
Datum: 08.11.2011
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 7. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: I-7 U 43/11
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2011:1108:I7U43.11.00

Vorinstanz: Landgericht Dortmund, 6 O 264/09
Schlagworte: Gewerblicher Mietvertrag, objektive Unmöglichkeit der
Gebrauchsüberlassung aufgrund öffentlich-rechtlicher
Gebrauchshindernisse, Stellplatznachweis
Normen: §§ 535, 275 BGB

Tenor:

Die Berufung der Klägerin gegen das am 11.03.2011 verkündete
Urteil

der 6. Zivil-kammer des Landgerichts Dortmund vom 11.03.2011
wird zu-rückgewiesen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens werden der Klägerin
auferlegt.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Der Klägerin wird
nachgelassen, die Zwangs-vollstreckung des Beklagten gegen
Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des zu vollstreckenden
Betrages abzuwenden, wenn nicht der Beklagte zuvor Sicherheit in
gleicher Höhe leistet.

Gründe

A.

1

2

3

Der Beklagte ist Eigentümer des mit einem Mehrfamilienhaus bebauten Grundstücks W-Straße in M. Er wohnt dort mit seiner Frau, die in dem Gebäude zudem einen Pflegedienst betreibt. Weitere Wohnungen sind vermietet. Gegenüber befindet sich das Straßenverkehrsamt mit einer Kfz-Zulassungsstelle.

Im Jahr 2006 wies die Ehefrau des Beklagten im Rahmen einer Nutzungsänderung der Wohnung im Erdgeschoss zu Büroräumen PKW Stellplätze nach, von denen mit Bauschein 008929-06-01 vom 19.06.2006 der Stadt M drei Stellplätze im hinteren Teil des Grundstücks nicht anerkannt wurden, da diese nicht öffentlich-rechtlich gesichert waren. Der Stellplatznachweis wurde wie folgt genehmigt: 4

- 2 Stellplätze in der links neben dem Haus gelegenen Doppelgarage 5
- 3 Stellplätze vor der Doppelgarage
- 1 Stellplatz rechts neben dem Haus

Der Stellplatz rechts neben dem Haus ist bis heute nicht angelegt. Der Beklagte, seine Ehefrau und die Mitarbeiter des Pflegedienstes parken auch auf dem öffentlich- rechtlich nicht gesicherten Hof im hinteren Teil des Grundstücks, der nur über ein linksseitig gelegenes, benachbartes Grundstück der Stadt M (Flurstück 1607) zu erreichen ist. Wegen der Örtlichkeit wird auf die zu den Akten gereichten Fotodokumentationen (Bl. 115 d.A. und Bl. 142 ff. d.A.) Bezug genommen. 6

Am 17.09.2008 schlossen die Parteien einen Mietvertrag über die Anmietung einer Freifläche auf dem Grundstück des Beklagten zum Zwecke der Aufstellung eines Bürocontainers zur Nutzung als Kfz-Schilderverkaufsstelle. Die erforderliche Baugenehmigung sollte von der Klägerin auf ihre Kosten eingeholt werden. Der Vertrag enthält u.a. die folgenden Regelungen: 7

1. Die Mietung beginnt am 01.10.2008. Der Vertrag läuft auf die Dauer von 10 Jahren 8

Bis zur Nutzung des Mietobjektes zahlt der Mieter monatlich € / 9

2. Die monatliche Vorausmiete beträgt 600 € zzgl. Nebenkosten und MwSt. ... 10

6. Vertragsergänzungen: 11

a) Sämtliche Kosten, die im Zusammenhang mit der Betriebserrichtung entstehen, gehen zu Lasten des Mieters. (Einbau, Stromzähler etc.). *Zzgl müssen 4 Parkplätze vor dem Haus hergestellt werden (Asphalt oder Pflaster).* 12

c) Falls für behördliche Auflagen erforderlich, darf ein PKW-Stellplatz und Toilette mitbenutzt werden." 13

e) Der Container wird gemäß Lageplan unter Einhaltung baurechtlicher Abstandsflächen so nah wie möglich an die Garage gestellt (siehe Lg.-Plan). 14

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Vertrag vom 17.09.2008 Bezug genommen, dem ein Lageplan mit eingezeichnetem Standort des Containers beigelegt ist. Dort grenzt der Container mit einer Seite direkt an das Nachbargrundstück der Stadt M und mit der anderen Seite an die Garage an, nicht jedoch direkt an das Haus des Beklagten. 15

