

Oberlandesgericht Frankfurt

BESCHLUSS

§§ 135, 136, 535 BGB; §§ 935, 940 ZPO

- 1. Im Falle der Doppelvermietung kann jeder Mieter zur Sicherung seines Anspruchs gegen den Vermieter auf Gewährung des Gebrauchs an dem Mietobjekt eine einstweilige Verfügung gerichtet auf Unterlassung der Besitzverschaffung an einen Dritten erwirken.**
- 2. Hierdurch werden weder die Privatautonomie des Vermieters noch die schuldrechtlichen Rechte des anderen Mieters verletzt. Die Regelung für den Doppelkauf ist hingegen nicht anwendbar. Die Rechtslage duldet außerhalb des Insolvenzverfahrens den Wettbewerb der Gläubiger.**

OLG Frankfurt, Beschluss vom 21.02.2022, Az.: 2 W 42/21

Tenor:

Der Beschluss des Senats vom 17.12.2021 wird aufgehoben.

Der Beschluss des Landgerichts Wiesbaden vom 11.11.2021 (Az. 12 O 57/21) wird abgeändert.

Der Antragsgegnerin wird im Wege der einstweiligen Verfügung untersagt, bis zur formell rechtskräftigen (§ 705 ZPO) Feststellung der Unwirksamkeit der Kündigungen der Antragsgegnerin vom 22.9.2021 und vom 2.11.2021 des Mietvertrages vom 29.3.2018 über Immobilie und Hotelflächen im Objekt Straße1, Stadt1, diese Hotelflächen Dritten zur Nutzung zu überlassen.

Die Vollziehung der einstweiligen Verfügung wird davon abhängig gemacht, dass die Antragstellerin eine Sicherheitsleistung in Höhe von 1.000.000,- € erbringt.

Der Antragsgegnerin wird für jeden Fall der Zuwiderhandlung gegen die genannte Verpflichtung ein Ordnungsgeld bis zur Höhe von 250.000,- € angedroht und für den Fall, dass dieses nicht beigetrieben werden kann, Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, zu vollstrecken an den Geschäftsführern der Antragsgegnerin Herrn A und Herrn B.

Die Antragsgegnerin hat die Kosten des einstweiligen Verfügungsverfahrens zu tragen mit Ausnahme der durch die Anrufung des unzuständigen Landgerichts Frankfurt a.M. verursachten Kosten; diese hat die Antragstellerin zu tragen.

Der Streitwert für das einstweilige Verfügungsverfahren wird auf 500.000,- € festgesetzt.

Gründe:

I.

Die Antragsgegnerin schloss mit der C Holding GmbH, der 100 %igen Muttergesellschaft der Antragstellerin, unter dem 29.3.2018 einen Mietvertrag über das Objekt Straße1 in

Stadt1, auf welchem die Antragsgegnerin ein Gebäude mit Tiefgarage und Außenstellplätzen zur Nutzung als Hotel errichten soll. Nach vollständiger Errichtung der Hotelflächen sollen diese an die Mieterin übergeben werden, die sodann die Hotelflächen nach ihrem "(...)" Konzept betreiben will. Der Mietvertrag regelt die näheren Einzelheiten des von der Antragsgegnerin zu errichtenden Mietobjekts hinsichtlich Lage, Größe und baulicher Ausführung. Das Hotel soll über mindestens 154 Zimmer mit einer jeweiligen Mindestfläche von 15,50 m² verfügen. Die Bauausführung ist ausdrücklich auf das Design und die Vorgaben der Mieterin auszurichten. Das Mietverhältnis soll mit der Übergabe des Mietobjekts an die Mieterin beginnen und 25 Jahre dauern mit einer einmaligen Verlängerungsoption für die Mieterin für weitere fünf Jahre. In § 1 Ziffer 1.2 des ersten Nachtrags vom 3./8.4.2019 zum Mietvertrag vereinbarten die Vertragsparteien in Abweichung von der zunächst getroffenen Vereinbarung ein Übergabefenster zwischen dem 1.2.2021 und dem 31.12.2021. Den Ablauf der Arbeiten müssen die Vertragsparteien im Hinblick auf die Erstausstattung und Einrichtung des Hotels mit dem D durch die Mieterin abstimmen. Gemäß § 2 Ziffer 2.2 des Mietvertrages hat die Antragsgegnerin den konkreten Gesamtübergabetermin spätestens sechs Monate vor Übergabe verbindlich bekanntzugeben. Wegen der weiteren Einzelheiten des Mietvertrages vom 29.3.2018 wird auf die bei der Akte befindliche Kopie (Blatt 26 ff. der Akte) Bezug genommen. Mit Nachtrag Nr. 3 vom 18./19.5.2020 zum Mietvertrag vereinbarten die Vertragsparteien sowie die Antragstellerin die Übernahme des Mietvertrages durch diese als neue Mieterin.

Die C Holding GmbH lehnte gegenüber der Antragsgegnerin mit Schreiben vom 17.6.2021 (Blatt 127 f. der Akte) die Abgabe der erbetenen Patronatserklärung mit der Begründung ab, die entsprechende Regelung in § 5 Ziffer 5.2 des Mietvertrages gehe ins Leere und sei mithin ein rechtliches Nullum, da sie als Patronin den Mietvertrag selbst unterzeichnet habe; der Nachtrag Nr. 3 enthalte insoweit keine neue Regelung.

Die Antragsgegnerin erklärte mit Schreiben vom 22.9.2021 (Blatt 165 ff. der Akte) gegenüber der C Holding GmbH vorsorglich die außerordentliche Kündigung des Mietverhältnisses, da diese ihre vertraglichen Verpflichtungen nicht eingehalten habe, insbesondere habe die Mieterin trotz Fälligkeit und erfolgter Abmahnung die vertraglich vereinbarten Mietsicherheiten gemäß Ziffer 5.1 und 5.2 des Mietvertrages (Bankbürgschaft oder Barkaution sowie Patronatserklärung) nicht gestellt und die Zustimmung zur Abtretung der Mietzinsforderungen an die finanzierende Bank gemäß Ziffer 4.7 (richtig: 4.6) des Mietvertrages nicht erklärt. Die Kündigung sollte unter der Voraussetzung gelten, dass der Eintritt der aufschiebenden Bedingung für den Mieterwechsel ausgeblieben sei. Eine gleichlautende Kündigungserklärung mit entsprechender Begründung richtete sie ebenfalls unter dem 22.9.2021 an die Antragstellerin (Blatt 274 ff., 282 ff. der Akte).

Das Hotel ist bisher nicht fertiggestellt. Die Antragsgegnerin kündigte der Antragstellerin eine Übergabe des Mietobjekts mit Schreiben vom 12.5.2021 (Blatt 328, 331 der Akte) und E-Mail vom 25.5.2021 (Blatt 334 ff. der Akte) zum 30.11.2021 an. Zwischenzeitlich stoppte sie die weiteren Ausbauarbeiten. Sie ließ die für die Designsprache der Antragstellerin typischen Innenfensteröffnungen zwischen jeweiligem Bad und Zimmer wieder verschließen. Im Rahmen einer Prozesskündigung vom 2.11.2021, welche der Antragstellerin am 12.11.2021 zuging, erklärte die Antragsgegnerin gegenüber der Antragstellerin aus den gleichen Gründen wie im Kündigungsschreiben vom 22.9.2021 aufgeführt die außerordentliche Kündigung des Mietvertrages.

Die Parteien streiten in der Sache insbesondere über die Fälligkeit der vertraglich geschuldeten Mietsicherheit in Höhe von 1.090.320,- €, die Verpflichtung zur Abgabe einer Patronatserklärung durch die vormalige Mieterin, die Fälligkeit der Zustimmung zur Abtretung der Mieten durch die Antragstellerin und die Wirksamkeit der erklärten Kündigungen. Die Antragsgegnerin hat eine Klage auf Leistung der Mietsicherheit

eingereicht (Blatt 112 ff., 321 ff. der Akte). Die Antragstellerin hat hinsichtlich der Frage der Wirksamkeit der Kündigung eine Feststellungsklage eingereicht.

Die Antragstellerin schließt aus den dargelegten Rückbaumaßnahmen der Antragsgegnerin sowie den Kündigungserklärungen, dass diese plane, das Mietobjekt an eine andere Hotelbetreibergesellschaft zu übergeben. Sie behauptet, ihr drohten in diesem Fall erhebliche wirtschaftliche Nachteile, insbesondere in Gestalt einer Rufschädigung und wegen erfolgter internen Umstrukturierungen, wenn die Antragsgegnerin das Mietobjekt an einen anderen Mieter übergebe und damit vollendete Tatsachen schaffe. Diese Nachteile seien auch durch Schadenersatzansprüche nicht hinreichend auszugleichen.

Zur Glaubhaftmachung hat die Antragstellerin eidesstattliche Versicherungen des Geschäftsführers der Komplementärin der Planungsgesellschaft für den Möbeleinbau für die Antragstellerin E vom 7. und 14.10.2021 (Blatt 159, 142 der Akte) vorgelegt.

