

# BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 160/63

URTEIL

Verkündet am

20. Sept. 1965  
Fieser  
Justizangestellter  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Witwe Frau Maria F. in B., Ha.straße,

Beklagten und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. A. A. -

gegen

den Kaufmann Johannes S. in B., Ha.straße,

Kläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 20. September 1965 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Haidinger sowie der Bundesrichter Dr. Gelhaar, Dr. Dorschel, Dr. Messner und Mormann

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Bamberg vom 19. Dezember 1962 wird auf Kosten der Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger war Alleininhaber des im Handelsregister eingetragenen, unter der Geschäftsbezeichnung "Woll-S-  
" betriebenen Einzelhandelsgeschäfts in B, das insbesondere den Verkauf von Wolle, Strickwaren und Strickbekleidung zum Gegenstand hatte. Sein Hauptgeschäft befand sich bis zum 31. März 1957 im Hofe der M, Hastraße in B. Eine Filiale wurde zunächst am Kr und ab Dezember 1956 am Ob in B betrieben. Die Werkstatt (mit Fabrikationsräumen) befand sich daselbst in der Klstraße. Nach Erlaß des Urteils im ersten Rechtszuge übertrug der Kläger sein Unternehmen mit Aktiven und Passiven auf seine Ehefrau Annemarie S, nach seiner Darstellung ohne die hier umstrittene Schadensersatzforderung, die sich auf folgenden Sachverhalt gründet:

In seinem Hauptgeschäft, Hastraße, dessen Räume insgesamt nur 28 qm, davon 22 qm Ladenfläche, umfaßten, war der Kläger sehr beengt. Er suchte deshalb

- 3 -

größere Räume, in denen er möglichst auch seine Werkstatt (mit Fabrikation) unterbringen konnte. Der im Laufe des Rechtsstreits verstorbene, von seiner Ehefrau, der jetzigen Beklagten, allein beerbte ursprüngliche Beklagte, der Fotograf F., betrieb seit Jahren in seinem Hause Ha.straße in B. ein Fotografengeschäft. Er beabsichtigte, es aufzugeben und entweder zu verpachten oder die Räume (rund 175 qm) zu vermieten. Unter den Mietbewerbern befand sich der Kläger. Am 26. September 1957 abends verhandelten der Kläger und seine Ehefrau mit den Eheleuten F. in deren Wohnung. Zugezogen waren der Steuerhelfer Rudolf K. jun., der den beabsichtigten schriftlichen Mietvertrag fertigen sollte, und sein Vater, der Steuerinspektor a.D. Martin K.. Man einigte sich über die Vermietung der von F. benutzten Geschäftsräume zu einer Miete von 850 DM monatlich auf die Dauer von 10 Jahren und auch dahin, daß der Kläger die Räume am 8. Oktober 1956 beziehen sollte. Streitig ist, ob man sich über alle wesentlichen Punkte des Mietvertrages geeinigt hat und ob das Vereinbarte schon gelten sollte, bevor der vorgesehene schriftliche Vertrag von beiden Teilen unterschrieben worden war. Das behauptet der Kläger und bestreitet die Beklagte.

Am 2. Oktober 1956 teilte K. jun. dem Kläger und seiner Ehefrau mit, das Mietobjekt sei zwischenzeitlich anderweit vergeben worden. Noch am selben Tage widersprach der Kläger, machte geltend, man habe sich schon fest geeinigt, und erklärte, er bestehe auf Vertragserfüllung. Durch schriftlichen Vertrag vom 3. Oktober 1956 vermietete der ursprüngliche Beklagte Teile seiner Geschäftsräume an einen Fotografen H.. Weitere Räume überließ er kurz darauf einem dritten Mieter.

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

JLaw – für Android



JLaw – für iOS

Der Fotograf H[REDACTED] kaufte inzwischen das Anwesen Ha[REDACTED]-  
[REDACTED]str. [REDACTED].

Der Kläger verlangte im gegenwärtigen Rechtsstreit zunächst Räumung und Herausgabe der Geschäftsräume Ha[REDACTED]-  
[REDACTED]straße [REDACTED] an ihn, hilfsweise Abschluß eines zehnjährigen Mietvertrages darüber, hilfsweise Feststellung, daß der Beklagte verpflichtet sei, ihm allen Schaden zu ersetzen, der ihm durch die Nichtüberlassung der Räume seit dem 8. Oktober 1956 entstanden sei und noch entstehen werde. Am 1. April 1957 verlegte er sein Hauptgeschäft aus den Räumen P[REDACTED] in das Anwesen Ha[REDACTED]straße [REDACTED] unter Aufgabe der alten Räume. In seinem neuen Hauptgeschäft stehen ihm 40 qm Geschäftsraum zur Verfügung. Davon entfallen 28,5 qm auf das Ladengeschäft und 11,5 qm auf das Büro. In den neuen Räumen erzielte der Kläger eine erhebliche Umsatzsteigerung.

