

Nachschlagewerk: ja
Amtliche Sammlung: nein

BGB § 366

Die Vorschrift des § 366 BGB ist entsprechend anwendbar, wenn ein Mieter mehrere Mietzinsraten schuldet.

EGH, Urt. Vo 5. April 1965 - VIII ZR 10/64 OLG Gelle
LG Stade

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 10/64

URTEIL

Verkündet am

5. April 1965
Klett, Justiz-
obersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Kiesbauunternehmers Klaus D. [REDACTED] in N. [REDACTED],
Krs. Hl. [REDACTED]

Beklagten und Revisions-
klägers,

-Prozeßbevollmächtigter:

Rechtsanwalt Dr. [REDACTED]

g e g e n

den Bauern Heinz P. [REDACTED] in Kl. [REDACTED] Nr. [REDACTED], Krs. H. [REDACTED],
[REDACTED]

Kläger und Revisions-
beklagten,

-Prozeßbevollmächtigter:

Rechtsanwalt Dr. [REDACTED]

-•2-

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 5. April 1965 unter Mitwirkung der Bundesrichter Dr. Gelhaar, Artl, Dr. Dorschel, Dr. Mezger und Mormann

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 4. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Gelle vom 29. November 1963 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an den 7. Zivilsenat des Berufungsgerichts zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger überließ mit Vertrag vom 1. Mai 1960 einen Teil seines Grundbesitzes dem Beklagten zur Ausbeute von Kies und Steinen. Der Vertrag hat auszugsweise folgenden Wortlaut:

§ 1

... Der Kiesabnehmer D. [REDACTED] (das ist der Beklagte) soll berechtigt sein, das Ausbeutungsrecht auf stille Teilhaber des Betriebes ohne Zustimmung des Eigentümers zu übertragen. Die Übertragung auf dritte Unternehmer bedarf der ausdrücklichen Zustimmung des Eigentümers P. [REDACTED] (das ist der Kläger).



§ 2

Der Kiesabnehmer zahlt dem Eigentümer für jeden aus dem Grundstück entnommenen Kubikmeter Rohkies und Steine, gleichgültig v/elcher Körnung

1,-- DM/ cbm (eine Deutsche Mark)

Die Entschädigung ist jeweils bis zum 10. eines jeden Monats für den vorausgegangenen Monat auf das Konto des Eigentümers bei der Spar- und Darlehenskasse E [REDACTED] 2U zahlen. Der Eigentümer ist berechtigt, die Bücher des Kiesabnehmers im Zweifels-falle einzusehen oder durch einen Bevollmächtigten einsehen zu lassen, um die geförderte Menge nach-zuprüfen.

§ 3

... Die Mindestförderung muss ... 500 cbm im Monat betragen. Die Förderung darf während der Winter-monate (1.11. - 1.3.) nicht länger als 2 Monate eingestellt werden. Für die übrige Zeit des Jahres sind dem Eigentümer pro Monat mindestens 500 cbm zu vergüten. Überzahlte Beträge sind auf die später geförderte Menge zu verrechnen. Sollte die Kiesaus-beute durch die Behörde verhindert werden, ist der Kiesabnehmer von der Erfüllung des Vertrages ent-bunden o

§ 9

Dieser Vertrag findet seine sofortige Beendigung durch eine einseitige schriftliche Mitteilung des Eigentümers, wenn

- a) der Kiesabnehmer mit seinen Zahlungsverpflichtungen länger als 2 Monate in Verzug gerät,
- b) der Kiesabnehmer den vertraglichen Verpflichtungen trotz schriftlicher Warnung und Mahnung in erheblicher Weise zuwiderhandelt,
- c) ..."

Mit der Behauptung, der Beklagte habe Kies und Steine

ausserhalb der ihm überlassenen Fläche entnommen, erwirkte der Kläger unter dem 27. Juni 1962 eine einstweilige Verfügung, durch die dem Beklagten der Abbau auf bestimmt bezeichneten Grundstücksteilen verboten wurde. Die Parteien zeigten am 16. Juli 1962 an, daß sie sich verglichen hätten. Der Kläger verzichtete auf die Rechte aus der einstweiligen Verfügung; der Beklagte verzichtete auf etwaige Schadensersatzansprüche aus der Vollziehung der Verfügung.

