
Datum: 26.04.2013
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 30. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 30 U 82/12
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2013:0426.30U82.12.00

Vorinstanz: Landgericht Essen, 20 O 2/11
Schlagworte: Mietvertrag, Schriftform, Bestimmbarkeit, Schriftformvorsorgeklausel, Heilung, Anspruch auf Nachholung der Schriftform
Normen: BGB §§ 535, 550, 566, 578
Leitsätze:

- 1.) Zu den Anforderungen in Bezug auf die bei Abschluss eines langfristigen Mietvertrages einzuhalten-de Schriftform bei Vermietung einer noch herzustellenden Hotelanlage.
- 2.) Zum Umfang der Heilung von Schriftformverstößen durch Abschluss von Nachträgen zum Mietvertrag.
- 3.) Zur Wirksamkeit einer sog. Schriftformvorsorgeklausel.
- 4.) Zum Anspruch des Erwerbers auf Abschluss eines formgültigen Mietvertrages aufgrund einer Schriftformvorsorgeklausel.

Tenor:

Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Landgerichts Essen vom 28. März 2012 wird zurückgewiesen. Klarstellend wird der Urteilstenor in der Hauptsache wie folgt neu gefasst:

Es wird festgestellt, dass der bis zum 1. September 2022 befristete Mietvertrag vom 28. März 2002 nebst den Nachträgen Nr. 1 und Nr. 2 zwischen der Klägerin und der Beklagten über das Hotel in F, T-Straße 58-60, fortbesteht und nicht durch die Kündigung der Beklagten vom 29. April 2009 beendet worden ist.

Die Kosten des Berufungsverfahrens und die Kosten der Nebenintervention trägt die Beklagte.

Dieses Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des auf Grund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Klägerin bzw. die Streithelferin vor einer Vollstreckung eine Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages erbringt.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe	1
A.	2
Die Parteien streiten im Hinblick auf § 550 BGB im Wege der Feststellungsklage um die Frage, ob zwischen ihnen ein befristetes Mietverhältnis bis zum 1. September 2022 oder ein Mietverhältnis auf unbestimmte Zeit besteht und somit eine Kündigung der Beklagten vom 29. April 2009 wirksam war.	3
Die Streithelferin und die Beklagte schlossen am 28. März 2002 einen Mietvertrag (vgl. Anlage K 14, Blatt 916-988 der Akte, im Folgenden: MV) über ein in Bau befindliches Hotelgebäude mit der Adresse T-Straße 58 in F für eine monatliche Nettokaltmiete von 115.440,00 € netto. Das Hotelgebäude steht auf einer einheitlichen Tiefgarage wie das anliegende Bürogebäude mit der Adresse T-Straße 60.	4
Hotel- und Bürogebäude sind als Teil eines Objektes aneinander gebaut und lediglich oberhalb der Tiefgarage durchgängig durch eine Brandmauer voneinander getrennt. Sie weisen – was streitig ist – unterschiedliche Geschosshöhen auf. Unterhalb des Hotelgebäudes und des gesamten Bürogebäudes befindet sich eine Tiefgarage. Es handelt sich insgesamt um einen einheitlichen Baukörper, wobei Hotelgebäude und Bürogebäude nicht plan aneinander anschließen, sondern das Bürogebäude leicht zur Straße T-Straße hinaus kragt. Hotelgebäude und Bürogebäude sind mit unterschiedlichen, aber doch ähnlichen Fassaden ausgestattet. Die dem Hotel zugewiesenen Garagenplätze befinden sich unter dem Hotelbereich. Die Zufahrt dorthin führt durch den Tiefgaragenbereich unterhalb des Bürogebäudes. Die Zufahrt zu den Tiefgaragenplätzen des Hotels ist durch eine weitere Schrankenanlage begrenzt. Ob eine bauliche Trennung im Bereich der Tiefgarage existiert, ist streitig.	5
In der Präambel des Mietvertrages heißt es:	6
„Die Vermieterin ist Eigentümerin des aus dem diesem Vertrag als <u>Anlage 1</u> beigefügten Lageplan ersichtlichen Grundbesitzes „T-Straße“ in F. Den Grundbesitz hat die Mieterin besichtigt. Dieser ist ihr bekannt.	7
Auf diesem Grundbesitz errichtet die Vermieterin zur Zeit ein Hotel- und Geschäftsgebäude nebst Tiefgarage („BV T-Straße, F“). Hoteltrakt einerseits sowie Bürotrakt andererseits sind so konzipiert, dass sie unabhängig voneinander genutzt werden können; die Tiefgarage ist zur gemeinsamen Nutzung bestimmt.	8

[... Hervorhebung im Original].“

In Artikel 1 Abs. 1 MV – „Mietgegenstand“ heißt es weiter:	10
„Die Vermieterin vermietet der Mieterin das auf dem vorgenannten Grundbesitz in Bau befindliche Hotelgebäude .	11
Das Hotelgebäude umfasst u.a. gemäß <u>Anlage 2</u> zu diesem Mietvertrag (Grundrisse Hotelgebäude):	12
• 176 Gästezimmer à ca. 44,5 m ² BGF	134
(einschließlich der umgelegten Konferenzbereiche, Restaurant, Bistro, Lobby etc.)	15
• 1 Konferenzbereich im EG von ca. 376 m ² BGF (in v.g. BGF enthalten)	167
• 1 Konferenzbereich im 3. OG von ca. 198 m ² BGF (in v.g. BGF enthalten)	18
• 1 Restaurant/Bistro im EG von ca. 120 m ² (in v.g. BGF enthalten)	19
• 1 Rezeption / Lobby im EG von ca. 182 m ² (in v.g. BGF enthalten)	20
Darüber hinaus vermietet die Vermieterin der Mieterin in der noch in Bau befindlichen Tiefgarage	21
• 90 PKW-Stellplätze.	223
Wesentlicher Bestandteil des Mietvertrages sind die als <u>Anlagen 3a und 3b</u> beigefügten allgemeinen Kurzbaubeschreibungen Innenausbau und Haustechnik.	24
[Hervorhebungen im Original]“	25
In Artikel 1 Abs. 3 MV – „Mietgegenstand“ heißt es noch:	26
„Die Vermieterin ist unter Berücksichtigung der Grundsätze des § 315 BGB berechtigt, die Pläne (<u>Anlage 2</u>) sowie die Allgemeinen Kurzbaubeschreibungen (<u>Anlage 3a und 3b</u>) zu ändern, wenn dies im Zuge der Bauausführung aufgrund behördlicher Anordnungen, Auflagen oder Bedingungen und/oder aus technischen Gründen veranlasst ist. Die Vermieterin ist verpflichtet, die Zustimmung der Mieterin zu solchen Änderungen einzuholen, die in Bezug auf den verfolgten Nutzungszweck zu wesentlichen Abweichungen vom vertraglich vereinbarten Standard führen. Die Mieterin ihrerseits wird ihre Zustimmung erteilen, sofern sich aus der Änderung für sie keine wesentlichen wirtschaftlichen Nachteile ergeben. Unabhängig hiervon ist die Vermieterin auch im Falle unwesentlicher Änderungen zur Information der Mieterin verpflichtet.	27
[Hervorhebungen im Original]“	28
Die in Bezug genommene Anlage 1 MV (Blatt 935 der Akte) – der „Lageplan“ – enthält einen amtlichen Lageplan des Baugrundes von Hotel und Büro. Darauf ist eine nicht unstrittige	29

Umrandung in roter Farbe vorgenommen. Die weitere in Bezug genommene Anlage 2 MV (Blatt 937-935 der Akte) – die „Grundrisspläne“ – enthalten Geschoßpläne vom Keller- / Tiefgaragenbereich Nr. 1 und Nr. 3 unter dem Hotel und unter dem Büro und vom Erdgeschossbereich bis in das sechste Obergeschoss im Hoteltrakt. Auch hierin sind nicht unstrittige Umrandungen in roter Farbe vorgenommen. Bezüglich der Einzelheiten der Pläne wird auf die zur den Akten gereichten Kopien verwiesen.

Unter dem 29. März 2006 / 19. April 2006 schlossen die Streithelferin und die Beklagte einen 1. Nachtrag zum Mietvertrag (vgl. Blatt 989-1004 der Akte), wobei auf den ursprünglichen Mietvertrag Bezug genommen wurde. Die Anschrift des Mietobjekts wurde mit T-Straße 60 bezeichnet. In Nr. 12 des 1. Nachtrages heißt es:

„Soweit vorstehend keine abweichende/ergänzende Regelung getroffen ist, bleiben im Übrigen die Bestimmungen des Mietvertrages vom 28.03.2002 einschließlich der zugehörigen Anlagen gültig. [...]“

Im Nachtrag selbst legten die Streithelferin und die Beklagte die genaue Mietzeit fest und die Streithelferin genehmigte unter anderem auch eine Untervermietung der Beklagten an die F mbH & Co. KG. Zudem wurde eine Stundung offener Mietzinsen vereinbart.

Unter dem 19. Juni 2006 schlossen die Streithelferin und die Beklagte einen 2. Nachtrag zum Mietvertrag (vgl. Blatt 1005 f. der Akte), wobei erneut auf den ursprünglichen Mietvertrag Bezug genommen und die Anschrift mit T-Straße 60 angegeben wurde. Hierin wurde unter anderem die Stundung modifiziert. In Nr. 12 des 1. Nachtrages heißt es:

„Soweit vorstehend keine abweichende/ ergänzende Regelung getroffen ist, bleiben im übrigen die Bestimmungen des Mietvertrages vom 28.03.2002 in der Fassung des Nachtrages Nr. 1 vom 29.03.2006, jeweils einschließlich der zugehörigen Anlagen, gültig. [...]“

Im weiteren Verlauf des Jahres 2006 schlossen die die Klägerin als Erwerberin und die Streithelferin einen Kaufvertrag über das Grundstück, auf dem sich das Hotel befindet. Die Klägerin wurde nachfolgend als Eigentümerin im Grundbuch eingetragen.

Mit Schreiben vom 13. Februar 2009 (Anlage K 5) rügte die Beklagte verschiedene Mängel, den aus ihrer Sicht exorbitanten Mietzins und forderte die Klägerin auf, der Beklagten das Facility-Management zu übertragen. In dem Schreiben heißt es unter anderem:

„1. Wegen der Höhe des Mietzins, der nicht einmal eine kostendeckende Bewirtschaftung des Mietobjekts zulässt, haben wir zwischenzeitlich die Möglichkeit der ordentlichen Kündigung des Mietvertrages prüfen lassen.“

Zum Ergebnis dieser Überprüfung weisen wir darauf hin, dass in Art. 1 des Mietvertrages der Mietgegenstand wörtlich so beschrieben wird, dass „unter anderem“ bestimmte Flächen vermietet sind, womit bereits impliziert ist, dass andere Flächen, die ebenfalls vermietet sein sollen, dort nicht genannt werden, der Mietgegenstand mithin dort nicht vollständig beschrieben ist.

Tatsächlich ergibt sich bei näherer Überprüfung, dass Flächen, für deren Pflege und Instandhaltung wir als Mieter die Kosten tragen und die daher Gegenstand des Mietvertrages sein sollten, in Art. 1 weder direkt noch indirekt genannt werden. Bei anderen in Art. 1 ausdrücklich genannten Mietflächen ist darüber hinaus eine eindeutige räumliche Zuordnung

nicht möglich.

All dies führt dazu, dass die für die Befristung des Vertrages notwendige Schriftform vorliegend nicht eingehalten ist, mithin die Befristung des Vertrages unwirksam ist. 40

Zu diesem Punkt bieten wir Ihnen hiermit ausdrücklich Verhandlungen über den formwirksamen Abschluss eines befristeten Mietvertrages auf der Grundlage unserer nachfolgenden Ausführungen an. 41

2. [...] 42

6. Wir gehen davon aus, dass Ihnen im derzeitigen gesamtwirtschaftlichen Umfeld die gedeihliche und wirtschaftlich vernünftige Fortsetzung des Mietverhältnisses ebenso wichtig ist wie uns. 43

Hierüber gilt es ernsthaft und mit der Bereitschaft zu wirtschaftlich tragfähigen Konzessionen zu verhandeln. Alles andere wäre Zeitverschwendung.“ 44

Die Klägerin antwortete mit Schreiben vom 26. Februar 2009 (Anlage K 6), teilte mit, dass sie die Auffassung zur Nichteinhaltung der Schriftform nicht teile und führte aus: 45

„Wir sehen demnach keine Notwendigkeit, mit Ihnen in Verhandlungen über den Abschluss eines Mietnachtrages zu treten. Im Hinblick auf die Ihrer Ansicht nach hohe Miete weisen wir darauf hin, dass diese Miete zwischen Ihnen und dem ehemaligen Vermieter [...] für die Laufzeit des Mietvertrages ausgehandelt und vereinbart worden ist. Der guten Ordnung halber weisen wir auch auf Artikel 16 Ziffer 1 des Mietvertrages hin, wonach es den Mietparteien untersagt ist, den Mietvertrag unter Berufung auf die Nichteinhaltung der Schriftform vorzeitig zu kündigen.“ 46

Mit Schreiben vom 29. April 2009 (Anlage K 7) kündigte die Beklagte das Mietverhältnis gegenüber der Klägerin zum nächst möglichen Termin, unstreitig mittlerweile den 31. Dezember 2009, wegen Nichteinhaltung der Schriftform und bot unabhängig davon den Abschluss eines neuen Mietvertrages zu geänderten Bedingungen an. Dies wies die Klägerin mit anwaltlichem Schreiben vom 8. Mai 2009 zurück (Anlage K 8), da die Nichteinhaltung der Schriftform nicht nachvollziehbar dargelegt und die Kündigung nach Artikel 16 Abs. 1 MV untersagt sei. 47

In Artikel 16 Abs. 1 MV heißt es: 48

„Mündliche Nebenabreden neben diesem Vertrag bestehen nicht. Alle Änderungen und Ergänzungen des Vertrages sowie sämtliche rechtsgestaltenden Erklärungen (z.B. Kündigung des Mietverhältnisses, Rücktritt o.ä.) bedürfen zu ihrer Wirksamkeit der Schriftform unter Bezugnahme auf diesen Vertrag. Dies gilt auch für eine eventuelle Aufhebung des Erfordernisses der Schriftlichkeit. Vertragliche Zusatz- und Nebenabsprachen sollen mit dem Vertrag verbunden werden. Den Vertragspartnern sind die besonderen Formerfordernisse der §§ 578, 550, 126 BGB bekannt. Sie verpflichten sich gegenseitig, auf jederzeitiges Verlangen einer Partei alle Handlungen vorzunehmen und Erklärungen abzugeben, die erforderlich sind, um dem gesetzlichen Schriftformerfordernis genüge zu tun und bis zu diesem Zeitpunkt den Mietvertrag nicht unter Berufung auf die Nichteinhaltung der Schriftform vorzeitig zu kündigen.“ 49

Mit anwaltlichem Schreiben vom 29. Mai 2009 (Anlage K9) führte die Beklagte zu Artikel 16 Abs. 1 MV aus: 50

- „Danach hätte auf Verlangen Ihrer Partei bis zur Ablehnung durch Ihre Partei unstreitig die Verpflichtung bestanden, das befristete Mietverhältnis nochmals formwirksam abzuschließen. Ein derartiges Verlangen Ihrer Partei ist indes nicht feststellbar. Ganz im Gegenteil lehnte Ihre Partei mit Schreiben vom 26.02.2009 Verhandlungen ab und stellte das Bestehen eines Formmangels in Abrede.“ 51
- Am 5. Juni 2009 kam es zu einem im Inhalt streitigen Treffen der Geschäftsführer Q und N von Beklagtenseite mit Herrn L5 für die Klägerseite in Genf. 52
- Unter dem 7. Juli 2009 forderte die Klägerin die Beklagte mit anwaltlichem Schreiben (Anlage K 10) auf, die Wahrung des Schriftformerfordernisses gemäß Art. 16 Abs. 1 MV herbeizuführen. Hierauf ging die Beklagte im anwaltlichen Schreiben vom 21. Juli 2009 (Anlage K 11) nicht weiter ein. 53
- Die Klägerin hat behauptet, der Mietgegenstand Hotel sei von dem Büroteil nicht nur optisch von außen, sondern auch baulich getrennt. Dies gelte auch für unter dem Büroteil liegende Räume, die an die Beklagte vermietet seien, und für die Tiefgaragenparkplätze, die durch eine Schranke und einen Zaun von den Parkplätzen des Büroteils abgetrennt seien. Sämtliche Bereiche könnten eindeutig abgegrenzt werden, zumal die Beklagte das Objekt, wie es die Präambel des Vertrages ausweist, besichtigt gehabt habe. Das Nottreppenhaus liege innerhalb der Umrandung in Anlage 1 zum Mietvertrag; eine Vereinbarung außerhalb des Mietvertrages habe es insoweit nie gegeben. 54
- Nachträgliche Änderungen an der Tiefgarage oder den Konferenzräumen seien zu bestreiten, aber auch nicht erheblich, weil es sich um Änderungen innerhalb des hinreichend bestimmten Mietgegenstandes handle. Auch bezüglich des Wellness-Bereichs sei keine Einigung erzielt worden, wie sich aus der von Beklagtenseite vorgelegten Anlage B 8 (vgl. Blatt 361 der Akte) ergebe. Am 5. Juni 2009 sei in Genf kein neuer Mietvertrag zugesagt worden. Ebenso wenig sei eine Einigung bezüglich eines Sichtschutzes zwischen Terrasse und Garten zustande gekommen. 55
- Die Klägerin hat die Ansicht vertreten, die Feststellungsklage sei zulässig, da ein Feststellungsinteresse bestehe. Die Klägerin sei im Rubrum auch hinreichend bestimmt, wie sich auch aus den Handelsregisterauszügen der Klägerin und ihrer persönlich haftenden Gesellschaft (vgl. Anlage K 12a und K 12b, Blatt 213-216 der Akte) ergebe. 56
- Der Mietgegenstand sei auf Grund der Pläne in den Anlagen zum Mietvertrag, die mit diesem durch Ösen und Kordeln verbunden seien, hinreichend bestimmbar gewesen. Sämtliche von der Beklagten benannten Räumlichkeiten befänden sich innerhalb der aus den Anlagen dem Mietobjekt zuzuordnenden Wänden. Es müssten auch nicht sämtliche Mietflächen aufgezählt werden, insbesondere Flächen innerhalb des Objekts. Der Garten, der bereits keiner sei, sondern nur das Dach der Garage, gehöre allerdings nicht zum Mietgegenstand. In Bezug auf die Parkplätze sei auch das Leistungsbestimmungsrecht der Vermieterin im Sinne des § 315 BGB zu berücksichtigen, das ausgeübt worden sei. Die Schranke in der Tiefgarage sei nicht auf Grund einer gesonderten Vereinbarung exklusiv an die Beklagte vermietet; dies sei auch nicht daraus herzuleiten, dass die Beklagte deren Wartung bezahlen müsse, weil dies über die Nebenkosten allgemein abgerechnet werde. Wesentliche Bestandteile eines Gebäudes wie die Lüftung müssten im Mietvertrag nicht ausdrücklich aufgenommen werden. Soweit es um Gemeinschaftsflächen ginge, seien diese im Mietvertrag nicht auszuweisen. Schließlich müssten auch Flächen und Anlagen nebensächlicher Bedeutung wie ein Dachventilator nicht ausgewiesen werden. Soweit eine eindeutige Zuordnung gewährleistet sei, sei es unerheblich, wenn sich in den Räumlichkeiten technische Einrichtungen und 57

Anlagen für das Gesamtgebäude befänden.

