

# DNotI - Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

25. Jahrgang  
September 2017  
ISSN 1434-3460

17/2017

## Inhaltsübersicht

### Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

GmbHG §§ 40 Abs. 1, 2 Abs. 1a – Musterprotokoll und Gesellschafterliste nach dem Gesetz zur Umsetzung der Vierten EU-Geldwäscherichtlinie; Prozentangaben und Musterprotokoll

GmbHG §§ 40 Abs. 1, 33 Abs. 1 – Neue gesetzliche Bestimmungen zur Gesellschafterliste; eigene Anteile der Gesellschaft und prozentuale Beteiligungsangabe

GBO §§ 15 Abs. 3, 151 – Nachweis der notariellen Eintragungsfähigkeitsprüfung bei beurkundeten Erklärungen

## Gutachten im Abrufdienst

### Rechtsprechung

GBO § 15 Abs. 3 – Notarielle Prüfung als Eintragungsvoraussetzung im Grundbuchverfahren; Nachweis auch ohne Prüfvermerk bei Entwurf des beglaubigenden Notars

BGB §§ 566 Abs. 1, 578 Abs. 2 S. 1, 985, 986 Abs. 1 S. 1 – Zur analogen Anwendung von § 566 Abs. 1 BGB bei fehlender Identität zwischen Veräußerer und Vermieter

## Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

### GmbHG §§ 40 Abs. 1, 2 Abs. 1a Musterprotokoll und Gesellschafterliste nach dem Gesetz zur Umsetzung der Vierten EU-Geldwäscherichtlinie; Prozentan- gaben und Musterprotokoll

#### I. Sachverhalt

Es soll eine Unternehmungsgesellschaft mit Musterprotokoll gegründet werden.

#### II. Frage

Ist im Hinblick auf die Änderung von § 40 GmbHG eine entsprechende Ergänzung des Musterprotokolls (Angabe der prozentualen Beteiligung) zwingend erforderlich?

#### III. Zur Rechtslage

##### 1. Neuregelungen zur Gesellschafterliste

Am 26.6.2017 ist das Gesetz zur Umsetzung der Vierten EU-Geldwäscherichtlinie, zur Ausführung der EU-Geldtransferverordnung und zur Neuorganisation der Zentralstelle für Finanztransaktionsuntersuchungen in Kraft getreten (BGBl. 2017 I, S. 1822, vgl. Art. 24). Im Mittelpunkt des Gesetzes steht die Einrichtung eines elektronischen Transparenzregisters. Sämtliche Mitgliedstaaten sind zur Schaffung eines Transparenzregisters verpflichtet. Die Register sollen miteinander vernetzt werden.

Mit dem Gesetz wurde außerdem § 40 GmbHG geändert. Die GmbH-Gesellschafterliste muss nunmehr auch **Angaben zur prozentualen Beteiligung** am Stammkapital sowie der Gesellschafter von nicht eingetragenen Gesellschaften, die an der GmbH beteiligt sind, enthalten. § 40 Abs. 1 GmbHG hat nunmehr folgenden Wortlaut (Änderungen fett gedruckt):

„<sup>1</sup>Die Geschäftsführer haben unverzüglich nach Wirksamwerden jeder Veränderung in den Personen der Gesellschafter oder des Umfangs ihrer Beteiligung eine von ihnen unterschriebene Liste der Gesellschafter zum Handelsregister einzureichen, aus welcher Name, Vorname, Geburtsdatum und Wohnort **derselben** sowie die Nennbeträge und die laufenden Nummern der von einem jeden derselben übernommenen Geschäftsanteile **sowie die durch den jeweiligen Nennbetrag eines Geschäftsanteils vermittelte jeweilige prozentuale Beteiligung am Stammkapital zu entnehmen sind.** <sup>2</sup>Ist ein Gesellschafter selbst eine Gesellschaft, so sind bei eingetragenen Gesellschaften in die Liste deren Firma, Satzungssitz, zuständiges Register und Registernummer aufzunehmen, bei nicht eingetragenen Gesellschaften deren jeweilige Gesellschafter unter einer zusammenfassenden Bezeichnung mit Name, Vorname, Geburtsdatum und Wohnort. <sup>3</sup>Hält ein Gesellschafter mehr als einen Geschäftsanteil, ist in der Liste der Gesellschafter zudem der Gesamtumfang der Beteiligung am Stammkapital als Prozentsatz gesondert anzugeben.“

## 2. Musterprotokoll und Gesellschafterliste

### a) Keine Änderungen von § 2 Abs. 1a GmbHG und des Musterprotokolls

Der Gesetzgeber hat die Bestimmungen zum Musterprotokoll nicht geändert. § 2 Abs. 1a S. 2 bis 4 GmbHG lautet weiterhin (Hervorhebungen durch das DNotI):

„<sup>2</sup>Für die Gründung im vereinfachten Verfahren ist das in der Anlage bestimmte Musterprotokoll zu verwenden. <sup>3</sup>Darüber hinaus dürfen keine vom Gesetz abweichenden Bestimmungen getroffen werden. <sup>4</sup>Das Musterprotokoll gilt zugleich als Gesellschafterliste.“

Auch das Musterprotokoll in der Anlage des GmbHG wurde nicht angepasst. Seine Ziff. 3. lautet weiterhin (bei der Mehrpersonengründung):

„3. Das Stammkapital der Gesellschaft beträgt ..... € (i.W. .... Euro) und wird wie folgt übernommen:

Herr/Frau ..... übernimmt einen Geschäftsanteil mit einem Nennbetrag in Höhe von ..... € (i.W. .... Euro) (Geschäftsanteil Nr. 1), [...].“

Das Musterprotokoll sieht die Angabe der prozentualen Beteiligung des Geschäftsanteils am Kapital nicht vor. Insoweit enthält das Musterprotokoll also gerade nicht die Angaben, die § 40 Abs. 1 S. 1 GmbHG n. F. für die Gesellschafterliste vorschreibt.

### b) Musterprotokoll und Transparenzregister

Dies könnte vor dem Hintergrund der neuen Bestimmungen zum Transparenzregister problematisch sein. § 20 Abs. 1 S. 1 GwG verlangt, dass juristische Personen Angaben zu Art und Umfang des wirtschaftlichen Interesses der an ihnen beteiligten Personen dem Transparenzregister mitteilen. Wirtschaftlich berechtigt sind natürliche Personen, die, unmittelbar oder mittelbar, mehr als 25 Prozent der Kapitalanteile halten, mehr als 25 Prozent der Stimmrechte kontrollieren oder auf vergleichbare Weise Kontrolle ausüben (§ 3 Abs. 2 GwG).