Im Herbst 1962 gestattete der Beklagte einer Firma M■■■■■, auf dem ihm überlassenen Grundstück eine Mischanlage für die Herstellung von sog. Schwarzdecken zu errichten und zu betreiben. Die Firma M■■■■■ verarbeitete Rohmaterial, das aus der Kiesgrube gewonnen war. Mit Schreiben vom 19. Oktober 1962 forderte der Anwalt des Klägers den Beklagten auf, die Mischanlage der Firma M■■■■■ binnen einer Woche entfernen zu lassen. In dem Schreiben heißt es weiter, die Errichtung der Mischanlage widerspreche dem Vertrage, weil dem Beklagten lediglich die Ausbeutung des Geländes, nicht aber die Errichtung einer Produktionsanlage gestattet worden sei. In dem Schreiben heißt es sodann wörtlich:

"Sollten Sie dieser Aufforderung nicht fristgemäß Folge leisten, so werden Sie damit rechnen müssen, daß Herr P■■■■■ das Pachtverhältnis fristlos kündigt.

Eine derartige Kündigung würde nicht nur auf die vertragswidrige Errichtung der oben genannten Anlage, sondern auch noch auf weitere Tatsachen gestützt werden, nämlich:

1 o das Fehlen einer ordnungsmäßigen Buchführung bei

Ihnen, die eine ordnungsmäßige Nachprüfung der Entnahmen nicht ermöglicht,

2. das Ausbleiben ordnungsmäßiger Monatsabrechnungen, die Sie im Mai 1962 für die Zukunft ausdrücklich zugesagt hatten,
3. die Unpünktlichkeit der Zahlungen"

Mit Schreiben vom 31. Oktober 1962 kündigte der Anwalt des Klägers in dessen Auftrag den Kiesausbeutungsvertrag fristlos aus den im Schreiben vom 19. Oktober 1962 genannten Gründen

Der Kläger verlangt Räumung und Herausgabe des zum Betrieb der Kiesgrube genutzten Grundstücks. Die fristlose Kündigung wird in der Klage auf die in § 9 des Vertrages aufgeführten Gründe sowie darauf gestützt, daß dem Kläger v/egen des gesamten vertragsuntreuen Verhaltens des Beklagten ein weiteres Pesthalten am Vertrage nicht zugemutet werden könne. Dazu hat der Kläger im einzelnen vorgetragen, er habe am 1. Juni 1962 mit dem Beklagten zusätzlich vereinbart, daß dieser künftig, und zwar erstmalig bis zum 10. Juni 1962 monatliche Abrechnungen mit Angabe der Tagesförderung erteilen und gleichzeitig Zahlung leisten solle. An diese Abmachung habe der Beklagte sich nicht gehalten. Weiter sei der Beklagte seiner Verpflichtung, als Sicherheit für die bei Vertragsende vorzunehmende Planierung des Grundstücks jährlich 1 000 DM auf ein auf den Namen des Klägers lautendes gesperrtes Sparkassenbuch einzuzahlen, nicht nachgekommen. Ferner habe der Beklagte vertragswidrig der Firma M [REDACTED] nicht nur die Errichtung der Mischanlage, sondern auch die selbständige Ausbeutung des für die Produktion benötigten Materials gestattet. Schließlich sei der Beklagte

mit der monatlich fälligen Vergütung für die Kiesausbeute im Sommer und Herbst 1962 länger als 2 Monate in Verzug geraten und habe die Vergütung auch ständig unpünktlich gezahlt.

Das Landgericht und das Oberlandesgericht haben den Beklagten nach dem Klageantrag verurteilt. Mit der Revision erstrebt der Beklagte die Abweisung der Klage. Der Kläger beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I. Das Landgericht sieht die Behauptung des Klägers als erwiesen an, am 1. Juni 1962 sei eine zusätzliche Vereinbarung getroffen worden, daß der Beklagte monatlich eine nach der Förderung der einzelnen Tage aufgeschlüsselte Abrechnung zu erteilen und gleichzeitig Zahlung zu leisten habe. Gegen diese Verpflichtung, so meint das Landgericht, habe der Beklagte in erheblicher Weise verstoßen; denn er habe dem Kläger nach dem 1. Juni 1962 keine regelmäßigen monatlichen Abrechnungen mit Angabe der Tagesförderung erteilt. Dieser Verstoß rechtfertige schon für sich allein die vom Kläger ausgesprochene fristlose Kündigung. Das Berufungsgericht glaubt dagegen, daß dieser vom Landgericht allein geprüfte Kündigungsgrund die Klage zur Zeit nicht stützen könne, weil insoweit noch eine weitere Beweiserhebung nötig sei. Die fristlose Kündigung sei aber gerechtfertigt, weil der Beklagte sich mit der nach dem Vertrage am 10. August 1962 fällig gewordenen Vergütung für die Kiesausbeutung länger als 2 Monate im Verzug befunden habe. Dazu führt das Berufungsgericht aus, dieser Betrag sei unstreitig noch nicht bezahlt gewesen,

