

2 U 111/14
3 O 28/14 Landgericht Hildesheim

B e s c h l u s s

In dem Rechtsstreit

L. D., C. Straße, G.,

Beklagte und Berufungsklägerin,

Prozessbevollmächtigte:

Anwaltsbüro A. Rechtsanwälte Steuerberater PartGmbH, T. Straße, B.,
Geschäftszeichen: #####

gegen

N. Lebensmittelhandels Stiftung & Co. KG, gesetzlich vertreten durch N.
Unternehmens Stiftung, diese vertreten durch den Vorstand, T., N.,

Klägerin und Berufungsbeklagte,

Prozessbevollmächtigte:

Anwaltsbüro F. Rechtsanwälte Partnerschaft, B., N.,
Geschäftszeichen: #####

hat der 2. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Celle durch den Vorsitzenden
Richter am Oberlandesgericht R., den Richter am Oberlandesgericht
Dr. L. und den Richter am Landgericht Dr. E. am 14. November 2014 beschlos-
sen:

Die Berufung der Beklagten gegen das am 17. Juni 2014 verkündete und
durch Beschluss vom 22. Juli 2014 im Tatbestand berichtigte Urteil des
Einzelrichters der 3. Zivilkammer des Landgerichts Hildesheim wird zurück-
gewiesen.

Die Beklagte trägt die Kosten des Berufungsverfahrens.

Dieser Beschluss und das angefochtene Urteil des Landgerichts sind ohne
Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar.

Die Beklagte kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des zu vollstreckenden Betrages abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 120 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Der Wert des Streitgegenstandes für das Berufungsverfahren wird auf 36.900,00 € festgesetzt.

Gründe

I.

Die Klägerin nimmt die Beklagte aus einem am 24. November 2011 geschlossenen Gewerberaummietvertrag auf Zahlung einer Vertragsstrafe wegen bislang nicht erfolgter Überlassung vermieteten Gewerbeflächen in H. in Anspruch.

Zur weiteren Darstellung des Sach- und Streitstands wird auf die tatsächlichen Feststellungen in dem angefochtenen Urteil (Bl. 99 - 104 d. A.), berichtigt durch Beschluss vom 22. Juli 2014 (Bl. 138 - 139 d. A.), und insbesondere auf die Wiedergabe des Parteivortrags und der gestellten Anträge im Tatbestand und in den Entscheidungsgründen Bezug genommen.

Das Landgericht Hildesheim hat der Klage mit am 17. Juni 2014 verkündeten Urteil stattgegeben und die Beklagte nach § 3 Ziffer 4 des streitbefangenen Mietvertrages vom 24. November 2011 für den streitbefangenen Zeitraum 1. Oktober 2013 bis 31. Januar 2014 zur Zahlung einer Vertragsstrafe in Höhe von 36.900,00 € nebst Zinsen verurteilt. Zur Begründung hat das Landgericht ausgeführt, dass die Beklagte ihre vertragliche Pflicht zur Übergabe des Mietobjekts schuldhaft nicht erfüllt habe. Unerheblich sei insoweit der Einwand, die Beklagte sei bei Vertragsabschluss noch nicht als Eigentümerin des Mietgrundstücks im Grundbuch eingetragen gewesen. Denn die Beklagte habe nach § 1 Ziffer 4 des streitbefangenen Mietvertrages dafür einzustehen gehabt, dass sie alleinige Eigentümerin des Mietgrundstücks sei. Zudem treffe die Beklagte nach § 2 Ziffer 1 des Mietvertrages die ausschließliche Verantwortlichkeit für die Erstellung des

Mietgegenstandes. Damit sei es ihre Sache gewesen, vor Abschluss des Mietvertrages „vom Reißbrett“ sicherzustellen, dass das Bauvorhaben entsprechend den Bedingungen des Mietvertrages verwirklicht werde. Dies betreffe auch das Risiko etwaiger öffentlich-rechtlicher Beschränkungen des Bauvorhabens. Im Übrigen sei eine Unzumutbarkeit der Vertragserfüllung nicht dargetan worden. Damit lägen aber auch die Voraussetzungen für eine Kündigung des Mietverhältnisses aus wichtigem Grund nicht vor. Schließlich hätten die Parteien in § 3 Ziffer 4 des Mietvertrages eine Vertragsstrafe wirksam vereinbart. Das Vertragsstrafenversprechen sei insbesondere nicht deshalb unwirksam, weil es keine Obergrenze enthalte. Eine unangemessene Benachteiligung der Beklagten liege schon deshalb nicht vor, weil der Schaden der Klägerin, die mit jedem Tage der Nichtzurverfügungstellung des Mietobjekts Gewinneinbußen erleide, deutlich höher liege als die Vertragsstrafe, die sich etwa auf den vertraglich vereinbarten Mietzins belaufe. Eine Herabsetzung der Vertragsstrafe sei bereits nach § 348 HGB ausgeschlossen.

Gegen dieses am 24. Juni 2014 zugestellte und mit Beschluss vom 22. Juli 2014 im Tatbestand berichtigte Urteil richtet sich die am 8. Juli 2014 vorab per Telefax eingegangene Berufung der Beklagten vom selben Tag, die nach Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist bis zum 24. September 2014 mit dem am 22. September 2014 per Telefax eingegangenen Schriftsatz vom selben Tag begründet worden ist.

Die Beklagte rügt mit der Berufung, das Landgericht habe in seiner Entscheidung unberücksichtigt gelassen, dass die Überlassung des Mietobjekts der Beklagten bereits zu Mietbeginn nicht mehr möglich gewesen und die Beklagte deshalb von ihrer Leistungspflicht zur Gebrauchsüberlassung wegen Unmöglichkeit gemäß § 275 BGB befreit gewesen sei. Da im Zeitraum zwischen Ende 2012 und Juni 2013 alle drei Grundstückseigentümer von den Kaufverträgen mit der Beklagten zurückgetreten seien, sei die Beklagte nicht Eigentümerin geworden und habe damit bereits vor dem vereinbarten Übergabetermin über das Mietobjekt nicht mehr verfügen können. Auch die Baugenehmigung des Landkreises G. vom 5. Juni 2012 habe insoweit unter der auflösenden Bedingung gestanden, dass die verschiedenen Flurstücke für das geplante Objekt vereinigt werden. Vor diesem Hintergrund scheidet eine Verwirkung der Vertragsstrafe für den streitbefangenen

Zeitraum aus, weil sich die Beklagte nicht in Verzug mit der Übergabe des Mietobjektes befunden habe.

