

### Arbeitskreis 3

#### Die Betriebspflicht im Gewerberaummietvertrag

P. Jendrek, Vors. Richter am OLG Hamm

#### 1. Begriffsdefinition

Nicht nur bei der Raum- und Betriebspacht<sup>1</sup>, sondern auch bei der Anmietung von Gewerberaum spielt die Frage, ob den Nutzer eine Betriebspflicht trifft, eine immer größere Rolle. Unter Betriebspflicht versteht man auf dem Gebiet der Gewerberaummieta die Verpflichtung des Mieters, die angemieteten Räume während genau festgelegter oder doch bestimmbarer Öffnungszeiten bzw. Kernöffnungszeiten zu dem im Mietvertrag festgelegten Gebrauchszweck für das Publikum offenzuhalten, persönlich und/oder mit Hilfe von Arbeitskräften zu betreiben und ein angemessenes Waren- und/oder Dienstleistungsangebot bereitzuhalten<sup>2</sup>.

#### 2. Die Rechtslage nach dem Gesetz

a) Gemäß § 535 Abs. 1 S. 1 BGB wird der Vermieter durch den Mietvertrag verpflichtet, dem Mieter den Gebrauch der vermieteten Sache während der Mietzeit zu gewähren. Darüber, ob und ggf. in welchem Umfang der Mieter seinerseits zum Gebrauch der Mietsache verpflichtet ist, sagt das Gesetz nichts aus. Daraus wird allgemein gefolgert, dass den Mieter grundsätzlich keine Betriebs-/Gebrauchs- oder Nutzungspflicht trifft<sup>3</sup>.

Eine gegenteilige Annahme liefe darauf hinaus, dem Mieter anstelle des gesetzlich fixierten Gebrauchsrechts eine Gebrauchspflicht aufzuerlegen<sup>4</sup>.

Auch der Schutz der berechtigten Vermieterinteressen erfordert grundsätzlich keine Betriebspflicht des Mieters. Der in § 535 S.2 BGB beschriebene Hauptanspruch des Vermieters auf Zahlung des vereinbarten Mietzinses wird bereits durch das Gesetz hinreichend geschützt. Macht nämlich der Mieter aus Gründen, die in seiner Person liegen, von der Mietsache keinen Gebrauch, so wird er dennoch – wie sich aus § 552 Abs. 1 S. 1 BGB ergibt – von der Verpflichtung zur Entrichtung des Mietzinses nicht befreit.

Besteht mithin für den Mieter grundsätzlich keine Betriebspflicht, so braucht er das Geschäftslokal erst gar nicht zu eröffnen, es auch nicht, insbesondere nicht während der nach dem Ladenschlussgesetz zulässigen Öffnungszeiten offenzuhalten; vielmehr darf er – soweit die Parteien nichts anderes vereinbart haben – den Geschäftsbetrieb in den Mieträumen jederzeit einstellen<sup>5</sup>.

b) Die Frage, ob im Einzelfall eine den Mieter treffende Obhutspflicht die Verpflichtung zum Gebrauch beinhalten kann, kann in diesem Zusammenhang unbeantwortet bleiben. Diese Problematik mag bei der Anmietung eines Reitpferdes relevant sein<sup>6</sup>, nicht aber bei der Anmietung von Geschäftsräumen.

