BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

XII ZR 131/08

Verkündet am:
3. März 2010
Küpferle,
Justizamtsinspektorin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: nein

BGB § 307 Abs. 1 Satz 1 Bb

Zur Wirksamkeit einer formularmäßig vereinbarten Betriebs- und Offenhaltungspflicht des Mieters eines Ladengeschäfts in einem Einkaufszentrum, wenn dem Mieter zugleich eine Sortimentsbindung auferlegt, ihm aber kein Sortiments- und Konkurrenzschutz gewährt wird.

BGH, Urteil vom 3. März 2010 - XII ZR 131/08 - OLG Naumburg
LG Halle/Saale

Der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 3. März 2010 durch die Vorsitzende Richterin Dr. Hahne, den Richter Prof. Dr. Wagenitz, die Richterin Dr. Vézina sowie die Richter Dr. Klinkhammer und Dr. Günter

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 9. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Naumburg vom 15. Juli 2008 wird auf Kosten der Klägerin zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer Vereinbarung, nach der sich die Klägerin zum Betrieb eines von der Beklagten gemieteten Ladenlokals sowie zu dessen Offenhaltung nach Maßgabe der von dieser bestimmten Öffnungszeiten verpflichtet.

2 Die Rechtsvorgängerin der Klägerin mietete 1995 von der Rechtsvorgängerin der Beklagten in deren - damals baubehördlich genehmigten, aber noch nicht errichteten - Einkaufszentrum N. in H. eine Ladenfläche von über 720 qm für die Dauer von 15 Jahren ab Übergabe (September 1996). In § 1/I Nr. 2 des von der Vermieterin verwandten Formular-Mietvertrags heißt es:

"Die Vermietung erfolgt zur ausschließlichen Nutzung als:

einschließlich der dazugehörigen Rand- und Nebensortimente. Der Mieter verpflichtet sich, das Sortiment entsprechend der oben angeführten Beschränkung einzuhalten. Eine Änderung der genannten Nutzung oder des Sortiments ist dem Mieter ohne vorherige Zustimmung des Vermieters nicht gestattet. Dem Mieter wird keine Sortimentsausschließlichkeit zugesichert. Konkurrenzschutz ist ausgeschlossen."

3 In § 11/II des Formular-Mietvertrags wird eine "Betreibungs-/ Offenhaltungspflicht" des Mieters wie folgt geregelt:

"1. Der Mieter ist verpflichtet, den Mietgegenstand während der gesamten Mietzeit seiner Zweckbestimmung entsprechend ununterbrochen zu nutzen. Er wird die Mieträume weder ganz noch teilweise unbenutzt oder leerstehen lassen.

...

3. Das Geschäftslokal ist im Rahmen der gesetzlichen Bestimmungen über die Ladenschlusszeiten an allen Verkaufstagen zu den vom Vermieter festgelegten Öffnungszeiten offenzuhalten. Aus der bloßen Duldung abweichender Öffnungszeiten durch den Vermieter kann der Mieter keine Rechte herleiten. Zeitweise Schließungen (wie Mittagspause, Ruhetage, Betriebsferien) sind nicht zulässig, ausgenommen sind Inventuren oder Betriebsversammlungen."

4 Die Geschäftsräume waren zunächst an die T.-Discount Handels GmbH, später an die N. Lebensmittelhandels GmbH untervermietet, die dort einen Le-

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

bensmitteldiscountmarkt betrieben und als größtes Ladengeschäft des Einkaufszentrums dessen "Publikumsmagnet" bildeten. Der Leerstand in dem Einkaufszentrum ist im Laufe des Mietverhältnisses von anfänglich 20 % auf inzwischen 40 % gestiegen. Die N. Lebensmittelhandels GmbH hat das Ladenlokal 2007 geräumt.

5 Die Klägerin begehrt die Feststellung, dass die in § 11/II Nr. 1 und Nr. 3 des Mietvertrags bestimmte Betriebspflicht ungültig sei und sie berechtigt sei, ihr Ladengeschäft nach eigenem Belieben zu öffnen oder zu schließen.

6 Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Klägerin zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die - zugelassene - Revision, mit der die Klägerin ihr erstinstanzliches Klageziel weiterverfolgt.