- Nachdem die Klägerin in den Monaten Oktober und November 2008 keine Mietzahlungen geleistet hatte, kündigte der Beklagte aufgrund Zahlungsverzuges den Mietvertrag mit Schreiben vom 21.11.2008 fristlos. Ferner heißt es in dem Schreiben: "Bei den Vertragsverhandlungen sind wir anhand einer vorliegenden Lageskizze von einer Mietfläche von 10 qm ausgegangen ...Nunmehr fordern Sie Platz für einen wesentlich größeren Container, zudem soll dieser so an die Hauswand unseres Hauses gesetzt werden, dass ein Fenster und teilweise auch der Hintereingang verdeckt werden. So wie von Ihnen vorgesehen, wird der Container mit Sicherheit nicht aufgestellt werden können. Sie fordern das Herrichten von 4 Parkplätzen vor dem Haus. Zunächst einmal ist darauf hinzuweisen, dass aus baurechtlichen Gründen vor dem Haus nur ein Parkplatz hergestellt werden kann. Sofern weitere Parkplätze gefordert werden, ist der Vertrag auf eine unmögliche Leistung gerichtet und insofern nichtig..." 16
- Die Klägerin widersprach mit Schreiben vom 23.11.2008 und wies u.a. darauf hin, dass nach den vertraglichen Vereinbarungen bis zur Nutzung keine Miete gezahlt werden müsse. 17
- Auf der Grundlage der Genehmigungsplanung vom 26.11.2008 stellte die Klägerin unter dem 09.12.2008 bei der Stadt M einen Bauantrag für die beabsichtigte Errichtung des Containers. Der beigefügte Lageplan sah insgesamt neun Stellplätze vor, davon zwei im hinteren Bereich des Grundstücks (Stellplätze 8 und 9). Der Container grenzte direkt an das Haus und die Garage des Beklagten an. Eine andere Platzierung ist baurechtlich nicht umsetzbar. Nachdem die Stadt M auf die Unvollständigkeit des Bauantrags hingewiesen hatte, reichte die Klägerin einen ergänzten Lageplan mit geänderter Anordnung der Stellplätze ein, von denen sich jetzt drei im Garten hinter dem Haus befanden. Der Plan beinhaltet zudem eine noch anzulegende Zufahrt bzw. einen Zugang zu den Stellplätzen im Garten und dem Container über die rechte Seite und den im hinteren Bereich gelegenen Garten des Hauses. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Lagepläne, Bl 109 f. d.A., Bezug genommen. 18
- Unter dem 04.03.2009 erteilte die Stadt M die beantragte Baugenehmigung. Hier heißt es u.a.: "Zwei der drei im Garten gelegenen PKW-Stellplätze sind den Nutzern und Kunden des Containers zur Verfügung zu stellen (...) Da keine Zustimmung der Eigentümerin (Stadt M) des Flurstückes 1607 für eine Mitbenutzung ihres Grundstückes zum Zwecke der Erschließung des Flurstückes 1606 vorliegt und auch nicht in Aussicht gestellt wird, ist durch geeignete Maßnahmen (z.B. durch das Aufstellen von Absperrungen, Anpflanzungen, Zäunen, Mauern u.ä.) sicher zu stellen, dass ein unbefugtes Betreten bzw. Zufahren zum Flurstück 1606 vom Flurstück 1607 aus nicht möglich ist (...). Die neu anzulegende Überfahrt vom Baugrundstück zur öffentlichen Verkehrsfläche ist genehmigungspflichtig und nicht Bestandteil dieser Baugenehmigung." Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Baugenehmigung vom 04.03.2009, Bl. 102 ff. d.A., Bezug genommen. 19
- Mit Schreiben vom 09.03.2009 informierte die Klägerin den Beklagten über die erteilte Baugenehmigung und teilte mit, dass sie mit der Nutzung beginnen wolle. Sie bat um Stellungnahme bis zum 18.03.2009, ob an der Kündigung festgehalten werde. Mit anwaltlichem Schreiben vom 30.03.2009 gab die Klägerin letztmalig Gelegenheit zur Stellungnahme bis zum 09.04.2009. Der Beklagte erwiderte mit Schreiben seines Rechtsanwaltes vom 20.04.2009 und erklärte, dass er ungeachtet der Rechte aus der Kündigung u.U. bereit wäre, das Aufstellen des Containers nach den Vorgaben des Lageplanes zu dulden. Eine Platzierung vor der rückwärtigen Ausgangstür der Garage und direkt neben dem Haus sei aber nicht vertragskonform. Der Vertrag sehe zudem nur die Nutzung eines Parkplatzes vor; die Forderung nach Errichtung weiterer Parkplätze entbehre jeder Grundlage. Der gesamte Raum hinter dem Haus stehe nicht zur Disposition und 20

Nutzung der Klägerin. Der Beklagte bat um Rückäußerung bis zum 29.04.2009.

Am 03.08.2009 hat die Klägerin die vorliegende Klage eingereicht, die auf die Feststellung des Fortbestehens des Mietverhältnisses gerichtet ist. Darauf hin hat der Beklagte mit seiner Klageerwiderung vom 22.10.2009 erneut die fristlose Kündigung des Mietverhältnisses wegen der Mietrückstände für Oktober und November erklärt. Zudem hat er wegen Verletzung der Pflichten aus dem Mietvertrag vorsorglich fristlos gemäß § 543 Abs. 3 BGB gekündigt. Eine weitere fristlose, hilfsweise fristgerechte Kündigung datiert vom 22.03.2010 wegen einer dauerhaften Störung der Geschäftsgrundlage im Hinblick auf den Standort des Containers und der Lage der Parkplätze. Diese wurde mit Schriftsatz vom 23.04.2010 wiederholt. 21

Die Klägerin hat behauptet, die Lage des Containers sei in der Anlage zu dem Mietvertrag nur ungefähr eingezeichnet worden; es habe sich lediglich um die optimale Lage gehandelt. Die Formulierung, der Container werde "so nah wie möglich an die Garage unter Beachtung baurechtlicher Abstandsflächen" gestellt, verdeutliche, dass es mehrere konkrete Stellplätze gebe. Hierüber sei ausdrücklich gesprochen und in Erwägung gezogen worden, den Container ganz an das Gebäude heranzurücken. Die Klägerin hat die Ansicht vertreten, dieser Standort sei dem Beklagten auch zumutbar. Sie hat behauptet, bei dem Fenster, das verstellt werde, handele es sich um ein Fenster zu einem Lagerraum. 22