Darüber hinaus ist die Beklagte der Ansicht, die Vertragsstrafenregelung in § 3 Ziffer 4 des streitbefangenen Mietvertrages sei nach § 307 Abs. 1 BGB unwirksam, da es die Beklagte mangels Obergrenze unangemessen benachteilige und einen pauschalierten Schadensersatz gewähre, der zu dem möglichen Schaden der Klägerin und deren Sicherungsinteresse in keinem Verhältnis stehe. Zudem sei zu berücksichtigen, dass die Klägerin sich selbst treuwidrig verhalten und die Nichterfüllung des Mietvertrages mit verursacht habe, indem sie abweichend von den ursprünglichen Mietvertragsentwürfen im Vertrag vom 24. November 2011 eine vergrößerte Verkaufsfläche verlangt habe, die im Folgenden zu Schwierigkeiten bei der baurechtlichen Umsetzung geführt habe. Auch das nach der Baubeschreibung vorgesehene Pultdach und die Nutzung der Parkfläche hätten baurechtlich nicht ohne Modifikationen und weitere finanzielle Einbußen der Beklagten realisiert werden können. Damit habe der Beklagten aber jedenfalls ein außerordentliches Kündigungsrecht nach § 543 Abs. 1 BGB aus wichtigem Grund zugestanden.

Hilfsweise müsse die Vertragsstrafe nach § 343 Abs. 1 BGB durch gerichtliche Entscheidung auf einen angemessenen Betrag herabgesetzt werden.

Die Beklagte beantragt,

das am 17. Juni 2014 verkündete Urteil des Landgerichts Hildesheim (Az. 3 O 28/14) abzuändern und die Klage abzuweisen.

Die Klägerin beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Die Klägerin nimmt Bezug auf ihren Vortrag erster Instanz und bezieht sich im Rahmen ihrer Berufungserwiderung darüber hinaus vollinhaltlich auf den Beschluss des Senats vom 6. Oktober 2014 (Bl. 196 - 203 d. A.), mit dem der Senat

die Beklagte darauf hingewiesen hat, dass er beabsichtige, die Berufung durch Beschluss zurückzuweisen.

Die Beklagte hat auf den Hinweisbeschluss des Senats mit Schriftsatz vom 6. November 2014 (Bl. 234 - 247 d. A.), auf dessen Inhalt wegen der Einzelheiten Bezug genommen wird, ihre Berufung verteidigt.

Die Beklagte macht insoweit weiterhin geltend, dass der Anspruch der Klägerin auf Gebrauchsüberlassung des streitgegenständlichen Mietobjekts wegen subjektiver Unmöglichkeit nach § 275 Abs. 1 BGB ausgeschlossen gewesen sei und sich darüber hinaus das Verlangen auf Zahlung einer Vertragsstrafe als treuwidrig im Sinne des § 242 BGB darstelle, weil die Klägerin an dem Scheitern der Vertragsbeziehungen ein Mitverschulden trage.

Die Beklagte trägt hierzu vor, sie habe, nachdem die Eigentümer im Zeitraum November 2012 bis Juni 2013 von den Grundstückskaufverträgen zurückgetreten seien, das Eigentum an dem streitgegenständlichen Grundstück beziehungsweise den einzelnen Flurstücken selbst unter größten - insbesondere finanziellen - Anstrengungen nicht mehr erlangen können, weil die Eigentümer der Grundstücke sich auf keine weiteren Verhandlungen mit der Beklagten nicht eingelassen hätten. Grund für die fehlende Verhandlungsbereitschaft sei gewesen, dass die Grundstückseigentümer wie auch der Gemeinde H. bereits mit einem neuen Investor, der Unternehmensgruppe A., in konkreten Verhandlungen gestanden hätte. Dies habe die Beklagte allerdings erst im Anschluss an die mündliche Verhandlung vom 1. April 2014 in Erfahrung bringen könne. Auch der Expansionsleiter der Klägerin habe noch versucht, mit den Grundstückseigentümern und der Gemeinde H. zu verhandeln, eine Wiederaufnahme des Bauvorhabens habe jedoch nicht erreicht werden können.

Die Vertragsstrafenforderung stelle sich im Übrigen den Grundsätzen von Treu und Glauben als unzulässige Rechtsausübung dar, weil die Beklagte umfangreiche finanzielle als auch sonstige Anstrengungen für die Verwirklichung des gemeinsamen Vorhabens eingebracht habe, während die Klägerin ihren vertraglichen Mitwirkungspflichten nicht nachgekommen sei. So habe die Beklagte bereits

bis zu Unterzeichnung des Mietvertrages am 25. November 2011 aufgrund der Änderungswünsche der Klägerin mehrfach Umplanungen durch ihre Architekten vornehmen lassen und bezahlen müssen. Die von der Klägerin geforderte vergrößerte Verkaufsfläche habe die Beklagte als „Preisdrückerei“ und „Erpressung“ empfunden. Auch hätten bei Unterzeichnung des Mietvertrages weder eine finale Baubeschreibung noch die endgültigen Pläne vorgelegen. Diese Unterlagen habe die Beklagte bis zum heutigen Tag nicht erhalten. Es müssten darüber hinaus auch die Schwierigkeiten in der baurechtlichen Umsetzung des Mietobjekts durch die Vorgaben der Denkmalschutzbehörde zu Dachgestaltung, Putz und Metalleindeckung sowie die gewünschte teilweise öffentliche Nutzung der Parkflächen berücksichtigt werden, durch die sich mangels Entgegenkommen der Klägerin die Bauplanung erheblich verzögert und erschwert hätte.

