

IM Ausschluss 8 U 147/17

Formularmäßiger Ausschluss von Konkurrenz-, Sortiments- und Branchenschutz zulässig?

Urteil

vom 11.04.2019

Kammergericht Berlin, Az.: 8 U 147/17

BGB §§ 126, 307 Abs. 1, § 543 Abs. 1, § 550

1. Werden in einem Rubrum eines Mietvertrags für eine GmbH die beiden gesamtvertretungsberechtigten Geschäftsführer bezeichnet und in den Unterschriftenzeilen beide Geschäftsführer aufgeführt, macht dies einen Hinweis erforderlich, dass die Unterzeichnung durch einen Geschäftsführer zugleich für den anderen erfolgt. Ein solcher Hinweis liegt in dem der Unterschrift beigelegten Firmenstempel (im Anschluss an OLG Rostock, IMR 2018, 373).*)

2. Der formularmäßige Ausschluss von Konkurrenzschutz-, Sortiments- und Branchenschutz in einem Einkaufszentrum stellt trotz Betriebspflicht und Sortimentsbindung keine unangemessene Benachteiligung im Sinne von § 307 Abs.1 BGB dar (im Anschluss an OLG Naumburg, IMR 2008, 339; a. A. OLG Schleswig, NZM 2000,1008).*)

KG, Urteil vom 11.04.2019 - 8 U 147/17 (nicht rechtskräftig; Rev: BGH, Az. XII ZR 51/19) vorhergehend:

LG Berlin, 21.07.2017 - 90 O 7/17

In dem Rechtsstreit

....

hat der 8. Zivilsenat des Kammergerichts in Berlin-Schöneberg, Eißholzstraße 30-33, 10781 Berlin, auf die mündliche Verhandlung vom 11.04.2019 durch den Vorsitzenden Richter am Kammergericht Bulling und die Richterinnen am Kammergericht Witt-Klein und Dr. Henkel

für Recht erkannt:

Die Berufung der Beklagten gegen das am 24. Juli 2017 verkündete Urteil der Zivilkammer 90 des Landgerichts Berlin - 90 O 7/17 - wird zurückgewiesen.

Die Beklagten haben die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen.

Das Urteil des Landgerichts und dieses Urteil sind vorläufig vollstreckbar.

Die Beklagten dürfen die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung oder Hinterlegung in Höhe des aus dem Urteil vollstreckbaren Betrages zuzüglich 10 % abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe des zu vollstreckenden Betrages zuzüglich 10 % leistet.

Die Revision wird zugelassen.

G r ü n d e

I.

Die Berufung der Beklagten richtet sich gegen das am 24. Juli 2017 verkündete Urteil der Kammer für Handelssache 90 des Landgerichts Berlin, auf dessen Tatbestand und Entscheidungsgründe Bezug genommen wird.

Die Beklagten tragen zur Begründung der Berufung vor:

1. Das Landgericht verkenne, dass zwischen den Parteien kein Mietvertrag bestehe. Insbesondere sei durch den Nachtrag Nr. 3 kein Mietvertrag abgeschlossen worden. Das Landgericht wende die §§ 154 Abs. 2, 550 BGB unrichtig an. Gemäß § 154 Abs. 2 BGB sei ein Vertrag im Zweifel erst dann geschlossen, wenn die vereinbarte "Form der Beurkundung" eingehalten sei. Die Parteien hätten aber den Abschluss eines schriftlichen Mietvertrages vereinbart. Ein schriftlicher Mietvertrag sei jedoch nicht zustande gekommen, weil für die Beklagte zu 1) lediglich einer der gesamtvertretungsberechtigten Geschäftsführer unterschrieben habe.

Mit Urteil vom 04.11.2009 - XII ZR 86/07, NJW 2010,1453 habe der BGH festgestellt, dass bei Abschluss eines Mietvertrages durch eine Aktiengesellschaft die Schriftform nur gewahrt sei, wenn alle Vorstandsmitglieder unterzeichnen oder eine Unterschrift den Hinweis enthalten, dass das unterzeichnende Vorstandsmitglied auch die anderen Vorstandsmitglieder vertrete. Da vorliegend der eine der beiden Geschäftsführer der Beklagten zu 1) ohne weiteren Vertretungszusatz unterschrieben habe, liege eine die

Schriftform - und mithin die von § 154 Abs. 2 BGB vorausgesetzte Form der Beurkundung - nicht wahrende, mithin unvollständige Erklärung vor, die unwirksam sei. Es handele sich hier nicht lediglich - wie das Landgericht angenommen habe - um ein zu vernachlässigendes Vertretungsproblem. Das Rubrum des Nachtrages Nr. 3 sehe die Erklärung beider, ausdrücklich als gesamtvertretungsberechtigt genannten Geschäftsführer vor.

Der schriftliche Vertrag sei daher nicht wirksam zustande gekommen.

Der Vertrag sei auch nicht konkludent durch Austausch der Leistungen zustande gekommen. Die Qualifikation des Verhaltens der drei Vertragsparteien als schlüssige Erklärung setze das Bewusstsein voraus, dass für das Zustandekommen des Vertrages überhaupt noch eine Erklärung notwendig sei. Vorliegend seien die Klägerin und die Beklagte zu 2) aber davon ausgegangen, dass mit der (unvollständigen) Beurkundung alle notwendigen Erklärungen für den Vertragsschluss bereits abgegeben seien.

2. Das Landgericht verkenne auch, dass ein Dissens zumindest hinsichtlich der Laufzeit des mit dem Nachtrag Nr. 3 beabsichtigten Mietvertrages vorliege. Die Mietzeit sei - entgegen der Ansicht des Landgerichts - unbestimmt. Bei Abschluss des ursprünglichen Mietvertrages habe die Mietzeit mit Übergabe, spätestens am 16. April 2013, gemäß Nachtrag Nr. 1 spätestens am 16. April 2014 und gemäß Nachtrag Nr. 2 spätestens am 01. August 2014 beginnen sollen. Dieser Zeitpunkt habe durch faktische Übergabe bestimmt werden können. Zu dem Zeitpunkt der Unterzeichnung des Nachtrags Nr. 3 hätten die Beklagten jedoch schon Besitz an den Räumen gehabt. Einer Rückwirkung steht die Regelung in Ziffer 1.1. des Nachtrags Nr. 3 entgegen, mit der das Mietverhältnis "mit Wirkung zum 19.12.2014" neu begründet werde. Darüber hinaus hätten die Parteien auf die wechselseitigen Rechte vor dem 19.12.2014 verzichtet. Die Unbestimmtheit ergebe sich zudem aus der Divergenz der Regelungen in Teil A Ziffer 3.1 und Teil B Ziffer 3.1. (vgl. Ausführungen auf Seite 6/7 der Berufungsbegründung, Bd. II, Bl. 21/22).

