BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

XII ZR 136/05

Verkündet am:
23. April 2008
Küpferle,
Justizamtsinspektorin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 13. Februar 2008 durch die Richter Sprick, Fuchs, Dr. Ahlt, die Richterin Dr. Vézina und den Richter Dose

für Recht erkannt:

Auf die Anhörungsrüge der Klägerin wird der Senatsbeschluss vom 21. März 2007 aufgehoben, soweit ihre Revision Erfolg hat.

Auf die Revisionen der Parteien wird das Urteil des 4. Zivilsenats des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts in Schleswig vom 21. Juli 2005 im Kostenpunkt und im Umfang der Anfechtung aufgehoben.

Die Sache wird an das Oberlandesgericht zurückverwiesen zur Entscheidung

über den Zahlungsantrag der Klägerin hinsichtlich des Mietausfallschadens für die Zeit nach dem 31. Januar 2003,

über den Antrag der Klägerin auf Feststellung, dass ihr der Beklagte auch den gesamten zukünftigen mit den bisherigen Zahlungsanträgen nicht erfassten Mietausfallschaden zu ersetzen habe,

über den Antrag der Klägerin auf Feststellung der Verpflichtung des Beklagten, ihr den Schaden zu ersetzen, der ihr durch die Zwangsversteigerung des Grundstücks entstanden ist sowie

Matthias Prinz
Rechtsanwalt www.prinz.law

über die Kosten des Rechtsstreits einschließlich der Kosten der Streithelferinnen zu 1 und 2 der Klägerin und des Streithelfers des Beklagten.

Im Übrigen wird das Urteil des 4. Zivilsenats des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts in Schleswig vom 21. Juli 2005 teilweise geändert und wie folgt neu gefasst:

Unter Zurückweisung der Anschlussberufung des Beklagten wird das Urteil der 6. Zivilkammer des Landgerichts Itzehoe vom 24. Oktober 2001 auf die Berufung der Klägerin teilweise geändert und wie folgt neu gefasst:

Der Beklagte wird verurteilt,

a) an die Streithelferin zu 2 der Klägerin 364.301,02 € zu zahlen,

b) an Frau M. W. , H. weg ..., ... I. und an Frau U. W. , H. straße ... ... P. , jeweils die Hälfte folgender Jahreszinsen zu zahlen:

9,26 % Zinsen aus 9.203,25 € seit dem 1. September 2000,

5 % Zinsen über dem Basiszins aus weiteren 3.281,11 € seit dem 11. April 2001,

5 % Zinsen über dem Basiszins aus weiteren 91.265,58 € seit dem 3. Mai 2001,

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

5 % Zinsen über dem Basiszins aus weiteren 11.086,83 € seit dem 25. Mai 2001

sowie

5 % Zinsen über dem Basiszins aus weiteren 249.464,25 € seit dem 4. Februar 2004.

Die weitergehende Zahlungsklage wird, soweit sie nicht den Mietausfallschaden für die Zeit nach dem 31. Januar 2003 des Grundstückes betrifft, abgewiesen.

Es wird festgestellt, dass der Beklagte verpflichtet ist, die Klägerin von allen Schadensersatzansprüchen ihrer Streithelferin zu 1 wegen nicht rechtzeitiger Übergabe der Mietsache gemäß deren Mietvertrag mit der Klägerin vom 18. Mai 1999 sowie wegen dessen Beendigung freizustellen.

Die weitergehende Berufung der Klägerin wird zurückgewiesen, soweit sie den Zahlungsantrag mit Ausnahme des bezifferten Mietausfallschadens für die Zeit nach dem 31. Januar 2003 betrifft.

Im Übrigen wird der Senatsbeschluss vom 21. März 2007 aufrechterhalten und die Revision des Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Die Klägerin macht gegen den Beklagten Entschädigungs- und Schadensersatzansprüche aus einem Mietverhältnis geltend.

2 Der Gesellschafter J.W. der Klägerin erwarb 1991 das Objekt R.-Straße 4-6 in H. Den Kaufpreis von 1,55 Mio. DM finanzierte er im Wesentlichen durch die Aufnahme von Krediten bei der R. Bank e.G. (Streithelferin zu 2 der Klägerin) und der D.-Bank. Mit schriftlichem Vertrag vom 13. Dezember 1995 vermietete die Klägerin das Grundstück dem Beklagten zum Betrieb einer Fachhochschule. In einem Nachtrag wurde vereinbart, dass der Mietvertrag bis zum 31. Juli 1999 laufe.