als dem Kläger die Kündigung vom 31. Oktober 1962 zugegangen sei. Der Ansicht des Beklagten, insoweit habe ein Verzug nicht vorgelegen, könne nicht gefolgt werden. Er berufe sich zu Unrecht darauf, daß der Kläger durch die unrechtmäßig erwirkte einstweilige Verfügung den Kiesgrubenbetrieb einen Monat lang stillgelegt habe. Es möge sein, daß hieraus dem Beklagten die Einrede des nicht erfüllten Vertrages nach § 320 BGB mit der Folge erwachsen sei, daß Verzug hinsichtlich der während der Wirksamkeit der einstweiligen Verfügung fälligen Zahlungen nicht eintreten konnte. Dies habe jedoch nicht mehr auf die am 10. August 1962 fällige Zahlung zuge troffen. Denn bereits im Juli 1962 hätten sich die Parteien außergerichtlich verglichen. In dem Vergleich habe der Beklagte auf etwaige Schadensersatzansprüche aus der Vollziehung der einstweiligen Verfügung verzichtet. Ein Leistungsverweigerungsrecht habe ihm daher im August 1962 nicht mehr zugestanden. Der Kläger sei mithin Ende Oktober 1962 zur fristlosen Kündigung berechtigt gewesen. Es komme hinzu, daß der Beklagte in dem letzten halben Jahr vor der Kündigung Monat für Monat die Fälligkeitstermine überschritten und dadurch den vertraglichen Verpflichtungen in erheblicher Weise zuwidergehandelt habe.

II. Diese Entscheidung hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

1. a) Die Revision greift in erster Linie die Meinung des Berufungsgerichts an, der Zins für die Kiesausbeute im Monate Juli sei unstreitig noch nicht gezahlt gewesen, als dem Beklagten die Kündigung vom 31. Oktober 1962 zugeging.

Nach der Darstellung des Klägers über den Zeitpunkt der Zahlungen des Beklagten, die von den Angaben des Beklagten im Schriftsatz vom 18. Februar 1963 teilweise um einige Tage abweicht, hat der Beklagte wie folgt gezahlt:

am 13. Juni 1962	1 569,26 DM
am 13. Juli 1962	1 100,00 DM
am 14. September 1962	600,00 DM
am 15. Oktober 1962	800,00 DM
am 7. November 1962	1 100,00 DM
am 11. Dezember 1962	1 450,00 DM

Der Kläger will die Zahlung vom September auf die August-Rate, die Zahlung von Oktober auf die September-Rate und die von November auf die Oktober-Rate verrechnen.

Die Revision macht dagegen geltend, es handele sich, wie die runden Beträge zeigten, jeweils um Abschlagszahlungen. Solche Abschlagszahlungen seien auch nach dem Vertrage erlaubt gewesen. Mit den Abschlagszahlungen seien nach dem Willen des Klägers und der gesetzlichen Bestimmung des § 366 Abs 2 BGB jeweils die ältesten Forderungen des Klägers getilgt worden. Die Zahlung vom September habe daher auf jeden Fall die Juli-Rate voll beglichen. Erst der Überschuß der September-Rate sei auf die August-Rate zu verrechnen. Die Oktober-Zahlung habe zunächst einen etwaigen Rest der August-Rate und dann die September-Rate getilgt. Der Beklagte sei daher niemals mit einer Rate mehr als 2 Monate im Rückstand gewesen.

