

DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 311b, 925; GrEStG § 22; BauGB § 28; GrdstVG § 2 – Messungskauf; Abweichung nach Vermessung; Erfordernis neuer Unbedenklichkeitsbescheinigung, neuen Vorkaufsrechtszeugnisses und neuer Grundstücksverkehrsgenehmigung

EuErbVO Artt. 67 Abs. 1, 69 Abs. 5 – Spanien: Übersetzung eines Europäischen Nachlasszeugnisses (ENZ)

Gutachten im Abrufdienst

Rechtsprechung

WEG §§ 26 Abs. 3, 24 Abs. 6; GBO § 29 – Verwalternachweis bei mehreren gleichlautenden Niederschriften

EuErbVO Art. 62 Abs. 2; BGB § 2353 – Grundbuchberichtigung in Österreich mit deutschem Erbschein

UmwStG § 20 – Zurückbehalt wesentlicher Betriebsgrundlage bei Einbringung; Betriebsaufspaltung

Literaturhinweise

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 311b, 925; GrEStG § 22; BauGB § 28; GrdstVG § 2

Messungskauf; Abweichung nach Vermessung; Erfordernis neuer Unbedenklichkeitsbescheinigung, neuen Vorkaufsrechtszeugnisses und neuer Grundstücksverkehrsgenehmigung

I. Sachverhalt

Es wurde ein Kaufvertrag über eine noch zu vermessende Teilfläche beurkundet. Die Größe der Teilfläche beträgt „ca. 18.000 m²“. Die zu vermessende Teilfläche ergibt sich aus einem der Niederschrift beigelegten Lageplan.

Nach der Beurkundung holte der Notar eine Unbedenklichkeitsbescheinigung, einen Vorkaufsrechtsver-

zicht und eine Grundstücksverkehrsgenehmigung ein. Sodann erfolgte die Vermessung. Das Vermessungsergebnis weicht um 88 m² von der angenommenen Größe ab. Die Grenzen des neu vermessenen Flurstücks weichen an der östlichen Grenze des Grundstücks in der Breite vom Lageplan ab.

Die Vertragsbeteiligten haben im Nachtrag zur Urkunde die Auffassung erklärt und eine Identitätserklärung des Inhalts abgegeben, dass das neu vermessene Flurstück mit dem Vertragsgegenstand identisch sei.

Das Grundbuchamt verweigert den Vollzug der Auflassung. Es seien eine neue Unbedenklichkeitsbescheinigung, ein neuer Vorkaufsrechtsverzicht und eine neue Grundstücksverkehrsgenehmigung einzuholen.

II. Frage

Sind die Bedenken des Grundbuchamts berechtigt?

III. Zur Rechtslage

1. Unbedenklichkeitsbescheinigung

Zunächst ist zu prüfen, ob eine neue Unbedenklich-

keitsbescheinigung nach § 22 Abs. 1 S. 1 GrEStG erforderlich ist, wenn es nach der Vermessung der Grundstücksteilfläche zu Abweichungen gekommen ist. Die Unbedenklichkeitsbescheinigung muss **unzweideutig** darüber Auskunft geben, auf **welches Grundstück** sie sich bezieht. Eine Vermessung des Grundstücks ist dafür nicht erforderlich. Ausreichend ist, dass das Grundstück in der notariellen Urkunde **hinreichend bestimmt bezeichnet** wurde (BFH BStBl II 1976, S. 32 = BeckRS 1975, 22003339; Boruttau/Viskorf, GrEStG, 18. Aufl. 2016, § 22 Rn. 44; vgl. jedoch auch OFD München v. 12.5.1976, BeckVerw 266868).

Beim **Teilflächenkauf** kann die Grunderwerbsteuer jedoch grundsätzlich erst auf Grundlage des Messungsergebnisses abschließend festgesetzt werden. In aller Regel ist daher zum Grundbuchamtlichen Vollzug eine (**weitere**) **Unbedenklichkeitsbescheinigung** gem. § 22 Abs. 1 S. 1 GrEStG vorzulegen, wenn die Messungserkennung eine **gegenüber der Vorurkunde größere Erwerbsfläche** ausweist (OFD München v. 5.12.1974, BeckVerw 266867; Pahlke, GrEStG, 6. Aufl. 2018, § 22 Rn. 3).

Eine **Ausnahme** ist dann zu bejahen, wenn im Teilflächenkaufvertrag ein **Festpreis** vereinbart wurde, der unabhängig von etwaigen Mehr- oder Minderflächen gelten soll. Denn dann kann sich die Bemessungsgrundlage für die Grunderwerbsteuer (§ 8 Abs. 1 GrEStG) nicht verändern (Gutachten DNotI-Report 2012, 141, 142).

