muss der nicht berechtigte Veräußerer als Berechtigter im Grundbuch eingetragen sein¹⁰⁵. Steht der Grundbuchinhalt der materiellrechtlichen Rechtslage entgegen, dann wird das Grundbuch falsch. Auch ist die Unrichtigkeit des Grundbuchs gemäß § 892 BGB vorausgesetzt¹⁰⁶. Zum anderen greift der öffentliche Glaube des Grundbuchs dann ein, wenn der Erwerber nichts von der Unrichtigkeit des Grundbuchs weiß¹⁰⁷. Der gutgläubige Erwerb könnte auch dann in Betracht kommen, wenn ein zu erwerbendes Recht entgegenstehenden Widerspruch im Grundbuch nicht eingetragen ist¹⁰⁸. Grundsätzlich haben alle diese Voraussetzungen bis zur Vollendung des Erwerbs zu existieren¹⁰⁹.

2. Besondere Fälle beim gutgläubigen Erwerb und der Anwendungsbereich des § 899 a BGB

a) Die Verfügung von dem nicht mehr berechtigten Gesellschafter

Hier geht es um besondere Fälle, in denen die Gesellschafter zusammen ein Rechtsgeschäft an einem Grundstück abschließen, obwohl sie nicht mehr Gesellschafter der GbR sind, also ihre

¹⁰³ Palandt- Bassenge, § 892 Rn. 3.

¹⁰⁴ Verkehrsgeschäft ist ein Rechtsgeschäft, bei dem der Erwerber und der Veräußerer aus mindestens zwei unterschiedlichen Personen bestehen. Siehe Wolf/ Wellenhofer, Sachenrecht, § 19 Rn. 15; Vieweg/ Werner, Sachenrecht, § 13 Rn. 41; Kropholler, § 892 Rn. 5; Palandt- Bassenge, § 892 Rn. 5.

¹⁰⁵ Wolf/ Wellenhofer, Sachenrecht, § 19 Rn. 17; Vieweg/ Werner, Sachenrecht, § 13 Rn. 45; Kropholler, § 892 Rn. 1.

¹⁰⁶ Vieweg/ Werner, Sachenrecht, § 13 Rn. 39, 43; Wolf/ Wellenhofer, Sachenrecht, § 19 Rn. 4.

¹⁰⁷ Wolf/ Wellenhofer, Sachenrecht, § 19 Rn. 21; Vieweg/ Werner, Sachenrecht, § 13 Rn. 47; Kropholler, § 892 Rn. 1, 11; Palandt- Bassenge, § 892 Rn. 24. Hier begründet grob fahrlässige Unkenntnis keine Bösgläubigkeit. Grundsätzlich ist der Zeitpunkt der Vollendung des Rechtserwerbs für die Kenntnis der Unrichtigkeit des Grundbuchs maßgeblich. Siehe Wolf/ Wellenhofer, Sachenrecht, § 19 Rn. 22; Kropholler, § 892 Rn. 1, 11.

¹⁰⁸ Wolf/ Wellenhofer, Sachenrecht, § 19 Rn. 48; Vieweg/ Werner, Sachenrecht, § 13 Rn. 27; Kropholler, § 892 Rn. 1, 8; Palandt- Bassenge, § 892 Rn. 23.

¹⁰⁹ Kropholler, § 892 Rn. 13; Wolf/ Wellenhofer, Sachenrecht, § 19 Rn. 23.

Vertretungsbefugnis entfallen ist oder in der Zwischenzeit neue Gesellschafter in die GbR eingetreten sind und dieser Gesellschafterwechsel nicht vermerkt wurde. Dagegen weiß der Vertragspartner nicht, dass die handelnde Gesellschafter unvollständige Vertretungsbefugnis haben und/ oder fälschlicherweise noch im Grundbuch als Gesellschafter eingetragen sind.

Fraglich ist, ob der gutgläubige Erwerb von der, nicht ordnungsgemäß vertretenen GbR nach §§ 892, 899 a BGB in Betracht kommt.

In Bezug auf diese Frage geht es um zwei unterschiedliche Ansichten. Einerseits wird vertreten, dass §§ 892 und 899 a BGB den Erwerb von einer nicht ordnungsgemäß vertretenen GbR schützt¹¹⁰. Demnach fängt der Gutgläubenschutz seit der Antragsstellung beim Grundbuchamt an (§ 892 Abs. 2 BGB)¹¹¹. Andererseits wird angenommen, dass §§ 892 und 899 a BGB den gutgläubigen Erwerb von einer nicht ordnungsgemäß vertretenen GbR nicht erfassen¹¹².

Könnte die GbR unter ihrem Namen gemäß dem Urteil vom BGH zur Grundbuchfähigkeit eingetragen sein, dann würde allein die GbR als Eigentümerin und Berechtigte ins Grundbuch eingetragen werden. In diesem Fall ist der gutgläubige Erwerb von der nicht ordnungsgemäß vertretenen GbR nicht so problematisch, da die Gesellschafternamen im Grundbuch nicht eingetragen wären und der Gesellschafterwechsel würden den Grundbuchinhalt nicht beeinflussen¹¹³. Würden die nicht berechtigten Gesellschafter ein Grundstücksgeschäft abschließen, würde die Grundbucheintragung richtig bleiben, weil die GbR immer noch Eigentümerin sei¹¹⁴. *Altmeyen* behauptet, dass kein gutgläubiger Erwerb vorliegt, wenn der Gesellschafterwechsel außer Grundbuch entsteht. Denn der Dritte erwarb das Recht von der Eigentümerin, also von der GbR

¹¹⁰ Verheyen, Grundbuchfähigkeit, S. 232; Lautner, DNotZ 2009, 650 (660); Wellenhofer, Jus 2010, 1048 (1049).