3. Es liege zudem ein Schriftformverstoß vor, weil nur ein Geschäftsführer der Beklagten zu 1) unterzeichnet habe, obwohl die Beklagte zu 1) von beiden Geschäftsführern gemeinsam vertreten werde und dies im Rubrum des Nachtrags Nr. 3 ausdrücklich vorgesehen sei.

Zudem hätten die Parteien bezogen auf den Mietzins konkludent eine Vertragsänderung vorgenommen. So habe die Klägerin eine Erhöhung nicht entsprechend der in Teil B Ziffer 5.5 vorgesehenen Regelung vorgenommen, sondern lediglich analog des Verbraucherindex im Zeitraum von Mietbeginn bis zum nachfolgenden 01. Januar und der

Folgezeit vom nächsten 01. Januar. Die Beklagten hätten die neue Miethöhe gezahlt, wodurch eine Änderung des Mietvertrages zustande gekommen sei.

4. Die Klägerin könne sich auf die Schriftformheilungsklausel gegenüber der Beklagten zu 1) nicht berufen, weil die Beklagte zu 1) beim Vertragsschluss nicht wirksam vertreten gewesen sei.

5. Schließlich sei die außerordentliche Kündigung wegen Verstoßes gegen den Konkurrenzschutz wirksam. Die Regelungen im Mietvertrag seien gemäß §§ 307, 310 BGB unwirksam, weil sie die negativen Effekte der Klauseln zur Sortimentsbindung, zur Betriebspflicht und zum Ausschluss von Konkurrenz-, Sortiments- und Branchenschutz zu einer unangemessenen Benachteiligung summieren.

Die Klägerin können sich jedenfalls wegen § 242 BGB auf den vereinbarten Konkurrenzschutz nicht berufen.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Vortrags wird auf den Inhalt der Berufungsbegründung, Seite 8 f, Bd. II, Bl. 24 ff. verwiesen.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des Landgerichts Berlin vom 24. Juli 2017 - AZ: 90 O 7/17, abzuändern und die Klage abzuweisen.

Hilfsweise

das Urteil des Landgerichts Berlin vom 24. Juli 2017 - AZ: 90 O 7/17 - mit seinen Feststellungen aufzuheben und den Rechtsstreit zur erneuten Verhandlung an das Landgericht Berlin zurückzuverweisen.

Die Klägerin beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

1. Es sei unschädlich, dass der 3. Nachtrag zum Mietvertrag nur von einem Geschäftsführer der Beklagten zu 1) unterzeichnet worden sei. Das Erfordernis, dass sämtliche Geschäftsführer unterschreiben müssten, solle nur Unsicherheiten über die Wirksamkeit des Abschlusses des Vertrages verhindern. Wenn solche Unsicherheiten nach den Umständen des Einzelfalles nicht bestünden, sei der Vertrag weder nicht wirksam geschlossen noch liege ein Schriftformverstoß vor. Hier sei darauf hinzuweisen, dass für die Beklagte zu 1) schon der Ursprungsmietvertrag und die Nachträge 1 und 2 nur von H# Z# allein unterzeichnet worden seien.

Ein eventueller Schriftformverstoß wäre zudem ausschließlich durch die Beklagte zu 1) verursacht, so dass sie sich nach Treu und Glauben hierauf nicht berufen könne.

Außerdem sei zu berücksichtigen, dass der 3. Nachtrag ausschließlich im Interesse der Beklagten zu 1) geschlossen worden sei, die vorher durch vertragswidriges Verhalten die Kündigung verursacht hätte.

Die Kündigung sei zudem treuwidrig und daher unwirksam, solange sich die Beklagten nicht um eine Heilung des behaupteten Schriftformmangels bemüht hätten.

Letztlich sei zu beachten, dass in Bezug auf die Beklagte zu 2) ein Schriftformverstoß nicht vorliege und daher insoweit auch eine Kündigung nicht in Betracht komme.

2. Der Vertrag sei wirksam geschlossen, weil hinsichtlich der Beklagten zu 2) der alleinvertretungsberechtigte Geschäftsführer unterschrieben habe und hinsichtlich der Beklagten zu 1) jedenfalls durch jahrelange Übung der - nur von einem Geschäftsführer unterzeichnete - Vertrag genehmigt worden sei und eine entsprechende Zustimmung erteilt worden.

Es bestünden auch keine Unklarheiten bezogen auf die Mietzeit und die Parteien hätten sich nicht auf eine Abänderung zur Regelung der Miethöhe verständigt (vgl. im Einzelnen Vortrag in der Berufungserwiderung, Seite 4 f, Bd. II, Bl. 45 f.).

3. Zu Recht habe das Landgericht auch die außerordentliche Kündigung der Beklagten wegen Verstoßes gegen Konkurrenzschutz als unwirksam angesehen (vgl. Bd. II, Bl. 47 ff.).

II.

Die Berufung der Beklagten ist unbegründet.

Das Landgericht hat der Klage auf Feststellung, dass der zwischen den Parteien abgeschlossene Mietvertrag über Flächen im Einkaufszentrum ## ungekündigt fortbesteht, auch über den 30. Juni 2017 hinaus, zu Recht stattgegeben.

A.

Die Feststellungsklage ist zulässig.

Gemäß § 256 Abs. 1 ZPO kann auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses Klage erhoben werden, wenn der Kläger ein rechtliches Interesse daran hat, dass das Rechtsverhältnis durch richterliche Entscheidung alsbald festgestellt wird.

