BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VERSÄUMNISURTEIL

XII ZR 18/00

Verkündet am:
12. März 2003
Küpferle,
Justizamtsinspektorin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

ZPO a.F. §§ 561 Abs. 1 Satz 1, 543 Abs. 2, 313 Abs. 2 Satz 2

Die revisionsgerichtliche Prüfung der Wahrung der Schriftform einer bei den Akten befindlichen Urkunde beschränkt sich auf die getroffenen Feststellungen zu deren Beschaffenheit, wenn das Berufungsurteil nur auf den Tatbestand des erstinstanzlichen Urteils verweist und dieser keine Bezugnahme auf die Urkunde enthält.

BGB §§ 566 a.F., 182 Abs. 2

Zur Formfreiheit der Zustimmung des Mieters zu einem Vermieterwechsel, den der alte und der neue Vermieter in einem der Schriftform des § 566 BGB a.F. genügenden Nachtrag zu einem langfristigen Mietvertrag vereinbart haben.

BGB a.F. §§ 535 Abs. 1, 306, 275 Abs. 2

Zum Fortbestand der Besitzeinräumungspflicht des Vermieters, der sich zur Herstellung des Mietobjekts verpflichtet hat, das Grundstück aber nachträglich an einen Dritten verkauft, der es bebaut und anderweitig vermietet.

AGBG § 9 Abs. 1 Bb, Ch

Zur Angemessenheit einer in einem Gewerbemietvertrag über ein noch zu errichtendes Gebäude ohne zeitliche Begrenzung vereinbarten Vertragsstrafe für jeden Tag der Überschreitung des vereinbarten Mietbeginns.

BGH, Urteil vom 12. März 2003 - XII ZR 18/00 - KG Berlin

Der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 12. März 2003 durch die Vorsitzende Richterin Dr. Hahne und die Richter Gerber, Sprick, Prof. Dr. Wagenitz und Fuchs

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 20. Zivilsenats des Kammergerichts in Berlin vom 6. Dezember 1999 aufgehoben.

Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil der Kammer für Handelssachen 94 des Landgerichts Berlin vom 23. Mai 1997 wird zurückgewiesen.

Die Beklagten tragen die weiteren Kosten des Rechtsstreits.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin nimmt als Mieterin die Beklagten auf Feststellung des Fortbestehens eines Gewerbemietvertrages, Einräumung des Mietbesitzes und Zahlung einer Vertragsstrafe in Anspruch.

Die Klägerin schloß am 9. Februar / 2. März 1994 mit der H. GmbH (H. GmbH) einen Mietvertrag über noch zu erstellende Räumlichkeiten und PKW-Parkflächen in Berlin, M. 121, um dort einen Lebensmittelsupermarkt zu betreiben. Als spätester Mietbe-

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

ginn war der 1. Juni 1995 vereinbart. Für den Fall, daß das Mietobjekt der Mieterin nicht spätestens an diesem Tage zur Verfügung stand, war der Vermieter gemäß § 2 Abs. 5 des Mietvertrages verpflichtet, für jeden Tag des Verzuges eine Vertragsstrafe von 500 DM zu zahlen. Das Mietverhältnis war auf unbestimmte Zeit abgeschlossen und sollte von der Vermieterin frühestens zum 31. Mai 2015, von der Mieterin frühestens zum 31. Mai 2007 gekündigt werden können. Als Mietzins waren monatlich 21.600 DM netto vereinbart.

Die H. GmbH verpflichtete sich in § 1 Abs. 3 dieses Vertrages, die Räumlichkeiten und Flächen auf der Basis der vereinbarten Pläne und der Baubeschreibung zeitnah zu erstellen und die Baugenehmigung einzuholen. Für den Fall, daß das beabsichtigte Bauvorhaben nicht genehmigt werden würde, sollte zunächst versucht werden, eine Baugenehmigung auch in veränderter Form zu erreichen. Mit Rechtskraft eines negativen Baubescheides - nach vom Vermieter erfolglos durchgeführtem Widerspruchsverfahren - sollte der Vermieter berechtigt sein, vom Vertrag zurückzutreten.

Der von den Vertretern beider Vertragsparteien unterzeichnete Mietvertrag ist nicht zusammengeheftet. Die numerierten Seiten enthalten jeweils die Paraphen zeichnungsberechtigter Vertreter beider Vertragsparteien. Gleiches gilt für die Baubeschreibung. Sämtliche in § 14 Abs. 3 des Mietvertrages genannten Anlagen zum Mietvertrag sind ebenfalls von den Vertretern der Vertragsparteien unterschrieben. Lediglich je eine Anlage zu Seite 4 und 20 sowie zwei Anlagen zu Seite 9 der Baubeschreibung sind nicht mit Seitenzahlen versehen, aber paraphiert.