¹¹¹ Ausführlich Wellenhofer, JuS 2010, 1048 (1049).

¹¹² Hertreiter, Grundbuchfähigkeit, S. 65.

¹¹³ Hertreiter, Grundbuchfähigkeit, S. 65, 66. Ulmer/ Steffek denken, dass gleiches Resultat für die Eintragung der GbR mit den Gesellschafter Namen ins Grundbuch gilt. Siehe Ulmer/ Steffek, NJW 2002, 330 (337).

¹¹⁴ Verheyen, Grundbuchfähigkeit, S. 233.

wirksam. Trotz des Wechsels des Gesellschafterbestandes bleibt die Rechtszustand der GbR gleich¹¹⁵.

aa) Schützt § 899 a BGB den guten Glauben an die Vertretungsbefugnis der eingetragenen Gesellschafter?

Aus dem Grundbuch ergibt sich nur der Gesellschafterbestand, aber keine Angabe über die Vertretungsbefugnisse der eingetragenen Gesellschafter¹¹⁶. Gemäß § 899 a BGB wird vermutet, dass die im Grundbuch als Gesellschafter eingetragenen Personen tatsächlich Gesellschafter der GbR sind und keine weiteren Gesellschafter der GbR existieren. An dieser Stelle geht es um die bedeutsame Frage, ob § 899 a BGB den guten Glauben an die Vertretungsbefugnis der eingetragenen Gesellschafter schützt.

Eine Ansicht nimmt an, dass § 899 a BGB sich auch auf den guten Glauben an die Vertretungsbefugnis aller Gesellschafter erstreckt¹¹⁷. Da infolge der Eintragung im Grundbuch darauf vertraut wird, dass die eingetragene Gesellschafter die GbR zu vertreten berechtigt sind und gemäß §§ 709, 714 BGB die gesetzliche Gesamtvertretungsbefugnis haben¹¹⁸.

Dagegen nimmt die folgerichtiger Ansicht an, dass § 899 a BGB sich nicht auf den öffentlichen Gutglauben der Vertretungsbefugnis der Gesellschafter, sondern lediglich auf den öffentlichen Gutglauben der Gesellschaftererstellung bezieht¹¹⁹. Dementsprechend begründet § 899 a BGB keine Scheinvertretungsbefugnis der Gesellschafter¹²⁰.

¹¹⁵ Altmeppen, NJW 2011, 1905 (1908).

¹¹⁶ Wellenhofer, Jus 2010, 1048 (1050).

¹¹⁷ Wilhelm, NZG 2011, 801 (807); Palandt- Bassenge, § 899 a Rn. 7; Lautner, DNotZ 2009, 650 (652 ff.); Heinze, RNotZ 2010, 289 (295); Bestelmeyer, Rpfleger 2010, 169 (170); Wolf/ Wellenhofer, Sachenrecht, § 19 Rn. 18. Der Gutglauben an die Vertretungsmacht wird ausnahmsweise geschützt. Siehe Kropholler, § 892 Rn. 2.

¹¹⁸ Lautner, DNotZ 2009, 650 (664 ff.).

¹¹⁹ Kiehle, ZHR 2010, 209 (213); Ulmer/ Steffek, NJW 2002, 330 (337); BGH, Beschluss vom 2. 12. 2010 - V ZB 84/10 - NJW 2011, 615ff.

¹²⁰ Krüger, NZG 2010, 801 (806).

bb) Fasst § 899 a BGB auch das Verpflichtungsgeschäft (Kausalgeschäft) um?

Zu bezweifeln ist, ob § 899 a BGB auch auf das schuldrechtliche Geschäft angewandt werden kann. Manche Stimmen vertreten, dass § 899 a BGB lediglich den sachenrechtlichen Gutgläubenschutz betrifft. Diese annehmbare Ansicht geht davon aus, dass der Wortlaut des § 899 a BGB nur von dem dinglichen Geschäft spricht¹²¹. Im § 899 a BGB wird der Gutglauben im Rahmen des eingetragenen Rechts geschützt. Daher ist die Anwendbarkeit des § 899 a BGB beschränkt mit dem Sachenrecht und sachenrechtlichen Geschäften der GbR¹²².

Überdies wendet die Gegenansicht ein, dass § 899 a BGB sich auch auf das schuldrechtliche Verpflichtungsgeschäft erstreckt¹²³. Nach *Heinze* ist der Zweck des § 899 a BGB die Wiederherstellung der Verkehrsfähigkeit der GbR im Grundstückssachenrecht. Fasst § 899 a BGB das schuldrechtliche Geschäft nicht um, ist der Normzweck genau nicht zu erreichen¹²⁴. Seiner Meinung nach soll diese Norm auch die Verpflichtungsgeschäfte erfassen, die der Verfügung des eingetragenen Rechts zugrunde liegt¹²⁵. In diesem Zusammenhang deutet *Lautner* die Aussage „in Ansehung“, als „mit Bezug auf“¹²⁶.

cc) Der Kondiktionsanspruch der GbR nach gutgläubigem Erwerb der Dritte

Schließt ein Dritter ein Verpflichtungsgeschäft mit einer im Grundbuch eingetragenen GbR ab und wird diese GbR nicht nur

¹²¹ Schmidt, Jura 2012, 7 (9); Hartmann, RNotZ 2011, 401 (407); Wellenhofer, Jus 2010, 1048 (1050); Palandt- Bassenge, § 899a Rn. 5; Bestelmeyer Rpfleger 2010, 169 (175); Heinze RNotZ 2010, 289 (295); Lautner, DNotZ 2009, 650 (652); MünchKomm- Kohler, Art. 229 § 21 Rn. 4; Kropholler, § 892 Rn. 3.

