

Leitsatz

Im Verstoß des Vermieters gegen eine vertragliche Konkurrenzschutzklausel liegt kein Mangel der Mietsache i.S.v.

§ 536 Abs. 1 BGB (entgegen OLG Düsseldorf NZM 2001, 1033; KG NZM 2007, 566; OLG Koblenz NZM 2008, 405). Der Mieter kann aber gemäß § 280 Abs. 1 BGB den Ersatz des auf dem Verstoß beruhenden Schadens verlangen.

OLG Dresden, 5. Zivilsenat, Urteil vom 20.07.2010,
Az.: 5 U 1286/09



Oberlandesgericht
Dresden

5. Zivilsenat

Aktenzeichen: 5 U 1286/09
8 O 3194/07 LG Leipzig

Verkündet am 20.07.2010
Die Urkundsbeamtin:

D.....
Justizobersekretärin

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

In dem Rechtsstreit

Dr. W..... B... ,

Kläger und Berufungsbeklagter

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte

gegen

S.. GmbH & Co. KG,
v.d.d. W..... GbR,
d.v.d.d. Gesellschafter..

Beklagte und Berufungsklägerin

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte

wegen Forderung

hat der 5. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Dresden aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 15.06.2010 durch

Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Dr. Kazele,
Richter am Oberlandesgericht Alberts und
Richterin am Oberlandesgericht Niklas

für Recht erkannt:

1. Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Landgerichts Leipzig, 8. Zivilkammer, vom 14.07.2009 (8 O 3194/07) abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Die Beklagte wird verurteilt, die durch die Vermietung von Praxisräumen in dem Objekt "Praxisklinik am J....." in an die Gemeinschaftspraxis Dr. med. H..... und Dr. med. S..... eingetretene Konkurrenzsituation in Bezug auf die im gleichen Objekt gelegene Praxis des Klägers zum nächstmöglichen Zeitpunkt zu beseitigen.

Die Beklagte wird verurteilt, es zu unterlassen, die an die Gemeinschaftspraxis Dr. med. H..... und Dr. med. S..... vermieteten Praxisräume um zusätzliche Flächen zu erweitern, ohne den Konkurrenzschutz des Klägers wiederherzustellen.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

2. Die weitergehende Berufung der Beklagten wird zurückgewiesen.
3. Von den Kosten des Rechtsstreits beider Instanzen tragen der Kläger 5/8 und die Beklagte 3/8.
4. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.
Der Kläger und die Beklagte können die Zwangsvollstreckung jeweils durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des beizutreibenden Betrages abwenden, wenn nicht der jeweilige Vollstreckungsgläubiger vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.
5. Die Revision wird zugelassen.

Beschluss:

Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird auf 101.807,31 EUR festgesetzt.

Gründe:

I.

Die Parteien streiten über den Umfang vertraglich gewährten Konkurrenzschutzes in einem Mietvertrag über eine Arztpraxis.

Der Kläger ist Arzt und Facharzt für Orthopädie. Er schloss am 28.03./26.04.2002 mit S..... W..... einen Mietvertrag (Anlage K 1) über Räume im 3. OG des Hauses J..... in ("Praxisklinik am J.....") zum Betrieb einer Arztpraxis für Orthopädie. Am 07./13.11.2002 kam es zu einem Nachtrag (Anlage K 2). Der Mietvertrag ist auf eine feste Vertragslaufzeit von 10 Jahren vom 01.07.2002 bis zum 30.06.2012 abgeschlossen. Dem Kläger ist ein Optionsrecht für eine zweimalige Verlängerung um jeweils 5 Jahre eingeräumt. Die monatliche Gesamtmiete für die Räumlichkeiten betrug im Zeitraum vom 01.11.2002 bis zum 01.07.2007 1.785,42 EUR und beträgt seit dem 01.07.2007 1.868,39 EUR. Die Beklagte ist zum 01.01.2005 in die Vermieterstellung eingetreten.

Die Parteien streiten über die Reichweite der Konkurrenzschutzklausel in § 9 des Mietvertrages. Diese lautet: "Der Vermieter gewährt für die Fachrichtung Orthopädie und den Schwerpunkt Chirotherapie des Mieters Konkurrenzschutz im Projekt, ausgenommen ist die Traumatologie für Kinder und Jugendliche und die Chirotherapie Kinder und Jugendlicher. Der Vermieter kann an einen Arzt derselben Fachdisziplin mit demselben Schwerpunkt, die bereits im Projekt vertreten ist, nur dann eine Vermietung an einen solchen Kollegen vornehmen, wenn der Mieter sein Einverständnis hierzu schriftlich erklärt hat. Die Konkurrenzschutzklausel wird nur gegenüber Mietern im Objekt wirksam."

Im Sommer 2003 wurde von Rechtsvorgänger der Beklagten im selben Hause ein Mietvertrag zum Betrieb einer Arztpraxis für die Fachdisziplin Chirurgie/Unfallchirurgie/D-Arzt mit dem Arzt Dr. O... H..... geschlossen, in welchen mit Wirkung zum Sommer 2004 der Arzt Dr. L... S..... zusätzlich eintrat. Auch dieser Mietvertrag ist auf 10 Jahre befristet, verbunden mit einer zweifachen Verlängerungsoption jeweils für 5 Jahre, und er enthält einen Konkurrenzschutz für die Fachrichtung der Chirurgie und den Schwerpunkt der Unfallchirurgie. Die Gemeinschaftspraxis von Dr. H.....n und Dr. S..... bezeichnet sich in ihrem Internetauftritt ("www.....de") als Schwerpunktpraxis für Arthroskopie und Gelenkchirurgie. Sie ist

auf chirurgischem Gebiet tätig und führt u.a. operative Eingriffe an den Stütz- und Bewegungsorganen durch.

