

Oberlandesgericht Koblenz

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

§§ 133, 157, 242, 313 BGB

- 1. Vereinbaren die Gewerbe-Mietvertrags-Parteien für eine Präsenz-Apotheke eine Betriebspflicht, so hat der Apotheker diese grundsätzlich als Präsenz- und nicht als Versand-Apotheke weiter zu führen.**
- 2. Ohne weitere Vereinbarungen trägt der Mieter das Verwendungsrisiko. Dies gilt auch für den Fall, dass die Apotheke nur unrentabel oder auch verlustbringend betrieben werden kann.**
- 3. Ist nur die Betriebspflicht und nicht die Offenhaltungspflicht vertraglich geregelt, so sind die branchenüblichen Öffnungszeiten, die sich aus gesetzlichen Bestimmungen für Apotheken ergeben, über eine ergänzende Vertragsauslegung zu Grunde zu legen.**

OLG Koblenz, Urteil vom 27.06.2019, Az.: 1 U 1471/18

Tenor:

1. Auf die Berufung des Verfügungsbeklagten wird das Urteil des Einzelrichters der 5. Zivilkammer des Landgerichts Mainz vom 29.10.2018, Az. 5 O 309/18, im Ausspruch über die Sanktion bei Zuwiderhandlung wie folgt abgeändert:

Für jeden Fall der Zuwiderhandlung wird dem Verfügungsbeklagten ein gerichtliches Ordnungsgeld bis zu 25.000,00 EUR und für den Fall, dass dieses nicht beigetrieben werden kann, Zwangshaft bis zu sechs Monaten oder Zwangshaft bis zu sechs Monaten angedroht.

Die weitergehende Berufung des Verfügungsbeklagten wird zurückgewiesen.

2. Der Verfügungsbeklagte hat die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen.

Gründe:

I.

Die Parteien streiten darüber, ob der Verfügungsbeklagte verpflichtet ist, noch bis zum 31.03.2022 den Apothekenbetrieb in den von ihm angemieteten Apothekenräumen der L-Apotheke in Form einer Präsenzapotheke aufrechtzuerhalten.

Der Verfügungskläger ist Eigentümer eines denkmalgeschützten historischen Gebäudes in der Sp, in dem sich die Geschäftsräume der „L-Apotheke“ befinden. Der Verfügungsbeklagte ist von Beruf Apotheker und betreibt in der Innenstadt von A., etwa 300 m von der L-Apotheke entfernt, die V-Apotheke.

Die Parteien haben am 14.03.2012 einen schriftlichen Gewerbemietvertrag über die Räume der „L-Apotheke“ geschlossen. In diesem Vertrag wurde eine Betriebspflicht des Verfügungsbeklagten sowie eine feste 10jährige Dauer des Mietverhältnisses vereinbart. Auszugsweise lauten die vertraglichen Regelungen wie folgt:

„§ 1 Mieträume

Vermietet werden im Hause Sp die zur Zeit von der L-Apotheke Dr. K, Inh. G e.K., im Erdgeschoss des Haupthauses genutzten Geschäftsräume zum Betrieb einer Apotheke. Es ist eine Betriebspflicht vereinbart. Die Mieträume sind dem Mieter aufgrund der Übernahme des Betriebes vom vorigen Inhaber und ausgiebiger Besichtigung und Prüfung bekannt und werden in Nachfolge des vorherigen Mietverhältnisses (...) übergeben. Die Mietsache gilt im derzeitigen Zustand als vertragsgemäß. (...) Herr M bestätigt, hier selbst die entsprechenden Voraussetzungen geprüft und geklärt zu haben (...).

§ 2 Mietdauer

1. Das Mietverhältnis beginnt am 01.04.2012 und wird zunächst für zehn Jahre fest abgeschlossen. Der Mieter kann bis zum Ablauf des 9. Mietjahres eine einmalige Verlängerung des ersten Mietzeitraums um fünf Jahre verlangen. Es verlängert sich das Mietverhältnis jeweils um zwei weitere Jahre, sofern es nicht mit einer Kündigungsfrist von zwölf Monaten zum jeweiligen Ende des Mietzeitraums schriftlich von einer Partei gekündigt wird.

2. Eine Kündigung/Optionsausübung muss schriftlich erfolgen und dem anderen Vertragspartner spätestens am letzten Werktag vor Beginn der Kündigungsfrist zugegangen sein (...).

§ 9 Benutzung der Mietsache, Gebrauchsüberlassung

1. Der Mieter darf die Mietsache zu anderen als in § 2 bestimmten Zwecken und Geschäftszweigen nur mit Einwilligung des Vermieters benutzen; er darf den Geschäftsbetrieb nicht ganz oder teilweise einstellen (...).

4. Außerhalb der üblichen Betriebs- und Geschäftszeiten ist der Vermieter nicht verpflichtet, die haustechnischen Gemeinschaftseinrichtungen zur Verfügung zu stellen bzw. in Betrieb zu halten.

§ 22 Sonstige Vereinbarungen (...)

2. Der Mieter übernimmt die Räume im derzeitigen Zustand wie sie von dem vorherigen Betriebsinhaber übergeben werden. Mit diesem hat der Mieter eine gesonderte Vereinbarung im Zusammenhang mit dem Apothekenkauf getroffen (...).

4. Der Vermieter kann keinerlei Konkurrenzschutz gewähren. (...)

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Vertrag vom 14.03.2012, Bl. 8 - 14 d.A., verwiesen.

