

Nachschlagewerk: ja
Amtliche Sammlung: nein

2216 053

BGB § 536

Zur Frage der Fernhaltung von Konkurrenz durch den
Vermieter bei Vermietung an einen Gewerbebetrieb
(hier: Vermietung an einen kantinenähnlichen Betrieb).

BGH, Urt. v. 22. ^{März} ~~Februar~~ 1961 - VIII ZR 98/60 -

Kammergericht

VIII ZR 98/60

Verkündet am 22. März 1961
Notar, Justizangestellter
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

des Gastwirts Heinrich H [REDACTED] in B [REDACTED],
B [REDACTED] Straße [REDACTED],

Klägers, Berufungsbeklagten, Berufungsklägers
und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Rechtsanwalt Dr. K [REDACTED] in B [REDACTED],
B [REDACTED] Straße [REDACTED], als Testamentsvollstrecker
für den Nachlaß des am 17. Februar 1956 verstorbenen
Kaufmanns Edmund M [REDACTED], wohnhaft gewesen in
B [REDACTED], L [REDACTED] Straße [REDACTED],

Beklagten, Berufungskläger, Berufungsbeklagten
und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 22. Februar 1961 unter Mit-
wirkung des Senatspräsidenten Dr. Pagendarm und der
Bundesrichter Dr. Gelhaar, Dr. Spieler, Dr. Dorschel
und Dr. Messner

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird
das Schlußurteil des 8. Zivilsenats des
Kammergerichts vom 14. März 1960 im Ko-

Handwritten signature

- 1 a -

stenpunkt und insoweit aufgehoben, als dadurch der Berufung des Beklagten gegen das Urteil der 9. Zivilkammer des Landgerichts Berlin vom 7. Januar 1957 entsprochen ist. In diesem Umfang wird die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen, dem auch die Entscheidung über die Kosten der Revision übertragen wird.

Von Rechts wegen

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



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Tatbestand:

Der in diesem Rechtsstreit ursprünglich beklagte Kaufmann Edmund M. ist während des ersten Rechtszuges gestorben; sein Testamentsvollstrecker führt den Rechtsstreit weiter.

M. hatte in B. auf dem Grundstück B.straße eine Markthalle eingerichtet. Durch schriftlichen Vertrag vom 1. April 1950 vermietete er dem Kläger in dieser Halle gelegene leere Räume zum Betrieb einer Gastwirtschaft für die Zeit bis Ende 1959 gegen einen monatlichen Mietzins von 350 DM; nach dem Vertrag hatte der Kläger ferner "die Kosten des Ausbaues und jeglicher Nebenkosten" zu tragen. Der Kläger zahlte M. 10 000 DM als Abstandsgeld und machte größere Aufwendungen auf die Räume.

Durch einen weiteren Vertrag vom 17. April 1950 vermietete M. an Frau Anna L. einen zu der Halle gehörenden, an der Straße gelegenen Laden zum Betrieb einer Eisdiele und gestattete ihr gleichzeitig den Ausschank von Kaffee. Ferner duldete er, daß sie im Spätherbst 1950 in dem Laden auch einen Konditoreibetrieb eröffnete.

Am 27. Juni 1952 erklärte der Kläger den "Rücktritt" vom Verträge, weil er in dem Geschäft der Frau L. eine erhebliche Konkurrenz und in deren Duldung durch M. eine Verletzung des Vertrages vom 1. April 1950 sah. Er gab M. die Mieträume am 15. Juni 1953 zurück und verlangte die Rückzahlung des Abstandsgeldes (10 000 DM) und die Erstattung seiner

Aufwendungen in Höhe von 19 162,79 DM sowie damals auch noch die Rückzahlung der von ihm gezahlten Miete abzüglich einer angemessenen Nutzungsentschädigung.

