

DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 1004, 1018, 1027, 1028 – Grunddienstbarkeit; Bauverbot; Verjährung des Beseitigungsanspruchs; Erlöschen der Grunddienstbarkeit

BGB §§ 13 f., 474; BeurkG § 17 – Aufdach-Fotovoltaikanlage auf selbstbewohntem Wohnhaus; Unternehmer-eigenschaft des Betreibers; Verkauf des Grundstücks samt Fotovoltaikanlage

Literaturhinweise

Veranstaltungen

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 1004, 1018, 1027, 1028 Grunddienstbarkeit; Bauverbot; Verjährung des Beseitigungsanspruchs; Erlöschen der Grunddienstbarkeit

I. Sachverhalt

Im Grundbuch ist eine Grunddienstbarkeit eingetragen, welche nach der Bewilligung folgenden Inhalt aufweist:

„Das Kaufgrundstück darf vereinbarungsgemäß nur mit einem Einfamilienhaus oder einem Zweifamilienhaus bebaut werden.“

Die Grunddienstbarkeit wurde im Jahre 1925 eingetragen. Kurz danach wurde das Grundstück mit einem Mehrfamilienhaus bebaut.

II. Frage

Welche Rechte könnte der Berechtigte aus der vorge-nannten Grunddienstbarkeit heute noch herleiten?

III. Zur Rechtslage

1. Anspruch auf Beseitigung des Gebäudes

In Betracht kommt ein Anspruch des Berechtigten der Grunddienstbarkeit auf Beseitigung des Mehrfamilien-hauses aus § 1027 BGB i. V. m. § 1004 BGB.

Wird eine Grunddienstbarkeit beeinträchtigt, so stehen dem Berechtigten gem. § 1027 BGB die in § 1004 BGB bestimmten Rechte zu. Er kann also auch die **Beseiti-gung der Störung** verlangen.

Grundvoraussetzung hierfür ist, dass eine **Beeinträch-tigung der Grunddienstbarkeit** erfolgt. Beeinträchti-gung in diesem Sinn ist jede Störung oder Behinderung der rechtmäßigen Ausübung der Dienstbarkeit (BGH BeckRS 2023, 4049 Rn. 7). Die Rechtsprechung hat dies insbesondere in Fällen angenommen, in denen der **Ausbau eines Hauses entgegen den in einer Grund-**

dienstbarkeit festgelegten Baubeschränkungen erfolgt ist (vgl. BeckOGK-BGB/Kazele, Std.: 1.5.2023, § 1027 Rn. 18; BGH BeckRS 1967, 31174471). Daher ist auch vorliegend davon auszugehen, dass durch die Überschreitung der in der Dienstbarkeit festgelegten Baugrenzen eine Beeinträchtigung erfolgt ist, so dass der Berechtigte die Beseitigung verlangen kann. Der Beseitigungsanspruch dürfte dabei in dem Moment entstanden sein, als die Bebauung tatsächlich den gestatteten Rahmen überschritten hat.

Allerdings könnte der Beseitigungsanspruch **verjährt** sein.

Für Beseitigungsansprüche aus §§ 1027, 1004 BGB stellt sich mit Blick auf die **Unverjährbarkeit eingetragener Rechte (§ 902 Abs. 1 S. 1 BGB)** die grundsätzliche Frage, ob diese der Verjährung unterliegen. Der BGH differenziert wie folgt: Geht es um die Verwirklichung der Dienstbarkeit selbst, ist der Anspruch unverjährbar. Steht hingegen nur die Ausübung der Dienstbarkeit in Frage, unterliegt der Anspruch aus §§ 1027, 1004 BGB der regelmäßigen Verjährungsfrist (BGH NJW 2011, 518 Rn. 18 ff.; krit. Staudinger/Weber, BGB, 2017, § 1027 Rn. 26a). Im vorliegenden Fall ist diese Frage aber nicht entscheidungserheblich, da die **Beeinträchtigung der Grunddienstbarkeit durch eine Anlage auf dem dienenden Grundstück** verursacht wird. Für diesen Fall bestimmt **§ 1028 Abs. 1 S. 1 BGB**, dass der Anspruch des Berechtigten auf Beseitigung auch dann der **Verjährung unterliegt**, wenn die Grunddienstbarkeit im Grundbuch eingetragen ist (vgl. BGH NJW 2011, 518 Rn. 23).

