
Datum: 02.10.2019
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 22. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 22 U 102/18
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2019:1002.22U102.18.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 18 O 145/17

Tenor:

Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Landgerichts Köln vom 28.02.2018 – 18 O 145/17 – teilweise abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Die Beklagten werden verurteilt, das Ladenlokal im Erdgeschoss A 89, B, zu räumen und nebst Schlüsseln an den Kläger herauszugeben.

Die Widerklage wird abgewiesen.

Die Berufung der Beklagten wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits in beiden Rechtszügen tragen die Beklagten als Gesamtschuldner.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Den Beklagten wird nachgelassen, die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 25.000 € abzuwenden, wenn der Kläger nicht vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Gründe:

I.

1

2

3

Die Parteien streiten darüber, ob das zwischen ihnen begründete Mietverhältnis auf Grund einer der vom Kläger ab dem 20.09.2016 erklärten Kündigungen vorzeitig beendet worden ist. Im Wege der Widerklage nehmen die Beklagten den Kläger auf Rückzahlung des angeblich um 50% geminderten Mietzinses für das Jahr 2014 (12 x 550 €) in Anspruch und beantragen hilfsweise für den Fall des Fortbestandes des Mietverhältnisses die Feststellung, dass die Miete um 50% gemindert ist (Bl. 245, 251 d.A.).

Der zu Grunde liegende Mietvertrag (Bl. 113 ff. d.A.) vom 27.05.2013 sieht eine Laufzeit vom 01.05.2013 bis zum 30.04.2033 vor. 4

Die Beklagten betreiben auf mindestens 50% der Fläche des Ladenlokals eine Gaststätte. Dort sind jedenfalls „in geringem Umfang“ (Bl. 244 d.A.) Geldspielautomaten aufgestellt. Für die restliche Fläche fehlt eine behördliche Nutzungsgenehmigung, weil es am Nachweis der erforderlichen Stellplätze bzw. der Zahlung einer Ablöse hierfür fehlt (Bl. 247 d.A.). Auf Antrag ist lediglich eine Teilgenehmigung erteilt worden. 5

In § 10 Abs. 1 MV ist die Umlagefähigkeit von Betriebskosten, u.a. der Kosten für Versicherungen (Ziff. 11), in § 12 die Verpflichtung zum Abschluss bestimmter Versicherungen und in § 23 die Verpflichtung zur Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebs geregelt. § 7 MV sieht Einschränkungen für die Geltendmachung von Minderung, Aufrechnung und Zurückbehaltungsrechten vor (Bl. 118 f. d.A.). 6

Der Mietzins belief sich zunächst auf 1.100 € zzgl. einer Nebenkostenvorauszahlung in Höhe von 250 €. In den Monaten Mai 2013 bis November 2013 leisteten die Beklagten keinerlei Zahlungen, ab Dezember 2013 zahlten sie die Miete zunächst (jedenfalls im Jahr 2014) wieder in voller Höhe. 7

Der Kläger kündigte das Mietverhältnis erstmals mit Schreiben vom 17.07.2013 fristlos wegen rückständiger Mietzahlungen. Diese Kündigung sowie eine weitere fristlose Kündigung vom 11.09.2013 waren Gegenstand des Verfahrens 22 U 138/16 (27 O 371/14 LG Köln), in dem der Kläger zudem die Meinung vertrat, der Mietvertrag sei schon nicht wirksam zustande gekommen. Mit dem erstinstanzlichen Urteil vom 04.08.2016 (Bl. 167 ff. d.A.) wies das Landgericht die Klage hinsichtlich des Räumungsanspruchs ab mit der Begründung, die Parteien hätten sich am 06.08.2013 jedenfalls auf eine Fortsetzung des Mietverhältnisses geeinigt, so dass die Wirksamkeit der Kündigung dahin stehen könne. Dass der Mietvertrag nicht von beiden Beklagten unterzeichnet oder nachträglich manipuliert worden sei, sei schon nicht schlüssig vorgetragen. Den Zahlungsanspruch auf rückständige Mieten sah das Landgericht jedenfalls für die Monate Mai 2013 bis November 2013 in Höhe von 7.700 € als gerechtfertigt an, weil nach § 7 des geschlossenen Mietvertrags eine Minderung nur möglich sei, wenn die Gegenforderung unbestritten oder rechtskräftig festgestellt sei. Auf die gegen die Verurteilung zur Zahlung gerichtete Berufung der Beklagten änderte der Senat das Urteil am 24.10.2017 insoweit ab, als der geltend gemachte Zahlungsanspruch nur in Höhe von 3.850 €, also der Hälfte des monatlichen Mietzinses, bestehe. Dabei stellte der Senat darauf ab, dass die Parteien sich am 06.08.2013 auf eine hälftige Mietzahlung für den fraglichen Zeitraum geeinigt hätten (Bl. 260, 345 d.A.). 8

Am 20.09.2016 (Bl. 12 d.A.) kündigte der Kläger erneut fristlos mit der Begründung, die Beklagten hätten keine „Versicherung“ nachweisen können und dass das Ladenlokal zur Hälfte leer stehe. Es bestehe längst kein Vertrauensverhältnis mehr und mit der weiteren Aufrechterhaltung des Mietverhältnisses sei keinem gedient. Mit Bezugnahme auf diese Kündigung setzte der Kläger den Beklagten dann mit Schreiben vom 02.10.2016 eine Frist bis zum 12.10.2016 zum Nachweis einer Versicherung, um sich für eine neue 9