Über die Möglichkeit der Errichtung von Stellplätzen im Garten sei ausdrücklich gesprochen worden. Dem Beklagten sei aufgrund des vorangegangenen Genehmigungsverfahrens bekannt bzw. es sei für ihn vorhersehbar gewesen, dass im hinteren Bereich des Grundstücks Stellplätze errichtet werden müssen. Die Klägerin hat die Ansicht vertreten, die Kündigung sei vor diesem Hintergrund treuwidrig. Die Stellplätze seien von dem Beklagten als Eigentümer geschuldet; das Gewerbe könne von ihr ohne Parkplätze nicht betrieben werden. Die Errichtung von Parkplätzen im Garten sei nicht zwingend, jedenfalls aber nicht unzumutbar. 23

Die Klägerin hat ferner behauptet, der Beklagte habe im Rahmen der Vertragsverhandlungen zugesichert, es liege eine dauerhafte Duldung der Stadt M hinsichtlich der Nutzung des benachbarten Grundstücks als Zufahrt vor. 24

Sie hat schließlich die Ansicht vertreten, aufgrund der Regelung in Ziffer 1 des Mietvertrages, die ausdrücklich besprochen worden sei, schulde sie bis zur Nutzung des Containers keine Miete. 25

Der Beklagte hat behauptet, der Standort des Containers sei in der Anlage zu dem Mietvertrag konkret bestimmt worden; eine Beeinträchtigung des Gebäudes durch Immissionen des Baucontainers habe vermieden werden sollen. Er hat vorgetragen, die geänderte Lage sei nicht zumutbar, da die Hintertür zu der Garage sowie ein Fenster verstellt würden. Es handele sich dabei um ein Flurfenster. Auch werde der hintere Eingang zum Haus teilweise blockiert. 26

Im Rahmen der Vertragsverhandlungen sei nur über die Errichtung von Parkplätzen vor dem Haus gesprochen worden; aufgrund behördlicher Auflagen sei dies jedoch nicht möglich. Der Beklagte hat die Ansicht vertreten, Stellplätze im Garten, der auch von den Mietern genutzt werde, seien ihm nicht zumutbar. Die Unzumutbarkeit folge zudem daraus, dass nach der Genehmigungsplanung auch die Zufahrt zu dem Container über den hinteren Bereich des Hauses erfolgen müsse, so dass der Garten vollständig umgestaltet werden müsse. Der Beklagte hat behauptet, der Zugang zu dem Container sei bei den Gesprächen 27

ausschließlich dergestalt thematisiert worden, dass die Klägerin erklärt habe, sie werde hierfür Sorge tragen. Dies sei mit der Stadt problemlos zu vereinbaren.

Schließlich hat der Beklagte behauptet, die Klausel über den Beginn der Mietzahlung sei nicht ausdrücklich besprochen worden. Er ist der Ansicht, sie benachteilige ihn unangemessen. Im Übrigen sei die Klausel gestrichen. 28

Wegen des weiteren Parteivortrags erster Instanz sowie der gestellten Anträge wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen. 29

Das Landgericht hat die Klage nach Vernehmung des Zeugen T abgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt, der Beklagte habe den Mietvertrag wegen einer Störung der Geschäftsgrundlage gemäß § 313 Abs. 3 S. 2 BGB wirksam gekündigt. Das Kündigungsrecht habe jedenfalls wegen der Anordnung der Parkplätze bestanden. Es sei ausdrücklich die Errichtung von vier Parkplätzen vor dem Haus vereinbart worden. Die Baugenehmigung weise jedoch Parkplätze im Garten aus. Hierin liege eine schwerwiegende Veränderung der vertraglichen Grundlagen, da die Integrität des Gartens betroffen sei. Die Nutzung zur Erholung sei nicht mehr möglich. Die Parteien hätten auch keine Vereinbarung über die Anordnung von Parkplätzen im Garten getroffen. Der Zeuge T habe die entsprechende Behauptung der Klägerin nicht bestätigt. 30

Hiergegen richtet sich die Berufung der Klägerin. Sie rügt, das Landgericht habe nicht zwischen der tatsächlichen Errichtung von vier Parkplätzen vor dem Haus und der entsprechenden öffentlich-rechtlichen Genehmigungsfähigkeit differenziert. Letztere sei nicht Gegenstand des Vertrages geworden. Sie ist der Ansicht, aus der von ihr übernommenen Verpflichtung zur Errichtung von vier Parkplätzen folge nicht zwingend die Verpflichtung des Beklagten, entsprechende Flächen zur Verfügung zu stellen. Es sei im Übrigen davon auszugehen, dass die Errichtung von Parkplätzen mit geringeren Maßen vor dem Haus rein tatsächlich möglich sei. 31

Die Klägerin behauptet desweiteren, es bestehe die Möglichkeit, Stellplätze außerhalb des Grundstücks zu erhalten und auf diese Weise den baurechtlichen Anforderungen Genüge zu tun. Die erforderlichen Stellflächen könnten ohne weiteres im Umkreis von 300 Metern bei anderen Eigentümern angemietet werden. 32

Auf einen Wegfall der Geschäftsgrundlage könne sich der Beklagte – so die Ansicht der Klägerin – schon deshalb nicht berufen, da ihm die Problematik der Genehmigungspflicht hinreichend bekannt gewesen sei. Bereits bei der Nutzung durch den Pflegedienst hätten Stellplätze im Garten angelegt werden müssen. Insoweit verweist die Klägerin auf den Bauschein vom 19.06.2006 und die fehlende öffentlich rechtliche Sicherung der Stellplätze im hinteren Bereich des Grundstücks. Der Beklagte selbst habe auf die Errichtung weiterer Stellplätze gedrängt; die Nutzung im hinteren Bereich des Grundstücks habe dabei für ihn auf der Hand gelegen. 33