Entscheidungsgründe:

7 Das Rechtsmittel hat keinen Erfolg. Die Klage ist insgesamt nicht begründet.

I.

8 Unbegründet ist bereits das Begehren der Klägerin festzustellen, die in § 11/II Nr. 1 und Nr. 3 des Mietvertrags getroffene Regelung über die Betriebspflicht sei ungültig. Denn die der Klägerin in den genannten Vertragsbestimmungen auferlegte Betriebs- und Offenhaltungspflicht ist wirksam vereinbart.

9 1. Nach Auffassung des Oberlandesgerichts halten die in § 11/II Nr. 1 und Nr. 3 des Mietvertrags getroffenen Vereinbarungen einer Inhaltskontrolle am Maßstab des § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB stand.

10 Soweit § 11/II Nr. 3 des Mietvertrags zeitweilige Schließungen "wie Mittagspause, Ruhetage, Betriebsferien" untersage, benachteilige dies die Klägerin nicht unangemessen. Mittagspausen, Ruhetage und Betriebsferien seien im Wesentlichen auf die Interessenlage der Betreiber von kleinen, insbesondere inhabergeführten Geschäften mit keinem weiteren oder nur geringem Personalbestand zugeschnitten, für Lebensmitteldiscounter in einem Einkaufszentrum aber ebenso untypisch wie unüblich; zudem seien sie mit dem überwiegenden Interesse des Vermieters sowie mit dem Gesamtinteresse der Mieter an der vollen Funktionsfähigkeit eines Einkaufszentrums nicht vereinbar.

11 Die in § 11/II Nr. 1 und Nr. 3 Satz 1 des Mietvertrags festgelegte Betriebspflicht sei für sich genommen nicht zu beanstanden. Sie sei auch nicht deshalb unwirksam, weil § 1/I Nr. 2 Satz 2 des Mietvertrags der Klägerin zusätzlich eine Sortimentsbindung auferlege, Satz 4 dieser Regelung ihr aber "keine Sortimentsausschließlichkeit" zusichere und Satz 5 ihr zudem ausdrücklich keinen Konkurrenzschutz gewähre. Die Sortimentsbindung diene - im Interesse aller Mieter - dem Erhalt eines für die Attraktivität eines Einkaufszentrums wichtigen "Branchenmix". Bei dem Ausschluss des Konkurrenzschutzes gehe es dem Vermieter regelmäßig darum, sich gegen den häufigen Einwand von Mietern abzusichern, ihr Geschäft leide in Teilbereichen ihres Sortiments unter vertragswidrigem Wettbewerb. Durch das Zusammentreffen mit diesen Klauseln werde die Betriebspflicht nicht übermäßig verstärkt. Dies gelte jedenfalls in dem für die Unangemessenheitsprüfung nach § 307 BGB allein maßgebenden Regelfall. Soweit - wie in der Entscheidung des Oberlandesgerichts Schleswig (NZM 2000, 1008 und juris Tz. 4) - hypothetisch unterstellt werde, dass ein

Vermieter von Gewerbeflächen in einem Einkaufszentrum eine unmittelbare Konkurrenz zu dem Gewerbebetrieb eines Mieters aktiv fördere, zugleich aber auf der Einhaltung der Betriebspflicht und der Sortimentsbindung dieses Mieters bestehe, handele es sich um eine Ausnahmesituation, der mit § 242 BGB begegnet werden könne. Der Unangemessenheitsprüfung nach § 307 BGB dürfe eine solche nur theoretische Möglichkeit aber nicht zugrunde gelegt werden.

12 2. Diese Ausführungen halten der rechtlichen Nachprüfung stand.

13 a) Die formularmäßige Vereinbarung einer Betriebs- und Offenhaltungspflicht ist im Regelfall nicht als eine im Sinne des § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unangemessene Benachteiligung des Mieters zu werten (so für die Offenhaltungspflicht Senatsurteil vom 29. April 1992 - XII ZR 221/90 - NJW-RR 1992, 1032 und juris Tz. 30; vgl. im Übrigen statt aller Wolf/Eckert/Ball Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts 10. Aufl. Rdn. 695 m.w.N). Umstände, die im vorliegenden Fall eine gegenteilige Beurteilung rechtfertigen könnten, sind nicht ersichtlich.

