
Datum: 09.11.1994
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 27. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 27 U 22/92
ECLI: ECLI:DE:OLGK:1994:1109.27U22.92.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 20 O 447/85

Tenor:

Auf die Berufung der Beklagten wird - unter Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels - das am 4. Dezember 1991 verkündete Teilurteil der 20. Zivilkammer des Landgerichts Köln - 20 O 447/85 - teilweise abgeändert und insgesamt wie folgt neu gefaßt: Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 166.611,-- DM zu zahlen. Im übrigen wird die Klage auf Ersatz entgangenen Gewinns abgewiesen. Von den Kosten des ersten Rechtszuges insgesamt haben die Klägerin 8/13 und die Beklagte 5/13 zu tragen. Die Kosten dieses Berufungsverfahrens haben die Klägerin zu 1/13 und die Beklagte zu 12/13 zu tragen. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 182.000,-- DM abwenden, wenn nicht die Klägerin zuvor Sicherheit in gleicher Höhe leistet. Die Klägerin darf die Vollstreckung wegen der Kosten gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 10.000,-- DM abwenden, wenn nicht die Beklagte zuvor Sicherheit in gleicher Höhe leistet. Beiden Parteien wird gestattet, die Sicherheitsleistung auch durch die selbstschuldnerische Bürgschaft einer deutschen Großbank oder öffentlichen Sparkasse zu erbringen.

Tatbestand:

Die Klägerin macht Schadensersatz gegen die Beklagte als frühere Vermieterin eines als Gaststätte genutzten Ladenlokals geltend.

1

2

3

Mit schriftlichem Vertrag vom 31. Juli 1973 mietete die Klägerin von dem inzwischen verstorbenen Ehemann und Rechtsvorgänger der Beklagten das im Erdgeschoß des Wohn- und Geschäftshauses R.straße 19 in K. gelegene Ladenlokal, in dem zuvor eine Wäscherei betrieben worden war. Im Anhang zum Vertrag übernahm die Klägerin die wesentlichen zum Betrieb einer Gaststätte erforderlichen Umbau- und Installationsarbeiten, der Ehemann der Beklagten dagegen die Ausführung der vorbereitenden Baumaßnahmen.

In § 2 des Mietvertrages wurde die Vereinbarung getroffen: "Das Mietverhältnis endet am 30. September 1983. Vormietrecht für weitere fünf Jahre." In der Folgezeit betrieb die Klägerin in dem umgebauten Ladenlokal die Gaststätte "B".

Mit Schreiben vom 23. Februar 1983 kündigte die Beklagte das Mietverhältnis zum 30. September 1983. Unter dem 15. März 1983 teilte die Klägerin ihr mit, sie wolle das ihr zustehende Vormietrecht für weitere fünf Jahre in Anspruch nehmen.

Durch Vertrag vom 15./16. August 1983 verpachtete die Beklagte die Gaststätte für die Dauer von zehn Jahren an die Firma Getränke D. GmbH. Sie forderte die Klägerin mit Anwaltsschreiben vom 15. August 1983 zur Räumung der Gaststätte bis zum 30. September 1983 auf, teilte ihr jedoch den Vertragsschluß mit der Firma D. nicht mit. Die Klägerin ihrerseits kündigte der Beklagten unter dem 19. August 1983 an, daß sie die Gaststätte nicht räumen werde. Auch auf ein weiteres Aufforderungsschreiben der Beklagten verweigerte sie die Räumung der Gaststätte; ab Oktober 1983 zahlte sie eine monatliche Nutzungsentschädigung in Höhe der bisherigen Miete.

In einem Rechtsstreit vor dem Landgericht Köln (23 O 596/83) nahm die Beklagte mit Klageschrift vom 11. November 1983, in welcher sie erstmals den Vertrag mit der Firma D. erwähnte, die Klägerin auf Räumung in Anspruch. Unter dem 11. April 1984 erklärte die Klägerin der Beklagten, sie mache nunmehr von ihrem Vormietrecht Gebrauch und trete in den Vertrag mit der Firma D. zu den dort vereinbarten Konditionen ein. Die entsprechende Miete entrichtete sie ab April 1984. Nachdem das Landgericht Köln durch Urteil vom 25. April 1984 der Räumungsklage stattgegeben hatte, betrieb die Beklagte die Zwangsvollstreckung. In dem auf den 12. Juli 1984 festgesetzten Termin zur Zwangsräumung händigte Frau M. C., eine Schwägerin der Klägerin, dem Gerichtsvollzieher die Schlüssel zum Lokal aus. Vorausgegangen war ein einstweiliges Verfügungsverfahren, in dem die Beklagte der Klägerin untersagen lassen wollte, Inventar und Zubehör der Gaststätte zu entfernen.

