
Datum: 09.08.2017
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 30. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 30 U 53/17
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2017:0809.30U53.17.00

Vorinstanz: Landgericht Bochum, 14 O 53/17
Schlagworte: Betriebspflicht, Allgemeine Geschäftsbedingungen, Einkaufscenter, Klausel, Öffnungszeiten, Transparenz, überwiegende Anzahl der Mieter
Normen: BGB §§ 307, 535, ZPO §§ 935, 940
Leitsätze:
Stellt eine Betriebspflichtklausel in Allgemeinen Geschäftsbedingungen eines Vermieters auf die Öffnungszeiten der "überwiegenden Anzahl der Mieter" in dem Einkaufscenter ab, ist diese Klausel jedenfalls dann nicht intransparent und nach § 307 BGB unwirksam, wenn das Einkaufscenter bei Abschluss des Mietvertrages schon länger betrieben wird.

Tenor:
Die Berufung der Verfügungsbeklagten gegen das am 20. April 2017 verkündete Urteil der 14. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Bochum - I-14 O 53/17 - wird auf ihre Kosten zurückgewiesen.

Gründe: 1
I. 2
Die Parteien streiten im Rahmen eines einstweiligen Verfügungsverfahrens um eine mietvertragliche Betriebspflicht der Verfügungsbeklagten (nachfolgend: Beklagte). Dem liegt folgender Sachverhalt zugrunde: 3

Die Verfügungsklägerin (im Weiteren: Klägerin) ist Eigentümerin des Einkaufszentrums X C. Sie vermietete der Beklagten mit Vertrag vom 09.07./24.08.2012 (A 1 / B 3, Bl. 10 ff. / 120 ff.) eine Teilfläche des Gebäudes Nr. ## für die Dauer von 10 Jahren, die mit Nachtrag 2 vom 01.02./10.03.2016 (A 1 / B 3, Bl. 46 ff. / 220 ff.) modifiziert wurde. Hinsichtlich des Mietzwecks, einer Betriebspflicht der Beklagten, ihrer Sortimentsbindung und schließlich eines Konkurrenz- oder Sortimentsschutzes enthalten / der Mietvertrag sowie die Allgemeinen Mietbedingungen der Klägerin (A 1 / B 3, Bl. 22 ff. / 132 ff.; im Fortgang: AMB) folgende Regelungen, bei denen es sich unstreitig um Allgemeine Geschäftsbedingungen der Klägerin handelt :	4
Mietvertrag:	5
„1.2 Der Mieter ist berechtigt und verpflichtet, im Mietobjekt ein	6
Lebensmitteldiscountergeschäft	7
nach dem Konzept und unter der Bezeichnung „M“	8
zu betreiben. Im Randsortiment dürfen, auf max. 15 % der Ladenfläche, Non-Food-Artikel geführt werden.	9
Das Mietobjekt darf nur zu diesem vertraglichen Zweck genutzt werden. (...)	10
Der Mieter ist berechtigt, das übliche Sortiment des vorgenannten Geschäftes zu führen. Die Führung anderer Artikel bedarf der vorherigen schriftlichen Zustimmung des Vermieters. Der vorherigen schriftlichen Zustimmung des Vermieters bedarf der Mieter ferner, wenn er unter Verwendung der Firma oder des Kennzeichens (Marke) eines anderen Unternehmens, das unter dieser Firma bzw. diesem Kennzeichen Einzelhandel betreibt, Waren anbieten oder vertreiben will (z.B. Depots). (...)	11
Der Mieter ist verpflichtet, das Mietobjekt während der gesamten Mietzeit seiner Zweckbestimmung entsprechend ununterbrochen zu nutzen; er wird das Mietobjekt weder ganz noch teilweise ungenutzt oder leer stehen lassen (Betreibungspflicht).	12
1.3 Die Vertragsschließenden sind sich darüber einig, dass der Mieter für die Dauer des Mietverhältnisses keinen Konkurrenz- oder Sortimentsschutz irgendwelcher Art für sich in Anspruch nehmen kann.	13
Der Vermieter haftet nicht dafür, dass im Objekt bestimmte Mieter oder Branchen vertreten sind.“	14
Allgemeine Mietbedingungen (AMB)	15
„§ 8 Instandhaltung und Instandsetzung	16
(1) (...)	17
(2) Der Mieter wird die laufenden Schönheitsreparaturen, Instandhaltungs- und Instandsetzungsarbeiten innerhalb des Mietobjektes auf seine Kosten vornehmen. Dies gilt – einschließlich der erforderlichen Wartungsarbeiten – auch für die technischen Einrichtungen (insbesondere elektrische und sanitäre, Heizung- und Klimainstallationen), soweit sich diese im oder am Mietobjekt befinden und ausschließlich von dem Mieter in Anspruch genommen werden, sowie die Verglasung der zum Mietobjekt gehörenden Fenster und der	18

§ 13 Wahrung des Gesamtinteresses/Betreten des Mietobjektes	19
<i>(3) Das Geschäftslokal ist im Rahmen der jeweils geltenden gesetzlichen Bestimmungen über die Ladenschlusszeiten an allen Verkaufstagen so lange offen zu halten, wie die überwiegende Anzahl aller Mieter ihr Geschäft offenhält. Die Öffnungszeiten können durch Beschluss der Geschäftsführung der Werbegemeinschaft mit Zustimmung des Vermieters verbindlich für alle Mieter festgelegt oder geändert werden. Aus einer bloßen Duldung abweichender Öffnungszeiten durch den Vermieter kann der Mieter keine Rechte herleiten. Zeitweise Schließungen (z.B. aus Anlass von Mittagspausen, Ruhetagen, Betriebsferien, Inventuren) sind nicht zulässig. (...)</i>	20
Nachdem sich der Betrieb der Filiale der Beklagten in dem streitbefangenen Objekt wirtschaftlich nicht so entwickelte, wie diese sich das vorgestellt hatte, führten die Parteien Gespräche, unter anderem über eine Mietreduzierung und eine anderweitige Vermietung des Objekts durch die Klägerin. Noch während dieser Gespräche teilte die Beklagte der Klägerin mit Email vom 24.01.2017 (A 4, Bl. 55) mit, die Filiale im X aus wirtschaftlichen Gründen Ende Februar 2017 zu schließen. Die Klägerin verwies daraufhin mit Schreiben vom 08.02.2017 (A 6, Bl. 57) darauf, dass eine Schließung gegen die vertraglich vereinbarte Betriebspflicht verstoße und sie, die Klägerin, diese notfalls auch gerichtlich durchsetzen werde.	21
Nachdem die Beklagte ihrer Ankündigung gemäß ihre Filiale am 25.02.2017 geschlossen hatte, hat die Klägerin mit ihrem vorliegenden Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung beantragt,	22
der Beklagten bei Meidung eines Zwangsgeldes in Höhe von bis zu 25.000 € – und für den Fall, dass dieses nicht beigetrieben werden kann, durch Zwangshaft – oder einer Zwangshaft – zu vollstrecken an dem Geschäftsführer der Komplementär-GmbH der Verfügungsbeklagten – zu gebieten, die von ihr im Einkaufszentrum „X“ C, am Einkaufszentrum C, im Gebäude Nr. ## gemäß dem als Anlage A beigefügten Lageplan betriebene M-Filiale, im Rahmen der bislang eingehaltenen Öffnungszeiten montags bis donnerstags von 9:00 Uhr bis 21:00 Uhr, freitags von 9:00 Uhr bis 22:00 Uhr sowie samstags von 9:00 Uhr bis 21:00 Uhr geöffnet zu halten und zu betreiben durch Anbieten des üblichen Warensortiments einer M-Filiale.	23
Das Landgericht Bochum hat mit Beschluss vom 06.03.2017, der Beklagten im Parteibetrieb am 07.03.2017 zugestellt, der Beklagten aufgegeben, die von ihr im Einkaufszentrum „X“ C (...) im Gebäude Nr. ## gemäß dem als Anlage A beigefügten Lageplan betriebene M-Filiale im Rahmen der bislang eingehaltenen Öffnungszeiten montags bis donnerstags von 9:00 Uhr bis 21:00 Uhr, freitags von 9:00 Uhr bis 22:00 Uhr sowie samstags von 9:00 Uhr bis 21:00 Uhr geöffnet zu halten und zu betreiben durch Anbieten des üblichen Warensortiments einer M-Filiale.	24
Mit ihrem am 09.03.2017 bei Gericht eingegangenen Widerspruch hat die Beklagte die Aufhebung der einstweiligen Verfügung beantragt.	25
Sie hat geltend gemacht, die einstweilige Verfügung sei bereits zu weit gefasst, da sie nicht erkennen lasse, dass die Beklagte nur einen kleinen Teil des Gebäudes Nr. ## gemietet habe. Der beigefügte Plan Anlage 2 sei nicht mehr aktuell, da mit dem Nachtrag 2 zum Mietvertrag die Mietfläche verringert worden sei und im Übrigen auch ein Umbau	26

stattgefunden habe.

