



## beitrag des monats

Jens Jeep

# Wie ein schlechter Horrorfilm: Die neuere Geschichte der GbR im Grundbuch

Eine Glosse mit ernstem Hintergrund

Schlechte Horrorfilme zeichnen sich oft dadurch aus, dass die Helden (und späteren Opfer) von mehreren Wegen immer den wählen, den der unbefangene Zuschauer schnell als den falschen identifiziert.<sup>1</sup> Die Entwicklung der Rechtsprechung, Gesetzgebung, wissenschaftlichen Literatur und notariellen Praxis zur Frage der Behandlung der Gesellschaft bürgerlichen Rechts im Grundbuch zeigt dazu gewisse Parallelen. Sie sollen hier nochmals rekapituliert werden.<sup>2</sup>

### Der Aufbruch:

Der Gang ins Ungewisse beginnt mit der Entscheidung des II. Zivilsenats des BGH zur Teilrechtsfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts im Jahr 2001. Sie soll hier nicht nochmals analysiert oder kritisiert (das haben genügend andere auf zumeist sehr profunde Weise getan), sondern schlicht vorausgesetzt werden. Der Gesetzgeber könnte sie ändern, aber solange dies nicht geschieht, müssen wir mit ihr leben. Die Frage ist, ob wir es können. Und wenn ja, wie?

### Das Ziel:

Vor dem Hintergrund dieser Entscheidung und der Existenz vieler im Grundbuch eingetragener Gesellschaften bürgerlichen Rechts (bisher: Eigentümer in Gesellschaft bürgerlichen Rechts) gilt es ei-

nen Weg zu finden, der Rechtssicherheit wahrt und Chaos vermeidet. Ziel sollte also konkret sein, dass der Erwerb von Grundbesitz von bestehenden Gesellschaften bürgerlichen Rechts ermöglicht wird, ohne dass nach Zahlung des Kaufpreises die Gefahr besteht, Rückgewähransprüchen der GbR ausgesetzt zu sein, die vor der Übertragung des Grundstücks privatschriftlich einen Gesellschafterwechsel zu verzeichnen hatte. Nicht ganz so dramatisch, aber doch in der Praxis sehr wichtig ist die zweite Frage, ob und wie nämlich bestehende Gesellschaften bürgerlichen Rechts überhaupt noch in der Lage sind, ihrerseits Grundeigentum zu erwerben.

### Der Rückblick:

Beginnen wir mit einer kurzen Zeitreise. Wir schreiben das Jahr 2001. Der BGH (genauer: der II. Zivilsenat) hat gerade entschieden, dass eine (Außen)GbR Rechtsfähigkeit besitzt, soweit sie durch Teilnahme am Rechtsverkehr eigene Rechte und Pflichten begründet.<sup>3</sup>

Versetzen wir uns in die Situation eines Notars, der nach aufmerksamer Lektüre des Urteils von einem Ehepaar gebeten wird, den Verkauf des Familienhauses zu beurkunden, das dieses – wir wollen einmal dem Vorurteil folgen, dass es etwa in Hamburg angeblich gar nicht möglich war, dies zu Bruchteilen zu tun – seinerzeit „in Gesellschaft bürgerlichen Rechts“ gekauft hatte. Und so waren sie auch im Grundbuch eingetragen:

„A und B in Gesellschaft bürgerlichen Rechts.“

<sup>1</sup> Ein Zeichen *guter* Horrorfilme ist im Gegensatz dazu, dass der richtige und vernünftigste Weg gewählt wird ... und trotzdem im Verderben endet.

<sup>2</sup> Auf einen ausufernden Fußnotenapparat soll hier verzichtet und nur soweit zitiert werden, wie dies für das Verständnis der Abläufe zwingend erforderlich ist. Die Beiträge zu den hier behandelten Fragen sind jedoch zahlreich und können auf den üblichen Wegen recherchiert werden.

<sup>3</sup> BGH, Urt. v. 19.2.2001, NJW 2001, 1056.

In dieser oder einer vergleichbaren Situation befanden sich Notare sicherlich tausend-, ja zehntausendfach, bis zum alle auf-rüttelnden Beschluss des BGH (genauer: des V. Zivilsenates) vom 4.12.2008. Doch es wurde in der Zwischenzeit größtenteils be-rurkundet wie in all den gut einhundert Jahren zuvor auch. Die eingetragenen Personen erschienen und verkauften wie eh und je „in Gesellschaft bürgerlichen Rechts“. Kaufverträge wurden geschlossen, abgewickelt, Kaufpreise gezahlt und Eigentums-rechte umgeschrieben.

Folgte man aber der neuen Sicht des BGH, dass nicht mehr die Gesellschafter Eigentümer des Grundstücks sind, sondern die Gesellschaft selbst, dann stellten sich dem Notar jedoch drei Fragen, wenn er an die – zugegebenermaßen vermutlich in der Realität recht fernliegende – Möglichkeit dachte, dass die Er-schienenen gar nicht mehr Gesellschafter der GbR waren, sie vielmehr ihre Gesellschaftsanteile etwa bei einer feucht-fröhlichen Skatrunde an die Nachbarn verloren und dann auch gleich mündlich übertragen hatten, natürlich ohne nach-folgende Grundbuchberichtigung. Die Formpflicht des § 311b BGB galt und gilt ja nur für Grundstücke, nicht für die Anteile an einer GbR.

**1. Frage:** Können die Käufer, die von der Skatrunde nichts wis-sen, überhaupt das Eigentum von der GbR erwerben, wenn *deren ehemalige, aber noch im Grundbuch verzeichnete Gesellschafter auf-treten?*

**2. Frage:** Falls dieser Rechtserwerb möglich sein sollte, kann im Rahmen der Kaufvertragsabwicklung auch eine Vormerkung entsprechend erlangt und daraufhin risikolos der Kaufpreis ge-zahlt werden?

**3. Frage:** Selbst wenn ein dinglicher Erwerb des Grundeigentums möglich ist, sind die Käufer nicht vielleicht einem Kondiktions-anspruch der GbR ausgesetzt und verlieren neben dem Kaufpreis auch noch das eben erworbene Eigentum?

Lässt sich eine der Fragen nicht im Sinne der Käufer beant-worten, so wird der Notar den Kaufvertrag kaum in der bisher gewohnten Form vornehmen wollen. Der Notar des Jahres 2001 wird also versuchen, die Antworten anhand des geltenden Rechts unter Berücksichtigung der neuen Rechtsprechung des BGH zu finden, und sich dabei des Arsenal der vier Auslegungsmethoden bedienen.

### 1. Frage: Gutgläubiger Erwerb?

Verkauft der zu Unrecht im Grundbuch eingetragene Eigen-tümer, so hilft dem Erwerber sein guter Glaube an den Inhalt des Grundbuchs, § 892 BGB. Solange die Gesellschafter der GbR als Eigentümer galten, lediglich gesamthänderisch gebunden, führte die direkte Anwendung der Vorschrift zur gewünschten Lösung. Doch nun sollte die Gesellschaft Eigentümerin sein, die Erschienenen nur noch Gesellschafter. Griff auch hier § 892 BGB?

*§ 892 Öffentlicher Glaube des Grundbuchs (1) Zugunsten desjenigen, welcher ein Recht an einem Grundstück oder ein Recht an einem solchen Recht durch Rechtsgeschäft erwirbt, gilt der Inhalt des Grundbuchs als richtig, es sei denn, dass ein Widerspruch gegen die Richtigkeit eingetragen oder die Unrichtigkeit dem Erwerber bekannt ist. (...)*

Der Wortlaut beschränkt sich nicht auf die Eigentümerstellung. Er bezieht sich auf das, was im Grundbuch eingetragen ist. Ist also – nach neuerer Auffassung – in der überlieferten Formulie-rung „A und B in Gesellschaft bürgerlichen Rechts“ eigentlich die nunmehr richtige Formulierung „Gesellschaft bürgerlichen

Rechts bestehend aus den Gesellschaftern A und B“ enthalten, so ist Inhalt des Grundbuchs eben auch die Angabe der Gesell-schafter. Der Wortlaut des § 892 BGB war und ist damit klar: Der gute Glaube bezog sich auch auf die Gesellschafterstellung von A und B – jedenfalls zugunsten desjenigen, welcher ein Recht an einem Grundstück erwirbt.

