
Datum: 31.08.2000
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 12. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 12 U 173/96
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2000:0831.12U173.96.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 2 O 60/96

Tenor:

Die Berufung des Klägers gegen das am 05.09 1996 verkündete Urteil der 2. Zivilkammer des Landgerichts Köln - 2 O 60/96 - wird zurückgewiesen. Die Kosten des Rechtsstreites der ersten Instanz, des Berufungsverfahrens und des Revisionsverfahrens (einschließlich der durch die Nebenintervention verursachten Kosten) trägt der Kläger. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Tatbestand

1

Der Kläger ist Eigentümer des Grundstücks Z.straße43 in K.. Durch Vertrag vom 15./23.02.1989 mietete die Beklagte zu 1), die damals noch unter A. Ausrüstungsgesellschaft für Hilfsorganisationen mbH firmierte, später in A. Verlagsgesellschaft mbH umbenannt wurde und die heute unter der Firma A. A. Verlags ~~###blob###~~amp; Werbegesellschaft mbH auftritt, von der Voreigentümerin Frau A. P. einen Teil der auf diesem Grundstück befindlichen Räume zum Betrieb einer Handels- und Vertriebsgesellschaft mit Versandbetrieb an. Nach § 2 Abs. 1 des Mietvertrages sollte das Mietverhältnis am 1.03.1989 beginnen und am 28.02.1999 enden, falls es sich nicht nach Maßgabe einer ebenfalls in § 2 Abs. 1 des Mietvertrages enthaltenen Verlängerungsklausel verlängerte. § 9 Abs. 3 des Mietvertrages bestimmte, daß Untervermietung oder sonstige Gebrauchsüberlassung an Dritte nur mit schriftlicher Einwilligung des Vermieters erfolgen dürfe. Weiter waren in einer Anlage zum Mietvertrag im einzelnen gestaffelt nach festen Zeiträumen Mieterhöhungen vereinbart.

2

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die mit der Klageschrift in Fotokopie zu den Akten gereichte Vertragsurkunde, Blatt 1 ff. AH, verwiesen.

3

4

Durch notariellen Vertrag vom 1.10.1993 verkaufte Frau A. P. das Grundstück Z.straße in K., auf dem sich schon zum damaligen Zeitpunkt neben den an die Beklagte zu 1) vermieteten Räumlichkeiten noch anderweitig vermietete Gewerbefläche, weitere Garagen sowie vermietete Wohnungen befanden, an den Kläger. Bei den Notarverhandlungen war der Geschäftsführer der Beklagten zu 1) anwesend; in der Vertragsurkunde ist er als Erschienenener zu 3) - handelnd für die Beklagte zu 1) - ausdrücklich erwähnt. In § 3 Ziffer 5 des vorgenannten Vertrages wird ausgeführt, daß Miet- und Pachtverhältnisse bekannt sind und übernommen werden. Zu Beginn von § 8 des Vertrages heißt es:

"Auflösend bedingt mit der Nichtdurchführung des vorstehenden
Grundstückskaufvertrages werden folgende Änderungen des bezüglich des
Vertragsgegenstandes mit der unter eingangs 3. aufgeführten Gesellschaft mit beschränkter
Haftung bestehenden Mietverhältnisses vereinbart: 5

1. 6

Das Mietverhältnis wird bezüglich der Teilflächen im Erd- und Untergeschoß (insgesamt
ca. 217 qm), die in dem als Anlage zu dieser Niederschrift genommenen Bauplänen rot
umrandet und schraffiert dargestellt sind, mit Wirkung zum Ablauf des 31. Dezember 1993
aufgehoben. Diese Flächen sollen künftig von dem Käufer eigengenutzt werden. Der Käufer
wird dementsprechend auf seine Kosten auch die im verbleibenden Mietbereich der A. GmbH
erforderlichen Umbauarbeiten durchführen. Hierbei handelt es sich vornehmlich um die
nachstehend aufgeführten Arbeiten:" 7

Sodann werden die Arbeiten im einzelnen näher benannt sowie die weiteren Modalitäten des
Umbaus festgelegt. Wörtlich heißt es am Ende von § 8 schließlich: 8

"Nach Fertigstellung der Umbauarbeiten wird die verringerte Mietfläche der A. GmbH
durch Aufmaß festgestellt und die vereinbarte qm-Miete ist ab Januar 1994 nur noch für
die verringerte Mietfläche von der A. GmbH zu zahlen. 9