Er behauptet, falls er sein Geschäft in die weit günstigeren und erheblich größeren Räume Ha[REDACTED]straße [REDACTED] des Beklagten hätte verlegen können, würde er schon ab 8. Oktober 1956 viel höhere Umsätze haben erzielen können und hätte er auch ab 1. April 1957 noch größere Umsätze als in seinem jetzigen Hauptgeschäft erreicht. Seinen ihm dadurch entgangenen Gewinn schätzt er für die Zeit vom Oktober 1956 bis März 1957 einschließlich auf mindestens 13 560 DM und für die Zeit vom 1. April 1957 an bis zur Gegenwart auf über 6 000 DM jährlich. Zum Beweise beruft er sich auf das im ersten Rechtszuge eingeholte Gutachten des Wirtschaftsprüfers und Steuerberaters Dipl. Kaufmann Dr. St[REDACTED] vom 4. November 1958 nebst Ergänzungsgutachten vom 13. Oktober 1959.

Der Kläger beantragte im ersten Rechtszuge zuletzt Verurteilung des Beklagten zur Zahlung von 20 000 DM. Das Landgericht gab der Klage in vollem Umfange durch Urteil vom 3. Dezember 1959 statt. Es schätzte den dem Kläger entgangenen Gewinn für die Zeit vom 15. Oktober 1956 bis 31. März 1957 auf insgesamt 13 560 DM und für die Zeit vom 1. April 1957 bis zur Gegenwart auf 6 600 DM. Die Berufung des Beklagten blieb ohne Erfolg.

Mit ihrer Revision, deren Zurückweisung der Kläger beantragt, erstrebt die (jetzige) Beklagte Abweisung der Klage.

Entscheidungsgründe:

A.

I. Das Berufungsgericht stellt folgenden Sachverhalt fest:

Der Fotograf F (ursprünglicher Beklagter) habe sich 1956 wegen Krankheit und Alters gezwungen gesehen, sein Fotografengeschäft alsbald aufzugeben. Der Kläger habe sein Interesse an den Räumen schon seit 2 Jahren bekundet gehabt und sich auch 1956 erneut um die Räume bemüht (BU 16). Die Eheleute F hätten in erster Linie 2 Fotografen dafür in Aussicht genommen. Nachdem sich die Verhandlungen mit ihnen zerschlagen gehabt hätten, hätten sie den Kläger als Mieter in Betracht gezogen. Frau F (= jetzige Beklagte) habe ihm das mitgeteilt. Bei einer unverbindlichen Vorbesprechung, etwa 8 Tage vor den Verhandlungen am 26. September 1956, hätten die Eheleute F dem Kläger ihre Bedingungen eröffnet und gesagt, wenn er einverstanden sei, würden sie ihren

Steuerberater K. [REDACTED] zuziehen, damit dieser den schriftlichen Vertrag festlege. Ein solcher müsse gemacht werden, dann könne der Einzug erfolgen (BU 17). Nach dieser Vorbesprechung und vor den Verhandlungen am 26. September 1956 habe sich auch die Firma A. [REDACTED] KG bemüht, mit den Eheleuten F. [REDACTED] zu einem Abschluß zu kommen (Schreiben vom 19. September 1956), der Ehemann F. [REDACTED] habe jedoch ihre Vertragsangebote nicht angenommen, weil er sich mit ihren Umbauplänen nicht habe befreunden können. Zu Verhandlungen am Abend des 26. September 1956 hätten die Eheleute F. [REDACTED] den Kläger und seine Ehefrau in ihre Wohnung bestellt und ihren Steuerhelfer Rudolf K. [REDACTED] jun. beauftragt, an diesen Verhandlungen teilzunehmen und den schriftlichen Vertrag zu fertigen (BU 18), den die Mietparteien unterzeichnen sollten. Auf Anregung von Rudolf K. [REDACTED] habe sich auch sein Vater Martin K. [REDACTED] am 26. September 1956 in der Wohnung F. [REDACTED] eingefunden. Rudolf K. [REDACTED] habe die Besprechungen mit den Worten eröffnet: "Wir sind zusammengekommen, um ein Vertragswerk zu errichten. Wir wollen die einzelnen Punkte besprechen und den Vertrag dann schriftlich niederlegen." Alsdann seien die einzelnen Punkte des beabsichtigten Mietvertrages ausführlich durchgesprochen<sup>worden</sup> (BU 19). K. [REDACTED] sen. habe zum Ausdruck gebracht, der Vertrag solle schriftlich geschlossen und von den beiderseitigen Eheleuten unterzeichnet werden. Rudolf K. [REDACTED] habe als Verhandlungsleiter mit Bleistift auf losen Zetteln die einzelnen Punkte notiert, über die eine Einigung erzielt worden sei (Beginn und Dauer des Mietvertrages, Mieträume, Modernisierung und Umbau von Ladenräumen und Passagen, Nebengebühren, Reinigung des Flurs, Tor- und Gitterführung, Übernahme von Einrichtungsgegenständen, Übernahmetermin 8.10.1956, Umbau der Atelierräume, Reparaturen, Haftungsschäden, Ausschluß der Untervermietung usw.) sowie auch weitere Punkte, die einer endgültigen Vertrags-