14 Nicht unangemessen ist - jedenfalls für sich genommen - nach wohl allgemeiner Auffassung auch eine formularmäßige Abrede, die den Mieter von Gewerberäumen an ein bestimmtes Sortiment bindet (vgl. etwa Senatsbeschluss vom 16. Februar 2000 - XII ZR 279/97 - NJW 2000, 1714 und juris Tz. 47) oder den Vermieter von einer Verpflichtung zum Konkurrenzschutz freistellt (vgl. etwa OLG Hamburg NJW-RR 1987, 403; Wolf/Eckert/Ball Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts 10. Aufl. Rdn. 709 m.w.N.).

15 Zweifelhaft ist die Angemessenheit der genannten Abreden in Formularverträgen dort, wo sie kumulativ vereinbart werden. So wird es in der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte zwar für nicht unangemessen angesehen, wenn dem Mieter von Verkaufsräumen in einem Einkaufszentrum eine Be-

triebspflicht auferlegt, zugleich aber die Gewährung von Konkurrenz- und Sortimentsschutz durch den Vermieter ausgeschlossen wird (OLG Rostock NZM 2004, 460, 461 und juris Tz. 65; OLG Hamburg ZMR 2003, 254 und juris Tz. 15). Unterschiedlich beantwortet wird hingegen die Frage, ob in einem Formularvertrag die Vereinbarung einer Betriebspflicht des Mieters - wie nach Auffassung der Revision auch im vorliegenden Fall geschehen - mit einer Sortimentsbindung kombiniert und zusätzlich mit einem Ausschluss von Konkurrenz- und Sortimentsschutz wirksam verbunden werden kann (gegen eine Kumulierungsmöglichkeit OLG Schleswig NZM 2000, 1008 und juris Tz. 3 im Anschluss an Sternel Mietrecht 3. Aufl. 1988 II Rdn. 273 f. A.A. etwa Wolf/Eckert/Ball Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts 10. Aufl. Rdn. 695, Bub/Treier Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete 3. Aufl. II Rdn. 511; Neuhaus Handbuch der Geschäftsraummiete 3. Aufl. Rdn. 426; Lindner-Figura/Oprée/Stellmann Geschäftsraummiete 2. Aufl. Rdn. 168; jeweils m.w.N.).

16 Diese vom Oberlandesgericht bejahte Frage kann hier indes dahinstehen. Denn der Klägerin ist in § 1/I Nr. 2 des Mietvertrags keine hinreichend konkretisierbare Sortimentsbindung auferlegt worden; jedenfalls aber ist es der Beklagten nicht zumutbar, der Klägerin im Umfang einer dort - wenn überhaupt - nur äußerst vage getroffenen Zweck- und Sortimentsbestimmung Sortiments- und Konkurrenzschutz zu gewähren: Nach § 1/I Nr. 2 des Mietvertrags erfolgt die Vermietung "zur ausschließlichen Nutzung als: T.-Discount einschließlich der dazugehörenden Rand- und Nebensortimente". "T.-Discount" ist aber keine Sortimentsbezeichnung, sondern ein Teil des Firmennamens der ersten Untermieterin. Denkbar wäre zwar, in dieser Regelung eine Beschränkung auf eine Angebotspalette zu sehen, die dem bei anderen T.-Discount Filialen üblichen Sortiment entspräche. Dies setzt allerdings voraus, dass sich - trotz der für Discount-Ketten typischen Einbeziehung auch branchenfremder,

