



# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

XII ZR 97/21

Verkündet am:  
19. Oktober 2022  
Sauer,  
Justizangestellte  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

ZPO §§ 398, 402

Von einer erneuten mündlichen Anhörung des Sachverständigen kann nicht abgesehen werden, wenn das Berufungsgericht dessen Ausführungen abweichend von der Vorinstanz würdigen will (im Anschluss an BGH Beschluss vom 14. Juli 2020 - VI ZR 468/19 - NJW-RR 2020, 1259). Das gilt grundsätzlich auch bei vom Tatrichter in Anspruch genommener eigener Sachkunde.

BGH, Urteil vom 19. Oktober 2022 - XII ZR 97/21 - OLG Schleswig  
LG Lübeck

Der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 19. Oktober 2022 durch die Richter Guhling, Schilling, Dr. Günter, Dr. Nedden-Boeger und Dr. Botur

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin und Widerbeklagten wird unter Zurückweisung ihres weitergehenden Rechtsmittels das Urteil des 12. Zivilsenats des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts vom 1. Dezember 2021 im Kostenpunkt, soweit es nicht die Niederschlagung von Gerichtskosten betrifft, und insoweit aufgehoben, als auf die Berufung der Beklagten zu 2 die Klage in Höhe eines Betrages von 84.836,81 € nebst Zinsen abgewiesen und der Widerklage stattgegeben worden ist.

Auf die Revision der Beklagten zu 2 und Widerklägerin wird unter Zurückweisung ihres weitergehenden Rechtsmittels das vorgenannte Urteil insoweit aufgehoben, als ihre Berufung betreffend eine weitergehende Verurteilung auf die Widerklage in Höhe eines Betrages von 116.000 € nebst Zinsen zurückgewiesen und ihre Widerklage insoweit abgewiesen worden ist.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Die Parteien streiten über wechselseitige Forderungen aus einem beendeten gewerblichen Mietverhältnis.

2 Die Klägerin hatte der früheren Beklagten zu 1 ein Gewerbeobjekt vermietet, das aus einer Bowlinganlage und einer Parkhausfläche mit 99 Stellplätzen bestand. Die frühere Beklagte zu 1 hatte das Objekt an die Beklagte zu 2, deren Komplementärin sie war, untervermietet.

3 Am 15. August 2006 bot die frühere Beklagte zu 1 im eigenen Namen und im Namen der Beklagten zu 2 der Klägerin eine Vereinbarung an, wonach rückwirkend ab dem 1. Oktober 2005 ein neuer Mietvertrag unter Aufhebung der bisherigen Verträge beginnen sollte. Nach § 1 des neuen Vertrags sollte sie Mieterin der ihr überlassenen Gewerberäumlichkeiten bleiben und nach § 12 mit Zustimmung der Klägerin zur Untervermietung berechtigt sein. Gemäß § 3 Nr. 3.2 sollte der Vertrag eine feste Laufzeit bis zum 30. September 2019 haben. Gemäß § 4 Nr. 4.1 und § 7 Nr. 7.1 des Vertrags sollte die monatliche Miete 9.160,76 € betragen zuzüglich Nebenkostenvorauszahlung von monatlich 1.129,95 € und Umsatzsteuer. § 3 Nr. 3.5 enthielt folgende Regelung:

„Im Falle der völligen Zerstörung oder der Zerstörung des überwiegenden Teils des Mietobjekts durch ein von dem Vermieter nicht verschuldetes Ereignis (z. B. Feuer etc.) obliegt es der Entscheidung des Vermieters, ob er das Mietobjekt wieder aufbaut oder nicht. Entscheidet sich der Vermieter für den Wiederaufbau, bleibt der Mieter an diesen Mietvertrag gebunden, soweit ihm das Mietobjekt binnen 12 (zwölf) Monaten nach dem zerstörenden/beschädigenden Ereignis wieder zur Verfügung gestellt werden kann. Die Verpflichtung zur Zahlung des Mietzinses ruht/ermäßigt sich jedoch

solange, wie der Mieter das Mietobjekt nicht/nur teilweise vertragsgerecht nutzen kann.“

4 Nach § 18 Nr. 18.1 sollte gelten:

„Mit dem Tode des Mieters endet das Mietverhältnis zwischen Mieter und Vermieter, ohne dass es dazu einer ausdrücklichen Kündigungserklärung bedarf. Mit dem Tod des Mieters tritt der Untermieter automatisch, unter Übernahme sämtlicher Rechte und Pflichten des Mieters, in das Mietverhältnis ein. Es wird klargestellt, dass sich die Übernahme der Rechte und Pflichten durch den Untermieter auch auf Rechte und Pflichten aus dem Mietverhältnis erstreckt, die vor dem Tod des Mieters begründet bzw. fällig wurden.“

5 Am 24. August 2006 wurde die Bowlinganlage durch eine Brandstiftung derart beschädigt, dass sie nicht mehr nutzbar war. Am 11. September 2006 nahm ein Vertreter der Klägerin das Vertragsangebot vom 15. August 2006 an. Die Parteien kamen überein, aufgeteilt nach Mieter- und Vermietersphäre Wiederaufbauarbeiten an der Bowlinganlage vorzunehmen, worüber eine Maßnahmenliste erstellt wurde. Nachdem die Arbeiten zum Stillstand gekommen waren, forderte die frühere Beklagte zu 1 die Klägerin mit Schreiben vom 29. August 2007 auf, den Wiederaufbau der Bowlinganlage voranzutreiben, und kündigte eine Mietminderung um 100 % an. Mit Anwaltsschreiben vom gleichen Tag kündigte die Klägerin das Mietverhältnis gegenüber der früheren Beklagten zu 1 und der Beklagten zu 2 fristlos wegen Mietverzugs in Höhe von mehr als zwei Monatsbeträgen und wiederholte dies unter dem 20. Juli 2009, 30. März 2011 und 19. Dezember 2012.

