

Aktuelle Entwicklungen zur Grundbuchfähigkeit der Außen-GbR*

- Relevanz und Irrelevanz bei der Sanierung von Fonds -

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

Es handelt sich um die aktualisierte Fassung meines Beitrages in ZNotP 2006, 408. Seit diesem Beitrag sind weitere Entscheidungen und Fachveröffentlichungen zu verzeichnen, die immer mehr in Richtung der Grundbuchfähigkeit der GbR tendieren. Dies ist insbesondere auch bei der Sanierung Not leidender geschlossener GbR-Immobilienfonds hilfreich, reicht aber darüber hinaus.

Inhalt

I.	Einleitung	1
II.	Stand der Rechtsprechung	3
	1. BGH	3
	2. BayObLG/OLG	4
	3. LG	5
III.	Eigene Meinung	5
	1. „Ob“	6
	2. „Wie“	7
IV.	Situationen	8
	1. Notarieller Grundstückskauf- bzw. Bauträgervertrag	8
	2. Auflassung	9
	3. Grundbucheintragung der GbR bzw. ihrer Gesellschafter	10
	4. Grundbuchberichtigung	11
	5. Grundschuldlöschungsklage	12
	6. Vollstreckungsgegenklage	12
	a) Dingliche Zwangsvollstreckungsunterwerfung	14
	b) Persönliche Zwangsvollstreckungsunterwerfung	15
	7. Umschuldung	16
V.	Fazit	16

I. Einleitung

Bei der Sanierung von GbR-Immobilienfonds handelt es sich um geschlossene Immobilienfonds, die in einer Zeit *vor* dem 29.01.2001 gegründet wurden, als die GbR noch nicht eigenständig rechts- und parteifähig war, sondern die Gesellschafter nach Außen in gesamthänderischer Bindung auftraten. Es war mithin folgerichtig, dass in der Zeit vor dem 29.01.2001 schon deshalb nicht die GbR im Grundbuch eingetragen wurde, sondern ihre Gesellschafter mit einem auf das Gesellschaftsverhältnis hinweisenden Zusatz. Nachdem der BGH durch seine Entscheidung vom

29.01.2001¹⁾ der GbR Rechts- und Parteifähigkeit zuordnete, judizierte der BGH²⁾ für solche sog. „Altgesellschaften“, die vor dem 29.01.2001 gegründet worden waren, für Forderungen einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts sei danach die Gesellschaft selbst materiell Rechtsinhaberin und damit "richtige" Partei eines Rechtsstreits, nicht aber mehr die Gesellschafter als Streitgenossen. In laufenden Prozessen behalf sich der BGH³⁾ mit einer Rubrumsberichtigung. Denn es entspricht ständiger Rechtsprechung des BGH, dass auch bei äußerlich unrichtiger Bezeichnung grundsätzlich das Rechtssubjekt als Partei anzusehen ist, das durch die fehlerhafte Bezeichnung nach deren objektiven Sinn betroffen werden soll. Diese Grundsätze gelten auch, wenn sich die klagende Partei selbst fehlerhaft bezeichnet hat.⁴⁾

Soweit heute „Altgesellschaften“ saniert werden sollen,⁵⁾ sind im Grundbuch nach wie vor Personen eingetragen, verbunden mit dem Zusatz „in Gesellschaft bürgerlichen Rechts“ o.ä.. Sollen nun Personen im Grundbuch gelöscht werden, die nicht mehr Gesellschafter sind oder sollen Grundschulden gelöscht werden bzw. besteht Anlass sich gegen Zwangsvollstreckungsmaßnahmen aus notariellen Zwangsvollstreckungsunterwerfungserklärungen zu wehren, dann entstehen in der Praxis diverse Probleme. Dies deshalb, weil die Mehrzahl von Grundbuchämtern und vielzählige Gerichte die These von der mangelnden Grundbuchfähigkeit nicht auf ihre Richtigkeit hinterfragen und auf nahezu jeden Sachverhalt pauschal und unreflektiert übertragen, in dem eine GbR eine Rolle spielt.⁶⁾

Im folgenden soll daher aufgezeigt werden, dass das derzeit verwandte Argument der mangelnden Grundbuchfähigkeit alleine etwas mit der vom BayObLG begründeten These der mangelnden *Eintragungsfähigkeit* der GbR in das Grundbuch zu tun hat und dies aus grundbuchverfahrensrechtlichen (GBO) – nicht aus materiellrechtlichen - Gründen,⁷⁾ wobei die Begründung dazu noch höchst unterschiedlich und zudem sehr fragwürdig ist. Die mangelnde Grundbuchfähigkeit der GbR auch auf materiellrechtliche und prozessuale Bereiche zu erstrecken, entbehrt jeder Rechtsgrundlage. Es ist mithin zu verdeutlichen, dass man bei der GbR unterscheiden muss zwischen

- der *materiellrechtlichen* Fähigkeit, Träger von Rechten und Pflichten zu sein,
- der *prozessualen* Fähigkeit, Prozesspartei zu sein und
- der *verfahrensrechtlichen* Eigenschaft, auch in Registern eingetragen zu sein, hier z.B. im Grundbuch.

* Stand: 16.04.2007.

1) BGH 29.01.2001 – II ZR 331/00, BGHZ 146, 341

2) BGH 15.01.2003 - XII ZR 300/99, NJW 2003, 1043 f.; BGH 14.09.2005 - VIII ZR 117/04, NZG 2006, 16

3) BGH 15.01.2003 - XII ZR 300/99, NJW 2003, 1043 f.; BGH 23.10.2003 - IX ZR 324/01, WM 2004, 1290, 1292; BGH 14.09.2005 – VIII ZR 117/04, NZG 2006, 16 f.; OLG Dresden 08.06.2006 – 13 W 653/06, n.V.

4) BGH 15.01.2003 – XII ZR 300/99, NJW 2003, 1043; BGH 14.09.2005 – VIII ZR 117/04, NZG 2006, 16 f.. Diese Möglichkeit der Rubrumsberichtigung besteht aber dann nicht, wenn ein Rechtsstreit erst *nach* dem 29.01.2001 eingeleitet wurde.

5) Zum Krisenmanagement bei geschlossenen Immobilienfonds *Wagner* NZG 1998, 289; *Wagner* NZG 1998, 657; *Wagner* NZG 1999, 868; *Wagner* in: Schmider/Wagner/Loritz, Handbuch der Bauinvestitionen und Immobilienkapitalanlagen (HdB), (11/1999), Fach 301; *Wagner* DStR 2001, 1529; *Wagner/von Heymann* WM 2003, 2222 und 2257; *Wagner* WM 2004, 2240; *Wagner* ZfIR 2005, 605; *Wagner* WM 2006, 1273; *Wagner* ZfIR 2007, 222

6) Darauf weisen auch *Ulmer/Steffek* NJW 2002, 330 hin.

7) Münchener Kommentar/*Ulmer*, BGB, 4. Aufl. 2004, § 705 Rdn. 312; *Ulmer/Steffek* NJW 2002, 330, 331

II. Stand der Rechtsprechung

1. BGH

Seit der Entscheidung des II. Senates des BGH vom 29.01.2001⁸⁾ ist eine GbR rechtsfähig und kann eigenständig Träger von Rechten und Pflichten sein.⁹⁾ Eine GbR ist seitdem auch *zivilprozessual* parteifähig (§ 50 Abs. 1 ZPO).¹⁰⁾ Der BGH bezeichnet die zivilprozessuale Parteifähigkeit als notwendige prozessrechtliche Konsequenz der Anerkennung der materiellrechtlichen Rechtsfähigkeit des GbR im Verhältnis zu Dritten.¹¹⁾ Warum dies bei der Grundbuchfähigkeit anders sein soll, ist nicht recht nachvollziehbar. Der IXa-Senat des BGH¹²⁾ lässt denn auch die Beantwortung der Frage (noch) offen, ob die rechtsfähige GbR auch *verfahrensrechtlich* grundbuchfähig ist, deutet aber vorsichtig an, dass dann, wenn die GbR Grundstückseigentümer ist, es fehlerhaft sein *könnte*, wenn sie nicht als Eigentümerin im Grundbuch eingetragen ist.

Ob eine GbR als solche Grundstückseigentümer sein kann, ist eine *materiellrechtliche* Frage. Und hier hat sich der BGH bereits grundlegend positioniert. Bereits der V. Senat des BGH¹³⁾ ging in seiner neueren Rechtsprechung davon aus, dass ein Grundstück zum Gesellschaftsvermögen und nicht zum Gesellschaftervermögen gehört. Noch deutlicher wird in einer neueren Entscheidung der II. Senates des BGH,¹⁴⁾ wonach dann, wenn die Gesellschafter der GbR mit dem Zusatz „als GbR“ im Grundbuch eingetragen sind, damit unabhängig von der Frage, ob auch die GbR selbst im Grundbuch habe eingetragen werden können, „unzweifelhaft zum Ausdruck gebracht (werde), dass Eigentümerin der Liegenschaft die GbR ist,“ folglich also nicht die Gesellschafter der GbR Eigentümer der Immobilie sind.¹⁵⁾

Auch der XI. Senat des BGH¹⁶⁾ geht von der Rechts- und Parteifähigkeit der GbR aus.