regelung vorbehalten blieben (beiderseitiges Einvernehmen für Umbauten, Zahlung des Wassergeldes, Übernahme weiterer Einrichtungsgegenstände, Art der Beheizung und deren Änderung). Am Schluß der Verhandlungen habe Rudolf K. darauf hingewiesen, es sei heute schon sehr spät, er glaube, es sei nicht notwendig, daß der schriftliche Vertrag heute noch gemacht werde. Anschließend habe er an Hand seiner Aufzeichnungen die zu den einzelnen Punkten erzielten Verhandlungsergebnisse zusammenfassend wiedergegeben und beide Eheleute einzeln nach ihrem Einverständnis gefragt, das beide, zum Teil durch zustimmendes Nicken, gegeben hätten. Schließlich hätten sich alle Anwesenden von den Sitzen erhoben, Rudolf K. habe darauf verwiesen, er sei vereidigt, und habe anschließend sinngemäß erklärt, die mündlich getroffenen Vereinbarungen, die er hier schriftlich fixiert habe, seien somit rechtskräftig. Der an die ganze "Tafelrunde" gerichteten Erklärung sei von keinem der Beteiligten widersprochen worden. Am Tage nach den Verhandlungen vom 26. September 1956 habe der Kläger zu einer Zeugin He. geäußert, er habe sich mit F.'s geeinigt, er bekomme das Geschäft, der Vertrag sei gestern abend perfekt gemacht, es sei feierlich gewesen wie auf dem Standesamt, der Bücherrevisor (= Rudolf K. jun.) habe beide Eheleute (F. und S.) (nacheinander) gefragt, ob sie einverstanden seien, beide hätten ja gesagt. Am selben Tage habe auch Frau F. der Zeugin He. erklärt, sie hätten sich am Abend zuvor mit S. (Kläger und Ehefrau) geeinigt, es sei perfekt, Herr S. bekomme den Laden und ziehe am 8. Oktober 1956 ein, den Angestellten sei bereits gekündigt worden (BU 22).

II. Bei seiner rechtlichen Würdigung geht das Berufungsgericht davon aus, Rudolf K. sei nicht Bevollmächtigter des Beklagten gewesen. Er habe, insoweit mit seinem

26

Vater zusammen, den Beklagten bei den Verhandlungen über den Mietvertrag beraten sollen. Außerdem habe er diese Verhandlungen leiten und den schriftlichen Vertrag vorbereiten sollen. Der Abschluß des Mietvertrages sei jederzeit ausschließlich Sache des Beklagten und seiner Ehefrau geblieben, die persönlich an den mündlichen Verhandlungen teilnahmen und den Vertrag persönlich unterzeichnen wollten und sollten. Die Parteien seien schon vor Beginn der Verhandlungen vom 26. September 1956 und auch noch bei ihrem Beginn darüber einig gewesen, daß der zwischen ihnen abzuschließende Vertrag schriftlich beurkundet werden solle (BU 23, 24). Diese (ursprüngliche) Beurkundungsabrede habe nicht den Zweck gehabt, die Schriftform sollte nur Beweis Zwecken dienen, ihr Sinn sei vielmehr dahin gegangen, der Vertrag sollte nicht geschlossen sein, bevor er schriftlich niedergelegt und von den Vertragsparteien, wie vorgesehen, unterzeichnet worden war. Es habe den Parteien jedoch freigestanden, so fährt das Berufungsgericht fort, diese Vertragsabrede abzuändern und sich doch schon durch mündliche Übereinkunft zu binden. Das sei im Verlauf der Verhandlungen vom 26. September 1956 geschehen. Nach den mehrstündigen Verhandlungen habe sich die ursprüngliche Absicht, den schriftlichen Mietvertrag noch an diesem Abend aufzusetzen und zu unterzeichnen, nicht mehr verwirklichen lassen. Die feierliche Erklärung des Rudolf K. jun., die mündlich getroffenen Vereinbarungen (BU 25), die er schriftlich fixiert habe, seien somit rechtskräftig, sei für jedermann erkennbar darauf gerichtet gewesen, schon den an diesem Abend mündlich getroffenen und von ihm schriftlich festgehaltenen Vereinbarungen bindende Rechtskraft beizulegen und den Abschluß des schriftlichen Mietvertrages auf einen späteren Zeitpunkt zu verschieben. Dieser unmißverständlichen Anregung hätten weder die Eheleute F.

noch die Eheleute S. [REDACTED] noch Martin K. [REDACTED] sen. widersprochen. Unter den gegebenen Umständen habe das Verhalten der Parteien nur als Zustimmung betrachtet werden können. Zwischen den Parteien sei daher schon am 26. September 1956 ein mündlich auf die Dauer von zehn Jahren geschlossener Mietvertrag verbunden mit der Verpflichtung zustandegekommen, den entsprechenden schriftlichen Mietvertrag noch zu unterzeichnen und durch die Ehefrau mit unterzeichnen zu lassen (EU 26). Rechtlich wertet das Berufungsgericht die zwischen den Parteien getroffene Abrede alsdann als Vorvertrag auf Abschluß eines zehnjährigen Mietvertrages, der nach ständiger Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs der Schriftform nicht bedürfe (EU 27, 28).