6 Mit ihrer Klage hat die Klägerin die Zahlung von 157.328,51 € und die Herausgabe des Mietobjekts verlangt. Am 15. Januar 2011 ist die frühere Beklagte

zu 1 verstorben. Am 7. September 2011 hat der Gebäudeversicherer der Klägerin den Brandschaden auf Basis einer Zeitwertentschädigung in Höhe von 337.326 € abgerechnet. Am 8. April 2015 veräußerte die Klägerin das Mietobjekt an eine Erwerberin, die es nachfolgend weiterveräußerte. An die Letzterwerberin ist das Mietobjekt herausgegeben worden, woraufhin die Parteien des Rechtsstreits den Herausgabeanspruch übereinstimmend für erledigt erklärt haben.

7 Im Wege der Widerklage verlangt die Beklagte zu 2 Schadensersatz wegen ihr durch den Nichtwiederaufbau der Bowlinganlage vom September 2007 bis 8. April 2015 entgangener Gewinne in Höhe von 574.980 € nebst Zinsen.

8 Das Landgericht hat die Beklagte zu 2 zur Zahlung von 77.107,62 € verurteilt und die weitergehende Klage sowie die Widerklage abgewiesen. Dagegen hat die Beklagte zu 2 Berufung eingelegt, mit der sie die vollständige Klageabweisung sowie ihre Widerklage weiterverfolgt hat. Mit ihrer Anschlussberufung hat die Klägerin die Zahlung zusätzlicher 39.258,52 € durch die Beklagte zu 2 sowie die Verzinsung der Gesamtforderung von 116.366,14 € geltend gemacht. Das Oberlandesgericht hat das landgerichtliche Urteil auf die Berufung der Beklagten zu 2 abgeändert, die Klage unter Zurückweisung der Anschlussberufung der Klägerin abgewiesen und der Widerklage in Höhe von 208.090 € nebst Zinsen stattgegeben. Hiergegen richtet sich die vom Oberlandesgericht zugelassene Revision der Beklagten zu 2, mit der sie die Zahlung weiterer 366.890 € nebst Zinsen begehrt sowie die Revision der Klägerin, mit der sie die Zahlung von insgesamt 84.836,81 € sowie die Abweisung der Widerklage weiterverfolgt.

Entscheidungsgründe:

9 Die Revisionen der Klägerin und der Beklagten zu 2 sind zulässig. Der Senat ist an die unbeschränkte Zulassung der Revision durch das Oberlandesgericht gebunden, auch wenn das angefochtene Urteil den angeführten Zulassungsgrund einer grundsätzlichen Bedeutung weder konkret aufzeigt noch eine solche im Revisionsverfahren erkennbar geworden ist.

10 Beide Revisionen führen zur teilweisen Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und insoweit zur Zurückverweisung der Sache an das Oberlandesgericht.

I.

11 Das Oberlandesgericht hat seine Entscheidung wie folgt begründet:

12 Die Beklagte zu 2 sei gemäß § 18 des Vertrags nach dem Versterben der früheren Beklagten zu 1 in das Hauptmietverhältnis eingetreten. Der Klägerin stünden die geltend gemachten Mietforderungen jedoch nicht zu, weil nach Verrechnung der gegenseitigen Forderungen kein Saldo zu ihren Gunsten verbleibe. Aufgrund der fehlenden Nutzbarkeit der Bowlingbahn sei die Bruttowarmmiete um 70 % gemindert gewesen. Dies angewendet auf die mit Schriftsatz vom 15. Juli 2016 überreichte Forderungsaufstellung, auf die die Klägerin ihren Anspruch stütze, ergäben sich Forderungen der Klägerin in Höhe von 263.354,06 € und gegenzurechnende Zahlungen oder Gutschriften der Beklagten in Höhe von 243.541,31 €, woraus ein Saldo zugunsten der Klägerin in Höhe von 19.812,75 € folge. Darauf müsse sich die Klägerin die Zahlungen aus der Gebäudeversicherung für einen siebenmonatigen Mietausfall in Höhe von 40.962,37 €

gemäß § 242 BGB anrechnen lassen, zumal die Klägerin selbst erklärt habe, ihren Mietanspruch in dieser Höhe nicht weiterzuverfolgen. Danach verbleibe im Ergebnis kein Saldo mehr zugunsten der Klägerin.

13            Der dem in der Berufungsinstanz entgegengesetzte Vortrag der Klägerin stelle sich insofern als Klageänderung dar, als die Verrechnung mit Guthaben nunmehr bestritten werde und Forderungen in anderer Berechnung zur Begründung der Klageforderung herangezogen würden. Die Beklagte zu 2 habe dieser Klageänderung widersprochen, die auch nicht nach § 533 ZPO sachdienlich sei.

14            Demgegenüber sei die Widerklage der Beklagten zu 2 teilweise in Höhe von 208.090 € begründet, da ihr insoweit Schadensersatz wegen entgangenen Gewinns nach § 536 a Abs. 1 BGB zustehe.

15            Es habe ein Mangel der Mietsache bestanden, weil die Klägerin ihrer Verpflichtung zur Herstellung der Gebrauchstauglichkeit der Mietsache nicht nachgekommen sei. Die Klägerin sei zur Wiederherstellung verpflichtet gewesen, da der Mietvertrag unverändert fortbestanden habe und durch die fristlosen Kündigungen der Klägerin nicht beendet worden sei. Nachdem sie für den Wiederaufbau optiert habe, sei sie daran gebunden gewesen. Aufgrund einer ernsthaften und endgültigen Erfüllungsverweigerung habe sich die Klägerin auch ohne Fristsetzung in Verzug mit der Wiederherstellung bzw. der Mangelbeseitigung befunden.

