

Verkündet am 5. November 1954
Hoffmeister, Justizangestellter als
Urkundsbeamter der Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

1. der Frau Ursula v. Sch[REDACTED]-M[REDACTED],
2. deren minderjährige Kinder Winfried, K[REDACTED], Ute und
Freia v. Sch[REDACTED]-M[REDACTED],
gesetzlich vertreten durch ihre Mutter, die Beklagte
zu 1), sämtlich in Ne[REDACTED] Krs. Es[REDACTED],

Beklagten und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED] -

gegen

den Konditormeister Willi N[REDACTED] in D[REDACTED] Land-
kreis Ka[REDACTED], Am S[REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 5. November 1954 unter Mitwir-
kung des Senatspräsidenten Dr. Tasche und der Bundesrich-
ter Schuster, Dr. Oechßler, Dr. Großmann und Dr. Spieler

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des
2. Zivilsenats in Kassel des Oberlandesgerichts
Frankfurt a. Main vom 21. Mai 1953 wird auf Kosten
der Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Beklagten sind Erben des ursprünglich beklagten und während des ersten Berufungsverfahrens am 28. Mai 1950 verstorbenen Dr. Wolfgang Baron v. Sch[REDACTED]-M[REDACTED]. Der Kläger unterhielt in den Jahren 1935 bis 1943 auf dem zum Nachlaß gehörenden Grundstück F[REDACTED]-E[REDACTED]str. (früher Ho[REDACTED]str.) in Ka[REDACTED] eine Verkaufsstelle für Backwaren. Das Haus wurde bei einem Luftangriff im Jahre 1943 zerstört. Der Kläger erbat und erhielt nach seiner Rückkehr aus dem Kriege von dem früheren Beklagten die grundsätzliche Zusage, sein Geschäft wieder auf der alten Stelle errichten zu dürfen. Der frühere Beklagte stellte ihm unter dem 14. Dezember 1946 zur Legitimation im Verkehr mit den Behörden folgende "Bescheinigung" aus:

"Ich erteile dem Konditormeister Willi N[REDACTED] die Erlaubnis, auf meinem Grundstück Ka[REDACTED], Ho[REDACTED]-[REDACTED]straße an der Stelle seines früheren Ladens eine Verkaufsstelle zu errichten und seinen Gewerbebetrieb wieder zu eröffnen."

Der Kläger bemühte sich in der Folgezeit ständig, jedoch lange Zeit ohne Erfolg, um die Erteilung der Baugenehmigung. Es fehlten zunächst auch die Geldmittel zum Wiederaufbau. Der frühere Beklagte hatte als Ostflüchtling sie nicht zur Hand. Er war deshalb darauf angewiesen, solche Personen als künftige Mieter zu gewinnen, die größere Baukostenzuschüsse leisten konnten. Der Kläger seinerseits war dazu nicht in der Lage. Lediglich die Kosten in Höhe von 1.411 DM für die Enttrümmerung des Baugrundstücks, die er im Einvernehmen mit dem früheren Beklagten im Herbst 1948 durchführen ließ, brachte der Kläger auf, bis der frühere Beklagte sie im September 1949 erstattete.

- 3 -

Der Kläger fand im Februar 1949 endlich in dem Kaufmann H., dem Inhaber des Caféhauses "Kn.", einen Geldgeber. H. war zur Zahlung des erforderlichen Baukostenzuschusses in Höhe von 8 000 DM unter der vom Kläger angenommenen Bedingung bereit, daß das zu errichtende Geschäft eine Zweigstelle seines Betriebes würde, und er in den Mietvertrag des Klägers mit dem früheren Beklagten eintreten könnte. Der Kläger sollte die Zweigstelle als H. Angestellter gegen 4 % des Jahresumsatzes, mindestens aber monatlich 500 DM leiten. Der inzwischen verstorbene Rechtsanwalt Dr. R. als Bevollmächtigter des früheren Beklagten half dem Kläger bei der Regelung seiner vertraglichen Beziehungen zu H.. Inzwischen waren die Wiederaufbaupläne des früheren Beklagten gereift. Mitte Februar 1949 begannen die Bauarbeiten an dem geplanten Pavillon, der außer dem für den Kläger vorgesehenen Laden noch einen weiteren Laden aufnehmen sollte.

Bei einer Besprechung in dem Büro des Kaufmanns H. am 10. März 1949 zwischen diesem, dem Kläger und Dr. R. wurde, nachdem bereits vorher schon einmal Vertragsentwürfe ausgetauscht worden waren, Einigkeit über die wichtigsten Punkte des Wiederaufbau- und Mietvertrages erzielt. Nicht einig wurde man an diesem Tage über die Art der Zahlung des Baukostenzuschusses. H. wollte ihn in Raten zahlen, Dr. R. wünschte die Zahlung in einer Summe. Zuletzt erklärte sich Dr. R. bereit, den bauleitenden Architekten zu befragen, ob die von H. vorgeschlagene Zahlungsweise tragbar sei. Desgleichen wurde keine Vereinbarung getroffen über die Tragung der Heizungskosten und einige andere, aber weniger wichtige Punkte des Mietvertrages. Man war sich



jedoch darüber einig, daß ein schriftlicher Mietvertrag aufgesetzt werden solle. Dazu kam es aber an diesem Tage nicht mehr. Dr. R. [REDACTED] erhielt vielmehr vom Kläger nur dessen alten Mietvertrag als Unterlage für einen von ihm anzufertigenden Vertragsentwurf. Auf eine Anregung Dr. R. [REDACTED] blieb man nach Abschluß der Verhandlungen noch bei einem Glase Schnaps zusammen.