-
- 8) BGH 29.01.2001 – II ZR 331/00, BGHZ 146, 341. Als Folge dieser Rechtsprechung sieht z.B. das BVerfG 02.09.2002 – 1 BvR 1103/02, NJW 2002, 3533 eine GbR als grundrechtsfähig an und der VGH Mannheim 20.09.2006 – 2 S 1755/06, NJW 2007, 105 sieht inzwischen die GbR - und nicht deren Gesellschafter - als Beitragsschuldnerin an. Zu den *zivilrechtlichen* Rechtsfolgen der Vollbeendigung einer rechts- und parteifähigen GbR siehe *Wagner ZfBR* 2006, 209 und zu den steuerverfahrens- und steuerprozessrechtlichen Rechtsfolgen einer rechts- und parteifähigen GbR siehe *Wagner ZfBR* 2006, 627
- 9) *Dauner-Lieb* DStR 2001, 993; *Goette* DStR 2001, 315; *Habersack* BB 2001, 477; *Hadding* ZGR 2001, 712; *Römermann* DB 2001, 428; *K. Schmidt* NJE 2001, 993, 993; *Ulmer* ZIP 2001, 585; *Westermann* NZG 2001, 289; *Wertenbruch* NJW 2002, 324
- 10) BGH 29.01.2001 – II ZR 331/00, BGHZ 146, 341, 347 f.
- 11) BGH 29.01.2001 – II ZR 331/00, BGHZ 146, 341, 348. *Wertenbruch* NJW 2002, 324, 325 beschreibt, ein Titel gegen die GbR sei ein Titel gegen alle Gesellschafter in ihrer Verbundenheit,“ was seit BGH 25.09.2006 – II ZR 218/05, WM 2006, 2135 nicht mehr zutrifft, weil seit dieser Entscheidung der BGH die rechts- und parteifähige GbR nicht mehr als Gesamthandsgesellschaft ansieht und es auch kein Gesamthandsvermögen der Gesellschafter mehr gibt, sondern nur noch ein Gesellschaftsvermögen der GbR.
- 12) BGH 16.07.2004 – IXa ZB 288/03, NJW 2004, 3632, 3634
- 13) BGH 06.04.2006 – V ZB 158/05, ZIP 2006, 1318, 1319
- 14) BGH 25.09.2006 – II ZR 218/05, WM 2006, 2135 f. u.H.a. BGH 06.04.2006 – V ZB 158/05, ZIP 2006, 1318, 1319. Dazu *Böttcher/Blasche* NZG 2007, 121; *Kessler* ZIP 2007, 421; *Tavakoli/Fehrenbacher* DB 2007, 382; *Volmer* DNotZ 2007, 120. Ferner OVG NRW 07.05.2002 – 15 A 5299/00, DB 2002, 1545, 1546; *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht II, 2004, § 7 III 2 a)
- 15) BGH 25.09.2006 – II ZR 218/05, WM 2006, 2135 f. u.H.a. *Flume* ZHR 136 [1972], 177, 195
- 16) BGH 17.10.2006 – XI ZR 19/05, WM 2007, 62, 65

2. BayObLG/OLG

Die These von der angeblich fehlenden Grundbuchfähigkeit der GbR geht auf den 2. Senat des BayObLG zurück. Sie überzeugt nicht und ist in der Praxis außerordentlich hinderlich. Der 2. Senat des BayObLG¹⁷⁾ - in Kenntnis der Rechtsprechung des BGH¹⁸⁾ zur Rechts- und Parteifähigkeit der GbR - verneinte deren Grundbuchfähigkeit. Darunter verstand der 2. Senat des BayObLG nicht nur die Unfähigkeit, als GbR im Grundbuch *eingetragen* zu werden. Vielmehr vertrat er auch die Meinung, auch materiellrechtlich stünde das Eigentum oder ein beschränktes dingliches Recht nicht der GbR als solcher sondern den Mitgliedern der GbR zur gesamten Hand zu.¹⁹⁾ Dies widerspricht inzwischen der neueren Rechtsprechung des BGH,²⁰⁾ wonach *materiellrechtlich* das Eigentum an einer zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Immobilie nicht den Gesellschaftern sondern der GbR als Gesellschaft zusteht.

Dabei verkannte der 2. Senat des BayObLG, dass die Frage der Eintragungsfähigkeit einer GbR im Grundbuch eine grundbuchverfahrensrechtliche, die Frage dagegen, wer Eigentümer bzw. Inhaber eines dinglichen Rechts ist, eine materiellrechtliche ist. Materiellrechtlich Eigentümer bzw. Inhaber eines dinglichen Rechts kann aber entgegen dem 2. Senat des BayObLG und mit dem 3. Senat des BayObLG²¹⁾ sowie des BGH²²⁾ die GbR jedoch durchaus sein,²³⁾ nur die grundbuchverfahrensrechtliche Seite bezüglich der *Eintragung* der GbR im Grundbuch ist noch nicht abschließend durch den BGH geklärt.²⁴⁾ Und so lange dies durch den BGH nicht geklärt ist, wird *grundbuchverfahrensrechtlich* in der Grundbuchpraxis derzeit im Grundbuch nicht die GbR als solche eingetragen, sondern nur deren Gesellschafter mit dem Zusatz „als Gesellschafter bürgerlichen Rechts.“

Auch das OLG Celle²⁵⁾ verneint mangels Grundbuchfähigkeit die Eintragung einer GbR im eigenen Namen im Grundbuch und bezieht sich dabei auf die vorgenannte Rechtsprechung des 2. Senates des BayObLG.

Das OLG Stuttgart²⁶⁾ weist inzwischen darauf hin, daß die §§ 47 GBO, 15 GbV der Eintragung einer GbR in's Grundbuch nicht entgegenstehen. Es gehe folglich nicht um die Eintragungsfähigkeit der GbR in's Grundbuch, sondern darum, ob eine GbR unter eigenem Namen im Grund-

17) BayObLG 31.10.2002 – 2Z BR 70/02, NJW 2003, 70, 71; BayObLG 04.09.2003 – 2Z BR 162/03, DNotZ 2004, 278 f.; BayObLG 08.09.2004 – 2Z BR 139/04, ZNotP 2004, 482

18) BGH 29.01.2001 – II ZR 331/00, BGHZ 146, 341

19) BayObLG 31.10.2002 – 2Z BR 70/02, NJW 2003, 70, 71; BayObLG 04.09.2003 – 2Z BR 162/03, DNotZ 2004, 278 f.; BayObLG 08.09.2004 – 2Z BR 139/04, ZNotP 2004, 482

20) BGH 06.04.2006 – V ZB 158/05, ZIP 2006, 1318, 1319; BGH 25.09.2006 – II ZR 218/05, WM 2006, 2135 f.

21) BayObLG 07.05.2002 – 3Z BR 55/02, NZG 2002, 882, 884

22) BGH 29.01.2001 – II ZR 331/00, BGHZ 146, 341; BGH 16.07.2004 – IXa ZB 288/03, NJW 2004, 3632, 3634; BGH 06.04.2006 – V ZB 158/05, ZIP 2006, 1318, 1319; BGH 25.09.2006 – II ZR 218/05, WM 2006, 2135 f.; BGH 07.12.2006 – V ZB 166/05, ZIP 2007, 248, 249

23) Münchener Kommentar/*Ulmer*, BGB, 4. Aufl. 2004, § 705 Rdn. 312

24) Noch offen gelassen in BGH 25.09.2006 – II ZR 218/05, WM 2006, 2135 f.

