

DNotI

Deutsches Notarinstitut

Dokumentnummer: 12u1306_09
letzte Aktualisierung: 18.5.2010

OLG Nürnberg, 10.2.2010 - 12 U 1306/09

BGB §§ 550, 573c, 580a

**Kündigung eines Pachtvertrages wegen unzureichender Bürgschaftserklärung nur nach
Setzung einer angemessenen Nachfrist zulässig**

Oberlandesgericht Nürnberg

Az.: 12 U 1306/09
1 HKO 390/09 LG Regensburg



IM NAMEN DES VOLKES

In dem Rechtsstreit

H

- Klägerin und Berufungsklägerin -

Streithelfer der Berufungsklägerin:

S

Prozessbevollmächtigte der Berufungsklägerin:

Prozessbevollmächtigte des Streithelfers S

gegen

D

- Beklagter und Berufungsbeklagter -

Prozessbevollmächtigter:

wegen Räumung und Herausgabe

erlässt das Oberlandesgericht Nürnberg -12. Zivilsenat- durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht von Ciriacy-Wantrup, den Richter am Oberlandesgericht Dr. Herz und die Richterin am Oberlandesgericht Schoen auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 13.01.2010 folgendes

Endurteil:

I. Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Landgerichts Regensburg vom 02.07.2009, Az. 1 HKO 390/09, wird zurückgewiesen.

II. Die Klägerin hat die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen.

Die Streithelferin trägt ihre Auslagen selbst.

III. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Klägerin kann die Zwangsvollstreckung des Beklagten durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des jeweils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht der Beklagte vor Vollstreckung in gleicher Höhe Sicherheit leistet.

Beschluss:

Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird auf 171.361,00 € festgesetzt.

Gründe:

I.

Die Parteien streiten um die Rückgabe eines mit Pachtvertrag vom 07./10.04.2006 von der Klägerin an den Beklagten unterverpachteten Lokals mit Biergarten und 1.500 Sitzplätzen, altem Baumbestand und Parkplätzen nach fristlosen Kündigungen des Pachtvertrages durch die Klägerin mit Schreiben vom 18.02.2009 und vom 28.07.2009, sowie um außergerichtliche Rechtsanwaltskosten.

Die Klägerin betreibt eine kleine gemeinnützige Stiftungsbrauerei mit derzeit 13 Mitarbeitern (Stiftungszweck: Gewinnzuwendung an Senioren und bedürftige Kinder). Sie hatte das genannte Lokal in R. P. von dessen Eigentümer, dem Streithelfer der Klägerin, S., gepachtet und mit Erlaubnis der Streithelferin mit Pachtvertrag vom 07./10.04.2006 (Anlage K1) an den Beklagten auf die Dauer von 10 Jahren mit Verlängerungsoption für den Beklagten unterverpachtet und im Mai 2007 übergeben. Es handelt sich um ein denkmalgeschütztes Objekt, welches zuvor für insgesamt 3 Millionen EUR renoviert worden war.

Die Klägerin und die Streithelferin haben in erster Instanz die Auffassung vertreten, dass insbesondere die Kündigung vom 18.02.2009 wegen Nichtzahlung der Kautions innerhalb der gesetzten Frist wirksam erfolgt sei. Der Beklagte hält die Kündigung für unwirksam. Er habe mit Anlage B1 nachgewiesen, dass die Belege für die Sicherheit anstelle der Kautions bereits Anfang 2008 überwiesen worden seien. Darauf habe die Klägerin nicht reagiert.

Hinsichtlich des weiteren unstrittigen Sachverhalts, des Vorbringens der Parteien in erster Instanz und ihrer Anträge wird gemäß § 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO auf Seiten 3 bis 4 des Urteils des Landgerichts Regensburg vom 02.07.2009 Bezug genommen.

Die einschlägigen Bestimmungen des Pachtvertrages vom 07./10.04.2006 lauten u.a. (auszugsweise):

Präambel:

Der Verpächter betreibt in R [REDACTED] und Umgebung neben einer Brauerei mehrere Gaststätten, welche sich weit über R [REDACTED] hinaus allseits großer Beliebtheit erfreuen. Dies ist darauf zurückzuführen, dass sie alle gut bürgerlich geführt werden und durch gepflegtes Bier, gute Küche mit regionalen Spezialitäten und angemessener Preisgestaltung bürgernah sind. Die Gaststätte in dem Anwesen P [REDACTED] in R [REDACTED] soll in dieses gastronomische Gesamtbild des Verpächters passen.

§ 1 Pachtgegenstand, Baumaßnahmen, Ausstattung, Investitionszuschuss, Inventar
Abs. 1:

Der Verpächter verpachtet an den Pächter im Anwesen P [REDACTED] in R [REDACTED] die folgenden Räumlichkeiten und Freiflächen, deren Anzahl, Größe und Lage sich aus den als Anlage 2 beigefügten Grundriss- und Lageplänen ... sowie aus der Flächenberechnung des Architekturbüros ... ergibt.

Abs. 5:

Der Hauptverpächter T [REDACTED] wird vor Pachtbeginn die in der Baubeschreibung (Anlage 4 zum Pachtvertrag) beschriebenen Baumaßnahmen auf eigene Kosten durchführen. Zur Durchführung weiterer Baumaßnahmen ist auch der Verpächter gegenüber hiesigem Unter-Pächter nicht verpflichtet...

Abs. 7:

Die Kosten für zusätzliche, nicht in der Baubeschreibung enthaltene Ausstattungen, die vom Pächter gewünscht oder behördlicherseits aufgrund des Betriebes der Gaststätte verlangt werden, trägt der Pächter. Dies gilt auch dann, wenn der Pächter einen höheren Ausführungsstandard wünscht, als in der Baubeschreibung (Anlage 4) vorgesehen. Soweit der Verpächter für diese zusätzlichen bzw. höherwertigen Ausstattungen sorgen soll, wird hierüber eine separate, schriftliche Vereinbarung getroffen...

§ 2 Pachtzweck, Konkurrenzschutz, personenbezogene Genehmigungen, Parkplatzbenutzung

Abs. 5:

Dem Pächter wird die Nutzung des Parkplatzes durch Bringen und Abholen von Schülern der M [REDACTED] weiterhin dulden und ermöglichen, ohne dass hierdurch Ansprüche auf Pachtminderung bestehen. Der Verpächter übernimmt keine Gewähr dafür, dass der Parkplatz nicht durch Fremdarker belegt wird. Es ist Sache des Pächters, die eingestellten Fahrzeuge gegen Diebstahl oder Beschädigung durch Dritte zu sichern.

§ 3 Pachtzeit, Übergabe, Rücktrittsrecht

Abs. 1:

...Die Pachtzeit beginnt spätestens drei Monate nach der Übergabe des Pachtgegenstandes durch den Haupt-Verpächter an den Hauptpächter zur Durchführung der diesem ob-

liegenden Einrichtungsarbeiten bzw., falls diese bereits innerhalb eines kürzeren Zeitraums abgeschlossen werden, mit Beginn des Monats, welches dem Monat der Fertigstellung dieser Einrichtungsarbeiten nachfolgt. Den Pachtbeginn werden die Parteien in einem Nachtrag zu diesem Vertrag noch gesondert schriftlich festhalten.

Abs. 3:

Wenn die Übergabe des Pachtobjekts an den Pächter nicht spätestens am 31.05.2007 erfolgt, sind beide Parteien zum Rücktritt vom Vertrag berechtigt...

Die Parteien werden ein Übergabeprotokoll anfertigen und dieses als Anlage 8 dem vorliegenden Pachtvertrag beifügen.

Abs. 5

Der Pachtvertrag wird auf die Dauer von auf zehn Jahren (gerechnet ab Pachtbeginn gemäß obiger Regelung in § 3 (1)) abgeschlossen und endet mit Ablauf der Festpachtzeit bzw. der verlängerten Pachtzeit, ohne dass es einer vorherigen Kündigung bedarf. Der Pächter erhält einmalig die Option zur Verlängerung des Pachtvertrages um fünf Jahre...

§ 4 Pachtzins, Umsatzsteuer, Betriebskosten, Beheizung

Abs. 1:

Der derzeitige monatliche Pachtzins beträgt für den Pachtgegenstand gemäß § 1 (1):

	12.000,00 EUR
monatliche Grundpacht	12.000,00 EUR
Betriebs- und Heizkostenvorauszahlung	300,00 EUR
monatlicher Gesamtbetrag netto 1	2.300,00 EUR
zuzüglich der jeweils geltenden gesetzlichen Mehrwertsteuer (derzeit 16%)	1.968,00 EUR
monatlicher Gesamtbetrag brutto	14.268,00 EUR

... Die ersten 6 Monate ab Pachtbeginn (§ 3 (1)) erlässt der Verpächter dem Pächter jedoch die monatliche Grundpacht. In diesen ersten 6 Monaten muss der Pächter also nur die Betriebs- und Heizkosten-Vorauszahlungs-Beträge jeweils einschließlich insoweit anfallender gesetzlicher Mehrwertsteuer bezahlen.....

§ 5a Getränkebezugsverpflichtung und Bierpreisbindung

Abs. 1:

Der Pächter ist verpflichtet, alle von der Brauerei K[REDACTED] hergestellten Biere sowie das von ihr vertriebene Weizenbier und Zitronenlimonade ausschließlich und unmittelbar von dieser (zu den Preisen laut jeweils aktuell gültiger Preisliste der Brauerei K[REDACTED]) zu beziehen. Mit den übrigen Getränken ist der Pächter hingegen frei in der Bezugsentscheidung

Abs. 2:

Die von der Brauerei K[REDACTED] gelieferten Waren werden wöchentlich fakturiert und mittels Bankeinzug vom Konto des Pächters beglichen.

Abs. 3:

Der Pächter verpflichtet sich, Biere der Brauerei K[REDACTED] nur zu einem von dieser bestimmten Preis abzugeben.

Abs. 4:

Für die Tafelwasseraufbereitung berechnet der Verpächter je Liter 0,15 EUR zzgl. gesetzl. Umsatzsteuer.

§ 6 Aufrechnung, Zurückbehaltungsrecht, Minderung, Schadensersatz, Abtretung

Abs. 1:

Der Pächter kann gegen den Pachtzins nur aufrechnen, bzw. den Pachtzins zurückbehalten mit Forderungen, die unbestritten oder rechtskräftig festgestellt sind und aus diesem Pachtverhältnis herrühren.

§ 9 Nachsicht

Das Recht auf außerordentliche Kündigung der Vertragsparteien sowie sonstige Rechte und Ansprüche bleiben bestehen, auch wenn eine der Vertragsparteien durch die geübte Nachsicht gegenüber der anderen Vertragspartei von diesen Rechten und Ansprüchen keinen Gebrauch macht. Aus der geübten Nachsicht kann die jeweils andere Partei keinerlei Rechte für sich herleiten.

§ 12 Bürgschaft, Zurückbehaltungsrecht

Abs. 1:

Der Pächter zahlt spätestens eine Woche vor dem Übergabetermin an den Verpächter eine Kautions in Höhe von 72.000 EUR.

Abs. 2:

Die Kautions kann auch in Form einer selbstschuldnerischen, unbefristeten, unbedingten Bürgschaft (unter Ausschluss der Hinterlegungsmöglichkeit) einer Deutschen Großbank oder öffentlichen S█████████ geleistet werden.

§ 14 Außerordentliches Kündigungsrecht des Verpächters

Abs. 1:

Die ordentliche Kündigung ist während der Laufzeit des Pachtvertrages ausgeschlossen. Unberührt hiervon bleibt das Recht zur außerordentlichen Kündigung. Der Verpächter ist insbesondere berechtigt, das Pachtverhältnis fristlos zu kündigen, wenn...