aber gerade besonders preisgünstiger Angebote in das jeweils aktuelle Sortiment - eine solche Begrenzung überhaupt bestimmen ließe; ferner, dass die Klägerin bei der Abrede den Willen gehabt hätte, auch bei einer Untervermietung an künftige andere Untermieter eine solche Beschränkung des Sortiments auf eine (etwaige und) gerade für die T.-Discount Filialen typische Angebotspalette hinzunehmen. Beides kann hier jedoch letztlich offen bleiben. Auch wenn sich aus der Bezugnahme auf den "T.-Discount" auf eine vage abgrenzbare Sortimentsbeschränkung schließen ließe, so hätte diese Beschränkung eine diffuse und - nicht zuletzt durch die ausdrückliche Einbeziehung von "Rand- und Nebensortimenten" - auch umfänglich kaum begrenzbare Reichweite, die eine Sortimentsbindung jeglicher praktischen Bedeutung entzöge. Ein - als Kehrseite der Sortimentsbindung vereinbarter - Sortiments- und Konkurrenzschutz würde folglich für die Beklagte ein Risiko bergen, das die Vermietbarkeit der übrigen Ladengeschäfte im Einkaufszentrum nachhaltig beeinträchtigen und die Beklagte ihrerseits unangemessen belasten würde (vgl. dazu auch Lindner-Figura/ Oprée/Stellmann Geschäftsraummiete 2. Aufl. Rdn. 168). Im Ergebnis ist deshalb - jedenfalls im vorliegenden Fall - die Kombination der Betriebspflicht mit einer etwa vereinbarten Sortimentsbindung und dem Ausschluss jedes Sortiments- und Konkurrenzschutzes unter dem Aspekt des § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB nicht zu beanstanden.

17 b) An dieser Beurteilung ändert auch die in § 1/II Nr. 3 Satz 1 und 3 des Mietvertrags vereinbarte Verpflichtung der Klägerin zur Offenhaltung ihres Geschäfts nichts. Die Offenhaltungspflicht benachteiligt die Klägerin aus den bereits vom Oberlandesgericht aufgeführten Gründen nicht unangemessen. Für die Inhaltskontrolle von Formularverträgen, die - wie hier - gegenüber einem Unternehmer verwendet werden, sind die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche nach § 310 Abs. 1 Satz 3 BGB angemessen zu berücksichtigen. Es entspricht verbreiteter Übung und den Erwartungen des

Publikums, dass ein Discount-Markt mit der größten Ladenfläche in einem Einkaufszentrum während der Öffnungszeiten des Zentrums durchgehend - also ohne Mittagspausen, Ruhetage oder Betriebsferien - offengehalten wird. Der Umstand, dass in § 1/II Nr. 3 des Mietvertrags - jedenfalls ausdrücklich - (nur) Schließungen wegen "Inventuren oder Betriebsversammlungen" von dieser generellen Offenhaltungspflicht ausgenommen werden, begründet keine Unwirksamkeit der mietvertraglichen Regelung. Ebenso wie "Mittagspause, Ruhetage und Betriebsferien" nur als Beispiele für eine - vom Mieter gewillkürte, aber objektiv nicht unerlässliche und deshalb - unzulässige Geschäftsschließung genannt werden, sind umgekehrt "Inventur und Betriebsversammlungen" ersichtlich nur beispielhaft für eine - nach dem Betriebsablauf notwendige und deshalb - zulässige Ausnahme von der Offenhaltungspflicht erwähnt. Andere - notwendige - Schließungen, wie sie etwa durch die von der Revision angeführten, dem Mieter obliegenden Schönheitsreparaturen oder Instandhaltungsmaßnahmen erforderlich werden könnten, werden durch diese Beispiele nicht ausgeschlossen. Das ergibt sich bereits aus der Auslegung des Vertrags, der dem Mieter, wenn er ihm Reparatur- oder Instandhaltungsmaßnahmen auferlegt, die Möglichkeit zu deren Durchführung nicht unnötig verstellen darf; es folgt im Übrigen auch aus § 275 Abs. 1 BGB.

II.

18 Die Klage ist auch insoweit unbegründet, als die Klägerin die Feststellung begehrt, sie sei berechtigt, ihr von der Beklagten gemietetes Ladengeschäft nach eigenem Belieben zu öffnen und zu schließen.

19 1. Die Klägerin kann dieses Begehren nicht auf die Unwirksamkeit der ihr in § 11/II Nr. 1 und Nr. 3 des Mietvertrags auferlegten Betriebs- und Offenhal-

tungspflicht stützen. Denn diese Verpflichtung der Klägerin ist, wie dargelegt, wirksam vereinbart.

20 2. Auch kann sich die Klägerin für ihr Klagebegehren nicht auf einen Wegfall der Geschäftsgrundlage berufen.