Keine neue Unbedenklichkeitsbescheinigung ist außerdem erforderlich, wenn die Steuer bereits **auf Grundlage des Kaufvertrags endgültig festgesetzt** wurde, weil das Finanzamt davon ausging, dass sich die Gegenleistung durch das Vermessungsergebnis voraussichtlich nicht erhöhen wird; hierin liegt ein Verzicht der Finanzverwaltung auf eine Steuererhebung auf Grundlage des erhöhten Kaufpreises (vgl. Gutachten DNotI-Report 2012, 141, 142).

In dem Schreiben betreffend die Verwaltungseinfachung bei der Ermittlung der Gegenleistung v. 13.12.1984 (FM Bayern 37 - S 4521 - 23/37 - 66350; koordinierter Ländererlass), geändert durch Schreiben FM Bayern v. 15.10.1992, 19.7.1996, 12.3.1997 und 26.1.2001 (BeckVerw 027370), hat das Finanzministerium unter Ziff. II.3 im Hinblick auf Teilflächenverkäufe Folgendes ausgeführt (so auch FM Sachsen-Anhalt DStR 1992, 1690; FM Baden-Württemberg DStR 1996, 1366; OFD Cottbus v. 29.4.1997, S 4521 - 2 - St 137; OFD Erfurt v. 11.4.2002, S 4521 A-02-L 244):

„Ist beim Erwerb eines Grundstücks die Flächengröße noch nicht bekannt und berechnet sich die Höhe der Gegenleistung nach der Fläche des Grundstücks, so ist die Grunderwerbsteuer sofort endgültig festzusetzen, wenn sich die Gegenleistung durch das Vermessungsergebnis voraussichtlich nicht um mehr als 5000,- DM erhöhen wird. Ansonsten ist die Steuer vorläufig festzusetzen, und der Bescheid ist bei Vorliegen des genauen Vermessungsergebnisses zu ändern. Wurde die Grunderwerbsteuer nach Satz 1 endgültig festgesetzt und ermäßigt sich die Gegenleistung aufgrund der Vermessung, so ist auf entsprechenden und vor Ablauf der Festsetzungsfrist gestellten Antrag der Grunderwerbsteuerbescheid nach § 173 Abs. 1 Nr. 2 AO zu ändern.“

Die OFD Niedersachsen hat die Finanzbehörden angewiesen, die Steuer in aller Regel ohne Abwarten des Vermessungsergebnisses sofort endgültig festzusetzen. Der Steuerausfall wird in Kauf genommen (OFD Niedersachsen v. 7.5.2014, BeckVerw 285523).

Im **vorliegenden Fall** hat das Finanzamt eine Unbedenklichkeitsbescheinigung erteilt. Sofern sich aus der Bescheinigung keine abweichenden Anhaltspunkte ergeben, dürfte davon auszugehen sein, dass die Steuer endgültig festgesetzt wurde. Denn anderenfalls hätte das Finanzamt noch keine für den Grundbuchvollzug geeignete Unbedenklichkeitsbescheinigung erteilen dürfen. Demzufolge darf das Grundbuchamt **keine neue Unbedenklichkeitsbescheinigung** verlangen.

2. Genehmigung nach dem Grundstücksverkehrsgesetz

Fraglich ist, ob eine neue Genehmigung nach dem GrdstVG (§ 2 Abs. 1 S. 1 GrdstVG) erforderlich ist. Hiernach bedarf die rechtsgeschäftliche Veräußerung eines Grundstücks der Genehmigung, sofern der **Anwendungsbereich** des GrdstVG eröffnet ist. Ist ein schuldrechtlicher Vertrag genehmigt worden, so gilt auch die in Ausführung des Vertrages vorgenommene Auffassung als genehmigt (§ 2 Abs. 1 S. 2 GrdstVG). Die Genehmigung ist dem Grundbuchamt nachzuweisen (§ 7 Abs. 1 GrdstVG).

Ändert sich der Vertragsgegenstand nach der Vermessung des Grundstücks, könnte die bisherige Genehmigung nicht mehr ausreichend sein, weil sich die Genehmigung auf einen anderen Vertragsgegenstand bezieht. Es könnte an der **Kongruenz von genehmigtem und tatsächlich abgeschlossenem Rechtsgeschäft** fehlen. Es erscheint allerdings sehr zweifelhaft, ob auch bei nur geringfügigen Änderungen eine neue Genehmigung erforderlich ist.