A. ist zur jederzeitigen Untervermietung, auch zur mehrfachen bzw. aufgesplitteten
Untervermietung berechtigt. Für untervermietete Flächen wird ein
Untervermietungsaufschlag in Höhe von 10 % p. a. zur vertraglichen Miete erhoben." 10

Wegen der weiteren Einzelheiten des notariellen Vertrages wird auf die mit Schriftsatz der
Beklagten vom 21.02.1996 in Fotokopie zu den Akten gereichte Vertragsurkunde, Blatt 39 ff.
AH, Bezug genommen. 11

Der Kläger wurde am 7.02.1994 als Eigentümer ins Grundbuch eingetragen. 12

Mit Schreiben vom 14.11.1995 teilte die Beklagte zu 1) dem Kläger mit, daß sie zum
Jahresende ihre originäre Geschäftstätigkeit einstellen und die noch zu gründende Beklagte
zu 2) die freiwerdende Geschäftstätigkeit fortführen werde. Vorgesehen sei, daß die Beklagte
zu 2) alle bestehenden Verpflichtungen zwischen dem Kläger und der Beklagten zu 1)
übernehme und auch formal in vollem Umfang in das Mietverhältnis eintrete. Daraufhin kam
es zu Verhandlungen zwischen dem Kläger und dem Geschäftsführer der Beklagten zu 1),
die jedoch zu keinem Ergebnis führten. Mit Schreiben vom 28.12.1995 teilte die Beklagte zu
1) dem Kläger mit, daß sie einen Teil der Mietfläche ab dem 1.01.1996 an die Beklagte zu 2)
untervermietete. Tatsächlich ist die Beklagte zu 2) seit dem vorgenannten Zeitpunkt
Untermieterin der Beklagten zu 1), wobei zwischen den Parteien streitig ist, ob die Beklagte
zu 2) nur einen Teil oder die gesamte Mietfläche nutzt. Der Aufforderung des Klägers vom 13

4.01.1996, die Untervermietung sofort zu beenden, kam die Beklagte zu 1) nicht nach. Daraufhin kündigte der Kläger mit Schreiben vom 23.01.1996 das Mietverhältnis fristlos wegen unerlaubter Untervermietung sowie unter Hinweis darauf, "daß die Kündigung auf alle in Betracht kommenden rechtlichen Gesichtspunkte, also insbesondere auch § 554 a BGB gestützt" werde. Mit Schreiben vom 31.01.1996 sprach der Kläger "eine fristgerechte Kündigung zum nächst zulässigen Termin" aus. Nachdem die Beklagte zu 1) die nach dem Mietvertrag vorgesehene Erhöhung der Grundmiete um 5,9 % nicht zahlte, forderte der Kläger sie mit Schreiben vom 01.10.1996 zur Zahlung auf (Anlage BB 3 zur Berufungsbegründung, Bl. 228 - 229 GA). In dem Schreiben wurde erstmalig die konkrete Mietbelastung ab 01.03.1996 angegeben, wobei der Kläger den Untermietzuschlag ab 01.03.1996 mit einem Betrag von 804,74 DM berechnete. Mit einem weiteren Schreiben vom 01.10.1996 (Anlage BB 6 zur Berufungsbegründung, Bl. 236 - 238 GA) berechnete er die für die Monate Januar und Februar 1996 zu zahlenden Untermietzuschläge auf je 759,89 DM. Für die Monate Oktober und November 1996 zahlte die Beklagte zu 1) keine Miete, vielmehr rechnete sie mit Schreiben ihres erstinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten vom 03.09.1996 (Anlage BB 6 zur Berufungsbegründung, Bl. 232 - 235 GA) mit Kostenerstattungsansprüchen aus eigenen Recht und aus abgetretenen Recht der Beklagten zu 2) in Höhe von insgesamt 17.290,50 DM auf, wobei in Höhe eines Betrages von 16.827,00 DM die Kostenerstattungsansprüche aus dem angefochtenen erstinstanzlichen Urteil herrühren, ohne daß die im Tenor dieses Urteils angesprochene Sicherheitsleistung bisher gezahlt worden ist. Mit dem Berufungsbegründungsschriftsatz vom 12.12.1996, der dem Kläger über seinen Prozeßbevollmächtigten am 30.01.1996 zugestellt wurde, erklärte der Kläger in Hinblick auf die von ihm errechneten Mietrückstände schließlich im Verlaufe des Rechtsstreits in zweiter Instanz die fristlose Kündigung des Mietvertrages gemäß § 554 Abs. 1 BGB wegen Zahlungsverzugs.

