

VIII ZR 248/56

Verkündet laut Protokoll
am 2. Juli 1957
Klett, Justizsekretär
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

der offenen Handelsgesellschaft in Firma Gebrüder M [REDACTED],
Lebensmittel-Groß- und Einzelhandel in B [REDACTED] G [REDACTED]
straße [REDACTED] vertreten durch die Gesellschafter Hermann M [REDACTED]
und Dr. Arnold M [REDACTED],

Klägerin, Berufungsklägerin, Berufungsbeklagten
und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

Dr. Hugo K [REDACTED] in M [REDACTED], T [REDACTED] Straße [REDACTED] als Testa-
mentsvollstrecker über den Nachlaß der in B [REDACTED]
[REDACTED] verstorbenen Frau Elisabeth C [REDACTED].

Beklagten, Berufungsbeklagten, Berufungskläger
und Revisionsbeklagten.

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Frhr von [REDACTED] -

hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 2. Juli 1957 unter Mitwirkung der Bun-
desrichter Dr. Gelhaar, Artl, Dr. Spieler, Dr. Mezger und
Dr. Messner

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 8. Zivilsenats des
Kammergerichts vom 26. März 1956 wird auf Kosten der Klä-
gerin zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die während des ersten Rechtszugs verstorbene, bis dahin als Beklagte in Anspruch genommene Frau C [REDACTED] hat einen Laden in dem ihr gehörenden Hausgrundstück B [REDACTED], R [REDACTED]straße an die Klägerin vermietet, die darin ein Lebensmittelgeschäft betreibt. Frau C [REDACTED] ist nach dem Mietvertrag verpflichtet, während des Mietverhältnisses "auf dem Grundstück an kein Geschäft zu vermieten, das Butter, Margarine, Käse und Eier führt".

Von den weiteren im Haus befindlichen Läden ist später seit dem 1. Juli 1944 einer an die Eheleute M [REDACTED], die dem Rechtsstreit im ersten und zweiten Rechtszug als Nebenintervenienten auf Seiten der beklagten Partei beigetreten waren, zur Verwendung als Milchgeschäft und seit dem 1. August 1950 ein anderer an Franz H [REDACTED] zur Verwendung als Fisch-, Wild- und Geflügelgeschäft vermietet worden. Nach der mit den Eheleuten M [REDACTED] im Mietvertrag getroffenen Abmachung dürfen sie in dem Laden nur ein Geschäft betreiben, "von dessen Art sich nicht schon eines im Haus-Block befindet bzw. dürfen dessen Waren nicht vertrieben werden". Sie verkauften indes von jeher auch Fette und Eier. Nach der mit H [REDACTED] im Mietvertrag getroffenen Abmachung darf er keine Waren verkaufen, die in den bereits im Hause befindlichen Geschäften geführt werden. H [REDACTED] hielt trotzdem nebenher Butter, Eier und Kräuterkäse feil.

Die Klägerin hat in diesem Rechtsstreit Frau C [REDACTED] auf Wettbewerbsschutz und zunächst in Höhe von 1 000,- DM als Teilbetrag auf Ersatz des entgangenen Gewinns in Anspruch genommen. Frau C [REDACTED] hat Widerklage erhoben mit dem Antrag, die Klägerin zu verurteilen, den Wettbewerb mit den Eheleuten M [REDACTED] und mit H [REDACTED] sowie einem weiteren Ladenmieter durch Feilhalten bestimmter Waren zu unterlassen.

.. 3 ..

Das Landgericht hat durch rechtskräftig gewordenes Teil- und Zwischenurteil antragsgemäß die Frau C [REDACTED] verurteilt, alle Vorkehrungen dafür zu treffen, daß die Mieter auf dem Grundstück R [REDACTED]straße [REDACTED], nämlich die Eheleute M [REDACTED] und H [REDACTED], den Vertrieb von Butter, Margarine, Eier und Käse unterlassen, und ferner den auf Zahlung gerichteten Klageanspruch dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt sowie schließlich die Widerklage abgewiesen.