Die Frage ist natürlich, ob die anderen drei Auslegungsmethoden dieser grammatikalischen Auslegung entgegenstanden. Die his-torische Auslegung mit Verweis auf den historischen Gesetz-geber war im Jahr 2001 jedoch schon deshalb nicht ergiebig, weil dieser ausgehend von der Nichtrechtsfähigkeit der GbR schlicht keinen Grund hatte, die Eintragung von Gesellschaftern einer solchen oder einer anderen Gesellschaft auch nur in Betracht zu ziehen. Bis zur Entscheidung über die Teilrechtsfähigkeit der GbR war jeder Gedanke müßig, ob sich dieser gute Glaube auf irgendetwas anderes beziehen konnte als auf den eingetragenen Eigentümer.

Denn es wurde im Grundbuch nichts anderes eingetragen als der Eigentümer. Dies waren entweder Personen in ihrer gesamt-händerischen Verbundenheit (GbR, Erbengemeinschaft) oder aber rechts- und damit nach deutschem Recht registerfähige Zu-sammenschlüsse, bei denen sich Existenz und Vertretung dieses zwanglos und mit Gutgläubenswirkung versehen aus eben die-sen Registern ablesen ließen. In Bezug auf die Frage, ob sich nach der Rechtsprechungsänderung der gute Glaube nicht auch zwingend auf die nunmehr eingetragenen Gesellschafter er-streckt, konnte also kaum auf die Rechtsprechung oder das Schrifttum der letzten gut 100 Jahre zurückgegriffen werden, da diese das Problem nicht kennen und die Frage damit nicht be-antworten konnten.

Die Frage musste also neu beantwortet werden. Zur Hilfe kamen die systematische und teleologische Auslegung. Systematisch mochte man argumentieren, dass § 891 BGB ausdrücklich eine Vermutung nur für die Rechtsinhaberschaft ausspricht. Doch genau so gut war das Gegenargument: § 892 BGB wurde eben weiter formuliert und beschränkt den guten Glauben gerade nicht auf die Rechtsinhaberschaft. Das System des Grundbuchs ist im Übrigen gerade, dass ein guter Glaube an dessen Inhalt geschützt sein soll und muss, um die typischerweise sehr wert-haltigen Geschäfte für den Erwerber so risikolos wie rechtlich möglich zu gestalten. Soll diese Systematik gewahrt bleiben, muss sich der gute Glaube auch auf den eingetragenen Gesell-schafter erstrecken.

Damit war die Grenze zur Frage nach dem Telos der Vorschrift, nach Sinn und Zweck des Grundbuches, überschritten. Hier konnte man kaum anders, als den § 892 BGB auch auf die ein-getragenen Gesellschafter anzuwenden, denn (nur) so konnte ein gutgläubiger Erwerb ermöglicht, Rechtssicherheit hergestellt und gleichsam als Nebeneffekt vermieden werden, dass der No-tar beim Nachdenken über alle *Altfälle* um den Schlaf gebracht wird.

Auch die folgende Testfrage kommt zum gleichen Ergebnis. Wer ist schutzbedürftiger: Der in der Praxis wohl kaum existente Er-werber eines Gesellschaftsanteils, der ohne rechtliche Beratung einen Kaufpreis für diesen gezahlt, zugleich aber darauf ver-zichtet hat, auf eine Berichtigung des Grundbuchs und die Ein-tragung auch seines Namens zu drängen? Oder der „normale“ Käufer, der per notariellem Kaufvertrag und im Vertrauen auf die Eintragung im Grundbuch den Kaufpreis an die dort genannten Personen geleistet hat?

Es soll an dieser Stelle nicht bestritten werden, dass man auch anders argumentieren *kann*. Und es gibt viele gewichtige Stimmen, die anders argumentieren – allerdings mit mehr als unbefriedigenden Ergebnissen. Die entscheidende Frage ist aber, ob man anders argumentieren *muß*. Genauer: ob eine an der herkömmlichen Interpretation des § 892 BGB haftende Auffassung dogmatisch zwingend, in der Systematik stringenter und in ihren Ergebnissen „richtiger“ ist im Sinne der Tauglichkeit zur Lösung der uns bevorstehenden Probleme als die oben genannte Auslegung. Für den Moment soll die Erkenntnis genügen, dass der gutgläubige Erwerb von den eingetragenen Scheingesellschaftern durch Auslegung des Gesetzes auch im Jahr 2001 nicht fernliegend war.

## 2. Frage: Gutgläubiger „Erwerb“ der Auflassungsvormerkung?

Außer in den Fällen der Zahlung des Kaufpreises über Anderkonto erfordert die notarielle Kaufvertragsabwicklung die Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung des Übereignungsanspruchs des Käufers. Nach deren Eintragung wird der Kaufpreis zur direkten Zahlung fällig gestellt. Fatal wäre es, wenn im Falle des Kaufs von der GbR die Vormerkung wirkungslos wäre. Warum sollte sie es sein? Weil kein zu sichernder Anspruch bestehe, denn die Gesellschaft könne durch die Scheingesellschafter nicht wirksam vertreten werden. Ein Kaufvertrag zwischen der Gesellschaft und dem Käufer wäre nie entstanden, mithin kein sicherbarer Übereignungsanspruch.

Doch ist es nicht so, dass auch in den Fällen des gutgläubigen Erwerbs vom Nichteigentümer kein Vertrag mit dem wahren Berechtigten geschlossen wurde? Vielmehr richtet sich der Erfüllungsanspruch immer gegen den, der sich als Eigentümer geriert und als solcher den Vertrag schließt.

Natürlich ist der Fall bei der GbR insoweit ein anderer, als wir es mit einem Problem der fehlenden Vertretungsmacht zu tun haben. Man konnte im Jahr 2001 aber nun zum einen argumentieren, der gute Glaube des Grundbuchs schütze eben umfassend denjenigen, der im Vertrauen auf dessen Inhalt ein Recht an einem Grundstück erwirbt. Zum Erwerb gehört immer auch der schuldrechtliche Vertrag. Es wäre also nicht völlig abwegig, den guten Glauben auch insoweit auf den schuldrechtlichen Teil zu erstrecken und einen solchen jedenfalls zu fingieren, wie es von einigen Autoren vertreten wurde und wird. Diese Frage hatte sich zuvor ebenfalls nie gestellt, weil der eingetragene Scheineigentümer den Vertrag ja immer im eigenen Namen schloss, dieser Vertrag also immer und ganz unabhängig von der wahren Eigentümerstellung jedenfalls mit dem im Grundbuch eingetragenen (Schein)eigentümer geschlossen wurde. § 892 BGB brauchte es für die Wirksamkeit des Kaufvertrages nicht. Im Sonderfall der eingetragenen GbR-Gesellschafter konnte man also argumentieren, diese würden über § 892 BGB auch die GbR wirksam binden. Dagegen sprach und spricht allerdings die systematische Stellung des § 892 BGB im Sachenrecht.

Die Frage ist jedoch, ob es dieser Ausweitung des § 892 BGB auf das Schuldrecht überhaupt bedurfte. Zum einen hätte man der GbR möglicherweise das Handeln der alten Gesellschafter auch nach allgemeinen Rechtsscheinsgrundsätzen (etwa den Regeln der Anscheins- oder Duldungsvollmacht) zurechnen können, da „sie“ (bzw. ihre alten wie neuen Gesellschafter) es ja selbst versäumt hatten, für eine Berichtigung des Grundbuchs zu sorgen.

