

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

Satz 2

ApothG §§ 8~~52~~, 9 Abs. 1, 12; BGB §§ 987, 990; UStG 1993 § 1

Abs. 1 Satz 1 Nr. 1

- a) Zur Frage der Unwirksamkeit eines Vertrages über die entgeltliche Überlassung von Apothekenräumen nebst Einrichtung nach dem ApothekenG.
- b) Zur Frage, ob der Anspruch auf Nutzungsentschädigung aus §§ 987, 990 BGB bei nichtigem Mietvertrag wie ein Mietzinsanspruch der Umsatzsteuer unterliegt (Fortführung von BGHZ 104, 285 f. und Senatsurteil vom 6. Dezember 1995 - XII ZR 228/93 - NJW-RR 1996, 460).

BGH, Urteil vom 22. Oktober 1997 - XII ZR 142/95 - OLG Stuttgart
LG Stuttgart

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

XII ZR 142/95

Verkündet am:
22. Oktober 1997
Küpferle
Justizamtsinspektorin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Elfriede L [REDACTED], R [REDACTED]-W [REDACTED]-Straße [REDACTED] D [REDACTED],

Beklagte, Revisionsklägerin
und Anschlußrevisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwältin [REDACTED] -

gegen

Wolfram J [REDACTED], F [REDACTED]straße [REDACTED], S [REDACTED]
[REDACTED],

Kläger, Revisionsbeklagter
und Anschlußrevisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dres. [REDACTED] und
[REDACTED] -

- 2 -

Der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 17. September 1997 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Blumenröhr und die Richter Dr. Zysk, Dr. Hahne, Sprick und Weber-Monecke

für Recht erkannt:

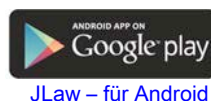
- I. Auf die Anschlußrevision des Klägers wird das Urteil des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Stuttgart vom 5. Mai 1995 teilweise aufgehoben und insgesamt wie folgt neu gefaßt:
 1. Auf die Berufung des Klägers wird - unter Zurückweisung seines Rechtsmittels im übrigen - das Schlußurteil der 26. Zivilkammer des Landgerichts Stuttgart vom 31. August 1994 abgeändert und wie folgt neu gefaßt:
 - a) Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 79.987,01 DM nebst 12,25 % Zinsen hieraus seit dem 15. Juni 1994 zu zahlen.
 - b) Die weitergehende Klage und die Widerklage werden abgewiesen.
 2. Die Berufung der Beklagten wird zurückgewiesen.
- II. Die Revision der Beklagten und die weitergehende Anschlußrevision des Klägers werden zurückgewiesen.
- III. Von den Kosten des ersten Rechtszuges trägt die Beklagte 4/5, der Kläger 1/5.

Von den Kosten beider Rechtsmittelverfahren trägt die Beklagte 3/4, der Kläger 1/4.

Von Rechts wegen



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



Tatbestand:

Der Kläger verlangt von der Beklagten Nutzungsentschädigung aus der Überlassung von Apothekenräumen nebst Inventar sowie Schadensersatz für entgangene Mieteinnahmen.

Der Kläger ist Apotheker. Er hatte in einem neu errichteten Gebäude Geschäftsräume erworben, die er in der Absicht, sie zu vermieten, zur Apotheke ausbaute und mit dem Namen "K[REDACTED]-Apotheke" versah. Kurz zuvor hatte die Beklagte zusammen mit ihrem Ehemann, der wie sie Apotheker ist, eine in der Nähe gelegene Apotheke übernommen. Um die befürchtete Konkurrenz der K[REDACTED]-Apotheke abzuwehren, entschloß sich die Beklagte, diese zu übernehmen. Am 21./28. Dezember 1990 schlossen die Parteien eine als Mietvertrag bezeichnete schriftliche Vereinbarung über die Räume zu einem gestaffelten Entgelt von monatlich 7.000 DM im Jahr 1991, 8.000 DM im Jahr 1992 und 9.000 DM im Jahr 1993 sowie die Überlassung von drei Kfz-Stellplätzen zu insgesamt 240 DM monatlich, jeweils zuzüglich Umsatzsteuer und Nebenkosten. In zwei gesonderten Urkunden gleichen Datums vereinbarten sie, daß die Beklagte die Apothekeneinrichtung, die der Kläger noch einbauen lassen sollte, entweder leasen oder kaufen sollte, ferner, daß sie den "Mietvertrag" kündigen könne, wenn der Umsatz im Jahr 1992 nicht 1,2 Millionen DM und 1993 nicht 2 Millionen DM erreichen werde. Zum Abschluß eines endgültigen Leasing- oder Kaufvertrages über die Einrichtung kam es nicht.

Die Räume standen der Beklagten ab 1. März 1991 zur Verfügung, die Einrichtung war am 22. April 1991 endgültig fertiggestellt. Die Beklagte eröffnete die Apotheke im August 1991. Ab 15. April 1991 zahlte sie die Miete und vorläufige Raten von monatlich 3.000 DM für die Einrichtung, setzte aber ab Januar bzw. Februar 1992 - abgesehen von späteren Akontozahlungen - mit den Zahlungen aus und verlangte mit Schreiben vom 14. Februar und 3. April 1992 die rückwirkende Herabsetzung der Miete und der Leasingraten, da der für 1992 angestrebte Umsatz bei weitem nicht erreicht werden könne. Zu einer Einigung der Parteien kam es nicht. Nach vorangegangener Mahnung kündigte der Kläger mit Schreiben vom 11. Mai 1992 fristlos wegen Zahlungsverzugs und verlangte Räumung bis 31. Mai 1992.

