

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGB § 584 b; UStG 1991 §§ 1 Abs. 1 Nr. 1, 9 Abs. 1 und 2

Hat der Verpächter hinsichtlich seiner Pachteinkünfte für die Umsatzsteuer optiert, so umfaßt sein Anspruch wegen verspäteter Rückgabe der Pachtsache auch die Umsatzsteuer, die auf den Teil des Anspruchs entfällt, der der nach § 584b Satz 1 BGB geschuldeten Entschädigung entspricht (im Anschluß an BGHZ 104, 285, 291).

BGH, Urteil vom 6. Dezember 1995 - XII ZR 228/93 - OLG Braunschweig
LG Braunschweig

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

XII ZR 228/93

Verkündet am:
6. Dezember 1995
Küpferle
Justizamtsinspektorin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

- 2 -

Der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 6. Dezember 1995 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Blumenröhr und die Richter Dr. Krohn, Gerber, Sprick und Weber-Monecke

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Braunschweig vom 9. September 1993 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als die Klage in Höhe von mehr als 67.834,84 DM nebst darauf entfallenden Zinsen abgewiesen worden ist.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Oberlandesgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Beklagten betrieben in Räumen, die sie für monatlich 4.000 DM zuzüglich MWSt vom Kläger gepachtet hatten, eine Gaststätte. Im Mai 1988 kündigte der Kläger das Pachtverhältnis zum Jahresende. In einem Vorprozeß wies das Landgericht seine Klage auf Feststellung, daß das Pachtverhältnis am 31. Dezember 1988 ende, mit Urteil vom 11. Janu-



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

ar 1989 ab. Auf die Berufung des Klägers gab das Oberlandesgericht der Klage mit Urteil vom 21. Juli 1989 statt und verurteilte die Beklagten zugleich antragsgemäß zur Räumung und Herausgabe, die am 28. Juli 1989 stattfand.

Zuvor hatten die Beklagten für die Zeit vom 1. Januar bis 30. Juni 1989 (6 x 4.000 DM zuzüglich 14 % MWSt =) 27.360 DM sowie 3.688 DM Betriebskosten gezahlt.

Unmittelbar nach der Räumung eröffnete der Kläger in den bisherigen Pachträumen eine eigene Gaststätte, mit der er nach seinen Angaben in der Zeit vom 1. August bis 31. Dezember 1989 monatlich 24.665 DM Gewinn erzielte.

Im vorliegenden Verfahren verlangt er Ersatz des Verzugsschadens, der ihm dadurch entstanden sei, daß er wegen der verspäteten Räumung seine eigene Gaststätte nicht schon ab 1. Januar 1989 habe betreiben können. Auf der Grundlage des für den Vergleichszeitraum August bis Dezember errechneten Gewinns macht er für die Zeit der Vorenthaltung der Pachtsache 160.322,50 DM entgangenen Gewinn geltend, auf den er sich die gezahlte "Nettopacht" von 24.000 DM anrechnen läßt.

Das Landgericht gab der Klage nach Beweisaufnahme in Höhe von 105.065,79 DM nebst Zinsen statt. Auf die Berufung der Beklagten änderte das Oberlandesgericht das angefochtene Urteil nach weiterer Beweisaufnahme ab, indem es dem Kläger unter Abweisung der Klage im übrigen 22.350 DM nebst Zinsen zusprach. Die weitergehende Berufung der Beklagten

wies es ebenso zurück wie die Anschlußberufung des Klägers, mit der dieser insgesamt 134.200,44 DM begehrte.

Mit der Revision erstrebt der Kläger, das erstinstanzliche Urteil teilweise wieder herzustellen. Über den vom Berufungsgericht zugesprochenen Betrag von 22.350 DM hinaus verlangt er jetzt nur noch weitere 44.015,60 DM nebst Zinsen, mithin insgesamt 66.365,60 DM. In Höhe eines Betrages von 134.200,44 DM - 66.365,60 DM = 67.834,84 DM nimmt er die vom Berufungsgericht ausgesprochene Klageabweisung hin.

Entscheidungsgründe:

Die Revision führt im Umfang der Anfechtung zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Oberlandesgericht.

I.

1. Zutreffend geht das Berufungsgericht davon aus, daß sich die Beklagten seit dem 1. Januar 1989 mit der Räumung und Herausgabe des Pachtobjektes in Verzug befanden und daher verpflichtet sind, dem Kläger den Schaden zu ersetzen, der ihm durch die Vorenthaltung der Pachtsache in der Form entgangenen Gewinns entstanden ist (§§ 556 Abs.1, 581 Abs. 2, 584b Satz 2, 286 Abs. 1, 252 BGB).

Dem Berufungsgericht ist auch darin beizupflichten, daß der Annahme des Verzuges kein unverschuldeter Rechtsirrtum der Beklagten entgegensteht (§ 285 BGB). Zwar hat das Landgericht im Vorprozeß die Kündigung des Klägers zum 31. Dezember 1988 als nicht wirksam angesehen; mit einer abweichenden Rechtsansicht eines Rechtsmittelgerichts muß der auf Rückgabe verklagte Mieter aber stets rechnen (vgl. Wolf/Eckert, Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 7. Aufl. Rdn. 1130; allgemein zum Irrtum eines Kollegialgerichts als Entschuldigungsgrund Schmidt, NJW 1993, 1630 m.N.). Dies gilt erst recht, wenn die Entscheidung des Landgerichts - wie hier - darauf beruhte, daß die Vorschrift des § 566 BGB übersehen wurde.

Außerdem hatte das Landgericht diese Entscheidung erst am 11. Januar 1989 verkündet. Zu diesem Zeitpunkt befanden sich die Beklagten bereits in Verzug. Ein erst nach Eintritt des Verzuges entstehender Entschuldigungsgrund beseitigt den Verzug nach dem Rechtsgedanken des § 287 BGB nicht (vgl. Palandt/Heinrichs, BGB, 54. Aufl. § 285 Rdn. 6 m.N.; MünchKomm/Walchshöfer, BGB, 2. Aufl. § 285 Rdn. 11).

2. Auch die Ansicht des Berufungsgerichts, daß bei Schadensersatzleistungen wegen entgangenen Gewinns keine vom Schädiger zu ersetzende Mehrwertsteuer anfällt, wird von der Revision nicht angegriffen und hält der revisionsrechtlichen Prüfung stand (vgl. BGH, Urteil vom 21. November 1991 - VII ZR 4/90 - NJW-RR 1992, 411 f).

3. Es begegnet auch keinen Bedenken, daß das Berufungsgericht immer dann, wenn dies anhand der vom Kläger vorge-

legten Einkaufsbelege möglich war, seiner Schätzung konkrete Umsatz- und Erlösberechnungen zugrunde gelegt hat, indem es beispielsweise bei den Getränken den Einkaufspreis und den (um den geschätzten Schankschwund verminderten) Verkaufspreis einander gegenübergestellt hat.

Die Revision rügt jedoch, dem Berufungsgericht seien bei diesen Berechnungen Fehler unterlaufen, die der vorgenommenen Schätzung des entgangenen Gewinns die Grundlage entziehen. Mit dieser Rüge hat sie Erfolg.

a) Das Revisionsgericht kann das Ermessen, das dem Tatrichter im Rahmen des § 287 ZPO eingeräumt ist, nur innerhalb enger Grenzen überprüfen. Es hat nur zu prüfen, ob die Schadensermittlung auf grundsätzlich falschen oder offenbar unsachlichen Erwägungen beruht und ob wesentliche, die Entscheidung bedingende Tatsachen außer acht gelassen wurden (vgl. BGHZ 102, 322, 330 und BGH, Urteil vom 9. Oktober 1990 - VI ZR 291/89 - BGHR ZPO § 287 Abs. 1 Beweisanträge 1). Die Revision zeigt indes zutreffend solche Fehler auf.

aa) Bei den Einnahmen aus Getränkeverkauf (Abschnitt III Nr. 1 d gg, hh und ii der Entscheidungsgründe) hat das Berufungsgericht anhand der Einkaufsbelege die vom Kläger bezogene Menge der jeweiligen Getränkeart ermittelt und um den geschätzten Schankschwund vermindert. Die sich daraus ergebende Literzahl hat es sodann mit dem (Netto-)Verkaufspreis für ein 0,2-Liter-Glas des jeweiligen Getränks multipliziert, ohne zu berücksichtigen, daß der Kläger pro Liter den Preis von fünf Gläsern erzielte.

Die Auswirkungen dieses Rechenfehlers gehen weit über die Ungenauigkeiten hinaus, die im Rahmen einer Schätzung nach § 287 ZPO zu tolerieren sind. Die vom Berufungsgericht errechneten Verkaufserlöse für Cola, Limonade und Mineralwasser (2.272,10 DM), für Säfte (2.029,17 DM) und Getränke des Herstellers Schweppes (437,72 DM), insgesamt 4.738,99 DM, hätten nämlich mit dem fünffachen Betrag = 23.694,95 DM berücksichtigt werden müssen. Dieser Betrag erhöht sich um $8,4 \text{ Liter} \times 0,98 \text{ (Schwund 2 \%)} \times 5 \times 2,00 \text{ DM} \times 100/114 \text{ (netto)} = 72,21 \text{ DM}$ auf 23.767,16 DM, weil der Kläger, worauf die Revision zutreffend hinweist, nach den von ihm vorgelegten Belegen nicht 30, sondern 31 Kästen Mineralwasser zu je 8,4 l eingekauft hatte. Damit liegen die für den Vergleichszeitraum August bis Dezember zu errechnenden Erlöse um $(23.767,16 \text{ DM} - 4.738,99 \text{ DM}) = 19.028,17 \text{ DM}$ höher als vom Berufungsgericht angenommen. (Soweit die Revision eine um 1,70 DM höhere Differenz von 19.029,87 DM errechnet, beruht dies auf der höheren Zahl von Einzelschritten ihrer Berechnung und damit verbundenen Rundungsgewinnen.)

bb) Auch bei den Ausgaben (hier: allgemeine Betriebskosten, Abschnitt III Nr. 2 f: Gewerbesteuer und andere öffentliche Abgaben, Versicherungen) zeigt die Revision zutreffend einen Denkfehler des Berufungsgerichts auf.

Das Berufungsgericht ist bei seiner Schätzung, daß diese Ausgaben im Vergleichszeitraum insgesamt 19.000 DM betragen hätten, davon ausgegangen, daß 17.000 DM Gewerbesteuer angefallen seien. Damit ist es zwar den eigenen Angaben des Klägers gefolgt, der von seinen mit 197.000 DM

bezahlten Einnahmen als Ausgaben u.a. 17.000 DM Gewerbesteuer abgezogen hatte. Dieser Betrag ist aber nur einer von mehreren Faktoren einer hypothetischen Berechnung des Klägers. Sein Vortrag ist daher so zu verstehen, daß nur bei Einnahmen in der genannten Größenordnung eine Gewerbesteuerschuld in dieser Höhe angefallen wäre. Denn eine entsprechende Steuerzahlung ist den vorgelegten Aufzeichnungen nicht zu entnehmen und offenbar auch nicht in Höhe dieses glatten Betrages geleistet worden. Vielmehr hat der Kläger bei seinem Vortrag insoweit offensichtlich den Betrag übernommen, den der Sachverständige K. in seinem Gutachten als Rückstellung für die zu erwartende Gewerbesteuerschuld mit 17.000 DM beziffert hatte.

Dieser Betrag beruhte auf der Prämisse eines im Vergleichszeitraum erzielten Gewinns vor Gewerbesteuer in Höhe von rund 109.000 DM, aus dem der Sachverständige gemäß § 11 Abs. 2 GewStG einen Steuermeßbetrag von 5 vom Hundert = 5.450 DM errechnet hat, der nach Multiplikation mit dem Hebesatz von 340 % eine Steuerschuld von 18.530 DM ergibt, für die gemäß Abschnitt 22 Abs. 2 EStR Rückstellungen in Höhe von $9/10$ = rund 17.000 DM zu bilden waren. Diesen Betrag durfte das Berufungsgericht nicht unverändert einsetzen, wenn es andererseits den Gewinn nach Gewerbesteuern im Vergleichszeitraum auf nur 36.566,92 DM (vor Gewerbesteuern, die mit 17.000 DM angenommen wurden, folglich 53.566,92 DM) schätzte und damit deutlich unter der Hälfte der Prämisse des Sachverständigen blieb.

Die Revision stellt insoweit eine Gegenrechnung auf, indem sie auf der Grundlage der Ausführungen des Sachver-

ständigen P. bei Gaststättenbetrieben von einem durchschnittlichen Anteil für Steuern und Versicherungen von 5,1 % des um die Spielautomatenerlöse bereinigten Betriebsumsatzes ausgeht und so anstelle des vom Berufungsgericht insoweit geschätzten Betrages von 19.000 DM einen solchen von 8.125,57 DM (Differenz: 10.874,43 DM) zugrunde legt.

Es kann dahinstehen, ob diese Art der Berechnung eine angemessene Grundlage für eine Schätzung des entgangenen Gewinns nach § 287 ZPO darstellt oder ob einer konkreten Berechnung unter Anwendung des § 11 Abs. 2 GewStG oder einer anderen Art der Schätzung der Vorzug zu geben ist. Jedenfalls ist der vom Berufungsgericht vorgenommenen Schätzung wegen des aufgezeigten Fehlers die Grundlage entzogen, so daß das Berufungsurteil auch insoweit im Umfang der Anfechtung keinen Bestand haben kann.

b) Auf der Grundlage des von der Revision errechneten Gewinns von 66.471,22 DM für den Zeitraum vom 1. August bis 31. Dezember 1989 (153 Tage) ergibt sich für den hier maßgeblichen Zeitraum vom 1. Januar bis 27. Juli 1989 (208 Tage) ein entgangener Gewinn von $66.471,22 \text{ DM} : 153 \times 208 = 90.366,10 \text{ DM}$. (Die Revision gelangt infolge eines rechnerischen Zwischenschritts und einer damit verbundenen Rundungsdifferenz zu einem um 0,50 DM geringeren Gewinn von 90.365,60 DM).

4. Auf diesen Betrag rechnet die Revision nur die von den Beklagten gezahlte "Nettopacht" von 24.000 DM an und kommt so auf den von ihr insgesamt beanspruchten Betrag von 66.365,60 DM.

Demgegenüber hat das Berufungsgericht den gezahlten Gesamtbetrag von 24.000 DM + 14 % = 27.360 DM mit der Begründung in Abzug gebracht, es handele sich um Zahlungen auf nicht mehrwertsteuerpflichtige Schadensersatzansprüche des Klägers, so daß dieser die fraglichen 3.360 DM nicht abzuführen brauche.

Auch dies wird von der Revision gerügt und hält der Überprüfung nicht stand.

Mit der Zahlung der 27.360 DM glaubten die Beklagten geschuldeten Pachtzins zu zahlen, denn sie gingen vom Fortbestand des Pachtverhältnisses aus. Aus der Sicht des Klägers handelte es sich indes um Entschädigungszahlungen wegen verspäteter Rückgabe der Pachtsache, § 584b BGB. Von § 557 BGB unterscheidet sich diese Vorschrift nur durch die abweichende Berechnung, auf die es hier aber nicht ankommt, weil saisonale Schwankungen beim Betrieb einer Gaststätte - zwischen den Parteien unstreitig - keine Rolle spielen.

Der Entschädigungsanspruch nach § 557 Abs. 1 Satz 1 BGB ist auch steuerlich wie eine Mietzinsforderung zu beurteilen und unterliegt daher bei einer entsprechenden Option, von der hier auszugehen ist, der Umsatzsteuer (BGHZ 104, 285, 291 m. zust. Anm. Weiß EWiR § 557 BGB 1/88, 975; BGH, Urteil vom 22. März 1989 - VIII ZR 155/88 - NJW 1989, 1730, 1732; vgl. auch BFH BStBl. 1971 II 624, 625 und OLG Hamm OLGZ 1980, 20, 21 f. Für den Anspruch aus § 584b Satz 1 BGB kann nichts anderes gelten, denn auch er ist ein vertraglicher Anspruch sui generis, der im Rahmen des nach Beendi-

gung des Pachtverhältnisses bestehenden Abwicklungsverhältnisses an die Stelle des Pachtzinsanspruchs tritt.

Da die Parteien vereinbart hatten, daß die Beklagten die vom Kläger zu zahlende Mehrwertsteuer zu vergüten haben, war diese Teil des vereinbarten Mietzinses. Deshalb schuldeten die Beklagten auch im Rahmen des § 584b BGB monatlich 4.000 DM zuzüglich Mehrwertsteuer.

Die Geltendmachung eines weitergehenden Schadens ist nach § 584b Satz 2 BGB nicht ausgeschlossen. Nur der Ersatz dieses weiteren, über § 584b Satz 1 BGB hinausgehenden Schadens kann beim Verpächter als nichtsteuerbarer Schadensersatz zu beurteilen sein (vgl. Weiß aaO S. 976 und ders. Umsatzsteuer-Rundschau 1988, 277, 279).

Der Kläger kann daher zusätzlich den ihm entgangenen (Netto-)Gewinn ersetzt verlangen. "Entgangen" ist ihm der Nettogewinn aus dem hypothetischen Eigenbetrieb der Gaststätte in Höhe des Betrages, um den dieser Gewinn den im gleichen Zeitraum von den Beklagten gezahlten Nettobetrag von 24.000 DM überstiegen hätte (Differenz zwischen hypothetischem und tatsächlichem Nettoerlös).

5. Dem angefochtenen Urteil ist nach alledem im Umfang der Anfechtung die Grundlage entzogen.

II.

Der Senat ist nicht in der Lage, in der Sache abschließend zu entscheiden.

Zu den tragenden Gründen des angefochtenen Urteils gehört nämlich die Erwägung, daß der für den Vergleichszeitraum auf rund 36.500 DM geschätzte Gewinn plausibel erscheine, weil er nicht übermäßig von dem statistischen Durchschnittsgewinn von 17,1 % des Betriebsumsatzes (rund 30.400 DM) abweiche. Dem Tatrichter muß es überlassen bleiben, zu entscheiden, ob ihm auch ein auf den Vergleichszeitraum entfallender Gewinn von über 66.000 DM noch plausibel erscheint, oder ob er diese Abweichung vom gaststättentypischen Durchschnittsgewinn zum Anlaß nimmt, seine Schätzung insgesamt zu revidieren und gegebenenfalls auf eine andere Grundlage zu stellen.

Blumenröhr

Krohn

Gerber

Sprick

Weber-Monecke