

Oberlandesgericht Hamm

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

§§ 135, 136, 536, 883, 885 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. Ist aber schon der Anspruch des Mieters auf Besitzüberlassung gegenüber dem gleich gerichteten Anspruch eines anderen Mieters nicht durch einstweilige Verfügung zu sichern, gilt dies erst recht für den Anspruch auf Abschluss eines Mietvertrages im Konkurrenzverhältnis zweier Vormieter.**

OLG Hamm, Urteil vom 15.10.2003, Az.: 30 U 131/03

Tenor:

Auf die Berufung des Verfügungsbeklagten wird das am 30. Mai 2003 verkündete Urteil des Einzelrichters der 1. Zivilkammer des Landgerichts Hagen abgeändert.

Die einstweilige Verfügung des Landgerichts Hagen vom 30. Mai 2003 wird aufgehoben. Der Antrag der Verfügungsklägerin auf Erlaß der einstweiligen Verfügung wird zurückgewiesen. Die Verfügungsklägerin trägt die Kosten des Rechtsstreits.

Gründe:

I.

Die Verfügungsklägerin, die sich mit dem Vertrieb von Kfz-Kennzeichen und dem Zulassungsdienst befaßt, bemüht sich seit Spätsommer 2002 um die Anmietung eines Ladenlokals im Gebäude S-Straße in I, dessen Eigentümer der Verfügungsbeklagte ist, um dort im Umfeld des neu gestalteten Rathausbereiches Kfz-Kennzeichen anbieten zu können. Sie will es dem Verfügungsbeklagten untersagen, Dritten den Besitz an den Räumen einzuräumen.

Im September 2002 bot eine vom Verfügungsbeklagten beauftragte Maklerfirma der Verfügungsklägerin das Ladenlokal zur Miete an; hierzu erklärte der Geschäftsführer der Verfügungsklägerin seine Zustimmung. In einem Telefonat vom 25.10.2002 erteilte der Verfügungsbeklagte dem Geschäftsführer der Klägerin die Zusage, im Gebäude S-Straße in I das komplette Erdgeschoß mit 84 qm für 980,00 € oder hiervon 50 qm für 15,00 €/qm mit Konkurrenzschutz für eine Mietdauer von 10 Jahren anmieten zu können. Diese

mündliche Zusage bestätigte der Verfügungsbeklagte auf ein Schreiben der Verfügungsklägerin vom 29.10.2002 schriftlich.

Mit Schreiben vom 22.11.2002 bot die Maklerfirma der Verfügungsklägerin konkret die Anmietung eines Ladenlokals von 41,69 qm, das nur noch über ein "totes" Schaufenster zur S-Straße verfügte, an. Hiermit erklärte sich die Verfügungsklägerin mit Schreiben vom 29.11.2002 nicht einverstanden. Der Inhalt der weiteren Gespräche der Parteien ist streitig. Auf Veranlassung der Verfügungsklägerin sprach der Verfügungsbeklagte die Inhaberin des benachbarten Copyshops, Frau U, darauf an, ob sie bereit sei, verbindlich zu erklären, auf die Herstellung von Kfz-Kennzeichen bzw. deren Verkauf in ihren Geschäftsräumen zu verzichten. Dies lehnte diese ab. Auf eine Anfrage der Verfügungsklägerin vom 22.04.2003 antwortete der Verfügungsbeklagte am nächsten Tag, die Verfügungsklägerin habe selbst in Anbetracht der Wettbewerbssituation signalisiert, nicht mehr an einer Anmietung interessiert zu sein. Man habe mit großen Mühen eine andere Lösung gefunden.

Der Verfügungsbeklagte ist noch im Besitz der Räume. Über deren Vermietung hat er zwischenzeitlich mit einem Herrn T3 eine Einigung erzielt. Dieser wollte im Gebäude S-Straße zunächst im Erdgeschoß einen "Telefon-Shop" und im Obergeschoß ein "Internet-Café" betreiben. Hierzu erteilte der Verfügungsbeklagte seine Zustimmung. Ein schriftlicher Mietvertrag über die Räume wurde von Herrn T3 bereits vor dem erstinstanzlichen Urteil unterzeichnet. Der Verfügungsbeklagte hat seine Unterschrift von einer Genehmigung der Baubehörde und einer Finanzierungszusage seiner Bank abhängig gemacht, Herr T3 aber mündlich die feste Zusage erteilt, die Räume anmieten zu können. Als die zuständige Behörde die Genehmigung für den Betrieb eines Internet-Cafés im Obergeschoß nicht erteilte, beschloß Herr T3, dort ein allgemeines Café zu betreiben. Daraufhin erstreckte der Verfügungsbeklagte seine zuvor mündlich erteilte Zusage auch auf die Anmietung der Räume zu diesem Zweck. Dies erfolgte ebenfalls noch vor der erstinstanzlichen Entscheidung.

