
Datum: 29.11.2000
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 11.Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 11 U 153/98
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2000:1129.11U153.98.00

Vorinstanz: Landgericht Bonn, 10 O 20/97

Tenor:

Auf die Berufung der Beklagten wird das am 22.05.1998 verkündete Urteil der 10. Zivilkammer des Landgerichts Bonn - 10 O 20/97 - abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Es wird festgestellt, dass der im Rahmen des zwischen den Parteien aufgrund schriftlichen Pachtvertrags vom 26.08.1985 seit dem 01.01.1986 bestehenden Pachtverhältnisses über die dem Betrieb eines Tabakwaren- sowie Zeitschriftenhandels dienenden Räume N2-Strasse in #####1 C vom Kläger an die Beklagten zu entrichtende Netto-Kaltpachtzins seit dem 01.12.1996 monatlich 4.860,00 DM beträgt.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Auf die Widerklage, die im Übrigen abgewiesen wird, wird der Kläger verurteilt, an die Beklagten als Gesamtgläubiger Restpachtzins

für die Monate Dezember 1996 bis März 1997 in Höhe von 1.750,25 DM,

für die Monate April 1997 bis September 1998 in Höhe von 7.898,97 DM

brutto (einschließlich 15% MWSt bis zum 31.03.1998 und 16% MWSt ab 01.04.1998)

jeweils nebst 4% Zinsen sei dem 08.10.1998 zu zahlen.

Die weiter gehende Berufung wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits haben der Kläger zu 8% und die Beklagten zu 92% zu tragen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Der Kläger darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 12.000,00 DM abwenden, die Beklagten dürfen die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 21.700,00 DM abwenden, wenn nicht die jeweils andere Partei vor der Vollstreckung Sicherheit in der genannten Höhe leistet. Beide Parteien dürfen die Sicherheit durch selbstschuldnerische Bürgschaft eines als Zoll- und Steuerbürgen zugelassenen Kreditinstituts erbringen.

Tatbestand

1

Die Parteien streiten um die Höhe einer vertragsgemäß vorzunehmenden Anpassung des Pachtzinses für ein gewerbliches Pachtobjekt, die sich daraus für die Verpächter ergebenden Zahlungsansprüche und die Berechtigung der von den Verpächtern ausgesprochenen fristlosen Kündigung.

2

Der Kläger kaufte von den Beklagten ein Tabakwaren- und Zeitschriftengeschäft in der N2-Straße in C ("C Loch", unterirdische Passage mit Zugängen zum Bus-, Straßenbahn und DB-Bahnhof). Zugleich pachtete er durch Vertrag vom 26.08.1985, dessen Wirksamkeit von der Durchführung des Kaufvertrages abhängen sollte (§ 10 des Vertrages) das Ladenlokal unter gleichzeitiger Übernahme des vorhandenen Warenlagers (§ 5 des Vertrages).

3

In § 2 dieses Vertrages heißt es:

4

"Der Pacht- und Mietzins beträgt monatlich DM 5.600,-- zuzüglich der jeweils gültigen Mehrwertsteuer.

Der Gesamtbetrag der Pacht zuzüglich Mehrwertsteuer ist monatlich im Voraus ... 6 zahlbar. Für den Fall, daß sich der allgemeine Einzelhandelsindex künftig um mehr als 10 Prozent nach oben oder unten verändert, vereinbaren die Parteien die unverzügliche Neufestsetzung des Miet- und Pachtzinses. Diese Veränderungen des Pacht- und Mietzinses werden jedoch nur in Höhe von 60 Prozent der

Indexveränderungen für wirksam.

Sofern die zwischen Verpächter und Pächter alsdann unverzüglich einzuleitenden Verhandlungen zu keinem Ergebnis führen, entscheidet über die Pacht- und Miethöhe für das laufende Kalenderjahr ein fachkundiger Schiedsgutachter, der von der zuständigen Industrie- und Handelskammer zu benennen ist."

In § 3 heißt es:

8

"Der Pachtvertrag wird abgeschlossen auf die Dauer von 10 Jahren, und zwar für die Zeit vom 01.01.1986 bis zum 31.12.1995, über die Grundmiete wird jeweils nach fünf Jahren neu verhandelt.

Der Vertrag verlängert sich jeweils um fünf Jahre, wenn er nicht mit einer Frist von sechs Monaten zum Vertragsende durch den Pächter aufgekündigt wird.

Der Verpächter kann das Pachtverhältnis fristlos kündigen, wenn das Konkursverfahren, oder ein gerichtliches Vergleichsverfahren über das Vermögen des Pächters eröffnet wird, sowie dann, wenn der Pächter mit der Zahlung von zwei Pachtraten ganz oder teilweise länger als vier Wochen in Rückstand bleibt."

11

In § 8 des Vertrages ist dem Kläger ein Vorkaufsrecht bzw. Mitspracherecht für den Fall der Veräußerung des Pachtobjekts eingeräumt. Auf den Kaufvertrag und den Pachtvertrag vom 26.08.1995 (Bl. 230 ff. d.A. und Bl. 46 ff. d.A. = AnlH) wird wegen der Einzelheiten der vertraglichen Vereinbarungen Bezug genommen.

12

Aufgrund einverständlicher Absprache der Parteien zahlte der Kläger ab 01.01.1991 eine monatliche Nettopacht von 6.800,00 DM.

13

Mit Schreiben vom 25.11.1995 "setzten" die Beklagten die Pacht ab 01.01.1996 auf 7.800,00 DM netto "fest". Der Beklagte bot eine an der ortsüblichen Vergleichsmiete orientierte Nettopacht von zunächst 4.200,00 DM (Schreiben vom 03.12.1995), später - gestützt auf das Gutachten des Sachverständigen L - von 4.100,00 DM an. Da die Parteien sich nicht einigen konnten, erhob der Kläger die vorliegende Klage auf Feststellung, daß die Pacht ab dem 01.01.1996 4.100,00 DM betrage. Ab Dezember 1996 erbrachte er auch nur noch an dieser Nettopacht orientierte Zahlungen. Die Beklagten kündigten wegen der ihrer Ansicht nach dadurch entstehenden Pachtzinsrückstände das Pachtverhältnis fristlos (Bl. 53 d. A.) und erhoben Räumungsklage beim Amtsgericht Bonn (Bl. 42 ff. d.A.), die nach Verweisung an das Landgericht und Verbindung beider Verfahren als Widerklage gilt (Bl. 63 - 66 d.A.).

14

Die Parteien haben darüber gestritten, in welcher Höhe eine Anpassung des Pachtzinses vorzunehmen sei und ob der sich danach ergebende Zahlungsrückstand des Klägers die fristlose Kündigung des Pachtvertrages rechtfertige. Hinsichtlich der Einzelheiten des Vortrages der Parteien in erster Instanz wird auf die Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

15

Der Kläger hat beantragt,

16

festzustellen, dass der im Rahmen des zwischen den Parteien auf Grund schriftlichen Mietvertrags vom 26.08.1985 seit dem 01.01.1986 bestehenden Mietverhältnisses über die dem Betrieb eines Tabakwaren- sowie Zeitschriftenhandels dienenden Räume N2-Strasse in #####1 C vom Kläger an die Beklagten zu entrichtende Netto-Kaltermietzins

seit dem 01.01.1996 monatlich 4.479,51 DM beträgt,

hilfsweise - nunmehr nach zwischenzeitlich mit 4.565,00 DM beziffertem Pachtzins 18

festzustellen, dass dieser Netto-Kaltnietzins seit dem 01.12.1996 monatlich 4.479,51 DM beträgt,

hilfsweise, die Beklagten zu verpflichten, einen von der Industrie- und Handelskammer C zu benennenden Schiedsgutachter den im Rahmen des zwischen den Parteien auf Grund schriftlichen Pachtvertrags vom 26.08.1985 seit dem 01.01.1986 bestehenden Mietverhältnisses über die dem Betrieb eines Tabakwaren- sowie Zeitschriftenhandels dienenden Räume N2-Strasse in #####1 C vom Kläger an die Beklagten seit dem 01.01.1996 zu entrichtenden Netto-Kaltnietzins für beide Parteien verbindlich auf der Grundlage der ortsüblichen Miete festsetzen zu lassen. 20

Die Beklagten haben beantragt, 21

die Klage abzuweisen. 22

Mit der Widerklage haben sie beantragt, 23

den Kläger zu verurteilen, die von ihm inne gehaltenen Räumlichkeiten N2-Strasse 24
#####1 C zu räumen und geräumt an sie herauszugeben.

Der Kläger hat beantragt, 25

die Widerklage abzuweisen. 26

Das Landgericht hat nach Einholung zweier Gutachten des Sachverständigen X, auf die wegen der Einzelheiten Bezug genommen wird (Bl. 67 ff., 115 ff. d.A.), die vom Kläger begehrte Feststellung dahin getroffen, dass ab dem 01.12.1996 der Netto-Kaltpachtzins 4.479,51 DM betrage. Die weitergehende Klage und die Widerklage hat es abgewiesen. Hinsichtlich der Begründung wird auf die Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils Bezug genommen. 27

Gegen das ihren erstinstanzlichen Prozessbevollmächtigten am 27.05.1998 zugestellte Urteil haben die Beklagten mit einem am Montag, dem 29.06.1998 beim Berufungsgericht eingegangenen Schriftsatz Berufung eingelegt und diese nach entsprechender Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist mit einem am 29.09.1998 eingegangenen Schriftsatz begründet. 28

Mit der Berufung greifen die Beklagten das Urteil des Landgerichts in einzelnen Punkten an. Zugleich erweitern sie die Widerklage und verlangen von dem Kläger die Zahlung der nach ihrer Ansicht aufgelaufenen Pachtzinsdifferenz bzw. Schadensersatz von monatlich zunächst 2.320,48 DM, berechnet unter Zugrundelegung eines Pachtzinses von monatlich 6.800 DM bis zur kündigungsbedingten Beendigung des Pachtverhältnisses im März 1997 (Bl. 192 d.A.), und später 3.000 DM, berechnet als Teilbetrag unter Zugrundelegung eines Pachtzinses von monatlich 12.000 bis 13.000 DM ab März 1997 (Bl. 196 f. d.A.). Für den Fall, dass der Senat ihrem Begehren nicht stattgibt, stellen sie einen Hilfsantrag, wonach der Kläger seit dem 01.01.1996, hilfsweise 1997, hilfsweise 1998 monatlich 9.000 DM netto zu zahlen hat. Dabei gehen sie davon aus, dass "obwohl die Voraussetzungen für eine Pachtzinserhöhung gemäß der Regelung in § 2 S. 3 des Pachtvertrages ... noch nicht vorliegen", eine (erheblich) 29

höhere Pacht als die zuletzt 1990 festgelegte zu zahlen sei (Bl. 197 d.A.). Grundlage dafür sehen sie in der angeblichen Geschäftsgrundlage des Pachtvertrages, wonach die Pacht umsatzbezogen sein soll (Bl. 198 ff. d.A.), hilfsweise in einer ergänzenden Vertragsauslegung.

Sie machen im übrigen geltend:

30

Der Kläger habe nicht schlüssig dargetan, dass die Pacht jeweils nach 5 Jahren völlig losgelöst von den Regelungen des Pachtvertrages und den ihm zugrundeliegenden Überlegungen sollte festgelegt werden können. Anknüpfungstatbestand für eine Neufestsetzung der Pacht könne nach § 2 S. 3 Pachtvertrag nur die festgeschriebene Pachthöhe und eine Veränderung der Umstände um mehr als 10% sein. Entgegen der unverständlichen Annahme des Landgerichts gebe es einen Einzelhandelsindex (Bl. 183-189 d.A.). Dieser Index sei seit 1991 um 8,1% gestiegen, nicht um 66,18% gefallen, wovon die Neuberechnung der Pacht durch den Kläger ausgehen müsse. Danach sei die Kündigung wegen Pachtrückstandes berechtigt. Im übrigen ergebe sich aus der Anlage BB 3 (Bl. 206 f. d.A.), dass der Kläger den beiden vorprozessual eingeschalteten Sachverständigen falsche Vorgaben gemacht habe, was nunmehr eine erneute fristlose Kündigung (Bl. 192 d.A.) wegen Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Pachtverhältnisses rechtfertige. Für das Pachtobjekt gebe es wegen seiner Sonderlage kein echtes Vergleichsobjekt (Hinweis auf Schreiben des Maklers C2, Bl. 209 f. d.A. und Angebot dessen Zeugnis).

31

Die Beklagten beantragen,

32

unter Abänderung des angefochtenen Urteils zur Klage und Widerklage gemäß ihren erstinstanzlichen Anträgen zu erkennen und Sicherheitsleistung durch Bankbürgschaft zu gestatten.

Unter Erweiterung der Widerklage beantragen sie weiter,

34

den Kläger und Widerbeklagten zu verurteilen, an sie, die Beklagten, als Gesamtgläubiger DM 10.674,26 (brutto) nebst 9,25 % Zinsen seit Rechtshängigkeit sowie weitere DM 62.000,00 (netto = brutto) nebst 9,25 % Zinsen seit Rechtshängigkeit zu zahlen;

35

hilfsweise den Kläger zu verurteilen, an die Beklagten als Gesamtgläubiger seit dem 1.1.1996, weiter hilfsweise seit dem 1.1.1997, weiter hilfsweise seit dem 1.1.1998, weiter hilfsweise seit dem 1.1.1999 eine monatliche Pacht von DM 9.000,00 netto monatlich zu zahlen abzüglich in der Zeit von Januar 1997 bis einschließlich November 1997 gezahlter monatlicher DM 6.800,00 netto und ab Dezember 1997 monatlich gezahlter DM 4.479,51 netto;

Der Kläger beantragt,

37

die Berufung zurückzuweisen und die erweiterte Widerklage abzuweisen.

38

Der Kläger hält der Berufung entgegen: Es gehe hier um die Verpflichtung der Parteien zur Neuverhandlung des Pachtzinses nach § 3 des Pachtvertrages. Das habe mit der Indexklausel und der Schiedsgutachterklausel in § 2 des Vertrages, die nur für den jeweiligen Fünfjahreszeitraum Geltung habe, nichts zu tun. Maßstab der Neuverhandlung habe nach der bei Vertragsschluss geäußerten Vorstellung der

39

Parteien die ortsübliche Vergleichsmiete sein sollen, nicht etwa die Entwicklung des Umsatzes o.ä.. Die ortsübliche Vergleichsmiete habe das Landgericht gestützt auf die erstatteten Gutachten zutreffend festgestellt. Gegen diese Feststellungen erhebe die Berufung keine durchgreifenden Einwendungen. Der Kläger widerspricht der Erweiterung der Widerklage "nach § 530 Abs. 1 ZPO bzw. §§ 523, 263 ZPO" und bestreitet den Zinsschaden von 9,25%.

Der Senat hat mit Beschluss vom 14.04.1999 (Bl. 251 ff. d.A.) Hinweise und Auflagen erteilt, zu denen die Parteien Stellung genommen haben (Bl. 263 ff. d.A.). 40

Hinsichtlich der Einzelheiten des Sach- und Streitstandes in zweiter Instanz wird ergänzend darauf und auf die bereits zuvor überreichten Schriftsätze und Unterlagen Bezug genommen. 41

Der Senat hat Beweis erhoben durch die Vernehmung der Zeugen N und C. Hinsichtlich des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf die Sitzungsniederschrift vom 03.11.1999 (Bl. 310 ff. d.A.) und das schriftliche Gutachten des Sachverständigen Dipl.-Ing. S vom 14.07.2000 (Bl. 324 ff. d.A.) Bezug genommen. 42

Entscheidungsgründe 43

Die zulässige Berufung hat nur teilweise Erfolg. 44

Das Landgericht hat die Klage im Wesentlichen zu Recht für begründet gehalten und die Widerklage zu Recht abgewiesen. Der im Rahmen der Berufung erweiterte Widerklageantrag ist nur zu einem geringen Teil begründet. 45

I. Der vereinbarte Pachtzins ist ab dem 01.12.1996 auf 4.860,00 DM netto anzupassen (der Senat geht im Folgenden, ohne dass es darauf für die Entscheidung ankommt, wegen des gleichzeitigen Verkaufs des Betriebes an den Kläger vom Vorliegen eines Pachtvertrages aus). Auf diesen Betrag haben sich die Parteien als Ergebnis der in § 3 des Pachtvertrages vorgesehenen Neuverhandlungen einigen müssen. Da sich die Parteien nicht geeinigt haben, ist dies auf die Klage festzustellen. Der genannte Pachtzins entspricht der zum 01.01.1996 ortsüblichen Pacht für das Geschäftslokal. Eine Anpassung auf diese ortsübliche Pacht entspricht der vertraglichen Vereinbarung der Parteien, wie sie sich aus dem von den Parteien gewählten Wortlaut der Vereinbarung und dem diesem zu entnehmenden objektiv erklärten Parteiwillen ergibt; Umstände für eine davon abweichende Vertragsauslegung sind nicht festzustellen. Im Einzelnen gilt Folgendes: 46

1. Nach § 3 des Pachtvertrages wird nach jeweils 5 Jahren über die Grundmiete neu verhandelt. Vereinbaren die Parteien eines Miet- oder Pachtvertrages, dass über die Miete bzw. Pacht nach gewisser Zeit neu verhandelt werden muss, so ist als Ergebnis der Neuverhandlung im Zweifel die ortsübliche Miete oder Pacht als angemessen anzusehen, sofern auch die Ausgangsmiete oder -pacht die ortsübliche war (vgl. BGHZ 62, 314, 316; BGH NJW 1975, 1558; 1977, 801 f.; NJW-RR 1992, 517 f.; Bub/Treier, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, 3.Aufl. 1999, Rn. III.A 227; Schultz in ZMR 1986, 196 f. - ablehnend zu KG ZMR 1986, 194 ff.; Cassing in ZMR 1992, 536 - ablehnend zu OLG Schleswig ZMR 1992, 534 ff.). So liegt es im Streitfall. Für eine abweichende Beurteilung gibt die Vereinbarung der Parteien nach den getroffenen Feststellungen nichts her. 47

a) Die Beklagten meinen, bei den Neuverhandlungen gemäß § 3 des Pachtvertrages sei die Indexklausel in § 2 des Vertrages zu berücksichtigen. Diese (ebenso wie die Schiedsgutachtenklausel) ist für die vorzunehmende Vertragsanpassung indes ohne Bedeutung. Sie betrifft entgegen der Auffassung der Beklagten nach ihrem Wortlaut und ihrer Stellung im Vertrag nur die Neuverhandlungen zwecks Anpassung der jeweils vereinbarten Pacht für den - unstreitig nicht eingetretenen - Fall, dass sich der Index um den genannten Betrag ändert. Der Vertrag unterscheidet erkennbar zwischen einer Anpassung des jeweils vereinbarten Pachtzins nach Maßgabe der Indexklausel einerseits (§ 2) und der Neuverhandlung über die "Grundmiete" nach jeweils 5 Jahren andererseits (§ 3). Dass die Indexklausel auch für die Neuverhandlungen im Fünfjahresrhythmus maßgeblich sein sollte, ergibt sich aus dem Vertrag nicht. Die getrennte Regelung in zwei unterschiedlichen Paragraphen wie auch die unterschiedliche Wortwahl (§ 2: "Miet- und Pachtzins", § 3: "Grundmiete") lassen vielmehr deutlich erkennen, dass hier zwei unterschiedliche Regelungsbereiche angesprochen sind.

Es ist auch nicht ersichtlich, welchen Sinn die gesondert vereinbarten Neuverhandlungen in bestimmtem zeitlichen Abstand haben sollten, wenn das Maß der Erhöhung der Grundpacht durch die Indexklausel bereits vorgegeben ist. Den Zusammenhang zwischen den Neuverhandlungen bei Wirksamwerden der Indexklausel und Neuverhandlungen über die Grundpacht in bestimmten zeitlichen Abständen, wie sie jetzt vertreten wird, haben die Beklagten im vorprozessualen Schriftwechsel dem gemäß auch keineswegs gesehen (vgl. insb. Anwaltsschreiben vom 27.11.1996, AnlH).

49

Die an keine Vorgaben gebundene Neuverhandlungsklausel in § 3 des Vertrages - unabhängig von der Regelung in § 2 - erscheint zudem angesichts der dem Vertrag zu Grunde liegenden Umstände als durchaus sinnvoll. Der Kläger kaufte das Geschäft der Beklagten für 160.000,00 DM netto und übernahm auch das Warenlager. Deshalb vereinbarte man, dass das Pachtverhältnis von den Beklagten nicht durch ordentliche Kündigung beendet werden kann und dass dem Kläger bei Verkauf des Pachtobjekts ein Vorkaufs- bzw. Mitspracherecht zusteht. Es ist nachvollziehbar, dass man zur weiteren Absicherung der Parteiinteressen die Neuverhandlungsklausel in den Vertrag aufnahm, um den nicht unbeträchtlichen Grundpachtzins eventuell auch zu Gunsten des Klägers an die Umstände anpassen zu können (zum Sicherheitsinteresse des Klägers vgl. dessen von den Beklagten vorgelegte Anmerkungen zum Pachtvertrag, BB 3 = Gl. 206 ff. d.A.).

50

Durchschlagende Gesichtspunkte, die für die Richtigkeit der Auffassung der Beklagten sprechen könnten, haben sich weder auf Grund der ausführlichen Ausführungen ihres Prozessbevollmächtigten und ihrer persönlichen Äußerungen in der mündlichen Verhandlung noch auf Grund der Aussagen der Zeugen ergeben. Der Zeuge N hat zwar bekundet, nach seiner Erinnerung sei davon gesprochen worden, der ausgehandelte Pachtzins solle entsprechend dem Einzelhandelsindex neu bestimmt werden. Die fraglichen Klauseln waren indes nach der weiteren Aussage des Zeugen Gegenstand eines von den Parteien zu der Vertragsunterzeichnung in seinem Büro bereits mitgebrachten Vertragsentwurfes und bei Gelegenheit der Vertragsunterzeichnung nicht mehr Gegenstand eingehender Erörterungen der Parteien. Der Zeuge hatte den gemäß zu diesem Punkt keine deutliche Erinnerung und konnte lediglich mitteilen, wie er die Erörterungen der Parteien in seinem Büro verstanden hat und wie die Vertragsklauseln nach seiner Meinung zu werten sind. Auch der Zeuge C konnte zu

51

diesem Thema keine konkreten Angaben machen.

b) Die Beklagten behaupten sodann, die Bemessung der neu auszuhandelnden Pacht habe vom Umsatz des Betriebes des Klägers abhängen sollen. Sie haben durch den Zeugen N unter Beweis gestellt, dass der Pachtzins von anfänglich 5.600,00 DM netto auf einer Umsatzerwartung der Parteien von 800.000 DM p.a. beruht habe, und die Ansicht vertreten, dies sei Geschäftsgrundlage gewesen, die sich inzwischen positiv auf über 4 Mio. DM Umsatz p.a. verändert habe. 52

Für diesen Vortrag der Beklagten gibt der Vertrag auch nicht ansatzweise etwas her. Die Vereinbarung eines umsatzbezogenen Pachtzinses ist nicht ersichtlich und von den Beklagten früher auch ausdrücklich verneint worden (Klageerwiderung vom 21.02.1997, S. 3, 4 = Bl. 15, 16 d.A.). 53

Den Beweis, dass die Parteien ihre vertragliche Vereinbarung gleichwohl in dieser Richtung verstanden hätten, haben die Beklagten nicht geführt. Nach den Aussagen der Zeugen und dem vom Senat eingeholten Gutachten des Sachverständigen S spricht vielmehr alles dafür, dass für die Festsetzung der Ausgangspacht der Umsatz des Geschäfts keine Rolle gespielt hat und dass dem gemäß Umsatzerwartungen auch für die Vereinbarung über die Neuverhandlungen keine Rolle gespielt haben. 54

Nach dem von keiner Partei angegriffenen Gutachten des Sachverständigen S belief sich die ortsübliche Pacht für das Pachtobjekt 1985 auf 5.670 DM. Dem entsprach fast genau die in dem Pachtvertrag vereinbarte Pacht von 5.600 DM. Dafür, dass der Betrag von 5.600,00 DM nach Maßgabe des damals ortsüblichen Pachtzinses errechnet wurde, spricht auch das Schreiben vom 12.06.1985, welches die Beklagten im Rahmen der Vertragsverhandlungen an den Kläger sandten (Bl. 287 d.A.). Darin bieten die Beklagten dem Kläger die Anpachtung der Räumlichkeiten gegen einen Pachtzins an, der "pro qm DM 100.--, bei 56 qm also 5.600.-- DM + Mehrwertsteuer pro Monat" betragen sollte. Schon in ihrem Zeitungsinserat vom 17.09.1984 (Bl. 267 d.A.) hatten die Beklagten das Pachtobjekt für einen monatlichen Pachtzins von 5.500,00 DM angeboten und dabei angegeben: "Umsatz z.Zt. weit über 1 Million, im nächsten Jahr durch weiteres Personenaufkommen sehr steigerungsfähig"; dies ist immerhin ein weiterer Anhaltspunkt dafür, dass Umsatzerwartungen bei der Vereinbarung und späteren Anpassung des Pachtzinses keine Rolle gespielt haben bzw. spielen sollten. 55

Dafür, dass der ursprüngliche Pachtzins auf einer anderen Grundlage als der der ortsüblichen Pacht vereinbart wurde, hat die Zeugenvernehmung nichts ergeben. Beide Zeugen konnten keine konkreten Angaben machen, weil sie nach ihrer Aussage an der Aushandlung des Pachtzinses nicht beteiligt waren. Der eigene Steuerberater der Beklagten, der Zeuge N, hat bei seiner Vernehmung durch den Senat allerdings immerhin bekundet, für ihn habe sich die Pacht als Ergebnis einer Quadratmeterberechnung dargestellt. Der Zeuge C meinte sich erinnern zu können, dass das Wort "Mietspiegel" gefallen sei. 56

c) Unabhängig von bestimmten vertraglichen Vorgaben für vereinbarte Neuverhandlungen, die nach den vorstehenden Ausführungen im Streitfall nicht festgestellt werden können, darf bei der vertraglich vereinbarten Neufestsetzung des Pachtzinses nicht willkürlich von völlig neuen Bemessungsgrundlagen ausgegangen werden. Auf den ersten Blick ergab sich für den Senat, dass ein Missverhältnis zwischen der vom Landgericht festgestellten Pacht zu dem zuvor vom Kläger bezahlten Pachtzins bestehen könnte. Der Senat hat daher zunächst nicht 57

ausgeschlossen, dass die Parteien 1985 eine über dem ortsüblichen Pachtzins liegende Pacht vereinbart haben, so dass als Grundlage für die Neufestsetzung von einer höheren Basis als der seinerzeit ortsüblichen Pacht ausgegangen werden müsste. Dies ist indes nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme nicht festzustellen. Insoweit kann auf die vorstehenden Ausführungen zu b) Bezug genommen werden. Gegen die Neufestsetzung nach Maßgabe des ortsüblichen Pachtzinses bestehen deshalb keine Bedenken mehr.

d) Für die mit dem Widerklagehilfsantrag geltend gemachte weitere Pachtzinserhöhung 58 gibt es erkennbar keine Rechtsgrundlage. Was der Kläger in den Geschäftsräumen verdient, ist seine Chance aber auch sein Risiko. Der Umsatz des Klägers ist daher nicht Geschäftsgrundlage des Pachtvertrages. Eine erweiternde Auslegung oder Anpassung des Vertrages nur deshalb, weil der Kläger eventuell außergewöhnlich gute Einnahmen hat und die Beklagten das Pachtverhältnis nicht durch ordentliche Kündigung beenden können, kommt nicht in Betracht.

2. Der als Ergebnis der Neuverhandlungen zu vereinbarende Pachtzins ist auf 4.860,00 59 DM netto zu bemessen.

a) Nach den Ausführungen des Sachverständigen S betrug die ortsübliche Pacht für 60 dem Pachtobjekt des Klägers vergleichbare Gewerberäume zum Stichtag 01.01.1996 4.860,00 DM. Die der Bewertung zu Grunde liegenden Feststellungen haben die Parteien nicht angegriffen (vgl. allerdings nachfolgend c). Sie sind auch nach der Einschätzung des Senats nicht zu beanstanden. Sie stimmen zudem in der Bewertung des Objekts und in der Größenordnung des Pachtzinses mit den Ausführungen des erstinstanzlich tätig gewesenen Sachverständigen X und den Ausführungen des vom Kläger beauftragten Sachverständigen L (Anlage) überein. Es mag sein, dass in Einzelfällen für Geschäftsräume in der C Innenstadt höhere Quadratmetermieten gefordert werden, wie es sich aus den von den Beklagten mit Schriftsatz vom 17.05.1999 überreichten Unterlagen (Hüllen Bl. 282, 283 d.A.) ergibt; dies widerspricht indes den Ausführungen der Sachverständigen zum üblichen Mietzins nicht.

b) Ohne Erfolg wenden die Beklagten gegen die Feststellungen der Gutachter ein 61 (zuletzt mit Schriftsatz vom 17.10.2000, Bl. 354 f. d.A.), für das Pachtobjekt bestehe quasi ein Sondermarkt, so dass der Pachtzins nicht wie bisher geschehen festgestellt werden könne. Der Sachverständige S hat in seinem Gutachten ausgeführt, eine Vergleichsbetrachtung, die auf nur oder vornehmlich dem Vertrieb von Zeitschriften dienende Räume abstelle, halte er nicht für möglich, weil Pachtdateen dazu weder in der Literatur noch in den Regelwerken zu finden seien (Gutachten S. 22 = Bl. 345 d.A.). Dies stimmt überein mit den Ausführungen des Sachverständigen X in seinem Gutachten vom 06.03.1998 (S. 6 f. = Bl. 120 f.), seines Erachtens würden für Ladenlokale zum Betrieb eines Tabakwaren- und Zeitschriftenhandels bzw. für Ladenlokale zum Betrieb eines Tabakwaren- und Zeitschriftenhandels mit Lotto- und Totoannahmestelle keine höheren oder niedrigeren Mieten als zum Betrieb sonstiger Einzelhandelsgeschäfte gezahlt, soweit es sich um einen reinen Pachtvertrag für ein leeres Ladenlokal handele und keine Umsatzmiete vereinbart sei. Die beschriebenen Nutzungsarten spielten nach seinen Erfahrungswerten für die Miethöhe keine Rolle; diesbezüglich existierten auch keine Statistiken.

c) Das von den Beklagten vorgelegte Gutachten der V GmbH vom 25.06.1999 (Anlage) 62 ist keine brauchbare Grundlage für die vorzunehmende Pachtzinsanpassung. Dort (S. 12 f.) wird ausgeführt, die Pachtsituation von Geschäften in Bahnhöfen der Deutschen

Bahn werde normalerweise durch den Umsatz bestimmt, wobei je nach Größe des Bahnhofs, des Ladengeschäfts sowie des geführten Sortiments Umsatzmieten von 5 bis 20% (= Pacht) angesetzt würden. Für Bahnhofsbuchhandlungen (fast 70% Zeitungsumsatz) würden Pachtzahlungen von 10% vom Umsatz bezahlt, für Geschäfte mit einem Kiosk-Sortiment (Zeitungen, Tabak, Süßwaren, Getränke) 6 bis 10% Umsatzpacht angesetzt. Ein Ladengeschäft in einer Ia-Lage (z.B. Q-Straße) werde mit einem qm-Preis von 190 DM bei einer Geschäftsfläche von 60 qm gehandelt. Soweit danach auf Geschäfte im Bahnhofsbereich abgestellt wird, treffen die Ausführungen nicht das hier in Frage stehende Pachtobjekt. Dieses befindet sich nicht im Bahnhofsbereich, sondern in der unterirdischen N2-Straße, welche lediglich Zugangsmöglichkeiten zu den Bahnsteigen, zu der unterirdischen Straßenbahnhaltestelle und zur Innenstadt aufweist. Die örtliche Lage ist - wie in der mündlichen Verhandlung mitgeteilt - dem Berichterstatter bestens bekannt und den übrigen Senatsmitgliedern ergänzend zu den Feststellungen der Sachverständigen erläutert worden. Soweit das Gutachten darauf abstellt, üblicherweise würden für Bahnhofsgeschäfte Umsatzmieten vereinbart, trifft es ebenfalls nicht den Streitfall. Eine solche Vereinbarung der Parteien ist - wie ausgeführt - nicht festzustellen. Soweit dem Gutachten zu entnehmen sein sollte, die übliche Pacht für ein Objekt wie das Pachtobjekt betrage 190,00 DM pro qm, hält der Senat dies auf Grund der Ausführungen des von ihm beauftragten Sachverständigen, welche in der Bewertung des Objekts und in der Größenordnung des Pachtzinses mit den Ausführungen des erstinstanzlich tätig gewesenem Sachverständigen X und den Ausführungen des vom Kläger beauftragten Sachverständigen L übereinstimmen, für widerlegt. Nachvollziehbar und in Anbetracht der örtlichen Gegebenheiten zutreffend sind die drei Gutachter davon ausgegangen, dass das Pachtobjekt nicht einer 1a-Lage, sondern einer 1b-Lage zuzuordnen ist; insofern ist schon der Ausgangspunkt des von den Beklagten vorgelegten Gutachtens falsch.

3. Danach ist die vom Kläger begehrte Feststellung in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang zu treffen. Der niedrigere Pachtzins, für den auf den 01.01.1996 als Stichtag abzustellen ist, gilt nach dem vom Kläger nicht angefochtenen Urteil des Landgerichts erst ab dem 01.12.1996, weil bis November 1996 der bis dahin vereinbarte Pachtzins vorbehaltlos weiter bezahlt worden ist (Urteil S. 10 f.). 63

Die auf die - zulässige, weil zur Erledigung des Streites der Parteien sachdienliche, § 530 Abs. 1 ZPO - Widerklage zuzusprechenden Beträge errechnen sich wie folgt: 64

a) Mit dem Antrag auf Zahlung von 10.674,25 DM brutto verlangen die Beklagten die restliche Pacht für die Monate Dezember 1996 bis März 1997 (4 Monate). Der Kläger hat gezahlt $4.479,51 \text{ DM} \cdot 4 = 17.918,04 \text{ DM}$ netto; er schuldete $4.860,00 \text{ DM} \cdot 4 = 19.440,00 \text{ DM}$. Nachzuzahlen sind also $1.521,96 \text{ DM}$ zzgl. der gesetzlichen MWSt in Höhe von 15%, insgesamt also 1.750,25 DM. 65

b) Mit dem Antrag auf Zahlung von 62.000,00 DM netto = brutto verlangen die Beklagten "Nutzungsentschädigung" von April 1997 bis September 1998 (18 Monate, vgl. GA 197). Wie der Widerklagehilfsantrag und der Vortrag der Beklagten in dem Schriftsatz vom 17.05.1999 (S. 7 f. = Bl. 280 f.) erkennen lässt, wollen sie für den Fall, dass das Pachtverhältnis weiter besteht, statt Nutzungsentschädigung Pacht verlangen. Nach den vorstehenden Ausführungen schuldet der Kläger für 18 Monate eine Restzahlung von $380,49 \text{ DM} \cdot 18 = 6.848,82 \text{ DM}$ netto. Eine Verurteilung zur Zahlung der MWSt ist insoweit zwar nicht ausdrücklich beantragt; der Senat legt die Anträge in 66

ihrer Gesamtschau aber dahin aus, dass für den Fall der Verurteilung zur Pachtzinsszahlung entsprechend dem oben unter a) behandelten Antrag eine Verurteilung zur Zahlung des Bruttobetrages gewollt ist. Dem entsprechend ist bis März 1998 der bis zum 31.03.1998 geltende Mehrwertsteuersatz in Höhe von 15% zuzurechnen, für die Zeit danach gilt der Satz von 16%. Danach ergeben sich die aus dem Tenor ersichtlichen Beträge von 5.250,76 DM (= 4.565,88 DM + 684,88 DM) und 2.648,21 DM (2.282,94 DM + 365,27 DM).

c) Der weiter gehende Antrag und der Hilfsantrag sind unbegründet, wie sich aus den vorstehenden Ausführungen ergibt. 67

d) Zu dem geltend gemachten Zinssatz in Höhe von 9,5% haben die Beklagten trotz der Auflage in dem Beschluss vom 14.04.1999 (Ziffer IV 3 = Bl. 252 d.A.) nicht weiter vorgetragen und Beweis angetreten. Zinsen sind mithin nur in gesetzlicher Höhe von 4% (§ 288 Abs. 1 BGB a.F.) zuzuerkennen; dafür, dass die Verpachtung ein beiderseitiges Handelsgeschäft und demnach ein Zinssatz von 5% gerechtfertigt ist (§ 352 HGB), ist nichts vorgetragen. 68

II. Die Räumungsklage ist unbegründet. 69

1. Die Beklagten haben nicht wirksam wegen Zahlungsverzuges des Klägers gekündigt. Der Senat ist mit dem Landgericht (Urteil S. 11 f.) der Ansicht, dass die Voraussetzungen für eine fristlose Kündigung wegen rückständiger Mietzinsszahlungen bei Ausspruch der Kündigung am 14.03.1997 nicht vorlagen. 70

Nach § 3 Absatz 3 des Pachtvertrages kann der Verpächter das Pachtverhältnis fristlos kündigen, wenn der Pächter mit der Zahlung von zwei Pachtraten ganz oder teilweise länger als vier Wochen in Rückstand bleibt. Die Vertragsklausel ist dahin auszulegen, dass Kündigungsvoraussetzung der Rückstand von zwei Pachtraten ist, die nach Auflaufen des Rückstandes nicht vollständig innerhalb von vier Wochen nachbezahlt werden. Der Kläger schuldete für die Monate Dezember 1996 bis März 1997 19.440,00 DM (4.860,00 DM*4) netto. Er hat bis März 1997 16.400,00 DM (4.100,00 DM*4) netto gezahlt. Die Differenz beträgt 3.040,00 DM, erreicht also nicht einmal den Betrag einer Pachtrate. 71

Im übrigen muss die Vertragsklausel, soweit sie darauf abstellt, dass der Pächter "im Rückstand" bleibt, nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) dahin ausgelegt werden, dass - wie in § 554 BGB - ein zu vertretender Rückstand, also Verzug gemeint ist. Ein Vertretenmüssen scheidet nach Ansicht des Senats aus, wenn - wie hier - die Parteien über die Höhe des Miet- bzw. Pachtzinses streiten, die Feststellung der Höhe nicht exakt kalkulierbar, weil letztlich nur innerhalb einer von Sachverständigen und Gerichten unterschiedlich ausgeschöpften Bandbreite zu treffen ist und der Verpflichtete seine Zahlungen nach den Feststellungen eines öffentlich bestellten und vereidigten Sachverständigen ausrichtet, die sich im Rahmen der bei verschiedenen Sachverständigen naturgemäß auftretenden Bewertungsunterschiede letztlich als vertretbar erweisen. Danach wäre auch eine Kündigung wegen der durch das vorliegende Urteil für die Zeit nach März 1997 ausgeurteilten Rückstände unberechtigt. Eine solche Kündigung ist allerdings von den Beklagten weder ausdrücklich erklärt worden noch ist sie ihren schriftsätzlichen Ausführungen zu entnehmen. 72

2. Die in der Berufungsbegründung zusätzlich ausgesprochene fristlose Kündigung aus wichtigem Grund ist unwirksam. Der dafür angegebene Kündigungsgrund liegt 73

nicht vor. Es ist nicht ersichtlich, wieso sich aus der Anlage BB 3 (= Bl. 206 ff. d.A.) ergeben soll, dass der Kläger den vorprozessual eingeschalteten Privatgutachtern vorsätzlich falsche Vorgaben gemacht sowie hierzu erstinstanzlich falsch vorgetragen haben und die Fortsetzung des Pachtverhältnisses daher unzumutbar sein soll. Insoweit haben die Beklagten trotz der Auflage in dem Beschluss vom 14.04.1999 (Ziffer IV 4 a = Bl. 252) ihr Vorbringen nicht in erheblicher Weise ergänzt. Mit dem Schriftsatz vom 17.05.1999 (Bl. 279 f. d.A.) wird lediglich der Vortrag aus der Berufungsbegründung wiederholt. Die Begründung, der Pachtvertrag sei ein Knebelungsvertrag und der Kläger sei deshalb zu "ganz besonderer Vertragstreue und zur erhöhten Rücksichtnahme auf die wirtschaftlichen Belange der Beklagten" verpflichtet, ist bereits im rechtlichen Ansatz zweifelhaft, ersetzt jedenfalls nicht den Vortrag, worin die Vertragsuntreue, die eine Fortsetzung des Pachtverhältnisses unzumutbar macht, genau liegen soll.

III. Die Kostenentscheidung beruht auf den §§ 92 Abs. 1, 97 Abs. 1, 100 Abs. 1 ZPO, wobei sich trotz zum Teil unterschiedlicher Streitgegenstände und unterschiedlicher Streitwerte für beide Instanzen gleiche Quoten ergeben. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus den §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. 74

Die Beschwer der Beklagten übersteigt 60.000,00 DM, die des Klägers übersteigt diesen Betrag nicht. 75

Berufungsstreitwert: 182.119,26 DM (Klage 27.845 DM, Widerklage 154.274,26 DM). 76

Dr. Pastor Opitz Zoll 77