Diese Voraussetzungen liegen hier vor. Die Klägerin hat ein rechtliches Interesse an der selbständigen Feststellung des unveränderten Fortbestandes des Mietverhältnisses (vgl. BGH, Urteil vom 03.07.2002 - XII ZR 234/99, NJW-RR 2002,1377, Tz. 8 f.; vgl. auch Baumbach/Lauterbach/ Albers/Hartmann, ZPO, 2017, § 256 ZPO, Rdnr. 87; Musielak/Foerste, ZPO, 2018, § 256 ZPO, Rdnr. 27 jeweils m.w.N.). Die Beklagten haben das Mietverhältnis mit Schreiben vom 23. Dezember 2016 und vom 15. Mai 2017 gekündigt, so dass eine Unsicherheit über die Fortbestand des Mietverhältnisses besteht mit der Folge, dass die Klägerin ein berechtigtes Interesse an der begehrten Feststellung hat.

B.

Die Klage ist begründet.

Das Mietverhältnis der Parteien ist durch die Kündigungen der Beklagten vom 23. Dezember 2016 bzw. vom 15. Mai 2017 nicht beendet worden.

1. Das Mietverhältnis der Parteien ist - entgegen der Ansicht der Beklagten - wirksam begründet worden.

So haben die Klägerin und die Beklagte zu 1) zunächst den Ursprungsvertrag am 06.01./14.01.2009 wirksam abgeschlossen, wobei seinerzeit die Beklagte zu 1) nur durch

einen Geschäftsführer, nämlich H# Z# , vertreten worden ist.

Auch der dritte Nachtrag, mit dem die Beklagte zu 2) in den Mietvertrag mit aufgenommen worden ist, ist wirksam geschlossen worden. Das Landgericht hat hierzu zutreffend ausgeführt, dass der Geschäftsführer H# Z# die Beklagte zu 1) gemäß § 164 Abs. 1 BGB wirksam vertreten hat. Zur weiteren Begründung wird auf die Ausführungen des Landgerichts auf Seite 6/7 des Urteils verwiesen, die die Beklagten mit der Berufung nicht erheblich angegriffen haben.

2. Das Mietverhältnis der Parteien gilt nicht aufgrund Schriftformverstoßes als auf unbestimmte Zeit geschlossen (§ 550 Abs. 1 BGB). Die fristgemäße Kündigung der Beklagten gemäß Schreiben vom 23. Dezember 2016 ist daher unwirksam (§§ 542, 580a BGB).

a) Ein Schriftformverstoß liegt nicht in Bezug auf die Vertragslaufzeit des Mietvertrages vor. Denn Beginn und Endes des Vertrages sind jedenfalls durch Auslegung bestimmbar.

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist die Schriftform des § 550 BGB nur gewahrt, wenn sich die für den Abschluss des Vertrages notwendige Einigung über alle wesentlichen Vertragsbedingungen - insbesondere den Mietgegenstand, den Mietzins sowie die Dauer und Vertragsparteien - aus einer von beiden Vertragsparteien unterzeichneten Vertragsurkunde ergeben (std. Rechtsprechung des BGH: vgl. BGH, NJW 1999,2591 = GE 1999, 761; BGH, NJW 2000, 1105; BGH, NJW 2007,288; BGH, NJW 2008,2178; BGH, Urteil vom 24.07.2013 - XII ZR 104/12, NJW 2013,3361; BGH, DWW 2015, 335). Da auch formbedürftige Vertragsklauseln grundsätzlich der Auslegung zugänglich sind, reicht es aus, wenn der Inhalt der Vertragsbedingungen im Zeitpunkt des Vertragsschlusses bestimmbar ist. Beginn und Ende der Mietzeit müssen sich im Zeitpunkt des Vertragsschlusses in hinreichend bestimmbarer Weise aus der Vertragsurkunde ergeben (vgl. BGH, Urteil vom 24.02.2010 - XII ZR 120/06, Tz.11). Dies ist hier der Fall.

Die Vereinbarung über den Beginn der Mietzeit wahrt die Anforderungen an die Schriftform. Denn der Mietbeginn ist zumindest bestimmbar.

Die Bestimmbarkeit muss bereits im Zeitpunkt des Vertragsschlusses gegeben sein. Insoweit darf auch auf außerhalb der Urkunde liegende Umstände zurückgegriffen werden. Jedoch verlangt der BGH in ständiger Rechtsprechung, dass die Berücksichtigung außerhalb der Urkunde liegender Umstände nur zulässig ist, wenn der sich daraus ergebende Parteiwille in

der Urkunde selbst, wenn auch unvollkommen, so zumindest andeutungsweise zum Ausdruck gekommen sein muss (BGHZ 63,359; BGH, NJW-RR 2010,821). Soweit es den Beginn des Mietverhältnisses betrifft, bedarf es nicht der Nennung eines bestimmten Datums. Ausreichend ist vielmehr, dass die Parteien eine Vereinbarung treffen, wonach das Mietverhältnis "mit der Übergabe der Mieträume" beginnen solle (BGH, Urteil vom 02.11.2005 - XII ZR 212/03, GE 2006,50; BGH, Urteil vom 07.03.2007 - XII ZR 40/05, NJW 2007,1817 für "Fertigstellung"; BGH, Urteil vom 24.07.2013 - XII ZR 104/12, GE 2013,133, Tz. 22 ff. für "Übergabe/Übernahme"; vgl. Bub/Treier/Heile/Landwehr, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, 4. Auflage, II, Rdnr. 2483). Das ist auch der Fall, wenn die Mietzeit mit der Übernahme des schlüsselwertigen Mietobjekts beginnen soll (BGH, Urteil vom 24.02.2010 - XII ZR 120/06, NJW 2010,1518, Tz. 11).

aa) In Ziffer 3.1 Teil A und Ziffer 5.1.1. Teil des Ursprungsvertrages ist geregelt, dass Mietbeginn der Tag der Übergabe sein soll. Darüber hinaus ist angegeben, dass der Mietbeginn "voraussichtlich am 16.10.2011, spätestens jedoch am 16.04.2013" sein soll. Im ersten und zweiten Nachtrag wird der Mietbeginn wieder auf den Tag der Übergabe festgelegt und die voraussichtlichen Daten mit 16.10.2013, spätestens 16.04.2014 und bzw. 01.12.2013, spätestens 01.08.2014 angegeben. Danach steht fest, dass die Parteien den Beginn des Mietvertrages mit der Übergabe des Mietobjektes (in Abhängigkeit von der Fertigstellung) vereinbart haben.