Strittig, aber vorliegend angesichts der Errichtung des Mehrfamilienhauses vor bereits rund 100 Jahren wiederum nicht entscheidungserheblich ist die Frage, welche **Verjährungsfrist** im Fall des § 1028 Abs. 1 S. 1 BGB Anwendung findet. Da das Gesetz hierzu keine Regelung trifft, läge es auf den ersten Blick nahe, die regelmäßige Verjährungsfrist von drei Jahren (§ 195 BGB) heranzuziehen. Der **BGH** hingegen **differenziert** hier ebenfalls zwischen der **Verwirklichung der Dienstbarkeit** selbst und deren **Ausübung**. Geht es um die Verwirklichung der Grunddienstbarkeit selbst und nicht nur um eine Störung in der Ausübung, so soll der Anspruch auf Beseitigung einer Beeinträchtigung, die durch eine Anlage verursacht wird, **in entsprechender Anwendung von § 197 Nr. 2 BGB in 30 Jahren verjähren**. Hierzu der BGH wörtlich (NJW 2014, 3780 Rn. 25-29):

„Es kann nicht davon ausgegangen werden, dass dem Gesetzgeber bei der Überarbeitung des Verjährungsrecht die Folgen der Anwendung der neuen regelmäßigen Verjährungsfrist im Rahmen des § 1028 Abs. 1 BGB bewusst wa-

ren und er gleichwohl deren Geltung auch in diesem Regelungszusammenhang anordnen wollte. [...] Die mit der Verkürzung der regelmäßigen Verjährungsfrist von dreißig auf drei Jahre einhergehenden Folgen sind in diesem Zusammenhang derart gravierend, dass eine Begründung zu erwarten gewesen wäre, wenn der Gesetzgeber auch diese gewollt hätte. [...] Vor diesem Hintergrund ist von einer durch die Überarbeitung des Verjährungsrechts nachträglich entstandenen verdeckten Lücke auszugehen [...] Sie ist in der Weise zu schließen, dass der Anspruch auf Beseitigung einer Beeinträchtigung der Grunddienstbarkeit, die durch eine Anlage auf dem dienenden Grundstück verursacht wird, in entsprechender Anwendung von § 197 Nr. 2 BGB in 30 Jahren verjährt, wenn es um die Verwirklichung des Rechts selbst und nicht nur um eine Störung in der Ausübung geht.“

Als Zwischenergebnis lässt sich somit festhalten, dass der entstandene Beseitigungsanspruch aus §§ 1027, 1004 BGB nunmehr verjährt ist.

2. Erlöschen der Grunddienstbarkeit wegen Verjährung des Beseitigungsanspruchs

Darüber hinaus stellt sich die Frage, ob die Grunddienstbarkeit gem. § 1028 Abs. 1 S. 2 BGB erloschen ist. Nach dieser Vorschrift erlischt die Dienstbarkeit mit der Verjährung des Beseitigungsanspruchs, soweit der Bestand der Anlage mit der Dienstbarkeit in Widerspruch steht. Ein Erlöschen hätte zur Folge, dass der Eigentümer des dienenden Grundstücks gegen den Eigentümer des herrschenden Grundstücks einen Anspruch aus § 894 BGB auf Zustimmung zur Löschung der Grunddienstbarkeit im Grundbuch hätte (BGH BeckRS 2023, 4049 Rn. 7).

Gegen ein (vollständiges) Erlöschen der Grunddienstbarkeit spricht, dass § 1028 Abs. 1 S. 2 BGB ein Erlöschen mit Verjährung des Beseitigungsanspruchs nur vorsieht, „soweit“ die auf dem dienenden Grundstück errichtete Anlage mit ihr in Widerspruch steht. Soweit also die Anlage die Grunddienstbarkeit nicht beeinträchtigt, bleibt diese bestehen (BayObLGZ 1959, 478, 489 f.).

Im Fall einer Grunddienstbarkeit, die ein **Bauverbot** oder eine **Baubeschränkung** zum Inhalt hat, liegt es deshalb zunächst nahe, danach zu differenzieren, ob die Bebauung des dienenden Grundstücks vollständig untersagt oder lediglich der Art oder Größe nach beschränkt ist. Soweit – anders als vorliegend – Ersteres der Fall ist, kann der Berechtigte gem. §§ 1027, 1004 BGB die Beseitigung des gesamten Bauwerks verlangen. Der Beseitigungsanspruch unterliegt dann also keinen Schranken, insbesondere nicht in Hinblick auf ein bestimmtes Bemaßungsmaß. Folglich könnte man sich auf

den Standpunkt stellen, es gebe bei einem umfassenden Bebauungsverbot keinen abtrennbaren „überschießenden Teil“ der Grunddienstbarkeit, der von einer Bebauung nicht beeinträchtigt wäre. Bei einer Verjährung des Beseitigungsanspruchs komme es daher zu einem vollständigen Erlöschen der Dienstbarkeit (so OLG Schleswig Urt. v. 22.3.2022 – 7 U 75/21, BeckRS 2022, 5543 Rn. 33, als Vorinstanz zur nachfolgend besprochenen BGH-Entscheidung).

