

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

III ZR 224/64

URTEIL

Verkündet am

22. September 1966
Scheibl,
Justizobersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Landes N o r d r h e i n - W e s t f a l e n ,
vertreten durch den Regierungspräsidenten in D [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

den Oberregierungsrat Dr. Friedrich S [REDACTED] ,
R [REDACTED], Am S [REDACTED] ,

Klägers und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -.

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 22. September 1966 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Pagendarm sowie der Bundesrichter Dr. Arndt, Gähtgens, Keßler und Dr. Reinhardt

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 7. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Düsseldorf vom 4. Dezember 1963 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsrechtszuges, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

- 3 -

Tatbestand:

Die Parteien streiten um die Wirksamkeit einer Darlehenskündigung.

Der Kläger ist höherer Beamter im Dienste des beklagten Landes. Zur Errichtung eines dreistöckigen Mehrfamilienhauses in R■■■■■ erhielt er vom Lande aus Mitteln zur Förderung des Wohnungsbaus für Landesbedienstete drei Darlehen von insgesamt 43.000 DM. Die Darlehensbedingungen sind in drei Schuldurkunden vom 15. Oktober 1951, 8. April 1952 und 29. Mai 1952 niedergelegt. Die Darlehensverträge werden hier nach ihrer zeitlichen Folge als Darlehen I, II und III bezeichnet. In den Verträgen hatte sich der Kläger den jeweiligen Landesbestimmungen über die Gewährung derartiger Darlehen unterworfen und sich insbesondere verpflichtet, die mit Hilfe der Darlehen errichteten Wohnungen für eine Zeit von 15 Jahren nur an vom Land bestimmte Personen zu überlassen und nach den beiden letzten Verträgen nur die genehmigten Mieten zu erheben. Der Darlehensgeber durfte die Darlehen nur aus den in den Verträgen einzeln aufgeführten Gründen kündigen, dann allerdings fristlos.

Der Kläger bezog im November 1952 die Wohnung im ersten Stock und vermietete die Wohnung im Erdgeschoß an einen Oberstudienrat Dr. B■■■■■ sowie die Dachgeschoßwohnung (Mansardenwohnung) an eine Familie T■■■■■, ab März 1954 an eine Familie C■■■■■. Die Mietverträge enthielten jeweils die durch die Behörde genehmigten Mieten; daneben ließ sich der Kläger aufgrund von Zusatzvereinbarungen weitere Beträge zahlen, nämlich monatlich weitere

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



26,80 DM bzw. 25 DM. Die Abmachungen gingen dahin, daß "zum Ausgleich erhöhter baulicher Aufwendungen die Zahlung eines verlorenen Zuschusses für die Dauer des Mietverhältnisses vereinbart" wurde, und zwar in Höhe der Differenz zwischen den Mieten von 83,20 DM bzw. 45 DM und einem Betrag von 110 DM bzw. 70 DM; bei Veränderung des Mietpreises sollte der Baukostenzuschuß sich entsprechend steigern oder mindern; falls die Mieten auf den Betrag von 110 DM bzw. 70 DM oder gar höher festgesetzt würden, sollte für die Dauer dieser Maßnahme die Zahlung des Zuschusses in Fortfall kommen.

Unter dem 10. Februar 1954 legte der Kläger der Behörde eine Schlußabrechnung vor, in der diese Zusatzvereinbarungen nicht erwähnt, sondern nur ein Betrag von 310,20 DM als "Zuschüsse als Ersatz der Eigenleistungen des Mieters" angegeben waren, womit von den Mietern aufgrund der Zusatzvereinbarungen geleistete Zahlungen gemeint waren. Aufgrund dieser überprüften Schlußabrechnung wurde eine Ertragsberechnung vorgenommen und der neben einer einprozentigen Tilgung zu zahlende Zinssatz für die Darlehen auf 0 % festgesetzt, so daß der Kläger zunächst keine Darlehenszinsen zu zahlen hatte.

Im November 1952 hatte der Wohnungsprüfer H. [REDACTED] die Wohnungen besichtigt und die zusätzlichen Zahlungen festgestellt; er hatte einen entsprechenden Aktenvermerk in den Akten niedergelegt. Im Juni 1954 fragte der inzwischen ausgezogene Mieter T. [REDACTED] beim Regierungspräsidenten an, ob der Kläger berechtigt gewesen sei, von ihm einen monatlichen Zuschuß von 25 DM zu erheben; er halte das für eine nicht erlaubte Mieterhöhung.