21 a) Nach Auffassung des Oberlandesgerichts trägt bei der Vermietung von Gewerberäumen - im Verhältnis zwischen Vermieter und Mieter - grundsätzlich der Mieter das Risiko einer wirtschaftlich gewinnbringenden Verwendung der gewerblich genutzten Mietsache. Diese Risikoverteilung ändere sich nicht dadurch, dass das vermietete Geschäft in einem Einkaufszentrum liege und nicht nur der Mieter, sondern auch der Vermieter von einem wirtschaftlichen Erfolg des Gesamtprojekts ausgegangen sei. Für die Annahme einer vertraglichen Vereinbarung, nach der ausnahmsweise der Vermieter anstelle des Mieters das Verwendungs- und Gewinnerzielungsrisiko für ein vermietetes Ladengeschäft tragen solle, bedürfe es konkreter Anhaltspunkte, die hier jedoch fehlten. Die im Mietvertrag geregelten Rechte und Pflichten des Mieters zur Nutzung von Werbeflächen an den Fassaden oder zur Anbringung von Leuchtreklamen über Schaufenstern und Eingangstür begründeten keine einheitliche Gestaltung der Geschäfte, die auf eine solche Risikoverlagerung schließen lassen könnte. Ebenso ließe sich weder aus der vereinbarten Pflichtmitgliedschaft in einer Werbegemeinschaft noch aus der Verpflichtung des Mieters zur Mitteilung der von ihm erzielten Umsätze, aus der Zustimmungspflichtigkeit von Ausverkäufen oder aus der Erwähnung eines "Center-Managers" in der Nebenkostenregelung auf ein Gesamtmanagement mit einheitlicher Vermarktungsstrategie schließen; auch insoweit fehlte es mithin an Anhaltspunkten für eine Vereinbarung, mit der die Beklagte eine umfassende unternehmerische Verantwortung für die Einzelgeschäfte übernommen habe.

22 b) Diese Ausführungen sind frei von Rechtsirrtum.

23 Es erscheint bereits zweifelhaft, ob die Parteien bei Abschluss des Mietvertrags von einem im Wesentlichen konstant bleibenden Einwohnerbestand in H. oder von einer künftigen Vollvermietung des Einkaufszentrums als Geschäftsgrundlage des Mietvertrags oder der darin vereinbarten Betriebs- und Offenhaltungspflicht ausgegangen sind. Denn bereits bei Eröffnung des Einkaufszentrums (1996) standen 20 % der Ladenfläche leer. Auch hatte der vom Oberlandesgericht als Ursache für den in der Folgezeit ansteigenden Leerstand festgestellte Bevölkerungsschwund in dem betroffenen Stadtteil von H. bereits 1992 - mithin deutlich vor Abschluss des Mietvertrags (1995) - eingesetzt. Es ist weder festgestellt noch sonst ersichtlich, dass den Parteien diese Entwicklung, die bis 2005 zu einem Einwohnerschwund von 40 % und bis 2007 zu einem Leerstand im Einkaufszentrum von 40 % führte, nicht bekannt oder - als Möglichkeit - nicht ersichtlich gewesen sei. Die Frage kann indes dahinstehen. Denn die Beklagte hätte sich, auch wenn die Parteien die Möglichkeit einer solchen Bevölkerungs- und Leerstandsentwicklung bedacht hätten, redlicherweise nicht darauf einlassen müssen, den Fortbestand einer bestimmten Einwohnerzahl oder die Vollvermietung als Bedingung - sei es des Mietvertrags, sei es der Betriebspflicht der Klägerin - mietvertraglich zu fixieren.

24 Wie der Senat wiederholt dargelegt hat, fällt es in den Verantwortungsbereich des Mieters von Gewerberaum, als Unternehmer die Erfolgsaussichten eines Geschäfts in der von ihm gewählten Lage abzuschätzen. Das umfasst bei der Anmietung eines Ladenlokals in einem erst noch zu errichtenden Einkaufszentrum neben der Chance, in einem später florierenden Zentrum erhöhte Gewinne zu erzielen, auch das Risiko eines Scheiterns des Gesamtobjekts mit entsprechenden negativen Folgen für das gemietete Einzelgeschäft (Senatsurteile vom 16. Februar 2000 - XII ZR 279/97 - NJW 2000, 1714 Tz. 45 ff. und

vom 19. Juli 2000 - XII ZR 252/98 - juris Tz. 17 ff.). Es geht nicht an, einen nach der gesetzlichen Lastenverteilung in die Risikosphäre des Mieters von Gewerberäumen fallenden Umstand als gemeinsame Geschäftsgrundlage der Mietvertragsparteien anzusehen und damit das Risiko des Eintritts oder Nichteintritts dieses Umstandes über die Grundsätze des Wegfalls der Geschäftsgrundlage ganz oder teilweise auf den Vermieter zu verlagern.