25) OLG Celle 13.03.2006 – 4 W 47/06, NJW 2006, 2194

26) OLG Stuttgart 09.01.2007 – 8 W 223/06, DB 2007, 334 u.H.a. *Wagner* ZIP 2005, 637, 638 f.. Zur dieser Entscheidung des OLG Stuttgart *Heßeler/Kleinhenz* NZG 2007, 250; *Kessler* ZIP 2007, 421; *Priester* BB 2007, 837; *Schodder* EWIR 2007, 167; *Tavakoli/Fehrenbacher* DB 2007, 382

buch eingetragen werden könne.²⁷⁾ Dies bejaht das OLG Stuttgart für den Fall, daß die GbR einen unterscheidungskräftigen Namen führe. Die gegenteilige Meinung des OLG Celle²⁸⁾ und des 2. Senates des BayObLG²⁹⁾ würden nicht überzeugen. Denn das Grundbuch solle die Eigentümer ausweisen und nicht deren Gesellschafter. Und habe eine GbR keinen unterscheidbaren Namen, könne die GbR durch die *zusätzliche* Benennung ihrer Gesellschafter eintragungsfähig sein.³⁰⁾ Auch eine fehlende Registerpublizität der GbR schließe ihre Eintragungsfähigkeit nicht aus.³¹⁾ Folglich bejaht das OLG Stuttgart die Eintragungsfähigkeit einer GbR, wenn sie *neu* in das Grundbuch einzutragen ist.³²⁾ Allerdings verneint das OLG Stuttgart einen Berichtigungsanspruch einer GbR, die bisher als solche nicht im Grundbuch eingetragen ist, weil bisher nur ihre Gesellschafter in GbR eingetragen sind. Denn durch den Eintrag der Gesellschafter in GbR sei unzweifelhaft erkennbar, daß materiellrechtlicher Eigentümer die GbR selbst sei.³³⁾

3. LG

Eine Eintragung der GbR im Grundbuch wird ungeachtet der Rechts- und Parteifähigkeit der GbR³⁴⁾ sowie der neueren Rechtsprechung des BGH³⁵⁾ zur Rechts- und Parteifähigkeit der GbR mangels deren angeblicher Grundbuchfähigkeit verneint. Statt dessen wird die namentliche Nennung ihrer Gesellschafter gefordert.³⁶⁾

III. Eigene Meinung

Man muß unterscheiden zwischen der Frage, ob eine GbR materiellrechtlich Eigentümer einer Immobilie sein kann und der davon zu trennenden Frage, ob sie deshalb im Grundbuch auch als Eigentümerin eingetragen werden kann. Ersteres bejaht der BGH,³⁷⁾ letzteres hat er bisher noch nicht (eindeutig) entschieden, wohl aber die Eintragungsfähigkeit angedeutet.³⁸⁾

In der Diskussion um die Eintragungsfähigkeit der GbR im Grundbuch muss man ferner unterscheiden zwischen den Fragen, *ob* eine solche zu bejahen ist und falls man dies bejaht, *wie* diese vorzunehmen ist.³⁹⁾

27) OLG Stuttgart 09.01.2007 – 8 W 223/06, DB 2007, 334, 335

28) OLG Celle 13.03.2006 – 4 W 47/06, NJW 2006, 2194

29) BayObLG 31.10.2002 – 2Z BR 70/02, NJW 2003, 70

30) OLG Stuttgart 09.01.2007 – 8 W 223/06, DB 2007, 334, 335

31) OLG Stuttgart 09.01.2007 – 8 W 223/06, DB 2007, 334, 335 u.H.a. *Wagner* ZIP 2005, 637

32) OLG Stuttgart 09.01.2007 – 8 W 223/06, DB 2007, 334, 335

33) OLG Stuttgart 09.01.2007 – 8 W 223/06, DB 2007, 334, 335

34) BGH 29.01.2001 – II ZR 331/00, BGHZ 146, 341

35) BGH 16.07.2004 – IXa ZB 288/03, NJW 2004, 3632, 3634; BGH 06.04.2006 – V ZB 158/05, ZIP 2006, 1318, 1319; BGH 25.09.2006 – II ZR 218/05, WM 2006, 2135 f.; BGH 07.12.2006 – V ZB 166/05, ZIP 2007, 248, 249

36) LG Dresden 23.08.2002 – 2 T 690/02, n.V.; LG Aachen 27.05.2003 – 3 T 42/03, RNotZ 2003, 462; LG Berlin 20.01.2004 – 86 T 51/04, n.V.; LG Aachen 29.05.2006 – 3 T 455/05, RNotZ 2006, 348, 349

37) BGH 06.04.2006 – V ZB 158/05, ZIP 2006, 1318, 1319; BGH 25.09.2006 – II ZR 218/05, WM 2006, 2135 f.; BGH 17.10.2006 – XI ZR 19/05, WM 2007, 62, 65

38) BGH 16.07.2004 – IXa ZB 288/03, NJW 2004, 3632, 3634

39) *Ulmer/Steffek* NJW 2002, 330, 332

1. „Ob“

Ob eine GbR im Grundbuch eingetragen werden kann, ist nicht nur eine Frage des materiellen Rechts, ob die GbR nämlich materiellrechtlich Berechtigte ist.⁴⁰⁾ Vielmehr handelt es sich auch um eine grundbuchverfahrensrechtliche Frage, ob nämlich das Grundbuchrecht eine solche Eintragung zulässt.

§ 47 GBO regelt in seinem Wortlaut, dass dann, wenn ein Recht für mehrere gemeinschaftlich eingetragen werden soll, entweder die Anteile der Berechtigten anzugeben sind oder bei der Eintragung das für die Gemeinschaft maßgebende Rechtsverhältnis zu bezeichnen ist. Seit die GbR aber als solche rechts- und parteifähig ist,⁴¹⁾ geht es aber nicht mehr darum, für mehrere gemeinschaftlich ein Recht einzutragen, sondern nur noch für die GbR als solche.⁴²⁾ Bereits der Wortlaut des § 47 GBO kann folglich nicht gegen die Eintragungsfähigkeit der GbR im Grundbuch herangezogen werden.⁴³⁾

Dass die GbR in § 15 Abs. 1 lit. b) GBV nicht erwähnt ist, zeugt allenfalls seit der Entscheidung des BGH vom 29.01.2001⁴⁴⁾ von einer Lückenhaftigkeit der GBV,⁴⁵⁾ spricht aber deshalb noch nicht per se gegen eine Eintragungsfähigkeit der GbR im Grundbuch. Diese Regelungslücke lässt sich nämlich auf unterschiedliche Weise schließen: Entweder durch den Ordnungsgeber der GBV selbst. Oder durch den BGH im Wege der Rechtsfortbildung. Oder, da die GBO als Gesetz der GBV als Verordnung und nachrangigem Verfahrensrecht vorgeht,⁴⁶⁾ durch die *vorrangige* Anwendung des § 47 GBO auch auf die GbR.⁴⁷⁾ Denn mit zuvor Ausgeführtem legt der Wortlaut des § 47 GBO dies nahe.⁴⁸⁾ Auf diese Weise ließe sich im Hinblick auf Grundbucheintragungen der GbR der Gleichklang von materiellem Recht (materiellrechtliche Fähigkeit der GbR, dinglicher Rechtsträger sein zu können) und Verfahrensrecht (Grundbuchfähigkeit parallel zur zivilprozessualen Parteifähigkeit) herstellen, ohne auf den Gesetzgeber bzw. rechtsfortbildendes Richterrecht des BGH warten zu müssen.⁴⁹⁾ Dagegen spricht auch nicht, dass die GbR nicht in

40) *Ulmer/Steffek* NJW 2002, 330, 332

41) BGH 29.01.2001 – II ZR 331/00, BGHZ 146, 341

42) OVG NRW 07.05.2002 – 15 A 5299/00, DB 2002, 1545, 1546; *Böttcher/Blasche* NZG 2007, 121, 122; *Kessler* ZIP 2007, 421, 422; *Ulmer/Steffek* NJW 2002, 330, 332 f.; *Wagner* ZNotP 2006, 408, 411 f.; a.A. *Wertenbruch* NJW 2002, 324, 329, der meint, es müssten alle Gesellschafter mit dem Zusatz „als XY GbR“ im Grundbuch eingetragen werden.

43) OLG Stuttgart 09.01.2007 – 8 W 223/06, DB 2007, 334, 335; *Böttcher/Blasche* NZG 2007, 121, 122; *Timm/Schöne* in: *Bamberger/Roth*, BGB, 2003, § 705 Rdn. 144; *Wagner* ZNotP 2006, 408, 411 f.

44) BGH 29.01.2001 – II ZR 331/00, BGHZ 146, 341

45) OLG Stuttgart 09.01.2007 – 8 W 223/06, DB 2007, 334, 335; *Münchener Kommentar/Ulmer*, BGB, 4. Aufl. 2004, § 705 Rdn. 313

46) *Böttcher/Blasche* NZG 2007, 121, 122; *Münchener Kommentar/Ulmer*, BGB, 4. Aufl. 2004, § 705 Rdn. 313; *Wagner* ZNotP 2006, 408, 410

47) OLG Stuttgart 09.01.2007 – 8 W 223/06, DB 2007, 334, 335; *Kessler* ZIP 2007, 421, 422; *Wagner* ZNotP 2006, 408, 410

48) *Wagner* ZNotP 2006, 408, 411 f. entgegen *Münchener Kommentar/Ulmer*, BGB, 4. Aufl. 2004, § 705 Rdn. 313 und *Ulmer/Steffek* NJW 2002, 330, 333, indem bei § 47 GBO keiner Analogie sondern nur einer Anwendung des Gesetzeswortlautes bedarf.