Die Verfügungsklägerin hat vorgetragen, der Vereinbarung vom 25./29.10.2002 habe ein ihr von der Maklergesellschaft übermittelter Plan zugrundegelegen, der eine an sie, die Verfügungsklägerin, zu vermietende Fläche von 50 qm mit vier Schaufenstern zur S-Straße hin ausgewiesen habe. Sie habe zu keiner Zeit erklärt, an der Anmietung der Räume kein Interesse zu haben. Sie habe in einem Telefonat von Dezember 2002 lediglich die Anmietung des kleineren Ladenlokals von 41,69 qm davon abhängig gemacht, daß eine Erklärung der Frau U vorgelegt würde, wonach diese auf die Herstellung und den Vertrieb von Kfz-Kennzeichen verzichte. Noch bei einem im Januar 2003 geführten Telefonat habe ihr Geschäftsführer dem Verfügungsbeklagten erklärt, er könne sich auch mit einer kleineren Schaufensterfläche einverstanden erklären.

Der Verfügungsbeklagte hat behauptet, der von der Verfügungsklägerin vorgelegte Plan sei ihm unbekannt. Der Vereinbarung vom 25./29.10.2002 habe ein Plan zugrundegelegen, nachdem zu dem zur S-Straße hin gelegenen Ladenlokal nur zwei Schaufenster gehörten. Ferner hat der Verfügungsbeklagte behauptet, der Geschäftsführer der Klägerin habe bei einem im Dezember 2002 geführten Telefonat erklärt, er habe an der Anmietung jeglicher Räume kein Interesse, wenn nicht die Erklärung der Frau U beigebracht würde, daß diese auf die Fertigung und den Verkauf von Kfz-Schildern verzichte. Nachdem klar gewesen sei, daß Frau U eine solche Erklärung nicht abgeben würde, hätte sich die Verfügungsklägerin bis Ende April 2002 bei ihm nicht mehr gemeldet.

Das Landgericht hat den Verfügungsbeklagten auf den Antrag der Verfügungsklägerin im Wege der einstweiligen Verfügung verurteilt, es zu unterlassen, den Besitz an dem im Hause S-Straße in I im Erdgeschoß gelegenen Ladenlokal bis zur rechtskräftigen Klärung seiner Verpflichtung zum Abschluß eines Mietvertrages mit der Verfügungsklägerin an

Dritte zu überlassen. Zur Begründung hat das Gericht ausgeführt, der Verfügungsklägerin stünde ein Anspruch auf Abschluß eines Mietvertrages aus der Vereinbarung der Parteien vom 25./29.10.2002 über die in dieser Vereinbarung genannten Räume zu. Hiermit sei ein wirksamer Vorvertrag zustande gekommen, da das Mietobjekt, die Mietdauer und der Mietzins festgelegt worden seien. Unschädlich sei, daß offen gewesen sei, ob der Mietvertrag über die größere oder die kleinere Fläche abgeschlossen werden sollte. Insoweit hätte dem Verfügungsbeklagten ein Wahlrecht zugestanden. Daß die Verfügungsklägerin irrtümlich davon ausgegangen sei, die Vereinbarung beziehe sich auf einen ihr überlassenen Plan mit vier Schaufenstern, sei unschädlich. Der Verfügungsanspruch sei auch nicht untergegangen. Es sei nicht festzustellen, daß die Verfügungsklägerin ihre Rechte aus der Vereinbarung aufgegeben habe. Für seine dementsprechende Behauptung sei der Verfügungsbeklagte beweisfällig geblieben. Nach den Angaben der Parteien vor der Kammer sei nicht festzustellen, welche der beiden Varianten zum Inhalt des im Dezember 2002 geführten Telefonates überwiegend wahrscheinlich sei. Ein Verfügungsgrund bestehe, da eine Gefährdung des Anspruchs aus dem Vorvertrag durch die beabsichtigte Überlassung des Mietobjektes an Herrn T3 gegeben sei. Denn danach sei der Verfügungsbeklagte zur Überlassung des Objektes an die Verfügungsklägerin nicht mehr in der Lage und sei daher nach § 242 BGB auch zum Abschluß eines Mietvertrages nicht mehr verpflichtet. Dem Anspruch auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung stehe auch nicht entgegen, daß die Vertragsfreiheit des Verfügungsbeklagten als Vermieter systemwidrig beeinträchtigt werde. Zwar bestünde eine entsprechende Auffassung in Rechtsprechung und Literatur für den Fall der Doppelvermietung. Das Gericht schließe sich jedoch der Ansicht an, wonach für beide Mieter die Möglichkeit bestehe, ihre jeweiligen Ansprüche auf Überlassung auch im Wege der einstweiligen Verfügung durchzusetzen. Denn beide Mieter könnten ihre Ansprüche auch im Hauptsacheverfahren durchsetzen und vollstrecken. Zudem sei die Privatautonomie des Vermieters, der beide Verträge abgeschlossen habe, nicht schützenswert.