Buchstabe h:

der Pächter die unter § 12 vereinbarte Kautions (trotz Setzung einer angemessenen Nachfrist von 2 Wochen) nicht fristgemäß erbringt.

§ 20 Gerichtsstand

Abs. 2:

Den Parteien sind die besonderen gesetzlichen Schriftformerfordernisse der §§ 581 Abs. 2, 578 Abs. 1, 550 BGB bekannt. Sie sind sich darüber einig, dass der Pachtvertrag in schriftlicher Form gemäß §§ 581 Abs. 2, 578 Abs. 1, 550 BGB geschlossen werden soll. Sie verpflichten sich gegenseitig, auf jederzeitiges Verlangen einer Partei alle Handlungen vorzunehmen und Erklärungen abzugeben, die erforderlich sind, um den gesetzlichen Schriftformerfordernissen, insbesondere im Zusammenhang mit dem Abschluss von Nachtrags-, Änderungs-, und Ergänzungsverträgen Genüge zu tun und bis zu diesem Zeitpunkt

den Pachtvertrag nicht unter Berufung auf die Nichteinhaltung der Schriftform vorzeitig zu kündigen.

Die Aufhebung oder Änderung der vorstehenden Schriftformklausel bedarf ebenfalls der Schriftform.

Mündliche Abreden und Nebenabreden zu diesem Vertrag sind zwischen den Parteien nicht getroffen.

Abs. 6:

Sollte einzelne Regelungen dieses Vertrages nichtig, unwirksam, undurchführbar oder ungewollt lückenhaft sein, bleiben die übrigen Vertragsbestimmungen davon unberührt. Die Parteien sind verpflichtet, anstelle der unzulässigen Regelung eine wirksame, durchführbare und nicht ungewollt lückenhafte Regelung zu vereinbaren, die auch rückwirkend gelten soll und – insbesondere in wirtschaftlicher Hinsicht – in ihren Wirkungen möglichst weitgehend dem mit der unzulänglichen Regelung Beabsichtigten entspricht.

Das Landgericht hat die Klage mit der Begründung abgewiesen, dass zwar die Nichtzahlung der Kautionszahlung grundsätzlich sowohl einen in § 14 Abs. 1 vertraglich geregelten als auch einen gesetzlichen Kündigungsgrund gemäß § 543 Abs. 1 BGB darstellen könne, dass aber dessen Voraussetzungen nicht vorlägen. Da die Kautionszahlung nicht zwei Monate vor Übergabe der Mietsache gezahlt worden sei, die Parteien im Mai 2007 über die Ersetzung der Kautionszahlung durch eine Sicherungsübereignung verhandelt hätten, könne die Klägerin sich erst nach Scheitern dieser Bemühungen wieder auf die ursprüngliche Kautionszahlungspflicht berufen. Das Schreiben vom 12.12.2007 stelle dabei keine Aufforderung zur Einzahlung der Kautionszahlung, sei es in bar oder durch Übersendung der Originalbürgschaftsurkunde, dar, denn hierin werde nur eine Nachfrist zur Bereinigung der Situation innerhalb der Sicherungsübereignungslösung gesetzt. Eine Frist zur Zahlung der ursprünglichen Kautionszahlung sei darin nicht enthalten.

Mit Schreiben vom 02.02.2009 habe die Klägerin die Verhandlungen um die Sicherungsübereignung beendet und nunmehr mit einer Frist von nur einer Woche ab Briefdatum die Zahlung der Kautionszahlung verlangt. Ob dies angemessen sei, könne dahingestellt bleiben, weil § 4 Ziffer 1 Buchstabe h die Kündigung nur dann als zulässig ansehe, wenn trotz Setzens einer angemessenen Nachfrist von 2 Wochen die Kautionszahlung nicht fristgemäß erbracht werde. „Setzen einer Nachfrist“ bedeute, dass nach dem Schreiben der Klägerin vom 02.02.2009 und nach Nichterbringung der Kautionszahlung eine Frist von 2 Wochen gesetzt werden müsse zur endgültigen Kautionszahlungserbringung. Eine derartige Nachfristsetzung sei nicht erfolgt. Die Klägerin habe lediglich eine Frist von 2 Wochen abgewartet, was aber nicht die vertraglich vereinbarte Nachfristsetzung ersetze. Daher sei die Kündigung vom 18.02.2009 nicht vertragsgemäß gewesen.

Deshalb komme es nicht darauf an, ob Kündigungsgründe aus einem späteren Verhalten nachgeschoben werden könnten, denn mit Eingang des eine Ausfertigung der Originalbürgschaft der V[REDACTED] enthaltenen Schreibens des Beklagtenvertreters vom 21.02.2009 (Anlage K9) bei der Klägerin am 24.02.2009 sei die Kautions an die Klägerin übergeben worden. Der Beklagte sei damit seiner Verpflichtung nachgekommen.

Es liege auch kein Kündigungsgrund außerhalb des Vertrages gemäß § 543 Abs. 1 BGB vor. Der Klägerin sei die Fortsetzung des Mietvertrages auch zumutbar.

Gegen dieses Urteil hat die Klägerin Berufung eingelegt.

Die Klägerin hat hierzu vorgetragen, das Landgericht sei zu Unrecht von der Unwirksamkeit der Kündigungen ausgegangen.

Die Fronten zwischen den Parteien seien aufgrund der Streitigkeiten insbesondere wegen vom Beklagten behaupteter Mängel der Mietsache sehr verhärtet, das Verhältnis völlig zerrüttet gewesen. Als der Beklagte Ende 2008/ Anfang 2009 Privatgutachten eingeholt und wegen (tatsächlich nicht vorhandener) Mängel ab Februar 2009 die Pacht um 50 % habe kürzen wollen, sei dies für die Klägerin das Signal für finanzielle Schwierigkeiten des Beklagten und damit für ein dringendes Handeln seitens der Klägerin gewesen, weshalb sie das Schreiben vom 02.02.2009 (Anlage K3) verfasst habe.

Der Klägerin stehe ein außerordentliches Kündigungsrecht gemäß § 14 Abs. 1 Buchstabe h des Pachtvertrages zu. Der Beklagte habe die vertraglich geschuldete Kautions trotz ausreichender Nachfristsetzung durch die Klägerin nicht erbracht. Ein Bürgschaftsvertrag zwischen der Klägerin und der V[REDACTED] sei nicht zustande gekommen. Die mit Schriftsatz des Rechtsanwalts H[REDACTED] vom 09.02.2009 (Anlage K4) an den Klägervertreter in Kopie übersandte Bankbürgschaft sei bis heute nicht im Original bei der Klägerin eingegangen. Auch ein Bürgschaftsvertrag durch schlüssiges Verhalten könne nur durch Übersendung einer Originalbürgschaft zustande kommen. Die V[REDACTED] habe sich offensichtlich lediglich grundsätzlich dem Beklagten gegenüber zur Stellung einer Bürgschaft bereit erklärt. Dies ersetze aber nicht den Zugang or-

dentlicher Erklärungen bei der Klägerin.

Unabhängig davon habe die übermittelte Kopie auch sonst nicht den Anforderungen des § 12 Abs. 2 des Pachtvertrages entsprochen, weil sie keinen Verzicht auf die Hinterlegungsmöglichkeit enthalten habe. Die Forderung eines solchen Verzichts sei nicht ungebührlich. Sie erspare dem Bürgschaftsgläubiger einen weiteren Prozess gegen den Bürgen, gegen den er keinen Kostenerstattungsanspruch gemäß § 91 ZPO habe, weil sich der gegen den insolventen Hauptschuldner richte.

Schließlich habe die Klägerin vorsorglich noch bis 17.02.2009, d.h. 16 Tage ab dem 02.02.2009, auf Eingang einer Originalbürgschaft gewartet; erst dann habe sie mit Schreiben vom 18.02.2009 (Anlage K5) die außerordentliche Kündigung des Pachtvertrages erklärt und die Räumung des Pachtobjekts und dessen Herausgabe an die Klägerin verlangt.

Im Übrigen habe die Klägerin insoweit auch ein gesetzliches Kündigungsrecht. Sie habe vorsorglich und hilfsweise zusätzlich eine außerordentliche Kündigung des Unterpachtvertrages zum 30.09.2009 als nächstmöglichem ordentlichen Termin erklärt, was sich daraus rechtfertige, dass der Unterpachtvertrag nicht der Schriftform des § 550 BGB entspreche, da die dort zitierten Anlagen, die in § 21 des Pachtvertrages ausdrücklich zu Vertragsbestandteilen erklärt worden seien, nicht beigeheftet gewesen seien und teilweise weder damals noch heute überhaupt existiert hätten bzw. existierten. Die Unterzeichnung sei insoweit „verfrüht“ erfolgt. Diese Anlagen seien auch essentiell zur Vertragsauslegung nötig; insbesondere zu der zwischen den Parteien höchst streitigen Frage, ob der Beklagte und seine Mitarbeiter auch im Innenbereich des umzäunten Geländes oder nur auf dem Außenparkplatz parken dürften. Obwohl mit Schriftsatz des Klägervertreters vom 06.07.2009 Ziffer 1 (Anlage OLG 24) klargestellt worden war, dass die betreffenden Hofflächen im Innenbereich des Biergartens überhaupt nicht als Parkplätze mit vermietet worden seien und der Beklagte aufgefordert worden sei, die nicht ordnungsgemäße Nutzung als Parkplatz zu unterlassen und für den Wiederholungsfall eine außerordentliche Kündigung angedroht worden sei, habe der Beklagte die vertragwidrige Nutzung nicht eingestellt, sondern vielmehr die nicht ordnungsgemäße Nutzungsmöglichkeit dieser Parkplätze bei Regen gerügt.

Der Beklagte könne sich insoweit wegen der unzulässigen Wirkung eines Vertrages zu Lasten Dritter, nämlich eines zukünftiger Erwerbers, auch nicht auf die Heilungsklausel des § 20 Abs. 2

des Pachtvertrages berufen (siehe OLG Rostock, Urteil vom 10.07.2008 – 3 U 108/07).

Die außerordentliche Kündigung der Klägerin sei wirksam und habe das Vertragsverhältnis zum 18.02.2009 beendet. Zwar sei grundsätzlich gemäß § 14 Abs. 1 Buchstabe h des Pachtvertrages eine 14-tägige Nachfristsetzung erforderlich, die im Schriftsatz vom 02.02.2009 nicht eingehalten sei. Aber tatsächlich habe die Klägerin jedoch insgesamt 16 Tage insgesamt abgewartet, bis sie am 18.02.2009 die außerordentliche Kündigung erklärt habe. Es entspreche ständiger obergerichtlicher Rechtsprechung, dass eine zu kurz bemessene Fristsetzung nicht unwirksam sei sondern lediglich eine angemessene ordnungsgemäße Frist in Gang setze. Vorliegend bestehe lediglich die Besonderheit, dass als „ordnungsgemäße angemessene Frist“ eine solche von 14 Tagen vertraglich vereinbart sei. Diese sei eingehalten worden, bevor die außerordentliche Kündigung ausgesprochen worden sei. Dieses Ergebnis entspreche auch dem Sinn und Zweck der Regelung in § 14 Abs. 1 h des Pachtvertrages, durch welchen dem Pächter ausreichend Zeit gegeben werden sollte, die vertraglich geschuldete Sicherheit zu besorgen. Diese Frist, sogar 2 Tage mehr, sei dem Beklagten auch zur Verfügung gestanden. Die im Schreiben vom 02.02.2009 gesetzte Frist von nur einer Woche stelle daher keinen Verstoß gegen Sinn und Zweck des § 14 Abs. 1 h des Pachtvertrages dar.