Die Pflicht zur Mitteilung an das Transparenzregister gilt als erfüllt, wenn sich die Angaben aus den in § 22 Abs. 1 GwG genannten Dokumenten ergeben, die zum Handelsregister eingereicht wurden (§ 20 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 GwG). Die Gesetzesbegründung führt hierzu anschaulich aus (BT-Drs. 18/11155, S. 129; Hervorhebungen durch das DNotI; vgl. zum Fall der Treuhand auch Bochmann, DB 2017, 1310, 1314):

„Ergibt sich beispielsweise bereits aus der beim Handelsregister hinterlegten Gesellschafterliste einer GmbH, dass sie drei natürliche Personen als Gesellschafter mit jeweils mehr als 25 Prozent der Geschäftsanteile hat, so bedarf es in der Regel keiner weiteren Handlungen der Meldepflichtigen. Eine Meldepflicht bestünde allerdings etwa dann, wenn hinter einem der Gesellschafter ein Treugeber stünde, der sich naturgemäß nicht aus öffentlich zugänglichen Registern ergibt, so dass der Gesellschafter diesen anzugeben hat.“

§ 22 Abs. 1 Nr. 4 GwG nimmt ausdrücklich auf Gesellschaftsverträge in Form eines Musterprotokolls nach § 2 Abs. 1a S. 2 GmbHG Bezug, sofern „diese als Gesellschafterliste gelten, nach § 2 Abs. 1a S. 4“ GmbHG.

Aus dem Zusammenspiel von § 20 Abs. 2 S. 1 GwG und § 22 Abs. 1 Nr. 4 GwG lässt sich daher schließen, dass bei einem als Gesellschafterliste geltenden **Musterprotokoll** eine **ergänzende Mitteilung** an das Transparenzregister **nicht erforderlich** ist. Nach der Vorstellung des Gesetzgebers sind die im Musterprotokoll enthaltenen Angaben offenbar übersichtlich genug, um den Umfang des wirtschaftlichen Interesses der an der Gesellschaft beteiligten Personen transparent wiederzugeben (so auch Scholz/Wicke, GmbHG, 12. Aufl. [im Erscheinen], § 2 Rn. 133).

### c) Ergänzung des Musterprotokolls um die Prozentsätze?

Möglich wäre allenfalls, dass der Gesetzgeber mit dem Zusatz: „sofern diese als Gesellschafterliste“ gelten, zum Ausdruck gebracht hat, dass nicht jedes Musterprotokoll als Gesellschafterliste gilt, sondern nur ein solches Musterprotokoll, das zugleich die Prozentangaben nach § 40 Abs. 1 S. 1 GmbHG n. F. enthält. Hiergegen spricht aber, dass der **Gesetzgeber das Musterprotokoll gerade nicht angepasst** hat.

Eine Gesellschaft kann im vereinfachten Verfahren gem. dem Musterprotokoll nur mit maximal drei Gesellschaftern gegründet werden (§ 2 Abs. 1a S. 1 GmbHG). Einer der Gesellschafter ist also zwingend mit mehr als 25 Prozent an der Gesellschaft beteiligt. Hätte der Gesetzgeber die Prozentangaben im Musterprotokoll für erforderlich gehalten, damit das Musterprotokoll den Anforderungen der §§ 20 Abs. 2, 22 Abs. 1 Nr. 4 GwG genügt, hätte er es ändern müssen. Es ist daher anzunehmen, dass die Angaben im Musterprotokoll bereits eine ausreichende Beteiligungstransparenz herstellen und eine ergänzende Angabe der Prozentsätze nicht erforderlich ist. § 2 Abs. 1a S. 4 GmbHG stellt die Fiktion einer Gesellschafterliste unabhängig von den Anforderungen des § 40 Abs. 1 GmbHG n. F. auf. Eine Ergänzung des Musterprotokolls ist daher nicht erforderlich (Seibert/Bochmann/Cziupka, GmbHR 2017, R 241; Scholz/Wicke, § 2 Rn. 134; wohl auch Schaub, GmbHR 2017, 727 Fn. 8; offen lassend Böhringer, BWNNotZ 2017, 61, 64; a. A. Melchior, NotBZ 2017, 281, 284).

Ob eine **Ergänzung des Musterprotokolls um die Prozentsätze möglich** ist **oder** ob es sich dabei um eine **wesentliche Abweichung** handelt und das Kostenprivileg des § 105 Abs. 6 GNotKG entfällt, ist offen (vgl. hierzu Melchior, NotBZ 2017, 281, 285; für eine zulässige Ergänzung des Musterprotokolls Scholz/Wicke, § 2 Rn. 134).

### d) Vorgaben der Geldwäscherichtlinie

Diese Auffassung dürfte auch mit den Vorgaben der **Vierten Geldwäscherichtlinie** (EU) 2015/849 vereinbar sein. Dessen Art. 30 Abs. 1 bestimmt, dass die Mitgliedstaaten dafür sorgen müssen, dass die juristischen Personen, „präzise und aktuelle Angaben zu ihren Eigentümern, einschließlich genauer Angaben zum wirtschaftlichen Interesse einholen und aufbewahren“. Art. 30 Abs. 4 bestimmt ergänzend, dass die Angaben im Transparenzregister „angemessen, präzise und aktuell“ sein müssen. Bei einer Gesellschaft mit maximal drei Gesellschaftern, die jeweils nur einen Anteil halten können, dürfte eine hinreichend genaue Transparenz i. S. d. Art. 30 Abs. 1 u. 3 der Geldwäscherichtlinie bestehen, wenn sich aus dem Musterprotokoll die Höhe des jeweiligen Anteils und das Gesamtkapital ergeben. Auch aus Art. 3 Nr. 6 lit. a der Vierten Geldwäscherichtlinie dürfte sich nichts

anderes ergeben, da die Vorschrift lediglich den wirtschaftlich Berechtigten anhand der prozentualen Beteiligung definiert, Art. 30 Abs. 1 und 3 aber nicht zwingend die Übermittlung der Prozentangaben fordern (a. A. Melchior, NotBZ 2017, 281, 284).

#### e) Einreichung einer zusätzlichen Gründungsliste?

Auch die **Einreichung einer zusätzlichen Gründungsliste** wird man bei einer nach Musterprotokoll gegründeten GmbH nicht verlangen können (tendenziell anders Melchior, NotBZ 2017, 281, 285; offen lassend Böhringer, BWNotZ 2017, 61, 64). Denn das Musterprotokoll gilt in seiner bisherigen Form weiterhin als Gesellschafterliste (§ 2 Abs. 1a S. 4 GmbHG) und erfüllt zugleich die Anforderungen des Transparenzregisters (so zur bisherigen Rechtslage auch Tebben, in: Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt, GmbHG, 3. Aufl. 2017, § 8 Rn. 15; MünchKommGmbHG/Herrler, 2. Aufl. 2015, § 8 Rn. 20). Im Gegenteil dürfte sogar zweifelhaft sein, ob überhaupt eine weitere Gründungsliste eingereicht werden kann, wenn das Musterprotokoll bereits als Gesellschafterliste gilt (a. A. Böhringer, BWNotZ 2017, 61, 64; Melchior, NotBZ 2017, 281, 284).

Zu beachten ist, dass für die Einreichung einer zusätzlichen Gründungsliste eine **gesonderte Vollzugsgebühr** nach KV 22110 bzw. 22113 i. V. m. Vorbem. 2.2.1.1 Abs. 1 S. 2 GNotKG anfallen kann (Böhringer, BWNotZ 2017, 61, 64).