a) Aufassungsvollmacht beim Teilflächenverkauf

Erörtert wird in Rechtsprechung und Literatur die Frage, ob eine Aufassungsvollmacht für einen Vertragsteil eines Teilflächenkaufvertrags gilt, wenn es zwischen der verkauften und der tatsächlich veräußerten Fläche zu Abweichungen kommt. Die einhellige Auffassung nimmt dabei an, dass eine Vollmacht zur Identitätsfeststellung und Aufassung dann an ihre Grenzen stößt, wenn zwischen der Beschreibung der Teilfläche im Vertrag und ihrem Zuschnitt nach Vermessung **mehr als nur geringfügige Differenzen** bestehen (BayObLG DNotZ 1989, 373, 374; MittBayNot 1996, 287, 288; OLG Hamm MittBayNot 1985, 197, 198; Gutachten DNotI-Report 1997, 225, 226; Geißel, MittRhNotK 1997, 333, 336 f.; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 870). Da die Beteiligten ihren Willen zur Vollmachtserteilung vor dem Hintergrund des Beschriebs des Vertragsobjekts bilden, deckt die Vollmacht grundsätzlich nur Erklärungen im Hinblick auf das jeweilige Vertragsobjekt ab (vgl. BayObLG Rpfleger 1985, 105). Handelt es sich bei dem Objekt nach Vermessung um ein anderes Objekt, so kann die Aufassung nicht auf Grundlage der im Vertrag erteilten Vollmacht erklärt werden.

Die Literatur neigt dazu, die Grenze für die Vollmacht bei einem **Größenunterschied von 10 %** zwischen verkaufter und anschließend vermessener Fläche anzusetzen (vgl. Staudinger/Pfeifer/Diehn, BGB, 2017, § 925 Rn. 62).

b) Behördliche Genehmigungen

Diese Grenze hat auch die Rechtsprechung als Richtwert für die Frage herangezogen, ob eine behördliche **Teilungsgenehmigung** wegen mehr als nur unerheblicher Flächenabweichung nach Vermessung nochmals erteilt werden muss (BayObLG DNotZ 1986, 221). **Abweichungen, die 10 % der Fläche nicht überstiegen**, seien in der Regel geringfügig und lösten kein Erfordernis einer erneuten Teilungsgenehmigung aus (BayObLG DNotZ 1986, 221 f.; zust. Geißel, MittRhNotK 1997, 333, 339; für geringfügige Abweichungen auch BayObLGZ 1974, 263, 266 f.). Geringfügige Abweichungen zwischen dem Beschrieb und dem Messungsergebnis lägen noch im Rahmen der Bodenverkehrsgenehmigung, denn sie seien den Beteiligten vorhersehbar, solange sie nur messungstechnisch bedingt seien und nicht auf einer Inhaltsänderung des Kaufvertrags beruhten (BayObLGZ 1974, 263, 266 f.). **Entsprechendes** hat die Rechtsprechung für die Frage angenommen, ob es einer erneuten **Beschlussfassung des Gemeinderats** bei einem Teilflächenverkauf bedarf. Wenn das Flächenmaß nach der Vermessung eindeutig

im Rahmen des in den Kaufverträgen angenommenen ungefähren Flächenmaßes liege, sei keine erneute Genehmigung des Gemeinderats erforderlich (BayObLGZ 1974, 81, 86).

c) Grundstücksverkehrsgenehmigung

Diese Erwägungen wird man ohne Weiteres auf die Erteilung der Grundstücksverkehrsgenehmigung übertragen können. **Geringfügige Abweichungen** im Flächenmaß dürften **grundsätzlich unschädlich** sein, **sofern sie nicht zu einer erstmaligen Überschreitung eines Schwellenwerts führen**. Für diese Betrachtung spricht nicht zuletzt auch der Zweck des Genehmigungserfordernisses, eine ungesunde Verteilung von Grund und Boden zu verhindern. Kommt es nur zu einer kleinen Flächenabweichung, würde sich die Behörde nicht zu einer anderen Entscheidung veranlasst sehen. Eine Ausnahme wird man auch bei kleinen Flächenabweichungen annehmen können, wenn sich die Lage oder geometrische **Form des Grundstücks wesentlich verändert**. In diesem Fall ist sogar bei gleichbleibender Fläche eine abweichende behördliche Entscheidung denkbar.

Dass im **vorliegenden Fall** eine wesentliche Änderung der Lage oder der Form des Grundstücks eingetreten ist, lässt sich dem mitgeteilten Sachverhalt nicht entnehmen. Die Flächenabweichung beträgt lediglich 0,0048 %. Dass sich die Grenze in der Breite verschoben hat, wird man auch nicht als erheblich ansehen können, sofern nicht erkennbar besondere Gegebenheiten in der Lage des Grundstücks zu einer abweichenden Beurteilung zwingen. Mangels gegenteiliger Anhaltspunkte im Sachverhalt gehen wir daher davon aus, dass **keine neue Genehmigung** nach dem GrdstVG erforderlich ist.

3. Vorkaufsrecht

Nach **§ 28 Abs. 1 S. 2 BauGB** kann die Aufassung im Grundbuch nur vollzogen werden, wenn dem Grundbuchamt ein Zeugnis über das Nichtbestehen oder die Nichtausübung des gemeindlichen Vorkaufsrechts vorliegt. Auch hier stellt sich die Frage, ob bei Messungsabweichungen ein neues Negativzeugnis erforderlich ist. Diese Frage ist nicht geklärt. Man wird aber die oben geschilderten Erwägungen zur Grundstücksverkehrsgenehmigung übertragen können. Kommt es – wie im vorliegenden Fall – nur zu **geringfügigen Abweichungen** in der Fläche von weniger als 1 % und haben Form und Lage des Grundstücks keine wesentliche Änderung erfahren, ließe es auf einen **bloßen Formalismus** hinaus, ein weiteres Negativzeugnis zu verlangen. Denn dass die Gemeinde das Vorkaufsrecht ausüben könnte oder ausüben würde, ist dann sehr

unwahrscheinlich. Das bisherige Vorkaufsrechtszeugnis dürfte daher ausreichend sein.