Außerdem sei bereits mit Schreiben vom 12.09.2007 (Anlage K2) eine entsprechende Nachfristsetzung mit 14 Tagen zur Beibringung der geschuldeten Sicherheit erfolgt. Da die Nachsicht-Klausel gemäß § 9 des Pachtvertrages ein einmal entstandenes Kündigungsrecht bestehen lasse, auch wenn die andere Partei Nachsicht übe, habe die damalige Fristsetzung vom 12.9.07 bereits Wirkung entfaltet. Eine erneute Nachfristsetzung sei somit nicht erforderlich gewesen, nötig sei nur eine Erklärung gewesen, dass die Klägerin ihre Nachsicht nunmehr fallen lasse und auf der vertraglich geschuldeten Kautionsbestehung bestehe.

Das Ersturteil habe außerdem den erstinstanzlich gestellten Hilfsantrag nicht verbeschieden. Dieser habe sich nicht vorrangig auf das vertragliche Kündigungsrecht aus § 14 Abs. 1 h des Pachtvertrages, sondern auf das gesetzliche Kündigungsrecht wegen Nichtbeibringung der vertraglich geschuldeten Sicherheit gestützt. Ein solches werde dem Verpächter nach der obergerichtlichen Rspr. insbesondere dann zugestanden, wenn eine Kautionsbestehung zwischen den Parteien vertraglich vereinbart sei, überhaupt eine entsprechende Frist zur Beibringung gesetzt werde, wobei die Androhung der außerordentlichen Kündigung bei Nichteinhaltung der Frist nicht erforderlich sei. Erst

recht werde ein solch außerordentliches Kündigungsrecht eingeräumt, wenn der Verpächter ein zwischenzeitlich erhöhtes Sicherheitsbedürfnis für sich reklamieren könne. Dies sei Anfang 2009 der Fall gewesen, weil der Beklagte ab diesem Zeitpunkt eine 50%ige Mietminderung angedroht und ab Februar 2009 tatsächlich in die Tat umgesetzt habe.

Wegen der vom Beklagten insoweit behaupteten Mängel laufe vor dem Landgericht Regensburg ein separater Prozess (Az: 1 HKO 461/09). Insoweit handele es sich um den typischen Fall eines erhöhten Sicherheitsbedürfnisses des Verpächters.

Auch die Kündigung vom 28.07.2009 wegen unbefugter Benutzung von Parkflächen nach Abmahnung sei wirksam. Wäre der Pachtvertrag mit den ordentlichen Anlagen versehen worden, hätte man daraus ersehen können, dass lediglich der Außenparkplatz als Parkfläche zur Verfügung stehe. Eine solche Regelung finde sich jedenfalls im Hauptpachtvertrag zwischen T [REDACTED] und der Klägerin für das Biergartengelände sowie in dem seinerzeit zwischen T [REDACTED] und dem Beklagten direkt geschlossenen Pachtvertrag vom 13./25.04.2006 (Anlage OLG 28). Daher sei in jedem Fall ein gesetzliches außerordentliche Kündigungsrecht der Klägerin gegeben.

Die Streithelferin hat die Berufung wie folgt begründet:

Das Landgericht setze sich mit den aufgeworfenen Kündigungsgründen nicht auseinander, insbesondere nicht mit dem gesetzlichen Kündigungsrecht und auch nicht dem ordentlichen Kündigungsrecht wegen Nichteinhaltung der Schriftform. Das Landgericht gehe fehlerhaft davon aus, dass es für das Setzen einer Nachfrist nicht genüge, dass bis zum Ausspruch der Kündigung ein entsprechender Zeitraum verstreiche, dass eine Nachfrist keine Wartefrist sei bzw. eine zu kurze Frist keine angemessene Frist in Gang setze. Das Landgericht habe weder im Tatbestand noch in den Entscheidungsgründen erwähnt, dass bereits mit Schreiben vom 12.09.2007 (Anlage K2) unter Fristsetzung zum 26.09.2007 die Klägerin die Stellung der Kautions gefordert habe. Auch § 9 des Pachtvertrages, wonach die Beklagte keinerlei Rechte daraus ableiten könne, wenn die Klägerin bei Vorliegen der Voraussetzungen nicht sofort eine Kündigung ausspreche, finde im Urteil keine Berücksichtigung. Stattdessen stelle das Landgericht auf die in dem Schreiben des Klägervertreters vom 12.12.2007 (Anlage K7) gesetzte Nachfrist von einer Woche ab, ohne sich damit auseinander zu setzen, dass eine Zweiwochenfrist bereits gesetzt gewesen sei. Im Übrigen habe

es mehrere Fristen gegeben. Auch handele es sich um eine Überraschungsentscheidung. Nach dem Ergebnis der mündlichen Verhandlung sei die Entscheidung völlig offen gewesen, es habe keinen Hinweis gegeben. Dies stelle einen Verstoß gegen § 139 ZPO dar.

Die vertragliche Vereinbarung sehe vor, dass der Pächter eine Kautionsleistung zu stellen habe, die den Anforderungen des § 12 entspreche, dass die Nichtstellung der Kautionsleistung einen außerordentlichen Kündigungsgrund darstelle und dass die Kündigung bei nicht fristgerechter Stellung möglich sei, wobei eine angemessene Nachfrist zu setzen sei. Es sei demgegenüber nicht vorgegeben, dass die Fristsetzung schriftlich erfolgen müsse und die Kündigung unmittelbar der Nachfristsetzung folgen müsse, ohne dass die Fristsetzung selbst die 2-Wochenfrist enthalten müsse. § 9 des Pachtvertrags könne entnommen werden, dass der Beklagte keinerlei Rechte daraus ableiten könne, dass die Klägerin bei Vorliegen der Kündigungsvoraussetzungen nicht sofort eine außerordentliche Kündigung ausspreche. Im Ergebnis heiße das nur, dass ein einmal entstandenes Kündigungsrecht nicht verwirkt werde.

Unstreitig sei, dass die seitens der Beklagten gestellte Bürgschaftsurkunde nicht vertragsgemäß gewesen sei, dass die später gestellte Bürgschaftsurkunde zwar vertragsgemäß, aber nicht fristgemäß gewesen sei und dass die Nichtstellung der Kautionsleistung sowohl nach dem Vertrag als auch nach dem Gesetz ein außerordentlicher Kündigungsgrund sei.

Eine schriftliche Nachfrist von 2 Wochen sei im Schreiben des Klägervertreters vom 12.09.2007 gesetzt worden (Anlage K2). Damit seien die Voraussetzungen des § 14 h des Pachtvertrages erfüllt. Hieran ändere wegen § 9 des Pachtvertrages auch der Ausspruch der fristlosen Kündigung am 18.02.2009 nichts. Der erneuten Nachfristsetzung, welche rein vorsorglich erfolgt sei, hätte es daher gar nicht bedurft. Die Klägerin habe zu keinem Zeitpunkt auf eine Sicherheitsleistung verzichtet. Sie habe im Rahmen der Verhandlungen zwar zunächst versucht, dem Beklagten entgegen zu kommen, die zur Diskussion gestandene Sicherheitsleistung sei schließlich daran gescheitert, dass der Beklagte sein Eigentum nicht nachweisen könne. Daher habe die Klägerin deutlich gemacht, dass diese Alternative nicht in Betracht komme und auf Einhaltung der vertraglichen Bestimmungen, d.h. der Zahlung einer Kautionsleistung gemäß § 12, welche sie nochmals angefordert habe, bestanden werde. Dass der Beklagte dem nicht nachgekommen sei und außerdem dann auch die laufenden Pachtzinsen nicht bezahlt habe, habe spätestens dann (auch ohne nochmalige Fristsetzung) ein außerordentliches Kündigungsrecht der Klägerin begründet.

Im Übrigen sei nach der Rechtsprechung und der Literatur eine nicht angemessene Nachfrist nicht unwirksam, sondern setze eine entsprechend angemessene Frist in Lauf. Sinn und Zweck der Vertragsbestimmung sei, dass dem Pächter vor Ausspruch der Kündigung eine Frist von 2 Wochen gegeben werde. Dies sei geschehen. Die Vorlage einer per Telefax übermittelten, nicht vertragsgemäßen Bürgschaft zwingt die Klägerin nicht zu einer erneuten Nachfristsetzung.

Die Bürgschaft sei auch wegen des fehlenden Verzichts auf Hinterlegung nicht ausreichend. Ohne einen solchen Verzicht sei dem Vermieter ein zusätzlicher Prozess auf Freigabe des hinterlegten Betrages auferlegt.

Neben dem vertraglichen Kündigungsrecht stünde dem Kläger wegen Nichtzahlung der Kautions auch das außerordentliche Kündigungsrecht gemäß § 543 Abs. 1 Satz 2 i.V.m. § 581 Abs. 2 BGB zu (BGH ZMR 2007, 526; BGH ZMR 2007, 44; OLG Düsseldorf ZMR 1995, 438). Das erforderliche Sicherungsinteresse der Klägerin habe bestanden - aktuell sei dieses durch nicht vollständige Zahlung der Miete (wegen Minderung) gegeben gewesen - und die Kautions sei gefordert worden. Die Zahlung der Kautions stelle ein elementares Interesse des Verpächters dar. Ein Verzicht sei nicht erfolgt. Außerdem sei auch im Rahmen des § 543 Abs. 1 Satz 2 i.V.m. § 581 Abs. 2 BGB § 9 des Pachtvertrages zu beachten. Für einen Verwirkungstatbestand fehle es sowohl am Umstands- als auch am Zeitmoment.

Da neben der außerordentlichen Kündigung auch hilfsweise eine ordentliche Kündigung erfolgt sei, ende der Unterpachtvertrag jedenfalls zum 30.09.2009.

Im Übrigen sei der Pachtvertrag wegen mehrfachen Verstoßes gegen das Schriftformgebot des § 550 BGB durch ordentliche Kündigung spätestens zum 30.09.2000 wirksam beendet worden. Dem Unterpachtvertrag seien keine der dort genannten Anlagen beigefügt oder existent gewesen; die Anlagen seien teilweise doppelt bezeichnet, der Pachtbeginn nicht bestimmbar (kein konkreter Zeitpunkt) gewesen. Es existiere kein Übergabeprotokoll, welches den Zustand der Pachtsache und den Pachtbeginn festhalte, sowie kein Nachtrag. Erschwerend komme hinzu, dass der Beklagte zuvor Pächter der Streithelferin gewesen sei und dann Pächter der Klägerin geworden sei; daher sei ein Zeitpunkt für den Pächterwechsel für einen Dritten nicht erkennbar. Der Pachtvertrag weise teilweise Lücken im Text ohne jeden Ausfüllhinweis auf, z.B. hinsichtlich der einzelnen

Geschosse und Flächen. Die Baubeschreibung und die Flächenermittlung seien nicht beigefügt. Sinn und Zweck der Schriftform sei der Schutz des potentiellen Erwerbers. Die salvatorische Klausel heile den Formmangel nicht, weil sonst ein Vertrag zu Lasten Dritter vorläge (OLG Rostock, Urteil vom 10.07.2008 – 3 U 108/07). Dies gelte auch im Unterpachtverhältnis.

Die Klägerin und die Streithelferin haben beantragt:

1.

Das Endurteil des Landgerichts Regensburg, Az: 1 HKO 390/09, vom 02.07.2009 wird aufgehoben.

2.

Der Beklagte wird verurteilt, das Anwesen P [REDACTED], 9 [REDACTED] R [REDACTED], [REDACTED], nebst allen Außenanlagen zu räumen und geräumt an die Klägerin herauszugeben (hilfsweise: zum Ablauf des 30.09.2009), und zwar einschließlich des gegenüber dem Anwesen auf der anderen Seite der P [REDACTED] befindlichen geschotterten Kfz-Parkplatzes.