Die Parteien streiten darüber, ob die Gemeinschaftspraxis damit in einem Bereich tätig wird, welcher dem Kläger aufgrund der Konkurrenzschutzklausel in § 9 seines Mietvertrages vorbehalten ist. Dabei ist zwischen den Parteien insbesondere umstritten, ob der dem Kläger gewährte Konkurrenzschutz nur das Fachgebiet der Orthopädie oder zusätzlich auch die Traumatologie umfasst und inwieweit dadurch ein Konkurrenzverhältnis für die von der Gemeinschaftspraxis angebotene Unfallchirurgie entsteht.

Der Kläger hat mit dem Schreiben seines Prozessbevollmächtigten vom 12.08.2005 (Anlage K 3) den Verstoß der Beklagten gegen die vertragliche Konkurrenzschutzklausel gerügt, die Beklagte zur Beseitigung aufgefordert sowie erklärt, er werde die Miete nur noch unter Vorbehalt zahlen und Minderungsansprüche geltend machen.

Der Kläger macht sowohl den mietrechtlichen Erfüllungsanspruch als auch das Eingreifen von Mietminderungen geltend. So verlangt er die Rückzahlung von überzahlter Miete im Zeitraum von August 2005 bis September 2007 i.H.v. 23.334,93 EUR und begehrt die Feststellung, dass die Miete - wegen der bestehenden Konkurrenzsituation - um 50 % der Warmmiete gemindert ist.

Wegen des Sachvortrages im Übrigen und der in 1. Instanz gestellten Anträge wird auf den Tatbestand des Urteils des Landgerichts Bezug genommen.

Das Landgericht hat der Klage mit seinem Urteil vom 14.07.2009 antragsgemäß stattgegeben, die Beklagte also verurteilt, die im Hause bestehende Konkurrenzsituation zu beseitigen und an den Kläger überzahlte Miete i.H.v. 23.334,93 EUR zurückzuzahlen. Ferner hat das Landgericht festgestellt, dass die vom Kläger für die Praxisräume zu zahlende Warmmiete für den Zeitraum der andauernden Konkurrenzsituation um 50 % gemindert ist.

Zur Begründung hat das Landgericht im Wesentlichen ausgeführt, die Auslegung der Konkurrenzschutzklausel in § 9 des Mietvertrages ergebe, dass sich der Konkurrenzschutz sowohl auf die Fachrichtung Orthopädie als auch auf die Traumatologie erstrecke. Zwischen diesem, von der Konkurrenzschutzklausel geschützten, Tätigkeitsbereich des Klägers und dem Tätigkeitsbereich der Gemeinschaftspraxis beständen Überschneidungen in wesentlichen Punkten. Demzufolge verstoße die Vermietung von Räumlichkeiten an die Gemeinschaftspraxis gegen den dem Kläger gewährten Konkurrenzschutz. Der Verstoß gegen den vertraglich Konkurrenzschutz sei auch als Mietmangel i.S.v. § 536 BGB zu verstehen. Die Höhe der angemessenen Minderung schätzt das Landgericht nach § 287 ZPO auf 50 %.

Gegen das ihr am 22.07.2009 zugestellte Urteil hat die Beklagte am 17.08.2009 Berufung eingelegt und diese - nach entsprechender Fristverlängerung - am 30.09.2009 begründet.

Die Beklagte trägt im Wesentlichen vor, das Landgericht habe zwar zutreffend angenommen, dass der Umfang des dem Kläger gewährten Konkurrenzschutzes durch Auslegung von § 9 des Mietvertrages zu ermitteln sei. Die Auslegung habe das Landgericht aber fehlerhaft vorgenommen. Maßgeblich für die Auslegung sei die Sächsische Weiterbildungsordnung in der zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses maßgebenden, also in der bis zum 31.12.2005 geltenden, Fassung. Danach gehöre die Traumatologie nicht zur Fachdisziplin der Orthopädie. Soweit in die Konkurrenzschutzklausel mit aufgenommen worden sei, dass die Traumatologie für Kinder und Jugendliche nicht erfasst sei, bedeutet dies nicht im Umkehrschluss, dass die übrige Traumatologie von der Konkurrenzschutzklausel hätte erfasst werden sollen. Der Kläger genieße demzufolge Konkurrenzschutz nur für die Fachdisziplin der Orthopädie und den Schwerpunkt Chirotherapie. Im Kern sei die Tätigkeit in dieser Fachrichtung abgegrenzt von derjenigen der Gemeinschaftspraxis, welche sich auf die Fachrichtung der Chirurgie und den Schwerpunkt der Unfallchirurgie erstrecke. Soweit sich beide Fachdisziplinen in Teilbereichen überschneiden, führe auch dies nicht zu einem Verstoß gegen den ver-

traglich zugesagten Konkurrenzschutz des Klägers, denn es sei das medizinische Grundkonzept der Praxisklinik am J..... (Anlage B 1) zu berücksichtigen, welches als Anlage 1 dem Mietvertrag beigefügt worden und in der Vorbemerkung zum Mietvertrag in Bezug genommen worden sei. Danach sollte im Wechselspiel zwischen Spezialisierung und Integration ein medizinisches Gesamtprofil der Praxisklinik erreicht werden. Überschneidungen in Teilbereichen, welche auch die Sächsische Weiterbildungsordnung vorsehe, seien danach von den Mietern auch unter Berücksichtigung des vertraglichen Konkurrenzschutzes hinzunehmen. Berücksichtige man diese Überlegungen bei der Auslegung der Konkurrenzschutzklausel, dann seien keine wesentlichen Überschneidungen der Tätigkeitsbereiche der Praxis des Klägers einerseits und der Gemeinschaftspraxis Dr. H...../Dr. S..... andererseits festzustellen. Jedenfalls treffe den Kläger ein Mitverschulden an der eingetretenen Konkurrenzsituation, weil er vor Abschluss des Vertrages mit Herrn Dr. H..... gewusst habe, dass sich dieser auf Gelenkchirurgie habe spezialisieren wollen. Das Landgericht habe weiterhin rechtsfehlerhaft angenommen, dass ein etwaiger Verstoß gegen die Konkurrenzschutzklausel ein Mietmangel i.S.v. § 536 BGB sei. Zudem sei im Falle des Vorliegens eines Mangels auch die angenommene Minderungshöhe von 50 % zu hoch. Soweit sich der Kläger hilfsweise auf das Bestehen von Schadensersatzansprüchen in Höhe des geltend gemachten Minderungsbetrages berufe, sei dies nicht begründet, weil er das Entstehen eines entsprechenden Schadens nicht dargelegt habe.