Die Antragstellerin hat erstinstanzlich begehrt, der Antragsgegnerin im Wege der einstweiligen Verfügung zu untersagen, bis zur formell rechtskräftigen Feststellung der Unwirksamkeit ihrer Kündigung vom 22.9.2021 des Mietvertrages vom 29.3.2018 über das Objekt diese Hotelflächen Dritten zur Nutzung zu überlassen, und ihr für jeden Fall der Zuwiderhandlung ein Ordnungsgeld, hilfsweise Ordnungshaft anzudrohen. Das Landgericht Frankfurt a.M., bei welchem die Antragstellerin ihren Antrag eingereicht hatte, hat sich durch Beschluss vom 3.11.2021 für örtlich unzuständig erklärt und die Sache an das Landgericht Wiesbaden - Kammer für Handelssachen - verwiesen.

Das Landgericht Wiesbaden - 1. Kammer für Handelssachen -, an welches das Landgericht Frankfurt a.M. die Sache gemäß Beschluss vom 3.11.2021 wegen örtlicher Unzuständigkeit verwiesen hat, hat durch Beschluss vom 11.11.2021 (Blatt 198 f. der Akte), der Antragstellerin zugestellt am 12.11.2021, ihren Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung zurückgewiesen. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt, einem Vermieter könne nicht im Wege des vorläufigen Rechtsschutzes vorgeschrieben werden, an welchen Gläubiger er zu leisten habe. Vielmehr sei auf die Interessenlage des Vermieters abzustellen. Aufgrund der bestehenden Vertragsfreiheit könne er die Mietsache vor Erfüllung eines bereits abgeschlossenen Mietvertrages noch an einen Dritten vermieten. Eine zeitliche Priorität bzw. Besserstellung des Mieters, der zuerst einen Mietvertrag abgeschlossen habe, bestehe nicht. Die geltende Privatautonomie lege es jeder Partei auf, sich in Eigenverantwortlichkeit hinsichtlich der von ihr abgeschlossenen schuldrechtlichen Verträge für Erfüllung oder Schadenersatz zu entscheiden. In dieses System dürfe nicht in der Weise eingegriffen werden, dass der Schuldner gezwungen werde, an den Gläubiger zu leisten, der als erster eine einstweilige Verfügung erwirke und vollziehe. Anderenfalls ergäbe sich ein quasi dingliches Recht des Mieters an dem Mietgegenstand. Die Antragstellerin hätte sich ein dingliches Recht an dem Grundstück zur Sicherung ihres mietvertraglichen Anspruchs in Form einer Grunddienstbarkeit einräumen lassen können. Da sie das nicht getan habe, habe sie der Antragsgegnerin grundsätzlich die Dispositionsfreiheit über das Vertragsobjekt belassen. Die mögliche Weitervermietung an einen Dritten stelle ein gewöhnliches Risiko dar, das bei einem Mietvertrag bestehe, der nicht in unmittelbarem zeitlichen Zusammenhang mit seinem Abschluss auch durch Übergabe der Mietsache vollzogen werde. Hierbei sei der Mieter durch Schadenersatzansprüche hinreichend geschützt. Der Anspruch der Antragstellerin auf Gebrauchsüberlassung lasse sich mittels einer einstweiligen Verfügung nicht wirksam schützen, eine verbotswidrige Gebrauchsüberlassung an einen anderen Mieter wäre materiell-rechtlich jedenfalls uneingeschränkt wirksam. Die einstweilige Verfügung sei damit im Ergebnis als Sicherungszweck untauglich.

Hiergegen hat die Antragstellerin mit am 23.11.2021 eingegangenem Schriftsatz vom selben Tage sofortige Beschwerde eingelegt, mit der sie ihren Antrag auf Erlass einer

einstweiligen Verfügung weiterverfolgt. Sie ist der Ansicht, ein Rechtsgrundsatz, der das Interesse des Vermieters an der Ausübung der Vertragsfreiheit pauschal über das Interesse des Mieters an der Einhaltung vertraglicher Pflichten stelle, existiere nicht. Vielmehr seien geschlossene Verträge einzuhalten. Die Rechtspflicht zur Erfüllung bestehe; sie könne anderenfalls nicht Grundlage eines Schadenersatzanspruchs sein. Der Vermieter habe sich durch den freiwilligen Vertragsabschluss unter Inanspruchnahme seiner Privatautonomie der Freiheit begeben, jederzeit neu zu entscheiden, ob er dem Mieter die Sache überlasse oder nicht. Eingegangene Vertragsbindungen könnten nicht durch eine weitere vertragliche Abmachung mit einem Dritten wieder relativiert werden. Durch einstweilige Verfügung zu sichern sei der Anspruch des Mieters auf Gebrauchsüberlassung, nicht der Nebenleistungsanspruch auf Unterlassung, die Sache einem Dritten einzuräumen, bei welchem durch entsprechende Anordnung im Wege der einstweiligen Verfügung die Hauptsache vorweggenommen würde.

Durch die Überlassung der Mietsache an einen Dritten bestehe eine erhebliche Gefahr, den Anspruch auf Gebrauchsüberlassung nicht mehr realisieren zu können. Eine Gefahr widersprechender Entscheidungen bestehe auch dann nicht, wenn der andere Mieter ebenfalls eine gleichlautende Verfügung erwirken sollte. Die Regelung eines Verfügungsverbots nach den §§ 135, 136 BGB im Falle eines Doppelverkaufs, aufgrund derer für eine einstweilige Verfügung das Prioritätsprinzip gelte, sei auf die Einräumung von Besitz als rein tatsächliche Begebenheit nicht entsprechend anzuwenden. Wenn beide Mieter in der Hauptsache klagten, könnten sie je ein zusprechendes Urteil erwirken und die Zwangsvollstreckung betreiben. Der Vermieter könnte bis zum Beginn der Zwangsvollstreckung weiterhin selbst entscheiden, an wen er erfülle und gegenüber wem er sich schadenersatzpflichtig mache. Die Rechtsordnung nehme es hin, dass derjenige, der seine Rechte zuerst durchsetze, gegenüber dem anderen erfolgreich sei.

Letztlich sei eine Abwägung der schutzwürdigen Einzelinteressen geboten. Etwaige Schadenersatzansprüche schützten sie nicht ausreichend. Bei einem derartigen Mietvertrag gehe es um ein fast einzigartiges Spezialobjekt, das sich durch die Kombination aus Stadt, Lage in der Stadt¹, Sichtbarkeit der Außendarstellung, Größe des Objekts und konkrete Nutzbarkeit (sogenannter Gästemix) auszeichne. Der Standort in der Stadt¹ sei für sie als expandierende Marke (...) von hoher Bedeutung, um die Markenentwicklung weiter voranzutreiben. Hinzu kämen die üblichen Hürden des Schadenersatzes, nämlich die Nachweisbarkeit der Schäden, der Liquiditätsaufwand und die Rechtsdurchsetzungskosten sowie -hürden sowie das Insolvenzrisiko auf Vermieterseite. Die Möglichkeit einer Mieterdienstbarkeit sei unrealistisch. Sie sei praktisch kaum durchzusetzen und in Hotelentwicklungsprojekten sehr selten anzutreffen, da dies von Banken regelmäßig als Finanzierungshemmnis angesehen werde. Dieser Umstand könne sich nicht nochmals zugunsten des Vermieters auswirken. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Schriftsatz vom 23.11.2021 (Blatt 206 ff. der Akte) verwiesen.

Das Landgericht hat der sofortigen Beschwerde der Antragstellerin gemäß Beschluss vom 24.11.2021 (Blatt 223 der Akte) nicht abgeholfen und die Sache dem Oberlandesgericht vorgelegt. Zur Begründung verweist es auf die Rechtsprechung anderer Gerichte und auf die Begründung des Beschlusses vom 11.11.2021. Würde man die Sicherung des Anspruchs des Mieters auf Besitzüberlassung durch einstweilige Verfügung sichern, würde allein das Zufallsprinzip gelten. Da die einstweilige Verfügung als Sicherungsmittel unstatthaft sei, komme es auf eine Interessenabwägung im konkreten Fall nicht an. Auch eine inhaltliche Auseinandersetzung verbiete sich für diesen Fall.

Die Antragstellerin beantragt,
den Beschluss des Landgerichts Wiesbaden vom 11.11.2021 (Az. 12 O 57/21)
aufzuheben und

der Antragsgegnerin im Wege der einstweiligen Verfügung zu untersagen, bis zur formell rechtskräftigen (§ 705 ZPO) Feststellung der Unwirksamkeit ihrer Kündigung vom 22.9.2021 bzw. vom 2.11.2021 des Mietvertrages vom 29.3.2018 über Immobilie und Hotelflächen im Objekt Straße1, Stadt1, diese Hotelflächen Dritten zur Nutzung zu überlassen, und

der Antragsgegnerin für jeden Fall der Zuwiderhandlung gegen die genannte Verpflichtung ein Ordnungsgeld bis zur Höhe von 250.000,- € und für den Fall, dass dieses nicht beigetrieben werden kann, Ordnungshaft bis zu sechs Monaten anzudrohen.