Die H. GmbH veräußerte die Grundstücksfläche, auf der das Mietobjekt errichtet werden sollte und als deren Eigentümerin sie zu keinem Zeit-

punkt im Grundbuch eingetragen war, mit notariellem Vertrag vom 3. Mai 1994 an die Beklagten, die ebenfalls zu keinem Zeitpunkt als Eigentümer im Grundbuch eingetragen wurden. In diesem Vertrag heißt es, daß der zwischen der Klägerin und der H. GmbH geschlossene Mietvertrag den Käufern vollinhaltlich bekannt sei und von ihnen übernommen werde. Im Juli 1994 veräußerten die Beklagten das Objekt an die Ma. Baubetreuungsgesellschaft mbH weiter, die ohne Voreintragung der Zwischenerwerber als neue Eigentümerin im Grundbuch eingetragen wurde und das im Bau befindliche Objekt im Februar 1996 an eine Konkurrentin der Klägerin vermietete.

Nach Juli 1994 verhandelten die Parteien über eine Modifizierung der Planungen, ohne daß eine Einigung erzielt wurde. Ein förmliches Baugenehmigungsverfahren auf der Grundlage der ursprünglichen Pläne wurde nicht eingeleitet.

Am 28. Juni 1995 erklärten die Beklagten gegenüber der Klägerin den Rücktritt vom Vertrag. Die Klägerin, die dem widersprach, mahnte am 19. Februar 1996 die Vertragseinhaltung an und forderte die Beklagten auf, ihr entsprechend dem Mietvertrag den Besitz einzuräumen. In Erwiderung auf die Klageschrift erklärten die Beklagten am 17. Juli 1996 vorsorglich sowohl die ordentliche als auch die fristlose Kündigung des Mietvertrages.

Das Landgericht hat antragsgemäß festgestellt, daß der Mietvertrag der Parteien durch die Rücktrittserklärung der Beklagten vom 28. Juni 1995 nicht beendet wurde, sondern fortbesteht, und die Beklagten als Gesamtschuldner zur Einräumung des Besitzes an den im Mietvertrag genannten Räumlichkeiten und Flächen sowie zur Zahlung einer Vertragsstrafe von 239.000 DM nebst gestaffelten Zinsen verurteilt.

Auf die Berufung der Beklagten hat das Kammergericht die erstinstanzliche Entscheidung abgeändert und die Klage abgewiesen. Dagegen richtet sich die Revision der Klägerin, mit der sie die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils begehrt.

Entscheidungsgründe:

I.

Aufgrund der Säumnis der Beklagten ist durch Versäumnisurteil zu erkennen, obwohl die Entscheidung inhaltlich nicht auf einer Säumnisfolge beruht (vgl. BGHZ 37, 79, 82).

Die Revision hat Erfolg.

II.

Das Berufungsgericht hat den Antrag auf Feststellung, daß der Gewerbemietvertrag der Parteien durch den von den Beklagten am 28. Juni 1995 erklärten Rücktritt nicht beendet wurde, sondern fortbesteht, mit der Begründung abgewiesen, der Vertrag sei jedenfalls durch eine weitere Kündigung der Beklagten vom 17. Juli 1996 wirksam zum 31. März 1997 beendet worden, da die Schriftform des Vertrages nach der nicht formwahrenden Vereinbarung eines Vermieterwechsels nicht mehr gewahrt gewesen sei und die Beklagten ihn deshalb nach § 566 Abs. 2 BGB a.F. habe kündigen können. Für die Feststel-

lung, daß das Mietverhältnis nicht bereits durch die Rücktrittserklärung vom 28. Juni 1995 beendet worden sei, fehle ein Rechtsschutzinteresse der Klägerin.

Dem kann nicht gefolgt werden. Der Feststellungsantrag ist begründet.

