

IM Biotop 2 U 9/18

Oberlandesgericht Frankfurt am Main — Ur. v. 09.08.2018

Az.: 2 U 9/18

ECLI: ECLI:DE:OLGHE:2018:0809.2U9.18.00

Fristlose Kündigung des Mietverhältnisses wegen ungenehmigter Errichtung eines Schwimmbeckens

Verfahrensgang:

vorgehend:

LG Wiesbaden - 13.12.2017 - AZ: 14 O 47/17

Anmerkung:

Zu dieser Entscheidung gibt es eine Pressemitteilung auf der Webseite des OLG (www.olg-frankfurt-justiz.hessen.de).

OLG Frankfurt am Main, 09.08.2018 - 2 U 9/18

Tenor:

Die Berufung des Beklagten gegen das am 13.12.2017 verkündete Urteil des Landgerichts Wiesbaden - 14. Zivilkammer, Az. 14 O 47/17 - wird zurückgewiesen.

Der Beklagte hat die Kosten des Berufungsverfahrens einschließlich der außergerichtlichen Kosten der Nebenintervenientin zu tragen.

Dieses Urteil sowie das Urteil des Landgerichts Wiesbaden sind ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar. Der Beklagte darf die Vollstreckung der Klägerin durch Sicherheitsleistung in Höhe von 100.000,00 € abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung

Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird auf 91.200,00 € festgesetzt.

Gründe

I.

Die Klägerin ist mittlerweile Eigentümerin des Grundstücks eingetragen im Grundbuch von Wiesbaden des Amtsgerichts Wiesbaden, Flur 1, Flurstück 1/1, welches früher im Eigentum des Landes Hessen stand. Das Grundstück liegt im Komponistenviertel. Der Bebauungsplan der Stadt Wiesbaden sieht für das "Komponistenviertel" eine öffentliche Grünfläche gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 15 BauGB vor. Er ordnet an, dass die als öffentliche Grünfläche/Parkanlage Y dargestellte Fläche als Parkanlage unter Artenschutz- und Denkmalschutzaspekten anzulegen und zu unterhalten sei. Mit Ausnahme erforderlicher Wegeflächen und Sitzplätzen sei die Parkanlage zu begrünen. Die Errichtung baulicher Anlagen sei unzulässig.

Das Land Hessen, vertreten durch das Hessische Immobilienmanagement schloss mit dem Beklagten am 08.07.2002 eine schriftliche Nutzungsvereinbarung über das "im Lageplan rot gekennzeichnete Grundstück", hinsichtlich dessen übrigen Inhaltes vollumfänglich auf Anl. K2 (Bl. 4 ff. d.A.) Bezug genommen wird. Es heißt hier in § 1 unter anderem:

"Der Nutzer ist berechtigt, das (...) Grundstück als Gartengelände zu nutzen. Der Nutzer verpflichtet sich, das Grundstück in einem sauberen und ordnungsgemäßen Zustand zu halten. Er hat sicherzustellen, dass das Grundstück von Abfällen und sonstigen, nicht auf das Grundstück gehörenden Gegenständen freigehalten wird. Der Nutzer übernimmt auch die Pflege des Grundstücks (einschl. notwendiger Rückschnittarbeiten).

Der Nutzer übernimmt die Kosten der vorstehenden Maßnahme für die Dauer der Nutzungszeit. Das HI wird darüber hinaus kein gesondertes Nutzungsentgelt erheben. Das Nutzungsverhältnis beginnt am 01.07.02 und läuft auf unbestimmte Zeit."

§ 2 (Ausführung) verhält sich über die Verpflichtung des Beklagten, eine Einfriedung zu errichten und zu unterhalten, einschließlich der Demontage und Entsorgung des vorhandenen unbrauchbaren Maschendrahtzauns und den Einbau eines Tors auf seine Kosten.

§ 3 hat folgenden Wortlaut:

"§ 3 Kündigung

Die Vereinbarung kann jederzeit mit einer Kündigungsfrist von 4 Wochen zum Monatsende gekündigt werden,

Die Einfriedung einschließlich Tor (vgl. § 2) geht in das Eigentum des Landes Hessen über. Es besteht auch bei Beendigung des Nutzungsverhältnisses gleich aus welchen Gründen kein Ersatzanspruch des Nutzers gegenüber dem HI.

Bei Beendigung der Nutzung ist das Grundstück im übrigen in geräumten Zustand zurückzugeben."

Hinter dem Satz "zum Monatsende gekündigt werden" in § 3 Abs. 1 ist handschriftlich ein "," und sodann ein Sternchen ("*") angebracht. Unten ist handschriftlich hinzugefügt:

"wenn seitens der HI eine andere Nutzung vorgesehen wird bzw. die Liegenschaft veräußert werden soll, oder der Nutzer seine Vereinbarung aus diesem Vertrag nicht erfüllt."

Nach § 4 sollte der Nutzer für die Dauer der Nutzung die Verkehrssicherungspflicht auf dem Gelände einschließlich des Bürgersteiges übernehmen, die gesetzliche Haftpflicht des Grundeigentümers übernehmen und verpflichtete sich ferner, das Land Hessen von Ansprüchen Dritter freizustellen.

§ 5 hat unter anderem folgenden Wortlaut

"Soweit in dieser Vereinbarung nichts Abweichendes geregelt ist, finden die Vorschriften des BGB für Geschäftsraummiete Anwendung.

Erfüllungsort und Gerichtsstand ist für beide Teile Wiesbaden.

Alle Änderungen und Ergänzungen dieses Vertrages bedürfen zu ihrer Wirksamkeit der Schriftform"

Neben dem Grundstück Flur 1, Flurstück 1/1 wurde dem Beklagten auch das Grundstück Flur 1, Flurstück .../8 ohne schriftliche Regelung als Gartengelände überlassen. Zwischen den Parteien ist der Rechtscharakter dieser Überlassung streitig. Die Klägerin geht von Leihe aus, der Beklagte von Miete. Dies gilt allerdings auch für die rechtliche Einordnung des schriftlichen Vertrages über die Nutzung des Flurstücks 1/1.

2. Am 27.07.2011 fand vor Ort ein Ortstermin statt, an dem Vertreter der Klägerin und der Beklagte teilnahmen. Die Beteiligten erörterten den Vorschlag des Beklagten, das Gelände zur besseren Nutzung zu nivellieren. In diesem Kontext wurde möglicherweise auch über die Fällung von Bäumen diskutiert. Nach den Feststellungen des Landgerichts (Beschluss vom 31.08.2016, Bl. 163 ff. d.A.) einigten sich die Parteien anlässlich dieses Ortstermins darüber, dass die Grundstücke in mehrere Terrassen zur Nivellierung aufgegliedert werden sollten, um ausgehend von dem Hausgrundstück des Beklagten eine bessere Nutzung zu ermöglichen. Der Beklagte erhielt deshalb die Genehmigung zum Fällen von 5 Bäumen.

Am 20.09.2011 fand ein weiterer Ortstermin statt, in der sich die Vertreter der Klägerin über den Stand einzelner Erdarbeiten sowie der Baumfällung erkundigten.

Der Beklagte stellte am 19.10.2011 einen Antrag auf Fällung der Bäume, was ihm durch Bescheid vom 26.10.2011 genehmigt wurde. Eine Fachfirma führte am 09.11.2011 und 10.11.2011 Baumfällarbeiten im genehmigten Umfang durch und entfernte Strauchwerk. Der Beklagte führte ab dem Jahre 2012 Erdarbeiten durch. Im Januar 2013 waren wesentliche Arbeiten zur Nivellierung des Geländes abgeschlossen. Der Beklagte stellte einen weiteren Antrag zur Fällung von Bäumen. Zur Prüfung begaben sich Vertreter der Klägerin am 21.02.2013 auf das Grundstück. Möglicherweise wurde hier die ins Auge gefasste Baumfällung genehmigt. Der Beklagte hat in diesem Kontext behauptet, zuvor abgesprochene Umgestaltungsmaßnahmen seien in Augenschein genommen worden. Der Beklagte führte Baumfällarbeiten durch, veränderte teilweise das Gelände und nahm wiederum Neuanpflanzungen vor.

Am 05.09.2013 fand ein erneuter Ortstermin statt, wobei zwischen den Parteien streitig ist, ob es sich hierbei um eine getroffene Verabredung handelte.

Hierbei erläuterte der Beklagte zumindest gegenüber der Mitarbeiterin des Liegenschaftsamtes, der Zeugin A, die gärtnerische Umgestaltung und ersuchte sie um ihr Einverständnis mit getroffenen Maßnahmen. Zugleich erläuterte er, dass er die dank der Nivellierung gewonnenen Flächen zum Teil verwenden wolle, um einen Teich anzulegen. In diesem Zusammenhang ist streitig, ob der Beklagte zu diesem Zeitpunkt bereits ein ca. 15 m³ großes Loch ausgehoben und dies möglicherweise bereits mit einer Folie belegt hatte. Die Zeugin A kündigte eine Rückäußerung an. Einzelheiten sind zwischen den Parteien

streitig. Am Vormittag des 09.09.2013 (Anl. B1, Bl. 62 d.A.) übermittelte Frau A dem Beklagten mit dem Betreff: "Umgestaltung des städtischen Grundstücks" eine E-Mail folgenden Inhalts:

"(...) Leider ist die endgültige Entscheidung bezgl Ihrer Umgestaltungsmaßnahmen noch nicht getroffen worden. Das kann frühestens am Donnerstag erfolgen. Die entsprechende Rückmeldung lasse ich Ihnen dann Anfang nächster Woche zukommen. (...)"

Der Beklagte übermittelte am Folgetag später (Anl. B2, Bl. 63 d.A.) eine E-Mail, der er ein ausführliches Schreiben vom 10.09.2013 (Bl. 64 d.A.) beifügte sowie einen grundstücksbezogenen Plan der Gestaltung durch seinen Architekten (Bl. 63 unten). In der Zeichnung ist unter anderem im oberen Bereich des Flurstücks 1/1, ein Teich eingezeichnet. Erläuternd ist hinzugefügt:

"Teich

geplante Wasserspiegellinie

Wasserstand $h = 1,20 \text{ m}$

$V_{\text{gesamt}} < 100 \text{ cbm}$ "

Der Beklagte erläuterte in dem beigefügten Schreiben (Bl. 64 d.A.) den Umfang seiner Aufwendungen, um das Grundstück brauchbar zu machen, z.B. die Kosten für eine Zaunanlage, Kosten für den Freischnitt usw. Des Weiteren erklärte er, bei Abwägung zwischen Rückgabe des Grundstücks wegen der erheblichen Kosten und dem Halten des Grundstücks sich für das Halten entschieden zu haben. Es heißt hier:

"(...) Vorgegangen waren Begehungen mit dem Grünflächenamt, dem Umweltamt und der Unteren Naturschutzbehörde. Genehmigt wurden sodann dafür Fällungen diverser Bäume mit der Bitte, auf artgerechte Pflanzungen zu achten und auch in Aussicht gestellt, Pflanzungen auf städtische Kosten vorzunehmen. Zwischenzeitlich wurden Rasenflächen angelegt, über 2000 Buchsbäume gepflanzt sowie 400 Kirschlorbeerbäume und ebenso viele Glanzmispeln und zur Auflockerung 80 Hortensien. Geplant für den Herbst sind weitere Pflanzungen von Rhododendren und Bodendeckern im Schattenbereich.

Da der finanzielle Aufwand, wie man leicht erkennen kann, nicht gering ist, sollen die Entwicklungen des Grundstücks in Jahresabschnitten vorgenommen werden. Für dieses Jahr hatte ich geplant, ein Biotop mit kleiner Teichanlage [Hervorhebung durch das Gericht] anzulegen, etwa auf halber Höhe des Grundstücks. Dazu haben wir eine kleine Teilfläche schieben müssen. Da die geplante Teichanlage unter 100 cbm liegt, ist dies nach unserem Verständnis laut Hessischer Bauordnung (HBO) nicht genehmigungspflichtig.

Nichtsdestotrotz haben wir es aber versäumt, Sie diesbezüglich zu benachrichtigen und das mit Ihnen abzustimmen. Die Planungsunterlagen finden Sie in der Anlage mit der höflichen Bitte um Kenntnisnahme und Nachgenehmigung

Der Beklagte fügte dem Schreiben auch eine detaillierte Planung (Anl. B3, Bl. 66 d.A. und Ausschnittsvergrößerung: Bl. 488 d.A.) bei, in der man Einzeichnungen über die Gestaltung des Flurstücks 1/1 vorfindet."

Am 17.09.2013 fand möglicherweise ein Telefongespräch statt, in welchem möglicherweise Frau B von der Wiesbaden, gegenüber dem Beklagten ankündigte, dass dem Beklagten ein neuer Pachtvertrag übermittelt werde, der die Umgestaltungsmaßnahme einschließlich der Anlage des Teichs beinhalte. Zu Übersendung eines Pachtvertrages kam es aber nicht. Ob das Telefongespräch stattgefunden hat, und wenn ja, was dabei besprochen wurde, ist zwischen den Parteien aber ebenfalls umstritten und war es zumindest in erster Instanz. Zwischen den Parteien ist weiter streitig, inwieweit am 01.10.2013 ein Telefonat stattfand und Frau A ihre Zustimmung zu der geplanten Maßnahme erteilte.

Der Beklagte führte weitere Arbeiten durch. Nach Abschluss der Erdarbeiten wurde die Sohle des Teichs betoniert. Anschließend errichtete der Beklagte an den Kanten der Teichsohle Stützwände.

Am 10.07.2015 will der Beklagte wahrgenommen haben, dass ihm unbekannte Personen das Grundstück betreten und fotografiert haben.

Mit Schreiben vom 17.07.2015 (Anl. K6, Bl. 23 f. d.A.) wandte sich das Amt für Wirtschaft und Liegenschaften des Magistrats der Wiesbaden im Hinblick auf die Nutzung der Flurstücke 1/1 und .../8 an den Beklagten und monierte, dass auf den städtischen Grundstücken Baumaßnahmen vorgenommen worden seien, die die Eigentümerin nicht genehmigt habe und forderte den Beklagten auf, die Bautätigkeit umgehend einzustellen und bereits vorhandene Bauten und Geländeänderungen zurück zu bauen und in den ursprünglichen Zustand wiederherzustellen.

