

Verkündet am 15. Februar 1961
Heil, ap. Justizassistent
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

der T [REDACTED] und S [REDACTED] Genossenschaft O [REDACTED] / W [REDACTED]
[REDACTED] eingetragene Genossenschaft mit beschränkter Haftpflicht,
vertreten durch die Vorstandsmitglieder Hero S [REDACTED] und
Revert B [REDACTED] in O [REDACTED],

Beklagten, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die H [REDACTED] Kraftwerke Aktiengesellschaft in H [REDACTED]
vertreten durch die Vorstandsmitglieder K [REDACTED] und A [REDACTED]
in H [REDACTED],

Klägerin, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 23. Januar 1961 unter Mitwirkung
des Senatspräsidenten Dr. Pagendarm und der Bundesrichter
Artl, Dr. Dorschel, Dr. Mezger und Dr. Messner

für Recht erkannt: .

Auf die Revision der Beklagten wird das Ur-
teil des 4. Zivilsenats des Oberlandesgerichts
in Oldenburg vom 22. März 1960 aufgehoben.

Auf die Berufung der Beklagten wird das Ur-
teil der 2. Zivilkammer des Landgerichts in
Aurich vom 22. Dezember 1955 abgeändert.

Die Klage wird abgewiesen.

Die Kosten aller Rechtszüge hat die Kläge-
rin zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Am 23. Februar 1946 wurde die Beklagte als eingetragene Genossenschaft mit beschränkter Haftpflicht errichtet. Sie ist am 5. Februar 1947 in das Genossenschaftsregister eingetragen worden. Der Gegenstand des Unternehmens besteht u.a. in dem gemeinschaftlichen Abbau und der Verwertung von Torf, der gemeinschaftlichen Kultivierung abgetorfter Ländereien und der anschließenden Besiedlung dieser Gebiete. Der Beklagten wurden für diesen Zweck Moorgrundstücke von deren Eigentümer, dem Lande Niedersachsen, überlassen. Von ihnen nutzt sie seit dem Jahre 1946 etwa 346 ha zur Torfgewinnung.

Vertragliche Vereinbarungen zwischen der Beklagten und dem Lande Niedersachsen, insbesondere ausdrückliche Bestimmungen über die Dauer des Nutzungsrechts, sind schriftlich nicht niedergelegt worden. Die Unterzeichnung eines der Beklagten im Herbst 1946 von dem Regierungspräsidenten in Aurich als Vertreter des damaligen Landes Hannover zugeleiteten Pachtvertrages, der eine 20jährige Pachtdauer vorsah, hat die Beklagte abgelehnt. Das Land Niedersachsen hat am 25. März 1954 das nach seiner Ansicht allenfalls auf unbestimmte Zeit mit der Beklagten eingegangene vertragliche Verhältnis zum 31. Dezember 1954 gekündigt. Es hat am 22. September 1954 mit der Klägerin einen schriftlichen Pachtvertrag über die von der Beklagten genutzten Moorflächen auf 35 Jahre mit Wirkung ab 1. Januar 1955 geschlossen. In diesem Verträge hat das Land Niedersachsen seine gesamten Rechte gegenüber der Beklagten an die Klägerin abgetreten, auch soweit sie sich auf die Durchführung etwa notwendig werdender Rechtsstreitigkeiten erstrecken.

Die Klägerin hat mit der Klage Herausgabe des Moorlandes verlangt. Sie vertritt die Auffassung, zwischen

der Beklagten und dem Lande Niedersachsen sei ein Pachtvertrag nicht zustandegekommen, es herrsche ein vertragloser Zustand, zum mindesten seien etwaige vertragliche Beziehungen durch die Kündigung beendet worden. Hilfsweise macht sie geltend, die Beklagte habe sich in einer Verhandlung am 10. April 1946 ihr gegenüber verpflichtet, ihr nach 8 Jahren die Torfgewinnung zu überlassen.

Während des Rechtsstreits haben der Regierungspräsident in Aurich und die Klägerin mit Schreiben vom 15. Dezember 1959 ein etwa mit der Beklagten noch bestehendes Vertragsverhältnis erneut fristlos gekündigt, weil die Beklagte für zwei aufeinanderfolgende Termine mit der Entrichtung des Pachtzinses im Verzuge gewesen sei.

Das Landgericht und das Oberlandesgericht haben der Klage auf Herausgabe der von der Beklagten genutzten Grundstücke stattgegeben. Der erkennende Senat hat durch Urteil vom 21. Januar 1958 (VIII ZR 119/57) das Urteil des Berufungsgerichts aufgehoben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen. Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Beklagten wiederum zurückgewiesen.

Gegen dieses Urteil des Berufungsgerichts richtet sich erneut die Revision der Beklagten, mit der sie ihren Anspruch auf Abweisung der Klage weiterverfolgt. Die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

A.