Ferner sei nicht ersichtlich oder dargetan, weshalb die Beklagte einen Betrieb zu den angeführten Zeiten schulden solle. Die überwiegende Anzahl der Mieter im X halte ihre Läden nämlich nur montags bis donnerstags und samstags von 10:00 Uhr bis 20:00 Uhr und freitags von 10:00 Uhr bis 21:30 Uhr geöffnet. Entgegen dem Vortrag der Klägerin handele es sich bei den von ihr, der Klägerin, angegebenen Öffnungszeiten auch nicht um übliche Öffnungszeiten der Beklagten. Vielmehr würden die Öffnungszeiten von der Beklagten je nach Lage eines Marktes festgelegt und gebe es keine generellen oder üblichen Öffnungszeiten der Beklagten. 27

Es bestehe aber auch kein Anspruch der Klägerin auf einen Betrieb zu diesen Zeiten gegenüber der Beklagten, da, so hat die Beklagte gemeint, die Vereinbarungen zur Betriebspflicht in dem Mietvertrag bzw. in den Allgemeinen Mietbedingungen nach § 307 BGB unwirksam seien. 28

Sie benachteiligten die Beklagte zum einen deshalb unangemessen, weil sie keine Ausnahmen für betriebsnotwendige Unterbrechungen, wie z.B. die Durchführung von Inventuren, Schönheitsreparaturen und sonstigen Instandhaltungsmaßnahmen oder Betriebsversammlungen, enthielten. Für die Vornahme solcher Arbeiten könne sie entgegen der Ansicht der Klägerin nicht auf Sonn- und Feiertage verwiesen werden, da eine Durchführung der Arbeiten an diesen Tagen gegen § 9 Abs. 1 ArbZG verstoßen würde. Im Übrigen seien bei Umbauten der Filiale und Änderungen bzw. Neugestaltungen der Einrichtung Schließungen von bis zu vier Wochen notwendig und die regelmäßige Neukonzeptionierung und Modernisierung der Einrichtung von Filialen von Lebensmitteldiscountern üblich. Insoweit vermöge die Klägerin die Beklagte nicht auf die Möglichkeit dann zu treffender einzelner Vereinbarungen zu verweisen, da eine solche Möglichkeit unwirksamen Vertragsklauseln nicht zur Wirksamkeit ver helfe. Die Klägerin vermöge auch nicht mit Erfolg darauf zu verweisen, lediglich vom Mieter „gewillkürte“ Schließungsgründe für unzulässig erklärt zu haben, da eine solche Beschränkung den vertraglichen Regelungen nicht zu entnehmen sei. 29

Überdies sei § 13 (2) AMB aber auch intransparent und deshalb unwirksam. Es sei nämlich nicht ersichtlich, zu welchen Zeiten die Beklagte ihren Betrieb aufrechtzuerhalten habe oder wer diese Zeiten festzulegen habe. Auch sei schon unklar, was mit der überwiegenden Anzahl der Mieter gemeint sei, ob sich diese etwa nach Kop fzahl, Anzahl der Mietverträge oder Größe der angemieteten Fläche richte. Ferner fehle es auch an einer Festlegung der Kriterien, nach denen die Dauer der Betriebspflicht bestimmt werden könne. 30

Jedenfalls aber ergebe sich eine Unwirksamkeit der Regelungen zur Betriebspflicht bei Zusammenschau dieser mit den Regelungen zum Konkurrenz- und Sortimentsschutz aufgrund eines sog. Summierungseffektes. Der Mietvertrag beinhalte neben der Betriebspflicht eine Sortimentsbindung bei gleichzeitigem Ausschluss eines Konkurrenz- oder Sortimentsschutzes. Hierdurch werde ein Mieter von Geschäftsraum, der ohnehin das Rentabilitätsrisiko zu tragen habe, unangemessen benachteiligt, weil ihm trotz Verweigerung jeglichen Konkurrenzschutzes die Möglichkeit des Ausweichens in eine andere Geschäftsausrichtung genommen und eine – gegebenenfalls kostensparende – Geschäftsaufgabe schlechthin versagt werde. Entgegen der Ansicht der Klägerin beinhalte der Mietvertrag eine (konkrete) Sortimentseinengung, da er den Vertrieb von Lebensmitteln vorgebe und damit auch die Möglichkeit der Beklagten zur Untervermietung einschränke. 31

Die Beklagte hat weiter geltend gemacht, dass die Klägerin selbst einen ordnungsgemäßen Betrieb der Filiale zum Zeitpunkt der Antragstellung auf Erlass einer einstweiligen Verfügung unmöglich gemacht habe, da diese – unstreitig – unmittelbar nach Schließung der Filiale durch die Beklagte Renovierungsarbeiten im X in Angriff genommen habe, aufgrund derer – ebenso unstreitig – der Beklagten der Zugang zum Pfandraum und zu den Einkaufswagenboxen genommen worden sei.

Die Beklagte hat weiterhin die Auffassung vertreten, die Klägerin habe schon einen Verfügungsgrund nicht hinreichend dargetan, da sie weder vorgetragen noch glaubhaft gemacht habe, auf die Erfüllung der Betriebspflicht dringend angewiesen zu sein. Dies sei auch tatsächlich jedenfalls wegen der stattfindenden Umbauarbeiten nicht der Fall, da deshalb die Schließung der M-Filiale nicht weiter ins Gewicht falle. Zudem verlief auch der Hauptkundenstrom nicht am Mietobjekt der Beklagten vorbei, weshalb gleichfalls der Schließung der Filiale der Beklagten kein besonderes Gewicht zukomme. Ferner gebe es im Einkaufszentrum auch bereits eine L-Filiale mit entsprechendem gerichtsbekannten Warenangebot an Lebensmitteln, so dass auch deshalb die Klägerin hinsichtlich der Attraktivität ihres Einkaufszentrums nicht auf den Betrieb der Filiale der Beklagten angewiesen sei.

Im Übrigen liege ein Verfügungsgrund aber auch deshalb nicht vor, da eine Betriebspflicht schon aus Rechtsgründen nicht im Wege einer einstweiligen Verfügung durchgesetzt werden könne. Bei ihr handele es sich nämlich weder um eine vertretbare Handlung nach § 887 ZPO noch um eine unvertretbare nach § 888 ZPO, so dass eine entsprechende einstweilige Verfügung nicht durchsetzbar sei.

Schließlich fehle es an einem Verfügungsgrund aber auch deshalb, weil die Klägerin die Vollziehungsfrist nach §§ 936, 929 Abs. 2 ZPO nicht eingehalten habe. Insoweit wäre nämlich binnen der Vollziehungsfrist ein Antrag der Klägerin auf Androhung eines Zwangsgeldes erforderlich gewesen, der von ihr jedoch nicht gestellt worden sei.

Die Beklagte hat beantragt,

die einstweilige Verfügung des Landgerichts Bochum vom 06.03.2017 (I – 14 O 53/17) aufzuheben.

Die Klägerin hat beantragt,

die Beschlussverfügung unter Zurückweisung des Widerspruchs aufrechtzuerhalten.

Sie hat die Auffassung vertreten, das Berufen der Beklagten auf eine zu weite Fassung der einstweiligen Verfügung sei „Wortklauberei“. Im Klageantrag sei hinreichend deutlich gemacht, dass sich das Begehren der Klägerin (allein) auf den Betrieb der M-Filiale beziehe und beschränkt sei. Nirgends werde behauptet oder suggeriert, dass die Filiale die gesamte Fläche des Gebäudes Nr. ## in Anspruch nehme. Der Hinweis auf dieses Gebäude habe vielmehr allein der näheren räumlichen Beschreibung der Filiale innerhalb des großflächig angelegten Gesamtobjektes gedient.