III. Aus seinen Feststellungen und ihrer rechtlichen Würdigung zieht das Berufungsgericht den Schluß, der Kläger sei, nachdem der Beklagte die umstrittenen Räume anderweit vermietet und die neuen Mieter den Besitz daran erlangt hätten, darauf angewiesen gewesen, seine Ansprüche in der Form von Schadensersatzansprüchen (gemeint wegen Nichterfüllung) geltend zu machen. Der Vermieter schulde Ersatz des entgangenen Gewinns für die Dauer der vorgesehenen Mietzeit. Diesen Schaden schätzt das Berufungsgericht unter Hinweis auf § 252 Satz 2 BGB und § 287 ZPO für die Zeit vom 8. Oktober 1956 bis zum 31. März 1957 auf mindestens 10 000 DM und für die Zeit vom Umzug des Klägers in das Anwesen Hauptwachstr. 16 (1. April 1957) ab auf jährlich mindestens 2 000 DM, so daß der mit der Klage geforderte Betrag von 20 000 DM jedenfalls nach dem gegenwärtigen Sach- und Streitstand (gemeint: fünf Jahre ab 1.4.1957) in voller Höhe gerechtfertigt sei.

B.

Die Ausführungen des Berufungsgerichts bewegen sich weitgehend auf dem dem Tatrichter vorbehaltenen Gebiet der Würdigung des vorgetragenen Sachverhalts und der erhobenen Beweise. Sie enthalten keinen Rechtsirrtum zum Nachteil der Beklagten. Das Berufungsurteil ist zwar insofern widersprüchlich, als es einmal feststellt, schon am 26. September 1956 sei ein mündlich auf die Dauer von 10 Jahren geschlossener Mietvertrag zustandegekommen, verbunden mit der Verpflichtung, den entsprechenden Mietvertrag noch zu unterzeichnen und durch die Ehefrauen unterzeichnen zu lassen (BU 26), andererseits aber davon spricht, die getroffene Abrede, einen schriftlichen Mietvertrag auf die Dauer von zehn Jahren abzuschließen, sei rechtlich als ein Vorvertrag auf Abschluß eines zehnjährigen Mietvertrages zu werten (BU 28). Wie sich auch aus der Anführung von Rechtsprechung durch das Berufungsgericht ergibt, hat es dabei verkannt, daß nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes sowohl ein Vorvertrag auf den späteren Abschluß eines Mietvertrages (RGZ 86, 30; 97, 219, 223; BGH Urt. v. 7. Oktober 1955 - VI ZR 20/53 - LM EGB § 566 Nr. 1; sowie die ständige Rechtsprechung des erkennenden Senats) als auch eine im Zusammenhang mit dem mündlichen Abschluß eines Mietvertrages ausdrücklich oder stillschweigend getroffene Vereinbarung, dieser Mietvertrag solle noch schriftlich beurkundet werden, rechtlich möglich und auch dann formlos gültig ist, wenn es sich um einen mehrjährigen Vertrag handelt (RGZ 97, 219, 223; 104, 131, 141, 370, 373; RG JW 1938, 1246; BGH Urt. v. 15. April 1955 - V ZR 118/53 - LM BGB § 242 (Ca) Nr. 1 Bl. 2<sup>R</sup>; Urt. des erkennenden Senats vom 28. Januar 1958 - VIII ZR 39/57 nicht veröffentlicht und vom 27. November 1963 - VIII

ZR 116/62 - MDR 1964, 229 - = WM 1964, 184). Aus diesem Widerspruch ergibt sich jedoch nichts zugunsten der Beklagten. Die tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts ergeben, daß die letztere Fallgestaltung hier gegeben ist. Die rechtliche Einordnung als Vorvertrag ist lediglich eine Hilfsbegründung. Die Rügen der Revision insoweit (unter IV S. 13 ff) gehen deshalb ins Leere.

C.

Das Berufungsurteil hält auch sonst gegenüber den einzelnen Rügen der Revision einer rechtlichen Nachprüfung stand. Diese Rügen kommen, insbesondere, soweit es sich um Verfahrensrügen handelt, weitgehend darauf hinaus, die eigene Würdigung der Revision an die Stelle der des Berufungsgerichts gesetzt zu wissen. Das ist unzulässig.

I.

Die Revision wendet sich in erster Linie gegen die Feststellung des Berufungsgerichts, die Parteien hätten im Laufe der Verhandlungen vom 26. September 1956 ihre Abrede, die Wirksamkeit des Vertrages solle von seiner Beurkundung abhängig sein, geändert und sich mündlich gebunden.

