



hat der 8. Zivilsenat des Kammergerichts auf die mündliche Verhandlung vom 16. April 2007 durch die Richterin am Kammergericht Spiegel als Einzelrichterin für **R e c h t** erkannt:

Auf die Berufung des Klägers wird das am 26. Oktober 2006 verkündete Urteil der Zivilkammer 12 des Landgerichts Berlin teilweise abgeändert:

Die Beklagten werden als Gesamtschuldner verurteilt, an den Kläger 4.871,40 € nebst 8 % Zinsen über dem Basiszinssatz seit dem 16. März 2005 zu zahlen.  
Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Im Übrigen wird die Berufung des Klägers zurückgewiesen.

Die Kosten der ersten Instanz sowie des Berufungsverfahrens werden gegeneinander aufgehoben.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

## **G r ü n d e**

### I.

Die Berufung des Klägers richtet sich gegen das am 26. Oktober 2006 verkündete Urteil des Landgerichts, auf dessen Tatbestand und Entscheidungsgründe Bezug genommen wird.

Der Kläger trägt zur Begründung der Berufung vor:

Entgegen der Auffassung des Landgerichts stelle der vertragswidrige Konkurrenzbetrieb des Beklagten zu 2) einen Sachmangel dar, der ihn, den Kläger, zur Minderung des Mietzinses um 50 % berechtige.

Der Kläger beantragt,

das am 26. Oktober 2006 verkündete Urteil der Zivilkammer 12 des Landgerichts Berlin abzuändern und die Beklagten (**als Gesamtschuldner**) zu verurteilen, an den Kläger 9.742,70 € nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz (**seit Rechtshängigkeit ?**) zu

zahlen.

Die Beklagten beantragen,

die Berufung zurückzuweisen.

Die Beklagten halten das angefochtene Urteil für zutreffend und tragen ergänzend vor:

Der Klage stehe die Rechtskraft des Urteils des Landgerichts Berlin vom 5. August 2003 - 64 S 21/03 – entgegen.

Der Beklagte zu 2) habe keinen mietvertraglichen Konkurrenzschutz verletzt.

Da das Mietverhältnis aufgrund massiver Verstöße des Klägers gegen seine vertraglichen Verpflichtungen wirksam beendet worden sei, verhalte sich der Kläger treuwidrig, wenn er seinerseits Rechte wegen angeblicher Vertragsverletzungen der Beklagten geltend mache.

Der Kläger habe den Mietzins vorbehaltlos gezahlt.

Die Existenz verbotener Konkurrenz stelle keinen Sachmangel dar.

Der Kläger habe die Höhe der geltend gemachten Mietminderung nicht hinreichend dargelegt.

## II.

Die Berufung des Klägers ist in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang begründet.

Der Kläger hat gegen die Beklagten als Gesamtschuldner gemäß § 812 Abs.1 BGB einen Anspruch auf Rückzahlung des in der Zeit von Mai 2002 bis Dezember 2003 monatlich zuviel gezahlten Mietzinses in Höhe von jeweils 243,57 €, also insgesamt (20 x 243,57 € = ) 4.871,40 €

Entgegen der Auffassung des Landgerichts in der angefochtenen Entscheidung war der von dem Kläger zu zahlende monatliche Mietzins in dem Zeitraum von Mai 2003 bis De-

zember 2003 gemäß § 536 Abs.1 BGB wegen der in diesem Zeitraum auf dem streitgegenständlichen Gelände zwischen dem Kläger und dem Beklagten zu 2) bestehenden Konkurrenzsituation gemindert.

Wie der Senat bereits mit Teilurteil vom 21. Oktober 2004 – 8 U 51/04 – ausgeführt hat, haben die Beklagten gegen den vertragsimmanenten Konkurrenzschutz verstoßen, in dem der Beklagte zu 2), der bis kurz vor Eröffnung des Konkurrenzbetriebes mit dem Kläger ein gemeinsames Geschäft betrieben hat, in nur 5 Metern Entfernung auf dem selben Gelände unter Mitnahme zumindest eines Teils der ehemaligen Kunden ein Konkurrenzunternehmen eröffnet hat.