Mit der Klage hat der Kläger von den Beklagten als Gesamtschuldnern Räumung und Herausgabe der im Erd- und Kellergeschoß sowie im Anbau des Hauses Z.straße, K., gelegenen Räume verlangt. Der Kläger hat die Auffassung vertreten, nicht nur die fristlose Kündigung vom 23.01.1996 sei wirksam, vielmehr habe auch die ordentliche Kündigung vom 31.01.1996 zu einer Beendigung des Mietverhältnisses geführt. Ein befristetes Mietverhältnis mit der Beklagten zu 1) bestehe nicht. Bei Abfassung von § 8 des notariellen Vertrages vom 1.10.1993 seien die Anforderungen an die Schriftform gemäß § 566 BGB nicht gewahrt worden. 14

Der Kläger hat beantragt, 15

die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, die im Erd- und Kellergeschoß sowie im Anbau des Hauses Z.straße, K. gelegenen Räume zu räumen und geräumt an ihn herauszugeben. 16

Die Beklagten haben beantragt, 17

die Klage abzuweisen. 18

Widerklagend hat die Beklagte zu 1) gegenüber dem Kläger darüber hinaus beantragt, 19

festzustellen, daß das Mietverhältnis zwischen den Parteien über die gewerblichen Räume nebst Freiflächen, Z.straße, K., gemäß Mietvertrag vom 15.02./23.02.1989 in dem durch den notariellen Vertrag vom 1.10.1993, UR.Nr. 1626/93 des Notars Dr. S. in K., festgelegten Umfang bis zum 28.02.1999 fortbesteht und insbesondere nicht durch die Kündigungserklärung des Klägers vom 23.01.1996 beendet worden ist. 20

Die Beklagte zu 2), der in Hinblick auf die erhobene Widerklage von der Beklagten zu 1) (und 21
Widerklägerin) der Streit verkündet war, ist dem Rechtsstreit (bezüglich der Widerklage) auf
Seiten der Beklagten zu 1) (und Widerklägerin) beigetreten und hat sich dem
Widerklageantrag angeschlossen.

Die Beklagten haben geltend gemacht, ein Recht zur fristlosen Kündigung stehe dem Kläger 22
nicht zu. Nach dem Inhalt des bestehenden Mietverhältnisses sei die Beklagte zu 1) zur
Untervermietung berechtigt. Dies sei ausdrücklich in § 8 des notariellen Vertrages vom
1.10.1993 vereinbart worden. Der Kläger sei ferner nicht zur ordentlichen Kündigung des
Mietvertrages berechtigt, da es sich um ein befristetes Mietverhältnis handle. Dem
Schriftformerfordernis des § 566 BGB sei bei Abschluß des notariellen Vertrages vom
1.10.1993 genüge getan; aus der notariellen Urkunde ergebe sich eindeutig, daß der
zwischen der Voreigentümerin und der Beklagten zu 1) geschlossene Mietvertrag habe
geändert werden sollen. Im übrigen sei es dem Kläger nach Treu und Glauben verwehrt, sich
auf einen eventuellen Formmangel zu berufen, da er selbst den beurkundenden Notar
beauftragt und den Vertragstext in Auftrag gegeben habe. Ihm sei auch der Inhalt des
übernommenen Mietvertrages genau bekannt gewesen.

Der Kläger hat beantragt, 23

die Widerklage abzuweisen. 24

Durch das am 05.09.1996 verkündete Urteil, auf das verwiesen wird (Blatt 163 ff. GA), hat 25
das Landgericht die Klage abgewiesen und auf die Widerklage der Beklagten zu 1) hin
festgestellt, daß das Mietverhältnis zwischen den Parteien über die gewerblichen Räume
nebst Freiflächen, Z.straße, K., gemäß Mietvertrag vom 15.02/ 23.02.1989 in dem durch den
notariellen Vertrag vom 1.10.1993 - UR.Nr. 1626/93 Notar Dr. S. in K. - festgelegten Umfang
bis zum 28.02.1999 fortbesteht. Zur Begründung hat das Landgericht ausgeführt, die von
dem Kläger vorgetragene Gründe seien nicht geeignet, eine fristlose Kündigung zu
rechtfertigen. Die fristgerechte Kündigung des Klägers gehe ins Leere, weil der Mietvertrag
bis zum 28.02.1999 befristet sei. Dem Schriftformerfordernis des § 566 BGB sei genüge
getan, jedenfalls könne sich der Kläger auf einen etwaigen Formmangel den Beklagten
gegenüber nicht berufen.