Die Antragsgegnerin beantragt, die sofortige Beschwerde als unzulässig zu verwerfen bzw. als unbegründet zurückzuweisen.

Sie hält die Erweiterung des Antrags auf die Schriftsatzkündigung vom 2.11.2021 im Beschwerdeverfahren für unzulässig, zumal sie unter dem 22.9.2021 auch eine Kündigung an die Antragstellerin gerichtet habe (Blatt 274 ff., 282 ff. der Akte), welche dieser am 12.10.2021 zugegangen sei. Deren Zustellung habe die Antragstellerin zunächst vereitelt. Sie entziehe sich auch in anderen Fällen und damit systematisch relevanten Zustellungen. Die Antragsgegnerin beruft sich auf die ganz überwiegende Rechtsprechung, die davon ausgehe, dass der Besitzüberlassungsanspruch bei einer Doppelvermietung nicht durch einstweilige Verfügung gesichert werden könne. Einen Mietvertrag doppelt mit unterschiedlichen Mietern abzuschließen, sei Ausdruck der Privatautonomie des Vermieters. Es gelte nicht der Grundsatz der Priorität, der Schuldner dürfe selbst entscheiden, welchen Vertrag er erfülle und bei wem er die größere Gefahr eines Schadenersatzanspruchs sehe. Ein solcher Antrag auf Erlass einer Unterlassungsverfügung sei unzulässig, weil die Stattgabe im einstweiligen Verfügungsverfahren in unzulässiger Weise die Hauptsache vorwegnehme. Sollten im Falle einer Doppelvermietung beide Mieter eine einstweilige Verfügung erwirken, mit welcher dem Vermieter untersagt würde, den Mietgegenstand einem anderen als dem jeweiligen Antragsteller zu übergeben, könnte der Vermieter die Mietsache an niemanden übergeben und wäre daher in seiner Privatautonomie derart eingeschränkt, dass er handlungsunfähig würde. Im Übrigen habe die Antragstellerin bisher nichts zu einem konkreten angeblichen weiteren Mieter vorgetragen.

Die Antragstellerin könne im Übrigen schon deshalb nicht die Übergabe der Mietsache an sich verlangen, weil sie die vertraglichen Voraussetzungen hierfür, nämlich das Stellen der vereinbarten Mietsicherheit, nicht geschaffen habe. Daher könne sie auch nicht die Übergabe an einen Dritten untersagen lassen. Ferner stehe der Antragstellerin kein Anspruch auf Überlassung des Mietobjekts zu, weil sie - die Antragsgegnerin - das Mietverhältnis mit Schreiben vom 22.9.2021 wirksam gekündigt habe. Die Antragstellerin sei als unzuverlässig anzusehen, und es sei zu befürchten, dass sie nicht in der Lage wäre, den Mietvertrag zu erfüllen oder den Betrieb des Hotels ordnungsgemäß zu gestalten. Sie behauptet, sie selbst habe ihre geschuldeten Leistungen ordnungsgemäß und rechtzeitig erbracht. Die Antragstellerin habe hingegen unberechtigte Forderungen gestellt und gegebene Zusagen nicht eingehalten. Aus den Äußerungen der Antragstellerin ergebe sich, dass sie nicht gewillt sei, ihre Verpflichtungen aus dem Mietvertrag vorbehaltlos zu erfüllen. Mit ihren unberechtigten Änderungsforderungen habe sie nicht nur technisch erforderliche Anpassungen der Regelungen zu der Übergabe des Hotels verlangt, sondern in die wirtschaftlichen Fundamente des Mietvertrages eingreifen wollen. Damit habe sie sich selbst nicht vertragstreu verhalten. Die von der Antragstellerin abgegebene weiche Patronatserklärung reiche nach dem Inhalt des Vertrages nicht aus. Der beabsichtigten Abtretung der Mietzinsforderungen an die Kreissparkasse Stadt2 zur Sicherung der Finanzierung des Bauvorhabens habe die Antragstellerin zustimmen müssen. Insbesondere seien weitere Nachweise nicht erforderlich gewesen. Wegen der zahlreichen

Vertragsverletzungen durch die Antragstellerin sei die ausgesprochene außerordentliche Kündigung des Mietvertrages berechtigt.

Die Antragsgegnerin ist der Ansicht, ihr stünden Schadenersatzansprüche gegenüber der Antragstellerin zu. Würde ihr untersagt, die Mietflächen an einen Dritten zu überlassen, würde sich ihr Schadenersatzanspruch laufend vergrößern. Ihr müsse schon aus Gründen der Schadenminderungspflicht möglich sein, die Mitflächen einem Dritten zu überlassen. Sie ist der Ansicht, die Antragstellerin könne sich nicht auf das Fehlen einer Mieterdienstbarkeit berufen, da sie eine solche niemals erbeten habe. Solche Mieterdienstbarkeiten, die dem Standard des Verbands der Pfandbriefbanken entsprächen, würden auch von jeder Bank akzeptiert. Sie ist der Ansicht, die schwächere Position des Mieters vor Übergabe des Mietgegenstandes ergebe sich auch aus der gesetzlichen Regelung des § 566 BGB. Sofern der Mietgegenstand dem Mieter noch nicht überlassen worden sei, bleibe dieser danach auf Schadenersatzansprüche beschränkt, ohne noch einen Anspruch auf Überlassung zu haben. Schließlich hält die Antragsgegnerin den Antrag der Antragstellerin in seiner Formulierung für sinnwidrig.

Die Antragsgegnerin hat ihr Vorbringen durch eidesstattliche Versicherung des Vorstandsvorsitzenden der Projektleiterin F vom 2.11.2021 (Blatt 299 der Akte) glaubhaft gemacht. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Schriftsatz vom 8.12.2021 (Blatt 253 ff. der Akte) Bezug genommen.

Der Senat hat durch Beschluss vom 17.12.2021 (Blatt 345 f. der Akte) die sofortige Beschwerde der Antragstellerin gegen den Beschluss des Landgerichts Wiesbaden vom 11.11.2021 zurückgewiesen. Zur Begründung hat er ausgeführt, der Senat schließe sich der seit langem einhelligen Meinung in der Rechtsprechung an, dass ein Überlassungsanspruch eines Mieters gegenüber den Rechten eines anderen Mieters nicht im Wege der einstweiligen Verfügung gesichert werden könne. Der Grundsatz der Priorität des Mietvertragsschlusses gelte nicht. Der Vermieter dürfe im Rahmen seiner schützenswerten Privatautonomie bis zur Zwangsvollstreckung selbst entscheiden, welchen Vertrag er erfülle und an welchen Mieter er gegebenenfalls Schadenersatz leiste. Anderenfalls würde allein das Zufallsprinzip herrschen. Im Falle des Erlasses einer einstweiligen Verfügung wäre der Vermieter gezwungen, auch gegen seinen zwischenzeitlich geänderten Willen an den betreffenden Mieter zu leisten. Ein Mieter sei durch Schadenersatzansprüche hinreichend geschützt.

Nachdem die Senatsvorsitzende den Parteien mit Schreiben vom 28.12.2021 (Blatt 347 der Akte) mitgeteilt hatte, dass der Beschluss vom 17.12.2021 unter Verstoß gegen den Grundsatz des gesetzlichen Richters ergangen ist, hat die Antragstellerin mit am 10.1.2022 bei Gericht eingegangenem Schriftsatz vom selben Tage aus diesem Grunde Gehörsrüge gemäß § 321 a ZPO eingelegt und beantragt, das Verfahren vor dem Oberlandesgericht Frankfurt a.M. wegen der festgestellten Verletzung des rechtlichen Gehörs nach § 321 a Abs. 5 ZPO fortzusetzen, so dass über die Beschwerde gegen den Beschluss des Landgerichts Wiesbaden vom 11.11.2021 in dem Verfahren 12 O 57/21 neu entschieden wird. Hierzu wiederholt sie ihre im Schriftsatz vom 23.11.2021 gestellten Anträge. Sie ist der Ansicht, auch, dass das Prozessrecht prägende Verfassungsprinzip des gesetzlichen Richters nach Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG lasse sich auf den Anspruch auf rechtliches Gehör des Art. 103 Abs. 1 GG zurückführen. Der Verstoß sei auch entscheidungserheblich. Es könne nicht ausgeschlossen werden, dass die Entscheidung bei Berücksichtigung des übergangenen Vortrags anders ausgefallen wäre. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Schriftsätze vom 10.1. und 11.2.2022 (Blatt 353 ff., 387 ff. der Akte) verwiesen.