¹²² Krüger, NZG 2010, 801 (805 f.); Schmidt, Jura 2012, 7 (9); Wilhelm, NZG 2011, 801 (809); OLG Frankfurt, Beschluss vom 31. 05. 2011 - 20 W 444/ 10 - NJOZ 2012, 139, 140.

¹²³ Heinze, RNotZ 2010, 289 (296 ff.); Lautner, DNotZ 2009, 650 (671).

¹²⁴ Heinze, RNotZ 2010, 289 (297 f.).

¹²⁵ Heinze, RNotZ 2010, 289 (298); Siehe auch Lautner, DNotZ 2009, 650 (671).

¹²⁶ Lautner, DNotZ 2009, 650 (671).

durch die im Grundbuch eingetragenen Gesellschafter, sondern auch durch weitere Gesellschafter vertreten, dann wird dieses Geschäft bei fehlender Vertretungsbefugnis unwirksam¹²⁷. Nach § 177 Abs. 1 BGB kommt der Vertrag nicht zustande, es sei denn, dieser Vertrag wird von den Vertretenen (von der GbR) nicht genehmigt¹²⁸, da die Gesellschafter nach § 164 BGB die Stellvertreter sind und in diesem Fall ohne Vertretungsbefugnis gehandelt haben.

Beschränkt man die Anwendbarkeit des § 899 a S. 1 BGB nur auf das schuldrechtliche Geschäft, könnte die Bereicherungsrecht und die Kondiktion in Bezug auf die Unwirksamkeit des Kausalgeschäfts in Betracht kommen. Folglich könnte der Erwerber das Eigentum von der nicht ordnungsgemäß vertretenen GbR nach §§ 899 a S. 2, 892 I gutgläubig erwerben. Aber aufgrund des Fehlens der wirksamen schuldrechtlichen Geschäft und den Rechtsgrundlage zur Eintragung Geschäfts ist die GbR imstande, dieses Grundstückseigentum gemäß § 812 Abs. 1 S. 1 BGB zurückzuverlangen¹²⁹.

Der Anspruch aufgrund der Kondiktion (oder ungerechtfertigte Bereicherung) setzt zunächst voraus, dass der Geschäftspartner von der GbR etwas verlangt. In diesem Fall verlangt der mit GbR den Vertrag abgeschlossene Dritte das Grundstückseigentum von der GbR. Ferner soll etwas durch die Leistung oder in sonstiger Weise auf dessen Kosten erlangt werden. Hier erlangt der Dritte das Eigentum nicht durch die Leistung, sondern in sonstiger Weise auf dessen Kosten. Schließlich ist die wichtige Voraussetzung der Erwerb von der GbR ohne rechtlichen Grund. Auch diese Voraussetzung würde hier vorliegen, falls das Kausalgeschäft von der GbR nicht genehmigt sei. Liegt es alle diese Voraussetzungen zusammen in dem Fall, kann der Kondiktionsanspruch der GbR bejaht werden.

¹²⁷ Hartmann, RNotZ 2011, 401 (407); Lehmann, DSrR 2011, 1036 (1037).

¹²⁸ Hartmann, RNotZ 2011, 401 (407).

¹²⁹ Wellenhofer, Jus 2010, 1048 (1050).

b) Der Erwerb an einem Grundstück von der nicht existierenden GbR

aa) Enthält § 899 a BGB auch das Vertrauen auf die Existenz der GbR?

Ein Vertrag kommt durch Angebot und Annahme zustande (§ 151 S. 1 BGB). Also ein Vertrag setzt mindestens zwei Personen und ihre übereinstimmenden Willenserklärungen voraus¹³⁰. Somit hat die Existenz der Geschäftspartner große Bedeutung, um einen wirksamen Vertrag abzuschließen. In diesem Zusammenhang ist das bedeutsam zu prüfen, ob § 899 a BGB sich auf den guten Glauben des Vertragspartners an die Existenz der GbR erstreckt.

Zunächst wurde angenommen, dass § 899 a BGB auch den guten Glauben an der Existenz der im Grundbuch eingetragenen GbR schütze¹³¹. Demgemäß gewährleistet diese Norm auch den Erwerb von einer nicht (mehr) existierenden GbR¹³². Diese Ansicht ging von der Gesetzesbegründung aus. Nach der Gesetzesbegründung wird durch § 899 a BGB vermutet, dass die eingetragene GbR fortbesteht, weil die Existenz der GbR denknötwendige Voraussetzung für das Vorhandensein von Gesellschaftern sei¹³³.

Die Gegenansicht brachte vor, dass der Erwerb von der im Grundbuch tatsächlich nicht mehr (oder gar nicht) existierenden GbR durch §§ 891, 892, 899 a BGB nicht geschützt werden¹³⁴. Dementsprechend gibt es keinen Gutgläubenserwerb von einer nicht existierenden Person¹³⁵. Die anderslautende Gesetzesbegründung ändert auch der Inhalt dieser Neuregelung nicht¹³⁶. Als anderes Argument wurde dazu geführt, dass der

¹³⁰ Leipold, Allgemeiner Teil, S. 43, 102, 179; Brox/ Walker, Allgemeiner Teil, S. 40, 43, 49, 81.

¹³¹ Lehmann, DStR 2011, 1036 (1037); Heinze, RNotZ 2010, 289 (295); Lautner, DNotZ 2009, 650 (667). Zweifelnd Palandt- Bassenge, § 899 a Rn. 7.

¹³² Wolf/ Wellenhofer, Sachenrecht, § 19 Rn. 18.

¹³³ BT- Drucks. (Das Bericht des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages vom 17.06.2009) 16/ 13437, S.27.