In der Presse erschien am 25.07.2015 (Anl. K3, Bl. 8 d.A.) ein Zeitungsartikel mit der Überschrift: "Hanggestaltung auf eigene Faust - illegale Baumaßnahmen - Wie ein Privatmann fast unbemerkt ... ein öffentliches Grundstück umbaut."

Am 30.07.2015 fand eine Begehung statt, in der gegenüber dem Beklagten mündlich moniert wurde, dass illegale Baumaßnahmen durchgeführt würden.

Mit Schreiben vom 31.07.2015 (Anl. K7, Bl. 24 d.A.) kündigte der Magistrat der Stadt Wiesbaden die Nutzungsvereinbarung vom 08.07.2002 (mit dem Land Hessen) für das Grundstück Flur 1, Flurstück 1/1 außerordentlich, fristlos und forderten den Beklagten auf, das Grundstück unverzüglich in vertragsgemäßem Zustand herauszugeben. Hilfsweise kündigte die Klägerin die Nutzungsvereinbarung fristgemäß nach § 3 dieser Vereinbarung zum nächstmöglichen Zeitpunkt, dem 31.08.2015.

Hinsichtlich des Grundstücks Flur 1, Flurstück .../8 kündigte die Klägerin mit Schreiben vom 03.08.2015 (Anl. K8, Bl. 25d.A.) den "durch konkludentes Handeln auf unbestimmte Zeit

geschlossenen Leihvertrag" gemäß § 604 Abs. 3 BGB fristlos. Auch insoweit wurde der Beklagte aufgefordert das Grundstück in geräumten Zustand herauszugeben.

Mit Schreiben vom 24.08.2015 (Anl. K9, Bl. 26 d.A.) (Amt für Wirtschaft und Liegenschaften) mahnte die Beklagte an, dass bisher weder die Herausgabe des Grundstücks, noch der Rückbau der auf dem Grundstück vertragswidrig errichteten Bauten und vorgenommenen Geländeänderungen erfolgt sei und forderte die Beklagten auf, einen Zeitplan vorzulegen, und mitzuteilen, wie er sich den entsprechenden Rückbau und Versetzung in den ursprünglichen Zustand vorstelle. Zugleich drohte sie eine Räumungsklage an. Der Beklagtenvertreter wies Ansprüche mit Antwortschreiben vom 31.08.2015 (Anl. K10, Bl. 27 d.A.), insbesondere auch die Berechtigung zur Kündigung mit der Begründung zurück, sowie in formeller als auch materielle Hinsicht weise die Kündigung Unzulänglichkeiten auf; sie äußerte Wirksamkeitsbedenken. Mangels Rechtsgrundlage bzw. Kündigungsgrundes bestehe das Nutzungsrecht des Beklagten unverändert fort.

Das Bauaufsichtsamt des Magistrats der Wiesbaden erließ als untere Bauaufsichtsbehörde durch Bescheid vom 18.09.2015 (Az. ...) Anl. K5, Bl. 19 ff. d.A.) eine baupolizeiliche Verfügung und forderte den Beklagten unter Hinweis auf §§ 53, 54 und 71 HBO auf, die entgegen den Vorschriften der §§ 60 Abs. 3 und 65 Abs. 1 bis Abs. 3 HBO bereits begonnenen Bauarbeiten einzustellen, insbesondere die Errichtung des geplanten Schwimmbeckens mit angrenzendem Ruhezonensbereich. Die sofortige Vollziehung wurde angeordnet.

Mit Schreiben vom 01.02.2016 meldete sich der Bevollmächtigte der Nebenintervenientin, die Erben- und Eigentümergemeinschaft bzgl. eines Grundstücks in der Straße 1 (Flur 1, Flurstücke 2/14 und 3/14), welches an das Grundstück .../8 der Klägerin grenzt und monierte, dass der Nutzer des Nachbargrundstücks landschaftsgestaltende Umbau- und konstruktive Maßnahmen durchgeführt habe, die nicht nur bauordnungsrechtliche und öffentlich-rechtliche Belange berührten. Massive Erdbewegungen, Aufschüttungen von Erdwällen, Fundamentierung in dem Grenzbereich direkt an der Garage der Nebenintervenientin berührten auch zivilrechtlicher Ansprüche. Er machte einen Anspruch auf bauaufsichtsrechtliches Einschreiten und Unterlassungsansprüche nach § 1004 BGB geltend und kündigte Schadensersatzansprüche an.

Die Klägerin hat die Ansicht vertreten, das Streitverhältnis sei privatrechtlicher Natur. Eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit liege nicht vor. Es sei für die rechtliche Beurteilung der Zulässigkeit aus dem Vertragsverhältnis unerheblich, ob durchgeführte Veränderungen und Umbaumaßnahmen baurechtlich zulässig gewesen seien oder einer Baugenehmigung bedurft hätten. Der Beklagte hätte weder als Mieter noch als Entleiher irgendwelche Veränderungen auf dem überlassenen Grundstück vornehmen dürfen. Sie hat behauptet, weder für das Land Hessen, noch für die Klägerin sei es bei Abschluss des Vertrages darum

gegangen, durch die Gestattung der Nutzung gegenüber dem Beklagten Kosten einzusparen. Es sei der Beklagte gewesen, der nachhaltig darauf gedrängt habe, die zwischen seinem Grundstück und der Straße² gelegenen öffentlichen Grünflächen mit zu nutzen. Das Land und die Klägerin seien deshalb damit einverstanden gewesen, weil der Beklagte dann auch die Kosten der ordnungsgemäßen Unterhaltung und Pflege übernehme. Die Klägerin habe in den Jahren 2011 und 2012 abweichend vom Vortrag des Beklagten keine Zustimmung zur Veränderung des Grundstücks erteilt.

Zu der Inaugenscheinnahme des Grundstücks am 05.09.2013 sei es nicht etwa aufgrund einer getroffenen Vereinbarung gekommen. Vielmehr habe die Mitarbeiterin der Klägerin aufgrund von Hinweisen, dass auf dem Grundstück ungenehmigte Erdarbeiten stattfinden könnten, eine Kontrolle durchführen wollen und habe hierbei festgestellt, dass der Beklagte auf dem Grundstück ein ca. 15 m³ großes Loch ausgehoben habe. Der Beklagte sei darauf hingewiesen worden, dass jegliche Erdarbeiten und sonstige Baumaßnahmen ohne vorherige Genehmigung der Eigentümerin untersagt seien. Die weiteren Bauarbeiten im Jahre 2015 seien mit den Maßnahmen, die im Jahre 2013 erläutert worden seien, nicht vergleichbar. Im Sommer 2015 sei nämlich festgestellt worden, dass der Beklagte nicht einsehbar umfangreiche Erdarbeiten durchgeführt habe, durch die das Grundstück grundlegend verändert worden sei. Insbesondere habe er auf einer geplanten Fläche ein betoniertes Schwimmbecken mit einem Inhalt von ca. 100 m³ errichtet worden. Um das Becken herum befinde sich eine Liegefläche im Bau. Teile des Grundstücks seien neu bepflanzt gewesen. Die Klägerin hat die Ansicht vertreten, dass diese umfangreichen, nicht genehmigten Umgestaltungsmaßnahmen die fristlose Kündigung gerechtfertigt hätten. Die Klägerin hat nach Umstellung von Anträgen zuletzt beantragt, den Beklagten zu verurteilen,

1. 1.

auf seine Kosten auf dem Grundstück in Wiesbaden, Flur 1, Flurstück .../8 fachgerecht folgende Rückbaumaßnahmen vorzunehmen:

- Entfernung der Pergola
- Entfernung aller ober- und unterirdischen Leitungen (Wasser, Strom)
- Entfernung aller Beleuchtungseinrichtungen
- Entfernung der Gabionenwand im Bereich der Straße²

2. 2.

auf seine Kosten auf dem Grundstück in Wiesbaden, Flur 1, Flurstück 1/1 fachgerecht folgende Rückbaumaßnahmen vorzunehmen:

- Rückbau des Betonbeckens und aller vom Beklagten erstellten Betonflächen
- Rückbau aller aufsteigenden Mauern
- Rückbau des Unterbaus und aller Betonflächen und Mauern

- Rückbau der verlegten Versorgungs- und Entsorgungsleitungen
- Entfernung der Holzaufbauten im Bereich des Beckens und der Regenerationsflächen
- Verfüllung der Baugrube nach Rückbau mit geeignetem Bodenmaterial der Klassifizierung "O", das dem dort vorkommenden natürlichen Boden entspricht
- Modellierung des Geländes in Anlehnung an die Geländeverlauf vor dem Eingriff
- Einsaat der Flächen mit ortsüblichem Bewuchs
- Entfernung der Gabionenwand im Bereich der Straße²
- Entfernung der Beleuchtungskörper mit allen unter- und oberirdischen Stromleitungen

3. 3.

nach fachgerechter Durchführung der vorstehenden Rückbaumaßnahmen die beiden vorgenannten Flurstücke ordnungsgemäß geräumt und an die Klägerin herauszugeben;

4. 4.

den Beklagten zu verurteilen, die Klägerin von allen Ansprüchen freizustellen, die die Nebenintervenientin im Zusammenhang mit dem Bauarbeiten der Beklagten auf den Parzellen in Wiesbaden, Flur1, Flurstücke 1/1 und .../8 gegen die Klägerin erhebt.

Der Beklagte hat beantragt,
die Klage abzuweisen.

Er hat die Rechtswegzuständigkeit der ordentlichen Gerichte gerügt. Es handele es sich um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit, für die der Verwaltungsrechtsweg eröffnet sei. Die Klägerin berufe sich vornehmlich auf bauplanungsrechtliche Vorschriften. Die streitentscheidenden Normen seien öffentlich-rechtlicher Natur. Nach der herrschenden Sonderrechtstheorie sei die Rechtsnatur der Streitigkeit im öffentlichen Recht anzusiedeln. Die Klägerin trete unter Berufung auf öffentlich-rechtliche Vorschriften als Hoheitsträgerin auf, weil es sich bei den Grundstücken gemäß der städtischen planungsrechtlichen Festsetzung um eine öffentlich Grünfläche/Parkanlage Y handele.

Der Beklagte hat behauptet:

Hinsichtlich beider Grundstücke seien seinerzeit das Land Hessen und später die Klägerin aus fiskalischen Gründen daran interessiert gewesen, Pflege und Instandhaltung des Grundstücks als Aufgabe der Daseinsvorsorge auf den Beklagten zu übertragen. Ihm sei deshalb im Gegenzug eingeräumt worden, die Flächen gärtnerisch nach seinem Ermessen zu gestalten. Er habe Interesse gehabt, als angrenzender Grundstückseigentümerin an den Nachbargrundstücken zu partizipieren (Zeugnis C, Zeugnis D, Zeugnis E). Dies sei der Hintergrund gewesen, weshalb er sich in § 1 des Vertrages vom 08.07.2002 verpflichtet habe, das Grundstück in einem sauberen und ordnungsgemäßen Zustand zu erhalten. Das

Land Hessen habe augenscheinlich die Kosten der Übernahme gescheut, die für die Räumung und Instandsetzung erforderlich geworden wären. Der Beklagte habe auf seine Veranlassung und Kosten eine Altlastentsorgung sowie einen Feinschnitt vorgenommen. Hierfür habe er 12.000 € aufgewandt. Für die Prüfung und Sicherung der Bäume habe er Kosten von 5.000 € aufwenden müssen. Da er sich über Jahre hinweg bei der Pflege und Instandhaltung der Liegenschaft bewährt hätte und hohe Eigenmittel aufgewandt habe, sei ihm auch die Pflege des Flurstücks .../8 übertragen worden. Dies sei konkludent gemäß der bisherigen Vereinbarung für die Ausgangsfläche Flurstück 1/1 erfolgt. Für die rechtliche Einordnung spiele es keine Rolle, wie der Beklagte die Grundstücke genutzt habe. Eine Ent-/Umwidmung als actus contrarius bedürfe stets der gleichen Form, die für die Widmung gewählt worden sei.

Weiter hat der Beklagte geltend gemacht: Die nachträgliche Überlassung des Flurstücks .../8 sei im "Wege der konkludenten Vertragserweiterung" erfolgt. Er habe keine illegalen Bauarbeiten durchgeführt. Ende 2010 habe er überlegt, wie er mit den Grundstücken weiter verfahren solle. Weil das Gelände abschüssig gewesen sei, hätten kaum Nutzungsmöglichkeiten bestanden. Dem hätte ein hoher Kostenaufwand für die Pflege und Instandhaltung gegenübergestanden. Er habe überlegt, das Grundstück zurückzugeben oder so umzugestalten, dass es einer vollwertigen gärtnerischen Nutzung zugeführt werden könne. Er sei mit diesem Anliegen an die Klägerin herangetreten. Für die Klägerin habe stets die Priorität bestanden, die Rücknahme und die Kosten zu vermeiden.

Anlässlich eines Ortstermins am 27.07.2011 habe zudem eine Nivellierung des Geländes zur Diskussion gestanden, um dem Beklagten eine weitergehende Nutzung zu ermöglichen und zugleich eine Rückgabe der Grundstücke an die Klägerin mit Übernahme der Kostenlast zu vermeiden. Die Parteien hätten sich bei diesem Termin dahingehend geeinigt, dass das Grundstück in mehrere Terrassenabschnitte aufgegliedert werde, um, ausgehend vom Hausgrundstück des Beklagten, eine bessere Nutzung zu ermöglichen. Die Vertreter der Klägerin hätten ihre Erleichterung zum Ausdruck gebracht, dass sie die Grundstücke nicht zurücknehmen müssen und der Beklagte weiter für Kosten der Instandhaltung und Pflege aufkomme.

Anlässlich der Besprechung am 27.07.2011 sei festgestellt worden, dass aufgrund der beabsichtigten Nivellierung einige Bäume gefällt werden müssten. Man habe im Einzelnen geprüft, für welche Bäume eine Genehmigung erforderlich wäre. Er habe entsprechend der gemeinsamen Feststellungen 19.10.2011 einen Fällantrag gestellt. Anlässlich seines weiteren Antrags zur Fällung von Bäumen nach der Besichtigung der Örtlichkeiten am 21.02.2013 hätten Vertreter der Klägerin auch diese Baumfällung genehmigt. Sie hätten zuvor abgesprochene Umgestaltungsmaßnahmen in Augenschein genommen und keine Einwände erhoben. Nach fast abgeschlossenen Nivellierungsarbeiten habe Herr J von der

Klägerin das Grundstück wegen eines erneuten Antrags zur Fällung von Bäumen in Augenschein genommen und habe in diesem Zusammenhang nochmals die erbetene Fällung genehmigt. Die erfolgten Umgestaltungsmaßnahmen des Grundstücks habe er erneut nicht beanstandet.