Dieses Urteil wurde dem Kläger am 23.09.1996 zugestellt. Am 16.10.1996 hat der Kläger 26
dagegen Berufung eingelegt und diese nach entsprechender Verlängerung der
Berufungsbegründungsfrist am 18.12.1996 begründet.

Mit der Berufung verfolgt der Kläger unter Aufrechterhaltung seines erstinstanzlichen 27
Vortrages seinen erstinstanzlich geltend gemachten Räumungsanspruch gegen die
Beklagten weiter. Zur Begründung bezieht er sich auf die von ihm schon bis dahin
ausgesprochenen Kündigungen. Zusätzlich stützt er die Berufung in Hinblick auf die
ausdrücklich in der Berufungsbegründung enthaltenen weiteren Kündigung auf den Verzug
von Mietzahlungen, wobei er den Rückstand gemäß seinem Schreiben vom 11.02.1997 (Bl.
308 - 310 GA, in Fotokopie der Berufserwiderung als Anlage BE 2 beigelegt) in Erwiderung
auf die Berechnung der Gegenseite im Schreiben vom 16.01.1997 (Bl. 300 - 304 GA, in
Fotokopie der Berufserwiderung als Anlage BE 1 beigelegt) abzüglich der am 17.01.1997 und
21.01.1997 erfolgten Überweisungen in Höhe von insgesamt 17.701,77 DM einschließlich der
Februarmiete 1997 auf einen Betrag von 5.754,91 DM beziffert.

Insoweit hat der Kläger beantragt, 28

29

unter Abänderung des angefochtenen Urteils gemäß seinen erstinstanzlichen Schlußanträgen zu entscheiden.	
Die Beklagten haben beantragt,	30
die Berufung zurückzuweisen.	31
Der Senat hat durch hiermit in Bezug genommenes Urteil vom 21.08.1987 (Bl. 369 bis 376 Rück GA) der Berufung stattgegeben und die Beklagten unter Abweisung der Widerklage zur Räumung des Mietobjektes verurteilt.	32
Auf die Revision der Beklagten hat der Bundesgerichtshof durch Urteil vom 23.02.2000 - XII ZR 251/97 -, das hiermit gleichfalls in Bezug genommen wird (Bl. 60 bis 64 Rück BGH-Band), dieses Urteil aufgehoben und die Sache zu neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.	33
In Hinblick darauf, daß die Beklagten die Gewerberäume am 31.01.1998 geräumt und die Schlüssel an den Kläger zurückgegeben haben, erklärt der Kläger nunmehr bezüglich der Klage den Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt, dem sich die Beklagten - unter Verwahrung gegen die Kostenlast - anschließen.	34
Der Kläger beantragt,	35
unter Abänderung des angefochtenen Urteils gemäß seinen erstinstanzlichen Schlußanträgen zu entscheiden, soweit der Rechtsstreit nicht übereinstimmend für erledigt erklärt worden ist	36
Die Beklagten beantragen,	37
insoweit die Berufung zurückzuweisen.	38
Die Beklagten verteidigen das angefochtene Urteil und machen im übrigen geltend, auch die mit Schriftsatz vom 12.12.1996 ausgesprochene fristlose Kündigung habe nicht zu einer Beendigung des Mietverhältnisses geführt, da der für § 554 Abs. 1 BGB erforderliche Zahlungsverzug nicht vorgelegen habe; zum Zeitpunkt der Kündigung habe ein Zahlungsrückstand nicht bestanden.	39
Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den vorgetragenen Inhalt der von den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.	40
E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e	41
Die form- und fristgerecht eingelegte und auch im übrigen zulässige Berufung des Klägers ist nicht begründet.	42
I.	43
Nachdem die Parteien übereinstimmend die Klage, mit der der Kläger gegenüber den Beklagten als Gesamtschuldner gemäß § 556 BGB den Anspruch auf Räumung und Herausgabe der im Erd- und Kellergeschoß sowie im Anbau des Hauses Z.straße in K. gelegenen Räume geltend gemacht hat, für erledigt erklärt haben, war nur noch über die Widerklage in der Sache zu entscheiden.	44
	45

Im Ergebnis zu Recht hat das Landgericht in der angefochtenen Entscheidung der Widerklage stattgegeben, so daß die hiergegen gerichtete Berufung des Klägers in der Sache keinen Erfolg hat.