Gegen dieses Urteil wendet sich der Verfügungsbeklagte mit seiner Berufung, mit der er die Aufhebung der erlassenen einstweiligen Verfügung und die Zurückweisung des Antrags der Verfügungsklägerin begehrt. Er verbleibt bei seinem erstinstanzlichen Vorbringen und trägt ergänzend wie folgt vor:

Zwischen den Parteien sei kein Vorvertrag zustande gekommen. Die Parteien hätten lediglich Absichtserklärungen ohne Rechtsbindungswillen abgegeben. Dies ergebe sich insbesondere daraus, daß das Mietobjekt nicht bestimmt und auch nicht bestimmbar gewesen sei. In jedem Fall scheitere die Annahme eines Vorvertrages daran, daß bei den Erklärungen vom 25./29.10.2003 ein Dissens über die Räumlichkeiten bestanden habe, da die Parteien von unterschiedlichen Plänen ausgegangen seien. Entgegen der Auffassung des Landgerichts stehe darüber hinaus fest, daß die Verfügungsklägerin gegebenenfalls auf mögliche Rechte aus einem Vorvertrag bei dem Telefonat von Dezember 2002 verzichtet habe. Aus den feststehenden Umständen ergebe sich, daß seine, des Verfügungsbeklagten, Darstellung des Inhalts dieses Telefonates überwiegend wahrscheinlich sei, die Angaben der Verfügungsklägerin hingegen jedweder Plausibilität entbehrten. Schließlich habe das Landgericht rechtsfehlerhaft verkannt, daß einem Vermieter durch einstweilige Verfügung nicht untersagt werden könne, ein bereits vermietetes Objekt erneut zu vermieten und an den Vertragspartner des späteren Vertrages zu übergeben. Der Vermieter habe das Wahlrecht, zu entscheiden, wem er das Objekt übergeben wolle; in dieses Wahlrecht dürften die Gerichte nicht eingreifen.

Die Verfügungsklägerin erklärt die Zurückweisung der Berufung. Sie verteidigt das Urteil des Landgerichts als richtig und vertieft ihr erstinstanzliches Vorbringen.

II.

Die Berufung des Verfügungsbeklagten ist zulässig und begründet.

Der Verfügungsklägerin steht ein Anspruch auf Erlaß der beantragten einstweiligen Verfügung nicht zu, da die begehrte Untersagung einer Besitzüberlassung der streitgegenständlichen Räume durch den Verfügungsbeklagten an Dritte im Wege der einstweiligen Verfügung unstatthaft ist.