¹³⁴ Wellenhofer, Jus 2010, 1048 (1050 f.); Krüger, NZG 2010, 801 (805); Lautner, DNotZ 2009, 650 (660); Bestelmeyer, Rpfleger 2010, 169 (174).

¹³⁵ Krüger, NZG 2010, 801 (805); Bestelmeyer, Rpfleger 2010, 169 (174).

¹³⁶ Wellenhofer, Jus 2010, 1048 (1051).

Wortlaut des § 899 a BGB die Existenz der GbR voraussetzt¹³⁷. Daher ist die Vermutung über die Existenz einer GbR gemäß § 899 a BGB zu prüfen überflüssig.

bb) Anwendbare Vorschriften und Rechtsscheinhaftung

Gemäß §§ 873, 925 BGB bedarf es der Einigung des Berechtigten und des anderen Teils, die Auflassung zum Erwerb eines Rechts an einem Grundstück. Schließt der Dritte einen Vertrag über ein Grundstücksrecht mit der GbR, die nicht mehr (oder gar nicht) existiert, dann liegt unwirksamer Vertrag und unwirksame Einigung vor, da es der Vertragspartner (die GbR) fehlt¹³⁸ und die im Namen der GbR handelnde Personen tatsächlich keine Vertretungsbefugnis haben¹³⁹. Mangels wirksamer Rechtsgrundlage wird die Grundbucheintragung falsch¹⁴⁰. Hier kann der gutgläubige Dritte Ansprüche gegen die für die GbR Handelnde gemäß §§ 179, 242 BGB erheben¹⁴¹.

§ 179 BGB regelt die Haftung eines Vertreters ohne Vertretungsbefugnis und schützt den Dritte, der auf die Wirksamkeit des Geschäfts vertraut, es sei denn, der Dritten den Mangel der Vertretungsbefugnis wusste oder diesen Mangel hätte erkennen müssen (§ 179 Abs. 3 S. 1). Die analoge Anwendung dieser Vorschrift kommt auch in Betracht, wenn der Vertreter im Namen einer gar nicht oder nicht mehr existierenden Personen handelte¹⁴². Im Falle seiner Gutgläubigkeit hat der Dritte ein Wahlrecht. Er kann vom Vertreter ohne Vertretungsbefugnis Erfüllung oder Schadenersatz verlangen (§ 179 Abs. 1).

Darüber hinaus kann der Dritte sich auf allgemeine Rechtsscheingrundsätze berufen (§ 242 BGB). Die Voraussetzungen der Rechtsscheinhaftung sind ein Rechtsschein, die den Rechtsschein hervorbringende Behandlungen des Vertreters

¹³⁷ Wellenhofer, Jus 2010, 1048 (1051).

¹³⁸ Leipold, Allgemeiner Teil, S. 43, 102, 179; Brox/ Walker, Allgemeiner Teil, S. 40, 43, 49, 81.

¹³⁹ Verheyen, Grundbuchfähigkeit, S. 223 ff.

¹⁴⁰ Verheyen, Grundbuchfähigkeit, S. 223.

¹⁴¹ Verheyen, Grundbuchfähigkeit, S. 223 ff.

¹⁴² Brox/ Walker, Allgemeiner Teil, S. 255; Leipold, Allgemeiner Teil, S. 390; Verheyen, Grundbuchfähigkeit, S. 223, 224; BGH, Urteil vom 12. 11. 2008 - VIII ZR 170/07 - NJW 2009, 215 ff.

und das Vorhanden des Dritte, der gegen den Rechtsschein gutgläubig ist¹⁴³. Tritt eine Person als Vertreter für eine nicht existierende GbR auf, ruft er den Rechtsschein hervor, in den der gutgläubige Dritte auf den Abschluss eines Geschäfts mit einer GbR vertraut¹⁴⁴. Als Folge kann der Dritte den im Namen der GbR Handelnde auf Erfüllung in Anspruch nehmen¹⁴⁵.

b) Erwerb eines Gesellschaftsanteils

Eine andere Erscheinung des gutgläubigen Erwerbs ist der Erwerb eines Gesellschaftsanteils.

Hier liegt der Fall darin, dass ein im Grundbuch eingetragener Gesellschafter seinen ganzen Gesellschaftsanteil an „X“ veräußert, aber diese Veräußerung ins Grundbuch nicht vermerkt wird. Danach will der Gesellschafter ein weiteres Mal den gleichen Gesellschaftsanteil an „Y“ verkaufen. Fraglich ist, ob Y diesen Gesellschaftsanteil gutgläubig erwerben kann. Weil der Gesellschafter schon über seinen Gesellschaftsanteil wirksam verfügte, erwarb X die Gesellschaftsanteil. Deswegen ist der Gesellschafter nicht imstande, den nicht mehr zu ihm gehörenden Gesellschaftsanteil noch einmal zu veräußern. Also Y kann diesen Gesellschaftsanteil nicht erwerben und der Gesellschafter nicht sein. § 899 a BGB ermöglicht auch keinen gutgläubigen Erwerb des Y, denn diese Norm fasst nicht den Gutglauben im Rahmen des Erwerbs eines Gesellschaftsanteils, sondern nur im Grundbuch eingetragenen Rechts um¹⁴⁶.

Anderer Fall ist die zum Teil Verfügung über den Gesellschaftsanteil. Auch hier wird den Gutglauben durch § 899 a BGB nicht geschützt. Nachdem der Gesellschafter über einen Teil des Gesellschaftsanteils verfügte, bleibt die Grundbucheintragung unberührt. Schließlich bedarf es keinem Gutgläubenschutz¹⁴⁷.

¹⁴³ MünchKomm- Roth/ Schubert, § 242 Rn. 308 ff.; Verheyen, Grundbuchfähigkeit, S. 224, 225.