Die Widerklage ist zulässig, insbesondere ist das für die begehrte Feststellung erforderliche Interesse (§ 256 ZPO) gegeben. Wie die Beklagte zu 1) in der mündlichen Verhandlung vom 27.07.2000 erklärt hat, beabsichtigt sie, vom Kläger wegen der - ihrer Meinung nach - unberechtigten Kündigungserklärungen Schadensersatz zu beanspruchen. Wenn auch die Beklagten die Gewerberäume am 31.01.1998 geräumt und die Schlüssel an den Kläger zurückgegeben haben, so daß es der Beklagten zu 1) möglich sein müßte, ihren diesbezüglich entstandenen Schaden zu beziffern und durch eine Leistungsklage geltend zu machen, so ist die von der Beklagten zu 1) erhobene Feststellungsklage dennoch nicht gemäß § 256 ZPO unzulässig. Zwar ist grundsätzlich daran festzuhalten, dass das für die Feststellungsklage erforderliche Feststellungsinteresse dann fehlt, wenn die Klage auf fällige und bezifferbare Leistung möglich ist (vgl. Thomas/Putzo 22. Aufl. § 256 Rdnr. 13). Eine Ausnahme ist jedoch nach festen Rechtsprechungsgrundsätzen dann zu machen, wenn die Leistungsklage erst nach zulässiger Erhebung der Feststellungsklage möglich wird und auch nicht ausnahmsweise auf Grund besonderer Umstände des Einzelfalles das Festhalten an der Feststellungsklage als "treuwidrig" erscheint (vgl. BGH LM § 256 ZPO Nr. 5; BGH NJW 1978, 210 ff.; BGH WM 93, 1241 ff.). So liegt der Fall aber hier. Es unterliegt keinen Zweifeln, dass für die von der Beklagten zu 1) erhobene Feststellungsklage ursprünglich das Feststellungsinteresse gegeben war. Die Räumung des Objektes am 31.01.1998 erfolgte erst während des laufenden Verfahrens nach Erlaß des Senatsurteiles vom 21.08.1997. Wenn auch nicht zu verkennen ist, daß von jenen Zeitpunkt an bis heute ein nicht unerheblicher Zeitraum verstrichen ist, so ist ein treuwidriges Festhalten an der Feststellungsklage für den vorliegenden Fall nicht anzunehmen, zumal die Beklagten Revision eingelegt hatten, über die der Bundesgerichtshof am 23.02.2000 entschieden hat.

46

Die Feststellungsklage ist auch begründet. Das zwischen den Parteien geltende Mietverhältnis ist vor dem vertraglich vereinbarten Mietende vom 28.02.1999 nicht vorzeitig wirksam gekündigt und damit nicht beendet worden.

47

Die fristlose Kündigung vom 23.01.1996 hat das Mietverhältnis nicht beendet. Soweit der Kläger die Kündigung auf eine unerlaubte Untervermietung gestützt hat, greift dieser Kündigungsgrund nicht durch. In § 8 des notariellen Vertrages vom 1.10.1993 ist der Beklagten zu 1) ausdrücklich das Recht zur jederzeitigen Untervermietung eingeräumt worden. Diese Vertragsänderung gegenüber dem ursprünglichen Text des Mietvertrages ist wirksam, da insbesondere bei Abfassung von § 8 des notariellen Vertrages vom 1.10.1993 dem Schriftformerfordernis des § 566 BGB genüge getan worden ist. Soweit der Kläger die fristlose Kündigung vom 23.01.1996 im übrigen auch auf § 554 a BGB gestützt hat, führt dies ebenfalls nicht zur Wirksamkeit der Kündigung. Die insoweit von dem Kläger schriftsätzlich vorgebrachten Gründe sind weder einzeln noch in ihrer Gesamtschau geeignet, die Anforderungen, die § 554 a BGB an eine fristlose Kündigung stellt, zu erfüllen.

48

Auch die mit Schreiben vom 31.01.1996 ausgesprochene fristgerechte Kündigung hat zu einer Beendigung des Mietverhältnisses zum 30.09.1996 nicht geführt, da dem Kläger ein Kündigungsrecht gemäß § 564 BGB nicht zur Verfügung stand: Der zwischen den Parteien geltende Mietvertrag ist auf feste Zeit geschlossen worden; bei Abschluß der Vereinbarungen vom 1.10.1993 ist die Schriftform des § 566 BGB eingehalten worden, wovon nach den insoweit verbindlichen Ausführungen des Bundesgerichtshofes im Revisionsurteil vom 23.02.2000 in diesem Zusammenhang gleichfalls auszugehen ist.