3 Mit Vertrag vom 18. Mai 1999 vermietete die Klägerin das Objekt zum 1. August 1999 an die S. GmbH (Streithelferin zu 1 der Klägerin) fest bis zum 31. Juli 2009. Die Miete sollte monatlich 15.000 DM (7.669,38 €), ab 1. August 2000 monatlich 25.500 DM (13.037,94 €), ab 1. August 2004 monatlich 27.500 DM (14.060,53 €) und ab 1. August 2006 monatlich 30.500 DM (15.594,40 €) jeweils zuzüglich MWSt betragen. Die Klägerin hatte zur Neuvermietung des Grundstücks einen Makler eingeschaltet, dem sie hierfür 46.197 DM Provision zahlte. Der Beklagte räumte das Objekt nicht fristgerecht zum Vertragsende am 31. Juli 1999, sondern gab es erst am 18. September 2000 heraus. Zwischenzeitlich hatte die S. GmbH das Mietverhältnis mit der Klägerin mit Schreiben vom 1. Februar 2000 fristlos gekündigt.

4 Ab Oktober 1999 zahlte der Beklagte, zumindest teilweise, die Miete nicht mehr an die R. Bank e.G., sondern hinterlegte sie. Es kam zu Zwangsvollstreckungsmaßnahmen gegen die Klägerin. Dadurch entstanden ihr Kosten in Höhe von 21.683,95 DM (11.086,83 €). Zum 1. Mai 2002 vermietete der für das Grundstück zwischenzeitlich eingesetzte Zwangsverwalter eine Teilfläche an

die A. Speditions- und Logistik GmbH zu einem monatlichen Mietzins von 2.703,61 €. Im Übrigen stand das Objekt leer. Es wurde am 31. Januar 2003 gegen ein Bargebot von 260.000 € zwangsversteigert.

5 Erstinstanzlich verlangte die Klägerin von dem Beklagten Renovierungs- und Sachverständigenkosten in Höhe von 63.211,22 DM, Zwangsvollstreckungskosten in Höhe von 21.683,95 DM, Maklerkosten in Höhe von 46.197 DM, restliche Nutzungsentschädigung für die Zeit von August 1999 bis September 2000 in Höhe von 43.276,80 DM sowie einen Mietausfallschaden für die Zeit von Oktober 2000 bis April 2001 von 207.060 DM (105.868,10 €), insgesamt somit 381.428,97 DM zuzüglich Zinsen. Außerdem begehrte die Klägerin die Feststellung der Ersatzpflicht des Beklagten für die ihr aus dem Scheitern des Mietvertrages mit der S. GmbH entstehenden Schäden.

6 Das Landgericht hat den Beklagten zur Zahlung von 27.701,25 DM nebst Zinsen verurteilt und im Übrigen die Klage abgewiesen. Die Reparaturkosten habe der Beklagte in Höhe von lediglich 6.017,30 DM (3.076,60 €) zu tragen, die Kosten der Zwangsvollstreckung in Höhe von 21.683,95 DM (11.086,83 €) voll. Die weitergehende Klage sei abzuweisen. Der Beklagte habe nach Beendigung des Vertrages die geforderte Nutzungsentschädigung in voller Höhe bezahlt. Des Weiteren schulde er keinen Schadensersatz. Denn die Kündigung seitens der S. GmbH sei unberechtigt gewesen. Der geltend gemachte Mietausfallschaden beruhe daher nicht auf einer verspäteten Rückgabe des Objekts. Gegen dieses Urteil haben die Klägerin Berufung und der Beklagte Anschlussberufung eingelegt.

7 Die Klägerin hat ihre Zahlungsklage in der Berufungsinstanz auf insgesamt 663.865,96 € nebst Zinsen erhöht und vorrangig Zahlung in Höhe von 400.000 € an ihre Streithelferin zu 2 und im Übrigen an die Ehefrauen ihrer bei-

den Gesellschafter jeweils in Höhe von 131.932,98 € nebst Zinsen auf die Gesamtforderung begehrt.

8 Im Einzelnen handelt es sich um folgende Positionen:

Reparatur- und Sachverständigenkosten	32.319,38 €
Maklerkosten	23.620,15 €
Nutzungsentschädigung von August 1999 bis September 2000	22.127,08 €
Mietausfall von Oktober 2000 bis November 2003	574.712,52 €
Zwangsvollstreckungskosten	11.086,83 €
insgesamt	663.865,96 €

9 Die Klägerin hielt außerdem ihren in erster Instanz gestellten Feststellungsantrag aufrecht und erweiterte die Klage um den Antrag, festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet sei, der Klägerin auch den gesamten zukünftigen mit den bisherigen Zahlungsanträgen nicht erfassten Mietausfallschaden zu ersetzen.