Mit der Regelung in Ziffer 1.1. des 3. Nachtrages wurde - nach Ausspruch einer fristlosen Kündigung durch den Vermieter - zwischen den Parteien vereinbart, dass das Mietverhältnis ab dem Zeitpunkt des Ausspruches der Kündigung vom 19. Dezember 2014 zu den Bedingungen des Ursprungsvertrages nebst 1. Nachtrag und 2. Nachtrag "neu begründet und ununterbrochen sowie unverändert mit dem bisherigen Inhalt fortgesetzt wird."

Der Mietbeginn ist damit durch die Übergabe ausreichend bestimmt festgelegt.

bb) Auch das Mietende ist - entgegen der Ansicht der Beklagten - hinreichend im Mietvertrag bestimmt. Es liegt insoweit auch kein Dissens vor.

Das Landgericht hat zutreffend ausgeführt, dass die Regelungen in Ziffer 3.2 Teil A und Ziffer 3.1 Teil B hinreichend konkret sind und sich hieraus ergibt, dass das Mietende mit dem Ablauf des 10. Kalenderjahres nach Übergabe endet, also das Mietverhältnis zehn volle Kalenderjahre läuft.

cc) Ein Schriftformverstoß ist auch nicht aufgrund des Mieterhöhungsverlangens der Klägerin mit Schreiben vom 25. Mai 2016 anzunehmen. Die Klägerin hat mit vorgenanntem Schreiben eine Mietanpassung nach dem Verbraucherindex geltend gemacht und die Beklagten - so tragen sie vor - haben die erhöhte Miete daraufhin gezahlt.

Ohne Erfolg machen die Beklagten geltend, dass hierdurch eine Änderung der in Teil B Ziffer 5.5. vertraglich vereinbarten Wertsicherungsklausel konkludent vereinbart worden sei.

Es kann für die Entscheidung dahin gestellt bleiben, inwiefern die verlangte Mieterhöhung von der vertraglich vereinbarten abweicht. Die Klägerin hat hiermit jedenfalls eine Erhöhung der Miete nach der vertraglich vereinbarten Anpassungsautomatik verlangt. Nicht dem Schriftformerfordernis des § 550 Satz 1 BGB unterfällt eine Änderung der Miete, die ihrer Grundlage in einer - ihrerseits schriftformbedürftig - vertraglich vereinbarten, automatisch zur Mietanpassung führenden Indexklausel hat (vgl. BGH, Urteil vom 05. Februar 2014 - XII ZR 65/13, NJW 2014, 1300, Tz. 32).

Hierin kann auch eine Änderung der vertraglich vereinbarten Mieterhöhungsklausel nicht gesehen werden. Denn insoweit fehlt es der Klägerin an einem entsprechenden Erklärungsbewusstsein und ebenso den Beklagten bei Zahlung der erhöhten Miete (s. a. BGH MDR 2006,82).

b) Die Schriftform ist auch in Bezug auf die Unterzeichnung durch die Vertragsparteien gewahrt. Etwaige Formmängel des 1. und des 2. Nachtrags sind durch den 3. Nachtrag geheilt worden.

aa) Der Ursprungsmietvertrag vom 06./14.01.2009 zwischen der Klägerin und der Beklagten zu 1) genügt dem Schriftformerfordernis. Er ist von beiden Seiten durch einen Vertreter unterzeichnet worden, auf Seiten der Beklagten zu 1) von dem seinerzeit alleinigen Geschäftsführer H# Z# .

Bei einer GmbH reicht aus, dass der alleinige Geschäftsführer ohne Hinweis auf seine Vertreterstellung unterzeichnet (BGH, Urteil vom 04.11.2009 - XII ZR 86/07, a.a.O., Tz. 16; BGH, Urteil vom 19.09.2007 - XII ZR 121/05, NZM 2007,837), weil der Geschäftsführer erkennbar nicht Vertragspartei werden soll und schon daraus evident ein Vertreterhandeln folgt (Bub/Treier/ Heile/ Landwehr, a.a.O., II, Rdnr. 2494; Ghassemi-Tabar/ Guhling/ Weitermeyer/ Schweitzer, Gewerberaummietrecht, 2015, § 550 BGB, Rdnr. 53).

bb) Es kann für die Entscheidung dahin gestellt bleiben, ob der 1. und der 2. Nachtrag die Schriftform wahren. Jedenfalls ist ein etwaiger Schriftformverstoß durch den die Schriftform wahren den 3. Nachtrag vom 20.10./29.10.2015 geheilt (vgl. BGH, Urteil vom 29.04.2009 - XII ZR 142/07, NJW 2009,2195, Tz. 24; BGH, Urteil vom 02.05.2007 - XII ZR 178/04, GE 2007,1375, Tz. 32).

Für die als Mitmieterin bezeichnete Beklagte zu 2) hat H# Z# als alleiniger Geschäftsführer unter Beifügung des Firmenstempels unterzeichnet. Insoweit ist die Schriftform eingehalten.

Im Mietvertragsrubrum ist auf Seiten der Beklagten zu 1) aufgeführt : "# GmbH, ... gesetzlich vertreten durch die gesamtvertretungsberechtigten Geschäftsführer Herrn H# Z# und Herrn C# Z# ". Auf der letzten Seite des Nachtrags heißt es auf Mieterseite: "# GmbH vertreten durch die gesamtvertretungsberechtigten Geschäftsführer" und es befinden sich dort untereinander zwei Unterschriftenleisten für "H# Z#" und "C# Z#".

Für die Beklagte zu 1) hat der eine von beiden gesamtvertretungsberechtigten Geschäftsführern, H# Z# unter Beifügung des Firmenstempels unterzeichnet.