In dem Vorprozeß (8. O. 332/52 des Landgerichts Berlin = 7 U 383/52 des Kammergerichts), in dem M. gegen den Kläger (dort Beklagter) angebliche Mietrückstände in Höhe von insgesamt 500 DM eingeklagt hat, hat dieser im Wege der Widerklage von seinem angeblichen Rückgewähranspruch einen Teilbetrag von 2000 DM geltend gemacht. Demgegenüber hat M. im ersten Rechtszug außer der Abweisung der Widerklage noch beantragt, "festzustellen, daß dem Beklagten (jetzigen Kläger) keinerlei Schadensersatzansprüche gegenüber dem Kläger (M.) zustehen". Das Landgericht hat durch Urteil vom 31. Oktober 1952 die Leistungsklage abgewiesen und der Widerklage stattgegeben, sowie durch Urteil vom 9. Januar 1953 die Feststellungsklage abgewiesen. Im Berufungsrechtszug hat M. beantragt, in Abänderung der beiden von ihm angefochtenen Urteile die Widerklage abzuweisen, den Kläger (dort Beklagter) auf die Leistungsklage in Höhe von 500 DM zu verurteilen und "festzustellen, daß dem Beklagten (jetzigen Kläger) ... aus dem zwischen den Parteien bestehenden Mietverhältnis Ansprüche auf Rückzahlung von Beträgen nicht zustehen und zwar aus zuviel gezahlter Miete seit dem 1.4.1950, ferner auf Rückzahlung von Baukostenbeträgen oder Abstandssummen". Durch Urteil vom 15. Oktober 1953 hat das Kammergericht die Berufungen bezüglich der Leistungsklage und der Widerklage zurückgewiesen sowie ferner festgestellt, "daß dem Beklagten (jetzigen

Kläger) auf Grund seines R ü c k t r i t t s keine Ansprüche auf Rückzahlung zuviel gezahlter Miete seit dem 1. April 1950, von Baukostenbeträgen oder Abstandssummen gegen den Kläger (M) zustehen", sowie "die- weitergehende Feststellungsklage" abgewiesen. Es hat zur Widerklage ausgeführt, dass der Kläger zwar nicht die von ihm bereits bezahlte Miete zum Teil zurückverlangen könne, wohl aber Schadensersatz in Höhe von mindestens 2.000,- DM als Ersatz seiner Aufwendungen von M zu beanspruchen habe. Das Urteil ist rechtskräftig geworden.

Im vorliegenden Rechtsstreit hat der Kläger schliesslich die Verurteilung des Beklagten zur Zahlung von 74.582,83 DM nebst 4 % Zinsen seit der am 18. Februar 1954 erfolgten Zustellung der Klage beantragt. Er verlangt diesen Betrag als Ersatz des ihm durch die Aufgabe seines eigenen Geschäfts entgangenen Nutzens und des ihm durch die Konkurrenz der Frau L entgangenen Gewinns sowie als Ersatz seiner Investitionen.

Dazu hat er folgende Berechnung vorgetragen: Sein Jahresumsatz habe 84.000,-- DM betragen, sein Reingewinn 9 % davon, also 7.560,-- DM. Seine Investitionen in Höhe von 10.000,-- DM und rund 19.000,-- DM = rund 29.000,--DM würde er in dem für fast 10 Jahre abgeschlossenen Mietverhältnis jährlich in Höhe von 2.900,-- DM haben amortisieren können. Sein Schaden infolge Aufgabe der Gastwirtschaft belaufe sich daher auf 7.560,-- DM und 2900 = 10.460,-- DM jährlich oder 871,11 DM monatlich, d.h. in den 70 Monaten vom 1. Juni 1953 bis zum 31. März 1959 DM 60.977,70. Hierauf lasse er sich anrechnen:

den von ihm im Vorprozeß gegen M [REDACTED] erstrittenen	
und inzwischen bezahlten Betrag von	2000 DM
ferner die für die Zeit vom 1. Juli	
1952 bis zum 30. Mai 1953 (11 Monate)	
nicht bezahlte Miete zu je 350 DM	3850 DM
schließlich die in dem Arrestverfahren	
9 Q 12/54 gegen ihn festgesetzten	
Kosten in Höhe von	<u>1557,29 DM 7407,29 DM</u>
Es verbleibe demnach ein noch nicht er-	
setzter Schaden von	53570,41 DM
Dazu komme der entgangene Gewinn durch	
unzulässige Konkurrenz der Frau L [REDACTED]	
während der Zeit vom 1. Dezember 1950 bis	
zum 31. März 1959 in Höhe von	<u>42012,42 DM</u>
Auf den Gesamtschaden von	95582,83 DM
lasse er sich einen monatlichen Arbeitsver-	
dienst von 300 DM anrechnen, d.h. für die	
Zeit vom 1. Juni 1953 bis zum 31. März 1959	<u>21000 DM</u>
Das ergebe die Klageforderung von	74582,83 DM.