Einer solchen **Differenzierung zwischen umfassendem Bauverbot und bloßer Baubeschränkung** ist der BGH allerdings jüngst **entgegengetreten**. Selbst bei einem umfassenden Bauverbot komme es mit **Eintritt der Verjährung** des Beseitigungsanspruchs **nicht unbedingt zu einem vollständigen Erlöschen der Dienstbarkeit**. Es treffe nicht zu, dass es bei einem Bauverbot keinen abgrenzbaren Teil der Grunddienstbarkeit gebe, der durch eine Bebauung nicht beeinträchtigt sei. Selbst in dem Fall, dass eine bauliche Anlage in Gänze mit der Grunddienstbarkeit nicht vereinbar sei, könne sie möglicherweise zu ihr nur teilweise i. S. v. § 1028 Abs. 1 S. 2 BGB in Widerspruch stehen, wenn ein Grundstücksbereich verbleibe, der weiter genutzt werden könne, auf dem also die Grunddienstbarkeit dem herrschenden Grundstück nach wie vor einen Vorteil biete. Räumlich könne daher ein abgrenzbarer Teil des Bauverbots verbleiben, wenn das errichtete Gebäude den von dem Bauverbot erfassten Bereich des Grundstücks nicht ausschöpfe. Selbst wenn das gesamte Grundstück oder die gesamte, von der Grunddienstbarkeit erfasste Grundstücksfläche bebaut werde, könne räumlich noch ein nicht beeinträchtigter Bereich verbleiben, nämlich insoweit, als es um die Höhe der Bebauung gehe. Außerdem bleibe durch die in § 1028 Abs. 1 S. 2 BGB angeordnete Begrenzung des Erlöschens dem Eigentümer des herrschenden Grundstücks die Möglichkeit, eine entgegen dem Bauverbot errichtete Anlage, die ihn aus seiner Sicht nicht, nur teilweise oder nur geringfügig beeinträchtigt, zu dulden, ohne Gefahr zu laufen, dass die Grunddienstbarkeit hierdurch insgesamt erlöschen würde. Die Gegenauffassung hätte hingegen zur Folge, dass der Berechtigte seinen Beseitigungsanspruch auch gegen kleinste bauliche Anlagen – notfalls auch gerichtlich – durchsetzen müsse, um sein Recht nicht insgesamt zu verlieren (BGH Urt. v. 20.1.2023 – V ZR 65/22, BeckRS 2023, 4049 Rn. 20 ff. = DNotI-Report 2023, 62; vgl. Berger, ZfIR 2022, 334, 335; MünchKommBGB/Mohr, 9. Aufl. 2023, § 1028 Rn. 9 Fn. 43).

Ein vollständiges Erlöschen und damit ein Anspruch des Eigentümers des dienenden Grundstücks auf Erteilung einer Löschungsbewilligung (§ 894 BGB) sind daher vorliegend nicht gegeben. Die Grunddienstbarkeit ist lediglich insoweit erloschen, als das errichtete Mehr-

familienhaus mit ihr im Widerspruch steht, § 1028 Abs. 1 S. 2 BGB.

3. Abschließende Zusammenfassung

Der Berechtigte der Grunddienstbarkeit hatte zwar einen Anspruch auf Beseitigung des Mehrfamilienhauses aus §§ 1027, 1004 BGB, soweit dieses mit dem Inhalt der Dienstbarkeit im Widerspruch stand. Dieser Anspruch ist aufgrund Verjährung allerdings mit der Dienstbarkeit erloschen, § 1028 Abs. 1 BGB. Der Verjährungseintritt führt zwar nicht zu einem vollständigen, aber doch zu einem teilweisen Erlöschen der Dienstbarkeit, § 1028 Abs. 1 S. 2 BGB, so dass dem Berechtigten nun kein Anspruch auf Beseitigung mehr zusteht.

BGB §§ 13 f., 474; BeurkG § 17

Aufdach-Fotovoltaikanlage auf selbstbewohntem Wohnhaus; Unternehmereigenschaft des Betreibers; Verkauf des Grundstücks samt Fotovoltaikanlage

I. Sachverhalt

Es soll ein Grundstückskaufvertrag beurkundet werden. Auf dem Grundstück befindet sich ein ausschließlich privat genutztes Einfamilienhaus, auf dem eine Fotovoltaikanlage aufgebaut, d. h. auf dem Dach aufgeschraubt ist (Aufdachanlage). Die Fotovoltaikanlage könnte auch wieder von dem Dach des Gebäudes entfernt werden, ohne die Gebäudesubstanz dabei zu beschädigen. Diese Fotovoltaikanlage dient dazu, Strom u. a. zum Beheizen eines auf dem Grundstück befindlichen Pools zu liefern. Der erzeugte Strom der Fotovoltaikanlage, der nicht verbraucht wird, wird gegen Entgelt direkt in das öffentliche Netz eingespeist. Eine Möglichkeit, den erzeugten Strom zum privaten Verbrauch zu speichern, besteht nicht.

