

ZV Pachtvertrag 32 U 4346/16

OLG München, Endurteil v. 29.11.2018 – 32 U 4346/16

Leitsätze:

1. Die Gültigkeit eines Unterpachtvertrages ist unabhängig von der Erlaubnis des Verpächters und vom Bestand des Hauptpachtvertrages. Ein Unterpachtvertrag kann jedoch unter der aufschiebenden Bedingung abgeschlossen werden, dass die Erlaubnis zur Unterverpachtung erteilt wird. Wenn die Zulässigkeit der Unterverpachtung nach dem Pachtvertrag eine Vertragsanpassung voraussetzt, ist dies dahin zu verstehen, dass die Zustimmung nur in Form eines die Schriftform wahrenden Nachtrags erteilt werden kann. (Rn. 48)

2. Wenn ein schriftlicher Pachtvertrag noch nicht zustande gekommen oder noch nicht wirksam geworden ist und die Parteien beginnen das Pachtverhältnis durch Übergabe der Pachtsache und Zahlung der Pacht, ist in der Regel von dem Abschluss eines konkludenten Pachtvertrages auszugehen. Möglich ist auch der Abschluss eines konkludenten Pachtvertrages nur für die Zwischenzeit, wenn der Pächter im Falle eines aufschiebend bedingt abgeschlossenen Pachtvertrages noch vor Eintritt der Bedingung die Pachtsache übernimmt. (Rn. 74)

3. Nach Beendigung sowohl des Haupt- als auch des Unterpachtverhältnisses ist der Unterpächter sowohl gegenüber dem Unterverpächter als auch gegenüber dem Hauptverpächter zur Herausgabe verpflichtet, §§ 581 Abs. 2, 546 Abs. 1 und 2 BGB. Der Unterpächter wird durch eine Herausgabe der Sache an den Hauptverpächter auch gegenüber dem Unterverpächter befreit. Der Eigentümer kann bei bestehendem Hauptpachtverhältnis nach § 986 Abs. 1 Satz 2 BG nur Herausgabe an den Pächter verlangen. Kommt der Unterpachtvertrag nicht wirksam zustande, wird der bereicherungsrechtliche Anspruch des Unterverpächters nicht durch Rückgabe an den Hauptverpächter erfüllt. Durch die Rückgabe der Pachtsache an den Hauptverpächter wird die Herausgabe der Pachtsache jedoch für den Unterpächter subjektiv unmöglich und der Bereicherungsanspruch ist nach § 275 Abs. 1 BGB ausgeschlossen. Eine Rückgabe an den Hauptverpächter liegt auch dann vor, wenn dieser die Pachtsache sofort wieder an eine von demselben Gesellschafter vertretene dritte Gesellschaft übergibt. (Rn. 78 – 80)

4. Der Pächter hat als Bereicherungsgläubiger gegen den Unterpächter keinen Anspruch auf eine Räumung der Pachtsache. Der Anspruch aus § 812 I BGB geht auf Herausgabe der rechtsgrundlosen Bereicherung in Natur. Herauszugeben ist danach in erster Linie das erlangte Etwas, d.h. der vom Schuldner konkret erlangte Gegenstand. Er begründet nicht die Pflicht des Bereicherungsschuldners, Veränderungen, die der Bereicherungsgegenstand zwischenzeitlich erfahren hat, wieder zu beseitigen. (Rn. 96 – 99)

5. Der Mieter kann nach Beendigung des Mietverhältnisses die als Mietsicherheit in Form einer Bürgschaft geleistete Kautions auch in der Weise zurückfordern, dass er die Herausgabe der Bürgschaftsurkunde an sich verlangt. (Rn. 110)

Schlagworte:

Unterpachtvertrag, Anfechtung, aufschiebende Bedingung, Bereicherungsanspruch, Bürgschaftsurkunde, Herausgabe, Mieter, konkludenter Vertrag, Rückgabe, Mietverhältnis

Vorinstanz:

LG München II, Endurteil vom 25.10.2016 – 12 O 786/15

Fundstelle:

BeckRS 2018, 31968

?

Tenor

1. Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Landgerichts München II vom 25.10.2016, Az. 12 O 786/15, wird mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass festgestellt wird, dass sich der Klageantrag hinsichtlich des Antrags auf Herausgabe gegen die Beklagte zu 1 erledigt hat.

2. Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Landgerichts München II vom 25.10.2016, Az. 12 O 786/15, abgeändert:

a) Die Klage gegen die Beklagte zu 2 wird abgewiesen.

b) Die Klägerin wird verurteilt, die von der am 19.03.2014 unter der Referenznummer erstellte und der Klägerin und Widerbeklagten gemäß nachfolgend abgebildetem (Kopie-) Muster ausgehändigte Urkunde über eine Pachtkautionsbürgschaft in Höhe von € 72.000,00 an die Beklagte zu 1) herauszugeben.

Die weitergehende Klage gegen die Beklagte zu 1 bleibt abgewiesen.

3. Das Urteil des Landgerichts München II vom 25.10.2016, Az. 12 O 786/15, wird in Ziffer 3. dahin berichtigt, dass die Klägerin auf die Widerklage der Beklagten zu 1 verurteilt wird, an die Beklagte zu 1 € 148.000,00 nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 12.05.2016 zu zahlen.

4. Von den Gerichtskosten trägt die Klägerin 76,5% und die Beklagte zu 1 23,5%.

Von den außergerichtlichen Kosten der Klägerin trägt die Beklagte zu 1 23,5%, von den außergerichtlichen Kosten der Beklagten zu 1 trägt die Klägerin 67,2%. Die Klägerin trägt die außergerichtlichen Kosten der Beklagten zu 2. Im übrigen tragen die Parteien ihre außergerichtlichen Kosten selbst.

5. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Das in Ziffer 1 genannte Urteil des Landgerichts München II ist in Ziffer 3. ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar.

Die Parteien können die Vollstreckung jeweils durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des zu vollstreckenden Betrags abwenden, sofern nicht der Gläubiger zuvor Sicherheit in Höhe des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Tatbestand

I.

1

Mit Pachtvertrag vom 13.11.2008 pachtete der Geschäftsführer der Klägerin von der (im Folgenden) das in für die Dauer vom 01.01.2009 bis zum 31.12.2019, vgl. Anlage B 13. Die Jahrespacht betrug netto € 194.000,00.

2

Mit Vertrag vom 06.07.2012 vereinbarte die Klägerin mit der einen neuen Pachtvertrag, der den bisherigen Pachtvertrag samt Nachträgen ersetzen sollte, vgl. Anlage B 1. Dabei wurde der Nettopachtzins für die Jahre 2012 und 2013 auf € 165.000,00 herabgesetzt.

§ 10 des Pachtvertrages lautet: „Eine Unterverpachtung ist nur nach vorheriger Absprache (Vertragsanpassung) mit dem Verpächter möglich, vorausgesetzt jedoch, der Unterpächter verpflichtet sich vertraglich mit Schutzwirkung auch für den Verpächter auf die Einhaltung aller Rechte und Pflichten, die sich aus diesem Pachtvertrag ergeben.“

3

Am 15.01.2014 vereinbarten die Klägerin und die den 3. Nachtrag zum Pachtvertrag vom 06.07.2012, vorgelegt als B 17. Mit § 1 des Nachtrages wurde der Netto-Jahrespachtzins auf € 120.000,00 zzgl. MwSt. herabgesetzt. Weiter heißt es:

§ 3 Unterverpachtung

4

Die Zustimmung zu einer Unterverpachtung seitens des Verpächters kann nur erteilt werden, wenn der Pachtinteressent dem Verpächter persönlich vorgestellt wird, der Entwurf des Unterpachtvertrages vorliegt, die Voraussetzungen des § 10 Pachtvertrag von 06.07.2012 erfüllt werden sowie ein Qualifikations- und Eignungsnachweis zum Führen einer Großgaststätte erbracht wurde.“

5

Am 21.02.2014 schlossen die Parteien einen Pachtvertrag über das mit Ausnahme bestimmter Bereiche, die die Klägerin selber weiter bewirtschaften wollte. Nach § 2 sollte die Übergabe des Pachtgegenstandes am 12.03.2014 stattfinden. Der Pachtvertrag war befristet bis zum 28.02.2019. Nach § 4 betrug die Jahrespacht netto € 120.000,00 zzgl einer Umsatzbeteiligung gemäß § 7 des Vertrages in Höhe von mindestens € 80.000,00 jährlich. Der Pachtvertrag lautet u.a.:

„§ 4 Pachtdauer: Pachtzins

Die Parteien vereinbaren folgende Jahrespacht für die ersten 5 Jahre:

Netto Pachtzins:

120.000,00 €

Zuzüglich derzeitiger Mehrwertsteuer 19% 22.800,00 €

Jahres Brutto-Pachtzins 142.800,00 € ...

§ 7 Umsatzbeteiligung:

Die Parteien vereinbaren, dass der Verpächter als Investitionsausgleich für getätigte Investitionen und Geschäftsaufbau eine Umsatzbeteiligung von 5% sämtlicher pachtobjektsbezogener Nettoumsätze

plus der jeweils gültigen Mehrwertsteuer Monat für Monat auf die ersten 5 Jahre dieses Pachtvertrages erhält.

