OLG München, Endurteil v. 20.04.2023 – 32 U 3382/22

Titel:

Voraussetzung des Schriftformerfordernis zur Abänderung eines Kantinenpachtvertrages

Normenkette:

BGB § 154 Abs. 2, § 241 Abs. 2, § 242, § 259, § 556

Leitsätze:

1. Haben die Vertragsparteien einen Pachtvertrag schriftlich geschlossen und ergibt sich aus den weiteren konkreten Verhandlungen zu einem Nachtrag, dass dieser noch schriftlich vereinbart werden soll, so ist gem. § 154 Abs. 2 BGB im Zweifel der Nachtrag bis zur schriftlichen Vereinbarung nicht wirksam vereinbart. (Rn. 34 – 35) (redaktioneller Leitsatz)
2. Die Geltendmachung eines Zahlungsanspruches, über dessen Bestehen während der Vertragslaufzeit zwar verhandelt, aber tatsächlich nicht beansprucht wurde, stellt sich als treuwidrig dar, wenn er nach Vertragsbeendigung geltend gemacht wird. (Rn. 37 – 43) (redaktioneller Leitsatz)

Schlagworte:

Pachtvertrag, Nachtrag, Schriftform, Treuwidrig, Abrechnung

Vorinstanz:

LG München I vom 24.05.2022 – 3 O 17636/20

Rechtsmittelinstanz:

BGH Karlsruhe, Beschluss vom 17.04.2024 – XII ZR 56/23

Fundstelle:

BeckRS 2023, 49780

Tenor

1. Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Landgerichts München I vom 24.05.2022, Az. 3 O 17636/20, teilweise abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger € 125.445,55 nebst Zinsen hieraus in Höhe von 9 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 22.01.2021 zu zahlen.

Die Klage wird im übrigen abgewiesen.

2. Im übrigen wird die Berufung zurückgewiesen.

3. Von den Kosten des Rechtsstreits tragen der Kläger 65% und die Beklagte 35%.

4. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Parteien können die Vollstreckung jeweils durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Gegenseite vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110% des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Beschluss

Der Streitwert wird für das Berufungsverfahren auf 355.871,00 € festgesetzt.

Entscheidungsgründe

I.

1
Die Parteien streiten um gegenseitige Ansprüche aus einem beendeten Kantinenpachtvertrag.

2

1. Am 14.06.2017 schlossen die Parteien den als K 1 vorgelegten Pachtvertrag über die Kantine / Cafeteria des … in … Zwecke der Bewirtschaftung einer auf Selbstbedienung ausgerichteten Kantine.

3
Der Pachtvertrag lautet u.a.:

„§ 3 Kantinengäste

1. Die Kantine steht ausschließlich den Beschäftigten, Gästen und Besuchern des Verpächters („…-Personal“) sowie mit dem Verpächter über Kantinenmitbenutzungsverträge verbundenen Einrichtungen und darüber hinaus ggf. einem weiteren, vom Verpächter benannten Personenkreis („Drittnutzer“) zur Verfügung. Eine Öffnung für den Publikumsverkehr (ebenfalls „Drittnutzer“) während der Öffnungszeiten ist mit vorheriger Zustimmung des Verpächters möglich. Der Verpächter ist berechtigt, den Personenkreis des …-Personals und der Drittnutzer zu erweitern bzw. einzuschränken. Der Pächter ist verpflichtet, bei der Ausgabe von warmen Hauptgerichten (optional auch weitere Speisen und Getränke, sofern diese subventioniert sind – vgl. auch § 4 Ziffer 1 letzter Satz) an Drittnutzer einen Aufschlag auf den kalkulierten und dem …-Personal berechneten Essenspreis zu erheben, dessen Höhe die in § 9 Ziffer 2 definierten Betriebskostenanteile anteilig abdeckt. Die Höhe des Aufschlags wird durch den Pächter in Abstimmung mit dem Verpächter bestimmt und beträgt bis zum 31.12.2017 0,70 Euro pro in der Kantine ausgegebenem Hauptgericht. Die Mehreinnahmen aus dem Aufschlag sind für jedes Quartal bis zum 20. des auf das Quartalsende folgenden Monats der Verpächterin mitzuteilen und an diese abzuführen. …

§ 9 Pachtzins, Kostentragung

1. Ein Pachtzins wird für das erste Jahr, nämlich bis zum 01.08.2018 nicht erhoben. …

2. Durch den Kantinenbetrieb entstehende Kosten (Betriebskosten) für Energie, Heizung,

Wasser, Wäschepflege, Wartung, Reparatur und Neuanschaffung von Geräten und Inventar, Reinigung der Lüftungsanlage sowie Abfallbeseitigung und Abwasser trägt der Verpächter für die eigenen Mitarbeiter und die die Mitarbeiter von Einrichtungen, die mit dem Verpächter Kantinenmitbenutzungsverträge abgeschlossen haben. Der Pächter trägt die Betriebskosten für die Drittnutzer. Liegt der Einzelwert von erforderlichen Neuanschaffung über 20.000 Euro wird bei den Betriebskosten statt des Einzelanschaffungswerts die AfA angesetzt. Bei übermäßigem Verbrauch behält sich der Verpächter eine Änderung dieser Regelung vor. Wenn der nach § 3

