

# Oberlandesgericht Düsseldorf

## IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

§§ 282, 285, 535

- 1. Berufte der Vermieter sich darauf, ihm sei es nach Vertragsschluss durch Gebrauchsüberlassung an einen Dritten unmöglich geworden, dem Mieter den Besitz einzuräumen, so lässt dies den weiterhin geltend gemachten Erfüllungsanspruch des Mieters nur entfallen, wenn das Unvermögen des Vermieters feststeht.**
- 2. Bleibt streitig, ob sich der Rechtsstreit in der Hauptsache vor oder nach Rechtshängigkeit erledigt hat, so sind die allgemeinen materiellrechtlichen Beweislastregeln heranzuziehen.**
- 3. Der gem. § 935 ZPO erforderliche Verfügungsgrund liegt bei einer Doppelvermietung auf der Hand.**

OLG Düsseldorf, Urteil vom 04.10.1990, Az.: 10 U 93/90

#### **Tatbestand:**

Die Ast. hat im Wege der einstweiligen Verfügung beantragt, dem Ag. aufzugeben, ihr gemäß dem Mietvertrag vom 1. 9. 1990 Besitz an den Mieträumen (Ladenlokal) zu verschaffen. Der Ag. beruft sich darauf, daß ihm das unmöglich sei, weil er Dritten die Räume überlassen habe. Das AG hat dem Antrag stattgegeben. Die Berufung des Ag. hatte keinen Erfolg.

#### **Entscheidungsgründe:**

Das LG hat der Ast. zu Recht einen Verfügungsanspruch zugebilligt. Der Ag. war nämlich aufgrund des Mietvertrages vom 1. 9. 1990 verpflichtet, der Ast. den Besitz an den im Vertrag bezeichneten Mieträumen zu überlassen. Er durfte den Vertrag nicht am 24. 11. 1989 fristlos kündigen. Denn die Ast. befand sich mit der Zahlung der Mietzinsen für Oktober und November 1989 nicht im Schuldnerverzug. Ein solcher hätte gem. § 284 I BGB vorausgesetzt, daß der Zahlungsanspruch des Ag. fällig gewesen wäre. Das indessen traf nicht zu. Denn der Ast. stand zu jenem Zeitpunkt eine die Fälligkeit des Anspruchs hindernde aufschiebende Einrede i. S. des § 537 I BGB zu. Sie durfte die Zahlung der Mietzinsen solange verweigern, wie der Ag. seiner eigenen mietvertraglichen Hauptpflicht zur uneingeschränkten Gebrauchsgewährung nicht nachgekommen war. Zwar begann das Mietverhältnis nach § 3 des Vertrages am 1. 10. 1989. Jedoch hatte der Ag. in § 1 Nr. 3 des Vertrages die "Gewähr für konzessionsreife, renovierte Räumlichkeiten zum Betrieb einer Spielhalle von 90 Quadratmetern" übernommen. Ferner hatte er sich in § 7 S. 1 des Mietvertrages "vor dem Einzug der Mieterin zur Bezugsfertigkeit des Ladenlokals sowie aller notwendigen Änderungen zum 1. 10. 1989"

verpflichtet. Zu diesem Zeitpunkt war jedoch der vom Ag. übernommene Umbau der Räumlichkeiten zur Spielhalle unstreitig nicht beendet.