#### 3. Die Begründung der Betriebspflicht

a) Der Vermieter kann allerdings ein anzuerkennendes, über den Normalfall hinausgehendes Interesse daran haben, dass der Mieter die angemieteten Geschäftsräume im Rahmen des vertragsgemäßen Gebrauchs auch tatsächlich nutzt. Ein solches Interesse kann z. B. durch die Gefahr begründet sein, dass das Mietobjekt bei Nichtbenutzung in seinem Marktwert sinkt oder dass eine künftige Anschlussvermietung zum gleichen Gebrauchszweck wegen des mit der Nichtnutzung verbundenen Verlustes des Kundenstamms erschwert oder nur noch zu einem unter dem bisherigen Mietzins liegenden Entgelt möglich sein wird. Ein Vermieter eines aus einer Vielzahl von Ladenlokalen, die ausschließlich von einer Durchgangshalle aus erreichbar sind, bestehenden Einkaufszentrums hat in aller Regel nicht nur ein Interesse an der Vermietung aller Räume, sondern darüber hinaus auch daran, dass sämtliche Geschäfte des Centers betrieben werden. Nur dann nämlich ist ein sich nach außen als Gesamtobjekt darstellendes Center für die potenzielle Kundschaft, die in einem solchen Center ihren Einkaufsbedarf umfassend, zumindest weitgehend decken will, interessant. Und auch nur dann wird es dem Vermieter gelingen, den Mieterbestand langfristig an sich zu binden.

b) Allerdings genügt das in aller Regel aus Sorge um die Erhaltung des Kundenstammes und der Attraktivität des Mietobjektes vorhandene Interesse des Vermieters an der Aufnahme und Fortsetzung des Betriebes in den vermieteten Geschäftsräumen grundsätzlich nicht, um allein daraus eine Betriebspflicht des Mieters abzuleiten. Ein Mieter kann vielmehr nur durch besondere – im Rahmen der Vertragsfreiheit grundsätzlich zulässige – Parteiabrede zum Betriebe eines Gewerbes innerhalb der Mieträume verpflichtet werden<sup>7</sup>.

Die den Mieter treffende Betriebspflicht kann ausdrücklich oder konkludent festgelegt werden<sup>8</sup>.

Bei der Annahme einer schlüssig vereinbarten Betriebspflicht sind jedoch strenge Anforderungen zu stellen<sup>9</sup>. Es müssen - wie sonst im Rechtsleben auch - tatsächliche Handlungen der Erklärenden vorliegen, die mittelbar einen Schluss auf einen auf die Begründung einer Betriebspflicht gerichteten Rechtsfolgwillen zulassen<sup>10</sup>.

c) In der Festlegung einer Umsatzmiete liegt zumindest in aller Regel nicht zugleich die schlüssige Begründung einer Betriebspflicht<sup>11</sup>. Nimmt nämlich der Mieter, der Umsatzmiete schuldet, den Betrieb in den Mieträumen erst gar nicht auf oder stellt er den Betrieb vor Ablauf der Mietzeit ein, so schuldet er dem Vermieter den Betrag, der als Miete in Betracht gekommen wäre, wenn er die Geschäftsräume zu dem im Vertrag vorgesehenen Zweck genutzt hätte<sup>12</sup>. Hierdurch wird den aus der Vereinbarung einer Umsatzmiete resultierenden Vermieterinteressen grundsätzlich hinreichend Rechnung getragen. Der Annahme einer den Mieter treffenden Betriebspflicht bedarf es darüber hinaus grundsätzlich nicht.

Bislang hat sich - soweit ersichtlich - noch keine eindeutige Rechtsprechung zu der Frage gebildet, ob und wann dem Mieter eines in einem Laden-/Einkaufszentrum gelegenen Ladenlokals ohne eine dahingehende ausdrückliche Vertragsregelung eine Betriebspflicht obliegt<sup>13</sup>.

Das Landgericht Lübeck<sup>14</sup> hat eine schlüssige Begründung einer Betriebspflicht für einen in einem Ladenzentrum gelegenen Supermarkt verneint. Demgegenüber hat das Landgericht Hannover<sup>15</sup> eine konkludent festgelegte Mieterpflicht, den angemieteten Lebensmittel-Supermarkt tatsächlich auch zu betreiben, angenommen, wenn sich aus den Vertragsregelungen entnehmen lässt, dass der Lebensmittel-Supermarkt von beiden Mietvertragsparteien übereinstimmend als „Zugpferd“ für das Einkaufszentrum angesehen worden ist.

d) Allerdings enthalten Mietverträge, die sich über Geschäftsräume in einem Einkaufszentrum verhalten, in aller Regel mehr oder weniger eingehende Regelungen über die den Mieter treffende Betriebspflicht. Dabei handelt es sich überwiegend um Formularregelungen im Sinne des AGBG. Das ist grundsätzlich unproblematisch. Denn die Vereinbarung einer Betriebspflicht kann auch formularmäßig erfolgen. Jedenfalls auf dem Gebiet der Gewerberaummiete bestehen gegen die Auferlegung einer Betriebspflicht grundsätzlich keine Bedenken aus § 9 AGBG<sup>16</sup>.