Hinsichtlich der angeführten Öffnungszeiten habe sie – die Klägerin – diejenigen Zeiten zugrunde gelegt, die, so hat die Klägerin behauptet, in der Filiale seit jeher eingehalten würden und in sämtlichen M-Filialen üblich seien. Im Übrigen gehe es vorliegend auch gar nicht um die Frage nach (konkreten) Öffnungszeiten, also nicht um den Umfang der Betriebspflicht, sondern (allein) um die Frage, ob die Beklagte berechtigt sei, generell ihren

Geschäftsbetrieb einzustellen.

Die Klägerin hat die Ansicht vertreten, dass eine Betriebspflicht wirksam vereinbart sei. Zu berücksichtigen sei insoweit schon, dass die Regelung keinesfalls nur im Interesse des Vermieters liege, sondern auch im Interesse des Mieters, der berechtigtermaßen Wert darauf lege, dass die besondere Attraktivität eines Einkaufszentrums, die aus der Vielzahl des Waren- und Dienstleistungsangebotes innerhalb des Centers resultiere, während der gesamten Vertragslaufzeit dadurch aufrechterhalten bleibe, dass gewährleistet sei, dass alle Mietbereiche geöffnet gehalten würden. Im Übrigen habe der Bundesgerichtshof auch nicht entschieden, dass in Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthaltene Vereinbarungen einer Betriebspflicht zwingend Ausnahmen von dieser beinhalten müssten. Vielmehr habe er lediglich entschieden, dass das Verbot von vom Mieter gewillkürten aber objektiv nicht unerlässlichen zeitweiligen Geschäftsschließungen gerechtfertigt sei. Die im streitgegenständlichen Mietvertrag exemplarisch aufgeführten unzulässigen Schließungsgründe umfassten aber ausnahmslos mieterbezogene (also vom Mieter „gewillkürte“) Schließungsgründe. Es seien also (nur) solche zeitweisen Schließungen von der Verbotsklausel erfasst, die ausschließlich aus der Sphäre des Mieters motiviert seien und daher eben keine unerlässlichen Schließungsgründe darstellten. Auch Inventuren fielen in die Sphäre des Mieters und könnten im Übrigen von ihm an Sonn- und Feiertagen durchgeführt werden. Sofern ein Mieter Umbauten der Filiale und Änderungen/Neugestaltungen seiner Einrichtung vornehmen wolle, könne im Wege der Einzelabsprache eine vorübergehende Schließung vereinbart werden. Ein Anspruch des Mieters bestehe insoweit aber nicht, da es sich auch hier ausschließlich um Mieter-motivierte Maßnahmen handle, die im Übrigen erfahrungsgemäß von erfahrenen Discountern – schon im eigenen Interesse, um mehrwöchige Schließungen zu verhindern – im laufenden Betrieb sukzessive durchgeführt würden.

42

Sollte die in § 13 Abs. 2 AMB enthaltene Einschränkung jedoch tatsächlich nach § 307 BGB unwirksam sein, könne sie problemlos gestrichen werden, was einem Blue-Pencil-Test standhalte. Es bliebe dann nur noch die generelle und nicht näher konkretisierte Betriebspflichtvereinbarung, die auch in Allgemeinen Geschäftsbedingungen unproblematisch sei, weil sie im Wege der Auslegung dem Mieter die Möglichkeit zu vorübergehenden Schließungen eröffne. Aber auch gegen diese generelle Betriebspflichtvereinbarung habe die Beklagte vorliegend verstoßen, da sie ihre im Mietobjekt betriebene Filiale nicht nur vorübergehend geschlossen habe. Soweit die Beklagte auf die erforderliche Möglichkeit zur Durchführung der von ihr vertraglich geschuldeten Instandhaltungsarbeiten oder Schönheitsreparaturen verweise, sei der Klägerin jedenfalls nach § 242 BGB eine Berufung auf die Betriebspflichtklausel ohnehin verwehrt.

43

Eine Intransparenz des § 13 Abs. 2 AMB liege nicht vor. Insbesondere gehe es vorliegend, wie schon angeführt, nicht um die Frage konkreter Öffnungszeiten, sondern um die einer generellen Betriebspflicht.

44

Auch aus einem sog. Summierungseffekt ergebe sich keine Unwirksamkeit, da vorliegend nicht einmal eine – vom Bundesgerichtshof noch als unproblematisch angesehene – „diffuse“ Sortimentsbindung der Beklagten vorliege, sondern vielmehr überhaupt keine, da sie das übliche M-Sortiment anbieten könne.

45

Auf bauliche Beschränkungen vermöge sich die Beklagte auch nicht mit Erfolg zu berufen. Schließlich habe sie, die Klägerin, – unstreitig – nach entsprechender Aufforderung der Beklagten vom 08.03.2017 umgehend dafür Sorge getragen, dass der Pfandraum und die Einkaufswagenboxen der Beklagten wieder zugänglich waren. Darüber hinaus seien

46

Baumaßnahmen aber auch zur Umsetzung des Nachtrags 2 zum Mietvertrag erforderlich, so dass die Beklagte zur Duldung verpflichtet sei.

Anders als die Beklagte meine, fehle es vorliegend auch nicht an einem Verfügungsgrund. Jedenfalls Einkaufszentren sei immanent, dass sie ihre Attraktivität aus der Vielzahl der angebotenen Waren und dem vielfältigen Angebot an Geschäften generieren, und diese Attraktivität leide, wenn einzelne Objekte im Center nicht betrieben würden, so dass bei ihnen die Durchsetzung der Betriebspflicht im Wege der einstweiligen Verfügung zulässig sei. Dies gelte umso mehr bei Ladenlokalen, die – wie das der Beklagten –, wie die Klägerin behauptet hat, einen Kundenmagnet darstellten und auch flächenmäßig zu den größeren Einheiten des Centers gehörten. 47

Auch aus Rechtsgründen fehle es nicht an einem Verfügungsgrund, da es sich bei der Betriebspflicht nach allgemeiner Meinung um eine unvertretbare Handlung handle, die nur durch den jeweiligen Betriebsinhaber befolgt und umgesetzt werden könne. 48

Das Landgericht hat mit seinem angefochtenen Urteil die einstweilige Verfügung mit der Maßgabe bestätigt, dass die einzuhaltenden Öffnungszeiten montags bis donnerstags und samstags von 10:00 Uhr bis 20:00 Uhr und freitags von 10:00 Uhr bis 21:30 Uhr seien. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt, ein Verfügungsgrund liege vor. Eines weiteren Sachvortrages der Klägerin habe es insoweit nicht bedurft, da die Anziehungskraft von Einkaufszentren naturgemäß davon abhängen, dass alle dort befindlichen Geschäfte für den Kunden regelmäßig und sicher erreichbar seien. Auch fehle ein Verfügungsgrund nicht aufgrund einer fehlenden Vollziehung. Zum einen habe die Klägerin mit ihrer Antragsschrift (auch) die Androhung eines Zwangsgeldes gegen die Beklagte beantragt, was lediglich in die einstweilige Verfügung nicht mit aufgenommen worden sei. Zum anderen sei aber ein solcher Antrag auch dann nicht erforderlich, wenn ein Mieter – wie vorliegend die Beklagte – auf eine Beschlussverfügung umgehend reagiere und seinen Geschäftsbetrieb wieder eröffne. Denn der Antrag auf Festsetzung eines Zwangsmittels sei nur erforderlich, wenn zu besorgen stehe, dass sich ohne Zwangsmittel der Gegner nicht an die einstweilige Verfügung halte. 49

Die einstweilige Verfügung sei hinsichtlich ihres räumlichen Geltungsbereichs auch nicht zu weit gefasst, da sie mit der Antragsschrift und dem Mietvertrag nebst Anlagen verbunden worden sei. 50