¹⁴⁴ Verheyen, Grundbuchfähigkeit, S. 223 ff.; Hertreiter, Grundbuchfähigkeit, S. 44, 45.

¹⁴⁵ Verheyen, Grundbuchfähigkeit, S. 225 ff.

¹⁴⁶ Palandt- Bassenge, § 899 a Rn. 8; Lautner, DNotZ 2009, 650 (672); Heinze, RNotZ 2010, 289 (295, 305); Wellenhofer, JuS 2010, 1048 (1051); Hamann, MünchHandbuch, § 27 Rn. 32 a.

¹⁴⁷ Lehmann, DStR 2011, 1036 (1037).

c) Die Eintragung eines Widerspruchs im Grundbuch

Im Regelfall gilt der Inhalt des Grundbuchs als richtig bei dem Erwerb des Eigentums oder eines beschränkten dinglichen Rechts an einem Grundstück. Ist ein zu dem erwerbenden Recht entgegenstehender Widerspruch im Grundbuch eingetragen, ergibt ein Erwerbsausschluss sich nach § 892 Abs. 1 S. 1. In diesem Zusammenhang spielt die Gutgläubigkeit des Erwerbers keine Rolle. Die wichtige Sache ist nur, dass der Widerspruch wenigstens vor der Eintragung des Erwerbs des Dritte eingetragen ist¹⁴⁸.

d) Anwendungsbereich des § 899 a BGB an beweglichen Sachen

Der Erwerb von beweglichen Sachen ist geregelt gemäß §§ 929 ff. BGB. Nach § 929 S. 1 BGB ist zur Übertragung des Eigentums an einer beweglichen Sache erforderlich, dass der Eigentümer die Sache dem Erwerber übergibt und sich beide darüber einig sind, dass das Eigentum übergehen soll. Also die Voraussetzungen sind wirksame Einigung und Übergabe.

Im Gegenteil vermutet § 899 a in Ansehung des eingetragenen Rechts, dass die im Grundbuch als Gesellschafter eingetragenen Personen tatsächlich Gesellschafter der Gesellschaft sind und keine weiteren Gesellschafter der GbR vorhanden sind. Weil diese Vermutung aus ein eingetragenes Recht im Grundbuch, also aus ein Recht bezüglich eines Grundstücks entsteht, ist § 899 a an den beweglichen Sachen nicht anwendbar¹⁴⁹.

Weiterhin behauptete *Altmeyden*, dass der Erwerb an den beweglichen Sachen nur davon abhängig ist, dass der Erwerb unter Gutgläubigkeit an das Eigentum der GbR und gemäß §§ 929, 932 BGB verwirklicht wird. An dieser Stelle ist der aktuelle

¹⁴⁸ Wellenhofer, JuS 2010, 1048 (1050).

¹⁴⁹ Heinze RNotZ 2010, 289 (295, 305); Lautner, DNotZ 2009, 650 (672); Wellenhofer, Jus 2010, 1048 (1050 f.); Kropholler, § 892 Rn. 3.

Gesellschafterbestand unerheblich, denn allein die GbR verfügt über das Eigentum¹⁵⁰.

4. KAPITEL: Offen bleibende Fragen über die grundbuchfähige GbR

A. Die Rückkehr zur alten Rechtslage?

In der alten Rechtslage war die GbR lediglich als das Sondervermögen, das zu den Gesellschaftern in ihrer Verbundenheit gehört. In dieser Form waren nur die Gesellschafter der GbR nach außen verpflichtet, berechtigt und die GbR hatte keine eigene Rechts- und Grundbuchfähigkeit. Daher wurden nur die Gesellschafter der GbR ins Grundbuch eingetragen. Dagegen schreiben neu eingeführte § 47 Abs. 2 S. 1 GBO und § 899 a BGB vor, dass die GbR unter ihrem Namen, aber auch stets mit ihren sämtlichen Gesellschaftern¹⁵¹ ins Grundbuch einzutragen ist. Dieser Zwang zur Eintragung der Gesellschafternamen ins Grundbuch wurde so kritisiert, dass der Gesetzgeber die Möglichkeit zur Eintragung der GbR nur unter ihrem Namen durch § 47 Abs. 2 S. 1 GBO und § 899 a BGB rückgängig machen will und neue Vorschriften die Rückkehr zu alter Rechtslage ist¹⁵².

Aus anderer Sicht hilft die Angabe der Gesellschafter zur Identifizierung der GbR, d.h. die Nennung der Gesellschafter im Grundbuch hat lediglich Identifizierungs-,

¹⁵⁰ Altmeyen, NJW 2011, 1905 (1907).

¹⁵¹ Nach *Lautner* soll nicht nur vertretungsberechtigte Gesellschafter, sondern alle Gesellschafter ins Grundbuch eingetragen werden. Lautner, DNotZ 2009, 650 (654).

¹⁵² Beuthien NZG 2011, 481 (485); Altmeyen, NJW 2011, 1905 (1905 ff.). *Altmeyen* denkt auch, dass der Gesetzgeber die Rechtsfähigkeit der GbR verneinte, indem er § 47 II GBO geregelt hat. Siehe Altmeyen, NJW 2011, 1905 (1907). Neue Vorschriften wurden von *Schmidt* so behandelt, dass der Gesetzgeber zum Teil gegen den BGH die Eintragung der Gesellschafternamen voraussetzte. Schmidt, Jura 2012, 7 (8).

Bezeichnungsfunktion¹⁵³, also keine Rückkehr zur alten Rechtslage soll hier zum Ausdruck kommen¹⁵⁴.

