

**Dokumentnummer:** 10299  
**letzte Aktualisierung:** 28.05.2003

<Dokumentnummer> 3u107\_02  
<Gericht> OLG Rostock  
<Aktenzeichen> 3 U 107/02  
<Datum> 17.03.2003  
<Normen> BGB § 13  
<Titel> Der Existenzgründer ist nicht Verbraucher.  
<Leitsatz>

## Gründe:

### I.

Die Klägerin, ein Automatenaufstellunternehmen, klagt gegen die Beklagten eine Vertragsstrafe i.H.v. insgesamt 9.000,00 DM aus einem nicht durchgeführten Automaten-Aufstellvertrag ein.

Die Beklagten planten im Jahre 2000 - in Gesellschaft bürgerlichen Rechts - (zusammen mit einem weiteren Mitgesellschafter) die Eröffnung einer Gaststätte "Riz" in Rostock. Zu diesem Zwecke mieteten sie zunächst Geschäftsräume in der Wismarschen Straße an. Außerdem schlossen sie vor Geschäftseröffnung einen Bierlieferungsvertrag mit einer Brauerei ab. Nach diesen Abschlüssen kamen die Beklagten mit der Klägerin am 29.05.2000 über den Abschluss eines Automaten-Aufstellvertrages (GA Bl. 21ff.) überein. Zu den für den vorliegenden Rechtsstreit wesentlichen Bestimmungen heißt es in dem von der Klägerin verwendeten Formularvertrag u.a.:

"3. Der Aufsteller ...

g) kann Geräte nach einer Anzeigefrist von einer Woche abräumen, wenn der Kasseninhalt dieser Geräte nicht das für den Aufsteller erforderliche Rentabilitätsminimum erreicht.

Das Rentabilitätsminimum liegt bei folgenden 4-wöchentlichen Nettoumsätzen pro Gerätetyp:

Unterhaltungsautomaten mit Gewinnmöglichkeit	DM 400,00
Musik- und Videoautomat	DM 100,00
Flipper-, Billard- und Punkteautomat	DM 300,00
Kickerautomat	DM 50,00
Dartautomat und Touchgeräte	DM 500,00
Fahr simulatoren klein/groß	DM 500,00/900,00

4. Der Kunde

a) verpflichtet sich, die von ihm zu treuen Händen übernommenen Geräte, die er äußerlich sauber erhalten wird, während der gesamten Öffnungszeiten seines Betriebes eingeschaltet und betriebsbereit zu halten.

5. Können alle oder einzelne Automaten aus vom Kunden zu vertretenden Gründen nicht oder nicht mehr aufgestellt werden, verwirkt der Kunde je Automat und nicht erfülltem Vertragsjahr eine Vertragsstrafe von DM 500,00 bei Geld- oder Warenspielgeräten mit Gewinnmöglichkeit und von DM 300,00 bei sonstigen Automatenarten. Darüber hinausgehende Schadensersatzansprüche des Aufstellers werden hierdurch nicht berührt."

Der Beklagte eröffnete die Gaststätte nicht. Mit anwaltlichem Schreiben vom 19.06.2001 (Anlage K 6, GA Bl. 27) machte die Klägerin deshalb gegen sie - unter Fristsetzung bis zum 27.06.2001 - eine Vertragsstrafe geltend. Diese berechnete sie wie folgt:

Laufzeit des Automatenaufstellvertrag: 01.08.2000 bis 31.07.2010

- ein Musikautomat a DM 300,00 für 10 Jahre	DM 3.000,00
- zwei Unterhaltungssautomaten (ohne Gewinn-	
möglichkeiten) a DM 300,00 für 10 Jahre	DM 6.000,00

---

Gesamtbetrag:	DM 9.000,00
---------------	-------------

Die Klägerin vertritt die Auffassung, die Vertragsstrafenregelung sei nicht nach § 11 Nr. 6 AGBG a.F. unwirksam. Denn die Beklagten seien als Unternehmer im Sinne von § 24 AGBG a.F. anzusehen.

Die Klägerin beantragte erstinstanzlich,

über das Teilversäumnisurteil vom 03.01.2002 hinaus die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, an die Klägerin 4.601,62 € (= 9.000,00 DM) nebst 5% Zinsen über dem Basiszinssatz nach § 1 DÜG seit dem 28.06.2001 zu zahlen.

Die Beklagten beantragten,

die Klage abzuweisen.

Sie behaupteten, die von ihnen angemieteten Geschäftsräume seien zur Führung einer Gaststätte nicht konzessionsfähig gewesen.

Das Landgericht wies die Klage - mit Ausnahme eines der Klägerin zustehenden Darlehensrückzahlungsanspruches - über den bereits mit Teil-Versäumnisurteil vom 03.01.2002 entschieden worden war - ab. Es erkannte, die Beklagten seien als Existenzgründer Verbraucher (§ 13 BGB), nicht Unternehmer i. S. v. § 24 AGBG a.F.. Deshalb komme zu ihren Gunsten § 11 Nr. 6 AGBG a.F. zur Anwendung. Ziff. 5 im Automaten-Aufstellvertrag kollidiere mit § 11 Nr. 6 AGBG a.F. und sei unwirksam.

Zur Begründung führte das Landgericht - im Wesentlichen unter Wiedergabe der Kommentierung von Micklitz im Münchener Kommentar (vgl. MünchKomm/Micklitz, §§ 1-240 BGB, AGB-Gesetz, 4. Aufl., § 13 BGB Rn. 38-41) aus:

Die Formulierung in § 13 BGB gebe keinen direkten Aufschluss darüber, ob der Existenzgründer als Verbraucher oder als Unternehmer einzustufen sei. Auch bei § 14 BGB

fehle eine Klarstellung, wenngleich der Unternehmerbegriff daran gekoppelt sei, dass der Abschluss des Rechtsgeschäftes "in Ausübung" der gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit erfolgte.

An gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben in den einschlägigen Verbraucherrichtlinien fehle es. Nach dem Urteil des Europäischen Gerichtshofes über die Verbrauchereigenschaft eines zukünftigen Franchise-Nehmers sei zwar entschieden worden, der Zweck eines Vertragsschlusses sei auch dann ein gewerblicher, wenn der Betrieb des Gewerbes erst ein künftiger ist, weil das Gewerbe erst durch den Vertrag in die Lage versetzt werde, seinen Betrieb aufzunehmen (EuGH, Urteil vom 03.07.1997; Rs. C 269/95). Diese Rechtsprechung sei jedoch nicht verallgemeinerungsfähig.

Die Rechtslage in Deutschland sei bisher geteilt. § 1 Abs. 1 Verbraucherkreditgesetz (VerbrKrG) regelte und regele in der Neufassung die Existenzgründungsproblematik ausdrücklich. Danach würden als Verbraucher auch alle anderen natürlichen Personen gelten, es sei denn, dass der Kredit nach dem Inhalt des Vertrages für eine bereits ausgeübte gewerbliche oder selbständige berufliche Tätigkeit bestimmt sei. Etwas anders sei die Rechtslage in § 6 Haustürwiderrufsgesetz (HausTWG) a.F. gelagert gewesen. Die ursprüngliche Formulierung habe gelautet, dass § 6 keine Anwendung finde, wenn der Kunde den Vertrag "in Ausübung" einer selbständigen Erwerbstätigkeit abschließe oder die andere Vertragspartei nicht geschäftsmäßig handele. Mit der Verabschiedung des Fernabsatzgesetzes sei § 6 des HausTWG novelliert und auf die neu eingefügten §§ 13, 14 BGB abgestimmt worden. Der Bezug zur Tätigkeit befindet sich jetzt nicht mehr in der Definition des Schutzadressaten - vormals Kunde i.S.d. § 6 HausTWG - sondern in der Definition des Unternehmers (§ 14 BGB).