Zu den Nettoumsätzen zählen u. a. auch die von Veranstaltern bezahlten Raummieten sowie Provisionen aus dem Umsatz von durch Veranstalter beauftragte Cateringfirmen.

Der vom Pächter zu zahlende Pachtzins einschließlich Umsatzpacht wird vom Pächter mit mindestens EUR 200.000,00 netto p. a. garantiert. Die jährliche Umsatzbeteiligung beträgt demnach mindestens EUR 80.000,00, und zwar unabhängig davon, ob 5% der Netto-Umsätze diesen Betrag tatsächlich erreichen. ...

§ 20 Ablöse

Für den Geschäftswert und bereits eingegangene Buchungen wird eine Ablöse von € 100.000,00 vereinbart. Diese ist bei Vertragsabschluss fällig und bei einer Kündigung aus wichtigem Grund nicht mehr zurückzuzahlen. Der Verpächter beteiligt sich mit 50% an der Induktionsinstallation des Küchenherds.

§ 21 Aufschiebende Bedingung

Dieser Pachtvertrag wird unter der aufschiebenden Bedingung abgeschlossen, dass der Verpächter der Verpächters diesem Pachtverhältnis zustimmt und die Kautions hinterlegt wird.“

6

Der Geschäftsführer der Klägerin übersandte am 28.02.2014 den unterzeichneten Pachtvertrag per E-Mail an die Verpächterin.

7

Herr ... sandte am 12.03.2014 eine E-Mail an die Klägerin, dass er den Unterpachtvertrag an den Steuerberater und an seine Rechtsberatung Herrn zur Prüfung übermittelt habe.

8

Er werde sich wieder mit der Klägerin in Verbindung setzen, wenn die Prüfung abgeschlossen ist.

9

Am 19.03.2014 zahlte die Beklagte zu 1 € 48.000,00 auf die Kautionsbürgschaft in Höhe von weiteren € 72.000,00. In der Folge zahlte die Beklagte auch die im Unterpachtvertrag als Ablöse vorgesehenen € 100.000,00.

10

Der Geschäftsführer der Klägerin sandte am 01.04.2014 um 16.57 Uhr eine E-Mail mit folgendem Inhalt an den Zeugen:

„Denken Sie bitte an die Freigabe der Unterverpachtung, welche heute erfolgen sollt. Vielen dank .“

11

Der Zeuge antwortet per E-Mail ebenfalls am 01.04.2014 um 17.44 Uhr:

„Sehr geehrter Herr,

die Zustimmung zur Person des Unterpächters ist erteilt. Die Regelungen zwischen Ihnen und dem Unterpächter ist auch allein ihre Sache. Der Herr möchten insbesondere den Pachtzustand aufrechterhalten, dass in Sachen nur Sie der gegenüber der Familie ... verantwortliche Pächter sind. Keine Zustimmung besteht zu den in Aussicht genommenen Regelungen des 4. Nachtrags zum Pachtvertrag (also im Rechtsverhältnis zwischen Ihnen zur Familie ...). Hier waren wir uns ja auch einig, dass dies gesondert endzuverhandeln ist und dabei auch die in einem großen Durcheinander gesehene Terminologie zu bereinigen ist. Juristisch ungeregelt ist insbesondere die wichtige eventuell zu vereinbarende Klausel, wonach Ihr Unterpächter ein Recht haben soll, in den Hauptpachtvertrag einzusteigen. Auch dies ist - ich wiederhole mich - ungeregelt und muss erst noch hinsichtlich des ob und wie besprochen werden.

Mit freundlichen Grüßen Rechtsanwalt.“

12

In der E-Mail vom 29.10.2014 schrieb der Geschäftsführer der Klägerin an die Beklagten u.a.: „Hallo, gerne sende ich Dir Noch Mal die Zustimmung vom Herrn zu. “.“

13

Als Anhang war der E-Mail ein Pdf-Scan beigefügt, der in veränderter Form die E-Mail des Zeugen wiedergibt, vgl. K 4. Der Geschäftsführer der Klägerin hatte den zweiten Absatz der E-Mail entfernt, so dass die Grußformel und die Daten des Zeugen unmittelbar an den ersten Absatz anschließen.

14

Mit Schreiben vom 23.01.2015 kündigte die Klägerin der Beklagten außerordentlich unter Berufung auf die Regelung in § 16 Ziffer 2 des Pachtvertrages. Die Kündigung wurde damit begründet, dass sich die Beklagte mit der Zahlung der Umsatzbeteiligung für die Monate Oktober bis Dezember 2014 in Verzug befinde.

15

Mit Schreiben vom 18.02.2015, vorgelegt als K 6, ließ die Beklagte der Klägerin mitteilen, dass der Pachtvertrag schon nicht wirksam geworden sei, so dass die Kündigungen der Klägerin ins Leere gingen. Weiter werde vorsorglich der Pachtvertrag angefochten. Der Geschäftsführer der Klägerin habe bei Verhandlung und Zeichnung des Pachtvertrages über Umstände getäuscht, die für die Beklagte wesentlich waren. Grundlage der Verhandlungen über die Pachthöhe sei gewesen, dass die Klägerin die von ihr zu zahlende Pacht in gleicher Höhe von der Beklagten zu 1 verlange. Zudem habe er gesagt, dass mit der Pachtfläche satte Gewinne zu erzielen seien. Er habe zudem zur Vorspiegelung des Eintritts der Bedingung nach § 21 des Pachtvertrages ein Dokument vorgelegt, das mit dem Original im erklärungs wesentlichen Punkt nicht übereinstimme. Zudem werde vorsorglich der Pachtvertrag außerordentlich gekündigt.

16

Die ... sprach in der Folge ihrerseits zahlreiche Kündigungen gegenüber der Klägerin aus. Sie kündigte mit Schreiben vom 04.03.2015, Anlage K 1, das Pachtverhältnis mit der Klägerin außerordentlich.

Zugleich wurde die im 3. Nachtrag vom 15.01.2014 vereinbarte Pachtzinsreduzierung angefochten. Schon 2012 habe die Klägerin die ... durch Vorspiegelung falscher Tatsachen bewegt, den Pachtzins zu reduzieren und sei deswegen auch mit Schreiben vom 27.06.2012 abgemahnt worden. Erneut sei die Anfang 2014 von der Klägerin getäuscht worden. Denn zeitgleich seien schon Verhandlungen mit den Interessenten für die Unterverpachtung geführt worden. Dabei habe die Klägerin einen Pachtzins verlangt, der höher liege, als der nicht reduzierte, von ihr zu zahlende Pachtzins. Die Herausgabe solle an die Beklagte zu 1 erfolgen.

17

Eine erneute Kündigung wurde mit Schreiben vom 24.04.2015 ausgesprochen, vgl. Anlage K 13. Diese wurde darauf gestützt, dass die Klägerin die ihr von der gewährte Pachtreduzierung um € 29.000,00 vertragswidrig nicht an den früheren Unterpächter weitergegeben habe, denn dieser habe nur ein Darlehen von der Klägerin und nur über € 25.000,00 erhalten. Der Geschäftsführer der Klägerin habe im Schreiben vom 09.03.2015 über diese Umstände getäuscht. Außerdem habe die Klägerin ungenehmigt die zum Außenbereich gehörenden Stühle verkauft.

18

Weiter kündigte die am 15.05.2015 und am 09.06.2015 wegen Zahlungsrückständen der Klägerin. Die Kündigungen wurden auch auf die Nichtvornahme von Wartungsarbeiten gestützt.

19

Wegen der Aufstellung einer Sichtschutzwand kündigte die der Klägerin mit Schreiben vom 09.07.2015 und vom 17.07.2015. Mit Schreiben vom 20.07.2015 kündigte die u.a. wegen der Weitergabe von Gegenständen an den vormaligen Unterpächter, wegen der Aufstellung der Sichtschutzwand und wegen der Zurückweisung eines Steganlegers. Erneut mit Schreiben vom 02.09.2015 wurde wegen der Zurückweisung eines Steganlegers gekündigt.

20

Mit Schreiben vom 28.10.2015 kündigte die, weil die Klägerin nicht eine von der ... geforderte Unterlassungserklärung abgegeben habe.

21

In dem Rechtsstreit der gegen die Klägerin vor dem Landgericht München II, Aktenzeichen 4 HK O 1898/15, ist die Klägerin mit Endurteil vom 29.03.2018 zur Räumung und Herausgabe verurteilt worden. Die Klägerin hat gegen das Urteil Berufung eingelegt, die beim OLG München unter dem Aktenzeichen 23 U 1456/18 geführt wird. Nachdem der Antrag der Klägerin auf einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung mit Beschluss vom 30.05.2018 zurückgewiesen worden ist, räumte die Klägerin das Pachtobjekt, das nunmehr vollständig in Besitz der Beklagtenseite ist.

22

Das Landgericht erteilte im Beschluss vom 08.12.2015, Bl. 133 d.A., ausführliche Hinweise und vernahm den Zeugen im Termin vom 02.08.2016.