Der Kläger äußerte sich dahin, nach einem Ministerialerlaß vom 31. Mai 1951 ("Korea-Erlaß") sei es den Bauherren gestattet, sich Baukostenzuschüsse von den Mietern zu beschaffen; davon habe er in Form ratenweiser Verrechnung Gebrauch gemacht. Der Regierungspräsident antwortete dem Mieter T. [REDACTED] unter dem 17. Dezember 1954, die Erhebung des Zuschusses sei zulässig; der Kläger erhielt davon eine Abschrift zur Kenntnis.

Am gleichen Tage wurde der Kläger aufgefordert, eine Umrechnung der Wirtschaftlichkeitsberechnung unter Berücksichtigung der von den Mietern geleisteten Baukostenzuschüsse vorzunehmen; sie unterblieb jedoch. Im Dezember 1955 ordnete der Wiederaufbauminister eine Überprüfung der Rentabilitätsberechnung für das Haus des Klägers an. Unter dem 1. März 1956 berichtete dabei der Kläger, die Feststellung des Prüfers H. [REDACTED] beruhe auf einem Irrtum, daß er eine höhere Miete vereinbart habe. Der Regierungspräsident berichtete unter dem 21. Juni 1956 an das Ministerium, die Feststellungen des Prüfers H. [REDACTED] hätten sich als unrichtig erwiesen. Der Kläger erhob am 20. September 1956 eine Dienstaufsichtsbeschwerde gegen H. [REDACTED], in deren Folge H. [REDACTED] an einen anderen Arbeitsplatz versetzt wurde. Der Regierungspräsident teilte dem Kläger unter dem 16. Februar 1957 das Ergebnis der Ermittlungen über die Beschwerde mit und bemerkte dabei: "Ich weise auch darauf hin, daß aus dem Prüfungsbericht die Behörde und im Ergebnis auch übergeordnete Stellen keine für Sie nachteiligen Folgen gezogen haben ...". Gleichzeitig wurde der Kläger nochmals aufgefordert, eine neue Wirtschaftlichkeitsberechnung unter Berücksichtigung der von den Mietern gezahlten und noch zu zahlenden Zuschüsse vorzulegen.

Ende Juli 1957 zog der Mieter C [REDACTED] aus der Mansardenwohnung aus, die der Kläger darauf selbst bezog. Unter dem 12. Januar 1958 fragte C [REDACTED] beim Ministerium an, ob der Kläger berechtigt gewesen sei, von ihm neben der genehmigten Miete weitere Zuschüsse zu fordern und die Wohnung selbst zu beziehen. Das führte zu neuen Ermittlungen. Der Baudezernent Dr. B [REDACTED] berichtete unter dem 6. Februar 1958; darin beanstandete er, daß der Kläger das Freiwerden der Wohnung C [REDACTED] nicht gemeldet habe und die zusätzlichen Zahlungen in der Wirtschaftlichkeitsberechnung nicht berücksichtigt habe. Der Kläger erstattete gegen Dr. B [REDACTED] Strafanzeige wegen falscher Anschuldigung und übler Nachrede, weil dieser in dem Bericht u.a. bemerkt hatte, in der Schlußrechnung vom 10. Februar 1954 sei der Zuschuß der Mieter mit 310,20 LM "nachträglich eingesetzt worden". Das Ermittlungsvorverfahren wurde eingestellt; eine Beschwerde des Klägers blieb erfolglos. Unter dem 30. Oktober 1958 erstattete der Regierungspräsident dem Minister für Wiederaufbau seinen abschließenden Bericht jetzt dahin, daß der frühere Vortrag berichtigt werden müsse, da der Kläger seine Hauserträge in der Schlußrechnung zu niedrig angegeben habe; nach einer neuen Berechnung sei ein Zinssatz von 1,4 % nun tragbar; bei der Belegung der Wohnung C [REDACTED] sei der Kläger eigenmächtig vorgegangen. Das Ministerium ordnete darauf die Kündigung der Darlehen an.

Mit Schreiben vom 13. Februar 1959 erklärte der Regierungspräsident gegenüber dem Kläger die fristlose Kündigung der Darlehensverträge, weil der Kläger von seinen Mietern höhere als die genehmigten Entgelte genommen und in der Schlußrechnung die Erträgnisse zu niedrig angegeben habe. Gleichzeitig verlangte er nach den Verträgen rückwirkend 8 % Strafzinsen von den gewährten Darlehen.