Die Beklagte beantragt,

unter Abänderung des am 14.07.2009 verkündeten Urteils des Landgerichts Leipzig, Az. 8 O 3194/07, die Klage abzuweisen.

Der Kläger beantragt,

die Berufung zurückzuweisen

sowie

hilfsweise, für den Fall, dass der Senat nicht von einer Minderung ausgehe, festzustellen, dass der Kläger berechtigt ist, von der Beklagten Schadensersatz in Höhe von 50 % der Warmmiete für die von ihm gemieteten Praxisräume zu begehren, solange die durch die Vermietung von Praxisräumen an die Gemeinschaftspraxis Dr. med. H..... & Dr. med. S..... eingetretene Konkurrenzsituation angedauert hat.

Er verteidigt zunächst das Urteil des Landgerichts mit der darin enthaltenen Begründung. Weiterhin führt er aus, aus den in Anlage 1 der Weiterbildungsordnung der Sächsischen Landesärztekammer vom 22.11.2002 enthaltenen Gebietsdefinitionen ergebe sich, dass das Fachgebiet der Orthopädie gegenüber dem Fachgebiet der Chirurgie die speziellere Fachdisziplin für die "Prävention, Erkennung, die operative und nichtoperative Behandlung von Verletzungen und Verletzungsfolgen der Stütz- und Bewegungsorgane" sei. Diesem Umstand sei inzwischen dadurch Rechnung getragen, dass der Schwerpunkt Unfallchirurgie des Fachgebietes Chirurgie dem Fachgebiet der Orthopädie zugeschlagen worden sei, mit der Folge, dass die bisherige Facharztbezeichnung für Orthopädie nun geändert worden sei in "Facharzt für Orthopädie und Unfallchirurgie". Diese Bezeichnung dürfe auch der Kläger führen, wie sich aus der als Anlage K 7 vorgelegten Urkunde vom 06.11.2008 ergebe. Ein etwaiges Mitverschulden des Klägers am Entstehen der Konkurrenzsituation sei schon deshalb abzulehnen, weil dem Kläger zu keinem Zeitpunkt bekannt gewesen sei, welche Vereinbarungen die Beklagte bzw. ihre Rechtsvorgänger mit den Konkurrenten in Bezug auf Mietzweck und Konkurrenzschutz treffen würden.

Sofern der Verstoß der Beklagten gegen den vertraglichen Konkurrenzschutz nicht als Mangel i.S.v. § 536 BGB anzusehen sein sollte, stütze er den auf Rückzahlung von überzahlter Miete gerichteten Antrag hilfsweise darauf, dass ihm in gleicher Höhe durch den in der Verletzung des vertraglichen Konkurrenzschutzes durch die Beklagte liegenden Vertragsver-

stoß ein materieller Schaden entstanden sei. Dem Kläger sei ein erheblicher Umsatznachteil dadurch entstanden, dass die in der konkurrierenden Gemeinschaftspraxis ausgeführten Operationen, insbesondere am Kniegelenk, einen außerbudgetären Honoraranspruch des behandelnden Arztes ausgelöst hätten. Für die häufigsten Operationen am Kniegelenk eines Privatpatienten lasse sich mit dem OP-Tag sowie der Vor- und Nachbehandlung für die gesamte Behandlung ein Rechnungsbetrag von 800,00 EUR bis 1.000,00 EUR abrechnen. Die Gemeinschaftspraxis habe in den Jahren 2007 bis 2009 allein im Falle von Arthroskopien durchschnittlich 858 Patienten jährlich behandelt. Wenn sich nur ein Bruchteil der mit diesen Leistungen in der Gemeinschaftspraxis behandelten Patienten von dem Kläger hätten behandeln lassen, der ohne den Konkurrenzschutzverstoß der alleinige Anbieter dieser ärztlichen Leistungen in der Praxisklinik gewesen wäre, hätte dies zu Umsätzen des Klägers geführt, die weit größer wären, als der in erster Linie im Wege der Mietminderung geltend gemachte Betrag. Im Übrigen könne der dem Kläger entstandene Schaden in Anlehnung an die Grundsätze der Minderung gemäß § 287 ZPO geschätzt werden. Im Übrigen erleide der Kläger infolge des Konkurrenzschutzverstoßes einen Schaden dadurch, dass der goodwill seiner Praxis gemindert sei. Ferner sei ihm durch die Konkurrenzsituation die Bildung einer Gemeinschaftspraxis unmöglich, welche zu einer Steigerung des Wertes der Praxis um ca. 1/3 führen würde.

Mit Wirkung zum 01.01.2009 ist die W..... GbR,-.....-Straße ..,, infolge der Veräußerung des Grundstückes J..... in mit notarieller Urkunde des Notariats, Notar .., vom 18.12.2008 auf Vermieterseite in den streitgegenständlichen Mietvertrag eingetreten.

Der Senat hat den Kläger und den informierten Vertreter der Beklagten F..... persönlich angehört.

Wegen des Sachverhaltes im Übrigen wird auf die gewechselten Schriftsätze und die Sitzungsniederschriften vom 01.12.2009 sowie vom 15.06.2010 Bezug genommen.

II.