Anlässlich des gemeinsamen Ortstermins am 05.09.2013 habe der Beklagte mit Vertretern der Klägerin weitere Einzelheiten seiner gärtnerischen Umgestaltung erörtert und sie erneut um ihr Einverständnis gebeten. Anlass für den abgestimmten Termin sei gewesen, den Stand der Baumfällarbeiten und der Erdarbeiten zu überprüfen. Neben Frau A sei auch noch Frau B anwesend gewesen. Der Beklagte habe Einzelheiten der gärtnerischen Umgestaltung erläutert. Hierbei habe er erklärt, dass er die dank der Nivellierung gewonnene Fläche zum Teil verwenden wolle, um einen Teich anzulegen. Die Mitarbeiterin der Klägerin vom Liegenschaftsamt habe eine verbindliche Rückäußerung angeboten. Vor der Zusage der Zeugin A am 01.10.2013 habe Frau B am 13.09.2013 bei einem Telefongespräch mit dem Beklagten angekündigt, dass Frau A ihm einen neuen Pachtvertrag zusende, der die Umgestaltungsmaßnahmen einschließlich der Anlage des Teichs regle. Ferner habe Frau B erklärt, dass die Klägerin seinem Teichvorhaben zugestimmt habe und zwar intern durch die Vertreter der Klägerin F und A. Hierbei habe sie die Zustimmung Frau A in Vertretung mitgeteilt. Anschließend habe die Zeugin A am 01.10.2013 mitgeteilt, dass "sofort weitergearbeitet werden könne"; sie habe die Angelegenheit mit dem Wirtschaftsdezernenten erörtert. Sämtlichen Geländeänderungen und Bauarbeiten seien also in Abstimmung mit der Klägerin erfolgt. Er habe auch kein Schwimmbad errichtet, sondern eine Teichsohle mit Stützwänden. Es handele sich um einen Schwimmteich. Die Einbringung der Stützwände sei statisch erforderlich, um ein Abrutschen des Geländes zu verhindern. Einer baurechtlichen Genehmigung habe diese Maßnahme nicht bedurft. Denn das Wasserbecken habe einen Rauminhalt von weniger als 100 m³ und eine geringere Tiefe von 2 m. Das Bauvorhaben sei formell und materiell rechtmäßig erstellt worden. Denn die Anlage des Teichs entspreche der städtischen Festsetzung als öffentliche Grünfläche. Nahezu sämtliche von der Stadt betriebenen Grünflächen verfügten auch über Teiche. Demzufolge sei auch die Teichanlage planungsrechtlich im Zusammenhang mit der Grünanlage in Einklang zu bringen; die vom Beklagten gewählte gärtnerische Gestaltung der beiden Grundstücke entspreche den Eigenheiten sowie Besonderheiten der städtischen Parkanlagen, auch unter Denkmalschutzaspekten. Die Klägerin unterhalte zahlreiche historische Gärten mit Teichanlagen. Solche seien aufgrund ihrer geringen Ausmaße auch baugenehmigungsfrei. Das gelte auch für seinen Teich. Die Grundstücke seien ihm nicht unentgeltlich überlassen worden. Der Beklagte habe die Verpflichtung der Klägerin zur Daseinsvorsorge im Zusammenhang mit der Errichtung der Grünfläche zur Pflege und Instandhaltung auf eigene Kosten übernommen. Die Kündigungen der Klägerin seien

unwirksam. Sie seien von funktionell unzuständigen Personen unterschrieben worden. Die im Vertrag hinzugefügte handschriftliche Einschränkung der Kündigungsmöglichkeit sei Gegenstand der vertraglichen Vereinbarung gewesen. Die Voraussetzungen für eine solche Kündigung lägen aber nicht vor. Die von ihm geplante Anlage des Teichs widerspreche nicht der nach dem Vertrag vorgesehenen gärtnerischen Nutzung des Grundstücks als Gartengelände. Auch umliegende Grundstücke und in der Nähe liegende Grundstücke würden in Wiesbaden in gleicher Weise genutzt.

Der Beklagte hat ergänzend vorgetragen (Schriftsatz vom 29.07.2016, Bl. 129 ff. d.):

Anlässlich des Ortstermins vom 27.07.2011 hätten Herr G von der Unteren Naturschutzbehörde sowie die Herren H und I von Grundflächenamt die Nutzungsmöglichkeiten erörtert. Insbesondere habe auch die Nivellierung des Geländes zur Diskussion gestanden, um den Beklagten eine weitergehende Nutzung zu ermöglichen. An diesem Tag (27.07.2011) hätten sich die Beteiligten dahin geeinigt, dass das Grundstück in mehrere Terrassenabschnitte aufgegliedert werde, um ausgehend vom Hausgrundstück des Beklagten eine bessere Nutzung zu ermöglichen. Anlässlich der erstrebten Nivellierung sei auch im Einzelnen besprochen worden, welche Bäume in diesem Zusammenhang gefällt werden sollten.

Anlässlich eines Ortstermins am 20.09.2011 hätte sich die Mitarbeiterin der Klägerin Frau A ausführlich über die einzelnen Erdarbeiten und über die Baumfällarbeiten informiert.

Gegenüber den Behauptungen der Nebenintervenientin hat er vorgetragen (vgl. Schriftsatz vom 05.04.2017, Bl. 346 ff. d. A.): Er habe an der Grenze zum Nachbargrundstück der Nebenintervenientin weder Bauarbeiten durch Aufschüttungen durchgeführt, noch Terrassen angelegt. Die Teicharbeiten hätten das Nachbargrundstück nicht tangiert. ausschließlich das Grundstück des Beklagten erfasst.

Der Beklagte hat mit Schriftsatz vom 10.01.2017 (Bl. 283 ff. d.A.) und 05.04.2017 (Bl. 346 ff. d.A.) unter Vorlage spezifischer Rechnungen dargelegt, rund 219.000 € für die Durchführung von gestalterischen, Pflege- und Unterhaltungsmaßnahmen aufgewandt zu haben. Auf den Inhalt der Schriftsätze sowie die vorgelegten Anlagen wird Bezug genommen.

Die Nebenintervenientin hat behauptet (vgl. insb. Schriftsatz vom 28.04.2017, Bl. 356 ff. d.A.): Der Beklagte habe die Bauarbeiten bis an die Grenze zu ihrem Grundstück durch Aufschüttungen sowie der Anlage von Terrassen ausgeführt worden. Hierdurch sei ihre Garage beschädigt worden. Es gebe sichtbare Feuchtigkeitsschäden. Die die gesamte Nachbarschaft sei mit dieser Maßnahme nicht einverstanden und ärgere sich.

Das Landgericht hat nach Vernehmung von Zeugen und Anhörung des Beklagten (Sitzungsniederschrift vom 22.11.2017, Bl. 466 ff. d.A.) durch das am 13.12.2017 (Bl. 492 d.A.) verkündete Urteil (Bl. 493 ff. d.A.) der Klage auf Rückbau, Räumung im vollem Umfang und dem Feststellungsbegehren der Klägerin überwiegend stattgegeben. Es hat zur

Begründung im Wesentlichen ausgeführt: Die Nutzungsvereinbarung vom 08.07.2002 zwischen der Rechtsvorgängerin der Klägerin und dem Beklagten sei als Miet- oder Pachtvertrag anzusehen, weil die Gebrauchsgewährung als entgeltlich einzustufen sei. Die Klägerin habe nach Beendigung des Nutzungsvertrages ein Recht auf Rückgabe gemäß § 546 BGB einschließlich der Rückbaumaßnahmen Die Kündigungen vom 08.07.2002, 31.07.2015 und 03.08.2015 seien wirksam. Dem stehe nicht entgegen, dass sie nicht vom Bürgermeister unterschrieben worden sei. Indem der Beklagte das Grundstück mit Betonstützmauern bebaut habe, habe er es in vertragswidriger Weise genutzt, weil der Vertrag lediglich die Nutzung und Pflege, nicht aber die Veränderung des Grundstücks rechtfertige. Der Beklagte habe nicht davon ausgehen dürfen, dass die Umbaumaßnahmen von der Klägerin geduldet worden oder gar genehmigt worden seien. Aufgrund der Beweisaufnahme hat das Landgericht die Überzeugung gewonnen, dass der Beklagte gegenüber der Zeugin A nicht die vollständige Planung der Umbauarbeiten und damit angestrebten Zustandes des Grundstücks offengelegt habe, so dass er auf eine etwaige Zusage der Klägerin nicht habe vertrauen dürfen. Hierbei hat das Landgericht seine Feststellungen auf die von ihm als glaubhaft bewerteten Bekundungen der Zeugin Ute A vom Liegenschaftsamt der der Klägerin gestützt und zugrunde gelegt, dass bei der Besichtigung am 05.09.2013 in Begleitung ihrer Kollegin Frau B auf dem Grundstück eine Rampe aufgeschüttet und ein Erdloch von ca. 15 m² Fläche ausgegraben war, wobei es Stützmauern noch nicht gab. Die Kammer hat die Äußerung des Beklagten als bewiesen angesehen, er beabsichtige, die Grube mit einer Teichfolie auszulegen und ein Biotop anzulegen.

Das Landgericht hat aus der Bekundung der Zeugin den Schluss gezogen, dass es weder eine mündliche noch eine schriftliche Genehmigung zur Errichtung von umfangreichen Betonstützmauern auf dem Grundstück gab, sondern sich die Genehmigung allenfalls auf den Zustand bezog, den es anlässlich der Besichtigung im September 2013 hatte. Es hat die Erklärung der Zeugin ausgelegt. Mangel Vorhandensein von Betonstützmauern und betonierter Sohle des Teichbiotops habe sich die Zusage der Zeugin, der aktuelle Zustand werde genehmigt, nicht auf die Genehmigung weiterer umfangreicher Baumaßnahmen sondern sich lediglich auf die Einbringung einer Teichfolie in die bereits vorhandene Erdgrube bezogen. Der Beklagte habe nicht darauf vertrauen dürfen, dass die Zusage derartige Betonarbeiten umfasse. Es komme nicht allein auf den Empfängerhorizont des Beklagten an, weil dieser seine konkreten Vorstellungen hinsichtlich der weiteren Bebauung nicht offengelegt habe.

Im Hinblick auf die Abmahnung sei die Kündigung wirksam, so dass den Beklagten nach Beendigung des Mietvertrages nach § 3 eine Rückbauverpflichtung treffe. Hierauf habe die Klägerin nicht verzichtet, was sich aus dem Ergebnis der Beweisaufnahme ergebe. Der

Rückbauanspruch sei auch nicht im Zusammenhang mit einer Duldungsverpflichtung gemäß § 1004 Abs. 2 BGB ausgeschlossen, weil diese Vorschrift im Rahmen des Mietverhältnisses wegen der spezielleren Vorschrift des § 546 BGB keine Anwendung finde und die Klägerin die Veränderung nicht geduldet habe. Ein Anspruch auf Freistellung hat das Landgericht im zuerkannten Umfang bejaht. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Entscheidungsgründe des Urteils des Landgerichts verwiesen.

Gegen dieses ihm am 18.12.2017 (Bl. 527 d.A.) zugestellte Urteil richtet sich die am 17.01.2018 (Bl. 557 d.A.) eingelegte und nach Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist (Bl. 562 d.A.) innerhalb dieser Frist am 19.03.2018 (Bl. 568 d.A.) begründete Berufung, mit der der Beklagte unter Wiederholung und Vertiefung seines erstinstanzlichen Vorbringens sein Begehren der Abweisung der Klage weiter verfolgt.

Der Beklagte wiederholt und vertieft sein erstinstanzliches Vorbringen zu den entsprechenden Besichtigungen, entsprechenden Erklärungen der Mitarbeitern der Stadt Wiesbaden (vgl. Berufungsbegründungsschriftsatz vom 19.03.2018, S. 1-4, Bl. 579 ff. d.A.) und macht in diesem Kontext geltend: Beim Ortstermin vom 05.09.2015, sei es darum gegangen, den Stand der Baumfällarbeiten und der Erdarbeiten zu überprüfen. Er habe dies zum Anlass genommen, mit den Vertretern der Klägerin weitere Einzelheiten seiner gärtnerischen Umgestaltung zu erörtern und um ihr Einverständnis zu bitten. Das Gespräch sei ausgesprochen harmonisch verlaufen. Er habe erläutert, dass er die dank der Nivellierung gewonnenen Flächen zum Teil verwenden wolle, um einen Teich anzulegen. Die Erdarbeiten habe er da schon vollständig abgeschlossen. Er sei in diesem Zusammenhang gebeten worden, hinsichtlich des geplanten Teichs etwas Schriftliches auszuarbeiten und zu überreichen, um bei etwaigen internen Besprechungen der Stadt eine Entscheidungsgrundlage zu haben. Der Beklagte vertritt die Ansicht, die mit der E-Mail vom 10.09.2013 überreichten Unterlagen hätten professionelle Planunterlagen seines Architekten beinhaltet. Aus den Planunterlagen gemäß Anlage B3 sei sowohl der endgültige Verlauf, als auch das Anlegen des Teichs, und zwar einschließlich seines Umfangs, seiner Tiefe sowie die hierfür erforderlichen Bauarbeiten ersichtlich worden. Nachdem die Zeugin A sich einige Tage später telefonisch gemeldet und erklärt habe, es solle sofort weitergearbeitet werden, sei man übereingekommen, dass für den Teichbau eine Kautions von 25.000,00 € vom ihm zu erbringen sei, die er auch schließlich erbracht habe. Nach Abschluss der Erdarbeiten seien Übereinstimmung mit den eingereichten Planungsunterlagen gemäß Anlage B3 sodann die Sohle betoniert und an den Kanten der Teichsohle Stützwände errichtet worden. Die Bauarbeiten hätten lediglich das Grundstück Flurstück 1/1 betroffen. Das Landgericht habe insoweit unzutreffende Feststellungen getroffen. Das Landgericht habe zu Beginn des Tatbestandes unzutreffender Weise festgestellt, dass sowohl das Grundstück Flur 1, Flurstück .../8, als auch die Parzelle Flur 1, Flurstück 1/1 zusammen mit dem Vertrag vom