1. Die Revision meint dazu, die Auffassung des Berufungsgerichts (BU 25), es habe die Absicht bestanden, den schriftlichen Vertrag noch am 26. September 1956 aufzusetzen und zu unterzeichnen, beruhe auf Prozeßverstoß. Sie führt dazu eine Reihe von Aktenstellen an, aus denen sich ergeben soll, man habe an diesem Abend den Vertragsabschluß nur vorbereiten wollen.

Die Rüge ist unbegründet.

Den Ausführungen des Berufungsgerichts ist nicht zu entnehmen, daß es davon ausgeht, die Parteien seien am 26. September 1956 von vornherein zu dem Zwecke zusammengekommen, schon schriftlich abzuschließen. Es hat ersichtlich der Beweisaufnahme über den Gang der Verhandlungen entnommen, im Laufe der Besprechungen sei man zu diesem Entschluß gekommen, man sei dann aber doch wieder davon abgekommen, weil es zu spät geworden sei (BU 21 oben). Dem steht nicht zwingend entgegen, daß der Vertrag noch nicht im einzelnen vorbereitet worden war, zumal die Eheleute F. dem Kläger schon etwa 8 Tage vor dem 26. September 1956 ihre Bedingungen eröffnet hatten, so daß dieser auf sie eingerichtet war.

2. Daß Rudolf K. nicht Bevollmächtigter, sondern (nur) Verhandlungsleiter war, steht der Auffassung des Berufungsgerichts nicht entgegen, daß das, was er als Ergebnis der Verhandlungen zusammenfaßte, die Parteien band, wenn sie ihr Einverständnis damit erklärten. Es steht vielmehr gerade damit im Einklang, denn das fällt unter den Begriff einer "Verhandlungsleitung". Daß die Parteien mit dem Ergebnis der Zusammenfassung durch Rudolf K. einverstanden waren, stellt das Berufungsgericht in tatrichterlicher Würdigung der Beweisaufnahme fest (BU 21), insbesondere auch, daß für jedermann erkennbar gewesen sei, die an diesem Abend mündlich getroffenen Vereinbarungen sollten nunmehr bindend sein (BU 26).

3. Keine Bedenken bestehen im Gegensatz zum Vortrag der Revision - gegen die Feststellung des Berufungsgerichts, auch F. sei an einem baldigen Abschluß des Mietvertrages interessiert gewesen (EU 27). Dagegen

spricht nicht entscheidend, daß die vom Berufungsgericht dafür angegebenen Gründe (nicht mehr Fortführenkönnen des Geschäfts und Kündigung des Personals) auch schon in dem Zeitpunkt vorgelegen haben, als sich die Parteien noch über die vorherige schriftliche Niederlegung des Vertrages einig waren, und auch nicht zwingend, daß F. nicht die Vorbereitung eines Vertrages unter Offenlassung der noch strittigen Punkte veranlaßt hatte. Der Kläger sollte bereits am 8. Oktober 1956 einziehen, so daß auch Förg die feste Einigung als eilig ansehen konnte, weil er sich auf die rechtzeitige Räumung vorbereiten mußte. Die Auffassung der Revision, am 26. September 1956 seien noch weitere Bewerber vorhanden gewesen, steht nicht im Einklang mit den Feststellungen des Berufungsgerichts. Hiernach hatten sich die Verhandlungen mit den beiden Fotografen zerschlagen, als die Eheleute F. den Kläger als Mieter in Betracht zogen und ihm nunmehr die Geschäftsräume ausdrücklich anboten. Zwar hatte die Firma A. den Eheleuten F. in der Zwischenzeit, nämlich am 19. September 1956, Vertragsangebote gemacht, über die sie mit ihnen am 22. September 1956 verhandeln wollte. Das Berufungsgericht hat dazu aber festgestellt, der Beklagte habe die Angebote nicht angenommen (BU 18), so daß es davon ausgehen konnte, die genannte Firma sei als Bewerber ausgeschieden. Daß der Fotograf H., der einen Teil der Räume am 3. Oktober 1956 gemietet hat, schon am 26. September 1956 als ernsthafter Mietbewerber in Betracht kam, ist dem festgestellten Sachverhalt nicht zu entnehmen.

4. Für das Revisionsverfahren muß zwar mit dem Berufungsgericht (BU 21) davon ausgegangen werden, daß die Bemerkung des K. sen., der Vertrag solle schriftlich geschlossen und von beiden Eheleuten unterzeichnet werden, möglicherweise erst im Anschluß an die feierliche Schlussklärung seines Sohnes gefallen ist. Daraus brauchte das

Berufungsgericht angesichts seiner übrigen tatsächlichen Feststellungen entgegen der Auffassung der Revision jedoch nicht den Schluß zu ziehen, alle Beteiligten seien der Auffassung gewesen, der Vertrag sei erst mit der Unterzeichnung der Vertragsurkunde wirksam abgeschlossen.