Mit Schreiben vom 8. August 1984 sprach die Klägerin ihrerseits die fristlose Kündigung des Mietvertrages aus. Im Berufungsverfahren vor dem Oberlandesgericht Köln (9 U 76/84) erklärten die Parteien den Rechtsstreit über das Räumungsbegehren für in der Hauptsache erledigt. Die weitergehende Klage wies das Oberlandesgericht ab mit der Begründung, die Klägerin sei rechtswirksam in den zwischen der Beklagten und der Firma D.

geschlossenen Vertrag eingetreten.

	16
Im vorliegenden Rechtsstreit hat die Klägerin die Erstattung von Aufwendungen für den Um- und Ausbau des Ladenlokals sowie für den Verlust von Inventar in Höhe von insgesamt 160.906,22 DM und Ersatz entgangenen Gewinns von 360.000,-- DM begehrt.	17
	18
Die Beklagte hat die von der Klägerin behaupteten Um- und Ausbauten sowie deren angegebenen Wert bestritten und die Unfreiwilligkeit der Räumung in Abrede gestellt. Bei einer Ortsbesichtigung am 16. Juli 1984 in Anwesenheit des Sachverständigen Dr. habe sich das Lokal außerdem in einem desolaten Zustand befunden. Im übrigen hat die Beklagte die Hilfsaufrechnung mit Gegenforderungen wegen Aufwendungen erklärt, die ihrer Behauptung nach notwendig waren, um das Lokal nach der Räumung durch die Klägerin in einen vertragsgemäßen Zustand zu versetzen.	19
	20
Durch Teilurteil vom 25. April 1990 hat das Landgericht die Beklagte zur Zahlung von 20.100,-- DM als Zeitwert des zurückgelassenen Großinventars nebst Zinsen an die Klägerin verurteilt und die Klage auf Ersatz entgangenen Gewinns in Höhe eines Teilbetrages von 180.000,-- DM abgewiesen.	21
	22
Der Senat hat durch Urteil vom 10. April 1991 - 27 U 86/90 - das Teilurteil aufgehoben, soweit die Beklagte zur Zahlung von 20.100,-- DM nebst Zinsen verurteilt worden ist, und die gegen die Abweisung des Teilbetrages von 180.000,-- DM gerichtete Anschlußberufung der Klägerin zurückgewiesen.	23
	24
Inzwischen hat das Landgericht Köln durch Schlußurteil vom 16. September 1992 die Beklagte zur Zahlung von 18.910,-- DM nebst 4 % Zinsen seit dem 11. Juli 1985 an die Klägerin als Ersatz für das zurückgelassene bewegliche Inventar verurteilt und die weitergehende Klage auf Erstattung von Um- und Ausbaukosten abgewiesen. Die hiergegen von der Beklagten eingelegte Berufung hat der Senat durch Urteil vom 10. März 1993 - 27 U 178/92 - mit der Maßgabe zurückgewiesen, daß über die Kosten des ersten Rechtszuges im Rahmen des anhängigen Berufungsverfahrens 27 U 22/92 zu entscheiden sein wird.	25
	26
Die Klägerin begehrt weiterhin Ersatz entgangenen Gewinns für fünf Jahre in Höhe von 180.000,-- DM.	27
	28
Sie hat behauptet, bei einem Weiterbetrieb der Gaststätte über den 12. Juli 1984 hinaus hätte sie einen monatlichen Gewinn von mindestens 3.000,-- DM erzielt. Falls nach dem Pachtvertrag zwischen der Beklagten und der Firma Getränke D. GmbH ein höherer Pachtzins hätte gezahlt werden müssen, hätte dieser durch eine Anhebung des Kölsch-	29

Preises von 1,50 DM auf den schon damals in Köln üblichen Betrag von 1,60 DM aufgefangen wer-den können.

30

Die Klägerin hat beantragt,

31

32

33

die Beklagte zu verurteilen, an sie 520.906,22 DM nebst 4 % Zinsen aus 160.906,22 DM seiß4 dem 11. Juli 1985 zu zahlen abzüglich durch rechtskräftiges Teilurteil vom 25. April 1990 abgewiesener 180.000,-- DM.

35

Die Beklagte hat beantragt,

36

37

38

die Klage abzuweisen.

39

40

Sie hat behauptet, die Schwägerin der Klägerin, Frau M.C., habe bei Vertragsverhandlungen im Juli/August 1983 gegenüber dem Zeugen S. erklärt, die Klägerin wolle mit dem Geschäft nichts mehr zu tun haben, und der neue Vertrag solle mit ihr - Frau C. - abgeschlossen werden.

41

42

Nach Beweiserhebung durch Vernehmung der Zeugen Bo. und Dr. I. hat das Landgericht durch Teilurteil vom 4. Dezember 1991 die Beklagte zur Zahlung von 180.000,-- DM an die Klägerin verurteilt. Zur Begründung hat es ausgeführt, die Beklagte habe der Klägerin den durch die Vereitelung ihres Vormieterrechts entgangenen Gewinn für fünf Jahre zu ersetzen, nachdem sie diese ohne Offenbarung des mit der Firma Getränke D. GmbH geschlossenen Vertrages zur Räumung des Mietobjekts veranlaßt habe. Dem Vortrag der Beklagten zu angeblichen Äußerungen der Schwägerin der Klägerin anläßlich von Vertragsverhandlungen im Sommer 1983 sei nicht zu entnehmen, daß die Klägerin grundsätzlich auf ihr Vormieterrecht verzichtet habe. Nach der betriebswirtschaftlichen Auswertung für das Jahr 1983 so-wie den Aussagen der Zeugen Bo. und Dr. I. belaufe sich der entgangene Gewinn bei einem Jahresertrag vor Steuern von 65.938,07 DM abzüglich einer Pachtzinserhöhung von 14.808,60 DM sowie eines In-standsetzungszuschusses von 2.000,-- DM auf jähr-lich 49.129,47 DM, für den Zeitraum von fünf Jah-ren mithin auf mehr als 180.000,-- DM. Aufrechen-bare Gegenansprüche stünden der Beklagten nicht zu.

43

44

Die Beklagte hat gegen das ihr am 30. Dezem-ber 1991 zugestellte Teilurteil mit am 30. Janu-ar 1992 bei Gericht eingegangenen Schriftsatz Berufung eingelegt und diese nach Fristverlän-gerung bis zum 29. März 1992 mit am Montag, dem 30. März 1992,

45

eingegangenem Schriftsatz be-gründet. Sie sieht ihren Vortrag zu den Erklärungen der Schwägerin der Klägerin bei den Vertragsverhandlungen mit der S.-Brauerei nicht richtig gewürdigt und beanstandet die Berechnung des entgangenen Gewinns. Insbesondere bestreitet sie die Vollständigkeit und Richtigkeit derjenigen Unterlagen, auf denen die von dem Steuerberater der Klägerin erstellte Buchführung beruht. Schon ein Vergleich der Berechnungen für die Monate Januar bis September 1983 mit den entsprechenden Vorjahresergebnissen belege, daß die betriebswirt-schaftliche Auswertung für 1983 nicht zutreffen könne. Die im Verhältnis zum Anwachsen des Waren-einsatzes überproportionale Umsatzsteigerung lasse sich nicht allein mit Preiserhöhungen erklären, zumal die Personalkosten eine gegenläufige Ent-wicklung zeigten. Auf das Ergebnis eines einzelnen Jahres dürfe ohnedies nicht abgestellt werden. Zu berücksichtigen sei auch, daß es an Angaben zu etwaigen Veränderungen des Warenbestandes sowie zu Abschreibungen fehle und daß die Abnutzung des Inventars und der von der Klägerin vorgenommenen Einbauten bei einem weiteren fünfjährigen Gebrauch gewinnmindernd wirke. Im übrigen seien die In-dexierung des Mietzinses und die Belastung mit Versicherungsmehrkosten in die Berechnung einzube-ziehen.

46

Die Beklagte beantragt,

47

48

49

unter Abänderung des angefochtenen Teilur-teils die Klage in Höhe eines Teilbetrages von 180.000,-- DM abzuweisen,

51

52

hilfsweise,

53

54

55

ihr nachzulassen, die Zwangsvollstreckung durch Sicherheitsleistung abzuwenden, und als Sicherheit die Bürgschaft einer deutschen Bank oder öffentlichen Sparkasse zuzulassen.

57

Die Klägerin beantragt,

58

59

60

die Berufung zurückzuweisen

61

62

63

sowie ihr zu gestatten, eine etwa zur Durch-führung der Zwangsvollstreckung notwendi-ge Sicherheitsleistung durch Bürgschaft einer bundesdeutschen Großbank oder Sparkasse er-bringen zu dürfen.	64
	65
Sie verteidigt das angefochtene Teilurteil, stellt die behauptete Äußerung der Schwägerin der Kläge-rin in Abrede und hält den von dieser gezogenen Vergleich der Betriebsergebnisse für einzelne Teilzeiträume für untauglich. Ferner behauptet sie, die vorgelegte Gewinnermittlung enthalte auch Abschreibungen. Der Warenbestand sei jeweils ge-ring gewesen und habe im Jahre 1982 lediglich ei-nen Wert von 3.000,-- DM verkörpert. Wenn im übri-gen von einem Anstieg des Mietzinses und sonstiger Kosten ausgegangen würde, müsse dies auch für die Einnahmen gelten.	66
	67
Wegen aller weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf Tatbestand und Entschei-dungsgründe des angefochtenen Teilurteils und des Senatsurteils vom 10. April 1991 sowie auf die von den Parteien im Berufungsrechtszug gewechselten Schriftsätze Bezug genommen.	68
	69
Der Senat hat Beweis erhoben durch Einholung eines schriftlichen Gutachtens des Sachverständigen K. zur Höhe des voraussichtlichen Gewinns der Kläge-rin bei einem Weiterbetrieb der Gaststätte "B." in der Zeit von Mitte Juli 1984 bis Mitte April 1989. Hinsichtlich des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf den Inhalt des Gutachtens (Bl. 879 bis 914) verwiesen.	70
	71
<u>Entscheidungsgründe:</u>	72
	73
Die zulässige Berufung hat in der Sache zum Teil Erfolg.	74
	75
Die Klägerin kann von der Beklagten Schadens-ersatz wegen entgangenen Gewinns in Höhe von 166.611,-- DM verlangen.	76
	77
1. a)	78
	79
Das Begehren läßt sich entgegen der von der Klägerin vertretenen Auffassung allerdings nicht auf § 717 Abs. 2 ZPO stützen. Nach dieser Be-stimmung hat der Kläger, wenn ein für vorläufig vollstreckbar erklärtes Urteil aufgehoben oder abgeändert wird, dem Beklagten denjenigen Schaden zu ersetzen, der diesem durch die Vollstreckung des Urteils oder durch eine zur Abwendung der Zwangsvollstreckung erbrachte Leistung entstan-den ist. Das Urteil des Landgerichts Köln vom 25. April 1984 (23 O 596/83), welches der Räumung des	80

Ladenlokals voraufgegangen war, ist im Berufungsrechtszug weder aufgehoben noch geändert worden. Vielmehr haben die Parteien den Rechtsstreit im zweiten Rechtszug vor dem 9. Zivilsenat des hiesigen Oberlandesgerichts (9 U 76/84) hinsichtlich des Räumungsbegehrens übereinstimmend für in der Hauptsache erledigt erklärt. Bei einer Erledigung der Hauptsache des vollstreckbaren Urteils findet § 717 Abs. 2 ZPO aber keine Anwendung (Zöller-Herget, ZPO, 18. Aufl., § 717 Rn. 5 m.w.N.).

81

b)

82

83

Auch der Ansicht, die Beklagte hafte nach den Grundsätzen der positiven Vertragsverletzung, weil sie die Klägerin ohne Offenbarung des mit der Firma Getränke D. GmbH geschlossenen Vertrages zur Räumung des Mietobjekts veranlaßt und deren Vormietrecht vereitelt habe, vermag sich der Senat nicht anzuschließen. Der Klägerin war zu dem Zeitpunkt, als die von ihr als Geschäftsführerin eingesetzte Frau M.C. dem Gerichtsvollzieher in dem auf den 12. Juli 1984 angesetzten Räumungstermin die Gaststättenschlüssel aushändigte, der Mietvertrag zwischen der Beklagten und der Firma D. bereits bekannt. Die Beklagte hatte nämlich in der im Vorprozeß 23 O 596/83 LG Köln eingereichten Klageschrift vom 11. November 1983 den Vertragschluß mit der Firma D. erwähnt und ihrem Anwaltschriftsatz vom 21. Februar 1984 eine Ablichtung jenes Vertrages beigelegt. Mit Schreiben vom 11. April 1984 hatte die Klägerin ihrerseits der Beklagten mitgeteilt, sie wolle nunmehr von ihrem Vormietrecht Gebrauch machen und in den Vertrag mit der Firma D. zu den dort vereinbarten Konditionen eintreten.

84

85

Auch der Gesichtspunkt der Vereitelung des Vormietrechts trägt einen Anspruch wegen positiver Vertragsverletzung nicht. Entgangenen Gewinn fordert die Klägerin für die Zeit nach der Schließung der Gaststätte am 12. Juli 1984, die von der Beklagten mit Hilfe des Vollstreckungstitels vom 25. April 1984 betrieben worden war. Zu diesem Zeitpunkt hatte die Klägerin indessen ihr Vormietrecht bereits ausgeübt und hierdurch einen neuen Mietvertrag mit der Beklagten für die Dauer von fünf Jahren zustandegebracht. Dies hat der Senat bereits in seinem - rechtskräftigen - Urteil vom 10. April 1991, auf dessen Entscheidungsgründe (S. 11, 12) insoweit Bezug genommen wird, im einzelnen dargelegt.

86

87

c)

88

89

Soweit die Schadensersatzforderung sich auf den Zeitraum bis zur fristlosen Kündigung des Mietverhältnisses durch Schreiben der Klägerin vom 8. August 1984 bezieht, beruht sie vielmehr auf § 325 Abs. 1 Satz 1 BGB. Daß das Mietverhältnis später gekündigt worden ist, schließt die Anwendung dieser Vorschrift über die vom Schuldner zu vertretende Unmöglichkeit der Leistung für die vorangegangene Zeit nicht aus. Wenn bei einem Dauerschuldverhältnis der eine Vertragsteil - wie hier - zu bestimmten Zeitpunkten oder in gewissen Zeiträumen gleichartige Leistungen zu erbringen hat und einzelne Leistungen nicht zeitgerecht erfüllt werden, kann der andere Teil seine gesetzlichen Rechte für die nicht

90

erbrachten (Teil-)Leistungen geltend machen, ohne daß er zum Rücktritt oder zur Erhebung von Schadensersatzansprüchen wegen der künftig fällig werdenden Leistungen gehalten wäre (BGH NJW 1869, 124). Hinsichtlich derjenigen Ansprüche auf Gewährung des vertragsgemäßen Gebrauchs der Mietsache (§ 535 Satz 1 BGB), die zwischen der Räumung der Gaststätte und der Kündigung des Mietverhältnisses durch die Klägerin fällig geworden waren, ist der Beklagten die geschuldete Leistung infolge eines von ihr zu vertretenden Umstands unmöglich geworden, nachdem sie ungeachtet der wirksamen Ausübung des Vormietrechts durch die Klägerin die Zwangsäumung betrieben hat. Auf das ihrem Räumungsverlangen stattgebende Urteil des Landgerichts Köln vom 25. April 1984 kann sich die Beklagte in diesem Zusammenhang nicht mit Erfolg berufen. Grund für die Verurteilung der Klägerin zur Räumung des Lokals war die - unzutreffende - Auffassung des Landgerichts, das Vormietrecht sei von ihr nicht rechtzeitig ausgeübt worden. Indes hatte sich die Beklagte - darauf hat schon der 9. Zivilsenat in seiner Entscheidung vom 11. Dezember 1984 hingewiesen (S. 12) - der Klägerin gegenüber arglistig verhalten, indem sie ihr bis zur Klageerhebung im Räumungsprozeß den Vertragsschluß mit der Firma D. entgegen ihrer Unterrichtungspflicht aufgrund des vereinbarten Vormietrechts verschwiegen hatte, und auf diese Weise eine frühere Ausübung des Vormietrechts verhindert. Soweit ihr bis zur Kündigung des Mietverhältnisses durch die Klägerin ihre Leistung unmöglich geworden ist, hat sie die Unmöglichkeit daher zu vertreten. Für die Zeit bis zur Auflösung des - neuen - Mietverhältnisses ist der entgangene Gewinn deshalb wegen (teilweiser) Nichterfüllung gemäß § 325 BGB zu ersetzen.

91

Für den nachfolgenden Zeitraum liegen dagegen zwar weder Verzug noch Unmöglichkeit vor. Wie der Senat in seiner Entscheidung vom 10. April 1991 (S. 14) dargelegt hat, war die fristlose Kündigung des Mietvertrages mit Schreiben der Klägerin vom 8. August 1984 gemäß § 542 Abs. 1 BGB wirksam, weil die Beklagte ihr den vertragsgemäßen Gebrauch der Mietsache entzogen hatte. Kündigt aber ein Vertragsteil ein Dauerschuldverhältnis aus wichtigem Grund, so kann er von dem anderen Vertragsteil, der die Kündigung schuldhaft veranlaßt hat, nach den Grundgedanken der §§ 326, 628 BGB Ersatz des ihm aus der vorzeitigen Beendigung des Vertragsverhältnisses erwachsenden Schadens verlangen (Palandt-Heinrichs, BGB, 52. Aufl., § 276 Rn. 128; § 326 Rn. 3, jeweils m.w.N.). So liegt der Fall hier.

92

93

d)

94

95

Ein Anspruch auf Ersatz entgangenen Gewinns steht der Klägerin im Grunde auch dann zu, wenn deren Schwägerin - wie die Beklagte behauptet - bei den im Juli/Anfang August 1983 mit der S.-Brauerei geführten Vertragsverhandlungen gegenüber dem Zeugen S. als Vertreter der Beklagten erklärt hat, daß der neue Mietvertrag in ihrem - der Schwägerin - Namen geschlossen werden solle und die Klägerin "mit dem Geschäft nichts mehr zu tun haben" wolle. Ein die Ausübungsbefugnis des Vormietberechtigten ausschließender Erlaßvertrag im Sinne von § 397 BGB ist darin nicht zu sehen. Wenngleich ein Erlaßvertrag auch durch schlüssiges Verhalten zustande kommen kann, sind an die Feststellung eines entsprechenden Gläubigerwillens strenge Anforderungen zu richten; erforderlich ist ein unzweideutiges Verhalten, das vom Erklärungsgegner als Aufgabe des Rechts verstanden werden kann (Palandt-Heinrichs § 397 Rn. 5). Der angeblichen Äußerung der Zeugin C. fehlt

96

eine solche Eindeutigkeit, da sie nicht einmal zu dem Schluß zwingt, die Klägerin wolle selbst für den Fall, daß es nicht zu einem Vertragsschluß zwischen der Beklagten und ihrer Schwägerin komme, auf ihr Vormietrecht verzichten. Darüber hinaus behauptet die Beklagte - wie die Klägerin mit Recht einwendet - nicht, deren Schwägerin habe von dieser Vollmacht zum Ab-schluß eines Erlaßvertrages erhalten. Die Stellung der Zeugin C. als Geschäftsführerin der Gaststätte reicht dafür allein nicht aus.

97

2. a)

98

99

Der Schadensersatzanspruch wegen entgangenen Ge-winns erstreckt sich allerdings 100 nicht auf die volle Mietzeit von fünf Jahren. Wie der Senat in seiner - rechtskräftigen - Entscheidung vom 10. April 1991 (S. 11, 18) dargelegt hat, ist die Klägerin nach einer sich an die Beendigung des Ursprungsvertrages vom 31. Juli 1983 anschließen-den Schwebezeit durch Erklärung vom 11. April 1984 rechtswirksam für die Dauer von fünf Jahren in den von der Beklagten mit der Firma D. geschlossenen Mietvertrag eingetreten. Die Laufzeit des neuen Mietvertrages zwischen den Parteien hat demnach Mitte April 1984 begonnen und hätte ohne die fristlose Kündigung der Klägerin Mitte April 1989 geendet. Da die Gaststätte jedoch bis zur Räumung im Juli 1984 tatsächlich betrieben worden war, hat die Klägerin nur für die Restlaufzeit von vier Jahren und neun Monaten einen Gewinnverlust er-litten.

101

b)

102

103

In dem fraglichen Zeitraum hätte die Klägerin vor-aussichtlich (§ 252 Satz 2 BGB) einen 104 monatlichen Gewinn von 2.923,-- DM erzielt.

105

Der Senat hat sich nicht in der Lage gesehen, den Schaden allein aufgrund der Aussage 106 der Zeugen Bo. und Dr. I. in Verbindung mit dem von der Klägerin vorgelegten Zahlenmaterial gemäß § 287 Abs. 1 ZPO zuverlässig zu schätzen. Dem haben schon die von der Beklagten hervorgehobenen auffälligen Diffe-renzen zwischen den Monatsabrechnungen für 1993 und den Vergleichszahlen des Vorjahres sowie die Erwägung entgegengestanden, daß die Zeugen die Vollständigkeit und Richtigkeit der ihnen von der Klägerin überlassenen Belege, auf denen die be-triebswirtschaftlichen Auswertungen beruhen, nicht überprüft hatten.

107

Eine Klärung des zu erwartenden Gewinns ist je-doch mit Hilfe des Sachverständigen K. 108 gelungen. Der Sachverständige ist in seinem nachvollziehba-ren und überzeugenden Gutachten, gegen das die Beklagte auch keine Einwände erhoben hat, zu dem Ergebnis gelangt, daß die Klägerin bei einer Fortführung des Lokals einen monatlichen Gewinn von 3.090,-- DM hätte erwarten können. Seine Be-rechnung hat der Gutachter aus plausibel dargeleg-ten Gründen an Durchschnittswerten ausgerichtet. Die dagegen von der Klägerin erhobene Rüge, die Beschreibung des Mietobjekts im Gutachten stehe hierzu im

Widerspruch, erweist sich als unberechtigt. Die Charakterisierung der Gaststätte als ein Lokal mit einer originellen Angebots- und Ausstattungskonzeption von seinerzeit als "überdurchschnittlich anzusehender Attraktivität in Einrichtung und Atmosphäre" zwingt keineswegs dazu, bei den Wertungsspielräumen den jeweils oberen Bereich zugrunde zu legen. Für die als "mindestens durchschnittlich" bezeichnete Standortqualität der Gaststätte und die vom Sachverständigen vermutete "zumindest durchschnittliche Ertragskraft" gilt dies erst recht. Entgegen der Auffassung der Klägerin ist auch nicht zu beanstanden, daß der Sachverständige Umsatzsteigerungen nicht für die Folgejahre fortgeschrieben hat, da eine zwingende Entwicklung der Preise, Umsätze und Kosten sich nicht feststellen läßt. Der Gutachter hat sich damit folgerichtig auch an den Gewinnermittlungsrichtsätzen der Oberfinanzdirektionen (hier Oberfinanzdirektion Köln, Düsseldorf und Münster) orientiert, die für den in Rede stehenden Zeitraum keine Steigerung des durchschnittlichen Reingewinns ausweisen. Zu Unrecht rügt die Beklagte ferner, der Sachverständige hätte anhand der Richtsätze der Oberfinanzdirektionen für Schankwirtschaften einerseits und Speisebetriebe andererseits eine höhere Reingewinnquote zugrunde legen müssen; denn der Gutachter hat den Betriebsgewinn konkret nach dem vorliegenden Zahlenmaterial berechnet und die statistischen Durchschnittswerte lediglich als Maßstab für die Plausibilitätsprüfung der Gewinn- und Verlustrechnung verwendet.

109

In seine Berechnung einbezogen hat der Sachverständige zutreffend einen monatlichen Mietzins von 2.200,-- DM, den die Klägerin nach dem Mietvertrag zwischen der Beklagten und der Firma Getränke D. GmbH vom 15./16. August 1983 hätte entrichten müssen, sowie Mehrkosten für die Gebäudeversicherung von 133,50 DM monatlich, die von der Mieterin zu tragen waren. Daß die durch die Mietanhebung im Verhältnis zum Ursprungsvertrag entstehenden Mehrkosten durch eine Erhöhung des Kölsch-Preises von 1,50 DM auf 1,60 DM hätten aufgefangen werden können, ist nicht hinreichend wahrscheinlich. Der Sachverständige hat betont, der im Jahre 1983 in der Gaststätte "B." verlangte Preis von 1,50 DM für ein Glas Kölsch habe um rund 0,20 DM über dem durchschnittlichen Bierverkaufspreis in Nordrhein-Westfalen gelegen. Selbst wenn jedoch im Stadtgebiet von Köln seinerzeit ein Betrag von 1,60 DM üblich gewesen wäre, fehlt es an gesicherten Grundlagen für die Annahme, durch eine Preisanhebung um 0,10 DM hätte die Mietdifferenz ausgeglichen werden können. Möglich ist durchaus, daß eine Erhöhung des Kölsch-Preises speziell im "B." einen niedrigeren Bierumsatz zur Folge gehabt hätte.

111

Keine durchgreifenden Bedenken bestehen auch gegen den Ansatz von 3.000,-- DM für Abschreibungen. Zwar ist der Sachverständige insoweit von der Schätzung der Klägerin ausgegangen, die sich wiederum auf die betriebswirtschaftliche Auswertung zum 31. Dezember 1983 stützt, in der unter Position 48 ("Inst./Werkz./AfA") ein Betrag von 2.606,99 DM ausgewiesen ist. Nach der Summen- und Saldenliste für diesen Stichtag handelt es sich hierbei aber ausschließlich um Instandsetzungskosten. Dem entspricht die Bekundung des Zeugen Dr. I., in der betriebswirtschaftlichen Auswertung seien - im Gegensatz zu der (für 1983 nicht vorliegenden) Jahresbilanz - Abschreibungen nicht berücksichtigt. Im Jahre 1982 hatte die Klägerin für die beiden von ihr betriebenen Lokale, nämlich die Gaststätten "K." und "B.", insgesamt 13.355,72 DM an Abschreibungen geltend gemacht. Den Anteil des "B." an den Abschreibungen hat der Privatsachverständige M. auf 47,25 % (= 6.310,58 DM) veranschlagt. Da die tatsächliche Wertminderung des Inventars regelmäßig geringer ist als die steuerliche Abschreibung, erscheint eine Summe von 3.000,-- DM für Abschreibungen,

gegen deren Ansatz durch den Gerichtsgutachter die Parteien auch keine Einwände erhoben haben, als realistische Größenordnung.

113

Der von dem Sachverständigen K. errechnete durchschnittliche Monatsgewinn von 3.090,-- DM verringert sich andererseits um einen anteiligen Instandsetzungszuschuß in Höhe von 167,-- DM. Nach Anhang Nr. 2 Ziffer 13 zum Mietvertrag vom 15./16. August 1983 wäre die Klägerin verpflichtet gewesen, sich an den baulichen Maßnahmen gemäß Ziffern 2 und 3 des Anhangs Nr. 1 - Instandsetzung und Anstrich der Hausfassade sowie Beseitigung der hofwärtigen Dachundichtigkeit - bis zu einem Betrag von 10.000,-- DM zu beteiligen. Die Klägerin hat zwar den von der Beklagten für die Fassaden- und Dachreparatur bezifferten Gesamtaufwand von 25.000,-- DM angezweifelt, einen Kostenumfang von 10.000,-- DM aber nicht erkennbar bestritten und sich auch nicht gegen den Ansatz dieser Summe in dem angefochtenen Urteil gewehrt. Demnach hat sich die Klägerin einen auf die Vertragszeit von fünf Jahren verteilten Instandsetzungszuschuß von 10.000,-- DM, umgerechnet monatlich rund 167,-- DM gewinnmindernd anrechnen zu lassen.

115

Der entgangene Gewinn beläuft sich somit auf 2.923,-- DM monatlich, für die Restlaufzeit des Mietvertrages von 57 Monaten mithin auf insgesamt 166.611,-- DM.

117

Die Zurückweisung der im ersten Rechtszug im Wege der Hilfsaufrechnung geltend gemachten Gegenforderungen durch das Landgericht greift die Beklagte mit der Berufung nicht an.

119

Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 1 ZPO, der Ausspruch über die vorläufige Vollstreckbarkeit auf §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

121

Berufungsstreitwert: 180.000,-- DM

123

Beschwer für die Klägerin: unter 60.000,-- DM

125

Beschwer für die Beklagte: über 60.000,-- DM

126