



IM NAMEN DER REPUBLIK

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten Dr. Baumann als Vorsitzenden und die Hofräte Dr. Veith, Dr. E. Solé, Dr. Schwarzenbacher und Dr. Nowotny als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei U***** AG, *****, vertreten durch Dr. Christian Schauburger, Rechtsanwalt in Wien, gegen die beklagten Parteien 1. A***** M*****, und 2. P***** M*****, beide vertreten durch Burghofer Rechtsanwalts GmbH in Wien, wegen 313.601,12 EUR sA, über die außerordentliche Revision der beklagten Parteien gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Wien als Berufungsgericht vom 28. Oktober 2011, GZ 11 R 155/11m-23, womit das Urteil des Landesgerichts für Zivilrechtssachen Wien vom 12. Mai 2011, GZ 60 Cg 215/09t-19, bestätigt wurde, beschlossen und zu Recht erkannt:

I. Die Revision des Erstbeklagten wird zurückgewiesen.

Der Antrag auf Zuspruch der Kosten der Revisionsbeantwortung wird insoweit gemäß § 508a Abs 2 Satz 2 ZPO abgewiesen.

II. Hingegen wird der Revision der Zweitbeklagten Folge gegeben.

Die Entscheidungen der Vorinstanzen werden insoweit dahin abgeändert, dass das Klagebegehren gegenüber der Zweitbeklagten abgewiesen wird.

Die Klägerin ist schuldig, der Zweitbeklagten die mit 17.435,60 EUR (darin enthalten 2.055,76 EUR USt und 5.101 EUR Barauslagen) bestimmten Verfahrenskosten binnen 14 Tagen zu ersetzen.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :

Die klagende Partei gewährte den Beklagten Anfang 2008 ein Darlehen über 270.000 EUR sowie im Juli 2008 ein weiteres über 60.000 EUR. Zu deren Besicherung wurden zu Gunsten der klagenden Partei ob den den Beklagten gehörenden 115/4000stel Anteilen an der Liegenschaft EZ *****, GB ***** sowie weiterer den Beklagten gehörender Anteile an der Liegenschaft EZ *****, GB *****, verbunden mit dem Wohnungseigentum an Wohnungen 5/6, 22, 23, 24, 37, 38, 39 Pfandrechte gewährt. Die Beklagten haben die Darlehen zum Zweck des Erwerbs der Anteile an der letztgenannten Liegenschaft verbunden mit dem Wohnungseigentum an genannten Wohnungen aufgenommen. Diese sollten vermietet werden und in Zukunft, insbesondere in der Pension, ein Einkommen gewährleisten.

Der Erstbeklagte ist weiters Wohnungseigentümer der im letztgenannten Haus befindlichen Wohnungen top 19 bis 21, die zu einer Wohneinheit von 96 m² zusammengelegt wurden. Er ist nach den Feststellungen überdies Gesellschafter und Geschäftsführer der P***** Handels GesmbH, die einen Pensionsbetrieb in gemieteten Räumlichkeiten betreibt.

Die Zweitbeklagte ist Hausfrau.

Am 18. 8. 2009 richtete der Klagevertreter an die Beklagten ein Mahnschreiben, in dem er für das erste Darlehen einen Rückstand von 4.703,36 EUR, darunter auch die Darlehensrate für August 2009, und für das zweite Darlehen einen Rückstand von 431,16 EUR, darunter ebenfalls die aktuelle Darlehensrate für August 2009, bekannt gab und die Zahlung bis spätestens 26. 8. 2009 12:00 Uhr forderte, widrigenfalls Terminsverlust eintrete. Diese

Zahlungsfrist wurde vom Klagevertreter irrtümlich gewählt; sie sollte ursprünglich 14 Tage betragen. Weiters wurden die dann fällig werdenden Gesamtbeträge für beide Darlehen angeführt. In der Folge wurde telefonisch eine sofortige Zahlung von 2.500 EUR und eine Restbetragszahlung im September 2009 vereinbart, die tatsächlich allerdings erst am 14. 10. 2009 (nach Klageeinbringung) überwiesen wurde.