25 Allerdings können die Parteien des Mietvertrags die gesetzliche Risikoverteilung vertraglich ändern und vereinbaren, dass der Vermieter das Geschäftsrisiko des Mieters - ganz oder zum Teil - übernimmt. Ob das der Fall ist, ist durch Auslegung der getroffenen Vereinbarungen zu ermitteln (Senatsurteile vom 16. Februar 2000 - XII ZR 279/97 - NJW 2000, 1714 Tz. 46 und vom 19. Juli 2000 - XII ZR 252/98 - juris Tz. 22 ff.). Das Oberlandesgericht hat dem Inhalt des von den Prozessparteien geschlossenen Mietvertrags mit Recht keine solche von der gesetzlichen Risikoverteilung abweichende Vereinbarung entnommen. Entgegen der Auffassung der Revision lässt sich eine solche Vereinbarung auch nicht in dem Zusammentreffen der mietvertraglichen Regelungen über die Betriebs- und Offenhaltungspflicht sowie über die Sortimentsbindung des Mieters einerseits und dem Fehlen eines Sortiments- und Konkurrenzschutzes durch den Vermieter andererseits (§ 11/II Nr. 1 und Nr. 3 des Mietvertrags i. V. m. § 1/I Nr. 2 des Mietvertrags) erblicken. Schon generell kann aus einer Kumulation von Betriebs- und Offenhaltungspflicht, Sortimentsbindung sowie Ausschluss von Konkurrenz- und Sortimentsschutz noch nicht ohne weiteres auf einen Willen des Vermieters geschlossen werden, den Mieter von dem Risiko einer wirtschaftlich gewinnbringenden Nutzung des vom Mieter gemieteten Ladengeschäfts zu entlasten. Im vorliegenden Fall erscheint, wie dargelegt, der Ausschluss von Konkurrenz- und Sortimentsschutz durch die Beklagte zudem nur als eine wirtschaftlich naheliegende Folge der der Klägerin eingeräumten Nutzung des Ladengeschäfts als "T.-Discount einschließlich der

dazugehörenden Rand- und Nebensortimente". Soweit in dieser Zweckbestimmung überhaupt eine Sortimentsbeschränkung zu finden ist, hätte angesichts deren kaum verlässlich begrenzbarer Reichweite ein damit korrespondierender Konkurrenz- und Sortimentsschutz für die Beklagte schwer kalkulierbare Risiken bei der Vermietung der übrigen Ladengeschäfte mit sich gebracht. Der Ausschluss von Konkurrenz- und Sortimentsschutz beugt dem vor; eine Vereinbarung über die Verlagerung des Nutzungs- und Gewinnerzielungsrisikos der Klägerin auf die Beklagte liegt darin nicht.

26 3. Schließlich kann die Klägerin ihr Klagebegehren auch nicht, wie die Revision meint, auf § 242 BGB stützen.

27 a) Nach den Darlegungen des Oberlandesgerichts hat die Beklagte keine vorvertraglichen Pflichtverletzungen - etwa durch fehlerhafte Angaben zur Konzeption des Einkaufscenters oder zum Mietobjekt - begangen, die es als treuwidrig erscheinen ließen, wenn die Beklagte die Klägerin weiter an der vereinbarten Betriebs- und Offenhaltungspflicht festhielte. Auch seien für § 242 BGB relevante Vertragsverletzungen der Beklagten - etwa Versäumnisse bei der Vermietung der anderen Ladengeschäfte des Einkaufszentrums - nicht substantiiert vorgetragen. Der Leerstand im Einkaufszentrum, der von ursprünglich 20 % auf nunmehr 40 % angestiegen sei, sage nichts über die Qualität und Quantität der Vermietungsaktivitäten der Beklagten aus. Er sei für Ostdeutschland nicht untypisch und auf einen massiven Bevölkerungsrückgang in dem Stadtteil von H., in dem das Einkaufszentrum belegen sei, zurückzuführen (von 1992 bis 2005 um rund 40 %). Ein angeblich nicht ausreichend attraktiver "Branchenmix" im Einkaufszentrum sei nicht hinreichend substantiiert vorgetragen und falle - ebenso wie die Neu-Eröffnung eines Supermarktes sowie eines weiteren neuen Einkaufszentrums in der Nachbarschaft - in den wirtschaftlichen Risikobereich der Klägerin. Die Klägerin könne sich ihrer Betriebspflicht auch