EuErbVO Artt. 67 Abs. 1, 69 Abs. 5

Spanien: Übersetzung eines Europäischen Nachlasszeugnisses (ENZ)

I. Sachverhalt

Dem Grundbuchamt wird zum Nachweis der Erbfolge gem. § 35 Abs. 1 GBO die beglaubigte Abschrift eines gemäß der EuErbVO in Spanien erstellten Europäischen Nachlasszeugnisses (ENZ) vorgelegt. Das Grundbuchamt besteht auf einer Übersetzung des ENZ.

II. Frage

Verlangt das Grundbuchamt zu Recht die Übersetzung des ENZ?

III. Zur Rechtslage

Das Europäische Nachlasszeugnis (ENZ) dient nach Art. 63 Abs. 1 EuErbVO zur Verwendung durch die Erben, wenn sie sich in einem anderen Mitgliedstaat auf ihre Rechtsstellung berufen wollen. Die **Verwendung im Ausland** ist dem ENZ also geradezu **immanent**. Aus diesem Grunde ist sein Aufbau auch durch ein in allen Mitgliedstaaten zu verwendendes **Formblatt** vereinheitlicht (Art. 1 Abs. 5 DurchführungsVO i. V. m. Anh. 5, Formblatt V).

Daraus ergibt sich, dass jedenfalls die Formularbestandteile des ENZ keiner Übersetzung bedürfen (BeckOK-GBO/Wilsch, Std.: 1.5.2018, § 35 Rn. 38; Schmitz, RNotZ 2017, 269, 284; Schmidt, ZEV 2014, 389, 394). Diese können, zumal sie nach dem Dezimalsystem untergliedert sind, von der registerführenden Behörde eines anderen Mitgliedstaates leicht mit dem Formular in der eigenen Gerichtssprache abgeglichen werden. Ob es bei Urkunden in kyrillischer Schrift weiterreichende Übersetzungsobliegenheiten gibt (vgl. für Bulgarien BeckOK-GBO/Wilsch, § 35 Rn. 38), braucht hier nicht entschieden zu werden.

Einer Übersetzung nicht zugänglich sind Eigennamen und persönliche Daten. Dagegen kann eine Übersetzung der darüber hinausgehenden Textbestandteile verlangt werden, die die Behörde nicht aus eigener Sprachkompetenz verstehen kann. Ein Beispiel wäre etwa die Angabe eines bestimmten ausländischen Güterstandes (Schmitz, RNotZ 2017, 269, 284).

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.

GBO § 71

Statthaftigkeit der Grundbuchbeschwerde, wenn das Grundbuchamt einen Antrag ohne Rechtsbehelfsbelehrung zurückweist; Abgrenzung von Sachentscheidung und vorläufiger Meinungsäußerung
Abruf-Nr.: 162629

GBMaßnG § 18; GBBerG §§ 6, 10; BGB §§ 1170, 1171, 1911, 1913, 1960 ff.; ZPO §§ 185 ff.

Löschung eines auf Goldmark lautenden Grundpfandrechts zur Sicherung einer Erbgeldforderung
Abruf-Nr.: 162147

Rechtsprechung

WEG §§ 26 Abs. 3, 24 Abs. 6; GBO § 29

Verwalternachweis bei mehreren gleichlautenden Niederschriften

Den Formanforderungen von § 29 Abs. 1 GBO i. V. m. § 26 Abs. 3 WEG ist genügt, wenn zum Nachweis der Verwalterstellung mehrere gleichlautende Niederschriften über den Beschluss zur Verwalterbestellung vorliegen, die zusammen die beglaubigten Unterschriften von sämtlichen in § 24 Abs. 6 WEG bezeichneten Personen tragen (entgegen LG Berlin, Beschluss vom 23. November 2004 – 86 T 611/04).

KG, Beschl. v. 5.4.2018 – 1 W 78/18

Problem

Streitfrage der vorliegenden Entscheidung ist die Formanforderung an den Verwalternachweis gem. § 26 Abs. 3 WEG. Diese Vorschrift erleichtert den Nachweis der Person des Verwalters und wird primär dann bedeutsam, wenn die Verwalterzustimmung wegen § 12 Abs. 1 WEG erforderlich ist (BeckOK-WEG/Baer, Std.: 2.4.2018, § 26 Rn. 84).