Die Klägerin hat mit Schriftsatz vom 11. November 2014, auf dessen Inhalt wegen Einzelheiten Bezug genommen wird (Bl. 250 - 252 d. A.), den Vortrag der Beklagten, diese habe das Eigentum an dem streitgegenständlichen Grundstück beziehungsweise an den einzelnen Flurgrundstücken selbst unter größten, insbesondere finanziellen Anstrengungen nicht mehr erlangen können, weil sich die drei Eigentümer der betreffenden Grundstücke auf keine weiteren Verhandlungen mit der Beklagten mehr einließen, mit Nichtwissen bestritten. Sie rügt den neuerlichen Sachvortrag zudem vorsorglich als verspätet. Weiterhin bestreitet die Klägerin, dass es der Beklagten in der Vergangenheit und auch jetzt noch nicht möglich sein soll, Vereinbarungen mit den derzeitigen Verfügungsberechtigten des (der) angedachten Mietgrundstücks zu treffen, um gegenüber der Klägerin die Vertragsverpflichtung (doch noch) zu erfüllen.

In jedem Fall hätte die Beklagte die behauptete Unmöglichkeit der Vertragsleistung zu vertreten und hafte auf Schadensersatz nach § 275 Abs. 4 BGB, denn sie habe sich gegenüber der Klägerin uneingeschränkt zur fristgerechten Überlassung der Mieträume verpflichtet. Zudem habe die Beklagte nach Ansicht der Klägerin, wie bereits in erster Instanz geltend gemacht, mit dem vertraglichen Leistungsversprechen der Übergabe des Mietobjekts zu einem bestimmten Spätest-Zeitpunkt ohnehin eine Garantieverpflichtung übernommen.

Zur Ergänzung des Sach- und Streitstandes wird auf die von den Parteien im Berufungsrechtszug gewechselten Schriftsätze Bezug genommen.

II.

Die Berufung der Beklagten war nach pflichtgemäßem Ermessen zurückzuweisen, weil der Senat einstimmig der Überzeugung ist, dass die Voraussetzungen des § 522 Abs. 2 Satz 1 ZPO, unter denen die Berufung durch Beschluss im schriftlichen Verfahren zurückzuweisen ist, vorliegen.

Die Rechtssache hat keine grundsätzliche Bedeutung, eine Entscheidung des Berufungsgerichts aufgrund mündlicher Verhandlung ist auch zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung nicht erforderlich, und eine mündliche Verhandlung ist nicht geboten. Gegenteiliges zeigt die Berufung der Beklagten auch nicht auf.

Der Senat folgt hinsichtlich der Beurteilung der Wirksamkeit des Vertragsstrafanspruchs der höchstrichterlichen Rechtsprechung. Ob die Geltendmachung dieses Anspruchs durch die Klägerin gegen Treu und Glauben verstößt, ist eine Frage des Einzelfalls.

Die Berufung der Beklagten bietet auch offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg, weil für jeden Sachkundigen ohne längere Nachprüfung erkennbar ist, dass die vorgebrachten Berufungsgründe als Ergebnis vorgängiger gründlicher Prüfung das angefochtene Urteil nicht zu Fall bringen können.

1. Zur Begründung der fehlenden Erfolgsaussicht des Rechtsmittels hat der Senat in seinem Hinweisbeschluss vom 6. Oktober 2014 ausgeführt:

„1. Ohne Erfolg rügt die Beklagte mit der Berufung, die Beklagte sei nach § 275 Abs. 1 BGB von ihrer Leistungspflicht befreit, weil ein Fall der Unmöglichkeit vorliege.

a) Eine objektive Unmöglichkeit im Sinne des § 275 Abs. 1 BGB dürfte im Streitfall nicht vorliegen. Sie ist gleichbedeutend mit genereller Unerfüllbarkeit. Dies würde voraussetzen, dass die von der Beklagten geschuldete Leistung von niemanden, auch nicht von

einem Dritten, erbracht werden kann. Eine solche generelle Unerfüllbarkeit ist zudem nicht gegeben, wenn die ursprünglich vorgesehene Erfüllungsart zwar undurchführbar geworden ist, die Leistung aber in anderer Weise erbracht werden kann und die Änderung beiden Parteien zuzumuten ist (BGHZ 38, 149; OLG München, Urteil vom 26. Mai 2004, NJW-RR 2005, 616; Palandt/Grüneberg, BGB, 73. Aufl., 2014, § 275 Rz. 13).

Dass niemand nicht in der Lage wären, sich Eigentum an den streitbefangenen Grundstücken zu verschaffen und die vermieten Gewerberäume herzustellen, ist nicht ersichtlich. Eine Baugenehmigung für das Objekt liegt bereits vor. Tatsächliche oder rechtliche Gründe, die eine Realisierung des Gewerbeobjekts zwingend ausschließen würden, sind nicht vorgetragen.

b) Ebenso kann sich die Beklagte nicht mit Erfolg darauf berufen, es lägen die Voraussetzungen eines Ausschlusses der Leistungspflicht wegen subjektiven Unmöglichkeit vor. Hierfür müsste das Leistungshindernis für die Beklagte unüberwindbar sein (BGH, Urteil vom 25. Oktober 2012, VII ZR 146/11, NJW 2013, 152). Es fehlt jedoch schon an jeder Darlegung dazu, dass die Beklagte sich nicht unter Aufwendung zusätzlicher finanzieller Mittel oder unter Mithilfe Dritter Eigentum an der von Beklagten vermieteten Gewerbeflächen verschaffen und das geschuldete Mietobjekt noch verwirklichen könnte. Der unsubstantiierte Hinweis auf Vereinbarungen der Grundstückseigentümer mit einem neuen Investor besagt hierzu nichts. Die Ausführungen der Beklagten in der Berufungsbegründung und auch die außergerichtlichen Schreiben der Beklagten deuten lediglich an, dass die Beklagte das Projekt für wirtschaftlich nicht mehr tragbar hält.

c) Erst recht ist nicht dargetan, dass die Voraussetzungen des § 275 BGB bis zum Ende des streitbefangenen Zeitraumes am 31. Januar 2014 vorlagen.