Der Ag. beruft sich ferner darauf, ihm sei es bereits ab 11. 11. 1989 nicht mehr möglich gewesen, den mit der Ast. geschlossenen Mietvertrag zu erfüllen, weil er schon zu jenem Zeitpunkt der Zeugin P als neuer Mieterin den Besitz an den Mieträumen überlassen habe. Auch diese Behauptung ist nicht geeignet, den Verfügungsanspruch der Ast. zu Fall zu bringen. Denn da der Ag. das Unvermögen zur vertraglichen Leistung an die Ast. aus den beschriebenen Gründen gem. §§ 275, 276 BGB zu vertreten hätte, müsste die Unmöglichkeit zur Besitzüberlassung an die Ast. feststehen, um deren Rechte entfallen zu lassen (vgl. RGZ 105, 15 (17); 160, 257 (263); BGH, NJW 1972, 152 = LM § 283 BGB Nr. 2; NJW 1974, 943 (944) = LM § 419 BGB Nr. 27; BGHZ 68, 372 = NJW 1977, 1336 = LM § 633 BGB Nr. 29; BGHZ 97, 178 = NJW 1986, 1676 = LM § 283 BGB Nr. 5). Bleibt nämlich die vom Schuldner zu vertretende Unmöglichkeit streitig, so ist er zur Leistung zu verurteilen, so daß der Gläubiger sich im Zwangsvollstreckungsverfahren davon überzeugen kann, ob die Erfüllung nicht doch möglich ist. Stellt sie sich nun heraus, so kann der Gläubiger auf dem erleichterten Beweisweg des § 283 BGB Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen (vgl. Palandt-Heinrichs, BGB, 47. Aufl., § 275 Anm. 8b; § 283 Anm. I b m. w. Nachw.). Der Ag. meint nun zwar, er habe sein Leistungsunvermögen zum 11. 11. 1989 glaubhaft gemacht. Dem vermag der Senat jedoch nicht zu folgen. Zwar hat die neue Mieterin, die Zeugin P, am 12. 3. 1990 eidesstattlich versichert, am Tage ihres Vertragsschlusses, dem 11. 11. 1989, vom Ag. die Schlüssel zu den Mieträumen erhalten zu haben. Seither - so hat die Zeugin weiter versichert - übe sie den Besitz an den Räumen aus. Dieser Schilderung steht indessen folgendes entgegen: Nach den glaubhaften Aussagen des Zeugen F hatte er am 11. 11. 1989 die Räume noch mit einem eigenen Bauzylinder verschlossen gehalten; dieser sei erst aufgebohrt worden, nachdem er am 28. 11. 1989 "nach einer Menge Telefonate und Terminabsprachen" vom Ag. auf die Werklohnforderung 8000 DM erhalten hatte. Falls die Zeugin P vom Ag., wie dieser behauptet, Schlüssel zu einem Seiteneingang statt zu der vom Zeugen F verschlossenen Haupteingangstür erhalten hätte, so hätte die Zeugin vom Ag. nicht den vereinbarten und gem. § 535 BGB erforderlichen uneingeschränkten Besitz erhalten. Dieser vertraglichen Gebrauchsgewährung stand offenbar die vom Zeugen F durch Inbesitznahme der Räume bezweckte Sicherung seiner Werklohnforderung entgegen. Bei dieser Sachlage bleibt es zumindest streitig, ob der Ag. schon ab 11. 11. 1989 nicht mehr in der Lage war, der Ast. noch den Mietbesitz zu verschaffen. Daher blieb deren Verfügungsanspruch in glaubhaft gemachter Weise erhalten.

Der gem. § 935 ZPO erforderliche Verfügungsgrund lag nach den Ausführungen zu Nr. I. 1 bei Erlaß der einstweiligen Verfügung auf der Hand: Der Ag. hatte die mit der Ast. vertraglich vereinbarte Besitzüberlassung durch den Abschluß des Mietvertrages mit der Zeugin P vom 11. 11. 1989 ernsthaft gefährdet.

Die zulässige Anschlußberufung der Ast. ist begründet. Mit ihr erstrebt sie die Feststellung, daß sich das einstweilige Verfügungsverfahren inzwischen in der Hauptsache erledigt hat. Hierzu hat die Ast. im Verfahren zur Hauptsache (LG Krefeld - 5 O 127/90 = OLG Düsseldorf - 10 U 159/90) mit Schriftsatz vom 3. 9. 1990 erklärt, der Ag. habe die Mietsache zwischenzeitlich - jedoch nach Klageerhebung (das ist der 10. 4. 1990) - Frau P überlassen. Der Ag. beruft sich demgegenüber wiederum darauf, der Zeugin bereits am 11. 11. 1989 die Räume übergeben zu haben. Das konnte er jedoch aus den beschriebenen Gründen nicht glaubhaft machen. Der Beweis dafür, daß sich die Hauptsache erst nach Rechtshängigkeit erledigt hat, trifft zwar grundsätzlich die klagende Partei (vgl. Zöller-Vollkommer, ZPO, 15. Aufl., § 91a Rdnr. 44; E. Schneider,

MDR 1984, 550). In Fällen jedoch eines - streitig gebliebenen - Leistungsvermögens des Schuldners muß er, der sich auf die Unmöglichkeit beruft, nach dem Rechtsgedanken der §§ 282, 285 BGB beweisen, daß der Anspruch des Gläubigers bereits vor Rechtshängigkeit entfallen war, die Hauptsache sich also nicht im gesetzlichen Sinne erledigt hatte. Dieser Beweis - im summarischen Verfahren zurückgeführt auf Glaubhaftmachung (vgl. §§ 936, 920 II, 294 I ZPO) - ist dem Ag. aus den dargelegten Gründen nicht gelungen.