Der Klägerin stehe auch ein Verfügungsanspruch auf Betrieb der Filiale durch die Beklagte zu den angeführten Zeiten zu. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs sei die Vereinbarung einer Betriebspflicht auch in Allgemeinen Geschäftsbedingungen grundsätzlich nicht zu beanstanden. Auch im vorliegenden Fall seien Gründe, aus denen sich eine unangemessene Benachteiligung der Beklagten ergebe, nicht ersichtlich. Etwas anderes ergebe sich nicht deshalb, weil zeitweise Schließungen für z.B. Mittagspausen, Ruhetage, Betriebsferien oder Inventuren verboten seien, da es sich bei diesen Fällen um betriebsbedingt anfallende Umstände handle, die vom Mieter organisatorisch ohne größere Probleme während des laufenden Betriebs geregelt werden könnten. Dem stehe, anders als von der Beklagten angeführt, die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nicht entgegen, soweit auch Zeiten für Inventuren von der Betriebspflicht nicht ausgenommen seien. Der Bundesgerichtshof habe in dem angeführten Fall nämlich überhaupt nicht entscheiden müssen, ob für solche Zeiten eine Ausnahme von der Betriebspflicht zu machen sei, da sie in dem von ihm entschiedenen Fall ohnehin vorgesehen gewesen sei. Allerdings sei der Kammer bekannt, dass die Durchführung von Inventuren während der Geschäftszeiten in der Praxis ohnehin eher unüblich sei und daher nicht zu diesen Zeiten vorgenommen werden müsse. Angesichts dessen werde der Mieter durch eine Regelung, die ihm auch für diese 51

Zeiten eine Schließung des Betriebes untersage, nicht unangemessen benachteiligt. Eine unangemessene Benachteiligung der Beklagten deshalb, weil ihr auch objektiv notwendige Schließungen für gewisse Zeiten, wie etwa zur Durchführung von Schönheitsreparaturen, untersagt seien, liege gleichfalls nicht vor, weil ein solches Verbot dem Mietvertrag und den Allgemeinen Mietbedingungen der Klägerin schon gar nicht zu entnehmen sei.

Die vereinbarte Betriebspflicht sei auch nicht aufgrund einer Intransparenz des § 13 Abs. 2 AMB unwirksam. Die Regelung sei nämlich nicht intransparent, da sich nach einer gewissen Anlaufphase Kernöffnungszeiten der überwiegenden Anzahl der Mieter herausstellen würden und auch festgelegt sei, welches Gremium über die Öffnungszeiten zu befinden habe. 52

Eine Unwirksamkeit ergebe sich schließlich auch nicht aus dem so genannten Summierungseffekt. Ob eine kumulative Vereinbarung einer Betriebspflicht und Sortimentsbindung bei gleichzeitig fehlendem Konkurrenz- und Sortimentsschutz zu einer unangemessenen Benachteiligung eines Mieters führe, beurteile sich stets nach den Umständen des Einzelfalls. Vorliegend enthalte der Mietvertrag lediglich eine vage Regelung und keine exakte Sortimentsbindung, weshalb er den Mieter nicht unangemessen benachteilige. 53

Eine geringfügige Änderung der erlassenen einstweiligen Verfügung sei lediglich im Hinblick auf die Öffnungszeiten erforderlich gewesen. 54

Hiergegen richtet sich die Berufung der Beklagten, mit der sie ihr Ziel der Aufhebung der einstweiligen Verfügung und Zurückweisung des Antrags der Klägerin weiterverfolgt. 55

Sie erachtet weiterhin einen Verfügungsanspruch als nicht gegeben, da aus den von ihr bereits angeführten Gründen eine Betriebspflicht nicht wirksam vereinbart sei. Sie ist der Meinung, das Landgericht habe rechtsfehlerhaft und auch widersprüchlich angenommen, dass Schließungen zur Vornahme von Inventuren vertraglich nicht verboten seien. Mit dieser Auslegung habe es sich über den klaren Wortlaut der Allgemeinen Mietbedingungen der Klägerin hinweggesetzt. In diesem Zusammenhang rügt die Beklagte auch eine fehlerhafte Tatsachenfeststellung des Landgerichts, da nicht dargelegt sei, worauf die Kenntnis der Kammer beruhen solle, dass Discounter in der Praxis Inventuren nicht während der Geschäftszeiten durchführten. Jedenfalls bei der Beklagten sei dies nämlich doch der Fall. Schließlich verweist die Beklagte in diesem Zusammenhang darauf, dass ihr angesichts der langen Ladenöffnungszeiten in Nordrhein-Westfalen von 0 Uhr bis 22 Uhr nur 2 Stunden zur Vornahme von Inventuren verblieben und sie im Falle einer Aufhebung der Ladenschlusszeiten unter Zugrundelegung der Rechtsauffassung des Landgerichts überhaupt nicht mehr in der Lage sei, Inventuren durchzuführen. Auf Sonn- und Feiertage könne sie insoweit nach § 9 ArbZG nicht verwiesen werden. 56

Die Beklagte hält an ihrer Rechtsansicht fest, dass eine Unwirksamkeit der Betriebspflichtklausel auch deshalb vorliege, weil sie eine vorübergehende Schließung auch für die Vornahme der nach dem Mietvertrag der Beklagten obliegenden Schönheitsreparaturen, Instandhaltungsmaßnahmen oder Umbaumaßnahmen untersage. Sie ist der Auffassung, die gegenteilige Auslegung des § 13 Abs. 2 AMB durch das Landgericht sei jedenfalls mit dem Grundsatz der kundenfeindlichsten Auslegung nicht zu vereinbaren. Hier greife auch nicht mehr die Argumentation der aus der Sphäre des Mieters stammenden Motive, da die Instandhaltung und –setzung dem Vermieter nach dem Gesetz obliege. 57

Des Weiteren ergebe sich die Unwirksamkeit von § 13 Abs. 2 AMB aber auch aufgrund einer Intransparenz, da unklar sei, was unter „Verkaufstage“ und „überwiegenden Anzahl“ der 58

Mieter zu verstehen sei. Dass es nach einer gewissen Anlaufphase zu einer einheitlichen Öffnungsregelung kommen könne, sei entgegen der Ansicht des Landgerichts nicht von Bedeutung, da für die Beurteilung der Transparenz maßgeblich auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses abzustellen sei.

Schließlich sei die Betriebspflichtregelung in dem Mietvertrag jedenfalls aufgrund des Summierungseffekts unwirksam. Die sich nach dem Mietvertrag ergebende Bindung der Beklagten an das Sortiment „Lebensmittel“ sei, anders als vom Landgericht angenommen, keine lediglich vage Regelung, denn es sei gesetzlich geregelt, was unter „Lebensmittel“ zu verstehen sei. 59

Entgegen der Ansicht des Landgerichts sei die einstweilige Verfügung auch zu weit gefasst, weil es, anders als vom Landgericht ausgeführt, eine Verbindung des Beschlusses mit dem Mietvertrag nebst Anlagen nicht gegeben habe. Die Klägerin habe ihrem Antrag nämlich schon kein Vertragsexemplar für die Beklagte beigelegt. 60

Zu Unrecht habe das Landgericht auch das Vorliegen eines Verfügungsgrundes angenommen und sich dabei unter anderem verfahrensfehlerhaft nicht mit dem Vortrag der Beklagten auseinandergesetzt, dass eine Betriebspflicht schon gar nicht mittels einstweiliger Verfügungen durchgesetzt werden könne. Rechtsfehlerhaft verkannt habe das Landgericht auch, dass ein Verfügungsgrund schon aufgrund einer fehlenden Vollziehung der einstweiligen Verfügung nicht gegeben sei. Zu Unrecht unbeachtet gelassen habe es ferner, dass die Klägerin keinen Grund dargelegt habe, auf die Erfüllung der Betriebspflicht dringend angewiesen zu sein. Einer solchen Darlegung habe es im konkreten Fall aber insbesondere auch deshalb bedurft, weil in unmittelbarer Nähe Umbauarbeiten stattfinden würden und deshalb die Schließung des Ladenlokals der Beklagten nicht weiter ins Gewicht falle. Weiterhin sei sie erforderlich gewesen, weil der Hauptkundenstrom gar nicht am Geschäft der Beklagten vorbeiführe und auch noch immer eine Baustelle vorhanden sei, die auf Kunden abschreckend wirke. Zudem habe die Klägerin mittlerweile der Beklagten auch selbst die Aufhebung des Mietvertrages gegen Zahlung von 1,8 Millionen Euro angeboten und damit zu erkennen gegeben, auf die Erfüllung der Betriebspflicht der Beklagten nicht dringend angewiesen zu sein. Schließlich stehe auch der Umstand, dass die Klägerin nach Ankündigung der Schließung vom 24.01.2017 bis Anfang März 2017 mit dem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zugewartet habe, der Annahme einer bestehenden Dringlichkeit entgegen. 61