Eine einheitliche Rechtsposition zu der streitgegenständlichen Frage habe sich noch nicht herausgebildet. Die Rechtsprechung der Obergerichte sei geteilt. Gegen die Anwendung des § 24 AGBG auf Existenzgründer hätten sich das OLG Koblenz (NJW 1987, 74) sowie das OLG Düsseldorf (MDR 1996, 465) ausgesprochen, für die Anwendung hingegen das OLG Oldenburg {NJW-RR 1989, 1081}. Die Literaturmeinungen würden eher gegen die Anwendung des § 24 AGBG tendieren und die Gleichstellung des Existenzgründers mit dem Verbraucher befürworten.

Letztendlich gebe es keine klaren Kriterien, nach denen über die Einordnung des Existenzgründers in den Verbraucher- oder Unternehmerbegriff zu entscheiden sei. Es komme daher auf die situative Schutzbedürftigkeit im Einzelfall an. Trete der Existenzgründer erstmals im rechtsgeschäftlichen Verkehr auf und schließe für sein zukünftiges Gewerbe einen Vertrag ab, so müsse er noch als Verbraucher angesehen werden. Habe er hingegen aus einer Vielzahl von Gesprächen oder aus dem Abschluss mehrerer zuvor geschlossener Verträge bereits gewerbe- und berufsbezogene Kenntnisse erworben, verhalte es sich umgekehrt.

Unter Beachtung dieser Grundsätze seien die Beklagten noch als Verbraucher im Sinne von § 13 BGB anzusehen. Es habe ihnen bei Abschluss des Automaten-Aufstellvertrages an der nötigen Geschäftskompetenz gefehlt. Zwar seien von den Beklagten im Rahmen der beabsichtigten Geschäftsgründung bereits Vertragsverhandlungen mit einem Vermieter und einer Brauerei geführt und auch entsprechende Verträge mit diesen geschlossen worden. Jedoch hätten die Beklagten bei diesen Verhandlungen noch keine professionellen Kenntnisse erworben. Die zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses 25 und 26 Jahre alten Beklagten seien die Geschäftsidee "Gaststätte" völlig unbedarfte angegangen. Dafür spreche der Abschluss eines Miet- und eines Bierlieferungsvertrages, obwohl unklar gewesen sei, ob die

angemieteten Räume überhaupt konzessionsfähig waren. Diese Verträge - ebenso wie der Automaten-Aufstellvertrag seien zeitlich alle in kurzen Abständen zustande gekommen. Es könne von daher nicht angenommen werden, die Beklagten hätten mit Abschluss des ersten oder zweiten Vertrages eine Geschäftskompetenz erlangt, wonach es ihnen möglich gewesen wäre, die sie besonders belastenden Vertragsbedingungen der Klägerin zu erkennen. Der Abschluss des Vertrages mit der Klägerin müsse als ein für Existenzgründer typischer Anfängerfehler eingestuft werden, da man sich vertraglich gebunden habe, ohne dass klar gewesen sei, ob das Gewerbe überhaupt behördlich genehmigt werde.

Nach allen seien die Beklagten als Verbraucher, nicht aber als Unternehmer im Sinne von § 14 BGB zu behandeln, so dass § 11 Nr. 6 AGBG im Verhältnis der Parteien Anwendung finde. Danach aber erweise sich die Vertragsregelung in Ziff. 5. des Automatenaufstellvertrages als unwirksam.

Mit ihrer form- und fristgerecht eingereichten und rechtzeitig begründeten Berufung verfolgt die Klägerin den von ihr geltend gemachten Vertragsstrafenanspruch weiter.

Sie ist der Auffassung, das Landgericht habe verkannt, dass es sich bei den Beklagten im Zeitpunkt des Vertragsschlusses über den Automaten-Aufstellvertrag nicht mehr um Verbraucher i. S. v. § 13 BGB gehandelt habe. Existenzgründer seien lediglich bis zum Beginn ihrer unternehmerischen Tätigkeit als Verbraucher zu qualifizieren. Bei objektiver Sicht könne es jedoch keinem Zweifel unterliegen, dass die Beklagten im Zeitpunkt des Abschlusses des hier streitgegenständlichen Vertrages das Stadium der Existenzgründung bereits überschritten hätten. Denn sie hätten - unstreitig - mit der Zielsetzung, ein Gewerbe zu betreiben, eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts gegründet. Danach hätten sie einen Gewerberaum-Mietvertrag geschlossen und sodann einen Brauereivertrag, der auch eine Darlehensgewährung zum Zwecke der Einrichtung des Betriebs der Gaststätte zum Gegenstand gehabt habe. Am Ende der damit bereits aufgenommenen unternehmerischen Tätigkeit habe die Unterzeichnung des streitgegenständlichen Automaten-Aufstellvertrages gestanden.

Die Klägerin ist der Ansicht, für die Annahme, der Zweck eines Vertragsschlusses sei auch dann ein gewerblicher, wenn der Betrieb des Gewerbes erst ein künftiger ist, spreche die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH Urteil vom 03.07.1997, Rs. C 269/95 Benincasa vs. Dentalkit, JZ 1998, 896 ff.). Das Landgericht habe ohne Begründung angenommen, dass diese Entscheidung nicht verallgemeinerungsfähig sei.

Im Übrigen habe das Landgericht übersehen, dass die Regelung von § 3 Abs. 1 VerbrKrG, der nunmehr § 507 BGB n. F. entspreche, die Ausnahme von der Regel darstelle. Das folge aus der Gesetzessystematik.

Aus den vom Landgericht angeführten obergerichtlichen Entscheidungen lasse sich eine Unwirksamkeit der Vertragsstrafenklausel nach § 11 Nr. 6 AGBG a.F. nicht begründen.

Unverständlich sei die Argumentation des Landgerichts, die Beklagten seien nicht als Unternehmer i. S. v. § 14 BGB zu qualifizieren, da ihnen die notwendige Geschäftskompetenz gefehlt habe. Worauf die diesbezügliche Überzeugung des Gerichts fuße, bleibe unklar.

Das Kriterium der "Geschäftskompetenz" sei im Übrigen gänzlich ungeeignet, sachgerecht zwischen Verbrauchern und Unternehmern zu differenzieren. Es habe konsequent zu Ende gedacht zur Folge, dass fehlgeschlagene Geschäftsgründungen stets dazu führen müssten,

tatsächlich bereits unternehmerisch tätigen Personen Verbraucherschutz zu gewähren.

Die Klägerin vertritt im Ergebnis die Auffassung, da die Beklagten als Unternehmer i. S. v. § 24 AGBG a.F. anzusehen seien, könne § 11 Nr. 6 AGBG a.F. keine Anwendung finden. Stattdessen sei die Frage der Wirksamkeit oder Unwirksamkeit der Vertragsstrafenregelung nach § 9 AGBG a.F. zu beurteilen. Eine Unwirksamkeit der Vertragsstrafenabrede komme daher nur in Betracht, wenn sie den Gegner des Verwenders unangemessen benachteilige. Solches sei hier nicht der Fall.