3.

Der Beklagte wird des Weiteren verurteilt, an die Klägerin vorprozessuale Rechtsanwaltskosten in Höhe von 3.098,00 EUR nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basissatz seit Rechtshängigkeit zu bezahlen.

Der Beklagte hat beantragt,

die Berufung kostenpflichtig zurückzuweisen.

Er trägt vor:

Das Ersturteil sei im Ergebnis richtig, wenn auch im Hinblick auf die erste wirksame Kautionsstellung vom 9.2.2009 unvollständig.

Ein außerordentliches Kündigungsrecht gemäß §§ 543 Abs. 1 Satz 2, 581 Abs. 2 BGB sei nicht gegeben, weil eine wirksame Bürgschaft vorgelegen habe, die auch den Anforderungen des Pachtvertrages entsprochen habe. Die Übermittlung per Fax habe genügt, da das Schriftformer-

fordernis des § 766 BGB durch § 350 HGB abbedungen sei, denn die Bürgschaft sei auf Seiten des Bürgen (hier der Bank) ein Handelsgeschäft. Für die V[REDACTED] R[REDACTED] gehöre die Stellung von Bankbürgschaften zum Betrieb ihres Handelsgewerbes gemäß § 343 Abs. 1 HGB.

Der Bürgschaftsvertrag sei durch Angebot und Annahme zustande gekommen. Wegen § 350 HGB stelle die per Fax übermittelte Bürgschaftserklärung ein wirksames Angebot der Bank dar, es sei vollständig ausgefüllt und unterschrieben gewesen. Am Rechtsbindungswillen der Bank könne kein Zweifel bestehen. Soweit sie die Bürgschaftsurkunde nicht an den Kläger als ihrem Vertragspartner unmittelbar übersandt habe, entspreche dies gängiger Praxis. Die Bank als Bürge stelle ihre Sicherheit dem eigenen Kunden bzw. dessen Bevollmächtigten zur Verfügung, welcher in der Regel von der Bank konkludent ermächtigt sei, die Bürgschaftserklärung als Bote zu überbringen. Hierdurch sei es dem Beklagten ermöglicht worden, selbst zu bestimmen, zu welchem Zeitpunkt der Bürgschaftsvertrag (durch Übermittlung an die Klägerin per Fax) zustande kommen soll. Eine ausdrückliche zugangsbedürftige Annahmeerklärung der Klägerin sei gemäß § 151 BGB nicht erforderlich. Angesichts dessen, dass die Klägerin die Bürgschaft vom Beklagten angefordert habe, habe sie ihren Annahmewillen betätigt, jedenfalls sei eine Nichtbetätigung und anschließende Berufung auf das Nichtzustandekommen des Bürgschaftsvertrages treuwidrig.

Das Fehlen des Ausschlusses der Hinterlegungsmöglichkeit bedeute lediglich eine unwesentliche Pflichtverletzung, eine ganz geringfügige Schlechterfüllung, die noch dazu umgehend nach Beanstandung durch die Klägerin durch die ergänzende Bürgschaftserklärung vom 19.02.2009 behoben worden sei. Ein wichtiger Grund im Sinn der §§ 543 Abs. 1 Satz 2, 581 Abs. 2 BGB für eine außerordentliche sofortige Kündigung sei nicht gegeben.

Im Übrigen habe der Beklagte seine uneingeschränkte Erfüllungsbereitschaft zur Stellung einer ordnungsgemäßen Bürgschaft dokumentiert. So sei die Klägerin mit Schreiben vom 09.02.2009 aufgefordert worden, sich bei Rückfragen mit den zuständigen Bankbearbeiter in Verbindung zu setzen. Das Fehlen des Ausschlusses der Hinterlegungsmöglichkeit dürfte von der Bank schlicht übersehen worden sein, weil diese eine Standardbürgschaft übersandt habe. Die von der Klägerin hierzu zitierten Gerichtsentscheidungen bezögen sich stets auf die vollständige Nichtleistung der vertraglich geschuldeten Kautions. Die fast eineinhalb Jahre zurückliegende Anforderung der Bürgschaft habe 2009 ihre Wirkung eingebüßt. Etwas anderes ergebe sich auch nicht aus § 9

des Pachtvertrages. Dort sei lediglich normiert, dass die geübte Nachsicht und die Nichtausübung vertraglicher Rechte nicht dazu führten, dass diese Rechte in Zukunft nicht mehr bestünden. Da eine hartnäckige Nichtstellung der vertraglich geschuldeten Bürgschaft seitens des Beklagten nicht vorliege, sei eine Kündigung wegen Nichtstellung der Bürgschaft nur nach fruchtlosem Ablauf einer angemessenen Frist möglich, welche nicht eingehalten sei.

Auch das vertragliche Kündigungsrecht nach § 14 Abs. 1 Buchstabe h setze eine wesentliche Pflichtverletzung voraus; so jedenfalls das Ergebnis einer ergänzenden Vertragsauslegung gemäß §§ 157, 242 BGB.

Der Pachtvertrag wahre auch das Schriftformerfordernis der §§ 550, 581 Abs. 2 BGB, welches dem Schutz des späteren Grundstückserwerbers, der nach §§ 566, 581 Abs. 2 BGB in bestehende Pachtverträge eintrete, diene. Es solle ihm ermöglichen, sich über die auf ihn übergehenden Bindungen zu unterrichten. Es erstrecke sich auf sämtliche Vereinbarungen, aus denen sich der schuldrechtliche Vertrag zusammensetzen solle. Was zum Inhalt der formbedürftigen Vereinbarungen gehöre, bestimme sich – abgesehen von den essentialia negotii - nicht nach dem Maß des objektiv Erforderlichen, sondern nach dem Willen der Parteien (§§ 133, 157 BGB). Unwesentlich sei dabei, ob es sich um eine objektiv wesentliche oder unwesentliche Abrede handele. Demgegenüber sei bei Nebenabreden, die nicht unmittelbar die vertraglichen Hauptleistungspflichten betreffen, zu beachten, dass sich der Formzwang nur auf Willenserklärungen erstrecke, d.h. auf Erklärungen, die eine Regelung enthalten bzw. Rechtswirkungen erzeugen sollen. Bloße Erläuterungen hingegen seien nicht formbedürftig.

Soweit die Streithelferin geltend mache, ein Verstoß gegen das Schriftformerfordernis gemäß §§ 550, 581 Abs. 2 BGB ergebe sich daraus, dass der Pachtbeginn im Pachtvertrag nicht genannt sei, verlange der Schutzzweck der Norm lediglich, dass der Erwerber aus den Pachtverträgen ersehen könne, in welche langfristigen Vereinbarungen er ggf. eintrete. Hierzu enthalte § 3 Abs. 1 des Pachtvertrages einen ausreichenden Hinweis, welcher als „Beginn der Vertragslaufzeit spätestens drei Monate nach Übergabe des Pachtgegenstandes durch den Hauptverpächter an den Hauptpächter, bzw. mit Beginn des Monats, welcher dem Monat der Fertigstellung der Einrichtungsarbeiten nachfolgt“ festlege. Auch sei die Regelung, wonach das Mietverhältnis mit Übergabe der Mietsache beginne, hinreichend bestimmbar und genüge dem Schriftformerfordernis der §§ 550, 581 Abs. 2 BGB.

Bei der vorliegenden „Verpachtung vom Reißbrett“, somit vor Fertigstellung der Umbauarbeiten, sei der in § 3 Abs. 1 letzter Satz des Pachtvertrages geregelte Nachtrag nicht erforderlich. Denn es genüge, dass sich die genaue Dauer des Pachtvertrages auch aus Überweisungsbelegen oder den sonstigen Umständen ergebe, die einen Rückschluss auf den Beginn des langjährigen Pachtvertrages zuließen. Von einer ausreichenden Bestimmbarkeit sei vorliegend auszugehen. Im Übrigen gelte auch insoweit die beiderseitige Verpflichtung des § 3 Abs. 1 letzter Satz des Pachtvertrages zur gesonderten schriftlichen Fixierung. Aufgrund der wechselseitigen Verpflichtung würde ein etwaiger Verstoß gegen das Schriftformerfordernis durch Nichtaufnahme des Pachtbeginns in den Pachtvertrag „geheilt“ bzw. eine Berufung darauf wäre treuwidrig.

Soweit die Baubeschreibung nicht als Anlage beigelegt habe, betreffe die diesbezügliche Regelung des § 1 Abs. 3-5 des Pachtvertrages nur die Konzessionsfähigkeit der Gaststätte, d.h. die diesbezüglichen Anforderungen des Pachtgegenstands in baulicher Hinsicht. Im Übrigen werde nur auf eine diesbezügliche Einigung zwischen den Parteien des Hauptvertrages über die Vornahme von Baumaßnahmen Bezug genommen, eigene Rechte seitens des Unterpächters hätten hieraus nicht erwachsen sollen. Damit habe die Baubeschreibung nur verdeutlichende, konkretisierende bzw. präzisierende Funktion und sei daher nicht vom Schriftformgebot erfasst, alle wesentlichen Pflichten des Unterverpächters gegenüber dem Pächter seien in der von beiden Parteien unterschriebenen Urkunde enthalten.

Die fehlende Bezeichnung der Anlagen sei nach dem Grundsatz der *falsa demonstratio* unschädlich. Dass die Anlagen nicht mehr auffindbar seien, beeinträchtige die Wahrung der Schriftform nicht, zumal auch insoweit alle wesentlichen Abreden im formgerecht errichteten Unterpachtvertrag enthalten seien. Gleiches gelte für das fehlende Übergabeprotokoll, welches aufgrund der Natur der Sache zum Zeitpunkt des Vertrages regelmäßig noch nicht erstellt sein könne und lediglich Beweisfunktion habe. Die fehlende spätere Erstellung beeinträchtige das formgerechte Zustandekommen des Vertrages gemäß §§ 550, 581 Abs. 2 BGB ebenfalls nicht.

Soweit die Streithelferin geltend mache, es handele sich um einen Lückentext, seien die betreffenden Passagen des Formularpachtvertrages offenkundig für die Vertragsparteien nicht von entscheidender Bedeutung gewesen, mithin keine *essentialia negotii*. Insoweit sei jedoch allein auf den Willen der Vertragsparteien abzustellen. Durch die Involzugsetzung des Vertrages ohne Aus-

füllung der Lücken in der Vertragsurkunde hätten die Parteien zum Ausdruck gebracht, dass die dortigen Regelungen für sie keine Relevanz hätten.

Jedenfalls sei es der Klägerin nach § 20 Abs. 2 des Pachtvertrages verwehrt, sich auf einen etwaigen Verstoß gegen die Schriftform zu berufen, da sie vertraglich verpflichtet sei, auf jederzeitiges Verlangen des Beklagten alle Handlungen vorzunehmen und Erklärungen abzugeben, die erforderlich seien, um der gesetzlichen Schriftform Genüge zu tun und bis zur Erfüllung dieser Pflicht den Pachtvertrag nicht unter Berufung auf die gesetzliche Schriftform vorzeitig zu kündigen (*dolo agit, qui petit, quod statim rediturus est*). Dies gelte umso mehr, als es die Klägerin selbst gewesen sei, die den Vertrag entworfen habe. Insoweit sei auch zu berücksichtigen, dass die Klägerin nach Abschluss des Vertrages trotz mehrfacher Bitten des Beklagten um Rückgängigmachung des Vertrages dieses hartnäckig verweigert habe. Erst danach habe der Beklagte mehr als 500.000 EUR in dieses Objekt investiert. Erst nachdem der Beklagte in dem Verfahren vor dem Landgericht Regensburg, Az: 1 HKO 461/09 seinerseits Mietminderung geltend mache, versuche die Klägerin nunmehr alles, um den unliebsamen Mieter loszuwerden. Bei Wirksamkeit der Kündigung würde der Beklagte aufgrund seiner enormen (verlorenen) Investitionen in seiner wirtschaftlichen Existenz bedroht werden.