Ziffer 1 festgesetzte Aufschlag nicht zur Deckung der durch Drittnutzer verursachten Betriebskosten ausreicht, so trägt der Pächter die Differenz. Soweit der nach § 3 Ziffer 1 festgesetzte, an den Verpächter abzuführende Aufschlag den Anteil der Betriebskosten übersteigt, erhält der Verpächter davon 50%. Die übrigen 50% werden an den Pächter ausgekehrt. Betriebskosten und abgeführte Aufschlage werden quartalsweise ausgewertet. 3. Die Anschluss- und Nutzungskosten für Telekommunikationseinrichtungen trägt der Pächter. …“

4
Gemäß § 18 des Pachtvertrages war Bestandteil des Vertrages u.a. auch als Anlage 4 das sog. Leistungsverzeichnis. In diesem heißt es u.a.:

„15. MONETÄRE GEGEBENHEITEN

15.1. Subvention

Die Räumlichkeiten und technischen Anschlüsse werden dem Pächter entgeltlos zur Verfügung gestellt. Dieser verpflichtet sich im Gegenzug zum pfleglichen Umgang mit allen zur Verfügung gestellten Einrichtungs- und Ausstattungsgegenständen.

Eventuelle Ausfälle / Mängel sowie notwendige Reparatur- / Instandsetzungsarbeiten sind dem Verpächter unverzüglich zu melden! Wartungs- und Instandhaltungskosten für technische Anlagen des Verpächters werden von diesem übernommen.

Medien, wie Strom, Gas und Wasser Berufsbekleidung werden dem Pächter zur Verfügung gestellt.

Notwendige Schutzbekleidung/ -ausrüstungsgegenstände, hierzu zählen u.a.

Arbeitssicherheitsschuhe, sind vom Pächter einzubringen.

Der Pächter verpflichtet sich, sich an den laufenden Betriebskosten, hierbei handelt es sich um sämtliche Verbrauchs- und Entsorgungskosten zu beteiligen.

Diese Regelung gilt nur für den Gästekreis der Drittnutzer (externe Gäste) und in Verbindung mit einem Aufschlag auf den Essenspreis in Höhe von 0,70 Euro pro in der Kantine eingenommenen Hauptgericht.

Details zur Erhebung und Abrechnung sind dem Pachtvertrag § 3 Kantinengäste, Ziffer 1 zu entnehmen.

15.2. Pacht

Ein Pachtzins oder ein Nutzungsentgelt ist seitens Pächters für die ersten 12 Vertragsmonate nicht zu entrichten. Danach gelten die Regelungen des Pachtvertrages § 9 Pachtzins / Kostentragung Ziffer 1. …“

5
Mit Schreiben vom 30.03.2020, Anlage K 14, kündigte die Beklagte den Pachtvertrag ordentlich zum 30.06.2020.

6
Der Kläger kündigte den Pachtvertrag außerordentlich mit Schreiben vom 22.04.2020, Anlage K 15, und stützte die Kündigung auf einen Zahlungsrückstand in Höhe von € 256.171,64. Vorsorglich kündigte der Kläger erneut mit Schreiben vom 20.07.2020, Anlage K 17, außerordentlich wegen Zahlungsverzugs und hilfsweise ordentlich zum 31.10.2020. Eine weitere Kündigung sprach der Kläger mit Schreiben vom 19.08.2020, Anlage K 19, aus.

7
2. Mit der Klage vom 21.12.2020 verlangte der Kläger von der Beklagten die Zahlung von € 343.871,45 und Räumung und Herausgabe des Pachtobjekts. Der Anspruch beruhe auf der vertraglichen Pflicht der Beklagten, pro verkauftem Drittessen an den Kläger € 0,70 zu zahlen und betreffe den gesamten Vertragszeitraum vom 21.08.2017 bis zum 31.03.2020.

8
Das Landgericht hat Beweis erhoben durch Einholung eines Sachverständigengutachtens zu der Höhe der Betreiberkosten, zu dem prozentualen Anteil der Drittnutzer und zur Möglichkeit, den Pachtbetrieb wirtschaftlich zu führen, vgl. Sachverständigengutachten vom 23.11.2021, Bl. 96 d.A.