I. Das Berufungsgericht stellt auf Grund der Beweisaufnahme fest, daß zwischen dem damaligen Lande Hannover und der Beklagten in der Gründungsversammlung vom 23. Februar 1946



mündlich ein Pachtvertrag über das streitige Moorgelände zu einem Pachtzins zustande gekommen ist, der sich nach den üblichen Sätzen der Regierung, abgewandelt auf den Zweck der Beklagten, richten sollte. Das Berufungsgericht legt weiter nach der von ihm für zutreffend gehaltenen Bekundung des Zeugen von Sch[REDACTED], der damals als Torfbeauftragter der Militärregierung und Wirtschaftsdezernent der Regierung in Aurich die Vertragsverhandlungen mit Ermächtigung der Regierung geführt habe, und den diese Bekundung bestätigenden Aussagen anderer Zeugen zugrunde, daß von Sch[REDACTED] zugesagt habe, die Schriftform der in der Gründungsversammlung getroffenen Absprachen nachzuholen. In Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes ist das Berufungsgericht der Auffassung, daß die Klägerin gegenüber der Vereinbarung späterer Nachholung der Schriftform sich nicht darauf berufen könne, diese Abrede ermangele ebenfalls der Schriftform; das gelte auch dann, wenn sie, wie hier, vor Nachholung der vereinbarten Schriftform das Vertragsverhältnis kündige. Das Berufungsgericht kommt jedoch zu dem Ergebnis, die Beklagte könne dem Lande Niedersachsen, das sich auf die mangelnde Schriftform berufe, nicht Treuwidrigkeit vorwerfen, da die Beklagte die Unterzeichnung des im Herbst 1946 (die Jahresangabe 1956 ist offenbar irrtümlich) übersandten schriftlichen Vertragsentwurfes abgelehnt habe, berechnigte Ablehnungsgründe nicht erkennbar seien und der Entwurf nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme auch dem entspreche, was vereinbart gewesen sei. Aus diesem Grunde hält das Berufungsgericht die von dem Lande Niedersachsen am 25. März 1954 ausgesprochene Kündigung für berechtigt.

II. 1. Die Auffassung des Berufungsgerichts, daß das Land Niedersachsen nicht treuwidrig handele, greift die Revision mit Recht an.

Auf die in dieser Hinsicht erhobenen Rügen würde es allerdings nicht ankommen, wenn, wie die Klägerin in der Revisionserwiderung geltend macht, die in der Versammlung vom 23. Februar 1946 abgegebenen Erklärungen des Landes Hannover und der Beklagten mangels Einigung über wesentliche Punkte aus Rechtsgründen zu vertraglichen Bindungen nicht hätten führen können. Diese Ansicht der Klägerin trifft indes nicht zu. Der Senat hat bereits im Urteil vom 21. Januar 1958 darauf hingewiesen, daß es für eine Einigung über den Miet- oder Pachtzins genügt, wenn sich, mag der Zins auch nicht ausdrücklich bestimmt sein, aus den Vertragsabreden ergibt, daß das gesetzlich oder behördlich festgesetzte Entgelt gezahlt werden sollte. Das gleiche gilt, wenn die Vertragschließenden, wie das Berufungsgericht es für den vorliegenden Fall feststellt, vereinbaren, es solle der üblicherweise von der Regierung erhobene Satz in einer mit Rücksicht auf die Zwecke der Beklagten gebotenen Anpassung entrichtet werden. Eine solche Bestimmung, es solle die nach gewissen, schon vertragsmässig festgelegten Gesichtspunkten noch zu ermittelnde Leistung geschuldet werden, enthält bereits die zum Zustandekommen des Vertrages erforderliche Einigung. Über die Größe der Moorflächen, die die Beklagte abtorft und deren Herausgabe die Klägerin beansprucht, besteht kein Streit. Die Klägerin meint in der Revisionserwiderung ferner, zwischen den Parteien der Verhandlung vom 23. Februar 1946 sei auch keine Einigung über die spätere Veräußerung der abgetorften Flächen an die Beklagte und über den dann von der Beklagten zu zahlenden Kaufpreis erzielt worden. Es ist indessen unstreitig, daß sämtliche Beteiligten der Verhandlung gerade davon ausgegangen sind, daß eine Abrede über die Veräußerung des Moorgeländes damals noch nicht habe getroffen werden können, weil dem das Gesetz Nr. 52 der Militärregierung entgegengestanden habe. Das war der Grund, weshalb überhaupt ein Abtor-

fungsvertrag geschlossen worden ist. Die Überlassung des Moorgeländes war also nicht ein Punkt, über den im Sinne des § 154 Abs. 1 BGB eine Vereinbarung im Pachtvertrage getroffen werden sollte. Es spricht zwar viel dafür, daß der Abschluß eines Überlassungsvertrages für spätere Zeit nach Aufhebung der Beschränkungen des Gesetzes Nr. 52 in Aussicht gestellt worden ist. Das kann aber dahin gestellt bleiben. Auch wenn die Beklagte dementsprechend nach dem mündlichen Abschluß des Pachtvertrages, als sie die Unterzeichnung des ihr übersandten Entwurfs ablehnte, eine verbindliche Fassung der im Vertragsentwurf der Klägerin vorgesehenen Zusage späterer Überlassung der abgetorften Flächen erstrebt hat, wird dadurch nicht die bereits erfolgte Einigung über die Verpachtung in Frage gestellt.