Mit Schreiben vom 08.09.2018 an den Verfügungskläger (Bl. 15 d.A.) kündigte der Verfügungsbeklagte diesen Gewerbemietvertrag zum „nächstmöglichen Termin“ wegen „Geschäftsaufgabe“; dabei sollte diese Kündigung „auch für die gemieteten Parkplätze in der E-Str. zum 31.10.2018 Anwendung finden“. Diese Parkplätze hatte der Verfügungsbeklagte für seine Mitarbeiter von einer dritten Person angemietet.

Der Verfügungsbeklagte hat die Arbeitsverträge des pharmazeutischen Personals der L-Apotheke zum 30.09.2018 gekündigt.

Mit Schreiben vom 17.09.2018 (Bl. 16 d.A.) bestätigte der Verfügungsbeklagte namens und in Vollmacht der Vermieterin der Parkplätze die Kündigung der angemieteten Stellplätze zum 31.10.2018. Hinsichtlich des Gewerbemietvertrages bestätigte der Verfügungskläger das Ende des Mietverhältnisses jedoch erst zum 31.03.2022 und erinnerte den Verfügungsbeklagten zugleich an die vereinbarte Betriebspflicht.

Am 20.09.2018 beantragte der Verfügungskläger unter Vorlage einer eidesstattlichen Versicherung bei dem Landgericht Mainz im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes, dem Verfügungsbeklagten unter Androhung eines Ordnungsgeldes bis zu 100.000,00 EUR, ersatzweise einer Ordnungshaft bis zu 6 Monaten, zu untersagen, den Apothekenbetrieb in den von ihm angemieteten Apothekenräumen des Anwesens S, zu schließen bzw. einzustellen.

Am 21.09.2018 erließ der zuständige Einzelrichter der 5. Zivilkammer des Landgerichts Mainz die beantragte einstweilige Verfügung. Hiergegen richtete sich der erfolglose Widerspruch des Verfügungsbeklagten, mit dem er die Aufhebung der Eilentscheidung begehrte.

Eine Änderung der Nutzung der Ladenräume in einen Gaststättenbetrieb ist baugenehmigungsrechtlich nicht zulässig.

Der Verfügungskläger hat erstinstanzlich vorgetragen:

Mit der vorzeitigen Kündigung des Gewerbemietvertrages, dem Abbau des pharmazeutischen Personals sowie den zuletzt stark reduzierten Öffnungszeiten unterlaufe der Verfügungsbeklagte die vertraglich vereinbarte Betriebspflicht. Durch die angekündigte alsbaldige Geschäftsaufgabe bzw. die zuletzt nach Erlass der einstweiligen Verfügung angekündigte Umstellung des Betriebes der L-Apotheke auf eine reine Versandapotheke drohe die Schaffung vollendeter Tatsachen. Der Verfügungsbeklagte habe das Warenlager der L-Apotheke bereits auf ein Minimum reduziert und auch gängige Medikamente nicht mehr in ausreichender Menge vorrätig. Der Betrieb der L-Apotheke als Präsenzapotheke müsse jedoch bis zum 31.03.2022 unverändert aufrechterhalten bleiben, da es nur dann möglich sei, nach dem Ende des Mietverhältnisses einen anderen geeigneten Apotheker als Nachmieter zu finden. Die als Grund für die geplante vorzeitige Einstellung des Apothekenbetriebes von dem Verfügungsbeklagten angeführten Umsatzrückgänge sowie der Verlust von Stammkunden würden bestritten.

Der Verfügungskläger hat erstinstanzlich beantragt,

die einstweilige Verfügung vom 21.09.2018 aufrechtzuerhalten.

Der Verfügungsbeklagte hat erstinstanzlich beantragt,

die einstweilige Verfügung aufzuheben und den Antrag auf Erlass derselben zurückzuweisen.

Der Verfügungsbeklagte hat vorgetragen, er sei nicht verpflichtet, den Betrieb in gleicher Weise wie bisher fortzuführen. Die Apotheke könne jederzeit in eine Versandapotheke umgewandelt werden, ohne dass ein Verstoß gegen die vertraglich vereinbarte Betriebspflicht vorliege. Zudem sei eine solche Klausel in einem Formularvertrag unwirksam, weil sie den Verfügungsbeklagten in unzulässiger Weise in seiner

unternehmerischen Freiheit beschränke. Die Geschäftsgrundlage für die Betriebspflicht sei entfallen. Die Umsätze der L-Apotheke und die Zahl der Stammkunden seien so rückläufig, dass der Betrieb der L-Apotheke durch die Erlöse aus der profitableren V-Apotheke quersubventioniert werden müsse. Bereits seit dem Sommer 2012 rentiere sich der Betrieb der L-Apotheke nicht mehr. Es könne ihm nicht zugemutet werden, die Apotheke unter Verlusten fortzuführen. Er müsse daher vorzeitig aus dem Gewerbemietvertrag entlassen werden.

Mit seinem Urteil vom 29.10.2018 hat der zuständige Einzelrichter der 5. Zivilkammer des Landgerichts Mainz die einstweilige Verfügung vom 21.09.2018 mit der Maßgabe aufrechterhalten, dass es dem Verfügungsbeklagten bis zum 31.03.2022 untersagt ist, den Apothekenbetrieb in den von ihm angemieteten Apothekenräumen des Anwesens S (L-Apotheke) zu schließen bzw. einzustellen. Für jeden Fall der Zuwiderhandlung wurde dem Verfügungsbeklagten ein gerichtliches Ordnungsgeld bis zu 100.000,00 EUR, ersatzweise Ordnungshaft bis zu 6 Monaten, angedroht.