Eigentlich ist die Beharrlichkeit des Gesetzgebers zur Eintragung der Gesellschafternamen so zu begründen, dass der Gesetzgeber bei der Eintragung aller Gesellschafter ins Grundbuch aus der Verkehrsunsicherheit im Grundbuchrecht ging¹⁵⁵ und durch § 47 Abs. 2 S. 1 GBO die fehlende Publizität der GbR zu kompensieren beabsichtigte.

Daher ist es klärungsbedürftig, was die Aufgabe des Grundbuchs ist und ob das mangelnde Handelsregister der GbR durch das Grundbuch ersetzt wird. Klar ist die Grundaufgabe des Grundbuchs richtige und vollständige Kundmachung der Rechte an Grundstücken und diese Rechte ohne Zweifel zu regeln¹⁵⁶. Aber über die Frage, ob die fehlende Registerpublizität der GbR durch das Grundbuch zu kompensieren ist, gibt es keine Übereinstimmung in der Lehre. Ein Teil bringt diese Ansicht zum Ausdruck, dass dem Grundbuch, bei dem die Angaben der Gesellschafter wiedergegeben werden, die Funktion des Handelsregisters in Bezug auf die Grundstücksrechte zukommt¹⁵⁷. Wiederum vorbrachte anderer Teil der Lehre diese Begründung, dass das Grundbuch keine grundstücksverkehrsrechtliche, Handelsregister Funktion betrifft und nicht imstande ist, die fehlende Registerpublizität zu kompensieren, denn das Grundbuch umfasst nur die eingetragenen Rechte¹⁵⁸.

¹⁵³ Krüger, NZG 2010, 801 (802 ff.); Heinze, RNotZ 2010, 289 (292).

¹⁵⁴ Wilhelm, NZG 2011, 801 (801 ff.); Krüger, NZG 2010, 801 (802 ff.); Heinze, RNotZ 2010, 289 (292).

¹⁵⁵ Gummert, MünchHandbuch, § 17 Rn. 33; Soergel- Hadding/ Kießling, § 718 Rn. 4.

¹⁵⁶ Leipold, Rechts- und Parteifähigkeit, S. 230; Ulmer/ Steffek, NJW 2002, 330 (333); LG Aachen, Beschluss vom 27.05.2003 - 3 T 42/03- RNotZ 2003, 462, 463.

¹⁵⁷ In Bezug auf Grundstücksrechte; Wilhelm, NZG 2011, 801, 806, 807. Eigner, Gesellschafterhaftung, S. 105.

¹⁵⁸ Ulmer/ Steffek, NJW 2002, 330 (335); Lautner, DNotZ 2009, 650 (652); Heinze, RNotZ 2010, 289 (295, 305); MünchKomm- Kohler, Art. 229 § 21 Rn. 4; Wellenhofer, JuS 2010, 1048 (1050).

B. Sind §§ 47 Abs. 2 S. 1 GBO, § 899 a BGB erfolglose Vorschriften?

Einerseits wird die Ansicht vertreten, dass § 47 Abs. 2 S. 1 GBO und § 899 a BGB mit neuer Rechtsposition der GbR nicht vereinbaren¹⁵⁹. Andererseits unterstellt der Gesetzgeber, dass die rechtsfähige GbR selbst die Eigentümerin des Grundstücks ist und folglich unter ihrem Namen ins Grundbuch eingetragen werden kann (§§ 47 Abs. 2 GBO, § 899 a BGB). Wiederum bedarf es die Eintragung der Gesellschafter neben der GbR ins Grundbuch und das Grundbuch wird falsch, wenn sich der Gesellschafterbestand nach dem Zeitpunkt der Eintragung der Gesellschafter verändert (§§ 899 a S. 2, 892 BGB)¹⁶⁰. *Altmeyen* sieht als absurd an, dass die Eintragung aller Gesellschafter vorausgesetzt wird, obwohl die GbR, und nicht ihre Gesellschafter die Eigentümer des Grundstücks sind¹⁶¹.

Überdies geht es um die andere Frage, ob § 47 Abs. 2 S. 1 GBO und § 899 a BGB in Wirklichkeit unanwendbare und unbrauchbare Vorschriften sind.¹⁶² Über die Anwendbarkeit des § 47 Abs. 2 S. 1 GBO behaupteten manche Stimmen, dass diese Vorschrift einer Eintragung der GbR unter ihrem Namen nicht entgegensteht, aber seine Anwendung bei der GbR ist nicht mehr einschlägig¹⁶³. Zudem nahmen die Anderen die Ansicht, dass § 47 Abs. 2 S. 1 GBO neuer Rechtslage der GbR nicht entspricht¹⁶⁴. § 47 GBO spricht von der Eintragung eines Rechts „für mehrere gemeinschaftlich“. Aber seit der Anerkennung der Rechtsfähigkeit der GbR ist die Rechtsträgerin und Eigentümerin des Grundstücks nicht die Gesellschafter der GbR, sondern die GbR selbst. Infolgedessen geht es um keine Eintragung eines

¹⁵⁹ *Altmeyen*, NJW 2011, 1905 (1905ff.); *Spindler/ Stilz Aktiengesetz-Limmer*, § 23 Rn. 25; *Verheyen*, Grundbuchfähigkeit, S. 97 f.

¹⁶⁰ Nach *Altmeyen* kombinierte der Gesetzgeber hier zwei verschiedene Prinzipien. *Altmeyen*, NJW 2011, 1905 (1908).

¹⁶¹ *Altmeyen*, NJW 2011, 1905 (1905). Für gleicher Ansatz siehe auch *Verheyen*, Grundbuchfähigkeit, S. 115; *Spindler/ Stilz Aktiengesetz-Limmer*, § 23 Rn. 25.