b) Die Bestimmung, daß der Eigentümer kündigen könne, wenn der Kiesabnehmer "mit seinen Zahlungsverpflichtungen länger als 2 Monate in Verzug" gerate, ist auslegungsbedürftig. Sie kann z.B. bedeuten, daß der Beklagte mindestens 2 Monate mit einer Monatsrate ganz oder teilweise im Verzug sein müsse. Sie kann aber auch dahin verstanden werden, es sei nur erforderlich, daß der Beklagte während der Dauer von 2 Monaten überhaupt Geldleistungen, gleichviel für welchen Zeitraum, geschuldet habe. Sollte das Berufungsgericht, an das die Sache, wie noch auszuführen ist, zurückverwiesen werden muß, das Recht zur fristlosen Kündigung wiederum aus § 9 Buchst. a des Vertrages herleiten wollen, so wird es unter dem angezeigten Blickpunkt den Vertrag auslegen müssen.

Im gegenwärtigen Revisionsverfahren ist von der für den Beklagten günstigsten Annahme auszugehen, daß die fristlose Kündigung den Verzug mit mindestens dem Teil einer Monatsrate auf die Dauer von 2 Monaten voraussetzt. Mit der Frage, wie die vom Beklagten geleisteten Zahlungen auf die einzelnen Monatsraten zu verrechnen sind, hat sich das Berufungsgericht nicht auseinandergesetzt. Seine Auffassung, der Betrag für die am 10. August 1962 fällige Vergütung sei unstreitig am 31. Oktober 1962 noch nicht bezahlt gewesen, greift die Revision mit Recht an. Unstreitig ist die Höhe der Zahlungen. Ob aber durch die Zahlung vom 14. September 1962 die Forderung des Klägers auf Zahlung des Zinses für Juli 1962 oder für August 1962 erfüllt wurde, ist weitgehend eine Rechtsfrage. An einem schlüssigen Vortrag der für die Beantwortung dieser Frage

maßgeblichen Tatumstände fehlt es in beiden Rechtszügen. Der Kläger selbst führt in der Klage wörtlich aus: Auch im Jahre 1962 zahlte er (der Beklagte) nicht gemäß § 2 des Vertrages jeweils bis zum 10. eines jeden Monats und blieb nach der Zahlung am 13. Juli 1962 mit der nächsten Zahlung, die bis zum 10. August 1962 spätestens hätte erfolgen müssen, bis zum 14. September 1962, also über 2 Monate, rückständig. Im Schriftsatz des Berufungsrechteszuges vom 8. August 1963 wiederholt der Kläger lediglich sein Vorbringen, mit der Juli-Rate 1962, die bis zum 10. August 1962 hätte entrichtet werden müssen, sei der Beklagte länger als 2 Monate in Verzug gewesen. Danach ist der Kläger möglicherweise der Auffassung, die Zahlung vom 14. September 1962 habe die spätestens am 10. August 1962 fällige Rate getilgt. Seine Berechnung der Frist von 2 Monaten könnte, wie die Revisionserwiderung zugibt, auf der Annahme beruhen, diese Frist sei von gezahlter Rate zu gezahlter Rate zu bemessen, hier also vom 13. Juli bis 14. September 1962. Weshalb entgegen der eigenen in der Klage vertretenen Ansicht des Klägers zwischen den Parteien unstrittig gewesen sein soll, daß die Juli-Rate am 31. Oktober 1962 noch nicht getilgt gewesen sei, sagt das Berufungsgericht nicht. Insbesondere läßt es nicht erkennen, daß der Kläger vorgetragen habe, der Beklagte habe die September-Zahlung zur Tilgung der August-Rate bestimmt, und daß der Kläger eine solche Tatsache zugestanden habe. Im Schriftsatz vom 18. Februar 1963 bestreitet der Beklagte ausdrücklich, mit seinen Zahlungsverpflichtungen länger als zwei Monate in Verzug gekommen zu sein. Er führt dann aus, im Jahre 1962 habe er regelmäßig seine Zahlungen bis auf die