10 Die Berufung der Klägerin hatte weitgehend Erfolg; die auf Abweisung der Klage gerichtete Anschlussberufung blieb erfolglos.

11 Auf die Berufung der Klägerin hat das Oberlandesgericht die Beklagte zur Erstattung geringfügig höherer als der vom Landgericht zugesprochenen Renovierungs- und Sachverständigenkosten (3.076,60 €), nämlich in Höhe von 3.281,11 € verurteilt und die weitergehende Berufung der Klägerin, soweit sie diese Position betrifft, zurückgewiesen. Als Nutzungsentschädigung von August 1999 bis September 2000 hat es der Klägerin einen Anspruch von 9.203,25 € (18.000 DM) mit der Begründung zuerkannt, der Beklagte habe in der Zeit von August 1999 bis Juli 2000 eine monatlich um 1.500 DM verringerte Miete gezahlt; im Übrigen (12.923,83 €) hat es die Berufung der Klägerin zurückgewiesen. Von dem mit der Berufung klageerweiternd begehrten Mietausfallschaden für die Zeit von Oktober 2000 bis November 2003 in Höhe von 574.712,52 €

(29.580 DM Bruttomiete x 38 Monate = 1.124.040 DM) sei, da ab Mai 2002 eine Teilfläche an die A. Speditions- und Logistik GmbH zu einem Mietzins von monatlich 2.703,61 € vermietet gewesen sei, ein Betrag von 51.368,59 € (2.703,61 € x 19 Monate) abzuziehen, so dass ein Betrag von 523.343,93 € verbleibe. Obwohl somit die Zahlungsklage in Höhe von insgesamt 93.330,69 € abgewiesen werde, sei dem Zahlungsanspruch dennoch in vollem Umfang stattzugeben. Die Klägerin habe nämlich zur Begründung ihres Zahlungsantrags den weiteren Mietausfallschaden ab Dezember 2003 nachgeschoben. Dieser belaufe sich auf monatlich 12.420,40 € (15.124,01 € abzüglich Miete A. Speditions- und Logistik GmbH 2.703,61 €). Damit decke der Zahlungsantrag den Mietausfallschaden bis einschließlich Juni 2004 ab; auf den Monat Juli 2004 sei ein Restbetrag von 6.387,89 € anzurechnen.

12 Außerdem hat das Berufungsgericht sinngemäß festgestellt, dass der Beklagte verpflichtet sei, die Klägerin von allen Schadensersatzansprüchen ihrer Streithelferin zu 1 wegen nicht rechtzeitiger Übergabe der Mietsache gemäß deren Mietvertrag mit der Klägerin vom 18. Mai 1999 sowie wegen dessen Beendigung freizustellen; weiter hat es festgestellt, dass der Beklagte verpflichtet sei, der Klägerin auch den gesamten zukünftigen mit den bisherigen Zahlungsanträgen nicht erfassten Mietausfallschaden zu ersetzen.

13 Das Berufungsgericht hat die Revision zugelassen. Hiervon haben beide Parteien Gebrauch gemacht. Die Klägerin sucht zu erreichen, dass auch festgestellt werde, der Beklagte habe ihr den Schaden zu ersetzen, der ihr durch die Zwangsversteigerung des Objekts entstanden sei. Sie rügt ferner, für die Zeit nach dem Verlust des Objekts am 31. Januar 2003 sei bei Berechnung des Mietausfallschadens die Miete, die seitens der A. Speditions- und Logistik GmbH bezahlt werde, nicht zu berücksichtigen, da sie der Klägerin nicht zugute gekommen sei. Schließlich hätte das Berufungsgericht der Klägerin auch Ver-

zugszinsen auf den zugesprochenen Ersatz der entgangenen Mieteinnahmen und Zwangsvollstreckungskosten zusprechen müssen.

14 Der Beklagte möchte mit seiner Revision erreichen, dass die Klage abgewiesen wird, soweit er zur Zahlung von mehr als 3.281,11 € (Renovierungskosten) nebst Zinsen verurteilt worden ist.

15 Der Senat hat mit Beschluss vom 21. März 2007 gemäß § 552 a ZPO die Revision der Klägerin zurückgewiesen. Auf deren Anhörungsrüge (§ 321 a ZPO) hat er das Verfahren fortgesetzt.

Entscheidungsgründe:

16 Die Revisionen der Parteien sind zum Teil begründet.

I.

17 Die Revision des Beklagten ist teilweise begründet und führt zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht, soweit der Mietausfallschaden nach der Zwangsversteigerung des Grundstücks (31. Januar 2003) betroffen ist.