2. Soweit die Beklagte geltend macht, dass die Leistungshindernisse nur mit einem hohen finanziellen Aufwand zu beseitigen wären, kann sie sich ihrer Verpflichtung zur Gebrauchsüberlassung schließlich auch nicht nach § 275 Abs. 2 BGB wegen sogenannter wirtschaftlicher Unmöglichkeit berechtigt verweigern, weil der Aufwand unter Beachtung des Inhalts des Schuldverhältnisses als auch der Gebote von Treu und Glauben in einem groben Missverhältnis zu dem Leistungsinteresse der Gläubigerin stände.

Hierzu hätte die Beklagte als Schuldnerin zunächst einmal überhaupt darlegen müssen, ob und gegebenenfalls mit welchem Aufwand das Leistungshindernis zu überwinden ist (vgl. Palandt/Grüneberg, a.a.O., § 275 Rz. 25). Dies ist nicht geschehen.

Ein unverhältnismäßiger Aufwand dürfte überdies deshalb kaum anzunehmen sein, weil bei Mietverträgen grundsätzlich ein strenger Maßstab gilt (BGH, Urteil vom 20. Juli 2005, VIII ZR 342/03, NJW 2005, 3284; BGH, Urteil vom 21. April 2010, VIII ZR 131/09, NJW 2010, 2050; Palandt, a.a.O., § 275 Rz. 28). Danach lässt sich eine Überschreitung der "Opfergrenze" nicht aus einer bloßen Betrachtung der für die Behebung des Leistungshindernisses anfallenden Kosten begründen. Erforderlich ist vielmehr eine Würdigung aller Umstände. Bei der Bestimmung der dem Schuldner zuzumutenden Anstrengungen ist insbesondere auch ein etwaiges Verschulden des Schuldners zu beachten. Dies ist in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs anerkannt (vgl. BGH, Urteil vom 2. Oktober 1987, V ZR 140/86, NJW 1988, 699; BGH, Urteil vom 20. Juli 2005, VIII ZR 342/03, NJW 2005, 3284; BGH, Urteil vom 21. April 2010, VIII ZR 131/09, NJW 2010, 2050). Zu berücksichtigen ist in diesem Zusammenhang, dass vorliegend die Beklagte das Leistungshindernis zu vertreten hat. Das ergibt sich aus der mietvertraglichen Risikoverteilung, nach der die Beklagte gemäß § 4 des streitbefangenen Mietvertrages vom 24. November 2011 für den Eigentumserwerb an dem Grundstück sogar eine ausdrückliche Einstandspflicht übernommen hat. Damit dürfte aber die Zumutbarkeitsgrenze für die Beklagte selbst für den Fall, dass noch erhebliche Aufwendungen erforderlich sein sollten, kaum überschritten sein.

3. Zu Unrecht meint die Beklagte weiterhin, dass die Vertragsstrafenregelung in § 3 Ziffer 4 des streitbefangenen Mietvertrages vom 24. November 2011 gegen § 307 Abs. 1 BGB verstoße, weil die Verwirkung einer täglichen Summe von 300,00 € ohne Vereinbarung einer Obergrenze unangemessen hoch sei.

Nach der Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 12. März 2003 (BGH, Urteil vom 12. März 2003, XII ZR 18/00, NJW 2003, 2158) ist geklärt, dass für den Fall der Nichtüberlassung einer erst noch zu errichtenden Gewerbeimmobilie entgegen einer mietvertraglichen Abrede ein Vertragsstrafeversprechen, das die Verwirkung einer täglichen Summe vorsieht, auch ohne Vereinbarung einer Obergrenze nicht gegen § 307 Abs. 1 BGB verstößt. Dem folgt der Senat in ständiger Rechtsprechung (vgl. OLG Celle, Beschluss vom 03. Januar 2014, 2 U 164/13, ZMR 2014, 353)

Die Einwände der Berufung führen zu keiner anderen Beurteilung.

Bei einer Vermietung mit Bauverpflichtung übernimmt der Vermieter eine verschuldensunabhängige Garantiehafung. Die Nichtfertigstellung des Objekts stellt sich insoweit als einer der größten denkbaren Vertragsverstöße dar (vgl. BGH NJW 2003, 2158, 2161). Vor diesem Hintergrund ist eine Vertragsstrafe, deren Höhe von der Zeitspanne abhängt,

innerhalb derer der Vertragspartner seine Kardinalpflicht zu fortlaufender Gebrauchsgewährung nicht erfüllt, keineswegs unangemessen, wie die Beklagte meint. Sie steht nicht außer Verhältnis zum Gewicht des geahndeten Verstoßes, sondern erfüllt im Gegenteil ihren Zweck als Druckmittel, um den Schuldner zur Vertragstreue anzuhalten und dem Mieter die pünktliche Aufnahme seines Geschäftsbetriebes sicherzustellen. Dieses Druckmittel würde durch die Festlegung eines Höchstbetrages entscheidend entwertet. Der Schuldner selbst hat es letztlich in der Hand, zur Vertragstreue zurückzukehren und die Vertragsstrafe damit zu begrenzen.

Es geht insoweit auch nicht darum, der Klägerin eine Einnahmequelle zu erschließen. Maßgeblich ist vielmehr, dass die Beklagte sich beharrlich weigert, ihren vertraglich übernommenen Hauptleistungspflichten (Herstellung des vermieteten Gebäudes und dessen Überlassung) nachzukommen, der Regelung über das Vertragsstrafversprechen eine Druckfunktion zukommt und der Inhalt des Vertragsstrafversprechens gerade nicht dazu dienen soll, einen Vermieter von dieser Verpflichtung zu entlasten. Gerade in Fällen wie dem vorliegenden, in denen sich ein Vermieter ohne berechtigten Grund weigert, seine Vertragspflichten zu erfüllen, gibt es keine Veranlassung, die Vertragsstrafe der Höhe nach zu begrenzen (OLG Celle, Beschluss vom 03. Januar 2014, 2 U 164/13, ZMR 2014, 353).