Von seiner Feststellung aus, daß Dr. von Sch[REDACTED], der für die Regierung in Aurich die Verhandlung vom 23. Februar 1946 geführt hatte, hierzu die Ermächtigung besessen habe, hat das Berufungsgericht es also mit Recht als entscheidend angesehen, ob das Land Niedersachsen gegen Treu und Glauben verstoße, wenn es sich für sein Klagebegehren auf das Fehlen der Schriftform stützt. Seine Entscheidung hält jedoch der Nachprüfung nicht stand. Schon der Ausgangspunkt, die Beklagte könne dem Lande Niedersachsen nicht Treuwidrigkeit vorwerfen, da sie unberechtigt die Unterzeichnung des schriftlichen Entwurfes abgelehnt habe, ist nicht frei von rechtlichen Bedenken. Das Berufungsgericht gesteht dem Vermieter oder Verpächter ohne weiteres dann das Recht zu, daß er eine von ihm getroffene Vereinbarung, die Schriftform nachzuholen, unberücksichtigt lassen dürfe, wenn der Mieter oder Pächter die Unterzeichnung eines Vertragsentwurfes ohne berechtigten Grund ablehne. Das ist in dieser Verallgemeinerung

aber nicht zu billigen. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes ist, wie auch das Berufungsgericht nicht erkennt, im Zusammenhang mit dem mündlichen Abschluß eines Mietvertrages eine ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung, dieser Mietvertrag solle noch schriftlich beurkundet werden, rechtlich möglich und auch dann formlos gültig, wenn es sich um einen mehrjährigen Vertrag handelt. Liegt eine solche Vereinbarung vor, kann der Mieter auf Abschluß des schriftlichen Mietvertrages klagen und sich einer vorzeitigen Kündigung gegenüber auf den Einwand der unzulässigen Rechtsausübung berufen (Urt. des Bundesgerichtshofs vom 7. Oktober 1953 - VI ZR 20/53 = LM BGB § 566 Nr. 1; Urt. vom 15. April 1955 - V ZR 118/53 - LM BGB § 242 (Ca) Nr. 1; Urteil des erkennenden Senats vom 28. Januar 1958 - VIII ZR 39/57 -). In dem im vorliegenden Rechtsstreit ergangenen Urteil vom 21. Januar 1958 hatte der Senat bereits ausgeführt, sei mündlich oder stillschweigend ein Pachtvertrag geschlossen, so könne er nicht durch die bloße Weigerung, ihn auch schriftlich zu vollziehen, aufgehoben werden. Hierzu bedürfe es vielmehr einer auf Aufhebung gerichteten Übereinkunft. Dasselbe muß auch für eine im Zusammenhang mit dem Miet- oder Pachtvertrage getroffene Abrede späterer Beurkundung gelten. Der Vermieter oder Verpächter bleibt also trotz Ablehnung seines schriftlichen Entwurfes durch den Mieter oder Pächter grundsätzlich an die Zusage schriftlicher Abfassung des mündlich auf lange Frist geschlossenen Vertrages gebunden, vorbehaltlich der Möglichkeit, sich auf die vom Gesetz in §§ 320 ff BGB vorgesehene Weise wegen einer vom Gegner herbeigeführten Leistungsstörung überhaupt vom Vertrage zu lösen. Einschränkend hatte der erkennende Senat allerdings im Urteil vom 21. Januar 1958 erklärt, die Auffassung, daß die Beklagte sich angesichts der Ablehnung des Angebots heute nicht mehr darauf berufen könne, das Land Niedersachsen habe den Abschluß eines langfristigen Pachtvertrages zugesagt, würde ihre Rechtfertigung finden, wenn die Beklagte mit ihrem

jetzigen Verlangen gegen Treu und Glauben verstieße, etwa weil sie sich in unvereinbarem Widerspruch zu ihrem eigenen früheren Verhalten setzte. Dem Mieter oder Pächter steht also das Recht, die schriftliche Niederlegung des Vertrages zu beanspruchen, nicht zu, wenn dieses Verlangen gegen Treu und Glauben verstößt. In diesem Falle liegt eine Treuwidrigkeit des Vermieters oder Verpächters, der den Vertrag als einen auf unbestimmte Zeit geschlossenen kündigt, nicht mehr vor. Entscheidend dafür bleibt das Verhalten des Mieters oder Pächters. Nur wenn wegen dessen Verhalten das Verlangen, daß der Vermieter oder Verpächter den mündlich geschlossenen Vertrag schriftlich abschließe, eine unzulässige Rechtsausübung ist, braucht der Vermieter oder Verpächter seine Zusage nicht mehr einzuhalten.