23

In dem angegriffenen Urteil hat das Landgericht die Beklagten samtverbindlich zur Herausgabe des Grundstücks und auf die Widerklage die Klägerin zur Zahlung von € 142.800,00 an die Beklagte zu 1 verurteilt. Der Unterpachtvertrag zwischen der Klägerin und der Beklagten zu 1 sei nicht wirksam geworden, da die Verpächterin der Unterverpachtung nicht zugestimmt habe.

24

Aufgrund der Beweisaufnahme durch Vernehmung des Zeugen sei dessen E-Mail vom 01.04.2014 so zu verstehen, dass damit von Seiten der Verpächterin keine formelle Zustimmung erteilt wurde, sondern nur eine vorläufige Duldung der Unterverpachtung signalisiert werden sollte. Die Klägerin habe einen Anspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1 1.Alt. BGB auf Herausgabe, aber nicht auf Räumung. Gegen die Beklagte zu 2 bestehe ein Anspruch auf Herausgabe aus § 812 Abs. 1 S. 1 2.Alt. BGB. Da der Vertrag nicht wirksam geworden sei, habe die Klägerin die von der Beklagten zu 1 geleisteten € 148.000,00 zurück zu zahlen. Ein Anspruch auf Herausgabe der Pachtkautionsbürgschaft an die Beklagte zu 1 bestehe nicht, da nur vertragliche Ansprüche in Betracht kämen. Auch die Hilfswiderklage auf Zahlung von € 396.600,44 sei unbegründet.

25

Wegen des Vorbringens der Parteien in erster Instanz, des Verfahrensgangs und des Urteilsinhalts wird im übrigen Bezug genommen auf Tatbestand und Entscheidungsgründe der angefochtenen Entscheidung (§ 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO).

26

Beide Parteien haben gegen das Urteil Berufung eingelegt. Die Klägerin wendet sich mit der Berufung zum einen gegen die Abweisung des Räumungsanspruchs und zum anderen gegen die Verurteilung zur Zahlung an die Beklagte zu 1. Das Landgericht sei fehlerhaft davon ausgegangen, dass der Unterpachtvertrag nicht wirksam geworden sei.

27

Die Klägerin beantragt,

1. Unter Abänderung des Urteils des Landgerichts München II vom 25.10.2016, Az.: 12 O 786/15, wird die Beklagte zu 1) verurteilt, das auf dem Grundstück der Gemarkung ..., Fl.St. ... betriebene „...“ mit sämtlichen Außenflächen, ausgenommen das Wohnhaus mit Laden am weißen Garten, das Bistro und das Eiskiosk im Durchgang zum weißen Garten, die 2 Personalzimmer über den städtischen Toiletten sowie die ca. 12 qm große Lagerfläche im Wirtschaftshof gem. der in der dem Urteil beigefügten „Anlage 5“ (Lageplan) rot eingezeichneten Fläche mit Ausnahme des Beach-Bereichs, des Kiosks, des Stegs und der diesen vorgenannten Bezirken gegenüber liegenden Lagerräumen gem. der dem Urteil beigefügten „Anlage 4“ (Lageplan) rot eingezeichneten Grenzen zu räumen.

28

Die Beklagten werden als Gesamtschuldner verurteilt, das auf dem Grundstück der Gemarkung ..., Fl.St. ... betriebene „...“ mit sämtlichen Außenflächen, ausgenommen das Wohnhaus mit Laden am

weißen Garten, das Bistro und das Eiskiosk im Durchgang zum weißen Garten, die 2 Personalzimmer über den städtischen Toiletten sowie die ca. 12 qm große Lagerfläche im Wirtschaftshof gem. der in der dem Urteil beigefügten „Anlage 5“ (Lageplan) rot eingezeichneten Fläche mit Ausnahme des Beach-Bereichs, des Kiosks, des Stegs und der diesen vorgenannten Bezirken gegenüber liegenden Lagerräumen gem. der dem Urteil beigefügten „Anlage 4“ (Lageplan) rot eingezeichneten Grenzen an die Klägerin herauszugeben.

29

2. Die Widerklage der Beklagten zu 1) wird insgesamt abgewiesen.

30

Hilfsweise für den Fall, dass das Gericht seine Entscheidung von der Wirksamkeit der Kündigung des Hauptpachtvertrages abhängig macht, beantragt die Klägerin:

31

Das Verfahren wird bis zur Entscheidung über die Kündigung des Hauptpachtvertrages im Verfahren vor dem OLG München, Az. 23 U 1456/18, ausgesetzt.

32

Hilfsweise für den Fall, dass der Senat an der im Hinweisbeschluss vom 23.08.2018 geäußerten Rechtsauffassung festhält, beantragt die Klägerin:

33

Das Verfahren wird gegen die Beklagten unter Verwahrung gegen die Kostenlast für erledigt erklärt.

34

Die Beklagten beantragen,

1.

Die Klage wird insgesamt abgewiesen.

2.

Auf die Widerklage der Beklagten zu 1) wird die Klägerin unter teilweiser Abänderung des Endurteils des Landgerichts München II vom 25.10.2016 (Aktenzeichen: 12 O 786/15) weitergehend verurteilt, die von der am 19.03.2014 unter der Referenznummer erstellte und der Klägerin und Widerbeklagten gemäß nachfolgend abgebildetem (Kopie-) Muster

ausgehändigte Urkunde über eine Pachtkautionsbürgschaft in Höhe von € 72.000,00

- an die Beklagte zu 1) herauszugeben,

hilfsweise:

- an die ... herauszugeben,

hilfshilfsweise:

- gegenüber der ... zu erklären, dass die Klägerin aus der unter der Referenznummer ... geführten Pachtkautionsbürgschaft in Höhe von € 72.000,00 keine Rechte mehr geltend macht.

35

3. Hilfsweise für den Fall einer Verurteilung der Beklagten zu 1) zur Räumung und Herausgabe, oder zur Räumung, oder zur Herausgabe der im Klageantrag bezeichneten Fläche - ganz oder teilweise - wird beantragt,

Es wird festgestellt, dass die Klägerin der Beklagten zu 1) bis zur Höhe von € 396.600,44 sowie 4% Zinsen hieraus seit 01.01.2015 bis Rechtshängigkeit und 5% Zinsen über dem Basiszinssatz hieraus p.a. seit Rechtshängigkeit denjenigen wirtschaftlichen Schaden zu ersetzen hat, der der Beklagten zu 1) dadurch entstanden ist und entsteht, dass die Beklagte zu 1) Investitionen in Höhe von € 396.600,44 aus und im Zusammenhang mit der Überlassung der im Klageantrag bezeichneten Fläche wegen einer Unwirksamkeit des am 21.02.2014 gezeichneten Vertrages ganz oder teilweise vergeblich aufgewendet hat, weil die in dem zwischen der Klägerin und der Beklagten zu 1) gezeichneten Vertrag vom 21.02.2014 vorgesehene Pachtzeit wegen fehlender Eigentümerzustimmung zum Vertrag oder wegen wirksamer Anfechtung des Vertrages durch die Beklagte zu 1) nicht erreicht wird.

36

Die Beklagten wenden sich mit ihrer Berufung zum einen gegen die Verurteilung zur Herausgabe und zum anderen gegen die Abweisung der Widerklagen, die sie mit in der Berufung weiterverfolgen.

37

Die Beklagten sind der Auffassung, der Pachtvertrag mit der Klägerin sei nicht wirksam geworden, da eine Genehmigung durch die nicht erfolgt sei. Insbesondere sei in der E-Mail des Zeugen keine Genehmigung im Sinne des Hauptpachtvertrages zu sehen.

38

Der Zeuge habe auch sonst nicht die Unterverpachtung genehmigt. Jedenfalls sei die Anfechtung des Unterpachtvertrages durch die Beklagte zu 1) wirksam gewesen.

39

Ein eventueller Anspruch der Klägerin auf Rückgabe der Pachtsache sei bereits erfüllt. Die habe die Herausgabe an sich verlangt. Am 20.03.2015 mit Abschluss eines Pachtvertrages zwischen der und der Beklagten zu 2 sei man sich einig gewesen, dass die die Pachtsache wieder in Besitz nehme und diese den Besitz auf die Beklagte zu 2 übertrage. Am 17.11.2015 habe sodann ein Termin auf dem Pachtgelände stattgefunden mit dem Geschäftsführer der Beklagten zu 1 und dem Zeugen Die Beklagte zu 1 habe den Besitz an die übertragen und diese habe sodann den Besitz auf die Beklagte zu 2 übertragen.

40

Soweit das Landgericht die Widerklage auf Rückgewähr der Bürgschaft abgewiesen habe, handele es sich um eine Überraschungsentscheidung. Die Beklagte zu 1 könne Herausgabe der Bürgschaftsurkunde an sich sowohl aus eigenem Recht aus Bereicherung als auch aus abgetretenem Recht aufgrund der Abtretung durch die Bürgin vom 16.02.2017 verlangen.

41

Bezüglich der Einzelheiten des Vortrags der Parteien im Berufungsverfahren wird auf die von diesen im Berufungsverfahren eingereichten Schriftsätze verwiesen; auf die richterlichen Hinweise in den Senatsbeschlüssen vom 24.05.2017 und vom 23.08.2018 (Bl. 678 d.A.) sowie auf die Protokolle der Verhandlungen vom 11.01.2018, vom 11.04.2018, in der die Zeugen ... und ... vernommen wurden, vom 18.04.2018, in der die Zeugen ... und ... vernommen wurden, vom 07.06.2018, in dem die Zeugen ... und ... vernommen wurden, und vom 18.07.2018, in der der Zeuge ... vernommen wurde, wird Bezug genommen.