Zudem übersieht die Beklagte, dass der BGH in der bereits zitierten Entscheidung mit Recht darauf hingewiesen hat, dass bei der Prüfung der Angemessenheit der Vertragsstrafe im Rahmen des § 307 BGB jedenfalls nicht auf den theoretisch denkbaren Extremfall abzustellen ist, sondern darauf, in welchem Verhältnis der täglich anfallende Betrag von 300 € zu dem steht, was eine Überschreitung um einen Tag für einen Mieter bedeutet, der seinem Vertragspartner durch diese Klausel von Anfang an deutlich gemacht hat, dass er allergrößten Wert auf pünktliche Fertigstellung legt.

Dass die Klägerin durch die Nutzung des Mietobjekts keinen höheren Betrag als täglich 300 € an Gewinn gemacht hätte, ist nicht ansatzweise ersichtlich und macht die Beklagte auch nicht geltend. Unbeachtlich ist auch der Einwand, dass die Vertragsstrafe die zwischen den Parteien vereinbarte Nettomiete geringfügig um etwa 3 % übersteigt. Dies bedingt gerade die berechtigte Druckfunktion des Vertragsstrafversprechens. Die Parteien haben insoweit in einer im unternehmerischen Rechtsverkehr nicht zu beanstandender Weise einen pauschalisierten Ausgleich für die schwerwiegende Vertragsverletzung der Beklagten vereinbart.

Zutreffend hat der BGH allerdings darauf hingewiesen, dass eine wirksame Vertragsstrafenregelung nicht automatisch dazu führen muss, dass die Vertragsstrafe tatsächlich maximal 30 Jahre gezahlt werden muss. Es müsse geprüft werden, ob nicht irgendwann eine zeitliche Grenze erreicht ist, jenseits derer sich das Verlangen nach Fortzahlung der Vertragsstrafe nach § 242 BGB als treuwidrig erweisen würde. Der BGH hat in dem von ihm entschiedenen Fall diese Grenze bei einer verlangten Vertragsstrafe für 478 Tage = 239.000 DM (500 DM pro Tag) jedenfalls als noch nicht erreicht angesehen. Im Streitfall macht die Klägerin die Vertragsstrafe für 123 Tage geltend. Dass dieser Zeitraum unangemessen ist, ist nicht erkennbar.

4. Zu Unrecht macht die Beklagte ferner geltend, sie sei zur Kündigung des Mietvertrages berechtigt gewesen.

Eine außerordentliche Kündigung aus wichtigem Grund gemäß § 543 Abs. 1 BGB würde voraussetzen, dass die Kündigungsgründe, auf die die Kündigung gestützt wird, im Risikobereich des Kündigungsgegners liegen (vgl. BGH, Urteil vom 13.12.1995, XII ZR 185/93, ZMR 1996, 309; BGH, Urteil vom 11.11.2010, III ZR 57/10, NJW-RR 2011, 916). Im vorliegenden Falle wurde aber die ausgefallene Realisierung der Errichtung des vermieteten Gebäudes weder durch den Klägerin begründet noch fällt sie in ihren - vertraglichen oder gesetzlichen - Risikobereich. Die Herstellung und Überlassung des vermieteten Objekts fällt vielmehr gemäß § 3 Abs. 2 des streitbefangenen Mietvertrages vom 24. November 2011 und gemäß § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB allein in den Verantwortungsbereich der Beklagten als Vermieterin.

Dass im ersten Mietvertragsentwurf ursprünglich eine Verkaufsfläche von 800 qm angedacht war und die Klägerin sich im Rahmen der Vertragsverhandlungen auf eine um 110 qm vergrößerte Fläche eingelassen hat, ist in die Bewertung nach § 543 Abs. 1 BGB nicht einzustellen. Es war das alleinige Risiko der Beklagten, dass sie bereits vor Abschluss der Grundstückskaufverträge den Mietvertrag mit dem von den Parteien ausgehandelten Inhalt abgeschlossen und sich damit in Zugzwang gesetzt hat.

Ebenfalls kann kein Kündigungsrecht der Beklagten über § 275 Abs. 2 BGB oder § 313 Abs. 3 BGB begründet werden. Dies gilt nur ausnahmsweise, wenn die Abwägung der beiderseitigen Interessen unter Berücksichtigung des Inhaltes der von den Parteien geschlossenen Vereinbarung ergibt, dass das Interesse des Klägers an der Lösung vom Vertrag das Interesse des Beklagten, am Vertrag festzuhalten, übersteigt (vgl. OLG Dresden, Urteil vom 16. August 2012, 5 U 1350/11, MDR 2013, 85). Im vorliegenden Falle

führt diese Abwägung aber dazu, ein Recht der Beklagten zur außerordentlichen Kündigung des Mietvertrages zu verneinen. Der wesentliche Gesichtspunkt, der gegen ein Kündigungsrecht des Klägers spricht, ist auch hier die vertragliche Regelung zur Risikoverteilung. Die Beklagte hat im Mietvertrag gerade die Verpflichtung zur Errichtung des vermieteten Gebäudes und zur Gebrauchsüberlassung an die Klägerin übernommen. Dieses vertraglich übernommene Risiko der Beklagten hat sich verwirklicht.

5. *Schließlich kann die Beklagte auch keine Herabsetzung der Vertragsstrafe nach § 343 BGB für sich in Anspruch nehmen.*

Die Beklagte verkennt, dass nach § 348 HGB die Vorschrift des § 343 BGB, die im Rechtsverkehr zwischen Privatleuten vorsieht, dass eine unverhältnismäßig hohe Vertragsstrafe auf Antrag des Schuldners durch das Gericht im Rahmen einer Billigkeitskontrolle herabgesetzt werden kann, im kaufmännischen Rechtsverkehr ausdrücklich keine Anwendung findet. Es entspricht insoweit dem gesetzlichen Leitbild, dass bei Gewerberaummietverhältnissen der Einwand der unangemessenen Höhe der Vertragsstrafe weitgehend unbeachtlich bleibt.“

2. Die Stellungnahme der Beklagten in dem Schriftsatz vom 6. November 2014 gibt dem Senat keine Veranlassung zu einer geänderten Beurteilung der Erfolgsaussicht des Rechtsmittels.