Im Oktober 1959 teilte der Kläger dem Regierungspräsidenten mit, daß Dr. B. [REDACTED] die Wohnung zum 31. Dezember 1959 gekündigt habe; er fügte hinzu, daß er einen geeigneten Landesbediensteten als Mieter auswählen werde, da das Land ihm das Mieterauswahlrecht für immer übertragen habe. Der Regierungspräsident erwiderte, daß ihm nach wie vor das Benennungsrecht für Mieter zustehe. Unter dem 7. Dezember 1959 sprach der Regierungspräsident eine neue fristlose Kündigung der Darlehen aus, weil der Kläger den Auszug der Familie C. [REDACTED] im Juli 1957 verschwiegen, die Wohnung selbst in Besitz genommen und seine Verpflichtungen nicht erfüllt habe, über die Wohnung Berger mit einem vom Lande genannten Bewerber, nämlich dem Lehrer F. [REDACTED], einen Mietvertrag zu schließen.

Der Kläger hält die Kündigungen für unzulässig. Er verlangt mit der Klage die Feststellung, daß die unter dem 13. Februar und 7. Dezember 1959 ausgesprochenen Kündigungen unwirksam seien, und hat zur Begründung vorgetragen:

Er sei berechtigt gewesen, die Beträge von seinen Mietern zu verlangen. Dabei handle es sich nicht um Mieten, sondern um Baukostenzuschüsse, wenn auch in monatlichen Beträgen. Weitere Beträge habe er nicht erhalten. Das Ministerium selbst habe in den beiden "Korea-Erlassen" auf die Möglichkeit des Verlangens von Baukostenzuschüssen hingewiesen. Er habe die Vereinbarungen gleich zu den Akten gereicht. Das Land habe das alles seit langer Zeit gewußt und gebilligt. Die Schlußabrechnung habe er nach Rücksprache mit dem zuständigen Beamten so erstellt; sie sei richtig.

Das Mieterauswahlrecht sei ihm 1952 für immer übertragen worden. Im übrigen habe das Land ihm keinen Bewerber in der vorgeschriebenen Form durch besonderen Bescheid benannt. Er wäre bereit gewesen, den Lehrer F. [REDACTED] als Mieter zu nehmen, doch habe dieser abgelehnt. Den Auszug von C. [REDACTED] habe er sogleich mündlich und schriftlich angezeigt; die Akten des Regierungspräsidenten seien jedoch unvollständig. Auf seinen Anruf sei ihm gestattet worden, die Wohnung wegen der Erweiterung seiner Familie selbst zu beziehen.

Das Land habe seit Jahren alle die Tatsachen gekannt, auf die jetzt die fristlosen Kündigungen gestützt würden; es habe sogar mehrfach sein Verhalten als zulässig bezeichnet; dann dürfe das Land nicht nach Jahren aufgrund einer anderen Rechtsauffassung fristlos kündigen. Das Land habe auch versäumt, ihn auf die Möglichkeit hinzuweisen, daß er nach einem Erlaß vom 9. Mai 1956 die volle Kostenmiete hätte verlangen können.

Das Land hat Abweisung der Klage beantragt und ausgeführt:

Das Gesamtverhalten des Klägers sei eine ständige Vertragsverletzung und Treuwidrigkeit, es berechtige das Land zur fristlosen Kündigung. Die vom Kläger mit den Zusatzvereinbarungen verlangten Beträge seien unzulässige und vertragswidrige Mieterhöhungen. Selbst wenn es sich um Baukostenzuschüsse handele, hätte der Kläger sie in der Schlußrechnung nicht verschweigen dürfen. Im übrigen habe der Kläger von T. [REDACTED] einen weiteren Betrag von 1000 LM und von C. [REDACTED] einen Zuschuß von 3000 LM erhalten,

aber beide Beträge verschwiegen. Dem Kläger sei nicht das Recht übertragen worden, die Mieter selbst auszusuchen. Eine förmliche Benennung eines Mieters nach dem Auszug von Dr. B. [REDACTED] sei nicht nötig gewesen, weil der Kläger sich beharrlich trotz Belehrung auf sein eigenes Auswahlrecht berufen habe. Die eigene Benutzung der Wohnung C. [REDACTED] sei deshalb ebenfalls eine Vertragsverletzung.

Das Kündigungsrecht sei nicht verwirkt, weil der Kläger bis 1960 die Vertragsverletzungen fortgesetzt und höhere als genehmigte Mieten genommen habe. Die Verzögerung einer endgültigen Entscheidung beruhe überwiegend auf dem Verhalten des Klägers, der die Aufklärung des Sachverhalts erschwert, wiederholte Aufforderungen zur Vorlage einer neuen Wirtschaftlichkeitsberechnung nicht befolgt und statt dessen Prüfer und Sachbearbeiter massiv angegriffen habe, so daß seine Sache mit besonderer Zurückhaltung bearbeitet worden sei.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Die Berufung des Beklagten ist erfolglos geblieben. Mit seiner Revision erstrebt der Beklagte weiterhin die Abweisung der Klage. Der Kläger beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

Der Revision ist der Erfolg nicht zu versagen.