Räumungsklage „abzusichern“. Weiter heißt es in dem Schreiben, dass „ein Trennen definitiv stattfinden“ werde (Bl. 13 R d.A.).	
Mit Bezugnahme auf das landgerichtliche Urteil vom 04.08.2016 über einen Betrag von 7.700 € und die nach der Nebenkostenabrechnung für das Jahr 2015 vom 07.12.2016 noch ausstehende Nachzahlung in Höhe von 2.172,10 € (Bl. 202 d.A.), erklärte der Kläger mit Schreiben vom 09.04.2017 (Bl. 223 d.A.) erneut die fristlose Kündigung.	10
Ein von Beklagtenseite initiiertes Verfahren auf Einrichtung einer Betreuung beim AG Brühl – 83 XVII 579/17 – wurde mit Beschluss vom 08.09.2017 eingestellt (Bl. 218 d.A.).	11
Im Verfahren AG Brühl, 26 C 14/17, erging am 19.07.2017 zugunsten der Beklagten ein Kostenfestsetzungsbeschluss in Höhe von 925,23 € gegen den Kläger (Bl. 252 d.A.) und im Verfahren LG Köln, 27 O 7/17 am 14.09.2017 ein solcher in Höhe von 1.024,40 € (Bl. 255 d.A.).	12
Nachdem das Amtsgericht Brühl mit Beschluss vom 26.07.2017 u.a. die Forderung des Klägers gegen die Beklagten zu Gunsten des Eigentümers C gepfändet und diesem zur Einziehung überwiesen hatte, wandte sich der Kläger mit Schreiben vom 07.10.2017 an die Beklagten und forderte sie auf, keine Zahlungen an den Eigentümer zu leisten. Für etwaige Nachteile stehe er ein (Bl. 240 d.A.).	13
Mit Schreiben vom 30.10.2017 rechneten die Beklagten gegenüber den Rückständen in Höhe von 3.850 € für die Monate Mai bis November 2013 gemäß dem Urteil des Senats vom 24.10.2017 mit „den Kostenerstattungsansprüchen aus den Verfahren“ auf (Bl. 263 d.A.).	14
Wegen eben dieser Rückstände in Höhe von 3.850 € erklärte der Kläger die nächste Kündigung wegen Zahlungsverzugs mit Schriftsatz vom 14.11.2017 (Bl. 224 d.A.).	15
Mit Schriftsatz vom 27.11.2017 rechneten die Beklagten (erneut) mit Kostenerstattungsansprüchen aus den vorgenannten Kostenfestsetzungsbeschlüssen sowie aus dem vorangegangenen Verfahren beim Senat gegenüber der titulierten Forderung auf (Bl. 249 d.A.).	16
Mit Schriftsatz vom 19.03.2018, der dem Kläger im Hinblick auf den gegnerischen Schriftsatz vom 27.02.2018 in der mündlichen Verhandlung vom 28.02.2018 nachgelassen worden war (Bl. 384 d.A.), hat dieser erneut die Kündigung wegen Zahlungsverzugs erklärt und dazu vorgetragen, es beständen Zahlungsrückstände in Höhe von insgesamt 15.850 € aus den Jahren 2014 bis 2018 (Bl. 394 d.A.).	17
Der Kläger hat behauptet, die Beklagten nutzten die Räume vertragswidrig als Versammlungsraum mit Krach bis in die Morgenstunden (Bl. 214 d.A.). Zudem betrieben sie Glücksspielautomaten, obgleich die Parteien ausdrücklich vereinbart hätten, dass dies nicht gestattet sei. Weitere Verstöße gegen die mietvertraglichen Regelungen ergäben sich daraus, dass die Beklagten die eingebauten Heizgeräte nicht regelmäßig warten ließen (Bl. 221 d.A.) und das gesetzliche Rauchverbot nicht durchsetzten (Bl. 221 f. d. A.).	18
Er ist der Ansicht, er sei an der nochmaligen Kündigung wegen der Zahlungsrückstände für Mai bis November 2013 auf Grund des vorangegangenen Rechtsstreits nicht gehindert, weil eine Zahlung auch nach der Entscheidung des Landgerichts nicht erfolgt sei (Bl. 220 d.A.).	19
Er hat weiter behauptet, die Beklagten hätten beabsichtigt, entgegen dem vereinbarten Nutzungszweck auf der weiteren Fläche eine Spielothek zu betreiben. Hierzu habe er, der	20

Kläger, einen Inneneinrichtungsplan erstellt und in diesem Zusammenhang aus Gefälligkeit auch den ursprünglichen Bauantrag vom 13.04.2013 für die Beklagten gestellt. Es sei vereinbart gewesen, dass die Beklagten die Genehmigungen selbst und auf eigenes Risiko beschafften (Bl. 316 d.A.). Ein von den Beklagten bezüglich der Spielothek gestellter Antrag sei seitens der Stadt B abgelehnt worden und habe „dazu geführt, dass sich die ursprünglich erforderlichen Stellplätze allein für das Café erhöht hatten“ (Bl. 318 d.A.). Die Spielothek sei am gegebenen Ort nicht genehmigungsfähig, im Übrigen fehle es an der Zuverlässigkeit der Beklagten. Die nicht nutzbare Fläche mache nur einen Anteil von 28,19 % aus.

Schließlich erhebt er hinsichtlich des mit der Widerklage geltend gemachten Zahlungsanspruchs die Einrede der Verjährung (Bl. 394 d.A.). 21

Die Beklagten haben behauptet, der Kläger sei prozessunfähig, wie sich aus der vorgerichtlichen Korrespondenz und seinem schriftsätzlichen Vorbringen ergebe. 22

Zudem sei durch das vorangegangene Verfahren LG Köln, 27 O 371/14 für alle bis zum Termin der dortigen mündlichen Verhandlung vorliegenden vermeintlichen Kündigungsgründe rechtskräftig festgestellt, dass ein solcher nicht vorliege (Bl. 243 d.A.), insbesondere der titulierte Zahlungsrückstand als Kündigungsgrund „verbraucht“ (Bl. 371 d.A.) sei. 23

Sie haben die Auffassung vertreten, aus der Vereinbarung der Umlagefähigkeit der Kosten der Sach- und Haftpflichtversicherung, Glasversicherung, Terrorschadenversicherung in § 10 Abs. 1 lit p) MV ergebe sich, dass der Abschluss der Versicherung, die der Kläger von dem Beklagten fordere, ihm selbst obliegen habe. § 12 MV regele lediglich die Verpflichtung der Beklagten, sich selbst gegen eigene Schäden zu versichern (Bl. 109 d.A.). Unter Verweis auf BGH, NZM 2013, 191 machen sie geltend, der Kläger habe keinerlei Interesse am Abschluss von Versicherungen seitens des Mieters. Sie haben behauptet, „die vertraglich vorgesehenen Versicherungen“ (konkret: eine Betriebshaftpflichtversicherung, Bl. 232 d.A.) seien abgeschlossen (Bl. 111 d. A.). Im Hinblick auf die Nebenkostenabrechnung machen sie Mietminderung mit der Begründung geltend, 50% der Mietfläche seien infolge der fehlenden Nutzungsgenehmigung, die der Kläger zu verantworten habe, nicht nutzbar. Daraus leiten sie auch den mit der Widerklage geltend gemachten Rückzahlungsanspruch für das Jahr 2014 her. Durch § 7 MV seien sie zur vollständigen Zahlung gezwungen gewesen. 24