Die Klägerin begehrt mit am 2. 10. 2009 eingebrachter Klage den Klagsbetrag. Die Beklagten seien mit ihrer Zahlungsverpflichtung seit mehr als sechs Wochen in Rückstand geraten und hätten trotz Mahnung und Setzung einer zumindest zweiwöchigen Zahlungsfrist unter Androhung des Terminsverlusts keine Zahlung geleistet. Sie hätten bei Abschluss des Darlehensvertrags einen Vermietungsbetrieb in 1030 Wien geführt und seien nicht als Verbraucher im Sinne des Konsumentenschutzgesetzes anzusehen.

Die Beklagten bestritten und beriefen sich auf ihre Verbrauchereigenschaft. Die Fälligkeitstellung der Kredite sei zu Unrecht erfolgt, die Mahnfrist hätte nicht dem KSchG entsprochen. Auch habe kein qualifizierter Zahlungsrückstand bestanden. Die in der Schuld- und Pfandbestellungsurkunde enthaltene Vereinbarung des Terminsverlusts sei Verbrauchern gegenüber sittenwidrig und ungültig.

Das Erstgericht gab dem Klagebegehren statt und kam zum Ergebnis, dass die Beklagten wegen der Vermietung von sieben Wohnungen sowie Führung eines Hotelbetriebs als Unternehmer anzusehen seien.

Das Berufungsgericht bestätigte diese Entscheidung. Die Darlehensverträge seien vor dem 10. 6. 2010 geschlossen worden, weshalb noch nicht das DaKRÄG, sondern § 983 ABGB sowie § 13 KSchG in der davor geltenden Fassung anzuwenden seien. Zwischen dem

ersten Mahnschreiben und der Klagseinbringung seien mehr als sechs Wochen vergangen, sodass selbst unter Anwendung der Bestimmung des früheren § 13 KSchG die Voraussetzungen für die Fälligkeitstellung des Darlehens vorlägen. Im Übrigen bestehe an der Unternehmereigenschaft des Erstbeklagten kein Zweifel, sei er doch Gesellschafter und Geschäftsführer der P***** Handels GesmbH, die ein Hotel betreibe, und habe im selben Geschäftsbereich, nämlich der Vermietung von Wohnungen, die hier zu beurteilenden Darlehen aufgenommen.

Die Zweitbeklagte habe mit ihrem Mann die Wohnungen zur Vorsorge gekauft. Soweit sie sich auf ihre Verbrauchereigenschaft berufe, habe sie zu beweisen, dass das konkrete Geschäft nicht beim Betrieb eines Unternehmens, sondern in der Privatsphäre abgeschlossen worden sei. Dieser Beweis sei im Hinblick auf die gemeinsam mit dem Erstbeklagten vorgenommene Anschaffung von sieben Eigentumswohnungen zur Vermietung nicht gelungen.

Die ordentliche Revision ließ das Berufungsgericht nicht zu, weil über keine erhebliche Rechtsfrage zu entscheiden gewesen sei.

Gegen diese Entscheidung richtet sich die außerordentliche Revision der Beklagten, die sich gegen ihre Beurteilung als Unternehmer zur Wehr setzen. Man könne den Betrieb einer Frühstückspension nicht mit dem Kauf von Vorsorgewohnungen gleichstellen, letzteres sei keine unternehmerische Tätigkeit. Es entspreche der allgemeinen Lebenserfahrung, dass jemand, der vier Wohnungen und ein Geschäftslokal vermiete, keine Organisation benötige. Es sei daher nicht an den Beklagten gelegen, ihre Konsumenteneigenschaft nachzuweisen.

Dies gelte umso mehr für die Zweitbeklagte.

Abgesehen davon, dass die Zweitbeklagte nicht einmal Gesellschafterin sei, führe selbst die Beteiligung an einem Unternehmen nicht zur Unternehmereigenschaft. Erst wenn diese aber nach objektiven Kriterien gegeben sei, müsse der Prozessgegner den Gegenbeweis antreten und beweisen, dass beim konkreten Geschäft Unternehmereigenschaft nicht vorgelegen habe. Ein solcher Beweis sei hier nicht zu erbringen, weil evident sei, dass bei Vermietung von insgesamt fünf Objekten eine unternehmerische Organisation nicht notwendig sei. Dann sei aber Punkt 10 lit a der Schuld- und Pfandbestellungsurkunde gemäß § 13 KSchG unzulässig und könne die Klägerin die Darlehen nicht fällig stellen.