Hierdurch ist den Anforderungen an die Schriftform im Sinne von §§ 126, 550 BGB genügt.

(1) Bei Unterschriften für eine Gesellschaft muss grundsätzlich deutlich werden, dass der Unterzeichner für die Gesellschaft als Vertreter zeichnet (Bub/Treuer/Heile/Landwehr, a.a.O., II, Rdnr. 2494). Die Urkunde muss regelmäßig durch einen das Vertretungsverhältnis anzeigenden Zusatz hinreichend deutlich zum Ausdruck bringen, dass für eine Vertragspartei ein Vertreter unterzeichnet (BGH, Urteil vom 23.01.2013 - XII ZR 35/11, a.a.O.; BGH, Urteil vom 04.11.2009 - XII ZR 86/07, a.a.O.). Wird die Vertretung der Vertragspartei durch die den Vertrag unterzeichnende Person allerdings auf andere Weise deutlich, ist ein zusätzlicher Vertreterzusatz nicht erforderlich (BGH, Urteil vom 07.05.2008 - XII ZR 69/06, a.a.O.). Ein solcher die Vertretung kennzeichnender Zusatz kann in der Verwendung des Kürzels "i.V." liegen (BGH, Urteil vom 04.11.2009 - XII ZR 86/07, a.a.O.). Ein Vertretungsverhältnis für die Gesellschaft wird auch bereits durch den der Unterschrift beigefügten Stempelaufdruck angezeigt, ohne dass es dazu weiterer Unterschriften der übrigen Geschäftsführer bedurft hätte (vgl. BGH, Urteil vom 23.01.2013 - XII ZR 35/11, a.a.O., Tz. 11ff.).

Diese Voraussetzungen sind hier erfüllt.

(2) Dass beide GmbH- Geschäftsführer im Vertragsrubrum aufgeführt und als gesamtvertretungsberechtigt bezeichnet werden und in den beiden Unterschriftenzeilen aufgeführt sind, macht zwar einen Hinweis erforderlich, dass die Unterzeichnung zugleich für den anderen Geschäftsführer erfolgt (vgl. BGH, Urteil vom 22.04.2015 - XII ZR 55/14, GE 2015,783).

Ein solcher Hinweis liegt aber in dem der Unterschrift des einen Geschäftsführers, H# Z# beigefügten Firmenstempelaufdrucks der Beklagten zu 1).

Zwar hat der BGH entschieden, dass wenn eines der zur gemeinschaftlichen Vertretung berufenen Organmitglieder der Gesellschaft den Vertrag unterzeichnet, die Schriftform des § 550 BGB nur gewahrt ist, wenn auch die übrigen Organmitglieder unterzeichnen oder die Unterschrift den Hinweis enthält, dass das unterzeichnende Organmitglied auch diejenigen Organmitglieder vertreten will, die nicht unterzeichnet haben (BGHZ 183, 67 = NJW 2010, 1453; BGH, Urteile vom 16. Juli 2003 - XII ZR 65/02 - NJW 2003, 3053, 3054 und vom 11. September 2002 - XII ZR 187/00 - NJW 2002, 3389, 3390 ff.). Dies gilt aber nur, wenn dem Erscheinungsbild der Urkunde nach die Unterschrift des Unterzeichners in seiner Eigenschaft als Mitglied des mehrgliedrigen Organs abgegeben ist. Nur dann erweckt die Urkunde den Anschein, es könnten noch weitere Unterschriften, nämlich diejenigen der übrigen Organmitglieder, fehlen.

Anders liegt der Fall, wenn dem Erscheinungsbild der Urkunde nach der Unterzeichner für sich allein die Berechtigung zum Abschluss des fraglichen Rechtsgeschäfts in Anspruch nimmt und dies durch einen die alleinige Vertretung der Gesellschaft anzeigenden Zusatz kenntlich macht. Ein solcher Zusatz liegt in der Verwendung des vom Geschäftsinhaber autorisierten Firmen- oder Betriebsstempels. Das Hinzusetzen eines Stempels zu einer Unterschrift weist denjenigen, der die Unterschrift geleistet hat, als unterschriftsberechtigt für den Stempelaussteller aus. Denn der Geschäftsverkehr misst dem Firmen- oder Betriebsstempel eine Legitimationswirkung bei. Die Abgabe einer unterschriebenen und mit Stempelzusatz abgeschlossenen Erklärung dokumentiert im Hinblick auf die insoweit relevante äußere Form, mit der geleisteten Unterschrift hinsichtlich dieses Geschäfts zur alleinigen Vertretung der Gesellschaft berechtigt zu sein und in diesem Sinne handeln zu wollen. Eine so in den Verkehr gegebene Erklärung wirft keinen Zweifel an ihrer Vollständigkeit auf (vgl. BGH Urteil vom 23.01.2013 - XII ZR 35/11, Tz. 13,14; vgl. auch BGH Urteil vom 22.04.2015 - XII ZR 55/14, Tz. 25).

Aufgrund der Verwendung des Firmenstempels ist ein hinreichender Vertretungszusatz

beigefügt und der Eindruck einer Unvollständigkeit der Urkunde wird durch das Anbringen des Stempels vermieden (vgl. OLG Rostock Beschluss vom 12.07.2018 - 3 U 23/18, MDR 2018,1307, Tz. 15 für einen vergleichbaren Sachverhalt). Dies ist - entgegen der in der mündlichen Verhandlung geäußerten Ansicht des Prozessbevollmächtigten der Beklagten - auch nicht anders zu beurteilen, weil die Unterschrift des unterzeichnenden Geschäftsführers nur in der für ihn vorgesehenen Unterschriftenzeile geleistet wurde und der Stempel auch nur hier angebracht ist. Wird mit dem BGH davon ausgegangen, dass das Vertretungsverhältnis für die Gesellschaft mit dem Firmenstempelabdruck angezeigt wird, spielt es keine Rolle, in welchem Bereich der Urkunde sich dieser befindet.

3. Soweit das Landgericht angenommen hat, dass die Klägerin sich ungeachtet eines etwaigen Schriftformverstoßes auf die Schriftformheilungsklausel in Teil B Ziffer 18.1 des Mietvertrages hätte berufen können, kommt es hierauf für die Entscheidung nicht mehr an.