Die Antragsgegnerin tritt der Gehörsrüge entgegen. Sie hält den Antrag für unzulässig, da die Antragstellerin nicht eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör geltend mache. Dieser betreffe immer nur übergangenen Tatsachenvortrag, worum es hier nicht

gehe. Auf Fälle, in denen andere Verfahrensgrundsätze verletzt seien, sei § 321 a ZPO nicht analog anwendbar. Dies stünde vielmehr im Widerspruch zu dem Gebot der Rechtsmittelklarheit, dem ebenfalls Verfassungsrang zukomme. Da die Antragstellerin nicht vorgetragen habe, dass das Gericht entscheidungserheblichen Sachverhalt übergangen habe, sei die Anhörungsrüge aus diesem Grund unzulässig. Dass eine Entscheidung eines unzuständigen Gerichts nicht per se zu deren Aufhebung führe, ergebe sich auch aus dem Rechtsgedanken, der in den § 513 Abs. 2 ZPO und § 545 Abs. 2 ZPO niedergelegt sei. Im Übrigen würde eine erneute Entscheidung des Oberlandesgerichts Frankfurt a.M. in einer anderen Richterbesetzung immer wieder mit entsprechendem Inhalt und entsprechender Begründung gefasst werden. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Schriftsätze vom 18.1., 11.2. und 16.2.2022 (Blatt 373 ff., 395 ff., 424 ff. der Akte) Bezug genommen.

II.

Der von der Antragstellerin erhobene Rechtsbehelf ist zulässig. Er ist als Gegenvorstellung gegen den Beschluss des Senats vom 17.12.2021 statthaft. Er ist nicht als Gehörsrüge statthaft, weil der Senat mit seiner Verfahrensweise nicht das rechtliche Gehör der Antragstellerin verletzt, sondern ihren Vortrag zur Kenntnis genommen und berücksichtigt hat (§ 321 a ZPO). Der Beschluss des Senats vom 17.12.2021 ist vielmehr unter Verstoß gegen den Grundsatz des gesetzlichen Richters als Verfahrensgrundrecht (Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG, § 16 S. 2 GVG) ergangen. Auf die Verletzung anderer Verfahrensgrundrechte ist die Anhörungsrüge weder unmittelbar noch entsprechend anwendbar (vgl. BGH, GRUR-RR 2017, 416, m.w.N.; BGH, NJW 2016, 3035 ff.). Der von der Antragstellerin erhobene Rechtsbehelf kann aber im Hinblick auf die gegebene Begründung ausgelegt werden. Auch das Einlegen eines Rechtsbehelfs als Prozesshandlung ist auslegungsfähig (entsprechend § 133 BGB; vgl. Zöller/Greger, ZPO, 34. Aufl. 2022, Vor § 128, Rdnr. 25). Dabei ist davon auszugehen, dass die Partei das anstrebt, was nach den Maßstäben der Rechtsordnung vernünftig ist und der recht verstandenen Interessenlage der Partei entspricht (vgl. BGH, NJW-RR 2000, 1446 ff.; 1995, 1183 ff.). Dies ist für den Fall der Verletzung des gesetzlichen Richters im Hinblick darauf, dass ein Rechtsmittel gegen den Beschluss des Senats vom 17.12.2021 nicht zulässig ist (§ 574 Abs. 1 S. 2, § 542 Abs. 2 ZPO) die Gegenvorstellung (vgl. BVerfG, NJW 2003, 1924 ff.; BGH, ZInsO 2019, 385 f.; NJW 2004, 2224 ff.; 2002, 1577; a.M. BGHZ 220, 90 ff.). Trotz ausdrücklicher Bezeichnung des Rechtsbehelfs als „Gehörsrüge gemäß § 321 a ZPO“ ergibt sich aus der gegebenen Begründung des Rechtsbehelfs, dass die Antragstellerin sich in der Sache gegen die falsche Besetzung des Senats bei der Fassung des Beschlusses vom 17.12.2021 wendet. Ein Verfassungsverstoß ist durch das Gericht, das ihn begangen hat, auf eine Gegenvorstellung zu korrigieren. Die Einschränkung der sich für Urteile aus § 318 ZPO ergebenden Bindung (zu bindenden Beschlüssen vgl. Zöller/Feskorn, a.a.O., § 318, Rdnrn. 9 f.) ist gerechtfertigt, weil Entscheidungen, die unter Verletzung eines Verfahrensgrundrechts ergangen sind, auf eine Verfassungsbeschwerde hin aufzuheben wären und damit letztlich keine Bestandskraft entfalten können (vgl. BGH, NJW 2002, 1577; vgl. auch BVerfG, NJW 2003, 1924 ff.; BGH, NJW 2006, 1978 f.). Zudem ermöglicht die Fehlerkorrektur innerhalb der Instanz eine einfache und ökonomische Abhilfe und führt zugleich zu einer Entlastung des Bundesverfassungsgerichts (vgl. BGH, a.a.O. unter Hinweis auf BT-Drucks. 14/4722, S. 85 zu § 321 a ZPO). Dies gilt erst recht in einem Verfahren, das auf Eilrechtsschutz gerichtet ist.

Der verfassungsrechtliche Grundsatz des gesetzlichen Richters wurde durch den Beschluss vom 17.12.2021 in relevanter Weise verletzt. Dieser Beschluss wurde tatsächlich nicht am 17.12.2021 nach einer entsprechenden Beratung gefasst, sondern erst in der Folgewoche am 20.12.2021 durch Unterschriftsleistung im Umlaufverfahren. Zu diesem Zeitpunkt hätte allerdings anstelle von Herrn Richter am Oberlandesgericht G die nach Urlaubsende wieder im Dienst befindliche Vorsitzende Richterin am

Oberlandesgericht H gemäß § 21 f Abs. 1 GVG als Vorsitzende an der Beschlussfassung mitwirken müssen, nach der senatsinternen Geschäftsverteilung (§ 21 g GVG) gemeinsam mit Richter am Oberlandesgericht I sowie Richterin am Oberlandesgericht J. Es handelte sich nicht lediglich um einen verfahrensrechtlichen Irrtum (vgl. BGH, NJW 1995, 332 ff., zu Fehlern bei der Aufstellung eines Geschäftsverteilungsplans oder von Mitwirkungsgrundsätzen für einen Spruchkörper). Vielmehr war die Beteiligung anderer als der gesetzlichen Richter am 20.12.2021 erkennbar und offensichtlich fehlerhaft (vgl. BVerfGE 29, 45 ff.). Sie war damit objektiv willkürlich (vgl. BVerfG, NJW 2014, 3147; BVerfGE 3, 359 ff.; BGHZ 85, 116 ff.; vgl. hierzu insgesamt Zöller/Lückemann, a.a.O., § 16 GVG, Rdnr. 2, m.w.N.). Ein solcher Mangel würde eine Verfassungsbeschwerde rechtfertigen, da er gegen Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG verstößt (Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, §§ 90 ff. BVerfGG; vgl. Zöller/Lückemann, a.a.O., § 16 GVG, Rdnr. 5).

Der Rechtsbehelf ist auch am 10.1.2022 rechtzeitig innerhalb der für die Anhörungsrüge geltenden Frist von zwei Wochen nach Zustellung des Beschlusses vom 17.12.2021 am 28.12.2021 eingelegt worden (entsprechend § 321 a Abs. 2 S. 1 ZPO).

III.

Die Gegenvorstellung ist auch begründet. Der Beschluss des Senats vom 17.12.2021 ist aufzuheben, und es ist erneut über die sofortige Beschwerde der Antragstellerin gegen den Beschluss des Landgerichts Wiesbaden vom 11.11.2021 zu entscheiden. Die Entscheidung hatte durch die unterzeichnenden Richter zu erfolgen. Die nach der senatsinternen Geschäftsverteilung eigentlich zuständige Richterin am Oberlandesgericht J ist bereits einige Zeit erkrankt und wird es voraussichtlich für die nächste Zeit weiter sein. Sie wird durch Richter am Oberlandesgericht K vertreten.

Die zulässige sofortige Beschwerde der Antragstellerin (§ 567 Abs. 1 Nr. 2 ZPO) hat in der Sache Erfolg, so dass unter Abänderung des Beschlusses des Landgerichts Wiesbaden vom 11.11.2021 dem Antrag der Antragstellerin auf Erlass einer einstweiligen Verfügung stattzugeben war.

Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung gegen die Antragsgegnerin gerichtet auf das Verbot, die näher bezeichneten Hotelflächen an einen Dritten zur Nutzung zu übergeben, ist begründet. Es ist zu besorgen, dass die Verwirklichung des Rechts der Antragstellerin aus dem Mietvertrag vom 29.3.2018 in Verbindung mit dem 3. Nachtrag vom 18./19.5.2020 auf Gebrauchsüberlassung an dem Mietobjekt an sie dadurch vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte, dass die Antragsgegnerin einem Dritten den Besitz an dem Mietobjekt einräumt (§§ 935, 940 ZPO).

Auf der Grundlage des Mietvertrages vom 29.3.2018 mit der Antragsgegnerin, in welchen die Antragstellerin durch Vereinbarung des Nachtrags Nr. 3 vom 18./19.5.2020 durch die Beteiligten wirksam eingetreten ist, steht der Antragstellerin gegen die Antragsgegnerin ein Anspruch auf Gewährung des Gebrauchs an dem Mietobjekt und damit auf dessen Überlassung zu (§ 535 Abs. 1 S. 1 BGB), welcher durch die Anordnung der einstweiligen Verfügung gesichert werden soll. Dieser Anspruch der Antragstellerin besteht und ist damit grundsätzlich sicherbar, auch wenn er möglicherweise noch nicht fällig ist, weil noch nicht alle vertraglich vereinbarten Fälligkeitvoraussetzungen erfüllt sind, insbesondere wenn das Mietobjekt noch nicht vollständig errichtet ist oder die Antragstellerin die Mietsicherheiten gemäß § 5 des Mietvertrages noch nicht geleistet hat.