Am 8./11. Mai 1992 schloß er mit der Apothekerin W. eine ebenfalls als Mietvertrag bezeichnete Vereinbarung über die Apothekenräume zu einem monatlichen Mietzins von 8.000 DM sowie zwei Kfz-Stellplätzen zu insgesamt 160 DM monatlich jeweils, zuzüglich Umsatzsteuer. Mietbeginn sollte der 1. Juni 1992 bzw. der Zeitpunkt der Herausgabe der Räume durch die Beklagte sein. Am 25. Mai 1992 schloß er mit der Nachfolgemmieterin außerdem einen Kaufvertrag über die Einrichtung zu einem Preis von 300.000 DM.

Nachdem die Beklagte der Kündigung widersprochen und mit behaupteten Ansprüchen auf Rückzahlung wucherisch überhöhter Miete aufgerechnet hatte, reichte der Kläger am 27. Mai 1992 Räumungsklage ein und erweiterte sie auf Zahlungsansprüche. Die Beklagte wurde durch vorläufig vollstreckbares Teilurteil des Landgerichts vom 19. Oktober

1992 zur Räumung verurteilt und die Apotheke am 24. November 1992 zwangsgeräumt. Die Berufung der Beklagten gegen das Räumungsurteil blieb erfolglos.

Die Nachfolgemmieterin kündigte am 16. Oktober 1992 den Mietvertrag fristlos mangels rechtzeitiger Überlassung der Mietsache und verweigerte die ihr am 2. Dezember 1992 angebotene Übernahme der Räume. In einem darüber zwischen ihr und dem Kläger geführten Rechtsstreit einigte sie sich mit dem Kläger im Berufungsverfahren am 8. November 1993 dahin, daß wechselseitige Ansprüche aus dem Mietvertrag und dem Kaufvertrag nicht bestünden. Der Kläger vermietete die Räume ab 1994 weiter.

Mit Rücksicht auf eine mögliche Nichtigkeit des Vertrages wegen Verstoßes gegen das Apothekengesetz hat der Kläger für die Zeit vom 1. März 1991 bis zur Zwangsräumung am 24. November 1992 Wertersatz für die Nutzung der Räume und der Einrichtung zuzüglich Umsatzsteuer und darüber hinaus für die Zeit vom 1. Juni 1992 bis 30. Juni 1993 Schadensersatz wegen entgangener Einnahmen aus der Weitervermietung verlangt. Abzüglich geleisteter Zahlungen der Beklagten hat er eine Restforderung von 118.599,04 DM geltend gemacht. Das Landgericht hat ihm mit dem Schlußurteil eine Nutzungsvergütung in Höhe von 28.423,90 DM zugesprochen, den Schadensersatzanspruch dagegen abgewiesen.

Die dagegen gerichtete Berufung der Beklagten blieb erfolglos. Auf die Berufung des Klägers, mit der er insgesamt 109.022,94 DM verfolgt hat, hat das Oberlandesgericht ihm auch einen Schadensersatzanspruch zugesprochen, jedoch

beschränkt auf die Höhe des objektiven Miet- und Nutzungswertes für die Räume und die Einrichtung zuzüglich Umsatzsteuer, insgesamt 73.156,55 DM.

Mit der Revision erstrebt die Beklagte die Abweisung der Zahlungsklage. Mit der Anschlußrevision verfolgt der Kläger sein in zweiter Instanz zuletzt gestelltes Begehren weiter.

Entscheidungsgründe:

Die Revision der Beklagten hat im Ergebnis keinen Erfolg; dagegen führt die Anschlußrevision des Klägers zu einer teilweisen Abänderung der zweitinstanzlichen Entscheidung.

I.

Das Oberlandesgericht hat das zwischen den Parteien vereinbarte Vertragsverhältnis insgesamt als Pachtvertrag angesehen, der gegen das apothekenrechtliche Verpachtungsverbot des § 9 ApothG verstoßen habe. Denn der Kläger habe der Beklagten voll eingerichtete, unmittelbar zum Apothekenbetrieb und damit zur Fruchtziehung geeignete Räume zur Verfügung gestellt. Die Beklagte selbst habe nur unwesentliche Teile der Einrichtung beschafft. Die Absicht des Klägers, indirekt an den Erträgen der Apotheke teil zu ha-

ben, ergebe sich auch aus dem Umstand, daß das Entgelt weit über der ortsüblichen Miete gelegen habe, sowie daraus, daß die Parteien die Vergütung für Räume und Einrichtung am Umsatz orientiert hätten, indem sie nämlich der Beklagten die vorzeitige Kündigungsmöglichkeit im Falle des Nichterreichens bestimmter Umsätze eingeräumt hätten. Da keiner der Ausnahmefälle des § 9 ApothG vorgelegen habe, sei der Vertrag nichtig gemäß § 12 ApothG. Der Kläger als Eigentümer der Räume und Einrichtung habe daher gegen die Beklagte als unrechtmäßige Besitzerin einen Anspruch auf Nutzungersatz aus dem Eigentümer-Besitzerverhältnis gemäß §§ 987, 990 BGB. Auf ein etwaiges Zurückbehaltungsrecht wegen ihres Anspruchs auf Rückzahlung der den objektiven Nutzungswert übersteigenden Miete könne sie sich nicht berufen. Denn sie habe nicht etwa die Herausgabe der Räume Zug um Zug gegen Erstattung der Überzahlung angeboten, sondern versucht, eine Fortsetzung des Nutzungsverhältnisses zu ihren Bedingungen zu erzwingen. Dazu habe das Zurückbehaltungsrecht sie nicht berechtigt. Die Beklagte sei auch bösgläubig im Sinne des § 990 BGB gewesen, da ihr als Apothekerin das Verbot des Fremd- oder Mehrbesitzes an Apotheken bekannt gewesen sei, zumal sie selbst bei Übernahme der K[REDACTED]-Apotheke aus der Apotheke ihres Mannes habe ausscheiden müssen. Daß auch dem Kläger die Nichtigkeit des Vertrages bekannt gewesen sei, rechtfertige keine Anwendung des § 817 Satz 2 BGB, da dieser wegen seines Ausnahmecharakters auf Ansprüche aus dem Eigentümer-Besitzerverhältnis nicht anwendbar sei. Der objektive Nutzungswert betrage nach dem Sachverständigen-gutachten für die Räume inklusive Stellplätze monatlich 4.590 DM, für die Einrichtung monatlich 2.107 DM. Zusammen