Es sei aber darauf hingewiesen, dass der BGH - nach Erlass des erstinstanzlichen Urteils - entschieden hat, dass sogenannte mietvertragliche Schriftformheilungsklauseln stets unwirksam sind. Die Vorschrift des § 550 BGB soll nicht nur sicherstellen, dass ein späterer Grundstückserwerber, der kraft Gesetzes auf Seiten des Vermieters in ein auf mehr als ein Jahr abgeschlossenes Mietverhältnis eintritt, dessen Bedingungen aus dem schriftlichen Mietvertrag ersehen kann. Vielmehr dient sie ebenfalls dazu, die Beweisbarkeit langfristiger Abreden auch zwischen den ursprünglichen Vertragsparteien zu gewährleisten und diese vor der unbedachten Eingehung langfristiger Bindungen zu schützen. Mit diesem Schutzzweck des nicht abdingbaren § 550 BGB sind Schriftformheilungsklauseln unvereinbar. Denn sie hätten zur Folge, dass die Vertragsparteien an eine nicht schriftliche Vereinbarung für die volle Vertragslaufzeit gebunden wären, der mit der Vorschrift jedenfalls auch beabsichtigte Überleitungsschutz ausgehöhlt und die wichtige Warnfunktion der Bestimmung weitgehend leerlaufen würde (vgl. BGH, Urteil vom 27.09.2017 - XII ZR 114/16, NJW 2017,3772, Tz. 34 f.; BGH, Urteil vom 11.04.2018 - XII ZR 43/17, Grundeigentum 2018,704, Tz. 25).

4. Auch die fristlose Kündigung gemäß Schreiben der Beklagten vom 15. Mai 2017 ist unwirksam.

Den Beklagten steht ein außerordentliches Kündigungsrecht wegen Verstoßes gegen das Konkurrenzschutzgebot nicht zu (§ 543 Abs. 1 BGB). Der Ausschluss von Konkurrenzschutz-, Sortiments- und Branchenschutz stellt trotz Betriebspflicht und Sortimentsbindung keine unangemessene Benachteiligung gemäß § 307 Abs. 1 BGB dar.

Nach dem schriftlichen Mietvertrag vom 06.01./14.01.2009 vereinbarten die Parteien in Teil A Ziffer 2 als Mietzweck "Betrieb eines hochwertigen Fastfood Restaurants der Marke ## , welche im wesentlichen Kartoffelspeisen (Kartoffelpufferspezialitäten u.a.) auf hohem Niveau verkauft."

Teil B Ziffer 2 enthält folgende Regelungen:

"2. Mietzweck/Wettbewerb

2.1. Der Mieter ist berechtigt, im Mietobjekt das übliche Sortiment für den in Ziff. 2, Teil A genannten Mietzweck zu führen. Die Führung anderer Artikel bedarf der vorherigen schriftlichen Zustimmung des Vermieters.

...

2.2 Vermieter und Mieter sind sich darüber einig, dass die durch die Errichtung des Geschäftszentrums bewusst geschaffene Mischung eines umfassenden und variablen Warenangebots jetzt und in Zukunft Konkurrenzsituationen einschließt.

2.3 Die Vertragspartner sind sich darüber einig, dass der Mieter für die Dauer des Mietverhältnisses keinen Konkurrenzschutz-, Sortiments- oder Branchenschutz oder sonstige Exklusivrechte für sich in Anspruch nehmen kann."

a) Die formularmäßige Vereinbarung einer Betriebs- und Offenhaltungspflicht ist im Regelfall nicht nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam (vgl. BGH NJW-RR 1992,1032). Nicht unangemessen ist auch eine formularmäßige Abrede, die den Mieter von Gewerberäumen an ein bestimmtes Sortiment bindet (BGH NJW 2000,1714) oder den Vermieter von einer Verpflichtung zum Konkurrenzschutz freistellt (OLG Hamburg NJW-RR 1987,403). In der Rechtsprechung wird es nicht als unangemessen angesehen, wenn dem Mieter von Verkaufsräumen in einem Einkaufszentrum eine Betriebspflicht auferlegt, zugleich aber die Gewährung von Konkurrenz- und Sortimentsschutz durch den Vermieter ausgeschlossen wird (OLG Rostock NZM 2004,460; OLG Hamburg ZMR 2003,254; vgl. auch Senatsbeschluss vom 18.10.2004 - 8 U 92/04 mit Rechtsprechungsnachweisen).

Die Frage, ob in einem Formularymietvertrag die Vereinbarung einer Betriebspflicht des Mieters mit einer Sortimentsbindung kombiniert und zusätzlich mit einem Ausschluss von Konkurrenz- und Sortimentsschutz wirksam verbunden werden kann, wird unterschiedlich

beantwortet und ist vom BGH im Urteil vom 03.03.2010 - XII ZR 131/08, NZM 2010,361, Tz. 16 ausdrücklich offen gelassen worden (vgl. hier auch Quellen zu den unterschiedlichen Auffassungen).

Das OLG Naumburg hat die formularmäßige Festlegung einer Betriebspflicht in einem Einkaufszentrum neben der Sortimentsbindung und dem Konkurrenzschutz für wirksam angesehen (vgl. Urteil vom 15.07.2008 - 9 U 18/08, NZM 2008, 772, vgl. auch OLG Hamm, Urteil vom 09.08.2017 - I-30 U 53/17, Tz. 81 jedenfalls bei nicht hinreichend konkreter Sortimentsbindung).