Dass der Mietvertrag durch eine der seitens der Antragsgegnerin unstreitig ausgesprochenen Kündigungen bereits beendet worden wäre, steht nach dem bisherigen Vorbringen der Parteien einschließlich der zur Glaubhaftmachung vorgelegten eidesstattlichen Versicherungen nicht mit hinreichender Sicherheit fest. Zwar hat die Antragsgegnerin unter dem 22.9.2021 und dem 2.11.2021 das für 25 Jahre sowie

weitere fünf Jahre im Falle der Ausübung der vereinbarten Option abgeschlossene Mietverhältnis jeweils außerordentlich fristlos gekündigt. Die Voraussetzungen für die Wirksamkeit der ausgesprochenen Kündigungen sind aber zwischen den Parteien im Einzelnen streitig. Die Antragsgegnerin hat ihre Kündigungen insbesondere darauf gestützt, dass die Antragstellerin die vertraglich vereinbarten Mietsicherheiten nicht gestellt und die Zustimmung zur Abtretung der Mietzinsforderungen an die finanzierende Bank nicht erklärt habe. Die Antragstellerin beruft sich hingegen darauf, dass sich die Antragstellerin im Verzug mit der Fertigstellung des Mietobjekts befinde. Diese Umstände können aufgrund der Komplexität der vertraglichen Gestaltung und der tatsächlichen Umstände insbesondere betreffend die Errichtung und Fertigstellung des Mietobjekts im Rahmen des einstweiligen Verfügungsverfahrens nicht zuverlässig geklärt werden. Diese Klärung bleibt vielmehr dem Hauptsacheverfahren vorbehalten.

Es ist zu besorgen, dass der Anspruch der Antragstellerin auf Überlassung des Besitzes an dem Mietobjekt dadurch vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte, dass die Antragsgegnerin einem Dritten den Besitz an dem Mietobjekt einräumt (§§ 935, 940 ZPO). Dies ergibt sich bereits daraus, dass sie der Antragstellerin gegenüber den Mietvertrag wiederholt außerordentlich gekündigt und zudem erklärt hat, sie sei schon aus Gründen der Schadengerhaltungspflicht zu einer anderweitigen Vermietung verpflichtet. Die Antragsgegnerin hält die Kündigungen für wirksam und geht mithin davon aus, dass der Antragstellerin ein Anspruch auf Einräumung des Besitzes nicht zusteht, sondern sie das Mietobjekt vielmehr auch im Verhältnis zur Antragstellerin anderweitig vermieten und einem Mieter überlassen darf. Dementsprechend hat sie auch nicht bestritten, die von der Antragstellerin vorgetragene Rückbaumaßnahmen der auf die Antragstellerin ausgerichteten Besonderheiten, insbesondere der innenliegenden Fenster zwischen Bad und Zimmer vorgenommen zu haben. Sollte ein Dritter den Besitz an dem Mietobjekt erlangen, wäre es der Antragsgegnerin gegebenenfalls unmöglich, noch den Vertrag mit der Antragstellerin zu erfüllen, wenn der dritte Besitzer nicht zur Herausgabe des Mietobjekts bereit ist und auch nicht durch Verhandlungen zur Herausgabe zu veranlassen sein sollte (§ 275 Abs. 1 BGB; vgl. hierzu KG, NZM 2008, 889 f.; OLG Düsseldorf, NJW-RR 1991, 137 f.). Eine Klärung der Rechtslage in einem Hauptsacheverfahren würde bereits in erster Instanz erhebliche Zeit in Anspruch nehmen und könnte eine vorherige Besitzübertragung an einen Dritten, die vollendete Tatsachen schaffen würde, nicht mehr verhindern. Der Umstand, dass der Antragstellerin ein konkreter weiterer Mieter oder Mietinteressent nicht bekannt ist, steht ihrem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung nicht entgegen, insbesondere weil die Antragsgegnerin selbst vorgetragen hat, das Objekt weitervermieten zu wollen, was für die Annahme der Gefährdung eines Anspruchs der Antragstellerin auf Überlassung des Besitzes an dem Mietobjekt ausreicht.

Zur Sicherung des Anspruchs der Antragstellerin ist es erforderlich, der Antragsgegnerin bis zu einer Entscheidung in der Hauptsache zu untersagen, das Mietobjekt Dritten zur Nutzung zu überlassen. Damit ist eine Vorwegnahme der Hauptsache nicht verbunden, da die Antragstellerin das Mietobjekt hierdurch noch nicht erhält. Der Anspruch auf das angeordnete Unterlassen stellt nicht die zu sichernde Forderung dar, die durch die einstweilige Verfügung bereits erfüllt würde (so aber KG, NJW-RR 2018, 139 f.; OLG Celle, ZMR 2009, 113 f.; Derleder/Pellegrino, NZM 1998, 550 ff., 557). Hierbei handelt es sich vielmehr lediglich um eine Nebenpflicht aus dem Schuldverhältnis, welche den primären Erfüllungsanspruch sichert (§ 241 Abs. 2 BGB). Durch die einstweilige Verfügung gesichert werden soll vielmehr der Anspruch der Antragstellerin auf Überlassung des Mietobjekts (§ 535 Abs. 1 BGB; Hinz, WuM 2005, 615 ff.; Kluth/Grün, NZM 2002, 473 ff., 476).

Der Erlass einer einstweiligen Verfügung begründet auch nicht schon ein quasi dingliches Recht des Mieters an dem Mietgegenstand (so aber OLG Schleswig, MDR 2000, 1428; OLG Brandenburg, OLGR 1997, 329), welches im Ergebnis einer Erfüllung

gleichkäme. Der Vermieter ist infolge des Erlasses einer einstweiligen Verfügung nicht gezwungen, an den betreffenden Mieter zu leisten. Der Mieter bekommt nicht einmal ein größeres Zugriffsrecht auf das Mietobjekt, da lediglich dem Vermieter bis zu einer Entscheidung in der Hauptsache untersagt wird, das Mietobjekt an einen Dritten zu übergeben.

Durch die Anordnung des Unterlassens der Besitzeinräumung an Dritte wird die Antragsgegnerin 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 gegebenenfalls ihren bereits mit der Antragstellerin abgeschlossenen Vertrag verletzt (insoweit ebenso OLG Celle, ZMR 2009, 113 f.; OLG Hamm, NJW-RR 2004, 521 f.; Hinz, WuM 2005, 615 ff.).

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 (so aber OLG Koblenz, ZMR 2008, 50 ff.; KG, NZM 2007, 518; NJW-RR 2004, 521; OLG Hamm, NJW-RR 2004, 521 f.; OLG Schleswig, MDR 2000, 1428; OLG Brandenburg, MDR 1998, 98; OLG Frankfurt a.M., MDR 1997, 137; LG Hamburg, Urteil vom 10.1.2008 - 334 O 259/07, juris; Derleder/Pellegrino, NZM 1998, 550 ff.; Dickersbach in: Lützenkirchen, Anwalts-Handbuch Mietrecht, 6. Aufl. 2018, Die Abwehr von Vertragsverletzungen vor und während der Mietzeit, Kapitel I. I. Rn. 65; im Ergebnis auch Streyl, NZM 2008, 878 f.; a.M. OLG Düsseldorf, NJW-RR 1991, 137; Kluth/Grün, NZM 2002, 473 ff., 477, welche die Versagung des vorläufigen Rechtsschutzes für „schlicht gesetzeswidrig“ halten; kritisch auch Mack-Oberth, Anm. zu OLG Koblenz, ZMR 2008, 50 ff., juris). Privat“autonomie“ bedeutet im eigentlichen Sinne die Freiheit, die eigenen Rechte und Pflichten durch einen Vertragsabschluss in rechtlich anererkennungsfähiger Weise selbst zu begründen. Mit dem Abschluss eines Mietvertrages 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. Geschlossene 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 (§ 275 Abs. 1 BGB; vgl. hierzu KG, NZM 2008, 889 f.; OLG Düsseldorf, NJW-RR 1991, 137 f.; insoweit auch Kohler, NZM 2008, 545 ff., 546, 552; Streyl, NZM 2008, 878 f.; Kluth/Grün, NZM 2002, 473 ff., 476 f.; sehr eingehend hierzu Katzenstein, ZZP 2003, 459 ff., 462 ff., 480 ff.; Wichert, ZMR 1997, 16 ff.). Der Umstand, dass dem Vermieter nach Änderung seiner Meinung ein zunächst akzeptierter Vertragspartner nunmehr „aufgedrängt“ würde und dies keinen Sinn habe (so KG, NZM 2007, 518), widerspricht der gesetzlichen Regelung, dass Verträge grundsätzlich einzuhalten sind (ebenso Kohler, NZM 2008, 545 ff., 546). Nach Abschluss eines Vertrages ist ein Sinneswandel einer Vertragspartei vielmehr grundsätzlich unbeachtlich.