Entscheidungsgründe

II.

42

Von den jeweils zulässig eingelegten Berufungen hat nur die Berufung der Beklagten Erfolg, während der Berufung der Klägerin der Erfolg versagt bleibt.

1. Berufung der Klägerin

43

Die Klage war hinsichtlich des Anspruchs der Klägerin gegen die Beklagte zu 1 auf Herausgabe der Pachtsache zunächst zulässig und begründet. Die Klägerin hatte gegen die Beklagte zu 1 einen Anspruch auf Herausgabe der Pachtsache aus Bereicherung. Durch die Übergabe der Pachtsache an die ist der Anspruch nach § 275 Abs. 1 BGB erloschen. Die Berufung der Klägerin ist daher mit der Maßgabe zurückzuweisen, dass festgestellt wird, dass sich die Klage gegen die Beklagte zu 1 insoweit erledigt hat. Soweit die Klägerin darüber hinaus beantragt hat, die Beklagte zu 1 auch zur Räumung zu verurteilen, war die Klage von Anfang an unbegründet. Der Klägerin steht gegen die Beklagte zu 2 kein Anspruch auf Räumung und Herausgabe zu.

44

a) Die Klägerin hatte gegen die Beklagte zu 1 einen Anspruch auf Herausgabe der Pachtsache nach § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB. Da von Anfang an kein wirksamer Pachtvertrag bestand, hat eine Rückabwicklung nach bereicherungsrechtlichen Grundsätzen zu erfolgen. Die Beklagte zu 1 hat gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB das durch die Leistung der Klägerin Erlangte an diese herauszugeben (BGH, Urteil vom 06. August 2008 - XII ZR 67/06, NJW 2009, 1266 Rn. 49). Das sind der von der Klägerin übertragene Besitz und die gewährte Gebrauchsüberlassung der Pachtsache.

45

Die Beklagte zu 1 hat den Besitz an der Pachtsache ohne Rechtsgrund erlangt, denn der Pachtvertrag vom 21.02.2014 ist nicht wirksam geworden. Die in § 21 des Unterpachtvertrages enthaltene aufschiebende Bedingung ist nicht eingetreten und auch nicht wirksam mündlich oder konkludent abbedungen worden. Jedenfalls hat die Beklagte zu 1 eine konkludente Vereinbarung über die Abbedingung wirksam angefochten. Die Klägerin und die Beklagte zu 1 haben auch nicht konkludent einen Pachtvertrag abgeschlossen.

46

aa) Der Pachtvertrag vom 21.02.2014 zwischen der Klägerin und der Beklagten zu 1 ist nicht wirksam geworden, da der Vertrag unter einer aufschiebenden Bedingung stand und die Bedingung nicht eingetreten ist.

47

Nach § 21 des Pachtvertrages wurde der Vertrag unter der aufschiebenden Bedingung abgeschlossen, dass der Verpächter der Klägerin dem Pachtverhältnis zustimmt und die Kautions hinterlegt wird. Zwar hat die Beklagte zu 1 die nach dem Vertrag geforderte Sicherheit geleistet. Die nach § 21 des Pachtvertrages ebenfalls erforderliche Zustimmung ist jedoch von Seiten der H. KG nicht erteilt worden.

48

(1) Grundsätzlich ist die Gültigkeit eines Unterpachtvertrages unabhängig von der Erlaubnis des Verpächters und vom Bestand des Hauptpachtvertrages (vgl. BGH, Urteil vom 12. Juli 2006 -XII ZR 178/03 -, Rn. 31, NZM 2006, 699). Ein Unterpachtvertrag kann jedoch unter der aufschiebenden Bedingung abgeschlossen werden, dass die Erlaubnis zur Unterverpachtung erteilt wird (Guhling in Ghassemi-Tabar/Guhling/Weitemeyer/Schweitzer, Gewerberaummieta, § 540 BGB Rn. 54; Staudinger/V.Emmerich, 2018, § 540 BGB Rn. 25).

49

Wird ein Rechtsgeschäft unter einer aufschiebenden Bedingung vorgenommen, so tritt nach § 158 Abs. 1 BGB die von der Bedingung abhängig gemachte Wirkung mit dem Eintritt der Bedingung ein. Bis zum Eintritt der Bedingung entfaltet der Vertrag keine Rechtswirkungen (Palandt/Ellenberger, 77. Aufl., Einf v § 158 BGB Rn. 8). Danach ist der Pachtvertrag nicht wirksam geworden. Die Regelung in § 21 des Pachtvertrages ist dahin auszulegen, dass die Zustimmung durch die in der Weise erforderlich ist, wie es nach dem Hauptpachtverhältnis zwischen der Klägerin und der vorgesehen ist. Denn allein dies wird den Interessen beider Parteien des Unterpachtverhältnisses gerecht. Es war bei Vertragsschluss für die Parteien erkennbar, dass Abweichungen davon sowohl im Hinblick auf die möglichen Folgen der Annahme einer unberechtigten Unterverpachtung als auch im Hinblick auf das Entstehen von Schriftformmängeln den Bestand des Hauptpachtverhältnisses gefährden würden.

50

Die Voraussetzungen für die Zustimmung zur Unterverpachtung haben die und die Beklagte zu 1 abweichend von § 540 BGB in § 10 des Pachtvertrages vom 06.07.2012 sowie im 3. Nachtrag vom 15.01.2014 geregelt. Die Beklagten haben § 10 im Schriftsatz vom 10.05.2016 zitiert. Soweit die Klägerin - anscheinend - im Schriftsatz vom 12.05.2016 den Inhalt des Vertrages im Hinblick darauf bestreitet, dass die Beklagte mit B 13 nur einen Vertragsentwurf vorgelegt hat, ist dieses Bestreiten unbeachtlich, weil sie nicht zugleich vorträgt, wie die Zustimmung zur Unterverpachtung in dem ihr vorliegenden Vertragstext geregelt ist. Soweit sie - ohne den Vertrag auch nur teilweise vorzulegen - behauptet, hinsichtlich der Zustimmung sei kein Formerfordernis vereinbart, ist nicht erkennbar, ob es sich dabei nur um eine Auslegung des Vertragstextes handelt, der eventuell mit dem von der Beklagten zitierten Wortlaut übereinstimmt. Sie trägt auch nicht vor, in welchem Sinn dann § 3 des 3. Nachtrages

zu verstehen sein soll und welche weiteren Voraussetzungen gegeben sein sollen. Auch der Zeuge hat den Inhalt der Regelung bestätigt.

51

Die Zulässigkeit der Unterverpachtung setzt eine Vertragsanpassung voraus. Dies ist dahin zu verstehen, dass die Zustimmung nur in Form eines die Schriftform wahren Nachtrags erteilt werden kann. Eine formfreie Zustimmung der ist nach dem Hauptpachtvertrag nicht ausreichend.

52

(2) Der Geschäftsführer der Klägerin und der Zeuge haben den Hauptpachtvertrag auch nicht insoweit konkludent geändert. Schon aus der E-Mail des Zeugen ergibt sich, dass er gegenüber dem Geschäftsführer der Klägerin deutlich gemacht hat, dass ein schriftlicher Nachtrag noch erforderlich ist und noch zu verhandeln wäre. Der Zeuge hat auch in seiner Zeugenaussage betont, dass in dem Gespräch mit dem Geschäftsführer der Klägerin klar war, dass noch ein schriftlicher Nachtrag zu machen wäre. Dazu sei es jedoch nicht gekommen, weil keine der Parteien deswegen auf ihn zugekommen sei.

53

Auch in dem Umstand, dass die Aussagen des Zeugen gegenüber dem Geschäftsführer der Klägerin dahin verstanden werden konnten, dass die die Unterverpachtung zunächst einmal duldet, stellt keine Vertragsänderung des Hauptpachtvertrages dar. Denn es war für den Geschäftsführer der Klägerin erkennbar, dass an dem nach dem Hauptpachtvertrag vorgesehenen Procedere festgehalten werden sollte und die erforderliche Vertragsanpassung noch erfolgen sollte.

54

(3) Auch Äußerungen des Zeugen über die Beklagte zu 1 gegenüber dem Geschäftsführer der Klägerin können nicht als Zustimmung zur Unterverpachtung und als Abbedingung der in § 10 des Hauptpachtvertrages und in § 3 des 3. Nachtrags enthaltenen Voraussetzungen einer wirksamen Zustimmung verstanden werden.

55

Die Zeugen, und haben den Vortrag der Klägerin bestätigt, dass der Zeuge dem Geschäftsführer der Klägerin bei einem Treffen auf dem Pachtgelände zu den neuen Unterpächtern gratuliert habe. Auch der Zeuge hat bestätigt, dass er sich am 06.07.2014 auf dem Pachtgelände dem Geschäftsführer der Klägerin gegenüber in Gegenwart des Zeugen positiv über den Zustand des Außenbereiches geäußert habe.

56

Der Senat geht daher davon aus, dass der Sachvortrag der Klägerin zutreffend ist.