08.07.2002 überlassen worden seien. Demgegenüber sei zwischen den Parteien unstreitig gewesen, dass es sich bei dem Flurstück .../8 um ein anderes Grundstück handle. Beide Parzellen seien durch zwei, wenn auch inhaltlich identische Verträge überlassen worden. Vor diesem Hintergrund könne das Urteil hinsichtlich des Grundstückes Flurstück .../8 keinen Bestand haben. Die Urteilsgründe beschäftigen sich ausschließlich mit der Frage, ob ein außerordentlicher Kündigungsgrund gemäß § 543 Abs. 3 BGB wegen vertragswidrigem Verhalten vorläge. Diese habe sich auf Baumaßnahmen bezogen, die ausschließlich das Flurstück 1/1 betroffen hätten. Dies sei auch so von der Zeugen A bekundet worden. Damit habe die Klägerin weder einen Kündigungsgrund für einen Herausgabeanspruch des Flurstücks .../8 geltend gemacht, noch vorgetragen. Die Kündigung sei damit unwirksam, so dass die Stattgabe der Klage hinsichtlich dieses Grundstücks eine Rechtsverletzung darstellten. Das Landgericht gehe aufgrund falscher Beweiswürdigung sowie fehlerhafter Rechtsanwendung davon aus, dass ein Kündigungsgrund hinsichtlich des Flurstücks 1/1 bestehe. Insbesondere indem es zu Grunde lege, dass der Beklagte die Bebauung mit Betonstützmauern in vertragswidriger Weise genutzt und die vollständige Planung der Umbauarbeiten nicht offengelegt habe und somit nicht auf eine Genehmigung der Klägerin hätte vertrauen dürfen. Da die Zeugin bekundet habe, nach Erhalt der E-Mail und Absprache mit den Vorgesetzten dem Beklagten ohne Einschränkung die Genehmigung zum Weiterbau gegeben zu haben, habe das Landgericht nicht mitgeteilte Gedanken der Zeugin fehlerhaft mit dem Beklagten angeblich bekannten Tatumständen gleichgesetzt. Das Landgericht gehe fehlerhaft davon aus, dass für die Auslegung einer Willenserklärung nicht allein auf den Empfängerhorizont des Beklagten abzustellen wäre. Nach ständiger Rechtsprechung seien solche immer so auszulegen sein, wie sie der Erklärungsempfänger nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte verstehen müsse. Da der Beklagte ein Biotop mit seiner Teichanlage beantragt habe, welches aus Sicht eines objektiven Erklärungsempfängers so genehmigt worden sei und sämtliche Maße der Bauarbeiten durch Vorlage der Planunterlagen gemäß Anl. B3 bekannt gewesen seien, sei die erfolgte Ausführung als genehmigt anzusehen. Die Bekundungen der Zeugin, sie habe die Pläne angeblich nicht lesen können und auch nicht an die Vorgesetzten weitergeleitet, sei für die Bemessung des objektiven Empfängerhorizont unbeachtlich. Dem Beklagten hätte mitgeteilt werden müssen, dass nur eine bestimmte Art der Ausführung gewünscht werde. Wenn er ein Biotop mit Teichanlage plane und einen Plan vorlege, könne er sicher davon ausgehen, dass eine aus bautechnischer Sicht in jedem Fall erforderliche Betonverschalung gebaut werden dürfe. Es sei nicht nachzuvollziehen, wieso das Landgericht davon ausgehe, dass mit der Genehmigung lediglich die Einbringung einer Teichfolie gemeint sei. Dies sei lebensfremd. Ein Teich mit Folie ohne Beton hätte den Belastungen niemals standgehalten. Es sei sowohl der Klägerin als auch ihm niemals um die Folierung des Teichs an sich, sondern vielmehr um

die genehmigte Teichanlage gegangen. Die Ausmaße des Teichs seien der Klägerin bei Genehmigung der Fertigstellung bekannt gewesen. Der Erdaushub sei bei der Ortsbesichtigung abgeschlossen gewesen. Schon aus der Höhe der Kaution werde deutlich, dass eine kostenintensive Betonverschalung unumgänglich gewesen sei. Andernfalls wäre die Kautionshöhe ohne sachlichen Bezug. Entgegen dem Inhalt des Schreibens vom 17.06.2015 seien sämtliche Veränderungen des Grundstücks immer abgesprochen gewesen. Damit habe auch ein Rechtsgrund für das Rückbauverlangen der Klägerin gefehlt; wenn überhaupt existiere allenfalls eine Rückbauverpflichtung hinsichtlich der Betonverschalung. Die Heranziehung des § 546 BGB zur Begründung sei fehlerhaft, weil vorliegend § 3 des Mietvertrages vorgehe. Eine Rückbauverpflichtung sei die Vereinbarung der Parteien nicht aufgenommen worden, da § 3 des Vertrages lediglich auf die Räumung abstelle.

Die Klägerin habe entgegen der Annahme des Landgerichts auf eine Rückbauverpflichtung konkludent verzichtet. Das Gericht gehe aufgrund fehlerhafter Beweiswürdigung davon aus, dass durch die ins Spiel gebrachte Kaution von 25.000 € dem Beklagten bewusst gewesen sei, dass die Klägerin auf ein Rückbau sämtlicher Umgestaltungsmaßnahmen und die Wiederherstellung des Zustands nicht verzichten werde. Hierbei habe das Gericht die Kaution auf das gesamte Grundstück bezogen. Allein die Höhe der Kaution spreche dafür, dass nur der Rückbau des Teichs in Erwägung gezogen worden sei. Nicht einmal ansatzweise würden die 25.000 € den Rückbau sämtlicher Umgestaltungsmaßnahmen abdecken. Darüber hinaus habe sich die Kaution nur auf das Flurstück 1/1 bezogen. Mangels baulicher Eingriffe komme im Übrigen auch ein Anspruch auf Freistellung von Ansprüchen der Nebenintervenientin nicht in Betracht.

Der Beklagte hat nach entsprechenden rechtlichen Hinweis des Senats des Weiterem im Schriftsatz vom 01.08.2018 (unter Vorlage weiterer Pläne) vorgetragen (Bl. 638 ff., Anlagen B 20, B 21):

Die Klägerin habe den Vertrag zur Begründung ihres Anspruchs in erster Instanz selbst vorgelegt und nicht bestritten, dass der zitierte handschriftliche Zusatz Vertragsbestandteil geworden bzw. vor Unterzeichnung des Vertrages zugefügt worden sei. Unter Beachtung des handschriftlichen Zusatzes sei eine ordentliche Kündigung nicht frei möglich. Die Klägerin habe nicht vorgetragen, dass sie das Grundstück anders als Gartengelände nutzen wolle. Ein außerordentlicher Kündigungsgrund bestehe ebenfalls nicht. Gegenüber der Bindungswirkung des § 529 ZPO sei zu berücksichtigen, dass der Zeugin A bei Abgabe ihrer Erklärung der Genehmigung vorschwebte, dass der Beklagte die Teichgrube noch mit einer Teichfolie versehen und anschließend mit Wasser befüllen werde, was sie ihm aber nicht mitgeteilt habe. Dieser Gedanke sei allerdings für einen sachverständigen Dritten in keiner Weise nachzuvollziehen. Es widerspreche dem gesunden Menschenverstand, dass ein

Mitarbeiter der städtischen Liegenschaftsamtes sich vorstelle, dass eine knapp 100 m³ fassende Teichgrube, die sich im Bereich eines steilen Hangs befinde, lediglich mit einer herkömmlichen Teichfolie belegt werden könne. Wäre der Beklagte bei der Teichausgestaltung tatsächlich so vorgegangen, hätte sich ein Großteil des Hangs mitsamt den Wassermassen verselbstständigt und im näheren Umkreis des Grundstücks erhebliche Schäden angerichtet. Alle städtischen Teichanlagen, z.B. Kurpark Wiesbaden, Aukammtal-Anlagen, Apothekergarten, Nerotal-Anlagen, Albrecht-Dürer-Anlagen, Bieberach Schlosspark u.a. seien von der Klägerin mit einer Betonsohle versehen worden. Dass ein solcher Teich schließlich auch mit einer Folie versehen werde, bedeute keinesfalls, dass andere, stützende Baumaßnahmen nicht vorgenommen würden. Die Größe der Teichgrube sei der Zeugin bekannt gewesen. Unabhängig davon müsse die Frage des rechtlichen Aussagegehalts der Zeugin A unter dem Gesichtspunkt des § 546 ZPO gewürdigt werden. Die erstinstanzliche Auslegung einer Individualvereinbarung dürfe vom Berufungsgericht in vollem Umfange überprüft werden. Nach der Rechtsprechung des BGH sei zu berücksichtigen: Halte das Berufungsgericht die erstinstanzliche Auslegung lediglich für eine vertretbare, letztlich aber bei Abwägung aller Umstände nicht für eine sachlich überzeugende Auslegung, so habe es selbst die Auslegung vorzunehmen. Insbesondere, wenn die erstinstanzliche Ermittlung des Inhalts einer Willenserklärung den Bereich der Tatsachenfeststellung überschreite und mit fließenden Übergang zur Tatsachenwürdigung nach Maßgabe des § 133 BGB werde, bestehe keine Bindung des Berufungsgerichts an eine mögliche, aber nicht überzeugende Auslegung des erstinstanzlichen Gerichts. Es könne zwar sein, dass die Zeugin A bei ihrer Genehmigung der vom Beklagten begehrten Umbaumaßnahme bestimmte Vorstellungen hinsichtlich der Ausführung gehabt habe. Diese seien aber für ihn und für einen sachverständigen Dritten nicht nachvollziehbar. Vor allem seien sie ihm nicht mitgeteilt worden. Deshalb sei er berechtigterweise davon ausgegangen, dass die Fertigstellung der beantragten Umbaumaßnahmen ohne Einschränkung erfolgen dürfte. Liege ein Missverständnis vor, müsse geprüft werden zu wessen Lasten dieses Missverständnis gehe. Er sei davon ausgegangen und habe auch davon ausgehen müssen, dass die Erklärung der Zeugin A bezüglich der geplanten Umbaumaßnahmen so zu verstehen sei, dass diese ohne Einschränkungen zumindest fertiggestellt werden dürften, wobei die Sicherheit und Statik der Umbaumaßnahmen ordnungsgemäß gewährleistet sein müsse. Allein aus den Angaben in der Planungsskizze Anl. B2 und B3 lasse sich auch ohne örtliche Besichtigung der Teichgrube die Notwendigkeit der Bewehrung der Teichsohle herauslesen.

Schließlich hat der Beklagte sein Vorbringen nochmals vertieft und weitere Details zum Zustandekommen des Nutzungsvertrages vorgetragen. Insoweit wird auf den Schriftsatz Bezug genommen.

Zusätzlich hat der Beklagte geltend gemacht: Eine voll umfassende Rückbauverpflichtung, die im Prinzip einer Wiederherstellung des Zustands des Grundstücks zum Zeitpunkt der Übergabe gleichkomme, sei niemals Sinn und Zweck der streitgegenständlichen Nutzungsverträge gewesen. Er könne die Grundstücke nicht mehr in den Zustand zur Zeit der Übergabe zurückversetzen. Damals habe sich Unrat jedweder Art auf der Fläche befunden, den Unbekannte während der Nachkriegszeit 50 Jahre lang hinweg illegal entsorgt hätten. Die Klägerin werde die Grundstücke selbst verwahrlosen lassen, wenn sie sie zurückerhalte.

Der Beklagte und Berufungskläger beantragt,

das am 13.12.2017 verkündete Urteil des Landgerichts Wiesbaden, Az. 14 O 47/17 abzuändern und die Klage abzuweisen.

Die Klägerin und Berufungsbeklagte und die Nebenintervenientin beantragen, die Berufung zurückzuweisen.

Die Klägerin verteidigt die erstinstanzliche Entscheidung unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens und vertritt die Ansicht, der Vertrag vom 08.07.2002 sei als Leihvertrag einzustufen, weil er vertragstypische Pflichten des Entleihers beinhalte.

Durch die Beendigung des Leihverhältnisses aufgrund Rechtsübergang auf die Klägerin sei mangels Anwendbarkeit des § 566 BGB ein Leihverhältnis auf unbestimmte Dauer konkludent abgeschlossen worden, so dass sie gemäß § 604 Abs. 3 BGB das Verhältnis jederzeit habe beenden können. Aber auch bei Annahme eines Miet- oder Pachtvertrages sei es durch ordentliche Kündigung erloschen. Es lasse sich nicht feststellen, ob der handschriftliche Zusatz in dem Nutzungsvertrag vom 08.07.2002 wirksam Vertragsinhalt geworden sei. Die Umstände des Vertragsabschlusses würden mit Nichtwissen bestritten.