In dem Verfahren über die Höhe des Zahlungsanspruchs hat die Klägerin ihren Schaden für die Zeit vom 1. Januar 1950 bis zum 31. Dezember 1954 auf 11 417,94 DM beziffert. Davon entfallen nach ihren Angaben 9 242,45 DM auf den durch die Eheleute M [REDACTED] und 2 175,49 DM auf den durch H [REDACTED] verursachten Schaden. Von dem Gesamtbetrag hat sie den von ihr für die Monate Juni 1954 bis Oktober 1955 nicht bezahlten Mietzins in Höhe von 2 736,83 DM abgesetzt und demgemäß schließlich die Verurteilung des Beklagten, der als Testamentsvollstrecker an die Stelle der Frau C [REDACTED] getreten ist, zur Zahlung von 8 681,11 DM nebst Zinsen beantragt.

Das Landgericht hat als den der Klägerin durch die Eheleute M [REDACTED] entgangenen Gewinn 3 487,26 DM und als den ihr durch H [REDACTED] entgangenen Gewinn 916,- DM, zusammen also 4 403,26 DM festgestellt und den Beklagten unter Berücksichtigung der nichtbezahlten Mietzinsen durch Schlußurteil in Höhe von 1 666,42 DM verurteilt.

Die Parteien und die Eheleute M [REDACTED] als Nebenintervenienten haben gegen dieses Urteil jeweils im vollem Umfang der Beschwer der Klägerin einerseits und des Beklagten andererseits Berufung eingelegt. Das Kammergericht hat die Berufung der Klägerin zurückgewiesen und auf die Berufungen der Beklagten und der Eheleute M [REDACTED] in Abänderung des landgerichtlichen Urteils die Klage, soweit sie auf Zahlung gerichtet ist, in vollem Umfange abgewiesen. Es hat nämlich den der Klägerin



durch die Eheleute M. erwachsenen Schaden als nur in Höhe von 1 553,79 DM nachgewiesen angesehen, den Gesamtschaden der Klägerin also auf nur 2 469,79 DM beziffert, dem ein höherer Betrag an Mietzinsschulden gegenübersteht.

Dagegen richtet sich die Revision der Klägerin, die ihren bisherigen Antrag auf Verurteilung des Beklagten in Höhe von 8 681,11 DM weiter verfolgt. Der Beklagte erstrebt die Zurückweisung des Rechtsmittels.

Entscheidungsgründe:

I. Das Teil- und Zwischenurteil des Landgerichts betrifft, soweit es den Schadensersatzanspruch der Klägerin dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt, eine Forderung in Höhe von nur 1 000,- DM. Soweit die Klägerin diese Forderung später erhöht hat, bedarf es daher der selbständigen Prüfung, ob die Klägerin hinsichtlich des Mehrbetrags überhaupt berechtigt ist, Ersatz des ihr entgangenen Gewinns zu fordern. Das ist aus den einschlägigen Erwägungen des Landgerichts in dem bezeichneten Urteil zu bejahen; auf sie kann Bezug genommen werden, zumal der Beklagte rechtliche Gesichtspunkte, die gegen eine Ersatzpflicht sprechen könnten, nicht mehr vorgebracht hat.

II. Die Revision erhebt gegen die Berechnung des Schadens durch das Berufungsgericht eine Reihe von Verfahrensrügen.

1. Die Klägerin hat angegeben, in H. Wareneingangsbuch seien im Juli oder August 1952 gelieferte Butter- und Käsemengen als "Marinaden" verbucht, und sich insoweit auf die schriftliche Auslassung des von ihr beauftragten Wirtschaftsorganisations S. vom 18. Mai 1955 bezogen, nach der der Großhändler Ho. an H. in der fraglichen

Zeit solche Waren geliefert und H. [REDACTED] sie im Wareneingangsbuch wahrheitswidrig als Marinaden ausgewiesen haben soll. - Das Berufungsgericht hat in der Bemerkung S. [REDACTED] einen Beweis für die Behauptung der Klägerin umso weniger erblickt, als es aus dem Gutachten des vom Landgericht ernannten Sachverständigen Wirtschaftsprüfer Dr. K. [REDACTED] vom 30. April 1955 keinen Anhaltspunkt dafür entnommen hat, daß H. [REDACTED]s Buchführung unzuverlässig sein könnte. - Die Revision meint, Schweickerts Bemerkung sei die Wiedergabe seiner eigenen Wahrnehmung gewesen, das Vorbringen der Klägerin habe erkennen lassen, daß sie S. [REDACTED] als Zeugen benenne. Diesen Beweisantritt habe das Berufungsgericht nicht beachtet (§ 286 ZPO). Äußerstenfalls habe die Klägerin gemäß § 139 ZPO befragt werden müssen, ob sie diesen Beweis antreten wolle.