Die Klägerin rügt zudem, das Landgericht habe zu Unrecht eine Vereinbarung über die anderweitige Anlage von Stellplätzen als nicht erwiesen angesehen. Sie verweist in diesem Zusammenhang auf die Aussage des Zeugen T, wonach die konkrete Situation hinsichtlich der Schaffung von Stellplätzen dem Beklagten bewusst gewesen sei. Auch werde nicht hinreichend berücksichtigt, dass der Zeuge mit dem Beklagten über notwendige Umgestaltungsmaßnahmen gesprochen habe. 34

Schließlich habe das Landgericht verkannt, dass nach der Erhaltungsklausel in Ziffer 4 des Vertrages bei Ungültigkeit einzelner Bestimmungen der Vertrag im Übrigen weiterhin Gültigkeit behalten solle.

Die Klägerin beantragt,

36

das angefochtene Urteil abzuändern und

37

festzustellen, dass der zwischen den Parteien am 17.09.2008 geschlossene Mietvertrag über die Anmietung einer auf dem Grundstück in M unter der Anschrift W-Straße gelegenen Freifläche zum Zwecke der Errichtung eines Bürocontainers zur Nutzung einer Kfz-Schilderverkaufsstelle mit den Maßen 4 m Länge x 2,50 m Breite x 2,80 m Höhe und zum Zwecke der Schaffung von vier PKW-Stellplätzen auf unbestimmte Zeit fortbesteht;

hilfsweise, festzustellen dass der zwischen den Parteien am 17.09.2008 geschlossene Mietvertrag über die Anmietung einer auf dem Grundstück in M unter der Anschrift W-Straße gelegenen Freifläche zum Zwecke der Errichtung eines Bürocontainers zur Nutzung einer Kfz-Schilderverkaufsstelle mit den Maßen 4 m Länge x 2,50 m Breite x 2,80 m Höhe auf unbestimmte Zeit fortbesteht;

äußerst hilfsweise,

40

1.

41

den Beklagten zu verurteilen, die auf dem Grundstück M unter der Anschrift W-Straße gelegene Freifläche im Anschluss an die nördliche Seite der bereits vorhandenen Garagen unter Einhaltung bauordnungsrechtlicher Abstandsflächen zum Zwecke der Errichtung und späteren Nutzung eines Bürocontainers als KFZ-Schilderverkaufsstelle und Versicherungsagentur mit den Maßen 4 m Länge x 2,50 m Breite x 2,80 m Höhe an die Klägerin herauszugeben,

2.

43

den Beklagten zu verurteilen, ihr die Nutzung einer Toilette in dem Gebäude der Beklagten unter der Anschrift W-Straße in M zu gewähren.

Der Beklagte beantragt,

45

die Berufung zurückzuweisen.

46

Er wiederholt und vertieft sein erstinstanzliches Vorbringen. Ferner trägt er vor, er sei als Vermieter verpflichtet zu gewährleisten, dass die vertragsgemäße Nutzung tatsächlich stattfinden könne. Der Vertragszweck müsse grundsätzlich genehmigungsfähig sein. Vor diesem Hintergrund hätten die Parteien ausdrücklich zum Vertragsinhalt gemacht, dass die nach den behördlichen Vorschriften zum Betrieb der Verkaufsstelle erforderliche Anzahl von Stellplätzen auf dem angemieteten Grundstück vor dem Haus errichtet werden könne. Die erteilte Genehmigung, die abweichend hiervon Stellplätze im Garten vorsehe, habe die Geschäftsgrundlage schwerwiegend verändert; eine Anpassung sei nicht möglich. Soweit die Klägerin nunmehr auf die Möglichkeit von Stellplätzen außerhalb des Grundstücks verweise, handele es sich um neuen Tatsachenvortrag, der gemäß §§ 529 Abs. 1 Nr. 2, 531 ZPO nicht zu berücksichtigen sei.

