

Gutachten des Deutschen Notarinstituts**Abruf-Nr.: 179100****letzte Aktualisierung: 9. Oktober 2020****BGB §§ 13, 14; BeurkG § 17 Abs. 2a****Unternehmereigenschaft bei Geschäftsaufgabe; Verkauf des Betriebsgrundstücks****I. Sachverhalt**

Der Verkäufer, eine natürliche Person, betreibt auf dem Grundstück (das Kaufobjekt) ein Hotel mit angeschlossener Gaststätte. Der Betrieb wird zum nächsten Monatsende eingestellt. Der Käufer, eine GmbH & Co. KG, kauft das Grundstück ohne betriebliches Inventar, das vom Verkäufer zu entfernen ist. Er wird in dem Objekt kein Hotel und keine Gaststätte betreiben.

II. Fragen

1. Liegt ein Verbrauchervertrag i. S. d. § 17 Abs. 2a Nr. 2 BeurkG vor? Handelt insbesondere der Verkäufer als Unternehmer i. S. d. § 14 BGB?
2. Ändert sich an der Beurteilung etwas vor dem Hintergrund der Entscheidung des BGH v. 28.5.2020 (Az. III ZR 58/19)?

III. Zur Rechtslage**1. Einhaltung der Zwei-Wochen-Frist**

Bei **Verbraucherverträgen**, die der Beurkundungspflicht nach § 311b Abs. 1 S. 1 und Abs. 3 BGB unterliegen, soll dem Verbraucher der beabsichtigte Text des Rechtsgeschäfts vom beurkundenden Notar oder einem Notar, mit dem sich der beurkundende Notar zur gemeinsamen Berufsausübung verbunden hat, zur Verfügung gestellt werden. Dies soll **im Regelfall** zwei Wochen vor der Beurkundung erfolgen. Wird diese Frist unterschritten, sollen die Gründe hierfür in der Niederschrift angegeben werden, § 17 Abs. 2a Nr. 2 HS. 2 BeurkG.

2. Vorliegen eines Verbrauchervertrags

Mit dem Begriff des **Verbrauchervertrags** hat sich der Gesetzgeber an der Definition in § 310 Abs. 3 BGB orientiert (BT-Drucks. 14/9266, S. 50), sodass die zu § 310 Abs. 3 BGB entwickelten Grundsätze auch für die Frage, ob ein Verbrauchervertrag i. S. d. § 17 Abs. 2a Nr. 2 HS. 2 BeurkG vorliegt, heranzuziehen sind (einhellige Meinung, vgl. OLG Celle BeckRS 2017, 134423 Rn. 26; Staudinger/Hertel, BGB, Neubearb. 2017, BeurkG Rn. 519; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 3144b; BeckOK-BeurkG/Raude, Std.: 1.5.2020, § 17 BeurkG Rn. 68; BeckOGK-BeurkG/Regler, Std.: 1.4.2020, § 17 Rn. 152;

Sorge, DNotZ 2002, 593, 598; Struck, MittBayNot 2003, 259, 263). Verbraucherverträge sind demnach solche, an denen ein Unternehmer und ein Verbraucher beteiligt sind. Wer Unternehmer und wer Verbraucher ist, richtet sich nach den §§ 13, 14 BGB (Staudinger/Piekenbrock, BGB, Neubearb. 2019, § 310 Rn. 87).

3. Verbraucherbegriff des § 13 BGB

Gem. § 13 BGB ist Verbraucher jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu Zwecken abschließt, die überwiegend weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbstständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden können. Da die Vorschrift der Umsetzung der EU-Verbraucherschutzrichtlinien dient, ist der Verbraucherbegriff des § 13 BGB europarechtskonform auszulegen, wobei zu beachten ist, dass der deutsche Gesetzgeber sich in zulässiger Weise für eine überschießende Umsetzung i. S. e. weitergefassten persönlichen Anwendungsbereichs entschieden hat (MünchKommBGB/Micklitz, 8. Aufl. 2018, § 14 Rn. 9).

Ob ein rechtgeschäftlicher Kontakt der Verbraucher- oder der Unternehmensphäre zuzurechnen ist, bestimmt sich dabei jeweils nach den Umständen des konkreten Einzelfalles. Eine abschließende Beurteilung ist dementsprechend für den einzelnen Notar schwierig, da er zwar gem. § 17 Abs. 1 BeurkG zur Klärung des Sachverhalts verpflichtet ist, ihm aber keine Möglichkeiten der Ermittlung oder Beweiserhebung zur Verfügung stehen (vgl. ausführlich Winkler, BeurkG, 19. Auflage 2019, § 17 Rn. 213). Er muss die Verbraucher- bzw. Unternehmereigenschaft deshalb an objektiven Kriterien festmachen und sich hierbei auf die Angaben der Beteiligten verlassen können (ständige Rechtsprechung, vgl. nur BGH DNotZ 1958, 99; BGH DNotZ 1961, 162; BGH NJW-RR 1999, 1214, 1215).