I. Das Verlangen nichtgenehmigter Entgelte.

1. Nach § 14 d der Verträge II und III kann der Beklagte die Darlehen fristlos kündigen, wenn der Kläger "höhere Mieten als nach dieser Urkunde zulässig fordert". Nach § 3 bedürfen Abschluß und Änderung von Mietverträgen der vorherigen schriftlichen Zustimmung des Darlehensgebers. Nach § 4 des Vertrages III durfte die Miete höchstens 83,20 DM im Erdgeschoß und 45,00 DM im zweiten Stockwerk betragen.

Der Vertrag I sah diesen Fall als Kündigungsgrund nicht vor.

2. Das Berufungsgericht hat insoweit für die Darlehen II und III mit zusammen 18.200 DM folgendes festgestellt und ausgeführt:

Der Kläger habe gegen diese Vertragsbestimmungen durch die Vereinbarungen mit seinen Mietern Dr. B. [REDACTED], T. [REDACTED] und C. [REDACTED] verstoßen. Bei diesen Beträgen handle es sich um Mietzinsen und nicht um verlorene Baukostenzuschüsse. Trotzdem sei die im Jahre 1959 ausgesprochene Kündigung nicht gerechtfertigt, sondern eine nach § 242 BGB unzulässige Rechtsausübung. Der Regierungspräsident habe sich lange Jahre hindurch auf den Rechtsstandpunkt des Klägers gestellt, obwohl er ausweislich seiner Baufinanzierungs-

akten und dem Prüfungsbericht von Hansen Ende 1952, spätestens seit Juli 1954 volle Kenntnis des gesamten Sachverhalts gehabt habe. Er habe dem Kläger wiederholt zu erkennen gegeben, daß er sein Vorgehen für vertragsgemäß halte. Der Regierungspräsident könne zwar seine Rechtsauffassung überprüfen und ändern, er könne dann auch vielleicht höhere Zinsen vom Kläger verlangen, aber eine fristlose Kündigung verstoße bei einem solchen Sachverhalt gegen Treu und Glauben.

3. Der rechtliche Ausgangspunkt des Berufungsgerichts ist zutreffend.

a) Gegen die Auslegung des Berufungsgerichts, daß die von den Mietern verlangten wiederkehrenden Beträge Mieten im Sinne des Darlehensvertrages seien, bestehen keine rechtlichen Bedenken. Die Auslegung einer solchen Einzelvereinbarung ist Sache des Tatrichters, und das Urteil läßt keinen Rechtsfehler bei der Auslegung erkennen. Der Vortrag des Klägers in seiner Revisionserwiderung vermag daran nichts zu ändern, zumal es sich dabei teilweise um neues tatsächliches Vorbringen handelt.

Selbst wenn man die Beträge als Baukostenzuschüsse bezeichnen wollte, hätte der Kläger sie nicht ohne Genehmigung erheben dürfen. Denn auch dann hätte er eine Gegenleistung von seinen Mietern erhoben, die nicht genehmigt war; das wäre ebenfalls ein Fall des Forderns einer "höheren Miete als nach der Urkunde zulässig".

Unerheblich ist der Vortrag des Klägers, daß die Wohnungsbaugesetze die Erhebung von Baukostenzuschüssen nicht verboten, daß er die Kostenmiete hätte verlangen

können und daß der Beklagte ihn nach einem Runderlaß des Ministers für Wiederaufbau vom 9. Mai 1965 auf diese Möglichkeit hätte hinweisen müssen. Denn der Kläger handelte vertragswidrig, solange der Beklagte nicht förmlich die Erhebung einer höheren Miete genehmigt hatte; nur darauf kommt es für die Zulässigkeit der Kündigung an.

b) Das Recht zur fristlosen Kündigung von Verträgen steht unter dem Gebot von Treu und Glauben. Nach ständiger Praxis gilt aber folgendes: Die Vereinbarung sofortiger Fälligkeit bei Vertragsverletzungen ist im Zweifel dahin zu verstehen, daß eine *s c h u l d - h a f t e* Vertragsverletzung vorliegen muß. Der Berechtigte muß alsdann von seinem Recht innerhalb angemessener Zeit Gebrauch machen. Zwar ist nicht *s o - f o r t i g e* Goltendmachung nach Kenntnis des Grundes erforderlich; doch muß die Kündigung innerhalb eines nach Treu und Glauben zu bestimmenden angemessenen Zeitraumes seit Kenntnis der entscheidenden Tatsachen ausgesprochen werden. Dem Berechtigten steht eine angemessene Überlegungszeit zu; nach deren Ablauf muß er sich aber entscheiden.