a) Die Beklagte kann sich nach wie vor nicht mit Erfolg darauf berufen, es lägen die Voraussetzungen eines Ausschlusses der Leistungspflicht wegen subjektiver Unmöglichkeit nach § 275 Abs. 1 BGB vor, weil das Leistungshindernis für die Beklagte unüberwindbar gewesen sei (vgl. BGH, Urteil vom 25. Oktober 2012, VII ZR 146/11, NJW 2013, 152).

aa) Soweit die Beklagte nunmehr mit Schriftsatz vom 6. November 2014, Seite 2 letzter Absatz (Bl. 235 d. A.), geltend macht, es sei ihr selbst unter größten finanziellen Anstrengungen unmöglich gewesen, Eigentum an dem streitgegenständlichen Mietgrundstück beziehungsweise den betroffenen einzelnen Flurstücken zu erlangen, weil die Eigentümer sich auf keine weiteren Verhandlungen eingelassen hätten, handelt es sich, nachdem die Klägerin den Vortrag der Beklagten in ihrem Schriftsatz vom 11. November 2014 zulässig mit Nichtwissen bestritten hat, um neues streitiges Tatsachenvorbringen im Berufungsrechtszug, das man-

gels Zulassungsgründen nach §§ 529 Abs. 1 Nr. 2, 531 Abs. 2 ZPO nicht zuzulassen ist.

Gemäß § 531 Abs. 2 ZPO sind neue Angriffs- und Verteidigungsmittel in der Berufungsinstanz nur zuzulassen, wenn sie einen Gesichtspunkt betreffen, der vom Gericht des ersten Rechtszuges erkennbar übersehen oder für unerheblich gehalten worden ist (Nr. 1), die infolge eines Verfahrensmangels im ersten Rechtszug nicht geltend gemacht wurden (Nr. 2) oder im ersten Rechtszug nicht geltend gemacht worden sind, ohne dass dies auf einer Nachlässigkeit der Partei beruht (Nr. 3).

Neu im Sinne des § 531 Abs. 2 ZPO ist all das, was in erster Instanz nicht in der letzten mündlichen Verhandlung vorgetragen worden ist. Vorliegend hat die Beklagte die Behauptung, es sei ihr auch unter größten - insbesondere finanziellen - Anstrengungen nicht gelungen, Eigentümer an den streitgegenständlichem Mietgrundstück beziehungsweise den einzelnen Flurstücken zu erwerben, erstmals in ihrem Schriftsatz vom 6. November 2014 als Erwiderung auf den Hinweisbeschluss des Senats vorgetragen. Ein diesbezüglicher Tatsachenvortrag hat in erster Instanz gänzlich gefehlt. Danach ist das Vorbringen der Beklagten eindeutig als neues Angriffsmittel im Sinne des § 531 Abs. 2 ZPO zu qualifizieren.

Die Voraussetzungen gemäß § 531 Abs. 2 Nr. 1 bis 3 ZPO für eine Berücksichtigung des neuen Vortrags in der Berufungsinstanz liegen nicht vor.

Die Beklagte handelte nachlässig im Sinne des § 531 Abs. 2 Nr. 3 ZPO, weil sie diesen Sachvortrag fahrlässig in erster Instanz nicht gehalten und damit gegen die ihr obliegende allgemeinen Prozessförderungspflicht nach §§ 282, 277 ZPO verstoßen hat (vgl. Zöller/Heßler, ZPO, 30. Aufl., 2014, § 531 Rz. 30). Denn bei Beachtung der prozessualen Sorgfaltspflichten hätte die Beklagte ihr Vorbringen bereits im ersten Rechtszug geltend machen können und müssen.

Auch wenn die Beklagte den angeblichen Grund für die fehlende Verhandlungsbereitschaft der Grundstückseigentümer erst nach Schluss der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht am 1. April 2014 von Ratsmitgliedern der Gemeinde H. und aus der örtlichen Presse erfahren haben will, waren der Beklagten Verlauf und

Ergebnis ihrer eigenen weiteren Verhandlungsversuche mit den Grundstückseigentümern und deren Bedeutung für den Rechtsstreits bereits vor dem Schluss der mündlichen Verhandlung vor dem erstinstanzlichen Gericht bekannt beziehungsweise sie hätten ihre jedenfalls bekannt sein müssen. Die Verhandlungen mit den Grundstückseigentümern waren nach dem eigenen Vortrag der Beklagten schon vor dem 1. Oktober 2013, mithin vor Rechtshängigkeit der Klage, gescheitert. Auch hatte die Klägerin bereits in ihrer Klageschrift das Schreiben der Beklagten vom 26. Oktober 2013 (Anlage K 5, Bl. 23 d. A.), in dem die Beklagte die ungeklärte Grundstückssituation als Grund für die Nichterfüllung des Mietvertrages angegeben hatte, in den Prozess eingeführt. Wenn die Beklagte vor diesem Hintergrund sich erstmalig im Rahmen der Berufungsbegründung auf einen Ausschluss der Leistungspflicht wegen Unmöglichkeit beruft und hierzu im Rahmen der Erwidern auf den Hinweisbeschluss des Senats neuen Vortrag zu angeblichen weiteren Vertragsverhandlungen mit den Grundstückseigentümern hält, begründet ein solches Prozessverhalten eine Nachlässigkeit im Sinne von § 531 Abs. 2 Nr. 3 ZPO.