Ein Original liege nicht vor. Die Beklagte habe auch nicht behauptet oder unter Beweis gestellt, dass der Zusatz seinerzeit Vertragsbestandteil gewesen sei. Ohne entsprechenden Zusatz sei das Mietverhältnis nach § 3 jederzeit mit einer Frist von 4 Wochen zum Monatsende kündbar. Eine ordentliche Kündigung sei nach § 3 des Mietvertrages auch bei Hinzudenken des Zusatzes wirksam, da das Grundstück nicht zum vertraglichen Zweck genutzt worden sei. Die Klägerin sei nämlich mit einem Badeteich mit Liegewiese nicht einverstanden gewesen. Eine entsprechende Baumaßnahme ohne Zustimmung der Klägerin sei unzulässig und würde zu Vertragsverletzung führen. Eine fehlende Genehmigung sei vom Landgericht festgestellt worden sei, was gemäß § 529 ZPO das Berufungsgericht binde. Anhaltspunkte, die Tatsachenfeststellung in Zweifel zu ziehen, bestünden nicht. Die Zeugin A habe Veränderungen an dem Grundstück nur im ihr bekannten Umfang genehmigt, jedoch unter der Bedingung, dass ein ausführlicher Pachtvertrag mit ausdrücklicher Rückbauverpflichtung und Absicherung der Verpflichtung durch eine Kautions abgeschlossen werde. Da ein solcher Vertrag nicht abgeschlossen worden sei, sei eine entsprechende

Zustimmungserklärung mangels Bedingungseintritt auch nicht wirksam. Darüber hinaus habe die von der Zeugin A mitgeteilte Zustimmung sich nur auf das beziehen können, was die Zeugin bei der Besichtigung selbst gesehen habe. Hieran ändere auch der mit der E-Mail vom 10.09.2013 überlassene Plan (Anl. B3, Bl. 66 d.A.) nichts. Das, was der Beklagte später tatsächlich gebaut habe, habe mit dem Gegenstand der Planung nichts mehr gemein. Auch nach dem Plan sei kein Folienteich, sondern ein Schwimmbecken errichtet worden. Aus dem als Biotop bezeichneten Folienteich sei durch Betonmauern, Terrassen und befestigten Liegewiesen ein Schwimmbad geworden. Darüber hinaus sei der Folienteich nach dem Plan lediglich 1 m tief vorgesehen gewesen. In der späteren Stellungnahme des Sachverständigen Eisenbach gemäß Anl. B8 sei ein bis zu 2 m bis 2,5 m tiefes Betondeckenbauwerk mit einem Volumen von 100 m³ beschrieben worden.

II.

Die Berufung des Beklagten ist zulässig, insbesondere Form und fristgerecht erhoben und begründet worden (§§ 511, 517, 519 ff. ZPO). Sie hat in der Sache jedoch keinen Erfolg. Zu Recht und mit in jeder Hinsicht zutreffender Begründung hat das Landgericht die Klage als begründet angesehen.

A. Rückgabe des Grundstücks Flur 1, Flurstück 1/1

Die Rückgabeverpflichtung hinsichtlich dieses Grundstücks einschließlich der Rückbauverpflichtung, wie vom Landgericht tenoriert, folgt aus § 546 BGB. Diese Vorschrift verpflichtet den Mieter, die Mietsache dem Vermieter nach Beendigung des Mietverhältnisses zurückzugeben. Im vorliegenden Fall ist diese Vorschrift anwendbar, denn die Gebrauchsüberlassung des Grundstücks Flur 1, Flurstück 1/1 erfolgte auf Basis des schriftlichen Vertrages zwischen dem Land Hessen und dem Beklagten vom 08.07.2002 gemäß Anl. K2. Dieses Rechtsverhältnis ist gemäß § 566 BGB auf den Beklagten übergegangen, weil es sich um einen Mietvertrag handelt.

1. Mit zutreffender Begründung, der sich der Senat anschließt, hat das Landgericht hinsichtlich dieses Überlassungsvertrages ein Mietverhältnis angenommen. Eine Leihe kommt vorliegend zwar in Betracht, ist jedoch im Ergebnis abzulehnen.

a) Grundsätzlich unterscheiden sich Leihe gem. § 598 BGB Miete gem. § 535 BGB im Wesentlichen durch die Unentgeltlichkeit der Gebrauchsüberlassung bei der Leihe und die Entgeltlichkeit der Gebrauchsüberlassung bei der Miete.

Allein die Tatsache, dass derjenige, der ohne eine konkrete Zahlungspflicht für die Überlassung der Nutzung das Grundstück oder die Sache erhält, bestimmte Erhaltungs- und Umgestaltungsmaßnahmen vornehmen darf oder vornehmen muss, führt für sich genommen noch nicht zur Annahme einer Entgeltlichkeit. Dies zeigt schon der Wortlaut des § 535 Abs. 1 S. 1 BGB einerseits und des § 598 BGB andererseits. Miete und Leihe unterscheiden sich nicht lediglich dadurch, dass der Mieter für die Gebrauchsüberlassung ein Entgelt zahlt, der

Entleiher hingegen nicht. Bereits die Hauptleistungspflichten von Vermieter einerseits und Verleiher andererseits werden im Gesetz unterschiedlich umschrieben. Nach § 535 Abs. 1 S. 1 BGB ist der Vermieter verpflichtet, dem Mieter den Gebrauch der Mietsache während der Mietzeit zu gewähren. Diese Pflicht ist also eine aktive Handlungspflicht. § 598 BGB spricht hingegen lediglich von der Pflicht des Verleihers, den Gebrauch der Sache unentgeltlich zu gestatten i. S. einer Holschuld. Die entscheidende Pflicht des Vermieters und der entscheidende Unterschied zur Leihe liegt in § 535 Abs. 1 S. 2 BGB. Neben der aktiven Pflicht des Vermieters, den Gebrauch der Mietsache zu gewähren, ist er darüber hinaus verpflichtet, die Mietsache dem Mieter in einem zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand zu überlassen und sie während der Mietzeit in diesem Zustand zu erhalten. Hiermit korrespondieren die mietrechtlichen Gewährleistungsrechte nach den §§ 536 ff. BGB, wenn der Vermieter seine diesbezügliche Pflicht nicht einhält. Der Umstand, wie vom Beklagten vorgetragen, dass das Grundstück zuvor gar nicht nutzbar war und er erst massive Investitionen habe vornehmen müssen, um überhaupt die Nutzung als Gartengrundstück zu ermöglichen, und die hiermit einhergehenden Investitionskosten sprechen also gerade nicht für das Vorliegen eines Mietvertrages, sondern für einen Leihvertrag. Denn durch die lediglich als Duldung der Gebrauchsgewährung definierte Hauptleistungspflicht in § 598 BGB ist es Sache des Entleihers, Maßnahmen zu ergreifen, um den Zweck für die Nutzung der Sache, zu der er sie entliehen hat, herbeizuführen. Die vom Beklagten durchgeführten Maßnahmen wären angesichts des Überlassungszwecks in § 1 des Vertrages, das Grundstück als Gartengelände zu nutzen, gerade nach § 535 Abs. 1 S. 2 BGB Sache des Landes Hessen und nunmehr der Klägerin gewesen. Gerade dieser Aspekt spricht im vorliegenden Fall für die Annahme eines Leihverhältnisses.

b) Dennoch kann nach der vom Landgericht ausgewerteten Rechtsprechung des BGH, der der Senat folgt, die Auslegung der Umstände ergeben, dass die von dem Nutzer des Grundstücks zu erbringenden Leistungen auch im Lichte der an sich den Eigentümer nach § 535 Abs. 1 S. 2 BGB treffenden Verpflichtung nach übereinstimmenden Willen der vertragsschließenden Parteien bei entsprechender Auslegung gerade als der maßgebliche Teil des Entgeltcharakters angesehen werden sollen. Hierfür spricht im vorliegenden Fall, wie vom Landgericht zutreffend angenommen, dass die Parteien bereits in § 1 Abs. 1 des Nutzungsvertrages bestimmte Herstellungs- und Erhaltungsmaßnahmen des Beklagten als konkrete Pflicht postuliert haben. Letztlich ergibt sich die Entgeltlichkeit aus § 1 Abs. 2 NV. Danach sollte der Beklagte als Nutzer die Kosten der Maßnahmen für die Dauer der Nutzungszeit komplett übernehmen. Dieser Umstand sollte aus Sicht der Parteien bei der gebotenen Auslegung gemäß §§ 133, 157 BGB Entgeltcharakter haben. Dies wird aus § 1 Abs. 2 S. 2 des Überlassungsvertrages vom 08.07.2002 besonders deutlich. Es ist nämlich als Erläuterung hinzugefügt, dass das Hessische Immobilienmanagement "darüber hinaus

kein gesondertes Nutzungsentgelt erheben" wollte. Die Formulierung "darüber hinaus" und "gesondertes" hebt hervor, dass die Parteien übereinstimmend davon ausgingen, dass die dem Beklagten obliegenden Erhaltungspflichten und die Pflegeverpflichtung an dem Grundstück Entgeltcharakter zukommen sollten. Schließlich folgt aus § 5 Abs. 1 der Nutzungsvereinbarung, dass die Parteien von einem Mietverhältnis ausgingen. Denn es wird hier ausdrücklich geregelt, so dass die Vorschriften des BGB für die Geschäftsraummiete Anwendung finden sollen, soweit in der Vereinbarung nichts Abweichendes geregelt ist - die Abweichung ergibt sich im vorliegenden Fall beispielsweise aus der kompletten Abbedingung des § 535 Abs. 1 S. 2 BGB.

Ein Pachtvertrag scheidet aus, weil dem Beklagten kein Recht zur Fruchtziehung eingeräumt wurde.

c) Aber selbst wenn man dogmatisch nach der Vertragstypenlehre von einem Leihverhältnis ausgehen wollte, hätten die Parteien hinsichtlich des Flurstücks 9/1 durch den Hinweis auf die Regeln über die Geschäftsraummiete des BGB in § 5 Abs. 1 des Nutzungsvertrages, die hier zu prüfenden Vorschriften, wie § 543, 546, 566 BGB zum ausdrücklichen Inhalt der Vereinbarung gemacht, einschließlich der durch Literatur und Rechtsprechung seit Inkrafttreten der Vorschriften erfolgten Erläuterungen, Ergänzungen und Auslegungen. Die Klägerin ist gemäß § 566 BGB in das Mietverhältnis durch Rechtsübergang durch den Übergang des Eigentums vom Lande Hessen auf die Klägerin in die Vermieterstellung des Landes eingetreten.

2. Das Mietverhältnis ist durch die Kündigung der Klägerin vom 31.07.2015 (Anl. K7, Bl. 24 d.A.) wirksam beendet worden. Die Berechtigung zur Kündigung folgt aus § 543 Abs. 1 S. 1 BGB.

a) Nach § 542 Abs. 1 BGB endet ein Mietverhältnis, welches auf unbestimmte Zeit geschlossen worden ist, durch ordentliche Kündigung, die im vorliegenden Fall in § 3 Abs. 1 des Nutzungsvertrages vorgesehen ist. Danach war Vermieterin jederzeit berechtigt, innerhalb der gesetzlichen oder aber der vertraglichen Frist in § 3 Abs. 1 zu kündigen. Zwar ist im Dunkeln geblieben, wie der handschriftliche Zusatz in § 3 Abs. 1 nach dem Wort "werden" mit dem Sternchenzusatz zustande gekommen ist. Nachvollziehbar geht dies aus dem Vortrag der Parteien, aber auch aus den Feststellungen des Landgerichts nicht ohne weiteres hervor. Beruhte dies auf einem Wunsch des Hessischen Immobilienmanagements? Wollte der Beklagte dies? Hat jemand, wer auch immer, den Zusatz nachträglich hinzugefügt? Angesichts der in § 5 Abs. 3 normierten Schriftformklausel, könnte auch zweifelhaft sein, ob dieser handschriftliche Zusatz dem Formerfordernis des § 126 BGB erfüllt, weil dieser nach den Unterschriften steht und unklar ist, ob sich die Unterschriften auch auf diese Erklärung bezogen. Der Beklagte hat aber ausdrücklich behauptet, der Zusatz sei bei Vertragsschluss hinzugefügt worden und habe dem Parteiwillen entsprochen.

Soweit die Klägerin dies nunmehr mit Nichtwissen bestreitet, handelt es sich um ein nach § 531 ZPO neues, vom Beklagten bestrittenes und damit nicht mehr zulässiges Vorbringen. Insofern ist entsprechend der Feststellung des Landgerichts davon auszugehen, dass der Zusatz vorhanden war.

Danach lag allerdings die Voraussetzung einer ordentlichen Kündigung unter Berücksichtigung der Einschränkung der ordentlichen Kündigungsmöglichkeit nach § 3 Abs. 1 des Mietvertrages - bezieht man den handschriftlichen Zusatz mit ein - nicht vor. Hierbei hat der Senat berücksichtigt, dass der Nutzungszweck in § 1 die Nutzung als Gartengelände vorsieht, der - abweichend von der Bewertung des Beklagten - die massiven Geländeverschiebungen und auch das Anlegen eines Teichs nicht ohne weiteres beinhaltet. Der Senat hat in diesem Zusammenhang die ausführliche Begründung des Beklagten und die vorgelegten Expertisen zur Kenntnis genommen und gewürdigt. Sie mag, wenn man in Betracht zieht, dass es sich weniger um einen privaten Garten, sondern um einen Landschaftsgarten oder sogar ein parkähnlichen Garten handelt und im Zusammenhang mit der Nähe zu einem Schloss und anderen ähnlichen Gestaltungsarten in der Stadt Wiesbaden das Vorhandensein eines Teichs nicht untypisch erscheint, auch nachvollziehbar und plausibel erscheinen.

Bei der nach §§ 133, 157 BGB gebotenen Auslegung des Vertrages bezieht die Einschränkung der an sich jederzeit möglichen ordentlichen Kündigung eines unbefristeten Mietverhältnisses jedoch auf die in dem Zusatz vorgesehenen Fälle. Einschlägig ist hier die letzte Fallgruppe der Nichterfüllung der sich aus dem Vertrag ergebenden Verpflichtung. Damit sind aber in erster Linie die in § 3 Abs. 1 und Abs. 2 - zum Entgeltcharakter des Vertrages - aufgeführten Verpflichtungen der Beklagten zur Unterhaltung und gärtnerischen Gestaltung des Grundstücks, der Entsorgung von Müll und der vorgesehenen Einfriedung gemeint. Im vorliegenden Fall geht es jedoch um die mögliche Verletzung einer vertraglichen Nebenpflicht durch Überschreitung des vertragsgemäßen Gebrauchs im Sinne des § 538 BGB, weil über die Einwilligung hinausgehende Umgestaltung der Mietsache.

Diese einschränkende Auslegung der Voraussetzungen, unter denen eine ordentliche Kündigung möglich sein sollte, ist auch deshalb geboten, weil bei einer außerordentlichen Kündigung wegen einer Pflichtverletzung gem. § 543 Abs. 1 BGB Verschulden vorausgesetzt und eine entsprechende Interessenabwägung durchzuführen ist, während § 3 Abs. 1 "Sternchenzusatz" des Mietvertrages lediglich auf die objektiven Nichterfüllung einer konkreten Handlungspflicht abstellt.