Die Beweislast für den Formfehler liege bei der Beklagten. Sollte ein Formfehler vorgelegen haben, sei dieser durch die Nachträge Nr. 1 und Nr. 2 geheilt worden, weil dort auf den Mietvertrag Bezug genommen werde und sich der Mietgegenstand durch die tatsächliche Nutzung konkretisiert habe. 58

Der zweite Hilfsantrag sei aus Artikel 16 Abs. 1 MV, der individualvertraglich vereinbart worden sei, begründet; die Klägerin als Erwerberin könne sich darauf auch berufen, zumal die Beklagte unter dem 13. Februar 2009 nur den Neuabschluss unter veränderten Konditionen angeboten habe. Aus diesem Grund sei die Kündigung auch treuwidrig. 59

Die Streithelferin hat behauptet, Hotel und Büro seien entsprechend der Lichtbilder in Anlage S 1 und S 2 (vgl. Blatt 153-159 der Akte) zwei unterschiedliche Baukörper, wobei das Hotel schon bei Besichtigung vor Vertragsschluss weitgehend fertig gestellt gewesen sei. Beide Teile seien getrennt. Das Mietobjekt sei im Vertrag und seinen Anlagen hinreichend beschrieben, notfalls sei das Mietobjekt durch die Besichtigung bestimmt worden. Die Beklagte habe zudem unstreitig untervermietet und habe deshalb gewusst, was sie vermiete. Der Vortrag der Beklagten zu den Räumlichkeiten im Keller- / Garagenbereich treffe nicht zu, z. B. habe das Hotel eine eigene Stromversorgung. Jedenfalls sei Verwirkung eingetreten, nachdem die Beklagte das Objekt sieben Jahre genutzt habe. 60

Die Klägerin hat beantragt, 61

festzustellen, dass der Mietvertrag vom 28. März 2002 nebst den Nachträgen Nr. 1 und Nr. 2 zwischen der Klägerin und der Beklagten über das Hotel in F, T-Straße 58-60, bis zum Ende der Festlaufzeit am 1. September 2022 fortbesteht und von der Beklagten nicht vorzeitig zum 31. Dezember 2009 ordentlich gekündigt worden ist. 62

Hilfsweise hat sie beantragt, 63

festzustellen, dass der Mietvertrag vom 28. März 2002 nebst den Nachträgen Nr. 1 und Nr. 2 zwischen der Klägerin und der Beklagten über das Hotel in F T-Straße 58-60 fortbesteht und nicht vorzeitig zum 31. Dezember 2009 beendet worden ist. 64

Äußerst hilfsweise hat sie beantragt, 65

die Beklagte zu verurteilen, mit der Klägerin einen die gesetzliche Schriftform des Mietvertrages vom 28. März 2002 heilenden Nachtrag abzuschließen sowie alle Handlungen vorzunehmen und Erklärungen abzugeben, die erforderlich sind, um dem gesetzlichen Schriftformerfordernis Genüge zu tun und bis zu diesem Zeitpunkt den Mietvertrag vom 28. März 2002 nicht unter Berufung auf die Nichteinhaltung der Schriftform vorzeitig zu kündigen. 66

Die Streithelferin hat sich diesen Anträgen angeschlossen. 67

Die Beklagte hat beantragt, 68

die Klage abzuweisen. 69

Die Beklagte hat das fehlende Feststellungsinteresse sowie gerügt, dass die Klägerin im Rubrum der Klageschrift nicht hinreichend bestimmt bezeichnet sei. 70

71

Die Beklagte hat behauptet, es seien mündliche Vereinbarungen getroffen worden, die nicht Inhalt des Mietvertrages geworden seien und damit einen Schriftformverstoß bewirkten. Hierbei gehe es um Absprachen zur Nutzung der Schrankenanlage zum Hotelparkplatz, zur Lüftung sowie zur Küche, zu Neben- und Zubehörräumen im Keller sowie zum Dachventilator und den Fluchtwegen und schließlich zum Nottreppenhaus sowie zur Zufahrt zur Tiefgarage.

Es sei durch spätere mündliche Abreden zu einer wesentlichen Änderung des Mietvertrages gekommen, der trotz rechtlicher Notwendigkeit nicht schriftlich fixiert worden sei, nämlich bezüglich des Wellness- / Fitness-Bereich, bezüglich eines Sichtschutzes zwischen Garten und Restaurant und bezüglich des Gartens selbst. Dieser, und zwar nur der Teil um den Hoteltrakt herum, sei keine Allgemeinfläche, sondern vielmehr an die Beklagte vermietet, obwohl er im Mietvertrag nicht als vermietete Fläche aufgelistet sei. Dies ergebe sich auch daraus, dass die Beklagte für die Pflege des Gartens mittlerweile nach einer entsprechenden Vereinbarung mit der Klägerin selbst einen Gärtner beauftragt und die Pflege des Gartens übernommen habe. Den Garten habe die Klägerin zudem in 2008 für 7.000,00 € aufbessern bzw. wiederherstellen lassen, um ihrer Instandhaltungspflicht der Mietsache nachzukommen. Schließlich sei der Garten auch für den Betrieb des Hotels erforderlich und werde entsprechend genutzt. 72

Schließlich hat die Beklagte wesentliche mündliche Abreden zur Gartennutzung behauptet. So hätten sich die Parteien entsprechend dem Gesprächsprotokoll vom 7. April 2008 (vgl. Anlage B 8, Blatt 359-361 der Akte) darauf geeinigt, dass die Beklagte nach Wiederherstellung des Gartens durch die Klägerin die Pflege übernehme, ein entsprechender Pflegevertrag der Verwalterin vorgelegt werde und die Kosten dann von der Beklagten getragen und aus den Nebenkostenabrechnungen genommen würden. Dies habe im Ergebnis auch allein den Bereich des Hotels betroffen, den übrigen Teil des Büros bearbeite weiter eine andere Firma. Die Wiederherstellung sei letztlich auch von der Klägerin entsprechend dem Schreiben der Verwalterin vom 5. Juni 2008 (vgl. Anlage B 9, Blatt 362 f. der Akte) veranlasst worden, wofür 7.000,00 € (vgl. Anlage B 10, Bl. 364-367 der Akte) angefallen seien. Dies zeige, dass es sich nicht um eine Allgemeinfläche handele, zumal der Garten für den Betrieb des Hotels erforderlich sei und dort Events durchgeführt würden. 73

Die Beklagte hat die Ansicht vertreten, der Mietvertrag sei formunwirksam. Insoweit sei die Klägerin darlegungs- und beweiselastet. Es handele sich bei dem Gesamtobjekt um ein einheitliches Objekt, so dass der Mietgegenstand bei Vertragsschluss im Bau nicht ersichtlich gewesen sei. Es sei teilweise nicht klar, was Mietgegenstand sein solle. Die Form sei nicht gewahrt, weil der Mietgegenstand weder aus der Vertragsurkunde noch aus den Anlagen ersichtlich sei, der Mietgegenstand nicht hinreichend vom Bürogebäude abgegrenzt sei, auf eine Ortsbesichtigung nicht zurückgegriffen werden könne und nachträgliche Änderungen nicht in der notwendigen Form vereinbart worden seien. In den Mietvertrag gehöre alles, was zum Betrieb eines Hotels notwendig sei. Nicht ordnungsgemäß erfasst seien Garten und Terrasse. Die Lage der Stellplätze in der Garage sei nicht hinreichend bezeichnet, zumal diese Pläne doch erheblich von den von der Streithelferin überreichten Sanierungsplänen (vgl. Anlage B 3, Blatt 92 f. der Akte) abwichen und insoweit eine wesentliche Änderung des Vertrages vorliege. 74

Im Mietvertrag sei der Mietzweck bestimmt auf den Betrieb eines Hotels, so dass alles, was zu dessen Betrieb erforderlich sei, mit vermietet sei. Anhand der Anlagen B 4, B 5 und B 6 (vgl. Blatt 353-355 der Akte = Blatt 935, 937 f. der Akte) lasse sich aber ersehen, dass der Mietgegenstand bezüglich des Nottreppenhauses, bezüglich der Zufahrt zur Garage, bezüglich des Rückgriffs von Hotel und Büro auf dieselbe Technik, bezüglich der Schranke 75

der Tiefgarage des Hotels, bezüglich der Lüftung des Hotels, bezüglich des Notstromhauptverteilterraums, bezüglich der Durchfahrt durch die Bürogarage, bezüglich des Telekom-Raums und bezüglich der Heizung sowie Gebäudeleittechnik nicht hinreichend bestimmt sei.

Es sei auch zu bedenken, dass es sich bei den Regelungen des Mietvertrages um Allgemeine Geschäftsbedingungen handle und insoweit § 305c BGB zur Anwendung komme. Wegen der Widersprüchlichkeit bezüglich des Nottreppenhauses liege eine intransparente Klausel im Sinne des § 307 Abs. 1 S. 2 BGB vor. 76

Auf eine Besichtigung vor Vertragsschluss könne nicht abgestellt werden, zumal das Hotel zu diesem Zeitpunkt noch gar nicht fertig gestellt gewesen sei. Somit könne auch nicht auf die Lichtbilder der Streitverkündeten abgestellt werden. 77

Auch die Urkundeneinheit sei nicht gewahrt, weil die Anlagen nicht bezeichneten, wozu sie Anlagen seien. Die Nachträge hätten nicht zu einer Bestimmbarkeit geführt. Artikel 16 Abs. 1 MV sei nicht individuell vereinbart und als AGB unwirksam, zumal die Klägerin ein entsprechendes Angebot der Beklagten abgelehnt habe und die zitierte Rechtsprechung nicht gegenüber einem Grundstückserwerber gelte, der in den Mietvertrag eintritt; die Kündigung sei auch nicht treuwidrig. Die Aufforderung der Klägerin vom 7. Juli 2009 sei zu spät gewesen. Es bestehe kein Anspruch auf Fortschreibung des alten Vertrages, so dass die Klägerin das Angebot zum Neuabschluss nicht habe ablehnen dürfen. 78

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben und festgestellt, dass der Mietvertrag vom 28.03.2002 nebst den Nachträgen Nr. 1 und Nr. 2 zwischen der Klägerin und der Beklagten über das Hotel in F, T-Straße 58 – 60, bis zum 01.09.2022 fest abgeschlossen und von der Beklagten nicht vorzeitig zum 31.12.2009 ordentlich gekündigt worden ist. 79

Zur Begründetheit der Klage hat das Landgericht im Wesentlichen ausgeführt, dass die Schriftform nicht durch eine fehlende Urkundeneinheit berührt sei, die auf Grund der Inaugenscheinnahme im Termin feststehe. Das Mietobjekt sei auch hinreichend bestimmbar, da der Vertrag selbst dieses nach Lage und Größe hinlänglich genau umschreibe, die vermieteten Räume jedenfalls auf Grund der Besichtigung vor Ort erkennbar gewesen seien und sich aus den Lage- und Grundrissplänen ergäben. Zudem sei durch die Nachträge eine Heilung etwaiger Schriftformmängel eingetreten. Zur weiteren Begründung wird auf das Urteil selbst Bezug genommen (vgl. Blatt 641-651 der Akte). 80

Gegen dieses Urteil richtet sich die Berufung der Beklagten, mit der sie ihr erstinstanzliches Begehren weiter verfolgt. Sie greift das Urteil im Wesentlichen unter Wiederholung und Vertiefung ihrer erstinstanzlichen Ausführungen an. 81

Zunächst rügt die Beklagte weiter das fehlende Feststellungsinteresse: Es handle sich bei der Frage der Wirksamkeit der Kündigung um eine bloße Vorfrage. Weiter werde auch eine fristlose Kündigung für die Zukunft ausgeschlossen. Schließlich weise die Klägerin nur ein rein wirtschaftliches Interesse auf. 82

Im Übrigen stützt sie die Berufung auf folgende Gesichtspunkte: 83

Es bestehe keine Urkundeneinheit. Es fehle an einer Bezugnahme in der Anlage 2 MV auf den Mietvertrag vor allem deshalb, weil Anlage 2 MV schon nicht deutlich gekennzeichnet sei. Damit fehle es an einem sachlichen Zusammenhang / einer gedanklichen Verbindung zwischen Plänen und Mietvertrag. 84

Weiter habe das Landgericht nicht von einer Bestimmbarkeit des Mietgegenstandes ausgehen dürfen. Hierzu fehle bereits schlüssiger Vortrag der darlegungs- und beweispflichtigen Klägerin. Das Urteil erschöpfe sich in Behauptungen und sei in sich widersprüchlich, da sich angemietete Räumlichkeiten auch in dem Büroteil befänden, diese aber aus dem Mietvertrag und seinen Anlagen nicht hervorgingen. Abzustellen sei dabei auf die Bestimmbarkeit im Zeitpunkt des Vertragsschlusses, wobei die Anforderungen bei der „Vermietung vom Reißbrett“ erhöht seien, da die tatsächliche Ausgestaltung der Räume in diesem Fall bei der Auslegung des Mietvertrages nicht herangezogen werden könne. 85

Man könne sich zur Begründung der Bestimmbarkeit auch nicht darauf stützen, dass es sich bei dem Mietobjekt um ein Gesamt- / Alleinobjekt handele, da es sich tatsächlich nur um einen Teil eines Gebäudes, bestehend aus Hotel, Büro und Tiefgarage, handele. Insoweit sei auch das Protokoll für die mündliche Verhandlung vom 15. November 2010 unzutreffend. Der Büro- und Hotelteil bildeten eine bauliche Einheit; insbesondere sei auch eine bauliche Trennung des Keller- und Tiefgaragenbereichs zu bestreiten. Die Klägerin sei für das Bestehen eines Alleinobjekts darlegungs- und beweisbelastet. Die Anforderungen seien insoweit bei einer Teilfläche deutlich höher. Neben dem im Urteil des Landgerichts Aufgeführten habe die Beklagte noch behauptet, dass eine Trennung von Hotel- und Bürobereich, etwa durch eine Aufteilung und getrennte Veräußerung, auf Grund der bestehenden gegenseitigen Abhängigkeit der gemeinschaftlich von Hotel und Büro genutzten Räume, insbesondere wegen des Rückgriffs auf dieselbe Technik, nicht möglich sei. 86

Der Lageplan und die Besichtigung könnten zur Begründung der Bestimmbarkeit des Mietgegenstandes nicht herangezogen werden. So sei in Anlage 1 MV (vgl. Blatt 935 der Akte) der Grundbesitz umrandet und damit nur das Gesamtobjekt gekennzeichnet, nicht hingegen der Mietgegenstand. Die in Anlage 2 MV (vgl. Blatt 937-945 der Akte) enthaltenen Grundrisspläne könnten keine Bestimmbarkeit herbeiführen, da nur Teile des Mietgegenstandes farblich umrandet, andere Teile nicht farblich umrandet gewesen seien. Mietgegenstand sollte offenkundig nur das sein, was farblich umrandet ist. Dies gelte insbesondere für die Terrasse im Erdgeschoss, die weder in Anlage 2 MV umrandet noch in Artikel 1 Abs. 1 MV genannt ist. Zu beachten sei gegenüber den Lageplänen auch, dass die in Anlage 2 MV genannten Konferenzbereiche ausweislich des Mietvertrages umgelegt seien. An der Unbestimmtheit könne auch die gemeinsame Begehung im Rohbauzustand nichts ändern, da weite Teile noch nicht fertig gestellt gewesen seien, zumal Feststellungen dazu fehlten, welche Räumlichkeiten überhaupt besichtigt worden seien. Eine Erfassung des Mietgegenstandes sei jedenfalls anhand des Mietvertrages und seiner Anlagen nicht möglich gewesen. Auch die von der Streitverkündeten vorgelegten Lichtbilder (vgl. Anlage S 2, Blatt 154 ff. der Akte) führten nicht zur Bestimmbarkeit. Denn zunächst sei bestritten, dass die vorgelegten Lichtbilder überhaupt den Bauzustand bei Vertragsschluss wiedergäben. Zudem beträfen sie nur die Außenansicht. Schließlich sei der Mietvertrag als Allgemeine Geschäftsbedingung zu behandeln. 87

Über die grundsätzliche Frage der Bestimmbarkeit hinaus sei die Schriftform deshalb nicht gewahrt, weil die mündlich zum Mietgegenstand gemachten Gegenstände Terrasse, Nottreppenhaus, Zufahrt zur Tiefgarage und Schrankenanlage der Tiefgarage nicht in den Mietvertrag oder seine Anlagen aufgenommen worden seien. Dazu gehörten auch die Lüftungen des Hotels, die Belüftung der Tiefgarage und der Fluchtweg des hinteren Büroteils. Zudem seien die Tiefgaragenplätze nicht hinreichend bestimmt. 88

Bezüglich dieser 90 Pkw-Stellplätze sei die Bestimmtheit nicht gewahrt, da sich die Tiefgarage noch im Bau gefunden habe und diesbezüglich im Vertrag nicht auf Anlage 2 MV 89

Bezug genommen worden sei. Die zitierte Entscheidung des BGH sei nicht einschlägig. Die Formstrenge gelte auch für vermietete Stellplätze, Kellerräume oder Freiflächen. Die Tiefgaragenflächen unter Hotel und Büro gingen ineinander über, ohne dass eine bauliche Trennung existiere. Insoweit stehe der Klägerin auch kein Leistungsbestimmungsrecht zu, da dieses zwischen den Parteien vereinbart werden müssen; dies habe die Klägerin nicht substantiiert vorgetragen.