57

Selbst wenn der Zeuge dem Geschäftsführer der Klägerin wörtlich zum neuen Unterpächter gratuliert haben sollte, kann darin nach §§ 133, 157 BGB aus Sicht des Geschäftsführers der Klägerin keine Zustimmung im Sinne des Hauptpachtvertrages samt Nachträgen gesehen werden.

58

bb) Die Klägerin und die Beklagte zu 1 haben die in § 21 des Unterpachtvertrages enthaltene aufschiebende Bedingung auch nicht wirksam mündlich oder konkludent abbedungen.

59

Wenn die Klägerin die Pachtsache übergibt und die Beklagte zu 1 als Pächterin die Pachtsache übernimmt, Investitionen tätigt, den Betrieb beginnt und die Pacht zahlt, obwohl die für das Wirksamwerden des Pachtvertrages vereinbarte Bedingung noch nicht eingetreten ist, kann dieses Verhalten aus Sicht der jeweiligen Vertragspartei als Abbedingung der aufschiebenden Bedingung ausgelegt werden. Von einem objektiven Standpunkt aus zeigen beide Parteien den Willen, den geschlossenen Pachtvertrag durchzuführen, obwohl die Bedingung nicht eingetreten ist.

60

Der Senat hat bereits Zweifel, ob der Geschäftsführer der Klägerin das Verhalten der Beklagten zu 1 in dieser Weise verstehen durfte. Nach § 133 BGB ist bei der Auslegung der wirkliche Wille zu erforschen. Bei empfangsbedürftigen Willenserklärungen hat der übereinstimmende, natürliche Wille der Parteien Vorrang (Palandt/Ellenberger, 77. Aufl., § 133 BGB Rn. 8). Ein übereinstimmender Wille der Parteien lag aber nicht vor.

61

Nach dem unstreitigen Vortrag der Beklagten hat der Geschäftsführer der Klägerin der Beklagten zu 1 signalisiert, dass die Zustimmung der vorliege. Daher lag in dem Verhalten der Beklagten zu 1 nach Vorstellung ihrer Gesellschafter keine Abbedingung der aufschiebenden Bedingung.

62

Soweit der übereinstimmende natürliche Wille der Parteien nicht feststellbar ist, sind empfangsbedürftige Willenserklärungen, und auch lediglich konkludente Willenserklärungen, so auszulegen, wie sie der Erklärungsempfänger nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte verstehen musste (Palandt/Ellenberger, 77. Aufl., § 133 BGB Rn. 9, 11). Allerdings setzt die Annahme einer konkludenten Willenserklärung voraus, dass der Handelnde das Bewusstsein hat, es sei eine Willenserklärung möglicherweise erforderlich. Die Beklagte zu 1 hat sich eine schriftliche Zustimmung der nicht vorlegen lassen, bevor sie den Betrieb begonnen und die Pacht gezahlt hat. Daher musste sie eventuell damit rechnen, dass eine schriftliche Zustimmung noch nicht vorlag und ihr Verhalten als Abbedingung der aufschiebenden Bedingung zu verstehen sein würde.

63

Allerdings war das Verhalten der Beklagten zu 1 aus Sicht der Klägerin nicht als Annahme einer Vereinbarung über die Abbedingung der aufschiebenden Bedingung zu verstehen. Denn der Geschäftsführer der Klägerin hatte der Beklagten zu 1 mitgeteilt, dass die Zustimmung der vorliegt, bevor er die Pachtsache übergeben hat. Aus seiner Sicht musste die Beklagte zu 1 davon ausgehen, dass die Bedingung eingetreten ist. Dem entsprach auch das Verhalten der Beklagten zu 1. Aus Sicht

der Klägerin konnte das Verhalten der Beklagten zu 1 nicht als eine konkludente Willenserklärung zur Änderung des Vertrages verstanden werden.

64

Ebenso konnte die Beklagte zu 1 die Übergabe der Pachtsache nicht als Angebot auf Änderung des Pachtvertrages verstehen, weil der Geschäftsführer der Klägerin zuvor geäußert hatte, die Zustimmung der liege vor.

65

cc) Jedenfalls hat die Beklagte zu 1 mit ihrem Schreiben vom 18.02.2015 eine eventuelle konkludente Willenserklärung, gerichtet auf Abbedingung der aufschiebenden Bedingung, gemäß den §§ 143, 123 Abs. 1 BGB wirksam angefochten.

66

Nach § 123 Abs. 1 BGB kann derjenige seine Erklärung anfechten, wer zur Abgabe der Willenserklärung durch arglistige Täuschung bestimmt worden ist. Die Anfechtung eines Mietvertrages über Geschäftsräume wegen arglistiger Täuschung ist auch nach Überlassung der Mieträume und Beendigung des Mietvertrages neben der Kündigung zulässig. Sie wirkt gemäß § 142 Abs. 1 BGB auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses zurück (BGH, Urteil vom 06. August 2008 - XII ZR 67/06, NJW 2009, 1266).

67

Denn in der Mitteilung durch den Geschäftsführer der Klägerin über die Zustimmung zur Unterverpachtung durch die lag eine Täuschung, die kausal für das Verhalten der Beklagten zu 1 geworden ist, das als konkludente Willenserklärung verstanden werden kann.

68

In der Äußerung des Geschäftsführers der Klägerin, die Zustimmung zur Unterverpachtung an die Beklagte zu 1 sei von Seiten der erteilt worden, ist eine arglistige Täuschung zu sehen. Dem Geschäftsführer der Klägerin waren die Voraussetzungen für die Zustimmung zur Unterverpachtung bekannt. Er hatte erst am 15.01.2014 den 3. Nachtrag zum Pachtvertrag unterzeichnet. Vor der Übergabe des Pachtobjektes an die Beklagte zu 1 hatten weder der Zeuge noch der Zeuge dem Geschäftsführer der Klägerin gegenüber erklärt, auf eine Vertragsanpassung verzichten zu wollen. Selbst die - späteren - Äußerungen des Zeugen könnten nach der Beweisaufnahme nicht in diesem Sinne verstanden werden, ohne dass dies erheblich ist. Denn die von den Zeugen geschilderten Vorfälle ereigneten sich nach der Übergabe an die Beklagte zu 1. Arglist ist schon anzunehmen, wenn der Handelnde die Unrichtigkeit seiner Angaben kennen oder für möglich halten musste (Palandt/Ellenberger, 77. Aufl., § 123 BGB Rn. 11). Daran gemessen, liegt in der Äußerung des Geschäftsführers der Klägerin eine arglistige Täuschung durch Vorspiegelung oder Entstellung von Tatsachen.

69

Dies gilt auch für den Fall, dass die Übergabe an die Beklagte zu 1 erfolgte, nachdem der Zeuge ..., dem insoweit eine Anscheinsvollmacht zukommt, dem Geschäftsführer der Klägerin gegenüber signalisiert hatte, die werde die Überlassung an die Beklagte zu 1 zunächst dulden. Denn damit hat der Zeuge nur erklärt, die werde zunächst keine rechtlichen Schritte gegen die Klägerin ergreifen, obwohl die Zustimmung noch nicht erteilt wurde. Zugleich hat der Zeuge aber klar gemacht, dass die Vertragsanpassung noch erfolgen müsse. Der Geschäftsführer der Klägerin konnte also nur damit rechnen, dass er bei Überlassung an die Beklagte zu 1 nicht mit einer Unterlassungsklage oder einer Kündigung von Seiten der rechnen müsse. Zugleich wusste er aber, dass die Zustimmung zur Unterverpachtung durch Anpassung des Hauptpachtvertrages noch ausstand.

70

dd) Die Parteien haben auch nicht konkludent einen Pachtvertrag geschlossen.

71

(1) Allerdings konnte die Beklagte zu 1 die vorsorgliche Anfechtung nicht auf die Behauptung stützen, der Geschäftsführer der Klägerin habe über die von ihm an die zu leistende Pacht getäuscht.

72

Die weitgehend übereinstimmenden Aussagen der von der Beklagten genannten Zeugen wurden von den Aussagen der Zeugen ... und ... in Zweifel gezogen. Auch die eindeutige Regelung in § 7 des Pachtvertrages spricht gegen eine Täuschung durch den Geschäftsführer der Klägerin. Da der Senat aufgrund der Beweiserhebung aber davon überzeugt ist, dass eine wirksame Zustimmung zur Unterverpachtung weder von dem Zeugen selbst noch von dem Zeugen erteilt worden war, und aus den genannten Gründen auch ein konkludenter Abschluss eines Pachtvertrages nicht zustande kam, kommt es auf die Wirksamkeit der Anfechtung, die auf diese behauptete Täuschung gestützt war, nicht mehr an.

73

(2) Eine konkludente Einigung über den Abschluss eines Pachtvertrages ist nicht zustande gekommen, weil die Klägerin das Verhalten der Beklagten zu 1 nicht in der Weise verstehen konnte.