Die zulässige Berufung der Beklagten hat teilweise Erfolg. Die Berufung ist unbegründet, soweit sie sich gegen den in Ziffer 2 und 3 des Tenors des erstinstanzlichen Urteils zum Ausdruck gebrachten Anspruch des Klägers auf Gewährung des in § 9 des Mietvertrages gewährten Konkurrenzschutzes richtet. Der Kläger kann aus § 9 des Mietvertrages von seiner Vermieterin, der W..... GbR, verlangen, dass sie Behandlungen durch die Gemeinschaftspraxis Dr. H...../Dr. S..... von Verletzungen der Stütz- und Bewegungsorgane unterbindet, denn solche Behandlungen fallen in den Bereich des in § 9 des Mietvertrages gewährten Konkurrenzschutzes (dazu 1.). Mit dem Übergang des Mietvertrages auf Vermieterseite zum 01.01.2009 auf die W..... GbR entfiel gemäß §§ 265, 325 ZPO nicht die Passivlegitimation der Beklagten für den Anspruch auf Gewährung des Konkurrenzschutzes im vorliegenden Rechtsstreit, denn im Falle des auf Erfüllung des Mietvertrages in Anspruch genommenen Vermieters ist das Mietobjekt als im Streit befangene Sache anzusehen (vgl. RG, Urteil vom 03.05.1921, III 485/20, RGZ 102, 177; BGH, Urteil vom 16.12.2009, VIII ZR 313/08, NJW 2010, 1068), und die Veräußerung des Mietobjektes an die W..... GbR erfolgte nach Rechtshängigkeit des vorliegenden Verfahrens. Der Anspruch des Klägers auf Gewährung des vertraglich versprochenen Konkurrenzschutzes ist auch nicht durch die Unmöglichkeit seiner Erfüllung gemäß § 275 Abs. 1 BGB erloschen (dazu 2.). Dagegen hat die Berufung Erfolg, soweit sie sich gegen den in Ziffer 1 des Tenors des erstinstanzlichen Urteils titulierten Anspruch des Klägers auf Rückzahlung überzahlter Miete in Höhe von 23.334,93 EUR und gegen die Feststellung in Ziffer 4 des Tenors des erstinstanzlichen Urteils wendet, die Warmmiete sei während des Bestehens der Konkurrenzsituation durch die Behandlungen der Gemeinschaftspraxis um 50 % gemindert. Beiden Titulierungen liegt die Ansicht des Landgerichts zugrunde, die vertragswidrige Konkurrenz führe zu einem Mangel der Mietsache. Der Senat vertritt jedoch die

Auffassung, dass eine bestehende, vertragswidrige Konkurrenzsituation nicht - ohne weitere Voraussetzungen - als Mangel im Sinne von § 536 BGB anzusehen ist (dazu 3.). Dementsprechend kann sich der Kläger nicht - entsprechend seinem Hauptvorbringen - darauf berufen, er könne die für August 2005 bis September 2007 gezahlte Miete im Umfang jeweils einer halben Monatsmiete zurückverlangen, weil die Miete aufgrund des in der vertragswidrigen Konkurrenzsituation bestehenden Mietmangels um 50 % gemindert gewesen wäre. Soweit der Kläger - mit seinem Hilfsvorbringen - geltend macht, ihm stehe ein Schadensersatzanspruch wegen der vertragswidrigen Konkurrenzsituation in mindestens derjenigen Höhe zu, wie in Ziffer 1 des Tenors des erstinstanzlichen Urteils tituliert wurde, hat er damit mangels schlüssigen Vortrages keinen Erfolg (dazu 4.). Schließlich ist auch der Hilfsantrag des Klägers zum Ausspruch in Ziffer 4 des Tenors des erstinstanzlichen Urteils nicht begründet, wonach der Kläger die Feststellung begehrt, er könne Schadensersatz in Höhe von 50 % der Warmmiete verlangen, solange die vertragswidrige Konkurrenzsituation bestehe (dazu 5.).

1. Die Tätigkeit der Gemeinschaftspraxis Dr. H...../Dr. S..... fällt insoweit in den Schutzbereich der Konkurrenzschutzklausel des § 9 des Mietvertrages, als sie die operative und nicht operative Behandlung von Verletzungen und Verletzungsfolgen der Stütz- und Bewegungsorgane betrifft.

Nach § 9 wird der Konkurrenzschutz gewährt für die Fachrichtung Orthopädie und den Schwerpunkt Chirotherapie. Unter Orthopädie ist zu verstehen die Prävention, Erkennung und Behandlung von angeborenen und erworbenen Formveränderungen und Funktionsstörungen, Erkrankungen, Verletzungen und Verletzungsfolgen der Stütz- und Bewegungsorgane und die Rehabilitation. Dies ergibt sich sowohl aus der Definition des Begriffes der Fachdisziplin Orthopädie in § 1 Ziffer 1 3. Absatz des Mietvertrages als auch aus der zum Zeitpunkt des Vertragschlusses und bis zum 31.12.2005 geltenden Fassung der Weiterbildungsordnung der Sächsischen Landesärztekammer

(veröffentlicht unter "www.slaek.de"), die nach übereinstimmenden Vortrag beider Parteien zur Auslegung des Mietvertrages heranzuziehen ist. Vergleicht man diese Beschreibung der Orthopädie mit der Definition der Chirurgie (Erkennung und Behandlung von chirurgischen Erkrankungen, Verletzungen und Fehlbildungen mit den entsprechenden Untersuchungsverfahren, konservativen und operativen Behandlungsverfahren des Gebietes einschließlich der gebietsbezogenen Intensivmedizin, den Nachsorgeverfahren des Gebiets sowie der Rehabilitation in jedem Lebensalter) sowie der Definition des - damaligen - Schwerpunktes der Unfallchirurgie (Prävention, Erkennung, operative und nicht operative Behandlung von Verletzungen und deren Folgezuständen einschließlich der Nachsorge und Rehabilitation) nach derselben Weiterbildungsordnung, so ergibt sich, dass die Orthopädie im Vergleich zur Chirurgie nach der genannten Weiterbildungsordnung die speziellere Fachdisziplin ist für die "Prävention, Erkennung sowie operative und nicht operative Behandlung von Verletzungen und Verletzungsfolgen der Stütz- und Bewegungsorgane". Soweit also auf diesem Gebiet die Gemeinschaftspraxis Behandlungen durchführt, fallen diese in den Schutzbereich des dem Kläger gewährten Konkurrenzschutzes für die Fachrichtung der Orthopädie. Es kommt hinzu, dass die Formulierung der Konkurrenzschutzklausel dafür spricht, dass Konkurrenzschutz ausdrücklich auch für die Traumatologie (Unfallchirurgie) gewährt wird, wenn es heißt, ausgenommen sei - nur - die Traumatologie für Kinder und Jugendliche. Darauf kommt es indessen nicht entscheidend an, denn nach dem Wortlaut der Konkurrenzschutzklausel des § 9 wird jedenfalls ausdrücklicher vertraglicher Konkurrenzschutz für die Fachrichtung der Orthopädie gewährt.