¹⁶² *Altmeyen* verwies darauf, dass § 899 a BGB „vollständig misslungen“ und „unbrauchbar“ ist. Siehe *Altmeyen*, NJW 2011, 1905 (1905 ff.).

¹⁶³ *Ulmer/ Steffek*, NJW 2002, 330 (331ff.); *Eigner*, Gesellschafterhaftung, S. 101; *Hertreiter*, Grundbuchfähigkeit, S. 36.

¹⁶⁴ *Spindler/ Stilz Aktiengesetz-Limmer*, § 23 Rn. 25; *Verheyen*, Grundbuchfähigkeit, S. 115; *MünchKomm-Ulmer*, § 705 Rn. 313.

gemeinschaftlichen Rechts und keinen Anwendungsbereich des § 47 GBO bei der als rechtsfähig anerkannten GbR. Somit ergibt sich eine Regelungslücke in Bezug auf die Eintragung der GbR.

In diesem Zusammenhang spitzt sich die Frage darauf zu, ob die Vorschriften, die die OHG und KG betreffen, auch für die GbR analoge anwendbar sind. *Gummert* befürwortet die analoge Anwendung, indem er diese Denkweise vertritt, dass die Außen GbR mit der OHG und der KG gleich strukturiert ist¹⁶⁵.

Die analoge Anwendung setzt eine im Gesetz nicht geregelte Sachverhalt, dazu kommende planwidrige Lücke im Gesetz und vergleichbare Interessenlage¹⁶⁶. Hinsichtlich materiellrechtlicher Perspektive kann die rechtsfähige GbR wie die OHG und die KG ohne Nennung der Gesellschafternamen, also nur unter ihrem Namen eingetragen werden. Jedoch setzt der Gesetzgeber stets die Eintragung der Gesellschafternamen ins Grundbuch voraus. In diesem Fall liegt keine planwidrige Unvollständigkeit im Gesetz vor, und daran anknüpfend keine analoge Anwendung. Sozusagen ist die Grundbucheintragung der GbR gesetzlich geregelt, aber in unvereinbarer Weise.

I. Wäre die Einführung eines Registers für alle GbR logisch?

Nach der Anerkennung der Grundbuchfähigkeit der GbR kamen grundbuchrechtliche Probleme zustande. Gegen diese Probleme wurden zwei mögliche Lösungen vorgebracht; die erste Lösung war ein öffentliches Register für GbR zu schaffen, die Zweite war die Nutzung der anderen Nachweismittel, etwa ein Gesellschaftsvertrag.

Die vorherrschende Ansicht setzt die Erfassung der GbR in einem öffentlichen Register voraus, damit die GbR am Grundbuchverkehr beteiligt¹⁶⁷. Also dieser Ansicht nach könnten viele

¹⁶⁵ Gummert, MünchHandbuch, § 17 Rn. 36.

¹⁶⁶ Leipold, Allgemeiner Teil, S. 40, 41; Brox/ Walker, Allgemeiner Teil, S. 35 ff.

¹⁶⁷ Demharter, NJW 2005, 18 (23); Schmidt, Jura 2012, 7 (10). An dieser Stelle sah Hügel eine andere Möglichkeit darin, dass die GbR, die als OHG im Rechtsverkehr behandelt, das der OHG benutzen gelassen werden kann. Hügel, DB 2011, 2433 (2438).

grundbuchrechtliche Probleme lediglich durch die Einführung eines Registers für GbR beseitigt werden. Aufgrund des Fehlens einer Registrierung der GbR könnte der gutgläubige Dritte bei der Eintragung der GbR nicht umfangreich geschützt werden. Daher fehlt die Möglichkeit zur Erhaltung der zuverlässigen Angaben hinsichtlich der Identifizierung der GbR und der Feststellung der Vertretungsbefugnis der Gesellschafter bei der fehlenden Erfassung der GbR in einem öffentlichen Register¹⁶⁸. Die Schaffung der Grundbuchfähigkeit wird mit der Hilfe der einen Art Handelsregister auch für die GbR erfolgreicher erfüllt. Weiterhin hilft ein Register für GbR zur stärkeren und klareren Schaffung der Rechtssicherheit für den gutgläubigen Erwerber im Vergleich zu der Aufnahme des Gesellschaftsvertrag oder der Vorlage der Gesellschafterliste und dazu kommender Aktualisierungen¹⁶⁹.

Weiterhin wurde angenommen, dass die Einführung eines Registers für alle GbR nicht einschlägig und evident lebensfremd ist¹⁷⁰. Denn die GbR sind meistens nicht mit wirtschaftlichen Zwecke tätig, sondern sie verfolgen einfache und kurzfristige Tätigkeiten¹⁷¹. Wird der Zwang zur Erfassung in einem öffentlichen Register geführt, verliert diese einfachste Form der Gesellschaften die wichtige Vorteile und seine Flexibilität. Weil die GbR in einfacher Form zu errichten sind und es keine Voraussetzung zur Erfassung in einem öffentlichen Register gibt, ist sie eine beliebige Gesellschaftsform im Rechtsverkehr¹⁷². Im Falle der Entstehung einer Art Handelsregister auch für die GbR liegt keinen Unterschied zwischen GbR und andere Gesellschaftsformen, die eintragungspflichtig sind¹⁷³.

Teilweise wurde die Meinung vertreten, dass die Eintragungspflicht für solch Arten von GbR denkbar sind, die Freiberufler sind und kaufmännische Zwecke haben¹⁷⁴.

¹⁶⁸ Demharter, NJW 2005, 18 (23); Tat, Gesellschaft bürgerlichen Rechts, S. 57; Hertreiter, Grundbuchfähigkeit, S. 130; Eigner, Gesellschafterhaftung, S. 103.