1. Zwischen dem Verfügungsbeklagten und Herrn T3 bestand schon bei Erlaß des erstinstanzlichen Urteils ein wirksamer Vorvertrag über die Anmietung der im Erdgeschoß und ersten Obergeschoß des Hauses S-Straße in I gelegenen Räume durch Herrn T3. Es ist unstrittig, daß sich der Verfügungsbeklagte und Herr T3 mündlich darauf geeinigt haben, daß ein endgültiger Mietvertrag über die Räume, in denen Herr T3 einen Telefon-Shop und ein Internet-Café betreiben wollte, abgeschlossen werden sollte, sobald eine Genehmigung der Baubehörde und eine Finanzierungszusage der Bank vorlag. Ferner ist unstrittig, daß Herr T3 bereits einen entsprechenden schriftlichen Mietvertrag unterzeichnet und daß der Verfügungsbeklagte ihm die feste Zusage, die Räume anmieten zu können, erteilt hatte. Schließlich ist es auch nicht im Streit, daß Herr T3 die Räume im ersten Obergeschoß zum Betrieb eines einfachen Betriebs nutzen wollte, nachdem die zuständige Behörde die Genehmigung eines Internet-Cafés versagte, und daß der Verfügungsbeklagte umgehend seine Zusage auch auf diese Nutzung der Räume erstreckte; eine entsprechende nachvollziehbar und glaubhafte Erklärung des Verfügungsbeklagten vor dem Senat hat die Verfügungsklägerin nicht bestritten. Diese Erklärungen der beteiligten Personen begründen einen wirksamen Vorvertrag zwischen dem Verfügungsbeklagten und Herrn T3. Dem vom Geschäftsführer der Verfügungsklägerin vor dem Senat gestellten Antrag, dem Verfügungsbeklagten aufzugeben, "die Mietvorvereinbarung vorzulegen", war danach nicht nachzugehen, da es eine von beiden Vertragsparteien unterzeichnete Mietvorvereinbarung nicht gegeben hat und da die Umstände, die den Abschluß eines wirksamen Vorvertrages begründeten, in diesem Rechtsstreit unstrittig sind.

2. Der sich aus diesem Vorvertrag ergebende Anspruch des Herrn T3 auf Abschluß eines endgültigen Mietvertrages stand und steht einem Anspruch der Verfügungsklägerin, es dem Verfügungsbeklagten im Wege der einstweiligen Verfügung zu untersagen, die streitgegenständlichen Räume an Dritte zu überlassen, entgegen. Dabei kann dahinstehen, ob zwischen den Parteien dieses Rechtsstreites tatsächlich ebenfalls ein wirksamer Vorvertrag über die Anmietung der im Erdgeschoß des Hauses S-Straße in I gelegenen Räume oder Teile von ihnen geschlossen wurde. Den Abschluß eines endgültigen Mietvertrages enthalten die Erklärungen der Parteien, einschließlich der vom Verfügungsbeklagten beauftragten Maklerfirma, zweifelsfrei nicht, da es zumindest an der endgültigen Festlegung des Mietobjektes fehlte. Der mögliche Anspruch auf Abschluß eines Mietvertrages aus einem Mietvorvertrag begründete aber noch nicht ein Recht der Verfügungsklägerin, dem Verfügungsbeklagten die Überlassung der Räume an Herrn T3 im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes zu untersagen. Dabei kommt es nicht darauf an, ob zwischen dem Verfügungsbeklagten und Herrn T3 bislang lediglich ein Vorvertrag geschlossen wurde, oder ob es mittlerweile, wie es der Verfügungsbeklagte behauptet, zum Abschluß eines endgültigen Mietvertrages gekommen ist; der von der Verfügungsklägerin beantragten Vorlage eines eventuellen endgültigen Mietvertrages bedurfte es daher nicht. Denn der Anspruch eines Vormieters auf Abschluß eines Mietvertrages mit der Folge eines Anspruchs auf Überlassung des Mietobjektes ist entgegen der Auffassung des Landgerichts gegenüber einem zweiten Vermieter, der den gleichen Anspruch besitzt, nicht durch einstweilige Verfügung zu sichern.

a) Für den Fall der Doppelvermietung ist es in Literatur und Rechtsprechung umstritten, ob ein Mieter seinen Anspruch auf Besitzüberlassung gegenüber dem zweiten Mieter durch einstweilige Verfügung sichern kann. Das Oberlandesgericht Düsseldorf (NJW-RR 1991, 137) hat dies ohne Problematisierung und Begründung bejaht; dem folgen Teile der Literatur (Staudinger/Emmerich, BGB, Neubearbeitung 2003, § 536 Rn. 48; Zöller/