Sie behaupten, der Kläger habe immer wieder zu verstehen gegeben, er werde rechtzeitig vor Eröffnung für eine Genehmigung sorgen (Bl. 368 d.A.). Es sei nie die erklärte Absicht der Beklagten gewesen, sich darum zu kümmern. 25

Mit Schriftsatz vom 27.11.2017 (Bl. 245 d.A.) haben sie „erneut“ die Aufrechnung mit „den Kostenerstattungsansprüchen aus den beiden vorgelegten Kostenfestsetzungsbeschlüssen sowie aus dem vorangegangenen Verfahren beim Senat erklärt. Weiterhin haben sie „mit der Überzahlung aus der Zahlung vom 27.11.2013 und hilfsweise mit den Überzahlungen aus dem Jahr 2014 in der Reihenfolge der Zahlung“ aufgerechnet (Bl. 249 d.A.). 26

Im Übrigen, insbesondere wegen der erstinstanzlich gestellten Anträge, wird auf die Feststellungen des angefochtenen Urteils Bezug genommen. 27

Das Landgericht hat sowohl die Klage als auch die Widerklage mit dem angefochtenen Urteil vom 02.05.2018 – 18 O 145/17 – abgewiesen und dabei mangels Anhaltspunkten für eine Verschlechterung des gesundheitlichen Zustands des Klägers seit den Vorverfahren dessen Prozessfähigkeit bejaht. 28

Die Kündigung vom 20.09.2016 sei nicht wirksam. Im Hinblick auf den in Frage gestellten Versicherungsschutz fehle es jedenfalls an einer Abmahnung. Eine solche sei auch nicht entbehrlich gewesen. Gleiches gelte hinsichtlich der weiteren Gründe, - Raucherschutz, Nutzung, Spielautomaten, - die zudem nicht konkret vorgetragen seien und im Übrigen für eine außerordentliche Kündigung nicht ausreichten, weil sie den Vermieter nicht tangierten. Die mit dem Schriftsatz vom 14.11.2017 erklärte Kündigung sei dem Grunde nach berechtigt, weil lediglich die Aufrechnung mit Gegenansprüchen in Höhe von insgesamt 2.789,63 € erklärt worden sei und der Kläger daher nicht voll befriedigt worden sei. Allerdings sei die Kündigung rechtsmissbräuchlich erfolgt, weil der Zahlungsverzug weder auf Zahlungsunfähigkeit, noch auf Zahlungsunwilligkeit beruht habe, sondern auf „einem berechtigten Streit über Minderungsrechte der Beklagten“ (Bl. 527 R d.A.). Nichts anderes ergebe sich daraus, dass die Beklagten die titulierte Forderung bis zum Zeitpunkt der Kündigung am 14.11.2017 noch nicht gezahlt hätten, weil ihnen jedenfalls eine Überlegungsfrist zuzubilligen gewesen sei. Hinzu komme, dass der Kläger die Beklagten mit Schreiben vom 07.10.2017 aufgefordert habe, keine Leistungen auf Grund des Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses an den Eigentümer zu erbringen.

Der mit der Widerklage geltend gemachte Anspruch auf Rückgewähr der infolge Minderung überzahlten Miete scheitere daran, dass die nach § 7 Abs. 2 MV erforderliche Mängelanzeige nicht erfolgt sei, den Beklagten der Mangel bei Vertragsschluss bekannt gewesen sei (§ 536a BGB) und schließlich § 814 BGB eingreife, weil sie die Miete ab Dezember 2013 in Kenntnis der lediglich teilweisen Genehmigung in voller Höhe gezahlt hätten. Im Übrigen sei zur Höhe eines etwaigen Minderungsrechts nicht hinreichend vorgetragen. 30

Daraus ergebe sich gleichzeitig, dass ein noch andauerndes Minderungsrecht nicht bestehe, so dass der zulässige Feststellungsantrag unbegründet sei. 31

Der neue Vortrag des Klägers im Schriftsatz vom 19.03.2018, insbesondere die darin enthaltene erneute Kündigung, seien gemäß § 296a BGB unbeachtlich, weil und soweit sie sich nicht auf Erklärungen zum vorangegangenen schriftsätzlichen Vortrag der Beklagten bezögen, auf Grund dessen Schriftsatznachlass eingeräumt worden worden sei. 32

Ergänzend wird auf die Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils Bezug genommen. 33

Mit seiner Berufung macht der Kläger geltend, das Landgericht habe „die diversen Verstöße der Beklagten unzureichend gewürdigt“, insbesondere in ihrer Gesamtheit. Einen Nachweis über die Versicherung seien die Beklagten bis heute schuldig geblieben. Das weitere Festhalten am Mietvertrag sei unzumutbar. 34

Die Kündigung vom 14.11.2017 sei insofern nicht missbräuchlich gewesen, als zwischen ihr und der Titulierung der Zahlungsforderung drei Wochen gelegen hätten. Eine Zahlung sei nach wie vor weder an den Kläger noch an den Eigentümer erfolgt, die Pfändung zwischenzeitlich abgeschlossen. 35

Der Kläger beantragt, 36

das Urteil des Landgerichts Köln vom 02.05.2018 – soweit die Klage abgewiesen worden ist, - aufzuheben und die Beklagten zu verurteilen, das Ladenlokal im Erdgeschoss A 89, B zu räumen und nebst Schlüsseln an den Kläger herauszugeben. 37

Die Beklagten beantragen, 38

39

die Berufung des Klägers zurückzuweisen sowie auf ihre Berufung

- 1. unter teilweiser Abänderung des landgerichtlichen Urteils den Kläger zu Zahlung von 6.600 € nebst Zinsen in Höhe von 5 % über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 27.11.2017 an die Beklagten als Gesamtgläubiger zu verurteilen; 401

sowie hilfsweise 42

- 2. festzustellen, dass die Miete im Sinne des zwischen den Parteien bestehenden Mietvertrags vom 27.05.2013 für das Objekt A 89, B um 50% gemindert ist. 404