## II.

Auch der Umstand, daß noch eine Reihe von Punkten offen geblieben waren (beiderseitiges Einvernehmen für Umbauten, Zahlung des Wassergeldes, Übernahme weiterer Einrichtungsgegenstände, Art der Beheizung und deren Änderung (BU 21) sowie Benutzung des Hofes und der sog. Holzhalle, Schriftsatz des Beklagten vom 28. April 1960 S. 4, steht der Auffassung des Berufungsgerichts nicht entgegen, es sei bereits eine die Parteien bindende Einigung über die maßgebenden Bedingungen der Vermietung erfolgt; denn es ist möglich, einen Vertrag bindend in der Weise zu schließen, daß nur die wesentlichen Grundlinien festgelegt, Nebenpunkte aber späterer Vereinbarung oder - falls keine solche zustandekommt - der Beurteilung nach den gesetzlichen Bestimmungen überlassen werden. Gerade auf dem Gebiet des Mietrechts sind derartige Vereinbarungen nicht selten, ohne daß damit der endgültige Abschluß des Vertrages in Frage gestellt wird (RGZ 141, 170, 172, 173; Urt. des erkennenden Senats vom 27. November 1963 - VIII ZR 116/62 - WM 1964, 184 = MDR 1964, 229). Auch hier ist das Berufungsgericht erkennbar davon ausgegangen, daß keine der Parteien die sofortige Inkraftsetzung des Vertrages an den genannten Nebenpunkten scheitern lassen wollte.

III.

Das Berufungsgericht brauchte auch dem späteren Verhalten der Eheleute S. nicht zu entnehmen, daß der Kläger selbst nicht der Auffassung war, der Vertrag sei bereits am 26. September 1956 fest geschlossen. Das Berufungsgericht hat zwar festgestellt, Martin K. sen. habe vor oder nach der feierlichen Schlußerklärung gesagt, der Vertrag solle von den "beiderseitigen Eheleuten" unterzeichnet werden. Es hat auch nicht festgestellt, daß die Eheleute S. dem widersprochen hätten. Daraus folgt aber nur, daß auch die Ehefrau des Klägers den Mietvertrag mit unterschreiben sollte. Daß sie nicht gewillt war, das zu tun, oder daß sie eine Unterzeichnung abgelehnt habe, ergibt der festgestellte Sachverhalt nicht. Das ist auch der Feststellung des Berufungsgerichts nicht zu entnehmen, der Kläger habe am nächsten Tage gegenüber dem Zeugen Rudolf K. darauf hingewiesen, er sei Alleininhaber seiner Firma und unter diesen Umständen bedürfe es einer Unterzeichnung des Mietvertrages durch seine Ehefrau "doch" nicht. Das brauchte das Berufungsgericht nicht dahin zu würdigen, daß der Kläger selbst nicht von einem festen Vertragsabschluß mit bindender Wirkung für beide Teile überzeugt war, sondern nur, daß er Zweifel hatte, ob auch seine Frau mit unterschreiben müsse, sowie, daß er das klären wollte. Es ist daher nicht rechtsirrig, wenn das Berufungsgericht die Auffassung vertritt, diese Rückfrage und die Tatsache, daß der Kläger erneut sein Interesse daran bekundet habe, auch einen Schuppen mitzumieten, den ihm die Eheleute Förg nach ihren Erklärungen am 26. September 1956 nicht mit vermieten wollten, habe dem Beklagten kein Recht gegeben, sich nun seinerseits von den getroffenen Vereinarungen zu lösen.

IV.

Der Beklagte hatte in der Berufungsbegründung vom 28. April 1960 S. 22 vorgetragen, der Kläger habe mit Wirkung vom 3. Februar 1960 seine Firma mit sämtlichen Aktiven und Passiven auf seine Ehefrau übertragen. Nachdem der Übergang der Forderung der Firma laut Handelsregister nicht ausgeschlossen worden sei, sei sie demnach auf die jetzige Firmeninhaberin gemäß § 25 HGB übergegangen. Dazu hatte der Kläger laut Schriftsatz vom 30. Mai 1960 S. 14 behauptet, im Übergabevertrag sei ausdrücklich festgelegt, die den Gegenstand des Verfahrens bildende Forderung werde nicht mit übertragen. Bei den Angaben über ihre Person und ihr Interesse an der Sache hatte die Ehefrau des Klägers (Protokoll vom 26. Oktober 1960 S. 19) als Zeugin bestätigt, sie habe das Geschäft ihres Mannes mit Aktiven und Passiven übernommen, die Klageforderung solle aber vereinbarungsgemäß (weiterhin) ihrem Manne zustehen. Daraufhin ist der Beklagte auf seinen Vortrag, die streitige Forderung sei von der Übertragung nicht ausgenommen worden, nicht wieder zurückgekommen. Laut Vernehmungsprotokoll (Übertragung einer Tonbandaufnahme) vom 26. Oktober 1960 (S. 19 ff) sind zwar an die Ehefrau des Klägers zu allen möglichen Punkten Ergänzungsfragen gestellt, auch ist ihre Aussage sonst erheblich angegriffen worden, ihre Angaben über den Ausschluß der streitigen Forderung vom Übergang auf sie anläßlich der Geschäftsübertragung wurde jedoch nicht beanstandet. Das Berufungsgericht konnte daher davon ausgehen, daß dies nicht mehr bestritten werden sollte.