Zur Begründung seiner Entscheidung hat das Landgericht ausgeführt, dass sowohl ein Verfügungsanspruch als auch ein Verfügungsgrund bestünden. Der Verfügungskläger habe glaubhaft gemacht, dass er einen vertraglichen Anspruch gegen den Verfügungsbeklagten auf den Betrieb der Apotheke bis zum Ende der vertraglich vereinbarten Laufzeit (31.03.2022) habe. Der Erlass einer einstweiligen Verfügung sei geboten, weil sonst die Schaffung vollendeter Tatsachen drohe. Durch die von dem Beklagten geplante Geschäftsaufgabe bzw. die Umwandlung des Betriebs in eine Versandapotheke, die bereits erfolgten Kündigungen der Mitarbeiter und der Parkplätze sowie die zuletzt stark reduzierten Öffnungszeiten drohe die Gefahr, die Stammkunden zu verlieren mit der Folge, dass die Geschäftsräume nach dem Ende der vertraglich vereinbarten Laufzeit nicht mehr erfolgreich neu vermietet werden können. Die Umwandlung des Betriebs in eine Versandapotheke ohne Publikumsverkehr sei vertragswidrig. In einem Gewerbemietvertrag könne eine Betriebspflicht wirksam auch durch AGB vereinbart werden. Die Pflichten des Verfügungsbeklagten bei dem Betrieb der Apotheke folgten unmittelbar aus der Verordnung über den Betrieb von Apotheken (ApBetrO). Danach müsse der Verfügungsbeklagte als Betriebsleiter einer Apotheke deren Geschäftsbetrieb persönlich leiten, er habe das erforderliche pharmazeutische Personal zu beschäftigen und sei zur Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen einschließlich der Öffnungszeiten verpflichtet. Die Apotheke müsse mindestens aus einer Offizin, einem Laboratorium, ausreichend Lagerraum und einem Nachtdienstzimmer bestehen. Nach § 23 Abs. 1 der ApBetrO seien Dienstzeiten von Montag bis Freitag von 8:00 Uhr bis 18:30 Uhr und an Samstagen von 8:00 Uhr bis 14:00 Uhr einzuhalten. Der Regelungsumfang der einstweiligen Verfügung und der zeitliche und räumliche Umfang der von dem Verfügungsbeklagten geschuldeten Pflicht zum Betrieb der L-Apotheke könne so aus dem Gewerbemietvertrag vom 14.03.2012 in Verbindung mit dem Verordnungstext der Apotheken-Betriebsordnung abgeleitet werden. Eine Beendigung des Vertrages aufgrund des Wegfalls der Geschäftsgrundlage, § 313 BGB, komme nicht in Betracht. Als Gewerbemietvertragspartner trage der Verfügungsbeklagte das wirtschaftliche Risiko. Er könne sich deshalb nicht darauf berufen, dass der Betrieb der Apotheke in der bisherigen Form infolge des Wegzugs von nahegelegenen Arztpraxen und damit verbundenen Umsatzrückgängen unrentabel geworden sei.

Gegen diese Entscheidung wendet sich der Verfügungsbeklagte mit seiner Berufung. Er ist der Ansicht, dass kein Verfügungsanspruch bestehe und er den Betrieb der L-Apotheke nicht in der bisherigen Form aufrechterhalten müsse. Die Betriebspflicht sei durch eine AGB-Klausel vereinbart worden, die der Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 BGB nicht standhalte. Im Übrigen sei die Betriebspflicht auch inhaltlich nicht konkretisiert worden. Der Verfügungsbeklagte sei deshalb auch befugt, in den Räumen eine Versandapotheke zu betreiben. Von der Betriebspflicht sei die Offenhaltungspflicht zu unterscheiden. Die von dem Landgericht herangezogenen Regelungen in der ApBetrO

bezögen sich gerade nicht auf Versandapotheken. Auch ein Verfügungsgrund sei nicht gegeben. Der Verfügungskläger sei lediglich Eigentümer der Mieträume, nicht aber Eigentümer des in den Räumen befindlichen Apothekenbetriebes. Sein Einwand, dass ihm Schaden entstehe, wenn lediglich eine Versandapotheke betrieben werde, könne daher keine Berücksichtigung finden. Der Verfügungskläger sei auch nicht auf die sofortige Erfüllung seines angeblichen Verfügungsanspruchs angewiesen. Es werde sich ohnehin kein Apotheker finden, der in den Räumen wieder eine Präsenzapotheke betreiben wolle. Da sich nur 300m entfernt die gut gehende V-Apotheke befinde, sei der Standort der L-Apotheke „verbrannt“. Im Übrigen sei das Festhalten des Verfügungsklägers an der Betriebspflicht auch unbillig. Der Verfügungsbeklagte habe dem Verfügungskläger das ernstgemeinte Angebot des benachbarten Betreibers einer Pizzeria übermittelt, der die Gewerbemietfläche übernehmen wolle, um sein Lokal zu vergrößern. Die Zurückweisung dieses Angebots durch den Verfügungskläger sei treuwidrig, § 242 BGB. Der Wegzug der nahegelegenen Arztpraxis rechtfertige sehr wohl die Anwendung des § 313 BGB; außerdem auch der Umstand, dass dem Verfügungsbeklagten bei Fortführung des Betriebes in der bisherigen Form die Insolvenz drohe.