Vollkommer, ZPO, 23. Aufl. 2002, § 938 Rn. 12; Kluth/Grün, NZM 2002, 473; Derleder/Pellegrino, NZM 1998, 557; Wichert, ZMR 1997, 16) mit unterschiedlichen Begründungen. Demgegenüber haben die Oberlandesgerichte Frankfurt (NJW-RR 1997, 77), Brandenburg (MDR 1998, 98) und Schleswig (MDR 2000, 1428) bei dieser Konstellation den Erlaß einer einstweiligen Verfügung als nicht zulässig abgelehnt (ebenso Ehlert, in: Bamberger/Roth, BGB, 2. Aufl. 2003, vor § 535 Rn. 10; Eisenschmid, in: Schmidt/Futterer, Mietrecht, 8. Aufl. 2003, § 536 Rn. 250 f., 274; Palandt/Weidenkaff, BGB, 62. Aufl. 2003, § 536 Rn. 30; Ulrici, ZMR 2002, 881; Schuschke/Walker, Vollstreckung und vorläufiger Rechtsschutz, 2. Aufl. 1999, Vorbemerkung zu § 935 Rn. 40 a.E.).

Der Senat ist mit der neuen Rechtsprechung der Obergerichte und der sie unterstützenden Literaturmeinungen der Auffassung, daß eine einstweilige Verfügung zur Sicherung des Überlassungsanspruchs eines Mieters gegenüber den Rechten eines anderen Mieters als Sicherungsmittel nicht statthaft und ihr Erlaß daher unzulässig ist. Hierfür sprechen entscheidend zwei Gründe:

aa) Der Zulässigkeit der einstweiligen Verfügung steht der Schutz der Privatautonomie des Schuldners entgegen. Es ist Sache des Vermieters, als Schuldner zu bestimmen, welchen der beiden Überlassungsansprüche er erfüllt und an welchen Mieter er Schadensersatz leistet. Denn der Vermieter, der einen Mietvertrag abschließt, begibt sich noch nicht seines durch die Vertragsfreiheit geschützten Rechtes, an einen Dritten erneut zu vermieten. Bis zur Zwangsvollstreckung bleibt ihm das Wahlrecht, zu bestimmen, welchen Vertrag er erfüllen will; dieses Wahlrecht ist als Ausfluß der Vertragsfreiheit schützenswert. In dieses Recht darf nicht durch eine einstweilige Verfügung dergestalt eingegriffen werden, daß der Schuldner gezwungen würde, an den Gläubiger zu leisten, der als erster eine einstweilige Verfügung erwirkt und vollzieht (ebenso OLG Frankfurt, OLG Brandenburg, OLG Schleswig, Eisenschmid, in: Schmidt/Futterer, jeweils a.a.O.).

Der gegenteiligen Auffassung, der Vermieter und seine Privatautonomie seien nicht schützenswert, da er sich selbst durch den ersten Vertragsschluß gebunden habe, hierdurch seine Privatautonomie eingeschränkt habe und später vertragsbrüchig geworden sei (Kluth/Grün, a.a.O.; Ulrici, a.a.O., S. 882; Wichert, a.a.O., S. 17), vermag der Senat nicht zu folgen. Es steht außer Frage, daß beim Abschluß zweier Mietverträge diese gleichermaßen wirksam sind und daß die Verträge gleichberechtigt nebeneinander stehen. Es gilt gerade nicht der Grundsatz der Priorität des Vertragsschlusses (anders wohl Derleder/Pellegrino, a.a.O.). Der Vermieter hat sich durch den ersten Vertragsschluß nicht in der Weise gebunden, daß sein Recht und seine Möglichkeit, weitere, gleichermaßen wirksame Verträge abzuschließen und diese zu erfüllen, eingeschränkt ist. Schützenswert ist auch in dieser Situation nicht der Vermieter, sondern seine Privatautonomie. Diese gilt auch und gerade in der sogenannten Zwickmühle, und zwar bis zur Grenze des kollusiven oder sonstwie sittenwidrigen Verhaltens, für das hier jedweder Anhaltspunkt fehlt.