Die Beklagte beantragt, 62

das Urteil des Landgerichts Bochum vom 20.04.2017 (I – 14 O 53/17) aufzuheben und den Antrag auf Erlass der einstweiligen Verfügung zurückzuweisen. 63

Die Klägerin beantragt, 64

die Berufung zurückzuweisen. 65

Sie verteidigt das angefochtene Urteil. 66

Sie erachtet auch weiterhin die Betriebspflicht-Regelungen des Mietvertrages und ihrer Allgemeinen Mietbedingungen als wirksam. Diesbezüglich verweist sie, wie auch schon in I. Instanz, darauf, dass Betriebspflicht-Klauseln den Mieter grundsätzlich schon deshalb nicht unangemessen benachteiligen würden, da sie auch dem Schutz des einzelnen Mieters dienten, weil sie das „Funktionieren“ des Einkaufszentrums gewährleisteten. Sie meint, die 67

Beklagte vermöge auch nicht mit Erfolg darauf zu verweisen, dass ihr überhaupt keine Möglichkeit zur Vornahme von Inventuren mehr verbliebe, wenn die Ladenschlusszeiten geändert würden. Davon abgesehen, dass derart weitreichende Öffnungszeiten gesetzlich nicht gestattet seien, sei die Beklagte auch nicht verpflichtet, von ihnen Gebrauch zu machen. Zutreffend sei auch die Auslegung des Landgerichts, dass zeitweise Schließungen zur Durchführung von Schönheitsreparaturen von der Betriebspflichtklausel nicht umfasst seien. Anders als Inventuren unterlägen sie nämlich nicht einer im Belieben der Beklagten stehenden Entscheidung, sondern resultierten aus vertraglichen Verpflichtungen. Die Regelungen seien auch nicht intransparent. Der Begriff der Verkaufstage sei durch die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs im Wettbewerbsrecht hinreichend dahingehend konkretisiert, dass es sich bei ihnen um Tage handle, an denen Einzelhandelsunternehmen geöffnet seien, an denen also verkauft werde. Hinsichtlich des Begriffs der „überwiegenden Anzahl von Mietern“ sei auf den Eindruck abzustellen, der bei dem Publikum entstehe. Dieses sehe jede Geschäftseinheit als „Geschäft“ an. Hingegen sei für das Publikum gleichgültig, ob etwa ein und derselbe Mieter mehrerer Geschäftseinheiten im Center betreibe. Sonstige Parameter wie Geschäftsfläche als Bewertungsmaßstab schieden nach dem Begriff „überwiegende Anzahl“ ohnehin aus.

Es fehle entgegen der Auffassung der Beklagten auch nicht an einem Verfügungsgrund. Die Vollziehung der einstweiligen Verfügung sei ordnungsgemäß erfolgt. In der Antragsschrift sei die Festsetzung eines Zwangsgeldes beantragt gewesen. Für weitere Anträge habe die Beklagte keinen Anlass gegeben, weil sie unmittelbar nach Zustellung der einstweiligen Verfügung ihren Betrieb wieder eröffnet habe. 68

II. 69

Die zulässige Berufung der Beklagten hat in der Sache keinen Erfolg. Zu Recht hat das Landgericht sie verpflichtet gesehen, ihr Ladengeschäft im X zu den im landgerichtlichen Urteil angeführten Zeiten zu betreiben, und hierüber im Wege eines einstweiligen Verfügungsverfahrens befunden. 70

1. 71

Der Klägerin steht gegen die Beklagte ein Verfügungsanspruch auf Betrieb des Ladengeschäfts zu den vom Landgericht zuletzt tenorierten Zeiten zu. Entgegen der Ansicht der Beklagten sind die hierzu getroffenen vertraglichen Abreden der Parteien wirksam. 72

a. 73

Dass eine Betriebspflicht auch in Allgemeinen Geschäftsbedingungen wirksam vereinbart werden kann, entspricht höchstrichterlicher Rechtsprechung (vgl. z.B. BGH, NJW-RR 2010, 1017, Rn. 13) und wird auch von der Beklagten selbst gar nicht in Zweifel gezogen. 74

b. 75

Entgegen der Ansicht der Beklagten wird sie durch die vorliegenden vertraglichen Regelungen auch nicht unangemessen benachteiligt, so dass diese Abreden nicht nach § 307 Abs. 1 und 2 BGB unwirksam sind. 76

aa. 77

Eine solche unangemessene Benachteiligung ergibt sich zunächst nicht daraus, dass der Beklagten eine zeitweise Schließung des Geschäftslokals auch zur Durchführung der ihr 78

nach dem Mietvertrag obliegenden Instandhaltungsmaßnahmen und Schönheitsreparaturen untersagt wäre. Eine solch weitreichende Betriebspflicht lässt sich den streitgegenständlichen Regelungen auch unter Beachtung des Grundsatzes der kundenfeindlichsten Auslegung schon nicht entnehmen (1.). Selbst wenn sie sich aber aus der Regelung des § 13 (2) letzter Satz AMB ergeben würde, könnte allein dieser gestrichen werden, ohne dass die Wirksamkeit der weiteren Regelungen zur Betriebspflicht hierdurch beeinträchtigt würde (2.).

(1.) 79

Anders, als von der Beklagten angenommen, erstreckt sich die Betriebspflicht nach § 13 (2) AMB nicht auch auf Zeiten der Durchführung von Schönheitsreparaturen und der Vornahme von Instandhaltungsmaßnahmen. Zwar ließe sich aufgrund dessen, dass Ausnahmen von dem Verbot zeitweiser Schließungen in der Regelung nicht aufgeführt sind, zunächst annehmen, dass solche, anders als in dem der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 3. März 2010 (XII ZR 131/08, NJW-RR 2010, 1017) zugrunde liegenden Fall, auch nicht vereinbart sein sollen. Auch Allgemeine Geschäftsbedingungen sind jedoch nach ihrem objektiven Inhalt und typischen Sinn einheitlich so auszulegen, wie sie von verständigen und redlichen Vertragspartnern unter Abwägung der Interessen der normalerweise beteiligten Kreise verstanden werden. Dabei sind die Verständnismöglichkeiten eines durchschnittlichen, rechtlich nicht vorgebildeten Vertragspartners des Verwenders zu Grunde zu legen (BGH NJW-RR 2016, 526, Rn. 17 m.w.N.; Palandt/Grüneberg, BGB, 76. Aufl., § 305c Rn. 16). Ein verständiger und redlicher Vertragspartner wird der Regelung des § 13 (2) letzter Satz AMB jedoch keinen Bedeutungsgehalt dergestalt beimessen, dass mit ihm auch aus Gründen, die aus der Sphäre eines Vermieters stammen, eine zeitweise Schließung nicht zulässig sein soll. Die darin exemplarisch angeführten Gründe, die eine auch nur zeitweise Schließung nicht rechtfertigen sollen, fallen nämlich alle allein in die (Betriebs-) Sphäre eines gewerblichen Mieters. Instandhaltungsmaßnahmen und Schönheitsreparaturen obliegen hingegen gesetzlich dem Vermieter und sind von der Beklagten vorliegend lediglich vertraglich übernommen worden. Sie unterscheiden sich somit so deutlich von den exemplarisch angeführten Gründen, dass ein verständiger und redlicher Vertragspartner nicht annehmen wird, dass sich das Verbot zeitweiser Betriebsschließungen auch auf diese Gründe erstrecken soll, nur weil für sie nicht explizit Gegenteiliges zum Ausdruck gebracht wird. 80

(2.) 81

Unabhängig davon ist die vertraglich vereinbarte Betriebspflicht aber auch noch aus einem anderen Grunde wirksam. Selbst wenn man nämlich annähme, aufgrund der fehlenden Anführung von Ausnahmen des Verbots zeitweiser Schließungen erfasse § 13 (2) AMB auch Zeiten zur Durchführung von Instandhaltungsmaßnahmen oder Schönheitsreparaturen, würde dies nicht zu einer Unwirksamkeit des gesamten § 13 (2) AMB und von Ziffer 1.2 MV führen. Vielmehr wäre dann allein das Verbot der zeitweisen Betriebsschließungen unwirksam, nicht aber die zwischen den Parteien vereinbarte generelle Betriebspflicht. Allein die Einhaltung letzterer verfolgt die Klägerin jedoch mit dem vorliegenden einstweiligen Verfügungsverfahren. 82

