

**Autor:** Joachim Wichert  
**Anmerkung zu:** OLG Frankfurt v. 10.09.2014  
14 U 103/12

**Quelle:**



Verlag Dr. Otto Schmidt,  
Köln

**Fundstelle:** MietRB 2015, 266-267

**Normen:** § 138 BGB, § 275 BGB

**Zitiervorschlag:** MietRB 2015, 266-267

## **Titelzeile**

**Mietvorvertrag: Wann ist dem (künftigen) Vermieter die Erfüllung unmöglich?**

## **Vorinstanz**

LG Fulda - 3 O 659/11

## **Leitsatz**

Haben der (künftige) Vermieter und eine von ihm beherrschte Gesellschaft einen Mietvertrag geschlossen, um die Erfüllungsansprüche des (künftigen) Mieters zu vereiteln, so liegt keine Unmöglichkeit vor. Denn dieser Mietvertrag ist sittenwidrig und von Anfang an nichtig (§ 138 BGB ).

**Das Problem** Die Parteien schließen einen Vorvertrag, nach dem M auf einem Grundstück des V einen noch zu errichtenden Lebensmittelmarkt mit einer angenommenen Verkaufsfläche von 1.300 qm zzgl. Nebenflächen für zehn Jahre für eine Jahresmiete von 220.000 € anmieten könne. Nach Errichtung des neuen Lebensmittelmarktes führen die Parteien Gespräche über den Mietvertrag, allerdings erfolglos. M verklagt den V auf Zustimmung zu dem von ihm im Klageantrag vollständig ausformulierten Mietvertrag. V wendet u.a. Unmöglichkeit ein. Dazu trägt er vor, dass er den Lebensmittelmarkt im April 2011 an die von ihm im Feb-

- 266 -

MietRB 2015, 266-267

- 267 -

ruar 2011 gegründete F-GmbH vermietet und überlassen habe. Er beherrsche die Gesellschaft auch nicht mehr alleine, seine beiden Kinder seien im August 2011 Mitgesellschafter geworden. Die F-GmbH sei zu einer vorzeitigen Beendigung des Mietvertrags nicht bereit, auch nicht gegen Abstandszahlung.

## **Die Entscheidung des Gerichts**

Der OLG Frankfurt/M. gibt M Recht. Er könne aufgrund des Vorvertrags die Zustimmung zu dem Mietvertrag verlangen. Dem stehe auch nicht der von V erhobene Unmöglichkeitseinwand entgegen.

Ein Unmöglichkeitseinwand sei begründet, wenn der Schuldner seine Verfügungsmacht verloren habe. Hierfür genüge es aber nicht, dass der Schuldner derzeit nicht alleine über den Gegenstand disponieren kann. Vielmehr müsse feststehen, dass er die Disposition über

den Leistungsgegenstand auch in Zukunft nicht erlangen könne, weil der Dritte endgültig die Mitwirkung verweigere. Notfalls müsse der Schuldner den Dritten durch Angebot einer Abstandszahlung zur Mitwirkung motivieren (Verweis u.a. auf BGH v. 12.3.2003 – XII ZR 18/00 , MietRB 2003, 34 u. 37 = MDR 2003, 865 = ZMR 2003, 647).

Dem Unmöglichkeitseinwand des V stehe u.a. § 138 BGB entgegen. Ein Vertrag sei sittenwidrig, wenn die Beteiligten damit den Zweck verfolgten, in bewusstem und gewolltem Zusammenwirken die Rechte Dritter zu vereiteln (Verweis auf BGH v. 15.6.2005 – VIII ZR 271/04 , MietRB 2006, 3 = MDR 2006, 79). Zwar führe die Absicht oder das Bewusstsein, ein fremdes Forderungsrecht zu vereiteln, alleine noch nicht zur Sittenwidrigkeit. Anders sei es aber, wenn dies aus verwerflichen Gründen, in Schädigungsabsicht oder durch unlautere Mittel geschehe.

So liege der Fall hier. Denn mit Abschluss des Mietvertrages und Überlassung des Mietgegenstandes hätten V und die von ihm alleine beherrschte F-GmbH bewusst und gewollt den Zweck verfolgt, die Erfüllungsansprüche des M zu vereiteln und ihn so zu schädigen. Dass später die beiden Kinder des V Gesellschaftsanteile der F-GmbH übernommen haben, beseitige den Sittenwidrigkeitseinwand nicht. Das OLG Frankfurt/M. lässt zwischen den Zeilen anklingen, dass dies den Sittenwidrigkeitseinwand eher untermauere. Zu seiner Beweiswürdigung findet das OLG Frankfurt/M. folgende Worte:

Davon, dass der Beklagte aus den vorgenannten Beweggründen handelte, ist der Senat aufgrund einer Gesamtwürdigung der vorstehenden und sonstigen Umstände des Falles überzeugt (§ 286 Abs. 1 ZPO ). Auch insoweit geht der Senat davon aus, dass der Tatrichter ohne Bindung an gesetzliche Beweisregeln und nur seinem Gewissen unterworfen die Entscheidung zu treffen hat, ob er mögliche Zweifel überwinden und die persönliche Gewissheit von der Wahrheit einer bestimmten Behauptung erlangen kann, und sich in tatsächlich zweifelhaften Fällen mit einem für das praktische Leben brauchbaren Grad an Gewissheit begnügen darf, der Zweifeln Schweigen gebietet, ohne sie völlig auszuschließen ...

Da der Mietvertrag zwischen V und der F-GmbH sittenwidrig und damit von Anfang an nichtig sei, könne V den Besitz der F-GmbH jederzeit beenden. Unmöglichkeit liege nicht vor.

**Konsequenzen für die Praxis** Die klaren Worte des OLG Frankfurt/M. zur Sittenwidrigkeit überzeugen. Die zugrunde liegende praktische Sichtweise lassen manche Gerichte leider vermissen. Theorie und Beweisregeln sind wichtig, Praxisbezug und Entscheidungsstärke aber auch.

**Beraterhinweis** In „echten“ Fällen der Unmöglichkeit aufgrund anderweitiger Vertragsbindung wird dem Vermieter einiges abverlangt. Solche Fälle kommen bei einem Mietvorvertrag, bei Doppelvermietung, aber auch bei Konkurrenzschutz vor, wenn nämlich der Vermieter an einen Konkurrenten des Mieters vermietet hat (dazu *Seldeneck/Wichert/Fallak*, *Gewerbemiete*, 2013, Baustein 131 Rz. 3). Der Vermieter muss den Dritten ggf. durch eine Abfindung zur Vertragsbeendigung motivieren. Das kann sehr weit gehen, nämlich bis zur Opfergrenze des § 275 Abs. 2 ZPO .

RA Dr. *Joachim Wichert*, aclanz Partnerschaft von Rechtsanwälten, Frankfurt/M., [www.aclanz.de](http://www.aclanz.de)

### **Mehr zum Thema:**

Zu weiteren Aspekten dieser Entscheidung vgl. MietRB 2015, 265 (vorstehend).

Die Nichtzulassungsbeschwerde vor dem BGH (Az. XII ZR 113/14) ist zurückgenommen worden.