Die Ehefrau ist Alleineigentümerin des Grundstücks. Die Fotovoltaikanlage wurde von ihrem Ehemann angeschafft. Dieser betreibt die Anlage und hat den diesbezüglichen Wartungsvertrag sowie den Einspeisungsvertrag mit dem Energieversorger abgeschlossen. Der Ehemann ist nach eigenen Angaben Eigentümer der Fotovoltaikanlage. Es wird davon ausgegangen, dass es sich bei der Fotovoltaikanlage nicht um einen wesentlichen Bestandteil des Grundstücks handelt und die Fotovoltaikanlage somit als eine bewegliche Sache einzustufen ist.

Die Ehefrau möchte das Grundstück verkaufen. Gleichzeitig soll auch die Fotovoltaikanlage durch den Ehemann mitverkauft werden. Sowohl der Kaufvertrag

über das Grundstück als auch der Kaufvertrag über die Fotovoltaikanlage sollen in einer Urkunde zusammengefasst werden.

Unsicherheit herrscht darüber, ob es sich bei dem Verkauf der Fotovoltaikanlage um einen Verbrauchervertrag handelt, mit der Folge, dass neben dem Eingreifen der Verbrauchsgüterkaufvorschriften auch die 14-Tagesfrist gem. § 17 Abs. 2a S. 2 Nr. 2 BeurkG zu beachten ist.

II. Frage

Sind der Ehemann und der Käufer, der in erster Linie das Grundstück erwerben und dieses rein privat nutzen möchte, im Hinblick auf den Kauf der Fotovoltaikanlage als Unternehmer einzustufen oder läge im Hinblick auf den Verkauf der Fotovoltaikanlage ein Verbrauchervertrag vor?

III. Zur Rechtslage

1. Unternehmereigenschaft des Ehemannes

Gem. § 14 BGB ist Unternehmer eine natürliche oder juristische Person oder eine rechtsfähige Personengesellschaft, die bei Abschluss eines Rechtsgeschäfts in Ausübung ihrer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit handelt. Demgegenüber ist Verbraucher jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu Zwecken abschließt, die überwiegend weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden können, § 13 BGB.

a) Gewerbliche oder selbstständige berufliche Tätigkeit

Nach der Rechtsprechung setzen sowohl die gewerbliche als auch die selbstständige berufliche Tätigkeit – jedenfalls – ein selbstständiges und planmäßiges, auf gewisse Dauer angelegtes Anbieten entgeltlicher Leistungen am Markt voraus; eine Gewinnerzielungsabsicht ist dagegen nicht erforderlich (BGH NJW 2021, 2281 Rn. 74 m. w. N.).

Dabei setzt ein solchermaßen planvolles Handeln einen gewissen **organisatorischen Mindestaufwand** und die **Notwendigkeit einer geschäftsmäßigen Organisation** voraus (BGH NJW 2020, 3786 Rn. 18, 21; BeckOGK-BGB/Alexander, Std.: 1.5.2023, § 14 Rn. 136; BeckOK-BGB/Martens, Std.: 1.5.2023, § 14 Rn. 29).

Abzugrenzen von der gewerblichen bzw. selbständigen beruflichen Betätigung ist die **Verwaltung eigenen Vermögens**, die auch dann grundsätzlich dem privaten Bereich zugerechnet wird, wenn es sich um die Anlage beträchtlichen Kapitals handelt. Das **ausschlaggebende Kriterium** für die Abgrenzung der privaten von einer gewerblichen bzw. berufsmäßig betriebenen Vermö-

gensverwaltung ist vielmehr der **Umfang der mit ihr verbundenen Geschäfte**. Erfordern diese einen planmäßigen Geschäftsbetrieb, wie etwa die Unterhaltung eines Büros oder einer Organisation, so liegt eine gewerbliche Betätigung vor (BGH NJW 2002, 368, 369; NZM 2020, 808 Rn. 12; NJW 2020, 3786 Rn. 20; LG Saarbrücken, Urt. v. 6.9.2017 – 1 O 110/17, BeckRS 2017, 123466 Rn. 16).

Handelt es sich etwa um die Vermietung oder Verpachtung von Immobilien, ist dementsprechend nicht deren Größe und Wert **entscheidend**, sondern **Umfang, Komplexität und Anzahl der damit verbundenen Vorgänge**. Ein ausgedehntes oder sehr wertvolles Objekt an eine geringe Anzahl von Personen zu vermieten, hält sich daher grundsätzlich im Rahmen der privaten Vermögensverwaltung. Dagegen spricht die Ausrichtung auf eine Vielzahl gleichartiger Geschäfte für ein professionelles Vorgehen. Ob der **mit der Vermögensverwaltung verbundene organisatorische und zeitliche Aufwand** danach insgesamt das Bild eines planmäßigen Geschäftsbetriebs vermittelt, ist einzelfallabhängig zu beurteilen (BGH NZM 2020, 808 Rn. 13).