In den folgenden Wochen suchte der Kläger wegen des Abschlusses des schriftlichen Mietvertrages wiederholt Dr. R. [REDACTED] auf. Dieser übergab ihm schließlich am 29. März 1949 einen Vertragsentwurf. Als Termin für die endgültige Vertragsunterzeichnung wurde der 31. März 1949 vereinbart. An diesem Tage mußte der Kläger sich jedoch wegen einer plötzlich auftretenden Kopfentzündung, die eine sofortige Operation erforderlich machte, ins Krankenhaus begeben, aus dem er erst am 21. April 1949 wieder entlassen wurde. Bevor er das Krankenhaus aufsuchte, ließ er noch am 31. März 1949 Dr. R. [REDACTED] benachrichtigen und ihn bitten, sich während seines Krankenhausaufenthalts in eiligen Sachen an H. [REDACTED] zu wenden.

Dr. R. [REDACTED] tat das aber nicht, sondern erklärte dem Architekten v. W. [REDACTED] am 2. April 1949, er werde nunmehr, nachdem weder der Kläger noch H. [REDACTED] bis zum 31. März 1949 bei ihm zum Vertragsschluß erschienen sei, den Mietvertrag mit anderen Interessenten abschließen. Von Wild benachrichtigte H. [REDACTED], der daraufhin Dr. R. [REDACTED] noch am selben Tage ein Schreiben überbringen ließ, dem ein Scheck über 2.000 DM beigelegt war. Dr. R. [REDACTED] sandte Helferich den Scheck am 4. April 1949 wieder zurück mit einem Schreiben, in dem er erklärte, er habe den Kläger bei seiner letzten Besprechung darauf aufmerksam gemacht, daß

er bis spätestens am 31. März 1949 den unterzeichneten Vertrag in Händen haben müsse, ebenso das Geld; er habe jedoch leider weder vom Kläger noch von ihm - H[REDACTED] - etwas gehört. Daraufhin ließ H[REDACTED] noch am 4. April 1949 Dr. R[REDACTED] die Beschaffung des Baukostenzuschusses von 8 000 DM innerhalb von 10 Minuten anbieten. Dr. Rocholl lehnte das Angebot jedoch ab und erklärte, die Sache sei für ihn erledigt. Kurz darauf schloß er mit dem Inhaber des Blumenhauses Re[REDACTED] einen langfristigen Mietvertrag über den für den Kläger vorgesehenen Laden ab.

Mit seiner noch im April 1949 erhobenen Klage hat der Kläger die Auffassung vertreten, in der Besprechung vom 10. März 1949 sei ein Mietvertrag zwischen ihm und dem früheren Beklagten zustandegekommen. Die Parteien seien sich über alle wesentlichen Gesichtspunkte des Mietvertrags einig gewesen. Für die Nebenfragen hätten die entsprechenden Bestimmungen des alten Mietvertrages gelten sollen. Die Schriftform sei nicht zur Bedingung der Gültigkeit des Mietvertrages gemacht worden und am 10. März 1949 nur deshalb nicht ausgeführt worden, weil kein Formular des Einheitsmietvertrages zur Hand gewesen sei. Der Frage, ob der Baukostenzuschuß in einer Summe oder in Raten gezahlt werden solle, sei von den Parteien keine besondere Wichtigkeit beigemessen worden. Überdies sei klargestellt worden, daß H[REDACTED] den Betrag von 8 000 DM nötigenfalls auch in einem Betrag zahlen könne. Der frühere Beklagte habe den Mietvertrag durch die anderweitige Vermietung des Ladens verletzt und sich dadurch schadensersatzpflichtig gemacht. Eine solche Schadensersatzpflicht bestehe mindestens jedoch aus dem Gesichtspunkt des Vorvertrages und des Verschuldens bei Vertragsschluß.

Als Schaden hat der Kläger zunächst seine Aufwendungen von 1 411 DM für die Enttrümmerungskosten zuzüglich 15,75 DM und 56,15 DM von ihm gezahlter Bankzinsen, ferner seinen für die Zeit vom 1. April bis 1. August 1949 mit 1 410 DM berechneten Gewinnverlust (Unterschiedsbetrag zwischen dem von H. [REDACTED] zugesagten Mindestgehalt und der in dieser Zeit von ihm bezogenen Arbeitslosenunterstützung) geltend gemacht. Nach Erstattung der Kosten für die Enttrümmerungsarbeiten hat der Kläger unter entsprechender Ermäßigung seiner Klageforderung beantragt:

1. festzustellen, daß unter den Parteien und zwar dem früheren Beklagten als Vermieter und dem Kläger als Mieter ein Mietvertrag über den fraglichen Ladenraum zum Mietpreis von 550 DM bestehe;
2. den Beklagten zu verurteilen, an den Kläger die genannten Zinsbeträge und den Betrag von 1 410 DM für entgangenen Gewinn zu zahlen;
3. festzustellen, daß der Beklagte verpflichtet sei, dem Kläger allen weiteren Schaden zu ersetzen, der aus der Nichterfüllung des Mietvertrages entstehe, hilfsweise, daß der Beklagte seine Verpflichtungen zum Abschluß eines Mietvertrages aufgrund der zwischen den Parteien geführten Vorverhandlungen vertragswidrig verletzt habe.