In diesem Schutzbereich wird die Gemeinschaftspraxis tätig, wenn sie Operationen an den Stütz- und Bewegungsorganen vornimmt. Davon aber ist auszugehen, denn das Landgericht hat festgestellt, dass die Gemeinschaftspraxis nach den Informationen auf ihrer eigenen

Internetseite im Jahr der Rechtshängigkeit der Klage 2007 eine große Anzahl an arthroskopischen Gelenkoperationen, Schulteroperationen, Kniegelenksoperationen sowie Operationen des Ellenbogens durchgeführt hat. Die Gemeinschaftspraxis bezeichnet sich selbst als Schwerpunkt-Praxis für Arthroskopie und Gelenkchirurgie, wie der Kläger bereits in der Klageschrift unwidersprochen vorgetragen hat. Angesichts dieser greifbaren Anhaltspunkte für eine erhebliche Behandlungstätigkeit der Gemeinschaftspraxis innerhalb des Schutzbereiches der Konkurrenzschutzklausel reicht das pauschale Bestreiten der Beklagten von Operationen der Gemeinschaftspraxis in diesem Bereich in wesentlichem Umfang nicht aus.

Nach Auffassung des Senats kann das Eingreifen des Konkurrenzschutzes auch nicht mit der Erwägung verworfen werden, die Überschneidung des Tätigkeitsbereiches der Gemeinschaftspraxis einerseits und des Tätigkeitsbereiches des Klägers andererseits erstrecke sich nur auf Nebengebiete und sei deshalb von vornherein nicht vom Konkurrenzschutz erfasst. Anders als der vertragsimmanente Konkurrenzschutz ist der im vorliegenden Fall maßgebliche, vertraglich vereinbarte Konkurrenzschutz nicht von vornherein auf die Haupttätigkeit des geschützten Mieters beschränkt (vgl. BGH, Urteil vom 03.07.1985, VIII ZR 128/84, NJW-RR 1986, 9). Die Umschreibung des Konkurrenzschutzes mit einer Fachdisziplin, die im Vertrag auch genau definiert wird, spricht zudem dafür, dass sich der Schutz vor der Konkurrenz auf die gesamte Bandbreite der geschützten Fachrichtung erstrecken sollte. Nach Auffassung des Senats führt auch die Vorbemerkung zum Mietvertrag und die darin enthaltene Bezugnahme auf das medizinische Grundkonzept der Praxisklinik nicht dazu, dass der vertraglich eingeräumte Konkurrenzschutz jeweils nur auf ein Kerngebiet der betroffenen Fachrichtung begrenzt ist. Das medizinische Grundkonzept sieht zwar eine integrative Versorgung innerhalb der Praxisklinik vor und geht demzufolge von einer engen Zusammenarbeit der dort niedergelassenen Ärzte aus. In einem kollegialen Umfeld kann

dies dazu führen, dass einzelne Überschreitungen zwischen den Fachrichtungen von den betroffenen Ärzten weniger beanstandet werden. Eine von vornherein eingreifende, rechtliche Begrenzung des vertraglich eingeräumten Konkurrenzschutzes hat das medizinische Grundkonzept aber nicht zur Folge, denn auch dieses geht davon aus, dass die einzelnen Ärzte voneinander getrennte Fachrichtungen vertreten, wenngleich diese zum Zwecke einer integrativen Versorgung des betroffenen Patienten Hand in Hand miteinander zusammenarbeiten.

Nachdem dem den Konkurrenzschutz beherrschenden Prioritätsprinzip (vgl. OLG Köln, Urteil vom 27.05.2005, 1 U 72/04, NZM 2005, 866) genießt der Kläger demnach Konkurrenzschutz vor den dargestellten Behandlungen der Gemeinschaftspraxis an den Stütz- und Bewegungsorganen. Entgegen der von der Beklagten vertretenen Auffassung trifft den Kläger auch kein Mitverschulden am Entstehen der eingetretenen Konkurrenzsituation unter dem Aspekt, dass er vor Abschluss des Vertrages mit Herrn Dr. H..... gewusst habe, dass sich dieser auf Gelenkchirurgie habe spezialisieren wollen. Diesem Einwand steht die Regelung in § 9 Satz 2 des Mietvertrages entgegen, wonach die Vermietung an einen Arzt mit demselben Fachgebiet und demselben Schwerpunkt nur dann vorgenommen werden kann, wenn der Mieter sein Einverständnis hierzu schriftlich erklärt. Diese Regelung erhellt, dass eine Vermietung an einen Konkurrenten nur nach einer nachweisbaren Erklärung durch den Mieter möglich ist. Umgekehrt kann aus einem Verhalten des Mieters, welches nicht in einer schriftlichen Erklärung mündet, nicht ohne weiteres auf eine Obliegenheitsverletzung im Sinne eines Mitverschuldens geschlossen werden. Selbst wenn also der Kläger Kenntnis von der entsprechenden Absicht des Herrn Dr. H..... gehabt haben sollte, hat er jedenfalls kein schriftliches Einverständnis erklärt und kann deshalb nach dem Sinn der Regelung in § 9 Satz 2 des Mietvertrages nicht als Mitverursacher der entstandenen Konkurrenzsituation angesehen werden.

2. Der in Ziffern 2 und 3 des Tenors der erstinstanzlichen Entscheidung zum Ausdruck gebrachte Anspruch des Klägers auf Herstellung und Beibehaltung des Konkurrenzschutzes aus § 9 des Mietvertrages ist nach dem Vortrag der Beklagten nicht infolge Unmöglichkeit nach § 275 Abs. 1 BGB erloschen.

Zwar hat die Beklagte bereits in der Klageerwiderung vom 23.11.2007 vorgetragen, es sei ihr nicht möglich, den mit der Gemeinschaftspraxis bestehenden, befristeten Mietvertrag zu kündigen und dadurch die Konkurrenzsituation zu beseitigen. Eine anspruchsvernichtende Unmöglichkeit der Beseitigung der Konkurrenzsituation kann vom Senat aber erst dann angenommen werden, wenn der Schuldner des Anspruches, hier die Beklagte als Vermieter bei Rechtshängigkeit, darlegt und beweist, dass die Erfüllung ausgeschlossen ist (vgl. BGH, Urteil vom 12.03.2003, XII ZR 18/00, NJW 2003, 2158; KG, Beschluss vom 25.09.2008, 8 U 44/08, ZMR 2009, 119). Für eine solche Annahme reicht aber der Sachvortrag der Beklagten nicht aus. Zwar liegt es nahe, dass der Beklagten bzw. ihrer Rechtsnachfolgerin kein Recht zur außerordentlichen Kündigung des Mietvertrages mit der Gemeinschaftspraxis zusteht. Möglich wäre aber auch eine Einigung zwischen der Beklagten bzw. ihrer Rechtsnachfolgerin und der Gemeinschaftspraxis über eine vorzeitige Aufhebung des Mietvertrages gegebenenfalls gegen eine Geldzahlung. Aus dem Sachvortrag der Beklagten ergibt sich nicht, dass über eine solche Lösung ernsthafte Gespräche mit der Gemeinschaftspraxis aufgenommen worden wären. Demzufolge kann der Senat nicht feststellen, dass für die Beklagte bzw. ihrer Rechtsnachfolgerin eine Beseitigung der Konkurrenzsituation unmöglich wäre. Ein möglicherweise gegebenes Unvermögen der Beklagten bzw. ihrer Rechtsnachfolgerin würde allerdings dann in der Zwangsvollstreckung Bedeutung erlangen (vgl. BGH, Urteil vom 12.03.2003, a.a.O.).

3. Die unter Verstoß gegen die vertragliche Regelung in § 9 des Mietvertrages bestehende Konkurrenzsituation ist

nach Auffassung des Senats nicht als Mangel der Mietsache im Sinne von § 536 BGB anzusehen.

Über die Frage, ob eine Konkurrenzschutzverletzung als Mietmangel anzusehen ist, wird in Rechtsprechung und Literatur gestritten. Während sich in der jüngeren Zeit verschiedene Oberlandesgerichte für die Annahme eines Mietmangels ausgesprochen haben (vgl. OLG Düsseldorf, Urteil vom 06.07.2001, 24 U 174/00, NZM 2001, 1033; KG, Urteil vom 25.01.2007, 8 U 140/06, NZM 2007, 566; OLG Koblenz, Urteil vom 15.12.2006, 10 U 1013/05, NZM 2008, 405) vertreten ältere Gerichtsentscheidungen (vgl. BGH, Urteil vom 23.12.1953, VI ZR 244/52, BB 1954, 177; OLG Frankfurt/M., Urteil vom 01.07.1985, 4 U 167/84, EWIR 1985, 555) sowie aktuelle Stimmen aus der Literatur (Eckert in Wolf/Eckert/Ball, Handbuch des Gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 10. Aufl., Rn. 729 f.; Leo/Ghassemi-Tabar NZM 2009, 337, 342 f.) die gegenteilige Auffassung (differenzierend Hübner/Griesbach/Schreiber in Lindner-Figura/Oprée/Stellmann, Geschäftsraummiete, Kap. 14 Rn. 176f.: Mietmangel nur bei Verstoß gegen den vertragsimmanenten Konkurrenzschutz, nicht aber bei Verstoß gegen den vertraglich vereinbarten Konkurrenzschutz). Der Bundesgerichtshof hat in einem Beschluss vom 09.08.2006 (XII ZR 165/05, NJW 2006, 3060), in welchem es um die Höhe eines Gebührenstreitwertes ging, die angesprochene Rechtsfrage offen gelassen.

Nach Auffassung des Senats sprechen die besseren Gründe dafür, bei Vorliegen einer vertragswidrigen Konkurrenzsituation ohne Hinzutreten weiterer Umstände nicht von einem Mangel i.S.v. § 536 BGB auszugehen. Ein Mangel i.S.v. § 536 BGB ist eine für den Mieter nachteilige Abweichung des tatsächlichen vom vertraglich geschuldeten Zustand der Mietsache, wobei sowohl tatsächliche Umstände als auch rechtliche Verhältnisse in Bezug auf die Mietsache als Fehler in Betracht kommen können. Dabei ist allerdings, um Ausuferungen des Fehlerbegriffes zu vermeiden, stets eine unmittelbare Beeinträchtigung der Tauglichkeit bzw. eine unmittelbare Einwirkung auf

die Gebrauchstauglichkeit der Mietsache erforderlich, wohingegen Umstände, welche die Eignung der Mietsache zum vertragsgemäßen Gebrauch nur mittelbar berühren, nicht als Mängel zu qualifizieren sind (vgl. BGH, Urteil vom 16.02.2000, XII ZR 279/97, NJW 2000, 1714; Urteil vom 15.10.2008, XII ZR 1/07, NJW 2009, 664). Nach diesen Kriterien fällt die vertragswidrige Konkurrenzsituation nicht unter den Begriff des Mangels, weil sie nur zu einer mittelbaren Beeinträchtigung der Eignung der Mietsache zum vertragsgemäßen Gebrauch führt. Die angemieteten Räume oder deren Wert werden nicht unmittelbar beeinflusst, weil die Konkurrenzschutzpflicht nur eine schuldrechtliche Verpflichtung des Vermieters gegenüber dem Mieter bewirkt (in diesem Sinne BGH, Urteil vom 23.12.1953, a.a.O.). Gegen eine unmittelbare Einwirkung des Konkurrenzschutzverstoßes auf die gemieteten Räume spricht auch, dass der Inhalt und Umfang des Anspruches auf Konkurrenzschutz stark mit der Person des Mieters verknüpft ist. So ist bei den identischen Räumen und dem gleichen Inhalt der Konkurrenzschutzklausel im Mietvertrag das Bestehen eines Konkurrenzschutzes davon abhängig, ob zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses bereits ein Konkurrenz des Mieters im selben Objekt Räume gemietet hatte. Befand sich der Konkurrent bei Vertragsabschluss schon im Gebäude, kann ihn der Mieter mit der Konkurrenzschutzvereinbarung nicht abwehren, während ihm ein entsprechender Anspruch zusteht, wenn der Konkurrent zu einem späteren Zeitpunkt eingezogen ist. Die Auswirkungen des Konkurrenzschutzes auf die gemieteten Räume sind demnach mittelbar, nicht aber unmittelbar (in diesem Sinne auch Leo/Ghassemi-Tabar, a.a.O.).

Soweit von den Befürwortern der Annahme eines Sachmangels zur Begründung der erforderlichen Unmittelbarkeit darauf verwiesen wird, dass die Miete für ein Objekt ohne Konkurrenz im Allgemeinen höher sei als diejenige für Räume, bei denen eine Konkurrenzsituation bestehe, beruht diese Annahme nach dem Kenntnisstand des Senats nicht auf einer gesicherten Tatsachengrundlage. Dem Se-

nat, welcher nach der Geschäftsverteilung eine Sonderzuständigkeit für Mietsachen hat, ist aus Beweisaufnahmen mit Sachverständigen zur ortsüblichen Höhe der Miete bekannt, dass sich die Miete für gewerbliche Räume auf der Grundlage einer Fülle verschiedener Faktoren bildet, bei denen die Lage und Ausstattung des Objektes, aber auch die Verfügbarkeit und Eignung für einen besonderen Zweck eine bestimmende Rolle spielen. Die Gewährung eines Konkurrenzschutzes ist ein Faktor unter vielen anderen, und es kann keinesfalls gesichert davon ausgegangen werden, dass er eine maßgebliche Rolle bei der Bestimmung der Höhe der Miete spielt. Wenn man also auf der Basis der dargestellten Überlegung u.a. des Kammergerichts die Unmittelbarkeit als Voraussetzung eines Mangels i.S.v. § 536 BGB bejahen wollte, setzte dies die Feststellung von Tatsachen voraus, wonach der Mieter ohne Vereinbarung der Konkurrenzschutzklausel eine bestimmte, niedrigere Miete hätte zahlen müssen, als sie - mit der Klausel - tatsächlich vereinbart wurde. Im vorliegenden Fall fehlt es aber bereits an entsprechendem Sachvortrag von Seiten des Klägers. Auf die Frage des Senats im Beschluss vom 16.02.2010, ob der Kläger eine entsprechende Behauptung aufstellen wolle, hat der Kläger im Schriftsatz seines Prozessbevollmächtigten vom 09.06.2010 auf Seite 3 ausgeführt, die Angabe einer fiktiven Miete für den Fall, dass die Parteien von vornherein gar keinen oder einen nur eingeschränkten Konkurrenzschutz für den Kläger hätten vereinbaren wollen, habe spekulativen Charakter, weil sich bei Anmietung der Räumlichkeiten durch den Kläger die Frage gar nicht gestellt hätte, ob die Räume auch ohne Konkurrenzschutz angeboten worden wären. Zudem hat die Beklagte im Schriftsatz ihres Prozessbevollmächtigten vom 24.03.2010 auf Seite 3 ausgeführt, für die vermietete Praxis sei die ortsübliche Miete vereinbart worden, ohne dass ein Zuschlag zur Miete für die Einräumung des Konkurrenzschutzes vorgenommen worden sei.

Jedenfalls im vorliegenden Falle kann deshalb mangels Unmittelbarkeit der Auswirkungen der vertragswidrigen

Konkurrenzsituation ein Mangel der streitgegenständlichen Räume i.S.v. § 536 BGB nicht angenommen werden.

4. Grundsätzlich kann der Kläger aus § 280 Abs. 1 BGB Ersatz verlangen, soweit ihm durch den Verstoß der Beklagten gegen die vertragliche Pflicht zum Schutz vor Konkurrenz ein Schaden entstanden ist. Soweit der Kläger die Zahlung eines bezifferten Schadens von 23.334,93 EUR geltend macht, der ihm im Zeitraum von August 2005 bis September 2007 entstanden sei, fehlt es nicht an der Passivlegitimation der Beklagten, denn der Übergang des Mietverhältnisses auf die W..... GbR erfolgte zu einem nach diesem Zeitraum liegenden Zeitpunkt (vgl. zum Anspruchsübergang bei Eigentümerwechsel BGH, Beschluss vom 29.09.2004, XII ZR 148/02, NZM 2005, 17).

Der Kläger hat aber nicht schlüssig vorgetragen, dass ihm der geltend gemachte Schaden infolge der vertragswidrigen Konkurrenzsituation entstanden ist.

Der Kläger trägt zunächst vor, der Schaden sei ihm infolge entgangener Umsätze entstanden, welche die Gemeinschaftspraxis mit der Durchführung von Operationen aus dem geschützten Bereich in der Praxisklinik erzielt habe. Der dazu erfolgte Sachvortrag ist aber nicht geeignet, schlüssig einen Schaden darzulegen. So läge ein zu ersetzender Schaden des Klägers nicht in dem entgangenen Umsatz, sondern im entgangenen Gewinn (§ 252 S. 1 BGB). Welcher Gewinnanteil in den vorgetragenen Umsätzen der Gemeinschaftspraxis steckt, hat der Kläger aber - trotz eines entsprechenden Hinweises im Beschluss des Senats vom 16.02.2010 - nicht vorgetragen. Zudem wird aus dem von der Gemeinschaftspraxis durch die Operationen erzielten Gewinn erst dann ein auf der Vertragspflichtverletzung beruhender, entgangener Gewinn des Klägers, wenn der Kläger die von der Gemeinschaftspraxis durchgeführten Operationen ohne Vertragspflichtverletzung selbst und zusätzlich zu den Operationen durchgeführt hätte, die er im maßgeblichen Zeitraum unabhängig davon ausgeführt hat. Auch zu diesen Voraussetzun-

gen hat der Kläger nicht konkret vorgetragen. Es fehlt Vortrag sowohl zu der Frage, welcher Anteil der Patienten der Gemeinschaftspraxis im Falle eines bestehenden Konkurrenzschutzes ihre Operationen beim Kläger hätte durchführen lassen als auch dazu, inwieweit es dem Kläger angesichts seiner tatsächlichen Belastung im Schadenszeitraum möglich gewesen wäre, zusätzlich Operationen zu übernehmen, die tatsächlich von der Gemeinschaftspraxis durchgeführt wurden. Auf entsprechende Hinweise des Senats im Beschluss vom 16.02.2010 sowie im Rahmen der mündlichen Verhandlung vom 15.06.2010 trug der Kläger auch keine Anhaltspunkte vor, anhand derer der Senat den Umfang der Patientenwanderung bzw. der Auslastung des Klägers hätte schätzen können.

Soweit der Kläger die Berechnung des Schadens darauf stützt, der goodwill seiner Praxis sei wegen der Konkurrenzsituation mindestens um 25 % gemindert, fehlt ebenfalls die Darlegung des konkret dem Kläger entstandenen Schadens. So stellt er den Wert des goodwills seiner Praxis nicht dem Wert des goodwills gegenüber, den sie hätte, wenn die vertragswidrige Konkurrenzsituation nicht vorliegen würde. Gleiches gilt, soweit der Kläger geltend macht, er habe einen ideellen Wertverlust von ca. 1/3 dadurch erlitten, dass er aufgrund der Konkurrenzsituation bisher keine Gemeinschaftspraxis durch Assoziierung mit einem Partner hätte bilden können. Zwar trägt der Kläger insofern unter Bezugnahme auf die als Anlage K 8 vorgelegte Tabelle vor, dies mache ca. einen Betrag von 60.000,00 EUR aus. Die beige-fügte Tabelle enthält aber Angaben über den ideellen Praxiswert und Substanzwert bei Einzelpraxisübernahme und Gemeinschaftspraxisbeitritt in Westdeutschland nach Arztgruppen 2002/2003. Ein konkreter Bezug zum Wert der Einzelpraxis des Klägers im Zeitraum 2005 bis 2007 und einem möglichen Wert, den die Praxis als Gemeinschaftspraxis im selben Zeitraum gehabt hätte, fehlt. Zudem wäre auch anhand der vom Kläger dargestellten Zahlen noch nicht dargelegt, inwieweit mit dem höheren Praxiswert eine Wertsteigerung im Vermögen des Klägers einge-

treten wäre, denn der höhere Gesamtwert der Gemeinschaftspraxis würde sich auf mehrere Ärzte verteilen, so dass der auf den Kläger als einzelnen Arzt entfallende Anteil nicht notwendigerweise höher sein müsste, als der Wert der Einzelpraxis. Im Übrigen hat der Kläger nach Auffassung des Senats bisher nicht schlüssig dargelegt, dass die Bildung einer Gemeinschaftspraxis nur wegen der bestehenden Konkurrenzsituation unterblieb.

Soweit der Kläger im nicht nachgelassenen Schriftsatz vom 17.06.2010 um weitere Hinweise und eine erneute Schriftsatzfrist bittet, war diesem Wunsch im Hinblick auf den Beschleunigungsgrundsatz des Zivilprozesses nicht zu entsprechen. Dem Kläger war seit den Hinweisen des Senates im Rahmen der mündlichen Verhandlung vom 01.12.2009 bekannt, dass der Senat dem Grunde nach keine Minderung der Miete, aber das Bestehen von Schadensersatzansprüchen für möglich hielt. Zu dem Vortrag im Schriftsatz des Klägervertreters vom 29.01.2010 hat der Senat im Rahmen seines Beschlusses vom 16.02.2010 gezielte Hinweise erteilt und den Kläger auf Bedenken an der Schlüssigkeit seines Vorbringens hingewiesen. Bis zur mündlichen Verhandlung vom 15.06.2010 hatte der Kläger erneut fast vier Monate Zeit, seinen Sachvortrag zu ergänzen. Demnach hatte der Kläger ausreichend Zeit, seinen Sachvortrag unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des Senats zu konkretisieren. Eine weitere Gelegenheit zur Nachbesserung seines Sachvortrages muss dem Kläger deshalb nicht gewährt werden.

5. Der Hilfsantrag des Klägers zu Ziffer 4 des Tenors des erstinstanzlichen Urteils ist unbegründet, denn der Kläger hat nicht dargelegt, dass ihm konkret durch die vertragswidrige Konkurrenzsituation ein Schaden im Umfang von 50 % der Warmmiete für die von ihm gemieteten Praxisräume entsteht. Im Wesentlichen kann dazu Bezug genommen werden auf die Ausführungen oben unter 4. Auch für eine Schadensschätzung des Senats fehlen danach hinreichende Anhaltspunkte.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 97, 92 Abs. 1 S. 1 ZPO, der Ausspruch zur vorläufigen Vollstreckbarkeit auf §§ 708 Nr. 10, 711, 709 S. 2 ZPO.

Der Senat lässt gemäß § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 ZPO die Revision zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung zu. Die für den vorliegenden Rechtsstreit maßgebliche Frage, ob die Verletzung eines vertraglich eingeräumten Konkurrenzschutzes als Sachmangel i.S.v. § 536 BGB anzusehen ist, wird in der Rechtsprechung unheitlich behandelt, und es existiert dazu - soweit ersichtlich - keine höchstrichterliche Entscheidung jüngeren Datums.

Dr. Kazele

Alberts

Niklas