Diese Einschränkung ergibt sich entweder durch eine sinnvolle Auslegung bereits als Inhalt der Verträge oder aber dadurch, daß das längere Zuwarten als Verzicht auf das Kündigungsrecht und als Erklärung des Willens gewertet werden darf, den Vertrag trotzdem fortzusetzen und diesen Umstand nicht als Grund zur fristlosen Kündigung heranzuziehen. Es bedarf also insoweit nicht immer der Heranziehung des Gedankens einer Vorwirkung und der für

eine solche Verwirkung entwickelten Rechtsgrundsätze. Regelmäßig muß ein Verhalten vorliegen, aus dem der andere Teil entnehmen kann, er habe mit einer Kündigung insoweit nicht mehr zu rechnen, so daß er nunmehr seine Lage darauf einrichtet.

Das ist einhellige Meinung (Palandt, Kommentar zum BGB, 22. Aufl. § 271, 2 d; § 626, 2 a; RGRKomm BGB 11. Aufl. § 609, 8; § 242, 201; § 626, 16 bis 19; BGZ 142, 268/275).

Sache des Tatrichters ist dabei die Entscheidung, ob im Einzelfall ein Grund zur fristlosen Kündigung gegeben ist und daraufhin die Kündigung noch ausgesprochen werden darf. Das Revisionsgericht hat nur zu prüfen, ob der Tatrichter die Rechtsbegriffe richtig angewandt hat, insbesondere, ob ein bestimmtes Ereignis an sich ohne die tatsächlichen Besonderheiten des Einzelfalles einen Grund zur fristlosen Kündigung abgeben und noch bilden kann (RGRKomm 11. Aufl. § 626, 8). Soweit es hierbei auf die Auslegung der Verträge der Parteien ankommt, darf hier das Revisionsgericht die Auslegung überprüfen, weil es sich um im ganzen Lande gebräuchliche und nach einheitlichem Muster geschlossene Verträge handelt.

4. a) Die sachlich-rechtliche Würdigung des Falles ist von diesem Ausgangspunkt aus nicht zu beanstanden.

Der Beklagte muß in der Tat sein früheres Verhalten gegen sich gelten lassen. Der Kläger durfte sich darauf verlassen, daß diese seit Jahren wiederholt erörterten

Vorgänge - die nicht mißbilligt, sondern teilweise sogar ausdrücklich gebilligt waren - nun nicht plötzlich zum Anlaß genommen wurden, die Darlehen fristlos zu kündigen. Der Beklagte setzt sich durch die fristlose Kündigung von 1959 mit seinem eigenen früheren Verhalten so stark in Widerspruch, daß die Ausübung eines Kündigungsrechtes unter den dargelegten Umständen gegen Treu und Glauben verstößt. Dabei darf es nicht zum Nachteil des Klägers verwertet werden, daß er die Beträge auch in der Folgezeit von den Mietern verlangt hat. Denn der Beklagte hatte zu erkennen gegeben, daß er das Vorgehen des Klägers billige, und hatte sogar aufgrund der vom Kläger verlangten höheren Mieten eine anderweitige Verzinsung des Darlehens errechnet, nämlich von 1,4 %. Der Kläger durfte dieses Verhalten ohne Verschulden als eine vertragliche Genehmigung des Verlangens höherer Mieten von den drei Mietern C [REDACTED], T [REDACTED] und Dr. B [REDACTED] werten, so daß auch die Einziehung dieser Mieten nach der Kündigungserklärung dem Lande kein neues Kündigungsrecht gab. Die Einziehung der höheren Mieten unterblieb übrigens ab Anfang 1960, weil bis dahin alle diese Mieter ausgezogen waren.

Der Beklagte konnte eine neue Wirtschaftlichkeitsberechnung selbst vornehmen und verlangte daraufhin auch höhere Zinsen für die Darlehen, aber er hatte kein Recht mehr, die fristlose Kündigung wegen dieser Vorkommnisse auszusprechen.

b) Der Kläger hatte bei seiner Vernehmung vom 18. Juni 1963 im zweiten Rechtszug zugestanden, daß der Mieter T [REDACTED] ihm eine Mietvorauszahlung von

1000 LM gegeben hatte, die mit den monatlichen Zahlungen verrechnet worden sei.

Das Berufungsgericht hat dazu ausgeführt, daß durch eine solche Vorauszahlung der Miete nur die tatsächlich geschuldete, später fällig werdende Miete verfrüht bezahlt werde; bei der hier vorliegenden Größenordnung könne der dadurch erzielte geringe Zinsgewinn die Ertragslage des Hauses nicht beeinflussen haben, so daß dieser Umstand keinen Grund für eine Kündigung gegeben habe.