Der frühere Beklagte hat um Klagabweisung gebeten. Er hat gemeint, weder sei ein Mietvertrag zustandegekommen, noch treffe seinen Bevollmächtigten Dr. R. [REDACTED] ein Verschulden bei den Vertragsverhandlungen. Dieser habe dem Kläger am 29. März 1949 zur Unterschrift des Vertrages und zur Zahlung des Baukostenzuschusses eine Frist bis zum

31. März 1949 gesetzt und ihm angedroht, nach Ablauf der Frist die Verhandlungen mit ihm abubrechen. Nach dem 31. März 1949 habe Dr. R. nicht länger warten dürfen, weil er wegen des Fortschreitens des Baues dringend Geld zur Bezahlung der Handwerker habe beschaffen müssen.

Der Kläger hat die förmliche Fristsetzung und Androhung bestritten.

Das Landgericht hat nach Beweiserhebung die Klage abgewiesen.

Das Berufungsgericht hat mit Urteil vom 7. Februar 1951 die Beklagten unter Abänderung der landgerichtlichen Entscheidung verurteilt, 1 110 DM an den Kläger zu zahlen und dem Feststellungshilfsantrag (Schadensersatzpflicht aufgrund der Vorverhandlungen) stattgegeben. Im übrigen hat das Berufungsgericht die Berufung zurückgewiesen. Es hat das Zustandekommen eines Mietvertrages verneint, die Frage des Vorvertrages dahingestellt sein lassen und gemeint, die Beklagten hafteten dem Kläger aus dem Gesichtspunkt des Verschuldens bei Vertragsschluß auf das Erfüllungsinteresse.

Auf die Revision der Beklagten hat der erkennende Senat mit Urteil vom 25. April 1952 - V ZR 78/53 - das Urteil des Berufungsgerichts, soweit der Berufung des Klägers stattgegeben war, und im Kostenpunkt aufgehoben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen. Der erkennende Senat hat eine Haftung der Beklagten auf das Erfüllungsinteresse aus Verschulden bei Vertragsschluß verneint, die Sache aber zur Prüfung

der Frage zurückverwiesen, ob zwischen den Parteien ein Vorvertrag bestanden habe, der den früheren Beklagten verpflichtete, zu gegebener Zeit einen Mietvertrag mit dem Kläger abzuschließen, und ob dessen späteres Verhalten dem früheren Beklagten das Recht gegeben habe, sich vom Vertrag loszusagen.

Der Kläger macht nunmehr unter Bezugnahme auf seinen früheren Vortrag geltend, die Interessenlage und die übereinstimmende Willensrichtung der Parteien wie auch die Tatsache, daß auch die Frage des Zustandekommens des Mietvertrages erwogen worden sei, machten es gewiß, daß wenigstens ein Mietvorvertrag spätestens bei der Besprechung vom 10. März 1949 zustandegekommen sei. Die Regelung des Baukostenzuschusses sei nicht Bestandteil des Mietvertrages, sondern nur dessen Voraussetzung gewesen, so daß die offengebliebene Art der Zahlung des Zuschusses den Abschluß des Vorvertrages nicht gehindert habe. Schriftform sei für ihn nicht vereinbart gewesen.

Der Kläger hat demgemäß beantragt

1. die Beklagten zur Zahlung von 1.110 DM zu verurteilen;
2. festzustellen, daß die Beklagten verpflichtet seien, ihm allen Schaden zu ersetzen, der ihm durch das Nichtzustandekommen eines Mietvertrages über den Laden im Hause F██████-E██████str. ■ entstanden sei.

Die Beklagten haben beantragt, die Berufung zurückzuweisen.

Sie sind der Meinung, die Annahme eines Vorvertrages scheitere schon an der mangelnden Schriftform. Aus einem

Aktenvermerk Dr. R. [REDACTED] am 29. März 1949, daß der Kläger "heute die beiden Entwürfe des Vor- und Mietvertrages mitgenommen" habe, ergebe sich die Vereinbarung der Schriftform auch für den Vorvertrag. Dr. R. [REDACTED] habe der Wille zur Bindung gefehlt, solange die Frage des Baukostenzuschusses nicht geklärt gewesen sei.

Im neuen Urteil hat das Berufungsgericht unter Abänderung des landgerichtlichen Urteils die Beklagten zur Zahlung von 1 110 DM verurteilt und festgestellt, daß die Beklagten verpflichtet seien, dem Kläger allen weiteren Schaden zu ersetzen, der diesem daraus entstanden sei und noch entstehen werde, daß der Rechtsvorgänger der Beklagten seine Verpflichtung zum Abschluß eines Mietvertrages mit dem Kläger über einen Laden im Hause F. [REDACTED]-E. [REDACTED] str. [REDACTED] in Ka. [REDACTED] nicht erfüllt habe. Die Kosten des ersten Revisionsverfahrens hat das Berufungsgericht den Beklagten auferlegt, im übrigen die Kosten des Rechtsstreits gegeneinander aufgehoben.

Im Revisionsverfahren verfolgen die Beklagten ihren Antrag auf volle Zurückweisung der Berufung weiter. Der Kläger bittet um Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

A.