Das Landgericht hat dem Kläger 24 256,50 DM nebst 4 % Zinsen von 20 000 DM (der ursprünglichen Klagesumme) seit dem 18. Februar 1954 sowie von 4256,50 DM seit dem 1. Juli 1954 zugesprochen und die Klage im übrigen abgewiesen.

Gegen dieses Urteil haben beide Parteien Berufung eingelegt, der Kläger mit dem Ziel der Verurteilung des Beklagten zur Zahlung von weiteren 50 326,33 DM nebst 4 % Zinsen seit dem 18. Februar 1954, der Beklagte mit dem Ziel, die Klage in vollem Umfange abzuweisen. Der Kläger hat auf Erstattung seiner Aufwendungen in Höhe von 148,70 DM verzichtet und erklärt, daß er seinen Schaden wegen Aufgabe des Geschäftes auch für die Zeit vom 1. April bis zum 31. Dezember 1959 geltend mache.

Das Kammergericht hat die Berufung des Klägers durch Teilurteil vom 4. Juli 1957 zurückgewiesen. Der Kläger hat dagegen in dem Verfahren VIII ZR 90/60 Revision eingelegt, mit der er seinen Antrag auf Verurteilung des Beklagten zur Zahlung von weiteren 50 326,33 DM nebst 4 % Zinsen seit dem 18. Februar 1954 weiterverfolgt. Der Beklagte will jenes Rechtsmittel zurückgewiesen haben.

Dann hat das Kammergericht durch Schlußurteil vom 14. März 1960 auf die Berufung des Beklagten diesen unter Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels zur Zahlung von nur 11 042,92 DM nebst 4 % Zinsen seit dem 5. Februar 1958 verurteilt und im übrigen die Klage abgewiesen. Dagegen hat der Kläger in dem hier zur Entscheidung anstehenden Verfahren Revision eingelegt mit dem Antrag, das Schlußurteil aufzuheben, soweit dadurch zu seinen Ungunsten (nämlich hinsichtlich eines Betrages von 13 213,58 DM) erkannt ist und die Sache in diesem Umfang zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Kammergericht zurückzuverweisen. Der Beklagte will dieses Rechtsmittel zurückgewiesen haben.

Entscheidungsgründe:

A.

Umfang der Rechtskraft des Vorprozesses.

Nach der Ansicht des Berufungsgerichts ist durch das Urteil des Kammergerichts vom 15. Oktober 1953 dem Grunde nach mit Wirkung auch für diesen Rechtsstreit rechtskräftig nur festgestellt, daß der Kläger vom Beklagten Ersatz des Amortisationsschadens zu beanspruchen hat.

Ob der Kläger dem Grunde nach Ersatz des ihm entgangenen Gewinns (im folgenden als Konkurrenzschaden bezeichnet) zu beanspruchen hat, muß nach Auffassung des Berufungsgerichts in diesem Rechtsstreit deshalb geprüft werden, weil durch die im Vorprozeß über M. negative Feststellungsklage ergangenen Entscheidungen insoweit keine Feststellung getroffen ist. Dem ist im Gegensatz zur Ansicht der Revision beizutreten.

a) Im Vorprozeß hat ausweislich des Urteils des Landgerichts vom 31. Oktober 1952, in dem die Darstellung des Tatbestandes nicht durch Bezugnahme auf den Inhalt von Schriftsätzen ergänzt worden ist, und des Urteils des Landgerichts vom 9. Januar 1953, in dem wegen des Sachverhalts nur auf das genannte Urteil Bezug genommen ist, der Kläger (dort Beklagter) zur Begründung seiner Widerklage nur geltend gemacht, er sei wegen der Konkurrenz der Frau L. mit Recht vom Mietvertrag zurückgetreten und habe auf Grund dieses Rücktritts Rückzahlung des Abstandsgeldes mit 10 000 DM und seiner Bauaufwendungen mit mindestens 18 000 DM zu beanspruchen; auch habe er zuviel Mietzins gezahlt. Da der jetzige Kläger sich demnach vor dem Landgericht nicht berührt hat, er habe auch Ersatz des Konkurrenzschadens von M. zu beanspruchen, kann M. durch die Widerklage ausgelöste Feststellungsklage sich nur auf die vom Kläger aus dem Rücktritt hergeleiteten, mit der Widerklage zu einem Teilbetrag geltend gemachten Ansprüche beziehen, die M. in seinem Feststellungsantrag veranlaßt durch die Begründung der Widerklage unzutreffend als Schadensersatzansprüche bezeichnet hat.