mit der darauf entfallenden Umsatzsteuer, für die der Kläger optiert habe, stünden dem Kläger mithin monatlich 7.634,58 DM zu, und zwar erst ab dem 22. April 1991, dem Zeitpunkt der Fertigstellung der Einrichtung, weil Räume und Einrichtung nach dem beabsichtigten Vertragswerk nur zusammen hätten genutzt werden können. Beträge in gleicher Höhe, und zwar wiederum inklusive Umsatzsteuer, seien dem Kläger auch für den Folgezeitraum vom 1. Juni 1992 bis 30. Juni 1993 aus dem Gesichtspunkt des Verzugsschadens zuzubilligen, da die Beklagte seiner Räumungsaufforderung zum 31. Mai 1992 nicht nachgekommen sei, sondern es auf die Zwangsräumung am 24. November 1992 habe ankommen lassen. Dadurch sei dem Kläger ein Gewinn aus der Weitervermietung entgangen. Dieser Schaden habe sich auch nach der Zwangsräumung fortgesetzt, da ihm eine alsbaldige Weitervermietung wegen des noch unsicheren Ausgangs des von der Beklagten eingelegten Rechtsmittels im Räumungsprozeß, wegen ihrer schädigenden warnenden Anzeigen in der Fachpresse, und schließlich wegen der mittlerweile allgemein ungünstigen wirtschaftlichen Lage für die Vermietung von Geschäftsräumen, insbesondere Apotheken, nicht möglich gewesen sei. Ein Mitverschulden an der verspäteten Neuvermietung treffe den Kläger daher nicht. Der Kläger könne allerdings für den genannten Folgezeitraum als entgangenen Gewinn nur diejenigen Beträge verlangen, die er ohne Verstoß gegen das Apothekengesetz hätte erwirtschaften können, also auch nur den objektiven Nutzungswert. Demgemäß hat das Oberlandesgericht dem Kläger für den Zeitraum vom 22. April 1991 bis 30. Juni 1993 einschließlich der Umsatzsteuer monatlich 7.634,58 DM,

das sind insgesamt 200.789,45 DM abzüglich von der Beklagten bezahlter 127.632,90 DM = 73.156,55 DM zuerkannt.

II.

Das hält einer rechtlichen Überprüfung nicht in allen Punkten stand.

1. a) Das Oberlandesgericht ist allerdings im Ergebnis zutreffend davon ausgegangen, daß dem Kläger ein Anspruch auf Ersatz des objektiven Nutzungswerts der Räume und der Apothekeneinrichtung gemäß § 987, 990 BGB zusteht. Denn die zwischen den Parteien getroffenen Vereinbarungen verstießen gegen das apothekenrechtliche Verbot des § 8 Satz 2 ApothG und waren nach § 12 ApothG nichtig.

aa) Das Oberlandesgericht hat die Nichtigkeit aus § 9 Abs. 1 ApothG hergeleitet, wonach die Verpachtung von Apotheken - von hier nicht vorliegenden Ausnahmen abgesehen - grundsätzlich verboten ist. Allerdings ist zweifelhaft, ob die vorliegende Fallgestaltung bereits die besonderen Voraussetzungen des § 9 Abs. 1 ApothG erfüllt. Denn das Gesetz versteht unter Apotheke den Handels- und Gewerbebetrieb mit seiner Gesamtheit an zugehörigen Sachen und Rechten (Schiedermaier/Pieck Apothekengesetz 3. Aufl. § 9 Rdn. 7, 75, 76, 81; § 8 Rdn. 158) und richtet sich nicht gegen die entgeltliche Überlassung von Räumen als solchen, mögen sie auch durch Zuschnitt und Lage zum Betrieb von Apotheken geeignet sein (vgl. BGH Urteil vom 4. April 1979 - VIII ZR

118/78 - NJW 1979, 2351), sondern nur gegen die Verpachtung von Apothekenbetrieben (Staudinger/Emmerich BGB 12. Aufl. Vorbem. zu § 581 Rdn. 118, 124, 125; Soergel/Kummer BGB 12. Aufl. vor § 581 Rdn. 40, 42; Erman/Jendrek BGB 9. Aufl. vor § 581 Rdn. 24; Palandt/Putzo BGB 56. Aufl. vor § 581 Rdn. 20; Wolf/Eckert Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 7. Aufl. Rdn. 1753, 1754; Bub in Bub/Treier Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete 2. Aufl. II Rdn. 706). Zwar hat der Kläger der Beklagten entsprechend dem beabsichtigten Vertragszweck neben den Räumen auch die wesentlichen, zum Betrieb einer Apotheke erforderlichen Einrichtungen zur Verfügung gestellt, so daß eine Betriebsaufnahme und eine unmittelbare Fruchtziehung im Sinne des § 581 BGB möglich war. Fraglich ist aber, ob die Inventarüberlassung allein bereits ausreicht, um im Sinne des § 9 Abs. 1 ApothG von der Verpachtung eines Apothekenbetriebes in seiner Gesamtheit an Sachen und Rechten, zu denen in der Regel auch Kundenstamm, good will, Personal, Beziehungen zu Lieferanten, Ärzten und Krankenhäusern, Forderungen und Verbindlichkeiten und der eingeführte Name gehören, ausgehen zu können. In den bisher von der Rechtsprechung entschiedenen Fällen handelte es sich jeweils um Apothekenbetriebe, die schon bestanden haben und als solche mit ihrem eingeführten Namen, Kundenstamm etc. weitergeführt werden sollten (vgl. OLG Karlsruhe NJW 1970, 1977 mit Anm. Pieck; OLG Hamm ZMR 1984, 199; OLG München ZMR 1997, 297). Der in diesen Entscheidungen zum Teil gewählte Begriff der "Raumpacht" als Unterscheidung zur "Unternehmenspacht" ist irreführend und zur Abgrenzung ungeeignet, weil

es sich in allen diesen Fällen tatsächlich um die Verpachtung des gesamten Apothekenbetriebes handelte.