9
Das Landgericht hat die Beklagte mit dem angegriffenen Urteil antragsgemäß verurteilt. Die Regelung der Beiträge zu den von Drittnutzern verursachten Betreiberkosten und der Abführung der Aufschläge sei wirksam. Die Vereinbarung unterliege nach § 307 Abs. 3 BGB nicht der AGB-Kontrolle. Aus den Kantinenrichtlinien könne sich keine Unwirksamkeit ergeben. Der Vertrag sei nicht sittenwidrig und es lägen auch keine Anfechtungsgründe vor. Das Einnehmen des Zuschlags von € 0,70 pro Fremdessen sei nicht durch die Einführung eines elektronischen Kassensystems bedingt gewesen. Die Kantinenausschusssitzung führe nicht zu einer Vertragsänderung. Die Höhe der Fremdesserzahlen sei vom Sachverständigen festgestellt.

10
Im übrigen wird auf die Feststellungen im angefochtenen Urteil Bezug genommen.

11
3. Mit der Berufung verfolgt die Beklagte ihren erstinstanzlichen Antrag auf Klageabweisung weiter.

12
Das Landgericht habe den Pachtvertrag fehlerhaft ausgelegt und das rechtliche Gehör der Beklagten verletzt. Nach dem Pachtvertrag schulde die Beklagte lediglich 0,70 Euro je Drittesser für die Betriebskosten für die Drittesser und zwar für den Zeitraum bis zum 31.12.2017. Die Betriebskosten seien bestritten worden, der Kläger habe sie nicht beweisen können. Es sei vereinbart gewesen, dass die 0,70 Euro je Drittesser bis zur Einführung eines bargeldlosen Kassensystems nicht geschuldet seien. Diese Vereinbarung ergebe sich schon aus dem Kurzprotokoll der Kantinenausschusssitzung vom 29.06.2018.

13

Die Vereinbarungen im Pachtvertrag zu der Zahlungspflicht der Beklagten seien auch als AGB unwirksam, da die Klauseln unbestimmt, intransparent und überraschend seien. Das Landgericht habe fehlerhaft von dem Gesamtbetrag der Betriebskosten nicht den von dem Kläger selbst zu tragenden Anteil abgezogen. Die Beklagte schulde Nebenkosten nur, wenn und sobald der Kläger als Verpächter ordnungsgemäß über die Nebenkosten abgerechnet hat. In den Gesamtnebenkosten seien die Kosten für die übrigen Gebäude nicht herausgerechnet worden. Der Kläger verlange auch Nebenkosten, die nach dem Pachtvertrag von dem Kläger selbst zu tragen seien.

14
Die Feststellungen seien nicht vollständig. Das Landgericht hätte die Zeugen … und … zu dem Fehlen einer ordnungsgemäßen Abrechnung und dem Nichtherausrechnen der Kosten für eigene Mitarbeiter vernehmen müssen.

15
Das Landgericht habe auch fehlerhaft dem Räumungsanspruch stattgegeben. Ausweislich der Anlage B 9 habe der Kläger allen Mitarbeitern der Beklagten ein Hausverbot erteilt.

16
Die Beklagte beantragt,

das angefochtene Urteil des Landgerichts München I., verkündet am 24.05.2022, zugestellt am 31.05.2022 (3 O 17636/20) aufzuheben und die Klage vollumfänglich abzuweisen.

17
Der Kläger beantragt,

Die Berufung wird zurückgewiesen.

18
4. Der Kläger verteidigt das erstinstanzliche Urteil. Eine Betriebskostenabrechnung sei nicht geschuldet. Die Beklagte habe die Möglichkeit gehabt, durch den Verkauf von Drittessen zusätzlichen Gewinn zu erzielen. Der Kläger sei nicht verpflichtet, den Verkauf von Drittessen durch Pachtfreiheit und Übernahme der Nebenkosten zu sponsern. Deshalb habe die Beklagte eine Pauschale von 0,70 € pro Drittessen zu zahlen. In der Betriebszeit vom 21.08.2017 bis zum 31.03.2020 habe die Beklagte vertragswidrig weder quartalsweise die Anzahl der Drittessen mitgeteilt noch den Zuschlag abgeführt. Die Beklagte habe die Zahlen nur für den Zeitraum vom 01.04.2019 bis zum 28.02.2020 vorgelegt. Danach seien rund 70% der Essen an Drittnutzer verkauft worden. Auch der vom Landgericht beauftragte Sachverständige habe eine Drittnutzerquote von 68% bis 78% ermittelt.

19
Nach dem Pachtvertrag habe keine Pflicht bestanden, ein elektronisches Kassensystem einzuführen. Ziffer 5.4.4 der Anlage 4 habe lediglich geregelt, dass dieses gegebenenfalls zukünftig eingeführt werde. Die Beklagte sei unabhängig davon in der Lage und auch verpflichtet, die Anzahl der Drittnutzeressen zu erfassen und dem Kläger mitzuteilen.