Die neuen Tatsachen betreffen auch keinen Gesichtspunkt, der vom Gericht des ersten Rechtszuges im Sinne des § 531 Abs. 2 Nr. 1 ZPO erkennbar übersehen oder für unerheblich gehalten worden ist. Zwar betrifft die Frage der Unmöglichkeit einen Gesichtspunkt, den das Landgericht im Rahmen seines Urteils nicht erörtert hat. § 531 Abs. 2 Nr. 1 ZPO findet indessen nur unter der weiteren, ungeschriebenen Voraussetzung Anwendung, dass die objektiv fehlerhafte Rechtsansicht des Gerichts den erstinstanzlichen Sachvortrag der Partei beeinflusst hat und daher mitursächlich dafür geworden ist, dass sich Parteivorbringen in das Berufungsverfahren verlagert (vgl. BGH NJW-RR 2006, 1292, 1293). Diese Voraussetzung ist erfüllt, wenn das erstinstanzliche Gericht durch seine Prozessleitung oder erkennbare rechtliche Beurteilung des Streitverhältnisses die Parteien davon abgehalten hat, zu bestimmten weiteren Gesichtspunkten weiter vorzutragen (vgl. BGH NJW-RR 2012, 341, 342). Davon kann ausweislich der Akten im vorliegenden Fall nicht die Rede sein. In erster Instanz hat das Landgericht, da die Beklagte zu dem Leistungshindernis der Unmöglichkeit keinen Vortrag gehalten hat, folgerichtig auch keine Hinweise erteilt. Vielmehr wurde seitens der Beklagten erstmals mit dem Schriftsatz zur Berufungsbegründung vom 22. September 2014 der Einwand des

Leistungshindernisses der Unmöglichkeit geltend gemacht hat und vorgetragen, dass die Grundstückseigentümer nach ihrem Rücktritt von den Grundstückskaufverträgen Vereinbarungen mit einem neuen Investor getroffen hätten (Schriftsatz vom 22. September 2014, Seite 4 vorletzter Absatz, Bl. 168 d. A.).

Auch erfolgte die Nichtgeltendmachung des neuen Tatsachenvortrags nicht infolge eines Verfahrensmangels im ersten Rechtszug nach § 531 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. Es bestand insbesondere für das Landgericht kein Anlass, nach § 139 ZPO auf einen weiteren Vortrag der Beklagten hinzuwirken, solange die Beklagte sich, wie vorliegend, in erster Instanz nicht zumindest im Ansatz zu den Umständen der weiteren Vertragsverhandlungen mit den Eigentümern der betroffenen Grundstücke erklärt und das Leistungshindernis der Unmöglichkeit eingewandt hatte.

bb) Lediglich ergänzend weist der Senat darauf hin, dass den Ausführungen der Beklagten zu den angeblichen Vertragsverhandlungen mit den Grundstückseigentümern außerdem die erforderliche Substanz fehlt, um hieraus schlussfolgern zu können, dass das Leistungshindernis für die Beklagte unüberwindbar gewesen sei und damit ein Fall der Unmöglichkeit vorgelegen habe. So teilt Beklagte nicht mit, welche konkreten finanziellen Angebote sie den Eigentümern der betroffenen Grundstücke im Rahmen der Vertragsverhandlungen unterbreitet hat und welche konkreten Reaktionen auf diese Angebote erfolgten. Allein der pauschale Hinweis, dass die Grundstückseigentümer mit der Unternehmensgruppe A. in Vertragsverhandlungen gestanden haben, besagt nichts darüber, dass die betroffenen Eigentümer ihre Grundstücke bei erheblich verbesserten finanziellen Bedingungen, die gegebenenfalls über dem Angebot der A. Unternehmensgruppe gelegen hätten, nicht doch noch an die Beklagte verkauft hätten.

Insoweit trägt die Beklagte auch weder vor, dass die Grundstücke bis zum Ende des streitbefangenen Zeitraumes am 31. Januar 2014 bereits an den neuen Investor verkauft gewesen wären, noch konkretisiert sie die angeblich zwischen den Grundstückseigentümern und dem neuen Investor getroffenen Vereinbarungen. Danach ist aber davon auszugehen, dass nach wie vor die Möglichkeit des Eigentumserwerbs an den Grundstücken bestand.

Zu berücksichtigen ist ferner, dass vorliegend die Beklagte das Leistungshindernis zu vertreten hatte. Das ergibt sich aus der mietvertraglichen Risikoverteilung, nach der die Beklagte gemäß § 4 des streitbefangenen Mietvertrages vom 24. November 2011 für den Eigentumserwerb an dem Grundstück sogar eine ausdrückliche Einstandspflicht übernommen hat. Damit wäre aber im Rahmen des § 275 Abs. 2 BGB die Zumutbarkeitsgrenze („Opfergrenze“) für die Beklagte selbst für den Fall, dass für den Eigentumserwerb am Grundstück noch erhebliche Aufwendungen erforderlich sein sollten, nicht überschritten (vgl. BGH, Urteil vom 2. Oktober 1987, V ZR 140/86, NJW 1988, 699; BGH, Urteil vom 20. Juli 2005, VIII ZR 342/03, NJW 2005, 3284; BGH, Urteil vom 21. April 2010, VIII ZR 131/09, NJW 2010, 2050).

cc) Im Ergebnis fehlt es damit nach wie vor an der Darlegung der Beklagten, dass sie sich nicht unter Aufwendung zusätzlicher finanzieller Mittel Eigentum an den vermieteten Gewerbefläche hätte verschaffen und damit ihre Vertragspflichten doch noch hätte erfüllen können.

b) Die Geltendmachung der Vertragsstrafe ist auch unter Berücksichtigung der von der Beklagten vorgebrachten Schwierigkeiten bei der baurechtlichen Umsetzung des Vorhabens sowie des vorgetragenen Vertragsverhaltens Klägerin nicht als treuwidrig im Sinne des § 242 BGB zu beurteilen.

Aus dem Vortrag der Beklagten ergeben sich keine Umstände, die, wie die Beklagte meint, darzulegen geeignet sind, dass der Klägerin eine Verletzung von vertraglichen Mitwirkungspflichten vorzuwerfen wäre. Vielmehr haben sich im Rahmen der geplanten Umsetzung des Bauvorhabens ausschließlich Umstände verwirklicht, die im Risikobereich der Beklagten lagen.