Erstmals im Berufungsverfahren hat der Verfügungsbeklagte eine aus dem Oktober 2018 datierende Bescheinigung vorgelegt, ausweislich derer der Inhaber des „Ristorante P“ daran interessiert ist, die Räume der L-Apotheke zu übernehmen, um mittels eines Wanddurchbruchs sein Restaurant zu vergrößern (Bl. 137 d.A.)

Der Verfügungsbeklagte beantragt,

unter Abänderung des am 29.10.2018 verkündeten Urteils des Landgerichts Mainz, Az.: 5 O 309/18, wird der Beschluss des Landgerichts Mainz vom 21.09.2018 auf Erlass einer einstweiligen Verfügung aufgehoben und der Antrag auf Erlass derselben zurückgewiesen.

Der Verfügungskläger beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Er verteidigt das erstinstanzliche Urteil unter Wiederholung und Vertiefung seines erstinstanzlichen Vorbringens und führt aus, dass die Betriebspflicht wirksam vereinbart worden sei und zwar unabhängig davon, ob dies durch eine AGB-Klausel oder eine individualvertragliche Regelung geschehen sei. Tatsächlich seien die vertraglichen Regelungen zwischen den Parteien in mehrstündigen Gesprächen ausgehandelt worden. Es habe sich um einen singulären Mietvertrag über eine einzige historische Apothekenladenfläche in einem denkmalgeschützten Gebäude gehandelt. Nach dem Kontext des Vertrages sei die Vermietung nur zum Zwecke des Betriebs einer Apotheke erfolgt; keinesfalls zum Betrieb eines Lagers oder eine Gaststätte. Das Risiko, dass die Apotheke nicht rentabel betrieben werden könne, trage allein der Verfügungsbeklagte. Die vereinbarte Betriebspflicht habe sich an der Art und Weise des bisherigen Betriebs der bereits lange bestehenden L-Apotheke ausgerichtet. Dies sei für beide Parteien bei Vertragsschluss klar gewesen und der Verfügungsbeklagte habe gerade Räumlichkeiten für eine Präsenzapotheke gesucht. Insoweit werde der damals involvierte Apothekenmakler als Zeuge benannt. Dabei sei nunmehr nicht die Bezeichnung als „L-Apotheke“ entscheidend, sondern allein der Betrieb einer Präsenzapotheke als solcher. Ziel des Verfügungsbeklagten sei es, die Kunden der L-Apotheke in seine nahegelegenen V-Apotheke umzuleiten. So wolle er auch verhindern, dass nach dem Ende der Vertragslaufzeit in den streitgegenständlichen Räumen eine neue konkurrierende Apotheke entstehen könne. Eine Versandapotheke könne der Verfügungsbeklagte allenfalls neben der Präsenzapotheke führen, sofern diese nicht beeinträchtigt werde. Die Räume seien hierfür jedoch ohne aufwändige Umbaumaßnahmen gar nicht geeignet.

Einen branchenfremden Nachmieter müsse er nicht akzeptieren; das Angebot des Betreibers der benachbarten Pizzeria sei nicht erst gemeint.

II.

Die Berufung des Verfügungsbeklagten ist zulässig, hat in der Sache jedoch keinen Erfolg.

Lediglich die Androhung von Sanktionen für den Fall einer Zuwiderhandlung gegen die einstweilige Verfügung war entsprechend der gesetzlichen Vorgaben in § 888 ZPO abzuändern und neu zu fassen.

Das Landgericht hat zu Recht die begehrte einstweilige Verfügung erlassen.

Die Voraussetzungen für den Erlass einer Leistungsverfügung liegen vor, weil ohne Erlass der einstweiligen Verfügung dem Verfügungskläger im Rahmen eines dauernden Rechtsverhältnisses (Gewerbemietvertrag) wesentliche Nachteile entstehen würden, §§ 935, 940 ZPO.

1. Das Landgericht ist zu Recht davon ausgegangen, dass der Verfügungskläger glaubhaft gemacht hat, dass er gegen den Verfügungsbeklagten einen vertraglichen Anspruch auf Weiterbetrieb der L-Apotheke in Form einer Präsenzapotheke hat.

a) Die Parteien haben am 14.03.2012 einen schriftlichen Gewerbemietvertrag über die Räume der L-Apotheke geschlossen (Bl. 8 - 14 d.A.) und dort direkt unter § 1 eine Betriebspflicht des Verfügungsbeklagten vereinbart.

Eine solche Parteiabrede, die die Verpflichtung des Mieters zum Betrieb eines Gewerbes innerhalb der Mieträume zum Gegenstand hat, ist im Rahmen der Vertragsfreiheit grundsätzlich zulässig. Der Vermieter hat ein anzuerkennendes Interesse daran, dass der Mieter die angemieteten Geschäftsräume im Rahmen des vertragsgemäßen Gebrauchs auch tatsächlich nutzt. Es besteht die Gefahr, dass das Mietobjekt bei Nichtbenutzung in seinem Marktwert sinkt oder dass eine künftige Anschlussvermietung zum gleichen Gebrauchszweck wegen des mit der Nichtnutzung verbundenen Verlusts des Kundenstamms erschwert oder nur noch zu einem unter dem bisherigen Mietzins liegenden Entgelt möglich wird (vgl. Eisenschmid in Schmidt-Futterer, Mietrecht, 13. Aufl., § 535 BGB Rn. 255; Jendrek: Die Betriebspflicht im Gewerberaummietvertrag - NZM 2000, 526).