Maßgeblich für die Einordnung ist die jeweilige **Zweckrichtung des rechtsgeschäftlichen Handelns** (vgl. den insofern eindeutigen Wortlaut des § 13 BGB). Die Verbrauchereigenschaft ist zu bejahen, wenn der Betroffene bei objektiver Betrachtung aus der Sicht eines verständigen Dritten zu privaten Zwecken handelt. Mit Blick auf den Schutzzweck des Gesetzes und den Wortlaut, der eine Negativabgrenzung vornimmt, ist es ausreichend, wenn sein Verhalten der Privatsphäre im weitesten Sinne zugeordnet werden kann (ausf. zur allgemeinen Begriffsdefinition anhand der Zweckrichtung jeweils m. w. N.: BeckOGK-BGB/Alexander, Std.: 1.7.2020, § 13 Rn. 260 ff.; BeckOK-BGB/Bamberger, Std.: 1.5.2020, § 13 Rn. 30 f.).

4. Unternehmerbegriff des § 14 Abs. 1 BGB

Nicht vom Verbraucherbegriff erfasst ist hingegen jedes (überwiegende) selbstständige berufliche oder gewerbliche Handeln. Letzteres ist dann anzunehmen, wenn im Rahmen einer planmäßigen und auf eine gewisse Dauer angelegten Tätigkeit entgeltliche Leistungen am Markt angeboten oder nachgefragt werden, und die Tätigkeit wirtschaftlichen Charakter besitzt und selbstständig erfolgt (BeckOGK-BGB/Alexander, § 14 Rn. 144). Gem. § 14 Abs. 1 BGB können sowohl natürliche als auch juristische oder rechtsfähige Personen- gesellschaften Unternehmer i. S. d. Norm sein. Es kommt dementsprechend auf eine Eintragung als Kaufmann im Handelsregister nicht an (BeckOK-BGB/Bamberger, § 14 Vor Rn. 1; BeckOGK-BGB/Alexander, § 14 Rn. 57).

5. Unternehmerisches Handeln bei Geschäftsaufgabe

Es dürften keine Zweifel bestehen, dass der Verkäufer vorliegend als Betreiber eines Hotels mit angeschlossener Gaststätte während der Ausübung dieser Tätigkeit gewerblich und damit auch unternehmerisch i. S. d. § 14 Abs. 1 BGB tätig ist. Es stellt sich allerdings die Frage, ob dies auch gilt, wenn er den Betrieb einstellt und das Betriebsgrundstück veräußert. Zweifel hieran könnten sich daraus ergeben, dass die Betriebsaufgabe und Liquidation des Betriebsvermögens gerade das Gegenteil einer „auf Dauer angelegten entgeltlichen Leistung am Markt“ sind.

Nach h. M. wird jedoch die Veräußerung im Rahmen einer Existenzaufgabe der unternehmerischen Tätigkeit zugeordnet (so ausdrücklich MünchKommBGB/Micklitz, § 14 Rn. 18; Staudinger/Fritzsche, BGB, Neubearb. 2018, § 14 Rn. 63; Böhr, RNotZ 2003, 287, 287). Der Existenzaufgabe sollen dabei alle Geschäfte zuzurechnen sein, bis die unternehmerische Tätigkeit endgültig eingestellt ist (BeckOGK-BGB/Alexander, § 13 Rn. 344). Auf den Unternehmensgegenstand bzw. Geschäftszweck kommt es dabei ausdrücklich nicht an (MünchKommBGB/Micklitz, § 14 Rn. 18).