18 1. Vergeblich greift die Revision des Beklagten allerdings die Ausführungen des Berufungsgerichts an, wonach der Beklagte in der Zeit von August 1999 bis Juli 2000 von der als Nutzungsentschädigung zu zahlenden Miete nicht 1.500 DM monatlich abziehen und als Nebenkostenvorauszahlungspau-

schale direkt an die Stadtwerke zahlen durfte. Vielmehr hat das Berufungsgericht den Mietvertrag in revisionsrechtlich nicht zu beanstandender Weise dahingehend ausgelegt, dass die Nebenkosten nicht in der (Grund-)Miete enthalten, sondern vom Mieter gesondert zu bezahlen gewesen seien. Zwar mag die Klägerin, worauf die Revision hinweist, die monatlichen Vorauszahlungen von 1.500 DM an die Stadtwerke ursprünglich selbst erbracht und erst mit der jährlichen Nebenkostenabrechnung auf den Beklagten umgelegt haben. Dies berechtigte den Beklagten jedoch nicht, soweit die Klägerin nach Beendigung des Mietvertrages mit dem Beklagten diese Zahlungen nicht mehr leistete, von der monatlichen Miete für die Zeit von August 1999 bis Juli 2000 je 1.500 DM in Abzug zu bringen und diesen Betrag direkt an die Stadtwerke zu zahlen. Der Beklagte schuldet daher der Klägerin für die Zeit von August 1999 bis September 2000 noch 9.203,25 € (18.000 DM) Nutzungsentschädigung gemäß § 557 Abs. 1 Satz 1 BGB a.F.

19 2. Ohne Erfolg rügt der Beklagte mit seiner Revision die Ausführungen des Berufungsgerichts als rechtsfehlerhaft, nach denen der Klägerin gegen ihn ein Anspruch auf Ersatz des Schadens zusteht, der ihr dadurch entstanden ist, dass die S. GmbH den mit der Klägerin abgeschlossenen Mietvertrag gekündigt hat und der Klägerin somit Mieteinnahmen entgangen sind. Allerdings ergibt sich der Anspruch im Gegensatz zur Auffassung des Berufungsgerichts nicht aus § 557 Abs. 1 Satz 2 BGB a.F. i.V.m. den Grundsätzen der positiven Vertragsverletzung. Vielmehr ist der Schaden dadurch entstanden, dass der Beklagte die gemieteten Räume nicht fristgemäß geräumt hat. Der Schadensersatzanspruch der Klägerin folgt somit aus § 557 Abs. 1 Satz 2 BGB a.F. i.V.m. §§ 286, 252 BGB.

20 Das Berufungsgericht ist nach ausführlicher Würdigung der erhobenen Zeugenbeweise zu der Überzeugung gelangt, dass der von der Klägerin mit der

S. GmbH geschlossene Mietvertrag nicht, wie der Beklagte behauptet, der Klägerin nur ermöglichen sollte, nach Ende des ursprünglichen Mietvertrages zum 31. Juli 1999 vom Beklagten einen höheren Mietzins zu erzielen, und der Mietvertrag mit der S. GmbH nicht ernstlich gewollt gewesen sei. Vielmehr hat es sich davon überzeugt, dass die S. GmbH mit Rechtsbindungswillen beabsichtigt habe, das Objekt zu den vereinbarten Konditionen anzumieten und - wozu sie auch finanziell in der Lage gewesen sei - entsprechend ihren unternehmerischen Vorstellungen zu nutzen. Schließlich sei die Kündigung des Mietvertrages seitens der S. GmbH wirksam gewesen; diese habe nicht damit rechnen müssen, dass der Beklagte sich dem Räumungsverlangen trotz eindeutiger Rechtslage so hartnäckig widersetzte. Die Revision des Beklagten, die in diesem Zusammenhang die Beweiswürdigung des Oberlandesgerichts angreift, macht weiter geltend, dass ein Schadensersatzanspruch der Klägerin schon deswegen nicht bestehe, weil sich diese dem Beklagten gegenüber verpflichtet habe, ihm einen Untermietvertrag mit der Nachmieterin zu den bisherigen Konditionen zu verschaffen. Hierzu beruft er sich auf die Aussage des Zeugen Prof. B. Das Berufungsgericht hat hingegen die Aussage des Zeugen in revisionsrechtlich nicht zu beanstandender Weise anders gewürdigt und insbesondere verneint, dass der Zeuge von einer verbindlichen Zusage der Klägerin auf Abschluss eines solchen Untermietvertrages habe ausgehen können.