Die Beklagten beantragen daher, das Klagebegehren abzuweisen; in eventu stellen sie einen Aufhebungsantrag.

Die klagende Partei beantragt in ihrer von sich aus eingebrachten Revisionsbeantwortung, die eine Freistellung entbehrlich macht (*E. Kodek in Rechberger ZPO*³ § 508a ZPO Rz 4), die Revision zurückzuweisen, in eventu, ihr nicht Folge zu geben.

Die Revision des Erstbeklagten ist unzulässig, jene der Zweitbeklagten ist zulässig, weil die Vorinstanzen von der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs abgewichen sind; sie ist auch berechtigt.

1. Allgemeines:

1.1. Für den Unternehmerbegriff des KSchG ist kein bestimmtes Mindestmaß an geschäftlicher Tätigkeit erforderlich, sondern nur die Regelmäßigkeit und Methodik der ausgeübten Tätigkeit maßgeblich (RIS-Justiz RS0065380 [T12]). Eine bestimmte Betriebsgröße der Unternehmen, ein Mindestkapital oder eine sonstige Mindestorganisation ist nicht erforderlich (*Kathrein in KBB*³ § 1 KSchG Rz 3).

Maßgeblich ist nur, dass sich eine selbständige wirtschaftliche Tätigkeit in Bezug auf das konkrete Rechtsgeschäft als unternehmerisch darstellt, weil die Beurteilung als Verbrauchergeschäft nur vom funktionellen Verhältnis zwischen den Streitteilen abhängt (RIS-Justiz RS0065309). Es muss zur Beurteilung der Anwendbarkeit der Vorschriften über das Verbrauchergeschäft konkret geprüft werden, ob sich eine selbständige wirtschaftliche Tätigkeit einer Person in Bezug auf das konkrete Rechtsgeschäft mit einer bestimmten Person wegen der auch dazu erforderlichen dauernden Organisation als unternehmerisch darstellt (RIS-Justiz RS0065241; 5 Ob 155/10w).

1.2. Als Unternehmer im Sinne des KSchG ist ein Bestandgeber anzusehen, wenn er dritte Personen beschäftigt, eine Mehrzahl dauernder Vertragspartner (zB eine Mehrzahl von Mietverträgen) vorhanden ist, die eine nach kaufmännischen Grundsätzen geführte Buchhaltung erforderlich machen, und/oder längerfristige Vertragsbindungen bestehen und die Einschaltung von anderen Unternehmen oder Erfüllungsgehilfen erforderlich ist (RIS-Justiz RS0065317; 5 Ob 155/10w mwN). Als annähernde Richtzahl für die Mehrzahl von Vertragspartnern wurde von der Rechtsprechung angenommen, dass der private Hauseigentümer (noch) als Verbraucher anzusehen ist, wenn in seinem Haus nicht mehr als fünf Mietgegenstände in Bestand gegeben werden (RIS-Justiz RS0065317 [T1]; 5 Ob 155/10w mwN). Allein deshalb aber, weil sich jemand keiner Hilfsperson oder keines Erfüllungsgehilfen bedient, ist er umgekehrt auch nicht zwingend als Verbraucher anzusehen (RIS-Justiz RS0065317 [T2]; 5 Ob 155/10w).

Letztlich sind jeweils die Umstände des Einzelfalls im Rahmen einer Gesamtbetrachtung zu

berücksichtigen (RIS-Justiz RS0065317 [T3]; 5 Ob 155/10w).