20
Erörterungen in einer Ausschusssitzung führen nicht zu einer Änderung des Pachtvertrages.

21
Die Regelungen im Pachtvertrag verstoßen nicht gegen § 307 BGB. Die Höhe des Zuschlags entziehe sich der AGB-Kontrolle. Auch wenn nachträglich durch den gerichtlichen Sachverständigen festgestellt worden sei, dass die Kantine bei 1400 essenden Mitarbeitern des Klägers nicht wirtschaftlich zu betreiben sei, führe dies nicht zu einer Unwirksamkeit der vertraglichen Vereinbarungen.

22
Der Kläger müsse nicht die Kosten für seine eigenen Mitarbeiter herausrechnen, da eine Pauschale von € 0,70 geschuldet werde. Der Sachverständige habe bestätigt, dass betriebswirtschaftliche Gesamtkosten in Höhe von mindestens € 250.000,00 bis € 270.000,00 im Pachtobjekt angefallen seien.

23

Die Beklagte könne sich nicht darauf berufen, dass der Kläger die Betreiberkosten nicht abgerechnet habe. Denn nach dem Vertrag habe die Beklagte zuerst die Anzahl der Drittnutzeressen mitzuteilen. Dies sei bis heute nicht geschehen. Die Beklagte schulde zumindest die vereinbarten € 0,70 pro Drittnutzeressen. Nach dem Ergebnis des Sachverständigengutachtens seien 70% der insgesamt verkauften Essen an Drittnutzer verkauft worden. Dies entspreche einer Zahl von 490.810 verkaufter Drittnutzeressen. Bei einer Pauschale von € 0,70 pro Drittnutzeressen entspreche dies dem Klageantrag von € 343.567,49. Eine Überzahlung sei dies nicht. Die Betreiberkosten hätten auch mindestens € 490.810,70 betragen. Davon habe die Beklagte 70% zu tragen. Für die Höhe der Kosten werden als Beweis ein Sachverständigengutachten angeboten. Ein etwaiger Mehrbetrag sei zwischen den Parteien zu halbieren.

24
Der Kläger habe den Mitarbeitern der Beklagten kein Hausverbot erteilt. Die Dienstanweisung vom 07.04.2020 habe der Umsetzung der staatlichen Corona-Maßnahmen gedient. Die Beklagte habe jederzeit die in ihrem Eigentum stehenden Gegenstände abholen können. Soweit der Kläger ein Vermieterpfandrecht an einigen wenigen Gegenständen geltend gemacht habe, habe er davon Abstand genommen, so in der Verhandlung vom 05.04.2022.

25
In dem Termin vom 09.02.2023 haben die Parteien den Räumungsanspruch übereinstimmend für erledigt erklärt. Das Objekt sei von der Beklagten am 16.11.2022 geräumt worden.

26
Zur Ergänzung des Tatbestandes wird auf die im Berufungsverfahren vorgelegten Schriftsätze Bezug genommen. Auf die Hinweise in der Terminsladung vom 09.12.2022 und das Protokoll der öffentlichen Sitzung vom 09.02.2023 wird verwiesen.

II.

27
Die zulässige Berufung ist teilweise begründet.

28
Der Kläger hat gegen die Beklagte nur einen Anspruch auf Zahlung des auf die Drittnutzer entfallenden Anteils an den Betreiber- und Betriebskosten für den Zeitraum vom 01.01.2019 bis zum 30.03.2020 in Höhe von € 108.733,69 und zusätzlich auf Zahlung des hälftigen Anteils des Betrages, um den die Summe der auf die Drittnutzeressen zu erhebenden Aufschläge den Anteil der Beklagten an den Betreiber- und Betriebskosten übersteigt in Höhe von im Ergebnis € 16.711,86. Damit kann der Kläger von der Beklagten insgesamt Zahlung in Höhe von € 125.445,55 für Betreiber- und Betriebskosten für die gesamte Pachtzeit verlangen.

29
1. Der Kläger hat gegen die Beklagte keinen Anspruch auf Zahlung der auf die an Drittnutzer verkauften Essen zu erhebenden Aufschläge in Höhe von je € 0,70 für den Zeitraum vom 01.08.2017 bis zum 31.12.2018.

30
a) Nach den Regelungen des Pachtvertrages vom 14.06.2017 in § 3 war die Beklagte verpflichtet, bei der Ausgabe von warmen Hauptgerichten an Drittnutzer einen Aufschlag zu erheben zur Abdeckung des nach § 9 auf die Drittnutzer entfallenden Betriebskostenanteils. Der Kläger hat durch die Vertragsgestaltung den Betrieb der Kantine subventioniert. Die Parteien haben einen Pachtzins nicht vereinbart. Sämtliche Betreiber- und Betriebskosten hat zunächst der Kläger getragen. Da der Kläger das Geschäft der Beklagten mit Gästen nicht subventionieren kann, hat nach dem Pachtvertrag die Beklagte die Betreiber- und Betriebskosten so weit zu tragen, als diese Kosten auf die Drittnutzer entfallen. Danach hat die Beklagte von der Summe der Betreiber- und Betriebskosten den Anteil zu zahlen, der rechnerisch dem Anteil der an Drittnutzer verkauften Essen an der Gesamtzahl der verkauften Essen entspricht.