Die nach Abschluss eines Mietvertrages 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. Durch die Begründung einer Verpflichtung auf Gebrauchsgewährung hat er sich vielmehr seiner Rechte im Rahmen dieser Verpflichtung begeben. Mit dem Abschluss eines weiteren Mietvertrages mit einem Dritten über dasselbe Objekt werden die Rechte und Pflichten aus dem ersten Vertrag nicht nachträglich verändert und insbesondere dahingehend eingeschränkt, dass der Vermieter nunmehr doch das Recht

hätte, selbst zu entscheiden, ob er den zunächst angeschlossenen Vertrag erfüllt, also die primärvertragliche Erfüllungsleistung erbringt oder nicht. Vielmehr bleibt er hierzu uneingeschränkt verpflichtet. In gleicher Weise verhindert der Abschluss des ersten Vertrages einen weiteren in gleicher Weise wirksamen Vertragsschluß nicht und hat weder auf dessen Rechtsfolgen irgendeinen Einfluss, noch entstehen durch den weiteren Vertrag nur eingeschränkte, etwa dem ersten Vertrag nachrangige Rechte (vgl. Kohler, NZM 2008, 545 ff., 547 ff.; insoweit auch Derleder/Pellegrino, NZM 1998, 550 ff., 557).

Im Falle einer Doppelvermietung kann jeder der Mieter von dem Vermieter in gleicher Weise die Einräumung des Besitzes an dem Mietobjekt verlangen und demzufolge im Hauptsacheverfahren ein obsiegendes Urteil erlangen. Dem Mieter, der zuerst einen Mietvertrag geschlossen hat, kommt kein stärkeres Recht zu, ein Prioritätsprinzip gilt insoweit nicht (vgl. BGH, MDR 1962, 398 f.; OLG Koblenz, ZMR 2008, 50 ff., das darum einen Verfügungsanspruch verneint; KG, NZM 2007, 518; NJW-RR 2004, 521; OLG Hamm, NJW-RR 2004, 521; OLG Schleswig, MDR 2000, 1428; OLG Brandenburg, MDR 1998, 98; OLG Frankfurt a.M., MDR 1997, 137; Streyl, NZM 2008, 878 f.; Hinz, WuM 2005, 615 ff.; Katzenstein, ZJP 2003, 459 ff., 479; Kluth/Grün, NZM 2002, 473 ff., 477). Durch den jeweiligen Mietvertrag als Schuldverhältnis entstehen Rechte und Pflichten nur zwischen den Vertragsparteien, nicht auch zu Dritten. Aus einem Mietvertrag kann der Mieter demzufolge auch keinerlei Rechte gegenüber dem anderen Mieter als Drittem erhalten. Welcher der - berechtigten - Mieter im Falle der Doppelvermietung das Mietobjekt tatsächlich erhält, wird durch die gesetzliche Regelung nicht bestimmt. Das Gesetz nimmt damit in Kauf, dass derjenige den Besitz an dem Mietobjekt erhält, der zuerst einen vollstreckbaren Titel erwirkt und diesen nach § 885 ZPO vollstreckt (vgl. hierzu insgesamt Kohler, NZM 2008, 545 ff., 547 f., unter Hinweis auf die Gesetzesmaterialien zum Allgemeinen Teil des BGB; Kluth/Grün, NZM 2002, 473 ff., 476 f.). Danach besteht nach der Rechtslage ein „Wettbewerb um die Erfüllung“, der mithin nicht als unzulässiger „Zufall“ abgelehnt werden kann. Es besteht hingegen nicht eine „Erfüllungswillkür des Vermieters“. Das BGB geht davon aus, dass der Wettbewerb um die Erfüllung - außerhalb eines Insolvenzverfahrens - freisteht und kein Berechtigter dabei auf den anderen Rücksicht zu nehmen braucht. Dies gilt auch für die Zwangsvollstreckung (vgl. hierzu eingehend Kohler, NZM 2008, 545 ff., 547 f., 550 f., unter Hinweis auf die Gesetzesmaterialien; Katzenstein, ZJP 2003, 459 ff., 488 ff.; Kluth/Grün, NZM 2002, 473 ff., 476 f.; Wichert, ZMR 1997, 16 ff.). Dass in dem schnelleren Erwirken eines Vollstreckungstitels und dessen Durchsetzung ein sachgerechter Vorzugsgrund gesehen wird, entspricht mithin dem Willen des Gesetzgebers. Diese gesetzliche Regelung wird durch den Erlass einer Unterlassungsverfügung nicht beeinflusst, da hiermit gerade nicht die Übergabe des Mietobjekts an den antragstellenden Mieter bewirkt wird, sondern lediglich die tatsächliche Übergabe an den anderen Mieter durch eine mit Ordnungsmitteln bewehrte Anordnung verhindert werden soll. Die Entscheidung in der Sache, welche erst die tatsächliche Durchsetzung des Erfüllungsanspruchs ermöglicht, bleibt hingegen dem jeweiligen Hauptsacheverfahren vorbehalten.

Daraus ergibt sich zugleich, dass die tatsächliche Freiheit des Vermieters, einem der Mieter den Besitz an dem Mietobjekt zu verschaffen, auch durch eine einstweilige Verfügung ebenso wie durch ein gegen ihn erwirktes Urteil zur Durchführung der Zwangsvollstreckung nicht beseitigt wird. Er kann - nicht darf - bis zur Zwangsvollstreckung selbst entscheiden, gegenüber welchem der Mieter er den Vertrag erfüllen und an welchen Mieter er Schadenersatz leisten will (vgl. Kluth/Grün, NZM 2002, 473 ff., 476). Daran ändert sich nicht schon dadurch etwas, dass er für den Fall einer Zuwiderhandlung gegen die einstweilige Verfügung staatlichen Zwangsmitteln ausgesetzt ist, die als Druckmittel zur Durchsetzung der einstweiligen Verfügung angeordnet sind. Dies für nicht berechtigt zu halten, käme nach obigen Ausführungen einem Zirkelschluss gleich.

Die einstweilige Verfügung ist aber auch nicht deshalb als Sicherungsmittel untauglich, weil durch sie eine verbotswidrige Gebrauchsüberlassung an einen anderen Mieter mangels gesetzlicher Einschränkungen, insbesondere mangels entsprechender Anwendung der für einen Doppelverkauf geltenden §§ 135, 136 bzw. 883, 885, 888 Abs. 2 BGB wie dargelegt tatsächlich nicht verhindert werden kann und die Verschaffung berechtigten Besitzes vielmehr dennoch hinsichtlich ihrer materiell-rechtlichen Folgen uneingeschränkt wirksam wäre (anders aber OLG Hamm, NJW-RR 2004, 521 f.; OLG Schleswig, MDR 2000, 1428; vgl. auch Hinz, WuM 2005, 615 ff., der für den Fall, dass der Vermieter tatsächlich mehrere konkurrierende Mietverträge abgeschlossen hat, ein Rechtsschutzbedürfnis für den Erlass einer einstweiligen Verfügung verneint; ähnlich Ulrici, ZMR 2002, 881 ff.). Vielmehr begründet dieser Umstand gerade die Notwendigkeit des Erlasses einer einstweiligen Verfügung, durch welche einem Vermieter aufgegeben wird, eine nicht erlaubte, aber mit wirksamen materiell-rechtlichen Folgen belegte Handlung zu unterlassen, und deren Anordnung mittels der Verhängung von Ordnungsgeld, hilfsweise Ordnungshaft vollstreckt werden kann (§ 890 ZPO). Es ist der Zweck einer entsprechenden einstweiligen Verfügung, dem Schuldner ein ihm tatsächlich mögliches Handeln zur Sicherung der Verwirklichung eines Individualanspruchs zu untersagen. Dies entspricht der Situation bei jeder einstweiligen Verfügung, der nicht unmittelbare materiell-rechtliche Folgen zukommen (beispielsweise im Anwendungsbereich der §§ 135, 136 oder 883, 888 Abs. 2 BGB). Der Umstand, dass der Schuldner dennoch gegen das durch die einstweilige Verfügung ausgesprochene Verbot verstoßen kann, führt nicht zu deren Untauglichkeit als Sicherungszweck, sondern belegt vielmehr gerade das Erfordernis dieses Rechtsinstituts (ebenso Kohler, NZM 2008, 545 ff., 549, 551; eingehend Katzenstein, ZZP 2003, 459 ff., 462 ff., 486 ff.). Die Möglichkeit der Androhung und Verhängung eines Ordnungsgeldes ist gerade geeignet, den Sicherungszweck durchzusetzen. Hiervon geht die gesetzliche Regelung aus. Der einstweilige Rechtsschutz soll in der Regel einem Antragsteller vorläufig ein Mehr an Sicherung geben, als er ohne diese Sicherung in Anbetracht des gegenwärtigen rechtlichen oder tatsächlichen „Könnens“ des Antragsgegners hat. Gerade dies folgt aus der grundsätzlichen prozessualen Voraussetzung der einstweiligen Verfügung, nämlich dem Vorhandensein des sogenannten Verfügungsgrundes. Dieser Verfügungsgrund erfordert gerade einen gemessen an der vorhandenen tatsächlichen oder rechtlichen Verhaltensmacht des Antragsgegners ohne einstweiligen Rechtsschutz nicht gedeckten Sicherungsbedarf (so Kohler, NZM 2008, 545 ff., 548).