21 Die Beweiswürdigung des Tatrichters kann revisionsrechtlich nur darauf geprüft werden, ob sie in sich widersprüchlich ist, den Denkgesetzen oder allgemeinen Erfahrungssätzen zuwider läuft oder Teile des Beweisergebnisses ungewürdigt lässt (BGH Urteil vom 9. Juli 1999 - V ZR 12/98 - NJW 1999, 3481, 3482). Entgegen den Angriffen der Revision des Beklagten ist dem Berufungsgericht kein solcher Beweiswürdigungsfehler unterlaufen. Vielmehr hat es sich ausführlich mit der umfangreichen Beweisaufnahme auseinandergesetzt. Es ist dabei auf die vielschichtigen Beziehungen zwischen den Parteien und einzel-

nen Zeugen eingegangen und hat deren Aussagen sowohl für sich genommen als auch im Kontext der übrigen Zeugenaussagen hinreichend gewürdigt. Die tragenden Gründe seiner Beweiswürdigung hat das Berufungsgericht ausführlich dargelegt. Hinsichtlich der in diesem Zusammenhang erhobenen Verfahrensrügen, die der Senat geprüft hat und die nicht durchgreifen, macht der Senat von der Möglichkeit Gebrauch, nach § 564 ZPO von einer Begründung abzusehen.

22 3. Ohne Erfolg rügt die Revision des Beklagten, das Berufungsgericht hätte bei Ermittlung der Schadenshöhe die Aufwendungen abziehen müssen, die die Klägerin infolge der Kündigung des Mietvertrages mit der S. GmbH und der Zwangsversteigerung des Grundstücks erspart habe. Dies ist zwar grundsätzlich richtig. Doch handelt es sich um eine Frage des Vorteilsausgleichs, für dessen Voraussetzungen der Schädiger, hier also der Beklagte, darlegungs- und beweispflichtig ist (vgl. BGH Urteil vom 17. Oktober 2003 - V ZR 84/02 - NJW-RR 2004, 79, 81). Der Beklagte hat aber vor den Instanzgerichten nicht dargelegt, welche Aufwendungen die Klägerin infolge der Kündigung bzw. Zwangsversteigerung erspart haben soll.

23 4. Zu Recht rügt allerdings die Revision des Beklagten, dass das Berufungsgericht der Klägerin zusätzlich zu der entgangenen Miete aus dem Mietvertrag mit der S. GmbH die Makleraufwendungen für die Vermittlung dieses Vertrages in Höhe von 23.620,15 € als vergeblichen Aufwand zuerkannt hat. Dies verletzt § 249 BGB, weil die Klägerin, die Ersatz ihres entgangenen Gewinns geltend macht, dadurch mehr erhalten würde als sie bei Durchführung des Mietvertrages mit der S. GmbH bekommen hätte. Insoweit ist also die Klage abzuweisen.

24 5. Weiter hat das Berufungsgericht - entgegen der Revisionsrüge des Beklagten - rechtsfehlerfrei entschieden, dass der Beklagte der Klägerin die Kosten der Zwangsvollstreckungsmaßnahmen in Höhe von 11.086,83 € zu ersetzen hat, die dieser infolge der unberechtigten Hinterlegung der Nutzungsentschädigung ab Oktober 1999 entstanden sind. Dies gilt sowohl für die Feststellung des Berufungsgerichts, der Beklagte sei nicht zur Hinterlegung berechtigt gewesen, als auch für den vom Tatrichter festgestellten ursächlichen Zusammenhang zwischen der Hinterlegung und den streitgegenständlichen Zwangsvollstreckungsmaßnahmen. Dagegen erhebt die Revision auch keine Einwände. Sie begehrt lediglich eine Korrektur unter dem Gesichtspunkt des Mitverschuldens (§ 254 BGB).

25 Das Berufungsgericht hatte jedoch aufgrund des festgestellten Sachverhalts keinen Anlass, von Amts wegen - der Beklagte hat vor den Instanzgerichten kein Mitverschulden der Klägerin behauptet - zu prüfen, ob die Klägerin an den Zwangsvollstreckungsmaßnahmen ein Mitverschulden trifft. Nach dem festgestellten Sachverhalt hatte der Beklagte über seinen bevollmächtigten Anwalt einseitig erklärt, die Mietzahlungen einstellen zu wollen, da nach seiner Auffassung nicht klar sei, an wen die Miete zu zahlen sei. Auch wenn die Klägerin dem nicht ausdrücklich widersprochen hat, bestand deswegen für das Berufungsgericht aufgrund der eindeutigen Rechtslage kein Anlass, ein Mitverschulden der Klägerin an den dann voraussehbaren Zwangsvollstreckungsmaßnahmen zu prüfen und ggf. anzunehmen.