Dabei kann dahinstehen, ob die Betriebspflicht hier - wie der Verfügungsbeklagte behauptet - Gegenstand einer AGB-Klausel ist, oder ob die Betriebspflicht - wie der Verfügungskläger vorträgt - zwischen den Parteien individualvertraglich ausgehandelt worden ist, denn in einem Gewerbemietverhältnis kann eine Betriebspflicht grundsätzlich auch formularvertraglich wirksam begründet werden (vgl. Eisenschmid a.a.O. Rn. 257; OLG Rostock, Urteil vom 08.03.2004 - 3 U 118/03 = BeckRS 2004, 03992). Eine entsprechende Klausel in einem Mietvertrag über eine Gewerbeimmobilie ist üblich und nicht überraschend und hält der Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 BGB stand. Anders ist dies nur bei Vorliegen besonderer Umstände zu beurteilen, etwa wenn sich die Klausel in dem Vertragswerk an einer versteckten Stelle befindet oder der Mieter durch die Klausel an einer vorübergehenden sachlich gerechtfertigten Betriebseinstellung, wie etwa an branchenüblichen Ruhetagen, gehindert wird (vgl. Eisenschmid a.a.O., Rn. 257 m.w.N.; Lehr in Hannemann/Wiegner, Münchener Anwaltshandbuch Mietrecht, § 55 Konkurrenzschutz und Betriebspflicht, Rn. 222 - 224; OLG Dresden MDR 2015, 1123). Solche Besonderheiten sind hier aber nicht gegeben, so dass die Betriebspflicht auch dann zwischen den Parteien wirksam vereinbart worden ist, wenn es sich bei § 1 des Vertrages um eine von dem Verfügungskläger gestellte AGB-

Klausel handelt. Gegen die Annahme, dass es sich hier um eine AGB-Klausel handelt, spricht indessen bereits das äußere Erscheinungsbild und der weitere Inhalt des Vertrages, der sich auf eine einzelne Ladenfläche in einem denkmalgeschützten historischen Gebäude bezieht und durch weitere Regelungen auf die individuellen Gegebenheiten gerade dieses Objekts eingeht.

b) Diese vertraglich vereinbarte Betriebspflicht hat den Inhalt, dass der Verfügungsbeklagte in den Räumen der L-Apotheke im Rahmen der für Apotheken in Rheinland-Pfalz geltenden gesetzlichen Bestimmungen weiterhin eine Präsenzapotheke mit Publikumsverkehr zu betreiben hat; die Umstellung des Betriebes auf eine reine Versandapotheke, wie sie der Verfügungsbeklagte plant, ist nicht zulässig.

Unter Betriebspflicht ist auf dem Gebiet der Gewerberaummiete die Verpflichtung des Mieters zu verstehen, die angemieteten Räume während festgelegter oder bestimmbarer Öffnungszeiten zu dem im Mietvertrag festgelegten Gebrauchszweck für das Publikum offen zu halten, persönlich oder mit Hilfe von Arbeitskräften zu betreiben und ein angemessenes Waren- und/oder Dienstleistungsangebot bereitzuhalten (vgl. OLG Dresden NZM 2008, 131; Jendrek, a.a.O.). Sofern keine abweichende vertragliche Vereinbarung getroffen worden ist, beginnt die Betriebspflicht mit dem Mietbeginn und endet mit dem Mietende (vgl. Ghassemi-Tabar, Gewerberaummiete, 1. Aufl., § 535 BGB Rn. 545).

Hier haben die Parteien unter § 1 ihrer vertraglichen Vereinbarung vom 14.03.2012 lediglich festgehalten „es ist eine Betriebspflicht vereinbart“, ohne diese ausdrücklich inhaltlich näher zu bestimmen. Auch mit dem Führen einer Versandapotheke, also einer Apotheke, die den Verkauf von Arzneimitteln durch Versandhandel betreibt und bei der Verbraucher Medikamente per Post, Telefon oder Internet bestellen, wird aber grundsätzlich eine Apotheke betrieben, zumal nach § 11a des Apothekengesetzes (ApoG) der Versandhandel nur zusätzlich zu dem üblichen Apothekenbetrieb zulässig ist, also hinter jeder Versandapotheke auch eine öffentliche Apotheke stehen muss.

Eine Auslegung des Vertrages vom 14.03.2012 gemäß §§ 133, 157 BGB unter Berücksichtigung von Wortlaut, Interessenlage und Begleitumständen wie dem Inhalt und dem Verlauf der Vertragsverhandlungen (vgl. KG, Urteil vom 30.03.2015 - 8 U 43/14 = MDR 2015, 881) führt jedoch zu dem Ergebnis, dass die vertragliche Vereinbarung der Parteien hier dahingehend erfolgt ist, dass gerade in den vermieteten Räumen der L-Apotheke eine Präsenzapotheke zu betreiben ist. Der Verfügungsbeklagte darf nicht lediglich die V-Apotheke als Präsenzapotheke und daneben die L-Apotheke als Versandapotheke führen.