bb) Indessen bedarf es hierzu keiner abschließenden Stellungnahme. Denn das zwischen den Parteien vereinbarte Vertragswerk verstieß bei der hier gebotenen gesamtwirtschaftlichen Betrachtung jedenfalls gegen § 8 Satz 2 ApothG. Danach sind Beteiligungen an einer Apotheke in Form einer Stillen Gesellschaft und Vereinbarungen, bei denen die Vergütung für dem Erlaubnisinhaber gewährte Darlehen oder sonst überlassene Vermögenswerte am Umsatz oder Gewinn der Apotheke ausgerichtet ist, insbesondere auch am Umsatz oder Gewinn ausgerichtete Mietverträge unzulässig. Das Verbot der Umsatzmiete gilt dabei nicht nur für die Anmietung der Apothekenbetriebsräume, sondern für Mietverträge aller Art, die dem Betrieb der Apotheke dienen, also auch für die Miete der Einrichtung (Schiedermaier/Pieck aaO § 8 Rdn. 170). Mit der Regelung des § 8 Satz 2 ApothG sollen sogenannte partiarische Rechtsverhältnisse, in denen sich der Gläubiger die beruflichen und wirtschaftlichen Fähigkeiten des Betriebsinhabers der Apotheke zu Nutze macht und an den Früchten der Apotheke partizipiert, vermieden werden (Schiedermaier/Pieck aaO § 8 Rdn. 146). Sie ist - ebenso wie das Verpachtungsverbot des § 9 ApothG - Ausdruck der gesetzgeberischen Zielvorstellung, dem Apotheker die eigenverantwortliche Führung und Leitung seines Betriebes sowohl in fachlicher, also wissenschaftlich-pharmazeutischer, als auch in betrieblicher und wirtschaftlicher Hinsicht zu ermöglichen, ohne (auch nur indirekt) bei seinen Entscheidungen von Dritten beeinflusst oder bestimmt zu werden (vgl. § 7 ApothG). Seine berufliche Verantwortlichkeit und Ent-

scheidungsfreiheit soll nicht durch unangemessene vertragliche Bedingungen, die ihn in wirtschaftliche Abhängigkeit zu Dritten bringen, beeinträchtigt werden. Dadurch soll sichergestellt werden, daß er seiner öffentlichen Aufgabe, eigenverantwortlich an der ordnungsgemäßen Arzneimittelversorgung der Bevölkerung mitzuwirken, in sachgerechter Weise nachkommt (§§ 1, 7, 8, 9 Abs. 2 Satz 2 ApothG; vgl. BGHZ 75, 214, 215).

Für die Annahme eines partiarischen Rechtsverhältnisses ist allerdings die Höhe des vereinbarten Mietzinses nicht entscheidend, wenngleich er auch je nach den Umständen des Einzelfalles ein Indiz sein kann. Vielmehr muß sich aus dem Gesamtgefüge der Vereinbarungen ergeben, daß die Parteien die Miete am Umsatz oder Gewinn ausgerichtet haben und der Vermieter dadurch an den Erträgen der Apotheke teil hat. In der Regel geschieht dies dadurch, daß die Parteien einen bestimmten prozentualen Anteil am Umsatz oder Gewinn, bezogen auf einen bestimmten Vergütungszeitraum, festlegen, so daß die Miete je nach der Entwicklung dieser Verhältnisse in ihrer Höhe variiert. Das ist indessen nicht zwingend. Das Gesetz läßt es für einen Verstoß gegen das Verbot partiarischer Rechtsverhältnisse genügen, daß der Mietvertrag am Umsatz oder Gewinn "ausgerichtet" ist. Diese Formulierung weist auf die Zielsetzung hin, Geschäfte zur Umgehung dieses Verbots zu verhindern. Für den Tatbestand des § 8 Satz 2 ApothG genügt es dann auch, daß die Parteien in ihren Vorstellungen von einem Zusammenhang zwischen der Miethöhe und dem Umsatz oder Gewinn ausgegangen sind und daß diese Verknüpfung in den Vereinbarungen ihren Niederschlag gefunden hat. Das ist hier der Fall. Die Parteien

hatten für die Räume in den drei Anfangsjahren eine Staffe-
lung vereinbart, wonach die Miete in den Jahren 1991
7.000 DM, 1992 8.000 DM und ab 1993 9.000 DM monatlich zu-
züglich Nebenkosten und Umsatzsteuer betragen sollte. Die
monatlichen Raten für die Einrichtung sollten 3.000 DM be-
tragen. Darüber hinaus war der Beklagten ein Sonderkündi-
gungsrecht eingeräumt, wenn der vom Kläger veranschlagte
Umsatzanstieg auf 1,2 Millionen DM im Jahr 1992 und
2 Millionen DM im Jahr 1993 nicht erreicht werden sollte.
Das weist in seiner Gesamtheit auf eine verdeckte Umsatzbe-
zogenheit hin. Denn die Steigerung der Miete um jeweils
1.000 DM pro Jahr in den ersten drei Anfangsjahren beruhte
ersichtlich nicht auf einer Anpassung an ein steigendes
Mietpreisniveau, sondern auf einer Ausrichtung an der er-
warteten Steigerung der Umsätze der Apotheke bis auf rund
2 Millionen jährlich. Sie sollte damit dem Kläger eine
Teilhabe an den Erträgen der Apotheke sichern. Für die
normalen Mietsteigerungen war dagegen für die Zeit nach Ab-
lauf von fünf Jahren eine Wertsicherungsklausel vereinbart.
Die von den Parteien getroffenen Vereinbarungen verstießen
somit in ihrer Gesamtheit gegen das apothekenrechtliche
Verbot partiarischer Rechtsverhältnisse gemäß § 8 Satz 2.
Entgegen der Auffassung der Beklagten hatte dies nach der
eindeutigen Fassung des § 12 keine Teilnichtigkeit, sondern
die Nichtigkeit des gesamten Rechtsgeschäfts zur Folge
(Schiedermaier/Pieck aaO § 12 Rdn. 7). Damit hatte der Klä-
ger einen Anspruch auf Herausgabe des Mietobjekts.