Zum anderen konnte auch ein anderer Anspruch durch die Vormerkung gesichert worden sein. Die Vormerkung als solche kann gutgläubig „erworben“ werden, sei es unmittelbar über

§ 892 BGB oder über diese Norm in Verbindung mit § 893 Abs. 2 BGB. Aber richtig ist, dass die Vormerkung als streng akzessorisches Recht einen schuldrechtlichen Anspruch benötigt. Doch muss es sich wirklich um einen Anspruch gegen den eingetragenen (Schein)Eigentümer handeln oder genügt ein Anspruch auf Übertragung des Eigentums am Grundstück, egal gegen wen sich dieser richtet? Letzteres scheint nicht abwegig zu sein, denn der dingliche Rechtsinhaber ist ja grundsätzlich dadurch geschützt, dass es zur Eintragung einer Vormerkung eben seiner Bewilligung bedarf – außer eben beim gutgläubigen Erwerb. Auch spricht § 883 BGB ausdrücklich davon, dass durch eine Vormerkung gesichert werden kann ein Anspruch

*auf Einräumung oder Aufhebung eines Rechts an einem Grundstück ...*

Von einem schuldrechtlichen Anspruch gegen den Rechtsinhaber ist dort jedenfalls nicht die Rede. Zugegeben: Die frühere Rechtsprechung liest ein „Identitätsgebot“ in sicher vertretbarer Weise aus § 886 BGB.

Auch bei dieser Frage waren im Jahr 2001 aber die oben genannten Überlegungen zur Anwendbarkeit des § 892 BGB zu beachten, so dass wieder zu prüfen war, ob der in § 886 BGB möglicherweise zum Ausdruck kommende ursprüngliche Wille des Gesetzgebers in der hier vorliegenden Konstellation noch tragen konnte und vor allem musste.

Aber gab und gibt es überhaupt einen schuldrechtlichen Anspruch auf Übertragung des Eigentums, wenn die Scheingesellschafter handeln? § 179 BGB bestimmt, dass derjenige, der als Vertreter ohne Vertretungsmacht einen Vertrag geschlossen hat, dem anderen Teil nach dessen Wahl zur Erfüllung oder zum Schadensersatz verpflichtet ist, wenn der Vertretene die Genehmigung des Vertrages verweigert. So wäre es geschehen. A und B hätten als Scheinvertreter den Vertrag geschlossen. Es existierte ein gesetzlicher Anspruch auf Übertragung des Eigentums: der gegen die Scheingesellschafter gerichtete Anspruch auf Erfüllung des unwirksam mit der Gesellschaft geschlossenen Vertrages.

Ging man somit davon aus, dass ein gutgläubiger Eigentumserwerb von den handelnden Scheingesellschaftern möglich war, dann durfte wohl die konsequente Folge sein, dass der Anspruch aus § 179 BGB auch durch eine gutgläubig erworbene Vormerkung gesichert werden konnte. Sie wäre erst erloschen, wenn der Käufer von den Scheingesellschaftern nicht Erfüllung, sondern Schadensersatz verlangen würde.

## 3. Frage: Kondition des gutgläubig erworbenen Eigentums?

Wenn also Vormerkung und dann auch Eigentum gutgläubig erworben werden konnten, so stellte sich abschließend die Frage der Kondiktionsfestigkeit des gutgläubigen Eigentumserwerbs.

Im Bereich des gutgläubigen Erwerbs hielt und hält das Gesetz ein in sich schlüssiges System bereit, das auf den einfachen Nenner gebracht werden kann: Wer gutgläubig einen Gegenstand erwirbt, muss diesen nicht herausgeben, außer der Erwerb war unentgeltlich – denn dann ist er nicht schutzbedürftig. § 812 BGB normiert den Kondiktionsanspruch, § 816 BGB schränkt ihn ein:

*§ 816 Verfügung eines Nichtberechtigten (1) Trifft ein Nichtberechtigter über einen Gegenstand eine Verfügung, die dem Berechtigten gegenüber wirksam ist, so ist er dem Berechtigten zur Herausgabe des durch die Verfügung Erlangten verpflichtet. Erfolgt die Verfügung unentgeltlich, so trifft die gleiche Verpflichtung denjenigen, welcher aufgrund der Verfügung unmittelbar einen rechtlichen Vorteil erlangt.*

Dies führte und führt dazu, dass der entgeltliche gutgläubige Erwerber gerade keinem Kondiktionsanspruch ausgesetzt ist.

Wie verhält es sich mit den Erwerbern von den Scheingesellschaftern der GbR? Bei ganz strikter Beachtung des Wortlauts mochte man sagen, dass die zwangsweise „verfügende“ GbR sehr wohl die Berechtigte war, mithin nicht ein Nichtberechtigter verfügte, sondern lediglich für den Berechtigten ein Nichtvertretungsberechtigter. Schon diese Interpretation schien nicht zwingend. Die GbR kann nicht durch die Scheingesellschafter verfügen, sie kann es nur durch ihre eigenen Gesellschafter. Verfügt haben die Scheingesellschafter als Nichtberechtigte, die GbR konnte erst über die gesetzliche Wirkung des § 892 BGB ins Spiel kommen.

Historische Untersuchungen führten hier wiederum nicht weiter, wenn – wie schon bei § 892 BGB – in Betracht gezogen wurde, dass eine wirksame gutgläubige Verfügung durch jemand anderen als einen Nichtberechtigten (nämlich einen Scheinvertreter) bisher gar nicht denkbar war. Wortlaut, Systematik und Telos standen ihrerseits schwerlich einer Interpretation entgegen, die auch den Scheingesellschafter, der wirksam für die Gesellschaft das Eigentum übertragen kann, als „Nichtberechtigten“ im Sinne der Vorschrift ansieht.

Vieles sprach also dafür, dass § 816 BGB schon im Jahr 2001 den gutgläubigen Erwerber und Vertragspartner der Scheingesellschafter der eingetragenen GbR vor einem Kondiktionsanspruch der GbR schützte. Es blieb also nach dieser Auffassung bei einem in sich geschlossenen und auch schlüssigen System.

### Das Zwischenziel:

Ohne ein Tätigwerden des Gesetzgebers gab es somit bereits im Jahr 2001 einen Weg, alle Fragen der GbR im Grundbuch auch nach dem Dogmenwechsel des BGH mit den Bordmitteln des BGB und dem Instrumentarium der Auslegung zu beantworten:

- Ein gutgläubiger Erwerb von der GbR wäre möglich gewesen, wenn die im Grundbuch als Gesellschafter eingetragenen Personen handeln.
- Der Erfüllungsanspruch gegen die Scheingesellschafter hätte durch eine gutgläubig erworbene Vormerkung gesichert werden können.
- Der gutgläubige Erwerb wäre kondiktionsfest gewesen, sofern er nicht unentgeltlich erfolgte.

Trotz des Paradigmenwechsels hätte sich an den Ergebnissen und der notariellen Abwicklung nichts geändert. Alte wie neue Kaufverträge von Gesellschaften bürgerlichen Rechts wären möglich und auch wirksam, Rückabwicklungen wären auch im Falle der Eintragung von Scheingesellschaftern nicht zu befürchten.

Wir wissen alle, dass die Geschichte der GbR im Grundbuch eine andere Wendung genommen hat. Der Albtraum des Praktikers begann und eine aus Gesetzgeber, Richtern, Notaren und Wissenschaftlern bestehende Schicksalsgemeinschaft machte sich auf den Weg durch die deutsche Rechtslandschaft. Es wurde dunkel im Wald der Normen und der eben trotz mancher zugegebener Unebenheiten noch vergleichsweise gerade scheidende Weg gabelte sich ...