16            Der Schadensersatzanspruch stehe der Beklagten zu 2 allerdings nur ab dem 15. Januar 2011 zu, als sie wegen des Versterbens der früheren Beklagten zu 1 Vertragspartnerin der Klägerin geworden sei. Die in früheren Zeiten entstandenen Ansprüche seien weder auf die Beklagte zu 2 übergegangen noch sei diese in den Schutzbereich des seinerzeitigen Hauptmietvertrags einbezogen gewesen.

17

Zu ersetzen sei nach §§ 536 a, 252 BGB der entgangene Gewinn ab dem Eintritt in den Vertrag bis zum Ende der festgelegten Vertragslaufzeit. Dieser könne abstrakt berechnet werden, wobei auf den typischen Durchschnittsgewinn abzustellen sei. Entgegen dem vom Landgericht eingeholten Sachverständigen-gutachten sei ein entgangener Gewinn plausibel und in Höhe von insgesamt 41.491 € für die Jahre 2011 bis 2015 als Mindestschaden anzunehmen. Bei seinen Berechnungen habe der Sachverständige zutreffend auch Abschreibungen für das Inventar berücksichtigt. Allerdings seien die vom Sachverständigen an-gesetzten Aufwendungen für das Geschäftsführergehalt im Wege der Schätzung nach § 287 ZPO um 10.000 € jährlich herabzusetzen, weil das Gehaltsniveau für Geschäftsführer in Norddeutschland nicht so hoch sei wie vom Sachverständigen angenommen. Dies sei dem Gericht aus langjähriger Tätigkeit seiner Mitglieder, unter anderem des Senatsvorsitzenden in einer Kammer für Handelssachen so-wie zweier weiterer Mitglieder des Spruchkörpers aus einer Vielzahl von Unter-haltsverfahren, bekannt. Es bestehe keine Notwendigkeit, erneut in die Beweis-aufnahme durch Sachverständigengutachten einzutreten, da die Ermittlung des entgangenen Gewinns notwendigerweise fiktiv erfolgen müsse. Der Sachverhalt sei bereits erstinstanzlich so weit aufgeklärt worden, dass dem Gericht genügend Anknüpfungstatsachen für eine Schätzung nach § 287 ZPO vorlägen. Damit er-höhe sich der genannte Mindestschaden von 41.491 € um insgesamt 45.000 €, die für viereinhalb Jahre als Geschäftsführergehalt (fiktiv) weniger aufzuwenden seien, auf 86.491 €. Hierin sei noch nicht der entgangene Gewinn aus der infolge des Nichtbetriebs der Bowlingbahn verringerten Nutzung des Parkhauses enthal-ten. Insofern sei der entgangene Gewinn noch um die positiven Auswirkungen der Wiedereröffnung der Bowlingbahn auf die Auslastung des Parkhauses und dementsprechend zu erwartende Mehreinnahmen zu erhöhen. Diese könnten in Höhe von 25 % der im Jahr 2005 erzielten Umsätze für Kurzzeitparkplätze ge-schätzt werden und betragen für viereinhalb Jahre von Anfang 2011 bis Mitte

2015 insgesamt 121.599 €. Dabei habe das Gericht auch seine Fachkenntnisse aus der seit einigen Jahren bestehenden Sonderzuständigkeit für Gewerbemiet-sachen einfließen lassen. Zusammen mit dem entgangenen Gewinn aus der Bowlinganlage in Höhe von 86.491 € ergebe sich ein insgesamt zu ersetzender entgangener Gewinn in Höhe von 208.090 €.

## II.

18                Diese Ausführungen halten einer rechtlichen Nachprüfung in wesentlichen  
Punkten nicht stand.

19                1. Mit Erfolg wendet sich die Revision der Klägerin dagegen, dass das  
Oberlandesgericht die Prüfung des Klageanspruchs auf die mit Schriftsatz vom  
15. Juli 2016 überreichte Forderungsaufstellung verkürzt hat.

20                a) Der Streitgegenstand, den das Tatsachengericht zu beurteilen hat, rich-  
tet sich einerseits nach dem zu bescheidenden Klageantrag als Konkretisierung  
der begehrten Rechtsfolge, andererseits nach dem natürlichen Lebenssachver-  
halt, aus dem der Kläger die begehrte Rechtsfolge herleitet (BGH Urteil vom  
25. Juli 2022 - VIa ZR 485/21 - WM 2022, 1739 Rn. 35 mwN).

21                Wird in einem Mietrechtsstreit die Klage mit einer Forderungsaufstellung  
begründet, bringt der Kläger beim Fehlen weiterer Erklärungen zum Ausdruck,  
dass er die darin eingestellten Ansprüche unter gesetzlicher Verrechnung der  
angeführten Zahlungen und Gutschriften zum Gegenstand seiner Klage macht  
(vgl. BGHZ 218, 139 = NJW 2018, 3448 Rn. 21 ff. mwN).

22                Im Ansatz zutreffend hat das Oberlandesgericht daher die in die Forde-  
rungsaufstellung eingestellten Einzelansprüche als Klagegegenstand angesehen

und darauf eine Mietminderung um 70 % aufgrund des Brandschadens angewendet.

23                    b) Mit der von ihm gegebenen Begründung durfte das Oberlandesgericht jedoch nicht die mit Schriftsätzen vom 4. und 21. Oktober 2021 geänderten Positionen der Forderungsaufstellung unter Herausnahme von Nebenkostenvorauszahlungen und -guthaben unberücksichtigt lassen.