(a.) 83

Zwar führt die Unwirksamkeit eines Teils einer Klausel nach dem Grundsatz des Verbots einer geltungserhaltenden Reduktion grundsätzlich zur Unwirksamkeit der Klausel im Ganzen. Denn eine inhaltliche Abänderung einer wegen unangemessener Benachteiligung unwirksamen Klausel, die dazu führen würde, der Klausel mit einem (noch) zulässigen Inhalt 84

Geltung zu verschaffen, ist den Gerichten untersagt (BGH NJW 2013, 991, Rn. 25 m.w.N.; Palandt/Grüneberg, a.a.O., § 306, Rn. 6). Hiervon zu unterscheiden sind nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, der der Senat folgt, jedoch diejenigen Fälle, in denen eine (Gesamt-) Klausel in inhaltlich voneinander trennbare, einzeln aus sich heraus verständliche Regelungen teilbar ist. In solchen Fällen unterliegt jeder einzelne teilbare Teil einer eigenständigen Wirksamkeitsprüfung. Nur dann, wenn der als wirksam anzusehende Rest im Gesamtgefüge des Vertrags nicht mehr sinnvoll, insbesondere der als unwirksam beanstandete Klauselteil von so einschneidender Bedeutung ist, dass von einer gänzlich neuen, von der bisherigen völlig abweichenden Vertragsgestaltung gesprochen werden muss, ergreift die Unwirksamkeit der Teilklausel die Gesamtklausel (sog. blue-pencil-Test; BGH NJW 2015, 930, Rn. 23 m.w.N.; Palandt/Grüneberg, a.a.O., Rn. 7).

(b.) 85

Gemessen an diesen Voraussetzungen führt eine etwaige Unwirksamkeit des § 13 (2) letzter Satz AMB nicht auch zur Unwirksamkeit des gesamten § 13 (2) AMB oder gar auch der Ziffer 1.2 MV. Der letzte Satz des § 13 (2) AMB enthält nämlich eine selbständige, von den vorherigen Sätzen des § 13 (2) AMB und der Regelung in Ziffer 1.2 MV unabhängige und abtrennbare Regelung und ihre Streichung würde nicht dazu führen, dass der Rest der Klausel als nicht mehr sinnvoll oder einschneidend verändert erschiene. Ziffer 1.2 letzter Absatz MV regelt zunächst (nur), dass eine allgemeine Betriebspflicht für die Beklagte besteht. Die Sätze 1 und 2 des § 13 (2) AMB konkretisieren dann den zeitlichen Umfang dieser Betriebspflicht auf die Öffnungszeiten der überwiegenden Anzahl der Mieter. Der letzte Satz des § 13 (2) AMB – und nur dieser Satz – beschäftigt sich dann mit der Frage, ob zeitweise Schließungen aus betriebsbedingten Gründen zulässig sind. Würde er gestrichen, bliebe als sinnvoller Regelungsteil die allgemeine Betriebspflicht der Beklagten zu bestimmten Öffnungszeiten, ohne dass auch zeitweise Schließungen aus betriebsbedingten Gründen untersagt wären, und mithin ein Regelungsgehalt, der in sich verständlich wäre und dem Vertrag keinen anderen Charakter verliehe. 86

bb. 87

Auch das in § 13 (2) letzter Satz AMB enthaltene Verbot von zeitweisen Schließungen für Inventuren führt jedenfalls nicht zu einer Unwirksamkeit der vertraglich vereinbarten Betriebspflicht insgesamt. Dabei bedarf keiner Entscheidung, ob das Untersagen zeitweiser Schließungen auch für Inventuren einen Mieter im Sinne des § 307 BGB unangemessen benachteiligt oder nicht (so jedenfalls KG Berlin, Urteil vom 05.03.2009 – 8 U 177/08 – Rn. 28). Denn wie schon ausgeführt, würden von einer etwaigen Unwirksamkeit des § 13 (2) letzter Satz 2 AMB nicht auch die weiteren Regelungen des § 13 (2) AMB und auch nicht Ziffer 1.2 MV erfasst. 88

cc. 89

Des Weiteren ergibt sich eine unangemessene Benachteiligung der Beklagten auch nicht aufgrund eines Summierungseffekts der Regelungen zur Betriebspflicht, des fehlenden Wettbewerbs- und Konkurrenzschutzes und der Sortimentsbindung. 90

(1.) 91

Formularklauseln, die den Mieter an ein bestimmtes Sortiment binden (BGH vom 16. Februar 2000 - XII ZR 279/97 - NJW 2000, 1714, Rn. 47; BGH, Urteil vom 3. März 2010 – XII ZR 131/08 –, Rn. 14) oder den Vermieter von einer Verpflichtung zum Konkurrenzschutz 92

freistellen (BGH, Urteil vom 3. März 2010 – XII ZR 131/08 –, Rn. 14; OLG Hamburg NJW-RR 1987, 403; Wolf/Eckert/Ball, Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts 10. Aufl. Rn. 709 m.w.N.), begründen grundsätzlich keine unangemessene Benachteiligung des Mieters von Gewerberäumen.

(2.) 93

Auch wenn einem Mieter von Verkaufsräumen in einem Einkaufszentrum eine Betriebspflicht auferlegt, zugleich aber die Gewährung von Konkurrenz- und Sortimentsschutz durch den Vermieter ausgeschlossen wird, begründet dies (noch) keine unangemessene Benachteiligung des Mieters (OLG Rostock NZM 2004, 460, Rn. 65; OLG Hamburg ZMR 2003, 254 Rn. 15). 94

(3.) 95

Wird in einem Formularvertrag die Vereinbarung einer Betriebspflicht des Mieters mit einer Sortimentsbindung kombiniert und zusätzlich mit einem Ausschluss von Konkurrenz- und Sortimentsschutz verbunden, wird in der Rechtsprechung hingegen zum Teil eine unangemessene Benachteiligung des Mieters angenommen (zum Meinungsstand BGH, Urteil vom 3. März 2010 – XII ZR 131/08 –, Rn. 15). Denn hierdurch werde dem Mieter, der ohnehin das Rentabilitätsrisiko zu tragen habe, trotz Verweigerung jeglichen Konkurrenzschutzes auch noch die Möglichkeit des Ausweichens in eine andere Geschäftsausrichtung genommen und eine (gegebenenfalls kostensparende) Geschäftsaufgabe schlechthin versagt (OLG Schleswig, Beschluss vom 02.08.1999 – 4 W 24/99 – Rn. 3). 96

(4.) 97

Unabhängig von der Frage, ob sich aus der Summe der Regelungen einer Betriebspflicht mit einer Sortimentsbindung und zeitgleichem Ausschluss von Konkurrenz- und Sortimentsschutz eine unangemessene Benachteiligung des Mieters ergeben kann, ist dies jedoch nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs jedenfalls dann nicht der Fall, wenn dem Mieter nicht eine hinreichend konkretisierbare Sortimentsbindung, sondern allenfalls eine vage Zweck- und Sortimentsbestimmung auferlegt wird (BGH NJW-RR 2010, 1017, Rn. 16). Eine solch hinreichend konkretisierbare Sortimentsbindung der Beklagten ist in dem vorliegenden Fall nicht gegeben. Sie folgt entgegen der Ansicht der Beklagten nicht daraus, dass sie überwiegend (auf 85 % ihrer Ladenfläche) auf das Sortiment von Lebensmitteln beschränkt ist. Der Begriff bzw. das Sortiment von Lebensmitteln selbst ist nämlich vielschichtig und weist eine umfänglich kaum begrenzbare Reichweite auf. So kann zwischen hochwertigen Lebensmitteln (Feinkost) und einfachen, zwischen Fleisch, Gemüse, Obst, Backwaren, Süßwaren etc. unterschieden werden und gibt es auch Geschäftstypen unterschiedlichster Ausrichtungen im Lebensmittelbereich. Eine Begrenzung auf diesen Bereich erweist sich daher gleichfalls als lediglich vage. Etwas anderes folgt auch nicht aus der Bezeichnung des Geschäftszwecks eines „Lebensmitteldiscountergeschäfts“ in Ziffer 1.2 des Mietvertrages. Dabei mag dahinstehen, ob der Begriff des „Lebensmitteldiscounters“ eine weitere Begrenzung der möglichen Angebotspalette beinhaltet. Gleichwohl bleibt diese nämlich noch immer derartig vielfältig, dass sich hieraus eine hinreichend konkretisierbare Sortimentsbindung noch nicht ergibt. 98