Nach h. M. ist derjenige, der auf seinem eigenen oder selbst bewohnten Privathaus eine Fotovoltaikanlage betreibt, kein Unternehmer i. S. d. § 14 BGB, auch wenn die Anlage (teilweise) der Gewinnung von Einnahmen durch Einspeisung des gewonnenen Stroms in das öffentliche Netz dient. Denn der Betrieb der Anlage erfordere unabhängig von der Größe der Anlage stets nur einen geringen Aufwand, der nicht das Bild eines planmäßigen Geschäftsbetriebs vermittele (OLG Hamm NZBau 2016, 362 Rn. 58; OLG Köln, Urt. v. 24.6.2016 – 19 U 71/15, BeckRS 2016, 117624 Rn. 38; OLG München, Beschl. v. 13.6.2017 – 19 U 2638/16, BeckRS 2017, 123950; LG Traunstein, Endurteil v. 8.6.2016 – 5 O 4690/14, BeckRS 2016, 131245 Rn. 123; Grüneberg/Ellenberger, BGB, 82. Aufl. 2023, § 14 Rn. 2; Osthus, NZM 2011, 793, 795 ff.; BeckOGK-BGB/Alexander, § 14 Rn. 136.1; Staudinger/Fritzsche, 2018, BGB § 14 Rn. 72; vgl. auch Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 9. Aufl. 2020, Teil 1 Rn. 229). Dies gilt nach in der Rechtsprechung vertretener Ansicht selbst dann, wenn die Fotovoltaikanlage ausschließlich dem Zweck dient, Strom für die Einspeisung in das öffentliche Netz zu erzeugen, der Strom also zu 100 % ins öffentliche Netz eingespeist wird (LG Saarbrücken, Urt. v. 6.9.2017 – 1 O 110/17, BeckRS 2017, 123466, Rn. 18 f.).

Ebenso stelle der Betrieb einer Fotovoltaikanlage auf dem Dach eines Mietshauses in der Regel keine gewerbliche Tätigkeit dar (OLG München, Beschl. v. 13.6.2017 – 19 U 2638/16, BeckRS 2017, 123950; LG Traunstein,

Endurteil v. 8.6.2016 – 5 O 4690/14, BeckRS 2016, 131245 Rn. 123; Grüneberg/Ellenberger, § 14 Rn. 2; Osthus, NZM 2011, 793, 795 ff.). Der Vermieter einer Immobilie, der seine Mieter anteilig mit Strom aus der eigenen Fotovoltaikanlage beliefere, sei nur dann nicht mehr Verbraucher, wenn die Vermietung, unabhängig vom recht geringen Aufwand des Betriebs der Fotovoltaikanlage, einen planmäßigen Geschäftsbetrieb erfordere und somit als gewerblich zu qualifizieren sei (Osthus, NZM 2011, 793, 797).

Anders wurde dies allerdings in einem Fall des LG Dortmund entschieden (Urt. v. 17.6.2011 – 25 O 210/11, BeckRS 2013, 3538). Das LG Dortmund hat seine Entscheidung u. a. damit begründet, dass in der finanzrichterlichen Rechtsprechung der Betrieb einer Fotovoltaikanlage überwiegend als unternehmerische Tätigkeit angesehen werde, und zwar auch dann, wenn der erzeugte Strom nur teilweise, aber regelmäßig und nicht nur gelegentlich eingespeist werde. Dies vermag jedoch nicht zu überzeugen, da der BGH zwischenzeitlich entschieden hat, dass die umsatzsteuerliche Unternehmereigenschaft keine zwingenden Rückschlüsse auf die zivilrechtliche Unternehmereigenschaft i. S. v. § 14 BGB zulässt (NZM 2020, 808 Rn. 15 ff.; vgl. auch OLG Stuttgart, Urt. v. 17.3.2010 – 3 U 160/09, BeckRS 2010, 13000).

Der h. M. in Rechtsprechung und Literatur ist zuzustimmen. Wenn es für die Unternehmereigenschaft gerade nicht auf eine Gewinnerzielungsabsicht oder auf den Umfang des verwalteten Vermögens ankommt, sondern auf den Umfang, die Komplexität und die Anzahl der damit verbundenen Vorgänge und Geschäfte, stellt sich der Betrieb einer Fotovoltaikanlage auf dem Dach des selbstgenutzten Familienheims als private Vermögensverwaltung dar, da dieser in der Regel mit sehr wenig Aufwand verbunden ist. Vor allem wenn man den Betrieb einer einzigen Fotovoltaikanlage mit dem Aufwand für die Vermietung mehrerer Wohnungen vergleicht, welche nach der Rechtsprechung private Vermögensverwaltung darstellen kann (vgl. BGH NZM 2020, 808), ist vorliegend von einem Fall der privaten Vermögensverwaltung auszugehen.

Unbeachtlich ist insofern auch, dass der Ehemann nicht Eigentümer des Grundstücks ist. Denn der Verwaltungsaufwand ist für ihn dadurch nicht – jedenfalls nicht deutlich – höher, als wenn er selbst Grundstückseigentümer wäre.