Der Kläger beantragt, 45

die Berufung der Beklagten zurückzuweisen. 46

Die Beklagten behaupten, der Kläger habe „suggeriert“ (Bl. 594 d.A.), die erforderlichen Genehmigungen würden rechtzeitig vorliegen. Zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses seien sie auf Grund der Aussagen des Klägers davon ausgegangen, die erforderlichen Genehmigungen lägen vor bzw. würden bis zur geplanten Eröffnung vorliegen (Bl. 595 d.A.). Die Genehmigung für den zweiten Teilbereich liege nicht vor und werde auch nicht erteilt werden, solange der Kläger nicht die Voraussetzungen hierfür schaffe. Zur Bemessung der Minderung sei hinreichend vorgetragen. Nach dem Ablauf der Zeit, für die man sich auf die hälftige Miete geeinigt gehabt habe, habe § 7 MV wieder eingegriffen, so dass sie gezwungen gewesen seien, die volle Miete zu zahlen. § 814 BGB stehe dem Anspruch daher nicht entgegen. 47

Zum Hinweis des Senats im Termin, dass die Kündigung vom 20.09.2016 als ordentliche Kündigung zur Beendigung eines – wegen Formmangels – unbefristeten, nach der Kündigung vom 17.07.2013 neu begründeten Mietverhältnisses geführt haben könnte, vertreten die Beklagten die Auffassung, insoweit stehe die Rechtskraft des die Räumungsklage abweisenden Urteils im Verfahren LG Köln 27 O 371/14 entgegen, in dem „die Schriftformproblematik“ bereits streitgegenständlich gewesen sei. Zudem setze sich die Rechtsauffassung des Senats in Widerspruch zur Rechtsprechung des BGB zur „Theorie der äußeren Form“ als Regelungsgehalt des § 550 BGB. Schließlich sei die Kündigung treuwidrig, weil sie die Beklagten in ihrer Existenz bedrohe. Sie sind der Ansicht, mehrere Erklärungen, die der Kläger im Vorprozess nach der Kündigung vom 17.07.2013 abgegeben habe, seien ebenfalls als ordentliche Kündigungen auszulegen gewesen. Insoweit wird auf die Ausführungen im Beklagtenschriftsatz vom 11.09.2019 (Bl. 811 ff. D.A.) Bezug genommen. Dass das Landgericht im Vorprozess gleichwohl die Räumungsklage abgewiesen habe, binde das nunmehr entscheidende Gericht. 48

Zudem haben die Beklagten im nachgelassenen Schriftsatz beantragt, das Urteil in Bezug auf den Räumungsanspruch nicht für vorläufig vollstreckbar zu erklären, hilfsweise den Beklagten nachzulassen, die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung auch in Form einer Bankbürgschaft oder Hinterlegung ohne Rücksicht auf eine Sicherheitsleistung des Klägers abzuwenden. 49

Bezüglich der weiteren Einzelheiten wird auf die wechselseitigen Schriftsätze der Parteien nebst Anlagen Bezug genommen. 50

Die Akte 22 U 138/16 ist beigezogen worden und war Gegenstand der mündlichen Verhandlung.	51
II.	52
Die Berufung des Klägers hat in vollem Umfang Erfolg, die Berufung der Beklagten ist unbegründet.	53
1. Berufung des Klägers	54
a) Die Berufung des Klägers ist zulässig. Der Berufungsbegründung lässt sich - wenn auch in sehr knapper Darstellung – entnehmen, dass der Kläger das Urteil des Landgerichts insofern als unrichtig rügt, als im Hinblick auf die Kündigung vom 20.09.2016 eine unzureichende Gesamtwürdigung des Verhaltens der Beklagten erfolgt sei und sich die Kündigung vom 14.11.2017 nicht als rechtsmissbräuchlich darstelle. Dies genügt nach Maßgabe des § 520 Abs. 3 ZPO als Grundlage für die Überprüfung der Entscheidung.	55
Was die Prozessfähigkeit des Klägers anbelangt, wird auf die überzeugenden Ausführungen im angefochtenen Urteil verwiesen, mit dem das Landgericht diese bejaht hat. Hierzu ist im Berufungsverfahren nicht weiter vorgetragen worden, so dass kein Anlass für eine abweichende Beurteilung besteht	56
.	57
b) Die Berufung des Klägers ist auch begründet.	58
Er kann von den Beklagten die Räumung und Herausgabe der streitgegenständlichen Räume verlangen. Das Mietverhältnis, das auf Grund der vorangegangenen Kündigung vom 17.07.2013 zunächst beendet und dann auf Grund einer formlosen und damit nicht den Anforderungen des § 550 BGB genügenden Einigung fortgesetzt worden ist, ist durch die Kündigung vom 20.09.2016, die als hilfsweise erklärte ordentliche Kündigung auszulegen ist, mit Wirkung zum 31.03.2017 (§ 580a Abs. 2 BGB) beendet worden.	59
Es kann daher dahinstehen, ob die Kündigung vom 20.09.2016 als fristlose Kündigung wirksam war, was das Landgericht mit der gut vertretbaren Begründung, dass es bezüglich der gerügten Verstöße (fehlender Versicherungsschutz, teilweiser Leerstand, Gewährleistung des Raucherschutzes, Betreiben von Spielautomaten) jedenfalls an der nach § 543 Abs. 3 BGB erforderlichen Abmahnung oder Fristsetzung zur Abhilfe fehle, verneint hat.	60
Die Kündigung vom 20.09.2016, auf die der Kläger sein Räumungsbegehren auch im Berufungsverfahren stützt, ist bei verständiger Würdigung so auszulegen, dass der Kläger das Mietverhältnis in jedem Fall beenden wollte. Denn es heißt hierin u.a. „dass mit einem weiteren Aufrechterhalten des Mietverhältnisses keinem gedient“ sei, man mit ihm „über alles sprechen könne, nicht jedoch über die Fortsetzung des Mietverhältnisses auf eine unbestimmte Zeit“, und „die Abwicklung des gekündigten Mietverhältnisses“ besprochen werden solle (Bl. 12 R d.A.). Daraus ließ sich für die Beklagten schon aus dem Kündigungsschreiben selbst zweifelsfrei entnehmen, dass die Kündigung unter allen Umständen zum nächst möglichen Termin erfolgen sollte. Damit sind die Voraussetzungen gegeben, unter denen die fristlose Kündigung ausnahmsweise in eine ordentliche umzudeuten ist.	61
Die ordentliche Kündigung hat zur Beendigung des Mietverhältnisses geführt, weil dieses am 17.07.2013 fristlos gekündigt und sodann nicht erneut wirksam, nämlich unter Beachtung der	62

Form des § 550 BGB für eine Laufzeit von mehr als einem Jahr begründet worden war.