#### 4. Inhaltsskontrolle nach dem AGBG

a) Die Feststellung, dass eine Betriebspflicht grundsätzlich formularmäßig begründet werden kann, entbindet nicht von der Prüfung, ob die konkrete Klausel wegen ihrer besonderen Ausgestaltung ganz oder, soweit die Klauselregelung teilbar ist, teilweise unangemessen im Sinne des § 9 AGBG und damit insoweit unwirksam ist. Die formularmäßige Auferlegung einer Betriebspflicht wird allerdings in der Regel nicht bereits dadurch unangemessen im Sinne des § 9 AGBG, dass das Mietobjekt vom Mieter nicht rentabel betrieben werden kann. Denn die Rentabilität eines in Mieträumen betriebenen Geschäfts/Gewerbes fällt grundsätzlich in die wirtschaftliche Risikosphäre des Mieters und nicht des Vermieters<sup>17</sup>. Während nämlich der Vermieter das Risiko der Vermietbarkeit der Mietsache trägt, fällt dem Mieter das Risiko der Gewinnerzielung im angemieteten Objekt zu<sup>18</sup>.

b) Vielfach werden die vom Mieter einzuhaltenen Öffnungszeiten im Mietvertrag festgelegt. Ob eine dahingehende Formulklausel einer Prüfung nach § 9 AGBG standhält, muss für jeden Einzelfall gesondert beantwortet werden. Denn auch bei der Beurteilung einer Formulklausel nach § 9 AGBG bedarf es einer umfassenden Würdigung, in die die Interessen beider Parteien und die Anschauungen der beteiligten Verkehrskreise einzubeziehen sind<sup>19</sup>.

Der BGH<sup>20</sup> hat eine Klausel, nach der der Anmieter von fünf in einer Markthalle gelegenen Marktständen verpflichtet ist, diese Marktstände an sämtlichen Werktagen, nämlich montags bis freitags von 8.00 bis 18.30 Uhr und samstags von 8.00 bis 14.00 Uhr bzw. am ersten Samstag eines jeden Monats von 8.00 bis 18.00 Uhr offenzuhalten, für wirksam angesehen. Im konkreten Einzelfall bestand allerdings die Besonderheit, dass der Mieter die Stände nicht persönlich betrieb, eine unzumutbare zeitliche Belastung des Mieters also ausschied. Das OLG Düsseldorf<sup>21</sup> nahm an einer Klausel keinen Anstoß, nach der der Mieter eines Fachgeschäftes dieses „innerhalb der Ladenöffnungszeiten“ zu betreiben