### 1. Weggabelung: Bayern und Berlin

In der Folge der 2001-Entscheidung des BGH entstand die Frage nach der „Grundbuchfähigkeit“ der GbR. Das BayObLG hatte einen Fall zu entscheiden, in dem die Auffassung wie folgt erklärt war:

*„Die Beteiligten sind sich darüber einig, dass das Eigentum an dem übertragenden Grundbesitz auf die Gesellschaft bürgerlichen Rechts, bestehend aus den Bet. 1-4, übergeht und im Grundbuch auf deren Namen überschrieben wird. Sie bewilligen und beantragen die entsprechende Eintragung in das Grundbuch.“*

Aus heutiger Sicht eine geradezu perfekt formulierte Auflassung. Und man hätte die Eintragung wohl auch damals nach der modernen Auffassung vornehmen können. Nicht so das BayObLG:

*„Nach der Formulierung der dinglichen Einigung .... kann kein vernünftiger Zweifel daran bestehen, dass Eigentümer die BGB-Gesellschaft und nicht deren Gesellschafter werden soll und dass die entsprechende Eintragung im Grundbuch die BGB-Gesellschaft und nicht die Gesellschafter verlautbaren soll.“*

Die Formulierung, es „könne kein vernünftiger Zweifel daran bestehen“, ist häufig schon ein gewisses Anzeichen dafür, dass die Argumente möglicherweise schlechter sind als der Wunsch, das damit unterfütterte Ziel zu erreichen. Die obige Auflassung ergab klar, dass natürlich auch die Namen der Gesellschafter kennzeichnend im Grundbuch einzutragen waren. Die Frage nach der isolierten Eintragung der GbR unter ihrem Namen stellte sich nicht. Und damit sollte die Eintragung selbstverständlich auch „die Gesellschafter verlautbaren“. Man ist versucht zu schreiben, dass an diesem Eintragungsbegehren „kein vernünftiger Zweifel“ bestehen konnte, weil es nämlich genau so in der Auflassung formuliert war. Immerhin, dieser Fall ließ sich durch eine neu gefasste Auflassung „heilen“.

Nicht so der Fall, den das Landgericht Berlin zu entscheiden hatte und der schließlich zur Kehrtwende im V. Zivilsenat des BGH geführt hat: Eine GbR hatte, unstreitig vertreten durch einen ihrer Gesellschafter, einen Titel gegen einen grundbesitzenden Schuldner erwirkt und beantragte unter Vorlage der Titelausfertigung die Eintragung einer Zwangssicherungshypothek auf dessen Miteigentumsanteil. Das Grundbuchamt weigerte sich.

Das Landgericht hatte hier drei Möglichkeiten: Die Eintragung der GbR *mitsamt* dem im Titel des Urteils ausgewiesenen Vertreter im Grundbuch, die Eintragung der Vertreter oder die Verweigerung der Möglichkeit, die Zwangssicherungshypothek überhaupt zu erlangen.

Der Mittelweg, die Eintragung nur der GbR ohne jede natürliche Person, erschien zu Recht als der schlechteste, denn wer sollte in diesem Fall jemals die Löschungsbewilligung erteilen und wie sollte dessen Berechtigung mit den Mitteln des § 29 GBO nachgewiesen werden?

Was sprach aber gegen die Eintragung der GbR *nebst* Vertreter? Der Titel war da, die Teilrechtsfähigkeit auch. Durch die Eintragung eines Vertreters wäre auch eine spätere Löschung möglich gewesen, nämlich durch dessen Bewilligung. Oder eine Eintragung der Gesellschafter, wiederum durch Bewilligung des eingetragenen Vertreters und der übrigen Gesellschafter. Wer diesen für sich im Prozess auftreten lässt, der kann sich nicht beschweren, wenn er ohne diese Person auch keine Berichtigung des Grundbuchs erreicht.

Wer im Übrigen Gesellschafter der GbR war, spielte für die Gerichtsentscheidung im Ausgangsfall keine Rolle und hätte es auch für die grundbuchliche Seite nicht müssen. Man hätte auf diese Weise vermieden, dass ohne jede eingetragene natürliche Person und ohne die Möglichkeit, im Übrigen die Existenz und Vertretung einer GbR nachzuweisen, ein Berechtigter im Grundbuch ausgewiesen würde, den zu löschen es keine unmittelbare Möglichkeit gegeben hätte.

Man hätte diesen Weg gehen können, aber es wurde ein anderer gewählt. Das Gericht folgte den Fußstapfen des BayObLG: Eine Eintragung sollte gar nicht möglich sein, wohl wissend, dass dies im Widerspruch zum erstrittenen Titel stand, der dadurch erheblich an Wert verlor. Und wohl wissend, dass damit kein Problem gelöst, sondern ein weiteres geschaffen wurde. Die Grundbuchfähigkeit der GbR zu negieren und damit einen Konfrontationskurs zur Anerkennung der Rechtsfähigkeit der GbR durch den BGH zu beschreiten, war eine Abzweigung in eine eher dunkle Richtung.

Das erkannte auch das Kammergericht<sup>4</sup>, das auf die weitere Beschwerde mit dem erstgenannten Weg sympathisierte, sich aber wegen divergierender Entscheidungen anderer Obergerichte daran gehindert sah, die Richtung zu wechseln. Es legte die Sache dem BGH vor.

## 2. Weggabelung: BGH

Damit lag die Frage nach der Rechtsfähigkeit der GbR im Gewand der Frage nach deren Grundbuchfähigkeit wieder beim BGH, nur bei einem anderen Senat, nämlich dem V. Zivilsenat.

Als 2001 bei der Frage der Eintragung einer GbR als Kommanditistin einer Kommanditgesellschaft die parallele Frage zur Beantwortung stand, hat der BGH (genauer: der II. Zivilsenat) zwanglos entschieden, dass nunmehr neben der GbR auch deren Gesellschafter im Handelsregister der KG einzutragen seien, Berichtigungen bei Wechsel der Gesellschafter der GbR eingeschlossen.<sup>5</sup> Der Gesetzgeber war dem in § 162 Abs. 1 S. 2 HGB gefolgt. Gleiches hätte auch der V. Zivilsenat des BGH in Sachen GbR im Grundbuch entscheiden können.

Es kam anders. Möglicherweise wenig begeistert über die Richtungsentscheidung des II. Zivilsenates und vielleicht auch etwas verärgert wegen der damals von diesem unterlassenen internen Abstimmung meinte der V. Zivilsenat, nur eine Möglichkeit zu haben: Er wählte im Sinne unseres Ausgangsbildes den Weg ins Verderben. So könne der Zweck des Grundbuchs, die Rechtsverhältnisse an Grundstücken genau und verlässlich zu dokumentieren, *nur erreicht werden, „wenn als Eigentümer oder Inhaber beschränkter dinglicher Rechte die GbR eingetragen wird, nicht mehr ihre Gesellschafter“*.<sup>6</sup>

Das war im Grundsatz natürlich völlig richtig, wäre nur der letzte Halbsatz vom BGH nicht derart wörtlich gemeint gewesen, dass es der Namen der Gesellschafter gar nicht mehr bedürfe, außer allenfalls zur Individualisierung einer ansonsten namenlosen GbR. Was hätte dagegen gesprochen, entsprechend § 162 Abs. 1 S. 2 HGB zu entscheiden, dass immer auch die Namen der Gesellschafter oder des von diesen bestimmten Vertreters in das Grundbuch einzutragen sind?

Die Folgeprobleme seiner Entscheidung für alle bestehenden GbRs und deren Fähigkeit, überhaupt noch Käufer für ihr Grundvermögen zu finden, waren evident. Verbunden damit war nun der Ruf nach dem Gesetzgeber, jetzt eine Lösung zu finden.

Zwei Lösungen hatte der BGH ursprünglich im Blick:<sup>7</sup> 1. Das Zurückdrehen des Rades der Zeit und den gesetzgeberischen Widerruf des Postulats der Teilrechtsfähigkeit der GbR oder 2. die

Einführung eines GbR-Registers. Die Praxis wurde derweil mit einem Leck geschlagenen Schiff auf hoher See allein gelassen, anstatt Material zum Flicken hatte der BGH nur die Telefonnummer des Gesetzgebers mit auf die Reise gegeben.

Die notarielle Praxis tat in der Folge gut daran, den BGH nicht ganz beim Wort zu nehmen und stattdessen dafür zu sorgen, dass auch bei Namens-GbRs die Gesellschafter mit ins Grundbuch einzutragen waren, und zwar im Übrigen nach dem vom BGH vorgegebenen Muster:

*A+B Grundbesitz GbR bestehend aus den Gesellschaftern A und B.*

Juristisch eher lebensmüde (jedenfalls was das „Leben“ der GbR der Mandanten anging) waren hingegen diejenigen, die auf die Eintragung einer GbR allein mit Namen und Sitz und ohne Angabe der Gesellschafter drängten.