Das zeigt keinen Rechtsfehler. Denn eine fristlose Kündigung setzt eine Vertragsverletzung von einem gewissen Gewicht voraus, woran es nach diesen Feststellungen hier fehlt. Der Vortrag der Revision in der mündlichen Verhandlung lag insoweit neben der Sache, weil der Beklagte dabei von den Feststellungen des Berufungsgerichts abwich und statt von einer echten Mietvorauszahlung wieder von einem besonderen verlorenen Baukostenzuschuß ausging; das hat das Oberlandesgericht gerade nicht festgestellt.

c) Das Urteil kann aber nicht gehalten werden, weil das Berufungsgericht in anderer Richtung eine Aufklärung des Sachverhalts unterlassen hat.

Der Beklagte hatte erstmals im Schriftsatz vom 6. Dezember 1961 behauptet, er habe erst jetzt von dem Verdacht erfahren, daß sich der Kläger auch vom Mieter Clauss einen verlorenen weiteren Baukostenzuschuß von 3000 LM habe zahlen lassen, diesen aber ebenfalls verschwiegen habe. Der Kläger hatte das bestritten und auch

bei seiner richterlichen Vernehmung in Abrede gestellt.

Das Berufungsgericht hält diese Behauptung des Beklagten nicht für erwiesen und führt dazu folgendes aus: Das Land habe seinen Vortrag insoweit nicht hinreichend substantiiert und nur in die Form einer Vermutung aufgrund eines Schreibens der Frau C [REDACTED] an das Wohnungsamt A [REDACTED] gekleidet. Der Mieter C [REDACTED] habe in seinem eingehenden Schreiben an das Ministerium vom 12. Januar 1958 davon selbst nichts erwähnt. Dann brauche auch der Kläger nicht mehr auf seine Aussage vereidigt zu werden.

Die Revision beanstandet insoweit das Verfahren des Berufungsgerichts. Der Beklagte hatte im Berufungsrechtszug nach der Vernehmung des Klägers im Schriftsatz vom 29. Oktober 1963 die Vernehmung der Eheleute C [REDACTED] darüber beantragt, daß der Kläger von ihnen einen verlorenen Baukostenzuschuß von 3000 DM erhalten habe; das habe Frau C [REDACTED] in mehreren Eingaben an die Stadtverwaltung A [REDACTED] bestätigt; das Land könne sich daher nicht mit der Vernehmung des Klägers begnügen.

Der Kläger meint zwar, insoweit handele es sich um das unzulässige Nachschieben eines neuen Kündigungsgrundes, doch trifft das nicht zu. Zwar beginnt das Kündigungsschreiben vom 13. Februar 1959 mit den Worten, es sei festgestellt worden, daß der Kläger von seinen Mietern höhere als die genehmigten Entgelte verlangt habe; der Beklagte hatte bis dahin das Verlangen dieses

weiteren Baukostenzuschusses von 3000 DM nicht festgestellt. Die Kündigung beschränkt sich aber nach dem Gesamtinhalt des Kündigungsschreibens nicht auf eine Kündigung nur wegen der bis dahin festgestellten Vertragsverletzungen, sondern der Beklagte spricht durch das Schreiben ganz allgemein die Kündigung wegen des Verlangens nicht genehmigter Entgelte aus, ohne sich insoweit auf die einzelnen Vorfälle festzulegen. Dann stand es dem Beklagten frei, sich auch auf etwaige später ermittelte Vertragsverletzungen durch Erhebung nicht genehmigter Entgelte zu berufen. Das ist kein Nachschieben neuer Kündigungsgründe, zumal auch die jetzt behauptete Vertragsverletzung gleicher Art zeitlich vor dem Kündigungsschreiben lag; es stellt sich vielmehr nur als eine Klarstellung des Umfangs der Vertragsverletzungen dar, wegen derer die Kündigung ausgesprochen worden ist.

Die Verfahrensrüge der Revision ist begründet. Denn der Tatrichter hat grundsätzlich allen Beweisanträgen nachzugehen. Er darf allerdings u.U. Beweisanträge ablehnen, wenn die unter Beweis gestellte Tatsache als wahr unterstellt werden kann oder bereits erwiesen ist. Der Zivilrichter kann sich dabei an die das Ergebnis jahrzehntelanger Rechtsprechung enthaltende Vorschrift des § 244 Abs. 3 StPO anlehnen. Hier hat das Oberlandesgericht jedoch einen zulässigen und genau genug bezeichneten Beweisantrag, mit dem eine ganz bestimmte, erhebliche Tatsache unter Zeugenbeweis gestellt war, mit der Begründung abgelehnt, das G e g e n t e i l der behaupteten Tatsache sei bereits erwiesen. Das ist

eine verbotene Vorwegnahme der Würdigung eines nicht erhobenen Beweises und unzulässig. Darin liegt ein Verfahrensfehler (vgl. BGH DRiZ 1959, 252; 1962, 167).