cc) Ein Recht zur Nutzung stand der Beklagten auch un-
ter dem Gesichtspunkt eines etwaigen Zurückbehaltungsrechts
wegen überzahlter Miete (§ 273 BGB) nicht zu. Zwar ist ein

Zurückbehaltungsrecht gegenüber Vindikationsansprüchen nicht ausgeschlossen, da § 556 Abs. 2 BGB insoweit nicht gilt (BGHZ 41, 341, 347). Jedoch berechtigt § 273 BGB nur dazu, die geschuldete Leistung, hier die Herausgabe, zu verweigern, nicht aber die Sache weiter zu nutzen (vgl. BGHZ 65, 56, 59). Das aber tat die Beklagte bis zum Zeitpunkt der Zwangsräumung am 24. November 1992. Die Wertung des Oberlandesgerichts, es sei ihr auch nicht um die Rückzahlung der Miete Zug um Zug gegen Herausgabe der Apotheke, sondern um deren weitere Nutzung zu veränderten Konditionen gegangen, ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.

dd) Nach den von der Revision nicht angegriffenen Feststellungen des Oberlandesgerichts war die Beklagte bösgläubig im Sinne des § 990 BGB. Dabei reicht es aus, daß ihr das grundsätzliche Verbot des Fremd- und Mehrbesitzes an Apotheken bekannt war. Auf die Unterscheidung zwischen den Verbotsnormen des § 9 und des § 8 Satz 2 ApothG kommt es nicht an. Sie haftet daher dem Kläger gemäß §§ 987 Abs. 1, 990 Abs. 1 BGB auf Herausgabe der gezogenen Nutzungen (§ 100 BGB). Da diese selbst nicht mehr herausgegeben werden können, wandelt sich die Herausgabepflicht in eine Pflicht zum Wertersatz um (vgl. BGHZ 39, 186, 187; MünchKomm/Medicus BGB 3. Aufl. § 987 Rdn. 17).

b) Die Höhe des Wertersatzes für Gebrauchsvorteile bemißt sich bei vermietbaren Sachen nach deren objektivem Mietwert (BGH, Urteil vom 14. Juli 1995 - V ZR 45/94 - NJW 1995, 2627, 2628). Diesen hat das Oberlandesgericht anhand des Sachverständigengutachtens rechtsbedenkenfrei und von der Beklagten nicht angegriffen mit 4.590 DM für die Räume

inklusive Stellplätze und 2.107 DM für die Einrichtung ermittelt.

Zu Recht hat das Oberlandesgericht dem Kläger auch die auf diese Beträge entfallende Mehrwertsteuer zugesprochen. Die Rechtslage ist insoweit für Nutzungsentschädigungsansprüche nach §§ 987, 990 BGB nicht anders zu beurteilen als für Entschädigungsansprüche nach § 557 BGB.

aa) Nach § 557 Abs. 1 BGB kann der Vermieter vom Mieter den vereinbarten oder (bei Räumen) den ortsüblichen Mietzins als Entschädigung verlangen, solange der Mieter nach Beendigung des Mietverhältnisses die Sache nicht zurückgibt. Hierzu hat der Bundesgerichtshof ausgeführt, daß die Forderung aus § 557 Abs. 1 BGB im Rahmen des nach Beendigung des Mietvertrags bestehenden Abwicklungsverhältnisses als vertraglicher Anspruch eigener Art an die Stelle des Mietzinsanspruches tritt. Die Entschädigung ist für die weitere Nutzung der Sache zu zahlen, hat also ihre Ursache in der Gewährung einer Leistung. Sie ist daher auch steuerlich wie eine vertragliche Mietzinsforderung zu behandeln und unterliegt bei entsprechender Option des Vermieters der Umsatzsteuer (BGHZ 104, 285, 291 mit zustimmender Anm. Weiß in EWiR § 557 BGB 1/88 S. 975). Der Senat hat dies für die vergleichbare Vorschrift des § 584 b Satz 1 BGB für Pachtverhältnisse ebenso entschieden (Senatsurteil vom 6. Dezember 1995 - XII ZR 228/93 - NJW-RR 1996, 460, 461).

bb) Demgegenüber unterliegen reine Schadensersatzleistungen wie etwa Schadensersatz wegen Nichterfüllung eines Vertrages oder wegen entgangenen Gewinns nicht der Umsatz-

steuerpflicht. Die Steuerpflicht knüpft an die entgeltliche Leistung des Unternehmers an. Steuerpflichtige Leistung des Vermieters ist bei Mietverträgen die Gebrauchsüberlassung auf Zeit. Ist der Vertrag gekündigt oder beendet und die Sache zurückgegeben, ist die vertragliche Hauptleistung beendet. Daher stehen Schadensersatzleistungen, die der Mieter zu erbringen hat, etwa auch der weitergehende Schaden nach § 557 Abs. 2 BGB, nicht mehr in einem Austauschverhältnis zur Leistung des Vermieters und sind nicht umsatzsteuerpflichtig. Da der Vermieter in diesem Falle keine Umsatzsteuer abführen muß, kann er sie auch vom Mieter nicht erstattet verlangen (vgl. BGH, Urteile vom 11. Februar 1987 - VIII ZR 27/96 - NJW 1987, 1690 für vergleichbare Leasingverträge; vgl. ferner Urteile vom 21. November 1991 - VII ZR 4/90 - NJW-RR 1992, 411, 412 und vom 2. Juni 1987 - X ZR 39/86 - JR 1988, 275, 276 mit Anm. Weiß).

Nach § 1 Abs. 1 Satz 1 UStG unterliegen der Umsatzsteuer Lieferungen und sonstige Leistungen, die ein Unternehmer gegen Entgelt im Rahmen seines Unternehmens ausführt. Nach § 3 Abs. 9 UStG sind sonstige Leistungen solche, die keine Lieferungen sind. Sie können auch in einem Gewähren, Unterlassen oder im Dulden einer Handlung oder eines Zustandes bestehen (u.a. Gebrauchsüberlassung aufgrund eines Mietverhältnisses; vgl. Hundt-Eßwein/Schuhmann UStG 1996, § 3 Rdn. 110 f.). Die Entscheidung darüber, ob es sich bei einer Entschädigungszahlung um nicht steuerbaren Schadensersatz oder um eine steuerbare sonstige Leistung handelt, hängt allein davon ab, ob die Zahlung der Summe mit einer Leistung des Steuerpflichtigen in Wechselbeziehung steht, ob also ein Leistungsaustausch stattgefunden

den hat. Grundlage des Leistungsaustauschs ist dabei eine innere Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung. Das Verhalten des Leistenden muß darauf abzielen oder zumindest geeignet sein, eine Vergütung für die erbrachte Leistung auszulösen (BFH Urteile vom 7. Mai 1981 - V R 47/76 - BStBl. II 1981, 495; vom 20. April 1988 - X R 3/82 - aaO 1988, 792, 794; und vom 22. Juni 1989 - V R 37/84 - aaO 1989, 913, 915). Maßgebend ist der tatsächliche Geschehensablauf. Lassen die wirtschaftlichen Zusammenhänge erkennen, daß die "Ersatzleistung" die Gegenleistung für eine empfangene Lieferung oder sonstige Leistung im Sinne des § 1 Abs. 1 Satz 1 UStG darstellt, liegt keine nichtsteuerbare Schadensersatzleistung, sondern steuerpflichtiges Entgelt vor (Peter/Burhoff UStG 5. Aufl. § 1 Rdn. 34). Die Entgelteigenschaft der Zahlung im Sinne des Umsatzsteuerrechts wird nicht etwa dadurch ausgeschlossen, daß die Vertragsparteien die Zahlung als Schadensersatz bezeichnen oder der Entgeltschuldner nur die tatsächlichen Aufwendungen des Steuerpflichtigen zu erstatten hat. Es reicht aus, wenn die Zahlungen in ursächlichem Zusammenhang mit der Leistung des Steuerpflichtigen stehen. Auch ist es für die Besteuerung unerheblich, ob das dem Leistungsaustausch zugrundeliegende Verpflichtungsgeschäft rechtlich verbindlich ist oder etwa gegen ein gesetzliches Verbot verstößt (vgl. §§ 40, 41 AO; Sölch/Ringleb/List Umsatzsteuergesetz 1996 § 1 Rdn. 10).

cc) Nach diesen Kriterien ist die Nutzungsentschädigung nach § 987 BGB ebenso wie die Entschädigung nach § 557 Abs. 1 BGB nicht als Schadensersatz, sondern als Entgelt für eine umsatzsteuerpflichtige Leistung anzusehen. Denn ihr liegt - wie bei § 557 Abs. 1 BGB - eine Gebrauchsüber-

lassung zugrunde, die zum Zwecke der Erzielung von Entgelt erbracht wurde. Daß diesem Leistungsaustausch im Falle des Eigentümer-Besitzerverhältnisses von Anfang an kein wirksamer Vertrag zugrunde lag, vermag daran nichts zu ändern. Denn zwischen einem Nutzungsverhältnis, in dem die Sache aufgrund eines nichtigen, aber faktisch durchgeführten Vertragsverhältnisses genutzt wird, und einem Mietverhältnis, in dem die Sache aufgrund eines wirksamen, aber durch Kündigung beendeten Vertrages weitergenutzt wird, besteht insoweit kein sachlicher Unterschied. In beiden Fällen geht es um die Abwicklung eines gegenseitigen Leistungsverhältnisses, wobei der geschuldete objektive Nutzungswert nach § 987 BGB an die Stelle der vereinbarten Vergütung tritt. Dieser ist - ebenso wie die Entschädigung nach § 557 Abs. 1 BGB - umsatzsteuerpflichtig.

dd) Nach den Feststellungen des Oberlandesgerichts hatte der Kläger zur Umsatzsteuer optiert. Da die Parteien vereinbart hatten, daß die Beklagte die vom Kläger zu zahlende Umsatzsteuer auf die Miet- und Leasingraten zu vergüten hatte, war die Umsatzsteuer zunächst Teil des vereinbarten Mietzinses. An dessen Stelle trat im Rahmen der Abwicklung des Eigentümer-Besitzerverhältnisses der objektive Nutzungswert, für den der Kläger ebenfalls umsatzsteuerpflichtig war. Der Kläger kann daher objektiven Wertersatz für Räume und Einrichtung zuzüglich Umsatzsteuer, das sind monatlich 7.634,58 DM, verlangen.

c) Dieser Anspruch steht dem Kläger für die Zeit vom 22. April 1991 bis 31. Mai 1992 zu. Soweit er mit seiner Anschlußrevision einen Wertersatz bereits ab 1. März 1991,

dem Zeitpunkt des Vertragsbeginns über die Räume, begehrt, hat er keinen Erfolg. Das Oberlandesgericht hat zutreffend darauf abgestellt, daß die Apotheke nach dem gesamten Vertragsgefüge zusammen mit der Einrichtung zum Gebrauch überlassen werden sollte, so daß erst ab Fertigstellung der Einrichtung am 22. April eine Nutzungsvergütung in Betracht kam.

2. Für die Zeit vom Ablauf der Frist für die Räumung (31. Mai 1992), also vom 1. Juni 1992 bis zum 30. Juni 1993 hat das Oberlandesgericht im Ansatz zutreffend dem Kläger einen Schadensersatzanspruch auf entgangenen Gewinn zuerkannt, da die Beklagte sich ab 1. Juni 1992 mit der Räumung in Verzug befand und dem Kläger eine Anschlußvermietung vor 1994 nicht möglich war (§§ 286, 252, 990 Abs. 2 BGB).

a) Ein den Schadensersatz ausschließendes oder minderndes Mitverschulden an der erst 1994 erfolgten endgültigen Weitervermietung der Räume kann dem Kläger entgegen der Auffassung der Beklagten nicht vorgeworfen werden. Daß der Kläger zeitgleich mit dem Ausspruch der Kündigung gegenüber der Beklagten einen neuen Mietvertrag mit der Nachfolgemietlerin W. abschloß und dort einen Mietbeginn ab 1. Juni 1992 bzw. ab Räumung durch die Beklagte vereinbarte, zeigt vielmehr, daß er sich um eine möglichst nahtlose Weitervermietung bemühte, um den Schaden auch im Interesse der Beklagten zu vermeiden bzw. zu mindern. Der sich an die Zwangsäumung am 24. November 1992 anschließende zeitweilige Leerstand der Räume beruhte zum einen darauf, daß sich die Beklagte mit der Berufung gegen die Räumung zur Wehr setzte, so daß sowohl für den Kläger als auch für einen poten-

tiellen Nachmieter der Ausgang unsicher war, zum anderen darauf, daß eine Vermietung durch die warnenden Anzeigen der Beklagten in Fachzeitschriften erschwert wurde. Außerdem versuchte der Kläger zunächst, die Nachfolgemietlerin W. am Mietvertrag festzuhalten, was ihm nicht als Verletzung seiner Schadensminderungspflicht angelastet werden kann. Die Rüge der Beklagten, das Oberlandesgericht sei pauschal von einer erschwerten Vermietbarkeit aufgrund einer allgemeinen und besonders für Apotheken ungünstiger gewordenen wirtschaftlichen Lage ausgegangen, ohne auf die konkrete Situation abzustellen, greift ebenfalls nicht durch. Das Oberlandesgericht hat seine Beurteilung zum einen auf gerichtsbekannte Tatsachen gestützt, zum anderen auch die besonderen Begleitumstände des Falles (warnende Anzeigen der Beklagten u.a.) mit in Betracht gezogen. Dafür, daß ihm dabei ein in der Revisionsinstanz nachprüfbarer Fehler in Form von falschen Tatsachenannahmen oder unsachlichen Erwägungen unterlaufen wäre, ist nichts ersichtlich.

b) Die Ausführungen des Oberlandesgerichts zur Höhe des dem Kläger entgangenen Gewinns halten einer rechtlichen Nachprüfung indessen nicht stand. Das Oberlandesgericht ist davon ausgegangen, daß dem Kläger nur diejenigen Beträge zustünden, die er ohne Verstoß gegen die Vorschriften des Apothekengesetzes hätte erwirtschaften können. Das sei wiederum nur der objektive Nutzungswert in Höhe der ortsüblichen Miete für Räume und Einrichtung, wie ihn der Sachverständige festgestellt habe, zuzüglich Umsatzsteuer, mithin monatlich 7.634,58 DM. Dem liegt ersichtlich die Erwägung zugrunde, daß der Nachfolgevertrag mit der Apothekerin W. gegen apothekenrechtliche Bestimmungen, nämlich entweder

gegen das Verpachtungsverbot des § 9 ApothG oder das Verbot des § 8 Satz 2 ApothG verstoßen habe. Dabei hat das Oberlandesgericht indessen nicht bedacht, daß der Kläger mit der Nachfolgemietlerin anders ausgestaltete Verträge geschlossen hatte. Er hatte die Räume incl. zweier Stellplätze zu einem monatlichen Mietzins von 8.160 DM zuzüglich Umsatzsteuer vermietet. Der Mietzins war für drei Jahre fest vereinbart, danach waren normale Erhöhungen im Rahmen einer am Lebenshaltungskostenindex ausgerichteten Wertsicherungsklausel möglich. Das Mietverhältnis lief auf zehn Jahre mit zweimaliger Verlängerungsoption von je fünf Jahren für die Mieterin. Das Inventar hatte er zum Anschaffungspreis von 300.000 DM verkauft.

aa) Darin kann auch bei gesamtwirtschaftlicher Betrachtung noch kein Verstoß gegen § 9 Abs. 1 ApothG gesehen werden. Zwar hätte die Nachfolgerin - wenn es zur Durchführung der Verträge gekommen wäre - eingerichtete betriebsbereite Räume zur Verfügung gehabt. An einer Verpachtung der Apotheke als Handels- und Gewerbebetrieb mit der Gesamtheit an zugehörigen Sachen und Rechten fehlt es aber schon deshalb, weil der Kläger die Einrichtung nicht mitverpachtet, sondern verkauft und auch darüber hinaus keine weiteren Leistungen geschuldet und erbracht hat, die den Betrieb der Apotheke dauerhaft fördern sollten. Das Inventar hat er - trotz mittlerweile einjähriger Abnutzung durch die Beklagte - an die Nachfolgemietlerin zum Anschaffungspreis verkauft, so daß von einer wirtschaftlichen Förderung infolge eines besonders günstigen Bezugspreises nicht die Rede sein kann (vgl. Senatsurteil vom 27. März 1991 - XII ZR 136/90 - WM 191, 1480, 1482 = BGHR BGB § 581 Gaststätten-

pacht 1). Mit dem Verkauf des Inventars war im übrigen seine diesbezügliche Verschaffungsleistung abgegolten, ohne daß sich dies noch in einer Erhöhung des Mietzinses für die Räume niedergeschlagen hätte. Die Nachfolgerin hätte das Inventar ebensogut von einem Dritten oder neu erwerben können. Daß sie verpflichtet gewesen wäre, es dem Kläger zugleich mit der Anmietung der Räume abzunehmen, ist nicht festgestellt. Ob sie den Namen "K[REDACTED]-Apotheke" fortführen wollte, war ihr freigestellt. Der Kläger hatte sich diesbezüglich keine Rechte vorbehalten. Auch die Klausel, daß eine etwaige Änderung des in den Räumen betriebenen Gewerbes seiner Zustimmung bedürfe, ist mietvertragstypisch und läßt nicht auf eine Pflicht der Nachfolgerin schließen, den bestehenden Apothekenbetrieb weiterzuführen (vgl. Bub/Treier aaO III Rdn. 998 f.).