hatte. Was in jenem Fall unter „Ladenöffnungszeiten“ zu verstehen war, hat das OLG Düsseldorf indes nicht herausgearbeitet. Eine solche Feststellung kann nur durch Auslegung getroffen werden. Zu denken ist dabei an die in der Umgebung für diese Branche üblichen Öffnungszeiten oder – insbesondere in Ermangelung einer solchen Übung – an die nach dem Ladenschlussgesetz zulässigen Öffnungszeiten. Hat der Mieter, wie in dem der Entscheidung des OLG Celle NJW-RR 1996, 585 zugrunde liegenden Fall, das angemietete Ladenlokal zu den „gesetzlichen Ladenöffnungszeiten geöffnet zu halten und zu betreiben“, so darf er das Ladenlokal nur während der im Ladenschlussgesetz festgelegten Ladenschlusszeiten geschlossen halten. Setzt der Gesetzgeber nach Abschluss des Mietvertrages die Ladenschlusszeiten herab, so muss der Mieter seine Öffnungszeiten jedenfalls dann entsprechend verlängern, wenn das anzuerkennende Vermieterinteresse bei Vertragsschluss erkennbar dahin ging, das Mietlokal möglichst lange geöffnet zu halten. Das kann z. B. dann der Fall sein, wenn das angemietete Geschäftslokal zu einem sich nach außen als Einheit darstellenden Einkaufszentrum gehört, dessen Attraktivität gerade darin liegt, dass die Kundschaft ihren Bedarf in diesem Center nicht nur umfassend, sondern auch möglichst in den Abendstunden oder an den Samstagsnachmittagen decken kann. Im Übrigen wird man bei der Beantwortung der Frage, ob der Mieter seine Öffnungszeiten einem liberalisierten Ladenschlussgesetz anpassen muss, auf die dem Einzelfall zugrunde liegenden Interessen beider Mietvertragsparteien abstellen müssen. Erfordern die berechtigten Vermieterinteressen keine verlängerten Öffnungszeiten, so wird das Vermieterverlangen, sich den liberalisierten Öffnungszeiten anzupassen, jedenfalls dann treuwidrig im Sinne des § 242 BGB sein, wenn der Mieter durch die verlängerten Öffnungszeiten – z. B. weil er aus Kostengründen das Geschäft persönlich und allein führen muss – überfordert werden würde.

5. Festsetzung und Änderung der Betriebszeiten durch den Vermieter oder durch Werbegemeinschaften

a) Verschiedentlich wird in Mietverträgen die Festlegung oder Neufestsetzung der Betriebszeiten dem Vermieter oder einer das Einkaufszentrum betreuenden Werbegemeinschaft überlassen. Hierbei handelt es sich um Regelungen im Sinne der §§ 315, 317 BGB. Zwar dürfte es sich bei der dem Mieter auferlegten Betriebspflicht nicht um eine mietvertragliche Hauptpflicht, sondern um eine Nebenpflicht handeln. Die §§ 315, 317 BGB greifen jedoch nicht nur ein, wenn sich der Bestimmungsvorbehalt auf eine wesentliche Vertragspflicht bezieht, sondern auch dann, wenn er nur eine Nebenleistung oder einen Nebenpunkt betrifft<sup>22</sup>.

b) Gegen eine vertragliche Festlegung von Bestimmungsrechten bestehen, selbst wenn sie formularmäßig erfolgt, keine grundsätzlichen Bedenken. Bei der Ausgestaltung derartiger Formularregelungen sind allerdings die Grenzen des § 9 AGBG zu beachten. Bestimmungsrechte im Sinne der §§ 315, 317 BGB können insbesondere nur dann wirksam begründet werden, wenn dabei die Interessen des Verwendungsgegners hinreichend gewahrt werden<sup>23</sup>.

c) Sowohl die Leistungsbestimmung nach § 315 BGB als auch die nach § 317 BGB haben im Zweifel nach billigem Ermessen zu erfolgen. Zwar steht dann dem Bestimmungsberechtigten ein Ermessensspielraum zu. Dieser Spielraum ist jedoch durch die Billigkeit begrenzt. Diese Begrenzung erfordert eine Analyse und Bewertung der Interessenlage beider Vertragsparteien unter Berücksichtigung aller tatsächlichen Umstände des Einzelfalles<sup>24</sup>. Die Billigkeit kann im Einzelfall, wenn dies die berechtigten Vermieterinteressen zulassen, gebieten, bei der Festsetzung der Öffnungszeiten nach §§ 315, 317 BGB zugunsten des Mieters Betriebsferien und Ruhetage zu berücksichtigen<sup>25</sup>. Liegt indes das angemietete Ladenlokal in einem sich den Kunden als Einheit darstellenden Einkaufszentrum, so werden die berechtigten Vermieterinteressen solchen Einschränkungen der Öffnungszeiten in aller Regel entgegenstehen.