49) *Wagner* ZNotP 2006, 408, 411 f.

einem Register eingetragen ist, da auch die Vor-GmbH, Vor-OHG und Vor-KG in keinem Register eingetragen sind und doch deren Eintragungsfähigkeit im Grundbuch sehr wohl anerkannt ist.⁵⁰⁾ Auch kann eine GbR bei einem Formwechsel im Handelsregister eingetragen werden (§ 235 Abs. 1 UmwG).⁵¹⁾

Noch nicht abschließend durch den BGH geklärt ist die weitere Frage, ob Voraussetzung für eine *Eintragungsfähigkeit* der GbR im Grundbuch ist, unter eigenem Namen *eingetragen* zu werden und ob deshalb Voraussetzung für eine Eintragungsfähigkeit der GbR ist, dass sie über einen solchen Namen verfügt.⁵²⁾ § 47 GBO fordert mit zuvor Ausgeführtem solches nicht.⁵³⁾

Es ist also nicht ersichtlich, aufgrund welcher zwingenden Gründe seit der ausdrücklichen Anerkennung der GbR als rechts- und parteifähig eine Grundbuchfähigkeit der GbR verneint werden könnte.⁵⁴⁾ Und da die GbR materiellrechtlich dingliche Rechte durch Einigung und Eintragung erwerben kann (§ 873 BGB), ist ihre Grundbuchfähigkeit die zwingende Konsequenz.⁵⁵⁾

2. „Wie“

Nachdem mit zuvor Ausgeführtem das „ob“ bejaht wurde, ist der Frage nachzugehen, wie eine Eintragung erfolgen könnte. *Ulmer*⁵⁶⁾ hat hierzu praktikable Vorschläge unterbreitet. Zum Zweck der Identifizierung der GbR im Grundbuch könnte seitens des Grundbuchamtes die Zureichung einer der Form des § 29 Abs. 1 Satz 1 GBO genügenden Gesellschafterliste verlangt werden wie auch der Nachweis der Vertretungsverhältnisse in dieser Form verlangt werden könnte. Dies würde zu den Grundakten genommen und sei einsehbar (§ 12 Abs. 1 Satz 1 GBO).⁵⁷⁾ Für sog. „Altgesellschaften“, die vor dem 29.01.2001 gegründet wurden und bei denen deren Gesellschafter mit einem das Gesellschaftsverhältnis betreffenden Zusatz im Grundbuch eingetragen sind, hätte dies - entsprechend der Rubrumsberichtigung im Prozess - lediglich eine entsprechende Grundbuchberichtigung zur Folge,⁵⁸⁾ so dass an die Stelle dieser Gesellschafter die GbR unter ihrem Namen⁵⁹⁾ oder wenn sie keinen solchen hätte, die GbR unter Hinzufügung der Na-

50) Münchener Kommentar/*Ulmer*, BGB, 4. Aufl. 2004, § 705 Rdn. 314. Daher ist die Meinung von *Demharter*, GBO, 25. Aufl. 2005, § 19 Rdn. 108 nicht nachvollziehbar, die Eintragung der GbR im Grundbuch scheitere daran, dass die GbR nicht in einem Register eingetragen sei.

51) *Timm/Schöne* in: Bamberger/Roth, BGB, 2003, § 705 Rdn. 144

52) *Demuth* BB 2002, 1555, 1556; *K. Schmidt* NJW 2001, 993, 101 f.; *Timm/Schöne* in: Bamberger/Roth, BGB, 2003, § 705 Rdn. 144; Münchener Kommentar/*Ulmer*, BGB, 4. Aufl. 2004, § 705 Rdn. 306; *Ulmer/Steffek* NJW 2002, 330, 332; *Wertenbruch* NJW 2002, 324, 326; *Wiedemann* ZGR 1996, 286, 290 f., 298 f.. Noch offen gelassen in BGH 25.09.2006 – II ZR 218/05, WM 2006, 2135 f.

53) OLG Stuttgart 09.01.2007 – 8 W 223/06, DB 2007, 334, 335

54) So auch *Wertenbruch* NJW 2002, 324, 329

55) So auch OLG Stuttgart 09.01.2007 – 8 W 223/06, DB 2007, 334, 335; *Demuth* BB 2002, 1555, 1556; *Heidel/Pade* in: Dauer-Lieb/Heidel/Ring (Hrsg.), BGB, Bd. 2, 2006, § 705 Rdn. 18; *Knöfel* ZfIR 2006, 428; *Wertenbruch* NJW 2002, 324, 329; *Wagner* ZNotP 2006, 408, 411 f.; a.A. *Demharter* RPfleger 2001, 329 ff.; *Stöber* MDR 2001, 544

56) Münchener Kommentar/*Ulmer*, BGB, 4. Aufl. 2004, § 705 Rdn. 314

57) Münchener Kommentar/*Ulmer*, BGB, 4. Aufl. 2004, § 705 Rdn. 314; *Ulmer/Steffek* NJW 2002, 330, 335

58) Dies allerdings verneinend OLG Stuttgart 09.01.2007 – 8 W 223/06, DB 2007, 334, 335 bei schon vorhandener Eintragung der Gesellschafter in GbR im Grundbuch (s.o.).

59) *Kessler* ZIP 2007, 421, 423 fordert auch für diesen Fall, daß zusätzlich zum Eintrag der GbR unter ihrem Namen noch die namentliche Eintragung ihrer Gesellschafter hinzutreten müßte. Eine gesetzliche Grundlage für diese Forderung ist dafür aber nicht vorhanden.

men der Gesellschafter einzutragen wäre.⁶⁰⁾ Im letzteren Fall hätte die Eintragung der Gesellschafter „als GbR“ nur die Funktion, die GbR zu identifizieren.

Unterstellt eine GbR wäre als solche im Grundbuch eingetragen und es käme in der GbR zu einem Gesellschafterwechsel, dann würde das Grundbuch deshalb nicht unrichtig werden. Folglich wäre in einem solchen Fall auch keine Grundbuchberichtigung, durchzuführen.⁶¹⁾ Wäre nämlich die GbR unter ihrem Namen im Grundbuch eingetragen, dann wäre, folgt man dem oben wiedergegebenen Vorschlag *Ulmers*,⁶²⁾ lediglich eine notariell beglaubigte neue Gesellschafterliste dem Grundbuchamt zuzureichen, die vom Grundbuchamt zu den Grundakten genommen würde.⁶³⁾ Wäre dagegen die GbR als solche so im Grundbuch eingetragen, dass zur Identifizierung der GbR zusätzlich alle Gesellschafter der GbR eingetragen wären, dann wäre die GbR als im Grundbuch ausgewiesene Rechtsinhaberin nur unzutreffend bezeichnet, so dass nur eine Richtigstellung der Eigentümerbezeichnung zu erfolgen hätte.⁶⁴⁾

Wenn da nicht die vom 2. Senat des BayObLG begründete These von der mangelnden Grundbuchfähigkeit der GbR existieren würde, der nahezu alle Grundbuchämter in der Praxis folgen, wäre das Grundbuch im Falle der Sanierung von Not leidenden geschlossenen Immobilienfonds in der Rechtsform der GbR kein Problem. Aber die Realität sieht (derzeit) leider (noch) anders aus.

IV. Situationen

1. Notarieller Grundstückskauf- bzw. Bauträgervertrag

Da die Außen-GbR selbst rechtsfähig ist, kann eine solche GbR auch als Besteller Vertragspartei eines beurkundeten Bauträgervertrages sein. Würde in einem solchen Fall besagte Außen-GbR z.B. mit einem Bauträger einen Bauträgervertrag über ein im Geschosswohnungsbau zu errichtendes Gebäude abschließen, dann wäre diese Außen-GbR Besteller,⁶⁵⁾ nicht jedoch eine Erwerbsgemeinschaft und auch keine Wohnungseigentümergeinschaft. Folglich würde zum geschuldeten Erfolg (§§ 633 Abs. 1 BGB) u.a. auch gehören, seitens des Bauträgers dieser Außen-GbR das Eigentum an diesem zu errichtenden Gebäude zu verschaffen, was durch Auflassung (§ 925 BGB) und Eintragung als Eigentümer (§ 873 BGB) zu erfolgen hat. Die einzelnen Gesellschafter dieser Außen-GbR wegen angeblich fehlender Grundbuchfähigkeit der GbR im Grundbuch einzutragen, wäre dann nicht korrekt, denn mit den Gesellschaftern der Außen-GbR hätte in diesem Beispielsfall der Bauträger keinen Bauträgervertrag abgeschlossen.⁶⁶⁾

Bei den sog. „Altgesellschaften“ als Besteller war dies anders. In notariell beurkundeten Bauträgerverträgen wurden die Gesellschafter in Gesellschaft bürgerlichen Rechts aufgeführt und so auch im Grundbuch eingetragen, während man gleichzeitig in dazugehörigen privatschriftlichen Projektfinanzierungsverträgen von der GbR als Kreditnehmer und gerade nicht von den Gesell-

60) *Wagner* ZNotP 2006, 408, 411 f.

61) *Wertenbruch* NJW 2002, 324, 329; *Wagner* ZNotP 2006, 408, 411 f.