3. Vor diesem Hintergrund hat das Landgericht aus einem zutreffenden rechtlichen Ansatz sogleich auf § 543 Abs. 1 S. 1 BGB abgestellt und mit zutreffender, vom Senat in jeder Hinsicht geteilter Begründung die Voraussetzung einer außerordentlichen Kündigung als

gegeben angesehen. Nach dieser Vorschrift ist jede Vertragspartei bei Vorliegen eines wichtigen Grundes berechtigt, das Mietverhältnis fristlos und außerordentlich zu kündigen. Ein wichtiger Grund liegt gemäß § 543 Abs. 1 S. 2 BGB vor, wenn dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere eines Verschuldens der Vertragsparteien, und unter Abwägung der beiderseitigen Interesse die Fortsetzung des Mietverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder bis zur sonstigen Beendigung des Mietverhältnisses nicht zugemutet werden kann. Als Beispielsfall sieht § 543 Abs. 2 Nr. 2 BGB vor, wenn der Mieter die Rechte des Vermieters dadurch in erheblichem Maße verletzt, dass er die Mietsache durch Vernachlässigung der ihm obliegenden Sorgfalt erheblich gefährdet oder sie unbefugt einem Dritten überlässt.

a) Insofern hat das Landgericht die Feststellung getroffen, dass insbesondere die Veränderung des Grundstücks durch massive Betonarbeiten und entsprechende Leitungsverlegung im Zusammenhang mit dem vom Beklagten als "Gartenteich", "Schwimmteich", "Biotop mit Teich" apostrophierten Wasserbehältnis, welches die Klägerin als "Schwimmbecken" angesehen hat, erheblich verändert wurde und der Beklagte hierdurch die ihm im Rahmen der Gebrauchsüberlassung gemäß § 535 Abs. 1 S. 1 BGB obliegenden Rechte nachhaltig verletzt hat. Es handelt sich bei der entsprechenden Umgestaltung nicht mehr um den vom Mieter nicht zu vertretenden vertragsgemäßen Gebrauch der Mietsache gemäß § 538 BGB, sondern um eine entscheidende Umgestaltung, die in die Substanz der Mietsache eingegriffen hat, die damit rechtswidrig war und als objektive Vertragsverletzung angesehen werden kann.

b) Die Rechtswidrigkeit der entsprechenden Umgestaltung ist auch nicht durch eine entsprechende Genehmigung der Klägerin entfallen.

An dieser Stelle legt der Senat Wert auf die Feststellung, dass die Frage, ob die Klägerin (anders als sie vorgetragen hat) bis zu einem gewissen Grad mit der Veränderung der Mietsache einverstanden war, entscheidendes Kriterium für die Frage der Rechtswidrigkeit der Umgestaltung und damit für die Annahme einer Vertragsverletzung des Beklagten als Grundlage für eine außerordentliche fristlose Kündigung gemäß § 543 Abs. 1 S. 1 BGB ist. Der Umfang der Rückbauverpflichtung bestimmt sich demgegenüber nach § 546 BGB. Bei der Prüfung jener Vorschrift spielt die Frage, ob die Umgestaltungen oder Veränderung der Mietsache mit der Einwilligung des Vermieters erfolgt sind, keine Rolle.

Die Klägerin hat zwar, wie sich gemäß § 529 Abs. 1 BGB für das Berufungsgericht bindend als Feststellung ergibt, wobei ein Großteil der entsprechenden Feststellungen im Berufungsrechtszugs auch unstreitig geworden sind, gegenüber einem Großteil der vom Beklagten vorgenommenen Umgestaltung entweder ihr vorheriges Einverständnis erklärt, oder eine solche nachträglich genehmigt. Auch ergibt sich nach den Feststellungen des Landgerichts auf Grundlage der durchgeführten Beweisaufnahme, dass die Klägerin durch

ihre Mitarbeiterin, die Zeugin A, auch in die Anlage eines Biotops mit einem kleinen Teich zustimmte.

Nicht bewiesen ist jedoch auf Grundlage der Beweisaufnahme, dass sich die Zustimmung der Zeugin A auch auf die vom Beklagten schließlich vorgesehene Ausführung durch Betonierung der Teichsole mit einer aufgestellten Verschalung bezog.

Insoweit hat das Landgericht verfahrensfehlerfrei die Feststellung getroffen, dass sich die Genehmigung der Zeugin A angesichts der vom Landgericht aufgrund der Beweisaufnahme festgestellten weiteren Umstände und der vorgefundenen Situation vor Ort gerade nicht auf die vom Beklagten schließlich durchgeführte Maßnahme bezog.

aa) Der Beklagte geht letztlich davon aus, dass aus seiner und sachverständiger Sicht ein entsprechender Teich schon aus statischen und sonstigen Gründen ohne die von ihm schließlich vorgenommene Bewehrung der Teichsole und der auf die Sohle aufgetragenen Verschalung gar nicht hätte angelegt werden können und dass er die Erklärung der Zeugin A, die ihrerseits angesichts der Örtlichkeiten und des Plans lediglich von einer Auskleidung der entsprechenden Grube mit einer Teichfolie ausging, nur so verstehen konnte. Dem steht indes entgegen, dass sowohl die von dem Beklagten vorgelegten Planungsunterlagen jeweils von einem Biotop mit Teich gesprochen haben und die Art der späteren Ausführung, insbesondere wie sie durch die von der Nebenintervenientin vorgelegten Fotografien eindrucksvoll dokumentiert sind, mit der Bezeichnung des Beklagten in seinem Brief und den Planungsunterlagen nur wenig gemein haben. Schon vor diesem Hintergrund ist, geht man davon aus, dass das Kernkriterium des Empfängerhorizonts ein redlicher objektiver Dritter ist, kaum glaubhaft, dass der Beklagte selbst davon ausging, die Zeugin hätte angesichts der vermeintlich statischen Besonderheiten bei der Errichtung eines entsprechenden Beckens dieselben Gedanken gehabt, die nach der Behauptung des Beklagten für jeden sachkundigen Dritten auf der Hand liegen.

bb) Nach § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO hat das Berufungsgericht seiner Entscheidung die vom Gericht des ersten Rechtszuges festgestellten Tatsachen zugrunde zu legen, soweit nicht konkrete Anhaltspunkte Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit der entscheidungserheblichen Feststellungen begründen. Konkreter Anhaltspunkt in diesem Sinn ist jeder objektivierbare rechtliche oder tatsächliche Einwand gegen die erstinstanzlichen Feststellungen. Solche Anhaltspunkte können sich aus Verfahrensfehlern ergeben, die dem erstinstanzlichen Gericht bei der Feststellung des Sachverhalts unterlaufen sind. Solche sind aber weder aufgezeigt, noch sonst erkennbar. Das Landgericht ist zu seiner Bewertung in einer ausführlichen Würdigung aller Umstände nach Durchführung einer Beweisaufnahme gelangt. Gemäß § 286 Abs. 1 ZPO hat das Gericht unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlung und des Ergebnisses einer etwaigen Beweisaufnahme nach freier Überzeugung zu entscheiden, ob eine tatsächliche

Behauptung für wahr oder nicht für wahr zu erachten sei. In dem Urteil sind die Gründe anzugeben, die für die richterliche Überzeugung leitend gewesen sind. Die Vorschrift fordert den Richter hierbei auf, nach seiner freien Überzeugung zu entscheiden, was bedeutet dass der Richter lediglich an die Denk-, Natur- und Erfahrungsgesetze geboten ist, ansonsten aber die im Prozess gewonnenen Erkenntnisse grundsätzlich ohne Bindung an gesetzliche Beweisregeln nach seiner individuellen Einschätzung bewerten darf. Der Vorgang der Überzeugungsbildung ist nicht von objektiven Kriterien oder Wahrscheinlichkeitsberechnungen abhängig (BGH NJW 1989, S. 3161 [BGH 28.03.1989 - VI ZR 232/88]). Er beruht vielmehr auf dem Erfahrungswissen und Judiz des erkennenden Richters (vgl. hierzu Zöller/Greger, ZPO, 32. Aufl. 2018, zu § 286 Rn. 13).

Aufgabe des Beweises ist, die größtmögliche Übereinstimmung zwischen den vom Gericht beurteilten und dem wahren Sachverhalt zu gewährleisten (Zöller/Greger a.a.O. § 286 Rn. 18). Nach § 286 ZPO muss das Gericht eine persönliche Gewissheit davon gewinnen, dass das zu Beweisende mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit, die vernünftige Zweifel ausschließt, so geschehen ist. Diese Gewissheit von dem Vorliegen der vom Beklagten behaupteten konkludenten Vereinbarung konnte sich das Gericht aufgrund der Genehmigung von Zeugen und Anhörung der Beteiligten sowie Analyse sonstiger weiterer Umstände letztlich verschaffen.

cc) Im Hinblick auf neuen Vortrag und ergänzende Beweisangebote gem. § 531 Abs. 2 S. 1 ZPO ist kein Gesichtspunkt betroffen, der vom Gericht des ersten Rechtszuges erkennbar übersehen oder aufgrund Rechtsirrtum für unerheblich gehalten worden sein könnte (§ 531 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 ZPO), der infolge eines Verfahrensmangels im ersten Rechtszug nicht geltend gemacht worden ist (§ 531 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 ZPO) oder im 1. Rechtszuges nicht geltend gemacht worden ist, ohne dass die auf Nachlässigkeit beruhte. Der Senat hat berücksichtigt, dass sich ein Großteil des Vortrags des Beklagten bewahrheitet hat, wogegen die Klägerin auch sonstige Genehmigungen zunächst in vollem Umfang unrichtigerweise bestritten hat.

dd) Zu Recht verweist der Beklagte aber darauf, dass im Zusammenhang mit der Auslegung der Willenserklärung der Senat insofern nicht an die Bewertung des Landgerichts gebunden ist, wenn die Auslegung zwar lediglich vertretbar erscheint, allerdings bei Abwägung aller Gesichtspunkte nicht für eine sachlich überzeugende Auslegung hält und damit selbst eine entsprechende Auslegung vorzunehmen hat.

In diesem Kontext ist jedoch die Auslegung des Landgerichts überzeugend und wird vom Senat geteilt, weil die vom Landgericht zur Auslegung herangezogenen und nach dem gemäß § 529 ZPO zugrundezulegenden Tatsachen die Schlussfolgerung nicht nur decken. Sie sind zutreffend.

Seit dem berühmten Urteil des Reichsgerichts im Fall "Haakjöringsköd" (RGZ 99, S. 147 (148)) ist in Rechtsprechung und Literatur anerkannt, dass eine übereinstimmende Falschbezeichnungen unschädlich sind. Entsprechendes gilt, wenn der Empfänger das Gemeinte erkannt hat (Staudinger/Singer (2017) BGB § 133 Rn. 13). Es ist nicht erforderlich, dass sich dieser den erkannten Willen des anderen zu eigen gemacht hat (BGH NJW 1984, S. 721 [BGH 26.10.1983 - IVa ZR 80/82]; BGH NJW 2002, S. 1038 (1039) [BGH 07.12.2001 - V ZR 65/01]; BGH NJW 2004, S. 2156 (2157) [BGH 08.01.2004 - VII ZR 181/02]; Staudinger/Singer (2017) BGB zu § 133 Rn. 13; Palandt/Ellenberger, BGB, 77. Aufl. 2018, zu § 133 Rn. 8). Denn die Frage des Konsenses ist erst die Ebene des Zustandekommens von Verträgen oder der Inhalt der Erklärung, nicht bereits die Ebene des Verstehens. Wer das wirklich Gewollte erkennt, wäre auch in Bezug auf die objektive Bedeutung der Erklärung bösgläubig. Einer objektiv-normativen Auslegung bedarf es auch dann nicht, wenn der Erklärungsempfänger bereit ist, den vom Erklärenden gemeinten Sinn gelten zu lassen. Zugleich gilt: Sofern der Empfänger das Gewollte zwar nicht erkannt hat, aber hätte erkennen können, liegt diesem Urteil eine objektiv-normative Auslegung zu Grunde, die der Erklärungsempfänger gemäß § 157 BGB gegen sich gelten machen muss (Staudinger a.a.O.; Flume, BGB AT § 16 I. 1 d (S. 302)).

Im Rahmen dieser objektiv-normativen Auslegung ist für den Empfängerhorizont maßgeblich, wie die Erklärung nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte von dem verstanden werden musste, für den die Erklärung bestimmt war (Staudinger/Singer (2017), BGB, § 133 Rn. 18; BGHZ 36, S. 30 (33); BGH NJW-RR 1993, S. 946; Palandt/Ellenberger a.a.O zu § 133 Rn. 9). Der Erklärungsempfänger darf sich also nicht darauf verlassen, dass die Erklärung so gilt, wie er sie verstanden hat oder wie es für ihn am günstigsten ist (Staudinger/Singer a.a.O). Deshalb folgt auch aus §§ 119, 121, 122 BGB das auf das Vertrauen des Erklärungsempfängers Rücksicht zu nehmen ist.

Gleichzeitig gilt: Wer das Gemeinte zwar nicht erkennt, aber erkennen kann, ist in seinem Vertrauen grundsätzlich nicht schutzwürdig und darf sich nicht auf sein individuelles Verständnis vom Inhalt der Willenserklärung berufen. Auch diese Wertung folgt unmittelbar aus dem Gesetz, insbesondere den Sinn und Zweck der §§ 173, 179 Abs. 2 S. 1 BGB, die den Rechtsgedanken ausdrücklich zum Ausdruck bringen.

Im Zusammenhang mit der Ermittlung eines Erklärungsinhaltes ist bei der Frage des Empfängerhorizonts also nicht auf das individuelle Verständnis sondern auf das des redlichen, objektiven Erklärungsempfängers abzustellen. Hierbei sind die Begleitumstände für die Entstehung der Erklärung, insbesondere das Gesamtverhalten des Erklärenden und alle bei Vertragsschluss vorliegenden Begleitumstände in die Auslegung einzubeziehen (BGH NJW 2003, S. 1317; BAG NJW-RR 2000, S. 1002 (1004)). Auch die beidseitige Interessenlage, also nicht nur die Interessenlage einer Partei ist maßgeblich (BGH NJW

2002, S. 747 (748)). Hinzu kommen auch teleologische Aspekte, also die Interessenlage beider Parteien (BGHZ 12, S. 319 (388); der Zweck des Rechtsgeschäftes und der Erklärung (BGH NJW-RR 2007, S. 1470). Hierbei ist als Erfahrungssatz bereits seit der Rechtsprechung des Reichsgerichts im Zweifel eine Regelung zugrunde zu legen, die den beiderseitigen Interessen entspricht und zu dem erstrebten Erfolg führt (RGZ 131, S. 343 (350); BGHZ 20, S. 109 (110). Hierbei wird als allgemeiner Grundsatz zugrunde gelegt, dass es nicht interessengerecht ist, eine Auslegung und Lösung herbeizuführen, die eine Partei rechtlos stellt (Staudinger/Singer a.a.O Rn. 53).