48

Der Beklagte verteidigt die Beweiswürdigung des Landgerichts. Der Zeuge T habe glaubhaft bekundet, dass vor Vertragsschluss nicht über Parkplätze im Garten gesprochen worden sei. Der Beklagte behauptet, ihm sei nicht bekannt gewesen, dass eine Genehmigung der Parkplätze vor dem Haus nicht in Betracht komme.	
Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachvortrags der Parteien in zweiter Instanz wird auf die zu der Akte gereichten Schriftsätze Bezug genommen.	49
Im Termin zur mündlichen Verhandlung hat der Senat den Beklagten und den Zeugen T als Vertreter der Klägerin persönlich angehört. Wegen des Ergebnisses der Parteianhörung wird auf den Berichterstattevermerk Bezug genommen.	50
Die Bauakten 00829-06-01 und 01776-08-01 der Stadt M waren beigezogen und Gegenstand der mündlichen Verhandlung.	51
B.	52
Die Berufung der Klägerin ist zulässig, bleibt in der Sache jedoch ohne Erfolg. Das Landgericht hat die Klage im Ergebnis zu Recht abgewiesen. Das Berufungsvorbringen rechtfertigt keine andere Beurteilung.	53
I.	54
Die Klage ist zulässig. Insbesondere besteht das für den Hauptantrag erforderliche Feststellungsinteresse i.S.d. § 256 ZPO. Zwischen den Parteien ist streitig, ob das Mietverhältnis fortbesteht oder durch eine Kündigung seitens des Beklagten beendet wurde. Diese Unsicherheit kann durch die begehrte Feststellung beseitigt werden. Allerdings fehlt im Allgemeinen das abstrakte Feststellungsinteresse, wenn von Anfang an eine Klage auf Leistung möglich ist. Die Auslegung des Klageantrags ergibt, dass das Interesse der Klägerin auf die Einräumung des Besitzes an der gemieteten Fläche gerichtet ist. So heißt es auf Seite 6 der Klageschrift, die Inanspruchnahme gerichtlicher Hilfe sei unumgänglich, da der Beklagte ihr nicht die Gelegenheit gebe, auf Grundlage der Baugenehmigung den Container aufzustellen. Die Möglichkeit, Leistungsklage auf Einräumung des Besitzes zu erheben, steht einer Feststellungsklage jedoch nicht entgegen. Denn durch die Leistungsklage kann keine rechtskräftige Entscheidung darüber herbeigeführt werden, ob das Mietverhältnis fortbesteht. Die Entscheidung über den Bestand des Mietverhältnisses erwächst hierbei nicht in Rechtskraft. Auch die Möglichkeit, die Klage auf Besitzeinräumung mit einer Zwischenfeststellungsklage zu verbinden, lässt das Feststellungsinteresse einer isolierten Feststellungsklage nicht entfallen (vgl. BGH NZM 2002, 786; Zöller-Greger, ZPO, 28. Aufl. 2010, § 256 Rn. 7a).	55
II.	56
Die Klage ist jedoch nicht begründet.	57
1.	58
Die Klägerin kann von dem Beklagten nicht die Feststellung beanspruchen, dass der am 17.09.2008 geschlossene Mietvertrag über die Anmietung einer Freifläche zum Zwecke der Errichtung eines Bürocontainers zur Nutzung als Kfz- Schilderverkaufsstelle und zum Zwecke der Schaffung von vier PKW-Stellplätzen auf unbestimmte Zeit fortbesteht. Wie bereits ausgeführt, hat der Feststellungsantrag die Pflicht des Beklagten zum Gegenstand, der Klägerin den Mietgebrauch zu gewähren. Diese vertraglich vereinbarte	59

Gebrauchsüberlassung ist jedoch gemäß 275 Abs. 1 BGB in Folge öffentlich-rechtlicher Gebrauchshindernisse objektiv unmöglich. Auch wenn die Wirksamkeit des Mietvertrages gemäß § 311 a BGB hiervon unberührt bleibt, so wird der Beklagte von seiner synallagmatischen Leistungspflicht zur Gewährung des Mietgebrauchs frei und verliert gemäß § 326 Abs. 1 BGB den Anspruch auf die Gegenleistung. Die objektive Unmöglichkeit führt zur Stornierung des gegenseitigen Leistungsaustauschs (vgl. Soergel-Gsell, BGB, 13. Aufl. 2005, § 326 Rn. 12) mit der Folge, dass das Mietverhältnis nicht unverändert mit den ursprünglich begründeten Hauptleistungspflichten fortbesteht und der auf die Gewährung des Mietgebrauchs zielende Feststellungsantrag unbegründet ist.

a) 60

Die Unmöglichkeit der Gebrauchsgewährung gemäß § 275 Abs. 1 BGB folgt zum einen daraus, dass der im Rahmen der Baugenehmigung erforderliche Stellplatznachweis nicht entsprechend der vertraglichen Regelung der Parteien erbracht werden kann. 61

aa) 62

Bei der Aufstellung des Bürocontainers auf dem Grundstück des Beklagten zur Nutzung als Kfz-Schilderverkaufsstelle handelt es sich um ein genehmigungspflichtiges Vorhaben. 63
Entgegen der in der Berufungsbegründung vertretenen Rechtsauffassung ist die Erteilung der Genehmigung vertragsimmanent, weil sie Voraussetzung für den vertragsgemäßen Gebrauch ist. Öffentliche-rechtliche Gebrauchshindernisse stellen einen Fehler der Mietsache dar, wenn sie auf deren Beschaffenheit beruhen und nicht in persönlichen oder betrieblichen Umständen des Mieters ihre Ursachen haben (Sternel, Mietrecht aktuell, 4. Auflage 2009, Rn. VIII 44 m.w.Nachw.). Dies ist der Fall, wenn ein Vorhaben mangels Stellplatznachweises nicht konzessioniert werden kann (OLG München ZMR 1995, 401). Der Mangel führt dazu, dass der vertragsgemäße Gebrauch der Mietsache unmöglich ist (BGH NJW 1997, 28; OLG München a.a.O.; Lindner-Figura/Opree/Stellmann, Geschäftsraummiete, 2. Auflage 2008, Kap. 14 Rn. 68). Die Klägerin selbst hat auf Seite 6 der Klageschrift ihr Feststellungsinteresse dahingehend konkretisiert, den Bürocontainer *auf der Grundlage der Baugenehmigung* aufzustellen. Unter Ziffer 6c) des streitgegenständlichen Mietvertrages haben die Parteien zudem eine ausdrückliche Regelung für den Fall behördlicher Auflagen getroffen. Da vorliegend eine Gebrauchsüberlassung noch nicht erfolgt ist, findet § 275 Abs. 1 BGB Anwendung und ist nicht durch die Gewährleistungsregeln des Mietrechts ausgeschlossen (vgl. Palandt-Weidenkaff, a.a.O., § 536 Rn. 8, BGH a.a.O.).