Das OLG Naumburg hat hierzu wie folgt ausgeführt:

2. Die Festlegung der Betriebspflicht in § 11/II Nr. 1 und Nr. 3 Satz 1 ist auch nicht deshalb unwirksam, weil in § 1/I Nr. 2 Satz 2 (Bl. 9 I) eine Sortimentsbindung geregelt, in Satz 4 dem Mieter "keine Sortimentsausschließlichkeit zugesichert" und in Satz 5 Konkurrenzschutz ausgeschlossen ist. Der vom OLG Schleswig im Beschluss vom 02.08.1999 (Az. 4 W 24/99) im Anschluss an Stempel (Mietrecht, 3. Aufl., Rn. II 274) vertretenen gegenteiligen Auffassung vermag der Senat nicht zu folgen. Sie findet im Schrifttum (Bub/Treier, a. a. O., Rn. II 511; Fritz, Die Entwicklung des Gewerberaummietrechts in den Jahren 2000 und 2001, NJW 2002, 3372, 3374; Hamann, a. a. O., 581, 581 f.; Kinne/Schach/Bieber, 5. Aufl., § 535 BGB, Rn. 71; Jendrek, a. a. O., 526, 529; Stobbe/Tachezy, Mietvertragsgestaltung im Einkaufszentrum: Betriebspflicht neben Sortimentsbindung und Konkurrenzschutzausschluss#, NZM 2002, 557, 559; Ulmer/Brandner/Hensen, 10. Aufl., Anh. § 310 BGB, Rn. 608; von Westphalen/ Drettmann, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, "Geschäftsraummiete", Rn. 92; Wolf/Eckert/Ball, Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 9. Aufl., Rn. 610; Wolf/Horn/Lindacher, 4. Aufl., § 9 AGBGB, Anh. "Mietverträge", Rn. M 78) und in der Rechtsprechung anderer Obergerichte (OLG Hamburg, Urteil vom 03.04.2002, Az. 4 U 236/01; OLG Rostock, Urteil vom 08.03.2004, Az. 3 U 118/03; KG, Urteil vom 18.10.2004, Az. 8 U 92/04; Senat, Urteil vom 01.02.2005 - 9 U 66/04 -; offen gelassen: KG, Urteil vom 17.07.2003, Az. 22 U 149/03) keine Unterstützung. Die Ansicht zur angeblichen Unwirksamkeit einer Betriebspflicht-Klausel, die von einem Ausschluss des Konkurrenzschutzes und von einer Sortimentsbindung flankiert wird, lässt unberücksichtigt, dass

a) die formularmäßige Auferlegung einer Betriebspflicht ebenso unbedenklich ist, wie der formularmäßige Ausschluss von Konkurrenzschutz und die Auferlegung einer Sortimentsbindung, und

b) einem zur Unwirksamkeit der Betriebspflicht führenden Summierungseffekt entgegensteht, dass nach dem Sinn und Zweck der einzelnen Klauseln ein vom OLG Schleswig angenommenes kollidierendes, die Betriebspflicht übermäßig verstärkendes Zusammentreffen dieser Klauseln nicht dem - für § 307 BGB maßgeblichen - Regel fall entspricht, sondern eine atypische Ausnahmesituation bedeuten würde. Kommt die Unwirksamkeit einer Klausel nur in untypischen Konstellationen in Betracht, so hindert dies ihre Wirksamkeit nicht (vgl. Palandt/Heinrichs, 67. Aufl., § 307 BGB, Rn. 9).

a) Die formularmäßige Auferlegung einer Betriebspflicht ist unbedenklich (BGH, NJW-RR 1992, 1032; OLG Düsseldorf, NJW-RR 1999, 305; KG Berlin, MDR 2004, 84; Bub/Treier, a. a. O., Rn. III 938; Hamann, a. a. O., 581, 581 f.; Schmidt-Futterer/Eisenschmid, 9. Aufl., § 535 BGB, Rn. 222; Wolf/Eckert/Ball, a. a. O., Rn. 609), ebenso der formularmäßige Ausschluss von Konkurrenzschutz (OLG Hamburg, NJW-RR 1987, 403; KG Berlin, ZMR 2005, 47; Bub/Treier/Kraemer, a. a. O., Rn. 1254; von Westphalen/Drettmann, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, "Geschäftsraummiete", Rn. 53; Wolf/Eckert/Ball, a. a. O., Rn. 642 m. w. N.) sowie die Auferlegung einer Sortimentsbindung (OLG Schleswig, a. a. O.; OLG Hamburg, a. a. O.; OLG Rostock, a. a. O.). Das stellt auch die Berufung nicht in Abrede.

b) Aus der Kombination von Betriebspflicht-Klausel mit Konkurrenzschutzausschluss und Sortimentsbindung die Unwirksamkeit der Betriebspflicht nach § 307 Abs. 1 BGB herzuleiten, ließe unberücksichtigt, dass auch bei der Annahme der Unwirksamkeit von Allgemeinen Geschäftsbedingungen infolge eines Summierungseffektes nicht vom atypischen Ausnahmefall auszugehen ist, sondern von dem typischen, nach der Interessenlage der beteiligten Verkehrskreise zu erwartenden Regelfall (Palandt/Heinrichs, a. a. O.).

"Summierungseffekt" ist ein Wertungskriterium, das die Frage nach einem den Vertragspartner des Verwenders unangemessen benachteiligenden Verstärkungseffekt der einen, für sich unter Umständen noch hinnehmbaren Bestimmung auf eine andere - isoliert (noch) wirksame Bestimmung - aufwirft. Diese Frage ist aber nicht auf der Grundlage einer Ausnahme situation zu beantworten, sondern auf der Basis des typischen Falls des Zusammentreffens dieser Regelungen. Dies vorangestellt ist der vom OLG Schleswig im Rahmen einer generalisierenden Betrachtung angenommene Fall, dass ein Vermieter von Gewerbeflächen in einem Einkaufscenter eine unmittelbare Konkurrenz zu dem Gewerbebetrieb eines Mieters dieses Centers aktiv fördert und gleichzeitig auf der Betriebspflicht und der Sortimentsbindung des unter dieser Konkurrenz leidenden Mieters besteht, eine Sonder situation, die in diesem Einzelfall (vgl. dazu unten Ziff. 4. lit. g) den Einwand rechtsmissbräuchlichen Verhaltens (§ 242 BGB) gegenüber der Betriebspflicht

auslösen mag. Diese Ausnahmekonstellation rechtfertigt es aber nicht, die Betriebspflicht aufgrund eines - regelmäßigen - Summierungseffektes als unwirksam anzusehen. Diese Wertung ist für den vorliegenden Einkaufszentrum im Besonderen richtig. Denn nach seiner Größe und Struktur ist die Klägerin dort die größte Mieterin und als Betreiberin bzw. Untervermieterin eines Lebensmittel-Discountmarktes nach unwidersprochenem Vortrag der Beklagten (Bl. 54 II) "Publikumsmagnet" des Einkaufszentrums. Bezeichnenderweise empfindet die Klägerin auch nicht die Konkurrenz im "Nahversorgungszentrum H.-N. " als drückend, sondern die in unmittelbarer Nachbarschaft entstandene Konkurrenz durch den in jüngster Vergangenheit "frisch renoviert" eröffneten E. Supermarkt und das neu eröffnete "Nahversorgungs-Center R. Passage" (Bl.77 I).

