

## Einstweilige Verfügung und Betriebspflicht: Kann der Vermieter die Betriebspflicht mit einstweiliger Verfügung durchsetzen?

**Verstößt der Mieter gegen die vertraglich vereinbarte Betriebspflicht, so kann der Vermieter die Wiedereröffnung des Geschäftsbetriebs auch im Wege der einstweiligen Verfügung erzwingen (hier: Verkauf von Modellautos im Oldtimer-Zentrum).**

KG Berlin, U. v. 12.9.2011 – 8 U 141/11 – www.juris.de

**Der Fall:** Die Mieterin mietet einen Laden für den Verkauf von Modellautos und Autorennbahnen. Der Laden befindet sich direkt gegenüber dem Eingang eines ehemaligen Straßenbahn-depots, das zu einem Oldtimer-Zentrum umgebaut wurde, in dem Oldtimer-Verkäufer, Werkstätten, Zubehörhändler u.v.a. ihre Dienste anbieten. In unmittelbarer Nähe befinden sich zwei leerstehende Geschäfte und eine Eventfläche. Die Vertragsparteien vereinbaren, dass die Mieterin ihren Laden werktäglich zwischen 11 und 17 Uhr zu betreiben hat. Am 16.5.2011 stellt die Mieterin den Betrieb ein. Mit Schreiben vom 23.5.2011 kündigt die Mieterin ohne vorherige Abmahnung fristlos und hilfsweise fristgemäß zum 30.9.2011. Der Vermieter beantragt daraufhin vor dem Landgericht den Erlass einer einstweiligen Verfügung, um die Wiedereröffnung zu erzwingen. Da der Antrag keinen Erfolg hat, geht er in die Berufung.

**§ 940 ZPO** Einstweilige Verfügung zur Regelung eines einstweiligen Zustandes

Einstweilige Verfügungen sind auch zum Zwecke der Regelung eines einstweiligen Zustandes in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis zulässig, sofern diese Regelung, insbesondere bei dauernden Rechtsverhältnissen zur Abwendung wesentlicher Nachteile oder zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus anderen Gründen nötig erscheint.

**Hintergrund Betriebspflicht:** Die Betriebspflicht kann im Mietvertrag vereinbart werden (BGH, 3.3.2010 – XII ZR 131/08 – Info M 2010, 219 (Ghassemi-Tabar); OLG Düsseldorf, 17.8.2000 – 24 W 49/00 – NZM 2001, 131; OLG Hamburg, 3.4.2002 – 4 U 236/01 – ZMR 2003, 254).

**Hintergrund einstweiliger Rechtsschutz und Betriebspflicht:** Ob der Vermieter sich mit einstweiliger Verfügung wehren kann, ist streitig:

- einstweilige Verfügung zulässig (h.L.): OLG Frankfurt, 10.12.2008 – 2 U 250/80 – Info M 2009, 171 (Knipschild); OLG Celle, 3.7.2007 – 2 W 56/07 – Info M 2008, 22 (Knop);

KG, 10.1.2004 – 8 U 92/04 – GE 2004, 159; OLG Düsseldorf, 17.8.2000 – 24 W 49/00 – NZM 2001, 131.

- nur unter bestimmten (engeren) Voraussetzungen zulässig: KG, 18.10.2004 – 8 U 92/04 – NZM 2005, 620: Befürchtungen über negative Auswirkungen reichen zur Glaubhaftmachung eines Verfügungsgrundes nicht aus.
- unzulässig: OLG Naumburg, 21.11.1997 – 2 W 14/97 – NZM 1998, 575; Schmidt-Futterer (Eisenschmid), 10. Auflage 2011, § 535 Rdn. 228: die Durchsetzung der Betriebspflicht kann weder als vertretbare Handlung nach § 887 ZPO noch als unvertretbare nach § 888 ZPO vollstreckt werden.

**Die Entscheidung:** Die Berufung hat Erfolg. Ein Verfügungsanspruch sei anzuerkennen. Er ergebe sich aus der wirksam vereinbarten Betriebspflicht (Hinweis auf Schmidt-Futterer (Eisenschmid), 11. Aufl. 2011, § 535 Rdn. 222). Der Mieter habe diese Pflicht verletzt, als er den Betrieb am 16.5.2011 einstellte. Die Betriebspflicht sei durch die fristlose Kündigung nicht entfallen, da diese Kündigung unwirksam war. Wichtige Gründe i.S.d. § 543 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 BGB habe der Mieter nicht glaubhaft gemacht.

Auch ein Verfügungsgrund sei gegeben; der Vermieter sei auf die sofortige Erfüllung dringend angewiesen. Ein ordentliches Verfahren hätte aufgrund des kurz bevorstehenden Vertragsendes am 30.9.2011 keinen Erfolg haben können. Die lange Dauer des Hauptsacheverfahrens unterlaufe den Sinn der Betriebspflichtvereinbarung. Eine Betriebsschließung lasse einen Attraktivitätsverlust für andere Mietinteressenten und Eventveranstalter erwarten. Außerdem seien Umsatzeinbußen anderer Mieter und weitere Ladenschließungen zu befürchten. Ein zusätzlicher Vortrag für das Bestehen eines Verfügungsgrundes sei nicht erforderlich, da dies die zeitnahe Durchsetzung der Betriebspflicht unzumutbar erschweren würde (Hinweis auf OLG Hamburg, 6.1.2003 – 4 W 1/03 – WuM 2003, 641; OLG Celle, 3.7.2007 a.a.O.).

**Kommentar Ergebnis und Begründung:** Das Urteil überzeugt. Ist die Betriebspflicht im Mietvertrag vereinbart, so muss der Vermieter auch die Möglichkeit haben, den Mieter im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes zu verpflichten, seine vertraglich übernommene Pflicht zu erfüllen. Für die Glaubhaftmachung der drohenden Nachteile sollten keine allzu hohen Anforderungen gestellt werden.

**Vertragsgestaltung Vermieter:** Der Vermieter sollte stets prüfen, ob die Vereinbarung einer Betriebspflicht zweckmäßig ist.

**Verlust des Rechtsschutzinteresses:** Stellt der Mieter seinen Betrieb ein, sollte der Vermieter nicht zu lange zuwarten, bis er die einstweilige Verfügung beantragt. Denn ein längeres Zuwarten kann so ausgelegt werden, dass es der Vermieter doch nicht so eilig hat. Die Dringlichkeitsvermutung wird widerlegt, vgl. umfangr. Rspr. zum Urheber- und Wettbewerbsrecht, etwa OLG Hamburg, 20.3.2008 – 7 W 19/08 – NJW-RR 2008, 1435.

RAin Sofia Diamantopoulos  
Aclanz, Frankfurt/M.  
www.aclanz.de