1. Die begehrte Feststellung setzt zunächst voraus, daß die Beklagten (in Gesellschaft bürgerlichen Rechts) überhaupt an die Stelle der H. GmbH als der ursprünglichen Vermieterin getreten sind. Das ist der Fall.

a) Zutreffend verneint das Berufungsgericht einen gesetzlichen Eintritt der Beklagten in das Mietverhältnis gemäß §§ 578, 571 Abs. 1 BGB a.F., da es an der erforderlichen Identität zwischen der Vermieterin (H. GmbH) und dem Grundstückseigentümer fehlt, denn die H. GmbH war nie als Eigentümerin des Grundstücks im Grundbuch eingetragen. Auch im Rahmen des hier (vor Überlassung des vermieteten Grundstücks an die Mieterin) anzuwendenden § 578 BGB a.F. setzt der Eintritt des Erwerbers in den Mietvertrag nämlich voraus, daß der veräußernde Eigentümer zugleich der Vermieter ist (vgl. Emmerich in Emmerich/Sonnenschein, Miete 7. Aufl. § 578 Rdn. 2). Eine bloße Auflassungsvormerkung zugunsten des Vermieters, die hier möglicherweise vorgelegen haben könnte, reicht jedenfalls nicht aus (vgl. Emmerich aaO § 571 aaO Rdn. 9).

b) Zumindest im Ergebnis zutreffend (und von der Revision als ihr günstig nicht angegriffen) geht das Berufungsgericht aber davon aus, daß die Beklagten kraft rechtsgeschäftlicher Vereinbarung mit der bisherigen Vermieterin H. GmbH an deren Stelle in den Mietvertrag eingetreten sind, und zwar wirksam, weil die Klägerin als Mieterin dem - zumindest konkludent im Nachhinein - zugestimmt hat.

In § 6 Abs. 5 des notariellen Kaufvertrages vom 3. Mai 1994 zwischen der H. GmbH und den Beklagten ist deren Eintritt in den Mietvertrag ausdrücklich vereinbart.

Es bedarf auch keiner Entscheidung, ob der Auffassung des Berufungsgerichts zu folgen ist, daß sich die für den Vertragsübergang erforderliche Zustimmung der Klägerin bereits aus § 12 des Mietvertrages ergebe, demzufolge "dieser Vertrag auch für und gegen etwaige Rechtsnachfolger gelten" solle. Jedenfalls hat die Klägerin dem Vermieterwechsel spätestens dadurch konkludent zugestimmt, daß sie von den Beklagten als neuen Vermietern Erfüllung des Vertrages verlangte.

2. Weitere Voraussetzung für die begehrte Feststellung ist, daß das Mietverhältnis im Zeitpunkt der letzten Tatsachenverhandlung noch bestand. Das ist der Fall.

a) Die Rücktrittserklärung der Beklagten vom 28. Juni 1995 hat das Mietverhältnis nicht beendet.

Das Berufungsgericht hat dies letztlich offen gelassen mit der Begründung, das Mietverhältnis sei jedenfalls durch Kündigung zum 31. März 1997 beendet worden. Das ist rechtsfehlerhaft, da diese Begründung nicht die vollständige Abweisung des Begehrens der Klägerin trägt, in dem als minus das Feststellungsbegehren enthalten ist, daß das Mietverhältnis jedenfalls bis zu diesem Zeitpunkt fortbestanden hat. Auch für diese eingeschränkte Feststellung ist ein Feststellungsinteresse der Klägerin - entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts - gegeben, zumal das Berufungsgericht selbst davon ausgeht, daß der Klägerin dem Grunde nach Schadensersatzansprüche für diese Zeit zustehen können. Vor allem aber hätte das Berufungsgericht die Feststel-

lungsklage nicht zunächst als insgesamt zulässig behandeln und sodann die Frage ihrer Begründetheit hinsichtlich eines Teilzeitraumes mit einer Begründung dahinstehen lassen dürfen, die nichts anderes besagt, als daß die Klage hinsichtlich dieses Teilzeitraumes jedenfalls mangels Feststellungsinteresses doch unzulässig sei.

Eine Rücktrittserklärung der Beklagten konnte das Mietverhältnis aber nicht beenden, da nach den Feststellungen des Berufungsgerichts der Vermieterin ein Rücktrittsrecht nur für den Fall eines rechtskräftigen ablehnenden Baubescheids eingeräumt war und ein solcher nicht ergangen ist.

b) Durch einen Wegfall der Geschäftsgrundlage wegen angeblicher baurechtlicher Hindernisse bei der Verwirklichung des Bauvorhabens ist das Mietverhältnis ebenfalls nicht beendet worden, zumal der Wegfall der Geschäftsgrundlage regelmäßig nur eine Vertragsanpassung rechtfertigt. Denn ein problemloses Baugenehmigungsverfahren kann schon deshalb nicht Geschäftsgrundlage des Mietvertrages gewesen sein, weil die Parteien den Fall verzögerter, mit Auflagen versehener oder gar verweigerter Genehmigungen bedacht und hierfür in § 1 Abs. 3 MV detaillierte Regelungen vereinbart haben.

c) Auch die fristlose, hilfsweise ordentliche Kündigung der Beklagten vom 17. Juli 1996 hat das Mietverhältnis nicht beendet, und zwar - entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts - auch nicht als ordentliche Kündigung zum 31. März 1997.