Es ist sowohl in der Literatur (Schmitt-Futterer, Mietrecht, 8. Auflage, 536, Rdnr.172; Ermann, BGB, 11. Auflage, 535, Rdnr.45; Dr. Joachim, BB Beilage 6/1986 zu Heft 19/1986; Bub/Treier, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, 3. Auflage, III.B Rdnr.1250; Staudinger, BGB, 2003, 535, Rdnr.23; Soergel, BGB, 12. Auflage, 535, 536, Rdnr.175; Emmerich/Sonnenschein, Miete, 8. Auflage, 536, Rdnr.11; Stornel, Mietrecht, 3. Auflage, II, 518; Dr. Gather, GE 2000, 1450; Kulik, NZM 1999, 546), als auch in der Rechtsprechung (OLG Düsseldorf, NZM 2001, 1033; OLG Düsseldorf, ZMR 1997, 583; OLG Düsseldorf, ZMR 2000, 451; RGZ 119, 353; OLG Karlsruhe; NJW-RR 1990, 1234 herrschende Meinung, dass eine vertragswidrige Konkurrenzsituation einen zur Minderung des Mietzinses berechtigenden Sachmangel der Mietsache darstellt. Entgegen den Ausführungen des Landgerichts in der angefochtenen Entscheidung hat der Bundesgerichtshof in seiner Entscheidung vom 23. Dezember 1953 (ZMR 1954, 78 = BB 1954, 177 = LM Nr.3 zu § 537 BGB) nicht ausgeführt, dass ein Konkurrenzschutzverstoß nicht zu einem Sachmangel im Sinne des § 536 Abs.1 BGB führe. Nach den Ausführungen des BGH in dieser Entscheidung sind die Mieträume eines hinzukommenden Mieters nicht mit einem Sachmangel behaftet, wenn die Vermietung an diesen hinzukommenden Mieter einer Konkurrenzschutzpflicht des Vermieters gegenüber einem anderen Mieter zuwiderläuft, weil diese schuldrechtliche Verpflichtung die Tauglichkeit der Räume des Zweitmieters nicht unmittelbar beeinflusst. Damit ist aber nicht gesagt, dass das örtliche Konkurrenzverhältnis als solches keinen Mangel der Mieträume darstellen kann, denn hierauf kam es in jenem Fall gar nicht an, weil der Zweitmieter die örtliche Konkurrenzsituation bei Vertragsschluss genau kannte. Er irrte nur über den Umfang des Konkurrenz-

schutzes des ansässigen Mieters und damit über dessen Abwehrbefugnisse gegenüber der Zweitvermietung (Bub/Treier, a.a.O.).

Zwar hat das OLG Frankfurt in einer Entscheidung vom 1. Juli 1985 - 4 U 167/84 – (EWIR 1985,555) ausgeführt, dass die Duldung eines Konkurrenzbetriebes durch den Vermieter in demjenigen Bereich, in dem er dem Beklagte Räume zum Betrieb des Teppichgeschäfts vermietet hat, keinen Fehler der Mietsache darstelle. Das OLG Frankfurt hat dabei aber ausdrücklich offen gelassen, ob etwas anderes zu gelten habe, wenn der Vermieter dem Konkurrenten vertraglich gestattet, ein gleichartiges Geschäft zu vertreiben. Über die hier zu entscheidende Situation, wo der Vermieter selbst sich zum Konkurrenten des Mieters gemacht hat, hat das OLG Frankfurt folglich keine Entscheidung getroffen.

Aufgrund des im streitgegenständlichen Fall vorliegenden Konkurrenzschutzverstoßes weicht der tatsächliche Zustand der Mietsache in für den Mieter nachteiliger Weise von dem vertraglich vorausgesetzten Zustand der Mietsache ab (Palandt/Weidenkaff, BGB, 66. Auflage, 536, Rdnr.16). Für die Beurteilung der Frage, ob ein Konkurrenzschutzverstoß zu einem Mangel der Mietsache führt, ist es ohne Belang, ob dieser nachweisbar mit Umsatzeinbußen des Mieters einhergeht (OLG Düsseldorf, ZMR 2000, 451; OLG Düsseldorf, ZMR 1997, 583; OLG Düsseldorf, Kulik, a.a.O.). Dass die Abweichung des vertraglich vereinbarten Zustandes vom tatsächlichen Zustand der Mietsache bei Vorliegen eines Konkurrenzschutzverstoßes für den Mieter nachteilig ist, ergibt sich schon allein daraus, dass die Miete für ein Objekt ohne Konkurrenz im Allgemeinen höher ist, als diejenige für Räume, bei denen eine Konkurrenzsituation besteht (OLG Düsseldorf a.a.O., Kulik, a.a.O.).

Dem geltend gemachten Rückzahlungsanspruch steht entgegen der Auffassung der Beklagten § 814 BGB nicht entgegen, da der Kläger in dem hier streitgegenständlichen Zeitraum den Mietzins nur unter dem Vorbehalt der Rückforderung geleistet hat (Palandt/Sprau, BGB, 66. Auflage, § 814 BGB, Rdnr.5). Bereits bei den im Jahr 2001 an den Beklagten zu 2) geleisteten Zahlungen hat der Kläger den Zusatz „u.V.“ auf dem Überweisungsträger vermerkt. Mit am 15. November 2001 gegen den damaligen Vermieter erhobener Klage ( 2 C 300/2001 Amtsgericht Neukölln) hat der Kläger Feststellung verlangt, dass er berechtigt sei, den zur Zeit gültigen Mietzins in Höhe von 1.905,50 DM für das in der ■■■■■■■■■■ in ■■■■■■■■■■ gelegene Mietobjekt aufgrund des Konkurrenzbetriebes des Beklagten zu 2) um 50 % auf 952,75 DM für