Sofern es sich mithin um *eine* (einzige) gewöhnliche Fotovoltaikanlage handelt, die nicht Teil eines aus mehreren Anlagen bestehenden Betriebs ist, stellt der Betrieb keine gewerbliche oder selbständige berufliche Tätigkeit

i. S. d. § 14 BGB dar. Daher dürfte die Unternehmereigenschaft des Ehemannes bereits aus diesem Grund ausscheiden.

b) In Ausübung der gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit

Sofern man eine gewerbliche oder selbstständige berufliche Tätigkeit bejaht, müsste der Ehemann den Verkauf „in Ausübung“ der gewerblichen oder selbstständigen beruflichen Tätigkeit vornehmen. Ein Handeln „in Ausübung“ der gewerblichen oder selbstständigen beruflichen Tätigkeit setzt voraus, dass es gerade in einem hinreichend engen, tätigkeitsspezifischen Zusammenhang mit eben dieser erfolgt (BGH NJW 2021, 2281 Rn. 74). Für die Abgrenzung zwischen Verbraucher- und Unternehmerhandeln ist grundsätzlich die objektiv, nicht subjektiv nach dem Willen der Parteien zu bestimmende Zweckrichtung des Rechtsgeschäfts entscheidend. Dabei kommt es maßgeblich auf die jeweiligen Umstände des Einzelfalls, insbesondere das Verhalten der Parteien bei Vertragsschluss an (BGH NJW 2021, 2281 Rn. 75; NJW 2008, 435 Rn. 7).

Da der Ehemann nicht Eigentümer des Grundstücks ist, sondern nur die Fotovoltaikanlage verkaufen würde, würde er „in Ausübung“ seiner gewerblichen Tätigkeit handeln, da auch die Veräußerung des Betriebs darunter fällt (Staudinger/Fritzsche, § 14 Rn. 63; MünchKommBGB/Micklitz, 9. Aufl. 2021, § 14 Rn. 18).

Würde man also entgegen der hier vertretenen Auffassung das Vorliegen einer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit bejahen, so wäre die Unternehmereigenschaft des Ehemannes zu bejahen.

2. Unternehmer-/ Verbrauchereigenschaft des Käufers

Ferner ist die Unternehmer- bzw. Verbrauchereigenschaft des Käufers zu prüfen.

Sofern der Betrieb der Fotovoltaikanlage tatsächlich einen planmäßigen Geschäftsbetrieb erfordert, würde der Käufer – nur auf die Fotovoltaikanlage bezogen – in Ausübung einer gewerblichen Tätigkeit handeln, da ein Unternehmerhandeln bereits dann vorliegt, wenn das Geschäft im Zuge der Aufnahme einer gewerblichen oder selbstständigen beruflichen Tätigkeit (sog. Existenzgründung) abgeschlossen wird (BGH NJW 2005, 1273, 1274). Gleiches wäre der Fall, wenn der Käufer bereits mehrere Fotovoltaikanlagen geschäftsmäßig betreibt.

Zu beachten wäre jedoch, dass der Käufer hier jedenfalls das Grundstück künftig privat nutzen möchte. Gem. § 13 BGB ist eine natürliche Person Verbraucher, die *ein Rechtsgeschäft* zu Zwecken abschließt, die *überwiegend*

weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden können. Aus der spiegelbildlichen Tatbestandsstruktur der §§ 13 f. BGB folgt, dass eine Person in derselben rechtlichen Situation nicht zugleich Verbraucher und Unternehmer sein kann (BeckOGK-BGB/Alexander, § 13 Rn. 96).

In der Gesetzesbegründung zu § 13 BGB heißt es im Zusammenhang mit der Abgrenzung zwischen Verbraucher- und Unternehmerhandeln (BT-Drs. 17/13951, S. 61):

„Im Hinblick auf den Erwägungsgrund 17 der Verbraucherrechtlinie wird ausdrücklich klargestellt, dass es bei Verträgen, die sowohl zu gewerblichen als auch zu nichtgewerblichen Zwecken geschlossen werden (sogenannte Dual-use-Verträge), auf den überwiegenden Zweck ankommt. Schließt eine natürliche Person einen Vertrag nicht überwiegend zu gewerblichen oder selbständigen beruflichen Zwecken, handelt sie mithin als Verbraucher.“

Gem. Erwägungsgrund 17 S. 2 der (Verbraucher-)Richtlinie 2011/83/EU soll, wenn der Vertrag teilweise für gewerbliche und teilweise für nichtgewerbliche Zwecke abgeschlossen wird (Verträge mit doppeltem Zweck) und der gewerbliche Zweck im Gesamtzusammenhang des Vertrags nicht überwiegt, die Person als Verbraucher betrachtet werden.