62) *Münchener Kommentar/Ulmer*, BGB, 4. Aufl. 2004, § 705 Rdn. 314

63) *Demuth* BB 2002, 1555, 1559

64) *Wertenbruch* NJW 2002, 324, 329; *Wagner* ZNotP 2006, 408, 411 f.

65) LG Itzehoe 03.03.2006 – 10 O 75/06, n.V.; *Wagner* ZNotP 2006, 408, 411 f.

66) Ähnlich OLG Stuttgart 09.01.2007 – 8 W 223/06, DB 2007, 334, 335; LG Itzehoe 03.03.2006 – 10 O 75/06, n.V.

schaftern der GbR als Kreditnehmern liest.⁶⁷⁾ Soweit es hier um die materiellrechtliche und zivilprozessuale Ebene geht, ist seit der Entscheidung des BGH vom 29.01.2001⁶⁸⁾ klargestellt, dass Vertragspartner des Bauträgers bzw. des Kreditinstitutes bei dieser Konstellation die GbR selbst Vertragspartner ist, weil rechts- und parteifähig.⁶⁹⁾

2. Auflassung

Die im notariellen Grundstückskauf-/Bauträgervertrag erklärte Auflassung ist eine materiellrechtliche Einigung (§ 925 Abs. 1 BGB) des Berechtigten über den Eintritt und der Eintrag der Rechtsänderung in das Grundbuch (§ 873 Abs. 1 BGB). Als dinglicher Vertrag enthält die Auflassung mithin *materiellrechtliche* und *grundbuchverfahrensrechtliche* Komponenten.⁷⁰⁾ Um beiden Komponenten gerecht zu werden und weil der 2. Senat des BayObLG⁷¹⁾ unverständlicherweise sogar eine Auslegungsmöglichkeit verneinte,⁷²⁾ könnte derzeit wie folgt verfahren werden:

- Im notariellen Grundstückskauf-/Bauträgervertrag, der eine sog. „Altgesellschaft“ zum Vertragspartner hatte, wurde vor dem 29.01.2001 die Auflassung auf Besteller-/Käuferseite von den Gesellschaftern in Gesellschaft bürgerlichen Rechts erklärt. In nach dem 29.01.2001 protokollierten Fällen würde aus *materiellrechtlichen* Gründen die zwischen dem Bauträger und der Außen-GbR erklärte Auflassung zutreffend sein.⁷³⁾
- Bei sog. „Altgesellschaften“ wurde aus vorgenannten Gründen in der Zeit vor dem 29.01.2001 nicht die GbR im Grundbuch eingetragen sondern deren Gesellschafter. Dies wird aus oben beschriebenen Gründen durch Grundbuchämter auch jetzt noch vorgehalten. Dies hat derzeit zur Folge, dass im notariellen Grundstückskauf-/Bauträgervertrag aus *grundbuchverfahrensrechtlichen* Gründen die Auflassung seitens der namentlich im einzelnen benannten Personen „als Gesellschafter der BGB-Gesellschaft“ erklärt wird,⁷⁴⁾ so lange Grundbuchämter dem 2. Senat des BayObLG⁷⁵⁾ folgen, der da judizierte, die Auflassung an eine GbR, bestehend aus ihren namentlich benannten Gesellschaftern, könne nicht zur *Eintragung* der einzelnen Personen als Gesellschafter der GbR im Grundbuch führen; vielmehr müsse aus grundbuchverfahrensrechtlichen Gründen bereits die Auflassung zum Gegenstand haben, dass das Eigentum auf die einzelnen Personen in BGB-Gesellschaft übergehen müsse.

67) BGH 25.09.2006 – II ZR 218/05, WM 2006, 2135 f.; *Wagner ZNotP* 2006, 408, 411 f.

68) BGH 29.01.2001 – II ZR 331/00, BGHZ 146, 341

69) BGH 25.09.2006 – II ZR 218/05, WM 2006, 2135 f.; LG Itzehoe 03.03.2006 – 10 O 75/06, n.V.; *Wagner ZNotP* 2006, 408, 411

70) LG Aachen 29.05.2006 – 3 T 455/05, RNotZ 2006, 348, 350

71) BayObLG 04.09.2003 – 2Z BR 162/03, DNotZ 2004, 378, 379; a.A. und für eine Auslegungsfähigkeit, wonach eine Auflassung zu Gunsten einer GbR als eine solche zu Gunsten der Gesellschafter als Gesellschafter bürgerlichen Rechts ausgelegt werden kann: OLG Frankfurt/Main 14.10.2005 - 20 W 409/04, n.V.

72) Dagegen *Heil* DNotZ 2004, 379, 380

73) LG Itzehoe 03.03.2006 – 10 O 75/06, n.V.; *Wagner ZNotP* 2006, 408, 411

74) LG Aachen 29.05.2006 – 3 T 455/05, RNotZ 2006, 348, 350

75) BayObLG 04.09.2003 – 2Z BR 162/03, DNotZ 2004, 378, 379

An letzterem hielt der 2. Senat des BayObLG⁷⁶⁾ an seiner oben schon beanstandeten fehlerhaften Rechtsauffassung fest, eine GbR könne nicht Grundstückseigentümer sein.⁷⁷⁾ Denn er trennte auch hier nicht zwischen der Frage, wer materiellrechtlich Eigentümer werde (dies war die GbR) und wer grundbuchverfahrensrechtlich im Grundbuch eingetragen werde (dies wären angeblichen mangels der von ihm behaupteten Eintragungsfähigkeit der GbR deren Gesellschafter).⁷⁸⁾ Der Rechtsauffassung des 2. Senates des BayObLG war/ist aus oben genannten Gründen nicht zu folgen,⁷⁹⁾ zumal auch der BGH⁸⁰⁾ inzwischen von der *materiellrechtlichen* Eigentümerstellung der GbR ausgeht, wengleich man der vorgenannten Rechtsprechung des 2. Senates des Bay-ObLG in der Praxis Beachtung nach wie vor schenken sollte, so lange ihr viele Grundbuchämter ohne eigenes Nachdenken einfach folgen.

Inzwischen hat die Rechtsprechung⁸¹⁾ eine interessante Wende eingeleitet. Nachdem nämlich die Rechts- und Parteifähigkeit der Außen-GbR durch den BGH anerkannt worden ist, iudiziert dieser, ein Grundstückskaufvertrag, der mit zwei oder mehreren Parteien „in Gesellschaft bürgerlichen Rechts“ geschlossen worden sei, sei so auszulegen, dass Vertragspartner die Außen-GbR selbst sei und nicht ihre Gesellschafter.

3. Grundbucheintragung der GbR bzw. ihrer Gesellschafter

Dass eine GbR als solche im Grundbuch nicht eingetragen werden kann, wird derzeit noch weitgehend von der Instanzgerichtsbarkeit vertreten, wengleich vom OLG Stuttgart⁸²⁾ bejaht, während der BGH mit oben Ausgeführtem andeutet, es könne möglicherweise fehlerhaft sein, wenn die GbR im Grundbuch nicht eingetragen werden könne.⁸³⁾ Sollte der BGH doch nicht die Grundbuchfähigkeit der GbR bejahen, würde es sich bei Not leidenden geschlossenen Immobilienfonds empfehlen, eine entsprechende Grundbuchberichtigung dahingehend durchzuführen, dass an Stelle der Gesellschafter die GbR im Grundbuch eingetragen wird, weil dies vieles in der weiteren Abwicklung erleichtert.⁸⁴⁾

Es hat den Anschein, dass nach Auflösung des BayObLG das OLG München⁸⁵⁾ auch dafür Steine in den Weg zu legen sucht, wenn es – wengleich in anderem Zusammenhang – meint, der Voreintragungsgrundsatz des § 39 GBO sei streng zu handhaben. Dem steht jedoch die neuere Rechtsprechung des BGH⁸⁶⁾ und des OLG Stuttgart⁸⁷⁾ entgegen, wonach dann, wenn die Gesellschafter mit dem Zusatz „als GbR“ im Grundbuch eingetragen sind, dies Ausdruck der Eigentü-

76) S.o. FN 17

77) Dies beanstandet auch *Heil* DNotZ 2004, 379, 380

78) So auch *Heil* DNotZ 2004, 379, 380

79) LG Itzehoe 03.03.2006 – 10 O 75/06, n.V.

80) BGH 25.09.2006 – II ZR 218/05, WM 2006, 2135 f.

81) BGH 06.04.2006 – V ZB 158/05, ZIP 2006, 1318, 1319; BGH 25.09.2006 – II ZR 218/05, WM 2006, 2135 f.; LG Itzehoe 03.03.2006 – 10 O 75/06, n.V.; so auch *Wagner* ZNotP 2006, 408, 409 f.

82) OLG Stuttgart 09.01.2007 – 8 W 223/06, DB 2007, 334, 335

83) Noch offen gelassen bei BGH 25.09.2006 – II ZR 218/05, WM 2006, 2135 f.

84) *Wagner* ZNotP 2006, 408, 411 f.