Soweit die Beklagten ihre fristlose Kündigung darauf stützen, die Klägerin hätte seit dem vereinbarten Mietbeginn keinen Mietzins gezahlt, rechtfertigt dies die Kündigung nicht, weil die Beklagten ihr den Mietbesitz nicht eingeräumt hatten und die Klägerin die Mietzinszahlung daher verweigern durfte.

Auch eine ordentliche Kündigung scheitert an der fest vereinbarten Mindestlaufzeit, die sich aus dem befristeten Kündigungsausschluß ergibt. Der Vertrag ist auch nicht nach § 566 BGB a.F. vorzeitig kündbar, da die Schriftform - entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts - gewahrt ist.

Das Berufungsgericht hat hinsichtlich des Parteivorbringens und der Anträge erster Instanz auf den Tatbestand des landgerichtlichen Urteils verwiesen und wegen der Einzelheiten des Parteivorbringens in der Berufungsinstanz ergänzend auf die dort gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen. Der Tatbestand des landgerichtlichen Urteils enthält keine Bezugnahme auf die erstinstanzlich gewechselten Schriftsätze, denen allein der hier zu beurteilende Mietvertrag und die vorher und nachher geschlossenen Grundstückskaufverträge beigefügt waren. Der Senat kann die zu den Akten gereichten Verträge seiner Beurteilung daher nur in dem Umfang zugrunde legen, in dem die Vorinstanzen Feststellungen zu ihrem Inhalt und - hinsichtlich der Schriftform des Mietvertrages - zu dessen Beschaffenheit getroffen haben.

aa) Der Ursprungsvertrag entspricht den Anforderungen an die Schriftform, die der Senat in seiner Entscheidung BGHZ 136, 357 ff. dargelegt hat. Das ergibt sich aus den Feststellungen zur Beschaffenheit der Urkunde, die zwar teilweise nicht im Tatbestand des landgerichtlichen Urteils, sondern in dessen Entscheidungsgründen enthalten sind; die im Berufungsurteil enthaltene Bezugnahme auf den "Tatbestand" des erstinstanzlichen Urteils umfaßt jedoch auch die tatsächlichen Feststellungen in dessen Entscheidungsgründen (vgl. BGH, Urteile vom 7. Dezember 1993 - VI ZR 74/93 - BGHR ZPO § 314 Unrichtigkeit 5 und vom 19. Juni 1990 - XI ZR 280/89 - BGHR ZPO § 314 Feststellungen 1).

Danach bedurfte es keiner körperlichen Verbindung der einzelnen Seiten des Mietvertrages und der zugehörigen Anlagen, weil sich deren Einheit aus fortlaufender Paginierung, fortlaufender Numerierung der einzelnen Bestimmungen und Paraphierung aller Seiten der Anlagen (vgl. Senatsurteil vom 29. September 1999 - XII ZR 313/98 - NJW 2000, 354, 357) ergibt. Soweit einzelne Anlagen nicht foliiert sind, steht dies der Wahrung der Schriftform schon deshalb nicht entgegen, weil diese Anlagen nach den getroffenen Feststellungen nur weitere Einzelheiten und Erläuterungen zu einzelnen Positionen der Baubeschreibung enthalten, die in der Baubeschreibung selbst aufgeführt und näher bezeichnet sind.

bb) Soweit das Berufungsgericht die Auffassung vertritt, die Schriftform sei spätestens mit der Vereinbarung des Vermieterwechsels nicht mehr gewahrt, weil der diese Vereinbarung enthaltende notarielle Kaufvertrag vom 3. Mai 1994 mit dem ursprünglichen Mietvertrag nicht körperlich verbunden worden sei, vermag der Senat auch dem nicht zu folgen. Diese Vereinbarung wahrt die Schriftform, weil der neue Vermieter seine Vermieterstellung durch eine (notarielle) Urkunde nachweisen kann, die nach den getroffenen Feststellungen ausdrücklich auf den Ursprungsmietvertrag Bezug nimmt, indem sie die ursprünglichen Mietvertragsparteien aufführt und durch die Bezeichnung des veräußerten Grundstücks zugleich die Lage des Mietobjekts kennzeichnet (vgl. zum Mieterwechsel Senatsbeschluß vom 17. September 1997 - XII ZR 296/95 - NJW 1998, 62).

cc) Allerdings ist der Vermieterwechsel hier nicht durch dreiseitigen Vertrag, sondern durch zweiseitigen Vertrag zwischen altem und neuem Vermieter mit (notwendiger) Zustimmung der Mieterin zustande gekommen (zu diesen beiden Möglichkeiten vgl. BGHZ 95, 88, 95). Folgt man der Ansicht des

Berufungsgerichts, daß die Zustimmung der Mieterin bereits in § 12 des Mietvertrages vorweggenommen war, ergeben sich für die Schriftform keine Probleme, da sich die Zustimmung der Mieterin dann aus dem Mietvertrag ergibt, der in der notariellen Vereinbarung zwischen altem und neuem Vermieter hinreichend in Bezug genommen worden ist.