nicht unter Hinweis auf § 242 BGB mit der Behauptung entziehen, bei "sich ständig verstärkender Mieterflucht" könne sie die Einrichtung des Geschäfts nicht auf dem ihr im Mietvertrag als Minimum vorgeschriebenen mittleren Branchenstandard halten, ohne selbst in erhebliche finanzielle Schwierigkeiten zu geraten. Denn dieser Einwand sei verspätet und im Übrigen auch unsubstantiiert.

28 b) Auch diese Ausführungen halten der rechtlichen Nachprüfung stand.

29 Soweit die Revision geltend macht, die Klägerin könne wegen des Leerstandes im Einkaufszentrum das Geschäft nicht mehr rentabel betreiben, kann sie damit nicht durchdringen. Das Oberlandesgericht hat diesen Vortrag mit Recht als verspätet zurückgewiesen. Denn die Klägerin hat in I. Instanz zwar den zunehmenden Leerstand, nicht aber dessen - erstmals in der Berufungsbegründung erwähnte - Auswirkungen auf die Rentabilität des Geschäfts (nach der Berufungsbegründung: auf die wirtschaftliche Möglichkeit, bei der Geschäftseinrichtung einen zumindest mittleren Branchenstandard einzuhalten) angesprochen. Zudem ist dieser Vortrag, wie das Oberlandesgericht zu Recht rügt, hinsichtlich der finanziellen Auswirkungen des Leerstandes auf die Klägerin völlig unsubstaniiert. Schließlich greift der Einwand auch in der Sache nicht durch: Die Unzumutbarkeit, eine geschuldete Leistung zu erbringen, hat - für sich genommen - nur nach Maßgabe des § 275 Abs. 2 BGB befreiende Wirkung. Dies setzt voraus, dass die Erbringung der Leistung - hier der weitere Betrieb des Ladengeschäfts durch die Klägerin - einen Aufwand erfordert, der zu dem Leistungsinteresse des Gläubigers in einem groben Missverhältnis steht. Dafür ist hier - mangels Spezifizierung der sich für die Klägerin aus dem weiteren Betrieb des Ladengeschäfts ergebenden Kosten, aber auch mangels jeglicher Darlegung des wirtschaftlichen Interesses der Beklagten am weiteren Betrieb eines Discount-Marktes im Einkaufszentrum - nichts ersichtlich. Im Übrigen könnte

sich in der vorliegenden Fallkonstellation eine Unzumutbarkeit für die Klägerin, das Ladengeschäft weiter zu betreiben, allenfalls aus den Grundsätzen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage oder aus einem Verhalten der Beklagten ergeben, das es rechtsmissbräuchlich erscheinen ließe, die Klägerin weiter an ihrer Betriebs- und Offenhaltungspflicht festzuhalten. Ein Wegfall der Geschäftsgrundlage kommt, wie dargelegt, bereits angesichts der gesetzlichen Verteilung des Nutzungs- und Gewinnerzielungsrisikos und in Ermangelung einer abweichenden Vereinbarung nicht in Betracht. Für ein rechtsmissbräuchliches Verhalten der Beklagten ist, wie das Oberlandesgericht zu Recht anmerkt, substaniiert nichts vorgetragen.

Hahne Wagenitz Vézina

Klinkhammer Günter

Vorinstanzen:
LG Halle, Entscheidung vom 08.01.2008 - 12 O 50/07 -
OLG Naumburg, Entscheidung vom 15.07.2008 - 9 U 18/08 (Hs) -