

# Oberlandesgericht Schleswig

## IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

§ 535 BGB; § 935 ZPO

- 1. Im Falle einer Doppelvermietung kann dem Vermieter nicht im Wege der einstweiligen Verfügung untersagt werden, das Mietobjekt dem anderen Mieter zu überlassen.**
- 2. Folgte man der Gegenansicht, würde allein das Zufallsprinzip herrschen, nämlich ausgehend davon, wer zuerst die einstweilige Verfügung erwirkt.**

OLG Schleswig, Urteil vom 12.07.2000, Az.: 4 U 76/00

#### **Tatbestand:**

Die Verfügungsklägerin (im folgenden: Klägerin) nimmt die Verfügungsbeklagte (im folgenden: Beklagte) auf Sicherung eines Gebrauchsgewährungsanspruches aus einem Mietvertrag in Anspruch.

Im November 1997 unterzeichneten der Geschäftsführer der Klägerin und der Kommanditist der Beklagten, Herr D., einen Mietvertrag über eine rund 500 qm große Gewerbefläche in einem von der Beklagten errichteten Einkaufszentrum. Die Parteien streiten darüber, ob dieser Vertrag wirksam zustande gekommen ist. Das LG hat im Februar 2000 dem Feststellungsbegehren der Klägerin, daß der Mietvertrag wirksam sei, stattgegeben. Die Beklagte hat dieses Urteil mit der Berufung angefochten.

Im März 2000 hat die Beklagte die in dem Vertrag vom November 1997 bezeichneten Räumlichkeiten im Rahmen einer Erweiterung des danebenliegenden Ladengeschäfts an die Firma S. vermietet.

Mit ihrem Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung hat die Klägerin die Herausgabe der auf sie entfallenden rund 500 qm an einen Gerichtsvollzieher als Sequester beantragt und darüber hinaus den Antrag gestellt, der Beklagten zu untersagen, eine andere Ladenfläche an ein unmittelbares Konkurrenzunternehmen zu übergeben und diesem den Betrieb und die Eröffnung des Ladens zu gestatten, nachdem ein entsprechender Mietvertrag mit der Firma „D. F.“ am 19.11.1998 von seiten der Beklagten geschlossen worden war.

Das LG hat dem Antrag auf Herausgabe an den Gerichtsvollzieher als Sequester stattgegeben und im übrigen den Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung zurückgewiesen.

Gegen den Ausspruch zur Herausgabe wendet sich die Beklagte mit ihrer Berufung. Sie meint weiterhin, daß ein wirksamer Mietvertrag mit der Klägerin nicht geschlossen worden sei. Im übrigen sei bereits am 10.3.2000 eine Übergabe des Ladengeschäfts an

die Firma S. erfolgt. Die einstweilige Verfügung sei außerdem im Falle der Doppelvermietung kein zulässiges Sicherungsmittel.

Die Berufung hatte Erfolg.

### **Entscheidungsgründe:**

Es kann offenbleiben, ob zwischen den Parteien ein wirksamer Mietvertrag geschlossen worden ist, denn jedenfalls stellt die einstweilige Verfügung vorliegend kein zulässiges Sicherungsmittel dar (1.). Auch hat die Beklagte hinreichend glaubhaft gemacht, daß sie das Ladengeschäft bereits am 10.3.2000 an die Firma S. übergeben hat (2.).

Entgegen bisheriger überwiegender Auffassung (Palandt/Putzo, BGB, 59. Aufl., § 536 Rz. 2; Zöller/Vollkommer, ZPO, 21. Aufl., § 535 Rz. 9 und § 538 Rz. 12; Stornel, Mietrecht, II. 594; Wichert, ZMR 1997, 16; OLG Düsseldorf v. 4.10.1990 - 10 U 93/90, NJW-RR 1991, 137) ist es nicht zulässig, bei einer Doppelvermietung dem Vermieter im Wege der einstweiligen Verfügung die Überlassung des Mietobjekts an den anderen Mieter zu untersagen. Die jüngere Rechtsprechung sieht mit gewichtigen Argumenten die einstweilige Verfügung nicht als zulässiges Sicherungsmittel an. Dieser Auffassung schließt sich der Senat an.

Es gilt nämlich nicht der Grundsatz der Priorität des Mietvertragsabschlusses für die Frage, an wen der Vermieter zu übergeben hat (Brandenburgisches OLG v. 6.8.1997 - 3 U 72/97, OLGR Brandenburg 1997, 329; OLG Frankfurt v. 28.8.1996 - 17 W 22/96, MDR 1997, 137 [138] = ZMR 1997, 22). Der Schuldner darf selbst entscheiden, welchen Vertrag er erfüllt und bei wem er die größere Gefahr eines Schadensersatzanspruches sieht. Deshalb wird die einstweilige Verfügung auch dann nicht zulässig, wenn der (Erst-)Mieter nur die Herausgabe an einen Sequester begehrt.

Durch die einstweilige Verfügung würde in das Recht des weiteren Interessenten auf Überlassen der Mietsache eingegriffen (Brandenburgisches OLG v. 6.8.1997 - 3 U 72/97, OLGR Brandenburg 1997, 329; LG München WM 1991, 577). Der Schuldner kann sich indessen bis zur Zwangsvollstreckung entscheiden, an wen er leistet, und der Mieter ist durch den Schadensersatzanspruch gegen den Vermieter hinreichend geschützt.

Folgte man der Gegenansicht, würde allein das Zufallsprinzip herrschen, nämlich ausgehend davon, wer zuerst die einstweilige Verfügung erwirkt (OLG Frankfurt v. 28.8.1996 - 17 W 22/96, MDR 1997, 137 [138] = ZMR 1997, 22). Außerdem ergäbe das schuldrechtliche Recht des Mieters bereits ein quasi-dingliches Recht auf den Mietgegenstand (Brandenburgisches OLG v. 6.8.1997 - 3 U 72/97, OLGR Brandenburg 1997, 329). Für den Mieter besteht schließlich die Möglichkeit, einen Anspruch frühzeitig durch eine Grunddienstbarkeit zu sichern. Nimmt er diese Möglichkeit nicht wahr, bleibt die Dispositionsfreiheit des Vermieters bestehen (Brandenburgisches OLG v. 6.8.1997 - 3 U 72/97, OLGR Brandenburg 1997, 329).

2. Aufgrund des auch unter Berücksichtigung der Gesamtumstände glaubhaft gemachten Vortrages der Beklagten ist von einer bereits erfolgten Übergabe dieses Geschäfts zum 10.3.2000 an die Firma S. auszugehen. (Wird ausgeführt.)