Aber auch dann, wenn nur eine nachträgliche, konkludente Zustimmung des Mieters die Wirksamkeit des Vermieterwechsels herbeigeführt hat, was aus den beiden Urkunden selbst nicht zu ersehen ist, ist die Schriftform gewahrt. Ob die spätere Zustimmung eines Vertragspartners zu einem Parteiwechsel auf der Gegenseite schon nach dem Grundgedanken des § 182 Abs. 2 BGB keinem Formzwang unterliegt (ausdrücklich offen gelassen in BGHZ 72, 394, 398), bedarf auch hier keiner Entscheidung. Soweit Heile (in Bub/Treier, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete 3. Aufl. Kap. II Rdn. 771) im Rahmen des § 566 BGB a.F. eine solche Zustimmung für formbedürftig hält, weil diese Vorschrift Interessen (u.a. eines späteren Grundstückserwerbers) schütze, die nicht der Disposition der beteiligten Vertragsparteien unterlägen, hält der Senat dies nicht für zwingend.

Es wäre nämlich wenig plausibel, wenn eine Zustimmung (hier: im Interesse eines möglichen künftigen Grundstückserwerbers) einer besonderen Form bedürfte, obwohl es gemäß § 182 Abs. 1 BGB zu ihrer Wirksamkeit genügt, wenn sie nur einer der beiden Parteien des Übernahmevertrages gegenüber erklärt wird, das Gesetz es also bewußt hinnimmt, daß die andere Vertragspartei zunächst gar nicht erfährt, ob der von ihr vereinbarte Vertragseintritt noch schwebend unwirksam oder schon endgültig wirksam ist. Deren Interesse, über das Zustandekommen des Vertrages Klarheit zu gewinnen, ist jedenfalls nicht geringer als dasjenige eines späteren Erwerbers.

Im vergleichbaren Fall eines langfristigen Mietvertrages, der vorsieht, daß er nur bei Eintritt einer künftigen Bedingung wirksam wird, steht der Umstand, daß deren Eintritt aus der Vertragsurkunde selbst nicht ersichtlich ist, der Wahrung der Schriftform ebenfalls nicht entgegen. Hier ist ein späterer Grundstückserwerber jedenfalls durch die zweiseitige Vereinbarung eines Vermieterwechsels hinreichend gewarnt und gehalten, sich gegebenenfalls bei dem Mieter zu erkundigen, ob dieser die hierzu notwendige Zustimmung erteilt hat, so wie er auch bei der Vereinbarung einer Bedingung darauf angewiesen ist, sich die Kenntnis von deren Eintritt oder Nichteintritt anhand außerhalb der Vertragsurkunde liegender Umstände zu verschaffen. Auf die Frage, ob und von wem ihm die Urkunde vorgelegt wird, die die entsprechende Vereinbarung enthält, kommt es ohnehin nicht an (vgl. BGHZ 72, 394, 399).

§ 566 BGB a.F. soll den künftigen Grundstückserwerber ohnehin nur insoweit schützen, als er nach § 571 BGB in ein bestehendes langfristiges Mietverhältnis eintritt. Mit anderen Worten: das Interesse des Erwerbers, Klarheit zu erlangen, ob sein Veräußerer oder aber ein Dritter Vermieter des im Hause wohnenden Mieters ist, ob er also im ersten Fall in das Mietverhältnis eintritt oder im zweiten Fall nicht, wird als solches nicht geschützt. Denn der Grundstückserwerber tritt nach § 571 BGB a.F. auch in einen mündlichen Vertrag ein, von dem er nichts weiß. § 566 BGB a.F. soll ihn nur davor schützen, beim Eintritt in einen ihm nicht bekannten Vertrag an dessen Bedingungen länger als ein Jahr gebunden zu sein. Hier ist seine mögliche Kenntnisnahme vom Vertrag und seiner Laufzeit durch die Schriftform gewahrt; er kann aus den Urkunden nur nicht ersehen, ob er in diesen Vertrag eintritt oder nicht. Diese Ungewißheit besteht für ihn aber auch, wenn er nicht weiß, ob ein ihm vorliegender Mietvertrag zwischenzeitlich einverständlich (auch mündlich) aufgehoben wor-

den ist. Hätte das Gesetz ihn auch vor dieser Ungewißheit schützen wollen, hätte es die Schriftform auch für die Vertragsaufhebung vorschreiben müssen.