die Zeit vom 1. Februar 2001 bis zum 5. Dezember 2001 zu mindern. Spätestens mit der mit Schriftsatz vom 29. April 2002 dem Beklagten zu 2) gegenüber erklärten Streitverkündung war den Beklagten bekannt, dass der Kläger, wie von ihm in dem Rechtsstreit 2 C 300/2001 bei dem Amtsgericht Neukölln mit Schriftsatz vom 31. Mai 2002 nochmals ausdrücklich betont, den Mietzins nur unter dem Vorbehalt der Rückforderung leistet.

Entgegen der Auffassung der Beklagten steht die Rechtskraft des Berufungsurteils des Landgerichts vom 5. August 2003 – 64 S 21/03 -, mit welchem die Berufung des Klägers gegen das klageabweisende Urteil des Amtsgerichts Neukölln vom 25. November 2002 – 2 C 300/01 zurückgewiesen wurde, der hiesigen Klage nicht entgegen. Das Amtsgericht Neukölln hat die Klage auf Feststellung, dass der Kläger berechtigt sei, den Mietzins aufgrund des Konkurrenzbetriebes des Beklagten zu 2) um 50 % für die Zeit vom 1. Februar 2001 bis zum 5. Dezember 2001 zu mindern, mit der Begründung abgewiesen, dass der Beklagte zu 2) jedenfalls in dem streitgegenständlichen Zeitraum noch keinen direkten Konkurrenzbetrieb betrieben habe. Der Prozess betraf folglich einen anderen Zeitraum, als den hier streitgegenständlichen, so dass kein Fall der Rechtskrafterstreckung vorliegt (Zöller/Vollkommer, 26. Auflage, vor § 322 ZPO, Rdnr.28 ff).

Nicht gefolgt werden kann dem Kläger, soweit er eine Mietzinsminderung in Höhe von 50 % geltend macht. Der Senat schätzt die Höhe der eingetretenen Minderung nach freier Überzeugung gemäß § 287 Abs.2 ZPO (vgl. Palandt, a.a.O., § 536, Rdnr.33) auf 25 %. Bei der Festsetzung der Höhe der Minderung war zu berücksichtigen, dass der Kläger vor dem Entstehen der Konkurrenzsituation mit dem Beklagten zu 2) einen gemeinsamen Betrieb geführt hat und dass der Beklagte zu 2), der seit Dezember 2001 auch Vermieter des Klägers ist, in nur 5 Metern Entfernung vom Betrieb des Klägers auf dem selben Gelände unter Mitnahme zumindest eines Teils der ehemaligen Kunden ein Konkurrenzunternehmen eröffnet hat. Bei der Bemessung der Höhe des Minderungsbetrages war die zwischen den Parteien streitige Frage, wie viele Kunden der Beklagte zu 2) täglich hat, nicht zu berücksichtigen, da sie in keinem erkennbaren Zusammenhang mit der Minderung der Gebrauchstauglichkeit der Mietsache des Klägers steht.

Den Beklagten kann nicht gefolgt werden, soweit sie meinen, der Kläger verhalte sich

treuwidrig, wenn er sich auf die Verletzung des vertragsimmanenten Konkurrenzschutz verstoße, seinerseits aber aufgrund seines Verhaltens zu einer fristlosen Kündigung des Vertrages beigetragen habe. Es gibt keinen allgemeinen Grundsatz, dass nur derjenige Rechte geltend machen kann, der sich selbst rechtstreu verhalten hat (Palandt/Heinrichs, a.a.O., § 242, Rdnr.46).

Der Zinsanspruch ergibt sich aus §§ 291, 288 Abs.2 BGB.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Absatz 1 ZPO. Die weiteren prozessualen Nebenentscheidungen folgen aus §§ 708 Nr. 10, 711, 713 ZPO.

Die Revision wird nicht zugelassen, da weder die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat, noch die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts erfordert, § 543 Absatz 2 Satz 1 ZPO.

Sie ist auch nicht etwa im Hinblick auf die Entscheidung des OLG Frankfurt vom 1. Juli 1985 – 4 U 167/84 - (EWiR 1985, 555) zuzulassen, denn dieses hat in seiner Entscheidung ausdrücklich dahin stehen lassen, ob ein Mietmangel vorliegt, wenn der Vermieter dem Konkurrenten vertraglich gestattet, ein gleichartiges Geschäft zu vertreiben. Das heißt, die vorliegende Fallsituation, bei der der Vermieter selbst zum Konkurrenten des Mieters wird, hat das OLG Frankfurt ausdrücklich nicht entschieden.

Spiegel