(5.) 99

Zudem scheidet vorliegend eine unangemessene Benachteiligung der Beklagten aufgrund eines Summierungseffekts auch noch aus einem anderen Grunde aus. Die Beklagte – die sich zudem offenbar selbst als Lebensmitteldiscounter versteht – ist nämlich auf das Sortiment „beschränkt“, das sie ohnehin nach ihrem eigenen Konzept vertreibt. Sie hat somit die Bestimmung des Sortiments, welches sie zu vertreiben hat, weitgehend selbst in der Hand.

c. 101

Die vertraglichen Regelungen zur Betriebspflicht der Beklagten sind auch nicht aufgrund einer Intransparenz nach § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB unwirksam. 102

aa. 103

Das Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB verpflichtet Verwender von Allgemeinen Geschäftsbedingungen entsprechend den Grundsätzen von Treu und Glauben, die Rechte und Pflichten ihrer Vertragspartner möglichst klar und durchschaubar darzustellen, wobei auf die Erwartungen und Erkenntnismöglichkeiten eines durchschnittlichen Vertragspartners des Verwenders im Zeitpunkt des Vertragsschlusses abzustellen ist (BGH, NJW 2007, 2176, Rn. 14 m.w.N.). Dazu gehört nicht nur, dass die einzelne Regelung für sich genommen klar formuliert ist, sondern sie muss auch im Kontext mit dem übrigen Klauselwerk verständlich sein. Dem Vertragspartner muss klar sein, was gegebenenfalls auf ihn zukommt (Palandt/Grüneberg, BGB, 76. Aufl., § 307 Rn. 21). 104

bb. 105

Gemessen an diesen Voraussetzungen erweisen sich die streitgegenständlichen vertraglichen Klauseln als hinreichend transparent. 106

(1.) 107

Unter dem Begriff der „Verkaufstage“ sind bei Abstellen auf den durchschnittlichen Vertragspartner die Tage zu verstehen, an denen gesetzlich ein Verkauf zulässig ist, also Montag bis Sonnabend unter Einschluss verkaufsoffener Sonntage und ausgenommen gesetzlicher Feiertage. Welches andere Verständnis dieser Formulierung sonst beigemessen werden sollte, führt schon die Beklagte selbst nicht an. 108

(2.) 109

Eine Intransparenz des § 13 (2) AMB folgt auch nicht daraus, dass er auf die Öffnungszeiten der „überwiegenden Anzahl der Mieter“ abstellt. 110

(a) 111

Da von der überwiegenden Anzahl der Mieter und nicht von Geschäftsflächen, Größe der Ladengeschäfte oder ähnlichem die Rede ist, kann bei verständiger Würdigung der Regelung diese nur so verstanden werden, dass es, wie die Klägerin angeführt hat, auf die Anzahl der Ladengeschäfte unabhängig von deren Größe und der Frage ankommt, ob ein Mieter ausnahmsweise mehrere Ladengeschäfte betreibt. Denn dies ist allein der Eindruck, der von den anderen Mietern/Ladenbetreibern und auch von den Kunden überhaupt wahrnehmbar ist und somit auch für ein einheitliches Erscheinungsbild eines Einkaufszentrums ausschlaggebend ist. 112

(b)

Eine Intransparenz ergibt sich dann weiter nicht daraus, dass bei Abschluss des Mietvertrages noch nicht feststehe und/oder für den Mieter nicht erkennbar sei, zu welchen Zeiten die überwiegende Anzahl der Mieter ihr Geschäft geöffnet halten werden. Dabei kann dahinstehen, ob eine solche Regelung dann nicht hinreichend transparent ist, wenn der Mietvertrag ein neu gegründetes und noch nicht in Betrieb befindliches Einkaufszentrum betreffe (aus diesem Grunde haben die Transparenz jedenfalls nicht in Frage gestellt BGH, NJW 2007, 2176; KG Berlin, Urteil vom 05.03.2009 – 8 U 177/08 – und LG Kassel, Urteil vom 20.08.2015 – 11 O 4173/15 –, wobei nicht ersichtlich ist, ob und wie lange in den zugrunde liegenden Fällen die Einkaufszentren bereits bestanden). Jedenfalls dann, wenn wie vorliegend das Einkaufszentrum schon lange besteht und betrieben wird, nach den eigenen Angaben der Beklagten in der mündlichen Verhandlung nämlich seit Anfang der sechziger Jahre, ist eine solche Regelung hinreichend transparent. Für den neuen Mieter sind dann nämlich schon vor bzw. bei Vertragsschluss diese Zeiten ermittelbar, so dass er nachhalten kann, was mit dem Vertragsschluss auf ihn zukommt. Ob es für die Ermittlung dabei eines größeren Aufwandes oder lediglich einer einfachen Nachfrage oder – zu heutigen Zeiten wie auch schon bei Abschluss des streitgegenständlichen Vertrages in 2012 – eines einfachen Blicks in das Internet bedarf, ist für die Frage der hinreichenden Transparenz nicht von Bedeutung. Entscheidend ist allein, dass die vertragliche Bestimmung damit den Mieter nicht im Unklaren über seine mit dem Vertragsschluss begründeten Pflichten lässt.

2. 115

Das Landgericht hat entgegen der Rüge der Beklagten ihre Verpflichtung in seiner Entscheidungsformel auch nicht räumlich zu weit gefasst. Dem steht nicht entgegen, dass die Beklagte nicht das gesamte Gebäude Nr. ## des Xs angemietet hat und aus der ursprünglichen Mietfläche auch noch ein geringfügiger Teil später aus dem Mietvertrag herausgenommen wurde. Der Verweis in dem Antrag der Klägerin und der Beschlussformel des Landgerichts auf die Anlage A dient nämlich ersichtlich nicht zur genauen räumlichen Beschreibung der Mietfläche der Beklagten, sondern allein zur Lokalisierung des Geschäfts der Beklagten in dem großen Einkaufszentrum X. Dies folgt schon daraus, dass ein Streit der Parteien um die Mietfläche der Beklagten ebenso wenig besteht wie ein solcher, ob die Beklagte auf der gesamten oder lediglich einem Teil der von ihr angemieteten Fläche ihr Geschäft zu betreiben hat, sondern allein ein Streit darum, ob sie das Geschäft an sich schließen darf oder nicht. Bei dieser Sachlage ist die Vollstreckbarkeit der einstweiligen Verfügung durch das Prozessgericht (§ 888 Abs. 1 ZPO) wegen etwaiger Ungenauigkeiten der in Bezug genommenen Skizze nicht ernsthaft in Frage gestellt.

3. 117

Es liegt auch ein Verfügungsgrund vor, der den Erlass einer einstweiligen Verfügung rechtfertigt. 118

a. 119

Der Einwand der Beklagten, die Durchsetzung einer vertraglich vereinbarten Betriebspflicht im Wege einer einstweiligen Verfügung sei rechtlich nicht zulässig, weil eine Entscheidung nicht vollstreckbar sei, da es sich bei der Betriebspflicht weder um eine vertretbare noch um eine unvertretbare Handlung handle, ist nicht zutreffend. Bei der Betriebspflicht des Mieters handelt es sich nämlich um eine unvertretbare Handlung (OLG Hamm NJW 1973, 1135; KG Berlin, Urteil vom 17.07.2003 – 22 U 149/03 – Rn. 16; OLG Frankfurt, Urteil vom 10.12.2008 120

b.