Die Rügen sind unbegründet. Die Bemerkung S. [REDACTED], Ho. [REDACTED] habe H. [REDACTED] im Juli oder August 1952 mit Butter und Käse beliefert, ist nach Lage der Dinge im Rahmen der sehr umfangreichen Auslassung vom 18. Mai 1955 zu allgemein gehalten, als daß das Gericht sie als Vortrag der Klägerin hätte auffassen und ihr deshalb hätte nachgehen müssen. Da das Wareneingangsbuch solche Lieferungen nicht ergibt, hätte es der Darlegung bedurft, aus welchen von S. [REDACTED] wahrgenommenen anderen Umständen die Klägerin entnommen hat, daß Ho. [REDACTED] Butter und Käse geliefert habe. Abgesehen davon brauchte das Berufungsgericht im Anwaltsprozeß auch nicht die Benennung S. [REDACTED] als Zeugen anzuregen.

2. Die Klägerin hat im zweiten Rechtszug vorgebracht, H. [REDACTED] habe Butter, Margarine, Käse und Eier nicht in die dem Sachverständigen vorgelegten Bücher eingetragen, sondern in ein von ihm außerdem geführtes Wareneingangsbuch. - Das Berufungsgericht ist dem nicht nachgegangen, weil die Klägerin sich dafür auf das Gutachten eines Sachverständigen bezogen

hat. Darin hat es nämlich kein Beweismittel gefunden, das zum Beweis der behaupteten Tatsache geeignet ist, und hinzugefügt, die Berücksichtigung dieser Vorbringen würde überdies die Erledigung des Rechtsstreits verzögern. - Die Revision meint, das Gutachten eines Sachverständigen sei doch geeignet, das Vorbringen der Klägerin zu beweisen. Diese habe nämlich erläuternd vorgetragen, daß die Jahresabschlüsse H[REDACTED]s hinsichtlich der Wareneingänge steuerrechtlich in Ordnung gewesen seien. Das habe einen Sachverständigen zu dem Rückschluß führen müssen, daß außer dem vorgelegten Wareneingangsbuch noch ein weiteres geheim geführtes vorhanden gewesen sei.

Dieser Schluß ist indessen nicht zwingend. Er würde es nur dann sein, wenn die Klägerin behauptet hätte, daß der aus H[REDACTED]s Jahresabschluß angeblich ersichtliche Mehrbetrag an Wareneingängen, verglichen mit den Eintragungen in dem vorgelegten Wareneingangsbuch, gerade die für sie geschützten Waren betroffen habe. Da bei der Prüfung der Bücher H[REDACTED]s durch den Sachverständigen auch ihr Beauftragter S[REDACTED] zugegen war, würde sie ausreichende Gelegenheit gehabt haben, solche Angaben zu machen.

3. Nach Darstellung der Klägerin haben die Eheleute M[REDACTED] sich für die Klägerin geschützte Waren ohne Rechnung liefern lassen und mehr derartige Waren verkauft, als ihre Bücher ausweisen. - Das Berufungsgericht hat an Hand des Gutachtens des Sachverständigen eine solche Feststellung deshalb nicht zu treffen vermocht, weil in dem Gutachten dem Sinne nach nur ausgeführt ist, nach dem Zustand der Bücher der Eheleute M[REDACTED] seien Einkäufe ohne Rechnung zwar nicht nachzuweisen, aber auch nicht auszuschließen. - Nach Auffassung der Revision würde das Berufungsgericht zu einem der Klägerin günstigeren Ergebnis haben kommen müssen, wenn es die Bemerkungen des Sachverständigen berücksichtigt hätte, daß die Eheleute

M. dem Finanzamt für das Jahr 1950 einen Gewinn von 1 710,- DM angegeben, indessen den auf Grund einer Betriebsprüfung vom Finanzamt auf 4 000,- DM geschätzten Gewinn widerspruchslos hingenommen hätten und daß sich für das Jahr 1951 die Beträge von 3 070,40 DM einerseits und 4 539,- DM andererseits entsprechend gegenüberstünden, sowie schließlich, daß der für das Jahr 1954 von den Eheleuten M. dem Finanzamt mit nur 100 815,45 DM angegebene Verkaufserlös gemessen an den im Wareneingangsbuch ausgewiesenen Einkäufen im Werte von 97 229,- DM höher gewesen sein müsse.