Die Unzulässigkeit einer solchen einstweiligen Verfügung ergibt sich auch nicht daraus, dass der Vermieter aufgrund einer solchen einstweiligen Verfügung gehindert wird, den Überlassungsanspruch des anderen Mieters zu erfüllen, indem diese Handlung mit einem staatlichen Verbot belegt wird, das zudem mit staatlichen Zwangsmitteln bewehrt ist, und er sich für den Fall, dass er gegenüber dem Mieter erfüllen wollte, der die einstweilige Verfügung nicht erwirkt hat, der Gefahr erheblicher staatlicher Zwangsmittel ausgesetzt sähe, insbesondere der Verhängung von nicht unerheblichen Ordnungsgeldern (so aber OLG Hamm, NJW-RR 2004, 521 f.; vgl. auch Hinz, WuM 2005, 615 ff.). Diese Einschränkung der Handlungsfreiheit des Schuldners ist die Folge jeder einstweiligen Verfügung und gerade deren Zweck. Die Einschränkung der Handlungsfreiheit mittels einer einstweiligen Verfügung kann angeordnet werden, wenn die oben dargelegten gesetzlichen Voraussetzungen vorliegen. Der Umstand, dass der andere Mieter, der an dem Rechtsverhältnis der Parteien des einen Mietvertrages nicht beteiligt ist, seinerseits einen wirksamen Anspruch auf Überlassung des Gebrauchs an dem Mietobjekt hat, bindet den einen Mieter, der den Erlass einer Unterlassungsverfügung beantragt, nicht; das andere Rechtsverhältnis hat vielmehr wie oben dargelegt keinen Einfluss auf das Rechtsverhältnis zwischen dem einen Mieter und dem Vermieter und vermag die insoweit bestehenden Rechte dieses Mieters gegen den Vermieter nicht einzuschränken. Daraus folgt ferner, dass der Vermieter seine durch eine einstweilige Verfügung auszusprechende Verpflichtung nicht dadurch einschränken kann, dass er sich zur Erbringung der ihm untersagten Leistung gegenüber einer

anderen Person verpflichtet. Hierbei kommt es nicht darauf an, welcher der Mietverträge zuerst geschlossen wurde, da beide Mietverträge wie oben dargelegt in gleicher Weise Rechte und Pflichten im jeweiligen Schuldverhältnis begründen und sie in gleicher Weise keinen Einfluss auf das jeweils andere Mietverhältnis haben. Eine rechtlich relevante Priorität gibt es dabei nicht.

Eine etwaige Priorität der zuerst erwirkten einstweiligen Verfügung ergibt sich auch nicht daraus, dass auf den Fall der Doppelvermietung die Regelungen für einen Doppelkauf gemäß den §§ 135, 136 BGB entsprechend anwendbar wären (insoweit ebenso OLG Hamm, NJW-RR 2004, 521 f.; OLG Schleswig, MDR 2000, 1428; Hinz, WuM 2005, 615 ff.; Kluth/Grün, NZM 2002, 473 ff., 476; Ulrici, ZMR 2002, 881 ff.; für eine entsprechende Anwendung Kohler, NZM 2008, 545 ff., 555 ff.; Katzenstein, ZZP 2003, 459 ff., 468 ff.; Wichert, ZMR 1997, 16 ff., 18; dagegen Streyl, NZM 2008, 878 f.). Denn insoweit besteht weder eine Gesetzeslücke, noch ist die Interessenlage im Falle einer Doppelvermietung vergleichbar. Beim Doppelverkauf eines Grundstücks ist der Gläubiger nach der gesetzlichen Regelung der §§ 883, 885 BGB in der Lage, den Schuldner mittels einer durch einstweilige Verfügung erwirkte Vormerkung an einer anderweitigen Übereignung des verkauften Grundstücks wirksam zu hindern. Eine entsprechende materiell-rechtliche Sicherung besteht im Falle des Doppelverkaufs einer beweglichen Sache, wenn der Gläubiger eine Unterlassungsverfügung erwirkt hat und diese vollzogen ist (§§ 135, 136 BGB; vgl. OLG Hamm, NJW-RR 2004, 521 f.; OLG Schleswig, MDR 2000, 1428; Kluth/Grün, NZM 2002, 473 ff., 476). Der Umstand, dass für den Fall einer Doppelvermietung eine entsprechende gesetzliche Regelung nicht besteht, beruht darauf, dass die Übertragung des Besitzes, durch welche ein Vermieter einem Mieter mit der Verschaffung der tatsächlichen Gewalt über eine Sache (§ 854 BGB) den Gebrauch an dem Mietobjekt einräumt, anders als eine Übereignung (§ 929 BGB) keine Verfügung im Sinne eines Rechtsgeschäfts darstellt, das unmittelbar auf ein bestehendes Recht einwirkt, sondern einen Realakt. Während eingeräumtes Eigentum einem Dritten gegenüber als unwirksam behandelt werden kann (§ 135 Abs. 1 BGB), ist dies bei Besitz als Realakt, der allein tatsächliche Voraussetzungen hat, nicht möglich. Eine relativ wirksame oder unwirksame Besitzübertragung ist nicht denkbar (ebenso OLG Hamm, NJW-RR 2004, 521 f.; Hinz, WuM 2005, 615 ff.; Kluth/Grün, NZM 2002, 473 ff., 476).

Der Umstand, dass zum Schutz des Mieters eine den §§ 135, 136 BGB entsprechende gesetzliche Regelung nicht besteht, bedeutet aber nicht, dass ein Mieter gegen den Vermieter eine auf das Unterlassen einer Übergabe des Mietobjekts an einen Dritten gerichtete einstweilige Verfügung nicht erwirken könnte. Die Interessenlage ist vielmehr bezüglich des Sicherungsinteresses gleichgelagert. Der Unterschied besteht ausgehend von der gesetzlichen Unterscheidung zwischen Verfügung und Realakt lediglich darin, dass der Schutz, der durch eine einstweilige Verfügung erwirkt werden kann, nicht rechtlich in einem gesetzlichen Veräußerungsverbot besteht, sondern allein in der Beeinflussung des tatsächlichen Verhaltens des Schuldners durch das Unterlassungsgebot unter Androhung staatlicher Zwangsmaßnahmen für den Fall der Zuwiderhandlung.

Es besteht auch nicht die Gefahr sich widersprechender Entscheidungen (so aber OLG Hamm, NJW-RR 2004, 521 f.). Selbst wenn andere Mieter ebenfalls eine gleichlautende Unterlassungsverfügung gegen die Antragsgegnerin erwirken, widersprechen sich diese Entscheidungen nicht, da die Antragsgegnerin durch eine von der Antragstellerin erwirkte Unterlassungsverfügung nicht veranlaßt wird, das Mietobjekt ihr auch zu übergeben, ebensowenig wie sie durch eine von einem Dritten erwirkte Unterlassungsverfügung veranlaßt wird, das Mietobjekt diesem zu übergeben. Vielmehr wird ihr allein untersagt, bis zu einer Entscheidung in der Hauptsache keinem der Mieter Besitz an dem Mietobjekt einzuräumen (vgl. Hinz, WuM 2005, 615 ff.; Kluth/Grün, NZM 2002, 473 ff., 476; Ulrici, ZMR 2002, 881 ff.; siehe hierzu aber Katzenstein,

ZZP 2003, 459 ff., 474 ff.). Dass sie hierdurch „handlungsunfähig“ wird, ist gerade der Sinn einer einstweiligen Verfügung, das Schaffen vollendeter Tatsachen zu verhindern und die endgültige Klärung der Rechtsstreitigkeiten dem oder den Hauptsacheverfahren zu überlassen und deren Ergebnis zu sichern.

Auch der Umstand, dass von mehreren Mietern erwirkte Unterlassungsverfügungen zur Folge hätte, dass die Antragsgegnerin als Vermieterin das Mietobjekt keinem der Mieter übergeben kann und dadurch bei beiden Mietern Schäden entstehen, welche sie gegebenenfalls zu erstatten hätte, während im Falle der Übergabe des Mietobjekts an einen der Mieter lediglich bei dem anderen Mieter ein Schaden entsteht, führt nicht zu einer anderen Beurteilung. Diese Situation hat wie oben dargelegt für das jeweilige Schuldverhältnis keine Bedeutung. Sofern der Mieter, welcher eine Unterlassungsverfügung erwirkt, im Ergebnis kein Recht auf Gebrauchsgewährung haben sollte, ist er seinerseits dem Vermieter gegenüber schadenersatzpflichtig (§ 945 ZPO bzw. nach materiellem Recht gegebenenfalls aus der Verletzung einer nachvertraglichen Pflicht gemäß § 280 Abs. 1, § 241 Abs. 2 BGB). Sofern beide Mieter aufgrund jeweils wirksam mit ihnen geschlossener Mietverträge schadenersatzberechtigt sein sollten (hierzu Ulrici, ZMR 2002, 881 ff., 884, der hierin einen Wertungswiderspruch und ein nicht tragbares Ergebnis sieht), beruht dieser Umstand auf dem Abschluss mehrerer Mietverträge durch den Vermieter und liegt darum grundsätzlich in seinem Risikobereich. Dieser Umstand ist ebenso wie der Umstand, dass im Falle einer unberechtigten Übergabe der Mietsache an einen anderen Mieter der Vermieter dem einen Mieter gegenüber schadenersatzpflichtig ist, in die Abwägung, ob eine einstweilige Verfügung zu erlassen ist, einzubeziehen (§§ 935, 940 ZPO), er schließt den Erlass einer einstweiligen Verfügung aber nicht von vorneherein aus.