Aus diesen Gründen ist jedenfalls die Zustimmung des Mieters zu einem zwischen früherem und neuem Vermieter vereinbarten Vermieterwechsel formfrei. Es bedarf keiner Entscheidung, ob für den Mieterwechsel etwas anderes gilt, weil der Erwerber wissen muß, wem gegenüber er einen langfristigen Mietvertrag als Vermieter erfüllen muß. In der vorliegenden Fallkonstellation weiß ein künftiger Erwerber jedenfalls, daß er entweder dem ursprünglichen Mieter gegenüber verpflichtet ist oder aber gar niemandem.

d) Schließlich hat auch der Eigentumswechsel vom ursprünglichen Grundstückseigentümer auf die Ma. GmbH & Co. KG nicht zum Ausscheiden der Beklagten aus dem Mietvertrag geführt. Denn die Erwerberin ist nicht gemäß §§ 578, 571 BGB a.F. als neue Vermieterin an die Stelle der Beklagten getreten. Diese waren zwar zugleich Vermieter und Veräußerer des Grundstücks, wenn man als Veräußerung den notariellen Kaufvertrag ansieht. Im Rahmen des § 571 BGB a.F. ist aber unter Veräußerung der Eigentumsübergang zu verstehen (vgl. Emmerich aaO § 571 Rdn. 9); das Eigentum am Grundstück ist hier aber nach dem unstreitigen Vorbringen zweiter Instanz (Berufungsbegründung S. 5, 6) unmittelbar - ohne Zwischenerwerb durch die Beklagten - vom ursprünglichen Eigentümer, der nicht Vermieter war, auf die Ma. KG übergegangen. Auch eine rechtsgeschäftliche "Übernahme" des Mietvertrages durch diese KG, die zum Ausscheiden der Beklagten aus dem Mietvertrag geführt haben könnte, ist den getroffenen Feststellungen nicht zu entnehmen.

Die Beklagten sind mithin nach wie vor Vermieter; der Feststellungsantrag ist begründet.

III.

Daraus folgt zugleich, daß die Klägerin von den Beklagten nach wie vor Einräumung des Mietbesitzes verlangen kann.

Dieser Antrag ist auch nicht etwa auf eine objektiv unmögliche Leistung gerichtet, was das Berufungsgericht offenbar für naheliegend hält, aber letztlich dahinstehen läßt. Im Mietrecht findet § 306 BGB a.F. nämlich weder vor noch nach Übergabe Anwendung (vgl. Wolf/Eckert/Ball, Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts 8. Aufl. Rdn. 334 m.N.; Gerber/Eckert, Gewerbliches Miet- und Pachtrecht 4. Aufl. Rdn. 132, 137, 236).

Die Beklagten sind zwar nicht Eigentümer des Grundstücks und zu dessen Nutzung nicht (mehr) berechtigt, zumal die neue Eigentümerin den inzwischen von ihr errichteten Supermarkt an ein Konkurrenzunternehmen der Klägerin vermietet hat. Die Vorinstanzen haben jedoch keine Feststellungen zu der Frage getroffen, ob es den Beklagten möglich ist, das Leistungshindernis durch Vereinbarungen mit der neuen Eigentümerin und deren Mieterin zu beheben. Jedenfalls solange dies nicht auszuschließen ist, folgt daraus, daß der Mieter die Einräumung des Besitzes nach wie vor verlangen kann und sich nicht darauf verweisen lassen muß, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen (vgl. Kraemer in Bub/Treier, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete 3. Aufl. Kap III Rdn. 1185, 1196 m.N.; Emmerich aaO vor § 537 Rdn. 3). Wie auch im Falle der Doppelvermietung erlangt ein möglicherweise gegebenes Unvermögen des Vermieters dann erst in der Zwangsvollstreckung Bedeutung (vgl. Wolf/Eckert/Ball aaO Rdn. 202).

IV.

Auch der Anspruch auf Zahlung der Vertragsstrafe ist begründet.

1. Zu Recht greift die Revision die einschränkende Auslegung des Berufungsgerichts an, derzufolge die Vertragsstrafe nur für Verzögerungen des Baufortschritts ausbedungen sei und nicht auch für den Fall, daß sich bereits der Baubeginn verzögert.