Wintermonate Februar und März und auf den Monat August geleistet. Wie "eingangs bereits dargelegt", sei die Zahlung am 10. August 1962 nicht geleistet worden, weil wegen der unrechtmäßig beantragten einstweiligen Verfügung der Kiesgrubenbetrieb im Juli 1962 stillgelegt habe. Mit der Auffassung, der Beklagte habe mit der Juli-Zahlung ein Zurückbehaltungsrecht ausgeübt, wird das Berufungsgericht dem Vorbringen des Beklagten nicht gerecht. Davon hat er nichts gesagt o "Eingangs dargelegt", d.h. auf Seite 3 und 6 des Schriftsatzes, hatte der Beklagte vielmehr, der Kiesausbeutungsbetrieb sei durch das Verfahren der einstweiligen Verfügung praktisch einen Monat stillgelegt worden. Infolge der Stilllegung sei er gegenüber seinen früheren Abnehmern in Verzug gekommen, diese hätten sich verständlicherweise um neue Bezugsquellen bemüht. Nach Abschluß des Vergleichs sei es ihm nicht möglich gewesen, seine alten Abnehmer wieder als Kunden zu gewinnen. Die Gewinnung neuer Kunden sei für ihn deshalb besonders schwierig, v/eil das in der Grube vorhandene Material nicht für Waschzwecke geeignet sei. Auf einen Stillstand der K^{ies}ausbeute hatte der Beklagte sich auch im Schriftsatz des Berufungsverfahrens vom 8. November 1963 berufen. Der Beklagte hat möglicherweise vortragen wollen, er habe die Juli-Rate mangels eigener Einnahmen nicht pünktlich zum 10. August 1962 zahlen können oder er sei, solange er infolge des Verhaltens der Klägerin keine Abnehmer gehabt habe, nicht in Verzug gekommene. So hatte auch das Landgericht den Vortrag des Beklagten dahin gewürdigt, er habe eingewendet, daß er mangels Verschuldens nicht in Verzug geraten sei. Daß er die Juli-Rate überhaupt nicht habe zahlen wollen, konnte das Berufungsgericht den angeführten Erklärungen des Beklagten nicht ohne weiteres entnehmen. Zutreffend erhebt die Revision auch die Rüge

der mangelnden Sachaufklärung nach § 139 ZPO. Die Verrechnung der September-Rate hatte im ersten Rechtszuge überhaupt keine Rolle gespielt. Die Schriftsätze des zweiten Rechtszuges gehen ebenfalls auf diesen Punkt nicht ein. Im Beschluß vom 3^o Juli 1963, durch den das Berufungsgericht die einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung ablehnte, nimmt es an, die Berufung des Beklagten habe keine Erfolgsaussicht, v/eil eine von der des Landgerichts abweichende Beweiswürdigung über den Abschluß der Nachtragsvereinbarung vom 1. Juni 1962 nicht zu erwarten sei. Weiteres mündliches Vorbringen ist ausweislich des Tatbestandes des Berufungsurteils nicht erfolgt. Die Revision macht daher mit Recht geltend, das Berufungsgericht hätte den Beklagten über die Verrechnung der September-Zahlung befragen müssen. Er hätte dann, so trägt die Revision vor, unter Beweisantritt behauptet, daß er stets reine Abschlagszahlungen ohne Angabe eines näheren Zahlungszweckes geleistet habe. Dabei wird das Berufungsgericht, falls es bei der erneuten Entscheidung wieder auf den Vorzug des Beklagten abstellt, möglicherweise prüfen müssen, ob etwa die Zahlungen des Beklagten vom 10. September 1962 mit 600,00 DM und vom 15^o Oktober mit 800,00 DM ungefähr der in den Monaten August und September jeweils erzielten Kiesausbeute entsprechen, sodaß in den Zahlungen die Erklärung erblickt v/erden kann, gerade die für diese Monate fälligen Raten sollten beglichen werden, oder wenigstens die Umstände ergeben, daß diese Raten getilgt v/erden sollten.

Zutreffend rügt die Revision auch, das Berufungsgericht habe sich mit dem Schreiben des Klägers vom 19. Oktober 1962 und dem Kündigungsschreiben vom 31^o Oktober 1962 nicht

auseinandergesetzt. Im ersten Schreiben ist nur von unpünktlichen Zahlungen die Rede, auf die die Kündigung gestützt werden würde, wenn die Mischanlage nicht vom Grundstück entfernt werde. Ob dem Kläger ein Anspruch auf Entfernung der Anlage zustand, ist nicht geklärt. Auch das Kündigungsschreiben spricht nicht von einem Verzug mit der Juli-Rate. Das alles deutet darauf hin, daß der Kläger, ebenso wie in der Klageschrift, selbst nicht der Auffassung gewesen ist, der Beklagte sei noch im Oktober mit der Juli-Rate im Rückstand gewesen,