74

Wenn ein schriftlicher Pachtvertrag noch nicht zustande gekommen oder noch nicht wirksam geworden ist und die Parteien beginnen das Pachtverhältnis durch Übergabe der Pachtsache und Zahlung der Pacht, ist in der Regel von dem Abschluss eines konkludenten Pachtvertrages auszugehen. Wenn die Parteien einen noch nicht beurkundeten Vertrag einvernehmlich in Vollzug setzen, können sie damit zu erkennen geben, dass der Vertrag ohne Rücksicht auf die nicht eingehaltene Schriftform wirksam werden soll (BGH, Urteil vom 08. Oktober 2008 - XII ZR 66/06 -, Rn. 28, NJW 2009, 433). Möglich ist auch der Abschluss eines konkludenten Pachtvertrages für die Zwischenzeit, wenn der Pächter im Falle eines aufschiebend bedingt abgeschlossenen Pachtvertrages noch vor Eintritt der Bedingung die Pachtsache übernimmt (Staudinger/V.Emmerich, 2018, vor § 535 BGB Rn. 68a). Wer durch den Austausch von Leistungen in dauernde Beziehungen zu anderen tritt, will nach aller Lebenserfahrung

regelmäßig nicht in einem vertragslosen Zustand handeln, in welchem sich die Leistungen nur nach den für solche Dauerbeziehungen gar nicht passenden Vorschriften der §§ 812 ff BGB beurteilen würden (Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg, Urteil vom 14. November 2001 - 4 U 34/01 -, Rn. 14, WuM 2003, 84).

75

Voraussetzung ist aber auch hier, wie bei der Frage, ob eine konkludente Vertragsanpassung zustande gekommen ist, dass beide Parteien erkennbar davon ausgehen, dass der abgeschlossene, schriftliche Pachtvertrag mangels Eintritts der Bedingung noch nicht wirksam geworden ist. Da aber die Gesellschafter der Beklagten zu 1 aufgrund der Äußerungen des Geschäftsführers der Klägerin erkennbar davon ausgingen, die Bedingung sei eingetreten, kann deren Verhalten aus Sicht der Klägerin nicht als eine auf den Abschluss eines Pachtvertrages für die Zwischenzeit gerichtete Willenserklärung verstanden werden. Jedenfalls hätte die Beklagte zu 1 mit dem Schreiben vom 18.02.2015 eine solche Willenserklärung wirksam angefochten.

76

b) Der Anspruch gegen die Beklagte zu 1 auf Herausgabe der Pachtsache ist jedoch erloschen.

77

Mit Übergabe der Pachtsache an die hat die Beklagte zu 1 zwar nicht ihren Herausgabeanspruch gegenüber der Klägerin erfüllt, aber der Anspruch ist nach § 275 Abs. 1 BGB ausgeschlossen.

78

aa) Der Anspruch der Klägerin auf Herausgabe der Pachtsache ist nicht durch Erfüllung gemäß § 362 BGB erloschen. Nach Beendigung sowohl des Haupt- als auch des Unterpachtverhältnisses ist der Unterpächter sowohl gegenüber dem Unterverpächter als auch gegenüber dem Hauptverpächter zur Herausgabe verpflichtet, §§ 581 Abs. 2, 546 Abs. 1 und 2 BGB. Für das Mietrecht hat der BGH entschieden, dass der Untermieter durch eine Herausgabe der Sache an den Hauptvermieter auch gegenüber dem Untervermieter befreit wird (BGH, Urteil vom 04. Oktober 1995 - XII ZR 215/94, NJW 1996, 46 Rn. 12). Dies gilt für Pachtverhältnisse gleichermaßen.

79

bb) Im vorliegenden Fall konkurrieren aber Ansprüche der Klägerin aus Bereicherung mit Ansprüchen der aus Eigentum, da ein Pachtvertrag zwischen der Klägerin und der Beklagten zu 1 nicht zustande gekommen ist oder jedenfalls wirksam angefochten wurde. Allerdings kann der Eigentümer bei bestehendem Hauptpachtverhältnis nach § 986 Abs. 1 Satz 2 BG nur Herausgabe an den Pächter verlangen. Im vorliegenden Fall besteht Streit, ob das Hauptpachtverhältnis durch die verschiedenen Kündigungen der beendet wurde. Wurde es beendet, stand der gegen die Beklagte zu 1 auch ein Anspruch aus §§ 581 Abs. 2, 546 Abs. 2 BGB zu.

80

Unabhängig von dem Bestehen des Hauptpachtvertrages hat die Beklagte zu 1 mit einer Herausgabe der Pachtsache an die den Bereicherungsanspruch der Klägerin nicht erfüllt. Denn anders als bei den

gestuften Ansprüchen gegen den Mieter und gegen Dritte aus § 546 Abs. 1 und 2 BGB betrifft der Bereicherungsanspruch nur das Verhältnis, in dem die Leistung erfolgte, nämlich von der Klägerin zu der Beklagten zu 1. cc) Der Anspruch auf Herausgabe der Pachtsache ist jedoch erloschen, da der Beklagten zu 1 die Herausgabe der Pachtsache unmöglich geworden ist.

81

(1) Der Anspruch auf Herausgabe des Erlangten nach §§ 812 Abs. 1 Satz 1, 818 BGB ist nicht schon nach § 818 Abs. 3 BGB ausgeschlossen. Zwar kommt eine Entreicherung durch Weggabe des herauszugebenden Gegenstandes in Betracht (Palandt/Sprau, 77. Aufl., § 818 BGB Rn. 43), doch kann sich die Beklagte zu 1 als Bereicherungsschuldnerin nicht auf die Entreicherung berufen, da sie zum Zeitpunkt der Herausgabe der Pachtsache an die die Umstände kannte, aus denen sich die Unwirksamkeit des Pachtvertrages mit der Klägerin ergaben. Nach §§ 819 Abs. 1, 818 Abs. 4 BGB haftet der Bereicherungsschuldner ab dem Zeitpunkt der Kenntnis vom Mangel des rechtlichen Grundes nach allgemeinen Vorschriften und kann sich im allgemeinen nicht mehr auf den Wegfall der Bereicherung berufen (Palandt/Sprau, a.a.O., Rn. 53).

82

(2) Die Herausgabe der Pachtsache ist jedoch für die Beklagte zu 1 subjektiv unmöglich und damit nach § 275 Abs. 1 BGB ausgeschlossen. Auch eine verschärfte Haftung gemäß §§ 818 Abs. 4, 819 BGB ändert nichts daran, dass sich eine Befreiung des Kondiktionsschuldners von der Leistungspflicht aus allgemeinen Vorschriften, etwa wegen Unmöglichkeit der Herausgabe nach § 275 Abs. 1 BGB, ergeben kann (BGH, Urteil vom 20. November 2013 - IV ZR 54/13, NJW 2014, 782 Rn. 26; Palandt/Sprau, BGB 77. Aufl. § 818 Rn. 53).

83

Nicht jede Übertragung des Besitzes auf einen Dritten führt jedoch zur Unmöglichkeit der Herausgabe. Unmöglichkeit liegt vielmehr erst dann vor, wenn feststeht, dass der Schuldner die Verfügungsmacht nicht mehr erlangen und zur Erfüllung des geltend gemachten Anspruchs auch nicht auf die Sache einwirken kann. Solange dagegen die Möglichkeit besteht, dass der Dritte dem Schuldner die Verfügungsmacht wieder einräumt oder der Verfügung zustimmt, steht sein Unvermögen nicht fest (BGH a.a.O.).

84

Ein Unvermögen des Unterpächters zur Herausgabe der Pachtsache an den Pächter ist indessen auch bei einer Besitzübertragung auf den Hauptverpächter anzunehmen. Denn vom Ansatz her ist in einem solchen Fall der Streit über die Berechtigung zum Besitz dann in dem Verhältnis des Verpächters zum Pächter und nicht im Verhältnis des Pächters zum Unterpächter auszutragen. Es kann vom Unterpächter nicht verlangt werden, sich darum zu bemühen, vom Verpächter wieder den Besitz übertragen zu bekommen, damit er diesen dann in Erfüllung des bereicherungsrechtlichen Herausgabeanspruchs an den Pächter übertragen kann.

85

Eine solche Besitzübertragung fand jedenfalls am 17.11.2015 statt. Der Senat ist davon überzeugt, dass ein Übergabetermin am 17.11.2015 mit dem Zeugen und dem Geschäftsführer der Beklagten durchgeführt worden ist. Der Senat sieht hier keinen Anlass an der Aussage des Zeugen zu zweifeln. Auch die Einlassung des Geschäftsführers der Beklagten war glaubhaft.

86

Indem sich der Zeuge und der Geschäftsführer der Beklagten auf dem Pachtgelände darüber einig waren, dass die Beklagte zu 1, vertreten durch den Geschäftsführer, den Besitz auf die überträgt, hat die Beklagte zu 1 wirksam den Besitz an der Pachtsache verloren. Damit ist die Herausgabe an die Klägerin für die Beklagte zu 1 unmöglich geworden.

87

Anders als das Landgericht geht der Senat davon aus, dass die Besitzübertragung ausreichend und schlüssig vorgetragen worden ist. Sie ist auch nicht als Missbrauch formaler Gestaltungsmöglichkeiten jedenfalls im Verhältnis zu Klägerin unwirksam, so dass sich die Beklagte zu 1 nicht im Prozess darauf berufen könnte.

88

Die Klägerin hätte schon nicht die Herausgabe verlangen können, wenn die Beklagte zu 1 selbst mit der unmittelbar einen Pachtvertrag abgeschlossen hätte. Für die Änderung des Besitzmittlungsverhältnisses genügt nach der Rechtsprechung die Erkennbarkeit der Willensänderung des unmittelbaren Besitzers, die Sache nunmehr für einen neuen Oberbesitzer besitzen zu wollen; eine Erklärung gegenüber dem bisherigen mittelbaren Besitzer oder dessen Kenntnis ist nicht erforderlich (BGH, Urteil vom 12. Juli 2006 - XII ZR 178/03, NZM 2006, 699 Rn. 35). Sogar einem vertraglichen Rückgabeanspruch der Klägerin hätte entgegengestanden, dass die Unterpächterin einen eigenen Pachtvertrag mit der Verpächterin macht. Auch einem bereicherungsrechtlichen Herausgabeanspruch stände dies entgegen, da die Unterpächterin ihren Besitz dann von der Verpächterin ableitet. Dieser Besitz ist nicht Gegenstand des Bereicherungsanspruches der Pächterin.

89

Umso mehr gilt dies aber im vorliegenden Fall, in dem die als Verpächterin einen neuen Hauptpachtvertrag mit der Beklagten zu 2 gemacht hat und sich die jeweiligen Vertreter einig waren, dass der Besitz nunmehr von der Beklagten zu 2 gehalten wird. Trotz Personenidentität des Vertreters war dessen Wille erkennbar, spätestens ab dem Termin vom 17.11.2015 die Pachtsache für die Beklagte zu 2 und für die als Oberbesitzer besitzen zu wollen. Die Erkennbarkeit beruht auf dem Abschluss des Pachtvertrages zwischen der und der Beklagten zu 2, dem Übergabetermin vom 17.11.2015 und der Pachtzahlung durch die Beklagte zu 2.

90

Damit gleicht der Fall, jedenfalls wenn man aus Sicht der Klägerin von der Wirksamkeit des Hauptvertrages ausgeht, den Fällen der Doppelvermietung. Formal gesehen hat die Beklagte zu 1 den

Besitz auf die übertragen und die hat dann in Erfüllung eines Hauptvertrages mit der Beklagten zu 2 den Besitz auf diese übertragen.

91

Dies stellt keinen Missbrauch formaler Gestaltungsmittel dar, der dazu führen könnte, dass sich die Beklagte zu 1 nicht auf Unmöglichkeit berufen kann oder weiter als Besitzerin anzusehen ist. Der BGH hat anerkannt, dass der Untermieter wirksam mit dem Vermieter einen Vertrag schließen kann und sich die Besitzmittlungsverhältnisse bei einer Erkennbarkeit der Willensänderung des Untermieters auch tatsächlich ändern. Der Mieter gerät durch die Untervermietung daher immer in Gefahr, seinen Primäranspruch gegen den Vermieter auf Besitzverschaffung sowie seine Primäransprüche gegen den Untermieter zu verlieren, wenn sich der Vermieter und der Untermieter unter Umgehung des Mieters einigen und einen direkten Mietvertrag abschließen. Der Mieter ist in diesen Fällen auf Sekundäransprüche gegen seine jeweiligen Vertragspartner angewiesen.

92

Allein der Umstand, dass hier durch Übereinstimmung der Gesellschafter eine wirtschaftliche Identität der Interessen zwischen der Beklagten zu 1 und der Beklagten zu 2 besteht, führt nicht zu der Annahme eines zur Unwirksamkeit führenden Missbrauchs. Denn schon die Beklagte zu 1 hätte selbst einen Pachtvertrag direkt mit der abschließen können, der dazu geführt hätte, dass Herausgabeansprüche der Klägerin ausgeschlossen sind.

93

c) Zum Zeitpunkt der Rechtshängigkeit war die Klage gegen die Beklagte zu 1 hinsichtlich des Anspruchs auf Herausgabe zulässig und begründet.

94

Entgegen der Auffassung der Beklagten ist der Bereicherungsanspruch nicht nach § 817 BGB ausgeschlossen.

95

Die Beklagte zu 1 hat der Erledigung widersprochen, da sie der Auffassung ist, dass der Klägerin von Anfang an kein Anspruch zustand. Auf den Hilfsantrag der Klägerin hin ist die Berufung der Klägerin mit der Maßgabe zurückzuweisen, dass festgestellt wird, dass sich die Klage gegen die Beklagte zu 1 hinsichtlich des Anspruchs auf Herausgabe erledigt hat.

96

d) Die Klägerin hatte gegen die Beklagte zu 1 keinen Anspruch auf Räumung der Pachtsache. Herauszugeben war gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB das durch die Leistung der Klägerin erlangte. Die Beklagte zu 1 hat den Besitz an der Pachtsache und die Nutzungsmöglichkeit rechtsgrundlos erlangt. Der rechtsgrundlos erlangte Besitz löst einen Bereicherungsanspruch aus § 812 Abs. 1 BGB aus (BGH, Urteil vom 20. November 2013 - XII ZR 19/11, NJW 2014, 1095 Rn. 9). Den erlangten Besitz hatte die Beklagte zu 1 durch Übertragung des unmittelbaren Besitzes auf die Klägerin herauszugeben.

97

Der Bereicherungsgläubiger hat keinen Anspruch auf eine Räumung der Pachtsache. Während der Vermieter einen Anspruch auf Räumung auf § 546 Abs. 1 BGB und der Eigentümer einen Anspruch auf Räumung auf § 1004 BGB stützen kann, steht demjenigen, der eine Sache ohne Rechtsgrund einem anderen zum Gebrauch überlassen hat, kein vergleichbarer Anspruch zu.

98

Der Anspruch aus § 812 I BGB geht auf Herausgabe der rechtsgrundlosen Bereicherung in Natur. Herauszugeben ist danach in erster Linie das erlangte Etwas, d.h. der vom Schuldner konkret erlangte Gegenstand (MüKoBGB/Schwab BGB § 818 Rn. 1, beckonline). Er begründet nicht die Pflicht des Bereicherungsschuldners, Veränderungen, die der Bereicherungsgegenstand zwischenzeitlich erfahren hat, wieder zu beseitigen. Dementsprechend wird im Falle der Zerstörung und Beschädigung der Sache im Rahmen der §§ 812 ff. BGB nicht Wiederherstellung oder Reparatur oder bei Entziehung Wiederbeschaffung geschuldet (BGH, Urteil vom 26. Oktober 1990 - V ZR 22/89, NJW 1991, 917). Der Schuldner ist nicht verpflichtet, den Gegenstand in den Zustand zu versetzen, in dem er ursprünglich erlangt wurde (BeckOK BGB/Wendehorst BGB § 818 Rn. 18, beckonline).

99

Ein Anspruch stand der Klägerin auch nicht aus anderen Gesichtspunkten zu. Ansprüche aus Besitz nach § 862 BGB scheiden aus, da die Beklagte zu 1 als Bereicherungsschuldnerin den Besitz nicht durch verbotene Eigenmacht im Sinne von § 858 BGB erlangt hat. Ein Verschulden der Beklagten zu 1, das zu Ansprüchen aus §§ 241 Abs. 2, 313 Abs. 2 BGB oder aus § 823 Abs. 1 BGB führen könnte, liegt nicht vor. Ansprüche aus § 122 Abs. 1 BGB wären nach § 122 Abs. 2 BGB ausgeschlossen.

100

e) Die Klägerin hat keinen Anspruch auf Räumung und Herausgabe gegen die Beklagte zu 2.

101

Die Beklagte zu 2 hat den unmittelbaren Besitz von der Erbbauberechtigten, der, der Vermieterin der Klägerin, erhalten. Daher liegt kein gestufter mittelbarer Besitz, der sich von der Beklagten zu 1 ableiten ließe, oder ein Mitbesitz mit der Beklagten zu 1 vor. Es kann dahinstehen, ob die durch die Überlassung des unmittelbaren Besitzes an die Beklagte zu 2 vertragliche Pflichten gegenüber der Klägerin verletzt hat. Durch die Übernahme der Pachtsache von der hat die Beklagte zu 2 jedenfalls nicht ein Besitzrecht der Klägerin verletzt oder in dieses Recht eingegriffen.

102

Sofern der Pachtvertrag zwischen der und der Klägerin noch nicht wirksam gekündigt war, liegt ein Fall der Doppelverpachtung vor. Die Klägerin hat keinen Anspruch auf Herausgabe gegen die Beklagte zu 2, da diese ihr Besitzrecht, ebenso wie die Klägerin selbst, von der ableitet.

103

f) Die Berufung der Klägerin ist auch unbegründet, soweit sich die Klägerin gegen die Verurteilung zur Rückzahlung der Ablöse und des Baranteils der Sicherheitsleistung wendet.

104

Die Beklagte zu 1 hatte im Wege der Widerklage die Rückzahlung der im Pachtvertrag vereinbarten und von der Beklagten zu 1 geleisteten Ablöse in Höhe von € 100.000,00 und des Baranteils der Sicherheitsleistung in Höhe von € 48.000,00 verlangt. Das Landgericht hat die Klägerin zur Zahlung von € 142.800,00 bzw. € 148.000,00 in der berichtigten Fassung (siehe unten) an die Beklagte zu 1 verurteilt. Der Beklagten zu 1 stehe ein Bereicherungsanspruch auf Rückzahlung zu, da der Pachtvertrag als Rechtsgrund nicht wirksam geworden sei. Die Klägerin greift die Verurteilung zur Zahlung an. Ein Pachtvertrag sei zustande gekommen und sei durch Kündigung beendet worden. Ein Anspruch auf Rückzahlung der Kautionsleistung sei noch nicht fällig.

105

Die Beklagte hat gegen die Klägerin einen Anspruch auf Zahlung in Höhe von € 148.000,00 aus Bereicherung. Das Landgericht hat die Klägerin zu Recht zur Rückzahlung verurteilt. Die Berufung der Klägerin ist auch insoweit unbegründet. Ein Pachtvertrag ist zwischen der Klägerin und der Beklagten zu 1 nicht zustande gekommen, da die Bedingung, von der die Parteien die Wirksamkeit des Pachtvertrages abhängig gemacht haben, nicht eingetreten ist. Wie bereits ausgeführt, hat die ... keine Zustimmung zu dem Unterpachtvertrag erteilt. Weder in der E-Mail des Zeugen vom 01.04.2014 noch die Äußerungen des Zeugen können als Zustimmung im Sinne des Hauptpachtvertrages verstanden werden.

106

2. Die Berufung der Beklagten ist begründet. Die Klägerin hat keinen Anspruch gegen die Beklagten auf Herausgabe der im Klageantrag bezeichneten Pachtsache (siehe oben). Die Beklagte zu 1 kann von der Klägerin die Herausgabe der Bürgschaftsurkunde verlangen.

107

Mit Erfolg wendet sich die Berufung gegen die Abweisung des Widerklageantrags betreffend die Rückforderung der geleisteten Bürgschaft.

108

Bei Unwirksamkeit der Sicherungsabrede steht dem Hauptschuldner nach Übernahme der Bürgschaft nach § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB ein Anspruch auf deren Rückgewähr zu (BGH, Urteil vom 24. Oktober 2017 - XI ZR 362/15, NJW 2018, 458 Rn. 24; BGH, Urteil vom 08. März 2001 - IX ZR 236/00, NJW 2001, 1857 MüKoBGB/Habersack, 7. Aufl., § 765 BGB Rn. 8; BeckOGK/Madaus BGB § 765 Rn. 11-18, beckonline).

109

Dieser Anspruch auf Rückgewähr richtet sich auf Herausgabe der Bürgschaftsurkunde an die Bürgin. Es ist streitig, ob der Mieter als Hauptschuldner auch auf Herausgabe an sich klagen kann.

110

Für den Fall einer vertraglichen Verpflichtung zur Rückgewähr hat der BGH entschieden, dass der Hauptschuldner die Aufgabe der durch den Besitz der Bürgschaftsurkunde erlangten günstigen

Beweisposition auch in der Weise verlangen kann, dass er die Herausgabe der Bürgschaftsurkunde an sich selbst fordert. Es bestehe keine Veranlassung, diesen Anspruch dahin zu beschränken, dass er nur Herausgabe an den Bürgen verlangen könne (BGH, Urteil vom 09. Oktober 2008 - VII ZR 227/07, NJW 2009, 218 Rn. 12). Für das Verhältnis von Mieter, Vermieter und bürgender Bank gelten die gleichen Erwägungen. Daher kann der Mieter nach Beendigung des Mietverhältnisses die als Mietsicherheit in Form einer Bürgschaft geleistete Kautions auch in der Weise zurückfordern, dass er die Herausgabe der Bürgschaftsurkunde an sich verlangt.

111

Ob dies auch dann gilt, wenn der Anspruch auf Rückgewähr nicht auf Vertrag, sondern auf Bereicherung gestützt wird, kann dahinstehen. Denn jedenfalls kann die Beklagte zu 1 ihren Anspruch auf Herausgabe an sich auf den an sie unstreitig abgetretenen Anspruch aus Bereicherung der Bürgin stützen. Diese hat mit Erklärung vom 16.02.2017 die ihr zustehenden Herausgabeansprüche an die Beklagte zu 1 abgetreten.

112

3. Über den in der Widerklage hilfsweise gestellten Antrag auf Feststellung einer Schadensersatzpflicht der Klägerin ist nicht zu entscheiden.

113

Den Antrag hat die Beklagte zu 1 für den Fall einer Verurteilung zur Räumung oder Herausgabe der Pachtflächen gestellt. Mit der Feststellung, dass sich der Antrag der Klägerin auf Herausgabe erledigt hat, ist aber gerade keine Verurteilung zur Herausgabe erfolgt. Es gibt auch keine Anhaltspunkte dafür, dass die Beklagte zu 1 den Antrag auch hilfsweise für den Fall der Feststellung einer Erledigung gestellt hat.

III.

114

1. Die Entscheidung des Landgerichts war deshalb teilweise abzuändern. Die Berufung der Klägerin bleibt ohne Erfolg und war deshalb zurückzuweisen. Die Klägerin hat gegen die Beklagte zu 2 keine Ansprüche auf Räumung und Herausgabe. Zum Zeitpunkt der Klageerhebung hatte die Klägerin aber einen Anspruch auf Herausgabe der Pachtsache gegen die Beklagte zu 1. Das Landgericht hat die Beklagte zu 1 zur Herausgabe verurteilt. Insoweit war entgegen der Auffassung des Landgerichts Erledigung eingetreten. Das Urteil des Landgerichts war daher abzuändern und es war auf den Hilfsantrag der Klägerin hin festzustellen, dass sich die Klage insoweit erledigt hat. Soweit die Klägerin darüber hinaus auch von der Beklagten zu 1 die Räumung der Pachtsache verlangt hatte, verbleibt es bei dem erstinstanzlichen Urteil, das die Klage insoweit abgewiesen hat. Die Berufung der Klägerin war auch erfolglos, soweit sie sich gegen die Verurteilung zur Zahlung von € 142.800,00 bzw. € 148.000,00 in der berichtigten Fassung (siehe unten) wendet. Insoweit bleibt das Urteil des Landgerichts aufrecht erhalten.

115

2. Auf die Berufung der Beklagten hin war das Urteil des Landgerichts dahin abzuändern, dass die Klage bezüglich der Beklagten zu 2 insgesamt abzuweisen ist. Denn der Klägerin stand nur ein Anspruch gegen die Beklagte zu 1 zu. Die Berufung der Beklagten zu 1 hatte auch bezüglich des vom Landgericht abgewiesenen Anspruchs auf Herausgabe der Bürgschaftsurkunde an die Beklagte zu 1 Erfolg.

116

3. Das Urteil des Landgerichts war nach § 319 ZPO zu berichtigen.

117

Nach § 319 Abs. 1 ZPO sind Schreibfehler, Rechnungsfehler und ähnliche offenbare Unrichtigkeiten, die in dem Urteil vorkommen, jederzeit von dem Gericht auch von Amts wegen zu berichtigen.

118

In dem angegriffenen Urteil wird die Klägerin unter Ziffer 3. zur Zahlung von € 142.800,00 verurteilt. Bei dem Betrag handelt es sich um ein offensichtliches Versehen. Aus den Gründen ergibt sich, dass das Landgericht antragsgemäß zur Zahlung des Betrages von € 148.000,00 verurteilen wollte. Es handelt sich um einen Tenorierungsfehler, der eine offenbare Unrichtigkeit darstellt. Nach § 319 Abs. 1 ZPO ist sie vom Gericht, auch von dem mit der Sache befassten Rechtsmittelgericht, jederzeit und von Amts wegen zu berichtigen (BGH, Urteil vom 10. Juli 1991 - IV ZR 155/90, NJW-RR 1991, 1278; Zöller/Feskorn, ZPO, 32. Aufl., § 319 Rn. 22).

119

4. Die Kostenentscheidung für den Rechtsstreit beruht auf den §§ 91, 92, 100 ZPO.

120

Bei einem Streitwert für die Ansprüche auf Räumung und Herausgabe der Pachtsache von € 142.800,00 gemäß § 41 Abs. 2 GKG bewertet der Senat den Antrag auf Herausgabe mit € 119.000,00 und den Antrag auf Räumung mit € 23.800,00. Der hilfsweise gestellt Widerklageantrag ist nicht zu berücksichtigen, da nicht über ihn zu entscheiden war.

121

Bei einem für die Verteilung der Gerichtskosten zu bildenden fiktiven Gesamtstreitwert von € 505.600,00 (2 x € 142.800,00 + € 220.000,00) unterliegt die Klägerin mit € 386.600,00 und die Beklagte zu 1 mit € 119.000,00.

122

Im Verhältnis von Klägerin und Beklagter zu 1 unterliegt bei einem Streitwert von € 362.800,00 die Beklagte zu 1 mit € 119.000,00 und die Klägerin mit € 243.800,00 (€ 23.800,00 + € 220.000,00 (Ablöse € 100.000,00 + Barkaution € 48.000,00 + Bürgschaft € 72.000,00)).

123

5. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus § 708 Nr. 10, § 711 ZPO.

124

6. Die Revision ist nicht zuzulassen, da die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 Nr. 1 ZPO nicht vorliegen. Es handelt sich um eine Entscheidung in einem Einzelfall, die keine Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung aufwirft.