Dem hat sich auch der EuGH in einer Entscheidung zur Haustürgeschäfterichtlinie (Richtlinie 85/577/EWG des Rates vom 20. 12. 1985 betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen) angeschlossen. Wörtlich führt der EuGH aus:

„Die den Verkauf eines Gewerbebetriebs vorbereitenden Rechtsgeschäfte, wie der Abschluß eines Vertrags über die Veröffentlichung eines Inserats in einer periodisch erscheinenden Zeitschrift, stehen im Zusammenhang mit der beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit des Gewerbetreibenden; sie können zwar diese Tätigkeit beenden, stellen jedoch Rechtsgeschäfte der Betriebsführung dar, die der Gewerbetreibende zur Befriedigung anderer als seiner familiären oder persönlichen Bedürfnisse vornimmt.“

(EuGH, Urt. v. 14.3.1991 – C-361/89, BeckRS 2004, 76741 Rn. 16)

Die Entscheidung des EuGH erging zwar zur Haustürgeschäfterichtlinie, sodass sie methodisch sauber nur eingeschränkt zur Auslegung des derzeitigen nationalen Rechts herangezogen werden kann, da sie zwischenzeitlich durch die Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2011 über die Rechte der Verbraucher (Verbraucherrechterichtlinie) ersetzt wurde. In diesem Punkt haben sich jedoch keine wesentlichen Änderungen ergeben, so dass die Grundsätze fortgelten dürfen. Auch in der Sache halten wir die Entscheidung für überzeugend.

Auf den **Unternehmensgegenstand bzw. Geschäftszweck** kann es schon deshalb nicht ankommen, da anerkannt ist, dass auch branchenfremde Nebengeschäfte ein unternehmerisches Handeln i. S. d. § 14 Abs. 1 BGB nicht ausschließen (BGH NJW 2011, 3435 Rn. 19). Der Geschäftszweck bzw. Unternehmensgegenstand begrenzt insofern nicht die Sphäre, in der der Unternehmer gewerblich tätig sein kann. Selbst wenn man dies annähme, würde man wohl nicht zu einem anderen Ergebnis kommen. Denn in dem Entschluss, die gewerbliche Tätigkeit aufzugeben, dürfte eine Änderung des Geschäftszwecks dahingehend

zu sehen sein, dass Geschäftszweck nunmehr die Liquidation des Betriebsvermögens „als letzter Akt“ ist (Staudinger/Fritzsche, § 14 Rn. 63).

Etwas anderes dürfte sich auch nicht aus der in der Fragestellung angesprochenen jüngeren Rechtsprechung des BGH (Urt. v. 28.5.2020 – III ZR 58/19, BeckRS 2020, 12794) ergeben. Die Entscheidung betrifft die Abgrenzung von gewerblichem Immobilienhandel und privater Vermögensverwaltung und unterscheidet sich vom vorliegenden Fall grundlegend. Der dortige Kläger (Erwerber der Immobilien) betrieb selbst kein Unternehmen i. S. d. § 14 BGB, sondern war angestellter Arbeitnehmer und erwarb Immobilien zur Weiterveräußerung in Gewinnerzielungsabsicht. Eine unternehmerische Tätigkeit des Erwerbers – abgesehen von dem in Rede stehenden Immobilienerwerb – lässt sich dem Sachverhalt der besagten Entscheidung nicht entnehmen. Der BGH kam zu dem Ergebnis, dass der Erwerber nicht als Unternehmer einzuordnen sei, da es an einem planmäßigen Geschäftsbetrieb mangels entsprechender Unterhaltung eines Büros bzw. einer erforderlichen geschäftsmäßigen Organisation fehle (BGH BeckRS 2020, 12794 Rn. 20).

Selbst wenn man die Entscheidung des BGH für zutreffend halten würde, dürfte sie sich auf den vorliegenden Fall nicht übertragen lassen. Denn im vorliegenden Fall ist der Verkäufer ohne Weiteres bzgl. des Betriebs des Hotels als Unternehmer einzuordnen, sodass es schon deswegen der Unterhaltung einer geschäftsmäßigen Organisation bedarf. Es kommt also nicht mehr auf die Frage an, ob die Veräußerung der Betriebsimmobilie eine solche geschäftsmäßige Organisation erfordert, sondern allenfalls auf die oben diskutierte Frage, ob eine solche Veräußerung noch der unternehmerischen Tätigkeit zugeordnet werden kann – was wir im Ergebnis bejahen würden.

6. Ergebnis

Im Ergebnis würden wir demnach davon ausgehen, dass der Veräußerer im Rahmen der Betriebsaufgabe bei der Veräußerung von Betriebsmitteln als Unternehmer i. S. d. § 14 Abs. 1 BGB einzuordnen ist. Sollten an dieser Einordnung Zweifel bestehen – aber auch nur dann –, fordert der BGH nach dem Prinzip des sichersten Weges von einer Verbrauchereigenschaft auszugehen (BGH BeckRS 2020, 12794 Rn. 14).