6. Rechtsfolgen der Verletzung der Betriebspflicht

Bei Verletzung der dem Mieter wirksam auferlegten Betriebspflicht kann der Vermieter verlangen

- a) Erfüllung der Betriebspflicht,
- b) weiterhin Mietzins,
- c) Schadensersatz wegen Verletzung der Betriebspflicht, weiter kann er
- d) das Mietverhältnis fristlos kündigen,

e) im Falle der Kündigung nach lit. d) Schadensersatz wegen Auflösungsverschuldens verlangen.

a) Bei Verletzung der Betriebspflicht kann der Vermieter Aufnahme bzw. Wiederaufnahme des Betriebs in den Mieträumen gemäß der vertraglichen Parteiabsprache verlangen<sup>26</sup>.

Streit herrscht allerdings darüber, ob diese Mieterpflicht unmittelbar aus dem Vertrag oder aber aus der vertraglichen Regelung i. V. m. § 550 BGB abgeleitet werden kann.

Verbreitet wird die Ansicht vertreten, dass der Vermieter, da der vertragswidrige Nichtgebrauch dem vertragswidrigen Gebrauch gleichstehe<sup>27</sup>, Aufnahme bzw. Wiederaufnahme des Betriebes unmittelbar nach § 550 BGB verlangen könne<sup>28</sup>. Dieser Ansicht kann, jedenfalls soweit vom Mieter die Aufnahme bzw. Wiederaufnahme des Betriebes verlangt wird, nicht gefolgt werden. Denn § 550 BGB gibt dem Vermieter nach seinem klaren Wortlaut - nur - einen Unterlassungsanspruch. In Fällen der genannten Art soll der Mieter jedoch gerade nicht etwas unterlassen, sondern positiv tätig werden, nämlich eine umfangreiche Geschäftstätigkeit entfalten. Diese Rechtsfolge lässt sich aus § 550 BGB eben nicht herleiten<sup>29</sup>.

Damit lässt sich der auf die Aufnahme bzw. Wiederaufnahme des Betriebes gerichtete Erfüllungsanspruch des Vermieters nur unmittelbar und allein aus der dahingehenden mietvertraglichen Absprache ableiten.

Bei der im Mietvertrag geregelten Betriebspflicht des Mieters handelt es sich um eine eigenständige Leistungsverpflichtung und nicht um eine nur unselbständige, lediglich bei deren Verletzung einen Anspruch auf Schadensersatz rechtfertigende Nebenpflicht<sup>30</sup>.

In der Praxis werden die Klageanträge bei Verletzung der vom Mieter übernommenen Betriebspflicht - wie von Sternel II Rdz.276 vorgeschlagen - in der Regel sinngemäß dahin formuliert, den Mieter zu verurteilen, das (nach Lage und Gegenstand näher beschriebene) Ladenlokal an bestimmten Wochentagen von ... bis ... geöffnet zu halten und zu betreiben. Mit einem Unterlassungstitel könnte dem Vermieter allenfalls dann gedient sein, wenn der Mieter sein Geschäft in den Mieträumen zwar betreibt, es jedoch abends vorzeitig schließt. Dann könnte der mit einer Ordnungsmittellandrohung nach § 890 ZPO zu verbindende Klageantrag dahin gehen, den Mieter zu verurteilen, es zu unterlassen, das von ihm betriebene, in ... gelegene Ladenlokal an bestimmten Wochentagen vor ... Uhr zu schließen.

b) Übt der Mieter das ihm vertraglich eingeräumte Gebrauchsrecht aus einem in seiner Person liegenden Grunde nicht oder nicht im vollen Umfange aus, so bleibt er dennoch, u. z. unabhängig davon, ob eine Betriebspflicht vereinbart ist oder nicht, gemäß § 552 Abs. 1 BGB zur Zahlung des vereinbarten Mietzinses verpflichtet. Haben die Mietvertragsparteien eine Umsatzmiete vereinbart, so schuldet der Mieter, falls der Mietvertrag eine andere Regelung nicht enthält, bei Verletzung der ihm auferlegten Betriebspflicht denjenigen Betrag, den er bei vertragsgemäßer Nutzung zahlen müsste<sup>31</sup>.