Die Kündigung vom 17.07.2013, mit der sich das Landgericht Köln in dem Vorprozess 22 U 138/16 befasst hat, war wirksam und hat das Mietverhältnis zunächst beendet. Die Rechtskraft der im Vorprozess ergangenen Entscheidung vom 04.08.2016, mit der das Landgericht einen Räumungsanspruch des Klägers verneint hat, hindert nicht die eigenständige Beurteilung dieser Frage durch den Senat. Denn das Landgericht hat es ausdrücklich dahin stehen lassen, ob die Kündigung vom 17.07.2013 berechtigt war, und darauf abgestellt, dass die Parteien sich am 06.08.2013 jedenfalls geeinigt hätten, das Mietverhältnis fortzusetzen. Nach rechtskräftiger Abweisung der Räumungsklage steht für die Parteien lediglich fest, dass zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung ein Anspruch auf Räumung nicht bestand (BGH, NJW 1998, 374 f.). Dies wird nunmehr nicht in Frage gestellt, sondern lediglich, ob die zuvor erklärte Kündigung zu einem früheren Zeitpunkt einmal wirksam war. Nichts anderes ergibt sich aus der der Rechtskraft innewohnenden Präklusionswirkung. Das Landgericht hat sich im Vorprozess nicht damit befasst, ob der nicht - mehr - wirksam befristete Mietvertrag durch eine *ordentliche* Kündigung beendet worden ist, und hatte hierzu auch keine Veranlassung. Gegenstand des Vorprozesses waren die fristlose Kündigung vom 17.07.2013 wegen Zahlungsverzugs sowie die fristlose Kündigung vom 11.09.2013 wegen angeblicher Manipulation des Mietvertrags sowie die Frage, ob der Mietvertrag *ursprünglich* überhaupt wirksam zustande gekommen war. Allein insofern war *eine* Schriftformproblematik bereits streitgegenständlich, nicht jedoch im Hinblick auf die Möglichkeit, das Mietverhältnis ordentlich zu kündigen. Letzteres setzte gerade einen wirksamen, wenn auch nicht der Form des § 550 BGB genügenden Vertrag voraus, der aber nicht vorliegt, wenn der Vertrag ursprünglich nicht zustande gekommen ist. Die Nichtbeachtung der Schriftform bei „Fortsetzung“ des Mietvertrags auf Grund der Einigung am 06.08.2013, die zur Unwirksamkeit einer überjährigen Befristung des im Übrigen wirksam neu abgeschlossenen Mietvertrags geführt hat, stand im Vorprozess nicht in Frage.

Auch eine ordentliche Kündigung in dem insoweit maßgeblichen Zeitraum ab dem 17.07.2013, die dem Landgericht im Vorprozess Veranlassung gegeben hätte, sich damit auseinanderzusetzen, ob eine solche möglich war, war nicht Gegenstand des Vorprozesses. Dass eine solche ausdrücklich erklärt worden sei, behaupten die Beklagten selbst nicht. Die fristlose Kündigung vom 11.09.2013, die der Kläger damit begründet hat, die Beklagten hätten die Unterschrift des Beklagten zu 1) unter dem Mietvertrag nachträglich durchgestrichen, kann gleichfalls nicht in eine solche umgedeutet werden. Denn der Kläger führt weiter aus, dass ihm daran gelegen gewesen sei, dass beide Beklagte Vertragspartner seien. Dass er das Mietverhältnis gleichwohl unter allen Umständen beenden wollte, obgleich man sich noch gut einen Monat zuvor auf eine Fortsetzung geeinigt hatte und das Schreiben – anders als die vorangegangene Kündigung vom 17.07.2013 und die nachfolgende Kündigung vom 20.09.2016 - allein an den Beklagten zu 2) gerichtet war, lässt sich daraus nicht entnehmen und erst recht nicht mit der erforderlichen Eindeutigkeit.

Die in der Folgezeit vom Kläger abgegebenen Äußerungen, aus denen die Beklagten nach ihren Ausführungen im Schriftsatz vom 11.09.2019 (Bl. 811 ff. d.A.) ordentliche Kündigungserklärungen herleiten, lassen sich schon nicht als Kündigungen auslegen.

Maßgeblich für die Auslegung als solche ist, ob sich mit hinreichender Eindeutigkeit entnehmen lässt, dass eine rechtsgeschäftliche Erklärung gerichtet auf die Beendigung des Mietverhältnisses abgegeben werden soll und der Vermieter nicht nur seinem Unmut Ausdruck verleihen will (Schmidt-Futterer/Blank BGB § 542 Rn. 13-20, BGH, ZMR 1972, 306). Das gilt im Fall des Klägers umso mehr, als er mehrfach, wiederholt und sowohl

außergerichtlich als auch schriftsätzlich sowie während er bereits anwaltlich vertreten war, *ausdrückliche* fristlose Kündigungen erklärt hat, was ganz grundsätzlich dafür streitet, dass er sich dieser Wortwahl bewusst bedient hat und dann, wenn er keine explizite Kündigung ausgesprochen hat, dies auch nicht beabsichtigte.