Aus dem von der Streithelferin zitierten Urteil des OLG Rostock (vom 10.07.2008 – 3 U 108/07, NJW 2009, 445) ergebe sich nichts anderes. Dieses Urteil sei hier nicht anwendbar, weil das OLG hierbei die verschiedenen Fallgruppen der Treuwidrigkeit vermenge; zum anderen habe es sich dort um eine Kündigung der Mietpartei gehandelt. Eine Treuwidrigkeit der Kündigung könne sich jedenfalls aus dem allgemeinen Grundsatz: "*dolo agit, qui petit, quod statim rediturus est*" ergeben. Auf ein schlechthin untragbares wirtschaftliches Ergebnis komme es im Anwendungsbereich dieses Grundsatzes nicht an. Wegen der Existenz einer derartigen Nachholklausel sei die Kündigung der Klägerin daher grundsätzlich treuwidrig.

Die Klägerin hat hierauf repliziert:

Auch wenn die V [REDACTED] R [REDACTED] Kaufmann im Sinn des HGB sei und sich daher theoretisch auch formfrei gegenüber der Klägerin hätte verbürgen können, habe sie dies vorliegend aber ersichtlich nicht gewollt. In Ziffer 3 sowohl der Bürgschaft vom 09.02.2009 als auch vom

19.02.2009 heiße es „Sobald die Bürgschaft erloschen ist, ist der Vermieter verpflichtet, die Bürgschaftsurkunde der Bank zurück zugeben.“ (Anlagen K4, K9). Hierdurch habe die Bank deutlich gemacht, dass sie selbst erst dann aus einem Bürgschaftsvertrag gegenüber der Klägerin verpflichtet sein wollte, wenn das Original der Urkunde beim Brgschaftsvertragspartner, d.h. bei der Klägerin, angekommen sei. Der Erklrungswille der Bank sei damals ersichtlich nur dahin gegangen, sich allenfalls schriftlich verpflichten zu wollen, nicht aber formfrei eine verpflichtende Bürgschaftserklärung abzugeben. Dies ergebe sich auch aus der überarbeiteten Bürgschaft vom 19.02.2009, in der es heiße: *“Diese Bürgschaft wird erst mit Rückgabe der Bürgschaft vom 09.02.2009 gültig.“* Auch daraus werde deutlich, dass die Bank das Entstehen ihrer Bürgschaftsverpflichtung an die Aushändigung der Originalurkunde an die Klägerin geknüpft habe. Dass der Beklagte, dem ersichtlich bereits die Originalurkunde vorlag, diese nicht an die Klägerin weitergegeben habe, ändere nichts an dieser rechtlichen Situation.

Dem Schriftformerfordernis gemäß § 550 BGB sei nicht Genüge getan. Es fehlten keineswegs irgendwelche nebensächlichen Kleinigkeiten, sondern es fehle die Schriftform bezüglich diverser wichtiger Punkte. Insbesondere fehle es an der nachträglichen Erweiterung des Pachtgegenstandes bzw. der pachtvertraglichen Verpflichtung der Klägerin als Verpächterin in Bezug auf die Sommerschänke im Biergartenbereich. Diese sei ursprünglich im unrenovierten Zustand angepachtet worden. Erst später habe man (eben nur mündlich) sich darauf geeinigt, dass die Klägerin diese umfassend renovieren und erweitern sollte. Es sei klar gewesen, dass die Klägerin diese Arbeiten nur ausführen wollte, wenn sie im Gegenzug einen erhöhten Pachtzins vom Beklagten bekommen würde. Insoweit habe der Beklagte damals sein Einverständnis deutlich signalisiert. Der Beklagte habe diese Verhandlungen sodann scheitern lassen. Die Nachholungsklausel des § 20 Abs. 2 des Pachtvertrages sei entsprechend dem zitierten Urteil des OLG Rostock vom 10.07.2008 unwirksam. Eine solche Klausel hindere den Vertragspartner nicht daran, dennoch unter Berufung auf einen Schriftformverstoß die vorzeitige ordentliche Kündigung auszusprechen.

Selbst wenn also die Nachholungsklausel in § 20 Abs. 2 des Pachtvertrages wirksam wäre, wäre es dem Beklagten gemäß § 242 BGB verwehrt, sich darauf zu berufen. Er könne nicht einerseits Nachverhandlungen zum Scheitern bringen und dann auf der anderen Seite sich darauf berufen, dass die Nachholungsklausel nicht ausreichend beachtet worden wäre.

Wegen des weitergehenden Parteivortrags im Berufungsverfahren wird auf die gewechselten Schriftsätze Bezug genommen.

Der Senat hat keinen Beweis erhoben.

II.

Die zulässige Berufung der Klägerin ist unbegründet.

Die Klägerin kann von dem Beklagten nicht die Räumung des Anwesens P [REDACTED] [REDACTED] in 9 [REDACTED] verlangen. Der zwischen den Parteien am 07./10.04.2006 geschlossene Pachtvertrag wurde weder durch die außerordentliche Kündigung der Klägerin vom 18.02.2009 noch durch die vom 28.07.2009 noch durch die hilfsweise erklärte ordentliche Kündigung der Klägerin vom 18.02.2009 beendet.

1. Der zwischen den Parteien am 07./10.04.2006 geschlossene Pachtvertrag ist wirksam. Dies gilt auch für den Fall, dass er dem Schriftformerfordernis des § 550 Abs. 1 Satz 1 BGB nicht genügen würde (siehe dazu unten Ziffer 3).

Zwar bedürfen Miet- und Pachtverträge über Grundstücke, Räume oder Wohnräume, die für eine längere Zeit als ein Jahr abgeschlossen werden, der Schriftform (§§ 550, 578 Abs. 1, 581 Abs. 2 BGB). Wird diese Form nicht beachtet, so sieht § 550 Satz 2 BGB - in Abweichung von § 125 Satz 1 BGB - vor, dass der Vertrag als für unbestimmte Zeit geschlossen gilt. Der Formmangel bei einem gesetzlichen Schriftformerfordernis führt aber nicht zur Nichtigkeit, da § 550 Satz 2 BGB gegenüber § 125 BGB lex specialis ist. Der Vertrag gilt (Fiktion) vielmehr als für unbestimmte Zeit vollwirksam abgeschlossen und kann frühestens nach Ablauf eines Vertragsjahres mit der Frist des § 573c BGB oder § 580a BGB ordentlich gekündigt werden. § 139 BGB ist demgegenüber unanwendbar, sodass § 550 Satz 2 BGB auch dann gilt, wenn die Parteien den Vertrag auf ein Jahr oder auf unbestimmte Zeit nicht abgeschlossen haben würden (Palandt, BGB 69. Aufl. § 550 Rn. 13). Unerheblich ist auch, ob die Parteien diese Rechtsfolge kannten (Münchener Kom-

mentar zum BGB, 5. Aufl. § 550 Rn. 43).

Damit würden die übrigen Regeln des Pachtvertrages mit Ausnahme des § 3 Abs. 5 (Dauer des Pachtvertrages zehn Jahre) und § 14 Abs. 1 Satz 1 (Ausschluss der ordentlichen Kündigung) selbst bei einem Schriftformverstoß gegen § 550 BGB grundsätzlich Gültigkeit behalten. Der Pachtvertrag konnte daher nur durch eine wirksame außerordentliche bzw. - im Falle eines Verstoßes gegen § 550 BGB - durch eine ordentliche Kündigung beendet werden.

2. Die außerordentlichen Kündigungen der Klägerin sind weder aus vertragsbedingten noch aus gesetzlich geregelten Kündigungsrechten begründet.

a) Die auf § 12 Abs. 1 des Pachtvertrages gestützte außerordentliche Kündigung vom 18.02.2009 greift nicht. Zwar hat der Beklagte unstreitig gegen die in § 12 Abs. 1 des Pachtvertrages geregelte Verpflichtung verstoßen, die vereinbarte Kautionsleistung in Höhe von 72.000 EUR spätestens 1 Woche vor dem Übergabetermin zu bezahlen. Die Klägerin hat aber die gemäß § 14 Abs. 1 Buchstabe h des Pachtvertrages vor fristloser Kündigung erforderliche Nachfrist von 2 Wochen nicht gesetzt bzw. eingehalten.

aa) Soweit die Parteien nach Pachtbeginn über die Möglichkeit der Kautionsleistung in Form einer Sicherungsübereignung verhandelt haben, ist es zu keiner Einigung zwischen ihnen gekommen. Die mit Schreiben des Steuerberaters des Beklagten, G. H. vom 14.01.2008 (Anlagen B1, K13) übersandte Liste von den zur Sicherungsübereignung angebotenen Gegenständen erfüllte die Anforderungen an eine ordnungsgemäße Kautionsleistung nicht.

Der Klägervertreter hatte hierzu mit Schriftsätzen vom 12.09.2007 (Anlage K2) und 21.11.2007 (Anlage OLG 11) unter Fristsetzung zur Erledigung von 2 Wochen ab Briefdatum die fehlende Kautionsleistung angemahnt und die Originalrechnungen und Belege für die einzelnen Gegenstände zur angebotenen Sicherungsübereignung verlangt und mit Schriftsatz vom 12.12.2007 nach nochmaliger Monierung der fehlenden Kautionsleistung unter erneuter Nachfristsetzung von 1 Woche eine Bestätigung des Steuerberaters verlangt, dass die als Sicherheit zu verwendenden Neuanschaffungen nicht abgetreten seien. Nachdem der Steuerberater mit Schreiben vom 12.12.2007 letzteres pau-

schal bestätigt hatte (Anlage K11), wies die Klägerin dies durch ihren anwaltlichen Vertreter mit Schriftsatz vom 27.12.2007 (Anlage K12) als nicht ausreichend zurück und verlangte eine Spezifizierung hinsichtlich der einzelnen Gegenstände, der Bezahlung, der Frage, ob diese unter Eigentümsvorbehalt stünden, geleast oder gekauft seien, und die Vorlage von diesbezüglichen Belegen binnen drei Wochen. Dem ist der Steuerberater fristgemäß mit Schreiben vom 14.01.2008 nur insoweit nachgekommen, als seinem Schreiben eine Liste anlag, in der die einzelnen Gegenstände nach den verlangten Kriterien aufgeführt waren, der aber die von der Klägerin verlangten Belege wie Rechnungen, Zahlungsbestätigungen u.ä. nicht beilagen. Es versteht sich von selbst, dass dem Sicherheitsbedürfnis der Klägerin nur durch im uneingeschränkten Eigentum des Beklagten stehende Gegenstände ausreichend Rechnung getragen werden konnte und die Klägerin hierzu auch die erforderlichen Nachweise benötigte. Eine wirksame Kautionsstellung ist insoweit nicht erfolgt.

bb) Auch die mit Schriftsatz des Beklagtenvertreters vom 09.02.2009 übersandte Bürgschaft der V. [REDACTED] R. [REDACTED] (Anlage K4) entsprach den inhaltlichen Anforderungen des § 12 Abs. 2 des Pachtvertrages nicht, weil sie keinen Verzicht auf die Hinterlegungsmöglichkeit enthielt. Darauf, ob das Fehlen des Verzichtes auf die Hinterlegungsmöglichkeit einen wesentlichen Mangel darstellt, kommt es nicht an, sondern ausschließlich darauf, ob die ursprüngliche Bürgschaft den vertraglichen Anforderungen entsprach oder nicht. Dies war unzweifelhaft bei der Bürgschaft vom 09.02.2009 nicht der Fall.

cc) Die inhaltlichen Voraussetzungen des § 12 Abs. 2 des Pachtvertrages erfüllte vielmehr erst die mit Schriftsatz des Beklagtenvertreters vom 21.02.2009 übersandte Bürgschaft vom 19.02.2009 (Anlage K9), die einen solchen Verzicht enthält. Damit wäre inhaltlich eine ausreichende Kautionsstellung durch den Beklagten erfolgt. Diese entsprach auch den formellen Anforderungen an eine Bürgschaft.