49

Die in dem am 30.01.1997 (vgl. Bl. 278 GA) zugestellten Berufungsbegründungsschriftsatz vom 12.12.1996 wegen Zahlungsverzuges gemäß § 554 BGB ausgesprochene, weitere fristlose Kündigung hat ebenfalls nicht zu einer vorzeitigen Beendigung des Mietverhältnisses geführt. Zum Zeitpunkt des Zuganges dieser Kündigung, auf den hier in diesem Zusammenhang abzustellen ist (Palandt-Putzo, 59. Aufl. § 554 Rdnr 5), hat sich die Beklagte zu 1) nicht mehr mit der Zahlung der Mieten im Rückstand befunden.	50
Dabei ist der Senat im Grundsatz von den Zahlen in dem Schreiben der Beklagten zu 1) vom 16.01.1997 (Bl. 300 ff. GA) und in dem Schreiben des Klägers vom 11.02.1997 (Bl. 308 ff. GA), die nach Eingang der Berufungsbegründung des Klägers außergerichtlich gewechselt worden sind, ausgegangen. Die Beklagten haben sich mit der Berufserwiderung auf diesen Schriftwechsel berufen und diesen ihrer Erwiderung zu Grunde gelegt, ohne dass dem der Kläger widersprochen hätte.	51
In der Reihenfolge der in den oben genannten Schreiben bezifferten Beträge ist in Anbetracht dessen folgendes Rechenwerk zugrunde zu legen:	52
Beide Parteien gehen übereinstimmend von einem Jahresmietzins in Höhe von 95.671,18 DM für das Jahr 1996 - ohne Nebenkosten - aus.	53
In beiden Abrechnungen sind des weiteren Nebenkostenvorauszahlungen in Höhe von 22.757,28 DM aufgeführt. Außergerichtlich war zwischen den Parteien streitig, ob dieser Betrag in Höhe von 3.792,88 DM zu kürzen ist. Da der Kläger in seine Abrechnung vom 11.02.1997 den Betrag von 3.792,88 DM selbst in Abzug gebracht hat, hat er die von den Beklagten vorgenommene Verminderung jedenfalls nachträglich anerkannt, so dass es dabei bleiben muß.	54
Bei den geltend gemachten Untermietzuschlägen hat der Senat nur den vom Beklagten bezifferten und auch vor Zugang der Kündigung überwiesenen Betrag in Höhe von 3.875,62 DM und nicht den vom Kläger geltend gemachten in Höhe von 9.567,11 DM berücksichtigt: In diesem Zusammenhang kommt es nämlich nach den vertraglichen Regelungen der Parteien entscheidend darauf an, ob, wie der Kläger behauptet, die Beklagte zu 1) die gesamte Mietfläche der Beklagten zu 2) vermietet hat, worauf auch schon das Landgericht richtigerweise in dem angefochtenen Urteil hingewiesen hat. Zu seiner Behauptung hat der insoweit darlegungs- und beweisbelastete Kläger keinerlei Beweis mehr angetreten, so dass er sich als beweisfällig behandeln lassen muß.	55
Hieraus ergibt sich ein Zwischensaldo in Höhe von 118.511,20 DM, von dem die - unstreitigen- Zahlungen in Höhe von 81.493,53 DM abzuziehen sind.	56
Das sich danach ergebende Zwischenergebnis in Höhe von 37.017,67 DM verringert sich weiter, da die Beklagte zu 1) mit Kostenerstattungsansprüchen die Aufrechnung erklärt hat (§§ 387, 389 BGB).	57
Zwischen den Parteien ist im Berufungsverfahren unstreitig, dass der Beklagten zu 1) aus eigenen bzw. fremden Recht der Beklagten zu 2), die ihre Ansprüche an die Beklagte zu 1) abgetreten hat, Kostenerstattungsansprüche in Höhe von 17.290,50 DM zustehen, die in Höhe von 16.827,00 DM aus dem erstinstanzlichen Urteil dieses Verfahrens herrühren.	58
Der Beklagten zu 1) ist es nicht verwehrt, diese Ansprüche gegen die Mietzinsrückstände aufzurechnen. Insbesondere steht der Aufrechnung nicht entgegen, dass die Beklagtenseite die im angefochtenen Urteil ausgesprochene Sicherheit nicht geleistet hat und entsprechende	59

Kostenfestsetzungsbeschlüsse nicht ergangen sind.