Das Berufungsgericht führt zur Begründung seiner Entscheidung aus:

Zwischen dem früheren Beklagten und dem Kläger sei spätestens am 10. März 1949 ein Mietvorvertrag zustande gekommen. Der Kläger habe sich jahrelang um die Baugenehmi-

gung bemüht und auch im übrigen mit dem früheren Beklagten für den Wiederaufbau zusammengewirkt. Aus dem Verhalten des Klägers sei unzweideutig der Wille hervorgegangen, den früheren Beklagten möglichst bald zu verpflichten. Dr. R. [REDACTED] habe gewußt, daß der frühere Beklagte dem Kläger den Laden wieder habe vermieten wollen, außerdem daß eine Verpflichtung zur Wiedervermietung schon nach der Verordnung über die Einwirkung von Kriegsschäden an Gebäuden auf Miet- und Pachtverhältnisse - Einwirkungsverordnung - vom 28. September 1943 (RGBl I, 546) bestanden habe. Wenn demgemäß die Besprechung vom 10. März 1949 ergeben habe, daß der Kläger den Baukostenzuschuß erbringen könne und würde, und damit unstreitig das Haupthindernis eines Mietvertrages beseitigt gewesen sei, so müßten, insbesondere angesichts der vom Kläger bereits erbrachten Leistungen für das Grundstück an Geld und Arbeitskraft, die Einigung über die wichtigsten Punkte auch des Mietvertrages in Verbindung mit der Anweisung Dr. R. [REDACTED], der Mietvertrag solle in den nächsten Tagen unterzeichnet werden, und seine Zustimmung zu einer Beauftragung des Architekten mit der Ausführung von Sonderwünschen (des Klägers) als verbindliche Zusage verstanden werden, daß der Kläger sich nunmehr auf den Abschluß des Mietvertrages verlassen könne; das bedeute aber, daß Dr. R. [REDACTED] den früheren Beklagten rechtlich verpflichtet habe, zu gegebener Zeit einen Mietvertrag mit dem Kläger abzuschließen.

Gegen das Zustandekommen eines Vorvertrages spreche auch nicht der Aktenvermerk Dr. R. [REDACTED] vom 29. März 1949 über die Mitgabe des "Vor- und Mietvertrags" an den Kläger. Dr. R. [REDACTED] habe hier offensichtlich mit dem Vorvertrag den Wiederaufbauvertrag gemeint, in dem die Zahlung des Baukostenzuschusses geregelt werden sollte. Ein Vorver-

trag würde kaum eines Entwurfes bedurft haben, außerdem wäre es sinnlos gewesen, gleichzeitig mit dem Hauptvertrag, dessen Abschluß Dr. R. nach seiner Zeugenaussage binnen 48 Stunden gefordert habe, noch einen Vorvertrag abzuschließen.

Daß für den Vorvertrag Schriftform vereinbart worden sei, hätten die Beklagten nicht dargetan. Kraft Gesetzes habe der Vorvertrag trotz der Bestimmung des § 566 BGB keiner Schriftform bedurft.

Die noch fehlende Einigung über die Art, wie der Baukostenzuschuß gezahlt werden sollte, habe zwar den Abschluß eines Mietvertrages, aber nicht eines Vorvertrages gehindert. Dieser habe zum Inhalt gehabt die Verpflichtung der Parteien zur beiderseitigen Mitwirkung beim Abschluß eines Mietvertrages über den aufzubauenden Laden unter der Bedingung, daß der Kläger innerhalb vereinbarter oder angemessener Frist den Baukostenzuschuß zahle.

Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung sei Voraussetzung für einen Vorvertrag, daß die Parteien sich über alle wesentlichen Punkte des beabsichtigten Mietvertrages soweit geeinigt hätten, daß dessen Inhalt genügend bestimmt oder doch bestimmbar sei. In dieser Hinsicht sei eine Einigung über die meisten Punkte von zweitrangiger Bedeutung dadurch gegeben gewesen, daß das Formular für Einheitsmietverträge und der alte Vorkriegsvertrag habe zugrunde gelegt werden sollen. Wenn man der Aussage Dr. Rocholls folge, sei lediglich die Tragung der Heizungskosten und die Spiegelglasversicherung noch ungeregelt gewesen, Punkte von untergeordneter Bedeutung, die nach Darstellung Dr. R. und des Klägers mit Gewißheit geklärt

worden wären. Wirklich entscheidend sei nur der Baukostenzuschuß gewesen. Über die Dauer des Mietvertrages seien die Parteien bereits einig gewesen, wie sich aus der Darstellung des Klägers in Verbindung mit dem Umstand ergebe, daß Dr. R. [REDACTED] als Zeuge zwar andere Punkte als nicht geregelt bezeichnet, die Dauer aber nicht erwähnt habe. Auf jeden Fall würde es möglich gewesen sein, die Dauer unter Berücksichtigung der näheren Besprechungen der Parteien zu bestimmen.

Da die Parteien keine bestimmte Frist für die Zahlung der 8.000 DM vereinbart gehabt hätten, sei Dr. R. [REDACTED] berechtigt gewesen, eine angemessene Frist zu bestimmen, ebenso unter den Voraussetzungen des § 326 BGB eine solche für die Unterzeichnung des Hauptvertrages. Die von Dr. R. [REDACTED] gesetzte Frist von zwei Tagen (29. bis 31. März 1949) sei unangemessen kurz gewesen. Das Angebot H. [REDACTED] vom 4. April 1949, das nach § 295 BGB (gemeint wohl: wegen der Weigerung Dr. R. [REDACTED] am 2. April 1949) genügt habe, sei noch rechtzeitig gewesen. Sollte aber die Fristsetzung bis 31. März 1949 doch angemessen gewesen sein, so könne sich der Beklagte doch nach § 242 BGB auf den Fristablauf nicht berufen, weil der Kläger die Säumnis infolge seiner plötzlichen Erkrankung nicht verschuldet habe, Dr. R. [REDACTED] zuzumuten gewesen sei, sich mit Helferich in Verbindung zu setzen und Dr. R. [REDACTED] bis zum 4. April 1949 noch keine anderweitige Bindung eingegangen gewesen sei. Entsprechendes gelte wegen des Krankenhausaufenthalts des Klägers für die weniger dringliche Unterzeichnung des Mietvertrages.