c) Auch die Betrachtung des Sinn und Zwecks der einzelnen Klauseln - Betriebspflicht, Sortimentsbindung und Konkurrenzschutzausschluss - spricht gegen eine unangemessene Benachteiligung der Klägerin aufgrund eines Summierungseffektes. Mit dem Ausschluss von Konkurrenzschutz will sich der Vermieter eines Einkaufszentrums nicht etwa Tür und Tor für die aktive Förderung unmittelbarer Konkurrenz im Hauptartikelsegment des Mieters offenhalten. Vielmehr geht es darum, sich gegen den gerichtsbekanntermaßen häufigen Miereinwand, das Geschäft leide in Sortimentsteilbereichen unter vertragswidrigem Wettbewerb, abzusichern (vgl. auch: OLG Rostock, Urteil vom 08.03.2004, Az.: 3 U 118/03; Wolf/Eckert/Ball, a. a. O., Rn. 610). Der Ausschluss von Konkurrenzschutz vermeidet die Diskussion darüber, was zum Haupt- und was zum Nebensortiment gehört (in letzterem findet kein vertragsimmanenter Konkurrenzschutz statt; vgl. Stobbe/Tachezy, a. a. O., 557, 558 m. w. N.). Die Sortimentsbindung dient nicht, wie die vom OLG Schleswig angenommene Konstellation suggeriert, dazu, den Mieter im Anschluss an die vom Vermieter aktiv geförderte Einführung unmittelbarer Konkurrenz in den Einkaufszentrum an sein Sortiment zu knebeln. Sie dient vielmehr - im Interesse aller Mieter - dem Erhalt des Branchenmixes und der Attraktivität des Einkaufszentrums. Gleiches gilt für die Betriebspflicht. Diese Überlegungen untermauern die vorstehende Wertung unter lit. b), wonach das vom OLG Schleswig angenommene Zusammenwirken von Betriebspflicht, Sortimentsbindung und Konkurrenzschutzausschluss nicht dem Regel fall des Zusammenwirkens der betreffenden Bestimmungen entspricht, sondern die zitierte Entscheidung von einem krassen Ausnahmefall ausgeht. Auch zeigen diese teleologischen Überlegungen zu den einzelnen Bestimmungen die Richtigkeit der Wertung des OLG Hamburg (Urteil vom 03.04.2002, Az. 4 U 236/01), wonach es an einem regelmäßigen Verstärkereffekt des Konkurrenzschutzausschlusses auf die Betriebspflicht fehlt (so auch: Hamann, a. a. O., 581, 581 f.). In der Regel wird die die Dispositionsfreiheit des Mieters einschränkende Wirkung der Betriebspflicht durch den Ausschluss von Konkurrenzschutz -

ordnet man diesen teleologisch richtig ein (s. o.) - nicht verstärkt."

Der Senat schließt sich diesen Ausführungen, die sich auch in zutreffender Weise mit der abweichenden Auffassung des OLG Schleswig im Beschluss vom 02.08.1999 - 4 W 24/99, NZM 2000,1008 auseinandergesetzt haben, für die im vorliegenden Fall in einem sogenannten Food- Court angemietete Fläche an.

Durch die getroffenen Regelungen wird den berechtigten Interessen des Vermieters an einem Branchenmix in einem Einkaufszentrum Rechnung getragen. Ferner ist zu berücksichtigen, dass zugleich möglichen Auseinandersetzungen der Mietvertragsparteien darüber, inwieweit Angebote zum Haupt- oder Nebensortiment gehören, begegnet wird. Wie bereits das Landgericht ausgeführt hat, kann nicht ausgeschlossen werden, dass ähnliche Produkte anderer Hersteller angeboten werden, zumal es sich bei dem Hauptprodukt der Beklagten, der Kartoffel, um ein in Deutschland allseits verzehrtes und beliebtes Grundnahrungsmittel handelt.

Die berechtigten Interessen des Mieters werden dadurch hinreichend berücksichtigt, dass der Mieter im Falle einer etwaigen Existenzbedrohung nach Teil B Ziff. 2.1. einen Anspruch auf Zustimmung zur Sortimentsänderung hat.

Soweit das OLG Brandenburg den formularmäßigen Ausschluss eines Konkurrenzschutzes des Mieters in einem Supermarkt wegen Verstoßes gegen § 307 Abs. 1 BGB als unwirksam angesehen hat, wurde dem Mieter in dem Formularymietvertrag neben einer Betriebspflicht und Sortimentsbindung darüber hinaus eine Preisgestaltung entsprechend dem Preisniveau des Supermarktes auferlegt (vgl. OLG Brandenburg Urteil vom 25.11.2014 - 6 U 117/13, MDR 2015, 18, Tz. 56). Insoweit sind die hier zu bewertenden Klauseln mit denen, die der Entscheidung des OLG Brandenburg zugrunde lagen, nicht vergleichbar.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO.

Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Die Revision zum Bundesgerichtshof wird zugelassen, da die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts erfordert (§ 543 Abs. 2 Nr. 1 und 2 ZPO). Die Frage der Wirksamkeit von kombinierten Klauseln zum Ausschluss von Konkurrenz-, Sortiments- und Branchenschutz und zugleich Auferlegung einer Betriebspflicht

und Sortimentsbindung wird in der obergerichtlichen Rechtsprechung unterschiedlich beurteilt und bedarf daher höchstrichterlicher Klärung.