Es bestehen allerdings in Rechtsprechung und Literatur Meinungsverschiedenheiten darüber, ob eine Aufrechnung mit Kostenerstattungsansprüchen dann zuzulassen ist, wenn in dem die Kostengrundentscheidung enthaltenen Urteil ausgesprochen ist, dass die Zwangsvollstreckung nur gegen Sicherheitsleistung erfolgen darf, und die Sicherheit nicht geleistet ist. So wird teilweise vertreten, dass die Aufrechnung dann ausgeschlossen ist (OLG Dresden HRR 1937, Nr. 233 LG Aachen NJW-RR 1987, 1406; Ermann-H.P.Westermann 9.Aufl. § 387 Rdnr. 13; Staudinger-Kaduk 12. Aufl. § 387 Rdnr. 91; Soergel-Zeiss 12. Aufl. § 387 Rdnr. 9; Palandt-Heinrichs 59. Aufl. § 387 Rdnr. 11). Demgegenüber halten das Oberlandesgericht Düsseldorf, abgedruckt in NJW-RR 1989, 503 ff., das Oberlandesgericht Karlsruhe abgedruckt in NJW 1994, S. 593 ff., und das Oberlandesgericht Hamm, abgedruckt in FamRZ 1887, S. 128 in diesem Fall die Aufrechnung für möglich. Ohne dass ausdrücklich die Frage der Sicherheitsleistung problematisiert worden wäre, hat der Bundesgerichtshof (BGH WM 1976, 460 ff.) die Aufrechnung vor einem rechtskräftigen Kostenfestsetzungsbeschluss für zulässig gehalten, wenn die Höhe zwischen den Parteien unstreitig ist (vgl. auch: RGRK-Weber 12. Aufl. § 387 Rdnr. 42; Münch-Komm.-v.Feldmann 3.Aufl. § 387 Rdnr. 27; Stein-Jonas-Leipold § 104 Rdnr. 14 ff.).

Der Senat folgt der letzteren Meinung. Ausschlagend hierfür ist die Überlegung, dass der Kostenerstattungsanspruch nach einhelliger Meinung als auflösend bedingter Anspruch anzusehen ist (vgl. nur grundlegend: BGH WM 1976, 460 ff.). Die Aufrechnung mit auflösend bedingten Forderungen ist gleichfalls nach einhelliger Meinung ohne weiteres zulässig (vgl. nur Palandt-Heinrichs 59. Aufl. § 387 Rdnr. 11 m.w.N.). Angesichts dessen findet die Gegenmeinung, die bei einem gegen Sicherheitsleistung dem Grund nach titulierten Kostenerstattungsanspruch, der dem Gläubiger über den Normalfall eines auflösend bedingten Anspruches die Möglichkeit der zwangsweisen Befriedigung durch die Vollstreckung eröffnet, fordert, dass die Aufrechnung nur nach Sicherheitsleistung möglich sein soll, keine gesetzliche Stütze; in allen anderen Fällen der Aufrechnung mit auflösend bedingten Forderungen wird dies nicht verlangt. Soweit demgegenüber von der Gegenmeinung (vgl. insbesondere LG Aachen NJW 1994, 593 ff.) auf die Schutzbedürftigkeit des Kostenschuldners verwiesen wird, so vermag dies jedenfalls für den Fall, dass der Kostenerstattungsanspruch der Höhe nach unstreitig ist, eine andere Entscheidung nicht zu rechtfertigen, da es ja der Gegner in der Hand hat, durch ein Bestreiten die Notwendigkeit des Kostenfestsetzungsverfahrens herbeizuführen; ohne Leistung der Sicherheit wird der Kostengläubiger jedoch einen Kostenfestsetzungsbeschluss in diesem Verfahren nicht erreichen können.

Der Aufrechnung steht auch nicht der Umstand entgegen, dass hier teilweise mit Kostenerstattungsansprüchen aus demselben Verfahren die Aufrechnung gegen die Mietzinsforderungen erklärt wird. Es entspricht zwar allgemeiner Meinung, dass im gleichen Rechtsstreit mit dem prozessualen Kostenerstattungsanspruch gegen den eingeklagten, sachlichen Anspruch nicht aufgerechnet werden kann (OLG Düsseldorf NJW 1962, 1400 ff; BGH WM 1981, 792 ff -obiter dictum S. 795; LG Mönchengladbach NJW 1966, S. 2218 ff. mit zustimmender Anmerkung von Putzo NJW 1966, 2218 ff.; Stein-Jonas-Leipold 20. Aufl. § 104 Rdnr. 15; Münch-Komm.-von Feldmann 3. Aufl. § 387 Rdnr. 27; Soergel-Zeiss, 12. Aufl. § 387 Rdnr. 9; Schmitz NJW 1994 S. 567 ff). Unabhängig davon, dass es sich bei dem hier mit der Klage geltend gemachten sachlichrechtlichen Anspruch um keinen Zahlungsanspruch, sondern um einen Räumungsanspruch handelt, die Aufrechnung demgegenüber gegen Mietrückstände erklärt wird, ist in diesem Zusammenhang gleichfalls darauf zu verweisen, dass der Kläger den diesbezüglichen aufgerechneten Kostenerstattungsansprüchen der