Die Beteiligten bedurften im entschiedenen Fall der Zustimmung des Verwalters zur Veräußerung des Woh-

nungseigentums. Der Nachweis der Verwalterstellung wurde *in casu* dadurch geführt, dass der Verwalter zwei Exemplare eines WEG-Versamlungsprotokolls vorlegte. Auf dem Originalexemplar hatte der Geschäftsführer der WEG-verwaltenden GmbH unterzeichnet, was auch öffentlich beglaubigt worden war. Auf einer beigelegten Kopie desselben Protokolls fanden sich die öffentlich beglaubigten Originalunterschriften einer Eigentümerin sowie des Vorsitzenden des Verwaltungsrats.

Das AG Lichtenberg sah die Formanforderungen der §§ 26 Abs. 3, 24 Abs. 6 WEG als nicht erfüllt an, wobei es sich bei seiner Entscheidung auf einen Beschluss des LG Berlin vom 23.11.2004 bezog (BeckRS 2004, 17811). Das LG Berlin hatte entschieden, dass der Vorsitzende der Eigentümerversammlung und ein Wohnungseigentümer zwingend gemeinsam auf einer Niederschrift zu unterzeichnen hätten. Ansonsten sei den Anforderungen von §§ 24 Abs. 6, 26 Abs. 4 a. F. (heute: § 26 Abs. 3) WEG nicht genügt. Dieser sehr formalen Auslegung, die auch in der Literatur kritisiert wurde (Weber, in: Würzburger Notarhandbuch, 5. Aufl. 2018, Teil 2 Kap. 4 Rn. 229), erteilt das KG durch eine teleologische Betrachtung der §§ 24 Abs. 6, 26 Abs. 3 WEG nunmehr eine Absage.

Entscheidung

Das KG kassiert die Zwischenverfügung des AG Lichtenberg.

Die Begründung nimmt ihren Ausgang bei den **abstrakten Anforderungen** an den Verwalternachweis: Gem. § 26 Abs. 3 i. V. m. § 24 Abs. 6 WEG sind die Unterschriften des Versammlungsvorsitzenden, eines Wohnungseigentümers sowie – wenn ein Beirat besteht – des Beiratsvorsitzenden erforderlich.

Zwar gehe der Wortlaut des **§ 26 Abs. 3 WEG** davon aus, dass **nur eine Niederschrift** zur Erbringung des Verwalternachweises vorgelegt werde. Damit sei jedoch **lediglich der praktisch übliche Fall** beschrieben, dass die in § 24 Abs. 6 WEG genannten Personen das Original des Versamlungsprotokolls unterzeichneten.

Bei teleologischer Betrachtung führten auch die beglaubigten **Unterschriften auf zwei Niederschriften** zu einem **hinreichenden Verwalternachweis**. Jeder Unterzeichner bestätige nämlich mit seiner Unterschrift aus eigener Wahrnehmung, dass der Bestellungsbeschluss mit dem niedergeschriebenen Inhalt gefasst worden sei. Es handele sich dabei um **eigenständige Wissenserklärungen** der Beteiligten, die den Beweiswert des § 26 Abs. 3 WEG hätten.

Auch **§ 126 Abs. 2 BGB** stütze diese Auslegung, da nur bei Verträgen die Unterzeichnung beider Parteien auf derselben Urkunde verlangt sei. Würden über einen Vertrag mehrere gleichlautende Urkunden aufgenommen, genüge es, wenn jede Partei die für die andere Partei bestimmte Urkunde unterzeichne.

Offen lässt das KG, wie der Fall zu entscheiden wäre, wenn die zwei Niederschriften wegen ihres Umfangs oder ihres abweichenden Schriftbilds dem Grundbuchamt die **Überprüfung der Übereinstimmung** beider Urkunden erschwerten.

EuErbVO Art. 62 Abs. 2; BGB § 2353

Grundbuchberichtigung in Österreich mit deutschem Erbschein

Die Verbücherung des Eigentumsrechts nach einem Erbfall kann im österreichischen Grundbuch durch Vorlage eines deutschen Erbscheins erfolgen. (Leitsatz der DNotI-Redaktion).

OGH der Republik Österreich, Beschl. v. 21.12.2017 – 5 Ob 186/17

Problem

Zum Vermögen der Erblasserin gehörte ein in Österreich belegenes Grundstück. Der Erbfall ist nach dem 16.8.2015, also nach dem Anwendungsbeginn der EuErbVO eingetreten. Die Erblasserin wurde nach deutschem Recht beerbt. Der Erbe legte dem österreichischen Grundbuchamt einen deutschen Erbschein vor und beantragte die Verbücherung seines Eigentumsrechts. Das Grundbuchamt lehnte die Eintragung ab.

Entscheidung

Nach Auffassung des österreichischen OGH **genügt der deutsche Erbschein** für eine Eintragung des Erben in das österreichische Grundbuch. Die Erbfolge habe sich im vorliegenden Fall nach deutschem Recht gerichtet (Art. 21 EuErbVO). Deswegen entscheide das deutsche Recht auch über den unmittelbaren Übergang der Vermögenswerte des Erblassers auf den Erben (Art. 23 Abs. 2 lit. e EuErbVO).