## 3. Weggabelung: Der Gesetzgeber

Die Führung unseres virtuellen Suchtrupps nach der richtigen Lösung übernahm nun der Gesetzgeber. Auch dieser stand vor vielen Weggabelungen und die Zeit für eine Entscheidung war knapp. Die oben genannten und von der Rechtsprechung ins Auge gefassten beiden Wege wollte er indes nicht beschreiten, sondern sowohl an der Rechtsfähigkeit als auch an der Registerfreiheit der GbR festhalten. In Betracht kam wiederum die Anlehnung an die parallele Fragestellung bei der KG.

Genügt hätte nach der hier vertretenen Auffassung<sup>8</sup> möglicherweise eine Anpassung der Grundbuchverfügung oder der Grundbuchordnung, wonach eine GbR unter ihrem Namen (wenn sie denn einen hat) gefolgt von der Angabe der Gesellschafter bzw. eines oder mehrerer Vertreter einzutragen gewesen wäre. Alles Weitere hätte § 892 BGB regeln können.

In der kurzen, aber hinter den Kulissen durchaus heftigen Diskussion wurden indes immer mehr Bedenken dogmatischer Natur vorgebracht, auf die im Detail einzugehen an dieser Stelle der Platz fehlt. In der Folge wurden drei Gesetze geändert, um ein einziges Problem in den Griff zu bekommen. Bezeichnend ist hier schon der amtliche Titel der zentralen neuen Norm im BGB.

### *§ 899a BGB Maßgaben für die Gesellschaft bürgerlichen Rechts*

*Ist eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts im Grundbuch eingetragen, so wird in Ansehung des eingetragenen Rechts auch vermutet, dass diejenigen Personen Gesellschafter sind, die nach § 47 Absatz 2 Satz 1 der Grundbuchordnung im Grundbuch eingetragen sind, und dass darüber hinaus keine weiteren Gesellschafter vorhanden sind. Die §§ 892 bis 899 gelten bezüglich der Eintragung der Gesellschafter entsprechend.*

Geändert wurde daneben die Grundbuchordnung, in der § 47 einen zweiten Absatz erhielt

*§ 47 GBO (2) Soll ein Recht für eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts eingetragen werden, so sind auch deren Gesellschafter im Grundbuch einzutragen. Die für den Berechtigten geltenden Vorschriften gelten entsprechend für die Gesellschafter.*

und § 82 für die Berichtigung des Grundbuchs bei Unrichtigkeit durch Rechtsübergang außerhalb des Grundbuchs entsprechend ergänzt wurde:

*§ 82 GBO (...) Ist eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts als Eigentümerin eingetragen, gelten die Sätze 1 und 2 entsprechend, wenn die Eintragung eines Gesellschafters gemäß § 47 Absatz 2 unrichtig geworden ist.*

<sup>4</sup> KG Vorlagebeschluss, NJW 2008, 3444.

<sup>5</sup> BGH, Beschl. v. 16.7.2001 – II ZB 23/00 (BayObLG), NJW 2001, 3121 = MDR 2001, 1248 = BB 2001, 1966 = DNotZ 2009, 115.

<sup>6</sup> BGH a. a. O., Rn 19.

<sup>7</sup> Krüger, NZG 2010, 801, 804.

<sup>8</sup> Jeep, notar 2009, 31.

Flankierend schließlich bedurfte auch die Grundbuchverfügung einer Änderung:

**§ 15 GBV (...)** c) bei der Eintragung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts nach § 47 Absatz 2 der Grundbuchordnung zur Bezeichnung der Gesellschafter die Merkmale gemäß Buchstabe a oder Buchstabe b; zur Bezeichnung der Gesellschaft können zusätzlich deren Name und Sitz angegeben werden.“

Alles sollte wieder so sein wie vorher, Rechtssicherheit nicht Chaos war das Ziel des Gesetzgebers, § 899a BGB das gewählte Mittel, flankiert durch die Vorschriften in der GBO und der GBV. Die Begründung des Rechtsausschusses des Bundestages<sup>9</sup> lässt keinen Zweifel daran, dass hier der gutgläubige Erwerb ermöglicht werden sollte:

*Eine wesentliche Ergänzung erfährt der Gesetzentwurf durch die Aufnahme von Regelungen, die die Teilnahme der Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) am Immobilienverkehr betreffen. Die neuen Bestimmungen sind erforderlich, weil das Recht an die veränderten Gegebenheiten angepasst werden muss, die sich aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Rechtsfähigkeit der GbR und zu ihrer Eintragung im Grundbuch ergeben. (...)*

*Nach der hier vorgesehenen Neuregelung ist die Eintragung der Gesellschafter eindeutig wieder Inhalt des Grundbuchs. Dies ermöglicht es, an die Eintragung wieder eine materiellrechtliche Vermutung bezogen auf die Gesellschafterstellung und die entsprechende Anwendbarkeit der §§ 892 ff. BGB zu knüpfen. (...)*

*Solange bei der GbR die Gesellschafter selbst als gesamthänderische Rechtsinhaber angesehen wurden, waren die §§ 892 bis 899 BGB ohne weiteres direkt auf eine entsprechende Grundbucheintragung anwendbar. Satz 2 [des neuen § 899a BGB] bildet diesen Rechtszustand auf der Grundlage der neueren Rechtsentwicklung funktional nach.*

*In Verbindung mit § 892 BGB führt Satz 2 dazu, dass gegenüber einem gutgläubigen Erwerber (nur) diejenigen Personen als Gesellschafter gelten, die als solche im Grundbuch verlautbart sind.(...) Während § 892 BGB in seinem unmittelbaren Anwendungsbereich einen gutgläubigen Erwerb vom Nichtberechtigten ermöglicht, gewährleistet § 892 BGB in Verbindung mit Satz 2 einen gutgläubigen Erwerb von einem nicht ordnungsgemäß vertretenen oder gar nicht (mehr) existenten Rechtsträger.*

Der Gesetzgeber wollte also, dass alles wieder so sein sollte wie in den Jahren zuvor.

#### 4. Weggabelung: Die Literatur

Damit schienen die Probleme gelöst, der richtige Weg beschritten. Diese Ausführungen hätten genügen sollen, wieder zur Normalität zurückzukehren. Ein Irrtum. Es sollte sich vielmehr bewahrheiten, dass man um so mehr übersieht, je mehr man ändert.

Denn folgt man gewichtigen Autoren, sind wir von der Situation ante 2001 weit entfernt.<sup>10</sup> Ja, man könne gutgläubig von den im Grundbuch eingetragenen Scheingesellschaftern einer GbR erwerben, aber – es tut sich eine weitere fatale Weggabelung auf, der Abgrund in Sichtweite – zugleich wird mit einer gewissen Lust an der fatalen Pointe konzediert, dieser gutgläubige Erwerb sei leider nicht kondiktionsfest. Die GbR könne das gutgläubig erworbene Eigentum zurückverlangen, da es sich um eine Leistung ohne Rechtsgrund gehandelt habe. *Krüger*, Vorsitzender

Richter des V. Zivilsenates des BGH,<sup>11</sup> fasst diese Auffassung pointiert zusammen:

*Die Folge ist, dass der Redliche das Eigentum erwirbt, die GbR es aber kondizieren kann. Natürlich darf man dem Gesetzgeber unterstellen, dass er eine solche unsinnige Regelung nicht hat treffen wollen. Sie ist aber das Ergebnis seiner Bemühungen und die Folge davon, dass er geglaubt hat, auf ein GbR-Register verzichten zu können.*

Ein solches Ergebnis ist dem Bürger, der sich an den Notar wendet, kaum noch zu vermitteln. Und auch der Notar selbst sieht sich in seinem Systemdenken erschüttert: War nicht das Wesen der ganzen Konstruktion des gutgläubigen Erwerbs, dass dieser kondiktionsfest sein musste, außer in den Fällen der gegenleistungslosen Bereicherung, wo es an der Schutzwürdigkeit des Empfängers ersichtlich fehlt?