c) Kann aber im Revisionsverfahren nicht davon ausgegangen werden, daß der Beklagte die September-Zahlung ausdrücklich oder stillschweigend zur Begleichung der August-Rate bestimmt hat oder daß wenigstens der Kläger von einer solchen Bestimmung hat ausgehen können, so kommt es darauf an, ob ohne eine solche Bestimmung die Zahlung zur Tilgung der August-Rate gedient hat, so daß die Juli-Rate unbeglichen blieb. § 366 Abs. 2 BGB schreibt für den Fall, daß der Schuldner dem Gläubiger aus mehreren Schuldverhältnissen zu gleichartigen Leistungen verpflichtet ist und das von ihm Geleistete nicht zur Tilgung sämtlicher Schulden ausreicht, die Reihenfolge der Tilgung vor, wenn der Schuldner keine Bestimmung trifft. Die Vorschrift des § 366 ist auch anzuwenden, wenn mehrere Miet- oder Pachtzinsraten geschuldet werden. Das ist zwar nicht unstreitig, v/eil die mehreren Zinsraten aus einem Schuldverhältnis geschuldet v/erden (KG OLG 22, 290; Reimer Schmidt bei Siebert/Soergel, BGB 9 Aufl. § 366 Anm. 1). Mit Recht wenden aber Staudinger, BGB 9. Aufl. § 366 Anm. I 1; Enneccerus/Lehmann,

Recht der Schuldverhältnisse 15. Bearb. § 62 I; Erman/Westermann, BGB 3^o Aufl. § 366 Anm. 3 und OLG Kiel (SchlHAnz 1931, 54) § 366 BGB in diesem Fall entsprechend an. Jeweils bei Fälligkeit erwächst aus dem zwar einheitlichen Mietverhältnis eine neue Verpflichtung. Die Lage des Mieters ist nicht anders als die eines Schuldners, der aus mehreren Schuldverhältnissen zu gleichartigen Leistungen verpflichtet ist. Es ist kein Grund ersichtlich, dem Mieter die Bestimmung zu verwehren, welche Mietzinsrate er tilgen will. Hat im vorliegenden Fall also der Beklagte keine Bestimmung getroffen, so würde nach § 366 Abs. 2 die älteste Rate, die zuerst verjähren würde und daher dem Kläger geringere Sicherheit bietet, getilgt werden (vgl. BGH Urt. v. 27. Mai 1957 - II ZR 319/55 - NJW 1957, 1314).

Die Entscheidung des Berufungsgerichts kann daher nicht mit der von ihm gegebenen Begründung aufrecht erhalten werden.

20 Wenn das Berufungsgericht ausspricht, es komme hinzu, daß der Beklagte in dem letzten halben Jahr vor der Kündigung Monat für Monat die Fälligkeitstermine überschritten und dadurch den vertraglichen Verpflichtungen in erheblicher Weise zuwidergehandelt habe, so vermag auch das nicht die fristlose Kündigung zu begründen. Der Ausdruck "es kommt hinzu" läßt darauf schließen, daß es sich bei diesem einzigen Satz nicht um eine selbständige Hilfsbegründung handelt, sondern daß das Berufungsgericht die Zuwiderhandlungen des Beklagten nur unterstützend für seine Auffassung gewertet hat, der Kläger habe wegen des Ausbleibens der Juli-Zinsrate fristlos kündigen können, etwa in dem Sinn, daß das Verlangen nach sofortiger Räumung nicht gegen Treu und Glauben verstoße oder eine unzulässige Rechtsausübung bilde, eine Erwägung, die nach

Ansicht der Revision das Berufungsgericht hätte anstellen müssen.