Dr. R. [REDACTED] habe somit, soweit die Mitwirkung des Klägers in Frage gestanden habe, kein Recht gehabt, sich vom Vorvertrage loszusagen. Die Bedingung des Vorvertrages

- rechtzeitige Zahlung des Zuschusses - gelte als eingetreten, weil Dr. R. den Eintritt wider Treu und Glauben verhindert habe.

Die Beklagten hätten aber nicht einmal bewiesen, daß Dr. R. mit der Fristsetzung in entsprechender Anwendung des § 326 BGB auch für die Fristsetzung zur Erfüllung der Vorvertragsbedingung die Erklärung verbunden habe, er werde nach Fristablauf den Abschluß des Mietvertrages ablehnen. Diese Erklärung sei nötig gewesen; sie sei damit noch nicht bewiesen, daß der Kläger im Ergebnis nicht geleugnet habe, daß am 29. März 1949 eine bis 31. März 1949 laufende Frist vereinbart worden sei.

Nach alledem sei durch die Weigerung Dr. R., den Mietvertrag der noch bestehenden Verpflichtung entsprechend abzuschließen, der frühere Beklagte in Verzug geraten. Da er und die nunmehrigen Beklagten die Erfüllung endgültig verweigert hätten, stehe dem Kläger ohne Fristsetzung nach § 326 BGB der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu.

Der Schaden für die Zeit vom 1. Mai bis 31. Juli 1949 bestehe in dem Mindestgehalt von 500 DM abzüglich der Arbeitslosenunterstützung, d.h. 3 x 500 DM abzüglich 13 x 30 DM = 1 110 DM.

B.

Die Revision erhebt gegen die Begründung des Berufungsurteils rechtliche Bedenken.

I.

1. Der erkennende Senat hat in seinem Urteil vom 25. April 1952 in gegenwärtiger Sache ausgeführt (S 10): "Vertragsverhandlungen zwischen den Parteien finden zu dem Zwecke statt, damit diese sich darüber klar werden, ob und mit welchem Inhalt sie einen Vertrag schließen und ob sie sich binden wollen. Erst der vertragsmässig ausgesprochene Wille, dessen Freiheit das Gesetz schützt (vgl § 123 BGB), erzeugt die Bindung an das von den Parteien in Aussicht genommene Geschäft. Es geht daher nicht an, entgegen diesem auch dem Vertragsgegner erkennbaren Tatbestand aus der Tatsache der Vertragsverhandlungen und dem Verhalten der Parteien in diesem Stadium im Widerspruch mit § 305 BGB, nach dem es eines Vorvertrages bedürfte, unter Berufung auf Treu und Glauben eine Verpflichtung zum Vertragsschluß abzuleiten, die ein Vertragsteil nicht übernehmen wollte." Anknüpfend an diese Ausführung rügt die Revision, das Berufungsgericht habe wie im ersten Urteil nicht den Willen Dr. R■■■■■■, den früheren Beklagten zu verpflichten, festgestellt, sondern nur ein vertragsmässiges Vertrauensverhältnis, da das Berufungsgericht davon spreche, der Kläger habe sich "auf den Abschluß des Mietvertrages unter den noch zu erörternden Voraussetzungen verlassen können".

Diese Rüge greift nicht durch. In dem genannten Revisionsurteil ist unter Berufung auf § 305 BGB die Auffassung abgelehnt, es könne ohne Abschluß eines Vorvertrages lediglich aus Vertragsverhandlungen und aus der Tätigkeit eines Vertragsteils für den künftigen Vertragszweck zu Lasten einer Partei eine Verpflichtung zum Abschluß des in Aussicht genommenen Vertrages abgeleitet

werden, die dann die Grundlage für einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung bilden könnte. Damit wurde jedoch die Möglichkeit nicht ausgeschlossen, auch ohne ausdrückliche Willenserklärung den Äußerungen und dem Verhalten der Parteien, die über den Abschluß eines Vertrages verhandeln, übereinstimmende Willenserklärungen auf Abschluß eines Vorvertrages im Wege der Auslegung zu entnehmen, wie sich schon aus dem Umstand ergibt, daß der erkennende Senat die Sache zu entsprechender Prüfung an das Berufungsgericht zurückverwiesen hat. In diesem Sinne hat das Berufungsgericht den Äußerungen und dem sonstigen Verhalten Dr. R. [REDACTED] eine auf Vorvertragsabschluß gerichtete Willenserklärung entnommen, indem es feststellt, sie müßten als verbindliche Zusicherung, daß der Kläger sich auf den Abschluß des Mietvertrages verlassen könne, verstanden werden. Es mag sein, daß mit der Wendung "verstanden werden" das Berufungsgericht keine Beweismwürdigung dahin vornimmt, daß Dr. R. [REDACTED] einen entsprechenden Willen gehabt habe, aber es genügt die Feststellung, daß der Kläger das gesamte Verhalten Dr. R. [REDACTED] als Vertragsabschluß nach Treu und Glauben und den Verkehrsgepflogenheiten verstehen mußte und verstanden hat. Die Frage des sogenannten inneren Willens wäre demgegenüber nur von Bedeutung, wenn eine Anfechtungserklärung der Beklagten vorläge.