Auch auf § 25 HGB kann sich die Beklagte nicht berufen. Nach § 25 Abs. 1 Satz 1 aaO haftet zwar der Geschäftsnachfolger für alle im Betriebe des Geschäfts

begründeten Verbindlichkeiten, wenn er das Handelsgeschäft unter der bisherigen Firma fortführt, auch "gelten" nach § 25 Abs. 1 Satz 2 die im Betrieb begründeten Forderungen den Schuldnern gegenüber als auf den Erwerber übergegangen, falls der bisherige Inhaber in die Fortführung der Firma gewilligt hat. Diese Bestimmung hat Schutzfunktion. Das Vertrauen der Außenwelt soll nicht getäuscht werden. Dieser Vertrauensschutz findet seine Grenze, wenn die Publizität der abweichenden Vereinbarung gewahrt wird (HGB, Schlegelberger 4. Aufl. § 25 Anm. 1, 17). Dem trägt § 25 Abs. 2 HGB Rechnung, indem dort bestimmt wird, daß eine abweichende Vereinbarung einem Dritten gegenüber nur wirksam ist, wenn sie in das Handelsregister eingetragen und bekanntgemacht oder von dem Erwerber oder dem Veräußerer dem Dritten mitgeteilt worden ist. Ersteres ist zwar nicht geschehen. Sowohl der Kläger (Veräußerer) wie seine Frau (Erwerberin.) haben es jedoch im Prozeß mitgeteilt, so daß der Beklagte davon unterrichtet gewesen ist. Eine frühere Mitteilung als im Berufungsrechtszuge war nicht möglich; denn die Übertragung des Geschäfts ist erst nach Erlaß des Urteils im ersten Rechtszuge erfolgt.

Das Berufungsgericht mußte daher davon ausgehen, daß die streitige Forderung nach wie vor allein dem Kläger zusteht. Ein Fall, in dem eine Zeugin (hier die Ehefrau des Klägers) im Laufe des Prozesses in eine Parteirolle eingerückt ist, so daß ihre bisherige Zeugenaussage nicht mehr höher gewertet werden durfte als eine Parteiaussage (RG HRR 1931 Nr. 1257), ist daher hier nicht gegeben. Der von der Revision gerügte Prozeßverstoß liegt also nicht vor.

V.

Schließlich greift die Revision noch vergeblich die Schadensschätzung durch das Berufungsgericht an.

1. Ihr ist zwar zuzugeben, daß die Ausführungen des Berufungsgerichts zur Höhe des Schadens verhältnismäßig knapp sind. Das bedeutet aber nicht, daß eine sachgemäße Würdigung des Sachverhalts und der Beweisaufnahme nicht stattgefunden habe. Schon das Landgericht hatte ausführlich zur Frage der Entstehung eines Schadens und seiner Höhe Stellung genommen (LG Urteil S. 8 - 17). Dabei war es weitgehend auf Einzelheiten des Gutachtens und des Ergänzungsgutachtens sowie auf die vom Beklagten dazu erhobenen Einwände eingegangen. Diese Darlegungen hat sich das Berufungsgericht erkennbar zu eigen gemacht. Es war nicht genötigt, nochmals alle einzelnen Punkte näher zu erörtern, zumal es hier in seiner Schadensschätzung besonders frei gestellt war; denn der Kläger machte nur (noch) entgangenen Gewinn geltend. Insoweit ist aber der Beweis nach § 252 Satz 2 BGB, wie das Berufungsgericht rechtsirrtumsfrei ausgeführt hat, dahin erleichtert, daß der Nachweis einer gewissen Wahrscheinlichkeit eines solchen Gewinnes und seiner Höhe genügt. Von seinem Standpunkt aus gesehen brauchte das Berufungsgericht auch nicht abschließend zu prüfen, ob die vom Sachverständigen für richtig gehaltenen Beträge in den einzelnen Zeitabschnitten voll oder auch nur annähernd erreicht waren. Das beruht darauf, daß es den vom Kläger insgesamt geforderten Betrag von 20 000 DM auf die Zeit bis 31. März 1957 einschließlic ( = 10 000 DM ) und auf die anschließenden fünf Jahre mit 10 000 DM (=jährlich 2 000 DM) verteilt, während das Landgericht den Schadensbetrag von 20 000 DM schon in der Zeit bis zum Erlass seines Urteils (Dezember 1959) als erreicht angesehen hatte. Durch die Betrachtungsweise des Berufungsgerichts ist jedenfalls die Beklagte nicht beschwert. Es ist auch nicht widersprüchlich, wenn Sachverständiger und Tatsachenrichter für das erste halbe Jahr weit höhere Beträge als entgangenen Gewinn angesetzt

haben als für die spätere Zeit; denn in der Zeit ab 1. April 1957 hatte der Kläger seinen Umsatzverlust dadurch mindern können, daß er in die zwar auch noch zu beengten, aber doch günstiger gelegenen Räume Hauptwachstraße 16 umzog.