85) OLG München 27.04.2006 – 32 Wx 067/06, ZIP 2006, 1997, 1998

86) BGH 25.09.2006 – II ZR 218/05, WM 2006, 2135 f.

87) OLG Stuttgart 09.01.2007 – 8 W 223/06, DB 2007, 334, 335

merstellung der GbR und nicht ihrer Gesellschafter sei.⁸⁸⁾ Mit dem Voreintragungsgrundsatz hat dies nicht das geringste zu tun.

4. Grundbuchberichtigung

Bei zu sanierenden geschlossenen Immobilienfonds in der Rechtsform der GbR stellt sich nach Jahren immer wieder heraus, dass noch Personen „in Gesellschaft bürgerlichen Rechts“ im Grundbuch eingetragen sind, obwohl sie (längst) nicht mehr Gesellschafter der GbR sind. Mit Ausscheiden von Gesellschaftern aus der GbR wuchs deren Beteiligung - und damit Gesamthandsvermögen sowie Gesamthandseigentum als Bestandteil desselben - gemäß § 738 Abs. 1 Satz 1 BGB den verbliebenen Gesellschaftern zu.⁸⁹⁾ Das Grundbuch wurde nachträglich unrichtig, soweit es ausgeschiedene Gesellschafter formal im Grundbuch noch auswies. Gäbe es die These der angeblich fehlenden Grundbuchfähigkeit der GbR nicht, dann könnte per Grundbuchberichtigung die GbR im Grundbuch eingetragen werden und die Personen, die bisher als Gesellschafter eingetragen waren, wären samt und sonders zu löschen.⁹⁰⁾ Solange noch die GbR als solche nicht als Eigentümer im Grundbuch eingetragen ist, kann die Löschung der noch unberechtigt eingetragenen Personen gemäß § 22 Abs. 2 GBO

- entweder durch Nachweis der Unrichtigkeit deren Eintragung gegenüber dem Grundbuchamt
- oder mit Zustimmung des Eigentümers erfolgen.⁹¹⁾

Da es hier nicht um die Eintragung der GbR im Grundbuch sondern um die Löschung eines ehemaligen Gesellschafters der GbR im Grundbuch geht, kommt es hier eigentlich auf die Frage der Grundbuchfähigkeit der GbR nicht an. Zur Antragstellung der Grundbuchberichtigung berechtigt ist folglich die GbR, vertreten durch ihren geschäftsführungsbefugten und vertretungsberechtigten Gesellschafter, denn der GbR stünde ein Berichtigungsanspruch nach § 894 BGB zu.⁹²⁾ Eine Antragstellung durch alle im Grundbuch eingetragenen Gesellschafter der GbR kommt nicht in Betracht.⁹³⁾

Soweit es auf die Zustimmung des Eigentümers ankommt, ist dies übrigens nicht die Person, die zu Unrecht im Grundbuch eingetragen ist und außerhalb des Grundbuchs wegen § 738 Abs. 1 Satz 1 BGB jede Teilhabe am Gesamthandseigentum verloren hat. Denn: Eine Grundbuchberichtigung erfordert eine Grundbuchbewilligung des Betroffenen (§ 19 GBO). Das ist derjenige, dessen Grundbuchposition nicht nur wirtschaftlich sondern materiellrechtlich berührt werden kann.⁹⁴⁾ Und dies ist mit dem BGH⁹⁵⁾ der wahre Eigentümer und nicht der Buchberechtigte. Dabei ist nicht hinderlich, dass die GbR derzeit angeblich nicht grundbuchfähig sein soll, weil nach dieser BGH-Entscheidung es nicht erforderlich ist, dass der wahre Berechtigte im Grund-

88) *Böhringer* RPflegler 2005, 226; *Dümig* RPflegler 2002, 58 f.; *Eickmann* ZfIR 2001, 434; *Langenfeld* BWNotZ 2003, 4; *Münch DNotZ* 2001, 545; *Lautner* MittBayNot 2006, 37; *Staudinger/Habermeier*, BGB, 13. Aufl. 2003, Vorbem. zu §§ 705 – 740 Rdn. 10, 26; *Münchener Kommentar/Ulmer*, BGB, 4. Aufl. 2004, § 705 Rdn. 310, 312; *Ulmer/Steffek* NJW 2002, 332 f.; *Wagner* ZNotP 2006, 408, 411 f.

89) *Demharter*, GBO, 25. Aufl. 2005, § 22 Rdn. 14 und 15

90) *Wagner* ZNotP 2006, 408, 411 f.

91) *Demharter*, GBO, 25. Aufl. 2005, § 22 Rdn. 2, 6; *Wagner* ZNotP 2006, 408, 412

92) BGH 20.01.2006 – V ZR 214/04, ZNotP 2006, 224, 225; *Demharter*, GBO, 25. Aufl. 2005, § 22 Rdn. 45

93) *Wagner* ZNotP 2006, 408, 412

94) BGH 20.01.2006 – V ZR 214/04, ZNotP 2006, 224, 225; *Wagner* ZNotP 2006, 408, 412

95) BGH 20.01.2006 – V ZR 214/04, ZNotP 2006, 224, 225

buch eingetragen ist.⁹⁶⁾ Aber in der Praxis wird weitgehend anders verfahren, indem die Grundbuchämter eine Löschungsbewilligung des fehlerhafter Weise noch im Grundbuch Eingetragenen fordern.⁹⁷⁾

5. Grundschuldlöschungsklage

Ist nun eine GbR materiellrechtlich Eigentümerin eines Grundstücks, sind aber aus oben beschriebenen grundbuchverfahrensrechtlichen Gründen deren Gesellschafter eingetragen, und wird von der GbR gegenüber dem Grundpfandgläubiger die Löschung der für ihn im Grundbuch eingetragenen Grundschuld begehrt, dann gilt es folgendes zu beachten:

Die GbR ist *materiellrechtlicher* Anspruchsteller der Grundbuchberichtigung gem. § 894 BGB. Und die GbR ist bezüglich ihres diesbezüglichen materiellrechtlichen Anspruchs im Grundbuchberichtigungsklageverfahren zivilprozessual parteifähig i.S.d. § 50 Abs. 1 ZPO.⁹⁸⁾ Es geht hier *nicht* um deren *Eintragung* einer GbR im Grundbuch, so dass es bezüglich des *materiellrechtlichen* Grundbuchberichtigungsanspruches (§ 894 BGB) auf die Frage der Grundbuchfähigkeit der GbR nicht ankommt. Und die Berichtigungsbewilligung (§ 19 GBO) hat derjenige abzugeben, dessen grundbuchmäßiges Recht betroffen ist, der folglich im Grundbuch eingetragen ist.⁹⁹⁾ Dies bedeutet wiederum für den Fall, dass der Betroffene sich weigert, eine entsprechende Berichtigungsbewilligungserklärung abzugeben, dann die GbR als *materiellrechtlicher* Anspruchsteller (§ 894 BGB) und nicht deren Gesellschafter,¹⁰⁰⁾ nur weil sie aus derzeitigen *grundbuchverfahrensrechtlichen* Gründen im Grundbuch als Eigentümer eingetragen sind, für eine Grundbuchberichtigungsklage aktivlegitimiert ist und die GbR dazu zivilprozessual Partei i.S.d. § 50 Abs. 1 ZPO ist.¹⁰¹⁾

Auch hier ist in der Praxis von Instanzgerichten die Meinung anzutreffen, die fehlende Grundbuchfähigkeit einer GbR erfordere es in einem im Hinblick auf § 894 BGB angestregten Zivilprozess, dass Kläger nicht die GbR zu sein hätte, sondern unabhängig von jedweder materiellrechtlicher Berechtigung die Personen, die im Grundbuch als Eigentümer eingetragen seien. Das Schlagwort von der angeblich fehlenden Grundbuchfähigkeit der GbR wird einfach ohne jeden rechtlichen Unterbau selbst auf solche Sachverhalte übertragen, die selbst das BayObLG nicht im Auge hatte. Nachvollziehbar ist dies alles nicht und behindert die Sanierung Not leidender geschlossener Immobilienfonds an dieser Stelle beträchtlich.

6. Vollstreckungsgegenklage

Bei GbRs aus der Zeit vor dem 29.01.2001 haben solche GbRs wegen damals noch angenommener fehlender Rechtsfähigkeit einer GbR sich nicht notariell der Zwangsvollstreckung unterworfen und zwar weder persönlich noch dinglich. Vielmehr ging man davon aus, eine Zwangsvollstreckung in das Vermögen der GbR als Gesellschaft erfordere einen Vollstreckungstitel gegen alle Gesellschafter (§ 736 ZPO). Folglich unterwarfen sich in notariellen Grundschuldbestel-

96) Wagner ZNotP 2006, 408, 412

97) Wagner ZNotP 2006, 408, 411 f.

98) BGH 29.01.2001 – II ZR 331/00, BGHZ 146, 341, 347 f.

99) BGH 20.01.2006 – V ZR 214/04, ZNotP 2006, 224, 225

100) Wagner ZNotP 2006, 408, 412

101) BGH 29.01.2001 – II ZR 331/00, BGHZ 146, 341, 347 f.

lungsurkunden die Gesellschafter der GbR jeweils persönlich und dinglich der Zwangsvollstreckung. Und ob dies wegen der Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen der Fall war und/oder in das Privatvermögen der Gesellschafter, war jeweils eine Frage des Einzelfalles, worauf in der Praxis zu wenig geachtet wird.¹⁰²⁾

Denn *dass* Gesellschafter sich i.V.m. abstrakten Haftungsübernahmeerklärungen quotaal oder gesamtschuldnerisch notariell der Zwangsvollstreckung unterworfen hatten, besagte ja noch nichts darüber, in welche Vermögensmasse (Gesellschafts- und/oder Privatvermögen) damit die Zwangsvollstreckung ermöglicht werden sollte.¹⁰³⁾ Evident spricht § 736 ZPO nur den Titel an, der eine Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen ermöglichen soll.

Nachdem mit der Entscheidung des BGH vom 29.01.2001¹⁰⁴⁾ die GbR rechts- und parteifähig geworden ist und dies auch Rückwirkung hat,¹⁰⁵⁾ ist mit dem BGH¹⁰⁶⁾ zur Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen einer rechtsfähigen GbR ein Titel gegen die GbR erforderlich. Es muss nicht mehr unbedingt wegen § 736 ZPO ein Titel gegen alle Gesellschafter erwirkt werden, um die Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen der GbR betreiben zu können.¹⁰⁷⁾ Es handelt sich insoweit nicht um eine grundbuchverfahrensrechtliche sondern um eine prozessrechtliche Voraussetzung. *Daneben* soll mit einem aufgrund der Mithaftung der Gesellschafter gegen alle Gesellschafter erwirkten Titel ebenfalls in das Gesellschaftsvermögen der GbR vollstreckt werden können.¹⁰⁸⁾ § 124 Abs. 2 HGB wird vom BGH insoweit bei der GbR nicht angewandt.¹⁰⁹⁾ Dies alles gelte - so der BGH¹¹⁰⁾ - bei notariellen Zwangsvollstreckungsunterwerfungen entsprechend.

Abgesehen davon, dass wegen § 736 ZPO für eine Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen deshalb ein Titel gegen alle Gesellschafter wegen einer Gesellschaftsschuld erforderlich war,¹¹¹⁾ weil dies noch aus Zeiten herrührte, als die GbR noch nicht rechtsfähig war und zudem verhindert werden sollte, dass Gläubiger einzelner Gesellschafter in das Gesellschaftsvermögen sollten vollstrecken können,¹¹²⁾ trug damit der BGH zunächst unausgesprochen dem Umstand Rechnung, dass trotz eigener Rechtsfähigkeit der GbR deren Vermögen und Eigentum materiellrechtlich noch immer als Gesamthandsvermögen und Gesamthandseigentum der Gesellschafter der GbR angesehen wurde. Wenn folglich die Gesellschafter der GbR analog § 128 HGB für Verbindlichkeiten der GbR mit ihrem Privatvermögen und ihrem Gesellschaftsvermögen hafteten, dann betraf letzteres die Haftung der Gesellschafter mit besagtem Gesamthandsvermögen

102) Wagner ZNotP 2006, 408, 412

103) Wagner ZNotP 2006, 408, 412 f.. Zur Trennung von Privat und Gesellschaftsvermögen Baumbach/ Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 64. Aufl. 2006, § 736 Rdn. 1; Musielak/Lackmann, ZPO, 4. Aufl. 2005, § 736 Rdn. 4; Zöller/Stöber, ZPO, 24. Aufl. 2004, § 736 Rdn. 1

104) BGH 29.01.2001 – II ZR 331/00, BGHZ 146, 341

105) Wagner/von Heymann WM 2003, 2222, 2227 f. m.w.N.

106) BGH 16.07.2004 – IXa ZB 288/03, NJW 2004, 3632, 3634

107) Musielak/Lackmann, ZPO, 4. Aufl. 2005, § 736 Rdn. 4; Wagner ZNotP 2006, 408, 412 f.

108) BGH 16.07.2004 – IXa ZB 288/03, NJW 2004, 3632, 3634; BGH 17.10.2006 – XI ZR 19/05, WM 2007, 62, 65; BGH 07.12.2006 – V ZB 166/05, ZIP 2007, 248, 249; so auch OLG Schleswig 20.12.2005 – 2 W 205/05, WM 2006, 583, 584; LG Aachen 29.05.2006 – 3 T 455/05, RNotZ 2006, 348, 349

109) BGH 16.07.2004 – IXa ZB 288/03, NJW 2004, 3632, 3634

110) BGH 16.07.2004 – IXa ZB 288/03, NJW 2004, 3632, 3634

111) Musielak/Lackmann, ZPO, 4. Aufl. 2005, § 736 Rdn. 4

112) BGH 29.01.2001 – II ZR 331/00, BGHZ 146, 341, 355; OLG Schleswig 20.12.2005 – 2 W 205/05, WM 2006, 583, 584

und Gesamthandseigentum der Gesellschafter. Diese Sichtweise hat sich inzwischen in der Rechtsprechung wie oben ausgeführt, geändert. Denn der BGH geht nunmehr davon aus, dass z.B. eine Immobilie materiellrechtlich nicht (mehr) Eigentum der Gesellschafter der GbR sondern, wenn zum Gesellschaftsvermögen gehörend, Eigentum der Gesellschaft ist.¹¹³⁾ Indem die GbR folglich eigenes Gesellschaftsvermögen hat, ist die Begrifflichkeit von Gesamtvermögen und Gesamthandseigentum der Gesellschafter besagter GbR nicht mehr zutreffend.¹¹⁴⁾

a) Dingliche Zwangsvollstreckungsunterwerfung

Auch wenn die Gesellschafter einer GbR als solche derzeit aus grundbuchverfahrensrechtlichen Gründen im Grundbuch (noch) eingetragen sind, ist materiellrechtlich Eigentümerin des Grundbesitzes eines geschlossenen Immobilienfonds die GbR. Der Grundbesitz befindet sich im Gesellschaftsvermögen und damit im Eigentum der GbR.¹¹⁵⁾ Mit dem BGH kann nur der Eigentümer die Erklärung nach § 800 ZPO abgegeben.¹¹⁶⁾ Folglich kann die GbR sich dinglich der Zwangsvollstreckung unterwerfen, wovon aus grundbuchverfahrensrechtlichen Gründen der Eintrag des § 800 ZPO im Grundbuch zu trennen ist. Es können sich aber auch die Gesellschafter einer GbR für die GbR dinglich der Zwangsvollstreckung unterwerfen¹¹⁷⁾ was der BGH¹¹⁸⁾ aber verneint, wenn sich Gesellschafter einer GbR nur quotall der Zwangsvollstreckung unterworfen haben und sich aus dem notariellen Zwangsvollstreckungsunterwerfungstitel nicht eindeutig ergibt, daß sich die Gesellschafter nicht nur persönlich quotall mit ihrem Privatvermögen sondern auch dinglich der Zwangsvollstreckung unterwerfen wollten. Diese Rechtsprechung des XI. Senates des BGH wird dann um so nachvollziehbarer, wenn man bedenkt, daß mit der neueren Rechtsprechung des II. Senates des BGH¹¹⁹⁾ eine der GbR zu Eigentum gehörende Immobilie nicht mehr zum Gesamtvermögen der Gesellschafter sondern zum Gesellschaftsvermögen der GbR gehört.

Mit dem BGH¹²⁰⁾ ist jedoch die materiellrechtliche Rechtslage nicht maßgebend für die Frage, wer im Rahmen einer Zwangsvollstreckung aufgrund notarieller dinglicher Zwangsvollstreckungsunterwerfung betroffen ist. Vielmehr ist dafür von Bedeutung, wer sich dinglich der Zwangsvollstreckung unterworfen hat. Dies können auch im Grundbuch eingetragene Personen

113) BGH 06.04.2006 – V ZB 158/05, ZIP 2006, 1318, 1319; BGH 25.09.2006 – II ZR 218/05, WM 2006, 2135 f.. So auch OVG NRW 07.05.2002 – 15 A 5299/00, DB 2002, 1545, 1546; LG Itzehoe 03.03.2006 – 10 O 75/06, n.V. Wiedemann, Gesellschaftsrecht II, 2004, § 7 III 2 a).

114) In diesem Sinne LG Itzehoe 03.03.2006 – 10 O 75/06, n.V. u.H.a. BayObLG 07.05.2002 – 3Z BR 55/02, NJW-RR 2002, 1363; OVG Münster 07.05.2002 – 15 A 5299/00, NVwZ-RR 2003, 149; OLG Zweibrücken 05.05.2004 – 3 W 80/04, FGPrax 2004, 255; a.A. BayObLG 31.10.2002 – 2Z BR 70/02, NJW 2003, 70; BayObLG 08.09.2004 – 08.09.2004 – 2Z BR 139/04, FGPrax 2004, 269; LG Aachen 27.05.2003 – 3 T 42/03, NZG 2003, 721

115) BGH 25.09.2006 – II ZR 218/05, WM 2006, 2135 f.