26 6. Die Revision rügt zu Unrecht, im Berufungsurteil werde nicht ausreichend deutlich, für welche Zeiträume die Ersatzpflicht des Beklagten Gegenstand des Feststellungsausspruchs sei und wie weit demgegenüber das Leistungsurteil reiche. Bei unklarem Umfang einer Verurteilung ist der Tenor an-

hand der Entscheidungsgründe auszulegen (Senatsurteil vom 11. Juli 2001 - XII ZR 270/99 - NJW-RR 2002, 136 f.).

27 Aus den Gründen des Berufungsurteils ergibt sich eindeutig, dass der Zahlungsausspruch den Mietausfall für den Zeitraum von Oktober 2000 bis (anteilig) Juli 2004 betrifft. Der Feststellungsausspruch bezieht sich notwendigerweise auf Juli 2004 (restlich) bis 31. Juli 2009 als vereinbartem Ende der Laufzeit des Mietvertrages der Klägerin mit der S. GmbH.

28 7. Die Revision des Beklagten beanstandet zu Recht, dass das Oberlandesgericht bei der Berechnung der Höhe des Mietausfallschadens die Mehrwertsteuer mitberücksichtigt hat. Dies war rechtsfehlerhaft. Die Klägerin hat, auch wenn sie laut Mietvertrag mit der S. GmbH zur Umsatzsteuer optiert und somit auf die Steuerfreiheit der Vermietungsumsätze nach §§ 9, 4 Nr. 9 Buchstabe a UStG verzichtet hatte, keine Mehrwertsteuer aufgrund der Schadensersatzleistungen des Beklagten abzuführen. Nach § 1 Abs. 1 UStG liegt nämlich ein steuerbarer Umsatz, abgesehen von hier ohnehin nicht relevanten Fällen, nur vor, wenn ein Unternehmer im Inland eine Lieferung oder sonstige Leistung im Rahmen seines Unternehmens ausführt. Dies ist hier nicht der Fall. Der vom Beklagten zu zahlende Schadensersatz ist kein Entgelt für eine Lieferung oder sonstige Leistung der Klägerin. Vielmehr handelt es sich um einen so genannten echten Schadensersatz, bei dem mangels Leistungsaustauschs keine Steuerbarkeit vorliegt (vgl. Sölch/Ringleb Umsatzsteuer § 1 UStG Rdn. 60). Da die Klägerin somit im Zusammenhang mit der Schadensersatzleistung des Beklagten keine Mehrwertsteuer abzuführen hat, kann sie die Steuer auch nicht als Schadensersatz verlangen (vgl. Senatsurteil vom 22. Oktober 1997 - XII ZR 142/95 - NJW-RR 1998, 803, 805).

29 8. Für die Zeit von Oktober 2000 bis einschließlich Januar 2003 (28 Monate) ist daher zunächst von einem Mietausfallschaden in Höhe von 365.062,32 € (13.037,94 € Nettomiete x 28) auszugehen. Davon sind jedoch die aus dem Mietverhältnis mit der A. Speditions- und Logistik GmbH erzielten Einnahmen von Mai 2002 bis Januar 2003 (9 Monate à 2.703,61 €) in Höhe von insgesamt 24.332,49 € abzuziehen. Die Klägerin hat in ihrer Revisionsbegründung ausdrücklich erklärt, das Urteil in Bezug auf diesen Betrag nicht anzugreifen. Im oben genannten Zeitraum errechnet sich somit ein Mietausfallschaden der Klägerin in Höhe von 340.729,83 € (365.062,32 € - 24.332,49 €).

30 9. Der Klägerin bzw. deren Streithelferin zu 2 stehen daher folgende Beträge zu:

Reparatur- und Sachverständigenkosten (bereits rechtskräftig)	3.281,11 €
Nutzungsentschädigung (Rest)	9.203,25 €
Zwangsvollstreckungskosten	11.086,83 €
Mietausfallschaden von Oktober 2000 bis Januar 2003	340.729,83 €
insgesamt	364.301,02 €

31 Diesen Betrag hat die Beklagte an die Streithelferin zu 2 der Klägerin zu bezahlen.

32 Dagegen ist das Berufungsurteil aufzuheben und die Sache an das Oberlandesgericht zurückzuverweisen, soweit der Mietausfall nach der Zwangsversteigerung des Grundstücks (31. Januar 2003) betroffen ist. Dies gilt für die entsprechende Zahlungs- und die Feststellungsklage:

33 Anhand der vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen lässt sich noch nicht beurteilen, ob der Klägerin über den 31. Januar 2003 (Zeitpunkt der Zwangsversteigerung) hinaus ein Anspruch auf Ersatz ihres Mietausfallschadens gegen den Beklagten zusteht. Denn der Beklagte hat in diesem Zusam-

menhang geltend gemacht, dass es nach dem eigenen Vortrag der Klägerin im ersten Jahr des Mietvertrages mit der S. GmbH zu einer Unterdeckung von 70.000 DM gekommen wäre und die Banken in der Zeit davor bereits beim Rückstand mit nur einer Mietzahlung Zwangsvollstreckungsmaßnahmen eingeleitet hätten. Daraus sei zu schließen, dass es auch dann zu einer Versteigerung des Grundstücks gekommen wäre, wenn der Beklagte die Mietsache rechtzeitig zurückgegeben hätte. Hierzu hat die Klägerin, die alle konkreten Umstände darlegen und ggf. beweisen muss, aus denen sich die Wahrscheinlichkeit der Gewinnerwartung im Sinne von § 252 Satz 2 BGB ergibt (vgl. Senatsurteil vom 17. Juni 1998 - XII ZR 206/96 - NZM 1998, 666) u.a. vorgetragen, dass zur Sicherung des erforderlichen Kapitaldienstes erhebliches Vermögen der Ehefrauen der beiden Gesellschafter vorhanden gewesen sei, das diese nötigenfalls zugunsten der Klägerin auch eingesetzt hätten. Dem ist das Oberlandesgericht gefolgt, ohne die von der Klägerin hierfür als Zeuginnen angebotenen Ehefrauen der Gesellschafter zu vernehmen, obwohl der Beklagte die von der Klägerin behauptete Vermögenssituation bestritten hat. Zur Begründung hat es ausgeführt, dass der Beklagte dem Vortrag der Klägerin nicht substantiiert entgegengetreten sei.

34 Damit hat das Oberlandesgericht, wie die Revision des Beklagten zu Recht rügt, dessen Substantiierungspflicht überspannt. Dem Beklagten war die Vermögenssituation der Ehefrauen der Gesellschafter der Klägerin nicht bekannt. Er verstieß daher nicht gegen seine Substantiierungspflicht, als er ohne weitere Darlegungen bestritt, dass die von der Klägerin behaupteten Vermögenswerte vorhanden seien. Das Berufungsgericht durfte daher den Vortrag der Klägerin insoweit nicht als unbestritten behandeln, sondern hätte die Ehefrauen der beiden Gesellschafter als Zeuginnen vernehmen müssen. Das Berufungsurteil ist daher, soweit der Mietausfallschaden nach dem 31. Januar 2003 betrof-

fen ist, aufzuheben und der Rechtsstreit insoweit zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

35 Dabei wird das Berufungsgericht zu beachten haben, dass der Klägerin ein Schadensersatzanspruch nur zustehen würde, wenn im Falle der Durchführung des Vertrages mit der S. GmbH die Zwangsversteigerung des Grundstückes mit Wahrscheinlichkeit unterblieben wäre. Sollte sich ein Anspruch der Klägerin auf Mietausfall ergeben, so wäre zu beachten, dass bei der Berechnung des Mietausfallschadens der Klägerin der Betrag von 2.703,61 €, den die A. Speditions- und Logistik GmbH monatlich als Miete bezahlt hat, nicht mehr in Abzug zu bringen ist. Zwar mag der vom Zwangsverwalter geschlossene Mietvertrag mit der A. Speditions- und Logistik GmbH über den Zeitpunkt der Zwangsversteigerung fortbestanden haben. Doch gingen mit der Zuschlagserteilung sämtliche Nutzungen, wie die Revision der Klägerin zu Recht rügt, auf den Ersteher nach § 90 Abs. 1, § 56 Satz 2 ZVG über, so dass weitere Zahlungen der GmbH jedenfalls nicht der Klägerin zugute gekommen sind. Weiter wird das Berufungsgericht - nach entsprechendem Vortrag der Parteien - zu prüfen haben, in welchem Umfang neben dem Anspruch auf Ersatz des Versteigerungsschadens unter Berücksichtigung des Versteigerungserlöses noch ein Anspruch auf entgangenen Gewinn (weiterer Mietausfall) in Betracht kommt. Dabei wird das Berufungsgericht zu berücksichtigen haben, dass die Klägerin insgesamt nicht besser gestellt werden darf, als sie ohne das schädigende Ereignis stünde.

II.