2. a) Die Revision verneint den Abschluß eines Vorvertrages deswegen, weil über den wesentlichen Punkt, nämlich die Frage, in welcher Weise der Baukostenzuschuß bezahlt werden solle - auf einmal oder in Raten - die Parteien nicht einig gewesen seien. Dieser unstreitigen Tatsache widerspreche die Feststellung des Berufungsgerichts, die Besprechung vom 10. März 1949 habe ergeben, daß der Kläger den Baukostenzuschuß aufbringen könne und werde und damit

das Haupthindernis für einen Mietvertrag beseitigt sei.

Auch in dieser Hinsicht kann aber der Revision nicht gefolgt werden.

Da weder der frühere Beklagte noch der Kläger über ausreichende Geldmittel zum Bau verfügten, war in der Tat die Aufbringung des Baukostenzuschusses überhaupt von entscheidender Bedeutung. Das Berufungsgericht hat nicht verkannt, daß die Parteien sich über die Art, wie der Baukostenzuschuß gezahlt werden sollte, am 10. März 1949 noch nicht einig gewesen sind (§ 13 des Berufungsurteils). Es stellt aber fest, der Vorvertrag habe die Verpflichtung zur beiderseitigen Mitwirkung beim Abschluß des Mietvertrages zum Inhalt gehabt, unter der Bedingung, daß der Kläger den Baukostenzuschuß innerhalb vereinbarter oder angemessener Frist zahle, wobei zu bemerken ist, daß eine Frist zunächst noch nicht vereinbart wurde. Hier meint das Berufungsgericht die Zahlung des gesamten Baukostenzuschusses ohne Raten als Bedingung, wie sich daraus ergibt, daß das Berufungsgericht eine Frist von 6 Tagen für die Zahlung vom 29. März 1949 an gerechnet als angemessen erachtet, während bei Ratenzahlungen an monatliche Teilbeträge gedacht war (Schriftsatz der beklagten Partei vom 3. Mai 1949). Eine derartige Abmachung war auch für den Kläger kein bedenkliches Wagnis, da er für den Fall, daß die Summe nicht auf einmal aufgebracht werden konnte, so wenig gebunden war, wie der frühere Beklagte. Ein Vorvertrag des vom Berufungsgericht festgestellten Inhalts verbaute die Möglichkeit, im endgültigen Vertrag doch Ratenzahlungen zu vereinbaren, in keiner Weise, wenn die Rücksprache mit dem Architekten eine derartige Finanzierung für Dr. R. als tragbar erscheinen ließ. Ein Verstoß gegen die Rechtsgrundsät-

ze, nach denen ein Vertragsschluß zu beurteilen ist, liegt demnach nicht vor.

Richtig ist, daß nach der Darstellung, die Dr. R. [REDACTED] von den Verhandlungen des 10. März 1949 gibt, eine vertragliche Bindung wohl verneint werden müßte. Aber das Berufungsgericht hat die Aussage des Zeugen Dr. R. [REDACTED], die es wiederholt anführt, nicht übersehen. Es hält sie jedoch wegen des starken Eigeninteresses des Zeugen nicht für durchweg zuverlässig (vgl. die Ausführungen über die Ablehnung der Erfüllung nach § 326 BGB S 17 des Berufungsurteils). Wenn das Berufungsgericht eine Feststellung trifft, die mit der Aussage des Zeugen nicht übereinstimmt, muß daher auch ohne ausdrückliche Erörterung darin eine ablehnende Beweiswürdigung gesehen werden. Ein Verstoß nach § 286 ZPO ist demnach zu verneinen.

b) Gleiches gilt für die Aktennotiz Dr. R. [REDACTED] über die Besprechung vom 10. März 1949, in der nur von Verhandlungen mit H. [REDACTED] und dem Beklagten berichtet wird und die mit den Worten schließt: "Der Eindruck von H. [REDACTED] auf mich war sehr ungünstig." Daß Dr. R. [REDACTED] wegen der Persönlichkeit H. [REDACTED] den Vertragsabschluß überhaupt abgelehnt hätte, behaupten die Beklagten selbst nicht. Etwaigen Bedenken gegen die Zahlungsfähigkeit oder -willigkeit war durch die dem Vorvertrag beigefügte Bedingung Rechnung getragen.

3. Bereits im Revisionsurteil vom 25. April 1952 ist ausgeführt, daß dem Kläger nach der - 1949 noch in Kraft befindlichen - Einwirkungsverordnung kein Anspruch auf Wiederabschluß eines Mietvertrages gegen den früheren Beklagten zustand, sondern daß der Eigentümer eines nach

der Zerstörung wieder aufgebauten Gebäudes nur in der Regel gehindert war, an eine andere Person zu vermieten und daß die Gemeindebehörde verlangen konnte, daß der Hauseigentümer mit dem früheren Mieter einen Vertrag schließe. Es ist daher an sich richtig, daß aufgrund der Einwirkungsverordnung allein Dr. R. [REDACTED] nicht schon gehalten war, mit dem Kläger abzuschließen. Der etwaige Rechtsirrtum des Berufungsgerichts ist aber unschädlich, weil sich aus der Einwirkungsverordnung tatsächlich Hindernisse für eine anderweite Vermietung ergeben konnten und sie immerhin erkennbar darauf abzielte, den bisherigen Mieter zu begünstigen. Derartige Erwägungen konnten ein Grund für Dr. R. [REDACTED] sein, den Vorvertrag mit dem Kläger abzuschließen. Auf jeden Fall ist anzunehmen, daß bei Wegfall des aus der Einwirkungsverordnung entnommenen Grundes das Berufungsgericht den Abschluß des Vorvertrages dennoch bejaht hätte.