24                    Zu Unrecht hat das Oberlandesgericht die geänderte Forderungsaufstellung als eine Klageänderung in der Rechtsmittelinstanz angesehen und diese wegen fehlender Einwilligung des Gegners und fehlender Sachdienlichkeit gemäß § 533 Nr. 1 ZPO als unzulässig zurückgewiesen. Denn soweit die Klägerin ihren Vortrag abgeändert hat, hat sie dadurch keinen anderen Grund des Anspruchs (§ 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO) als zuvor angegeben. Das Oberlandesgericht hätte dem neuen Vortrag der Klägerin daher nicht die Bedeutung einer Klageänderung beigemessen dürfen, sondern ihn allenfalls daraufhin prüfen müssen, ob er nach Maßgabe der §§ 529 Abs. 1 Nr. 2, 531 Abs. 2 ZPO zuzulassen sei.

25                    2. Ebenfalls zu Unrecht hat das Oberlandesgericht auf die Restmietschuld der Beklagten zu 2 Zahlungen des Gebäudeversicherers an die Klägerin als Ersatz für einen siebenmonatigen Mietausfallschaden in Höhe von 40.962,37 € angerechnet.

26                    Denn nach den getroffenen Feststellungen ist in dem Entschädigungsbetrag des Gebäudeversicherers ein Mietausfallersatz von 40.962,37 € so enthalten, wie er im Versicherungsgutachten vom 31. Mai 2007 in Ansatz gebracht worden ist. Nach dem bezeichneten, von den Vorinstanzen in Bezug genommenen Versicherungsgutachten sollte die Mietausfallentschädigung jedoch denjenigen Schaden der Klägerin ausgleichen, der während einer kalkulierten siebenmonatigen Wiederaufbauzeit bis zum 31. März 2007 deshalb entstand, weil die frühere

Beklagte zu 1 aus Gründen einer Mietminderung während dieser Wiederaufbauzeit von der vereinbarten Mietzahlung teilweise befreit war. Die Leistung aus der Gebäudeversicherung bedeutet daher keine Doppelvergütung, welche die Erwägungen des Oberlandesgerichts zur Anrechenbarkeit auf die Mietschuld gemäß § 242 BGB tragen könnte, sondern einen Ersatz für dasjenige, was als Mietausfallschaden bei der Klägerin verbleibt, wenn die geminderte Mietschuld erfüllt ist.

27            Ebenso geht die vom Oberlandesgericht in Bezug genommene weitere Erwägung des Landgerichts fehl, die Leistungen aus der Gebäudeversicherung müssten bereits deshalb auch der Beklagten zu 2 zugutekommen, weil die zu ihrer Aufrechterhaltung gezahlten Versicherungsprämien vorher auf den Mieter umgelegt worden seien. Denn unabhängig von der Umlage der Versicherungsprämien war Versicherungsnehmerin und Bezugsberechtigte aus der Gebäudeversicherung allein die Klägerin als Eigentümerin des versicherten Objekts.

28            Schließlich durfte das Oberlandesgericht der Erklärung der Klägerin, sie werde ihren Mietanspruch in dieser Höhe nicht weiterverfolgen, keine weitergehende Bedeutung beimessen, als dass sie damit erläutern wollte, weshalb sie ihre ursprüngliche Klageforderung von 157.328,51 € in der Berufungsinstanz nicht mehr in voller Höhe, sondern um 40.962,37 € vermindert verfolgt hat.

29            Das Oberlandesgericht hätte daher der Klageforderung nicht aus Gründen des § 242 BGB den Betrag von 40.962,37 € entgegenstellen dürfen. Eine Kürzung wäre vielmehr nur dann in Betracht gekommen, wenn in der Aufstellung der Klägerin noch Forderungen aus dem Siebenmonatszeitraum bis 31. März 2007 enthalten wären, die über die geminderte Miete hinausgehen. Das ist jedoch nicht festgestellt.

30                   3. Dass das Oberlandesgericht der Beklagten zu 2 einen Schadensersatz  
wegen entgangenen Gewinns für die Jahre 2011 bis 2015 zugesprochen hat,  
beruht ebenfalls nicht auf tragfähigen Erwägungen.

31                   a) Zutreffend geht das Oberlandesgericht allerdings davon aus, dass ein  
Schadensersatzanspruch nach § 536 a BGB dem Grunde nach besteht, weil die  
Klägerin als Vermieterin mit der Beseitigung des Mangels in Verzug war. Selbst  
wenn die Schadensersatzpflicht des Vermieters durch Regelungen des Mietver-  
trags (§ 9 Nr. 9.5) wirksam auf Fälle groben Verschuldens beschränkt gewesen  
sein sollte, läge ein solches darin, dass die Klägerin den Wiederaufbau bewusst  
und gewollt nicht weiter betrieben hat.

32                   b) Der Mietvertrag war auch nicht bereits durch die Kündigung der Klägerin  
vom 29. August 2007 wegen Verzugs mit den (geminderten) Mietzahlungen be-  
endet worden. Denn der Mieterin stand im Hinblick auf die Mietzahlungen wegen  
des noch nicht erfüllten Mangelbeseitigungsanspruchs ein Zurückbehaltungs-  
recht nach § 320 BGB zu. Das Leistungsverweigerungsrecht des § 320 BGB  
dient dazu, auf den Schuldner (hier den Vermieter) - vorübergehend - Druck zur  
Erfüllung der eigenen, im Gegenseitigkeitsverhältnis zur geltend gemachten  
Mietforderung stehenden Verbindlichkeit auszuüben (BGHZ 206, 1 = NJW 2015,  
3087 Rn. 61 mwN). Das Zurückbehaltungsrecht an den laufenden Mietzahlungen  
kann redlicherweise so lange ausgeübt werden, wie es noch seinen Zweck erfüllt,  
den Vermieter durch den dadurch ausgeübten Druck zur Mangelbeseitigung an-  
zuhalten (BGHZ 206, 1 = NJW 2015, 3087 Rn. 63). Dieser Zeitraum reichte, wie  
auch die Revision der Klägerin nicht in Zweifel zieht, jedenfalls bis zur Kündi-  
gungserklärung vom 29. August 2007 und bis zur Klageerhebung am 19. Novem-  
ber 2007, soweit darin eine Wiederholung der Kündigung gesehen werden kann.

33 c) Unzutreffend sind indessen die Erwägungen, mit denen das Oberlandesgericht von einer Unwirksamkeit der Kündigung vom 20. Juli 2009 ausgegangen ist. Im Anschluss an das Landgericht hat es angenommen, der Kündigung wegen Zahlungsverzugs stehe der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung (§ 242 BGB) entgegen, da nahezu der gesamte offene Mietanspruch der Klägerin für das Jahr 2008 durch die vom Gebäudeversicherer geleistete Mietausfallentschädigung abgedeckt sei.

34 Dies beruht insoweit auf einem Verstoß gegen Denkgesetze, als nach den getroffenen Feststellungen ein Mietausfallschaden von 40.962,37 € entsprechend dem Ansatz im Versicherungsgutachten vom 31. Mai 2007 erstattet worden ist. Diese Entschädigung war mithin nicht für das Jahr 2008 bestimmt, sondern sollte den Schaden der Klägerin ausgleichen, der aus der Mietminderung während einer kalkulierten siebenmonatigen Wiederaufbauzeit bis zum 31. März 2007 entstand.

35 Das Oberlandesgericht hätte ohne Berücksichtigung der Versicherungsleistung in Höhe von 40.962,37 € prüfen müssen, ob im Zeitpunkt der Kündigung vom 20. Juli 2009 - unter Berücksichtigung der Mietminderung - ein Verzug mit mehr als zwei Monatsmieten bestand.

36 d) Ebenfalls von Rechtsfehlern beeinflusst ist die Ermittlung der Schadenshöhe durch das Oberlandesgericht.

37 aa) Gemäß § 252 Satz 1 BGB umfasst der zu ersetzende Schaden auch den entgangenen Gewinn. Als entgangen gilt nach § 252 Satz 2 BGB der Gewinn, welcher nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge oder nach den besonderen Umständen, insbesondere nach den getroffenen Anstalten und Vorkehrungen, mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte.

38 Die Vorschrift ermöglicht zwar in Ergänzung zu § 287 ZPO eine abstrakte Schadensberechnung, weil sie gestattet, bei der Ermittlung auf den gewöhnlichen Lauf der Dinge abzustellen. Dies ändert aber nichts an der Darlegungs- und Beweislast des Geschädigten dafür, dass ihm durch das schädigende Ereignis ein solcher Gewinn entgangen ist. Zwar ist die volle Gewissheit, dass der Gewinn gezogen worden wäre, nicht erforderlich; es genügt vielmehr der Nachweis einer gewissen Wahrscheinlichkeit. Ist ersichtlich, dass der Gewinn nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte, wird vermutet, dass er erzielt worden wäre (Senatsbeschluss vom 27. Oktober 2010 - XII ZR 128/09 - Grundeigentum 2010, 1741). Hierbei kann sich der Geschädigte auf die Behauptung und die Nachweise der Anknüpfungstatsachen beschränken, bei deren Vorliegen die in § 252 Satz 2 BGB geregelte Vermutung eingreift. Zur Darlegung des entgangenen Gewinns im Rahmen der abstrakten Schadensberechnung nach § 252 Satz 2 BGB genügt es, diese Tatsachen vorzutragen. Ist der Erwerbsschaden eines Unternehmens festzustellen, so ist es im Rahmen der §§ 252 BGB, 287 ZPO in der Regel erforderlich und angebracht, an die Geschäftsentwicklung und die Geschäftsergebnisse in den letzten Jahren anzuknüpfen (Senatsbeschluss vom 27. Oktober 2010 - XII ZR 128/09 - Grundeigentum 2010, 1741, 1742 mwN). Handelt es sich um ein neu zu eröffnendes oder grundlegend umzugestaltendes Geschäft, kann die Wahrscheinlichkeit der Gewinnerzielung im Sinne des § 252 Satz 2 BGB und deren Umfang nur anhand des Geschäftsplans beurteilt werden, für den sich der Geschädigte entschieden hätte (vgl. auch BGH Urteil vom 16. Juli 2015 - IX ZR 197/14 - NJW 2015, 3447 Rn. 49).

39 bb) Eine Anknüpfung an die Geschäftsentwicklung und die Geschäftsergebnisse in den letzten Jahren vor dem Schadensereignis führt hier zu keiner positiven Gewinnerwartung, da in der Summe der Wirtschaftsjahre 2004 bis 2006

die Bowlinganlage nach den Feststellungen des Oberlandesgerichts nur mit einem Gesamtverlust betrieben werden konnte.

40 cc) Eine Gewinnerwartung konnte sich daher, wie das Oberlandesgericht im Ansatz zutreffend erkannt hat, nur aus einem geänderten Betriebskonzept und daraus ergeben, dass die Sanierung der Räume die Attraktivität der Bowlinganlage gesteigert hätte. Gegen die dahingehende Annahme des Oberlandesgerichts wendet sich die Revision der Klägerin jedoch mit Erfolg.

41 (1) Zur Beurteilung der Frage, ob das von der Beklagten zu 2 vorgetragene geänderte Betriebskonzept eine Gewinnerzielung hätte erwarten lassen, hat das Landgericht ein schriftliches Sachverständigengutachten eingeholt und sich dieses in der mündlichen Verhandlung erläutern lassen. Dem Gutachter folgend hat das Landgericht angenommen, dass in dem Wiedereröffnungskonzept der Beklagten zu 2, das nach Darstellung des Gutachters bereits nicht die Anforderungen an einen ordentlichen Geschäftsplan erfüllt, von unrealistisch hohen Umsatzerwartungen ausgegangen sei und zudem in der Kalkulation wesentliche Betriebskosten wie etwa ein Geschäftsführergehalt und notwendige Abschreibungen unberücksichtigt geblieben seien. Unter Einbeziehung dieser Umstände sei eine positive Gewinnerwartung tatsächlich nicht gegeben. Nach den Erkenntnissen des Gutachters hätte die Beklagte zu 2 vielmehr in den drei „Konzeptjahren“ von 2008 bis 2010 entsprechend ihren eigenen Annahmen saldiert einen weiteren Verlust von 32.762 € hinnehmen müssen.

42 (2) Dem Ergebnis des Sachverständigengutachtens und der Würdigung des Landgerichts ist das Oberlandesgericht entgegengetreten und hat eine Gewinnerwartung von mindestens 41.491 € für die Jahre 2011 bis 2015 angenommen. Indem das Oberlandesgericht die Ausführungen des Sachverständigen an-

ders als das Landgericht gewürdigt hat, ohne den Sachverständigen erneut anzuhören, hat es gegen §§ 529 Abs. 1 Nr. 1, 398, 402 ZPO verstoßen. Auch wenn es grundsätzlich im pflichtgemäßen Ermessen des Berufungsgerichts steht, ob und inwieweit eine im ersten Rechtszug durchgeführte Beweisaufnahme zu wiederholen ist, bedarf es dann einer erneuten Anhörung des Sachverständigen durch das Berufungsgericht, wenn es dessen Ausführungen abweichend von der Vorinstanz würdigen will, insbesondere ein anderes Verständnis der Ausführungen des Sachverständigen zugrunde legen und damit andere Schlüsse aus diesen ziehen will als der Erstrichter (BGH Beschluss vom 14. Juli 2020 - VI ZR 468/19 - NJW-RR 2020, 1259 Rn. 6 mwN). Das Oberlandesgericht hätte sich daher über die vom Sachverständigen verneinte Gewinnerwartung nicht hinwegsetzen dürfen, ohne diesen erneut anzuhören.

- 43 (a) Der Sachverständige hat die von der Beklagten zu 2 vorgelegten Unterlagen für nicht hinreichend aussagekräftig und die in ihrem Wiedereröffnungskonzept nicht näher erläuterten Umsatzerwartungen für unrealistisch gehalten. Die Umsätze hätten sich bereits in den drei Jahren vor dem Brandereignis um 31,2 % vermindert. Die Beklagte zu 2 habe nicht befriedigend darlegen können, wie es ihr gelingen sollte, den starken Umsatzrückgang in den Vorjahren nicht nur zu stoppen, sondern umzukehren. Die im Konzept der Beklagten zu 2 angenommenen Umsatzsteigerungen von 27 % im ersten Jahr, 40,7 % im zweiten Jahr und 54,3 % im dritten Jahr nach der Wiedereröffnung seien auch auf Nachfragen von der Beklagten zu 2 nicht plausibel dargelegt worden. Zudem habe sich um das Jahr 2006 die Konkurrenzsituation durch Marktneueintritte weiterer Unternehmen bei nicht boomender Nachfrage verschärft. Diese vom Gutachter auf verschiedenen Ebenen herausgearbeiteten Zweifel an den von der Beklagten zu 2 behaupteten Umsatzerwartungen durfte das Oberlandesgericht nicht mit der einfachen Begründung beiseiteschieben, dass die neu entstandenen Konkur-

renzunternehmen lediglich die durch den Brandschaden entstandene Angebotslücke ausgefüllt hätten und bei rechtzeitiger Wiederherstellung der Mietsache gar nicht entstanden wären. Das Oberlandesgericht hätte hier vielmehr die vom Gutachter in den Vordergrund gestellte fehlende Substanziierung des Wiedereröffnungskonzepts in den Blick nehmen müssen, welches einen schlüssigen Geschäftsplan zur Umkehrung des Umsatzrückgangs nicht erkennen ließ. Die sachverständigen Feststellungen in dieser Hinsicht hätte das Oberlandesgericht nicht abweichend vom Landgericht würdigen dürfen, ohne sich das Gutachten mündlich erläutern zu lassen.

44           Ohnehin lässt das Oberlandesgericht unberücksichtigt, dass der Sachverständige einen möglichen Gewinn in den Jahren 2011 bis 2015 nur fiktiv - bei Unterstellung der von der Beklagten zu 2 behaupteten, aber laut Sachverständigem nicht plausiblen Umsatzerwartung - für den Fall errechnet hatte, dass der Betrieb über das Jahr 2010 hinaus fortgeführt worden wäre. Dieses hat er aber vor dem Hintergrund der in den Jahren 2004 bis 2006 eingetretenen und für 2008 bis 2010 zu erwartenden und angesichts des gering veranschlagten Eigenkapitals von nur 5.000 € kaum verkraftbaren Verluste ausdrücklich infrage gestellt.

45           Zudem trifft die isolierte Betrachtung einer Gewinnerwartung für die Jahre 2011 bis 2015 insofern auf Bedenken, als hier zunächst die in den „Konzeptjahren“ 2008 bis 2010 zu erwartenden Verluste von 32.762 € zu saldieren wären.

46           (b) Nichts anderes gilt für die sachverständigen Ausführungen zur Höhe eines im Rahmen der Gewinnprognose zu berücksichtigenden branchenüblichen Geschäftsführergehalts. Auch hiervon hätte das Oberlandesgericht nicht ohne eigene Anhörung des Sachverständigen abweichen dürfen. Der Sachverständige hat sich an denjenigen Beträgen orientiert, die die Beklagte zu 2 für das Ge-

schäftsjahr 2004 - dem einzigen Geschäftsjahr mit einem ausgewiesenen Gewinn - als Aufwand für die Geschäftsführung selbst zugrunde gelegt hatte. Dieser Anknüpfung ist die vom Oberlandesgericht in Anspruch genommene richterliche Sachkunde aus früheren Tätigkeiten in einer Kammer für Handelssachen oder in Unterhaltsverfahren nicht überlegen.

47            Soweit die Beklagten zu 2 mit ihrer Revision meint, ein Geschäftsführergehalt sei bereits dem Grunde nach nicht zu berücksichtigen, da die Geschäfte - wie teils in der Vergangenheit - durch die Gesellschafter persönlich gegen Aufwandsentschädigung geführt werden könnten, weist die Revisionserwiderung der Klägerin zutreffend darauf hin, dass bereits vor dem Brandschaden in den Geschäftsjahren ohne einen hauptamtlichen Geschäftsführer keine Gewinne erzielt worden sind und deshalb im Rahmen einer Schadensschätzung nach § 287 ZPO die Annahme der Notwendigkeit einer hauptamtlichen Geschäftsführung als Betriebsleitung gerechtfertigt ist. Auch das Sachverständigengutachten belegt die Notwendigkeit des Ansatzes eines Geschäftsführergehalts bei der Berechnung des betriebswirtschaftlichen Gewinns.

48            (c) Allerdings hätte das Oberlandesgericht dem Einwand der Beklagten zu 2 in Bezug auf die gewinnmindernde Berücksichtigung von Abschreibungen auf Wirtschaftsgüter eines Sonderbetriebsvermögens in Höhe von jährlich 14.500 € in den Jahren 2008 bis 2015 (insgesamt maximal 116.000 €) näher nachgehen müssen. Beim Sonderbetriebsvermögen I handelt es sich um Wirtschaftsgüter, die einem Gesellschafter gehören und dem Betrieb der Gesellschaft unmittelbar dergestalt dienen, dass sie objektiv erkennbar zum unmittelbaren Einsatz im Betrieb bestimmt sind. Hierzu gehören insbesondere solche Wirtschaftsgüter, die ein Gesellschafter der Gesellschaft zur betrieblichen Nutzung überlässt (BFHE 154, 358 = DB 1988, 2488, 2489). Die hierfür anfallenden

Mietaufwendungen mindern den Gewinn der Gesellschaft. Demgegenüber mindern die Abschreibungen auf die Wirtschaftsgüter des Sonderbetriebsvermögens nicht zusätzlich den Gewinn der Gesellschaft, sondern fallen als Aufwendungen im Sonderbetriebsvermögen des Gesellschafters an und sind damit in dessen Sonderbilanz zu erfassen (vgl. BFHE 265, 89 = DStRE 2019, 1194 Rn. 26). Diese Grundsätze gelten nach den gutachterlichen Ausführungen auch für die betriebswirtschaftliche Betrachtung. Danach dürfen Abschreibungen auf Wirtschaftsgüter eines Sonderbetriebsvermögens nicht zusätzlich neben Mietzahlungen für die Überlassung dieser Wirtschaftsgüter als betriebliche Aufwendung der Gesellschaft eingestellt werden.

49 Die Beklagte zu 2 macht jedoch geltend, dass entsprechende Mietzahlungen für die Überlassung der Wirtschaftsgüter durch Dritte bereits in ihrer Ausgabekalkulation enthalten gewesen seien und deshalb mit den Absetzungen für Abnutzung eine unzulässige Doppelberücksichtigung vorliege. Demgegenüber geht der Gutachter davon aus, dass keine Mieten für überlassene Wirtschaftsgüter in die Kalkulation eingestellt waren, sondern diese unentgeltlich aus Gesellschafterkreisen überlassen werden sollten und deshalb nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen anstelle von Mieten ersatzweise die Abschreibungen als Aufwendung der Gesellschaft zu berücksichtigen sind. Auch hierzu hätte es weiterer Aufklärung durch ergänzende Befragung des Gutachters bedurft. Demgegenüber hat die vom Oberlandesgericht angestellte Erwägung, dass nach dem Versterben der früheren Beklagten zu 1 nunmehr möglicherweise ein anderer Gesellschafter Wirtschaftsgüter zur Nutzung überlassen hätte, keinen erkennbaren Einfluss auf die betriebswirtschaftliche Gewinnerwartung der Gesellschaft und stellt deshalb die Klärungsbedürftigkeit der vorgenannten Problematik nicht infrage.

50 4. Unbegründet ist die Revision der Beklagten zu 2 allerdings insoweit, als sie die Schadensschätzung bezüglich des entgangenen Gewinns aus der infolge

des Nichtbetriebs der Bowlingbahn verringerten Nutzung des Parkhauses angreift, den das Oberlandesgericht mit 25 % der in 2005 erzielten Umsätze für Kurzzeitparkplätze angenommen hat.

51 Im Revisionsverfahren ist nur zu prüfen, ob die Schätzung nach § 287 ZPO auf grundsätzlich falschen oder offenbar unsachlichen Erwägungen beruht oder wesentliches tatsächliches Vorbringen außer Betracht gelassen hat (Senatsurteil vom 11. April 2001 - XII ZR 152/99 - FamRZ 2001, 1603, 1605 mwN). Derartige Rechtsfehler zu Lasten der Beklagten zu 2 zeigt deren Revision nicht auf. Es ist nicht Aufgabe des Revisionsgerichts, dem Tatgericht eine bestimmte Berechnungsmethode vorzuschreiben (BGH Urteil vom 18. Juni 2020 - I ZR 93/19 - MDR 2020, 1522 Rn. 13 mwN), wie auch dieses seinerseits nicht an die vom Geschädigten vorgeschlagene Berechnungsweise gebunden ist. Jene unterliegt schon insoweit Zweifeln, als der Sachverständige bereits die Umsatzerwartungen nach dem für die Bowlinganlage aufgestellten Wiedereröffnungskonzept als unrealistisch hoch bezeichnet hat, woran das Maß der zu erwartenden zusätzlichen Parkhausnutzung anknüpft.