### 3. Ergebnis

Unseres Erachtens ist das Musterprotokoll in seiner bisherigen Form ausreichend, um den Anforderungen des neuen Rechts Rechnung zu tragen. Es ist insbesondere nicht erforderlich das Musterprotokoll um entsprechende Prozentangaben i. S. d. § 40 Abs. 1 S. 1 GmbHG n. F. zu ergänzen. Eine Mitteilung an das Transparenzregister ist ebenso wenig erforderlich wie die Einreichung einer gesonderten Gründungsliste (so auch Seibert/Bochmann/Cziupka, GmbHR 2017, R 241; Scholz/Wicke, § 2 Rn. 134).

---

## GmbHG §§ 40 Abs. 1, 33 Abs. 1 Neue gesetzliche Bestimmungen zur Gesellschafterliste; eigene Anteile der Gesellschaft und prozentuale Beteiligungsangabe

### I. Sachverhalt

Seit dem Inkrafttreten des Gesetzes zur Umsetzung der Vierten EU-Geldwäscherichtlinie am 26. Juni 2017 verlangt § 40 Abs. 1 S. 3 GmbHG n. F., dass in der Liste der Gesellschafter der Gesamtumfang der Beteiligung am Stammkapital als Prozentsatz gesondert anzugeben ist, wenn ein Gesellschafter mehr als einen Geschäftsanteil hält.

### II. Frage

Wie wirkt sich die Tatsache aus, dass eine Gesellschaft eigene Geschäftsanteile im Sinne des § 33 GmbHG hält?

### III. Zur Rechtslage

#### 1. Neuregelungen zur Gesellschafterliste

Mit dem Gesetz zur Umsetzung der Vierten EU-Geldwäscherichtlinie, zur Ausführung der EU-Geldtransferverordnung und zur Neuorganisation der Zentralstelle für

Finanztransaktionsuntersuchungen (BGBl. 2017 I, S. 1822, vgl. Art. 24) wurde § 40 GmbHG geändert. Die GmbH-Gesellschafterliste muss nunmehr auch Angaben zur jeweiligen prozentualen Beteiligung am Stammkapital für jeden Geschäftsanteil des Gesellschafters und insgesamt für jeden Gesellschafter enthalten.

Solange der Gesetzgeber keine näheren Vorgaben zur Ausgestaltung der Gesellschafterliste macht, kann der Notar den **Aufbau der Gesellschafterliste** im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben **nach** seinem **Ermessen** gestalten (vgl. BGH DStR 2011, 2206 Rn. 10; Wicke, GmbHG, 3. Aufl. 2016, § 40 Rn. 5a). Dies gilt etwa für die Nummerierung der Anteile (BGH DStR 2011, 2206 Rn. 10; MünchKommGmbHG/Heidinger, 2. Aufl. 2016, § 40 Rn. 33) sowie für die Frage, ob eine Veränderungsspalte aufzunehmen ist (vgl. OLG Jena GmbHR 2010, 598; GroßkommGmbHG/Paefgen, 2. Aufl. 2014, § 40 Rn. 39).

Im Übrigen muss die Gesellschafterliste die in § 40 Abs. 1 GmbHG vorgesehenen **Mindestangaben** enthalten. Die Informationen müssen dabei **übersichtlich und geordnet** sein, um Missverständnisse zu vermeiden (BGH DNotZ 2015, 456 Rn. 9). Im Übrigen darf die Gesellschafterliste **keine sonstigen Angaben enthalten**, die nicht eintragungsfähig sind (vgl. BGH DStR 2011, 2206 Rn. 10 [zur Anteilsabtretung]; BGH DNotZ 2015, 456 Rn. 9 [zum Testamentsvollstreckermerk]; vgl. zum Ganzen MünchKommGmbHG/Heidinger, § 40 Rn. 26 ff.). Von den sonstigen Angaben ist die Darstellungsform der vom Gesetz geforderten Angaben zu unterscheiden.

Derzeit besteht also ein **begrenzter Gestaltungsspielraum des Notars**. Dies könnte sich aber zeitnah ändern, wenn der Gesetzgeber von der Kompetenz zum Erlass einer **Gesellschafterlistenverordnung** Gebrauch machen sollte.

### 2. Wiedergabe der Prozentzahlen bei eigenen Anteilen

§ 40 Abs. 1 S. 1 GmbHG verlangt, dass die Geschäftsanteile sowie die durch den jeweiligen Nennbetrag eines Geschäftsanteils vermittelte jeweilige **prozentuale Beteiligung am Stammkapital** anzugeben sind. Hält ein Gesellschafter mehr als einen Geschäftsanteil, ist in der Liste der Gesellschafter zudem der **Gesamtumfang** der Beteiligung am **Stammkapital** als **Prozentsatz** gesondert anzugeben (§ 40 Abs. 1 S. 3 GmbHG).

Wie sich die prozentualen Angaben bei eigenen Anteilen der Gesellschaft berechnen (§ 33 Abs. 1 GmbHG), ergibt sich aus dem Gesetz nicht ausdrücklich. Insoweit sind zwei verschiedene Lösungsansätze denkbar.

#### a) Möglichkeit 1: Berücksichtigung eigener Anteile

Der erste Lösungsansatz besteht darin, dass man die eigenen Anteile der Gesellschaft prozentual ausweist und auch im Rahmen der prozentualen Beteiligung der anderen Gesellschafter berücksichtigt. Hat eine Gesellschaft z. B. ein Stammkapital von 100.000 EUR und hält die Gesellschaft eigene Anteile in Höhe von 30.000 EUR, während die Gesellschafter A und B einen Geschäftsanteil von je 35.000 EUR haben, würde dies bedeuten, dass in der Liste eine Beteiligung von 30 Prozent hinter dem Anteil der Gesellschaft auszuweisen wäre und jeweils eine Beteiligung von 35 Prozent hinter den laufenden Num-

mern der Anteile der Gesellschafter A und B. Dies würde auch für die Gesamtbeteiligung des Gesellschafters gelten.

## b) Möglichkeit 2: Nichtberücksichtigung eigener Anteile

Alternativ bestünde die Möglichkeit, die eigenen Anteile der Gesellschaft **vom Nennkapital abzusetzen**. Im vorgenannten Beispielsfall würde dies bedeuten, dass in der Zeile des eigenen Anteils der Gesellschaft keine prozentuale Beteiligung ausgewiesen würde, während die Gesellschafter A und B mit einer Beteiligung von je 50 Prozent aufzuführen wären. Für diese Lösung könnte eine Analogie zu § 16 Abs. 2 S. 2 AktG sprechen. Eigene Anteile sind bei Kapitalgesellschaften vom Nennkapital abzusetzen. Allerdings begründet § 16 Abs. 2 S. 2 AktG selbst keine Mitteilungspflicht, sondern regelt **nur die konzernrechtlichen Voraussetzungen**, unter denen von einem Mehrbesitz eines Unternehmens auszugehen ist. Bei der bilanziellen Ausweisung ist auch bei der GmbH der rechnerische Wert von eigenen Anteilen offen von dem Posten „Gezeichnetes Kapital“ abzusetzen (§ 272 Abs. 1a HGB; näher hierzu Lutter/Hommelhoff, in: dies., GmbHG, 19. Aufl. 2016, § 33 Rn. 27 f.).