Hierbei ist zunächst zu berücksichtigen, dass die bereits mangels Eigentumserwerbs der Beklagten am Grundstück ausgefallene Realisierung der Errichtung des vermieteten Gebäudes weder durch die Klägerin verursacht war noch in ihren - vertraglichen oder gesetzlichen - Risikobereich gefallen ist. Die Herstellung und Überlassung des vermieteten Objekts fiel vielmehr gemäß § 3 Ziffer 2 des streitbefangenen Mietvertrages vom 24. November 2011 und gemäß § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB allein in den Verantwortungsbereich der Beklagten als Vermieterin. Auch hat-

te die Klägerin nach § 1 Ziffer 4 des streitbefangenen Mietvertrages dafür einzustehen, dass sie alleinige Eigentümerin des Mietgrundstückes ist.

Wenn die Beklagte zudem bereits vor Abschluss der Grundstückskaufverträge den Mietvertrag mit dem von den Parteien ausgehandelten Inhalt abschließt und sich damit in Zugzwang setzt, kann sie dies der Klägerin nicht zum Vorwurf machen, sondern hat hieraus die vertraglichen Konsequenzen zu tragen. Der Beklagten hätte es jederzeit frei gestanden, das Vertragsangebot wirtschaftlich zu kalkulieren und auf den Vertragsabschluss zu verzichten. Dass gilt auch für den Umstand, dass im ersten Mietvertragsentwurf ursprünglich eine Verkaufsfläche von 800 qm angedacht war und die Beklagte sich im Rahmen der Vertragsverhandlungen auf eine um 110 qm vergrößerte Fläche eingelassen hat. Die Zustimmung zu dem veränderten Vertragsangebot lag in der eigenen Risikosphäre der Beklagten. Diese hatte nach ihrem eigenen Vortrag bereits als Investorin einen Einkaufsmarkt für die Klägerin in G. aufgrund eines im wesentlichen gleich gestalteten Mietvertrages errichtet. Sie war mithin hinreichend geschäftserfahren. Der von der Beklagten pauschal erhobene Vorwurf der „Preisdrückerei“ und „Erpressung“ ist danach nicht berechtigt.

Die von der Beklagten weiterhin behaupteten Schwierigkeiten bei der baurechtlichen Umsetzung des Mietvorhabens sind ebenso nicht geeignet, Verantwortlichkeiten der Klägerin zu begründen, die nach Treu und Glauben die Geltendmachung der wirksam vereinbarten Vertragsstrafe als unbillig erschienen ließen.

Die nach § 2 Ziffer 1 des streitbefangenen Mietvertrages anliegenden Pläne und Baubeschreibungen für den zu errichtenden Einkaufsmarkt waren der Beklagten bei Vertragsabschluss ebenso bekannt wie die auf 110 qm vergrößerte Verkaufsfläche des Mietobjekts. Es war damit grundsätzlich Sache der Beklagten vor Abschluss des Mietvertrages „vom Reißbrett aus“ sicherzustellen, dass das Bauvorhaben entsprechend den vertraglichen Bedingungen verwirklicht werden konnte. Hierzu gehörte auch die Einholung der erforderlichen öffentlich-rechtlichen Genehmigungen. Wenn sich in diesem Zusammenhang baurechtliche Bedingungen und Auflagen sowie damit verbundener weiterer Finanzierungsaufwand ergab, war mit diesen Folgen im Rahmen der Projektierung eines gewerblichen Bauobjekts

immer zu rechnen. Die Beklagte hatte hierfür entsprechende Risikorückstellungen bereits in die Kalkulation des Gesamtprojekts einzustellen. Jedenfalls berührte dies Verantwortlichkeiten der Klägerin nicht und begründet schon gar nicht eine schuldhafte Verletzung von Vertragspflichten.

Auch im Übrigen ist vor dem Hintergrund der aufgezeigten vertraglichen Risikoverteilung ein schuldhaftes Verhalten der Klägerin nicht ersichtlich.

Dass die Klägerin nach dem Vortrag der Beklagten das nach den Vorgaben der Denkmalschutzbehörde erforderliche Satteldach anstatt des in der Baubeschreibung vorgesehenen Pultdaches des Einkaufsmarktes nur gegen Erlass einer Monatsmiete (10.353,00 € brutto) zu akzeptieren bereit war, stellt sich bei gebotener Würdigung der Gesamtumstände keinesfalls als eine für die Beklagte unzumutbare Bedingung dar. Vielmehr war es das gute Recht der Klägerin, für die Abweichung von dem vertraglichen Soll einen finanziellen Ausgleich zu fordern. Der Verzicht auf eine Monatsmiete ist dabei vor dem Hintergrund des finanziellen Volumens des Gesamtprojekts nicht als eine unzulässige, überhöhte Forderung an die Beklagte zu bewerten.

Hinsichtlich der von der Gemeinde H. gewünschten teilweisen öffentlichen Nutzung der Parkfläche trägt die Beklagte bereits lediglich unsubstantiiert vor, dass das mangelnde Entgegenkommen der Klägerin die Bauplanung erheblich verzögert und erschwert hätte. Welche konkreten Vorschläge der Klägerin unterbreitet wurden, legt die Beklagte nicht dar. Auch insoweit ist bereits nicht ersichtlich, warum die Klägerin von der ihr nach dem Mietvertrag beziehungsweise der Baubeschreibung geschuldeten Berechtigung zur alleinigen Nutzung der Parkfläche ohne Ausgleich hätte Abstand nehmen müssen.

Welche Konsequenzen schließlich die angeblich fehlende finale Baubeschreibung für die Ausführung des Bauvorhabens gehabt hätte, wird von der Beklagten ebenso wenig dargelegt wie vorgetragen, dass die Klägerin überhaupt zur Vorlage der angeblich fehlenden Unterlagen aufgefordert worden ist.

Nach alledem ist eine Verletzung von Vertragspflichten durch die Klägerin, aufgrund derer die Geltendmachung der wirksam vereinbarten Vertragsstrafe nach § 242 BGB als eine unzulässige Rechtsausübung zu qualifizieren wäre, nicht zu erkennen.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO.

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit des angefochtenen Urteils und des Beschlusses folgt aus §§ 708 Nr. 10 Satz 2, 711 ZPO (vgl. Zöller/Heßler, ZPO, 30. Aufl., 2014, § 522 Rz. 42).

R.

Dr. L.

Dr. E.