Was die Nachricht des Klägers vom 26.11.2013 - wiedergegeben in der Klageerwiderung vom 07.10.2014 im Vorprozess 22 U 138/16 LG Köln (Bl. 82 Beiakte) - anbelangt, kommt hinzu, dass diese anders als die ausdrücklichen Kündigungserklärungen nicht schriftlich per Einschreiben abgegeben worden ist, sondern in der wechselseitigen Korrespondenz per Email. Diese Form spricht ebenso gegen die Abgabe einer rechtsgestaltenden Erklärung wie der Inhalt, mit dem der Kläger zwar mitteilt, dass er „entschlossen“ sei, den Mietvertrag zu beenden, aber gleichzeitig anbietet, Kosten zu übernehmen, damit die Beklagten keinen Schaden erleiden. 67

In dem Schreiben vom 04.02.2014 (Bl. 123 Beiakte), in dem der Kläger den Beklagten gegenüber ein Hausverbot ausspricht, beruft er sich ausdrücklich darauf, dass es keinen rechtsgültigen Mietvertrag gebe, der die Beklagten zum Betreten des Objekts berechtige. Unter dieser Prämisse bestand für den Kläger keine Veranlassung zu einer Kündigung, so dass sich das Hausverbot aus Sicht der Beklagten auch nicht als eine solche darstellte. 68

Gleiches gilt für das an den Prozessbevollmächtigten der Beklagten gerichtete Schreiben vom 09.03.2014 (Bl. 41 Beiakte), mit dem dieser in erster Linie den „Abschluss eines fehlerlosen Mietvertrags“ begehrt und ansonsten eine Räumungsklage „basierend auf bereits ausgesprochenen Kündigungen“ in Aussicht stellt, und ebenso für die Email vom 25.03.2014, wiedergegeben in der Klageerwiderung (Bl. 90 Beiakte). Auch das einstweilige Verfügungsverfahren beim Landgericht Köln – 32 O 41/14 –, mit dem der Kläger gegenüber den Beklagten ein Hausverbot durchzusetzen versuchte, basierte auf der Ansicht des Klägers, es sei zu keinem wirksamen Vertragsschluss gekommen und es sei – wegen Zahlungsverzugs - bereits wirksam fristlos gekündigt worden (Bl. 141 Beiakte). Zudem war Adressat der Antragsschrift das Landgericht und es handelte sich um ein Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes, das nur mit Einschränkungen kontradiktorisch ausgestaltet ist, so dass sich der Antrag auch nicht ohne weiteres als Erklärung gegenüber den Beklagten auslegen lässt. 69

Soweit die Erhebung der Räumungsklage im Vorprozess Anfang September 2013 als konkludente Kündigung in Betracht zu ziehen ist, gibt es jedenfalls keine Grundlage, diese in eine ordentliche Kündigung umzudeuten. Denn sie bezieht sich ausschließlich auf die bereits erklärte fristlose Kündigung wegen Mietzinsrückständen sowie die angebliche ursprüngliche Unwirksamkeit des Mietvertrags. 70

Schließlich gibt auch die Äußerung des Klägers bei seiner persönlichen Anhörung im Vorprozess, er habe kein Vertrauen mehr in die Mieter (Bl. 163 Beiakte), schon nach ihren Umständen nicht her, dass er damit erneut eine rechtsgestaltende Erklärung abgeben und nicht lediglich persönlich zur Sache Stellung nehmen wollte. 71

Hatte das Landgericht im Vorprozess damit keine Veranlassung, sich (im Hinblick auf eine bereits seinerzeit streitgegenständliche ordentliche Kündigung) mit der Wirksamkeit der Befristung zu befassen, stellt sich die Situation maßgeblich anders dar als in der von Beklagtenseite zitierten Entscheidung BGH, NZM 2004, 99 f., in der bereits im vorangegangenen Verfahren der Räumungsanspruch mit der Begründung, dass der Mietvertrag auf Grund eines Schriftformmangels unbefristet gewesen sei, auf eine ordentliche Kündigung gestützt worden war. Im Folgeprozess wurde der Schriftformmangel unter einem 72

anderen Gesichtspunkt geltend gemacht, Gegenstand war dieselbe ordentliche Kündigung wie im Vorprozess.

Streitgegenstand des vorliegenden Rechtsstreits ist die Kündigung vom 20.09.2016, die Wirksamkeit der Befristung ist eine Vorfrage. Hat die Klage Erfolg, ist lediglich darüber entschieden, ob auf Grund dieser Kündigung ein Räumungsanspruch für die nachfolgende Zeit (ab dem 20.09.2016) besteht. Diese Entscheidung kann sich daher nicht als das kontradiktorische Gegenteil des Urteils des Landgerichts im Vorprozess vom 04.08.2016 darstellen, wonach dem Kläger zum damaligen Zeitpunkt auf Grund der Kündigung vom 17.07.2013 und/oder 11.09.2013 kein Räumungsanspruch zustand. Grundsätzlich bildet jede Kündigung einen eigenen Streitgegenstand. War eine ordentliche Kündigung nicht Gegenstand des Vorprozesses, war der Kläger auch nicht gehalten, (umfassend) zur Verletzung der Schriftform des Vertrages über die Fortsetzung des Mietverhältnisses vorzutragen. Das Landgericht hat im Vorprozess schon die hierfür vorgreifliche Frage der Wirksamkeit der Kündigung vom 17.07.2013 ausdrücklich dahin stehen lassen.

73

Die Kündigung vom 17.07.2013 war gemäß § 543 Abs. 2 Nr. 3 a) BGB gerechtfertigt.

74

Zu diesem Zeitpunkt befanden sich die Beklagten mit den Mieten für die Monate Mai bis Juli 2013, auf die bei Fälligkeit zum jeweils dritten Werktag des Monats unstreitig keinerlei Zahlungen geleistet worden sind, in Verzug.

75

Die Verpflichtung zur Zahlung des Mietzinses war nicht auf Grund der in diesem Zeitraum fehlenden Nutzungsgenehmigung für das Café ganz oder teilweise entfallen. Insoweit bedarf es keiner abschließenden Entscheidung, ob auf Grund des Umstands, dass beiden Parteien bei Unterzeichnung des Mietvertrags bekannt war, dass die Genehmigung jedenfalls in den Monaten Mai und Juni 2013 noch nicht vorliegen würde, nicht schon ein – bei Fehlen einer baurechtlichen Genehmigung ansonsten grundsätzlich stets vorliegender - Mangel zu verneinen ist oder jedenfalls § 536 b BGB der Minderung entgegensteht, wofür einiges spricht. Denn jedenfalls konnten sich die Beklagten wegen § 7 des Mietvertrags, der die Geltendmachung von "Gegenforderungen" auf solche beschränkt, die unstreitig sind und deren Geltendmachung einen Monat zuvor schriftlich angekündigt worden ist, nicht auf eine Minderung berufen. Der Mangel der fehlenden Genehmigung war insofern zwischen den Parteien streitig, als sie wechselseitig die Verantwortung bei der jeweiligen Gegenseite sahen.