4. Die Auffassung des Berufungsgerichts, daß trotz der Vorschrift des § 566 BGB der Vorvertrag zu einem Mietvertrag, der für längere Zeit als ein Jahr geschlossen werden soll, nicht der Schriftform bedürfe, steht im Einklang mit der höchstrichterlichen Rechtsprechung (RGZ 86, 30; 141, 370; BGH Urteil vom 7. Oktober 1953, VI ZR 20/53, NJW 1954, 71 = JR 1954, 101).

II.

Sind sonach gegen den vom Berufungsgericht angenommenen Abschluß des Vorvertrages Rechtsbedenken nicht begründet, so fragt sich nur noch, ob der frühere Beklagte sich durch Dr. R. [REDACTED] wirksam vom Vorvertrage losgesagt hat oder ob aus sonstigen Gründen die Verpflichtung zum Abschluß des Hauptvertrages nicht wirksam geworden ist.

Das Berufungsgericht hat das verneint. Auch hiergegen erhebt die Revision Einwände.

1. Diese nötigen zunächst zu einer genaueren Betrachtung der Feststellungen des Berufungsgerichts über die Frist zum Abschluß des Mietvertrages und zur Zahlung des Baukostenzuschusses.

Das Berufungsgericht spricht zunächst davon, daß Bedingung des Vorvertrages vom 10. März 1949 die Zahlung des Zuschusses binnen "vereinbarter oder angemessener Frist" gewesen sei. Da eine Fristlänge ursprünglich nicht vereinbart war, blieb es zunächst bei der Bezahlung binnen angemessener Frist. Das Berufungsgericht spricht in der Folge Dr. R. [REDACTED] das Recht zu, für die Bezahlung eine Frist zu setzen, desgleichen unter den Voraussetzungen des § 326 BGB - Verzug - eine Frist zur Unterzeichnung des Hauptvertrages. Die Frist von 48 Stunden, die "nach der Behauptung der Beklagten" (S 16 des Berufungsurteils) am 29. März 1949 Dr. R. [REDACTED] gesetzt habe, hält das Berufungsgericht als zu kurz, eine solche bis 4. April 1949 für angemessen. Im weiteren Verlauf seiner Darlegungen (S 17 des Berufungsurteils) hält es aber die Behauptung der Beklagten für erwiesen, am 29. März 1949 sei eine bis zum 31. März 1949 laufende Frist vereinbart worden (eine Äußerung Dr. R. [REDACTED], die Sache müsse nunmehr innerhalb von zwei Tagen erledigt sein, stellt es aber entgegen der Meinung der Revision - nicht als tatsächlich gefallen fest). Das Berufungsgericht ist überzeugt, daß die zweitägige Fristbestimmung vorgenommen worden sei. Dabei handelt es sich auch um die Frist zur Bezahlung des Baukostenzuschusses, da das Berufungsgericht (S 17 oben) die Erklärung Dr. R. [REDACTED] vermißt, daß der Kläger

nur innerhalb der Frist die Vertragsbedingung erfüllen könne. Daß am 31. März 1949 der Mietvertrag unterzeichnet werden sollte, steht bereits aufgrund des Tatbestandes des Berufungsurteils als unstreitig fest (S 4). Die Bezahlung sollte aber Bedingung für die vorvertragliche Bindung und damit Voraussetzung für den Abschluß des Mietvertrages sein. Trotz der nicht ganz deutlichen Ausführung des Berufungsurteils muß nach alledem davon ausgegangen werden, daß eine vertragliche Frist bis 31. März 1949 zur Unterzeichnung und Zahlung vereinbart war und insoweit der Vorvertrag ergänzt wurde.

2. Da eine Verpflichtung zum Abschluß des Mietvertrages nach dem durch das Berufungsgericht festgestellten Inhalt des Vorvertrages nur gegeben sein sollte, wenn innerhalb der vereinbarten Frist der Baukostenzuschuß bezahlt würde, endete an sich gemäß § 158 BGB infolge des Ausfalls dieser Bedingung die Bindung des früheren Beklagten. Da die gesetzliche Vorschrift des § 158 BGB unmittelbar zutrifft, besteht im Gegensatz zur Auffassung des Berufungsgerichts kein Anlaß zur entsprechenden Anwendung des § 326 BGB, zumal da keine Verpflichtung des Klägers in Frage stand. Gleichwohl ist dem Berufungsrichter darin zuzustimmen, daß trotz des Ausfalls der Bedingung mit dem Ablauf des 31. März 1949 die Bindung des früheren Beklagten aus dem Vorvertrag nicht beseitigt war; denn auch die Vorschriften über die Bedingung unterstehen den Grundsätzen von Treu und Glauben, wie schon § 162 BGB beweist. Die unverschuldete und unerwartete schwere Erkrankung, die eine sofortige Operation nötig machte, hatte den Kläger der Handlungsfreiheit beraubt. Er hatte Dr. R. [REDACTED] hiervon noch vor Aufnahme ins Krankenhaus benachrichtigt und ihn bitten lassen, sich während des Kran-