Diesen Kriterien wird die Auslegung des Landgerichts nicht nur gerecht, nur sie ist aus Sicht des Senates unter Berücksichtigung der wiedergegebenen obergerichtlichen Rechtsprechung von Reichsgericht und Bundesgerichtshof die einzig zutreffende.

Mag der Beklagte auch, wie er vorgetragen hat, vor dem Hintergrund seiner besonderen Fachkunde davon ausgegangen sein, die Anlegung des Teichs sei ohne eine entsprechende Bewehrung nicht möglich - was aus bautechnischer Sicht durchaus plausibel erscheint - so konnte der Beklagte allerdings aus seiner subjektiven Bewertung nicht daraus schließen, dass dies auch von der Zeugin A so gedacht und damit auch von ihr geäußert wurde. Dies wäre anders, wenn es auf sein Verständnis ankäme. Maßgeblich ist aber, wie ein objektiver Erklärungsempfänger unter Berücksichtigung von Treu und Glauben unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände verstehen musste und der Empfänger sich nicht darauf verlassen darf, dass die Erklärung so gilt, wie er sie verstanden hat oder wie es für ihn günstigsten ist (siehe oben).

Ein gewichtiges Indiz für die Richtigkeit der Behauptung der Klägerin in diesem Zusammenhang ist auch der Vergleich zwischen dem der Zeugin A übermittelten Plan gemäß Anl. B3 und der später im Zusammenhang mit der aufgetretenen baupolizeilichen Problematik vorgelegte Ausführungsplanung. Hierzu wurden mit den Parteien im Verhandlungstermin vom 09.08.2018 die beiden Zeichnungen der geplanten, zur Aufnahme von Wasser vorgesehenen Bodenvertiefungen in Augenschein genommen, insbesondere Bl. 488 d.A. und Bl. 489 d.A. Die spätere baurechtliche Ausführungsplanung zeigt ein recht massives rechteckiges Becken, was - auch wenn dies zwischen den Parteien nach wie vor heftig umstritten ist - zumindest für den Laien und bei erstem Anschein stark an die von der Klägerin gewählte Bezeichnung "Schwimmbecken" erinnert. Unabhängig davon, ob diese in der späteren Ausführungsplanung für die Baugenehmigung tatsächlich zur Ausführung gekommen ist, ist dies doch ein gewichtiges Indiz über die Vorstellung des Beklagten über die tatsächliche Ausführung. Dass diese Vorstellung erkennbar nichts mit dem zu tun hatte, was die Zeugin A und die bei der Klägerin beschäftigten sonstigen Mitarbeiter anhand der Planungsskizze gemäß Anlage B3 (Bl. 66 und 488 d.A) und dem Inhalt und der Beschreibung in der E-Mail und des Begleitschreibens des Beklagten vom 10.09.2013

gemein hatte, war dem Beklagten entweder bekannt, oder musste ihm zumindest bekannt sein.

c) Die Pflichtverletzung rechtfertigt auch unter Berücksichtigung aller Umstände, insbesondere des Verschuldens einer oder beider Parteien die Annahme eines wichtigen Grundes im Sinne des § 543 Abs. 1 S. 2 BGB.

aa) Hierbei hat der Senat berücksichtigt, dass der Beklagte behauptet hat, nach seiner Vorstellung und Erfahrung als Bauunternehmer sei aufgrund der örtlichen Lage ein entsprechender Teich oder Schwimmteich nur mit entsprechender Bewehrung aus Beton mit entsprechender Betonverschalung der Seitenwände errichtet werden kann. Es kann sogar zutreffen, dass, soweit die Klägerin in anderen Parkanlagen oder landschaftsgärtnerisch angelegten Anlagen und Grünflächen selbst einen Teich eingerichtet oder vorgefunden hat, dies dort ebenfalls so ist. Dass sich der Beklagte möglicherweise in einem Irrtum befunden hat, wie die Erörterung der vom Beklagten aufgeworfenen Frage über die Begrifflichkeit des Empfängerhorizonts im Zusammenhang mit der Erklärung der Zeugin A zeigt, lässt sein Verhalten im milderen Lichte erscheinen, rechtfertigt sogar möglicherweise die Annahme leichtester Fahrlässigkeit, und damit einen zwar vorhandenen, aber so geringen Verschuldungsgrad, dass bei der erforderlichen Gesamtabwägung dies zwar zu möglichen Unterlassungs- und Beseitigungsansprüchen der Klägerin geführt, jedoch eine fristlose Kündigung noch nicht gerechtfertigt hätte.

bb) Demgegenüber ist zu berücksichtigen, dass das Maß der Pflichtverletzung, die im Zusammenhang mit der Prüfung des Merkmals "Zumutbarkeit bis zum Ende der Mietzeit" einzubeziehen ist, im vorliegenden Fall nicht so schwer wiegen muss, weil die Klägerin wegen der dargelegten Begrenzung des ordentlichen Kündigungsrechts gemäß § 3 Abs. 1 des Mietvertrages auf absehbare Zeit andernfalls keine Möglichkeit gehabt hätte, das Mietverhältnis durch ordentliche Kündigung ohne Begründung zu beenden.

cc) Weiter ist in die Abwägung einzubeziehen, wie die Klägerin zu Recht anmerkt, dass gegen ein bloßes Missverständnis und eine durch Irrtum hervorgerufene Fehlvorstellung des Beklagten der erhebliche Unterschied zwischen der mündlich und schriftlich mitgeteilten Planung und der baurechtlichen Ausführungsplanung und Ausführung ins Auge fällt. Zumindest musste aus Sicht der Klägerin im Zusammenhang mit der Prüfung des Merkmals "Zumutbarkeit an der Festhaltung des Vertrages" der Eindruck entstehen, als habe der Beklagte die von ihm beabsichtigte Veränderung nicht deutlich genug kommuniziert und habe die Klägerin vor vollendete Tatsachen stellen wollen - unabhängig von der Frage, ob dies tatsächlich so war.

dd) Die Bewertung des Beklagten trifft allerdings zu, dass die Klägerin sich im Zusammenhang mit der behaupteten Unzumutbarkeit aufgrund einer Pflichtverletzung auf einen von ihr nicht gewollten Zustand des Grundstücks bezieht, der angesichts der sonstigen

Struktur von Parkanlagen und landschaftsgärtnerisch angelegten Grünanlagen im Bereich der Stadt Wiesbaden dem üblichen Bestand entspricht. In der Sache wendet der Beklagte ein, die Klägerin moniere einen Zustand, der ansonsten in Ihrer Stadt dem Üblichen entspreche und ansonsten auch gerade wegen seines ästhetischen Charakters und seines Naherholungscharakters für die Stadtbevölkerung und seine Besucher besonders geschätzt und auch werbewirksam im Zusammenhang mit dem besonderen Flair der Stadt Wiesbaden hervorgehoben wird; er, der Beklagte, habe letztlich ein heruntergekommenes und zugemülltes, teilweise kontaminiertes Grundstück dem ästhetischen und landschaftsgärtnerischen Niveau anderer Grün- und Parkanlagen der Stadt Wiesbaden angepasst. In diesem Zusammenhang ist auch der eingehende Vortrag des Beklagten zu verstehen, den er zur Stützung seiner Rechtsansicht gehalten hat, es handele sich um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit: Der Beklagte hat in seinem sehr eingehenden und engagierten Vortrag Wert auf die Feststellung gelegt, dass seine Maßnahmen letztlich die Übernahme einer staatlichen Aufgabe der Daseinsvorsorge gewesen sei, die die öffentliche Hand letztlich aus Gründen leerer öffentlicher Kassen unterlassen habe. Dies erscheint nicht unplausibel und spricht für die Bewertung des Beklagten.

ee) Allerdings muss, wie bereits dargelegt worden ist, zugleich berücksichtigt werden, dass der Beklagte bei der Umsetzung seiner durchaus ehrenwerten Pläne und Absichten - wie bereits der Vortrag Nebenintervenientin zeigt - Rechte Dritter durch Verletzung von baupolizeilichen und nachbarschützenden Abstandsnormen ignoriert hat. Diese Feststellung kann der Senat aufgrund der im Termin mit den Beteiligten in Augenschein genommenen Lichtbilder und Fotografien der Nebenintervenientin ohne weiteres gemäß § 286 ZPO treffen, wenn auch andere Fragen zwischen den Parteien als streitig zu behandeln sind.

ff) Schwer wiegt auch, dass der Beklagte formell baurechtswidrig gehandelt hat. Die umfangreiche, sich aus dem Antrag gemäß Bl. 489 d.A. ergebende Maßnahme bedurfte der Baugenehmigung. Hier kann der Beklagte nicht damit gehört werden, dass er davon ausgegangen sei, die Maßnahme bedürfe keiner Baugenehmigung, weil die Kubatur des Teiches zu einer Baugenehmigung geführt hätte. Dies mag noch für die ursprünglich angekündigte Planung eines Biotops mit Teich gegolten haben, die Gegenstand seiner Information und Skizze mit E-Mail und Schreiben vom 10.09.2013 gewesen sind. Dies hat mit der späteren Ausführungsplanung allerdings nichts mehr zu tun.

Zu Recht hat der Klägervertreter darauf verwiesen, dass der Beklagte zur Stützung seiner These, sein Vorhaben stehe im kulturellen und städtebaulichen Gesamtkontext der Gestaltung von Grün- und Parkanlagen in Wiesbaden und entspreche der kulturhistorischen Tradition und Gestaltung entsprechender Schlossgärten im Bereich der Stadt. Gutachten vorgelegt hat. Die vorgelegten Gutachten setzen aber eine Größe und einen Umfang der durchgeführten oder beabsichtigten Maßnahme voraus, die auch unter Berücksichtigung der

Rechtsansicht des Beklagten keinesfalls mehr baugenehmigungsfrei sein konnte. Da der Beklagte Bauunternehmer ist, ist nur schwer vorstellbar, dass er Beklagte hiervon keine Kenntnis hatte.

gg) Auch die materielle Baurechtswidrigkeit liegt nicht fern, wie der Bescheid der Bauaufsichtsbehörde vom 27.06.2015 zeigt. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass unabhängig von der Tatsache, dass sich die konkreten Gärten in der Innenstadt befinden, auch nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts eine innerstädtische Grünfläche als ein Bereich außerhalb geschlossener Bebauung gem. § 35 BauGB sein kann. Damit könnte eventuell die Rechtmäßigkeit einer baulichen Maßnahme im Außenbereich gemäß § 35 BauGB geprüft werden.

Der leitende Beamte der Klägerin hat in diesem Zusammenhang indes hervorgehoben, dass der Bebauungsplan gemäß § 30 BauGB für die vorliegenden Grundstücke eine von Bebauung fernzuhalten Grünfläche ausweist, wie unter I. wiedergeben. Dieser planungsrechtliche Zustand ist zwischen den Parteien unstrittig. Die hieraus sich ergebende Rechtsfolge der materiellen-Baurechtswidrigkeit der vom Beklagten vorgenommenen Maßnahme ist ebenfalls im Rahmen der Gesamtwürdigung bei der Prüfung des jeweiligen Verschuldens der Parteien und der Zumutbarkeit für die Klägerin am Festhalten des Vertrages in die Interessenabwägung einzubeziehen.

hh) Dass trotz der entsprechenden Erläuterungen des leitenden Beamten der Klägerin und des Hinweises des Beklagtenvertreters auf den politischen Willen der städtischen Körperschaften die nicht näher erläuterten politischen Gründe für die getroffene Entscheidung, das Verhältnis in keinem Fall fortsetzen zu wollen und auf der Durchsetzung des Rechtsanspruchs zu bestehen weder städtebaulich, noch sonst politisch nachzuvollziehen sind, steht dem nicht entgegen. Es obliegt dem Gericht nicht, eine von den zuständigen Gremien getroffene politische Entscheidung, die dem Recht entspricht, zu bewerten.

Auch die vom Beklagten hervorgehen erhobenen verfassungsrechtlichen Aspekte im Zusammenhang mit dem grundgesetzlichen Gebot der Daseinsvorsorge, die die Klägerin auch als Körperschaft des öffentlichen Rechts von Verfassung wegen trifft, ändert nichts an die Tatsache, dass die gemäß § 566 BGB zur Vermieterin gewordene Klägerin sich im Anschluss an das seinerzeit rein fiskalisch handelnde Land Hessen vorliegend auf die ihr durch Art. 14 Abs. 1 GG geschützten Rechtsgüter berufen darf und entsprechend § 903 BGB von der ihr dem Gesetz eingeräumten Möglichkeit Gebrauch machen darf, die Pflichtverletzung eines privatrechtlichen Vertrages zum Anlass zu nehmen, das Vertragsverhältnis vorzeitig zu beenden; dass die Klägerin die Aufgaben der Daseinsvorsorge und den Inhalt von Art. 14 Abs. 2 GG ausdeutet, als der Beklagte, ist zwar bedauerlich, aber hinzunehmen.

d) Die weiteren Voraussetzungen für eine wirksame Kündigung des Mietvertrages (Vollmacht gemäß § 174 BGB, erforderliche Abmahnung gemäß § 543 Abs. 3 BGB) liegen aus den zutreffenden Gründen der angefochtenen Entscheidung vor. Insbesondere zu Frage die Frage der ordnungsgemäßen Kündigungserklärung macht sich der Senat zur Vermeidung von Wiederholungen in vollem Umfang die hierzu erfolgten sorgfältigen Ausführungen des Landgerichts zu Eigen.