¹⁶⁹ Demharter, NJW 2005, 18 (23); Schmidt, Jura 2012, 7 (10).

¹⁷⁰ Schmidt, Jura 2012, 7 (10).

¹⁷¹ Beuthien NZG 2011, 481 (485).

¹⁷² Lehmann, DStR 2011, 1036 (1040).

¹⁷³ Schmidt, Jura 2012, 7 (10).

¹⁷⁴ Schmidt, Jura 2012, 7 (10).

ZUSAMMENFASSUNG

Der Zweck dieser Arbeit war die Grundbuchfähigkeit der GbR mit verschiedenen Seiten zu behandeln.

Erstens wurde versucht, die Frage zu beantworten, ob die GbR rechts- und grundbuchfähig ist. Sowie wurde die Grundbuchfähigkeit der GbR im Rahmen verschiedener Ansichten und Argumenten durchgearbeitet. Folglich ist umstritten, ob die Eintragung der GbR ohne Nennung der Gesellschafternamen ins Grundbuch vorteilhaft ist. Die Eintragung der GbR als solche kann als vorteilhaft angesehen werden, denn in diesem Fall bleibt die Grundbucheintragung trotz des Gesellschafterwechsels richtig. Dagegen ist die Eintragung der GbR mit den Gesellschafternamen problematisch bei den Publikums-GbR, die aus zahlreiche Gesellschafter bestehen¹⁷⁵. Diese Eintragungsart verursacht die Schwerfälligkeit des Grundbuchs. Ferner kostet die Eintragung aller Gesellschafter mehrere Arbeits- und Zeitaufwand für die Grundbuchämter¹⁷⁶.

Neben diesen Vor- und Nachteilen ist hier die Form der GbR als ein erheblicher Punkt erwähnenswert. Im Gesellschaftsrecht ist die GbR die einfachste Gesellschaftsform im Vergleich zu den Personenhandelsgesellschaften und anderen Handelsgesellschaften. Kommt die Eintragung der GbR allein unter ihrem Namen und die Erstellung eines Handelsregister ähnlichen Registers für die GbR in Frage, dann bleibt kein Unterschied zwischen die GbR und die Gesellschaften, die ins Register eingetragen werden. Schließlich verliert die GbR seine Praktikabilität.

Zwar soll die Eintragung der GbR unter ihrem Namen nach dem Urteil des BGH vom Jahr 2008 außer Streit sein. An dieser Stelle soll daran gedacht werden, wie aktuelle Problemen zu bewältigen sind und wie die Verkehrssicherheit wiederherzustellen ist. Natürlich soll der Schutz des gutgläubigen Drittes und seines Erwerbs von der GbR hier berücksichtigt werden. Sowohl um die GbR zu differenzieren, als auch um die Vertretungsbefugnis der Gesellschafter festzustellen sind zwei Vorschläge vernünftig. Eine denkbare Lösung ist der Gesellschaftsvertrag und die Gesellschafterliste zu dem Grundbuchakt zu nehmen, die Aktualisierungen durch das Grundbuch zu schaffen. Eine andere Lösung liegt darin, dass ein Register für die GbR zu schaffen ist.

¹⁷⁵ Ulmer/ Steffek, NJW 2002, 330 (330); Eigner, Gesellschafterhaftung, S. 101.

¹⁷⁶ Ulmer/ Steffek, NJW 2002, 330 (330).

Dann sollen dieses Register und das Grundbuch miteinander anknüpfen. Aber wie schon darauf verwiesen wurde, ist das zu bezweifeln, ob die Beschaffung eines neuen Registers mit der Rechtsnatur und dem Zweck der GbR vereinbar ist oder der Gesellschaftsvertrag zweifelloses Nachweismittel ist. Diese Punkte sollen noch einmal in Frage gestellt werden.

Zum anderen liegt keine Übereinstimmung über die Anwendbarkeit der neugefügten Vorschriften §§ 47 GBO, 899 a BGB im Schrifttum vor. Diese Vorschriften seien unvereinbar mit der neuen Rechtslage der GbR, es sei denn, die Eintragung aller Gesellschafter der GbR hätte nur die Identifizierungsfunktion im Grundbuchverkehr. Zwar verursacht die Eintragung der Gesellschafter einige Problemen, bedarf der Grundbuchverkehr noch die Eintragung der Gesellschafter, weil es ein Register für die GbR fehlt. Gleichzeitig setzt § 47 GBO „ein gemeinschaftliches Recht“ voraus. Jedoch kommen die Rechte nunmehr nicht den Gesellschaftern gemeinschaftlich, sondern der GbR selbst zu. Deshalb ist die Anwendbarkeit dieser Vorschriften immer noch fraglich.

Weiterhin stellt sich die andere Frage, ob die Eintragung der Gesellschafter ins Grundbuch als eine Rückkehr zur alten Rechtslage bezeichnet werden kann. Eigentlich kommt keine Rückkehr zur alten Rechtslage vor. Der Gesetzgeber wollte nur die fehlende Registerpublizität mit der Hilfe der Eintragung der Gesellschafter teilweise zu kompensieren. Aber nimmt man die Unrichtigkeit des Grundbuchs bei dem außer Grundbuch stattfindenden Gesellschafterwechsel an, dann verstärkt diese Annahme die Ansichten, die die Eintragung der Gesellschafter als Rückkehr bezeichnen.

Zum Schluss soll auch darauf hinweisen, dass die Probleme die nach der Rechts- und Grundbuchfähigkeit der GbR zum Ausdruck kamen, von dem Gesetzgeber nicht genau gelöst werden konnten. Infolgedessen bedarf es neuer Vorschriften um das Chaos im Schrifttum und im Rechtsverkehr zu beseitigen.