Der Umstand, daß die ortsübliche Miete für die Räume auch im Nachfolgevertrag erheblich überschritten war (8.160 DM gegenüber 4.590 DM), läßt für sich allein ebenfalls nicht auf Pacht schließen. Zwar kann die Höhe eines vereinbarten Entgelts eine Indizwirkung für ein Pachtverhältnis haben. Jedoch müssen noch andere Faktoren hinzutreten, die das gesamte Vertragswerk als Pacht kennzeichnen. Daß überhöhte Mieten generell eine apothekenrechtliche unzulässige Fremdnutzung bedeuten (vgl. dazu Schiedermair/Pieck aaO § 9 Rdn. 23; Bub/Treier aaO II Rdn. 706), kann in dieser Allgemeinheit nicht anerkannt werden. Bei langfristigen Neuvermietungen werden häufig über dem ortsüblichen Niveau liegende Mieten vereinbart. Zudem werden Apothekenräume vielfach zu anderen Bedingungen vermietet als übliche Ladenlokale des Einzelhandels, wobei insbeson-

dere die Nähe von Arztpraxen und Krankenhäusern mieterhöhend wirkt. Sie sind daher mit anderen Gewerberäumen nicht ohne weiteres vergleichbar. Mietverträge über Apothekenräume schon deshalb als unzulässige und damit nichtige Pachtverträge einzustufen, weil in ihnen höhere als ortsübliche Mieten vereinbart sind, würde sie mit dem Risiko der Unwirksamkeit belasten und die Vertragsfreiheit bei Aushandlung der Miete unangemessen beeinträchtigen. Dementsprechend hat der Bundesgerichtshof bereits in seinem Urteil vom 4. April 1979 (aaO S. 2352) ausgeführt, daß ein Mietvertrag nicht dadurch zum Pachtvertrag wird, daß die Vergütung für die Gebrauchsüberlassung hoch bemessen ist. Das mit dem Apothekengesetz verfolgte Ziel, Fremdnutzungen von Apotheken zu verhindern, gebietet es ebenfalls nicht, alle Mietverträge mit einer (deutlich) höheren als der ortsüblichen Miete als Pachtverträge mit der Nichtigkeitsfolge der §§ 9, 12 ApothG anzusehen.

bb) Der Vertrag mit der Nachfolgemietlerin verstieß auch nicht gegen § 8 Satz 2 ApothG. Denn die vereinbarte Miete war weder offen noch verdeckt an Gewinn oder Umsatz ausgerichtet. Zu einem erzielbaren Umsatz enthält der Vertrag nichts. Statt einer entsprechenden ansteigenden Staffelmiete, wie sie im Vertrag mit der Beklagten vorgesehen war, wurde hier für drei Jahre eine Festmiete vereinbart. Mieterhöhungen waren nur im Rahmen einer üblichen Wertsicherungsklausel möglich. Auch sonst lag keine Vertragsgestaltung vor, die die wirtschaftliche Selbständigkeit und Eigenverantwortlichkeit der Nachfolgemietlerin unangemessen beeinträchtigt hätte (vgl. BGHZ 75 aaO 216). Für einen Verstoß gegen § 138 Abs. 1 und Abs. 2 BGB ist nichts ersicht-

lich, da ein Wuchergeschäft in der Regel erst ab einer Verdoppelung des marktüblichen Entgelts angenommen werden kann (BGHZ 128, 255, 259) und auch nicht festgestellt ist, daß der Kläger etwa die Unerfahrenheit oder eine Zwangslage der Nachfolgemietlerin ausgenutzt hat.

d) Dem Kläger stehen daher ab Verzug der Beklagten für den Zeitraum vom 1. Juni 1992 bis 30. Juni 1993 monatlich 8.160 DM als entgangene Miete für die Räume nebst Stellplätzen zu. Da es sich hierbei um eine echte Schadensersatzforderung handelt, fällt keine Umsatzsteuer an, die er von der Beklagten fordern könnte. Einen Verzugsschaden hinsichtlich des Inventars, dessen Verkauf an die Nachfolgerin ebenfalls mißlungen ist, hat der Kläger nicht geltend gemacht.

3. Damit ergeben sich folgende Ansprüche:

a) Nutzungsentschädigung für Räume und Einrichtung zuzüglich Umsatzsteuer für die Zeit vom 22. April 1991 bis 31. Mai 1992 (= 13 9/30 Monate) zu monatlich je 7.634,58 DM = 101.539,91 DM;

b) Schadensersatz wegen entgangener Miete für die Räume (ohne Umsatzsteuer) für die Zeit vom 1. Juni 1992 bis 30. Juni 1993 (= 13 Monate) zu monatlich je 8.160 DM = 106.080 DM,

insgesamt 207.619,91 DM.

Darauf hat die Beklagte nach den Feststellungen des Oberlandesgerichts 127.632,90 DM bezahlt, so daß ein

Restanspruch von 79.987,01 DM besteht. Davon haben die Vorinstanzen 73.156,55 DM zugesprochen. Die Revision der Beklagten hat im Ergebnis keinen, die Anschlußrevision des Klägers einen Teilerfolg in Höhe von 6.830,46 DM.

Blumenröhr

Zysk

Dr. Hahne

Sprick

Weber-Monecke