Abgesehen davon, dass nach den insoweit bindenden Feststellungen im Ersturteil auf Seite 3 unten vom Beklagtenvertreter mit Schreiben vom 21.02.2009 (Anlage K9) die Originalbürgschaft vom 19.02.2009 an den Klägervertreter übersandt wurde – eine Tatbestandsberichtigung gemäß § 320 ZPO wurde nicht beantragt –, wäre die Übermittlung der Bürgschaft per Fax auch ausreichend gewesen, denn das Schriftformerfordernis des § 766 BGB, welches nur die Entstehung der Bürgschaft, d.h. die den Bürgen verpflichtende Erklärung erfasst, nicht aber die Annahmeer-

klärung des Gläubigers (BGH NJW 1997, 2233), ist vorliegend durch § 350 HGB abbedungen, weil die Bürgschaft auf Seiten des Bürgen (hier der Bank) ein Handelsgeschäft war. Für die V. R. gehörte die Stellung von Bankbürgschaften zum Betrieb ihres Handelsgewerbes gemäß § 343 Abs. 1 HGB. § 350 HGB dient der Erleichterung des kaufmännischen Handelsverkehrs und dessen Bedürfnis nach einfacher und schneller Abwicklung (BGHZ 121, 5), insoweit ist eine Bürgschaftserklärung sogar mündlich oder in elektronischer Form und daher auch durch Fax-Übermittlung wirksam. Dies hat auch die Klägerin letztlich nicht mehr in Abrede gestellt (Berufungsreplik vom 27.10.2009 Satz 2).

Die Bürgschaftserklärung der V. R. vom 19.02.2009 enthielt auch alle übrigen zur Wirksamkeit erforderlichen Angaben. Insbesondere ging aus ihr ein unmittelbarer Rechtsbindungswille der Bank hervor, der sich aus dem maschinenschriftlich in das Formblatt eingefügten Zusatz „Es handelt sich um einen unbefristete und unbedingte Bürgschaft...“ ergibt. Hieraus wird deutlich, dass die Bank sich unmittelbar binden und keine weiteren Erklärungen hierzu mehr abgeben wollte.

Diese Erklärung wird durch den auf dieser Urkunde enthaltenen weiteren Zusatz „Diese Bürgschaft wird erst mit Rückgabe der Bürgschaft vom 09.02.2009 gültig“ weder rückgängig gemacht noch eingeschränkt, was sich schon daraus ergibt, dass dieser Zusatz sich erst unter der Unterschriftsleiste befindet und somit nicht von der Unterschrift der Bank gedeckt ist. Daher kann dieser Zusatz allenfalls dahingehend verstanden werden, dass sich die Bank bei Nichtrückgabe der Bürgschaftserklärung vom 02.09.2009 insoweit im Fall der Inanspruchnahme ein Zurückbehaltungsrecht vorbehalten wollte. Hierdurch sollte die Verbindlichkeit ihrer „unbedingten“ Bürgschaftserklärung nicht eingeschränkt werden.

Mit Übermittlung der Bürgschaftserklärung der Bank hat der Beklagte daher die ihn treffende Verpflichtung aus § 12 Abs. 2 des Pachtvertrages erfüllt. Darauf, ob es in der Folge zum Abschluss eines Bürgschaftsvertrages zwischen der V. R. und der Klägerin gekommen ist, kommt es im Rahmen des § 14 Abs. 1 Buchstabe h nicht an. Wäre dies Wirksamkeitserfordernis für die Erbringung einer Kautions, hätte es allein die Klägerin in der Hand gehabt, durch verzögerte Annahme des Bürgschaftsangebots oder dessen Ablehnung den Eintritt der Kündigungsvoraussetzungen zu beeinflussen. Entscheidend ist vielmehr die Kautionsstellung durch ein annahmefähiges Angebot, welches hier erfolgt ist.

dd) Da die Bürgschaftserklärung vom 19.02.2009 erst nach der fristlosen Kündigung durch die Klägerin mit Schreiben vom 18.02.2009 abgegeben wurde, wäre die Klägerin bis zum Zeitpunkt des Eingangs der Bürgschaft bei ihr nicht an einer fristlosen Kündigung wegen Nichtzahlung der Kautions gehindert gewesen. Eine solche konnte jedoch nur unter den Voraussetzungen des § 14 Abs. 2 Buchstabe h des Pachtvertrages erfolgen, nämlich nach Setzen einer angemessener Nachfrist und Kündigung nach deren Ablauf. Diese Voraussetzungen hat die Klägerin nicht eingehalten. Die Kündigung vom 18.02.2009 ist vor Ablauf einer angemessenen Nachfrist und damit verfrüht erfolgt.

ee) Die mit Schreiben der Klägerin vom 02.02.2009 (Anlagen K3, B1) dem Beklagten gesetzte Nachfrist von „einer Woche ab Briefdatum“ entsprach nicht den Anforderungen des § 14 Abs. 2 Buchstabe h des Pachtvertrages (Nachfristsetzung von 2 Wochen) und war daher unangemessen. Der Klägerin ist allerdings darin zuzustimmen, dass dies nicht zur Unwirksamkeit der Fristsetzung führt, vielmehr durch eine unangemessene Fristsetzung lediglich eine angemessene Frist in Gang gesetzt wird (ständige Rechtsprechung des BGH, etwa Urteil vom 21.06.1985 – V ZR 134/84, Urteil vom 12.08.2009 – VIII ZR 254/08).

Diese Angemessenheit der Frist, die gegebenenfalls vom Gericht in einem späteren Prozess festgestellt wird (BGH, Urteil vom 12.08.2009 – VIII ZR 254/08), ist vorliegend mit der von den Parteien selbst als angemessen angesehenen Frist von 2 Wochen gleich zu setzen. Allerdings kann als Fristbeginn nicht das von der Klägerin zugrunde gelegte Briefdatum als angemessen angesehen werden, weil dies schon keiner Überprüfung dahin zugänglich ist, wann der Brief abgesandt wurde und schon gar nicht, welche Frist dem Empfänger, hier dem Prozessbevollmächtigten des Beklagten, tatsächlich eingeräumt wurde bzw. zur Verfügung stand. Entscheidend für den Fristbeginn kann daher (entsprechend § 187 Abs. 1 BGB) nur der Zugang des Schriftstücks sein, welcher sich vorliegend aus dem Eingangsstempel des Beklagtenvertreter vom 04.02.2009 (Anlage B4) ergibt. Fristende ist damit (entsprechend § 188 Abs. 2 BGB) der 18.02.2009.

Die mit Schreiben des Klägervertreter vom 18.02.2009 erfolgte und noch am 18.02.2009 bei dem Beklagtenvertreter eingegangene Kündigungserklärung der Klägerin (Eingangsstempel Anlage B6) ging damit dem Beklagten innerhalb noch laufender Nachfrist zu und war somit unwirksam.

ff) Die erneute Nachfristsetzung war auch nicht aufgrund der früheren mit Schreiben vom 12.09.2007 (Anlage K2) und 21.11.2007 (Anlage OLG 11) gesetzten Nachfristen von 2 Wochen entbehrlich.

Die im Schreiben vom 12.09.2007 gesetzte Frist zur Kautionserbringung war durch die (neue) Fristsetzung vom 21.11.2007 ersetzt worden und entfaltete daher keine Wirkung mehr. Wie bereits dargestellt, bezog sich die Fristsetzung vom 21.11.2007 ausschließlich auf darin geforderte Ergänzungen von Angaben und Vorlage von Belegen zu der vom Beklagten angebotenen Sicherungsübereignung. Diese kann nicht für die nunmehr im Februar 2009 wieder verlangte Kautionserbringung in Form einer Bürgschaft, die gänzlich andere Voraussetzungen zu erfüllen hat, herangezogen werden.

gg) Insoweit kann sich die Klägerin auch nicht auf die Nachsichtklausel des § 9 des Pachtvertrages berufen. Diese besagt lediglich, dass durch die "geübte Nachsicht" gegenüber der anderen Vertragspartei das Recht auf außerordentliche Kündigung sowie auf sonstige Rechte und Ansprüche bestehen bleibt, nicht aber, dass die Voraussetzungen für eine solche erst später ausgesprochene Kündigung in Fortfall geraten. Das Recht der Klägerin auf fristlose Kündigung bestand zwar aufgrund der „Nachsichtklausel“ trotz des langen Zeitablaufs auch im Februar 2002 noch, die Wirksamkeit einer erst dann erfolgten Kündigung war jedoch von der vertraglich in § 14 Abs. 1 Buchstabe h des Pachtvertrages geregelten Nachfristsetzung abhängig. Im Übrigen wäre die Berufung der Klägerin auf § 9 des Pachtvertrages bei den hier vorliegenden Umständen als treuwidrig ansehen, weil die Klägerin auf das Schreiben des Steuerberaters H. [REDACTED] vom 14.01.2008 nicht mehr reagiert hat und der Beklagte aus seiner Sicht davon ausgehen konnte, nunmehr in Bezug auf die Sicherungsübereignung die Forderungen der Klägerin erfüllt zu haben, und er auch darauf vertrauen durfte, dass die Klägerin ihm bei Nichtzustandekommen der Sicherungsvereinbarung eine neue angemessene Nachfrist zu einer anderweitigen Kautionserbringung setzen würde.

b) Die Klägerin kann die Wirksamkeit der fristlosen Kündigung auch nicht auf die gesetzlichen Regelungen der §§ 543 Abs. 1 Satz 2, 581 Abs. 2 BGB stützen.

Nach § 543 Abs. 1 Satz 1 BGB kann jede Partei das Mietverhältnis aus wichtigem Grund außerordentlich fristlos kündigen. Ein wichtiger Grund liegt vor, wenn dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere eines Verschuldens der Vertragsparteien, und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung des Mietverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder bis zur sonstigen Beendigung des Mietverhältnisses nicht zugemutet werden kann (§ 543 Abs. 1 Satz 2 BGB). Die Beantwortung der Frage, ob eine Unzumutbarkeit in diesem Sinne vorliegt, ist das Ergebnis einer wertenden Betrachtung (BGH, Urteil vom 21.03.2007, ZMR 2007, 525). Dies gilt auch hinsichtlich der Nichtzahlung der Kautions (BGH ZMR 2007, 444).

Die Kautions befriedigt regelmäßig ein legitimes Sicherheitsbedürfnis des Vermieters. Die Nichtzahlung der Kautions stellt damit grundsätzlich eine erhebliche Vertragsverletzung dar. Der Vermieter kann daher jedenfalls im Bereich der Gewerberaummiets vor der Kündigung in der Regel nicht auf die Einklagung der Kautions verwiesen werden (vgl. Schmidt-Futterer/Blank Mietrecht 9. Aufl. § 543 BGB Rn. 178f. m.w.N.).