76

Der Senat hält diese Regelung für wirksam. Sowohl der in § 7 Abs. 1 MV enthaltene Ausschluss als auch die in Abs. 2 vorgesehene Anzeigeobliegenheit stellen im Gewerbemietvertrag keine unangemessene Benachteiligung dar, weil für den Ausschluss eine Ausnahme für unstreitige und rechtskräftige Gegenforderungen gemacht wird, wobei sich aus dem Zusammenhang ergibt, dass mit „Gegenforderungen“ sämtliche in § 7 Abs. 1 1. HS genannten Gegenrechte einschließlich der Minderung gemeint sind. Die Anzeigeobliegenheit ist insofern nicht zu beanstanden, als sie lediglich dazu führt, dass Gegenrechte erst einen Monat später geltend gemacht werden können (OLG Köln, BeckRS 1998, 2045, Schmidt-Futterer/Langenberg BGB § 556b Rn. 26).

77

Durchgreifende Bedenken ergeben sich auch nicht im Hinblick auf das Verhältnis von § 7 Abs. 1 zu Abs. 2 MV. Bei verständiger Würdigung ist klar, dass die Regelung in Abs. 2 die Geltendmachung streitiger Gegenansprüche nicht – in Abweichung von Abs. 1 – gleichwohl ermöglichen soll, sondern Abs. 2 eine weitergehende, das Prozedere betreffende Einschränkung des Abs. 1 dahingehend enthält, dass auch die Geltendmachung der in Abs. 1 genannten Gegenrechte nur nach entsprechender Ankündigung zulässig ist. In diesem Sinne

78

haben die Parteien die Regelung auch offensichtlich verstanden wie der beiderseitige Vortrag im Prozess zeigt. Denn die Beklagten berufen sich selbst darauf, dass sie wegen des Vorliegens streitiger Mängel zunächst zur Leistung verpflichtet gewesen seien (Schriftsatz vom 15.08.2018, Bl. 599 d.A.). § 7 Abs. 3 regelt, wie sich aus dem Zusammenhang der Gesamtregelung ergibt, die Zulässigkeit der selbständigen Geltendmachung der Gegenrechte und stellt damit klar, dass der Mieter seiner streitigen Ansprüche nicht verlustig geht, er sie vielmehr – etwa im Wege einer Bereicherungsklage – gesondert geltend machen kann.

Legt man dies zu Grunde, standen etwaige Gegenrechte einschließlich des § 320 BGB dem Verzugseintritt nicht entgegen mit der Folge, dass die fristlose Kündigung vom 17.07.2013 das Mietverhältnis beendet hat. 79

In der Folgezeit haben die Parteien keinen neuen Mietvertrag geschlossen, der den Anforderungen des § 550 BGB genügt, soweit sie sich, wie im Vorprozess zu Grunde gelegt, am 06.08.2013 formlos geeinigt haben, die Kündigung als gegenstandslos zu betrachten und das Mietverhältnis gemäß den Konditionen des zuvor gekündigten Mietvertrags fortzusetzen. Nach der einschlägigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu dieser Konstellation, in der eine Kündigung (mangels Befristung) bereits zur Beendigung des Mietverhältnisses geführt hatte, bevor die Parteien sich einigten, den Vertrag „fortzusetzen“ (BGH, NJOZ 2001, 278, 281; NJW 1998, 2664, 2666), wäre dies jedoch erforderlich gewesen. Dieser Rechtsprechung folgt der Senat grundsätzlich. 80

Ob und wie sich diese Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs mit seinen jüngeren Entscheidungen zur „Theorie der äußeren Form“ (NJW 2010, 1518 ff. und NJW 2015, 2648 ff) als Regelungsgehalt des § 550 BGB übereinbringen lässt, wenn sich die Parteien nach einer wirksamen Kündigung auf die „Fortsetzung“ des Vertrags zu exakt den zuvor schriftlich fixierten Bedingungen einigen, kann jedenfalls für den zu entscheidenden Fall dahin stehen. Denn die Parteien hatten unstreitig abweichende Regelungen über die Miethöhe getroffen, die wesentlich waren und nur teilweise auf einen von vornherein begrenzten, unterjährigen Zeitraum bezogen waren. Die Reduzierung der Miete auf die Hälfte des vereinbarten Betrags sollte bis zur Eröffnung des Cafés gelten, deren Zeitpunkt offen war. Damit gab der zuvor geschlossene, den Anforderungen des § 550 BGB genügende Mietvertrag vom 27.05.2013 den Inhalt der nunmehr getroffenen Einigung in einem im Hinblick auf die bestehende Genehmigungsproblematik ganz wesentlichen Punkt nicht zutreffend wieder. Die Situation stellte sich damit nicht wie in den vorgenannten jüngeren Entscheidungen dar, in denen genau der Inhalt des Mietvertrags, auf den sich die Parteien nachfolgend formlos geeinigt haben, bereits zuvor in einer dem § 550 BGB genügenden Form niedergelegt worden war. 81

Im Übrigen hat sich der BGH in der zitierten Entscheidung BGH, NJW 1998, 2664 ff., ausdrücklich mit der Frage befasst, ob es (nicht) ausreicht, dass der ursprüngliche Vertrag die Schriftform wahrte und dies mit der Begründung verneint, es ergebe sich andernfalls ein Widerspruch zu der in § 568 BGB a.F.(§ 545 BGB n.F.) getroffenen Regelung, wonach sich das Mietverhältnis nach Ablauf der vereinbarten Mietzeit auf unbestimmte Zeit verlängert. Zudem behielten die Zweckrichtungen des § 550 BGB gerade bei vorheriger Beendigung des Mietverhältnisses ihren eigenständigen Sinn. Diese Argumentation ist durch die Rechtsprechung zur „äußeren Form“ nicht gegenstandslos geworden. Denn die Interessenlage kann sich durchgreifend anders darstellen je nachdem, ob der Vertrag nach formgerechter Fixierung seines Inhalts ohne weitere wesentliche Vorkommnisse sodann konkludent geschlossen wird, oder ob der bestehende, schriftliche Vertrag zunächst beendet worden ist. 82

Der danach unbefristete Mietvertrag ist auf Grund der ordentlichen Kündigung vom 20.09.2016 mit Wirkung zum 31.03.2017 (§ 580a Abs. 2 BGB) beendet worden.