Und was ist das Argument der Verkünder der drohenden Kondiktion? Die dingliche Verfügung durch die im Grundbuch eingetragenen Nichtgesellschafter möge zwar wirksam sein, doch es fehle an der wirksamen Vertretung der Gesellschaft und damit an der „causa“ für das Behaltendürfen, da § 899a BGB keine schuldrechtliche Vertretungsmacht fingiere, der Vertrag also gar nicht mit der Gesellschaft zustande gekommen sei.

Das mag stimmen, doch ist nicht – wie bereits oben gesehen – das Wesen eines jeden gutgläubigen Erwerbs, dass es an einem Vertrag mit dem wahren Berechtigten fehlt? Der Kauf unterschlagener Ware führt doch zweifelsfrei zu einem kondiktionsfesten gutgläubigen Erwerb. § 816 BGB bestimmt für diese Fälle, dass eben nicht der neue Eigentümer das Eigentum herauszugeben hat, sondern der Empfänger der Gegenleistung eben diese. Und genau dieser Fall liegt auch hier vor. § 816 BGB ist das notwendige Scharnier zwischen Bereicherungsrecht und dem Recht des gutgläubigen Erwerbs. *Krüger* erwähnt § 816 BGB in seinem zitierten Beitrag leider nicht und unterstellt stattdessen all denen, die auf die eine oder andere Weise versuchen, dem Wunsch des Gesetzgebers durch eine angemessene Gesetzesauslegung Geltung zu verschaffen, dass sie allein der Palmström'schen Deduktion *Christian Morgensterns* erliegen:

*„Weil nicht sein kann, was nicht sein darf.“<sup>12</sup>*

Das ist indes nicht die schlechteste Definition für eine gute Gesetzesanwendung, wenn sie sich denn im Rahmen des dogmatisch Herleitbaren und dem vom Gesetz als ganzem verkörperten Telos bewegt. Und dass dies im Fall des § 816 BGB sehr wohl möglich erscheint, sollte oben gezeigt werden.

Auch hier stellt sich die Frage: Was zieht die große Zahl der Autoren so magisch in Richtung eines Weges, der nicht nur Ergebnisse erzielt, die schrecklich sind, sondern der auch dogmatisch nicht einzig zwingend ist? Es kann nicht allein der Wunsch sein, den „Schildbürgerstreich“<sup>13</sup> des Gesetzgebers zu offenbaren.

#### 5. Weggabelung: Das OLG München

Bisher war von der Grundeigentum besitzenden GbR die Rede. Wie aber kann eine GbR überhaupt Grundeigentum erwerben? Ein Fall aus der Praxis, mit dem der Autor bisher beim Grundbuchamt gescheitert ist: A und B kommen zum Notar und erläutern, dass sie noch immer die alleinigen Gesellschafter der „A und B Grundbesitz GbR“ seien, die bereits vor zwei Wochen an gleicher Stelle eine im Bau befindliche Eigentumswohnung er-

<sup>9</sup> BT-Drucks 16/13437, S. 23.

<sup>10</sup> Stellvertretend für viele sei der ausgesprochen umfassende und viele weitere Verweise beinhaltende Beitrag von *Bestelmeyer*, Die klinisch tote BGH-GbR, Rechtspfleger 2010, 169 ff. genannt.

<sup>11</sup> *Krüger*, NZG 2010, 801, 805.

<sup>12</sup> *Krüger*, NZG 2010, 806.

<sup>13</sup> *Krüger*, NZG 2010, 805.

worben habe und nun im gleichen Objekt auch noch einen Tiefgaragenplatz kaufen möchte.

Wieder einmal gabelt sich der Weg: Einigkeit besteht darin, dass § 892 BGB bzw. nunmehr § 899a BGB nicht weiterhilft, weil der gute Glaube sich nur auf das im Grundbuch eingetragene Recht bezieht, das die GbR bereits als Eigentümerin oder als Vormerkungsberechtigte ausweist. Die Wirkung geht unstrittig nicht so weit, dass das Grundbuch zum allgemeinen GbR-Register wird, das auch auf andere Grundstücksrechte und deren Erwerb ausstrahlt in Form einer Argumentation, die wie folgt lautet: Wer bereits so in einem Grundbuch steht, muss auch in einem anderen eingetragen werden können. Das hat auch der Gesetzgeber ausdrücklich in der Stellungnahme des Rechtsausschusses bekräftigt.

Drei Wege zeigen sich als Konsequenz davon: Der eine verneint den Erwerb durch eine bestehende GbR völlig, weil in Ermangelung eines Registers eben nicht in grundbuchtauglicher Form gem. § 29 GBO nachgewiesen werden könne, dass es diese GbR gebe und wer diese vertrete. Der entgegengesetzte Weg lässt diesen Nachweis zu, indem er schlicht auf die Erklärung der Gesellschafter in der Urkunde abstellt. Dazwischen liegen Forderungen nach eidesstattlichen Versicherungen der Gesellschafter oder nach der Vorlage von beglaubigten Gesellschaftsverträgen.

Die Frage liegt derzeit beim BGH. Das OLG München<sup>14</sup> vertritt die „harte“ Linie, das Brandenburgische OLG<sup>15</sup> die „weiche“. Was die obersten Richter entscheiden werden, mag auch damit zusammenhängen, welches Signal sie damit in Richtung II. Zivilsenat und Gesetzgeber senden wollen. Folgen sie dem OLG München, müsste für jeden Grunderwerb durch eine GbR eine neue Gesellschaft gegründet werden und zwar in der Erwerbsurkunde selbst, nicht etwa auch nur eine Sekunde vorher. Ist damit der Rechtsklarheit wirklich geholfen?

Das OLG München verweist mit dem folgenden Argument auf die strikte Einhaltung der §§ 20, 29 GBO und will somit den Erwerb durch eine GbR überhaupt nur noch zulassen, wenn diese „in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Grundstücksgeschäft“ gegründet würde:

*§ 29 GBO „konkretisiert das grundbuchverfahrensrechtliche Legalitätsprinzip. Dieses und damit auch gerade § 29 GBO soll den Grundbuchinhalt nach Möglichkeit mit der wirklichen Rechtslage in Einklang halten und die dem Grundbuchsystem immanente Gefahr eines Rechtsverlustes des sachlich Berechtigten durch einen redlichen Erwerb seitens eines Dritten aufgrund des von unrichtigen Grundbucheinträgen ausgehenden Rechtsscheins minimieren.“*

Doch trifft dieses Argument zu? Existiert beim Erwerb durch die bestehende GbR überhaupt die Gefahr, dass das Grundbuch nicht mit der wirklichen Rechtslage in Einklang steht? So gibt es beim Erwerb durch die „A und B Grundbesitz GbR bestehend aus den Gesellschaftern A und B“, für die A und B auftreten, doch nur zwei denkbare Möglichkeiten: Entweder A und B sind tatsächlich wie behauptet die Gesellschafter, dann würde bei schlichter Anerkennung ihrer Erklärung in der Erwerbsurkunde im Grundbuch zu Recht die behauptete, tatsächlich existierende und ordnungsgemäß vertretene GbR eingetragen, also

„A und B Grundbesitz GbR, bestehend aus den Gesellschaftern A und B“

oder – dieser Fall dürfte eher theoretischer Natur sein – A und B sind nicht mehr die Gesellschafter, dann könnten sie die behauptete GbR natürlich nicht vertreten. Diese GbR bestehend nur aus diesen Gesellschaftern gibt es dann aber auch nicht (mehr). Eben diese GbR sollte aber erwerben. Da die Gründung einer GbR formfrei und auch konkludent erfolgen kann, dürfte die Aussage in der Erwerbsurkunde daher kaum anders zu verstehen sein als so, dass für diesen Fall eben eine neue GbR unter gleichem Namen gegründet wird. Diese Neugründung würde auch nach der Rechtsprechung des OLG München zur Eintragung führen – und zwar mit dem folgenden Wortlaut:

„A und B Grundbesitz GbR, bestehend aus den Gesellschaftern A und B“.