31
b) Entgegen der Auffassung der Beklagten war diese Pflicht vertraglich nicht an die Einführung eines elektronischen Kassensystems geknüpft. Aus dem Pachtvertrag ergeben sich keine Anhaltspunkte dafür,

dass die Pflicht zur Erhebung und Abführung der Aufschläge erst mit der Einführung eines elektronischen Kassensystems beginnen soll.

32
Nach Ziffer 5.4.4 der Anlage 4 kann das einzusetzende Kassensystem in Verbindung mit einem bargeldlosen Abrechnungssystem betrieben werden, das ggf. zukünftig beim IPP eingeführt werden wird. Daraus ergibt sich keine vertragliche Pflicht des Klägers zur Einführung eines elektronischen Kassensystems. Und erst recht ergibt sich aus der Anlage keine Bedingung für die Pflicht der Beklagten aus § 3 des Pachtvertrages zur Erhebung und Abführung des Aufschlags auf an Drittnutzer verkaufte Essen.

33
c) Das Verlangen des Klägers von der Beklagten, für den Zeitraum vom 01.08.2017 bis zum 31.12.2018 den Betrag von € 0,70 für Drittnutzeressen zu zahlen, stellt sich im Ergebnis als ein Verstoß gegen Treu und Glauben dar, § 242 BGB.

34
aa) Zutreffend ist die Klageseite allerdings der Auffassung, dass durch die Besprechungen in dem Kantinenausschuss der Pachtvertrag der Parteien nicht geändert wurde. Weder Form noch Inhalt der Gespräche, wie sie auf Grundlage der vorgelegten Protokolle vorgetragen wurden, erlauben den Schluss auf einen Rechtsbindungswillen der Parteien. Die Parteien haben den Pachtvertrag schriftlich geschlossen und aus den Protokollen ergibt sich auch, dass sie weitere Regelungen noch schriftlich treffen wollten.

35
Nach § 154 Abs. 2 BGB ist ein Vertrag noch nicht geschlossen, bis die Beurkundung erfolgt ist, soweit eine Beurkundung verabredet worden ist. Die Vorschrift enthält eine Auslegungsregel für konstitutive Beurkundungsvereinbarungen (BeckOK BGB/H.-W. Eckert, 65. Ed. 1.2.2023, BGB § 154 Rn. 18). Unter Ziffer 4 des Protokolls der Sitzung des Kantinenausschusses vom 29.06.2018 war ein Vertrag über die Nebenkostenbeteiligung der Beklagten in Vorbereitung.

36
Dem Ergebnis der übrigen Besprechungsinhalte, insbesondere unter Ziffer 2.iv derselben Sitzung, aber auch unter 5.vii der Sitzung vom 15.12.2017, kommt deshalb keine Vertragsqualität zu. Die Parteien hatten vor, diese Themen in einem Vertrag ausdrücklich zu regeln. Die Beklagte hat nicht vorgetragen oder dargelegt, dass der Nachtrag lediglich zu Beweiszwecken hätte abgeschlossen werden sollen (vgl. Grüneberg/Ellenberger, 82. Aufl., § 154 Rn. 5f).

37
bb) Dem Anspruch des Klägers auf Zahlung des Aufschlags für Drittnutzeressen für den Zeitraum bis zum 31.12.2018 steht der Einwand der Treuwidrigkeit aus § 242 BGB entgegen.

38
Die Beklagte hat vorgetragen, in den Sitzungen des Kantinenausschusses sei vereinbart worden, dass die Beklagte den Aufschlag auf die Drittnutzeressen erst erheben und abführen soll, wenn von dem Kläger ein elektronisches Zahlsystem eingeführt worden ist. Die Beklagte hat sich dabei auf die Protokolle der Ausschusssitzungen vom 15.12.2017, Anlage B 1, und vom 29.06.2018, Anlage B 2, berufen. Der Kläger hat den Inhalt der Besprechungen nicht bestritten. Es wurde bestritten, dass mit den Besprechungen der Vertragsinhalt verändert werden sollte.

39
Das Verhalten des Klägers ist widersprüchlich und steht nach § 242 BGB der Geltendmachung des Aufschlags auf Drittnutzeressen in dem Zeitraum bis zum 31.12.2018 entgegen.