Die Kündigung stellte sich schließlich auch nicht als treuwidrig dar. Soweit die Beklagten mit Schriftsatz vom 11.09.2019 geltend machen, die Treuwidrigkeit ergebe sich unter dem Gesichtspunkt der Existenzvernichtung, zeigen sie keine Umstände auf, die in außergewöhnlichem Maße über die mit der Kündigung eines gewerblichen Mietverhältnisses, auf dessen Grundlage das eigene Einkommen erwirtschaftet wird, typischerweise einhergehenden wirtschaftlichen Folgen hinausgehen und damit ausnahmsweise zur Unbeachtlichkeit des Schriftformverstößes führen würden (vgl. OLG Frankfurt, NJOZ 2019, 670, 676; BGH, NJW 1985, 1778, 1780). 84

2. Berufung der Beklagten 85

Die zulässige Berufung der Beklagten ist unbegründet. 86

Der Rückforderung der hälftigen Miete für das Jahr 2014 in Höhe von insgesamt 6.600 € steht entgegen, dass die Beklagten durch die volle Mietzahlung ab Dezember 2013 bei verständiger Würdigung ihres Verhaltens aus Sicht des Klägers zum Ausdruck gebracht haben, dass sie nach den anfänglichen Schwierigkeiten bei den Bemühungen um eine Nutzungsgenehmigung mit Eröffnung des Cafés im November nunmehr – jedenfalls für die hier in Rede stehende Folgezeit bis zum Endes des Jahres 2014 – keine Veranlassung für einen Mieteinbehalt mehr sahen. Dabei war ihnen unstreitig bekannt, dass jedenfalls vorläufig keine Genehmigung für die Gesamtfläche erteilt war. 87

Nach dem vorangegangenen Zahlungsverhalten sowie der Vereinbarung über die „Fortsetzung“ des Mietvertrags am 06.08.2013 konnte der Kläger die Zahlung nur so verstehen, dass die Beklagten die Mietsache nunmehr jedenfalls im maßgeblichem Zeitraum ohne Beanstandungen akzeptierten. 88

Die Beklagten hatten nämlich ab Mietbeginn bis November 2013 zunächst keinerlei Zahlung geleistet, woraus zu ersehen ist, dass sie sich durch § 7 MV *nicht* dazu gezwungen gesehen haben, die Miete in Ansehung der ausstehenden Genehmigung gleichwohl stets in voller Höhe zu zahlen. Die regelmäßige Mietzahlung ab Dezember 2013 entsprach der am 04.08.2013 getroffenen Vereinbarung, dass ab Eröffnung voll gezahlt werden sollte. Der Kläger durfte daher darauf vertrauen, dass die volle Mietzahlung ab Dezember 2013 nicht auf Grund § 7 MV erfolgte, sondern weil die Beklagten sie wegen der zwischenzeitlich erfolgten Eröffnung nunmehr leisten wollten. Dass im maßgeblichen Zeitraum ein Vorbehalt oder eine sonstige Erklärung seitens der Beklagten erfolgt sei, aus der sich ergäbe, dass sie die Mietzahlung – wie in den Monaten zuvor – nicht für geschuldet erachteten, ist von den Beklagten nicht behauptet worden. 89

Nach der den §§ 536b, 814 BGB zugrunde liegenden Wertung ist es den Beklagten unter diesen Umständen nach § 242 BGB verwehrt, die angeblich überzahlten Beträge für den hier in Rede stehenden Zeitraum zurückzufordern. Ob dies für die Folgezeit in gleicher Weise gilt, kann für den zu entscheidenden Rechtsstreit dahin stehen. 90

Über den Hilfsantrag (Feststellung) war nicht zu entscheiden, nachdem die Beklagten klargestellt haben, dass er nur für den Fall gestellt worden ist, dass das Gericht vom Fortbestand des Mietvertrags ausgeht. 91

3. 92

Die prozessualen Nebenentscheidungen beruhen auf den §§ 91, 97, 708 Nr. 10, 711 ZPO.	93
Über den im nachgelassenen Schriftsatz vom 11.09.2019 von den Beklagten gestellten Vollstreckungsschutzantrag war in der Sache nicht zu entscheiden, weil er nach dem nach § 714 ZPO maßgeblichen Zeitpunkt des Schlusses der mündlichen Verhandlung gestellt worden ist. Es handelt sich um einen Sachantrag (BGH Beschl. v. 25.9.2018 – X ZR 76/18, BeckRS 2018, 25200), der nach Schluss der mündlichen Verhandlung unzulässig ist, selbst wenn er in einem nachgelassenen Schriftsatz gestellt wird (BGH, Beschl. v. 07.11.2017 XI ZR 529/17, BeckRS 2017, 133092; BGH Beschl. v. 26.3.2019 – X ZR 171/18, BeckRS 2019, 6784).	94
4.	95
Die Voraussetzungen, unter denen gemäß § 543 Abs. 2 ZPO die Revision zuzulassen ist, liegen nicht vor. Nach den Ausführungen zu 1. b) ergibt sich aus den Umständen des Einzelfalls, dass die Rechtssache weder grundsätzliche Bedeutung hat, noch eine Entscheidung des Revisionsgerichts zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erforderlich ist.	96
Die Entscheidung des Senats setzt sich weder zu der von den Beklagten zitierten Entscheidung zur Rechtskraft noch zu den zur "Theorie der äußeren Form" ergangenen Entscheidungen in Widerspruch, wie oben ausgeführt worden ist.	97
Streitwert für das Berufungsverfahren: 20.400 €	98
Klage : 13.800 € (§ 41 Abs. 2 GKG)	99
Widerklage: 6.600 €	100