Es kann dahingestellt bleiben, ob vorliegend nach Abwägung der beiderseitigen Interessen der Parteien in der Nichtzahlung der Kautions ein fristloser (gesetzlicher) Kündigungsgrund zu sehen wäre und ob eine gemäß § 543 Abs. 3 Satz 1 BGB erforderliche ordnungsgemäße Abmahnung erfolgt ist, weil die Klägerin die fristlose Kündigung nicht innerhalb einer im Rahmen des § 543 Abs. 3 Satz 1 BGB zu beachtenden angemessenen Frist im Sinne von § 314 Abs. 3 BGB ausgesprochen hat. Die Frist beginnt, wie sich aus dem Wortlaut des § 314 Abs. 3 BGB ergibt, mit der Kenntniserlangung des Kündigungsgrundes durch den Berechtigten. Der Vermieter darf mit dem Ausspruch der Kündigung nicht zu lange zuwarten (§ 314 Abs. 3 BGB). Hat der Vermieter zur Beendigung der Dauervertragswidrigkeit eine angemessene Frist gesetzt, so muss er zwar nicht unmittelbar nach Ablauf der Frist kündigen; vielmehr kann der Vermieter durchaus einige Zeit zuwarten. Nach Ablauf eines längeren Zeitraums kann das Kündigungsrecht allerdings nicht mehr ausgeübt werden. Es handelt sich hierbei nicht um einen Fall der Verwirkung, so dass es auf ein so genanntes „Umstandsmoment“ nicht ankommt. Bei den meisten Dauervertragswidrigkeiten wird der zeitliche Zusammenhang nicht mehr gewahrt sein, wenn nach dem Ablauf der in der Abmahnung gesetzten Frist ein längerer Zeitraum verstrichen ist. Will der Vermieter trotz der Fristüberschreitung sich die Kündigungsmöglichkeit erhalten, so muss er gegenüber dem Mieter zum Ausdruck bringen, dass er an der Abmahnung festhalten wolle. Anderenfalls darf der Mieter davon

ausgehen, dass der Vermieter von seiner ursprünglichen Haltung Abstand genommen hat. Eine allgemein anerkannte, für alle Fälle gleiche Frist existiert nicht. Die Frage der Rechtzeitigkeit ist auf Grund der Besonderheiten des Einzelfalls zu beantworten (Schmidt-Futterer/Blank, Mietrecht, 9. Aufl. § 543 BGB Rn. 61). Bei Mietverträgen können ausnahmsweise 2-6 Monate noch angemessen sein (BGH, Urteil vom 21.03.2007 – XII ZR 36/05, NJW-RR 2007, 886).

Vorliegend ist die Grenze des angemessenen Zeitraums weit überschritten. Die Klägerin hatte seit Beginn des Pachtverhältnisses, spätestens seit Ablauf der in den Schreiben vom 12.09.2007 bzw. 21.11.2007 gesetzten Fristen, Kenntnis davon, dass der Beklagte die Kautionsleistung nicht leistete. Dass die Klägerin daraufhin dem Beklagten nicht bereits in den Folgemonaten kündigte, sondern bis zum 02.02.2009 – d.h. mehr als 14 Monate – zuwartete, lag nicht mehr in einem vertretbaren Zeitraum.

Die Klägerin kann sich im Rahmen der gesetzlichen außerordentlichen Kündigung gemäß §§ 543 Abs. 1, 581 Abs. 2 BGB auch nicht auf die Nachsichtklausel des § 9 des Pachtvertrages berufen, weil diese sich nach dem klaren Wortlaut nur auf das außerordentliche Kündigungsrecht sowie sonstige Rechte und Ansprüche „aus diesem Vertrag“, nicht aber auf gesetzliche Kündigungsrechte bezieht.

3. Der Pachtvertrag wurde auch nicht durch eine ordentliche Kündigung beendet, weil eine solche nach dem Pachtvertrag ausgeschlossen ist und ein zu einer ordentlichen Kündigung berechtigender Verstoß gegen das Schriftformerfordernis des § 550 Abs. 1 Satz 1 BGB nicht vorliegt.

Wie oben unter Ziffer 1 ausgeführt, führt der Formmangel bei einem gesetzlichem Schriftformerfordernis nicht zur Nichtigkeit (§ 550 Satz 2 BGB ist gegenüber § 125 BGB *lex specialis*), der Vertrag gilt vielmehr als für unbestimmte Zeit vollwirksam abgeschlossen und kann frühestens nach Ablauf eines Vertragsjahres mit der Frist des § 573c BGB oder § 580a BGB ordentlich gekündigt werden.

Bei vereinbarter Schriftform (§ 20 Abs. 2 des Pachtvertrages), welche durch § 550 BGB nicht ausgeschlossen wird, kann dies allerdings über § 125 Satz 2 BGB im Zweifel zur Nichtigkeit füh-

ren, wobei aber Inhalt und Tragweite durch Auslegung zu ermitteln sind. Soll die Formabrede lediglich der Beweiserleichterung dienen, ist das Rechtsgeschäft auch bei Nichteinhaltung der Form wirksam, es besteht aber ein Anspruch auf Nachholung der Schriftform (Palandt, BGB 69. Aufl. § 125 Rn. 17, Münchener Kommentar zum BGB Rn. 69).

a) Ob die Formabrede in § 20 des Pachtvertrages lediglich der Beweiserleichterung dienen sollte, kann vorliegend dahingestellt bleiben, weil alle wesentlichen Bedingungen eines Mietverhältnisses nämlich Vertragsparteien, Mietgegenstand, Mietpreis und Dauer in dem Pachtvertrag vom 07./10.04.2006 enthalten waren. Ein Mietvertrag genügt dann der Schriftform, wenn sich alle wesentlichen Vertragsbedingungen, insbesondere der Mietgegenstand, der Mietzins sowie die Dauer und die Parteien des Mietverhältnisses aus der Urkunde ergeben (BGH NJW 2002, 3389; BGH, Urteil vom 30.06.1999, BGHZ 142, 158, 161). Dies ist vorliegend der Fall. Weder in der Nichtbeifügung einzelner im Vertrag angeführter Anlagen noch der Nichtausfüllung des Lückentextes in § 1, noch dem datumsmäßig nicht bestimmten Übergabetermin in § 3, noch in der nicht erfolgten Regelung zum Benutzungsrecht des Beklagten und seiner Mitarbeiter im Innenbereich des umzäunten Geländes sind wesentliche Bedingungen im Sinn dieser Entscheidung zu sehen.

b) Die Parteien sind auf Seite 1 des Pachtvertrages, der Mietzins ist in § 4 dieses Vertrags eindeutig individualisiert bzw. betragsmäßig genannt.

Der Mietgegenstand ist in § 1 Abs. 1 des Vertrages durch die Bezeichnung „im Anwesen P██████████
██████████... folgende Räumlichkeiten und Freiflächen“, im Zusammenhang mit der sodann erfolgten Auflistung „Erdgeschoss, I. Obergeschoss, Biergartenplan, Hofraum mit Sommerschänke, Parkplatz und Kellerräume“ und den Zusatz „Die vorgenannten Räumlichkeiten und Freiflächen werden im folgenden Pachtgegenstand genannt“ auch ohne Ausfüllung des Lückentextes ausreichend konkretisiert. Denn die Überlassungsverpflichtung bezieht sich erkennbar auf das gesamte Gebäude und den bis zu diesem Zeitpunkt einzigen vorhandenen Parkplatz, zu dem in § 2 Abs. 1 und 5 weitere Regelungen getroffen waren.

Der BGH hat hierzu in seiner Entscheidung vom 07.03.2007, NJW 2007, 1817, der die Vermie-

tung eines gesamten noch zu errichtenden Gebäudes zugrunde lag, ausgeführt:

„Der Wirksamkeit der getroffenen Vereinbarung steht nicht entgegen, dass dem Vertrag die in § 1 genannten Anlagen (hier Flächenplan gemäß Abs. 1, Baubeschreibung gemäß § 1 Abs. 5) nicht beigelegt waren. Zwar gehört auch der Mietgegenstand zu den wesentlichen und damit formbedürftigen Elementen eines langfristigen Mietvertrages (vgl. BGH, Senatsurteil vom 2. November 2005 - XII ZR 233/03 - NJW 2006, 140). Danach muss der Mietgegenstand im Vertrag so ausreichend individualisiert sein, dass er für einen Rechtsnachfolger (§ 571 BGB a.F. = § 566 BGB), den § 566 BGB a.F. (= § 550 BGB) in erster Linie schützen will, ausreichend bestimmbar ist... Das ist hier der Fall. Mietgegenstand sollte nach seiner Fertigstellung ein "betriebs- und benutzungsfähiges Seniorenpflegeheim mit insgesamt 180 Betten" auf dem Grundstück " A. D." sein. Damit war das gesamte Gebäude vermietet, das der Vermieter auf dem Grundstück errichten würde, unabhängig davon, welche Größe und Ausstattung es im Einzelnen aufweisen und wo genau es auf dem Grundstück entstehen würde. Den Anlagen, die bei Vertragsschluss erst zu einem geringen Teil vorhanden waren, kam insoweit kein eigener Erklärungswert zu; sie dienten lediglich der Verdeutlichung des im formgültig abgeschlossenen Vertrag enthaltenen Mietgegenstandes (Orientierungshilfe). Der Streitfall unterscheidet sich wesentlich von den Fällen, in denen nur Teile eines Gebäudes vermietet werden und für einen Rechtsnachfolger aus dem Mietvertrag nicht ersichtlich ist, um welche Teile es sich dabei handelt (vgl. dazu Senatsurteil vom 2. November 2005, XII ZR 233/03, NJW 2006, 140).“

Vorliegend sollte Mietgegenstand das nach seiner Renovierung zum Betrieb einer Gaststätte (vgl. Präambel) zu nutzende Anwesen P [REDACTED] in R [REDACTED] sein. Damit war, wie in dem vom BGH entschiedenen Fall, das gesamte Gebäude vermietet, unabhängig davon, welche Größe und Ausstattung es im Einzelnen aufwies. Der Größe und Lage der einzelnen Geschosse, des Parkplatzes, des Biergartens und des Hofraums mit Sommerschänke kam keine vertragsbestimmende Bedeutung zu. Eine „Vermietung vom Reißbrett“ im Sinn der Entscheidung des BGH vom 02.11.2005, NJW 2006, 140, bei der die tatsächliche, noch vorzunehmende Ausgestaltung der Räume bei der Auslegung des Mietvertrages nicht herangezogen werden kann, liegt insoweit gerade nicht vor.

c) Auch die Dauer des Pachtverhältnisses ist in § 3 des Pachtvertrages ausreichend ge-

regelt.

Gemäß § 3 Abs. 1 ist der Beginn des Pachtverhältnisses als „mit der Übergabe des Pachtgegenstandes“ angesetzt, nämlich spätestens drei Monate nach der Übergabe des Pachtgegenstandes durch den Haupt-Verpächter an den Hauptpächter zur Durchführung der diesem obliegenden Einrichtungsarbeiten bzw. falls diese bereits innerhalb eines kürzeren Zeitraums abgeschlossen werden, mit Beginn des Monats, welches dem Monat der Fertigstellung dieser Einrichtungsarbeiten nachfolgt. Weiter ist bestimmt, dass die Parteien den Pachtbeginn in einem Nachtrag zu diesem Vertrag gesondert schriftlich festhalten werden.