Der Beklagte hatte sich zwar bei seinem Vortrag auf die Akten des Wohnungsamts A [REDACTED] und die darin befindlichen Schreiben der Ehefrau C [REDACTED] bezogen. Diese Akten liegen dem Senat nicht vor. Einer Beizichung bedarf es aber nicht, da weder aus dem Tatbestand des Berufungsurteils noch aus den Protokollen ersichtlich ist, daß diese Akten zum Gegenstand der Verhandlung vor dem Berufungsgericht gemacht worden sind. Selbst wenn die Akten ergeben würden, daß die Eingaben der Frau C [REDACTED] sich nicht mit dem Vortrag des Beklagten decken, wäre das für die Entscheidung unerheblich. Denn der Schriftsatz des Beklagten vom 29. Oktober 1963 enthält unabhängig von dem Hinweis auf die Akten des Wohnungsamtes das ganz eindeutige und bestimmte Begehren, auf jeden Fall die beiden Eheleute C [REDACTED] als Zeugen über diese Vorgänge zu hören. Durch die Bezugnahme auf die Wohnungsamtsakten wurde die eindeutige und bestimmte Behauptung, die Eheleute C [REDACTED] hätten 3000 DM Baukostenzuschuß gezahlt, nicht abgeschwächt oder verändert. Zu einer solchen Auslegung bietet der Schriftsatz vom 29. Oktober 1963 in seinem Gesamtzusammenhalt keine Möglichkeit. Dem Verlangen auf Vernehmung der Frau C [REDACTED] zur Behauptung der erfolgten Zahlung der 3000 DM mußte deshalb entsprochen werden.

Wegen des Fehlers kann das Urteil mit der ihm insoweit gegebenen Begründung hinsichtlich der Darlehen II und III nicht aufrechterhalten werden. Denn wenn diese

Behauptung erwiesen ist, war nach dem bisherigen Streitstand die fristlose Kündigung zulässig und begründet. Der Kläger hätte sich auch diese Zahlungen neben der Miete vorher genehmigen lassen müssen. Der Beklagte durfte sich darauf noch berufen, weil er nach seinem Vortrag einen Verdacht in dieser Richtung ohne genaue Kenntnis des Sachverhalts erst im Verlaufe des Prozesses erlangt hatte, der Sachverhalt eine vom sonstigen Verhalten des Klägers abweichende und stärkere Vertragsverletzung darstellen würde und der Beklagte die Kündigung auch darauf gestützt hatte.

II. Die unvollständige Schlußabrechnung.

1. Nach § 3 a des Darlehensvertrages I und § 14 a der Verträge II und III kann das Darlehen zur sofortigen Rückzahlung gekündigt werden, wenn der Schuldner in seinen Anträgen oder in seinen sonstigen Unterlagen, die er im Zusammenhang mit der Darlehensgewährung vorlegt bzw. vorgelegt hat, unrichtige Angaben gemacht hat.

2. Das Berufungsgericht hat hier ausgeführt:

a) Die vom Kläger im Februar 1954 eingereichte Schlußabrechnung sei eine Unterlage, die im Zusammenhang mit der Darlehensgewährung stehe, da sie der Errechnung des zu zahlenden Zinssatzes gedient habe.

b) Die Abrechnung sei unvollständig gewesen, weil sie von den seitens der Mieter gezahlten Zuschüssen nur

310,20 DM ausgewiesen habe, obwohl diese mehr bezahlt gehabt hätten. Aber der Beklagte dürfe wegen dieser Unrichtigkeit die fristlose Kündigung nicht aussprechen, weil den Prüfungsbeamten nicht habe entgehen können, daß der Betrag von 310,20 DM inzwischen überholt sei. Dem Prüfer Falk sei insbesondere bei seiner Prüfung am 13. Juli 1954 der Bericht des Prüfers H. [REDACTED] vom 15. November 1952 bekannt gewesen, der die Sonderabreden aktenkundig gemacht hatte. Der Mieter T. [REDACTED] habe mit Falk über diese Sonderzahlungen am 9. Juni 1954 gesprochen. Den Prüfern wäre es leicht möglich gewesen, die Feststellung zu treffen, daß die Beträge weiter gezahlt worden seien. Der Regierungspräsident habe damit lange Zeit alle Daten oder Unterlagen besessen, die für die Erstellung einer neuen Wirtschaftlichkeitsberechnung erforderlich gewesen seien. Deshalb sei die viel später erfolgte Kündigung insoweit ebenfalls eine unzulässige Rechtsausübung.