Im Berufungsrechtszug hat M. seinen Feststellungsantrag der Begründung angepasst, die der Kläger seiner Widerklage vor dem Landgericht gegeben hatte. Zwar hat der Kläger dann vor dem Kammergericht vorgetragen, dass er sich die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen vorbehalte, die ihm daraus erwachsen seien, dass M. ihm die Konkurrenz der Frau L. nicht ferngehalten habe; M. hat dem indessen nicht durch eine Erweiterung seines neuen Feststellungsantrages Rechnung getragen. Durch das Urteil des Kammergerichts vom 15. Oktober 1953 ist zur Feststellungsklage zunächst zu Gunsten M. festgestellt, dass dem Kläger auf Grund seines Rücktritts keine Ansprüche auf Rückzahlung zuviel gezahlter Miete seit dem 1. April 1950, von Baukostenbeträgen oder Abstandssummen zustehen. Wenn die "weitergehende" Feststellungsklage abgewiesen ist, so hat das im Hinblick auf den neuen, unverändert gebliebenen Feststellungsantrag M. - wie auch die Entscheidungsgründe des Urteils erkennen lassen - nur die Bedeutung, dass die von M. erbetene negative Feststellung hinsichtlich der drei im Antrag genannten Ansprüche insoweit nicht getroffen werden kann, als diese Ansprüche nicht in dem als Kündigung aufzufassenden Rücktritt, sondern in einem anderen vom Kläger vorgetragenen Sachverhalt, nämlich der Verletzung der Vermieterpflicht durch M., ihre Grundlage haben und deshalb rechtlich als Schadensersatzforderung aufzufassen sind.

Daraus folgt zweierlei: In diesem Rechtsstreit ist hinsichtlich des Amortisationsschadens (betreffend Abstandsgeld und Bauaufwendungen) über den Grund des Anspruches nicht zu entscheiden; denn die teilweise Abweisung der

negativen Feststellungsklage bedeutet die positive Feststellung, dass der Kläger dem Grunde nach Anspruch auf Ersatz dieses Schadens hat. - Dagegen ist hinsichtlich des Konkurrenzschadens im Vorprozess keine Feststellung getroffen worden, weil M. Feststellungsklage diesen Schaden niemals zum Gegenstand hatte, und überdies weder das Landgericht noch das Kammergericht insoweit unter Verstoß gegen § 308 ZPO über M. Antrag hinaus - auch nicht entschieden haben.

b) Die hiergegen von der Revision vorgetragenen Bedenken sind unbegründet.

1. Die Revision meint, eine Entscheidung auch über die Konkurrenzschäden aus dem Urteil des Kammergerichts vom 15. Oktober 1953 deshalb entnehmen zu können, weil in den Entscheidungsgründen die Wendung vorkommt, M. habe mit der Feststellungsklage in Gestalt seines zuletzt gestellten Antrages eine Entscheidung darüber erzielen wollen, "ob dem Beklagten (jetzigen Kläger) überhaupt Gegenansprüche und welcher Art zustehen". - Dem kann indessen schon deshalb nicht gefolgt werden, weil der bezeichnete Antrag unzweideutig erkennen lässt, dass er sich auf den Konkurrenzschaden nicht bezieht. Die von der Revision angeführte Wendung betrifft im übrigen nur die zutreffende Erwägung, dass M. durch Streichung der Worte "in Höhe von 26.000,--DM" in dem bezeichneten, mit Schriftsatz vom 19. Februar 1953 angekündigten Antrag zu erkennen gegeben hat, er wolle nicht festgestellt haben, dass dem Kläger Ansprüche in bestimmter Höhe nicht zustünden.

2. Ferner weist die Revision zur Stützung ihrer Ansicht darauf hin, dass M. laut Schriftsatz vom 19. Februar

1953 vor dem Kammergericht vorgetragen habe, seine Feststellungsklage beziehe sich "auf alle diejenigen Gegenansprüche des Beklagten (also nicht nur auf reine Schadensersatzansprüche), wie er sie in seinem Schriftsatz vom 30.7.1952 auf S. 9 geltend macht". - Auch daraus kann die Revision jedoch nichts zu ihren Gunsten herleiten; denn an der bezeichneten Stelle des Schriftsatzes vom 30. Juli 1952 hat der Kläger zur Begründung seiner Widerklage nur vorgetragen, er habe von M. Rückzahlung des Abstandsgeldes (10.000,-- DM) und seine Baukosten in Höhe von etwa 18.000,-- DM sowie die zuviel gezahlte Miete zu beanspruchen, ohne seiner Meinung Ausdruck zu geben, dass er auch Ersatz des Konkurrenzschadens fordern könne. Im übrigen vermag der Hinweis im Schriftsatz vom 19. Februar 1955 die klaren Grenzen des darin angekündigten Antrages nicht zu Gunsten des jetzigen Klägers zu erweitern.

3. Schliesslich führt die Revision aus, es komme auf den vor dem Kammergericht von M. zur Feststellungsklage gestellten Antrag nicht an. Gehe man nämlich von dem Wortlaut dieses Antrages aus, so müsse der von M. vor dem Kammergericht eingenommene Standpunkt wie folgt verstanden werden: er habe mit seiner Berufung das Urteil des Landgerichts, durch das seine Klage auf Feststellung, dass dem Kläger gegen ihn keinerlei Schadensersatzansprüche zustünden, abgewiesen worden sei, mit der Berufung überhaupt nicht angreifen, sondern eine neue Feststellungsklage erheben wollen. So gesehen habe dann das Kammergericht, soweit es die Feststellungsklage abgewiesen habe, dies zu Unrecht ausgesprochen, "weil dann der weitergehende Anspruch nicht in die Berufungsinstanz gediehen wäre, sondern das landgerichtliche Urteil mangels Anfechtung rechtskräftig geworden wäre".

Dieser Gedankengang der Revision ist schon deshalb unrichtig, weil M. in seinem Antrag vom 19. Februar 1953 ausdrücklich gebeten hat, unter Abänderung des von ihm angefochtenen Urteils des Landgerichts vom 9. Januar 1953 die nunmehr von ihm begehrte Feststellung zu treffen. Hinzu kommt, daß das Urteil des Kammergerichts vom 15. Oktober 1953, soweit dadurch über die Feststellungsklage entschieden ist, im Hinblick auf M. Antrag vom 19. Februar 1953 durchaus sinnvoll ist, wie unter a) im einzelnen ausgeführt ist, und daß weder der von M. im ersten Rechtszug gestellte Feststellungsantrag noch das Urteil des Landgerichts vom 9. Januar 1953 andere Ansprüche des Klägers zum Gegenstand hatte als diejenigen, deren sich der Kläger zur Begründung seiner Widerklage damals berührt hatte.

Damit steht fest, daß nur hinsichtlich des sogenannten Amortisationsschadens die Verpflichtung des Beklagten zum Ersatz dem Grunde nach feststeht, daß dagegen hinsichtlich des sogenannten Konkurrenzschadens auch der Grund des Anspruches im vorliegenden Rechtsstreit zu prüfen ist.

B.

Der sogenannte Amortisationsschaden.

Der Höhe nach hat das Berufungsgericht diesen Anspruch aus folgenden Gründen auf 11 042,92 DM berechnet: Der Kläger habe außer dem Abstandsgeld (10 000 DM) noch 19 162,79 DM - 148,70 DM = 19 014,09 DM, insgesamt also 29 014,09 DM aufgewendet.

Es sei nicht zu beanstanden, daß der Kläger zur Berechnung seines Amortisationsschadens die sich auf rund 29 000 DM belaufenden Aufwendungen in Jahresteilbeträgen von 2900 DM auf die gesamte Mietzeit verteile und seinem

Schaden die 79 Monate vom 1. Juni 1953 bis zum 31. Dezember 1959 zugrunde lege. Die Aufwendungen, die in diesem Zeitraum noch zu amortisieren gewesen wären, hätten also 19 091,67 DM betragen. In dieser Höhe würde der Kläger haben amortisieren können, wenn nicht, wie in diesem Zusammenhang zu unterstellen sei, Frau L. in der Markthalle ihr Gewerbe ihm gegenüber unzulässig betrieben und er nicht deswegen sein Mietverhältnis gekündigt hätte.

Dazu hat das Berufungsgericht festgestellt, daß der Kläger bei störungsfreiem Ablauf seines Mietverhältnisses den Betrag von 19 091,67 DM mit seinem aus der Gastwirtschaft erzielten Reingewinn hätte herauswirtschaften können. Der bezeichnete Betrag stelle also den Amortisationsschaden des Klägers dar. - Damit hat das Berufungsgericht die Berechnung des Klägers in vollem Umfange gutgeheißen.

Unstreitig ist die Forderung des Klägers in Höhe von 2000 DM durch Zahlung und in Höhe von 5 407,29 DM durch Aufrechnung erloschen. Das Berufungsgericht hat ferner festgestellt, daß die Forderung in Höhe von weiteren 641,46 DM durch Aufrechnung mit zusätzlichen Gegenforderungen des Beklagten erloschen ist, weil es für zutreffend erachtet hat, daß das Landgericht diesen Betrag so zu Ungunsten des Klägers berücksichtigt hat, und weil der Kläger dies im zweiten Rechtszug nicht bemängelt hat.

Soweit die Revisionsrügen sich dagegen richten, daß das Berufungsgericht den Reingewinn des Klägers auf bloß 7 % seines in Übereinstimmung mit ihm in Höhe von 84 000 DM angesetzten Jahresumsatzes und den Betrag, um den sich sein Jahresreingewinn ohne den störenden Betrieb der Frau L. erhöht haben würde, auf bloß 800 DM bemessen

hat, gehen sie ins Leere. Auf diese Berechnungsgrundlage kommt es - jedenfalls in diesem Zusammenhang - nicht an; hier ist nur entscheidend, daß der Kläger auf alle Fälle - wie das Berufungsgericht zu seinen Gunsten festgestellt hat -, die von ihm angesetzten Beträge von jährlich 2900 DM in der Zeit vom 1. Juni 1953 bis zum 31. Dezember 1959 als Amortisation seiner Aufwendungen hätte herauswirtschaften können. Dem Kläger ist also insoweit alles zugesprochen, was er begehrt.

C.

Der entgangene Gewinn.

I. a) Das Berufungsgericht ist davon ausgegangen, daß M. sich nicht verpflichtet hat, dem Kläger jede Konkurrenz in der Markthalle fernzuhalten. Im Mietvertrag vom 1. April 1950 sei darüber nichts vereinbart. Nur im Vorprozeß habe der Kläger behauptet, M. habe sich in den dem Abschluß des Vertrages vorangegangenen Verhandlungen verpflichtet, keinerlei Konkurrenz in der Markthalle zuzulassen. Es bedürfe jedoch der Erörterung dieses Vorbringens umsoweniger, als eine angebliche mündliche Vereinbarung mit einem derartig einschneidenden Inhalt im Hinblick auf § 566 BGB zu ihrer Wirksamkeit der Schriftform bedurft hätte.

b) Die Revision rügt, das Berufungsgericht habe seine Auffassung zu Unrecht nicht auf die von M. etwa mündlich übernommene Verpflichtung abgestellt, keinerlei Konkurrenz in der Markthalle zu dulden; denn die mangel-

Schriftlichkeit führe nach § 566 BGB nicht zur Nichtigkeit der Vereinbarung. - Auf diese Rüge kommt es indessen nicht an; denn in den Tatsacheninstanzen dieses Rechtsstreits hat der Kläger eine Vereinbarung dieses Inhalts bisher nicht behauptet. Dass er das im Vorprozess getan hat, ist unerheblich. Das Berufungsgericht hat deshalb auch entgegen der Ansicht der Revision § 139 ZPO nicht dadurch verletzt, dass es dem Kläger gegenüber nicht auf eine Wiederholung der von ihm im Vorprozess aufgestellten Behauptung hingewirkt hat. Vielmehr würde es - zumal im Anwaltsprozess - Sache des Klägers gewesen sein, sein Vorbringen aus dem Vorprozess von sich aus zu wiederholen, wenn er das im Gegensatz zur Auffassung des Berufungsgerichts für angebracht hielt, um mit seinem Anspruch auf Ersatz des Konkurrenzschadens durchzudringen.

II. a) Ist es demnach jedenfalls für den Revisionsrechtszug im Ergebnis nicht zu beanstanden, dass das Berufungsgericht davon ausgegangen ist, es sei zwischen den Partnern des Mietvertrages vom 1. April 1950 nicht vereinbart worden, dass M. dem Kläger jede Konkurrenz in der Markthalle fernzuhalten habe, so braucht deshalb der Kläger doch die Konkurrenz nicht in jedem Ausmass und in jeder Art hinzunehmen. Vielmehr war M. - wie auch das Berufungsgericht im Ausgangspunkt zutreffend erwogen hat - schon deswegen, weil er dem Kläger die Räume ausdrücklich zum Betrieb einer Gastwirtschaft vermietet hat, nach Treu und Glauben verpflichtet, ihm Konkurrenz mindestens im gewissen Umfang fernzuhalten (Urteil des Bundesgerichtshofes vom 26. Januar 1955 VI ZR 274/53 -, Urteile des erkennenden Senats vom 8. Januar 1957 - VIII ZR 225/56 und vom 26. Januar 1960 - VIII ZR 31/59 - LM BGB § 536 Nr. 2, 3 und 5 - mit Nachweisen).

Indessen hat das Berufungsgericht den hier zu beurteilen-

den Sachverhalt unter diesem Gesichtspunkt nicht so erschöpfend erörtert, wie das bei der erforderlichen Berücksichtigung der Belange beider Vertragspartner nach Lage der besonderen Umstände geboten ist. Es hat nämlich nur ausgeführt: Die Gastwirtschaft des Klägers sei eine ausgesprochene Schank- und Speisewirtschaft mit Kantinencharakter, während das Konkurrenzunternehmen eine Eisdiele mit Konditoreibetrieb sei. Nach der Verkehrsanschauung seien derartige Unternehmen völlig verschiedenartig. Die Warenangebote der beiden Betriebe hätten sich in den Hauptartikeln nicht überschritten. Eine Überschneidung liege nur bezüglich alkoholfreier Getränke und Kaffee vor; diese Waren seien jedoch im Betrieb des Klägers ausgesprochene Nebenartikel gewesen; das ergebe sich daraus, daß im Jahre 1951 wertmäßig der Einkauf des Klägers an alkoholfreien Getränken nur etwa 3 % und an Kaffee nicht ganz 2 % des Gesamtwareneinkaufs betragen habe. Andere Gründe, aus denen alkoholfreie Getränke und Kaffee als Hauptartikel des Klägers angesehen werden könnten, lägen nicht vor; insbesondere werden durch den Ausschank von Kaffee der Stil seines Betriebes nicht mitbestimmt.

b) Diese Ausführungen sind von materiellem Rechtsirrtum beeinflusst. Denn das Berufungsgericht hat zwar angenommen, dass die Gastwirtschaft des Klägers Kantinencharakter hatte; es hat jedoch diesen Umstand nicht gewürdigt, obwohl er sich zugunsten des Klägers auswirken kann. War nämlich die Gastwirtschaft einer Kantine ähnlich, so war sie ein Unternehmen, das in etwa einen Monopolcharakter insofern hatte, als der Kläger möglicherweise damit rechnen konnte, dass er allein jedenfalls die Inhaber der etwa 220 Markthallenstände und das in diesen beschäftigte Personal, also einen zwar verhältnismässig beschränkten, dafür aber während des Geschäftsbetriebes in der Halle praktisch nur auf ihn angewiesenen Personenkreis als Gäste haben

werde, weil dieser Personenkreis sich zur Einnahme von Getränken und Mahlzeiten während der Geschäftszeit nur kurz von den Ständen entfernen konnte. Dass seine Gastwirtschaft auch von Strassenpassanten in nennenswerter Zahl aufgesucht werden würde, war dagegen kaum zu erwarten; allenfalls mochten in grösserer Zahl auch Kunden der Standinhaber gelegentlich ihrer Anwesenheit in der Halle die Gastwirtschaft zum Verzehr aufsuchen, ohne dass dadurch ihre Eigenschaft als monopolartiger Betrieb berührt zu werden brauchte. Setzte sich der Besucherkreis der Gastwirtschaft, mit dem der Kläger rechnen konnte, weit überwiegend aus den Standinhabern und deren Personal zusammen, so kommt es möglicherweise nicht entscheidend darauf an, ob alkoholfreie Getränke und Kaffee im Betrieb des Klägers Nebenartikel waren, ob sie den Stil des Betriebes nicht mitbestimmten und ob die konkurrierenden Betriebe des Klägers und der Frau L. nach der Verkehrsanschauung über sonstige Wirtschaftsbetriebe dieser Art verschiedenartig waren. Bei der Interessenabwägung muss auch in Betracht gezogen werden, dass der Kläger ein hohes Abstandsgeld hat bezahlen müssen, um überhaupt die räumliche Grundlage für seinen auf die Markthalle ausgerichteten Betrieb zu erhalten, ferner dass er seinen Betrieb an Werktagen nur bis 22 Uhr geöffnet halten durfte, ihn aber an Sonn- und Feiertagen geschlossen zu halten hatte; sowie weiter, dass M. den Kläger im Mietvertrag andererseits verpflichtet hatte, die Gastwirtschaft während des Geschäftsbetriebs offen zu halten und schliesslich dass M. der Frau I. im Mietvertrag vom 17. April 1950 den Ausschank von Kaffee nur gestattet hatte, falls der Kläger sich damit der Frau I. gegenüber einverstanden erklären sollte, dass M. also damals selbst der Auffassung gewesen sein kann, er sei dem Kläger gegenüber verpflichtet, Konkurrenz hinsichtlich des Kaffeeausschanks fernzuhalten.

All das bedarf noch der Aufklärung und Würdigung in tatsächlicher Hinsicht. Deshalb muß das angefochtene Urteil in dem von der Revision beantragten Umfang und im Kostenpunkt aufgehoben und die Sache insoweit zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden.

D.

Hinweise für das weitere Verfahren:

Der Kläger wird in der neuen Verhandlung vor dem Tatsachengericht Gelegenheit haben, die erst im Revisionsrechtszug vorgetragene Behauptung unter Beweis zu stellen, M. habe sich verpflichtet, keinerlei Konkurrenz für den Kläger in der Markthalle zuzulassen.

Ferner kann der Kläger dann die Rüge der Revision vorbringen, das Berufungsgericht habe seine Behauptung zu Unrecht nicht beachtet, daß in einer Gastwirtschaft der von ihm betriebenen Art der aus dem Verkauf von Getränken, insbesondere von Kaffee erzielte Reingewinn bis zu 100 % des Verkaufspreises betrage, und daß er deshalb auf ihn besonders angewiesen gewesen sei, um seinen im übrigen mit hohen Unkosten belasteten Betrieb rentabel zu halten, ferner daß Frau L. ihm durch den Verkauf von alkoholfreien Getränken und von Kaffee in der Weise Abbruch getan habe, daß sie diese Waren im Umherziehen in der Markthalle angeboten habe. Bemerkt sei in diesem Zusammenhang, daß aus dem geringen Umfang des Einkaufes des Klägers an alkoholfreien Getränken und an Kaffee im Jahre 1951 schwerlich etwas Entscheidendes zugunsten des Beklagten wird entnommen werden können; denn im Jahre 1951 kann sich die Konkurrenz der Frau L. hinsichtlich dieser beiden Artikel bereits ausgewirkt haben.

Für den Fall, daß das Berufungsgericht auf Grund der neuen Verhandlung den Anspruch des Klägers auf Ersatz des Konkurrenzschadens dem Grunde nach aus der Erwägung bejahen sollte, daß M. ihm die Konkurrenz der Frau L. ganz oder zum Teil fernzuhalten hatte und daß M. diese Verpflichtung schuldhaft verletzt hat, bleibt es dem Kläger überlassen, auch die Rügen der Revision vorzutragen, die dahin gehen, daß das Berufungsgericht den Behauptungen des Klägers über den von ihm erzielten Reingewinn (insbesondere nicht 7 %, sondern 9 % des Jahresumsatzes) und über die Höhe des ihm durch die Konkurrenz der Frau L. entgangenen zusätzlichen Gewinns hätte nachgehen müssen.

Dr. Pagendarm

Dr. Gelhaar

Dr. Spieler

Bundesrichter Dr. Dorschel und Bundesrichter
Dr. Messner sind beurlaubt und ortsabwesend;
sie sind an der Leistung der Unterschrift verhindert.

Dr. Pagendarm