52 5. Schließlich ist die Revision der Beklagten zu 2 unbegründet, soweit sie einen weitergehenden Schadensersatz für die Zeit vor ihrem Eintritt als Hauptmieterin in den Vertrag am 15. Januar 2011 verfolgt. Ein solcher wird insbesondere nicht durch die Regelung in § 18 Nr. 18.1 des Mietvertrags begründet. Denn soweit die Vertragsbestimmung die Übernahme der Rechte und Pflichten durch den Untermieter auch auf Rechte und Pflichten aus dem Mietverhältnis erstreckt, die vor dem Tod des Mieters begründet bzw. fällig wurden, bezieht sich dies auf Rechte und Pflichten der Klägerin gegenüber der früheren Beklagten zu 1 als Hauptvertragspartei. Ein aus dieser Rechtsbeziehung entstandener Anspruch ist indessen nicht Gegenstand des Rechtsstreits.

53

Auch ist aus Rechtsgründen nicht die Annahme des Oberlandesgerichts zu beanstanden, dass der zwischen der Klägerin und der früheren Beklagten zu 1 geschlossene Vertrag keine Schutzwirkung zugunsten der Beklagten zu 2 in Bezug auf deren Gewinninteresse enthielt. Die Auslegung einer Individualvereinbarung gemäß §§ 133, 157 BGB ist grundsätzlich Sache des Tatrichters. Dessen Auslegung ist für das Revisionsgericht bindend, wenn sie rechtsfehlerfrei vorgenommen worden ist und zu einem vertretbaren Auslegungsergebnis führt, selbst wenn ein anderes Auslegungsergebnis möglich erscheint. Sie kann deshalb vom Revisionsgericht grundsätzlich nur darauf überprüft werden, ob der Auslegungstoff vollständig berücksichtigt worden ist, ob gesetzliche Auslegungsregeln oder allgemein anerkannte Auslegungsgrundsätze, sonstige Erfahrungssätze oder die Denkgesetze verletzt sind oder ob die Auslegung auf Verfahrensfehlern beruht (st. Rspr., vgl. etwa Senatsurteil vom 8. April 2020 - XII ZR 120/18 - NZM 2020, 507 Rn. 16 mwN). Für derartige Verstöße ergeben sich hier jedoch keine Anhaltspunkte, auch nicht im Hinblick darauf, dass die Untervermietung an die Beklagte zu 2 und deren Eintritt als Hauptmieterin im Falle des Versterbens der früheren Beklagten zu 1 Teil der gemeinsamen Absprache war. Rechtsbedenkelfrei hat das Oberlandesgericht darauf abgestellt, dass der Beklagten zu 2 grundsätzlich eigene vertragliche Ansprüche aus dem Untermietverhältnis gegen die Erben der früheren Beklagten zu 1 zustehen. Solche eigenen Ansprüche schließen die Einbeziehung in den Schutzbereich des Hauptmietvertrags jedoch regelmäßig aus (BGH Urteile vom 6. November 2012 - VI ZR 174/11 - NJW 2013, 1002 Rn. 9 mwN und vom 20. Dezember 1978 - VIII ZR 69/78 - ZMR 1979, 310 mwN).

III.

54           Wegen der aufgezeigten Rechtsfehler kann das angefochtene Urteil teilweise keinen Bestand haben. Das betrifft zum einen die abgewiesene Klageforderung von 84.836,81 € und zum anderen die Widerklageforderung, sowohl was den bereits zugesprochenen Betrag von 208.090 € als auch was den von der Beklagten darüber hinaus geforderten Betrag von maximal weiteren 116.000 € betrifft. Der Senat kann in der Sache nicht abschließend entscheiden, weil er die noch erforderlichen Feststellungen nicht selbst treffen kann.

55           Für das weitere Verfahren weist der Senat darauf hin, dass die mit der Klage geltend gemachten Ansprüche nach dem durch die maßgebliche Forderungsaufstellung bestimmten Streitgegenstand auf die dort genannten Beträge, mithin auf eine Monatsmiete von 3.240 € sowie Nebenkostenvorauszahlungen von monatlich 400 € als Obergrenze gedeckelt sind.

56           Soweit - auch wegen der Nichtanrechnung der Versicherungsleistung von 40.962,37 € - rechnerisch ein Restanspruch auf Miete verbleibt, wird das Oberlandesgericht der von ihm bislang dahingestellten möglichen weiteren Mietminderung wegen Beeinträchtigungen der Parkplatznutzung aufgrund einer geänderten Verkehrsführung nachzugehen haben.

57            Ausgehend davon wird das Oberlandesgericht neu zu prüfen haben, ob die damalige Hauptmieterin im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung vom 20. Juli 2009 mit mehr als zwei Monatsmieten in Verzug war. Ferner wird es auf Grundlage einer nachzuholenden Anhörung des Sachverständigen neue Feststellungen zu einem möglichen entgangenen Gewinn der Beklagten zu 2 zu treffen haben.

Guhling

Schilling

Günter

Nedden-Boeger

Botur

Vorinstanzen:

LG Lübeck, Entscheidung vom 25.03.2020 - 17 O 315/07 -

OLG Schleswig, Entscheidung vom 01.12.2021 - 12 U 64/20 -