Die L-Apotheke wurde nach dem unbestrittenen Vortrag des Verfügungsklägers schon immer als Präsenzapotheke betrieben. Daran hat sich auch nichts dadurch geändert, dass seit dem Jahr 2004 der Versandhandel mit Arzneimitteln gesetzlich zulässig ist. Bereits aus dem Text des Vertrages vom 14.03.2012 (§ 1 Mieträume) ergibt sich, dass der Verfügungsbeklagte von seinem Vorgänger genau diese bislang immer zum Betrieb einer Präsenzapotheke genutzten Geschäftsräume im Erdgeschoss des Anwesens nach ausgiebiger Besichtigung und Prüfung in Nachfolge des bisherigen Mietverhältnisses übernommen hat. So ist auch unter § 22 des Vertrages weiter geregelt, dass der Verfügungsbeklagte die Räume in dem derzeitigen Zustand übernimmt, wie sie von dem vorherigen Betriebsinhaber übergeben werden, mit dem der Verfügungsbeklagte eine gesonderte Vereinbarung im Zusammenhang mit dem Apothekenkauf getroffen hat. Diese Vereinbarungen können in einer Gesamtschau nur so verstanden werden, dass beide Parteien im maßgeblichen Zeitpunkt des Vertragsschlusses davon ausgegangen sind, dass in den vermieteten Räumen weiterhin eine Präsenzapotheke betrieben wird. Der Verfügungskläger hatte hieran ein erkennbares Interesse, er wollte als Eigentümer und Vermieter den Marktwert der Gewerberäume erhalten. Aber auch der

Verfügungsbeklagte hat in diesen Geschäftsräumen nach der Übernahme von Beginn des Mietverhältnisses an eine Präsenzapotheke und gerade keine Versandapotheke betrieben, obwohl dies auch bereits im Jahr 2012 rechtlich möglich gewesen wäre. Seine spätere Kündigung hat der Verfügungsbeklagte zunächst lediglich allgemein mit „Geschäftsaufgabe“ begründet und die Möglichkeit des Betriebens einer Versandapotheke in den Räumen der L-Apotheke erstmals im laufenden Verfahren nach Erlass der einstweiligen Verfügung vom 21.09.2018 thematisiert.

Vor diesem Hintergrund ist der Verfügungsbeklagte bis zum Ende der vertraglich vereinbarten Laufzeit (31.03.2022) zum Betrieb einer Präsenzapotheke in den Räumen der L-Apotheke verpflichtet.

c) Die Betriebspflicht ist von der Offenhaltungspflicht abzugrenzen. Während die Betriebspflicht dem Mieter die Verpflichtung auferlegt, die angemieteten Geschäftsräume zu einem bestimmten Zweck tatsächlich zu nutzen, regelt die Offenhaltungspflicht, dass er sie zu bestimmten Uhrzeiten nicht schließen darf (vgl. OLG Dresden, Urteil vom 15.07.2015 - 5 U 597/15 = MDR 2015, 1123).

Die Parteien haben vertraglich nicht geregelt, zu welchen Zeiten die in den Räumen der L-Apotheke zu betreibende Präsenzapotheke geöffnet sein soll. Im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung kann hier aber davon ausgegangen werden, dass die Parteien den übereinstimmenden Willen hatten, dass die branchenüblichen Öffnungszeiten für Präsenzapotheken gemäß den geltenden gesetzlichen Bestimmungen eingehalten werden müssen.

Das Landgericht hat zutreffend darauf hingewiesen, dass die Dienstzeiten der Apotheken in § 23 APoG geregelt sind. Die von dem Verfügungsbeklagten einzuhaltenden Dienstzeiten ergeben sich jedoch nicht aus § 23 Abs. 1 ApoG, da die Landesapothekenkammer Rheinland-Pfalz als zuständige Behörde für Rheinland-Pfalz durch ihre Allgemeinverfügung zur Dienstbereitschaft vom 29.11.2006 (abgedruckt in Deutsche ApothekerZeitung 2006, Nr. 49, S. 120) von der Ermächtigung in § 23 Abs. 2 ApoG i.V.m. § 5 Ladenöffnungsgesetz Rheinland-Pfalz Gebrauch gemacht und weitergehende Schließzeiten zugelassen hat. Die Schließzeiten bestimmen sich somit nach dieser Allgemeinverfügung. Danach ist der Verfügungsbeklagte grundsätzlich zu folgenden Öffnungszeiten verpflichtet: an Montagen, Dienstagen, Donnerstagen und Freitagen von 9:00 Uhr bis 12:00 Uhr und von 15:00 Uhr bis 18:00 Uhr, sowie mittwochs und samstags von 9:00 Uhr bis 12:00 Uhr.

2. Die vertragliche Pflicht des Verfügungsbeklagten zum Weiterbetrieb der L-Apotheke in Form einer Präsenzapotheke ist nicht deshalb entfallen, weil sich diese nicht mehr rentabel betreiben lässt.

a) Die Parteien haben ein Mietverhältnis auf eine bestimmte Zeit geschlossen, das erst mit dem Ablauf dieser Zeit endet, hier dem 31.03.2022, § 542 Abs. 2 BGB. Die Kündigung des Verfügungsbeklagten vom 08.09.2018 „zum nächstmöglichen Zeitpunkt“ kann daher nicht zu einer früheren Beendigung des Mietverhältnisses führen. Zu einer außerordentlichen Kündigung war der Verfügungsbeklagte auch dann nicht berechtigt, wenn er inzwischen mit der L-Apotheke nur noch Verluste erwirtschaftet; da sich der Verfügungsbeklagte in dem Gewerbemietvertrag ausdrücklich einer Betriebspflicht unterworfen hat, fällt es in seinen Risikobereich, ob sich die angemieteten Räume rentabel bewirtschaften lassen oder nicht (vgl. OLG Frankfurt am Main, Urteil vom 10.12.2008 - 2 U 250/08 = ZMR 2009, 446).

b) Der Verfügungsbeklagte kann auch nicht gemäß § 313 BGB eine Anpassung oder vorzeitige Beendigung des Gewerbemietvertrages verlangen.