Auf einer Verkenennung dieser rechtlichen Gestaltung beruht es, wenn das Berufungsgericht glaubt, das Land Niedersachsen sei nicht mehr verpflichtet, den mündlich vereinbarten Pachtvertrag schriftlich abzufassen. Denn Umstände, die unter dem Gesichtspunkt einer unzulässigen Rechtsausübung die Berufung der Beklagten auf die Abrede schriftlicher Beurkundung als unbeachtlich erscheinen lassen könnten, werden im angefochtenen Urteil nicht festgestellt. Das Berufungsgericht ist lediglich zu der Auffassung gelangt, daß der Entwurf, den die Regierung der Beklagten im Herbst 1946 übersandt hatte, dem mündlich Vereinbarten entsprochen habe und daß deshalb die Beklagte keinen Grund gehabt habe, den Entwurf abzulehnen. Die bloße Ablehnung ohne triftigen Grund enthebt aber, wie schon erwähnt, das Land Niedersachsen nicht der Verpflichtung, die verabredete Schriftform nachzuholen, wenn die Beklagte auf der getroffenen Vereinbarung besteht. Die Würdigung des Berufungsgerichts wird, wie die Revision mit Recht rügt, dem Begriff der unzulässigen Rechtsausübung nicht gerecht.

Die Frage, ob einer Vertragspartei eine unzulässige Rechtsausübung zur Last fällt, beantwortet sich nur nach Abwägung aller die beiden Vertragsteile berührenden Umstände. So sind insbesondere, worauf der erkennende Senat im Urteil vom 21. Januar 1958 bereits hingewiesen hat, auf seiten der Beklagten die Beweggründe zu berücksichtigen, aus denen sie die Unterschrift verweigert hat, und auf seiten des Landes Niedersachsen, wie dieses sich auf die Ablehnung eingestellt hat. Ein Verstoß gegen Treu und Glauben ist nämlich vor allem dann gegeben, wenn der andere Teil aus dem früheren Verhalten des Inhabers des Rechtes auf eine bestimmte Sach- und Rechtslage vertrauen konnte und sich dementsprechend eingerichtet hat. Dann ist es dem Gegner unzumutbar und verstößt gegen das Gebot der Rücksichtnahme, wenn der Inhaber des Rechtes jetzt im Widerspruch zu dem objektiven Sinn seines früheren Verhaltens einen Anspruch geltend macht (Soergel/Siebert, BGB 9. Aufl. § 242 Anm. 141).

Was die Beweggründe der Beklagten für die Ablehnung betrifft, so geht das Berufungsgericht davon aus, sie habe eine günstigere Bestimmung des Pachtzinses und eine verbesserte Fassung der Bestimmungen über den späteren Eigentumserwerb erstrebt. Das Berufungsgericht meint, diese Gründe hätten die Beklagte nicht berechtigt, die Unterzeichnung des Vertragsentwurfes abzulehnen. Die Höhe des Pachtzinses, über den in der Gründungsversammlung keine Vereinbarung getroffen worden sei, habe die Regierung gemäß §§ 316, 315 BGB bestimmen können. Daß ihre Bestimmung nicht der Billigkeit entsprochen habe, habe die Beklagte nicht dargetan, es ergebe sich insbesondere nicht aus den Darlegungen der Beklagten in ihrem Schriftsatz vom 5. Juni 1959. Daß die Torfheuer nach der Fassung des Entwurfes "in natura" zu leisten gewesen sei, habe seine zwangslose Erklärung darin gefunden, daß die

Beklagte auch zur Beseitigung der damals herrschenden Brennstoffnot habe beitragen sollen, und sei deshalb unschädlich. Eine verbindlichere Fassung des § 15 des Entwurfes über einen späteren Eigentumserwerb sei angesichts des Gesetzes Nr. 52 der Militärregierung damals nicht möglich gewesen, auch nicht durch Vereinbarung eines Vorkaufsrechtes. Diese Auffassung hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Das Berufungsgericht hat ausdrücklich festgestellt, der Pachtzins habe sich nach den üblichen Sätzen der Regierung, abgewandelt auf den Zweck der Beklagten richten sollen. Das war also nach der Feststellung des Berufungsgerichts der Inhalt des mündlich geschlossenen Pachtvertrages. War aber die übliche, auf den Zweck der Beklagten abgewandelte Pachtheuer vereinbart, so war für eine billige Bestimmung durch die Regierung in Aurich nach §§ 315, 316 BGB kein Raum; denn dann ist die Leistung bereits vertragsmäßig bestimmt. Wenn das Berufungsgericht eine Treuwidrigkeit der Klägerin deshalb verneint, weil sich aus dem Vortrag der Beklagten nicht ergebe, daß die im Entwurf vorgesehenen Vertragsbestimmungen nicht der Billigkeit entsprochen hätten, so geht das also fehl. Es kommt nicht darauf an, ob die Bestimmungen nicht unbillig waren, sondern ob sie üblich und auf den Zweck der Beklagten abgestellt waren. Mit Recht verweist die Revision auch darauf, daß die Beklagte nicht die Unbilligkeit darzutun brauche. Ob sie mit ihrer Berufung auf die Vereinbarung der Schriftform gegen Treu und Glauben verstößt, ist von Amts wegen zu berücksichtigen. Die Beweislast für die Tatsachen, aus denen sich ein Verstoß ergeben soll, trägt aber derjenige, der einen solchen Verstoß geltend macht, im vorliegenden Falle also die Klägerin. Überdies würde im Falle des § 315 BGB die Beweislast für die Billigkeit der Bestimmung ebenfalls die Klägerin als die Rechtsnachfolgerin des Landes Niedersachsen treffen (BGB RGRK 10. Aufl. § 315 Anm. 6;

Soergel/Siebert, BGB 9. Aufl. § 319 Anm. 7). Im übrigen ist zwischen den Parteien unstreitig, daß das Land Niedersachsen selbst seit Jahren nicht mehr an der im Entwurf enthaltenen Bestimmung der Torfheuer festhält. Es legt vielmehr einen Ertrag von 7 cbm Torf aus einer Tonne Trockentorf zugrunde und fordert von der so errechneten Menge die Bezahlung eines Teiles von 3,5 %. Der Preis ist jeweils für das Jahr verschieden festgesetzt worden.

Auch die Ausführungen des Berufungsgerichts über die gegenseitigen Beziehungen zwischen der Beklagten und dem Lande Niedersachsen nach der Ablehnung des Vertragsentwurfes vermögen die Annahme, der Beklagten sei ein mit ihrem früheren Verhalten nicht vereinbare, gegen Treu und Glauben verstoßende Rechtsausübung vorzuwerfen, nicht zu begründen. Daß das Land Niedersachsen sich auf die Ablehnung des Vertragsentwurfes eingestellt und nicht mehr mit dem Abschluß eines schriftlichen Vertrages gerechnet habe, stellt das Berufungsgericht nicht fest. Unstreitig ist vielmehr, daß das Land Niedersachsen und die Beklagte weiter verhandelt haben. Das Berufungsgericht meint, worauf zurückzuführen sei, daß eine Einigung nicht erzielt worden sei, könne auf sich beruhen. Möglicherweise beruhe es auf dem verständlichen Einfluß der Klägerin, die seit Jahrzehnten den Torf im Regierungsbezirk Aurich zur Erzeugung von elektrischem Strom nutze, die mit der Zeit auch auf den Torf der streitigen Moorländereien angewiesen sei und die im Rahmen ihres Unternehmens auch zahlreiche Siedlungen geschaffen habe. Wenn indessen auch nur die Möglichkeit besteht, daß das Land Niedersachsen die Verhandlungen hat scheitern lassen, weil dem Lande nachträglich der mündlich mit der Beklagten geschlossene Pachtvertrag unvorteilhaft erscheint und

es unter Bruch seiner mit der Beklagten getroffenen mündlichen Abrede mit der jetzigen Klägerin einen zu dem mündlichen Pachtvertrag im Widerspruch stehenden neuen Vertrag geschlossen hat, kann das Scheitern jedenfalls nicht die Beklagte belasten.

Das Berufungsgericht führt weiter aus, nachdem die Beklagte abgelehnt habe, den schriftlichen Vertragsentwurf zu unterzeichnen, und aus den weiteren Verhandlungen für sie erkennbar gewesen sei, daß die Regierung nicht mehr gewillt sei, den Vertrag schriftlich abzuschließen, habe sie eine solche Absicht oder gar Zusage auch nicht aus der angeblichen Äußerung des Regierungspräsidenten "Ihr sitzt nun mal drin, Euch schmeißt hier keiner mehr raus" entnehmen können. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme habe sich die Äußerung des Regierungspräsidenten auf eine spätere Eigentumsübertragung und nicht auf den Abschluß eines schriftlichen Pachtvertrages bezogen. Es könne weder festgestellt werden, daß der Regierungspräsident mit seiner Äußerung den Abschluß eines schriftlichen Pachtvertrages habe zusichern wollen, noch daß die Beklagte das überhaupt so aufgefaßt habe. Die Revision greift die Würdigung des Berufungsgerichts mit Verfahrensrügen an. Sie bedürfen aber keiner Entscheidung, weil die rechtlichen Schlüsse, die das Berufungsgericht aus den von ihm festgestellten Sachverhalt zieht, die Abweisung der Klage nicht stützen. Den Ausführungen des Berufungsgerichts liegt offenbar die Erwägung zugrunde, daß das Land Niedersachsen gegen Treu und Glauben gehandelt hätte, wenn es durch die Erklärungen des Regierungspräsidenten in der Beklagten die Erwartung erweckt hätte, das Land sei zum Abschluß eines schriftlichen Pachtvertrages bereit. Eine solche Prüfung hatte der erkennende Senat allerdings im Urteil vom 21. Januar 1958 anheimgegeben, jedoch nur für den Fall, daß das Berufungsgericht zu der Auffassung gelangen sollte, die Abrede, einen langfristi-

gen Pachtvertrag schriftlich niederzulegen, sei nicht getroffen worden. Wenn aber, wie das Berufungsgericht annimmt, das Land sich zum schriftlichen Abschluß bereits verpflichtet hatte, kommt es nicht darauf an, ob es später anderen Willens geworden war und der Beklagte das erkennen konnte. Das Land blieb grundsätzlich an seine einmal gegebene Zusage gebunden. Entscheidend ist vielmehr, wie schon erwähnt, ob die Beklagte nach Treu und Glauben sich auf diese Bindung auch nach Ablehnung des Vertragsentwurfes noch berufen kann. Unter diesem Gesichtspunkt ist es aber unerheblich, ob der Regierungspräsident hat sagen wollen, das Land werde den Siedlern gegenüber nicht von seinem Eigentumsrecht Gebrauch machen, oder ob er gemeint hat, das Land werde sich an die Zusage langfristiger Verpachtung halten. Wollte der Regierungspräsident der Beklagten zu einer Zeit, als die Beklagte den Entwurf bereits abgelehnt hatte, sogar eine spätere Eigentumsübertragung zusichern, so spricht jedenfalls nichts dafür, daß die Beklagte gegen Treu und Glauben verstößt, wenn sie sich weiterhin auf ein Minderes, nämlich auf die mündlich vereinbarte langjährige Verpachtung und die Zusage schriftlicher Abfassung des Pachtvertrages, beruft.

III. Für eine weitere Aufklärung des Sachverhalts durch das Berufungsgericht in den zuvor behandelten Punkten der unzulässigen Rechtsausübung ist kein Raum. Nach dem, was zwischen den Parteien unstreitig ist, und nach den vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen liegt nicht mehr vor, als daß die Beklagte einen Vertragsentwurf abgelehnt hat, von dem sie vermeinte, daß er nicht ganz den mündlichen Vereinbarungen entspreche. Weitere Umstände, die in Verbindung mit der Ablehnung des Entwurfes das Verhalten der Beklagten, die sich auf die mündlichen Abreden beruft, als unzulässige Rechtsausübung erscheinen

ließen, sind nicht hervorgetreten. Es ist auch nicht ersichtlich, daß das Berufungsgericht in dieser Richtung etwa Vorbringen der Klägerin und Revisionsbeklagten nicht gewürdigt hätte.

Der Senat wäre allerdings, selbst wenn die Angriffe der Revision gegen das Berufungsurteil auch im übrigen Erfolg hätten, nicht in der Lage, zugunsten der Klägerin in der Sache selbst zu entscheiden, sofern das Berufungsgericht, wie die Klägerin geltend macht, bei seiner Feststellung, daß der Zeuge von Sch[REDACTED] zur Vertretung des Landes Hannover ermächtigt gewesen wäre, erhebliches Vorbringen der Klägerin unberücksichtigt gelassen hätte. Die Klägerin hat unter Bezugnahme auf eine Auskunft der Regierung in Aurich, auf Personalakten und Akten des Landesverwaltungsgerichts vorgetragen, der Zeuge sei etwa im Juli 1954 bei der Regierung in Aurich als Angestellter der Besoldungsgruppe TOA 2, später unter Zurückstufung TOA 3, in der landwirtschaftlichen Abteilung der Regierung beschäftigt gewesen. Seine am 7. November 1950 erfolgte Ernennung zum Widerrufsbeamten sei am 27. September 1951 wegen Ungeeignetheit widerrufen worden. Unter Berufung auf das Zeugnis des Regierungsoberinspektors G[REDACTED] hat die Klägerin behauptet, kurze Zeit nach dem Eintritt des Zeugen von Sch[REDACTED] habe der Regierungsvizepräsident ausdrücklich bekannt gegeben, daß Sch[REDACTED] keine Vertretungsberechtigung habe und nicht berechtigt sei, Unterschriften zu leisten. Schließlich hat die Klägerin geltend gemacht, der Zeuge habe eine bewegte politische Vergangenheit und habe zu Unrecht das Adelsprädikat geführt. Die Beklagte ist diesen Behauptungen entgegengetreten.

Das Berufungsgericht hat seine Feststellungen indessen ohne verfahrensrechtliche Verstöße getroffen. Ob der Zeuge von Sch[REDACTED] im Zeitpunkt der Verhandlung vom 23. Februar 1946, sei es durch die Militärregierung, sei

es durch die zur Vertretung des Landes Hannover nach dem Gesetz berechtigten Beamten, ausdrücklich ermächtigt gewesen ist, einen Pachtvertrag mit der Beklagten mündlich abzuschließen, wie das Berufungsgericht meint, kann dahingestellt bleiben. Der unstreitige Sachverhalt und der Inhalt der von der Klägerin überreichten Akten des Regierungspräsidenten in Aurich - Landwirtschaftliche Abteilung - III - D 4/15 - O - 1 ergibt, daß die Erklärungen des Dr. von Sch[REDACTED] zum mindesten von den zuständigen Beamten genehmigt worden sind. Die Klägerin bestreitet nicht, daß für den Plan einer Siedlung auf abzutorfendem Gelände mit Plakaten, die von dem Regierungspräsidenten unterzeichnet gewesen sind, geworben worden ist. Von der Gründung der Beklagten und den mit ihr geführten Verhandlungen hat der Regierungspräsident alsbald erfahren. Der von der Regierung verfaßte und von der Beklagten später abgelehnte Entwurf eines Abtorfungsvertrages (Bl. 4 der Akten der Regierung) trägt eine Einverständniserklärung des Justitiars vom 10. September 1946. Diesen Entwurf hatte die Regierung der Beklagten übersandt, sie hatte mit Schreiben vom 20. Oktober 1946 die Beklagte um Stellungnahme gebeten und an die Stellungnahme mit Schreiben vom 19. November 1946 erinnert. In einer Besprechung vom 29. Januar 1947, an der von der Regierung Regierungsdirektor Dr. S[REDACTED], Oberregierungsrat Su[REDACTED], Regierungsrat Schu[REDACTED] und Dr. von Sch[REDACTED] teilgenommen haben, wurde die Beklagte darauf hingewiesen, daß der übersandte Entwurf in einigen Punkten noch eine Abänderung erfahren werde. Schließlich hat die Regierung unter dem 23. Mai 1949 mit einer im Auftrage des Regierungspräsidenten geleisteten Unterschrift des Regierungsrats Schu[REDACTED] den Abtorfungsplan beim Beschlußausschuß für den Regierungsbezirk Aurich eingereicht. Die vertretungsberechtigten Beamten der Regierung haben also das Abtorfungs- und Siedlungsvorhaben der Beklagten so, wie es der Zeuge

von Sch[REDACTED] ins Leben gerufen hat, gebilligt und haben gleichzeitig den Pachtvertrag, auf dem das Unternehmen beruht, genehmigt. Denn der von Dr. von Sch[REDACTED] verfaßte Entwurf vom Herbst 1946, über dessen Abänderung das Land Niedersachsen und die Beklagte noch verhandelt haben, soll nach der Darstellung der Klägerin - und dem folgt das Berufungsgericht - das wiedergegeben haben, was mit den Vertretern der Beklagten besprochen worden war. Gerade deshalb, so meint die Klägerin, sei die Weigerung der Beklagten, den Vertragsentwurf zu unterschreiben, unberechtigt gewesen und nunmehr die Berufung der Beklagten darauf, daß das Land Niedersachsen zugesagt habe, einen Pachtvertrag schriftlich abzufassen, eine unzulässige Rechtsausübung. Wenn die Regierung aber Abreden, die Dr. von Sch[REDACTED] möglicherweise ohne hinreichende Vertretungsmacht getroffen hatte, in einem von ihr dem Vertragsgegner übersandten Vertragsentwurf aufnahm, so muß darin eine Genehmigung gesehen werden. Die Beklagte hat allerdings geltend gemacht, der Entwurf entspreche hinsichtlich der Bestimmungen über die Torfheuer nicht dem Vereinbarten. Daraus folgt aber, wenn die Behauptung der Beklagten zutrifft, nicht, daß es an einer Genehmigung der mündlichen Vereinbarungen fehlen könne. Nach der Feststellung des Berufungsgerichts hat Dr. von Sch[REDACTED] einen Pachtzins verabredet, der sich nach den üblichen Sätzen der Regierung abgewandelt auf den Zweck der Beklagten richten sollte. Vereinbart war also eine für die Beklagte angemessene Torfheuer. Nichts anderes soll aber auch die im Vertragsentwurf der Regierung enthaltene Bestimmung über die Torfheuer bedeuten. Die Klägerin ist selbst der Auffassung, die Regierung habe nach §§ 316, 315 BGB eine der Billigkeit entsprechende Leistung bestimmt. Dem Lande Niedersachsen ist es nach alledem versagt, sich von den Erklärungen, die Dr. von Sch[REDACTED] abgegeben hat, loszusagen.