kenhausaufenthaltes in eiligen Sachen an H. [REDACTED] zu wenden. Bei dieser Sachlage war Dr. R. [REDACTED] zu billiger Rücksichtnahme umsomehr auch rechtlich verpflichtet, als die Parteien schon lange zusammen arbeiteten, früher im Vertragsverhältnis gestanden hatten und der Kläger unter Mühen die Bauerlaubnis beschafft und unter Aufwendung erheblicher Kosten die Entrümmung besorgt hatte. Dringende eigene Interessen konnten den früheren Beklagten von solcher Pflicht allerdings entbinden. Die vom Berufungsgericht erwähnten fortschreitenden Bauarbeiten mit ihrem daraus entstehenden Geldbedarf des früheren Beklagten könnten hierfür angeführt werden. Aber Dr. R. [REDACTED] hat, wie feststeht - unstreitiger Sachverhalt im Tatbestand des Berufungsurteils S. 4 - erst nachdem ihm am 4. April 1949 Helferich die Beschaffung von 8 000 DM binnen 10 Minuten angeboten hatte, mit einem anderen Mietbewerber abgeschlossen. Daraus ist zu schliessen, daß die noch vorher einkommende Zahlung durch den Kläger den Interessen des früheren Beklagten erst recht noch gedient hätte, umsomehr als, wie das Berufungsgericht feststellt, Dr. R. [REDACTED] bis zum 29. März 1949 nicht sehr auf Beschleunigung gedrängt hatte. Daß H. [REDACTED] das Geld nicht, wie angeboten, hätte beschaffen können, behaupten die Beklagten nicht. Demnach ist die Zahlung des Zuschusses am 4. April 1949 nur daran gescheitert, daß Dr. R. [REDACTED], der bereits mit dem Schreiben vom 4. April 1949 seinen Willen, keinesfalls den Mietvertrag mit dem Kläger abzuschließen, bekundet hatte, bei seiner Ablehnung blieb. Wie das Berufungsgericht richtig ausführt, war unter diesen Umständen die Bedingung der Zahlung als eingetreten anzusehen, weil Dr. R. [REDACTED] ihren Eintritt wider Treu und Glauben verhindert hatte, und der Vorvertrag noch gültig. Darauf, ob der frühere Beklagte in Annahmeverzug gekommen war, kommt es nicht an, da dessen Wirkungen nicht in Frage stehen.

3. Eine richtige Rechtspflicht, nicht eine Bedingung, bedeutete die im Vorvertrag auch vom Kläger übernommene Pflicht zum Abschluß des Mietvertrages. Bei Nichterfüllung der Pflicht standen daher dem früheren Beklagten die Rechte aus § 326 BGB unter dessen Voraussetzungen zu. Der frühere Beklagte konnte aber nach dieser Bestimmung nicht vom Vertrage zurücktreten, weil die Pflicht solange noch nicht wirksam war, als die Frist für die Erfüllung der Bedingung (Bezahlung des Zuschusses) nicht verstrichen war. Nach der Ablehnung Dr. R. [REDACTED] vom 4. April 1949 konnte der frühere Beklagte die Rechte aus § 326 BGB deswegen nicht mehr ausüben, weil sie eigene Vertragstreue voraussetzen. Überdies würde es in jedem Fall an der Erklärung Dr. R. [REDACTED], daß nach Fristablauf die Annahme der Leistung abgelehnt werde, fehlen, selbst wenn die vereinbarte Frist bis zum 31. März 1949 als gesetzte Frist nach § 326 BGB anzusehen wäre. Das Berufungsgericht hält eine Ablehnungserklärung des Dr. R. [REDACTED] nicht für erwiesen. Zudem ist ein Verschulden des Klägers nicht gegeben, ohne das er nicht in Verzug kommen und sich nicht im Sinne des § 326 BGB der positiven Vertragsverletzung, deren Vorliegen im Gegensatz zu der Meinung der Revision übrigens nicht ersichtlich ist, schuldig machen konnte (Palandt BGB 13. Aufl § 326 Anm 12 a). Entbehrlich wäre die Fristsetzung allerdings auch bei einem Fixgeschäft im Sinne des § 361 BGB, für das jedoch keine ausreichenden Anhaltspunkte gegeben sind, insbesondere nicht, wenn Dr. R. [REDACTED] zunächst auf Abschluß nicht gedrängt hat. Somit ist auch unter diesen Gesichtspunkten der frühere Beklagte von seiner Bindung an den Vorvertrag nicht frei geworden und die Schadensersatzpflicht der Beklagten als seiner Erben gegeben.

III.

Zur Höhe des dem Kläger zugesprochenen Schadensersatzes wendet die Revision ein, der Berufungsrichter habe nicht berücksichtigt, daß der Kläger 8 000 DM Baukostenzuschuß und monatlich 550 DM Miete zu zahlen gehabt hätte, die von der Schadensersatzforderung abgesetzt werden müßten. Dieser Abzug ist aber nicht berechtigt; denn nach dem Tatbestand des Berufungsurteils steht fest, daß Helferich diese Leistungen erbracht hätte, ohne daß dem Kläger dadurch Aufwendungen entstanden wären.

Damit erweist sich die Revision, soweit die Hauptsache in Betracht kommt, als unbegründet.

IV.

Zur Kostenentscheidung des Berufungsurteils beanstandet die Revision, daß den Beklagten die Kosten des ersten Revisionsverfahrens ganz auferlegt seien, obwohl sie in diesem Verfahren obgesiegt hätten. § 97 ZPO ist aber nicht verletzt, da über den Erfolg eines Rechtsmittels bei Zurückverweisung der endgültige Ausgang des Rechtsstreits entscheidet. Durch das zweite Berufungsurteil sind die Beklagten aber im gleichen Umfang verurteilt

worden wie durch das erste.

Dr. Tasche Schuster Dr. Oechßler

Dr. Großmann Dr. Spieler