Der Verfügungsbeklagte trägt insoweit vor, dass inzwischen nahegelegene Arztpraxen weggezogen seien, wodurch es zu ganz erheblichen Umsatzrückgängen in der L-Apotheke gekommen sei, so dass er in den letzten Jahren hohe Verluste erwirtschaftet habe. Die Parteien hätten den Vertrag bezüglich der Betriebspflicht nicht oder mit einem anderen Inhalt geschlossen, wenn sie diese Veränderungen vorausgesehen hätten.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, auf die das Landgericht bereits zutreffend hingewiesen hat (vgl. BGH NJW-RR 2000, 1535; BGH NJW 2000, 1714; BGH NJW-RR 2000, 1535; Ghassemi-Tabar, Gewerberaummieta, a.a.O., § 535 Rn. 548 - 549) entfällt die in einem Gewerbemietvertrag vereinbarte Betriebspflicht jedoch nicht, wenn sich das Geschäft des Mieters als unwirtschaftlich herausstellt und der erwartete Gewinn ausbleibt. Der Mieter muss auch ein vollkommen unrentables Geschäft weiter betreiben, denn er trägt das Verwendungsrisiko bezüglich der Mietsache. Dazu gehört bei der gewerblichen Mieta die Chance, mit dem Mietobjekt Gewinne erzielen zu können und umgekehrt das Risiko, Verluste einzufahren. Ist von dieser grundsätzlichen Risikoverteilung im Mietvertrag nicht abgewichen worden, bleibt die Betriebspflicht bestehen und der Mieter kann auch dann, wenn sich das Geschäft als unrentabel erweist, keine Anpassung oder Aufhebung seiner Betriebspflicht verlangen. Eine Vertragsanpassung oder -aufhebung nach § 313 BGB scheidet aus, weil es sich um Erwartungen und Umstände handelt, die gerade in den Risikobereich des Gewerbemieters fallen.

Da allein der Mieter das geschäftliche Risiko trägt, rechtfertigen unrentable oder auch verlustbringende Geschäfte nicht den Wegfall der Betriebspflicht (vgl. OLG Rostock, Urteil vom 08.03.2004 - 3 U 118/03 = NZM 2004, 460). Die Betriebspflicht entfällt auch dann nicht, wenn die Fortführung des Betriebes zur Folge hat, dass nur Verluste erwirtschaftet werden, so dass es vorteilhafter wäre, das Objekt zu schließen (vgl. OLG Düsseldorf, Urteil vom 18.12.2003 - I - 10 U 69/03 = ZMR 2004, 508).

Eine andere Beurteilung könnte sich nur dann ergeben, wenn die Parteien diese im Gewerberaummietrecht angelegte Risikoverteilung geändert und vereinbart haben, dass der Vermieter das Geschäftsrisiko des Mieters ganz oder zum Teil übernimmt. Der Vertrag muss dann aber konkrete Anhaltspunkte für eine solche Risikoübernahme durch den Vermieter enthalten. Hierauf könnten etwa Regelungen hindeuten, mit denen der Vermieter den Mieter in seinen unternehmerischen Entscheidungen über das übliche Maß hinaus einschränkt (vgl. Ghassemi-Tabar, Gewerberaummieta, a.a.O., § 535 BGB Rn. 549 m.w.N.).

Im vorliegenden Fall gibt es jedoch keine Hinweise dafür, dass die Parteien an der bei einem Gewerbemietvertrag grundsätzlich geltenden Risikoverteilung etwas ändern wollten. Entsprechendes haben auch weder der Verfügungskläger noch der Verfügungsbeklagte vorgetragen. In dem schriftlichen Vertrag der Parteien finden sich keine Klauseln, die den Verfügungsbeklagten in seinen unternehmerischen Freiheiten beschränken. Unter „§ 22 sonstige Vereinbarungen“ wurde festgehalten, dass der Vermieter keinerlei Konkurrenzschutz gewähren kann. Auch diese Regelung spricht dafür, dass das unternehmerische Risiko allein bei dem Mieter liegen sollte, wie es auch typischerweise bei der Gewerbemiete der Fall ist.

In der ersten Instanz hat der Verfügungsbeklagte lediglich vorgetragen und durch Vorlage einer Bestätigung seines Steuerberaters auch glaubhaft gemacht, dass die L-Apotheke von April bis 2012 bis August 2018 ausschließlich Verluste in Höhe von insgesamt 163.766,12 EUR erwirtschaftet habe, was zu einer Liquiditätsunterdeckung in Höhe von 118.771,99 EUR geführt habe. Die Verluste bzw. die Liquiditätsunterdeckung hätten mit Gewinnen aus dem Betrieb der V-Apotheke „querfinanziert“ werden müssen. Soweit der Verfügungsbeklagte in der Berufungsinstanz nunmehr darüber hinaus anführt, dass die weitere Erfüllung des Vertrages unter Umständen den Verfall seines