Für die Absetzung der eigenen Anteile vom Stammkapital könnte außerdem der Umstand sprechen, dass § 40 Abs. 1 S. 1 GmbHG n. F. **im Zusammenspiel mit** der Einführung des **Transparenzregisters** zu sehen ist. Aufgabe des Transparenzregisters ist es, den wirtschaftlich Berechtigten einer Gesellschaft erkennbar zu machen (vgl. BT-Drs. 18/11555, S. 173). Hält die Gesellschaft eigene Anteile, **ruhen die Mitgliedschaftsrechte**, somit auch das Stimmrecht und das Gewinnbezugsrecht (BGH NJW 1995, 1027, 1028; Wicke, § 33 Rn. 9). Wirtschaftlich betrachtet ist die Gesellschaft nicht an sich selbst beteiligt. Die **wirtschaftliche Beteiligung** der Mitgesellschafter ist **tatsächlich höher**, als es ihr Anteil am Stammkapital andeutet. Nach § 3 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 und 2 GwG gilt als wirtschaftlich Beteiligter nicht nur, wer mehr als 25 Prozent der Kapitalanteile hält, sondern auch, wer **mehr als 25 Prozent der Stimmrechte** kontrolliert. Hat ein Gesellschafter ein Stimmrecht von mehr als 25 Prozent, ist der Gesellschafter wirtschaftlich beteiligt und ist dies durch die Gesellschaft dem Transparenzregister mitzuteilen (§ 20 Abs. 1 S. 1 GwG).

## c) Stellungnahme

Unseres Erachtens sprechen die besseren Gründe dafür, die eigenen Anteile der Gesellschaft bei den prozentualen Angaben in der Liste zu berücksichtigen (Möglichkeit 1). Dies ergibt sich bereits aus dem klaren Wortlaut des § 40 Abs. 1 S. 1 GmbHG. Hiernach sind die **Nennbeträge** und die laufenden Nummern der von einem jeden Gesellschafter gehaltenen **Geschäftsanteile** sowie die durch den jeweiligen **Nennbetrag** eines Geschäftsanteils vermittelte jeweilige **prozentuale Beteiligung am Stammkapital** anzugeben. **Bezugspunkt** der Prozentangabe ist das Verhältnis von Nennbetrag des Geschäftsanteils und **Stammkapital**. Es kommt gerade nicht auf die wirtschaftliche Beteiligung des Gesellschafters und auch nicht auf sein Stimmrecht an.

Vor diesem Hintergrund sind etwa auch satzungsmäßig eingeräumte Mehrstimmrechte nicht in der Liste zu berücksichtigen. Ebenso wenig ist bei einem **stimmrechtslosen Anteil** in der Liste eine abweichende prozentuale Beteiligung auszuweisen. Es lässt sich auch kaum sagen, dass die eigene Anteile haltende Gesellschafterin nicht als

Gesellschafterin i. S. v. § 40 Abs. 1 S. 1 GmbHG anzusehen ist. Hält eine Gesellschaft eigene Anteile, kann sie zwar nicht die Mitgliedschaftsrechte ausüben, ist aber gleichwohl Gesellschafterin und am Kapital beteiligt. Nur hierauf kommt es an. Für § 40 Abs. 1 S. 3 GmbHG, der den Fall betrifft, dass ein Gesellschafter mehrere Anteile hält, kann nichts anderes gelten.

Das Gesetz geht von einem **Gleichklang** der Nennbeträge der in der Liste **aufgeführten Geschäftsanteile** und der **prozentualen Beteiligung am Stammkapital** aus. Wenn ein Geschäftsanteil in der Liste aufgeführt ist, muss der Nennbetrag dieses Anteils auch in das Verhältnis zum Stammkapital gesetzt werden. Es wäre mit dem **formalen Ansatz** des § 40 Abs. 1 S. 1 GmbHG, der dem besonderen **Bedürfnis nach Klarheit** geschuldet ist, nicht vereinbar, wenn einzelne Geschäftsanteile in der Liste überhaupt nicht mit ihrer prozentualen Beteiligung ausgewiesen würden und man bei anderen Geschäftsanteilen nicht das Verhältnis der Nennbeträge zum Stammkapital, sondern das Verhältnis zum Stammkapital abzüglich der Anteile eines anderen Gesellschafters ausweisen würde.

Diese formale Auffassung wäre freilich misslich, wenn sie dazu führen würde, dass die Gesellschaft künftig eine Mitteilung nach § 20 Abs. 1 S. 1 GwG über den wirtschaftlich Berechtigten machen müsste, sobald sie eigene Anteile hält. Nach § 20 Abs. 2 GwG gilt jedoch die Pflicht zur Mitteilung an das **Transparenzregister** als **erfüllt**, wenn sich die Angaben zum **wirtschaftlich Berechtigten** bereits **aus der Gesellschafterliste** ergeben (BT-Drs. 18/11555, S. 128). Nur wenn sich der Inhalt der wirtschaftlichen Berechtigung nicht aus der Gesellschafterliste ergibt, muss nach § 20 Abs. 1 GwG eine gesonderte Mitteilung an das Transparenzregister erfolgen. Dies ergibt sich auch aus der Gesetzesbegründung (BT-Drs. 18/1155 S. 129; vgl. hierzu auch bereits Gutachten DNotI-Report 2017, 129, 130).

Hält die Gesellschaft eigene Anteile, sind diese in der Gesellschafterliste ausgewiesen. Es ergibt sich somit aus der Gesellschafterliste mit der gebotenen Klarheit, dass die anderen Gesellschafter mit einem höheren Anteil wirtschaftlich berechtigt sind. Dabei handelt es sich um eine rechtliche Schlussfolgerung, die die einsichtsberechtigten Stellen (§ 23 GwG) ohne Weiteres ziehen können. Eine **Mitteilung** an das Transparenzregister ist daher **nicht erforderlich**.

Im Übrigen wäre es auch unter Transparenzgesichtspunkten wenig wünschenswert, wenn die prozentuale Beteiligung der Gesellschaft am Stammkapital nicht in der Liste ausgewiesen würde. Es ist für den Rechtsverkehr nämlich durchaus von Interesse, wie hoch die prozentuale Beteiligung der Gesellschaft an sich selbst ist. Diese Angabe kann vor allem anlässlich einer Veräußerung des Geschäftsanteils oder mit Blick auf künftig mögliche Anteilsveräußerungen an Dritte und die denkbaren Auswirkungen auf die Veränderung der Mehrheitsverhältnisse von Bedeutung sein.

## 3. Ergebnis

Wir gehen davon aus, dass auch eigene Anteile der Gesellschaft nach § 40 Abs. 1 S. 1 und 3 GmbHG prozentual in der Gesellschafterliste auszuweisen sind. Dementsprechend sind keine Berechnungen erforderlich, wie hoch die prozentualen Beteiligungen der Mitgesellschafter am Stammkapital unter Abzug der eigenen Anteile der Gesellschaft sind.

## **GBO §§ 15 Abs. 3, 151**

### **Nachweis der notariellen Eintragungsfähigkeitsprüfung bei beurkundeten Erklärungen**

#### **I. Sachverhalt**

Es wurde ein Grundstückskaufvertrag beurkundet. Der Verkäufer hat im Vertrag eine Auflassungsvormerkung bewilligt, die nunmehr in das Grundbuch eingetragen werden soll.

Das Grundbuchamt verweigert die Eintragung mit der Begründung, der Notar habe nicht durch einen Prüfvermerk gem. § 15 Abs. 3 GBO den Nachweis erbracht, dass er die Prüfung der Eintragungsfähigkeit der beurkundeten Erklärungen vorgenommen hat. Aus § 151 GBO ergebe sich im Umkehrschluss, dass auch bei notariell beurkundeten Erklärungen eine Prüfung der Eintragungsfähigkeit erfolgen müsse. Das Grundbuchamt meint außerdem, aus der Beurkundung durch den Notar ergebe sich nicht in ausreichender Weise, dass der Notar zeitnah Einsicht in das Grundbuch genommen habe.

#### **II. Frage**

Sind die Bedenken des Grundbuchamts begründet?

#### **III. Zur Rechtslage:**

##### **1. Notarielle Prüfungspflicht aus § 15 Abs. 3 S. 1 GBO**

Nach § 15 Abs. 3 S. 1 GBO sind die zu einer Eintragung erforderlichen Erklärungen vor ihrer Einreichung an das Grundbuchamt von einem Notar auf Eintragungsfähigkeit zu prüfen. Bei der Prüfung durch den Notar handelt es sich um eine **formelle Eintragungsvoraussetzung** (BT-Drs. 18/10607, S. 109; vgl. auch BT-Drs. 18/10607, S. 109, 111 = BR-Drs. 602/16(B), S. 14, 17; BeckOK-FamFG/Otto, Stand 1.7.2017, § 378 Rn. 75; Eickelberg/Böttcher, FGPrax 2017, 145, 149; Attenberger, MittBayNot 2017, 335, 341; Diehn/Rachlitz, DNotZ 2017, 487, 492; vgl. zum Ganzen Gutachten DNotI-Report 2017, 89, 92).

Formelle Eintragungsvoraussetzungen sind dem Grundbuchamt nachzuweisen. Das gilt auch für die Prüfung der Eintragungsfähigkeit nach § 15 Abs. 3 GBO durch einen Notar (BNotK-RS 2017/5, S. 7; Eickelberg/Böttcher, FGPrax 2017, 145, 149; Diehn/Rachlitz, DNotZ 2017, 487, 497; Weber, RNotZ 2017, 427, 434; Gutachten DNotI-Report 2017, 89, 92; zu § 378 Abs. 3 FamFG vgl. BeckOK-FamFG/Otto, § 378 Rn. 63; Krafka, NZG 2017, 889, 892; a. A. Heinemann, ZNotP 2017, 166, 168; Zimmer, NJW 2017, 1909, 1912).

##### **2. Nachweis der Prüfung bei notarieller Beurkundung der Erklärung**

Fraglich ist, ob es eines besonderen Nachweises der Prüfung durch den Notar bedarf, wenn die Grundbucheintragungen, die zur Eintragung gelangen sollen, **notariell beurkundet** worden sind.

Die **Gesetzesbegründung** zur Parallelvorschrift des § 15 GBO in § 378 Abs. 3 FamFG führt hierzu aus (BT-Drs. 18/10607, S. 109 f.):

*„Die Prüfung der Eintragungsfähigkeit und damit die Erfüllung der formellen Eintragungsvoraussetzung des vorgeschlagenen § 378 Absatz 3 FamFG kann dem Registergericht insbesondere durch Befügung eines Prüfvermerks nachgewiesen werden.*

*Sind Anmeldungen in einer Niederschrift nach §§ 8 ff. BeurkG enthalten, so ist bereits aufgrund der Prüfpflicht des Notars nach § 17 BeurkG für das Registergericht ersichtlich, dass auch die Prüfung der Eintragungsfähigkeit nach dem vorgeschlagenen § 378 Absatz 3 FamFG erfolgt ist.“*

Die Gesetzesbegründung zu § 15 Abs. 3 GBO verweist auf die Ausführungen zu § 378 Abs. 3 FamFG (BT-Drs. 18/10607, S. 111):

*„Über das Ergebnis seiner Prüfung fertigt der Notar entsprechend den obigen Ausführungen zu dem vorgeschlagenen § 378 Absatz 3 FamFG gegebenenfalls einen Prüfvermerk.“*

Nach dem insoweit **eindeutigen Willen des Gesetzgebers** bedarf es **keines besonderen Nachweises**, wenn die Erklärungen nach §§ 8 ff. BeurkG beurkundet worden sind.

Auch die bislang **einhellige Auffassung** in der **Literatur** hält einen besonderen Prüfungsnachweis nicht für erforderlich, wenn der Notar die für die Grundbucheintragung erforderlichen Willenserklärungen beurkundet hat (Attenberger, MittBayNot 2017, 335, 341; BNotK-RS 5/2017, S. 7; Diehn/Rachlitz, DNotZ 2017, 487, 497; Heinemann, ZNotP 2017, 166, 168; Weber, RNotZ 2017, 427, 434; so auch bereits Gutachten DNotI-Report 2017, 89, 93; vgl. jetzt auch OLG Schleswig DNotI-Report 2017, 134).

Gegen diese Auffassung lässt sich insbesondere nicht die Vorschrift des § 151 GBO ins Feld führen. Hiernach findet § 15 Abs. 3 GBO für Erklärungen, die bis einschließlich 8. Juni 2017 beurkundet oder beglaubigt wurden, keine Anwendung. Aus dieser Vorschrift kann man zwar den Umkehrschluss ziehen, dass auch notariell beurkundete Erklärungen vor ihrer Eintragung von einem Notar auf ihre Eintragungsfähigkeit zu prüfen sind. Allerdings lässt sich aus § 151 GBO **nicht der Schluss ziehen**, dass das Ergebnis der Prüfung in einem **gesonderten notariellen Prüfvermerk** zu dokumentieren wäre. Hat der Notar die Erklärung beurkundet, ergibt sich bereits hieraus mit hinreichender Deutlichkeit, dass er die Prüfung der Eintragungsfähigkeit vorgenommen hat.

Der Notar muss die Eintragungsfähigkeit der von ihm beurkundeten Erklärungen nach **§ 17 BeurkG** prüfen. Hält er die Erklärung nicht für eintragungsfähig, muss er die Beurkundung ablehnen (§ 4 BeurkG). Bei Zweifeln an der Eintragungsfähigkeit muss er einen **Zweifelsvermerk** in die Niederschrift aufnehmen (§ 17 Abs. 2 S. 1 BeurkG). Hat der Notar die Niederschrift ohne einen Zweifelsvermerk aufgenommen, ergibt sich hieraus mit hinreichender Deutlichkeit, dass er die Eintragungsfähigkeit der beurkundeten Erklärungen geprüft hat und sie für eintragungsfähig hält. Ein **ausdrücklicher Prüfvermerk** in oder außerhalb der Niederschrift **ist überflüssig**.

Ein Prüfungsvermerk ist freilich nur dann entbehrlich, wenn der beurkundende Notar auch den strengen Prüfungspflichten des § 17 BeurkG unterliegt und aufgrund seiner Stellung als **inländischer Amtsträger** über gesicherte Kenntnisse im deutschen Recht verfügt. Hat etwa ein ausländischer Notar die Beurkundung vorgenommen, muss vor der Eintragung der beurkundeten Erklärung eine **Prüfung durch einen deutschen Notar** erfolgen. In diesem Fall bedarf es eines besonderen Prüfungsnachweises. Für die Prüfung nach § 15 Abs. 3 S. 1 GBO ist nur ein

inländischer Notar zuständig (BeckOK-FamFG/Otto, § 378 Rn. 54; Eickelberg/Böttcher, FGPrax 2017, 145, 149; Weber, RNotZ 2017, 427, 432; näher hierzu Gutachten DNotI-Report 2017, 89, 91).

### 3. Keine Verpflichtung zur Grundbucheinsicht

Soweit das Grundbuchamt meint, aus der Niederschrift ergebe sich nicht, dass sich der Notar im Zeitpunkt der Beurkundung nach § 21 BeurkG über den Inhalt des Grundbuchs unterrichtet hat, geht dieser Einwand schon deshalb fehl, weil der Notar im Rahmen der Prüfung nach § 15 Abs. 3 S. 1 GBO nur die Erklärungen auf Eintragungsfähigkeit prüfen muss, **nicht** aber zu einer Grundbucheinsicht verpflichtet ist (vgl. BT-Drs. 18/10607, S. 111 = BR-Drs. 602/16(B), S. 17; Attenberger, MittBayNot 2017, 335, 338; Diehn/Rachlitz, DNotZ 2017, 487, 501; Weber, RNotZ 2017, 427, 431; so jetzt auch OLG Schleswig DNotI-Report 2017, 134). Wenn der Notar bei der Prüfung nach § 15 Abs. 3 GBO keine Grundbucheinsicht vornehmen muss, kann man auch nicht verlangen, dass sich aus der dem Grundbuchamt vorliegenden Niederschrift ergeben muss, ob und wann der Notar Einsicht in das Grundbuch genommen hat.

### 4. Ergebnis

Wir halten die Bedenken des Grundbuchamts für unbegründet. Es bedarf keiner weiteren notariellen Eintragungsfähigkeitsbescheinigung.

## Gutachten im Abrufdienst

Folgende Gutachten können Sie über unseren Gutachten-Abrufdienst im Internet unter:

<http://www.dnoti.de>

abrufen. In diesem frei zugänglichen Bereich können die Gutachten über die Gutachten-Abrufnummer oder mit Titelschlagworten aufgefunden werden. Dies gilt ebenfalls für die bisherigen Faxabruf-Gutachten.

**BGB §§ 890, 1026; GBO §§ 22, 29, 46 Abs. 2**

**Rechtsgeschäftliche Ersterkung von Rechten aus Abt. II im Rahmen der Bestandteilszuschreibung; lastenfreie Abschreibung bei späterer Grundstücksteilung**  
Abruf-Nr.:

**BGB §§ 2050, 2052, 2315**

**Vertragsaufhebung einer Zuwendung und Auswirkungen auf Ausgleichs- und Anrechnungsbestimmungen**  
Abruf-Nr.:

## Rechtsprechung

**GBO § 15 Abs. 3**

**Notarielle Prüfung als Eintragungsvoraussetzung im Grundbuchverfahren; Nachweis auch ohne Prüfvermerk bei Entwurf des beglaubigenden Notars**

**1. Dem Grundbuchamt ist ein Nachweis zu erbringen, dass die zur Grundbucheintragung erforderlichen**

**Erklärungen von einem Notar auf Eintragungsfähigkeit geprüft worden sind.**

**2. Ein Nachweis durch einen notariellen Prüfvermerk ist entbehrlich, wenn die zur Eintragung erforderlichen Erklärungen notariell beurkundet worden sind. Entsprechendes gilt im Falle einer Unterschriftsbeglaubigung, wenn klar und unzweideutig feststeht und ohne Weiteres anhand des Äußeren der Urkunde erkennbar ist, dass die Erklärung, deren Unterzeichnung der einreichende Notar beglaubigt hat, von diesem entworfen worden ist.** (Leitsätze der DNotI-Redaktion)

OLG Schleswig, Beschl. v. 28.7.2017 – 2 Wx 50/17

### Problem

Am 9. Juni 2017 sind die neuen notariellen Prüfpflichten im Grundbuch- und Registerverkehr in Kraft getreten (vgl. hierzu bereits Gutachten DNotI-Report 2017, 89; BNotK-RS 2017/5). § 15 Abs. 3 S. 1 GBO bestimmt, dass die für eine Eintragung erforderlichen Erklärungen vor der Einreichung beim Grundbuchamt von einem Notar auf Eintragungsfähigkeit zu prüfen sind. Eine Parallelvorschrift für das Registerrecht enthält § 378 Abs. 3 FamFG.

Das OLG Schleswig hatte Gelegenheit, einige praktische Anwendungsfragen des § 15 Abs. 3 GBO zu klären. In dem zugrunde liegenden Fall ließ eine Grundstückseigentümerin kurz nach dem Inkrafttreten des Gesetzes ihre Zustimmung zur Löschung einer Grundschuld beglaubigen (vgl. § 1183 S. 1 BGB i. V. m. § 27 GBO). Den Text der Eigentümerzustimmung hatte der Notar entworfen. Dies war aus der Urkunde unzweifelhaft ersichtlich. Ein Vermerk über eine notarielle Prüfung der Eintragungsfähigkeit war dem Grundbuchantrag nicht beigefügt.

Das Grundbuchamt verweigerte die Eintragung mit der Begründung, dass die erforderliche Prüfung der Erklärung durch den Notar nicht nachgewiesen sei.

### Entscheidung

Nach Auffassung des OLG Schleswig ist dem Grundbuchamt die nach § 15 Abs. 3 GBO erfolgte notarielle Prüfung nachzuweisen. Ein „Eintragungshindernis“ bestehe jedoch im konkreten Fall nicht: Aus der Urkunde sei unzweifelhaft ersichtlich, dass der Entwurf der Zustimmungserklärung vom beglaubigenden Notar stamme und der Notar somit eine Prüfung vorgenommen habe.

Für das Grundbuchamt müsse allerdings aus den betroffenen Urkunden selbst **ohne weitere Nachforschungen ersichtlich sein, dass die Prüfung der Eintragungsfähigkeit erfolgt** sei.

Dies ergebe sich eindeutig aus den Gesetzesmaterialien. Nach der Vorstellung des Gesetzgebers solle es sich bei der **Prüfpflicht** um eine „**formelle Voraussetzung im Eintragungsverfahren**“ handeln (BR-Drs. 602/1/16, S. 15, 17). Ferner enthalte die Stellungnahme des Rechtsausschusses die klare Erwartung, es müsse „für das Registergericht aus der Anmeldung selbst ohne weitere Nachforschungen ersichtlich sein“, dass eine Prüfung der Eintragungsfähigkeit erfolgt sei (BR-Drs. 602/1/16, S. 15, 16 f.).

Das Gericht führt weiter aus:

„Des Weiteren kann der Zweck der Neuregelung, die

Bearbeitung durch das Gericht im formalisierten Grundbuch- und Registerverfahren zu vereinfachen und zu beschleunigen, kaum erreicht werden, wenn das Gericht nicht ohne Weiteres erkennen kann, ob der Notar seiner Prüfungspflicht überhaupt nachgekommen ist. Ohne Dokumentation der notariellen Prüfung besteht die Gefahr, dass die Filter- und Entlastungsfunktion der Prüfpflicht leerlaufen würde (ebenso DNotI-Report 2017, S. 89 ff., 92 f.; Diehn/Rachlitz, DNotZ 2017, S. 487 ff., 497). Die Erforderlichkeit der Dokumentation wird zwar zum Teil in Abrede gestellt, weil die Selbstverständlichkeit, dass der Notar seine Dienstpflichten wahrgenommen habe, keines Vermerks bedürfe (Zimmer, NJW 2017, S. 1909 ff., 1912). Schließlich bestehe auch dort, wo der Notar die Prüfung nach Beurkundungsrecht vorzunehmen habe, keine Vermerkplicht (Zimmer, a. a. O.). Insoweit ist jedoch zu berücksichtigen, dass der Gesetzgeber mit den §§ 15 Abs. 3 GBO, 378 Abs. 3 S. 1 FamFG n. F. gerade für das Grundbuch- bzw. Registerverfahren besondere verfahrensrechtliche Vorschriften geschaffen hat, die im Verhältnis zum Gericht Prüfungspflichten des Notars begründen und mit den bisher schon den Beteiligten gegenüber bestehenden Prüfungspflichten aus dem Beurkundungsrecht nicht vergleichbar sind. Außerdem trifft die neu geschaffene Prüfungspflicht nicht einen bestimmten Notar, so dass ohne Dokumentation bei der Befassung mehrerer Notare mit einer Angelegenheit die Gefahr besteht, dass letztlich keiner die Prüfung vornimmt (DNotI-Report 2017, S. 92).“

Das OLG Schleswig hält auch den Einwand, dass der Notar ohne Einsichtnahme in das Grundbuch nicht die Eintragungsfähigkeit feststellen könne, nicht für durchgreifend. Denn die Prüfung außerhalb der Registeranmeldung bzw. der für die Grundbucheintragung erforderlichen Erklärung liegenden Umstände sei ausschließlich Aufgabe des jeweiligen Gerichts, nicht des Notars. Der **Notar** sei insbesondere auch **nicht zu einer Grundbucheinsichtnahme verpflichtet** (BR-Drs. 602/1/16, S. 15, 17).

Nach Auffassung des OLG ist der erforderliche Nachweis der Prüfung durch den Notar im vorliegenden Fall erbracht. Ein **notarieller Prüfvermerk** ist nach Auffassung des OLG Schleswig **nicht zwangsläufig erforderlich** (vgl. auch BR-Drs. 602/1/16, S. 17). **Entbehrlich** sei der Vermerk, wenn sich die zur Eintragung erforderlichen Erklärungen aus einer **Niederschrift nach §§ 8 ff. BeurkG** ergeben. Wegen der Prüfpflicht des § 17 BeurkG sei für das Gericht ohne Weiteres ersichtlich, dass der Notar die Prüfung vorgenommen habe.

Entsprechendes gilt nach Auffassung des OLG Schleswig bei einer **Unterschriftsbeglaubigung**, „wenn klar und unzweideutig feststeht und ohne Weiteres anhand des Äußeren der Urkunde erkennbar ist, dass die Erklärung, deren Unterzeichnung der einreichende Notar beglaubigt hat, auch von diesem entworfen worden ist.“ Denn auch in diesem Fall treffe den Notar das volle Pflichtenprogramm des § 17 BeurkG. Ob die Erklärung vom Notar entworfen worden sei, müsse das Grundbuchamt prüfen, wobei an die „Auslegungsbemühungen durch das Gericht [...] nur sehr geringe Anforderungen zu stellen“ seien. **Im Zweifel** sei ein **Prüfvermerk** anzufordern.

#### Praxishinweis:

Verzichtet der Notar bei einer von ihm selbst entworfenen unterschriftsbeglaubigten Erklärung auf die Beifügung eines Prüfvermerks, sollte sich zumindest aus dem Text

der beglaubigten Erklärung ergeben, dass es sich um einen Entwurf des beglaubigenden Notars handelt (z. B. durch einen Hinweis in der Kopfzeile: Entwurf des Notars ...).

---

### BGB §§ 566 Abs. 1, 578 Abs. 2 S. 1, 985, 986 Abs. 1 S. 1

#### Zur analogen Anwendung von § 566 Abs. 1 BGB bei fehlender Identität zwischen Veräußerer und Vermieter

**Bei fehlender Identität zwischen Vermieter und Veräußerer ist § 566 Abs. 1 BGB entsprechend anwendbar, wenn die Vermietung des veräußerten Grundstücks mit Zustimmung und im alleinigen wirtschaftlichen Interesse des Eigentümers erfolgt und der Vermieter kein eigenes Interesse am Fortbestand des Mietverhältnisses hat (Abgrenzung zu Senatsurteil vom 22. Oktober 2003 – XII ZR 119/02, NJW-RR 2004, 657).**

BGH, Urt. v. 12.7.2017 – XII ZR 26/16

#### Problem

Die E. Grundbesitz und Handels GmbH (nachfolgend „Handels GmbH“ genannt) hatte in den Jahren 2003 und 2008 mit dem Mieter Mietverträge über Geschäftsräume mit fester Laufzeit von 5 Jahren abgeschlossen. Die Verträge sahen jeweils eine Verlängerungsoption um jeweils weitere 5 Jahre vor, welche mehrfach ausübbar war. Hier von machte der Mieter mehrfach Gebrauch, sodass sich die Mietzeit beider Verträge bis 2018 verlängert hatte. Eigentümerin der Mietobjekte war nicht die Handels GmbH, sondern die E. Grundstücksgesellschaft mbH (nachfolgend „Grundstücks GmbH“ genannt). Die Handels GmbH hatte die Mietverträge auf Anweisung der Grundstücks GmbH abgeschlossen. Die Verwaltung der Immobilie und die Einziehung des Mietzinses erfolgten durch die Grundstücks GmbH.