Unzutreffend ist nach Auffassung des Senates auch das Argument des Landgerichts, es sei unumstritten, daß beide Mieter ihre Ansprüche jedenfalls im Hauptsacheverfahren durchsetzen und vollstrecken könnten; es gelte mithin ein Wettbewerb der Gläubiger. Für den einstweiligen Rechtsschutz müsse dasselbe gelten. Hierbei wird übersehen, daß durch eine einstweilige Verfügung in das Wahlrecht des Schuldners, anders als bei einer Entscheidung im Erkenntnisverfahren, durch staatliche Zwangsmittel eingegriffen wird. Im Erkenntnisverfahren wird lediglich der dem einen Mieter selbstverständlich zustehende Überlassungsanspruch ausgeurteilt, ohne daß dies Einfluß auf den gleichermaßen bestehenden Überlassungsanspruch des anderen Mieters hätte; das Wahlrecht des Schuldners, bis zur Durchführung der Zwangsvollstreckung selbst zu entscheiden, gegenüber welchem der Mieter er den Vertrag erfüllen und an welchen Mieter er Schadensersatz leisten will, bleibt hierdurch unberührt. Im Wege des

einstweiligen Rechtsschutzes würde hingegen die Erfüllung des anderen Überlassungsanspruchs mit einem staatlichen Verbot belegt, das zudem mit staatlichen Zwangsmitteln bewehrt wäre. Der Vermieter sähe sich für den Fall, daß er gegenüber dem Mieter, der die einstweilige Verfügung nicht erwirkt hat, erfüllen wollte, der Gefahr erheblicher staatlicher Zwangsmittel, insbesondere der Verhängung von nicht unerheblichen Ordnungsgeldern, ausgesetzt. Dies würde seine Wahlfreiheit in einem gegen den Grundsatz der Privatautonomie verstoßenden Maße einschränken.

bb) Zu einer anderen Bewertung führt auch nicht die in Rechtsprechung und Literatur ganz überwiegend angenommene Zulässigkeit einer einstweiligen Verfügung im Fall des Doppelverkaufs. Denn für diese Konstellation bestehen gesetzliche Kollisionsnormen, die die Zulässigkeit eines Eingriffs in die Privatautonomie des Schuldners im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes begründen; solche Kollisionsnormen fehlen im Fall der Doppelvermietung. Beim Doppelverkauf eines Grundstücks ist der Gläubiger kraft ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung in §§ 883, 885 BGB in der Lage, die Entscheidungsfreiheit des Schuldners, an wen er leisten will, durch einstweilige Verfügung einzuschränken. Die Rechtsschutzmöglichkeit des Gläubigers reicht kraft Gesetzes weiter als die Privatautonomie des Schuldners. Der Verschaffungsanspruch des Schuldners kann wirksam gegenüber jedem weiteren Gläubiger durch Vormerkung gesichert werden. Es gilt aufgrund ausdrücklicher gesetzlicher Normierung das Prioritätsprinzip, das heißt, maßgeblich ist der Zeitpunkt der Entstehung der Vormerkung (vgl. Palandt/Bassenge, a.a.O., § 883 Rn. 20). Im Fall des Doppelverkaufs einer beweglichen Sache ist zwar die Frage, ob eine einstweilige Verfügung zur Sicherung des Verschaffungsanspruchs erwirkt werden kann, oder ob dem die Entscheidungsfreiheit des Schuldners entgegensteht, nicht materiell-rechtlich geregelt. Wenn aber eine einstweilige Verfügung erlassen und vollzogen wird, ist der Erschaffungsanspruch über §§ 135 Abs. 1 S. 1, 136 BGB materiell-rechtlich gesichert. Es ist anerkannt, daß die einstweilige Verfügung zu den Anwendungsfällen des § 136 BGB zählt. In diesem Anwendungsbereich gilt aber das Prioritätsprinzip, so daß maßgeblich die Vollziehung der einstweiligen Verfügung mit Zwangsmittellandrohung ist (vgl. Musielak/Huber, ZPO, 3. Aufl. 2002, § 936 Rn. 5).