Ist im Mietvertrag ein Mindestmietzins festgelegt, so ist der Vermieteranspruch der Höhe nach nicht auf den Mindestmietzins beschränkt<sup>32</sup>.

c) Kommt der Mieter seiner vertraglich festgelegten Betriebspflicht nicht nach, so verletzt er den Vertrag. Ein solcher Vertragsverstoß stellt eine positive Vertragsverletzung dar<sup>33</sup>, die zum Schadensersatz verpflichtet<sup>34</sup>.

Der Schaden kann in einer Wertminderung der Mietsache infolge Nichtbetreibens des gemieteten Ladenlokals oder Gewerberaums liegen.

d) Geht man - wie vorstehend unter 6a aufgezeigt - mit einem Teil der Rechtsprechung und Literatur davon aus, dass der vertragswidrige Nichtgebrauch dem vertragswidrigen Gebrauch gleichsteht, so kann der Vermieter, falls seine Rechte durch die Verletzung der Betriebspflicht im erheblichen Maße verletzt sind, den Mietvertrag nach erfolgloser Abmahnung fristlos kündigen<sup>35</sup>.

Kündigungsgrundlage kann aber auch § 554 a BGB sein<sup>36</sup>. Diese Bestimmung setzt eine Abmahnung grundsätzlich nicht voraus, verlangt aber anders als § 553 BGB schuldhaftes Mieterverhalten.

e) Kündigt der Vermieter den Mietvertrag wegen vom Mieter zu vertretender Verletzung der Betriebspflicht, so kann er vom Mieter wegen Auflösungsverschuldens Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen<sup>37</sup>. Zum vom Mieter zu ersetzenden Kündigungsschaden zählt insbesondere der bis zum Ablauf

der vereinbarten Mietzeit bzw. bis zur ersten ordentlichen Kündigungsmöglichkeit entgangene Mietzins. Selbst wenn der Vermieter zur Mehrwertsteuer optiert hat, entfällt insoweit ein Mehrwertsteuerzuschlag. Bei dem auf Ersatz des Kündigungsschadens gerichteten Anspruch handelt es sich nämlich um einen echten Schadensersatzanspruch<sup>38</sup>.

#### 7. Begrenzung der Betriebspflicht nach § 242 BGB

Die Berufung des Vermieters auf die vertraglich festgelegte Betriebspflicht steht wie die Geltendmachung eines jeden privatrechtlichen Anspruchs unter dem in § 242 BGB verankerten Gebot von Treu und Glauben<sup>39</sup>.

a) Der Vermieter, der auf der Erfüllung der Betriebspflicht durch den Mieter besteht, handelt allerdings grundsätzlich nicht schon dann treuwidrig, wenn die Betriebsaufnahme oder dessen Fortsetzung für den Mieter unrentabel ist. Denn das Risiko der Gewinnerzielung in einem angemieteten Objekt trägt - wie bereits unter 4a aufgezeigt - der Mieter. Ebenso wenig verstößt zumindest in der Regel die Berufung des Vermieters eines größeren Einkaufszentrums gegen § 242 BGB, wenn er nach Ausschluss des vertragsimmanenten Konkurrenzschutzes ein anderes in demselben Zentrum gelegenes Ladenlokal an einen Wettbewerber des Mieters vermietet<sup>40</sup>. Bei Objekten dieser Art und dieses Zuschnitts kann ein Mieter nicht von Konkurrenzschutz ausgehen. Derartige Zentren leben von der Vielfalt der Angebote und Anbieter. Konkurrenz liegt hier in der Natur der Sache.