Die Grundstücks GmbH veräußerte die Immobilie im Jahr 2011 an die Klägerin. Sämtliche Rechte und Pflichten aus den bestehenden Mietverträgen wurden von der Grundstücks GmbH ab Übergabe auf die Klägerin übertragen. Im August 2011 wurde die Klägerin als Eigentümerin im Grundbuch eingetragen.

Die Klägerin kündigte im September und Oktober 2013 die Mietverhältnisse ordentlich und verlangt nun vom Mieter Räumung und Herausgabe der angemieteten Gewerberäume.

#### Entscheidung

Der BGH wies die Klage ab.

Maßgeblich kam es hier auf **§ 566 Abs. 1 BGB** an. Dieser gilt wegen § 578 Abs. 1, 2 BGB **auch für Mietverhältnisse über Geschäftsräume**. Hiernach tritt der Erwerber vermieteter Räume anstelle des Veräußerers in ein Mietverhältnis und die sich daraus ergebenden Rechte und Pflichten ein, wenn der Vermieter die Räume nach der Überlassung an den Mieter an einen Dritten veräußert.

§ 566 Abs. 1 BGB setzt seinem Wortlaut nach voraus, dass **Veräußerer und Vermieter personenidentisch** sind. Im vorliegenden Fall fehlte es hieran jedoch, da ursprüng-

liche Eigentümerin und Verkäuferin die Grundstücks GmbH war, während die Vermietung durch die Handels GmbH vorgenommen wurde. Eine rechtsgeschäftliche Übernahme der Mietverträge durch die Grundstücks GmbH war nicht erfolgt.

Der BGH geht in seiner Entscheidung trotz der fehlenden Identität zwischen Vermieter und Veräußerer davon aus, dass auf den zugrundeliegenden Sachverhalt § 566 Abs. 1 BGB analog anzuwenden ist. Die **Vermietung liege im alleinigen wirtschaftlichen Interesse des Eigentümers**, sei **mit dessen Zustimmung** erfolgt und der Vermieter habe nach Veräußerung **kein eigenes Interesse am Fortbestand des Mietverhältnisses**. Diese Situation sei mit der in § 566 Abs. 1 BGB durch den Gesetzgeber geregelten vergleichbar. Der Grundsatz „Kauf bricht nicht Miete“ solle den Mieter davor schützen, bei der Veräußerung des Grundstücks seinen berechtigten Besitz am Mietobjekt zu verlieren. Dies gelte auch dann, wenn das Objekt nicht direkt vom Eigentümer, sondern von einem Dritten im eigenen Namen aber mit Zustimmung des Eigentümers vermietet werde.

Der Mieter habe ein Interesse daran, die angemieteten Räume nach Eigentumswechsel vertragsgemäß weiter nutzen zu können, unabhängig davon, ob der Mietvertrag mit dem Eigentümer selbst oder einem Dritten mit Wissen und Einverständnis des Eigentümers abgeschlossen worden sei. Ansonsten könne § 566 Abs. 1 BGB leicht dadurch **umgangen** werden, dass nicht der Eigentümer selbst den Mietvertrag mit dem Mieter abschließen, sondern hierfür eine dritte Person einschaltete, die formal als Vermieter aufträte, letztlich jedoch allein im Interesse des Eigentümers handele.

Die aufgestellten Voraussetzungen sah der BGH im konkreten Fall als erfüllt an. Auch im Kaufvertrag seien die Mietverträge so behandelt worden, als sei die Grundstücks GmbH Mietvertragspartei. Dort hatte die Veräußerin eine Garantie für den Bestand der Mietverträge und die zu erzielenden Mieteinnahmen übernommen. Durch den Übergang der Mietverträge mit Besitzübergang auf die Klägerin sei offensichtlich, dass die Handels GmbH kein eigenes Interesse daran habe, ihre Vermietereigenschaft fortzuführen. Daher sei es ausnahmsweise gerechtfertigt, den **Mietvertrag so zu behandeln, als habe die veräußernde Eigentümerin ihn selbst mit dem Mieter abgeschlossen**.

Die Klägerin sei damit als Vermieterin in die bis 2018 befristeten Mietverträge eingetreten, deren vorzeitige Beendigung durch ordentliche Kündigung nicht möglich ist. Sie konnte daher mit ihrem Räumungsverlangen keinen Erfolg haben.

Ausdrücklich verwirft der BGH damit seine Entscheidung vom 22.10.2003, in der er noch am Identitätserfordernis festgehalten sowie die analoge Anwendung von § 566 Abs. 1 BGB abgelehnt hatte.

Die analoge Anwendung der Vorschrift ist für den BGH aber auf die Fälle beschränkt, in denen der Vermieter **nicht nur mit Zustimmung des Eigentümers**, sondern **auch in dessen alleinigem wirtschaftlichem Interesse** handelt. Damit ist § 566 BGB **nicht entsprechend auf die reine Untervermietung anwendbar**. Der Untermietvertrag wird nicht im Interesse des Eigentümers geschlossen, sondern stellt eine besondere Art der Nutzung der Mietsache durch den Hauptmieter dar.

Lesen Sie den DNotI-Report bereits bis zu zwei Wochen vor Erscheinen auf unserer Internetseite unter [www.dnoti.de](http://www.dnoti.de).

**Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)**

– eine Einrichtung der Bundesnotarkammer, Berlin –  
97070 Würzburg, Gerberstraße 19  
Telefon: (0931) 35576-0 Telefax: (0931) 35576-225  
E-Mail: [dnoti@dnoti.de](mailto:dnoti@dnoti.de) Internet: [www.dnoti.de](http://www.dnoti.de)

**Hinweis:**

Die im DNotI-Report veröffentlichten Gutachten und Stellungnahmen geben die Meinung der Gutachter des Deutschen Notarinstituts und nicht die der Bundesnotarkammer wieder.

**Verantwortlich für den Inhalt:** Notarassessor Dr. Johannes Weber

**Redaktion:** Notarassessorin Karin Raude

**Bezugsbedingungen:**

Der DNotI-Report erscheint zweimal im Monat und kann beim Deutschen Notarinstitut oder im Buchhandel bestellt werden. Abbestellungen müssen mit vierteljährlicher Frist zum Jahresende erfolgen.

**Bezugspreis:**

Jährlich 170,00 €, Einzelheft 8,00 €, inkl. Versandkosten. Für die Mitglieder der dem DNotI beigetretenen Notarkammern ist der Bezugspreis im Mitgliedsbeitrag enthalten.

Nicht eingegangene Exemplare können nur innerhalb von 6 Wochen nach dem Erscheinungstermin reklamiert und kostenfrei zugesandt werden.

Alle im DNotI-Report enthaltenen Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Mit Ausnahme der gesetzlich zugelassenen Fälle ist die Verwertung nur mit Einwilligung des DNotI zulässig.

**Verlag:**

Bundesnotarkammer, Körperschaft des öffentlichen Rechts, Geschäftsstelle  
Deutsches Notarinstitut, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg

**Druck:**

Druckerei Franz Scheiner  
Haugerpfarrgasse 9, 97070 Würzburg