Es gäbe dann als zwingende Folge des materiellen Rechts schlichtweg zwei Gesellschaften mit dem gleichen Namen, aber unterschiedlichem Gesellschafterbestand. Da dieser im Grundbuch nunmehr immer mit anzugeben ist, besteht nicht einmal eine Verwechslungsgefahr.

Die Frage sei an das OLG München gerichtet: Wo ist das Problem? Der Grundbuchinhalt ist in allen Fällen identisch, er ist auch in allen Fällen richtig. Grundbuchliche Folgeprobleme sind nicht zu besorgen. Das Grundbuch steht mit der wirklichen Rechtslage in Einklang, die Gefahr eines Rechtsverlusts an gutgläubige Dritte ist mitnichten erhöht. Mehr kann auch das formelle Grundbuchrecht nicht wollen und fordern.

Wenn aber die strikte Auffassung des OLG München letztlich zu den identischen Eintragungen führt wie die pragmatischere Lösung des Brandenburgischen OLG, dann spricht alles dafür, dass Letzterem zuzustimmen ist.

Die kompromisslose Ablehnung des Erwerbs von Grundvermögen durch eine existierende GbR vermag daher nicht zu überzeugen und wird im Übrigen auch nicht durch § 20 GBO gestützt. Diese Vorschrift verlangt den Nachweis der Einigung, hier zwischen dem Verkäufer und der kaufenden GbR, vertreten durch ihre Gesellschafter. Diese Einigung ist durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunde gem. § 29 GBO zu belegen. Der Nachweis erfolgt durch die Erklärung der Auflassung durch die vorgeblichen Gesellschafter vor dem Notar.

Zwar „weiß“ das Grundbuchamt nicht, ob nun die bestehende alte oder die konkludent neu gegründete Gesellschaft gleichen Namens als neuer Eigentümer eingetragen wird, aber nach allen im Grundbuch einzutragenden Kriterien unterscheiden diese sich nun einmal nicht voneinander. Für die Eintragung kann es also nicht darauf ankommen.

Weitere Nachweise braucht es nicht. Insbesondere brächte auch der beglaubigte Gesellschaftsvertrag keine zusätzliche Erkenntnis – insoweit ist dem OLG München zuzustimmen –, da auch der alte Gesellschaftsvertrag über den Moment der Beglaubigung der Unterschriften hinaus keine Rechtssicherheit vermittelt, ebenso wenig wie eine eidesstattliche Versicherung der vermeintlichen Gesellschafter. Derartige Forderungen entspringen dem verständlichen aber leider illusorischen Wunsch, es müsse doch einen Nachweis geben, weil es diesen bei anderen Gesellschaften auch gibt. Aber das ist eben die nicht wegzudiskutierende Besonderheit der GbR.<sup>16</sup>

So richtig es also ist, dass es einen über die Erklärung der Gesellschafter hinausgehenden Nachweis für die Existenz und Zu-

<sup>14</sup> OLG München, Beschl. v. 17.8.2010 – 34 W 98/10, NZG 2010, 1263.

<sup>15</sup> Brandenburgisches OLG, Beschl. v. 7.10.2010 – Wx 77/10, NZG 2011, 105.

<sup>16</sup> Man wird auch mit der Forderung nicht weit kommen, Anschnallgurte auf den Rücksitzen eines Zweisitzers zu fordern.

sammensetzung der Gesellschaft nicht geben *kann*, so dürfte ebenso richtig sein, dass es ihn nicht *braucht*. Ein nichtexistenter Nachweis kann vom Gesetz schlechterdings nicht gefordert werden. Unmöglich ist also nicht nur der Nachweis, sondern auch die Forderung danach.

Bleibt der BGH bei seiner bisherigen Linie, wird er dem OLG München folgen und damit die Forderung unterstreichen, dass der Gesetzgeber ein GbR-Register einrichten müsse, um den Erwerb durch die bestehende GbR zu ermöglichen.

Bis diese Entscheidung fällt und selbst dann, wenn sie wie erwartet negativ ausfällt, sei für den Praktiker der folgende Weg vorgeschlagen, im Anschluss an die oben genannten Überlegungen den Ankauf durch eine bestehende GbR zu bewerkstelligen. Dieser Vorschlag begegnet dem zu erwartenden Gegenargument, dem Gesellschafter einer angeblich bestehenden GbR fehle jeder Rechtsbindungswille im Hinblick auf eine konkludente Neugründung:

#### PRAXISTIPP

##### Sicherer Grunderwerb durch eine bestehende GbR:

Die „A&B GbR bestehend aus den Gesellschaftern A und B“ kann dadurch sicher Grundeigentum erwerben, dass die genannten Gesellschafter im Kaufvertrag hilfsweise die eben genannte GbR neu gründen, und zwar einzig für den Fall, dass diese GbR bisher nicht mit dem genannten Gesellschafterbestand besteht, sei es weil es einen Gründungs-mangel gab, sei es, weil die Anteile zwischenzeitlich abgetreten oder ein neuer Gesellschafter aufgenommen wurde.

Es treten A und B auf und erklären: „*Es kauft die existierende „A&B GbR, bestehend aus den Gesellschaftern A und B“ das genannte Grundeigentum. Sollte diese Gesellschaft mit diesem Gesellschaftsbestand nicht existieren, gründen wir sie hiernit neu.*“

Die Aufassung lautet: „*Wir sind uns über den Eigentumsübergang vom Verkäufer auf die „A&B GbR, bestehend aus den Gesellschaftern A und B“ einig und beantragen und bewilligen die Eintragung des Eigentumsübergangs in das Grundbuch.*“

Die Folge ist: Existiert die GbR in der genannten Zusammensetzung, so erwirbt diese „alte“ GbR, der Neugründung bedarf es nicht. Existiert sie in dieser Zusammensetzung jedoch nicht, so erwirbt die gleichnamige „neue“ GbR. Einzutragen ist daher in beiden Fällen die „A&B GbR bestehend aus den Gesellschaftern A und B“.

Es gibt für das Grundbuchamt nunmehr keinen Grund, die Eintragung zu verweigern. Damit besteht kein Zwang zur Gründung einer anderslautenden, gar nicht gewollten weiteren GbR. Auch die Aufassung ist nicht etwa unzulässigerweise bedingt erklärt, da sie in beiden Fällen identisch ist. Erwerberin ist einzig und allein die nur einmal in der Aufassung genannte und auch nur einmal existierende GbR. Ob es sich dabei nun um eine Alt-GbR handelt – was sehr wahrscheinlich ist – oder um die Neu-GbR, spielt grundbuchlich keine Rolle und darf die Eintragung nicht hindern.

#### Am Ende des Weges:

Wir Notare stehen am Ende der Geschichte als Praktiker – von Einzellösungen wie der eben genannten einmal abgesehen – eher ratlos vor dem Abgrund, zu dem unser juristischer Suchtrupp die GbR und damit im Schlepptau auch uns geführt hat. Das Licht ist aus und viele Stimmen ertönen aus dem Dunkeln. Darunter die, die darauf hinweisen, dass sie immer schon gesagt hätten, dass man besser gar nicht erst losgegangen wäre.

Wir sind gezwungen, den sichersten Weg zu gehen, von dem wir andererseits auch inhaltlich überzeugt sein müssen. Doch wer

hat den Mut, selbst bei uneingeschränkter Zustimmung zu den hier beschriebenen Begründungen, sich auf diese zu verlassen, wenn viele Kollegen in ihren Beiträgen das Gegenteil behaupten?

Was nun? Nicht wenige Autoren haben den Wunsch an den Gesetzgeber gerichtet, die Rechtsfähigkeit der GbR wieder aufzuheben. Doch das ist kaum zu erwarten; ebenso wenig wie die kurzfristige Einführung eines GbR-Registers. Auch der BGH in der Personifizierung des II. Zivilsenates wird seine grundlegende Auffassung nicht mehr ändern, nachdem diese vom Gesetzgeber abgesegnet wurde.

Warum dann nicht den Gesetzgeber bei aller berechtigten Kritik im Detail beim Wort nehmen? § 899a BGB sollte die Lösung für die Probleme der GbR im Grundbuch sein, zusammen mit der Änderung der GBO und der GBV.