Die Revision übersieht dabei, daß es nur darauf ankommt, wieviel Butter, Margarine, Käse und Eier die Eheleute M. verkauft haben. Der Umstand, daß sie sich mit den ihre Angaben übersteigenden Schätzungen des Finanzamtes abgefunden haben, sowie der weitere Umstand, daß möglicherweise auch für das Jahr 1954 eine derartige Unstimmigkeit besteht, zwingen aber nicht zu dem Schluß, daß die Unterschiedsbeträge gerade jene für die Klägerin geschützten Waren betreffen.

Die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe die unklare Buchführung der Eheleute M. zu Unrecht nicht nach den Grundsätzen des Beweises des ersten Anscheins zu Lasten des Beklagten verwertet, ist unbegründet. Es hat vielmehr diesen gegen die Eheleute M. sprechenden Gesichtspunkt nicht unberücksichtigt gelassen und einen Ausgleich für die durch die Buchführung verursachte Unsicherheit über die Höhe des Schadens, der der Klägerin aus dem Wettbewerb der Eheleute M. mit geschützten Waren erwachsen ist, darin gefunden, daß es bei der Schätzung dieses Schadens von der - der Wirklichkeit wahrscheinlich nicht entsprechenden - Annahme ausgegangen ist, alle Kunden der Eheleute M. würden ihren Bedarf an solchen Waren ausschließlich bei der Klägerin befriedigt haben, wenn die Eheleute M. sie nicht geführt

hätten. Das Berufungsgericht hat damit von seinem Ermessen (§ 287 ZPO) bei der ihm obliegenden Schätzung des Schadens in einer Weise Gebrauch gemacht, die einen 'Rechtsirrtum nicht erkennen läßt.

4. Die Eheleute M. halten ihre Waren nicht nur im Laden, sondern auch im Umherziehen feil. Das Berufungsgericht hat den Verkauf der geschützten Waren im Umherziehen bei Berechnung der Schadenshöhe nicht berücksichtigt und ist davon ausgegangen, daß die Eheleute M. die geschützten Waren nur zu 33 % ihres Verkaufswertes im Laden und im übrigen im Umherziehen verkauft haben. - Die Revision irrt, wenn sie meint, das Berufungsgericht sei bei der Aufteilung der Behauptung des Beklagten beweislos gefolgt. Das trifft nicht zu. Der Beklagte hat nämlich für den Verkauf geschützter Waren im Laden nur 20 % angegeben, während allerdings das Landgericht in seinem Schlußurteil 50 % angenommen hat. Das Berufungsgericht hat in Abschnitt II 2 der Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils (§ 17 Urteilsausfertigung) erörtert, weshalb und in welchem Umfang es die Angabe der Beklagten als widerlegt angesehen hat. Diese Ausführungen lassen entgegen der Ansicht der Revision keinen Rechtsirrtum erkennen. Insbesondere ist § 287 ZPO nicht verletzt. Auf die von der Revision aufgeworfene Frage, welche Partei die Beweislast hinsichtlich der anteilmäßigen Verteilung auf die Verkäufe im Laden einerseits und im Umherziehen andererseits hat, kommt es also nicht an. - Unerheblich ist in diesem Zusammenhang von vornherein auch, ob die Eheleute M. Waren ohne Rechnung erhalten haben.

5. Daß die Klägerin mit der Umsatz-Indexzahlen-Statistik des statistischen Amtes Berlin den Wettbewerb der Eheleute M. nicht als Ursache des Rückgangs ihres eigenen Umsatzes beweisen kann, hat das Berufungsgericht zutreffend erkannt.

Mit Recht weist es darauf hin, daß dieser Rückgang die verschiedensten Gründe haben kann, für die sich aus der Statistik nichts ergibt. Gegenüber dieser tragenden Erwägung hat die von der Revision bemängelte Bemerkung im angefochtenen Urteil, der Umsatzrückgang könne auf die vom Beklagten unwiderlegt behauptete unfreundliche Bedienung im Geschäft der Klägerin zurückzuführen sein, keine selbständige Bedeutung.

6. Die Klägerin hat unter Benennung von Zeugen behauptet, die Eheleute M. hätten in ihrem Laden seit Mai 1954 an zwei bestimmten Tagen im Mai und Juni 1954 Butter und Margarine, aber auch sonst bis zum Oktober 1954 Butter, Margarine und Käse verkauft, ihnen seien ferner an zwei bestimmten Tagen im Juli 1954 zusammen 25 kg Butter oder Margarine geliefert worden.