Höhe nach nicht entgegengetreten ist, die jedoch auch bei einer Festsetzung durch Kostenfestsetzungsbeschlüsse aufrechenbar gewesen wären.

Unter Berücksichtigung der Aufrechnung verringert sich das Mietzinssaldo demzufolge auf einen Betrag von 19.727,17 DM. 63

Hiervon abzuziehen ist weiter die zwischen den Parteien unstreitige Gutschrift von 3.065,92 DM, so dass noch ein Betrag von 16.661,25 DM verbleibt. 64

Bezüglich der Januarmiete 1997 ist in Übereinstimmung mit der Berechnung der Beklagten zu 2) - unter Abzug der unstreitigen Abschlagszahlungen - von einem weiteren noch offenstehenden Betrag von 1.040,52 DM auszugehen. Soweit sich demgegenüber der Kläger in Hinblick auf Grundmiete und Untermietzuschlag eines höheren Saldos von 1.083,48 DM berührt, kann die diesbezüglich sich ergebene Differenz nicht berücksichtigt werden, da der insoweit darlegungs- und beweisbelastete Kläger hierzu nicht unter Beweisantritt substantiiert vorgetragen hat. Nicht zu berücksichtigen ist auch die in der Berechnung des Klägers enthaltene Miete für Februar 1997: Die Februarmiete war zum Zeitpunkt des Kündigungszuganges (30.01.1997), auf den abzustellen ist (Palandt-Putzo § 554 Rdnr. 5), noch nicht fällig (vgl. Bl. 2 AH § 4 des Mietvertrages "...spätestens am dritten Tag des Monats..."). 65

Ausgehend von dem vorher Gesagten ergibt sich demzufolge ein "Schlußsaldo" in Höhe von 17.701,77 DM, den die Beklagte jedoch vor Zugang der Kündigung unstreitig ausgeglichen hatte (vgl. Bl. 310 GA). 66

II. 67

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 91, 91a, 97, 101 ZPO. Der Kläger hat insgesamt die Kosten des Rechtsstreites zu tragen, und zwar auch, soweit die Parteien übereinstimmend den Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt erklärt haben. Gemäß § 91a ZPO entsprach es unter Berücksichtigung des bisherigen Sach- und Streitstandes billigem Ermessen, dass der Kläger auch insoweit die Kosten zu tragen hat, da er ohne Eintritt des erledigenden Ereignisses in dem Rechtsstreit aller Voraussicht nach auch bezüglich der rechtshängig gemachten Räumungsklage unterlegen gewesen wäre. Ein Anspruch auf Räumung des angemieteten Objektes bestand gegenüber den Beklagten nicht, da - wie oben näher ausgeführt worden ist - die ausgesprochenen Kündigungen das Mietverhältnis nicht beendet haben. 68

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 713 ZPO. 69

III. 70

Der Streitwert für das Berufungsverfahren für Klage und Widerklage beträgt bis zur teilweisen übereinstimmenden Erledigungserklärung 115.175,90 DM, § 16 Abs. 2 GKG. Da Klage und Widerklage denselben Gegenstand betreffen, kam eine Erhöhung des Gegenstandswertes nicht in Betracht, § 19 Abs. 1 Satz 3 GKG. 71

Nach der teilweisen übereinstimmenden Erledigungserklärung beträgt der Streitwert 35.000,-- DM. Da die Parteien übereinstimmend die Klage für erledigt erklärt haben, war bezüglich des Streitwertes nur noch die Widerklage zu berücksichtigen. Dabei hat der Senat das mit dieser Klage verfolgte Feststellungsinteresse mangels anderer konkreter Bezifferung durch die Beklagte gemäß § 3 ZPO mit einem Betrag von 35.000,-- DM veranschlagt. Die anteiligen 72

Prozesskosten nach übereinstimmender Teilerledigungserklärung erhöhen den Streitwert nicht (vgl. BGH NJW-RR 1995, 1089).

Beschwer des Klägers: nicht über 60.000,-- DM

73