4. Der Kläger ist nach Beendigung des Mietverhältnisses gemäß § 542 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 1 BGB verpflichtet, die Mietsache gemäß § 546 BGB und § 3 des Mietvertrages geräumt herauszugeben. Es ist nicht rechtsfehlerhaft, wenn das Landgericht die Rückgabepflicht gemäß § 546 BGB und hiermit einhergehenden Rechtsfolgen zugrundelegt. § 3 des Mietvertrages konkretisiert lediglich die allgemeine gesetzliche Pflicht, zur Räumung und Herausgabe im vertragsgemäßen Zustand. Aus der Aufnahme des Begriffs "Räumung" in § 3 des Nutzungsvertrages lässt sich nicht etwa eine Beschränkung auf die Rückgabe im veränderten Zustand schließen. Hiergegen spricht schon die Bezugnahme auf die gesetzlichen Vorschriften in § 5 des Mietvertrages.

a) Die Rückgabepflicht beinhaltet nicht nur die Wiedereinräumung des Besitzes an den Vermieter. Vielmehr hat der Mieter Einrichtungen, Aufbauten und sonstige bauliche Maßnahmen, mit denen er die Mietsache versehen hat zu entfernen (BGH NJW 1981, S. 2564 [BGH 08.07.1981 - VIII ZR 326/80]; BGH NJW 2006, S. 2115 [BGH 05.04.2006 - VIII ZR 152/05]). Dies gilt auch dann, wenn dies mit Zustimmung des Vermieters geschehen ist. Die Nichterfüllung des Rückgabeanspruchs, bei dem es sich nicht um einen Anspruch im Gegenseitigkeitsverhältnis handelt (vgl. hierzu Staudinger/Rolfs a.a.o. zu § 546 Rn. 37) begründet auch einen Schadensersatzanspruch nach den §§ 280, 281 BGB wenn deren sonstige Voraussetzungen vorliegen. Soweit aber entgegen der vertraglich übernommenen Pflicht zur Rückgabe in vertragsgemäßem Zustand, die Ausfluss einer Pflicht aus § 546 BGB ist, Einrichtungen, bauliche Änderungen, zurückgelassen werden, ist die Hauptleistungspflicht des Mieters auf Rückgabe der Mietsache nach Mietende nicht erfüllt.

b) Unabhängig von der eine Vertragsverletzung ausschließenden Zustimmung zur Veränderung der Mietsache fehlte es im vorliegenden Fall an einer erforderlichen Baugenehmigung des Beklagten. Hierbei ist ohne Bedeutung, dass die Klägerin im vorliegenden Fall nach Erwerb des Grundstücks nicht nur gemäß § 566 BGB die Vermietereigenschaft des Landes Hessen übernahm sondern auch im vorliegenden Fall der Magistrat der Stadt Wiesbaden auch als Untere Baugenehmigungsbehörde fungiert. Wie in einem Fall, in der der Vermieter eine privatrechtliche Person oder eine von der Bauaufsichtsbehörde unabhängiger Dritter wäre, fehlt es im vorliegenden Fall an einer erforderlichen Baugenehmigung für die Maßnahmen. Denn die Errichtung, Aufstellung, Anbringung und die Änderung, die Nutzungsänderung, der Abbruch in die Beseitigung von

baulichen Anlagen oder von Teilen baulicher Anlagen sowie andere Anlagen und Einrichtungen nach § 1 Abs. 1 HBO bedürfen der Baugenehmigung, soweit in den §§ 55, 56, 68 und 69 oder aufgrund des § 80 Abs. 4 S. 1 Nr. 1 HBO nicht anderes bestimmt ist (§ 54 Abs. 1 S. 1 HBO). Der BGH hatte schon nach altem Recht bei der Prüfung des § 463 S. 2 BGB a. F. als offenbarungspflichtigen Mangel eines Kaufgrundstücks angesehen, wenn formelle Baurechtswidrigkeit vorliegt. Es begründete einen "Fehler" im Sinne des § 459 Abs. 1 BGB a. F. und ist nach neuem Recht als Mangel im Sinne von § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 oder Nr. 2 BGB anzusehen, wenn sich auf einem verkauften Grundstück Bauwerke befinden, die ohne die erforderliche Baugenehmigung errichtet worden sind. Wird dem Käufer in solchen Fällen keine rechtsverbindliche behördliche Erklärung zugesichert, die den Käufern Bestandsschutz gewährleistet, so besteht nach der Rechtsprechung des BGH ein Sachmangel bereits darin, dass es an der baurechtlich gesicherten Befugnis fehlt, das Objekt auf Dauer für den vertraglich vorausgesetzten Zweck nutzen zu können (BGH, Urteil vom 30.04.2003, V ZR 100/02, zitiert nach juris; BGH, Urteil 07.12.1984, V ZR 141/83, zitiert nach juris; BGH, Urteil vom 26.04.1991, V ZR 73/90, zitiert nach juris). Der BGH hat in seiner Entscheidung vom 26.04.1991 (V ZR 73/90, zitiert nach juris), das Fehlen einer notwendigen Baugenehmigung grundsätzlich als Sachmangel bezeichnet. Vor diesem Hintergrund obläge auch dem Mieter oder Pächter der Rückbau, sofern die getroffene bauliche Maßnahme ohne Baugenehmigung vorgenommen worden wäre.

c) Die Kündigung der Klägerin und das Räumungsverlangen verstoßen schließlich weder gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB), noch sind sie wegen eines Verstoßes gegen das Schikaneverbot gem. § 226 BGB unwirksam. Soweit der Beklagte behauptet hat, nach seiner Einschätzung werde die Klägerin das Grundstück nach Rückgabe verwahrlosen lassen, erscheint diese Prognose nicht als fern liegend. Die möglicherweise politisch zu beanstandenden Erwägungen der Klägerin und auch der Umstand, dass durch eine Verwahrlosung des Grundstücks nach Rückerhalt das vom Beklagten mehrfach hervorgehobene Wohl der Allgemeinheit tangiert sein könnte, steht dem nicht entgegen. Maßgeblich ist, dass die Klägerin auch die Herbeiführung ein vertragsgemäßen und bauplanungsgemäßen Zustand des Grundstücks erreichen möchte.

d) Soweit der Beklagte geltend macht, der ursprüngliche Zustand sei von der Klägerin erkennbar nicht gewollt, da dies zur Folge hätte, dass er den bei Übergabe des Grundstücks vom Lande Hessen und verwahrloste und vermüllte, teilweise kontaminierte Zustand wiederherzustellen hätte, trifft dies nicht zu. Der Umfang des Rückbauverlangens ist in den Anträgen und dem Tenor der landgerichtlichen Entscheidung hinreichend genau definiert. Der Beklagte ist nicht verurteilt worden, Autowracks oder alte Kühlschränke auf das Grundstück zurückzubringen oder Öl und Gift ins Erdreich zu gießen.

B. Räumung und Herausgabe des Flurstücks .../8

Der Beklagte ist auch zur Räumung und Herausgabe des Flurstücks .../8 verpflichtet und, soweit erfolgt, Rückbaumaßnahmen vorzunehmen.

Soweit der Beklagte darauf abstellt, die ohne weitere Abrede vom Land Hessen erfolgte Überlassung sei durch eine gesonderte Vereinbarung, stillschweigend erfolgt, wäre das Rechtsverhältnis entsprechend der Rechtsansicht der Klägerin § 598 BGB als Leihe anzusehen, welches jederzeit beendet (§ 604 Abs. 2 oder Abs. 3 BGB oder § 605 Nr. 2 BGB) gekündigt werden könnte. Nach Beendigung des Leihverhältnisses ist die entlehene Sache gemäß § 604 Abs. 1 oder Abs. 2 BGB) zurückzugeben. Hierdurch wäre auch das Recht zum Besitz des Beklagten entfallen (§ 986 BGB), so dass der Beklagte als Besitzer der Sache verpflichtet wäre, sie an die Klägerin gemäß § 985 BGB herauszugeben.

Legte man die ursprüngliche Rechtsauffassung des Beklagten in der Klageerwiderung zu Grunde, wonach die ursprüngliche Vermieterin den Nutzungsvertrag über das Flurstück 1/1 stillschweigend um das Nutzungsrecht an dem Flurstück .../8 erweitert habe und die sich aus dem Vertrag ergebenden Rechte und Pflichten sich auch auf das Nutzungsverhältnis an dem Flurstück .../8 erstreckten, wäre durch die Einbeziehung in den Vertrag das Nutzungsrecht auch an diesem Flurstück gemäß § 546 BGB durch die Kündigung der Klägerin beendet und würde ebenfalls zu einer Verpflichtung zur Herausgabe gemäß § 546 BGB und § 3 des Nutzungsvertrages führen.

Bei der gemäß §§ 133, 157 BGB gebotenen Auslegung spricht viel für die Annahme, dass die Parteien durch die Überlassung des Flurstücks .../8 die gemäß § 566 BGB auf die Klägerin übergegangene Gebrauchsüberlassungspflicht den Mietvertrag mit dem Land Hessen vom 08.07.2002 auf dieses Flurstücks erstrecken wollten. Für die Annahme, dass dies dem mutmaßlichen Willen der damals vertragschließenden Parteien entsprach, spricht insbesondere, dass der Nutzungsüberlassungs- (Miet-)Vertrag vom 08.07.2002 zum einen bestimmte Pflichten des Beklagten zur Behandlung des Grundstücks enthält, zum anderen das jederzeitige ordentliche Kündigungsrecht der Vermieterin (erst Land Hessen, jetzt Klägerin) nach dem handschriftlichen Zusatz zu § 3 Abs. 1 MV auf bestimmte Fälle beschränkt werden sollte. Die Annahme der Erstreckung des Mietvertrages auch auf diese Parzelle entspricht daher dem Interesse beider Parteien. Da, wie erörtert, im Zweifel eine Regelung zugrunde zu legen ist, die den beiderseitigen Interessen entspricht und zu dem erstrebten Erfolg führt (RGZ 131, S. 343 (350); BGHZ 20, S. 109 (110)), ist diese Auslegung gemäß §§ 133, 157 BGB, insbesondere unter Zugrundelegung der Kriterien von Treu und Glauben und die Zugrundelegung der Verkehrssitte - hier in Form des von der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes aufgestellten und vom Senat in voller Hinsicht geteilten Erfahrungssatzes (RGZ 131, S. 343 (350); BGHZ 20, S. 109 (110)) - zugrunde zu legen.

Dem steht letztlich nicht entgegen, dass die Parteien in § 5 Abs. 3 des ursprünglichen Vertrages vom 08.07.2002 ausdrücklich die Vereinbarung getroffen hatten, dass eine Änderung und Ergänzung des Vertrages zu ihrer Wirksamkeit der Schriftform bedürfen (§§ 127 Abs. 1, 126 BGB). Diese, bei der gebotenen Auslegung des Vertrages gemäß §§ 133, 157 BGB in erster Linie zu Beweis Zwecken getroffene Abrede, hätte eine Hauptleistungspflicht des Landes Hessen bzw. der Klägerin als Rechtsnachfolgerin gemäß § 535 Abs. 1 BGB erfasst, nämlich die Überlassung eines Grundstücks einerseits und (siehe oben) die Erstreckung der Entgeltcharakter erhaltenden Unterhaltung und Bearbeitungspflicht des Beklagten andererseits. Demgegenüber können die Parteien den vereinbarten Formzwang jederzeit aufheben (BGHZ 66, S. 378 (380)), wobei als sogenannter "actus contrarius" zur formfreien Begründung des Formzwangs die Aufhebung einer Formabrede ebenfalls formfrei erfolgen kann (Palandt/Ellenberger, BGB 77. Aufl. 2018 zu § 125 Rn. 19).

Die Parteien haben eine solche Vereinbarung durch schlüssiges Verhalten getroffen. Der Inhalt des durch Auslegung durch den Senat ermittelten Vertrages wurde in der Folgezeit auch gelebt und umgesetzt.

Letztlich ist die Beantwortung der Frage aber für die vom Beklagten zu erfüllende Verpflichtung zur Räumung und Herausgabe des Grundstücks nach dem Dargelegten nicht von entscheidender Bedeutung.

Die Verpflichtung zum Rückbau folgt aus § 546 BGB. Insoweit gilt das unter II. A. Ausgeführte entsprechend.

C. Die Klage erweist sich schließlich auch mit dem vom Landgericht zuerkannten Freistellungsanspruch im zuerkannten Umfang aus den zutreffenden Gründen der angefochtenen Entscheidung, die sich der Senat nach eigener Prüfung im vollen Umfang zu eigen macht, als zulässig und begründet. Zwischen den Parteien war, insbesondere zwischen der Nebenintervenientin und dem Beklagten, auch noch bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung vor dem Senat heftig umstritten, inwieweit die vom Beklagten vorgenommenen Geländeänderungen und die entsprechenden Bewehrungsmaßnahmen im Zusammenhang mit der Errichtung eines künstlichen Gewässers das Grundstück der Nebenintervenientin geschädigt haben oder ein solcher Schaden droht. Der Vertreter der Nebenintervenientin hat durch Vorlage und Bezugnahme auf Lichtbilder erläutert, inwieweit das Grundstück der Nebenintervenientin betroffen ist und zumindest ein schadensgeneigter Zustand eingetreten ist. Ob dies zutrifft, bedarf letztlich keiner Entscheidung. Maßgeblich ist, dass die theoretische Inanspruchnahme der Klägerin aus nachbarschutzrechtlichen oder eigentumschutzrechtlichen Gesichtspunkten (§ 1004 BGB) durch die Nebenintervenientin in Betracht kommt, Ansprüche bereits angemeldet wurden und solche nicht von vornherein ausgeschlossen werden können. Das Landgericht hat mit zutreffender Begründung die bloße

Möglichkeit für ausreichend angesehen und den Tenor seiner Entscheidung entsprechend der Rechtslage klargestellt und den Anspruch der Klägerin, von ihr nicht mehr angegriffen, eingeschränkt.

Der Beklagte hat die Kosten des erfolglosen Rechtsmittels gemäß § 97 ZPO zu tragen.

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10 S. 1 und S. 2, 711 ZPO.

Die Revision war nicht zuzulassen, weil die Sache weder grundsätzliche Bedeutung hat, noch die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts erfordert (§ 543 Abs. 2 S. 1 ZPO).

Die Bemessung des Berufungsstreitwertes folgt aus der Begründung des vorläufigen Streitwertbeschlusses des Senats vom 09.04.2018.