2. Zu den Revisionsrügen im einzelnen:

a) Branchenkennzahlen.

Dazu hatte bereits das Landgericht Stellung genommen (Urt. S. 11). Schon der Sachverständige hatte sie keineswegs kritiklos und losgelöst von den tatsächlichen Verhältnissen im Betriebe des Klägers zugrundegelegt. Nicht rechtsirrig ist es, wenn das Berufungsgericht, ebenso wie der Sachverständige (vgl. S. 16 seines Hauptgutachtens) "das sprunghafte Ansteigen der Umsätze" ab 1. April 1957 in dem neuen Hauptgeschäft, Ha [REDACTED] straße [REDACTED] als Beweisanzeichen dafür gewertet hat, daß die Umsatzsteigerung, wenn der Kläger die Räume im Anwesen Ha [REDACTED] straße [REDACTED] hätte beziehen können, noch weitaus günstiger gewesen wäre.

b) Der Vortrag des Beklagten (Schriftsatz vom 2. März 1959), daß eine Umsatzmehrung nicht unbedingt eine Gewinnmehrung zur Folge haben muß, ist nicht übersehen. Dazu hatte schon das Landgericht ausführlich Stellung genommen (Urt. S. 14, 15) und dabei auf die Berechnungen des Sachverständigen verwiesen, aus denen die durch den Mehrumsatz bedingten Kosten zu ersehen waren, die dem Kläger jedoch immer noch einen Mehrgewinn beließen. Daß der Absatz eines Betriebes nicht "ins Unendliche" gesteigert werden kann, ist richtig, bedeutet aber nicht, daß der Kläger in den sehr viel geeigneteren Räumen des Beklagten nicht einen weit höheren Umsatz hätte erzielen können, nachdem

er schon in den weniger günstigen Räumen Ha-  
straße eine so erhebliche Umsatzsteigerung erreicht  
hatte.

c) Unerheblich ist, ob der Kläger wirklich auf  
400 000 DM (Parteiannahme) Umsatz hätte kommen kön-  
nen; denn diesen Betrag hat das Berufungsgericht nicht  
zugrundegelegt. Deshalb kommt es auch nicht darauf an,  
ob der Kläger in diesen Betrag seinen Umsatz in seiner  
Filiale Ob mit einbezogen hat. Daß in den Um-  
sätzen, von denen der Sachverständige St bei seinen  
Berechnungen über den entgangenen Gewinn des Klägers  
ausgegangen ist, keine solchen enthalten sind, die in  
der Filiale Ob erzielt worden sind, hat schon  
das Landgericht mit dem Bemerkten festgestellt, was der  
Beklagte hierzu vortrage, seien lediglich Vermutungen  
(LG Urteil S. 13). Die Revision hat nicht aufgezeigt,  
daß das Berufungsgericht insoweit sachdienlichen Vor-  
trag der Beklagten übergangen hat, der zu einer anderen  
Beurteilung hätte führen können. Schließlich kann man  
dem Kläger auch nicht widerlegen, daß er bei der Verneh-  
mung am 20. November 1962 der Überzeugung war, er würde  
(heute) einen Umsatz von 400 bis 500 000 DM erreichen.  
Soweit die Revision meint, diese Umsatzerwartung stehe  
im Widerspruch zur früheren Behauptung des Klägers  
(Schriftsatz vom 10. November 1956 S. 4), in der er den  
jährlichen Mehrumsatz (nur) mit 100 000 DM beziffert habe,  
übersieht sie einmal, daß der Kläger damals (1956) noch  
keine sicheren Anhaltspunkte dafür hatte, welche Umsätze  
er in einer besseren Lage und in größeren Räumen werde  
erzielen können, aber auch, daß die Verhältnisse im No-  
vember 1956 mit denen 6 Jahre später überhaupt nicht ver-  
glichen werden können.

d) Auf den früheren Vortrag des Klägers zur Anschaffung eines VW-Busses und einer Strickmaschine kam es nicht entscheidend an. Ansprüche stützt der Kläger darauf nicht mehr. Auf die Glaubwürdigkeit oder Unglaubwürdigkeit des Klägers brauchte das Berufungsgericht keine Schlüsse zu ziehen, selbst wenn sein Vortrag, er habe in Erwartung der Geschäftsvergrößerung die Zulassung des Lieferwagens am 27. September 1956 veranlaßt, unrichtig gewesen sein sollte, weil diese Zulassung bereits am 13. September 1956 erfolgt war.

D.

Da das Berufungsurteil auch sonst keinen Rechtsirrtum zum Nachteil der Beklagten enthält, war ihre Revision als nicht begründet zurückzuweisen.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 ZPO.

Dr. Maidinger      Dr. Gelhaar      Dr. Dorschel

Dr. Messner      Mormann