Die Grundbucheintragung könne aufgrund des deutschen Erbscheins erfolgen. Zwar verlange § 178 Abs. 2 Nr. 2 AußStrG, dass jeder „Grundbuchkörper“ mit in einen österreichischen Einantwortungsbeschluss aufzunehmen sei. Diese Vorschrift gelte aber nicht für einen deutschen Erbschein. Es sei deshalb unschädlich, dass der Erbschein nicht den Grundbesitz des Erblassers aufführe.

Die Vorlage eines Europäischen Nachlasszeugnisses (ENZ) sei nicht verpflichtend (Art. 62 Abs. 2 EuErbVO). Nach § 33 Abs. 1 lit. d GBGB könne eine Einverleibung auch aufgrund einer **Erbenbescheinigung von Behörden** erfolgen, die nach der EuErbVO zur Ausstellung zuständig seien. Der deutsche Erbschein sei eine solche Erbenbescheinigung.

UmwStG § 20

Zurückbehalt wesentlicher Betriebsgrundlage bei Einbringung; Betriebsaufspaltung

Eine nach § 20 UmwStG 2002 begünstigte Buchwerteinbringung setzt voraus, dass auf den übernehmenden Rechtsträger alle Wirtschaftsgüter übertragen werden, die im Einbringungszeitpunkt zu den funktional wesentlichen Betriebsgrundlagen des betreffenden Betriebs gehören.

BFH, Urt. v. 29.11.2017 – I R 7/16

Problem

Der BFH hatte zu entscheiden, welche Wirtschaftsgüter zu den **wesentlichen Betriebsgrundlagen** i. S. d. § 20 UmwStG gehören, die zur Erfüllung der Voraussetzungen für die Buchwertfortführung eingebracht werden müssen. Im Streitfall ging es um die Frage, ob zum Betriebsvermögen eines Besitz Einzelunternehmens auch ein **50%iger Miteigentumsanteil des Besitz Einzelunternehmers an einem Grundstück** gehört, das von der Eigentümergemeinschaft, an der neben dem Besitz Einzelunternehmer dessen Ehefrau zu 50 % beteiligt war, an die Betriebs-GmbH vermietet wurde.

Entscheidung

Der BFH hat bestätigt, dass der durch die Begründung einer Betriebsaufspaltung in Form des Besitzunternehmens entstandene Betrieb Gegenstand einer Einbringung i. S. d. UmwStG sein kann. Zum **notwendigen Betriebsvermögen eines Besitzunternehmens** gehörten alle Wirtschaftsgüter, die das Besitzunternehmen der Betriebsgesellschaft überlasse, denn die Vermietung von Wirtschaftsgütern an die Betriebsgesellschaft präge die Tätigkeit des Besitzunternehmens. Zum **notwendigen Betriebsvermögen einer Besitzgesellschaft** gehörten aber auch Wirtschaftsgüter, die dazu bestimmt seien, die Vermögens- und Ertragslage der Betriebsgesellschaft (GmbH) zu verbessern und damit den Wert der Beteiligung daran zu erhöhen oder zu erhalten. Deshalb könne auch der Miteigentumsanteil des Besitz Einzelunternehmers an einer Eigentümergemeinschaft, die Wirtschaftsgüter direkt der Betriebsgesellschaft zur

Nutzung überlasse, zum notwendigen Betriebsvermögen des Besitz Einzelunternehmens gehören, auch wenn das Grundstück nicht dem unmittelbaren Betrieb des Besitz Einzelunternehmers diene. Die Überlassung des Grundstücks könne aber auch dem privaten Bereich zuzuordnen sein. Dies sei dann der Fall, wenn mit der Vermietung eines Grundstücks vom Besitz Einzelunternehmer andere Zwecke verfolgt würden und daher keine gewerblichen Einkünfte, sondern Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung erzielt würden. Bei Einkünften aus Vermietung sei das anteilige Eigentum des Besitzunternehmers am Wirtschaftsgut nicht dem Betriebsvermögen seines Einzelunternehmens, sondern seinem privaten Bereich zuzuordnen. Dies gelte entsprechend, wenn der Gesellschafter einer Besitzpersonengesellschaft der Betriebs-GmbH ein Grundstück überlasse.

Ob die Überlassung des Grundstücks dem **betrieblichen oder dem privaten Bereich** zuzuordnen sei, sei **unter Heranziehung aller Umstände des Einzelfalls zu beurteilen**. Nach dem BFH können sich **Indizien** für den Veranlassungszusammenhang der Nutzungsüberlassung mit den betrieblichen Interessen des Besitz Einzelunternehmers daraus ergeben, dass das Nutzungsverhältnis eindeutig durch die Interessen der Betriebskapitalgesellschaft bestimmt wird. Dies sei bspw. der Fall, wenn der Betriebs-GmbH ein Wirtschaftsgut zu Bedingungen überlassen werde, die nicht dem unter Fremden Üblichen entsprächen, wenn das Wirtschaftsgut seiner Zweckbestimmung nach nur an das Betriebsunternehmen vermietet werden könne oder wenn es für das Betriebsunternehmen unverzichtbar sei. Indizien für eine **betriebliche Veranlassung** können für den BFH aber auch aus Umständen hergeleitet werden, die mit dem Besitz Einzelunternehmen selbst zusammenhängen, z. B. wenn die Nutzungsüberlassung in einem engen zeitlichen Zusammenhang mit der Begründung der Betriebsaufspaltung steht.

Für die **private Veranlassung** der Gebrauchsüberlassung kann nach dem BFH sprechen, dass der Mietvertrag erst längere Zeit nach der Betriebsaufspaltung geschlossen wird oder der Besitz Einzelunternehmer zivilrechtlich keinen oder geringen Einfluss auf die Beschlüsse der Grundstücksgemeinschaft nehmen kann. Dabei sei aber zu berücksichtigen, dass der Besitz Einzelunternehmer bei einer Miteigentumsquote von 50 % zwar seinen Willen in der Grundstücksgemeinschaft nicht durchsetzen, ein Tätigwerden des anderen Miteigentümers gegen seine Interessen aber verhindern könne. Ebenso könne er bei einer Vermietung auf unbestimmte Zeit verhindern, dass der Mietvertrag gekündigt werde.

Im zu entscheidenden Fall kam der BFH deshalb zum Ergebnis, dass der Miteigentumsanteil des Besitzeinzelunternehmers am vermieteten Wirtschaftsgut **zum notwendigen Betriebsvermögen seines Besitzeinzelunternehmens** gehört (§ 39 Abs. 2 Nr. 2 AO).

Der BFH hat in der Entscheidung außerdem dargelegt, was als „wesentliche Betriebsgrundlage“ anzusehen ist und welche Auswirkungen das **Zurückbehalten einer wesentlichen Betriebsgrundlage** auf die Buchwertfortführung hat.

Nach dem BFH ist der Begriff der wesentlichen Betriebsgrundlage **im funktionalen Sinne** zu verstehen. Als funktional wesentlich sind demnach alle Wirtschaftsgüter anzusehen, die für den Betriebsablauf ein erhebliches Gewicht haben und mithin für die Fortführung des Betriebs notwendig sind oder dem Betrieb das Gepräge geben. Laut BFH ist **grundsätzlich jedes vom Betrieb genutzte Grundstück** eine funktional wesentliche Betriebsgrundlage, es sei denn, es ist im Einzelfall ausnahmsweise nur von geringer wirtschaftlicher Bedeutung für den Betrieb. Die Zuordnung eines Grundstücks zu den wesentlichen Betriebsgrundlagen scheitert auch nicht daran, dass das Betriebsunternehmen jederzeit am Markt ein für seine Belange gleichwertiges Objekt kaufen oder mieten könnte.

Der BFH hat im Weiteren ausgeführt, dass das Zurückbehalten einer wesentlichen Betriebsgrundlage **für die Buchwertfortführung schädlich** sei und die Einbringung eines obligatorischen Nutzungsrechts für den übernehmenden Rechtsträger nicht ausreichend sei. Eine andere Beurteilung ist nach dem BFH aber u. U. dann möglich, wenn eine **vorherige Ausgliederung** erfolgt ist. Dies kann dann der Fall sein, wenn vor der Einbringung des einzubringenden „Besitzunternehmens“ eine wesentliche Betriebsgrundlage unter Aufdeckung der stillen Reserven ins Privatvermögen ausgelagert oder veräußert wird oder aber nach § 6 Abs. 5 EStG zum Buchwert in ein anderes Betriebsvermögen des Steuerpflichtigen übertragen wird (und dadurch keine wesentliche Betriebsgrundlage des Besitzunternehmens mehr begründet wird). Der im Sachverhalt vorliegende „schlichte Rückbehalt“ einer wesentlichen Betriebsgrundlage erfüllt nach dem BFH aber nicht die für die „vorgelagerte Ausgliederung“ geforderten Voraussetzungen und ist daher schädlich.

Praxishinweis

Der Vorsitzende Richter am BFH *Wacker* (DStR 2018, 1014 ff.) weist in seiner Anmerkung zu diesem Urteil darauf hin, dass im Hinblick auf die Vorabübertragung eines Grundstücks fraglich ist, ob hier eine „ju-

ristische Sekunde“ ausreichen kann, d. h., ob sich von einer Vorabausgliederung auch dann sprechen lässt, wenn sie taggleich oder gar gleichzeitig mit der Einbringung oder Buchwertübertragung nicht nur vereinbart, sondern auch vollzogen wird. Diese Frage bleibt offen.