bb) 64

Die Stadt M hat im Zusammenhang mit der beantragten Baugenehmigung gemäß § 51 Abs. 1 BauO NRW den Nachweis von zwei zusätzlichen PKW-Stellplätzen verlangt. Nach dieser Vorschrift müssen bei der Errichtung von baulichen Anlagen, bei denen ein Zu- und Abgangsverkehr zu erwarten ist, Stellplätze und Garagen hergestellt werden, wenn und soweit unter Berücksichtigung des örtlichen Personenverkehrs zu erwarten ist, dass der Zu- und Abgangsverkehr mittels Kraftfahrzeug erfolgt. Die Erforderlichkeit des Nachweises von zwei zusätzlichen Stellplätzen im Rahmen des durchgeführten Genehmigungsverfahrens ist zwischen den Parteien mittlerweile unstreitig und ergibt sich im Übrigen aus der Auskunft der Stadt M vom 26.08.2010 (Bl.170 d.A.) sowie aus Ziffer 4 der Baugenehmigung. Danach sind den Nutzern und Kunden des Containers zwei PKW-Stellplätze im Garten zur Verfügung zu stellen. Vor diesem Hintergrund war es für den Stellplatznachweis nicht gemäß Ziffer 6c) des Mietvertrages ausreichend, dass die Klägerin einen vorhandenen Pkw-Stellplatz des Beklagten mitbenutzt. Die Parteien haben unter Ziffer 6a) des Mietvertrages weiter vereinbart, 65

dass vier Parkplätze vor dem Haus hergestellt werden. Der Stellplatznachweis konnte aber auch auf diese Weise nicht erbracht werden. Zwar waren vier Stellplätze vor dem Haus zu keinem Zeitpunkt Gegenstand des Baugenehmigungsverfahrens. Dies ergibt sich aus der beigezogenen Bauakte 01776-08-01 der Stadt M. Der ursprüngliche Bauantrag der Klägerin vom 09.12.2008 sah vielmehr drei Stellplätze vor den Garagen und nur einen Stellplatz im Bereich des Vorgartens des Hauses vor. Die Stadt M hat der Realisierung der Stellplätze 3 bis 5 vor den bestehenden Garagen, die im Übrigen bereits dem Stellplatznachweis des Pflegedienstes dienten, unter dem Gesichtspunkt der Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs jedoch nicht zugestimmt. In einer Stellungnahme im Baugenehmigungsverfahren vom 10.02.2009 heißt es, die künftig verstärkt zu erwartenden Ein- und Ausparkvorgänge gefährdeten die Nutzer des Radweges erheblich, zumal damit zu rechnen sei, dass regelmäßig rückwärts ausgeparkt werde. Die genannten Gründe stehen der Genehmigung von vier Parkplätzen vor dem Haus in gleicher Weise entgegen. Die Parkplätze können aus Platzgründen nur vertikal zur Straße angelegt werden, so dass ebenfalls mit rückwärtigen Ausparkvorgängen zu rechnen ist. Vor diesem Hintergrund hat die Stadt M in ihrer Auskunft vom 26.08.2010 die erforderliche Zustimmung verweigert und zudem darauf hingewiesen, dass die Tiefe des Vorgartens von max. 4,5 m nicht ausreichend sei, um die Stellplätze anzulegen. Erforderlich sei eine Tiefe von 5 Metern.

cc) 66

Die von der Stadt M erteilte Genehmigung für die Aufstellung des Containers mit der Maßgabe, dass Stellplätze im Garten errichtet und hiervon zwei den Benutzern und Kunden des Containers zur Verfügung gestellt werden, entspricht nicht den in dem streitgegenständlichen Mietvertrag getroffenen Regelungen. Die Klägerin hat ihre Behauptung, abweichend von dem Vertragswortlaut sei ausdrücklich auch über die Möglichkeit der Errichtung von Parkplätzen im Garten des Grundstücks gesprochen worden, nicht bewiesen. Zwar steht Ziffer 4 des Mietvertrages, der für Vertragsänderungen die Schriftform vorschreibt, der Wirksamkeit einer entsprechenden Abrede nicht entgegen. Denn es handelt sich nicht um eine doppelte Schriftformklausel, so dass die Parteien den vereinbarten Formzwang jederzeit aufheben können. Die Klägerin hat den ihr obliegenden Beweis nach den Feststellungen des Landgerichts jedoch nicht erbracht. An diese Feststellungen ist der Senat gemäß § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO gebunden, sofern nicht konkrete Anhaltspunkte für Zweifel an deren Richtigkeit oder Vollständigkeit ersichtlich sind. Das ist vorliegend nicht der Fall. Das Landgericht hat die Aussage des von der Klägerin benannten Zeugen T zutreffend gewürdigt. Danach wurde nicht über die Errichtung von Stellplätzen im Garten, sondern vielmehr über Parkplätze vor dem Haus gesprochen. Die entsprechende Fläche habe der Beklagte während der Vertragsverhandlungen ausgemessen und die Größe für ausreichend erachtet. Nur in diesem Bereich ist nach der Aussage des Zeugen auch eine bauliche Veränderung durch Absenkung einer Mauer thematisiert worden. Soweit der Zeuge in einem Nebensatz angegeben hat, es sei von Stellplätzen neben dem Haus die Rede gewesen, ist damit ebenfalls nicht die Fläche im Garten betroffen, die hinter dem Haus liegt. Im übrigen hat der Zeuge T auch im Rahmen seiner Anhörung vor dem Senat ausdrücklich bestätigt, dass Stellplätze im Garten des Grundstücks nicht Gegenstand seiner Gespräche mit dem Beklagten waren.

dd) 68

Die Anordnung von Stellplätzen im Garten ist dem Beklagten auch nicht zumutbar. 69
Unmöglichkeit liegt dann nicht vor, wenn zwar die ursprünglich vorgesehene Erfüllungsart undurchführbar geworden ist, die Leistung aber auf andere Weise erbracht werden kann und

die Änderung beiden Parteien zumutbar ist (Palandt-Grüneberg, a.a.O., § 275 Rn. 13). Das ist vorliegend – wie bereits das Landgericht zutreffend ausgeführt hat - nicht der Fall. Unstreitig handelt es sich bei dem Garten hinter dem Haus um einen solchen, der zu Erholungszwecken angelegt ist. Die überreichte Fotodokumentation (Bl. 142- 144 d.A.) zeigt eine Rasenfläche mit altem Baumbestand. Vor diesem Hintergrund ist es dem Beklagten nicht zumutbar, dass Stellplätze für die Kfz-Schilderverkaufsstelle im Garten angelegt werden. Denn zum einen müsste der Garten im Zusammenhang mit der Errichtung von drei Stellplätzen umgestaltet werden und würde deutlich an Fläche verlieren. Zum anderen wäre ein reger Fahrzeug- und Besucherverkehr zu erwarten und der Erholungszweck für den Beklagten und seine Mieter damit nachhaltig beeinträchtigt.

Es ist nicht zutreffend, dass der Beklagte selbst, bzw. seine Ehefrau im Zusammenhang mit der beantragten Nutzungsänderung im Jahr 2006 Stellplätze im Garten des Grundstücks nachgewiesen haben. Aus der beigezogenen Bauakte 008929-06-01 der Stadt M ergibt sich vielmehr, dass die im beigefügten Lageplan mit 1, 2 und 3 gekennzeichneten, öffentlich rechtlich nicht gesicherten Stellplätze sich im Bereich des Hofes hinter den Garagen und nicht im Garten befanden. 70

Dem Beklagten ist es auch nicht nach Treu und Glauben verwehrt, die Unzumutbarkeit der Errichtung von Parkplätzen im Garten geltend zu machen. Zu Unrecht beruft die Klägerin sich darauf, dass für ihn bereits bei Vertragsschluss vorhersehbar gewesen sei, dass zusätzliche Stellplätze nur in diesem Bereich angelegt werden können. Nach dem Ergebnis der durchgeführten Beweisaufnahme hat der Beklagte vielmehr die Fläche vor dem Haus – nach einer eigens vorgenommenen Vermessung – für ausreichend erachtet, um dort Stellplätze zu errichten. Soweit das Kündigungsschreiben vom 21.11.2008 abweichend hiervon auf die baurechtliche Zulässigkeit lediglich eines Stellplatzes vor dem Haus hinweist, hat der Beklagte dies im Rahmen seiner Anhörung vor dem Senat nachvollziehbar damit begründet, dass ihm zu diesem Zeitpunkt bereits die erste Planung des Architekten vom 30.10.2008 vorgelegen habe. 71

ee) 72

Die Klägerin behauptet erstmals mit der Berufungsbegründung, der Stellplatznachweis könne von ihr auch im Umkreis von ca. 300 Metern des Grundstücks des Beklagten erbracht werden. Der vor diesem Hintergrund gestellte Hilfsantrag, der die Feststellung nur auf die Fläche zum Zwecke der Errichtung des Containers, nicht dagegen auf die Schaffung von vier PKW-Stellplätzen bezieht, ist jedoch ebenfalls unbegründet. Zwar besteht grundsätzlich gemäß § 51 Abs. 2 BauO NRW die Möglichkeit, neue Stellplätze auch in der näheren Umgebung herzustellen. Der Vortrag der Klägerin in diesem Zusammenhang ist aber bereits nicht hinreichend substantiiert. Es obliegt ihr, einen anderweitigen Stellplatznachweis darzulegen, da sie unstreitig verpflichtet war, für die erforderlichen Genehmigungen Sorge zu tragen. Es fehlt jedoch jeglicher Vortrag, welche konkreten Flächen im Umkreis des streitgegenständlichen Grundstückes für den erforderlichen Stellplatznachweis in Betracht kommen. Der Klägervertreter hat im Rahmen der Anhörung vor dem Senat erklärt, er könne diesbezüglich keine Adressen benennen. Stellplätze im Umkreis des Grundstücks waren auch bislang nicht Gegenstand des Genehmigungsverfahrens. Im Übrigen handelt es sich um neuen – bestrittenen - Vortrag, der gemäß § 531 Abs. 2 ZPO nicht zu berücksichtigen ist. 73

b) 74

Unabhängig von der Frage des Stellplatznachweises ist die Gebrauchsgewährung gemäß § 275 Abs. 1 BGB dem Beklagten zum anderen auch deshalb unmöglich, weil der Zugang zu 75

dem Container nicht entsprechend der Vereinbarung der Parteien erfolgen kann. Die Parteien waren sich bei Vertragsschluss darüber einig, dass der Container über das Nachbargrundstück der Stadt M erreicht werden sollte. Dies haben sowohl der Beklagte als auch der Zeuge T im Rahmen ihrer Anhörung vor dem Senat bestätigt. Aus der beigezogenen Bauakte 01776-08-01 der Stadt M ergibt sich jedoch, dass im Zeitpunkt der Genehmigungsplanung ein Gehrecht über das Grundstück der Stadt weder bestand noch beantragt war. In ihrer Stellungnahme vom 03.02.2009 hat die Stadt die Einräumung eines Gehrechtes über das in ihrem Eigentum stehende Grundstück zu dem Container ausdrücklich abgelehnt. Sie wollte sich alle Möglichkeiten einer Überplanung des Grundstückes freihalten und deshalb Dritten keine Rechte einräumen. Vor diesem Hintergrund hat die Klägerin den Zugang zu dem Container in dem ergänzten Lageplan dergestalt geplant, dass dieser über einen noch anzulegenden Weg rechts am Haus vorbei und durch den Garten zu erfolgen hat. Auf der Grundlage des ergänzten Lageplans wurde – wie sich aus den Ziffern 6 und 9 der Baugenehmigung ergibt - die Genehmigung für die Aufstellung des Containers erteilt. Der von den Vereinbarungen der Parteien abweichende Zugang zu dem Container ist dem Beklagten jedoch aus denselben Gründen nicht zumutbar, wie das Anlegen von Parkplätzen im Garten.

Eine zukünftige Duldung der Stadt M, das in ihrem Eigentum stehende Grundstück als Zugang zu der Kfz-Schilderverkaufsstelle zu benutzen, ist nicht vorgetragen und erscheint zudem nach dem Inhalt der beigezogenen Bauakte ausgeschlossen. Denn die Stadt hat unter Ziffer 6 der Baugenehmigung der Klägerin zur Auflage gemacht, durch geeignete Maßnahmen (z.B. durch Zäune, Anpflanzungen, Mauern) sicher zu stellen, dass ein unbefugtes Betreten bzw. Zufahren zu dem Grundstück des Beklagten von ihrem Grundstück nicht möglich ist. Zudem hat sie darauf hingewiesen, dass eine Zustimmung zu der Nutzung ihres Grundstücks nicht in Aussicht gestellt werde. 76

c) 77

Im Hinblick darauf, dass dem Beklagten die Gewährung des Mietgebrauchs bereits aus den vorstehend dargestellten Gründen unmöglich ist, bedarf es keiner Entscheidung, ob der genehmigte Standort des Containers den vertraglichen Vorgaben entspricht bzw. abweichend von den Vertragsbestimmungen zumutbar ist. 78

d) 79

Da der Beklagte gemäß § 275 Abs. 1 BGB von seiner vertraglichen Pflicht zur Gewährung des Mietgebrauchs frei geworden ist, kann ferner dahinstehen, ob er den Mietvertrag wirksam fristlos gemäß § 543 Abs. 1, 3 BGB kündigen konnte, weil die Klägerin abweichend von den vertraglichen Regelungen eine Baugenehmigung beantragt hat, deren Grundlage die nicht abgesprochene Umgestaltung seines Grundstücks ist. 80

Ein Recht des Beklagten zur fristlosen Kündigung des Mietverhältnisses wegen Zahlungsverzuges gemäß § 543 Abs. 2 Nr. 3 BGB bestand nicht. Die Klägerin war unabhängig von den streitigen Fragen im Zusammenhang mit Ziffer 1 des Mietvertrages in den Monaten Oktober und November 2008 nicht verpflichtet, die vereinbarte Miete zu zahlen. Denn die Zahlungspflicht des Mieters setzt die Übergabe des Mietobjektes in vertragsgemäßem Zustand voraus. In den Monaten Oktober und November 2008 lag jedoch die für die Aufstellung des Containers erforderliche Genehmigung der Stadt M noch nicht vor. Zwar können die Parteien auch eine frühere Pflicht zur Zahlung des Mietzinses vereinbaren. Eine solche Vereinbarung wurde von ihnen vorliegend aber nicht getroffen. Sie liegt insbesondere nicht schlüssig in der Abrede, dass die Klägerin die Genehmigung für die Errichtung des Baucontainers selbst zu beantragen hatte. 81

Auch ein Recht des Beklagten zur Kündigung des Mietverhältnisses gemäß § 313 Abs. 3 S. 2 82
BGB wegen einer Störung der Geschäftsgrundlage bestand entgegen der vom Landgericht
vertretenen Auffassung nicht, weil die Grundsätze der Geschäftsgrundlage gegenüber der
Regelung in § 275 Abs. 1 BGB subsidiär sind. Eine Anpassung vertraglicher Verpflichtungen
an die tatsächlichen Umstände kommt nicht in Betracht, wenn das Gesetz - wie vorliegend –
in den Vorschriften über die Unmöglichkeit der Leistung die Folge der Vertragsstörung
bestimmt (vgl. BGH NJW-RR 1995, 853; Palandt-Grüneberg, a.a.O., § 313 Rn. 13).

2. 83

Die Hilfsanträge schließlich, die die Herausgabe der auf dem Grundstück des Beklagten 84
gelegenen Freifläche zum Zwecke der Errichtung und späteren Nutzung eines
Bürocontainers als Kfz-Schilderverkaufsstelle sowie die Gewährung der Nutzung einer
Toilette zum Gegenstand haben, sind ebenfalls unbegründet. Ein entsprechender Anspruch
der Klägerin besteht als Folge der Unmöglichkeit der Gebrauchsgewährung gemäß § 275
Abs. 1 BGB nicht.

III. 85

Die prozessualen Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 97 Abs. 1, 708 Nr. 10, 711 ZPO. 86