Die Klägerin beantragt,

das angefochtene Urteil zu ändern und die Beklagten über das Teil-Versäumnisurteil vom 03.01.2002 hinaus als Gesamtschuldner zu verurteilen, an die Klägerin 4.601,62 €nebst 5 % über dem Basiszinssatz gemäß § 1 des Diskontüberleitungsgesetzes seit dem 28.06.2001 zu zahlen.

Die Beklagten beantragen,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie verteidigen das angefochtene Urteil und sind mit dem Landgericht der Meinung, der hier streitgegenständliche Vertrag sei von ihnen noch nicht "in Ausübung" einer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit geschlossen worden, sondern (noch) als Verbraucher i. S. d. § 13 BGB.

Im Übrigen - so meinen die Beklagten - komme es auf ihre Verbrauchereigenschaft nicht entscheidend an. Selbst wenn § 11 Nr. 6 AGBG a.F. keine Anwendung finde, ergebe sich die Nichtigkeit aus § 9 AGBG a.F.. Mit der Vertragsstrafenregelung sei den Beklagten eine Leistungspflicht ohne den Nachweis eines Schadens in einer Höhe von bis zu 9.000,00 DM aufgebürdet worden. Darüber hinaus sei gemäß Satz 2 auch eine Haftung für alle weitergehenden Schadensersatzansprüche der Klägerin getroffen worden. Die Bestimmung einer Vertragsstrafe in dieser Höhe ohne den Nachweis eines Schadens, zusätzlich zu den gesetzlichen Schadensersatzansprüchen, sei mit dem Grundgedanken der gesetzlichen Regelung nicht vereinbar und benachteilige den Gegner des Klauselverwenders unangemessen.

Die Beklagten tragen vor, selbst wenn Ziff. 5 des Vertrages wirksam wäre, sei der Klägerin ein Anspruch gegen die Beklagten nicht gegeben. Die Vertragsstrafe sei nämlich nur dann verwirkt, wenn die Nichtaufstellung der Automaten von den Beklagten zu vertreten sei. Dazu sei aber bereits erstinstanzlich vorgetragen und unter Beweis gestellt worden, dass es zu einer Eröffnung der Gaststätte deshalb nicht gekommen sei, weil die dafür angemieteten Räume nicht konzessionsfähig gewesen seien. Die fehlende Konzessionsfähigkeit gewähre den Mietern ein Recht zur fristlosen Kündigung des Vertrages, so dass die Beklagten die Nichtaufstellung der Automaten nicht zu vertreten hätten.

## II.

Die zulässige Berufung hat Erfolg. Der Klägerin steht gem. Ziff. 5 des zwischen den Parteien geschlossenen Automaten-Aufstellvertrages der der Höhe nach unstreitige Vertragsstrafenanspruch über 9.000,00 DM (= 4.601,62 € zu, denn diese Regelung hält einer Inhaltskontrolle nach dem - unstreitig - Anwendung findenden AGBG in seiner alten Fassung (a.F.) stand.

## **1.**

Die vom Landgericht vertretene Auffassung, die Beklagten seien im Zeitpunkt des hier maßgeblichen Vertragsabschlusses als Verbraucher i.S.v. § 13 BGB anzusehen gewesen, und damit nicht als Unternehmer i.S.v. § 24 AGBG a.F. zu behandeln, so dass bei der eröffneten umfassenden Inhaltskontrolle von einer Unwirksamkeit der Vertragsstrafenklause nach § 11 Nr. 6 AGBG auszugehen sei, hält zur Überzeugung des Senats rechtlicher Überprüfung nicht stand.

### **a)**

Zuzugeben ist dem Landgericht allerdings, dass die für den Ausgang des Verfahrens streitentscheidende Frage, ob der Existenzgründer bzw. die Person, die vor dem maßgeblichen Vertragsschluss noch nicht Kaufmann i. S. d. HGB war, in den Schutzbereich des Verbraucherbegriffs aufzunehmen ist, in Rechtsprechung und Literatur kontrovers beurteilt wird.

#### **aa)**

Für die Behandlung als Verbraucher (so OLG Koblenz, NJW 1987, 74; OLG Düsseldorf, MDR 1996, 465 m.Anm. Eckert in EWiR 1996, 97 f.; MünchKommMicklitz, a.a.O., § 13 BGB Rn. 38ff.; Wolf/Horn/Lindacher, AGBG, 4. Aufl., § 24 AGBG Rn. 7; Soergel/Stein, BGB, 12. Aufl., § 24 AGBG Rn. 4; Ermann/Werner, BGB, 10. Aufl., § 24 AGBG Rn. 5) wird - neben den bereits im Urteil des Landgerichts genannten Gründen - vor allem angeführt, dass es darum gehe, den rechtsunkundigen und geschäftsunerfahrenen Vertragspartner des Verwenders von AGB vor einer unangemessenen Benachteiligung zu schützen. Da kaufmännische Erfahrungen regelmäßig nicht vorliege bei einer Person, die diese Eigenschaft erst mit Abschluss eines Vertrages erwerbe bzw. bei der Existenzgründung, vermöge die Vorschrift des § 24 AGBG ihnen gegenüber nicht einzutreten. Dies stehe in Übereinstimmung mit dem persönlichen Anwendungsbereich des VerbrKrG und des HausTWG, die beide den in Existenzgründungsphase befindlichen Vertragspartner in ihren Schutz einbeziehen würden.

#### **bb)**

Umgekehrt finden sich - außer in der obergerichtlichen Rechtsprechung (OLG Oldenburg, NJW-RR 1989, 1081; NJW-RR 2002, 641f.) - vor allem in der Kommentar- und sonstigen Literatur Stimmen, die gegen eine Aufnahme des Existenzgründers in den Verbraucherbegriff (Staudinger/Schlosser, 12. Aufl., 1998, Einleitung zum AGB-Gesetz; §§ 1 - 30 AGB-Gesetz, § 24 a AGBG, Rdn. 31 a.E.; MünchKomm/Basedow, §§ 1 - 240 BGB; AGB-Gesetz, 4. Aufl., § 24 a AGB-Gesetz, Rdn. 31; Ulmer/Brandner/Hensen, § 24 AGBG Rn. 15; Erdmann, BB 1992, 795 [796]; Ekkenga, Die Inhaltskontrolle von Franchiseverträgen, 1990, S. 43f.).

#### **b)**

Die besseren Gründe sprechen aus Sicht des Senats für die wohl zwischenzeitlich vorherrschende Auffassung, den Existenzgründer nicht dem Verbraucher-, sondern dem Unternehmerbegriff unterfallen zu lassen, ohne dass diese Kontroverse allerdings bisher höchstrichterlich geklärt ist.

#### **aa)**

Anzuführen ist hierfür die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes.