An diese Auslegung ist das Revisionsgericht nicht gebunden, da das Berufungsgericht anerkannte Auslegungsregeln verletzt hat:

Weder der Vertragswortlaut noch die systematische Stellung dieser Klausel bieten einen Anhaltspunkt für diese einschränkende Auslegung, denn sämtliche baurechtlichen Bedenken, die die Bauausführung beeinträchtigen könnten, sind in § 1 Abs. 3 des Mietvertrages abgehandelt, während die Vertragsstrafe in § 2 geregelt ist, der die Mietdauer und insbesondere die Bezugsfertigkeit und den Mietbeginn regelt.

Vor allem wird diese Auslegung, wie die Revision zutreffend rügt, der Interessenlage der Parteien nicht gerecht. Erkennbar wollte die Klägerin ein Druckmittel in der Hand haben, um die pünktliche Aufnahme ihres Geschäftsbetriebes sicherzustellen. Insofern macht es für sie keinen Unterschied, ob der Vermieter die Bauarbeiten nach dem ersten Spatenstich einstellt (was auch nach Auffassung des Berufungsgerichts die Vertragsstrafe auslösen würde), oder mit den Bauarbeiten gar nicht erst beginnt. Die Nichtaufnahme der Bauar-

beiten stellt den denkbar gröbsten Fall der Bauverzögerung dar, so daß es nicht verständlich wäre, wenn die vereinbarte Sanktion ausgerechnet den gravierendsten Vertragsverstoß nicht erfassen sollte.

Da nach dem Tatsachenvortrag der Parteien weitere für die Auslegung erhebliche Feststellungen, als die Vorinstanzen sie getroffen haben, nicht mehr in Betracht kommen, kann der Senat die Vertragsbestimmung selbst auslegen (vgl. BGHZ 65, 107, 112 m.N.) und versteht sie - ihrem von den Vorinstanzen festgestellten Wortlaut entsprechend - dahin, daß die Vertragsstrafe für jeden Fall des Vermieterverzuges zu zahlen ist, unabhängig davon, ob die verspätete Fertigstellung auf verzögertem Baufortschritt oder verzögertem Baubeginn beruht.

2. Das Berufungsgericht läßt offen, ob diese Klausel individuell ausgehandelt wurde oder als Allgemeine Geschäftsbedingung an § 9 AGBG zu messen ist. Auch der Senat kann dies dahinstehen lassen, da die Klausel auch dann, wenn es sich um allgemeine Geschäftsbedingungen handelt, wirksam ist. § 11 Nr. 6 AGBG ist auf den Schutz von Verbrauchern zugeschnitten und daher bei Verträgen zwischen Unternehmern nicht anwendbar (vgl. Palandt/Heinrichs, BGB 61. Aufl. § 11 AGBG Rdn. 32); zu prüfen ist daher nur, ob die Klausel den Schuldner unangemessen benachteiligt, § 9 AGBG. Das ist hier nicht der Fall.

Bei Bauverträgen gilt eine Vertragsstrafe für Terminüberschreitungen zwar als unangemessen, wenn sie 0,5 % der Auftragssumme pro Tag überschreitet oder aber die Vereinbarung einer angemessenen Höchstgrenze (nicht mehr als etwa 10 % oder gar nunmehr nur 5 % der Auftragssumme - vgl. hierzu BGH, Urteil vom 23. Januar 2003 - VII ZR 210/01 -, zur Veröffentlichung bestimmt -) fehlt (vgl. Palandt/Heinrichs aaO 62. Aufl. § 343 BGB Rdn. 4 m.N.).

Bei 500 DM pro Tag wäre die 0,5 %-Grenze schon bei einem Bauvolumen von nur 100.000 DM eingehalten, so daß sich hier mit Rücksicht auf das ersichtlich weit höhere Bauvolumen insoweit keine Bedenken ergeben. Richtig ist allerdings, daß sich aus der Vertragsstrafenvereinbarung eine Höchstgrenze letztlich nur insoweit ergibt, als die Vertragsstrafe äußerstenfalls bis zum Jahre 2025 (erstmalige Kündigungsmöglichkeit für Vermieter 2015, aber Verlängerungsoption des Mieters um weitere 2 x 5 Jahre) anfallen kann.