1.3. Ergibt sich die Eigenschaft als Verbraucher nicht ganz klar aus den Umständen, trifft die Beweislast dafür, dass die Bewirtschaftung einer Liegenschaft oder von Bestandobjekten keine dauernde Organisation erforderlich macht und deshalb ein Privatgeschäft vorliegt, den selbst verwaltenden Eigentümer bzw Verfügungsberechtigten (RIS-Justiz RS0065394; 5 Ob 155/10w). Derjenige, der den Schutz des Konsumentenschutzgesetzes für sich in Anspruch nehmen will, muss behaupten und nachweisen, dass die Voraussetzungen für diesen Schutz gegeben sind (RIS-Justiz RS0065264; *Krejci in Rummel*³ KSchG § 1 Rz 44). Wer eine Liegenschaft bewirtschaftet bzw mehrere Bestandobjekte vermietet, hat zu beweisen, dass hierfür keine dauernde Organisation erforderlich ist (*Krejci* aaO Rz 46; vgl auch *Kathrein* in KBB³ § 1 KSchG Rz 6).

2. Zum Erstbeklagten:

2.1. Nach den Feststellungen ist der Erstbeklagte Gesellschafter und Geschäftsführer einer GmbH, die eine Pension betreibt. Er hat die Darlehen zum Zwecke des Erwerbs von insgesamt sieben Wohnungen aufgenommen, die ebenfalls vermietet werden sollten. Überdies ist er Wohnungseigentümer einer im selben Haus befindlichen weiteren Wohneinheit.

2.2. Zwar wird derjenige, der den Betrieb seines Unternehmens noch nicht aufgenommen hat, wegen der typischerweise vorausgesetzten fehlenden allgemeinen Geschäftserfahrung sowie der besonderen Branchenkunde nach § 1 Abs 3 KSchG noch als schutzwürdig angesehen. Die vorausgesetzte Unterlegenheit vor der Betriebsaufnahme muss aber dann verneint werden, wenn der Betriebsinhaber Rechtsgeschäfte zur Schaffung der Voraussetzungen für die

Betriebsaufnahme eines Unternehmens schließt, das demselben Geschäftszweig angehört, wie ein von ihm bereits allein oder in Gesellschaft mit anderen betriebenes Unternehmen (6 Ob 815/80). Kein Gründungsgeschäft iSd § 1 Abs 3 KSchG liegt auch bei einem Geschäft vor, durch das ein bereits bestehendes Unternehmen erweitert werden soll (RIS-Justiz RS0065402).

2.3. Wenn die Vorinstanzen unter Berücksichtigung der oben dargelegten Leitlinien der Judikatur des Obersten Gerichtshofs im Einzelfall zu dem Ergebnis kamen, dass der Erstbeklagte als Unternehmer zu beurteilen ist, begegnet dies keinen Bedenken.

Eine Rechtsfrage von erheblicher Bedeutung zeigt die Revision in diesem Zusammenhang nicht auf.

Sie war daher insoweit als unzulässig zurückzuweisen.

3. Zur Zweitbeklagten:

3.1. Stehen einem Unternehmer mehrere gemeinsame Vertragspartner gegenüber, kann diesen teils Unternehmer-, teils Verbrauchereigenschaft zukommen und ist daher diese Eigenschaft jeweils im Einzelfall zu prüfen. Enthält das Rechtsgeschäft Bestimmungen, die mit Verbrauchern nicht vereinbart werden dürfen, so sind diese dem Vertragspartner gegenüber, der als Verbraucher zu qualifizieren ist, unwirksam (*Krejci in Rummel*³ KSchG § 1 Rz 35).

Die Zweitbeklagte ist nach den Feststellungen Hausfrau. Sie hat mit dem Erstbeklagten die strittigen Darlehen zum Zweck des Erwerbs der Anteile der Liegenschaften, verbunden mit dem Wohnungseigentum an sieben Wohnungen, aufgenommen, um diese zu vermieten.

3.2. Aus diesen Feststellungen lässt sich eine

unternehmerische Tätigkeit der Zweitbeklagten - jedenfalls vor Ankauf der sieben Wohnungen - nicht ableiten.