40
Die Rechtsordnung missbilligt widersprüchliches Verhalten einer Partei im Grundsatz nicht. Eine Partei darf ihre Rechtsansicht ändern, sich auf die Nichtigkeit einer von ihr abgegebenen Erklärung berufen oder ein unter ihrer Beteiligung zu Stande gekommenes Rechtsgeschäft angreifen. Widersprüchliches Verhalten ist dann rechtsmissbräuchlich, wenn für den anderen Teil ein Vertrauenstatbestand geschaffen worden ist oder wenn andere besondere Umstände die Rechtsausübung als treuwidrig erscheinen lassen (BGH, Urteil vom 15. 11. 2012 – IX ZR 103/11, NJW-RR 2013, 757 Rn. 12).

41

Aus dem Protokoll vom 15.12.2017 ergibt sich, dass die Parteien die Höhe des Aufschlags erst noch festlegen wollen. Es solle eine Entscheidungsfindung zusammen mit der Beklagten erfolgen. In dem Protokoll vom 29.06.2018 heißt es, dass nach Einführung des elektronischen Bezahlsystems für nicht zuschussberechtigte Nutzer ein Aufschlag erhoben werden solle und ein Vertrag über die Nebenkostenbeteiligung der Beklagten in Vorbereitung sei.

42
Es bestand übereinstimmend die Vorstellung, dass der Aufschlag vor Einführung des neuen Kassensystems noch nicht erhoben werden sollte. Der Kläger hat auch zu keinem Zeitpunkt während des Pachtverhältnisses die Zahlung des Aufschlags verlangt oder angemahnt. Erst nach bzw. mit Ausspruch der Kündigungen hat der Kläger die Zahlung des Aufschlags nachträglich geltend gemacht. Dies ist treuwidrig. Denn die Beklagte durfte darauf vertrauen, dass sie einen Aufschlag erst erheben und abführen muss ab dem Zeitpunkt, in dem für sie feststand, ob und wie ein elektronisches Zahlsystem eingeführt wird.

43
Der Senat geht davon aus, dass im Hinblick auf die regelmäßigen Sitzungen des Kantinenausschusses und den Vorlauf, den die Einführung eines elektronisches Zahlsystem hat, die Beklagte spätestens ab dem 01.01.2019 wusste, wann und in welcher Form die Einführung des elektronischen Zahlsystems stattfindet. Ab diesem Zeitpunkt musste sie aufgrund der Besprechungen in den Sitzungen des Kantinenausschusses damit rechnen, dass die Erhebung und Abführung des Aufschlags geltend gemacht würde.

44
2. Der Kläger hat gegen die Beklagte einen Anspruch auf Zahlung von € 125.445,55. Der Anspruch setzt sich zusammen aus einem Betrag in Höhe von € 108.733,69 für den auf die Drittnutzer entfallenden Anteil an Betreiber- und Betriebskosten in dem Zeitraum vom 01.01.2019 bis zum Ende des Pachtverhältnisses und einem Betrag in Höhe von € 16.711,86, der dem hälftigen Anteil an dem Teil der Summe der auf verkaufte Drittnutzeressen zu erhebenden Aufschläge entspricht, um den die Summe den auf die Drittnutzer entfallenden Anteil an Betreiber- und Betriebskosten übersteigt.

45
a) Nach § 3.1 S. 4 des Pachtvertrages ist die Beklagte verpflichtet, bei der Ausgabe von warmen Hauptgerichten an Drittnutzer einen Aufschlag auf den kalkulierten und dem Personal des Klägers berechneten Essenspreis zu erheben, dessen Höhe die in § 9 Ziffer 2 des Pachtvertrages definierten Betriebskostenanteile anteilig abdeckt.

46
Entgegen der Auffassung der Klageseite handelt es sich dabei nicht um eine Pauschale, die von der Beklagten unabhängig von der konkreten Höhe der auf die Beklagten entfallenden Kostenanteile zu zahlen ist. Denn die Parteien haben vertraglich in den §§ 3 und 9 des Pachtvertrages eine eigenständige Regelung über die Abrechnung der von der Beklagten zu tragenden Betriebskostenanteile vereinbart. Bei einer Pauschale wäre über abgelaufene Perioden nicht abzurechnen. Stattdessen kann eine Pauschale allenfalls für die Zukunft angepasst werden.

47
Die Parteien haben vereinbart, dass die Beklagte verpflichtet ist, die Mehreinnahmen aus dem Aufschlag für jedes Quartal bis zum 20. des auf das Quartalsende folgenden Monats dem Kläger mitzuteilen und an diesen abzuführen. Der Kläger hatte nach § 9.2 des Vertrages die Betriebskosten und Aufschläge quartalsweise auszuwerten. Damit war eine Abrechnung durch den Kläger geschuldet. Zweck dieser Abrechnung war die Feststellung, ob die Summe der Aufschläge zur Deckung der von den Drittnutzern verursachten Betriebskosten ausreicht. Die Parteien haben geregelt, dass der Pächter eine Nachschusspflicht hat, wenn der Betriebskostenanteil den abgeführten Betrag übersteigt, und dass ansonsten die Beklagte die Hälfte des Betrages erstattet erhält, wenn der abgeführte Betrag die Betriebskosten übersteigt.