Auch der Umstand, dass für den Fall, dass der andere Mieter im Hauptsacheverfahren ein obsiegendes Urteil gegen den Vermieter erzielt, ein Widerspruch zu der im Verhältnis zwischen dem einen Mieter und dem Vermieter fortgeltenden einstweiligen Verfügung bestünde, führt nicht zu einem anderen Ergebnis (so aber im Ergebnis Ulrici, ZMR 2002, 881 ff., 884). Ein Widerspruch besteht aufgrund der subjektiven Grenzen der Rechtskraft eines Urteils, das grundsätzlich nur im Verhältnis der Prozessparteien zueinander wirkt (§ 325 Abs. 1 ZPO), auch dann, wenn beide Mieter aufgrund ihrer wirksamen Mietverträge jeweils einen vollstreckbaren Titel auf Überlassung der Mietsache an sich oder auf Unterlassung der Übergabe des Mietobjekts an einen Dritten erlangen. Sofern einer der Mieter aus dem von ihm erwirkten Titel vollstreckt, ist der Vermieter gezwungen, gegen die Verurteilung aus dem anderen Titel zu verstoßen, indem er sich dessen Erfüllung unmöglich macht. Dies ist Gegenstand der gesetzlichen Regelung. Auch bezüglich der fortgeltenden einstweiligen Verfügung kann die Erfüllung des durch Urteil titulierten Anspruchs des anderen Mieters auf Überlassung der Mietsache im Verhältnis zu dem weiteren Mieter die Verhängung eines Ordnungsmittels nicht zur Folge haben, da die Verhängung eines Ordnungsmittels Verschulden voraussetzt (§ 890 ZPO; vgl. BVerfG, NJW-RR 2007, 860 ff.), das aber im Falle einer Handlung, die in Erfüllung einer vollstreckbar titulierten Forderung erfolgt, fehlt.

Ein Schadenersatzanspruch der Antragstellerin (§§ 536 a, 536 Abs. 1, 3 BGB) schützt sie nicht in annähernd gleicher Weise wie eine Unterlassungsanordnung. Dem können bereits Schwierigkeiten in der Darlegung und dem Beweis eines konkreten Vermögensschadens gemäß den §§ 249 ff. BGB, insbesondere etwa entgangenen Gewinns (§ 252 BGB) entgegenstehen, teilweise sind aber auch eingetretene Schäden nachträglich nicht vollständig auszugleichen, beispielsweise ein Imageschaden (vgl. Kohler, NZM 2008, 545 ff., 551).

Im Übrigen hat der Vermieter die Problematik der Doppelvermietung regelmäßig durch den Abschluss zweier Mietverträge selbst verursacht und ist damit selbst das Risiko eingegangen, einen der beiden Verträge nicht erfüllen zu können. Dies gilt grundsätzlich

auch dann, wenn er den zweiten Mietvertrag nur darum geschlossen haben sollte, weil er vor Übergabe des Mietobjekts etwa unverschuldet den ersten Mietvertrag für unwirksam oder aufgrund einer erklärten Kündigung für bereits beendet angesehen haben sollte.

Unter Abwägung der beiderseitigen Interessen einerseits an dem Erlass einer Unterlassungsanordnung und andererseits an dessen Unterbleiben erscheint die Anordnung als geboten. Zwar erscheint es auf der Grundlage des glaubhaftgemachten Vorbringens der Antragsgegnerin als durchaus möglich, dass die von ihr ausgesprochenen Kündigungen aufgrund von Vertragsverletzungen der Antragstellerin berechtigt waren, dies kann allerdings wie oben dargelegt im einstweiligen Verfügungsverfahren nicht hinreichend zuverlässig beurteilt werden. Sofern in dieser Situation die Anordnung einer Unterlassungsverfügung unterbleibt und die Antragstellerin einen etwa tatsächlich fortbestehenden Anspruch auf Überlassung des Mietobjekts später nicht mehr durchsetzen kann, entsteht ihr ein Schaden, der lediglich noch durch sekundärvertragliche Ersatzansprüche und damit möglicherweise nur unvollkommen auszugleichen sein wird. Sofern die Antragsgegnerin an einer Übergabe der Mietsache an einen weiteren Mieter gehindert wird, kann sie dies nach Abschluss des Hauptsacheverfahrens weithin tun. Ihr Interesse, welches verletzt würde, ist im Übrigen im wesentlichen finanzieller Art, insbesondere auch wenn sie Schadenersatzansprüchen eines Dritten ausgesetzt sein sollte. Gegen die Durchsetzbarkeit der jeweiligen entstehenden Schadenersatzansprüche gegenüber der anderen Partei bestehen keine konkreten Bedenken, da die Solvenz beider Parteien nicht infrage steht.

Die getroffenen Anordnungen zur Erreichung des Sicherungszwecks erfolgten nach dem Ermessen des Gerichts (§ 938 ZPO). Dabei war die Einbeziehung der gegenüber der Antragstellerin ausgesprochenen Kündigungen vom 22.9.2021 und 2.11.2021, welche im Beschwerdeverfahren vorgetragen wurden, möglich (§ 571 Abs. 2 S. 1 ZPO) und in der Sache geboten. Im Hinblick darauf, dass der Antragstellerin ein konkreter weiterer Mieter oder Mietinteressent der Antragsgegnerin nicht bekannt ist, weil sich ein Abschluss eines etwaigen weiteren Mietvertrages außerhalb ihres Kenntnisbereichs vollzieht, war das Unterlassungsgebot allgemein zu fassen. Die Begrenzung auf den Zeitpunkt der rechtskräftigen Entscheidung über die Wirksamkeit der Kündigungen der Antragsgegnerin beruht auf der entsprechenden Begrenzung des Antrags der Antragstellerin (§ 308 Abs. 1 S. 1 ZPO).

Im Hinblick auf die im einstweiligen Verfügungsverfahren aufgrund des streitigen Sachverhalts nicht hinreichend zu beurteilende Rechtslage in der Hauptsache, insbesondere die Frage der Wirksamkeit der seitens der Antragsgegnerin erklärten außerordentlichen Kündigungen, und auf den bei der Antragsgegnerin durch die Vollziehung der einstweiligen Verfügung möglicherweise eintretenden erheblichen Schaden wird die Vollziehung der einstweiligen Verfügung von der Erbringung einer Sicherheitsleistung durch die Antragstellerin abhängig gemacht (§§ 936, 921 S. 2, § 108 ZPO; vgl. hierzu aber auch KG, WRP 1995, 24 ff.). Die Höhe der Sicherheitsleistung wird unter Berücksichtigung der Höhe einer für die Anmietung des Objekts etwa zu leistenden Miete, welche die Antragsgegnerin infolge der Unterlassungsverfügung gegenüber einem möglichen anderweitigen Mieter nicht erzielen kann, und im Hinblick darauf, dass begründete Zweifel an der Finanzstärke der Antragstellerin nicht ersichtlich sind, unter Ausübung des richterlichen Ermessens auf 1.000.000,- € bestimmt.

Die Androhung der Verhängung eines Ordnungsgeldes erfolgt gemäß § 890 Abs. 2 ZPO. Die Höhe wurde unter Berücksichtigung der Höhe der vereinbarten Miete und der Folgen einer Zuwiderhandlung für die Antragstellerin bemessen (§ 890 Abs. 1 S. 1, 2 ZPO). Die hilfsweise Anordnung der Ordnungshaft war nicht gegen die Antragsgegnerin als juristische Person, sondern gegen ihre Organmitglieder festzusetzen, sofern diese gegen das Verbot verstoßen (vgl. Zöller/Seibel, ZPO, 34. Aufl. 2022, § 890, Rdnr. 7, m.w.N.).

Die Antragsgegnerin hat als unterliegende Parteien die Kosten des einstweiligen Verfügungsverfahrens zu tragen mit Ausnahme der durch die Anrufung des unzuständigen Landgerichts Frankfurt a.M. entstandenen Kosten, welche die Antragstellerin zu tragen hat (§ 91 Abs. 1 S. 1, § 281 Abs. 3 S. 2 ZPO).

Der Streitwert für des Beschwerdeverfahren war entsprechend den Angaben der Antragstellerin in der Antragsschrift und mangels anderer Angaben auf 500.000,- € festzusetzen.