#### **aaa)**

Dieser hatte in seinem Urteil vom 03.07.1997 (JZ 1998, 896 f.) über die Frage zu entscheiden, ob die Art. 13 Abs. 1 und 14 Abs. 1 EuGVÜ so auszulegen sind, dass ein

Kläger, der einen Vertrag zum Zwecke der Ausübung einer nicht gegenwärtigen, sondern zukünftigen beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit abgeschlossen hat, als Verbraucher angesehen werden kann. Der EuGH befand, Art. 13 Abs. 1 EuGVÜ definiere den Verbraucher als eine Person, die "zu einem Zweck [tätig wird], der nicht der beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit dieser Person zugerechnet werden kann". Nach ständiger Rechtsprechung beziehe sich diese Vorschrift nach ihrem Wortlaut und ihrem Zweck nur auf den nicht berufs- oder gewerbebezogen handelnden privaten Endverbraucher. Danach sei die Frage, ob eine Person die Verbrauchereigenschaft besitze - wobei dieser Begriff eng auszulegen sei - nach der Stellung dieser Person innerhalb des konkreten Vertrages i.V.m. dessen Natur und Zielsetzung und nicht nach der subjektiven Stellung dieser Person zu beantworten. Folglich - so der EuGH - würden auch Verträge, die eine Einzelperson zur Deckung ihres Eigenbedarfs beim privaten Verbrauch schließe, unter die Vorschriften zum Schutz des Verbrauchers als des Beteiligten, der als der wirtschaftlich schwächere Partner angesehen wird, fallen. Der mit diesen Vorschriften angestrebte besondere Schutz sei hingegen nicht gerechtfertigt bei Verträgen zum Zweck einer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit, auch wenn diese erst für die Zukunft vorgesehen sei. Denn die Tatsache, dass es sich um eine zukünftig aufzunehmende Tätigkeit handele, ändere nichts an ihrer beruflichen oder gewerblichen Natur.

**bbb)**

Angesichts der Ausstrahlungswirkungen zur Ausdehnung des europäischen Gemeinschaftsrechts auf die nationalen Rechtsordnungen (vgl. zu diesen Wirkungen auch BGH, NJW 1994, 2759 ff. bei der Auslegung von § 6 HausTWG a.F.) kommt dieser Entscheidung starke Bedeutung auch für die Behandlung des Verbraucherbegriffs nach der Rechtsordnung der Bundesrepublik Deutschland zu (so wohl auch Mankowski, Anmerk. zum EuGH JZ 1998, 898 [899]; OLG Oldenburg, NJW-RR 2002, 641 [642]). Dagegen lässt sich zwar anführen (vgl. MünchKomm/Micklitz, a.a.O., § 13 BGB Rn. 39), dass die Verbraucherrechts-Richtlinien der Europäischen Union Spielraum für eine abweichende nationale Regelung belassen, von denen der Gesetzgeber - zumindest - mit dem früheren VerbrKrG auch Gebrauch gemacht hat, indem er sich darauf stützte, dass die Richtlinien nur einen Mindeststandard festschreiben und Art. 15 EuGVÜ es den Mitgliederstaaten erlaubt, den Verbraucherschutz zu erweitern (s. dazu Mankowski, a. a. O.).

Unbeschadet dieser legislatorischen Kompetenzen sprechen jedoch auch weitere Gesichtspunkte für die vom Europäischen Gerichtshof vorgenommene Auslegung des Verbraucherbegriffes, aus der der Existenzgründer ausgeschlossen bleibt.

**bb)**

Als ein solches zusätzliches und gewichtiges Präjudiz für die Auslegung des Verbraucher- bzw. Unternehmerbegriffes in §§ 13, 14 BGB ist - aus Sicht des Senates - die Entscheidung des BGH zu § 6 HausTWG a.F. zu werten (in diesem Sinne wohl selbst auch MünchKomm/Micklitz, a.a.O., § 13 BGB Rn. 40, der zugesteht, dass mit der vom BGH entschiedenen Rechtsfrage auch die Auslegung von § 14 BGB vorbestimmt sein könne).

**aaa)**

Mit dieser Entscheidung vom 04.05.1994 (NJW 1994, 2759 ff.) hat der Bundesgerichtshof befunden, dass die Vorschriften des HausTWG keine Anwendung auf Verträge finden, die in Ausübung einer selbständigen Erwerbstätigkeit abgeschlossen werden (§ 6 Nr. 1 1. Alt. HausTWG).

Dabei sei Anknüpfungspunkt für die Auslegung des Begriffes der "selbständigen Erwerbstätigkeit" nicht die typischerweise damit verbundene geschäftliche Erfahrung.

Vielmehr komme es zusätzlich auf die Zweckrichtung des Handelns des Kunden, nämlich auf den Zusammenhang des Vertragsschlusses mit der Erwerbstätigkeit, an. Dies entspreche dem Verbraucherschutzzweck und die das Verbraucherrecht kennzeichnende Differenzierung zwischen geschäftlichem und privatem Bereich.

In gleicher Weise beschränke auch Art. 1 Abs. 1 der EG-Richtlinie vom 20. Dezember 1995 betreffend den Verbraucherschutz im Fall von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen (85/577/EWG ABl.EG Nr.L 372 vom 31.12.1985, S. 31), die bei der Auslegung der Vorschriften des HausTWG ergänzend heranzuziehen sei, den Anwendungsbereich der Richtlinie auf Verträge zwischen einem Gewerbetreibenden und einem Verbraucher, der in Art. 2 als eine natürliche Person definiert werde, die "bei den von dieser Richtlinie erfassten Geschäften zu einem Zweck handelt, der nicht ihrer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit zugerechnet werden kann".

Diese Abgrenzung zwischen privatem und geschäftlichem Bereich spreche dafür, auch solche von selbständigen Erwerbstätigen abgeschlossenen Geschäfte vom Geltungsbereich des HausTWG auszunehmen, die **der Vorbereitung der Erwerbstätigkeit** (Hervorhebung hier) dienen, wie der Abschluss von Miet-, Wartungs-, Kauf- oder Leasingverträgen, selbst wenn es sich dabei um die Vorbereitung für die Neuaufnahme einer selbständigen Tätigkeit handelt.

**bbb)**

Mit dieser Auslegung des Verbraucherbegriffes und dem Ausschluss des Existenzgründers aus dem Anwendungsbereich des HausTWG hat der Bundesgerichtshof eine sachgerechte Abgrenzung zwischen Geschäften, die einer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit oder aber einem privaten Bereich zuzuordnen sind, entwickelt, die in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes steht.

Dabei lässt sich, entgegen der von Micklitz (vgl. MünchKomm/Micklitz, a.a.O.; 13 BGB Rn. 41) vertretenen Ansicht nicht einwenden, die Rechtsprechung des BGH zu § 6 HausTWG bleibe für die Bestimmung des Verbraucherbegriffes unbeachtlich, weil der BGH die Vorschrift im Kontext des Haustürgeschäftes ausgelegt habe. Vielmehr ergibt sich aus den wiedergegebenen Obersätzen der Entscheidung, dass der Bundesgerichtshof eine generalisierende Abgrenzung zwischen Geschäften des privaten und des gewerblichen Bereichs gefunden hat.

**cc)**

Demgegenüber steht die Rechtsprechung zum Verbraucherkreditgesetz und die darüber im Gesetzgebungsverfahren vertretenen Auffassung der vom Senat verfolgten Auslegung des Verbraucherbegriffs nicht entgegen.

**aaa)**

Richtig ist zwar - wie angeführt wird (vgl. MünchKomm/Micklitz, a.a.O., § 13 BGB Rn. 40) -, dass die Existenzgründungsproblematik in § 1 Abs. 1 VerbrKrG ausdrücklich gesetzlich geregelt ist. Danach werden auch Existenzgründerkreditverträge vom Anwendungsbereich dieses Gesetzes umfasst, "es sei denn, dass der Kredit nach dem Inhalt des Vertrages für eine bereits ausgeübte gewerbliche oder selbständige berufliche Tätigkeit bestimmt ist (Verbraucher)".

Aus dem gesetzlichen Abgrenzungskriterium "bereits ausgeübte" Tätigkeit folgt der BGH, dass Kreditverträge i. S. d. § 1 Abs. 2 VerbrKrG und demzufolge auch die ihm gleichgestellten Verträge i. S. d. § 2 VerbrKrG auch dann, wenn der Leistungsgegenstand für

eine gewerbliche oder selbständige berufliche Tätigkeit verwendet werden soll, grundsätzlich vom Schutzbereich des § 1 Abs. 1 VerbrKrG erfasst werden, soweit sie Existenzgründungscharakter haben (vgl. BGHZ 128, 156 ff.). Um ein Verbrauchergeschäft im Existenzgründungsstadium handele es sich selbst dann, wenn der Verbraucher zwar bereits über ein gewerbliches Unternehmen verfügt, die "Kreditmittel" aber zum Aufbau eines neuen, mit dem ersten nicht im Zusammenhang stehenden, sondern davon klar abgegrenzten gewerblichen oder selbständigen beruflichen Unternehmens bestimmt sind (sogen. "mehrreiche Existenzgründungen"). Dabei enthalte das Gesetz selber keine konkreten Anhaltspunkte dafür, wann eine Phase der Existenzgründung als abgeschlossen gelten müsse. Das VerbrKrG finde erst dann keine Anwendung, wenn das Gewerbe bzw. die selbständige berufliche Tätigkeit bereits ausgeübt werde. Dieser Zeitpunkt sei bei zutreffender Abgrenzung dahin zu bestimmen, dass es auf eine Ladeneröffnung, die Aufnahme der Produktion oder den Beginn des Angebots von Dienstleistungen ankomme (vgl. BGH NJW 1992, 3179 [3180]); ähnlich Staudinger/Kessal-Wulf, 12. Aufl., 1998, § 1 VerbrKrG Rdn. 40).

**bbb)**

Diese Auslegung zum VerbrKrG steht der Interpretation des Verbraucherbegriffes nach § 13 BGB, § 24 a AGBG a.F. jedoch nicht entgegen.

**aaaa)**

Die Rechtsprechung zum VerbrKrG begründet keinen generalisierenden, typisierenden Begriff des Verbrauchers.

Das ergibt sich bereits daraus, dass aus dem Schutzbereich des VerbrKrG nach § 3 Abs. 1 Nr. 2 VerbrKrG die Personen ausgenommen werden, die als Existenzgründer zu behandeln sind, soweit sie nur einen Kredit aufnehmen, der den Nettokreditbetrag von 100.000 DM übersteigt. Es wäre schwerlich nachzuvollziehen, warum der Schutz des Gesetzes zugunsten des Verbrauchers nur bis zu dem Betrag von 100.000 DM greifen sollte, nicht aber mehr darüber hinaus. Zwar wird der typische private Verbraucher, der Kredite, die über einen Betrag von 100.000 DM hinausreichen, aufnimmt, selten am Markt vorhanden sein. Die Wertgrenze selbst vermag aber nicht abschließend über den Verbraucherbegriff zu entscheiden.

**bbbb)**

Im Übrigen ist darauf hinzuweisen (vgl. MünchKomm/Micklitz, a.a.O., § 13 BGB Rn. 40), dass im Gesetzgebungsverfahren unentschieden geblieben ist, ob die Regelung in § 1 Abs. 1 des VerbrKrG in das HausTWG übernommen werden sollte, so dass offen bleibt, ob mit der Übernahme von § 6 HausTWG in § 14 BGB auch das Verständnis des Gesetzgebers zum Verbraucherbegriff nach dem VerbrKrG Eingang in die Neuregelung von §§ 13, 14 BGB gefunden hat.

**cccc)**

Dagegen spricht eher, dass das VerbrKrG in seiner Entstehung neben privaten Verbrauchern auch Minderkaufleute und Kleingewerbetreibende in seinen Schutzbereich einbeziehen sollte, die zur Existenzgründung einen Kredit aufnehmen, ohne aufgrund ihrer Ausbildung und ihrer Erfahrung das Ausmaß und die Auswirkungen ihrer Verschuldung auch nur annähernd zuverlässig einschätzen zu können. Mit dieser Absicht ist auf Initiative des Bundesrates der ursprüngliche Regierungsentwurf zum VerbrKrG geändert worden, in dem das Merkmal der "bereits ausgeübten Tätigkeit" aufgenommen wurde (vgl. dazu Staudinger/Kessal-Wulf, a.a.O. Rn. 39).

Angesichts dieser spezifischen Schutzrichtung des VerbrKrG ist aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu diesem Gesetz keine Verallgemeinerung für die Bestimmung des Verbraucherbegriffes in § 13 BGB, § 24 a AGBG a.F. herzuleiten.

**dd)**

Vielmehr ist aus der weiteren Gesetzgebungsgeschichte der gegenteilige Schluss zu ziehen.

**aaa)**

Das VerbrKrG wurde nämlich mit dem OLG-VertrÄndG vom 23.07.2002 (BGBI. I., S. 2850) in das BGB integriert (vgl. dazu Palandt/Putzo, 62. Aufl., Vorbem. zu §§ 491-498 Rn. 4). § 491 BGB n.F. stellt von der Zielsetzung her eine Zusammenfassung von § 1 Abs. 1 und § 3 VerbrKrG dar (vgl. Palandt/Putzo, a.a.O., § 491 BGB Rn. 1). Für diesen speziellen rechtsgeschäftlichen Bereich des Verbraucherdarlehensvertrages hat der Gesetzgeber auch ausdrücklich - in Beibehaltung der bisherigen Regelung im VerbrKrG - die Anwendung der §§ 491-506 auf den Existenzgründer bestimmt (vgl. § 507 BGB).

**bbb)**

Demgegenüber ist in die Legaldefinition des Verbrauchers in § 13 BGB, eingeführt durch Art. 2 Abs. 1 des Gesetzes vom 27.06.2000 (BGBI. I., S. 897), der Existenzgründer ausdrücklich nicht aufgenommen worden. Wenn jedoch der Gesetzgeber daran gedacht hätte, den Existenzgründer allgemein dem Verbraucherschutzrecht zu unterstellen, so wäre spätestens bei Übernahme des VerbrKrG in das BGB an eine entsprechende Klarstellung zu denken gewesen. Gerade das Schweigen bzw. Unterlassen des Gesetzgebers in dieser Frage rechtfertigt im Umkehrschluss die Annahme, dass eine solche Auslegung des allgemeinen Verbraucherbegriffs nicht gewollt ist, sondern die Bestimmung in § 507 BGB als eine bereichsspezifische Schutznorm verstanden werden muss (i.d.S. OLG Oldenburg, a.a.O.; gegen einen Umkehrschluss Palandt/Heinrichs, a.a.O., § 13 BGB Rn. 3)

**ee)**

Die vom Europäischen Gerichtshof sowie dem Bundesgerichtshof (zum HausTWG) vertretene Abgrenzung zwischen Verbraucher und Unternehmer hat gegenüber der Gegenmeinung den Vorzug, da sie zu einer eindeutigen Unterscheidung führt und damit Rechtssicherheit begründet.

**aaa)**

Nach der vom Landgericht - unter Bezugnahme auf Micklitz (vgl. MünchKomm/Micklitz, a.a.O., § 13 BGB Rn. 41) - vertretenen Auffassung bewegen sich Existenzgründungsgeschäfte in einem Zwischenraum zwischen reinen Verbraucherrechtsgeschäften und unternehmerischen Aktivitäten, so dass ein situationsspezifischer Schutzbedarf zu begründen gesucht wird, ab wann ein Existenzgründer die nach dieser Auffassung vorausgesetzten professionellen gewerbe- und berufsbezogenen Kenntnisse erworben hat und wann er sie noch nicht besitzt.

Dies führt zu Unsicherheiten in der Behandlung des Einzelfalles. Solches wird auch von Micklitz erkannt (vgl. MünchKomm/Micklitz, a.a.O., § 13 BGB Rn. 41 a.E.), ohne dass er diese Grenzen, ab deren Überschreitung der Existenzgründer nicht mehr schutzbedürftig ist, selbst zu definieren wüsste.

**bbb)**

Evident für die insoweit entstehenden Unsicherheiten sind auch die vom Landgericht angeführten Erwägungen, wonach im Falle der Beklagten aufgrund ihrer geschäftlichen Unerfahrenheit ein besonderes Schutzbedürfnis zu erkennen wäre, ohne dass dies an

verobjektivierten Maßstäben ausgewiesen wird.

**ccc)**

Die Abgrenzung nach einem situativen Schutzbedarf, bei welchen oder ab welchen Geschäften bereits eine entsprechende Geschäftskompetenz vorliegt, die den Existenzgründer nicht mehr - oder eben noch - dem Schutzbereich des Verbraucherbegriffes unterfallen lässt, ist mit erheblichen dezisionistischen Elementen belastet (vgl. zutreffend Mankowski a.a.O., S. 898). Es ergäben sich dabei auch keine fundierten Abgrenzungskriterien (so auch OLG Oldenburg, a.a.O.).

**aaaa)**

Selbst bei den ersten Umsatzgeschäften, die nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum VerbrKrG bereits als solche anzusehen wären, bei der die Existenzgründungsphase überschritten ist, hat der "neue" Selbständige oder Gewerbetreibende noch keine Erfahrung gerade als Selbständiger oder Gewerbetreibender. Faktisch erwirbt er die praktische Erfahrung erst im Laufe der Zeit. Trotzdem wird er normativ bereits bei seinen ersten Umsatzgeschäften so behandelt, als hätte er schon diese Erfahrung (vgl. Mankowski, a. a. O.).

**bbbb)**

Wenn Existenzgründungsgeschäfte generell dem kommerziellen Bereich zugeordnet werden, wird umgekehrt auch die Anomalie vermieden, wie sie jetzt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum VerbrKrG besteht, dass Verbraucherschutz selbst im Falle einer zweiten, sukzessiven Existenzgründung gewährt wird. Auch erübrigts es sich, eine zweite Neugründung von der bloßen Erweiterung eines schon gegründeten Geschäftsbereiches abgrenzen zu müssen.

Die darin liegenden Rechtsunsicherheiten werden demgegenüber bei einer generellen, aber unvermeidlichen Abgrenzung zwischen privatem und gewerblichem Bereich behoben. Dadurch werden die Orientierungsmarken klarer und die Zuordnung wird stärker typisiert. Auch für den Existenzgründer erwächst Rechtssicherheit, wenn auch auf Kosten seiner Chancen, in den Genuss von Verbraucherschutz zu gelangen (vgl. zutreffend Mankowski, a.a.O.).

**ff)**

Schließlich ist ein Schutzbedürfnis des Existenzgründers, ihn dem Bereich des Verbraucherbegriffes unterfallen zu lassen, nicht aus zwingenden Gründen zu erkennen.

**aaa)**

Wenn ein Existenzgründer für sich die Entscheidung begründet hat, selbständig oder gewerblich tätig werden zu wollen, so hat er damit zugleich für sich die Entscheidung getroffen, sich den strengerem Regeln für gewerbliche Geschäfte zu unterwerfen (vgl. OLG Oldenburg, a.a.O.). Er übernimmt ein unternehmerisches Risiko. Zu diesem Risiko gehören die strengeren rechtlichen Maßstäbe. Wer sich also entscheidet, gewerblich tätig zu sein, begibt sich des Schutzes, welches das Recht für Privatpersonen bereit hält (so zu Recht Mankowski, a.a.O.). Denn wer einen Vertrag abschließt, um den Schutzbereich der Konsumentenschutzgesetze zu verlassen, bedarf ihres Schutzes nicht mehr und verdient ihn auch nicht mehr (vgl. MünchKomm/Basedow, a.a.O., § 24 a AGBG Rn. 21).

**bbb)**

Anzunehmen ist sogar, dass die Entscheidung für die Existenzgründung und die dafür konstituierenden Verträge von solcher Bedeutung für die jeweilige Person sind, dass diese

Entscheidung mit besonderer Gründlichkeit und Überlegung geplant wird (vgl. OLG Oldenburg, a.a.O.). Jedenfalls besteht begründet Anlass, ein solches Verhalten normativ zu unterstellen.

**ccc)**

Schutzlos gestellt ist der Existenzgründer auch mit diesem Übertritt aus der Privat- in die Geschäftsphase nicht. Denn auch im Anwendungsbereich des AGBG verbleiben ihm - wie sogleich noch auszuführen ist - hinreichende Schutzrechte.

**gg)**

Nach allem sprechen aus Sicht des Senats die überzeugenderen Gründe dafür, den Existenzgründer nicht dem Verbraucherbegriff von § 24 a AGBG zu unterstellen, sondern ihn als Unternehmer nach § 24 AGBG zu behandeln. Danach jedoch ist die Vertragsstrafenklause in Ziff. 5 des Automaten-Aufstellvertrages jedenfalls nicht nach § 11 Nr. 6 AGBG a.F. für unwirksam zu erkennen.

**2.**

Die von § 11 Nr. 6 AGBG a.F. nicht erfassten Vertragsstrafentypen sind indes nicht im Umkehrschluss generell als zulässig anzusehen. Vielmehr unterliegen sie einer Überprüfung nach § 9 AGBG a.F. (vgl. Wolf, in: Wolf/Horn/Lindacher, a.a.O., § 11 AGBG, Rn. 23; MünchKomm/Basedow, a.a.O., § 11 AGBG Rn. 6.).

**a)**

Nach § 9 Abs. 1 AGBG a.F. sind - und zwar auch zwischen Unternehmern (vgl. BGH, NJW 1985, 57; NJW-RR 1988, 39 [41]; NJW-RR 1990, 1076; NJW 1993, 64 [66]) - Vertragsstrafenklauseln unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteilen. Eine unangemessene Benachteiligung liegt nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs vor, wenn der Verwender der Klausel missbräuchlich eigene Interessen auf Kosten des Vertragspartners durchzusetzen versucht, ohne die des Vertragspartners von vornherein hinreichend zu berücksichtigen. Dabei ist ein genereller Prüfungsmaßstab, eine von den Besonderheiten des Einzelfalles losgelöste, typisierende Betrachtungsweise, zu Grunde zu legen (vgl. BGH, ZIP 1998, 1049 ff. m. w. N.; MünchKomm/Basedow, a.a.O., § 11 AGBG Rdn. 6).

**b)**

Die hier getroffene Vertragsstrafenregelung hält einer an den vorgenannten Kriterien ausgerichteten Überprüfung stand.

**aa)**

Nach § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG a.F. ist eine unangemessene Benachteiligung im Zweifel anzunehmen, wenn die Klausel mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist.

**aaa)**

Das kommt in Betracht, weil nach der gesetzlichen Regelung (§ 339 BGB) die Verwirkung einer Vertragsstrafe an ein Verschulden des Verpflichteten geknüpft ist (vgl. BGH, ZIP 1998, 1049 ff.; BGH WM 1973, 388 f.; OLG Celle, NJW-RR 1988, 946 [947]); siehe auch MünchKomm/Basedow, a.a.O., § 11 AGBG Rdn. 8; Wolf, a.a.O., § 11 AGBG Rdn. 26).

**bbb)**

Solches ist jedoch hier nicht der Fall. Aus dem Wortlaut der vertraglichen Regelung in Ziff. 5 des Vertrages ergibt sich, dass die Vertragsstrafe vom Kunden nur verwirkt wird, wenn er die

dafür maßgeblichen Gründe zu vertreten hat. Damit wird an ein Verschulden des Verpflichteten angeknüpft. Eine verschuldensunabhängige Vertragsstrafe ist insoweit nicht zu erkennen. Darüber besteht zwischen den Parteien auch Einigkeit.

**bb)**

Eine Unwirksamkeit einer Vertragsstrafenklausel kann sich wegen Verstoßes gegen § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG a.F. weiter deshalb ergeben, weil eine Kumulation von Schadensersatz wegen Nichterfüllung und Vertragsstrafe von den gesetzlichen Grundgedanken in § 340 Abs. 2 und § 341 Abs. 2 BGB abweichen würde und zu einer unangemessenen Benachteiligung des Vertragspartners führt, da Schadensersatz und Vertragsstrafe nicht nebeneinander verlangt werden können (vgl. BGH, DB 1992, 307 f.; Wolf, a.a.O., § 11 AGBG Rdn. 24; MünchKomm/Basedow, a.a.O., § 11 AGBG Rdn. 8).

**aaa)**

Aus diesem Grunde kann die Verpflichtung des Verwenders, sich auf seinen Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung die aus dem gleichen Grunde vom Kunden verwirkte Vertragsstrafe anrechnen zu lassen (§ 340 Abs. 2 BGB), nicht durch AGB abbedungen werden (vgl. BGHZ 63, 256; OLG Bremen, NJW-RR 1987, 468 [469]; MünchKomm/Basedow, a.a.O., § 11 AGBG Rdn. 8).

**bbb)**

Auch diese Voraussetzungen sind in dem hier vorliegenden Fall nicht erfüllt. Die fragliche Klausel bestimmt in Satz 1, dass der Kunde bei von ihm zu vertretenden Gründen eine Vertragsstrafe verwirkt. Nach Satz 2 werden darüber hinausgehende Schadensersatzansprüche des Aufstellers hierdurch nicht berührt.

Dies steht in Übereinstimmung mit der gesetzlichen Regelung. Denn steht dem Gläubiger ein Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu, so kann er die verwirkte Strafe als Mindestbetrag des Schadens verlangen (§ 340 Abs. 2 Satz 1 BGB). Nach § 340 Abs. 2 Satz 2 BGB ist die Geltendmachung eines weiteren Schadens nicht ausgeschlossen. Die Vertragsstrafenklausel, wie sie von der Klägerin verwendet worden ist, ist entsprechend zu verstehen und auszulegen.

In ihr ist keine Kumulation von Schadensersatz wegen Nichterfüllung und Vertragsstrafenregelung zu erkennen, sondern die Vertragsstrafe stellt lediglich den Mindestbetrag eines von ihr geltend zu machenden Schadensersatzbetrages wegen vertraglicher Nichterfüllung dar. Dass ihr ein Anspruch auf eine darüber hinausgehende Geltendmachung eines Schadens bestehen kann, ergibt sich aus § 340 Abs. 2 Satz 2 BGB.

**cc)**

Ein Verstoß gegen § 9 Abs. 1 AGBG ergibt sich auch nicht aus der Höhe der vereinbarten Vertragsstrafe.

**aaa)**

Von einer unangemessen hoch angesetzten Strafe, die die Unwirksamkeit zur Folge hat, ist auszugehen, wenn die Sanktion außer Verhältnis zum Gewicht des Vertragsverstoßes und zu dessen Folgen für den Vertragspartner steht (vgl. BGH, ZIP 1998, 1049 ff.; ZIP 1997, 1240 ff.; BB 1990, 1323 ff.).

Dies ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs u. a. dann der Fall, wenn die Höhe der Vertragsstrafe nicht an das Gewicht des Vertragsverstoßes anknüpft, wegen

fortschreitender Dauer des vertragswidrigen Zustandes kontinuierlich steigt und weder eine zeitliche noch eine summenmäßige Beschränkung vorgesehen ist. Dann liegt die unangemessene Benachteiligung des Vertragsstrafenschuldners vor allem in der Gefahr, dass die ständig wachsende Vertragsstrafe seine eigenen Vertragsansprüche aufzehren, außer Verhältnis zum möglichen Schaden des Vertragsstrafengläubigers geraten und diesem sogar eine von seinem Sachinteresse nicht mehr gedeckte Vermögensquelle eröffnen kann (vgl. BGHZ, 85, 305 [312 - 314] m.w.N.; BGH WM 1989, 449; BGH, ZIP 1997, 1240 ff.).

**bbb)**

Umgekehrt ist eine Vertragsstrafe nicht unangemessen hoch angesetzt, wenn sie mit dem von ihr verfolgten Zweck in Übereinstimmung steht.

Der Gesetzgeber hat die Vertragsstrafe mit einer doppelten Zielrichtung zugelassen. Zum einen soll sie als Druckmittel den Schuldner zur ordnungsgemäßen Erbringung der versprochenen Leistung anhalten. Zum anderen eröffnet sie dem Gläubiger im Verletzungsfall die Möglichkeit einer erleichterten Schadloshaltung ohne Einzelnachweis. Zur Verfolgung dieses Zwecks ist es sachgerecht und nicht unverhältnismäßig, wenn die Höhe der Strafe an den Umfang der geschuldeten Leistung anknüpft und durch ihn nach oben begrenzt wird (vgl. BGH ZIP 1998, 1099 ff.).

**ccc)**

Letzteres ist hier der Fall. Die Beklagten schuldeten bei Verwirkung der Vertragsstrafe wirtschaftlich nicht mehr, als sie bei gehöriger Erfüllung der übernommenen Verpflichtung an Leistung zu erbringen gehabt hätten. Unwirksam wäre die vereinbarte Vertragsstrafenklause nur, wenn die darin festgesetzte Pauschale - 500,00 DM Vertragsstrafe pro nicht erfülltem Vertragsjahr bei Geld- oder Warenspielgeräten mit Gewinnmöglichkeit, bzw. 300,00 DM pro Vertragsjahr bei sonstigen Automatenarten - den in den geregelten Fällen nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwartenden Schaden übersteigen würde (vgl. BGH, DB 1990, 1323 f.). Solches ist jedoch hier nicht anzunehmen.

**aaaa)**

Die Vertragsstrafenklause, wie sie die Parteien miteinander vereinbart haben, knüpft nicht an verschiedene, ihrem Gewicht nach unterschiedliche Vertragsverstöße an, sondern einzig an den, dass es zur Nichtaufstellung der Automaten aus von dem Kunden zu vertretenden Gründen kommt, also die in Ziff. 4 a) vom Kunden übernommene Betriebspflicht nicht eingehalten wird. Darin jedoch ist eine Hauptpflicht des Kunden des Automaten-Aufstellvertrages zu erkennen, wobei die Höhe der Vertragsstrafe - wie sogleich noch auszuführen ist - ihr Äquivalent im Gewicht des Vertragsverstoßes findet.

**bbbb)**

Zwar steigert sich die Vertragsstrafe mit der Dauer der Vertragsverletzung, jedoch ist eine summenmäßige Beschränkung vorgesehen. Diese berechnet sich - wie im vorliegenden Fall - bemessen auf die Vertragslaufzeit und kann - wie hier - den Höchstbetrag von 9.000,00 DM erreichen.

Dieser Betrag liegt jedoch nicht außer Verhältnis zu dem der Klägerin bei Nichtbetrieb der Automaten entstehenden Schaden und knüpft damit an den Umfang der von den Beklagten geschuldeten Leistung, ihrer Betriebspflicht, an.

**cccc)**

Wie sich nämlich aus Ziff. 3 lit. g) des Vertrages ergibt, hat die Klägerin die von ihr übernommene Pflicht, die Geräte den Beklagten zu überlassen und aufzustellen, an ein

Rentabilitätsminimum geknüpft. Nach dieser Regelung konnte sie die Geräte nach einer Anzeigefrist abräumen, wenn der Kasseninhalt der Geräte nicht das erforderliche Rentabilitätsminimum erreicht. Dieses Rentabilitätsminimum ist bei den unterschiedlichen Gerätearten auf die jeweiligen 4-wöchigen Nettoumsätze berechnet worden. Für die hier maßgeblichen Musik- und Videoautomaten galt danach zumindest ein Nettoumsatz von DM 100,00.

**aaaaa)**

In dieser Regelung verdeutlicht sich der branchenübliche Gewinn, den die Klägerin mit der Aufstellung der Geräte bei den Beklagten zu erzielen beabsichtigte, so dass darin der ihr entstehende Schaden bei Nichterfüllung des Vertrages - als ein Minimum - seinen Ausdruck findet.

**bbbb)**

Wenn hier von dem im Vergleich zu den anderen Spielgeräten noch niedrig angesetzten Nettoumsatz von DM 100,00 ausgegangen wird - was der Senat zu Gunsten der Beklagten annimmt - , so ergibt sich ein von der Klägerin erwarteter und geforderter Gewinn von 1.200,00 DM im Jahr, bezogen auf die Vertragsdauer von zehn Jahren von 12.000,00 DM und bezogen auf die drei bei den Beklagten zur Aufstellung geplanten Geräten i.H.v. 36.000,00 DM.

Aus der Relation zwischen dieser Gewinnerwartung von mindestens 36.000,00 DM und einer die Beklagten im Höchstfall treffenden Vertragsstrafe von 9.000,00 DM zeigt sich jedoch ein angemessenes Verhältnis, so dass eine Unwirksamkeit der Vertragsstrafenklausel auch unter diesem Gesichtspunkt nicht in Betracht zu ziehen ist.

**c)**

Im Ergebnis ist gegen die streitgegenständliche Vertragsstrafenklausel aufgrund einer Inhaltskontrolle nach § 9 AGBG a.F. nichts zu erinnern.

**3.**

Mit ihrer Berufung darauf, die Vertragsstrafe sei von ihnen nicht verwirkt, weil sie die Nichtaufstellung der Automatenspielgeräte nicht zu vertreten hätten, vermögen die Beklagten - ohne dass es dazu des Eintritts in eine Beweisaufnahme bedarf - keinen Erfolg zu haben.

**a)**

Zwar weisen sie zutreffend darauf hin, dass nach der Rechtsprechung ein Verschulden des Kunden eines Automaten-Aufstellvertrages nicht schon darin zu erkennen ist, dass das Mietverhältnis für das Objekt aus Gründen aufgelöst wird, die zwar in den Risikobereich des Kunden eines Automatenaufstellvertrages fallen, den er jedoch nicht zu vertreten hat (vgl. BGH WM 1973, 388; OLG Celle NJW-RR 1988, 946).

**b)**

Die hier von den Beklagten als Grund für die Nichterfüllung des Vertrages angeführte fehlende Konzessionsfähigkeit der Gaststättenräume fällt indes in ihren Risikobereich und ist von ihnen zu verantworten.

**aaa)**

Auch unverschuldete persönliche Verhinderung befreit den Mieter nach § 552 BGB a.F. grundsätzlich nicht von seinen Vertragspflichten. Diese bestehen allein aufgrund des Vertrages über die Gebrauchsüberlassung, ohne Rücksicht darauf, ob der Mieter den Gebrauch ausübt, ausüben kann oder nicht. Er trägt als Sachleistungsgläubiger das

Verwendungsrisiko (vgl. Palandt/Weidenkaff, a.a.O., § 537 BGB n.F. Rn. 4). Alles, was von daher in den Risikobereich des Mieters fällt, begründet deshalb seine im Grundsatz fortbestehende Leistungspflicht.

**bb)**

Dass die Gaststätte "Riz", wie die Beklagten behaupten, nicht eröffnet wurde, weil mangels Konzessionsfähigkeit das Mietverhältnis über die Räume einvernehmlich aufgelöst wurde, fällt in das von ihnen zu vertretende Verwendungsrisiko. Denn bei gebotener wirtschaftlicher Umsicht und Planung durften sie den Automatenaufstellvertrag mit der Klägerin erst eingehen, wenn die Eröffnung der Gaststätte gesichert war. Hierzu genügte nicht der Abschluss des Miet- oder Pachtvertrages über die Räume. Vielmehr bedurfte es der Konzession. Wenn sie ungeachtet der noch nicht erteilten Konzession mit der Klägerin kontrahierten, übernahmen sie bewusst das Risiko, diesen Vertrag wegen Versagung der Konzession nicht erfüllen zu können. Demgemäß haben sie die Nichterfüllung zu vertreten. Diese Sachlage ist eine andere als die vorzeitige Beendigung des vollzogenen Mietvertrages über die Gaststättenräume aus von dem Pächter nicht zu vertretenden Gründen. Ob etwas anderes gelten kann, wenn der Vermieter den Beklagten die Konzessionsfähigkeit vor Vertragsschluss zugesichert hätte, kann dahin stehen, da sie solches nicht vortragen.

**4.**

Der Zinsanspruch ergibt sich aus §§ 284, 286 Abs. 1, 288 Abs. 1 BGB.

**III.**

**1.**

Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 91 Abs. 1, 100 Abs. 4 ZPO.

**2.**

Die Nebenentscheidungen zur vorläufigen Vollstreckbarkeit haben ihre Rechtsgrundlage in §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

**3.**

Der Senat lässt die Revision zur Fortbildung des Rechts und zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung zu, da über die Einordnung des Existenzgründers in den Verbraucher- bzw. Unternehmerbegriff nach §§ 13, 14 BGB, §§ 24, 24a AGBG a.F. bisher nicht höchstrichterlich entschieden ist.