48
Der Senat hat bereits darauf hingewiesen, dass die Nachschusspflicht bzw. Erstattungspflicht der Auslegung der von der Beklagten geschuldeten Leistungen als Pauschale entgegenstehen.

49

Der Kläger hatte anhand der mitgeteilten Zahl der Drittnutzeressen konkret den Anteil der Betriebskosten, die auf die Drittnutzer entfallen, zu ermitteln und dann quartalsweise einen Anspruch auf einen Nachschuss gegen die Beklagte, falls der Betriebskostenanteil höher war als die abgeführten Aufschläge. Andernfalls war die Hälfte des Überschusses zu erstatten. Diese Ansprüche waren abhängig von der konkreten Höhe der in § 9 definierten Betreiber- und Betriebskosten.

50
b) Die Ansprüche des Klägers sind nicht abhängig von der Erteilung einer Betriebskostenabrechnung im Sinne des § 556 BGB. Denn die Parteien haben vertraglich eine eigenständige Regelung über die gegenseitigen Pflichten zur Ermittlung des von der Beklagten zu tragenden Betriebskostenanteils vereinbart. Die Abrechnung muss aber § 259 BGB entsprechen.

51
Diesen Ansprüchen wird die Darstellung der Kosten in der Klageschrift gerecht. Unter Vorlage der Belege als Anlagen hat der Kläger die einzelnen Kostenpositionen dargelegt. Der Senat hat keine Zweifel, dass die durch die Rechnungen belegten Kosten in dieser Höhe entstanden sind und von dem Kläger bezahlt wurden. Das Bestreiten der Beklagten ist unbeachtlich. Denn die Beklagte hat nicht bestritten, dass diese Arten von Kosten angefallen sind. Allein die Beklagte hat Kenntnis darüber, in welchem Umfang ein Verbrauch stattfand. Die Beklagte hat auch nicht bestritten, dass genau diese Beträge dem Kläger von den Versorgern in Rechnung gestellt wurden. Wenn die Beklagte meint, die Kosten seien zu hoch gewesen, hat sie nicht dargelegt, auf welche Weise der Kläger das Wirtschaftlichkeitsgebot oder vertragliche Nebenpflichten aus § 241 Abs. 2 BGB verletzt haben könnte.

52
c) Entgegen der Auffassung des Klägers ist die Abrechnung nicht abhängig von der Abführung der Aufschläge und der Mitteilung der Anzahl der Drittnutzeressen durch die Beklagte.

53
Der Kläger hat den Anteil an Drittnutzeressen mit 70% geschätzt. Diese Schätzung wurde durch die Beweisaufnahme mittels Erholung eines Sachverständigengutachtens bewiesen. Nach den überzeugenden Feststellungen des Sachverständigen betrug der Anteil an Drittnutzern zwischen 68% und 78%. Auf Grundlage der zutreffenden Schätzung war der Kläger in der Lage den auf die Beklagte entfallenden Anteil der Betriebskosten gemäß § 9 des Pachtvertrages zu ermitteln und abzurechnen.

54
Der Kläger hat in der Klageschrift die Höhe der Betreiber- und Betriebskosten dargelegt und berechnet. Die Abrechnung war nicht abhängig von der Leistung der Aufschläge. Denn für die Berechnung der Höhe der insgesamt angefallenen Betreiber- und Betriebskosten waren keine Informationen von Seiten der Beklagten erforderlich. Allein der Umstand, dass die Beklagte erst ab April 2019 die Anzahl der Drittnutzeressen mitgeteilt hat, führt nicht dazu, dass der Kläger für den Zeitraum Januar bis März 2019 die sich aus der geschätzten Zahl der Drittnutzeressen ergebende Summe der Aufschläge unabhängig von der tatsächlichen Höhe der zu tragenden Kosten verlangen kann.

55
d) Im Zeitraum von Januar 2019 bis zum Ende des Pachtvertrages sind nach den nach § 529 ZPO zugrunde zu legenden Tatsachen Betreiber- und Betriebskosten in Höhe von € 155.333,84 angefallen. Soweit der Kläger in der Berufung vorgetragen hat, dass die Betreiber- und Betriebskosten mindestens so hoch waren, dass die auf Grundlage eines Aufschlags von € 0,70 berechneten Aufschläge insgesamt nicht mehr als 70% dieser Kosten ausmachen, ist darüber kein Beweis zu erheben. Denn das Landgericht hat bereits zu der Höhe der Betriebskosten durch den Sachverständigen Beweis erhoben. Der Kläger trägt auch nicht vor, woraus sich die gegenüber dem Vortrag der ersten Instanz sehr viel höheren Kosten ergeben sollen. Der Kläger hat auch insoweit nicht abgerechnet.