b) Das Verlangen auf Betriebsfortsetzung kann im Einzelfall dann treuwidrig sein, wenn die anderen Ladenlokale eines Einkaufszentrums oder einer Shop-in-shop-Einheit infolge massiver Mieterflucht weitgehend unbesetzt sind, eine Rücksichtnahme auf andere Mieter die Offenhaltung dieses Mieterbetriebes mithin nicht mehr erfordert. Ob der Mieter unter solchen Bedingungen den Mietvertrag wegen Fortfalls der Geschäftsgrundlage oder sogar gemäß § 542 BGB wegen eines Umfelfehlers im Sinne des § 537 BGB<sup>41</sup> kündigen kann, ist eine andere Frage. Der Mieter darf in einer solchen Situation zunächst einmal bei geschlossenem Ladenlokal die weitere Entwicklung abwarten, ehe er sich zu einer endgültigen Vertragsbeendigung entschließt.

#### 8. Vollstreckung von Titeln auf Erfüllung der Betriebspflicht

a) Weitgehend anerkannt ist, dass die Verurteilung des Mieters zur Aufnahme bzw. Wiederaufnahme des Betriebes in den angemieteten Räumen auf die Vornahme einer unvertretbaren Handlung gerichtet ist<sup>42</sup>. Allerdings darf der zur Vornahme einer unvertretbaren Handlung verurteilte Schuldner gemäß § 888 Abs. 1 ZPO durch Zwangsgeld und Zwangshaft nur dann angehalten werden, wenn die vorzunehmende Handlung ausschließlich von seinem Willen abhängt. Eine solche Unabhängigkeit des Schuldners wird vereinzelt mit der Begründung abgelehnt, die Aufnahme bzw. Wiederaufnahme des Betriebs setze außer der Bereitschaft des Mieters hierzu u. a. den Abschluss von Liefer- und Arbeitsverträgen, also die Mitwirkung Dritter voraus<sup>43</sup>.

Die wohl h. M. handhabt die in § 888 Abs. 1 ZPO angeführte Ausnahme von der Vollstreckbarkeit einem praktischen Bedürfnis entsprechend recht eng: Steht die Mitwirkungsbereitschaft des Dritten fest bzw. steht sie außer Zweifel, so ist kein vernünftiger Grund für den Ausschluss einer Vollstreckbarkeit nach § 888 Abs. 1 ZPO ersichtlich<sup>44</sup>. Ist die Erfüllungsbereitschaft zweifelhaft, muß der Schuldner seine Erfüllungsbereitschaft bis an die Grenze des Zumutbaren ausschöpfen und kann dazu durch Zwang angehalten werden<sup>45</sup>. Danach ist die Zwangsvollstreckung gemäß § 888 Abs. 1 ZPO grundsätzlich aus Titeln zulässig, die einen Gewerberaummieter zur Aufnahme bzw. Wiederaufnahme des Betriebs in den angemieteten Räumen verpflichten<sup>46</sup>.

b) Ist demnach ein gegen den Mieter gerichteter zur Aufnahme des Betriebs in den Mieträumen verurteilender Titel grundsätzlich nach § 888 Abs. 1 ZPO vollstreckbar, so liegt damit die Unhaltbarkeit der Ansicht des OLG Naumburg<sup>47</sup>, eine mietvertragliche Ladenbetriebspflicht könne mangels Vollstreckbarkeit durch einstweilige Verfügung nicht durchgesetzt werden, auf der Hand.

c) Bedenklich erscheint die Ansicht des OLG Düsseldorf<sup>48</sup>, dem Vermieter, falls der Mieter den Betrieb in den Mieträumen relativ kurze Zeit vor Ablauf der Mietzeit einstellt, einen nach § 890 ZPO vollstreckbaren Titel auf Untersagung eines Verstoßes gegen die Betriebspflicht zu geben. Denn auch bei einer solchen Fallkonstellation wird kein Unterlassen einer Tätigkeit, sondern ein positives Tun, nämlich die Wiedereröffnung und Weiterführung des Betriebes verlangt.