Betriebspflicht: Wie wird sie vollstreckt?

Ein Titel auf Erfüllung einer mietvertraglichen Betriebspflicht wird nach § 888 Abs. 1 ZPO (Zwangsgeld/Zwangshaft) vollstreckt. Bedarf es für den Betrieb der Mitwirkung Dritter (hier: Erlaubniserteilung einer Behörde), so hindert dies die Vollstreckung nur dann, wenn der Mieter „alles in seiner Macht Stehende" tut, um die Mitwirkung zu erreichen. Seine entsprechenden Bemühungen muss er im Zwangsvollstreckungsverfahren konkret vortragen.

OLG Hamburg, Beschl. v. 21.8.2013 – 8 W 72/13 – BeckRS 2013, 19726

Der Fall: Es geht um eine bis 2018 vermietete Apotheke. Der Mietvertrag enthält eine Betriebspflichtvereinbarung. Der Mieter M stellt den Betrieb Anfang 2012 ein und nimmt ihn auch nach rechtskräftiger Verurteilung zur Erfüllung der Betriebspflicht nicht wieder auf. Daraufhin leitet der Vermieter V die Zwangsvollstreckung ein und beantragt, M ein Zwangsgeld, ersatzweise Zwangshaft aufzuerlegen. M wendet Unmöglichkeit ein: Die behördliche Erlaubnis zum Betrieb der Apotheke sei wegen mehr als einjährigen Nichtgebrauchs erloschen, § 3 Nr. 4 ApoG. Die Erteilung einer neuen Genehmigung sei von vornherein ausgeschlossen, weil er wegen der in der Vergangenheit erwirtschafteten Verluste nicht zuverlässig sei (§ 2 Abs. 1 Nr. 4 ApoG) und er nicht über die Mittel verfüge, um die Räume in den vorgeschriebenen Zustand zu bringen (§ 2 Abs. 1 Nr. 6 ApoG).

> **§ 888 ZPO** Nicht vertretbare Handlungen
>
> (1) Kann eine Handlung durch einen Dritten nicht vorgenommen werden, so ist, wenn sie ausschließlich von dem Willen des Schuldners abhängt, auf Antrag von dem Prozessgericht des ersten Rechtszuges zu erkennen, dass der Schuldner zur Vornahme der Handlung durch Zwangsgeld und für den Fall, dass dieses nicht beigetrieben werden kann, durch Zwangshaft oder durch Zwangshaft anzuhalten sei. […]
>
> **§ 2 ApoG** Voraussetzungen für die Erlaubniserteilung
>
> (1) Die Erlaubnis ist auf Antrag zu erteilen, wenn der Antragsteller […]
> 4. die für den Betrieb einer Apotheke erforderliche Zuverlässigkeit besitzt […]
> 6. nachweist, daß er im Falle der Erteilung der Erlaubnis über die nach der Apothekenbetriebsordnung (§ 21) vorgeschriebenen Räume verfügen wird […]

Hintergrund: Es ist streitig, ob und wie ein Titel auf Erfüllung einer mietvertraglichen Betriebspflicht, bei dem es um eine unvertretbare Handlung geht, vollstreckt werden kann:

- Titel nicht vollstreckbar: Eine Vollstreckung nach § 888 ZPO scheidet generell aus, weil der Mieter zur Erfüllung der Betriebspflicht Arbeits- und Lieferantenverträge abschließen muss, die unvertretbare Handlung also nicht alleine von seinem Willen abhängt, vgl. OLG Naumburg, 21.11.1997 – 2 W 14-97 – NZM 1998, 575; OLG Hamm, 10.10.1972 – 14 W 72/72 – NJW 1973, 1135.
- Titel nach § 888 ZPO vollstreckbar: Der Mieter muss alle zumutbaren Maßnahmen rechtlicher und tatsächlicher Art ergreifen, um die Mitwirkung Dritter zu erreichen. Nur wenn dies nicht gelingt, scheidet eine (weitere) Vollstreckung aus, Jendrek, NZM 2000, 526 (530); zu § 888 Abs. 1 ZPO generell auch BGH, 27.11.2008 – I ZB 46/08 – Info M 2009, 295 (Abramenko);
- Titel ausnahmsweise nach § 890 ZPO vollstreckbar: Besteht die Betriebspflicht nur noch für kurze Zeit, kann der Titel ausnahmsweise nach § 890 ZPO durch Ordnungsgeld/Ordnungshaft vollstreckt werden, weil die „Beugemittel" Zwangsgeld/Zwangshaft gemäß § 888 ZPO nach dem Ende der titulierten Verpflichtung nicht mehr in Betracht kommen, vgl. OLG Düsseldorf, 9.1.1997 – 24 U 94/96 – NJW-RR 1997, 648.

Die Entscheidung: Das OLG Hamburg gibt V Recht. Für die Vollstreckung der Betriebspflicht sei § 888 ZPO einschlägig. Zwar hänge die zu vollstreckende unvertretbare Handlung (auch) vom Willen Dritter ab. Die entsprechende gesetzliche Einschränkung sei aber restriktiv auszulegen. Eine Zwangsvollstreckung scheide nicht generell, sondern nur dann aus, wenn es dem Schuldner eindeutig unmöglich ist, die Zustimmung oder Mitwirkung des Dritten zu erlangen. Der Schuldner müsse alles in seiner Macht Stehende unternehmen, um die Mitwirkung oder Zustimmung des Dritten zu erlangen und seine entsprechenden Bemühungen im Einzelnen vortragen (Hinweis u.a. auf BGH, 27.11.2008, a.a.O.).

M habe aber keine konkreten Bemühungen vorgetragen, um eine (neue) Apothekenbetriebserlaubnis zu erlangen. Auch ein evidenter Versagungsgrund sei nicht hinreichend dargelegt: Im Hinblick auf § 2 Abs. 1 Nr. 6 ApoG fehle es an konkreten Darlegungen zum aktuellen Zustand der Räume und zum angeblich erforderlichen Investitionsbedarf. Im Hinblick auf § 2 Abs. 1 Nr. 4 ApoG ergebe sich allein aus den in der Vergangenheit erwirtschafteten Verlusten noch keine Unzuverlässigkeit.

Kommentar: Die Entscheidung des OLG Hamburg ist streng, aber richtig. Auch ein auf eine unvertretbare Handlung gerichteter Titel muss vollstreckbar sein; daher ist die restriktive Auslegung des einschränkenden Merkmals „ausschließlich von dem Willen des Schuldners abhängt" geboten. Und nach den Ausführungen des M bleiben hier tatsächlich deutliche Zweifel, dass er alles getan hat, um die (erneute) Erlaubnis zu erhalten.

RA Dr. Joachim Wichert
aclanz, Frankfurt/M.
www.aclanz.de

© Haufe-Verlag