Selbst wenn man davon ausginge, dass die Vermietung der mit den Darlehen angekauften Wohnungen nunmehr auch von der Zweitbeklagten eine dauerhafte Tätigkeit in einem Umfang, die als unternehmerisch zu qualifizieren wäre, erforderte, wäre die Aufnahme der Darlehen dennoch als Vorbereitung der Betriebsaufnahme iSd § 1 Abs 3 KSchG anzusehen, für die selbst daher Unternehmereigenschaft noch nicht anzunehmen wäre.

In diesem Fall hat aber die rechtserzeugenden Tatsachen des § 13 KSchG der Unternehmer anzuführen (RIS-Justiz RS0037860).

3.3. Die Beklagten haben im erstinstanzlichen Verfahren (ON 12) auch vorgebracht, dass Punkt 10 lit a der Schuld- und Pfandbestellungsurkunden gemäß § 13 KSchG unzulässig sei.

3.4. Punkt 10 lit a der Schuld- und Pfandbestellungsurkunden lautet jeweils dahin, dass die klagende Partei berechtigt ist, „den noch aushaftenden Darlehensbetrag samt Zinsen und Nebengebühren ohne vorausgehende Aufkündigung sofort als fällig zu erklären und gegebenenfalls gerichtlich einzutreiben, wenn ein wichtiger Grund vorliegt, insbesondere

lit a) zumindest eine rückständige Rate fällig ist“ und die klagende Partei „den Darlehensnehmer erfolglos gemahnt hat“.

3.5. Nach § 13 KSchG, dessen grundsätzliche Anwendbarkeit auf den vorliegenden Fall im Hinblick auf den Zeitpunkt der Darlehensaufnahme nicht bestritten ist, waren als Mindestvoraussetzungen des Terminsverlusts notwendig, dass 1. der Unternehmer seine Leistung bereits erbracht hatte,

dass 2. der Verbraucher mit seiner Leistung seit mindestens sechs Wochen in Rückstand war und dass 3. der Unternehmer den Verbraucher unter Androhung des Terminsverlusts und unter Setzung einer Nachfrist von mindestens zwei Wochen erfolglos gemahnt hatte. Von diesen Voraussetzungen konnte zu Lasten des Verbrauchers nicht abgewichen werden (RIS-Justiz RS0106803; vgl. *Schilcher* in *Krejci*, Handbuch zum Konsumentenschutzgesetz, 459).

3.6. Die Parteien von Verbrauchergeschäften dürfen den Terminsverlust nur unter diesen Voraussetzungen vereinbaren. Vor allem geht es darum, dass der Terminsverlust nicht schon bei geringfügigem Anlass eintreten sollte, überdies soll er so gestaltet sein, dass er den Verbraucher nicht überrascht (*Krejci* in *Rummel*³ § 13 KSchG Rz 1; *Mayrhofer* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch Klang*³ § 13 KSchG Rz 9). Von diesen Voraussetzungen konnte zu Lasten des Verbrauchers gemäß § 2 Abs 2 KSchG auch nicht abgegangen werden (vgl. *Schilcher* in *Krejci* aaO).

Fehlt eine der oben erwähnten Voraussetzungen des § 13 KSchG, so ist die Terminsverlustvereinbarung unwirksam. Ein die Voraussetzung des § 13 KSchG missachtendes Recht auf Fälligestellung der noch aushaftenden Schuld besteht nicht und kann daher auch nicht wirksam ausgeübt werden (*Krejci* aaO Rz 6).

3.7. Da die Zweitbeklagte Verbraucherin ist, wurde mit ihr in Punkt 10 lit a der Pfandbestellungsurkunde eine § 13 KSchG widersprechende Terminsverlustvereinbarung getroffen, die daher unwirksam ist und auf die sich die klagende Partei der Zweitbeklagten gegenüber zur Herstellung des Terminsverlusts und der Fälligkeit nicht stützen kann. Das Klagebegehren war daher insoweit abzuweisen.

3.8. Die Kostenentscheidung hinsichtlich der
Zweitbeklagten beruht auf §§ 41, 50 ZPO.

Oberster Gerichtshof,
Wien, am 24. Jänner 2013
Dr. B a u m a n n
Für die Richtigkeit der Ausfertigung
die Leiterin der Geschäftsabteilung: