Einstweilige Verfügung bei Doppelvermietung von Gewerberäumen

– von OLG Frankfurt v. 28.08.1996 – 17 W 22/96 – zu OLG Frankfurt v. 21.02.2022 – 2 W 42/21

Von Rechtsanwalt Dr. *Joachim Wichert*, Frankfurt am Main und Berlin*)

I. Problemstellung

Schließt ein Vermieter zwei (oder mehrere) Mietverträge, so sind beide wirksam und gleichwertig.[1] Der Grundsatz der zeitlichen Priorität gilt nicht. Der Vermieter kann sich aussuchen, welchem Mieter er die Mietsache übergibt. Der übergangene Mieter hat zwar aus § 536 Abs. 1 und 3 BGB Anspruch auf Schadensersatz.[2] Aber der ist oft schwer darzulegen und nachzuweisen.

Kann deshalb ein Mieter, der von seinem Konkurrenten erfährt, eine Sicherungsverfügung gem. §§ 935, 938 ZPO erwirken, welche dem Vermieter untersagt, die Mietsache an den Konkurrenten zu übergeben? Eine Leistungsverfügung, gerichtet auf Besitzverschaffung, dürfte in aller Regel ausscheiden, dadurch würde die Hauptsache vorweggenommen.

II. OLG Frankfurt v. 28.08.1996 – 17 W 22/96

Bis zum Jahr 1996 hat das Thema keine große Aufmerksamkeit erfahren. Es gab lediglich eine veröffentlichte Gerichtsentscheidung, die ohne weitere Problematisierung eine einstweilige Verfügung, sogar auf Besitzverschaffung, für zulässig hielt.[3] Dann kam die Entscheidung des OLG Frankfurt. Sie lehnt den Erlass einer einstweiligen Verfügung mit der grundsätzlichen Erwägung ab, dass dies ein unzulässiger Eingriff in Privatautonomie des Vermieters sei. Das OLG Frankfurt führt aus:[4]

„Ob die von den Ag. behauptete Überlassung der Mieträume zum Zwecke von Umbauarbeiten an den neuen Mieter eine Besitzüberlassung in diesem Sinne darstellt, kann dahinstehen. Denn jedenfalls ist es Sache des Vermieters, als Schuldner zu bestimmen, welche Gläubigerforderung er erfüllt und welchem Gläubiger er Schadensersatz leistet. Nur dies wird auch der Privatautonomie als Teil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, deren eine Erscheinungsform die Vertragsfreiheit ist, gerecht. Denn die Privatautonomie beruht auf dem Prinzip der eigenverantwortlichen Selbstbestimmung über die eigenen Interessen (…). Und dieses Prinzip erfordert es geradezu, dass der Schuldner selbst entscheiden können muss, welchen Vertrag er erfüllt, d.h. z.B. den Vertrag erfüllen können muss, aus dem ihm für den Fall der Nichterfüllung der höhere Schadensersatzanspruch droht."

Dem haben sich alle mit dem Thema befassten OLGs angeschlossen,[5] teils mit ergänzenden materiellen und prozessualen Argumenten: unzulässige Begründung eines quasidinglichen Rechts an der Mietsache („ius ad rem");[6] Zufallsergebnisse;[7] Vorwegnahme der Hauptsache;[8] Gefahr widersprüchlicher Entscheidungen;[9] kein effektiver Schutz durch einstweilige Verfügung.[10]

Die Fachliteratur ist uneins. Die wohl herrschende Meinung folgt der Rechtsprechung und lehnt die einstweilige Verfügung in solchen Konstellationen rundweg ab.[11] Allerdings gibt es auch eine beachtliche Gegenmeinung.[12]

III. OLG Frankfurt v. 21.02.2022 – 2 W 42/21

Bis zum Jahr 2022 war das Thema aufgrund der einhelligen Auffassung in der Rechtsprechung für die Praxis erledigt, es hatte nur noch dogmatischen Reiz. Dann kam die neue Entscheidung des OLG Frankfurt. Es bejahte die Zulässigkeit einer einstweiligen Verfügung, indem es bei der Privatautonomie des Vermieters differenziert. Das OLG Frankfurt führt aus:[13]

„Durch die Anordnung des Unterlassens der Besitzeinräumung an Dritte wird die Ag. als Vermieterin nicht in ihrer Privatautonomie verletzt. Ihre Vertragsfreiheit ist nicht beeinträchtigt. Der Abschluss weiterer Mietverträge über das Objekt bleibt ihr weiterhin uneingeschränkt möglich ungeachtet des Umstandes, dass sie hierdurch ggf. ihren bereits mit der Ast. abgeschlossenen Vertrag verletzt. (…) Darüber hinaus berechtigt die Privatautonomie einen Vermieter, der mehrere Mietverträge über dasselbe Objekt abgeschlossen hat, jedoch nicht, dem jeweiligen Mieter gegenüber zu entscheiden, welchen der Verträge er erfüllt und welchen nicht (…) Privat„autonomie" bedeutet im eigentlichen Sinn die Freiheit, die eigenen Rechte und Pflichten durch einen Ver-

---

*) www.aclanz.de.

1) BGH, 11.12.1961 – VIII ZR 46/61, ZMR 1962, 175; Staudinger/*V. Emmerich*, BGB, Neubearbeitung 2021, § 536 Rn. 85; *Günter*, in: Guhling/Günter, Gewerberaummiete, 2. Aufl. 2019, § 536 Rn. 339; *Seldeneck/Wichert/Fallak*, Gewerbemiete, 2013, Baustein 137 Rn. 1.

2) BGH, 10.05.2006 – XII ZR 124/02, ZMR 2006, 604; *Armbrüster/Mangold*, ZMR 2020, 545 [546].

3) OLG Düsseldorf, 04.10.1990 – 10 U 93/90, NJW 1991, 137.

4) OLG Frankfurt, 28.08.1996 – 17 W 22/96, ZMR 1997, 22.

5) KG, 07.09.2017 – 8 W 47/17, GE 2017, 1220; OLG Koblenz, 25.10.2007 – 5 U 1148/07, ZMR 2008, 50; OLG Hamm, 15.10.2003 – 30 U 131/03, NJW-RR 2004, 521; OLG Schleswig, 12.07.2000 – 4 U 76/00, MDR 2000, 1428; a.M. AG Schöneberg, 16.06.1999 – 7 C 208/99, ZMR 1999, 643 [644].

6) OLG Brandenburg, 06.08.1997 – 3 U 72/97, MDR 1998, 98 (Rn. 12).

7) So auch schon OLG Frankfurt, 28.08.1996 – 17 W 22/96, ZMR 1997, 22; KG, 25.01.2007 – 8 W 7/07, ZMR 2007, 614; OLG Schleswig, 12.07.2000 – 4 U 76/00, MDR 2000, 1428.

8) OLG Celle, 29.09.2008 – 2 W 199/08, ZMR 2009, 113; KG, 07.09.2017 – 8 W 47/17, GE 2017, 1220 (Rn. 3).

9) OLG Hamm, 15.10.2003 – 30 U 131/03, NJW-RR 2004, 521 [522].

10) OLG Hamm, 15.10.2003 – 30 U 131/03, NJW-RR 2004, 521 [522].

11) Schmidt-Futterer/*Eisenschmid*, Mietrecht, 15. Aufl. 2021, § 536 Rn. 316; Blank/Börstinghaus/*Blank*, Miete, 6. Aufl. 2020, § 536 Rn. 38; BeckOK-BGB/*Zehelein*, Stand: 01.05.2022, § 535 Rn. 565; Lützenkirchen/*Lützenkirchen*, Mietrecht, 3. Aufl. 2021, § 536 Rn. 270; PWW-BGB/*Elzer*, 17. Aufl. 2022, § 535 Rn. 77; Grünberg/*Weidenkaff*, 81. Aufl. 2022, § 536 Rn. 30; *Neuhaus*, Handbuch der Geschäftsraummiete, 7. Aufl. 2019, Teil 1, Kapitel 4, F Rn. 47; *Nober*, in: Guhling/Günter, Gewerberaummiete, 2. Aufl. 2019, 16. Teil, 6. Kap. Rn. 22; Anders/Gehle/*Becker*, ZPO, 80. Aufl. 2022, § 938 Rn. 12; *Armbrüster/Mangold*, ZMR 2020, 545 [546 f.]; *Hinz* WuM 2007, 615 [617 ff.]; *Ulrici*, ZMR 2002, 881.

12) Staudinger/*V. Emmerich*, BGB, Neubearbeitung 2021, § 536 Rn. 87; Staudinger/*Kohler*, BGB, Neubearbeitung 2021, § 135 Rn. 176 ff.; MüKo-BGB/*Häublein*, 8. Aufl. 2020, § 536 Rn. 30 Fn. 157; BeckOGK-BGB/*Muthorst*, Stand: 01.07.2022, § 135 Rn. 20.1 ff.; BeckOK BGB/*Wiederholt*, Stand: 01.05.2022, § 536 Rn. 117; Zöller/*G. Vollkommer*, ZPO, 34. Aufl. 2022, § 938 Rn. 12; MüKo-ZPO/*Drescher*, 6. Aufl. 2020, § 935 Rn. 79; *Katzenstein*, ZZP 2003, 459 [480 f.]; *Kluth/Grün*, NZM 2002, 473 [476]; *Kohler*, NZM 2008, 545; *Wichert*, ZMR 1997, 16.

13) OLG Frankfurt, 21.02.2022 – 2 W 42/21, NZM 2022, 470, Rn. 38 ff.

tragsabschluss in rechtlich anerkennungsfähiger Weise selbst zu begründen. Mit dem Abschluss eines Mietvertrags verpflichtet sich ein Vermieter jedoch dem jeweiligen Vertragspartner gegenüber gerade, diesen Vertrag auch zu erfüllen, indem er die vereinbarte primäre Erfüllungsleistung der Gewährung des Gebrauchs an der Mietsache erbringt. Abgeschlossene Verträge sind zu erfüllen („pacta sunt servanda"). Hierbei handelt es sich um eine Grundlage der Rechtsordnung. Diese Verpflichtung des Vermieters entfällt erst dann, wenn ihm die Erfüllung der Pflicht tatsächlich unmöglich wird, insbesondere weil er den Besitz an der Mietsache bereits einem Dritten verschafft hat (…). Die nach Abschluss eines Mietvertrags verbleibende Freiheit des Vermieters beschränkt sich bezogen auf den bereits abgeschlossenen Vertrag allein darauf, dass er tatsächlich in der Lage ist, einem der Mieter den Besitz an dem Objekt zu verschaffen und damit einen der Verträge zu erfüllen und den jeweils anderen Vertrag zu verletzen. Ein Recht hierzu steht ihm gegenüber diesem anderen Mieter, dessen Vertrag er hierdurch verletzt, nicht zu."

Das OLG Frankfurt befasst sich auch mit den anderen Argumenten, die gegen eine einstweilige Verfügung vorgebracht werden:

Ein quasidingliches Recht an der Mietsache werde nicht begründet, da der Vermieter aufgrund der einstweiligen Verfügung nicht gezwungen sei, an den betreffenden Mieter zu leisten.[14)]

Die Zulassung einer einstweiligen Verfügung produziere auch keine Zufallsergebnisse. Vielmehr werde derjenige, der sich am stärksten bemühe, in dem vom BGB, Ausnahme: Insolvenzverfahren, vorausgesetzten Wettbewerb um die Erfüllung belohnt.[15)] Ergänzend ist hinzuzufügen: Wenn der Vermieter nach eigenem Gutdünken über die Besitzüberlassung entscheidet – produziert das nicht eher Zufallsergebnisse?

Es komme auch nicht zu einer Vorwegnahme der Hauptsache. Gesichert werde der Besitzüberlassungsanspruch, der nicht durch die einstweilige Verfügung erfüllt und damit vorweggenommen werde.[16)]

Die Gefahr widersprüchlicher Entscheidungen bestehe nicht. Denn auch wenn der zweite Mieter eine einstweilige Verfügung erwirke, so widersprächen sie sich nicht, da sie jeweils auf Unterlassung der Übergabe des Besitzes lauten.[17)] Dass der Vermieter dann an keinen der Mieter leisten könne und er möglicherweise Schadensersatz gegenüber beiden leisten müsse, habe er durch sein vertragsbrüchiges Verhalten selbst zu verantworten.[18)] Erwirke dann einer der Mieter einen Herausgabetitel gegen den Vermieter und leiste dieser zur Vermeidung der Zwangsvollstreckung, so verstoße er zwar gegen die einstweilige Verfügung des anderen Mieters.[19)] Für diesen Verstoß könne aber kein Ordnungsgeld gem. § 890 ZPO verhängt werden, da dafür ein Verschulden des Vermieters erforderlich wäre, welches dann aber nicht vorläge.

Eine einstweilige Unterlassungsverfügung biete für den Berechtigten auch einen angemessenen Schutz.[20)] Zwar seien, anders als im Falle einer einstweiligen Verfügung bei Doppelverkauf, die §§ 135, 136 BGB nicht anwendbar. Eine Besitzüberlassung an den Konkurrenten mit Wirkung gegen den Berechtigten bleibe also möglich. Es sei gerade der Zweck der einstweiligen Unterlassungsverfügung, dem Schuldner (hier: dem Vermieter) ein ihm tatsächlich mögliches Handeln zur Sicherung der Verwirklichung eines Hauptanspruchs zu untersagen und widrigenfalls Zwangsmittel zu verhängen. Dies entspreche der Situation jeder einstweiligen Verfügung, der nicht unmittelbare materiell-rechtliche Folgen zukomme.[21)]

IV. Bewertung

Beide Auffassungen sind vertretbar. Die besseren Gründe sprechen aber für die Zulassung einer einstweiligen Verfügung in solchen Konstellationen. Es ist schwer erträglich, dass ausgerechnet der vertragsbrüchige Vermieter stets nach eigenem Gutdünken entscheiden soll, welchem der Mieter er die Mietsache überlässt. Zwingende prozessuale Erwägungen stehen einer solchen einstweiligen Verfügung, wie das OLG Frankfurt neu aufgezeigt hat, nicht entgegen.

Um die Sicherungswirkung einer solchen einstweiligen Verfügung zu stärken, sind aber – entgegen OLG Frankfurt neu – die §§ 135, 136 BGB heranzuziehen.[22)] Das zeigt schon die Parallele zum Doppelverkauf. Bei einem Doppelverkauf kann nach überwiegender Auffassung jeder der Käufer eine einstweilige Verfügung erwirken. Der erste, der eine einstweilige Verfügung erwirkt, ist dann nach §§ 135, 136 BGB geschützt; die Übereignung der Kaufsache ist ihm gegenüber unwirksam. Warum soll das bei der Doppelvermietung anders sein? Nur weil die Übergabe der Mietsache einen Realakt darstellt, die Übergabe der Kaufsache dagegen eine Verfügung? Eine solche Unterscheidung mutet reichlich spitzfindig an. Sinnvoller erscheint es, die Übergabe von Kauf- wie Mietsache im Rahmen der §§ 135, 136 BGB gleich zu behandeln.

Spricht man sich aus dogmatischen Gründen dennoch gegen eine unmittelbare Anwendung der §§ 135, 136 BGB bei der Doppelvermietung aus, dann hilft immer noch eine analoge Anwendung. Die Analogie ist gerechtfertigt, weil die Sachverhalte vergleichbar sind und anderenfalls eine untragbare Rechtsschutzlücke bestünde (Art. 19 Abs. 4 GG: Gebot effektiven Rechtsschutzes).

Das bedeutet: Der Mieter, der zuerst eine einstweilige Verfügung erwirkt, ist analog §§ 135, 136 BGB gesichert – gegenüber der Besitzüberlassung an den Konkurrenten wie auch gegenüber einer von diesem später erwirkten einstweiligen Unterlassungsverfügung.

V. Fazit

Die neue Entscheidung des OLG Frankfurt ist zu begrüßen. Ob sie ein Strohfeuer bleibt oder eine neue herrschende Auffassung begründet – warten wir es ab.

---

14) OLG Frankfurt, 21.02.2022 – 2 W 42/21, ZMR 2022, 883 = NZM 2022, 470 (Rn. 34 ff.); vgl. *Wichert*, ZMR 1997, 16 [18 f.].
15) OLG Frankfurt, 21.02.2022 – 2 W 42/21, ZMR 2022, 883 =NZM 2022, 470 (Rn. 41); vgl. *Kohler*, NZM 2008, 545 [550 f.].
16) OLG Frankfurt, 21.02.2022 – 2 W 42/21, ZMR 2022, 883 =NZM 2022, 470 (Rn. 36).
17) OLG Frankfurt, 21.02.2022 – 2 W 42/21, ZMR 2022, 883 =NZM 2022, 470 (Rn. 48).
18) Ähnlich Staudinger/*V. Emmerich*, BGB, Neubearbeitung 2021, § 536 Rn. 87.
19) OLG Frankfurt, 21.02.2022 – 2 W 42/21, ZMR 2022, 883 =NZM 2022, 470 (Rn. 49).
20) OLG Frankfurt, 21.02.2022 – 2 W 42/21, ZMR 2022, 883 = NZM 2022, 470 (Rn. 43).
21) OLG Frankfurt, 21.02.2022 – 2 W 42/21, ZMR 2022, 883 =NZM 2022, 470 (Rn. 43).
22) Staudinger/*Kohler*, BGB, Neubearbeitung 2021, § 135 Rn. 176 ff.; BeckOGK BGB/*Muthorst*, Stand: 01.07.2022, § 135 Rn. 20.1 ff.; *Kohler*, NZM 2008, 545 [553 ff.]; *Wichert*, ZMR 1997, 16 [17 f.]; a.M. etwa MüKo-BGB/*Armbrüster*, 9. Aufl. 2021, § 135 Rn. 2; NK-BGB/*Looschelders*, 4. Aufl. 2021, § 136 Rn. 8; *Armbrüster/Mangold*, ZMR 2020, 545 [546 f.]; *Streyl*, NZM 2008, 878 [879]; *Kluth/Grün*, NZM 2002, 473 [476]; *Ulrici*, ZMR 2002, 881 [883 f.].