Eine derartige gesetzliche Regelung besteht aber für den Fall einer Doppelvermietung nicht. Zum einen fehlt eine den § 883 BGB vergleichbare Norm; die Frage, ob die Entscheidungsfreiheit des Schuldners dem Erlaß einer einstweiligen Verfügung entgegensteht, ist materiell-rechtlich nicht ausdrücklich gelöst. Es fehlt zum anderen aber auch eine den §§ 135, 136 BGB entsprechende Norm. Die Regelung ist nicht unmittelbar anwendbar, da die Besitzüberlassung einen Realakt und keine Verfügung darstellt. Aber auch eine entsprechende Anwendung der §§ 135, 136 BGB kommt nach Auffassung des Senates nicht in Betracht (ebenso Kluth/Grün, a.a.O., S. 476; Ulrici, a.a.O., S. 883; anderer Ansicht Wichert, a.a.O., S. 18). Einer solchen Analogie steht entgegen, daß sie nicht nur in einer Auswechslung des Tatbestandes bestünde, sondern daß auch die gesetzlich geregelte Rechtsfolge geändert würde. An die Stelle der relativen Unwirksamkeit einer Verfügung trete nämlich die relativ unwirksame Besitzübertragung. Eine solche Konstruktion findet aber im BGB keine Stütze und ist auch denkgesetzlich problematisch.

Aufgrund des Fehlens anderweitiger gesetzlicher Regelungen hat es aber bei dem Vorrang der Privatautonomie des Schuldners zu verbleiben.

cc) Das Fehlen einschlägiger Kollisionsnormen steht der Zulässigkeit der einstweiligen Verfügung zur Sicherung des Anspruchs auf Besitzüberlassung im Fall der Doppelvermietung aber auch aus einem anderen Grund entgegen. Da §§ 135, 136 BGB nicht entsprechend anwendbar sind, läßt sich der Anspruch des Mieters auf Gebrauchsüberlassung mittels der einstweiligen Verfügung im Ergebnis nicht wirksam schützen; denn eine verbotswidrige Gebrauchsüberlassung an einen anderen Mieter

wäre mangels gesetzlicher Einschränkungen materiell-rechtlich in jedem Fall uneingeschränkt wirksam. Mithin ist die einstweilige Verfügung im Ergebnis als Sicherungszweck untauglich.

Zudem ist der Kollisionsfall zweier widersprechender einstweiliger Verfügungen nicht gelöst und nicht lösbar. Es kann nicht auf die Reihenfolge des Vollzuges der einstweiligen Verfügung abgestellt werden. Der Prioritätsgrundsatz greift nicht ein, weil den §§ 883 Abs. 2, 135, 136 BGB entsprechende materiell-rechtliche Kollisionsnormen fehlen. Es bliebe eine Pattsituation, die die Gefahr bürge, daß der Vermieter unter Umständen über mehrere Jahre wegen der gerichtlichen Verbote an keine Partei leisten könnte.

b) Ist aber schon der Anspruch des Mieters auf Besitzüberlassung gegenüber dem gleich gerichteten Anspruch eines anderen Mieters nicht durch einstweilige Verfügung zu sichern, gilt dies erst recht für den Anspruch auf Abschluß eines Mietvertrages im Konkurrenzverhältnis zweier Vormieter. Die Rechtsposition des Vormieters ist gegenüber der des Mieters deutlich schwächer; sie gewährt ihm gegenüber dem Vermieter sicher keine weitergehenden Rechte. Die die Unstatthaftigkeit der einstweiligen Verfügung tragenden Gründe gelten hingegen im Konkurrenzverhältnis zweier Vormieter gleichermaßen. Das Wahlrecht des Vermieters, mit wem er zur Überlassung des Mietobjektes einen endgültigen Vertrag abschließt, würde durch die einstweilige Verfügung deutlich eingeschränkt, da ihm die Erfüllung eines Vertrages mit dem Konkurrenten bei Einhaltung des gerichtlichen Verbotes unmöglich würde. Hinzu kommt, daß sich der Vermieter durch einen Vorvertrag deutlich geringer bindet als durch einen endgültigen Mietvertrag; durch ein im Wege einstweiliger Verfügung ausgesprochenes Überlassungsverbot würde mithin seine Privatautonomie weitergehend eingeschränkt. Schließlich besteht auch das Problem konkurrierender Überlassungsverbote in gleicher Weise wie im Fall der Doppelvermietung.

Da die Verfügungsklägerin danach mit der beantragten einstweiligen Verfügung ein unstatthaftes Sicherungsmittel begehrt, ist ihr Antrag auf Erlaß der einstweiligen Verfügung unbegründet. Die Berufung des Verfügungsbeklagten gegen das zusprechende erstinstanzliche Urteil ist mithin begründet.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 91 Abs. 1 ZPO.

)