Sofern also ein Rechtsgeschäft für eine Person sowohl gewerblichen als auch privaten Charakter hat (sog. „dual-use-Fälle“), liegt ein Verbraucherhandeln vor, wenn das Handeln der natürlichen Person Zwecken dient, die nicht überwiegend der gewerblichen oder selbstständigen beruflichen Tätigkeit der Person zugerechnet werden können. Selbst wenn eine Handlung zu gleichen Teilen privaten wie auch gewerblichen Charakter aufweist, liegt noch ein Verbraucherhandeln vor, weil in diesem Fall der gewerbliche Zweck nicht *überwiegt* (BeckOGK-BGB/Alexander, § 13 Rn. 323; Krauß, Teil 1 Rn. 231).

Fraglich ist allerdings, ob hier nur „ein Rechtsgeschäft“ im Sinne der *dual-use*-Fälle vorliegt.

Der Begriff des „Rechtsgeschäfts“ i. S. d. § 13 BGB ist wie im übrigen BGB zu verstehen (Staudinger/Fritzsche, § 13 Rn. 40), erfasst also insbesondere zweiseitige Rechtsgeschäfte wie Kaufverträge (MünchKommBGB/Micklitz, 9. Aufl. 2021, § 13 Rn. 82).

Nach diesem Begriffsverständnis wird der Käufer hier jedoch nicht nur einen, sondern **zwei Kaufverträge, also zwei Rechtsgeschäfte i. S. d. § 13 BGB** abschließen,

nämlich einen über das Grundstück mit der Ehefrau und einen über die Fotovoltaikanlage mit dem Ehemann. Es liegt hier also **kein „dual-use-Fall“** im vorgenannten Sinne vor, da das *jeweilige* Rechtsgeschäft eindeutig einem Handeln als Verbraucher bzw. als Unternehmer zugeordnet werden kann. Auch wenn beide Kaufverträge hier in einer Urkunde zusammengefasst werden, ist keine „Gesamtbetrachtung“ des rechtsgeschäftlichen Handelns des Käufers anzustellen. Sowohl die Gesetzesbegründung als auch der Erwägungsgrund 17 S. 2 der Richtlinie 2011/83/EU stellen auf den „Vertrag“ ab, und nicht etwa auf das „Handeln“ der betroffenen Person. Auch erscheint es nicht gerechtfertigt, denjenigen, der einen Vertrag im Rahmen seiner gewerblichen oder selbstständigen beruflichen Tätigkeit abschließt, nur deshalb als Verbraucher und daher als „schutzwürdiger“ einzustufen, weil er das Rechtsgeschäft gleichzeitig mit einem anderen Rechtsgeschäft abschließt, das er nicht im Rahmen seiner gewerblichen oder selbstständigen beruflichen Tätigkeit vornimmt. So muss etwa auch bei verbundenen und zusammenhängenden Verträgen i. S. d. §§ 358, 360 BGB die Verbrauchereigenschaft für beide Verträge gesondert geprüft werden (BeckOGK-BGB/Alexander, § 13 Rn. 201; BeckOK-BGB/Martens, § 13 Rn. 37). Auch die Formvorschrift des § 311b Abs. 1 S. 1 BGB und ein etwaiger zur Beurkundungsbedürftigkeit des Fotovoltaikanlagen-Kaufvertrages führender Verknüpfungswille der Beteiligten vermag nichts daran zu ändern, dass zwei Kaufverträge über unterschiedliche Kaufgegenstände vorliegen.

Wenn also der Betrieb der Fotovoltaikanlage tatsächlich einen planmäßigen Geschäftsbetrieb erfordert, wäre der Käufer hinsichtlich der Fotovoltaikanlage als Unternehmer i. S. d. § 14 BGB einzustufen, auch wenn das Grundstück zu rein privaten Zwecken erworben wird.

3. Verbrauchsgüterkauf, § 474 BGB

Verbrauchsgüterkäufe sind Verträge, durch die ein Verbraucher von einem Unternehmer eine Ware kauft, § 474 Abs. 1 S. 1 BGB. Waren sind bewegliche Sachen, die nicht auf Grund von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen oder anderen gerichtlichen Maßnahmen verkauft werden, § 241a Abs. 1 BGB.

Sog. Aufdach-Fotovoltaikanlagen, die auf dem Dach eines Wohngebäudes montiert werden, stellen – unabhängig von ihrer Zubehöreigenschaft – jedenfalls bewegliche Sachen dar (vgl. OLG Nürnberg MittBay-Not 2017, 146; vgl. auch BGH, Beschl. v. 12.6.2018 – XI ZR 579/16, BeckRS 2018, 14802; Krauß, Teil 2 Rn. 1344).

Ein **Verbrauchsgüterkauf** würde hier jedoch schon deshalb **nicht** vorliegen, weil der Käufer ebenfalls als

Unternehmer einzustufen wäre, wenn der Ehemann als Unternehmer verkauft (sog. b2b-Geschäft). Vorzugswürdiger erscheint es hingegen, aus den in Ziff. 1 lit. a) genannten Gründen sowohl den Ehemann als auch den Käufer als Verbraucher zu betrachten (sog. c2c-Geschäft).