Bezüglich der Zufahrt zur Tiefgarage sei zu beachten, dass diese nicht Gegenstand des Mietvertrages sei und außerhalb des Bereichs des Mietobjekts liege. Hotel und Büro hätten eine Vereinbarung über die gegenseitigen Nutzungsmöglichkeiten getroffen, wobei das Hotel die Zufahrt nutzen dürfe; die Zufahrt habe deshalb im Vertrag aufgenommen werden müssen. Die Beklagte habe mit der Klägerin vereinbart, dass 90 Tiefgaragenplätze abgetrennt und mit einer Schrankenanlage versehen werden. Auch die Schrankenanlage sei Teil des Mietobjekts, aber nicht Gegenstand des Mietvertrages oder der Umrandungen in den Anlagen; dies habe spätestens in den Nachträgen festgehalten werden müssen. Dass die Schrankenanlage mit vermietet sei, folge auch daraus, dass das Hotel sämtliche Wartungen sowie Reparaturen bezahle und im Schnitt fünfmal täglich Probleme behebe. Jedenfalls auf Grund der tatsächlichen Handhabung sei es mittlerweile zu einer stillschweigenden Vertragsänderung gekommen, die ebenfalls zum Schutz von Erwerbern bei einer Trennung der Objekte der Schriftform bedurft hätte.

90

Das Nottreppenhaus sei nicht vom Mietvertrag erfasst, da es außerhalb der umrandeten Bereiche liege. Tatsächlich sei aber eine Mitvermietung ausdrücklich vereinbart worden. Dabei widersprüchen sich auch Anlage 1 MV und Anlage 2 MV; nach Anlage 1 MV sei das Nottreppenhaus nämlich Teil des Mietobjekts, nicht hingegen nach Anlage 2 MV. Jedenfalls dürfe ein Hotel ohne Nottreppenhaus nicht betrieben werden. Eine Nutzung des Treppenhauses sei durch das Büro gar nicht möglich, da das Nottreppenhaus durch eine Brandschutzwand zum Bürotrakt hin abgeschlossen sei.

91

Die Terrasse vor dem Restaurant habe als wesentlicher Vertragsgegenstand im schriftlichen Mietvertrag aufgenommen werden müssen. Diese sei unstreitig mit vermietet, allerdings in der Zeichnung, entgegen den Feststellungen des Landgerichts, nicht verzeichnet. Dass die Terrasse im Grundriss verzeichnet ist, genüge nicht, es fehle die farbliche Umrandung. Ansonsten widerspreche sich die Klägerin selbst, denn dann wären auch Gartenbereich und Teile des Bürobereichs unstreitig mit vermietet.

92

Auch die Lüftung, insbesondere zur Küche, sei mit vermietet, im Vertrag aber nicht genannt. Auch Neben- und Zubehörräume im Keller sowie der Dachventilator hätten als vermietete Fläche im Mietvertrag festgehalten werden müssen. Denn all diese Flächen seien zum Betrieb des Hotels erforderlich. Soweit Fluchtwege des Bürogebäudes über die Flächen der Beklagten verliefen, hätten auch diese aufgeführt werden müssen.

93

Die Beklagte vertieft ihren Vortrag im Hinblick auf die Nutzung von Räumen sowohl für den Betrieb des Hotels als auch für den Betrieb des Büros. Eine solche wechselbedingte Nutzung habe schriftlich vereinbart werden müssen. Insoweit sei das Urteil bezüglich der Versorgungsräume (GLT-Büro, Heizungsanlage, NSHV-Raum, Telekom-Raum und Brandmeldeanlage) widersprüchlich, soweit dort auf die eingezeichneten Räumlichkeiten in Anlage 2 MV abgestellt werde, sich diese teilweise aber gar nicht im Hotelteil des Gebäudes befänden. Mietgegenstand habe nur das sein sollen, was im Grundriss der Anlage 2 rot umrandet eingezeichnet gewesen sei. Dies betreffe nicht die Versorgungsräume. Wenn auf die gesamte zeichnerische Darstellung des Architekten abgestellt würde, gehörten auch der Gartenbereich und Teile des Bürobereichs unstreitig mit zum Mietgegenstand. Das Urteil sei

94

auch fehlerhaft, weil zu der vom Landgericht behaupteten bloßen Nebensächlichkeit der Räume keine Feststellungen getroffen worden seien. Ganz im Gegenteil hätten die Versorgungsräume im Hinblick auf die erheblichen Nebenkosten, aber auch aus anderen Gründen, ganz entscheidende wesentliche Bedeutung.

Das Büro für die Gebäudeleittechnik sei von der Markierung in Anlage B 5 (Blatt 355 = 938 der Akte), dort mit Ziffer 2 gekennzeichnet, nicht erfasst und gehöre danach nicht zum vermieteten Bereich (erstinstanzlich hat die Beklagte die Gebäudeleittechnik auch der Ziffer 6 und der Ziffer 8 in Anlage B 6 (Blatt 354 = 937 der Akte) zugeordnet). Tatsächlich nutze das Hotel diesen Bereich allerdings, zumal sich aus der Anlage 3 MV ergebe, dass die Klägerin verpflichtet sei, das Hotel mit einer Lüftung auszustatten. Der Raum für die Notstromhauptversorgung sei von der Markierung in Anlage B 6 (Blatt 354 = 937 der Akte), dort mit Ziffer 1 gekennzeichnet, nicht erfasst und gehöre danach nicht zum vermieteten Bereich. Tatsächlich sei er aber an das Hotel vermietet, da er für die Nutzung des Hotels erforderlich sei. Dieser Raum werde zudem gemischt genutzt, da sich dort auch Sicherungen für den Büroteil der Tiefgarage befänden. Der Telekom-Raum sei von der Markierung in Anlage B 5 (Blatt 355 = 938 der Akte), dort mit Ziffer 3 – gemeint sein dürfte Ziffer 3 auf Blatt 354 = 937 der Akte – gekennzeichnet, nicht erfasst und gehöre danach nicht zum vermieteten Bereich. Tatsächlich sei dieser Raum aber mit vermietet, da das Hotel ohne Telefonanlage nicht betrieben werden könne.

Der Raum für die Heizungs- und Kälteanlagen sei von der Markierung in Anlage B 6 (Blatt 354 = 937 der Akte), dort mit Ziffer 6 gekennzeichnet, erfasst. Der Raum aber werde vom Hotel und Büro genutzt. Es fehle an einer hinreichenden Trennung, so dass keine hinreichende Bestimmtheit im Mietvertrag gegeben sei. Der Raum in Anlage B 6 (Blatt 354 = 937 der Akte), dort mit Ziffer 8 gekennzeichnet, enthalte verschiedene Technik, die sowohl zum Hotel als auch zum Büro gehört, obwohl dieser Raum von der Markierung erfasst sei und damit Teil des Mietgegenstandes sei.

Soweit das Landgericht auf eine Heilung durch die Nachträge abstelle, habe es den Vortrag der Beklagten nicht hinreichend berücksichtigt. So sei im Nachtrag ausdrücklich festzulegen, welche vermietete Fläche im ursprünglichen Mietvertrag nicht genannt worden sei, obwohl sie mit vermietet sei. Auch nachträgliche Änderungen müssten ausdrücklich erwähnt werden. Dies sei nicht erfolgt, zumal damals keine Einigkeit über die Lage und den Umfang des Mietgegenstandes bestanden habe und in den Nachträgen die Anschrift T-Straße 60 in F verwandt worden ist. Zu beachten sei weiter, dass in den Nachträgen eine zusätzliche Partei hinzugekommen sei und dies allein eine Heilung bereits ausschließe.

Im Gegenteil bewirkten die Nachträge sogar die Formunwirksamkeit des gesamten Vertragswerks, weil in den Nachträgen auf die Adresse T-Straße 60 statt T-Straße 58 Bezug genommen werde.

Ebenso will die Beklagte die Formunwirksamkeit aus mündlichen Vertragsänderungen herleiten.

Zunächst hat sie eine solche Vertragsänderung im Hinblick auf die Errichtung eines Wellness- / Fitnessbereichs weiter behauptet, dies dann aber fallen gelassen.

Weiterhin sei die Schriftform aber im Hinblick auf Abreden bezüglich des Gartens nicht gewahrt. Der Garten habe auch keine nur nebensächliche Bedeutung, so dass er im Mietvertrag hätte aufgeführt werden müssen. Denn aus der Nebenkostenabrechnung für das Jahr 2007 vom 31. Oktober 2008 folge, dass die Beklagte einen Betrag von 4.730,36 € für die

Pflege der Grünflächen in Rechnung gestellt bekommen habe. Zudem sei der Garten auch von der Klägerin umgestaltet worden und wesentlicher Bestandteil der Mietsache. Der Garten werde vom Hotel vielfältig genutzt; die Statik der Tiefgarage lasse dies zu. Der Garten habe auf Grund seiner Größe auch keine untergeordnete Bedeutung. Schließlich sei zu beachten, dass die Beklagte zur Pflege des Gartens selbst einen Gärtner beauftragt habe und die Klägerin wegen des schlechten Zustands 7.000,00 € investiert habe. Da es auch keine Gemeinschaftsflächen gebe, sei der Garten zwangsläufig Mietgegenstand.

Schließlich könne die Klägerin sich nicht auf die Treuwidrigkeit der Kündigung berufen. Sie sei nicht verpflichtet gewesen, einen Nachtrag zur Heilung der Schriftform abzuschließen. Die Regelung des Artikels 16 Abs. 1 MV sei als Allgemeine Geschäftsbedingungen unwirksam. Zudem habe die Beklagte im Schreiben vom 13. Februar 2009 (vgl. Anlage K 5) ein Heilungsverlangen gestellt, das die Klägerin mit Schreiben vom 26. Februar 2009 (vgl. Anlage K 6) abgelehnt habe. Die engen Grenzen einer Treuwidrigkeit seien nicht erreicht, wobei im besonderen Maße zu beachten sei, dass die Regelung hier schon die Klägerin als Erwerberin betreffe. Bei der Frage nach der Treuwidrigkeit dürften folgende Feststellungen des Landgerichts zu den Behauptungen der Klägerin nicht berücksichtigt werden, da dies von der Klägerin nicht vorgetragen worden sei: *„Es sei dabei nicht nur der lange Zeitraum von 7 Jahren zu berücksichtigen, sondern auch, dass die Beklagte ihr Vertrauen in die Wirksamkeit des Vertrages durch Ergänzungen und Erweiterungen aktiv bestätigt habe“*. Schließlich sei das Schreiben vom 13. Februar 2009 auch nicht an Bedingungen geknüpft gewesen, sondern habe auf bestehende Regelungsmöglichkeiten des Mietvertrages zurückgegriffen. Ohnedies sei es jedenfalls bei kundenfreundlichster Auslegung der Klausel zulässig, einen neuen Mietvertrag zu geänderten Bedingungen zu verlangen. 102

Artikel 16 Abs. 1 S. 1 und S. 2 bis S. 4 MV griffen nicht und seien zudem unwirksam. 103

Die Beklagte beantragt, 104

das angefochtene Urteil des Landgerichts Essen vom 28. März 2012, 20 O 2/11, abzuändern und die Klage abzuweisen; 105

hilfsweise, das Urteil aufzuheben und den Rechtsstreit zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landgericht zurückzuverweisen. 106

Die Klägerin beantragt, 107

die Berufung abzuweisen. 108

Die Streithelferin beantragt, 109

die Berufung zurückzuweisen. 110

Die Klägerin und die Streithelferin verteidigen das Urteil unter Wiederholung und Vertiefung ihrer erstinstanzlichen Ausführungen. Ein Schriftformmangel bestehe aus folgenden Gründen nicht: 111

Eine Urkundeneinheit sei gegeben. Sämtliche zum Mietvertrag gehörenden und den Vertragsinhalt bildenden Schriftstücke seien körperlich miteinander verbunden oder nähmen zweifelsfrei aufeinander Bezug. So seien sämtliche Anlagen durch Ösen und Kordel mit dem Mietvertrag fest verbunden und zwischen den jeweiligen Anlagen zusätzlich rote Zwischenblätter geheftet worden, auf denen rechts oben vermerkt sei, um welche nachfolgenden Anlagen es sich handele. Es sei nicht erforderlich, dass auf den Plänen die 112

Anlagenbezeichnung selbst vermerkt ist.

Der Mietgegenstand sei auch hinreichend bestimmbar. Das Landgericht habe die Darlegungs- und Beweislast nicht verkannt. Wolle eine Mietvertragspartei das Mietverhältnis unter Berufung auf die für sie günstige Vorschrift des § 550 BGB vorzeitig beenden, müsse sie auch darlegen und beweisen, dass die Voraussetzungen des für sie günstigen Kündigungsrechts vorliegen. Im Hinblick auf die Bestimmbarkeit könne jeder Erwerber anhand des Mietvertrages und seiner Anlagen vor Ort eindeutig erkennen, was Mietgegenstand ist. Das Hotel lasse sich von dem angrenzenden Bürogebäude eindeutig abgrenzen. 113

Der Gesamtkomplex sei so konzipiert worden, dass Hotel- und Büroteil unabhängig voneinander genutzt werden könnten. Mietgegenstand sei deshalb das gesamte Hotelgebäude und nicht nur einzelne Flächen des Hotelgebäudes. Konstruktiv und optisch nach außen gebe es eine klare Trennung zwischen dem Hotel- und Büroteil, so dass es zwei vollständig getrennte und in sich abgeschlossene oberirdische Baukörper gebe. Der der Beklagten zuzuordnende Kellerbereich sei von dem Kellerbereich des Büroteils hinreichend abgegrenzt. Kellerräume der Beklagten lägen zwar unterhalb des Bürogebäudes, seien aber von den Kellerräumen und Nebenräumen des Büros unter der Tiefgarage getrennt. Zugang zu den Kellerräumen der Beklagten erhalte man nur durch einen Eingang neben der Tiefgaragenzufahrt und durch den Hotelbereich. 114

Die Pläne und auch die Besichtigung könnten zur Herbeiführung der Bestimmbarkeit des Mietgegenstandes herangezogen werden. Der Hotelbereich sei in Anlage 1 MV durch die roten Umrandungen hinreichend gekennzeichnet. Die Räumlichkeiten im Erdgeschoss und bis zum 6. Obergeschoss ergäben sich hinreichend aus der Anlage 2 MV, die des Kellers und der Tiefgarage aus der roten Umrandung in Anlage 2. Das „u. a.“ in Artikel 1 Abs. 1 S. 2 MV beziehe sich nur auf die nicht abschließende Aufzählung der Mieträume, wobei die Tiefgarage davon umfasst sei. Andere als die in den Lage- und Grundrissplänen verzeichneten Räume einschließlich Tiefgaragenflächen seien nicht an die Beklagte vermietet. Sollte die Beklagte gegenteilige Auffassung sein, trage sie hierfür die Darlegungs- und Beweislast. Für die Bestimmung des Mietgegenstandes könne auch auf Umstände außerhalb der Urkunde abgestellt werden und damit auch auf die vollständige Besichtigung des Mietobjekts vor Abschluss des Mietvertrages. Das Hotelgebäude und die Kellerräume unterhalb des Bürogebäudes seien zu diesem Zeitpunkt der Besichtigung bereits vollständig im Rohbau errichtet gewesen. Insoweit seien die Anforderungen bei der Vermietung vom Reißbrett auch nicht anders. 115

Der Tiefgaragenbereich des Hotels sei aus den Anlagen heraus hinreichend deutlich bestimmt. Er sei zur T-Straße sowie zum Kellerbereich hinreichend durch die Wände begrenzt. Im Übrigen seien eine Schrankenanlage und Zäune vorhanden. Jedenfalls bestünde vorliegend ein Leistungsbestimmungsrecht des Vermieters, dessen Ausübung keiner bestimmten Form bedürfe; ergänzend sei insoweit auf das Änderungsrecht des Vermieters in Artikel 1 Abs. 3 MV zu verweisen. 116

Es treffe nicht zu, dass alles, was für den Betrieb des Hotels erforderlich sei, mit vermietet sei. Zur Schrankenanlage gebe es keine zusätzliche Vereinbarung, sie ließe sich auch nicht aus irgendwelchen Zahlungen und Aufwendungen der Beklagten herleiten. 117

Der Vortrag der Beklagten zum Nottreppenhaus sei bereits nicht nachvollziehbar, weil die Beklagte nicht beschreibe, wo sich das Nottreppenhaus außerhalb der Zeichnung befinden solle. Es befinde sich vielmehr innerhalb des eingezeichneten Hotelbereichs. Jedenfalls gebe 118

es keine Abreden außerhalb des Mietvertrages.

Die Klägerin meint bezüglich der Terrasse, dass diese in Anlage 2 MV eingezeichnet und unstreitig mit vermietet sei. Darüber hinaus handele es sich sonst bei der Terrasse um einen Mietgegenstand nebensächlicher Bedeutung, der nicht aufgenommen habe werden müssen. 119

Eine ausdrückliche Abrede über Neben- und Zubehörräume und Dachventilator gebe es nicht. Der Fluchtweg des Büros spiele insoweit keine Rolle. Bezüglich der Lüftung der Küche verkenne die Beklagte, dass es sich um einen wesentlichen Bestandteil handele, der kraft Gesetzes Mietgegenstand sei. Das Gegenteil gelte für die Lüftungsanlage außerhalb des Hotels, z. B. auf dem Dach des Bürotraktes. Im Übrigen handele es sich auch teilweise um Gemeinschaftsflächen. Darüber hinaus handele es sich sonst auch um Mietgegenstände nebensächlicher Bedeutung, die nicht aufzunehmen gewesen seien. 120

Die Klägerin meint zur Nutzung von Räumen sowohl für den Betrieb des Hotels als auch für den Betrieb des Büros, die von der Beklagten in Anlage B 5 und B 6 eingezeichneten Räume befänden sich entweder klar außerhalb der umrandeten und damit maßgeblichen Flächen oder innerhalb. Dabei spiele es keine Rolle, ob sich dort jeweils Einrichtungen und Anlagen befinden, die der technischen Versorgung des gesamten Gebäudekomplexes dienen. Soweit diese außerhalb der Mietfläche lägen, aber für den Betrieb erforderlich seien, hieße dies noch nicht, dass sie auch mit vermietet seien. Im Übrigen handele es sich auch teilweise um Gemeinschaftsflächen. Darüber hinaus handele es sich sonst auch um Mietgegenstände nebensächlicher Bedeutung, die nicht hätten aufgenommen werden müssen. 121

Die Klägerin stellt weiter auf eine Heilung durch die Nachträge ab, weil zum Zeitpunkt der Nachträge auf Grund der Fertigstellung, Abnahme und Überlassung Bestimmbarkeit hergestellt gewesen sei, weil sich sämtliche Beteiligten zu diesem Zeitpunkt über Lage und Anordnung des Mietobjekts klar gewesen seien und weil die aufgeführte Hausnummer vor diesem Hintergrund nach dem Grundsatz der *falsa demonstratio non nocet* irrelevant gewesen sei. 122

Mündliche Vertragsänderungen habe es nicht gegeben. Sie wären jedenfalls im Hinblick auf die qualifizierte Schriftformklausel des Artikels 16 Abs. 1 S. 2 und S. 3 MV unwirksam. Auch ein Wille zu einer konkludenten Vertragsänderung könne nicht schlicht aus dem tatsächlichen Nutzungsverhalten geschlossen werden. Insbesondere zum Garten meint die Klägerin, dieser gehöre bereits nicht zum Mietgegenstand. Er sei weder im Mietvertrag erwähnt noch in den Anlagen gekennzeichnet. Zudem handele es sich nur um ein begrüntes Dach der Garage, das aus statischen Gründen nicht genutzt werden dürfe. Aus den von Beklagtenseite aufgeführten Zahlungen ergebe sich nichts anderes. Ein Garten sei auch nicht für den Betrieb des Hotels erforderlich. 123

Die Klägerin beruft sich schließlich weiter darauf, dass Artikel 16 Abs. 1 S. 6 MV einschlägig sei, weil die Formunwirksamkeit bei einer solchen Spezialimmobilie zu untragbaren Ergebnissen führe, zumal das Mietverhältnis bereits sieben Jahre unbeanstandet lief und die Beklagte entsprechende (behauptete) Nutzungen gezogen habe. Artikel 16 Abs. 1 S. 6 MV sei auch nicht unwirksam, zumal die Klausel individuell vereinbart worden sei. Die Klägerin habe die Beklagte mit Schreiben vom 7. Juli 2009 ausdrücklich zur Schriftformwahrung aufgefordert, während das Angebot der Beklagten allein auf den Abschluss eines neuen Mietvertrages mit geringerem Mietzins gerichtet gewesen sei und nicht alle von der Beklagten gerügten Schriftformmängel beseitigt habe. Auf Artikel 16 Abs. 1 MV könne sich die Klägerin auch als Erwerberin berufen. 124

Die Streithelferin behauptet ergänzend zum Lageplan und der Besichtigung, dass das Büro im Umfang der Bilder in Anlage S 2 und das Hotel im Umfang der Bilder in Anlage S 1 zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses fertiggestellt gewesen seien und bezüglich des Hotels noch im Wesentlichen zwei Leistungsbereiche offen gestanden hätten. So sei auch die Begehung vorgenommen worden. Zu berücksichtigen sei auch, dass die Beklagte sich Gedanken über die in Anlage 4 MV genannten Räume in Bezug auf die Inneneinrichtung gemacht habe und damit eine hinreichende Bestimmbarkeit für sie gegeben gewesen sei.

Die Streithelferin verweist bezüglich des Nottreppenhauses darauf, dass dieses auf Grund der unterschiedlichen Geschosshöhen nur für das Hotel nutzbar sei. Bezüglich der Notstromversorgung führt die Streithelferin aus, diese befände sich nicht in dem von der Beklagten bezeichneten Raum. Vielmehr besitze das Hotel eine eigene Stromversorgung. Bezüglich des Telekom-Raums verweist sie darauf, dieser bediene ausschließlich das Bürogebäude. 126

Auch die Streithelferin beruft sich weiter jedenfalls auf eine Heilung durch den 2. Nachtrag, weil damit die Mietrückstände von knapp 670.000,00 € auf die verbleibende Mietzeit umgelegt würden. 127

Der Senat hat die Parteien angehört. Wegen des Ergebnisses der Anhörung wird auf den Berichterstattervermerk zum Senatstermin vom 15. Februar 2013 (vgl. Blatt 1102 f. der Akte), wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes auf die Schriftsätze nebst Anlagen, das Protokoll vom 15. Februar 2013 (vgl. Blatt 1090-1093 der Akte) und die sonstigen zur Akte gereichten Unterlagen verwiesen. 128

B. 129

Die zulässige Berufung ist unbegründet, weil die Entscheidung erster Instanz weder auf einer Rechtsverletzung (§ 546 ZPO) beruht noch nach § 529 ZPO zugrundezulegende Tatsachen eine andere Entscheidung rechtfertigen, § 513 Abs. 1 ZPO. 130

Die Klage ist zulässig und begründet. 131

I. 132

Die Klage ist zulässig, insbesondere ist die Klägerin entsprechend der Ausführungen des Landgerichts, die nicht mehr angegriffen werden, im Rubrum hinreichend bestimmt und ein Feststellungsinteresse der Klägerin zu bejahen. 133

Der Streit darüber, ob eine bestimmte Kündigung das Miet- oder Pachtverhältnis beendet hat, begründet ein ausreichendes, nicht rein wirtschaftliches Interesse an der (umfassenderen) Feststellung, dass das Miet- oder Pachtverhältnis noch besteht (vgl. *BGH, Urt. v. 29.09.1999, XII ZR 313/98, juris Rn. 44, 47 m. w. N., NJW 2000, 354*). Wie lange das Mietverhältnis im jeweiligen Einzelfall besteht, bedurfte keiner abschließenden Feststellung, weil die weiteren Rechtsfragen bei einem feststehenden Mietverhältnis zwischen den Parteien nicht in Streit stehen. Dem hat der Senat durch die Klarstellung des Urteilstenors Rechnung getragen, ohne dass es einer teilweisen Zurückweisung der Berufung bedurfte. 134

II. 135

Die Klage ist begründet, weil der im Übrigen unstreitig wirksame Mietvertrag in der Form des § 578 Abs. 1, Abs. 2 i. V. m. § 550 BGB auf bestimmte Zeit bis zum 1. September 2022 geschlossen worden ist, die allein auf den Formmangel gestützte ordentliche Kündigung vom 136

29. April 2009 damit ins Leere geht und sonstige Beendigungsgründe derzeit nicht ersichtlich sind. Der ursprüngliche Mietvertrag wahrt die notwendige Urkundeneinheit (siehe dazu 1.). Sämtliche getroffenen Vereinbarungen sind in den Mietvertrag aufgenommen und genügen dem Bestimmbarkeitsgebot (siehe dazu 2.). Der Mietvertrag wurde auch nicht durch nachträgliche Vereinbarungen formunwirksam (siehe dazu 3.). Soweit etwaige Mängel bestanden haben sollten, sind diese jedenfalls durch die schriftlichen Nachtragsvereinbarungen geheilt worden (siehe dazu 4.). Schließlich könnte sich die Klägerin auf die Treuwidrigkeit der Kündigung auf Grund der Schriftformvorsorgeklausel des Vertrages berufen (siehe dazu 5.).

Ein Mietvertrag genügt dann der Schriftform, wenn sich alle wesentlichen Vertragsbedingungen, insbesondere der Mietgegenstand, der Mietzins sowie die Dauer und die Parteien des Mietverhältnisses aus der Urkunde ergeben (*vgl. nur BGH, Urt. v. 11.09.2002, XII ZR 187/00, juris Rn. 19, NZM 2002, 950*). Die Urkunde muss dabei grundsätzlich im Hinblick auf § 126 Abs. 2 (S. 1) BGB eine einheitliche sein, das heißt, dass zur Einhaltung der Schriftform die Zusammengehörigkeit einzelner Bestandteile oder Blätter entweder durch körperliche Verbindung oder sonst in geeigneter Weise zweifelsfrei erkennbar gemacht werden muss (*vgl. nur Lindner-Figura, in: Lindner-Figura/Oprée/Stellmann, Geschäftsraummieta, 3. Aufl. 2012, Kap. 6 Rn. 40 ff. m. w. N.*).

1. Letztere Urkundeneinheit steht entsprechend den Feststellungen des Landgerichts, die durch die Inaugenscheinnahme und das Unstreitigstellen der Verbindung und der Übereinstimmung der Exemplare im Senatstermin bestätigt worden ist, fest. Der Mietvertrag und sämtliche Anlagen 1 bis 6b MV sind durch Ösen bzw. Kordel fest miteinander verbunden. Der Mietvertrag nimmt auf jede der genannten Anlagen an unterschiedlichen Stellen teils wiederholt Bezug und jede Seite des Mietvertrages und der Anlagen ist paraphiert (*vgl. insoweit BGH, Urt. v. 07.05.2008, XII ZR 69/06, juris Rn. 20, BGHZ 176, 301*). Dass auf den Lage- und Geschossplänen selbst kein (Rück-)Verweis auf den Mietvertrag vermerkt ist, ist mithin ebenso unerheblich wie vor dem Hintergrund der Unstreitigkeit dieser Umstände die Verspätungsrüge der Beklagten.

2. Die erforderliche Bestimmbarkeit des Mietgegenstandes war zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses auf Grund dieser einheitlichen Urkunde gegeben. Nicht in den Mietvertrag aufgenommene Nebenabreden lassen sich nicht feststellen.

Der Mietgegenstand muss nach Lage und Beschaffenheit bestimmbar sein (*vgl. nur Lindner-Figura, in: Lindner-Figura/Oprée/Stellmann, Geschäftsraummieta, 3. Aufl. 2012, Kap. 6 Rn. 28 ff. m. w. N.*). Bestimmbarkeit verlangt dabei ein deutlich geringeres Maß an Genauigkeit als der Begriff der Bestimmtheit. Es genügt, dass ein Sachverhalt abstrakt so genau beschrieben ist, dass bei seiner Verwirklichung kein Zweifel für die vertragliche Vereinbarung verbleibt (*vgl. BGH, Urt. v. 07.05.2008, XII ZR 69/06, juris Rn. 23, BGHZ 176, 301; OLG Düsseldorf, Urt. v. 29.11.2012, 10 U 34/12, juris Rn. 18*).

a) Diese Bestimmbarkeit nach Lage und Beschaffenheit ist grundsätzlich – aber auch im Hinblick auf die streitigen Einzelpunkte (siehe sogleich unter b-c) – durch Artikel 1 Abs. 1 MV i. V. m. Anlage 1 und 2 MV gewährleistet. Diese vertraglichen Regelungen und Pläne unterliegen entgegen dem Beklagtenvorbringen auch nicht einer Überprüfung oder Auslegung anhand der §§ 305 ff. BGB, da sie keine allgemeinen Geschäftsbedingungen darstellen. Denn es ist nicht ersichtlich, wie es sich bei diesen nur auf das konkrete Mietobjekt passenden Regelungen und Plänen um für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Vertragsbedingungen im Sinne des § 305 Abs. 1 S. 1 BGB handeln könnte.

Zunächst bestimmt Artikel 1 Abs. 1 MV bei objektiver Betrachtung, dass das Mietobjekt unter anderem speziell die dort aufgeführten Räumlichkeiten umfasst. Zur näheren Präzisierung wird bereits in der Präambel auf Anlage 1 MV und in Artikel 1 Abs. 1 MV selbst auf Anlage 2 MV verwiesen. Mit „u. a.“ wird dabei nicht bereits die Bestimmbarkeit des Mietobjekts in Frage gestellt, weil die weiteren Teile des Objekts, die über die im Text unmittelbar angesprochenen Einheiten hinausgehen, aus den beigelegten Plänen hervorgehen.

Aus Anlage 1 MV ergibt sich dabei auf Grund der roten Umrandung, dass der dort mit Hotel bezeichnete und rot gekennzeichnete Gebäudeteil auf dem Grundstück T-Straße 58-60 in F Gegenstand des Mietvertrages sein soll. Eine weitere notwendige Präzisierung erfährt der Mietgegenstand durch Anlage 2 MV. 143

i. Bezüglich der Ebenen Erdgeschoss bis 6. Obergeschoss weist Anlage 2 MV auf Blatt 939-945 der Akte das Mietobjekt dem Grunde nach eindeutig aus. Es läuft von der links gelegenen Brandschutzwand bis zur rechts gelegenen Außenwand unter Einschluss des dortigen Nottreppenhauses. Die Räumlichkeiten sind darin hinreichend genau verzeichnet, deren Innenausbau wird in Anlage 3a MV und die Ausstattung in Anlage 4 MV bestimmt, auf die Artikel 1 Abs. 1 a. E. MV ebenfalls ausdrücklich Bezug nimmt. Ein Bedürfnis, hier farblich irgendwelche Hervorhebungen oder Streichungen zu treffen, gab es nicht, da insoweit keine Verwechslung zum Bürotrakt zu befürchten war und ist, sondern die gesamte Ebene diesseits der Brandschutzwand vermietet sein sollte (vgl. BGH, Urt. v. 07.03.2007, XII ZR 40/05, juris Rn. 11, NZM 2007, 445 zur Vermietung eines gesamten Objektes). 144

Soweit die Beklagte einwendet, dass die Konferenzbereiche nicht den Anlagen entsprächen, wird dies aus dem Wortlaut „umgelegt“ in Artikel 1 Abs. 1 Punkt 1 MV hergeleitet. Dies beruht allerdings auf einem Missverständnis, da mit „umgelegt“ in diesem Sinne ersichtlich zum Ausdruck gebracht werden sollte, dass die 44,5 m² BGF (Bruttogeschossfläche) pro Gästezimmer auch die im Folgenden aufgelisteten m² BGF für die Konferenzbereiche, das Restaurant, das Bistro und die Lobby umfassen. Die Größe dieser Räume war auf die Gästezimmer umgelegt, wie sich auch aus dem dortigen Zusatz „in [vorgenannter] BGF enthalten“ ergibt. Nicht hingegen ist es zu einer Umlegung der Räume gegenüber den Plänen gekommen. Dies stellt auch die Beklagte nicht durch konkreten Vortrag in Frage. 145

ii. Im Gegensatz zum Erdgeschoss und den Obergeschossen bedurfte es hingegen für die Ebene Keller / Tiefgarage (vgl. Anlage 2 MV, Blatt 937 der Akte [„Tiefgarage/3“] und Blatt 938 der Akte [„Tiefgarage/1“], entsprechend Anlage B 5 und B 6, Blatt 354, 355 der Akte) einer zusätzlichen Abgrenzung der beiden Gebäudeteile und Vermietungsflächen. Denn auf dieser Ebene war eine eindeutige Abgrenzung der beiden Gebäudeteile mangels Brandschutzwand und der unstrittigen Tatsache, dass hier Teile unter dem Gebäudeteil des Büros an die Beklagte vermietet sind, nicht ohne weiteres möglich. Insoweit sind aber auf diesen Plänen rote Linien eingezeichnet worden, wobei Mietgegenstand bei objektiver Betrachtung unstrittig dasjenige ist, was sich innerhalb dieser Linien befindet. 146

b) Die hinreichende Bestimmbarkeit des Mietgegenstandes und die Schriftform werden auch nicht durch den weiteren Vortrag der Beklagten zu Sonderabreden bezüglich bestimmter Räumlichkeiten bzw. Flächen in Frage gestellt. 147

i. Die im Mietvertrag selbst genannten 90 Tiefgaragenstellplätze sind in Anlage 2 „Tiefgarage/1“ MV (Blatt 938 = 355 der Akte) hinreichend bestimmt vereinbart. Auf diese Anlage, die Pläne für die Tiefgaragenebene tatsächlich enthält, nimmt Artikel 1 Abs. 1 S. 2 MV trotz des Einschubs vor dem Punkt „90 PKW-Stellplätze“ hinreichend Bezug. Durch die rote Umrandung wird der vermietete Bereich klar festgelegt, ohne dass es auf eine spätere 148

Zuweisung oder die streitige Frage der Umzäunung ankommt. Denn in Anlage 2 „Tiefgarage/3“ MV (Blatt 937 = 354 der Akte) befindet sich im Anschluss daran ein Teil des Parkbereichs des Büroteils, der eben gerade nicht umrandet ist, so wie auch der auf Blatt 938 der Akte (Anlage 2 „Tiefgarage/1“ MV) oben links nicht umrandete Bereich. Dem entspricht auch die von Beklagtenseite vorgelegte Anlage B 3 (Blatt 92 f. der Akte), die zwar aus einer deutlich späteren Zeit stammt, aber eindeutig zeigt (Blatt 93 der Akte), dass sich in dem auf Blatt 938 der Akte umrandeten Bereich genau 90 Stellplätze befinden, zumal sich auf Blatt 93 der Akte bis auf den Schrankenbereich genau dieselbe Umrandung befindet wie auf Blatt 938 der Akte.

ii. Auch bezüglich der Zufahrt zur Tiefgarage ist eine hinreichende Bestimmbarkeit des Mietgegenstandes gegeben, ohne dass es einer ausdrücklichen Verschriftlichung bedürft hätte. Schon allein auf Grund der gesamtbaulichen Lage der Tiefgarage zeigt sich, dass der Beklagten für jeden objektiven Betrachter zwingend ein Nutzungsrecht an der Zufahrt zustehen muss, das auch nicht ausdrücklich mündlich oder schriftlich vereinbart werden muss. Denn wenn es nur einen Weg von den eindeutig an die Beklagte vermieteten Garagenplätzen nach draußen – insoweit kann auch nicht auf die Aus- und Einfahrt zum Innenhof des Nachbarn abgestellt werden (vgl. Blatt 92 der Akte oben rechts) – gibt, darf die Beklagte diesen im Verhältnis zum Vermieter nutzen, ohne dass darüber eine schriftliche Regelung im Mietvertrag getroffen werden muss. Selbiges gilt auch für die Schrankenanlage an der Hauptein- und -ausfahrt. Tatsächlich ist dies zudem hinreichend in Abs. 2 S. 2 Hs. 2 der Präambel MV angedeutet, wenn es dort heißt, dass die Tiefgarage zur gemeinsamen Nutzung von Hotel und Büro bestimmt ist. 149

iii. Eine fehlende Schriftform bzw. eine Unbestimmbarkeit des Mietgegenstandes ergibt sich auch nicht im Hinblick auf die unstreitig der Beklagten zustehende Berechtigung zur Bewirtschaftung der Schrankenanlage zum Hotelparkplatz. 150

Zwar ergibt sich insoweit weder durch eine rote Umrandung aus der Zeichnung in Anlage 2 „Tiefgarage/1“ MV (Blatt 938 der Akte) noch aus Artikel 1 Abs. 1 MV oder sonst ausdrücklich aus dem Mietvertrag, dass die Schrankenanlage Mietgegenstand ist. Allerdings ist die Schrankenanlage in Anlage 2 „Tiefgarage/1“ MV direkt unter der Brandschutzwand der oberen Geschosse verzeichnet und stellt die natürliche Absperrung zu den beschriebenen 90 Parkplätzen dar. Aus dem Plan ergibt sich für jeden objektiven Betrachter weiter, dass die Schranke einzig und allein dem Zweck dienen kann, die Zufahrt zum Hotelparkplatz zu beschränken. Es besteht entsprechend den Ausführungen zur Zufahrt und zur Hauptschranke sowie im Hinblick auf die unstreitige, sich aus der Anmietung ergebende Berechtigung der Beklagten zur Bewirtschaftung der Parkplätze ein Nutzungsrecht an der Schrankenanlage zum Hotelparkplatz. Damit ist die fehlende rote Umrandung der Schrankenanlage nicht erheblich. 151

Darauf, dass auch aus dem Text des Mietvertrages – Artikel 7 Abs. 1 MV, wonach der Vermieterin „die Instandhaltung und die Instandsetzung an Dach und Fach (z. B. an technischen Anlagen, die nicht ausschließlich dem Mietobjekt dienen, [...] sowie an den Verkehrsanlagen, wie Schranken, Ampeln, Zuwegen etc.)“ obliegt – erkennbar wird, dass Schranken zum Mietobjekt gehören, kommt es deshalb nicht mehr entscheidend an. 152

iv. Die Schriftform bzw. die Bestimmbarkeit des Mietgegenstandes ist auch bezüglich des Nottreppenhauses (Anlage 2 „Tiefgarage/1“ MV, Blatt 938 der Akte unten links unterhalb der umrandeten 3 außerhalb des markierten Bereichs) gewahrt. 153

Denn betrachtet man ausschließlich Anlage 1 MV (Blatt 935 der Akte) sowie Anlage 2 MV bezüglich des Erdgeschosses bis zum 6. Obergeschoss, so gehört das Nottreppenhaus unzweifelhaft zum Mietgegenstand, weil es sich in Anlage 1 MV innerhalb des roten Rahmens und es sich in Anlage 2 MV bezüglich des Erdgeschosses bis zum 6. Obergeschoss auf der Hotelseite der Brandschutzmauer befindet und nur von da zugänglich ist. Dass das Nottreppenhaus tatsächlich wie in den Plänen eingezeichnet belegen ist, zeigt sich auch in dem Bild von Anlage S 1 (vgl. Blatt 153 der Akte), auf dem das Nottreppenhaus sehr gut zu erkennen ist.

Aus der fehlenden Umrandung in Anlage 2 MV bezüglich der Garagen- / Kellerebene (Blatt 937 f. der Akte) ergibt sich kein anderes Ergebnis, da bereits aus dem Grundriss ersichtlich ist, dass das Nottreppenhaus auf der Planebene Garage / Keller ausschließlich seinen Ausgang nach draußen findet, jedoch nicht aus dem Keller oder der Garage zugänglich wäre; eben dies trägt die Beklagte mit der Berufung selbst vor (vgl. auch insoweit Anlage S 1, Blatt 153 der Akte). Aber selbst wenn sich dort ein Zugang befände, wäre dieser nur aus den an die Beklagte vermieteten Flächen möglich. Insoweit ist für jeden objektiven Betrachter klar, dass das Nottreppenhaus in allen Ebenen zum Mietobjekt gehört. 155

Hinzu kommt, dass der Innenausbau für die Fluchttreppen in Anlage 3a MV (Blatt 947 der Akte) ausdrücklich geregelt worden ist und ein Hotel ohne Fluchttreppen nach unstreutigem Vortrag nicht betrieben werden darf, also bei einem Erwerb eines Dritten klar ist, dass das Nottreppenhaus mit vermietet ist. 156

Soweit die Beklagte (was letztlich nicht ganz deutlich wird) im letzten Schriftsatz nach dem Senatstermin am Rande nunmehr auch die Unbestimmbarkeit des Mietgegenstandes bezüglich des Nottreppenhauses am anderen Ende des Hotels, das sich außerhalb der roten Umrandungen in Anlage 1 MV und bezüglich der Keller- / Tiefgaragenebene in Anlage 2 MV – trotz einer Andeutung durch einen roten Strich – befindet, rügt, so gibt dieses neue Vorbringen dem Senat keinen Anlass, die mündliche Verhandlung erneut zu eröffnen (§ 296a i. V. m. § 156 ZPO). Ein Fall des § 156 Abs. 2 ZPO liegt nicht vor. Es besteht auch im Hinblick auf die Konzentrationsmaxime sonst kein Anlass zur erneuten Eröffnung im Sinne des § 156 Abs. 1 ZPO. Ein Schriftsatznachlass im Sinne des § 283 ZPO ist nicht gewährt worden. Vielmehr erhielten die Parteien nur Gelegenheit, zu den Rechtsausführungen des Senats Stellung zu nehmen. Im Übrigen wäre dieser neue Vortrag bei einer Wiedereröffnung als unerheblich zurückzuweisen. Denn bei diesem Nottreppenhaus ist auf Grund der Pläne noch eindeutiger als bei ersterem, dass es keinerlei andere Verwendung als für das Hotel gibt und es mithin mit vermietet ist. 157

v. Auch die unstreitige Mitvermietung der Terrasse wird aus Anlagen 2 MV hinreichend deutlich. Zwar ist der Beklagten zuzugeben, dass die Terrasse in Anlage 1 MV (Blatt 935 der Akte), wo sie ausdrücklich benannt, aber nicht eingezeichnet wird, nicht mit umrandet ist. Allerdings ist Anlage 1 MV im Hinblick auf seine Anknüpfung in der Präambel so auszulegen, dass hier die Gebäudebereiche des Hotels vom Büro auf dem großen Baugrundstück abgegrenzt werden sollten, während Anlage 2 MV bezüglich der Erdgeschossenebene (Blatt 939 der Akte) eine genauere Präzisierung bezüglich des Mietgegenstandes enthält. Dort ist die Terrasse auch baulich getrennt von der Grünfläche eingezeichnet, wenn auch nicht ausdrücklich benannt oder farblich umrandet. Wie aber bereits zuvor ausgeführt, bestand in Anlage 2 MV jedoch für die hier maßgebliche Ebene Erdgeschoss keine Veranlassung für eine rote Umrandung, da hier durch die Brandschutzwand eine hinreichende bauliche Trennung zum Bürogebäude gewährleistet war. Sie war auch im Hinblick auf die Terrasse nicht erforderlich. Ein objektiver Betrachter wird 158

Anlage 2 MV (vgl. Blatt 939 der Akte) im Zusammenspiel mit Anlage 1 MV (Blatt 935 der Akte) nicht anders auslegen können, als dass die Terrasse sich innerhalb der baulichen Abtrennung zur Grünfläche befindet und somit Teil des Mietgegenstandes ist. Denn wie sich aus der Zeichnung ergibt, befinden sich sechs Ausgänge vom Hotelgebäude auf die Terrasse, die baulich von den Grünflächen abgesetzt ist. Eine anderweitige Nutzung, insbesondere von der Büroseite, kommt nicht in Betracht. Hätte die Terrasse nicht als solche benutzt werden sollen, so hätte insgesamt eine Grünfläche errichtet werden können oder jedenfalls eine negative Nutzungsregelung erfolgen müssen.

vi. Bezüglich der Lüftung, der Dachventilatoren bzw. Rohre und der Fluchtwege ist der Mietgegenstand hinreichend bestimmbar und die Schriftform gewahrt. 159

So ist bezüglich der Lüftungen darauf zu verweisen, dass insoweit in Anlage 3b Nr. 2 MV (Blatt 961 f. der Akte) und in Anlage 4 (Nr. 12.03) MV eine ausdrückliche Regelung, auch bezüglich der Küche, getroffen worden ist und insoweit jedenfalls ein Nutzungsrecht besteht. Wohin die Entlüftung dann allerdings geführt wird und wo sich insoweit ein Ventilator und zugehörige Rohre befinden, ist eine unwesentliche Lagefrage, die zudem dem Bestimmungsrecht der Klägerin im Sinne des § 315 Abs. 1 BGB unterliegt, und stellte jedenfalls aber eine Nebensächlichkeit dar, die nicht zur Formunwirksamkeit führte (vgl. jeweils m. w. N. BGH, Urt. v. 07.05.2008, XII ZR 69/06, juris Rn. 18, BGHZ 176, 301; BGH, Urt. v. 12.03.2008, VIII ZR 71/07, juris Rn. 19, NZM 2008, 362). 160

Soweit die Beklagte eine Vereinbarung zum Fluchtweg des Büros durch den hinter dem Hotel liegenden Grünbereich vermisst, ist eine solche nicht erforderlich, um den Mietgegenstand zu bestimmen. Denn selbst wenn der Grünbereich („Garten“) überhaupt an die Beklagte mit vermietet wäre (siehe dazu unten), stellte die nur im Notfall in Betracht kommende Nutzung der Grünfläche durch Dritte aus dem Bürotrakt kein mietrechtlich relevantes Nutzungsrecht dar, das vertraglich im Sinne einer das vermeintliche Mietrecht der Beklagten überlagernden Negativabgrenzung geregelt werden müsste. 161

c) Ein Schriftformmangel ergibt sich auch nicht im Hinblick auf die Nutzung von Räumen sowohl für die Versorgung des Hotels als auch für die Versorgung des Büros, insbesondere den Räumen für die Gebäudeleittechnik, die Heizungs- und Kälteanlage, die Notstromhauptversorgung, die Telekom, die Brandmeldeanlage und die Lüftungen bzw. Belüftungen. 162

Denn es ergibt sich bereits hinreichend aus dem Vertragszweck, dass die vermieteten Räume zum Betrieb eines Hotels geeignet sein müssen. Der Vermieter muss in einem solchen Fall, um die Eignung zu erreichen, auch die Versorgung und die Funktionsfähigkeit des Hotels sicher stellen. Wie das geschieht, also wo Versorgungseinrichtungen, Geräte etc. ihren Platz finden sollen, kann dabei verbindlich im Vertrag geregelt werden. Dies ist aber weder aus dem Vertrag ersichtlich noch mit nur geringer Substanz vorgetragen. Fehlt es demnach an einer ausdrücklichen oder konkludenten Regelung der Vertragsparteien, besteht ein Bestimmungsrecht des Vermieters gemäß § 315 BGB in den Grenzen des Vertragszwecks, dessen Überprüfung allerdings keine Frage der Schriftform ist (vgl. BGH, Urt. v. 23.01.2013, XII ZR 35/11, juris Rn. 16, ZIP 2013, 523; BGH, Urt. v. 12.03.2008, VIII ZR 71/07, juris Rn. 20 f., NZM 2008, 362). 163

Irgendwelche Gründe, warum man im vorliegenden Fall jedenfalls im Rahmen einer Vertragsauslegung nicht zu dem Ergebnis gelangen könnte oder sollte, dass der zu der Einrichtung der Versorgungsanlagen vertraglich verpflichtete Vermieter hinsichtlich deren Positionierung in den Kellerräumen des Komplexes nur im Rahmen billigen Ermessens hätte 164

gebunden sein sollen, sind nicht ersichtlich. Insbesondere hindert die Bedeutung der Versorgung und Technik für das Erreichen des Vertragszwecks eine solche Auslegung nicht, zumal auch das Aussparen verbindlicher Regelungen in dem umfangreichen Vertragswerk den Schluss nahelegt, es sei die genaue Positionierung der die Versorgung im weiteren Sinne gewährleistenden Geräte und Räume im Keller nicht von einer einseitigen Bestimmungsrecht des Vermieters ausschließenden Bedeutung gewesen.

Die Reichweite des Bestimmungsrechts bzw. der Umstand, dass im Rahmen des Bestimmungsrechts auch andere Räume des Komplexes in Anspruch genommen werden können, ergibt sich vorliegend vertraglich zudem bereits aus den Regelungen zu durch entsprechende Versorgungseinrichtungen entstehenden Nebenkosten. Ein Vermieter kann die Versorgung für einen an mehrere separate Mieter vermieteten Komplex ganz oder teilweise bündeln und deshalb – wie vorliegend – auch auf Räume im Bürokomplex zugreifen, soweit der Vertragszweck nicht gefährdet wird. Denn auch hier müssen Versorgungseinrichtungen zu Gunsten der Mieter untergebracht werden. Es liegt dabei nicht im Interesse der Mieter und ist von ihnen nicht zu erwarten, dass für jede Mieteinheit sämtliche Versorgungseinrichtungen separat vorgehalten und in Räumen der jeweiligen Mieteinheit oder insgesamt außerhalb der Mieteinheiten untergebracht werden. So zeigen auch hier die Regelungen über die Nebenkosten, dass es zu einer Verteilung der Nebenkosten soweit möglich nach einem verursachungsgerechten Verteilungsschlüssel auf die verschiedenen Mieter kommen sollte, also keine separaten Einrichtungen vorgehalten werden mussten. 165

Dies gilt auch, obwohl es in Abs. 2 S. 2 Hs. 1 der Präambel MV heißt, Büro und Hotel seien unabhängig voneinander zu nutzen, weil durch die einheitliche Versorgung die unabhängige Nutzung nicht in Frage gestellt wird. 166

Beruhet deshalb die Bereitstellung verschiedener Räume zur Versorgung des Hotels auf der Ausübung eines einseitigen Bestimmungsrechts des Vermieters, so ist unter diesem Aspekt die Formwirksamkeit des Vertrages nicht in Frage gestellt. Es kann damit offen bleiben, ob eine Vereinbarung über die Positionierung von nach dem Vertragszweck erkennbar erforderlichen Versorgungseinrichtungen im Keller eines Hotelgebäudes sich überhaupt als wesentliche, die strikte Einhaltung der Schriftform verlangende Vertragsregelung darstellt. 167

Auch keiner abschließenden Entscheidung bedarf die – nach Auffassung des Senats allerdings schon auf Grund der obigen Erwägungen zu verneinende – Frage, ob § 550 BGB die schriftliche Niederlegung jedenfalls solcher die Versorgungseinrichtungen betreffender Bestimmungen des Vermieters verlangt, die dem Mieter den Zugang zu Räumen – und etwa auch deren Nutzung zur Unterbringung eigener Geräte – gewähren, deren Nutzung ihm nach der mietvertraglichen Vereinbarung gar nicht zusteht. Auf einen hierauf beruhenden Schriftformmangel könnte sich der Mieter nach gefestigter Rechtsprechung nach Treu und Glauben jedenfalls deshalb nicht berufen, weil eine solche Bestimmung – selbst wenn sie (wie hier nicht) auf einer verbindlichen zusätzlichen Vereinbarung beruhen sollte – allein den Mieter zusätzlich begünstigte, dessen zu nutzende Fläche auf diese Weise erweitert würde, ohne dass für ihn hiermit weitere Verpflichtungen verbunden wären (*vgl. BGH, Urt. v. 15.11.2006, XII ZR 92/04, juris Rn. 22, NJW 2007, 288; BGH, Urt. v. 02.07.1975, VIII ZR 223/73, juris Rn. 44 f., BGHZ 65, 49*). 168

Aus diesem Grund bedarf es auch der Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung wegen des neuen Vortrags der Beklagten zu der (bloßen) Nutzung bestimmter der Versorgung des Komplexes dienender Räume nicht. 169

Ob andererseits eine schriftliche Regelung getroffen werden müsste, wenn auf Grund der Bestimmung der Räume für die einheitliche Versorgung vertraglich eingeräumte Nutzungsrechte des Mieters eingeschränkt würden, kann ebenfalls offen bleiben, weil auch die Beklagte eine solche Einschränkung nicht dargelegt.

Letztlich kann weiter dahinstehen, ob etwa wegen der Positionierung der Versorgungseinrichtungen die verschiedenen Komplexe (Büro und Hotel) selbstständig veräußerbar sind oder wären. Entscheidend für die Wahrung der Schriftform ist allein, ob – wie hier – der jedenfalls selbstständig vermietete Bereich hinreichend bestimmt ist. Ob der Vermieter zur Erfüllung seiner mietvertraglichen Pflichten gegebenenfalls – wie hier nicht – auf fremdes Eigentum zugreifen müsste, ist für die Frage der Formwirksamkeit unerheblich. 171

d) Schließlich folgt ein Schriftformmangel auch nicht daraus, dass es zu einer ausdrücklichen anfänglichen Mitvermietung des Gartens gekommen wäre, die sich dem Mietvertrag und seinen Anlagen nicht entnehmen lässt. Denn soweit der Geschäftsführer der Beklagten N im Senatstermin erklärt hat, dass nach seinem Kenntnisstand der Garten von Anfang an als Mietgegenstand vereinbart gewesen sei, ist schon dieser Vortrag, jedenfalls aber der dazu im Senatstermin erfolgte Beweisantritt nicht zu berücksichtigen. 172

i.) Bereits der Vortrag ist im Hinblick auf § 529 Abs. 1 Nr. 2 i. V. m. § 531 Abs. 2 ZPO nicht zuzulassen. 173

(1) Denn der Vortrag der Beklagten, es sei bereits anfänglich ausdrücklich eine Mitvermietung des Gartens vereinbart worden, ist neu im Sinne des § 529 Abs. 1 Nr. 2 i. V. m. § 531 Abs. 2 ZPO. Vorbringen einer Partei ist neu in diesem Sinne, wenn es einen sehr allgemein gehaltenen Vortrag der ersten Instanz konkretisiert und erstmals substantiiert, nicht jedoch, wenn ein bereits schlüssiges bzw. erhebliches Vorbringen aus der ersten Instanz durch weitere Tatsachenbehauptungen zusätzlich konkretisiert, verdeutlicht oder erläutert wird (vgl. BGH, *Beschl. v. 02.04.2009, V ZR 177/08, juris Rn. 9, NJW-RR 2009, 1236; BGH, Beschl. v. 21.12.2006, VII ZR 279/05, juris Rn. 7, NJW 2007, 1531; BGH, *Urt. v. 18.10.2005, VI ZR 270/04, juris Rn. 11, MDR 2006, 531*). Vorliegend hatten die Klägerin und die Streithelferin bereits während des ganzen Verfahrens behauptet, dass der Garten nicht mit vermietet sei. Dass es bereits anfänglich zu einer ausdrücklichen Mitvermietung des Gartens gekommen sein soll, hat die Beklagte hingegen bis zur mündlichen Verhandlung vor dem Senat nie in erheblicher und substantiiertes Weise behauptet. Aber auch sonst lässt sich die Behauptung einer ausdrücklichen anfänglichen Vereinbarung der Mitvermietung aus dem sonstigen Vortrag zum Garten nicht herleiten. Vielmehr wollte die Beklagte eine Mitvermietung auf Umstände im Zusammenhang mit der weiteren Entwicklung des Mietverhältnisses stützen. Zu diesen Umständen zählte die Beklagte, dass die Firma G seit 2008 nach entsprechender Vereinbarung mit der Klägerin die Pflege des Gartens im Auftrag des Hotels durchgeführt habe, dass die Pflege des Gartens vor dem Büro weiter von Seiten der Klägerin veranlasst wurde, dass der Garten für den Betrieb des Hotels erforderlich und zu diversen Veranstaltungen ohne Widerspruch der Klägerin genutzt worden sei sowie dass für das Jahr 2007 Nebenkosten für den Garten in Höhe von 4.730,36 € angefallen seien. All dies betrifft ausschließlich die Frage der tatsächlichen Handhabung, aus der die Beklagte stets eine nachträgliche Vertragsänderung, insbesondere wegen der Tragung der Instandhaltungs- und ?setzungskosten (siehe dazu unten), herleiten wollte, nicht aber die nunmehr maßgebliche Frage einer ausdrücklichen anfänglichen Vereinbarung. 174*

Dies wird auch durch den Berufungsvortrag zum Garten bestätigt, der nur auf die Umstände der tatsächlichen Handhabung abstellt. Ebenso ist der Gesichtspunkt der anfänglichen Mitvermietung nicht Gegenstand des Tatbestandsberichtigungsantrages – insbesondere 175

bezüglich des ausdrücklich davon betroffenen Gartens – gewesen.

(2) Dieser neue Vortrag ist auch nicht nach § 531 Abs. 2 Nr. 1 oder Nr. 2 ZPO zuzulassen. Denn es ist kein Gesichtspunkt betroffen, den das Landgericht erkennbar übersehen oder für unerheblich gehalten hätte oder der infolge eines Verfahrensmangels nicht bereits in erster Instanz geltend gemacht worden wäre (vgl. zur Verletzung der Hinweispflicht BGH, Urt. v. 19.03.2004, V ZR 104/03, juris Ls. 4 und Rn. 19, BGHZ 158, 295). Insbesondere hat das Landgericht keine Hinweispflicht verletzt, obwohl die Beklagte die Darlegungs- und Beweislast verkannt hat. 176

(a) Zwar trägt derjenige die Darlegungs- und Beweislast, der aus dem Rechtsgeschäft Folgen für sich herleitet – hier also die Klägerin für den unbefristeten Mietvertrag. Allerdings hat die über den Mietvertrag aufgenommene Urkunde die Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit für sich, so dass die Beklagte mündliche Nebenabreden behaupten und auch nachweisen muss (vgl. nur Lindner-Figura, in: Lindner-Figura/Oprée/Stellmann, Geschäftsraummieta, 3. Aufl. 2012, Kap. 6 Rn. 111 f. m. w. N.; Emmerich, in: Staudinger-BGB 2011, § 550 Rn. 95; Senat, Urt. v. 06.05.2011, 30 U 15/10, juris Rn. 150, 157). 177

(b) Auf diese Frage der Beweislast hatte schon die Klägerin erstinstanzlich hinreichend hingewiesen (siehe u. a. Schriftsatz vom 4. Januar 2010, S. 5 f. = Blatt 197 f. der Akte). Die Beklagte hatte sich mit dieser Rechtsauffassung, wenn auch abweichend, auseinander gesetzt (siehe u. a. Schriftsatz vom 6. November 2010, insbesondere S. 41 f. = Blatt 346 f. der Akte). In diesem Zusammenhang hat die Beklagte zu anderen Punkten hilfsweise sehr substantiiert vorgetragen sowie Beweis für eine ausdrückliche anfängliche Vereinbarung mit den nunmehr auch hier benannten Zeugen L2 und M angetreten, z. B. bezüglich des Nottreppenhauses (vgl. Blatt 316 f. der Akte, Schriftsatz vom 6. November 2010), der Schrankenanlage (vgl. Blatt 319, 335 f. der Akte, Schriftsatz vom 6. November 2010) und der Zufahrt zur Tiefgarage (vgl. Blatt 322 der Akte, Schriftsatz vom 6. November 2010). Zu einer anfänglichen ausdrücklichen Vereinbarung der Mitvermietung des Gartens hingegen erfolgte kein Vortrag, so dass für das Landgericht davon auszugehen war, die Beklagte habe abschließend und umfassend vorgetragen. 178

Eines weiteren Hinweises des Landgerichts bedurfte es vorliegend mithin nicht. 179

(3) Ebenso wenig ist der Zulassungsgrund des § 531 Abs. 2 Nr. 3 ZPO einschlägig. Denn dass die Beklagte nicht bereits in erster Instanz zu einer anfänglichen ausdrücklichen Vereinbarung einer Mitvermietung des Gartens hätte vortragen können, ist nicht nur unersichtlich, da auch zu diversen anderen Punkten eine ausdrückliche anfängliche Vereinbarung behauptet wurde, sondern auf Grund der Einlassung des Geschäftsführers der Beklagten N im Senatstermin, dass der Garten Mietgegenstand sei, sei immer die interne Kommunikation bei der Beklagten gewesen, bereits widerlegt. 180

ii. Jedenfalls der Beweisantritt mit den Zeugen L2 und M für eine Mitvermietung ist im Hinblick auf § 529 Abs. 1 Nr. 2 i. V. m. § 531 Abs. 2 ZPO wie auch auf § 530 i. V. m. § 296 Abs. 1 ZPO nicht zuzulassen. 181

(1) Die Zulassung über § 531 Abs. 2 ZPO scheidet im Kern aus den dargelegten Gründen zum Vortrag, wobei hier nicht zweifelhaft sein kann, dass es sich um einen neuen Beweisantritt handelt, da die Zeugen eindeutig nicht zu diesem Beweisthema benannt waren. Aus den dargelegten Gründen bestand hier erst recht kein Anlass, die Beklagte angesichts ihres umfassend unter Beweis gestellten Vortrags zu den verschiedenen vermeintlichen 182

Nebenabreden darauf hinzuweisen, dass möglicherweise Beweisantritt fehlte, zumal hier gezielt ein Beweisantritt mit der Zeugin von D erfolgte. Dass der Beweisantritt mit den Zeugen L2 und M der Beklagten zudem ohne weiteres möglich war, zeigt bereits deren Benennung zu anderen streitigen Fragen.

(2) Der Beweisantritt ist zudem aber auch im Hinblick auf §§ 530, 520 ZPO im Sinne des § 296 Abs. 1 ZPO verspätet, weil dieser nicht innerhalb der Berufungsbegründungsfrist erfolgte, insoweit nur zu der Frage der ausdrücklichen anfänglichen Mitvermietung des Gartens ein zusätzlicher Termin zur Beweisaufnahme erforderlich geworden wäre und die Beklagte die Verspätung nicht genügend entschuldigt hat. Aus den bereits dargelegten Gründen war auch von Seiten des Senats kein Hinweis im Hinblick auf den fehlenden Vortrag der Beklagten zu einer anfänglichen ausdrücklichen Mitvermietung des Gartens noch auf einen fehlenden Beweisantritt erforderlich. Der im Senatstermin erteilte Hinweis diente – entgegen dem Verständnis der Beklagten im nachgelassenen Schriftsatz – nur der Gewährung rechtlichen Gehörs zur Frage der Verspätung des Beweisantritts und erlaubte der Beklagten nicht, fehlenden Tatsachenvortrag nachzuschieben und neuen Beweis anzutreten; beides erfolgte von Seiten des Geschäftsführers und des Prozessbevollmächtigten der Beklagten bereits eigenständig vor dem Hinweis. Ein früherer Hinweis kam entsprechend den obigen Ausführungen nicht in Betracht. Genügende Entschuldigungsgründe trägt die Beklagte somit nicht vor. 183

3. Nachträgliche mündliche Vereinbarungen, die den Mietvertrag insgesamt formunwirksam machten, lassen sich nicht feststellen, so dass es dahinstehen kann, ob angesichts der qualifizierten Schriftformklausel des Artikels 16 Abs. 1 S. 2 und S. 3 MV überhaupt wirksam mündliche Vereinbarungen getroffen werden konnten. 184

a) Soweit sich die Beklagte stets auf eine Änderungsvereinbarung in Bezug auf den Wellness- / Fitnessbereich bezog, hat der Geschäftsführer N der Beklagten im Senatstermin ausgeführt, dass es hierzu zwar Gespräche gegeben habe, diese aber wegen der Probleme nie zu Ende geführt worden sind. Eine Einigung, die schriftlich hätte aufgenommen werden müssen, ist mithin nie erzielt worden, was der Geschäftsführer N ebenfalls ausdrücklich bestätigt hat. 185

b) Soweit sich die Beklagte auf eine Einigung über die Installation eines Sichtschutzes berufen hat, hält sie daran nach Auskunft des Beklagtenvertreters im Senatstermin nicht mehr fest. 186

c) Soweit die Beklagte vor dem Hintergrund der ursprünglich vereinbarten Instandhaltungsregelungen eine abweichenden Handhabung der Instandhaltung etc. bezüglich der Schrankenanlage zum Hotelparkplatz als wesentliche formbedürftige Vertragsänderung ansieht, kann dem nicht gefolgt werden. 187

i. Denn zunächst stellte nicht jede vom Vertrag abweichende Handhabung automatisch eine Vertragsänderung dar. Hierfür fehlt es den Parteien regelmäßig – wie wohl auch hier – am notwendigen Rechtsbindungswillen, den die Beklagte nicht einmal behauptet. Er fehlte vor allem auch der Beklagten selbst, weil sie sich sonst durch die faktische Handhabung ihrer mietvertraglichen Ansprüche begeben hätte. So führte der Geschäftsführer der Beklagten N in der mündlichen Verhandlung am Rande auch aus, dass man sich fast von Anbeginn an um die Schrankenanlagen habe kümmern müssen, weil das Büro noch gar nicht bezogen gewesen sei. Die Streithelferin sei insoweit ihren Pflichten nicht nachgekommen. 188

ii. Zudem stellte auch eine Vertragsänderung durch die behauptete tatsächliche Handhabung eine unwesentliche Änderung dar, die der Schriftform nicht bedurfte (vgl. zu Regelungen von nur nebensächlicher und daher nicht schriftlich festzuhaltender Bedeutung jeweils m. w. N. BGH, Urt. v. 07.05.2008, XII ZR 69/06, juris Rn. 18, BGHZ 176, 301; BGH, Urt. v. 12.03.2008, VIII ZR 71/07, juris Rn. 19, NZM 2008, 362).

Denn im Hinblick auf die ursprünglich vereinbarte monatliche Nettokaltmiete von 115.440,00 € netto gemäß Artikel 5 Abs. 1 MV sowie die ursprünglich vereinbarten monatlichen Nebenkostenvorauszahlungen in Höhe von 14.915,00 € (1,90 €/m² BGB x 7.850 m² BGF) sowie in Höhe von 270,00 € (3,00 €/pro PKW-Stellplatz x 90 Stellplätze) gemäß Artikel 6 Abs. 3 MV ist die behauptete Übernahme der Instandhaltung an der Schrankenanlage als unwesentlich zu bezeichnen. Die Übernahme von Kosten in einer hier allenfalls in Betracht kommenden Größenordnung ist bei den übrigen Kostengrößen nahezu völlig zu vernachlässigen (vgl. OLG Hamm, Urt. v. 26.10.2005, 30 U 121/05, juris Rn. 63, OLGR 2006, 138; siehe auch OLG Naumburg, Urt. v. 25.09.2007, 9 U 89/07, juris Rn. 53, ZMR 2008, 371; ebenso im Ansatz, wenn auch wegen der Höhe im konkreten Fall verneinend OLG Brandenburg, Urt. v. 17.10.2012, 3 U 75/11, juris Rn. 63).

Dies gilt umso mehr, als die Beklagte gemäß Artikel 6 Abs. 1 UAbs. 1 (S. 4) und Artikel 7 Abs. 1 S. 3 MV i. V. m. Anlage 5 Nr. 1 Punkt 3 MV (Blatt 980 der Akte) – letztere erfasst die Kosten der „... Rolltore, elektrischer und mechanischer Türanlagen sowie sonstiger elektronischer, elektrischer und mechanischer Absperreinrichtungen“ und mithin die Schranke – die Instandhaltungs- und -setzungskosten für die Schranke ohnehin anteilig zu tragen hatte und es mithin nur zu einer Verlagerung der Kostenposition aus der Nebenkostenabrechnung unmittelbar zur Beklagten gekommen sein könnte.

d) Soweit sich die Beklagte schriftsätzlich darauf beruft, der Garten sei durch eine nachträgliche Vereinbarung zum Mietgegenstand geworden, hat die Beklagte diesen Vortrag auf Grund der Ausführungen ihres Geschäftsführers N in der mündlichen Verhandlung, der eine nachträgliche Vereinbarung zum Garten verneinte, fallen gelassen.

Der insoweit nicht nachgelassene Vortrag der Beklagten nach der mündlichen Verhandlung, der Verwalter habe eine Mitvermietung gegenüber der Zeugin D bestätigt, gibt dem Senat keinen Anlass, die mündliche Verhandlung erneut zu eröffnen. Hierzu besteht schon deshalb keine Veranlassung, weil dieses Vorbringen unerheblich ist. Soweit hierdurch ein Indiz für die behauptete ursprüngliche Vereinbarung vorgetragen werden soll, ist der Hauptvortrag entsprechend den obigen Ausführungen verspätet und hätte die Indiztatsache unschwer vor Schluss der mündlichen Verhandlung vorgetragen und unter Beweis gestellt werden können. Eine nachträgliche Vereinbarung gerade mit dem Verwalter wird – ungeachtet des Vortrags zu seiner umfassenden Vertretungsmacht – mit dem Hinweis allein auf sein bestätigendes Verhalten nicht dargelegt. Zudem widerspräche der Vortrag der ausdrücklichen Stellungnahme im Senatstermin, so dass auch unter diesem Gesichtspunkt der Senat keinen Anlass zum Wiedereintritt in die mündliche Verhandlung sieht.

e) Ebenso wenig führt auch der Vortrag der Beklagten, es sei bezüglich des Gartens zu einer Änderung des Mietvertrages im Hinblick auf die Nebenkosten- und Instandhaltungsregelung gekommen, zu einem Verstoß gegen § 550 BGB. Insoweit ist zwar aus dem Protokoll vom 7. April 2008 (vgl. Blatt 359 der Akte) tatsächlich zu entnehmen, dass die Pflege des Gartens zukünftig von der Beklagten bzw. ihrer Untermieterin übernommen werden sollte.

Sollte es dazu tatsächlich gekommen sein, handelte es sich bei dieser Änderung des Mietvertrages – wie bei der vermeintlichen Änderung hinsichtlich der Instandhaltung der Schrankenanlage (siehe soeben) – nur um eine unwesentliche und deshalb nicht formbedürftige Änderung. Denn durch die getroffene Regelung über die Pflege ist nur Artikel 6 Abs. 1 UAbs. 3 MV ausgefüllt worden. Die Pflege wurde anstatt über Artikel 6 Abs. 1 UAbs. 1 i. V. m. Anlage 5 Nr. 1 Punkt 7 MV (Blatt 981 der Akte) nicht mehr als Nebenkostenbestandteil abgerechnet, sondern unmittelbar von der Beklagten getragen. Es kam also erneut nur zu einer Verlagerung der zuvor anteilig von der Beklagten zu tragenden Kosten aus der Nebenkostenabrechnung unmittelbar zur Beklagten. Zudem sind auch hier Kosten – für das Jahr 2007 waren es 4.730,36 € – betroffen, die bei einem monatlichen Betrag im Jahre 2007 von 394,20 € zu den gesamten monatlichen Mietkosten von knapp 130.000,00 € netto als unwesentlich anzusehen sind.

f) Schließlich sind auch die Nachträge aus dem Jahre 2006 nicht auf Grund der Verwechslung der Hausnummer und der Mitunterschrift der Patronin formunwirksam und „infizierten“ so den gesamten Mietvertrag nicht. 196

Denn im Wege der Auslegung durch die Bezugnahme auf den Mietvertrag ist völlig klar, dass es sich um eine bloße der auslegenden Korrektur zugängliche Verwechslung der Hausnummer handelt; insoweit liegt letztlich eine *falsa demonstratio* vor, die nicht einmal bei einem Grundstückskaufvertrag erheblich ist (vgl. BGH, Urt. v. 18.01.2008, V ZR 174/06, juris Ls. 1, NJW 2008, 1658). 197

Auch daraus, dass bei diesen Nachträgen die Patronin mitunterschrieben hat, lässt sich eine Formunwirksamkeit und damit eine Infektion des ursprünglichen Mietvertrages nicht herleiten, zumal eine Patronatserklärung bereits im ursprünglichen Mietvertrag vorgesehen war (siehe Anlage 6b MV). Denn entscheidend ist, dass die Vertragsparteien die Nachträge formwirksam unterschrieben haben. Dass zudem ein erkennbar Dritter im Hinblick auf eine eigene, eindeutig nicht dem eigentlichen Mietvertrag zuzuordnende Vertragserklärung eine Unterschrift vorgenommen hat, ist unerheblich und lässt insbesondere keine Zweifel über die Parteien des Mietvertrages aufkommen. 198

4. Jedenfalls sind etwaige Formmängel, soweit sie sich entgegen Vorstehendem aus einer unzureichenden Bestimmbarkeit des Mietgegenstandes zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses ergeben hätten, durch die Nachträge aus dem Jahre 2006 geheilt worden. 199

Denn es ist allgemein anerkannt, dass bei Unklarheiten über den Umfang des Mietgegenstandes die tatsächliche Nutzung (also Betrieb und laufende Besichtigung) zum Zeitpunkt des ursprünglichen Vertragsschlusses als ein außerhalb der Urkunde liegender Umstand bezeichnet werden kann, auf den zur Bestimmung des Mietgegenstandes zurückgegriffen werden darf (vgl. BGH, VU. v. 17.12.2008, XII ZR 57/07, juris Rn. 12, 14, NZM 2009, 198). Ebenso ist allgemein anerkannt, dass durch einen der gesetzlichen Schriftform genügenden Nachtrag zu einem schriftlichen, von den Vertragspartnern unterzeichneten Grundstücksmietvertrag ein insgesamt formwirksamer Mietvertrag auch dann entstehen kann, wenn die ursprüngliche Urkunde nicht alle wesentlichen Tatbestandsmerkmale eines Mietvertrages enthält (vgl. BGH, Urt. v. 11.11.1987, VIII ZR 326/86, juris Ls. 1, NJW-RR 1988, 201), ohne dass eine verkörperte Urkundeneinheit des Nachtrages mit dem Mietvertrag dabei erforderlich wäre, solange ausreichend auf den ursprünglichen Mietvertrag Bezug genommen wird (vgl. BGH, Urt. v. 02.05.2007, XII ZR 178/04, juris Rn. 32, NZM 2007, 443; BGH, Urt. v. 29.04.2009, XII ZR 142/07, juris Rn. 22-24, NJW 2009, 2195). Grundsätzlich ist insoweit erforderlich, dass der Nachtrag die geänderten Regelungen aufführt und erkennen lässt, dass es im Übrigen bei den Bestimmungen des 200

ursprünglichen Vertrages verbleiben soll (vgl. BGH, Urt. v. 07.05.2008, XII ZR 69/06, juris Rn. 21, BGHZ 176, 301).

Was die Frage der Heilung einer hinsichtlich der Bestimmbarkeit des Vertragsobjekts formunwirksamen Vereinbarung angeht, entspricht es der Rechtsprechung des BGH, dass eine Nachtragsvereinbarung, die ausdrücklich auf das bestehende Mietverhältnis verweist und alle übrigen Bedingungen des vorherigen Mietvertrages unverändert bestehen lässt, ohne weiteres dahin auszulegen ist, dass die zum Zeitpunkt des Nachtrages tatsächlich ausgeübte Nutzung als vertragsgemäß angesehen und fortgesetzt werden soll (vgl. BGH, Urt. v. 07.07.1999, XII ZR 15/97, juris Rn. 43-45 und Rn. 13, NJW 1999, 3259). Wird – jedenfalls durch die ausdrückliche Bezugnahme auf sämtliche (sonstigen) Regelungen des Ausgangsvertrages – mit der Nachtragsvereinbarung eine Abrede getroffen, die sämtliche *essentialia* eines Mietvertrages enthält, ist das Mietobjekt jedenfalls auf Grund der feststellbaren Nutzung zum Zeitpunkt der Nachtragsvereinbarung nunmehr hinreichend bestimmbar bezeichnet und eine aus der fehlenden Bestimmbarkeit abzuleitende Formunwirksamkeit des Ausgangsvertrages geheilt. Dies gilt jedenfalls dann, wenn – wie hier – die Nutzung nicht im Widerspruch zu den dokumentierten schriftlichen Vereinbarungen steht oder eine wesentliche Abweichung hiervon darstellt. Zweifel an der Formwirksamkeit des gesamten Vertrages können unter diesem Gesichtspunkt nicht mehr bestehen (vgl. BGH, a. a. O.).

So liegen die Dinge auch im Streitfall. Denn vorliegend gab es zum Zeitpunkt der Nachträge eine langjährige einvernehmliche und – abgesehen von der Gartennutzung, für die die Frage der Heilung nach den obigen Ausführungen ohnehin dahinstehen kann – sämtliche Unklarheiten beseitigende Nutzung der hier von der Beklagten problematisierten Bestandteile des Mietobjekts. Weiter nehmen beide Nachträge in ihrem Einleitungssatz und in Nr. 12 des 1. Nachtrags sowie Nr. 3 des 2. Nachtrags nicht nur eindeutig auf den ursprünglichen Mietvertrag Bezug, auch wenn es bezüglich der Hausnummer des Objektes zu einer Verwechslung gekommen ist (siehe schon oben), sondern stellen in den genannten Regelungen ausdrücklich klar, dass es im Übrigen bei den Regelungen des ursprünglichen Mietvertrages bzw. des ersten Nachtrages bleiben soll. Die Nachträge bilden mithin mit dem ursprünglichen Vertrag einen einheitlichen Mietvertrag unter Fortgeltung der nicht abgeänderten Regelungen und insbesondere der Pläne in Anlage 1 und 2 MV, der so alle *essentialia* eines Mietvertrages enthält. In diesem Fall ist die tatsächliche Nutzung wie bei einem ursprünglichen Vertragsschluss – insbesondere bei einer wie hier gegebenen langjährigen Nutzung – ein Umstand zur Bestimmung des Mietgegenstandes, auf den in den Grenzen des einheitlichen Vertrages zurückgegriffen werden kann, und der der Annahme, das in den Nachtragsvereinbarungen angesprochene Mietobjekt sei nicht hinreichend bestimmbar im Sinne des § 550 BGB, eindeutig entgegensteht.

5. Selbst wenn entgegen Vorstehendem von einer Formunwirksamkeit auszugehen sein sollte, wäre die Kündigung der Beklagten jedenfalls gemäß § 242 BGB im Hinblick auf die wirksame (siehe dazu a) Schriftformvorsorgeklausel des Artikels 16 Abs. 1 S. 6 MV treuwidrig, weil die Klägerin (siehe dazu b) einen Anspruch auf Abschluss eines formgültigen Vertrages hätte.

a) Die Schriftformvorsorgeklausel des Artikels 16 Abs. 1 S. 6 MV ist aus Sicht des Senats wirksam. Dabei kann offen bleiben, ob die Klausel ausgehandelt oder als allgemeine Geschäftsbedingung von der Streithelferin verwandt worden ist, da der Senat die Klausel selbst AGB-rechtlich für wirksam hält.

Nach wohl überwiegender Auffassung werden vorliegende oder ähnliche Schriftformvorsorgeklauseln für wirksam erachtet (vgl. *Lindner-Figura*, in: *Lindner-Figura/Oprée/Stellmann, Geschäftsraummiete*, 3. Aufl. 2012, Kap. 6 Rn. 62 und Fn. 157; KG, Urt. v. 13.11.2006, 8 U 51/06, juris Rn. 44 ff., NZM 2007, 402; KG, Urt. v. 22.05.2003, 8 U 422/01, juris Rn. 53, DWW 2003, 262; OLG Köln, Urt. v. 23.09.2005, 1 U 43/04, juris Rn. 31, GuT 2006, 14; OLG Naumburg, Urt. v. 26.07.2012, 9 U 38/12, juris Rn. 8 ff., NJW 2012, 3587; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 11.05.2004, 24 U 264/03, juris Rn. 6 ff., ZMR 2004, 749; Weidenkaff, in: *Palandt*, 72. Aufl. 2013, § 550 Rn. 12; Lammel, in: *Schmidt-Futterer, Mietrecht*, 10. Aufl. 2011, § 550 Rn. 66; Kreikenbohm/Niederstetter, NJW 2009, 406, Jud, NZM 2006, 913 (917); Wichert, ZMR 2006, 257 (257 f., 259); Disput/Wortberg, ZfIR 2009, 57 (59-61); Sternel, *Mietrecht Aktuell*, 4. Aufl. 2009, Rn. I 145; Scheer-Hennigs/Quart, ZMR 2009, 180; Schlicht, ZMR 2004, 238 (240); siehe auch OLG Celle, Urt. v. 22.07.2004, 13 U 71/04, juris Rn. 7, NZM 2005, 219 zu einer individualvertraglichen Beurkundungsabrede bezüglich eines bewusst offen gelassenen Punktes).

Teilweise wird eine entsprechende Klausel – insbesondere im Hinblick auf den Erwerberfall – 206 grundsätzlich für unwirksam gehalten (vgl. *Leo*, NZM 2006, 815; *Ghassemi-Tabor/Leo*, *AGB im Gewerberaummietrecht*, Rn. 382 f.; *Wolf/Eckert/Ball*, *Handbuch*, 10. Aufl. 2009, A.III Rn. 136; *Gerber*, ZfIR 2008, 632 (633 f.); *Emmerich*, in: *Staudinger-BGB 2011*, § 550 Rn. 45-47; *Blank*, in: *Blank/Börstinghaus*, 3. Aufl. 2008, § 550 Rn. 89; *Streyll*, NZM 2009, 261; *Herrmann*, in: *Bamberger/Roth, Beck'scher Online-Kommentar BGB*, 01.02.2013, § 550 Rn. 17).

Jedenfalls sei sie gegenüber einem Erwerber unwirksam (vgl. *OLG Düsseldorf*, Urt. v. 29.11.2012, 10 U 34/12, juris Rn. 18; *Klinke*, *WuM* 2010, 8 (12); *Timme/Hülk*, NJW 2007, 3313 (3316 f.); *Timme/Hülk*, NZM 2008, 764 ff.; *Bieber*, in: *MüKo-BGB*, 6. Aufl. 2012, § 550 Rn. 20).

Begründet wird dies im Kern damit, dass die Klausel wegen des offenkundigen Widerspruchs 208 zu dem Zweck und dem Grundgedanken der gesetzlichen Regelung des § 550 BGB gemäß § 307 Abs. 2 Nr. 1, Abs. 1 S. 1 BGB unwirksam sei. In jedem Fall könne eine solche Klausel keine Wirkung im Verhältnis Erwerber und Mieter entfalten.

Das OLG Rostock lässt im Ergebnis offen, ob die Klausel wirksam ist, und lässt stattdessen 209 den Klauseleinwand unabhängig davon an den hohen Hürden des § 242 BGB scheitern (vgl. *OLG Rostock*, Urt. v. 10.07.2008, 3 U 108/07, juris Rn. 37 ff., NZM 2008, 646; vgl. aber *OLG Rostock*, Urt. v. 18.12.2000, 3 U 124/99, juris Rn. 76, NZM 2001, 427).

Der XII. Senat des BGH hat sich mit der vorliegenden oder einer ähnlichen Klausel soweit 210 ersichtlich noch nicht befasst (*BGH*, Beschl. v. 17.07.2002, XII ZR 248/99, juris Rn. 2, NZM 2002, 823 *betraf einen anderen Fall*).

Die vorliegende Klausel ist aus Sicht des Senats wirksam, da sie weder überraschend ist 211 noch die Beteiligten unangemessen benachteiligt.

i. Die vorliegende Schriftformvorsorgeklausel ist jedenfalls im gewerblichen Bereich 212 nicht überraschend im Sinne des § 305c Abs. 1 BGB. Denn sie ist einerseits im Hinblick auf die Probleme um das Schriftformerfordernis sowie auf die – rechtspolitisch im Verhältnis der vertragsschließenden Parteien zweifelhaften – Folgerungen bei deren Nichteinhaltung und das damit entstehende Regelungsbedürfnis für beide Parteien zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses, zu dem noch Einvernehmen besteht, jedenfalls im gewerblichen Bereich wie hier nicht ungewöhnlich. Sie ist letztlich eine Fortentwicklung einer allgemeinen

salvatorischen Klausel. Andererseits ist sie normativ nicht überraschend, weil mit einer solchen Klausel im Hinblick auf die erwähnte Problematik zu rechnen und sie systematisch im Vertrag wie salvatorische Klauseln sonst verortet ist.

ii. Sie ist auch nicht unangemessen im Sinne des § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB wegen einer Umgehung des zwingenden Charakters des § 550 BGB. 213

Denn es ist anerkannt, dass die Parteien eines mündlich geschlossenen Mietvertrages vereinbaren können, dass ein Mietvertrag später schriftlich geschlossen wird; eine solche Beurkundungsabrede sei wirksam (vgl. *ständige Rechtsprechung*: BGH, Urt. v. 27.11.1963, VIII ZR 116/32, MDR 1964, 229 (229); BGH, Urt. v. 05.07.1967, VIII ZR 124/65, juris Rn. 19, ZMR 1968, 86; BGH, Urt. v. 06.04.2005, XII ZR 132/03, juris Rn. 42 ff., ZMR 2005, 691; OLG Celle, Urt. v. 22.07.2004, 13 U 71/04, juris Rn. 7, NZM 2005, 219; vgl. auch BGH, Urt. v. 07.03.2007, XII ZR 40/05, juris Rn. 15, NZM 2007, 445 zum Anspruch aus einem Vorvertrag auf Abschluss eines langfristigen befristeten Vertrages; ebenso die ganz überwiegend Meinung in der Literatur: Blank, in: Blank/Börstinghaus, 3. Aufl. 2008, § 550 Rn. 67, 79 m. w. N.; Weidenkaff, in: Palandt, 72. Aufl. 2013, § 550 Rn. 12 m. w. N.; Heile, in: Bub/Treier, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, 3. Aufl. 1999, Kap. II Rn. 788 f.; Lammel, in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 10. Aufl. 2011, § 550 Rn. 64; Bieber, in: MüKo-BGB, 6. Aufl. 2012, § 550 Rn. 19; Emmerich, in: Staudinger-BGB 2011, § 550 Rn. 47; Wolf/Eckert/Ball, Handbuch, 10. Aufl. 2009, A.III Rn. 134; Lindner-Figura, in: Lindner-Figura/Oprée/Stellmann, Geschäftsraummiete, 3. Aufl. 2012, Kap. 6 Rn. 107; Sternel, Mietrecht Aktuell, 4. Aufl. 2009, Rn. I 143). 214

Da eine solche Beurkundungsabrede trotz des doppelten Schutzzwecks des § 550 BGB – nämlich im Schwerpunkt Schutz des Erwerbers einerseits sowie Beweis- und Übereilungsschutz andererseits (vgl. BGH, Urt. v. 07.05.2008, XII ZR 69/06, juris Rn. 13, 17, BGHZ 176, 301) – auch nach Auffassung des Senats zulässig ist, kann trotz des zwingenden Charakters des § 550 BGB auch – wie vorliegend – in Artikel 16 Abs. 1 S. 6 Hs. 1 MV in einer Schriftformvorsorgeklausel ein Anspruch auf Abschluss eines formwirksamen Mietvertrages vereinbart werden. Der Anspruch als solcher berührt § 550 BGB nicht. 215

Der Senat verkennt nicht, dass der Schutzzweck des § 550 BGB jedoch durch die Vereinbarung in Artikel 16 Abs. 1 S. 6 Hs. 2 MV berührt wird, weil insoweit entgegen §§ 550, 578 Abs. 1 und Abs. 2, § 580a Abs. 2 BGB die Kündigung eines nicht formwirksam abgeschlossenen Mietverhältnisses ausgeschlossen wird. Allerdings normiert Artikel 16 Abs. 1 S. 6 Hs. 2 MV letztlich als Ausfluss des Artikels 16 Abs. 1 S. 6 Hs. 1 MV nur den allgemeinen Treuwidrigkeitseinwand des § 242 BGB, trägt damit anerkannter Rechtsprechung Rechnung und kann deshalb auch unter diesem Gesichtspunkt nicht als mit wesentlichen Grundgedanken der einschlägigen gesetzlichen Regelung (§§ 550, 578 Abs. 1 und Abs. 2, § 580a Abs. 2 BGB) unvereinbar bewertet werden. 216

Dass der Treuwidrigkeitseinwand im Sinne des § 242 BGB einer auf § 550 BGB gestützten Kündigung – wenn auch nur in eng umgrenzten Fällen bei untragbaren Ergebnissen – entgegen gehalten werden kann, ist allgemein anerkannt (vgl. nur mit zahlreichen Nachweisen Lindner-Figura, in: Lindner-Figura/Oprée/Stellmann, Geschäftsraummiete, 3. Aufl. 2012, Kap. 6 Rn. 103). Dabei entspricht es der in Literatur und Rechtsprechung herrschenden Auffassung – der sich der Senat anschließt –, dass eine unter Berufung auf einen Schriftformverstoß ausgesprochene Kündigung eines befristeten Vertrages unwirksam ist, wenn der Kündigende zum Abschluss einer formwirksamen Vereinbarung verpflichtet ist (vgl. BGH, Urt. v. 06.04.2005, XII ZR 132/03, juris Rn. 43 ff., NZM 2005, 502 zur Herstellung eines formwirksamen Vertrages durch Heftung; Lindner-Figura, in: Lindner- 217

Figura/Oprée/Stellmann, Geschäftsraummiete, 3. Aufl. 2012, Kap. 6 Rn. 103 m. w. N.; die abweichende Auffassung des OLG Rostock, Urt. v. 10.07.2008, 3 U 108/07, juris Rn. 49 ff., NZM 2008, 646 setzt sich mit der entgegenstehenden Auffassung des BGH nicht auseinander).

iii. Die vorliegende Schriftformvorsorgeklausel, die weder unklar noch unverständlich ist, stellt sich auch nicht aus anderen Gründen als für den Vertragspartner des Verwenders unangemessen benachteiligend dar. 218

(1) Eine unangemessene Benachteiligung im Sinne des § 307 Abs. 1 S. 1 BGB der ursprünglichen Parteien ist im gewerblichen Bereich nicht zu erkennen, da beide Parteien bei Vertragsschluss gleichermaßen daran interessiert sind, den Vertrag entsprechend ihrer schriftlichen Vereinbarung zu befristen und an dieser Befristung unabhängig von etwaigen Formverstößen festzuhalten, und dies durch die Vereinbarung zum Ausdruck bringen. Auch soweit der Vertragspartner des Verwenders verpflichtet sein soll, im weiteren Verlauf des Vertragsverhältnisses getroffene Vereinbarungen in einer dem Schriftformerfordernis des § 550 BGB genügenden Weise festzuhalten, erscheint dies in Anbetracht der Bedeutung der langfristigen vertraglichen Bindung, die regelmäßig nicht durch spätere – auf sie nicht ausdrücklich bezogene – Vereinbarungen in Frage gestellt werden soll, nicht als unangemessen. 219

(2) Aber auch eine Gefährdung des von § 550 BGB beabsichtigten Schutzes des Erwerbers ist nicht gegeben. Dabei kann dahinstehen, inwieweit sich der Erwerber im Einzelfall als Vertragspartner des Verwenders im Sinne des § 307 Abs. 1 S. 1 BGB darstellen kann. 220

(a) Denn soweit aus der Klausel abzuleiten wäre, dass der Erwerber verpflichtet ist, von ihm selbst mit dem Mieter getroffene Abreden formgerecht niederzulegen, ist sie aus den angesprochenen Gründen ebenso wenig unangemessen wie im Verhältnis des Voreigentümers und des Mieters. 221

(b) Soweit der Erwerber aus der Schriftformvorsorgeklausel – wie hier – einen Anspruch darauf ableiten könnte, dass der Mieter mit dem Voreigentümer getroffene bindende Vereinbarungen formgerecht niederlegt, geht die Klausel nicht zu seinen Lasten und ist mithin nicht aus diesem Grund unangemessen. 222

(c) Allerdings ist auch der Senat der Auffassung, dass eine Klausel, die den Erwerber verpflichtet, von dem Voreigentümer und dem Mieter getroffene Vereinbarungen, die dem Schriftformerfordernis nicht genügen, nachträglich formgerecht abzuschließen, nicht angemessen sein kann, schon weil sie dem (Schutz-)Zweck des § 550 BGB zuwider liefe. Jedoch hat die Klausel diese Wirkung nicht, weil der Anspruch des Mieters auf Herstellung eines formwirksamen Vertrages nur gegen denjenigen gerichtet ist, der mit ihm die jeweils in Rede stehende formlose Vertragsabrede getroffen hat. Der Erwerber kann deshalb aus ihr nicht verpflichtet sein, eine von ihm selbst gar nicht veranlasste Vereinbarung nunmehr formwirksam abzuschließen. 223

Allerdings tritt der Erwerber gemäß § 566 Abs. 1, § 578 Abs. 1 und Abs. 2 BGB anstelle des veräußernden Vermieters in die sich während der Dauer seines Eigentums aus dem Mietverhältnis ergebenden Rechte und Pflichten ein. Es entsteht ein neues, mit dem alten inhaltsgleiches Mietverhältnis (vgl. *ständige Rechtsprechung BGH, Urt. v. 09.02.005, VIII ZR 22/04, juris Rn. 11, NJW 2005, 1187; BGH, Urt. v. 02.06.2010, XII ZR 110/08, juris Rn. 12, NJW-RR 2010, 1309*). Dies gilt auch für die vereinbarte Schriftformvorsorgeklausel, die wie 224

der gesamte Vertrag auf den Erwerber übergeht und damit im Verhältnis zwischen Erwerber und Mieter volle Geltung beansprucht.

Existierte der Schriftformmangel allerdings bereits zum Zeitpunkt des Erwerbs, so geht es – 225
was die Angemessenheit der Klausel angeht – nicht um die Fortgeltung der
Schriftformvorsorgeklausel als solcher im neuen Mietverhältnis, sondern um die Frage, ob der
bereits mit Abschluss der formunwirksamen Abrede gegen den Vertragspartner
(Voreigentümer) fällig gewordene Anspruch auf Herstellung eines formwirksamen Vertrages
übergeht. Dies ist zu verneinen.

Insoweit ist allgemein das Fälligkeitsprinzip anerkannt, wonach der Erwerber in bisherige 226
Ansprüche, also solche, die in der Zeit vor der Veräußerung entstanden und fällig geworden
sind, nicht eintritt, weil sie nicht in „die Dauer seines Eigentums“ fallen. Hierfür haftet nur der
Veräußerer und bisherige Vermieter (vgl. BGH, Urt. v. 19.06.2006, VIII ZR 284/05, juris
Rn. 10, NZM 2006, 696; Weidenkaff, in: Palandt, 72. Aufl. 2013, § 566 Rn. 21; Streyll, in:
Schmidt-Futterer, Mietrecht, 10. Aufl. 2011, § 566 Rn. 86; Blank, in: Blank/Börstinghaus,
Miete, 3. Aufl. 2008, § 566 Rn. 40; Häublein, in: MüKo-BGB, 6. Aufl. 2012, § 566 Rn. 30, 34;
Herrmann, in: Bamberger/Roth, Beck'scher Online-Kommentar BGB, 01.02.2013, § 566
Rn. 25; Emmerich, in: Staudinger-BGB 2011, § 566 Rn. 48 ff.).

Der Senat übersieht nicht, dass die Rechtsprechung Anlass gesehen hat, Ausnahmen von 227
dem soeben angesprochenen Fälligkeitsprinzip zuzulassen. Die rechtlichen Voraussetzungen
für die Begründung einer solchen Ausnahme liegen aber in der hier interessierenden
Konstellation nicht vor.

So ist der bereits entstandene Anspruch aus der Schriftformvorsorgeklausel nicht 228
entsprechend dem Anspruch auf Erhaltung der Mietsache als eine Art Dauerverpflichtung
anzusehen, bei der der Anspruch als Gegenleistung für die laufend geschuldete Miete stets
neu entsteht und damit dem Erwerber entgegenzuhalten ist (vgl. BGH, Urt. v. 19.06.2006, VIII
ZR 284/05, juris Rn. 11, NZM 2006, 696). Denn der Anspruch aus der
Schriftformvorsorgeklausel ist weder in die Zukunft gerichtet, noch ist er eine Gegenleistung
für die laufend geschuldete Miete. Vielmehr ist er ein einmalig entstehender Anspruch, der
mit der Begründung des Formmangels unmittelbar geltend gemacht werden kann.

Auch ist eine Ausnahme von dem angesprochenen Grundsatz (Fälligkeitsprinzip) nicht zur 229
Vermeidung unangemessener Ergebnisse angezeigt, wie es etwa hinsichtlich der
Anfechtung, der Kündigung oder des Kündigungsausschlusses erwogen wird (vgl. jeweils m.
w. N. Streyll, in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 10. Aufl. 2011, § 566 Rn. 117-126; Blank, in:
Blank/Börstinghaus, Miete, 3. Aufl. 2008, § 566 Rn. 45 f., 54-59; Emmerich, in: Staudinger-
BGB 2011, § 566 Rn. 42-47a). Eine solche Ausnahme erscheint gerade nicht zur Vermeidung
unangemessener Ergebnisse geboten. Im Gegenteil würde durch eine Ausnahme vom
Fälligkeitsprinzip erst ein unangemessenes Ergebnis im Hinblick auf den Schutzzweck des
§ 550 BGB hergestellt.

b) Ist die in Rede stehende Schriftformvorsorgeklausel deshalb selbst dann wirksam, 230
wenn sie eine allgemeine Geschäftsbedingung darstellt, so hat die Klägerin gemäß Artikel 16
Abs. 1 S. 6 Hs. 1 MV einen Anspruch auf Abschluss eines formgültigen Vertrages. Sie kann
daher der Beklagten den *dolo-agit*-Einwand aus Artikel 16 Abs. 1 S. 6 Hs. 2 MV i. V. m. § 242
BGB entgegen halten, weshalb die von der Beklagten allein unter Berufung auf die
Unwirksamkeit des Vertrages erklärte Kündigung auch aus diesem Grund unwirksam ist.

i. Der Anspruch aus der Schriftformvorsorgeklausel steht der Klägerin zu. 231

- Dabei vernachlässigt der Senat nicht, dass nach den obigen Ausführungen vieles dafür sprechen mag, dass nicht nur die vor dem Erwerb bestehenden Pflichten, sondern auch die korrespondierenden Rechte auf Grund der Schriftformvorsorgeklausel nicht auf den Erwerber gemäß § 566 Abs. 1, § 578 Abs. 1 und Abs. 2 BGB übergegangen sind. 232
- Insoweit ist im Streitfall jedenfalls von einer konkludenten Abtretung der sich auf Grund der Schriftformvorsorgeklausel ergebenden Ansprüche auf die Klägerin auszugehen. 233
- Für die Annahme einer konkludenten Abtretung eines Anspruchs wird es im Einzelfall bereits als ausreichend angesehen, dass der Abtretungserfolg den Zwecken und Absichten der Beteiligten entspricht, sogar wenn – was für die Annahme einer konkludenten Abtretung selbstverständlich ist – die Beteiligten insoweit keine ausdrücklichen Absprachen getroffen haben (vgl. *BGH, Urt. v. 21.11.1996, I ZR 139/94, juris Rn. 23, NJW 1997, 729; BGH, Urt. v. 21.11.1985, VII ZR 305/84, juris Rn. 14, NJW 1986, 977*). 234
- Unter diesen Voraussetzungen besteht auch im Streitfall Veranlassung, für den Zeitraum ab dem Eigentumsübergang von einer konkludenten Abtretung der sich auf Grund der Schriftformvorsorgeklausel ergebenden Ansprüche aus der vorherigen Zeit bereits anlässlich des Abschlusses des Kaufvertrages zwischen der früheren Vermieterin und der Klägerin als Erwerberin auszugehen. Nur diese Annahme entspricht den Zwecken und Absichten der (Kaufvertrags-)Parteien, wenn es um den Erwerb eines an einen Dritten (oder mehrere Dritte) auf Grund eines Geschäftsraummietvertrages überlassenen Grundstücks geht, wenn dieser Geschäftsraummietvertrag (bzw. die -verträge) eine Schriftformvorsorgeklausel enthält oder enthalten. 235
- Insoweit besteht die für den Erwerber – selbst bei umfassender Information durch den Veräußerer – wirtschaftlich gravierende Möglichkeit, dass der Mietvertrag wegen eines nicht ohne weiteres ersichtlichen Formmangels unwirksam ist, so dass etwa die dem Kaufvertrag zugrunde liegende Finanzierung ernstlich gefährdet sein kann. Unter diesen Umständen kann nicht ernsthaft an einem nachhaltigen Interesse des Grundstückskäufers daran gezweifelt werden, dass ihm Ansprüche, die das soeben geschilderte Risiko weitgehend ausschließen können, auch unmittelbar abgetreten werden, wobei die Abtretung jedenfalls mit dem Erwerbsfall wirksam sein soll. 236
- Auf der Gegenseite besteht für die Zeit nach dem Eigentumserwerb keinerlei wirtschaftliches oder anderweitiges Interesse des ursprünglichen Vermieters mehr daran, einen aus der Schriftformvorsorgeklausel abzuleitenden Anspruch dem Erwerber vorzuenthalten. Dies folgt eindeutig bereits daraus, dass der frühere Eigentümer einen solchen Anspruch gegen den Willen des Erwerbers schon deshalb nicht mehr durchsetzen könnte, weil ihm – auch im Zusammenwirken mit dem Mieter – die Rechtsmacht fehlt, auf das neue Rechtsverhältnis zu Lasten des jetzigen Vermieters (also des Erwerbers) gegen dessen Willen einzuwirken. 237
- Bei dieser Sachlage kann nicht zweifelhaft sein, dass der Abtretungserfolg auch in den hier zu beurteilenden Konstellationen uneingeschränkt dem Zweck und der Absicht der Kaufvertragsparteien entspricht. Ob die Abtretung auch gemäß § 311b Abs. 1 S. 1 BGB formbedürftig gewesen wäre, kann wegen § 311b Abs. 1 S. 2 BGB dahinstehen. 238
- Der Senat verkennt nicht, dass die Annahme, es sei ein Anspruch stillschweigend abgetreten worden, dann Bedenken ausgesetzt sein kann, wenn es an einem Bewusstsein der Abtretenden fehlt, dass die Abtretung möglicherweise erforderlich ist (vgl. *BGH, Urt. v. 10.05.1968, V ZR 221/64, LM Nr. 20 zu § 398 BGB*). Hierzu ist aber – da das Bewusstsein der Vertragsparteien, in deren Verhältnis es an ausdrücklichen Erklärungen fehlt, ohnehin im

Regelfall nicht offen zu Tage tritt – nur Veranlassung, wenn Anzeichen dafür sprechen, dass die in Rede stehenden Personen keinesfalls von der Notwendigkeit einer Abtretung ausgegangen sind. Hiervon ist in vergleichbaren Fällen und im Streitfall nicht auszugehen, weil regelmäßig die Kaufvertragsparteien wegen der konkreten Rechtsfolgen der Schriftformvorsorgeklausel keine vertieften Rechtsauskünfte einholen werden bzw. eingeholt haben und eine Überzeugung davon, dass es keiner Abtretung bedarf, auch nicht anderweitig offenkundig geworden oder aus bestimmten Gründen zu unterstellen ist. Insbesondere liegt die Annahme fern, die betroffenen Parteien hätten nicht jedenfalls hilfsweise (für den Fall etwa, dass ein unterstellter gesetzlicher Forderungsübergang nicht greift) die Abtretung vereinbaren wollen. Dem entspricht es, dass der BGH in der bereits oben angesprochenen Entscheidung von einer konkludenten Abtretung selbst in einem Fall ausgegangen ist, in dem die begünstigte Partei nachhaltig die Auffassung vertreten hat, der fragliche Anspruch stehe ihr bereits auf Grund eines gesetzlichen Forderungsübergangs (*cessio legis*) zu (*vgl. BGH, Ur. v. 21.11.1996, I ZR 139/94, a. a. O.*).

Aber selbst wenn man eine ursprüngliche konkludente Abtretung verneinen wollte, so läge 240 jedenfalls vorliegend in dem Beitritt der Streithelferin auf Seiten der Klägerin und dem Anschluss an deren Anträge, insbesondere dem Hilfsantrag auf Abschluss eines formwirksamen Vertrages gerade mit der Klägerin, eine nachträgliche (konkludente) Abtretung des bereits vor dem Erwerb entstandenen Anspruchs aus der Schriftformvorsorgeklausel (*vgl. zum Fall der Überlassung von Schadensunterlagen an den Versicherer BGH, Ur. v. 21.11.1996, I ZR 139/94, juris Rn. 23, NJW 1997, 729; Grüneberg, in: Palandt, 72. Aufl. 2013, § 398 Rn. 5; Busche, in: Staudinger-BGB 2012, § 398 Rn. 4; Roth, in: MüKo-BGB, 6. Aufl. 2012, § 398 Rn. 13; Rohe, in: Bamberger/Roth, Beck'scher Online-Kommentar BGB, 01.02.2013, § 398 Rn. 54*).

Der Annahme einer konkludenten Abtretung der Ansprüche aus der 241 Schriftformvorsorgeklausel steht auch nicht das im Einzelfall möglicherweise bestehende Interesse des Erwerbers entgegen, sich seinerseits gerade unter Hinweis auf nicht formwirksam getroffene Absprachen der ursprünglichen Vertragsparteien von dem Vertrag lösen zu können. Haben der ursprüngliche Vermieter und der Erwerber nämlich keine ausdrückliche Vereinbarung getroffen, besteht kein Anlass für die Annahme, der Erwerber sei unter Hinweis auf die ihm mit der Abtretung eröffnete Möglichkeit, einen formwirksamen Vertragsabschluss herbeizuführen, gehindert, unter Bezugnahme gerade auf die feststellbare Formunwirksamkeit des Vertrages dessen Kündigung zu erklären. Damit bietet die zusätzliche Abtretung in dem angesprochenen Sinn dem Erwerber nur Vorteile.

Einer Abtretung steht auch nicht entgegen, dass der Anspruch aus der 242 Schriftformvorsorgeklausel bereits auf Grund des Erwerbs untergegangen wäre. Denn es steht dem Bestehen des Anspruchs zunächst nicht entgegen, dass der Erwerber zur Inanspruchnahme bzw. zur Erfüllung einbezogen werden muss und nicht gegen den Willen des Erwerbers auf das neue Mietvertragsverhältnis eingewirkt werden kann.

Schließlich hindert auch § 399 Alt. 1 BGB die Abtretung nicht, solange die Abtretung – wie 243 hier – an den Erwerber als neue Mietvertragspartei erfolgt, dem die Schriftformvorsorgeklausel bezüglich nachfolgender mündlicher Vertragsänderungen ebenfalls zu Gute kommt. In diesem Fall wird weder der Leistungsinhalt verändert, noch die Zweckbindung der Leistung aufgehoben, noch handelt es sich um einen höchstpersönlichen Anspruch des Veräußerers.

ii. Die vorliegende Schriftformvorsorgeklausel vermittelt auch einen Anspruch auf 244 Abschluss eines formwirksamen Vertrages.

(1) Denn nach dem Wortlaut des Artikels 16 Abs. 1 S. 6 Hs. 1 BGB verpflichten sich die Parteien auf jederzeitiges Verlangen einer Partei, alle Handlungen vorzunehmen und Erklärungen abzugeben, die erforderlich sind, um dem gesetzlichen Schriftformerfordernis Genüge zu tun. Damit kann jedenfalls verlangt werden, durch einen Nachtrag die Heilung eines formunwirksamen Mietvertrages herbei zu führen. Dem steht letztlich der Abschluss eines formgerechten inhaltsgleichen Mietvertrages gleich. 245

(2) Dieser Anspruch ist auch nicht verwirkt oder untergegangen, da die Klägerin vor der von der Beklagten erklärten Kündigung ein Angebot der Beklagten auf Abschluss eines formgerechten Vertrages jedenfalls nicht selbst treuwidrig abgelehnt hat. Ob dies den Anspruch überhaupt ausschliesse, kann damit offen bleiben. 246

Denn das Schreiben der Beklagten vom 13. Februar 2009 (Anlage K 5) stellt kein eigenes ordentliches Angebot auf Abschluss eines formgerechten Vertrages dar, weil hier nicht das Angebot auf Abschluss eines inhaltsgleichen formwirksamen Vertrages gemacht wurde, sondern eine eindeutige Verquickung mit der Frage der Mietsenkung und sonstigen Vertragsanpassungen vorgenommen wurde. Es handelte sich also um ein Druckschreiben, das den Anspruch der Klägerin und den Einwand der Treuwidrigkeit der Kündigung nicht entfallen lässt. Dem lässt sich auch nicht entgegenhalten, dass in den Punkten 2 bis 5 des Schreibens nur vertraglich zustehende Rechte geltend gemacht würden. Denn selbst wenn dies der Fall gewesen sein sollte, was der Senat nicht zu entscheiden hat, wurde das Angebot auf Abschluss eines neuen Vertrages jedenfalls mit den jedenfalls zum damaligen Zeitpunkt offenbar streitigen Gesichtspunkten verknüpft. Besonders deutlich wird dies durch den Abschlussatz des Schreibens, in dem wirtschaftlich tragfähige Konzessionen der Klägerin gefordert werden. 247

Auch durch das Schreiben der Klägerin vom 26. Februar 2009 (Anlage K 6) hat sie ihren Anspruch nicht verloren, obwohl sie den Schriftformfehler bestritt. Denn zum einen nahm die Klägerin den Treuwidrigkeitseinwand aus Artikel 16 Abs. 1 S. 6 Hs. 2 MV ausdrücklich für sich in Anspruch. Zum anderen hatte die Beklagte in ihrem Schreiben vom 13. Februar 2009 keinerlei konkret nachprüfbare Gründe für einen Schriftformfehler vorgebracht, sondern allgemeine Unzulänglichkeiten in den Raum gestellt, so dass von Seiten der Klägerin nicht der Eindruck erweckt wurde, sie selbst lehne den Abschluss eines den Voraussetzungen des § 550 BGB Rechnung tragenden Vertrages (endgültig) ab. 248

iii. Auf Grund dieses bestehenden Anspruchs auf Abschluss eines formwirksamen Vertrages ist die Berufung der Beklagten auf etwaige Formmängel treuwidrig im Sinne des Artikels 16 Abs. 1 S. 6 Hs. 2 MV i. V. m. § 242 BGB (vgl. zum Treuwidrigkeitseinwand bereits oben). Eine Ausnahme hiervon käme nur in Betracht, wenn die Klägerin den feststellbaren Abschluss einer formlosen Vertragsabrede in Abrede stellte und damit dokumentierte, dass sie selbst einen sämtliche Vertragsabreden enthaltenden formwirksamen Vertrag gar nicht abschließen will. Dies war aber aus den bereits dargelegten Gründen nicht der Fall. Insbesondere ergibt sich aus der von der Klägerin zu einzelnen Positionen vertretenen Rechtsauffassung, wonach insoweit formbedürftige vertragliche Vereinbarungen gar nicht geschlossen worden seien, nicht, dass die Klägerin sich einer schriftlichen Vereinbarung entgegenstellen wollte, wonach die unstreitige Nutzung durch die Beklagte als vertragsgemäß festgehalten worden wäre. Soweit dies für die Nutzung des Gartens zweifelhaft erscheint, kann aus den weiter oben angesprochenen Gründen insoweit nicht von einer jedenfalls formunwirksam bereits getroffenen Vereinbarung – die die Klägerin nicht hätte bestätigen wollen – ausgegangen werden. 249

III. 250

Die Entscheidung über die Kosten beruht auf § 97 Abs. 1, § 101 Abs. 1 Hs. 1 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus § 708 Nr. 10, § 711 S. 1, S. 2, § 709 S. 2 ZPO. 251

IV. 252

Die Zulassung der Revision gemäß § 543 Abs. 2 ZPO ist nicht veranlasst. Das Urteil stellt eine Einzelfallentscheidung dar, die der Senat auf der Grundlage vertretener und anerkannter Auffassungen in Rechtsprechung und Literatur getroffen hat. Die Rechtssache besitzt so weder grundsätzliche Bedeutung, noch ist eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs zur Fortbildung des Rechts oder der Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erforderlich, da der Senat sich nur hilfsweise auf die Frage der Heilung und der Schriftformvorsorgeklausel stützt. 253