Der Senat ist auch nicht in der Lage, selbst zu entscheiden, ob der Kläger nach § 9 Buchstabe b des Vertrages vom 1. Mai 1960 zur fristlosen Kündigung berechtigt war. Es bedürfte dazu einer Reihe tatsächlicher Feststellungen, die dem Revisionsgericht verwehrt sind. Nach der eigenen Behauptung des Klägers ist am 1. Juni 1962 eine Abstimmung unter den Parteien über die Zahlungen des Beklagten erfolgt. Das könnte bedeuten, daß der Kläger aus den vorhergegangenen Meinungsverschiedenheiten und etwaigen Verstößen des Beklagten keine Rechte mehr herleiten wollte. Entscheidend sind also möglicherweise nur noch Zuwiderhandlungen nach dem 1. Juni 1962. Hinsichtlich der Überweisungstermine für die Zeit nach dem 1. Juni 1962 hat der Beklagte indes vorgetragen, es sei - anscheinend wegen der ländlichen Verhältnisse - der Zweigstelle N. W. der Spar- und Darlehenskasse E. nicht immer möglich gewesen, die Überweisungsaufträge zeitgerecht auszuführen, die er erteilt habe. Die Überweisungen seien dem Kläger jedoch unter dem 30. Mai 1962, 8. Juni 1962, 10. Juli 1962, 13. September 1962, 8. Oktober 1962, 6. November 1962 und 10. Dezember 1962 gutgeschrieben worden. Dann wäre der Fälligkeitstermin des 10. eines jeweiligen Monats nur am 13. September 1962 überschritten worden. Dabei berücksichtigt die Revision, die sich darauf beruft, daß das Berufungsgericht diese Behauptung des Beklagten übergangen habe, allerdings nicht, daß nach dem Vorbringen des Beklagten die September-Zahlung mindestens

zu einem wesentlichen Teil die Juli-Rate getilgt hat und die Oktober-Zahlung mindestens zum Teil noch auf die August-Rate zu verrechnen sein wird, so daß trotz dieser Zahlungen noch Rückstände geblieben sein können. Im einzelnen lassen sich darüber keine Feststellungen treffen, da nicht geklärt ist, wie hoch sich die Juli-Rate beläuft. Die Revision will den Vertrag vom 1. Mai 1960 dahin auslegen, daß der Beklagte bis zu dem Zeitpunkt, zu dem der Kläger auf die erwirkte einstweilige Verfügung verzichtete, von den Zahlungen des Ausbeutungszinses befreit sei, weil er während dieser Zeit den Kies nicht habe ausbeuten können. Die Revision meint, der von der tatsächlichen Ausbeute unabhängige Mindestzins von 500 DM monatlich entfalle solange, als der Beklagte durch Verhalten des Klägers an der Ausbeute gehindert gewesen sei. Der Revision ist zuzugeben, daß eine solche Befreiung von der Zins-Zahlung dem vom Beklagten ausgesprochenen Verzicht auf Schadensersatzansprüche nicht entgegenstehe. Befreiung von der Entrichtung des Mietzinses ist etwas anderes als eine Schadensersatzforderung. Es läßt sich auch nicht von vornherein sagen, daß Rückstand mit einem Teil des Monatszinses bedeuten muß, der Beklagte habe vertraglichen Verpflichtungen "in erheblicher Weise" zuwidergehandelt, und daß der Kläger insoweit den Beklagten gewarnt und gemahnt hat. Das Schreiben vom 1.9. Oktober 1962 verlangt ausdrücklich die Entfernung der Mischanlage der Firma Ml [REDACTED]. Nur für den Fall, daß der Beklagte der Aufforderung - zu ergänzen: vertragswidrig - nicht fristgemäß Folge leiste, wurde die fristlose Kündigung auch wegen der Unpünktlichkeit der Zahlungen angedroht. Um die Mischanlage der Firma M [REDACTED] und über die Weigerung des Beklagten, entgegen § 2 des Vertrages vom 1. Mai 1960 monatlich Rechnung zu legen,

haben die Parteien vor dem Landgericht und dem Oberlandesgericht im wesentlichen gestritten. Diese beiden Punkte hat der Kläger ersichtlich als erhebliche Vertragsverstöße angesehen. Gerade über sie ist aber nicht entschieden worden. Ob Unpünktlichkeiten der Zahlung allein, falls die übrigen Vorwürfe unbegründet sind, erhebliche Zuwiderhandlungen darstellen, kann nur vom Tatsachenrichter entschieden werden.

III. Das angefochtene Urteil war daher aufzuheben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, dem auch die Entscheidung über die Kosten der Revision übertragen wird.

Dr. Gelhaar

Artl

Dr. Dorschel

Dr. Mezger

Mormann