4. § 17 Abs. 2a S. 2 Nr. 2 BeurkG

Gem. § 17 Abs. 2a S. 2 Nr. 2 Hs. 2, S. 3 BeurkG soll bei Verbraucherverträgen, die der Beurkundungspflicht nach § 311b Abs. 1 S. 1 BGB unterliegen, dem Verbraucher der beabsichtigte Text des Rechtsgeschäfts vom beurkundenden Notar zur Verfügung gestellt werden. Dies soll im Regelfall zwei Wochen vor der Beurkundung erfolgen.

An sich unterliegt der Verkauf der Fotovoltaikanlage nicht der **Beurkundungspflicht des § 311b Abs. 1 S. 1 BGB**. Ein Vertrag, der als solcher dem Formgebot des § 311b Abs. 1 S. 1 BGB nicht unterliegt, ist jedoch dann notariell zu beurkunden, wenn er mit einem Grundstücksgeschäft eine rechtliche Einheit bildet. Eine rechtliche Einheit besteht dann, wenn die Verträge nach dem Willen der Parteien derart voneinander abhängen, dass sie miteinander stehen und fallen sollen (BGH DNotZ 2002, 944; DNotZ 2011, 196 Rn. 8). Hierbei reicht es auch aus, wenn nur einer der Vertragspartner einen solchen Einheitswillen erkennen lässt und der andere Partner ihn anerkennt oder zumindest hinnimmt (BGH NJW-RR 2009, 953 Rn. 13). Der rechtlichen Einheit im vorgenannten Sinne steht es nicht entgegen, wenn die Parteien des anderen Rechtsgeschäfts nicht identisch mit den Parteien des Grundstücksgeschäfts sind (BGH DNotZ 2011, 196 Rn. 9; NJW-RR 2009, 953 Rn. 13).

Sofern keine wechselseitige Abhängigkeit im vorgenannten Sinne besteht, kommt es darauf an, dass nach dem Willen der Parteien das Grundstücksgeschäft von dem anderen Geschäft abhängt, also mit diesem stehen und fallen soll. Sofern nur das an sich nicht beurkundungsbedürftige Geschäft von dem Grundstücksgeschäft abhängig ist, erstreckt sich die Beurkundungsbedürftigkeit nicht auf das andere Geschäft (BGH DNotZ 2002, 944; DNotZ 2011, 196 Rn. 8; NJW-RR 2009, 953 Rn. 14).

Ein **Verbrauchervertrag** gem. § 17 Abs. 2a S. 2 Nr. 2 Hs. 2, S. 3 BeurkG entspricht dem Begriff des Verbrauchervertrages i. S. v. § 310 Abs. 3 BGB (BeckOGK-BeurkG/Regler, Std.: 1.3.2023, § 17 Rn. 162). Ein solcher liegt jedoch nicht vor, da weder der Verkauf der Fotovoltaikanlage durch den Ehemann (vgl. Ziff. 3) noch der Verkauf des Grundstücks durch die Ehefrau einen Verbrauchervertrag gem. § 310 Abs. 3 BGB dar-

stellt. Daher ist auch § 17 Abs. 2a S. 2 Nr. 2 Hs. 2, S. 3 BeurkG nicht anwendbar.

5. Ergebnis

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass der Betrieb einer Fotovoltaikanlage in einem für einen Privathaushalt üblichen Ausmaß auf dem selbstgenutzten Wohnhaus nicht dazu führt, dass der Ehemann bei Abschluss des Kaufvertrages als Unternehmer i. S. d. § 14 BGB handelt. Selbst wenn man dies anders sehen wollte, so wären § 17 Abs. 2a S. 2 Nr. 2 Hs. 2, S. 3 BeurkG und § 474 BGB nicht einschlägig, weil dann konsequenterweise auch der Käufer in Ansehung des Fotovoltaikanlagen-Kaufvertrages (nicht aber im Hinblick auf den Kaufvertrag über das Grundstück) als Unternehmer anzusehen wäre. Eine sog. *dual-use*-Situation liegt u. E. nicht vor, da nicht nur ein (einziges) Rechtsgeschäft zu unterschiedlichen Zwecken getätigt wird, sondern zwei Vertragsverhältnisse über unterschiedliche Gegenstände im Raum stehen. Hieran vermag auch ein etwaiger Beurkundungszusammenhang i. S. v. § 311b Abs. 1 S. 1 BGB, also eine etwaige Formbedürftigkeit des Fotovoltaikanlagen-Kaufvertrages nichts zu ändern.

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. Andreas Bernert

Redaktion: Notarassessor Alexander König

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:

Brigitte Scheiner Druck- und Verlagsservice
Andreas-Bauer-Straße 8, 97297 Waldbüttelbrunn