Diesen Wunsch könnten wir respektieren und in Ruhe weiterarbeiten, es sei denn, das Gesetz *zwänge* uns zu einer anderen Sichtweise. Diesen vermeintlichen Zwang in Frage zu stellen, war Ziel dieses Beitrags, zumal die Folgen, da sind sich alle einig, fatal wären. Oder kann es auch nur ansatzweise realistisch sein, in jeden Vertrag mit einer verkaufenden GbR die Belehrung über das Risiko aufzunehmen, dass der Kaufpreis von den Scheingesellschaftern ausgegeben und das Eigentum durch die echten Gesellschafter zurückgefordert werden könnte, der Erwerber also mit leeren Taschen unter freiem Himmel zurückbliebe? Dieses Ergebnis ist derart abwegig und mit der zivilrechtlichen Normensystematik so wenig in Einklang zu bringen, dass eine entsprechende Entscheidung des BGH schwer vorstellbar ist, käme ein solcher Fall in der Praxis überhaupt einmal vor.

Auch alle anderen, rechtsdogmatisch weitgehend unproblematischen Vorschläge für den Verkauf durch die GbR sind in der täglichen Praxis zumindest teuer und den „normalen“ Mandanten, nicht zuletzt Eheleuten, die vor Jahren „in GbR“ erworben haben, kaum zu vermitteln, etwa die vorherige „Umwandlung“ der GbR in eine OHG oder die vorherige Übertragung des Gesellschaftsvermögens auf die Gesellschafter als Bruchteilseigentümer. Vor allem führen sie am Ende immer zum gleichen Ergebnis wie die hier vertretene Auslegung des Gesetzes, allerdings unter ungleich größerem organisatorischem und finanziellem Aufwand. Wenn sich das gleiche Ziel aber einfacher erreichen lässt, warum dann nicht dem einfachen Weg folgen, den der Gesetzgeber – wenn auch nicht perfekt umgesetzt – vorgegeben hat?

Es soll hier nicht dem Pragmatismus vor der Dogmatik gehuldigt und althergebrachte Rechtsgrundsätze sorglos über Bord geworfen werden, aber unser Recht zeichnet sich auch dadurch aus, dass es die Dogmatik in den Dienst der Sache stellt und nicht über sie. Die Dogmatik, nicht zuletzt in Form der vier Auslegungsmethoden, dient als probates Mittel zur Problemlösung im Kontext des vom Gesetzgeber in Normen gegossenen, aber eben dynamischen Regelungswillens. Und so wenig, wie der Gesetzgeber Normen abstrakt schafft, sondern immer zum Zwecke der Lösung ganz konkreter Probleme, so wenig sollte uns der Blick auf die Dogmatik den Blick auf eben diese Lösung verstellen.

Wenn es also mehrere Wege gibt, die sich dogmatisch vertreten lassen, dann sollte wenig dagegen sprechen, denjenigen zu beschreiten, der zum „richtigen“ Ziel führt. Und das „richtige“ Ziel ist die Lösung des Problems im Kontext des bestehenden Rechtssystems, nicht der Beweis, dass das Problem nicht lösbar sei, man es immer schon besser gewusst habe und daher eigentlich alles hätte anders machen müssen.



Sollte der Gesetzgeber dennoch erneut ergänzend tätig werden, obwohl dies nach der hier vertretenen Auffassung aus Sicht des Normenbestandes nicht zwingend, zur Klärung der vielen umstrittenen Fragen aber sicher hilfreich wäre, so könnte er zumindest § 899a BGB wenigstens um die Anwendbarkeit des § 816 BGB ergänzen bzw. dessen Unberührtheit festlegen sowie klarstellen, dass auch der Erwerb einer Vormerkung gutgläubig möglich ist. Das wäre vermutlich der einfachste Weg.

Und eines ist sicher: Er führte uns wieder ans Licht. Das mag weniger spannend sein als der Abgrund, aber für die tägliche Arbeit wäre es ein Segen.



**Dr. Jens Jeep**

ist Notar in Hamburg und Schriftleiter der Zeitschrift *notar*.

jeep@notariat-rathausmarkt.de

## Impressum

### notar

Monatsschrift für die gesamte notarielle Praxis und Mitteilungsblatt des Deutschen Notarvereins

### Herausgeber

Notar Dr. Peter Schmitz, Köln  
Prof. Dr. Rainer Schröder, Berlin  
Prof. Dr. Walter Bayer, Jena  
Richter am BGH Roland Wendt, Karlsruhe  
Notar Dr. Oliver Vossius, München

### Schriftleiter

Notar Dr. Jens Jeep, Hamburg (JJ)  
Notarvertreter Christian Rupp, Berlin  
Notar Andreas Schmitz-Vornmoor, Remscheid (ASV)

### Redaktion

Carola Vonhof-Stolz  
Notarassessor Dr. Jan Eickelberg (Ei)  
Dr. Stephanie Michel (Mi)

### Bildnachweis

JJ (Rubrikköpfe außer ■), Rubrikopf (■)

### Fachredakteure

Handelsregister  
Notar Dr. Thomas Kilian, Aichach

### Steuerrecht

Notarassessor Dr. Jörg Ihle, Bonn-Bad Godesberg

### Bauträgerrecht

Notar Dr. Thomas Kilian, Aichach

### Gesellschaftsrecht

Notar Dr. Simon Weiler, Bamberg

### Wohnungseigentum

Notar Dr. Gerd H. Langhein, Hamburg

### Beurkundungs- und Berufsrecht

Notar Dr. Markus Stuppi, Landstuhl

### Erbrecht

Notar Dr. Felix Odersky, Dachau

### Grundbuch

Notarassessorin Dr. Yvonne Abicht, Köln

### Notarkosten

Dipl.-Rpfl. (FH) Harald Wudy, Leipzig

### Immobilienkauf

Notar Dr. Hans-Frieder Krauß, München

### Immobilienzuwendung

Notar Dr. Alexander Michael, Wiehl

### Familienrecht

Notar Christian Steer, Landshut

### Manuskripteinsendungen bitte an folgende Anschrift:

E-Mail: schriftleitungnotar@notarverlag.de

### Manuskripte

Der Verlag haftet nicht für unverlangt eingesandte Manuskripte. Mit der Annahme zur Veröffentlichung erhält der Verlag das ausschließliche Verlagsrecht. Eingeschlossen sind insbesondere die Befugnis zur Einspeisung in eine Datenbank sowie das Recht der weiteren Vervielfältigung.

### Urheber- und Verlagsrechte

Alle Rechte zur Vervielfältigung und Verbreitung einschließlich der Mikroverfilmung sind dem Verlag vorbehalten. Der Rechtsschutz gilt auch gegenüber Datenbanken oder ähnlichen Einrichtungen.

### Erscheinungsweise

Monatlich

### Anzeigenverwaltung

Kommunikationsberatung  
Christof Herrmann

Tannenbergr. 29 · 56564 Neuwied,

Tel. 0 26 31 - 94 38 76

Fax 0 26 31 - 94 38 78

E-Mail: kommunikation@sc-herrmann.de

### Bezugspreis

Jahresabonnement: 135 EUR (inkl. MwSt., zzgl. Versandkosten)

Einzelheft: 14,10 EUR (inkl. MwSt., zzgl. Versandkosten)

### Bestellungen

Über jede Buchhandlung und beim Verlag. Abbestellungen müssen 6 Wochen zum Jahresende erfolgen.

### Verlag

Deutscher Notarverlag

Wachsbleiche 7, 53111 Bonn

Tel. 0 800 - 66 82 78 31

Fax 0 800 - 66 82 78 39

E-Mail: eschbach@notarverlag.de

### Koordination im Verlag

Beate Eschbach

### Satz

Reemers Publishing Services GmbH, Krefeld

### Druck

Hans Soldan Druck GmbH, Essen

### ISSN

1860-8760

### Hinweis

Namensbeiträge, Leserbriefe o. Ä. geben nicht notwendig die Meinung der Redaktion oder des Deutschen Notarvereins wieder.