Der Revision kann nicht in der Auffassung gefolgt werden, daß das Berufungsgericht durch Nichtbeachtung dieser Behauptung gegen § 287 ZPO verstoßen habe. Vielmehr lag es nach dieser Bestimmung im Ermessen des Gerichts, ob es die Erhebung der angebotenen Beweise für angebracht hielt oder nicht. Aus dem Zusammenhang ist zu entnehmen, daß das Berufungsgericht auf die Erörterung einzelner, offensichtlich nicht zahlreicher, der Klägerin zufällig bekannt gewordener Geschäftsvorgänge bei den Eheleuten M. umsomehr verzichten zu können gemeint hat, als ihm in dem Gutachten des Sachverständigen eine umfassende Grundlage für die Beurteilung der Höhe des der Klägerin durch den Verstoß gegen das Wettbewerbsverbot erwachsenen Schadens zur Verfügung stand.

7. Das Berufungsgericht hat die von den Eheleuten M. im Umherziehen erzielten Gewinne bei der Berechnung des der Klägerin erwachsenden Schadens außer Betracht gelassen,

weil der ambulante Handel der Eheleute M. sich in erheblicher Entfernung (20 Minuten) von deren Laden abgespielt habe und weil deshalb unter Berücksichtigung der Berliner Verhältnisse nichts dafür spreche, daß die im Umherziehen bedienten Kunden der Eheleute M. bei der Klägerin gekauft haben würden, wenn ihnen die Eheleute M. nicht die bequemere Einkaufsgelegenheit geboten hätten. - Das Berufungsgericht hat also verneint, daß der Klägerin durch den ambulanten Handel mit geschützten Waren ein Schaden entstanden ist. Deshalb hat es mit Recht dahingestellt sein lassen, ob die Klägerin durch ihren Mietvertrag auch gegen den ambulanten Handel der Eheleute M. im Rahmen des Wettbewerbsverbots geschützt ist. Auf den Vortrag der Revision, das Wettbewerbsverbot erstrecke sich auch auf den ambulanten Handel, kommt es mithin nicht an.

8. Anknüpfend an die Erklärung der Klägerin in der mündlichen Verhandlung, sie bestreite nicht, den Eheleuten M. den Verkauf von Quark zugestanden zu haben, hat das Berufungsgericht den sogenannten "Weichkäse" nicht als für die Klägerin geschützte Ware betrachtet und hat - dem Sachverständigen folgend - unter "Weichkäse" nicht nur Quark, sondern auch Schichtkäse mit der Begründung verstanden, Schichtkäse sei ein besserer Quark, nämlich Quark mit Rahmzusatz. Es hat ferner ausgeführt, mindestens könne dem Beklagten angesichts des Zugeständnisses der Klägerin hinsichtlich des Quarks kein Vorwurf daraus gemacht werden, daß er den Verkauf von Schichtkäse durch die Eheleute M. nicht unterbunden habe. - Die Revision meint, das Berufungsgericht habe Schichtkäse unter dem Gesichtspunkt des Wettbewerbsverbots zu Unrecht als bloß verbesserten Quark angesehen; das Berufungsgericht habe gegen § 139 ZPO verstoßen, indem es die Klägerin nicht darauf hingewiesen habe, daß es zwischen Quark und Schichtkäse keinen Unterschied sehe; die Klägerin würde dann in das Wissen eines Sachverständigen gestellt haben, daß Schicht-

käse nicht nur als verbesserter Quark, sondern als Ware eigener Gattung anzusehen sei.

Die Rüge ist schon deshalb unbegründet, weil das Berufungsgericht eine Schadensersatzverpflichtung des Beklagten aus dem Verkauf von Schichtkäse durch die Eheleute M auch mit der Begründung verneint hat, der Beklagte habe sich nicht schuldhaft verhalten, indem er den Verkauf des Schichtkäses nicht unterbunden habe. An diese von der Revision übrigens nicht ausdrücklich bemängelte Feststellung des Berufungsgerichts ist das Revisionsgericht gebunden. Es kommt deshalb nicht darauf an, ob objektiv Schichtkäse im Vergleich zum Quark eine Ware eigener Art ist oder nicht.

Aus diesen Gründen ist die Revision mit der Kostenfolge aus § 97 ZPO zurückzuweisen.

Dr. Gelhaar

Artl

Dr. Spieler

Dr. Mezger

Dr. Messner