56
Nach dem in der Berufung zugrunde zu legenden Vortrag des Klägers in der ersten Instanz sind angefallen an Kosten für das Jahr 2019:

- € 53.741,59

- € 2.275,92

- € 4.076,28

- € 43.133,06

- € 11.982,43

- € 8.031,14

- € 392,70

insgesamt mithin € 123.633,12

und für das Jahr 2020:

- € 14.680,57

- € 357,28

- € 534,46

- € 12.044,85

- € 2.177,41

- € 1.602,19

- € 303,96

insgesamt mithin € 31.700,72

57
Die Betriebs- und Betreiberkosten betragen für die Jahre 2019 und 2020 damit insgesamt – soweit vom Kläger vorgetragen – € 155.333,84. Auf die Drittnutzer entfällt davon bei einem Anteil von 70% Drittnutzern € 108.733,69.

58
e) Die Beklagte schuldet nach § 9 des Pachtvertrages noch den hälftigen Anteil an dem Teil der Summe der auf verkaufte Drittnutzeressen zu erhebenden Aufschläge, um den die Summe den auf die Drittnutzer entfallenden Anteil an Betreiber- und Betriebskosten übersteigt.

59
Nach § 3.1 des Pachtvertrages vom 14.06.2017 hatte die Beklagte auf jedes an Drittnutzer verkaufte Essen einen Aufschlag in Höhe von € 0,70 zu erheben und an den Kläger für die auf die Drittnutzer entfallenden Betreiber- und Betriebskosten zu zahlen. In dem Zeitraum vom 01.04.2019 bis zum 28.02.2020 hat die Beklagte 155.712 Drittnutzeressen verkauft. Die Anzahl der Drittnutzeressen für den Zeitraum vom 01.01. bis zum 31.03.2019 schätzt der Senat auf 47.370. Insgesamt hat die Beklagte in dem Zeitraum von Januar 2018 bis einschließlich März 2019 338.369 Essen verkauft. Dies entspricht einem Durchschnitt von monatlich verkauften Essen im Umfang von 22.557. Bei einem Anteil von Drittnutzern im Umfang von 70% entspricht dies 15.790 Drittnutzeressen im Monat und 47.370 Drittnutzeressen in drei Monaten. Damit hatte der Kläger zunächst einen Anspruch auf Zahlung des Aufschlags für insgesamt 203.082 (155.712 + 47.370) Drittnutzeressen in Höhe von € 142.157,40.

60
Nach § 9.2 des Pachtvertrages wird der Teil des aus den Aufschlägen zu leistenden Betrages zwischen den Parteien hälftig aufgeteilt, der den Betrag der durch die Drittnutzer verursachten Betriebskosten übersteigt. Auf die Drittnutzer entfällt ein Anteil von € 108.733,69. Für die ab

01.01.2019 verkauften Drittnutzeressen hat die Beklagte insgesamt Aufschläge in Höhe von € 142.157,40 zu zahlen. Dieser Betrag übersteigt den auf die Drittnutzer entfallenden Anteil an den Betriebskosten um € 33.423,71. Nach § 9.2 des Pachtvertrages erhält der Verpächter 50% dieses Betrages, also € 16.711,86. Dieser Betrag ist dem auf die Drittnutzer entfallenden Anteil an den Betriebskosten hinzuzurechnen, so dass sich ein Anspruch des Klägers in Höhe von € 125.445,55 (€ 108.733,69 + € 16.711,86) ergibt.

III.

61

Das angegriffene Urteil war daher teilweise abzuändern und neu zufassen. Die Verurteilung der Beklagten durch das Landgericht hält den Berufungsangriffen nur teilweise stand. Soweit die Beklagte über den nunmehr abgewiesenen Teil der Klage vollständige Klageabweisung beantragt hat, war die Berufung zurückzuweisen.

62
Die Kostenentscheidung beruht auf den §§ 91, 91a und 92 ZPO. Die Beklagte hat die Kosten zu tragen, soweit die Klage hinsichtlich des Anspruchs auf Räumung und Herausgabe übereinstimmend für erledigt erklärt worden ist. Das Pachtverhältnis war spätestens am 30.06.2020 beendet. Die Beklagte hat die Pachträume unstreitig erst nach Rechtshängigkeit geräumt. Entgegen der Auffassung der Beklagten ergibt sich aus den vorgelegten Unterlagen gerade nicht, dass der Kläger den Mitarbeitern der Beklagten den Zutritt zum Zwecke der Räumung verwehrt haben. Das Landgericht hatte die Beklagte zutreffend zur Räumung verurteilt.

63
Der Ausspruch über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf den §§ 708 Nr. 11, 711 ZPO.

64
Der Streitwert wurde gemäß §§ 47, 41 GKG bemessen.