36 Die Revision der Klägerin erweist sich zum Teil als erfolgreich und führt in eingeschränktem Umfang zur Zurückverweisung der Sache an das Oberlandesgericht.

37 1. Entgegen der Auffassung der Revision der Klägerin ist es revisionsrechtlich allerdings nicht zu beanstanden, dass das Berufungsgericht der Klägerin die beantragten Verzugszinsen auf den Mietausfallschaden und die Vollstreckungskosten versagt hat. Das Anwaltschreiben vom 25. Februar 2000 enthält insoweit keine Mahnung, da in ihm kein bestimmter Betrag gefordert wird. Zwar kann, worauf die Revision der Klägerin zu Recht hinweist, eine ernsthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung eine Mahnung entbehrlich machen (vgl. BGH Urteil vom 10. Januar 1990 - VIII ZR 337/88 - NJW-RR 1990, 442, 444). Entgegen der Ansicht der Revision hat der Beklagte jedoch im Schreiben vom 29. Februar 2000 nicht jede Schadensersatzleistung ernsthaft und endgültig verweigert. Zwar hat er darin erklärt, er lehne Schadensersatzansprüche der Klägerin ab. Doch hat er in diesem Zusammenhang auch darauf hingewiesen, dass ihm der Mietvertrag der Klägerin mit der S. GmbH noch nicht einmal vorgelegt worden sei, geschweige denn deren Kündigung und "alle sonstigen Rechtshandlungen". Daraus aber ist zu schließen, dass die Ablehnung nicht endgültig war und der Beklagte zur Überprüfung von Unterlagen, die die Klägerin noch vorlegen sollte, bereit war. Eines Hinweises des Berufungsgerichts nach § 139 ZPO bedurfte es nicht, da es sich um Nebenforderungen handelt (§ 139 Abs. 2 ZPO).

38 2. Zu Recht macht die Revision der Klägerin jedoch geltend, das Berufungsgericht habe über ihren Antrag nicht entschieden, wonach festgestellt werden sollte, dass der Beklagte auch verpflichtet sei, der Klägerin den Scha-

den zu ersetzen, der ihr durch den Objektverlust infolge Zwangsversteigerung entstanden sei.

39 Zwar hat die Klägerin insoweit beantragt, ihr

> "den gesamten zukünftigen mit den bisherigen Zahlungsanträgen nicht erfassten Mietausfallschaden zu ersetzen."

40 Die Auslegung dieses Antrags kann der Senat selbst vornehmen. Zwar spricht die wörtliche Auslegung dagegen, dass unter Mietausfallschaden auch der Objektverlust gemeint sein sollte. Doch ist die Klägerin, wie sich aus dem Protokoll der Sitzung vom 15. Juni 2005 vor dem Berufungsgericht i.V.m. ihrem Schriftsatz vom 3. Juni 2005 ergibt, davon ausgegangen, dass mit dem Begriff "Mietausfallschaden" auch der mit dem Mietausfall verbundene Folgeschaden in Gestalt des Objektverlustes gemeint sei, und dass sie ihren Antrag in diesem Sinne verstanden wissen wolle. Auch das Berufungsgericht hat in seinem Beschluss vom 23. Juli 2004 angenommen, dass die Feststellung einer Pflicht zum Ersatz des "Vollstreckungsschadens" anhängig sei. Aufgrund dieser Umstände ist der genannte Feststellungsantrag der Klägerin insbesondere im Hinblick auf deren Recht auf ein faires Verfahren dahingehend auszulegen, dass er auch den Antrag auf Feststellung umfasst, der Beklagte sei verpflichtet, der Klägerin den Schaden zu ersetzen, der ihr durch die Zwangsversteigerung des Grundstücks entstanden sei. Zur Nachholung dieser Entscheidung ist daher der Rechtsstreit unter Aufhebung der zweitinstanzlichen Kostenentscheidung zurückzuverweisen. Dabei hat das Oberlandesgericht auch über die Kosten der Revision zu entscheiden. Im Übrigen wird es zu prüfen haben, ob die Feststellungsklage als solche zulässig ist und ggf. ob die Klägerin (und nicht mehr ihr Mitgesellschafter J. W.) Eigentümerin des Grundstücks oder nutzungsberechtigt

war, der durch den Objektverlust entstandene Schaden also in ihrer Person entstanden ist.

Sprick Fuchs Ahlt

Vézina Dose

Vorinstanzen:
LG Itzehoe, Entscheidung vom 24.10.2001 - 6 O 112/01 -
OLG Schleswig, Entscheidung vom 21.07.2005 - 4 U 167/01 -