c) Die Verschweigung der vom Mieter T. [REDACTED] erhaltenen echten Mietvorauszahlung von 1000 DM sei unerheblich. T. [REDACTED] habe damit nur die tatsächlich geschuldete Miote etwas früher bezahlt. Dadurch wäre höchstens ein kleiner Zinsgewinn entstanden, der hier die Ertragslage des Grundstücks nicht beeinflusst habe.

d) Der Vortrag, der Mieter C. [REDACTED] habe einen weiteren verlorenen Baukostenzuschuß von 3000 DM gegeben, sei nicht substantiiert und nicht bewiesen, wie bereits oben unter I 4 c dargelegt ist.

3. a) bis c) Die Ausführungen des Berufungsgerichts zu 2 a - c enthalten keine Rechtsfehler. Bezüglich der unrichtigen Angabe der von den Mietern zusätzlich geleisteten laufenden Zusatzbeträge stellt das Berufungsgericht erkennbar nicht nur darauf ab, daß die Behörde die für eine richtige Errechnung der Ertragslage des Hauses wesentlichen Tatsachen hätte ermitteln können, sondern es geht davon aus, daß den mit der Prüfung beauftragten Beamten die Unrichtigkeit der Abrechnung schon im Jahre 1954 tatsächlich bekannt gewesen sei. Daraus ergab sich schon damals das Recht zur fristlosen Kündigung, das alsbald hätte ausgeübt werden müssen. Eine erst im Jahre 1959 ausgesprochene Kündigung war dann nach den früheren Ausführungen verspätet und unzulässig.

d) Erheblich war dagegen auch hier die Behauptung des Beklagten, er habe erst später den Verdacht geschöpft und müsse nun behaupten, daß der Kläger von den Eheleuten U. [REDACTED] noch einen weiteren verlorenen Baukostenzuschuß von 3000 DM erhalten habe. Das Berufungsgericht hat den ordnungsgemäß angebotenen Beweis für diese erhebliche Behauptung aus fehlerhaften Erwägungen nicht erhoben; dazu wird auf die früheren Ausführungen zu I 4 c Bezug genommen. Auch insoweit kann das Urteil mit der in ihm gegebenen Begründung nicht aufrechterhalten werden, und zwar nunmehr auch mit Wirkung für den ersten Darlehensvertrag.

III.

Der Beklagte hat sich in der mündlichen Verhandlung vor dem Revisionsgericht wieder darauf berufen, daß das gesamte Verhalten des Klägers - insbesondere unter Berücksichtigung seiner damaligen Dienststellung - eine fortgesetzte, grobe Vertragsverletzung darstelle, insbesondere weil er eine Berichtigung seiner falschen Abrechnung unterlassen und den wiederholten Aufforderungen zur Erstellung einer neuen Wirtschaftlichkeitsberechnung nicht nachgekommen sei.

Dieser Vortrag ist unerheblich, weil der Beklagte eine fristlose Kündigung aus diesem Grunde bisher nicht ausgesprochen hat und nach den Verträgen ein allgemeines vertragswidriges Verhalten des Darlehensnehmers keinen Grund zur fristlosen Kündigung bildet.

IV.

Die übrigen Ausführungen des Berufungsgerichts befassen sich mit den angeblichen Vertragsverletzungen des Klägers durch Mißachtung der Pflicht, das Freiwerden von Wohnungen anzuzeigen, durch eigenmächtiges Beziehen der Wohnung C[REDACTED], die Ablehnung des Lehrers F[REDACTED] als Nachfolger von Dr. B[REDACTED] und die Mißachtung des Mieterauswahlrechtes des Landes.

Das Berufungsgericht hat in diesen Fällen ein Kündigungsrecht des Beklagten verneint.

Die Revision greift nach ihrer Erklärung in der mündlichen Verhandlung vor dem Revisionsgericht das Berufungsurteil insoweit nicht an. Es zeigt insoweit auch keinen Rechtsfehler.

Das Berufungsurteil muß jedoch wegen der oben erwähnten Verfahrensfehler aufgehoben werden, da es insoweit weiterer Sachaufklärung durch Vernehmung der oben genannten, aber nicht vernommenen Zeugin bedarf.

Dem Oberlandesgericht bleibt auch die Entscheidung über die Kosten der Revision überlassen, weil diese vom endgültigen Ausgang des Rechtsstreits abhängt.

Dr. Pagendarm

Dr. Arndt

Bundesrichter Gähtgens ist
beurlaubt und ortsabwesend;
er ist an der Leistung der
Unterschrift verhindert.

Dr. Pagendarm

Keßler

Dr. Reinhardt