116) BGH 16.07.2004 – IXa ZB 288/03, NJW 2004, 3632, 3634; BGH 25.09.2006 – II ZR 218/05, WM 2006, 2135 f.

117) BGH 16.07.2004 – IXa ZB 288/03, NJW 2004, 3632, 3634; BGH 06.04.2006 – V ZB 158/05, ZNotP 2006, 354, 355;

118) BGH 17.10.2006 – XI ZR 19/05, WM 2007, 62, 65

119) BGH 25.09.2006 – II ZR 218/05, WM 2006, 2135 f.

120) BGH 16.07.2004 – IXa ZB 288/03, NJW 2004, 3632, 3634; BGH 06.04.2006 – V ZB 158/05, ZNotP 2006, 354, 355

sein, die niemals oder nicht mehr Mitglied der GbR waren/sind.¹²¹⁾ Danach wären die Personen, die sich in notariellen Zwangsvollstreckungsunterwerfungserklärungen der Zwangsvollstreckung unterworfen haben, folglich für eine Vollstreckungsgegenklage aktivlegitimiert. Diesen Ansatz der V. und IXa. Senate des BGH¹²²⁾ konkretisiert aber der II. Senat des BGH¹²³⁾ mit folgender Wenung. Der II. Senat des BGH geht nachvollziehbar davon aus, dass die Vollstreckungsabwehrklage (§ 767 i.V.m. § 794 Abs. 1 Nr. 5 und Abs. 2, § 795 ZPO) von „dem Schuldner“ zu erheben sei. Und dies sei derjenige, der in dem für vollstreckbar erklärten Titel bzw. im Falle der Rechtsnachfolge in der Vollstreckungsklausel aufgeführt sei. Wenn aber der Grundstückseigentümer sich dinglich der Zwangsvollstreckung in das Grundstück unterworfen habe, dann sei dieser der Vollstreckungsschuldner. Und das Grundstückseigentümer materiellrechtlich nicht die Gesellschafter sein, sondern die Gesellschaft, wenn die Gesellschafter mit dem Zusatz „als GbR“ im Grundbuch eingetragen seien sei folglich die GbR für die Vollstreckungsgegenklage aktivlegitimiert.

Was die Frage der Zustellung des Titels als Vollstreckungsvoraussetzung betrifft (§ 750 Abs. 1 Satz 1 ZPO), wenn sich die Gesellschafter der GbR dinglich (§ 800 ZPO) notariell der Zwangsvollstreckung unterworfen haben, muss diese mit dem BGH¹²⁴⁾ gegenüber der GbR zu Händen deren geschäftsführungsbefugten und vertretungsberechtigten Gesellschafter der GbR (§§ 170 Abs. 1 ZPO i.V.m. §§ 709 Abs. 1, 714 BGB oder der entsprechenden gesellschaftsvertraglichen Regelung) erfolgen, wenn es einen solchen gibt, ansonsten gegenüber einem der Gesellschafter erfolgen (§ 170 Abs. 3 ZPO). Im letzteren Fall ist mithin keine Zustellung an alle Gesellschafter erforderlich.¹²⁵⁾

b) Persönliche Zwangsvollstreckungsunterwerfung

Bei GbRs aus der Zeit vor dem 29.01.2001 haben solche GbRs wegen damals noch angenommener fehlender Rechtsfähigkeit einer GbR sich nicht notariell der Zwangsvollstreckung unterworfen. Dies haben die Gesellschafter der GbR getan. Auch hier gilt: Ob die Gesellschafter sich persönlich der Zwangsvollstreckung in ihr Privatvermögen oder in das Gesellschaftsvermögen oder in beides unterworfen haben, ist je nach Einzelfall zu prüfen.

Mit dem zuvor Ausgeführten ist derjenige für eine Vollstreckungsgegenklage aktivlegitimiert, der sich als Schuldner notariell der Zwangsvollstreckung unterworfen hat. Wenn Schuldner die GbR war, dann ist dies auch bei sog. Altfällen die GbR und nicht die jeweils einzelnen Gesellschafter. Dies wird folglich dann der Fall sein, wenn die Gesellschafter zum Ausdruck brachten, dass sie in gesamthänderischer Verbindung als GbR berechtigt und verpflichtet werden wollten. Dies selbst dann, wenn sie in Bezug auf ihren Gesellschaftsanteil im Hinblick auf den entsprechenden Teil der Darlehenssumme die persönliche Haftung nur quotal übernommen hatten¹²⁶⁾ Denn:

121) BGH 06.04.2006 – V ZB 158/05, ZNotP 2006, 354, 355

122) BGH 16.07.2004 – IXa ZB 288/03, NJW 2004, 3632, 3634; BGH 06.04.2006 – V ZB 158/05, ZNotP 2006, 354, 355

123) BGH 25.09.2006 – II ZR 218/05, WM 2006, 2135 f.

124) BGH 06.04.2006 – V ZB 158/05, ZNotP 2006, 354, 355; BGH 07.12.2006 – V ZB 166/05, ZIP 2007, 248, 249

125) BGH 06.04.2006 – V ZB 158/05, ZNotP 2006, 354, 355; BGH 07.12.2006 – V ZB 166/05, ZIP 2007, 248, 249; Wagner ZNotP 2006, 408, 413

126) BGH 25.09.2006 – II ZR 218/05, WM 2006, 2135 f.

„Damit ist lediglich klargestellt, dass die Gesellschafter – entgegen § 128 HGB – nicht unbeschränkt haften.“¹²⁷⁾

Mit dieser Aussage scheinen der II. Senat des BGH in seiner Entscheidung vom 25.09.2005¹²⁸⁾ von der XI. Senates des BGH in seiner Entscheidung vom 17.10.2006¹²⁹⁾ zu differieren, indem letzterer entschieden hat, daß dann, wenn die Gesellschafter sich nur quotall der persönlichen Haftung unterworfen haben, die Gesellschafter und nicht die GbR für eine Vollstreckungsgegenklagebefugt seien. Warum in Anbetracht dessen der XI. Senat des BGH in Anbetracht dieser Differenz seiner Entscheidung vom 17.10.2006 zu der früher ergangenen Entscheidung des II. Senates des BGH vom 25.09.2006 sich mit der des II. Senates des BGH nicht befaßt hat und dem Großen Senat des BGH vorgelegt hat, erschließt sich nicht.

7. Umschuldung

Umschuldungen, die in der Zeit nach dem 29.01.2001 wegen aufgrund vor dem 29.01.2001 geschlossener Kreditverträge vorgenommen werden, und bei denen die GbR Kreditnehmer eines neu abzuschließenden Kreditvertrages sein soll, haben es mit einer GbR zu tun, die aufgrund der Rechtsprechung des BGH vom 29.01.2001¹³⁰⁾ rechts- und parteifähig ist. Mit der Frage der Grundbuchfähigkeit der GbR hat dies ersichtlich nichts zu tun.

Da sich an dem Eingetragensein der Gesellschafter der GbR im Grundbuch zudem nichts ändert, stellt sich die oben angesprochene Frage nicht, ob nicht statt dessen die GbR einzutragen wäre. Und bezüglich der Grundschuld kann man Probleme vermeiden, indem das neue Kreditinstitut sich die Grundpfandrechte des bisherigen Projektfinanzierers von diesem abtreten lässt.

V. Fazit

Die Sanierung Not leidender geschlossener Immobilienfonds in der Rechtsform der GbR stößt im Grundbuchbereich auf oben beschriebene Probleme, die künstlich durch die These der angeblich fehlenden Grundbuchfähigkeit der GbR im Zusammenhang mit deren Eintragungsfähigkeit im Grundbuch herbeigeführt werden. Die Probleme werden noch dadurch erweitert, dass diese These auch für Bereiche Anwendung findet, die mit der Frage der Eintragungsfähigkeit der GbR im Grundbuch nichts zu tun haben. Vieles würde einfacher werden, wenn der BGH ein klärendes Wort zur Grundbuchfähigkeit der GbR sprechen würde, zumal die These der angeblich mangelnden Grundbuchfähigkeit der GbR mit dem oben Ausgeführten weder zwingend noch überzeugend ist.

127) BGH 25.09.2006 – II ZR 218/05, WM 2006, 2135 f. u.H.a. BGH 27.09.1999 – II ZR 371/98, BGHZ 142, 315, 318 ff. und BGH 21.01.2002 – II ZR 02/00, BGHZ 150, 1

128) BGH 25.09.2006 – II ZR 218/05, WM 2006, 2135 f.

129) BGH 17.10.2005 – XI ZR 19/05, WM 2007, 62, 65

130) BGH 29.01.2001 – II ZR 331/00, BGHZ 146, 341