Literaturhinweise

A. Reul/H. Heckschen/R. Wienberg, Insolvenzrecht in der Gestaltungspraxis, 2. Aufl., C. H. Beck Verlag, München 2018, 1002 Seiten, 159.– €

Das Insolvenzrecht berührt die notarielle Gestaltungspraxis in vielfältiger Weise. Trotzdem ist es für Notare wohl eine eher unbeliebte Annexmaterie, denn besonders an den Schnittstellen mit anderen Rechtsgebieten werden insolvenzrechtliche Fragen schnell komplex. Das hat auch damit zu tun, dass der Insolvenzrechtler – und damit ein Großteil der Literaturstimmen – diese Fragen aus anderer Perspektive und mit anderer Zielrichtung betrachtet als der Kautelarjurist. Einen wertvollen Dienst leistet daher das Handbuch zum „Insolvenzrecht in der Gestaltungspraxis“, dessen zweite Auflage hier anzuzeigen ist. Das Werk erörtert allgemein und konkret – geordnet nach Rechtsgebieten – die insolvenzrechtlichen Aspekte der Gestaltungsarbeit.

Obwohl nicht explizit ein Notarhandbuch, ist das Werk doch für die notarielle Praxis bestens geeignet. Darauf deutet schon der Herausgeber- und Autorenkreis, in dem sich namhafte Vertreter des Notariats wiederfinden, *Adolf Reul, Heribert Heckschen* und *Sebastian Herrler*. Inhaltlich deckt das Werk alle notariellen Tätigkeitsgebiete ab (insbesondere Immobilienrecht, Gesellschaftsrecht, Erbrecht, Familienrecht) und geht in einem eigenen Kapitel auf die „Pflichten des Notars“ ein (§ 10). Die konkrete Gestaltungsarbeit erleichtern neben zahlreichen Praxishinweisen und kürzeren Formulierungsvorschlägen die umfassenden Gesamtmuster von *Heckschen* und *Reul* am Ende des Buchs (insbesondere zum Gesellschaftsrecht). Hier und an anderen Stellen ist das Buch im Vergleich zur Voraufgabe um etwa ein Fünftel erweitert worden. Vieles wäre positiv hervorzuheben, an dieser Stelle seien lediglich beispielhaft die prägnanten und übersichtlichen Ausführungen zu Lösungsklauseln für den Insolvenzfall (*Reul*) herausgegriffen.

Das Fazit kann daher nur lauten: Der *Reul/Heckschen/Wienberg* ist eine Bereicherung der Gestaltungsliteratur. Die Anschaffung lohnt sich für jeden Notar.

Dr. Simon Blath

J. Demharter, GBO, 31. Aufl., C. H. Beck Verlag, München 2018, 1308 Seiten, 79.– €

Die Bearbeitung des GBO-Kommentars aus der grauen Reihe der Beck'schen Kurz-Kommentare liegt seit nunmehr über 30 Jahren in der alleinigen Hand von *Demharter*. Das Buch ist eines der maßgeblichen Referenzwerke zum Grundbuchrecht und steht neben dem *Schöner/Stöber* jederzeit griffbereit auf dem Schreibtisch vieler Notare und Rechtspfleger. Die hier anzuzeigende Neuauflage berücksichtigt alle wesentlichen Änderungen seit der letzten Auflage. Die Kommentierung geht insbesondere auf § 15 Abs. 3 GBO und die neuen notariellen Prüfpflichten ein. Sehr instruktiv sind die Ausführungen der Kommentierung zu § 47 Abs. 2 GBO und den Problemen rund um die Gesellschaft bürgerlichen Rechts im Grundbuch. *Demharter* führt insoweit aus, dass bei einer Grundbuchberichtigung nach der Anteilsabtretung eines Gesellschafters die Bewilligung sämtlicher Gesellschafter erforderlich ist und die Berichtigung nur des ausscheidenden Gesellschafters nicht genügt (§ 47 Rn. 31; a. A. KG FGPrax 2015, 153). Von wesentlicher Bedeutung für die Praxis ist die Frage, was

mit einer von den Gesellschaftern zur Vertretung der GbR erteilten Vollmacht bei Insolvenz eines Gesellschafters geschieht. *Demharter* (§ 47 Rn. 30.2) folgt hier unter Aufgabe seiner Auffassung in der Voraufgabe der problematischen Ansicht des OLG München (FGPrax 2017, 161 = RNotZ 2017, 449), das von einem Erlöschen der Vollmacht nach § 117 InsO ausgeht.

Auch die Neuauflage des *Demharter* behauptet den Status des Kommentars als maßgebliches Referenzwerk und wird die Praxis des Grundbuchrechts prägen.

Notar a. D. Dr. Johannes Weber

Lesen Sie den DNotI-Report bereits bis zu zwei Wochen vor Erscheinen auf unserer Internetseite unter
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 Internet: 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.

Verantwortlicher Schriftleiter: Notar a. D. 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
Mainleite 5, 97340 Marktbreit