121

Der Erlass einer einstweiligen Verfügung ist auch nicht deshalb unzulässig, weil dies zu einer Vorwegnahme der Hauptsache führt. Eine solche – eingeschränkte – Vorwegnahme der Hauptsache durch eine Leistungsverfügung ist nämlich zulässig, wenn der Gläubiger darlegt und glaubhaft macht, dass er auf die Erfüllung dringend angewiesen ist. Bei Betriebspflichten von Mietern von Räumlichkeiten in einem Einkaufscenter ist dies regelmäßig anzunehmen (vgl. KG Berlin, Urteil vom 17.07.2003 – 22 U 149/03 – Rn. 15; Ghassemi-Tabar in Ghassemi-Tabar/Guhling/Weitemeyer, Gewerberaummieta, § 535 Rn. 564). Der Sinn der Vereinbarung einer Betriebspflicht liegt nämlich, wie das Landgericht zutreffend ausgeführt hat, darin, das Einkaufszentrum durch ein möglichst großes und vielfältiges Angebot an Geschäften für Kunden attraktiv zu halten (so auch KG a.a.O.). Dieser Zweck könnte nicht mehr erreicht werden, wenn der Vermieter mit der Durchsetzung der Betriebspflicht auf ein Hauptsacheverfahren verwiesen würde. Zudem liefe er dann Gefahr, dass es aufgrund des einen Leerstandes zu weiteren Leerständen kommt, da das Objekt für etwaige neue Mieter weniger attraktiv erscheint oder sich auch andere Mieter zu einer (vertragswidrigen) Einstellung ihres Betriebes ermutigt fühlen. Da sich die Dringlichkeit somit schon aus der Natur der Sache ergab, bedurfte es, anders als die Beklagte meint, auch keiner weiteren Darlegung der Dringlichkeitsgründe durch die Klägerin.

c.

123

Auch hat die Klägerin eine Dringlichkeit nicht selbst widerlegt, indem sie nach Ankündigung der Schließung seitens der Beklagten mit Email vom 24.01.2017 noch bis zur tatsächlichen Schließung vom 25.02.2017 zuwartete, bis sie den Erlass der streitgegenständlichen einstweiligen Verfügung mit Schriftsatz vom 03.03.2017 beantragte. Dabei bedarf keiner Entscheidung, ob ein solches Zuwarten der Annahme eines Verfügungsgrundes dann entgegensteht, wenn der Vermieter und Verfügungskläger die Ankündigung als unumkehrbaren Entschluss des Mieters auffassen musste. Denn die Klägerin durfte im vorliegenden Fall davon ausgehen, dass der Entschluss der Beklagten noch nicht endgültig war, sondern ihr sodann mit Schreiben vom 08.02.2017 erteilter Hinweis, dass eine Schließung mit den mietvertraglichen Pflichten nicht vereinbar sei, die Beklagte von einem solchen Schritt noch abhalten könnte. Zwar hat die Beklagte in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat erklärt, es sei schon seit April 2016 eine von ihr auch kommunizierte Option gewesen, gegebenenfalls auch das Geschäft zu schließen. Zum einen ist die Klägerin dem aber entgegengetreten und hat in derselben mündlichen Verhandlung angeführt, von einer Schließung des Ladenlokals sei vor dem 24.01.2017 nie die Rede gewesen, und ist auch ein vorheriger Hinweis der Beklagten auch auf diese Option dem vorliegenden Schriftverkehr der Parteien nicht zu entnehmen. Zum anderen musste die Klägerin angesichts der vertraglichen Vereinbarung der Parteien über eine Betriebspflicht einem etwaigen solchen Hinweis der Beklagten auf eine solche weitere Option noch keine wesentliche Bedeutung beimessen, jedenfalls nicht, solange er nur als eine von mehreren Optionen in den Raum gestellt wurde und vornehmlich Verhandlungen über eine Reduzierung der Miete oder eine Mietsnachefolge geführt wurden. Anlass zum Tätigwerden bestand für die Klägerin vielmehr erst, als die Beklagte diese Option in den Vordergrund stellte bzw. sogar zur nunmehr einzigen und schon beschlossenen Lösungsmöglichkeit erklärte, wobei die Klägerin, wie schon ausgeführt, dann davon ausgehen durfte, mit dem Hinweis auf die vertraglichen Pflichten der Beklagten diese zu ihrer Einhaltung anhalten zu können.

d.

125

Entgegen der Auffassung der Beklagten fehlt im vorliegenden Fall auch nicht aufgrund der Bauarbeiten oder deshalb der Verfügungsgrund, weil der Hauptkundenstrom nicht an dem Ladenlokal der Beklagten vorbeiführe. Die Bauarbeiten werden während des laufenden Betriebs des Einkaufszentrums durchgeführt, so dass ihrerseits nicht das Interesse der Klägerin entfällt, das Einkaufszentrum durch ein möglichst großes und vielfältiges Angebot an Geschäften für Kunden attraktiv zu halten. Und auch wenn der Hauptkundenstrom nicht an dem Geschäft der Beklagten vorbeiführen mag, ändert dies nichts an dem Umstand, dass das Ladenlokal der Beklagten Teil des möglichst großen und vielfältigen Angebots an Geschäften ist und ein längerer Leerstand einer derart großen Ladeneinheit den nachhaltigen und mit der Vereinbarung einer Betriebspflicht gerade zu vermeidenden Eindruck einer jedenfalls partiellen Erfolglosigkeit des das Center tragenden Konzepts erweckt.	126
e.	127
Vorliegend war die einstweilige Verfügung auch nicht aufgrund einer fehlenden Vollziehung aufzuheben.	128
aa.	129
Unter Vollziehung versteht das Gesetz die Zwangsvollstreckung aus der einstweiligen Verfügung, wie sich aus § 928 ZPO ergibt (BGH NJW 1996, 198, 199). Die Vollziehung i.S. der §§ 929 II, 936 ZPO erfordert zunächst die – im vorliegenden Fall unproblematisch gegebene – Zustellung des Beschlusses im Parteibetrieb (BGH a.a.O.). Enthält die einstweilige Verfügung ein Verbot, genügt dies allein für die Einleitung der Zwangsvollstreckung und damit für eine Vollziehung noch nicht (BGH a.a.O.). Vielmehr erfordert eine Vollziehung eine Gläubigerhandlung, die als zwangsweise Durchführung einer angeordneten Maßregel angesehen werden kann. Ein solcher Vollstreckungsdruck geht von Unterlassungstiteln nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs für gewöhnlich nicht aus, solange nicht auch die Ordnungsmittel angedroht sind (BGH a.a.O.). Daher genügt die Zustellung einer Unterlassungsverfügung im Parteibetrieb als Vollziehung nur dann, wenn die Verfügung bereits die Androhung von Ordnungsmitteln enthält; anderenfalls wird die einstweilige Verfügung erst mit der Zustellung der nachträglich erwirkten Ordnungsmittelandrohung vollzogen (BGH a.a.O.).	130
bb.	131
Entgegen der Ansicht der Beklagten führen die vorangeführten Grundsätze nicht dazu, dass die vom Landgericht zunächst im Beschlusswege erlassene einstweilige Verfügung wegen einer fehlenden Vollziehung, nämlich einer fehlenden Ordnungsmittelandrohung, aufzuheben wäre. Die Beklagte verkennet, dass es sich bei der streitgegenständlichen einstweiligen Verfügung um eine Gebots- und keine Verbots-/Unterlassungsverfügung handelt. Einschlägig ist daher § 888 ZPO, der, wie sich aus seinem Absatz 2 ergibt, die Androhung eines Zwangsmittels schon gar nicht vorsieht. Grund hierfür ist, dass der Schuldner gemäß § 891 S. 2 ZPO ohnehin vor Erlass des Zwangsmittels anzuhören ist und ein Antrag nach § 888 ZPO das Vorliegen der allgemeinen Zwangsvollstreckungsvoraussetzungen erfordert (Zöller/Stöber, ZPO, 31. Aufl., § 888 Rn. 5) und damit auch das Vorliegen und die erfolgte Zustellung des Vollstreckungstitels (Zöller/Stöber, ZPO, 31. Aufl., vor § 704 Rn. 14). Vor Zustellung der einstweiligen Verfügung ist somit ein Antrag nach § 888 ZPO nicht möglich. Leistet der Schuldner – wie vorliegend die Beklagte – nach Zustellung der einstweiligen Verfügung ihr umgehend Folge, kommt ein Antrag nach § 888 ZPO jedoch nicht (mehr) in Betracht, weil für eine zwangsweise Durchsetzung des Gebots kein Raum mehr ist. Die von der Beklagten in Bezug genommenen Rechtsgrundsätze sind somit auf eine	132

Gebotsverfügung nicht übertragbar, weshalb für die Wahrung der Vollziehungsfrist die – von der Klägerin rechtzeitig veranlasste – Zustellung einer Ausfertigung der einstweiligen Verfügung ausreichend ist.

III. 133

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO. 134