Die Rechtsprechung zu allgemeinen Geschäftsbedingungen in Bauverträgen ist aber auf Dauerschuldverhältnisse wie gewerbliche Mietverträge nicht zu übertragen. Denn beim Bauvertrag verfällt eine typischerweise zeitabhängige Vertragsstrafe beim Verzug mit einer einmalig zu erbringenden Leistung. Umgekehrt kann auch nicht die Rechtsprechung (insbesondere zu Bierlieferungs- und Automatenaufstellverträgen) herangezogen werden, die sich mit festen, einmaligen Vertragsstrafensummen befaßt, die für Verstöße im Rahmen eines Dauerschuldverhältnisses vereinbart wurden. Im vorliegenden Fall ist nämlich eine Vertragsstrafe vereinbart, deren Höhe von der Zeitspanne abhängig ist, innerhalb derer der Vertragspartner seine Verpflichtung zu fortlaufender Gebrauchsgewährung nicht erfüllt.

In einem solchen Fall muß die Vertragsstrafe lediglich in einem angemessenen Verhältnis zur Schwere des mit ihr geahndeten Verstoßes stehen (vgl. Bub in Bub/Treier aaO Kap. II Rdn. 530 a.E. m.N.).

Angesichts der verschuldensunabhängigen Garantiehaftung des Vermieters bei einer Vermietung vom Reißbrett ist kaum ein gröberer Vertragsverstoß denkbar als die Nichtfertigstellung des Mietobjekts. Es bedarf keiner Entscheidung, ob dies im Extremfall eine tägliche Vertragsstrafe von 500 DM bis zum Jahre 2025 rechtfertigen könnte, oder ob irgendwann eine zeitliche Gren-

ze erreicht ist, jenseits derer sich das Verlangen nach Fortzahlung der Vertragsstrafe als treuwidrig erweisen würde. Bei der hier verlangten Vertragsstrafe für 478 Tage = 239.000 DM ist diese Grenze jedenfalls noch nicht erreicht.

Bei der Prüfung der Angemessenheit der Vertragsstrafe im Rahmen des § 9 AGBG ist jedenfalls nicht auf den theoretisch denkbaren Extremfall abzustellen, sondern darauf, in welchem Verhältnis der täglich anfallende Betrag von 500 DM 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. Bei einer Monatsmiete von 24.840 DM brutto erscheint eine Vertragsstrafe von 15.000 DM pro Monat keinesfalls überhöht. Zutreffend weist das Landgericht in diesem Zusammenhang darauf hin, daß der Klägerin durch das Nichtbetreiben des Supermarktes - entgegen der Auffassung der Beklagten - durchaus ein Schaden in dieser Höhe entstehen könne, da kaum anzunehmen sei, sie würde einen Supermarkt eröffnen, der eine geringere Gewinnerwartung verspricht. Die Beklagten, die für die Unangemessenheit gemäß § 9 Abs. 1 AGBG darlegungspflichtig sind (vgl. Palandt/Heinrichs aaO § 9 AGBG Rdn. 5), haben jedenfalls nicht dargelegt, daß die Vertragsstrafe den Verzögerungsschaden, der der Klägerin entstehen kann, bei weitem übersteigt.

Da es für die Wertung der Angemessenheit im Rahmen des § 9 AGBG allein darauf ankommt, ob die Vertragsstrafenklausel als allgemeine Lösung angesichts des anhaltenden Interesses des Mieters an der Einräumung der Nutzungsmöglichkeit im Zeitpunkt des Vertragsschlusses (vgl. Palandt/Heinrichs aaO § 9 AGBG Rdn. 2) angemessen ist (vgl. OLG Celle NJW-RR 1988, 946, 947), ist ferner zu berücksichtigen, daß die anfängliche Nichteinräumung

des Mietbesitzes den Mieter kaum weniger beeinträchtigt als eine spätere Besitzentziehung, für die eine Vertragsstrafe von 500 DM pro Tag hier ebenfalls nicht unangemessen erscheinen würde.

Eine von vornherein vereinbarte Begrenzung der Vertragsstrafe auf einen Höchstbetrag, etwa durch zeitliche Beschränkung auf wenige Monate, hätte zudem das Druckmittel, als das die Vertragsstrafe legitimerweise dienen sollte, entscheidend entwertet. Denn je länger der Vertragsverstoß des Vermieters schon andauert, desto geringer würde in einem solchen Fall der Restbetrag der Vertragsstrafe, der ihm für den Fall endgültiger Erfüllungsverweigerung noch droht. Da der Vermieter es aber in der Hand hat, wann er zur Vertragstreue zurückkehrt, erscheint es im Beurteilungszeitpunkt des Vertragsschlusses nicht unbillig, den Druck, den der Mieter auf ihn ausüben kann, so lange unvermindert anhalten zu lassen, bis der Vermieter seiner Kardinalpflicht nachkommt.

Hahne Gerber Sprick

Wagenitz Fuchs