Der BGH hat in seiner Entscheidung vom 07.03.2007, NJW 2007, 1817 in der Vereinbarung, dass das Mietverhältnis „mit der Übergabe der Mieträume“ beginnen solle, einen ausreichend bestimm- baren Beginn des Mietverhältnisses gesehen, und hierzu ausgeführt:

„Im Ausgangspunkt zutreffend geht das Berufungsgericht davon aus, dass die Dauer des Mietvertrages zu den wesentlichen Vertragsbedingungen gehört und deshalb formbedürftig ist. Der Senat hat - nach Verkündung des Berufungsurteils - entschieden, dass die Vertragsdauer nicht bestimmt angegeben werden muss, sondern die Form gewahrt ist, wenn die Einigung über die Dauer beurkundet ist und ihr Inhalt bestimmbar bleibt (Senatsurteil vom 2. November 2005 - XII ZR 212/03 - NJW 2006, 139). Dafür genügt es, dass der Sachverhalt so genau bestimmt ist, dass bei seiner Verwirklichung kein Zweifel am Vertragsbeginn verbleibt. Der Senat hat deshalb in der Vereinbarung, dass das Mietverhältnis "mit der Übergabe der Mieträume" beginnen solle, einen ausreichend bestimm- baren Beginn des Mietverhältnisses gesehen (Senatsurteil a.a.O.). Nichts anderes gilt im Streitfall. Gemäß § 2 Abs. 1 der vertraglichen Vereinbarung sollte das Mietverhältnis mit dem in § 1 Abs. 6 genannten Fertigstellungstermin beginnen. Als Fertigstellungstermin bestimmt § 1 Abs. 6 Satz 2 den Zeitpunkt, den der Vermieter als Übergabetermin verbindlich festlegt. Aufgrund dieser Beschreibung lässt sich der Beginn des Mietverhältnisses - nach Mittei- lung des verbindlichen Übergabetermins - eindeutig bestimmen. Mit der Mitteilung des - zunächst unbestimmten - Übergabetermins steht der Beginn des Mietverhältnisses fest, wird aus dem bestimm- baren ein bestimmter Termin.“

Aufgrund der hier maßgeblichen Regelung des § 3 Abs. 1 zum Beginn des Pachtvertrages und dem darin enthaltenen Zusatz: „Die Parteien werden den Pachtbeginn in einem Nachtrag zu die-

sem Vertrag noch gesondert schriftlich festhalten“ lässt sich der Beginn des Mietverhältnisses ebenso bestimmen. Mit der schriftlichen „Festhaltung“ durch die Parteien – zu der sie sich verpflichtet haben - steht der Beginn des Pachtverhältnisses fest, wird aus dem bestimmbar ein bestimmter Termin. Auch im dem der Entscheidung des BGH zugrunde liegenden Sachverhalt war zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses der Übergabetermin offen und von einer weiteren Parteierklärung (dort: des Vermieters, hier: beider Parteien) abhängig. Die in § 3 Abs. 1 genannte Zeitspanne von höchstens drei Monaten legt lediglich einen Endzeitpunkt für den von den Parteien festzulegenden Pachtbeginn fest und ändert im Übrigen nichts an der Bestimmbarkeit durch die Parteien, welche sich unter Berücksichtigung der in § 4 Abs. 1 des Pachtvertrages für die ersten 6 Monate gestundeten Pachtzeit an objektiven Kriterien, wie der Zahlung von Pacht und Nebenkosten bestimmen lässt.

Die Beendigung des Pachtverhältnisses ergibt sich aus § 3 Abs. 5 „zehn Jahre (gerechnet ab Pachtbeginn gemäß obiger Regelung in § 3 (1)“.

d) Die Unwirksamkeit des Pachtvertrages wegen Schriftformverstoßes kann auch nicht darauf gestützt werden, dass hinsichtlich der Sommerschänke im Biergartenbereich keine nachträgliche Erweiterung des Pachtgegenstandes stattgefunden hat. Die Klägerin trägt in ihrem Schriftsatz vom 27.10.2009, Seite 9 hierzu selbst vor, dass die Sommerschänke bei Abschluss der streitgegenständlichen Pachtvertrages in unrenoviertem Zustand vom Beklagten angepachtet worden sei und sich die Parteien erst später darauf geeinigt hätten, die Sommerschänke umfassend zu renovieren und zu erweitern. Daraus folgt, dass die Frage der Renovierung und der hieraus resultierenden Kostentragungspflicht überhaupt nicht Gegenstand des Vertrages vom 07.04./10.04 2006 war. Soweit die zwischen den Parteien 2007 „wegen der Problematik der Sommerschänke immer wieder verhandelt haben“, handelte es sich um nachträgliche Ergänzungen, insbesondere um die Frage einer Erhöhung des Pachtzinses. Ein Schriftformverstoß für den streitgegenständlichen Pachtvertrag kann daraus nicht abgeleitet werden.

Somit ist dem Schriftformerfordernis ausreichend Genüge getan.

Auf die Frage, ob die Berufung der Klägerin auf das Schriftformerfordernis treuwidrig ist, weil die Klägerin den Pachtvertrag selbst konzipiert hat und weil die Parteien den Vertrag jahrelang gelebt

und als verbindlich angesehen haben und ob die salvatorische Klausel in § 20 Abs. 6 Satz 1 in Verbindung mit der sog. Nachholklausel in § 20 Abs. 6 Satz 2 des Pachtvertrages einer Kündigung durch die Klägerin aus dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben entgegenstehen, kommt es daher nicht an.

4. Auch die außerordentliche fristlose, hilfsweise orderentliche Kündigung der Klägerin vom 28.07.2009 (Anlage OLG 26) zum nächstmöglichen Termin wegen Verstoß gegen Auflagen des Umweltamts (Innenberechnutzung des Biergartens als Parkfläche) ist unwirksam.

Abgesehen davon, dass dem Schreiben des Klägersvertreters vom 28.07.2009 zu entnehmen ist, dass diese Auflage nur für die Dauer der Bauzeit erteilt wurde, also nach der unstreitig erfolgten Beendigung des Baumaßnahmen keine Gültigkeit mehr haben dürfte, erschließt sich dem Senat nicht, warum Auflagen des Umweltamts, nach denen „die Hofflächen nicht für die Baustelleneinrichtung benutzt werden dürfen und/oder mit Fahrzeugen befahren werden dürfen oder ähnliches, damit keine Verdichtung des Bodens im Wurzelbereich eintritt oder die Wurzeln beschädigt werden“ automatisch auch für Pkws Gültigkeit haben sollten. Nachdem eine solche Regelung insbesondere für Baustellenfahrzeuge durchaus geboten erscheint, weil hierbei schwere Baufahrzeuge wie Lkws und Bagger zum Einsatz kommen, die in einem erheblichen Maß zur Bodenverdichtung beitragen, ergibt sich nicht zwingend eine Notwendigkeit für eine solche Auflage - noch dazu nach Beendigung der Bauzeit - für Pkws.

5. Die nach Schluss der mündlichen Verhandlung eingegangenen Schriftsätze vom 20.01.2010, 02.02.2010 und 04.02.2010 geben keine Veranlassung zu einer anderen Entscheidung bzw. zur Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung.

a) Wegen der Nachwirkung der Nachfristsetzungen wird auf die Ausführungen oben unter II 2 a dd-gg und wegen des außerordentlichen gesetzlichen Kündigungsrechts des Verpächters wegen Nichtzahlung der Kautions auf die Ausführungen unter II 2 b Bezug genommen.

b) Hinsichtlich der beantragten Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung ist auszuführen:

Nach § 296a Satz 1 ZPO können nach Schluss der mündlichen Verhandlung, auf die das Urteil ergeht, Angriffs- und Verteidigungsmittel nicht mehr vorgebracht werden. Nach Satz 2 dieser Bestimmung bleiben allerdings § 139 Abs. 5 und §§ 156, 283 ZPO unberührt. Aus § 296a Satz 1 ZPO folgt nicht, dass das Gericht einen nach Schluss der mündlichen Verhandlung eingereichten Schriftsatz von vornherein unberücksichtigt lassen darf. Das Gericht muss das Vorbringen vielmehr in jedem Fall beachten, insbesondere wenn damit nur Rechtsausführungen nachgeschoben werden (Musielak/Huber ZPO 6. Aufl. § 296a Rn. 4). Es hat darüber hinaus zu prüfen, ob Gründe für eine Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung nach § 156 Abs. 2 ZPO gegeben sind oder ob nach dem Ermessen des Gerichts (§ 156 Abs. 1 ZPO) die mündliche Verhandlung wieder zu eröffnen ist (Stein/Jonas/Leipold ZPO 22. Aufl. §296a Rn. 22; Zöllner/Greger ZPO 27. Aufl. §296a Rn. 3; Reichold in Thomas/Putzo ZPO 29. Aufl. §296a Rn. 1) . Auch wenn der nachgereichte Schriftsatz nicht mehr bei der Entscheidung über das Urteil Beachtung finden kann, weil das Urteil nach Beratung und Abstimmung bereits gefällt (§ 309 ZPO), aber noch nicht verkündet ist, hat das Gericht weiterhin bis zur Urteilsverkündung eingehende Schriftsätze zur Kenntnis zu nehmen und eine Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung zu prüfen (BAG, Urteil vom 18.12.2008 - 6 AZN 646/08, BGH, Urteil vom 01.02.2002 - VZR 357/00, NJW 2002, 1426).

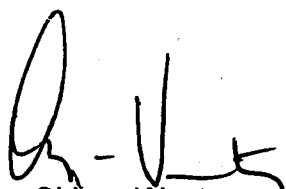
In dem Schriftsatz vom 02.02.2010 sind weder die in § 156 ZPO genannten Gründe für eine Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung dargelegt noch ist aus anderen Gründen eine Wiedereröffnung geboten. Der Senat erkennt nach den fehlgeschlagenen Bemühungen um eine vergleichsweise Erledigung in der mündlichen Verhandlung vom 13.01.2010 insbesondere keine Anhaltspunkte für eine Vergleichsbereitschaft auf Seiten des Beklagten. Warum sich diese allein durch die nunmehr erneut ausgesprochene außerordentliche Kündigung durch die Klägerin eingestellt haben sollte, erschließt sich dem Senat nicht.

Für eine Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung sprechen auch keine prozessökonomischen Gründe. Die Wirksamkeit der neuerlichen, nach Schluss der mündlichen Verhandlung ausgesprochenen außerordentlichen Kündigung vom 02.02.2010 ist nach völlig neuen Gesichtspunkten zu prüfen. Die Fragen, ob es sich bei der V[REDACTED] R[REDACTED] um eine deutsche Großbank oder eine öffentliche S[REDACTED] handelt, ob es der Klägerin nach Treu und Glauben verwehrt war, deren Bürgschaft nunmehr als nicht vertragsgemäß zurückzuweisen, nachdem sie die bisher

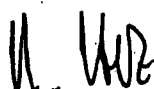
vorgelegten Bürgschaften derselben Bank nicht beanstandet hat und ob sie insoweit verpflichtet gewesen wäre, eine neue Nachfrist zu setzen, war nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens.

6. Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO; die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

7. Die Revision war nicht zuzulassen. Die Rechtssache hat weder grundsätzliche Bedeutung noch erfordert die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts, § 543 Abs. 2 Satz 1 ZPO. Das Urteil des Senats beruht auf einer Bewertung der besonderen Umstände des Streitfalls. Der Senat weicht nicht von höchstrichterlicher oder anderer obergerichtlicher Rechtsprechung ab.



von Ciriacy-Wantrup
Vorsitzender Richter
am Oberlandesgericht

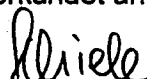


Dr. Herz
Richter
am Oberlandesgericht



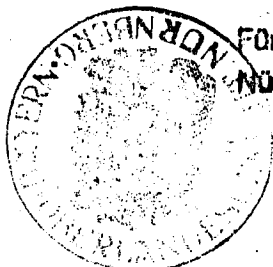
Schoen
Richterin
am Oberlandesgericht

Verkündet am 10.02.2010



Schiele
Justizobersekretärin

Urkundsbeamter der Geschäftsstelle



Für den Gleichlaut der Ausfertigung mit der Urschrift:
Nürnberg, den 16. FEB. 2010

Der Urkundsbeamte
der Geschäftsstelle des Oberlandesgerichts



Schiele

Justizobersekretärin