Vermögens zur Folge hat, kann dahinstehen, ob dieser Vortrag gemäß § 531 Abs. 2 ZPO überhaupt berücksichtigungsfähig ist. Der Verfügungsbeklagte hat jedenfalls nicht vorgetragen, dass er aktuell zahlungsunfähig ist und die Fortführung des Betriebes allenfalls durch Betrug gegenüber seinen Geschäftspartnern, nämlich durch Täuschung über seine nicht gegebene Zahlungsfähigkeit, bewirkt werden könnte. Nur für diesen Fall hat jedoch das Oberlandesgericht Karlsruhe (Urteil vom 08.11.2006 - 9 U 58/06, abgedruckt in MDR 2007, 577) ein Freiwerden des Mieters von der Betriebspflicht gemäß § 275 Abs. 1 BGB angenommen. Davon abgesehen ist der Vermieter auch bei Zahlungsunfähigkeit des Mieters gar nicht gehindert, einen Titel über seinen vertraglich vereinbarten Anspruch auf Erfüllung der Betriebspflicht zu erstreiten. Der zahlungsunfähige Mieter kann in diesem Fall - so wie gesetzlich vorgesehen - einen Insolvenzantrag stellen. Der Insolvenzverwalter hat dann die Möglichkeit, den Mietvertrag nach § 109 InsO zu kündigen und sich auf diese Weise von der Betriebspflicht zu lösen (vgl. Ghassemi-Tabar, Gewerberaummieta, a.a.O., § 535 BGB Rn. 551).

c) Der Verfügungskläger verhält sich nicht treuwidrig (§ 242 BGB), in dem er den Betreiber der benachbarten Pizzeria, der nach dem Vortrag des Verfügungsbeklagten seine Geschäftsräume auf die Räume der L-Apotheke ausdehnen möchte, nicht anstelle des Verfügungsbeklagten als Mieter akzeptiert. Der Verfügungskläger hat - nicht bestritten - vorgetragen, dass eine entsprechende Nutzungsänderung in dem historischen denkmalgeschützten Anwesen baurechtlich gar nicht genehmigt werden würde. Schon aus diesem Grund ist der Betreiber der Pizzeria kein geeigneter Nachmieter. Im Übrigen ist es für den Verfügungskläger auch nicht zumutbar, sich auf einen branchenfremden Nachmieter verweisen zu lassen. Eine anderweitige Nutzung wäre ohne größere Umbaumaßnahme nicht möglich und würde unter Umständen den Marktwert der Gewerbefläche gefährden.

3. Der Verfügungskläger hat auch den erforderlichen Verfügungsgrund dargelegt und durch seine eidesstattliche Versicherung glaubhaft gemacht.

Demnach hat der Verfügungsbeklagte - unstreitig - bereits seine pharmazeutischen Mitarbeiter in der L-Apotheke und die für diese angemieteten Parkplätze gekündigt, außerdem die Öffnungszeiten und das vorgehaltene Sortiment reduziert. Vor diesem Hintergrund besteht die konkrete und unmittelbare Gefahr, dass der Verfügungsbeklagte nunmehr die L-Apotheke schließen oder nur noch als Versandapotheke neben seiner als Präsenzapotheke geführten V-Apotheke weiter betreiben wird. Absehbare Folge hiervon wird sein, dass sich die bisherige Kundschaft der L-Apotheke verlaufen und ihren Bedarf an Arzneimitteln anderweitig decken wird. Die L-Apotheke wäre für die bisherigen Kunden nicht mehr attraktiv. Bei Nichtnutzung (als Präsenzapotheke) besteht die konkrete Gefahr, dass das Mietobjekt in seinem Marktwert sinkt und eine Anschlussvermietung erheblich erschwert wird.

Vor diesem Hintergrund ist die besondere Dringlichkeit einer einstweiligen Regelung zur Beseitigung der drohenden Beeinträchtigung und damit der Verfügungsgrund gegeben. Zwar nimmt die einstweilige Verfügung hier in Form einer Leistungsverfügung jedenfalls für die Zeit bis zu einer Entscheidung des Rechtsstreits in der Hauptsache diese vorweg; eine Leistungsverfügung ist jedoch dann zulässig, wenn der Verfügungskläger darlegt und glaubhaft macht, dass er auf die Erfüllung dringend angewiesen ist. Dies ist nach den dargelegten Umständen hier der Fall. Der Sinn der Betriebspflicht liegt gerade darin, die L-Apotheke als Präsenzapotheke für Kunden attraktiv zu halten. Dieser Zweck würde unterlaufen, wenn der Verfügungskläger darauf verwiesen werden würde, mit der Durchsetzung der Betriebspflicht bis zum Abschluss eines Verfahrens in der Hauptsache zu warten (vgl. KG, Urteil vom 28.01.2013 - 8 W 5/13 = NZM 2013, 731; OLG Frankfurt am Main, Urteil vom 10.12.2008 - 2 U 250/08 = ZMR 2009, 446).

4. Die Sanktionsandrohung war entsprechend der gesetzlichen Regelung in § 888 Abs. 1 ZPO abzuändern und neu zu fassen. Demnach darf das einzelne Zwangsgeld einen Betrag in Höhe von 25.000,00 EUR nicht übersteigen und Zwangshaft darf auch unmittelbar und nicht nur ersatzweise für den Fall, dass ein verhängtes Zwangsgeld nicht beigetrieben werden kann, verhängt werden.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO.

Der Streitwert für den Berufungsrechtszug wird auf 10.800,00 EUR festgesetzt.