Einer Vernehmung der von der Klägerin dafür benannten Zeugen, daß Dr. von Sch[REDACTED] keine allgemeine Vertretungsmacht besessen habe, bedurfte es daher nicht. Daß das Berufungsgericht von der Vernehmung abgesehen hat, begründet keine Gesetzesverletzung. Das Berufungsgericht war auch nicht genötigt, Beweis über die angebliche Unglaubwürdigkeit des Zeugen von Sch[REDACTED] zu erheben. Es will ihm, da seine Darstellung durch weitere Zeugenaussagen im wesentlichen bestätigt wird, glauben. Danach meint das Berufungsgericht ersichtlich, es würde, auch wenn die von der Klägerin unter Beweis gestellten Behauptungen zuträfen, den Zeugen für glaubwürdig halten. Diese tatrichterliche Erwägung läßt einen Rechtsirrtum nicht erkennen. Aus dem Umstand, daß der Zeuge früher Mitglied der Nationalsozialistischen Partei gewesen ist und über die sog. Schwarze Front sich vor dem Kriege der Kommunistischen Partei angeschlossen haben soll, brauchte das Berufungsgericht ebensowenig einen Schluß auf eine Unglaubwürdigkeit des Zeugen zu ziehen wie daraus, daß im Jahre 1951 seine Einstellung als Widerrufsbeamter wegen Ungeeignetheit widerrufen sein soll. Das gleiche gilt für die Frage, ob der Zeuge zu Recht oder zu Unrecht ein Adelsprädikat geführt hat. Der Tatrichter ist, wie in der Rechtsprechung wiederholt betont ist, nicht genötigt, die Beweisangebote über nur mittelbare Erkenntnismöglichkeiten zu erschöpfen (vgl. Urteil des erkennenden Senats vom 21. Juni 1960 - VIII ZR 113/59).

B.

I. Das Berufungsgericht meint, das Verhalten des Landes Niedersachsen sei auch aus einem anderen Grunde nicht treuwidrig. Die Beklagte, die sich gegenüber dem Räumungsbegehren der Klägerin auf einen noch schriftlich abzuschließenden Pachtvertrag berufe, sei wie ein Pächter

verpflichtet gewesen, Torfheuer zu zahlen. Sie unterliege deshalb auch wie ein Pächter den Rechtsfolgen bei säumiger Zahlung des Pachtzinses. Nach §§ 581 Abs. 2, 554 BGB könne aber der Verpächter ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist kündigen, wenn der Pächter für zwei aufeinanderfolgende Termine mit der Entrichtung des Pachtzinses oder eines Teiles des Pachtzinses in Verzug sei. Eine solche Kündigung hätten die Klägerin und die Regierung mit Schreiben vom 15. Dezember 1959 zulässigerweise vorgenommen.

Da das Berufungsgericht feststellt, daß zwischen dem Lande und der Beklagten mündlich ein Pachtvertrag zu einem Pachtzins geschlossen worden ist, der sich nach den üblichen Sätzen der Regierung, abgewandelt auf den Zweck der Beklagten richten sollte, war die Beklagte Pächterin und deshalb nicht nur wie ein Pächter, sondern als Pächter verpflichtet, Torfheuer zu zahlen. Wenn das Berufungsgericht davon spricht, sie sei wie ein Pächter verpflichtet, den Pachtzins zu zahlen, so meint es anscheinend, die Beklagte sei, nachdem das Land Niedersachsen nach § 566 Satz 2 BGB mit Schreiben vom 25. März 1954 zum 31. Dezember 1954 das Pachtverhältnis gekündigt habe, verpflichtet, als Entschädigung nach § 557 BGB die vereinbarte Torfheuer zu entrichten. Der Gedankengang des Berufungsgerichts ist deshalb wohl dahin zu verstehen, daß die nach § 566 Satz 2 BGB ausgesprochene Kündigung, selbst wenn ihr wegen Verstoßes gegen Treu und Glauben ursprünglich keine Wirksamkeit zugekommen wäre, nicht mehr treuwidrig sei und daher wirksam werde, wenn das Land Niedersachsen wegen Verzuges der Beklagten mit der Pachtzinszahlung berechtigt sei, das Pachtverhältnis zu kündigen. Ob diese Auffassung zutreffend ist, kann dahingestellt bleiben, und es bedarf keines Eingehens auf die in diesem Zusammenhang erhobenen Angriffe der Revision. Steht dem Land Niedersachsen ein Kündigungsrecht wegen Verzuges

zur Seite, so wäre die Klage auf Herausgabe der Pachtgrundstücke schon auf Grund dieses Verzuges begründet, ohne daß noch die Frage eine Rolle spielt, ob die Klägerin das Pachtverhältnis auch nach § 566 Satz 2 BGB mit Erfolg gekündigt hat, ohne gegen eine Treupflicht zu verstoßen.

II. Es kommt deshalb, wie das Berufungsgericht im Ergebnis zu Recht annimmt, darauf an, ob die Klägerin und das Land Niedersachsen das Pachtverhältnis mit Schreiben vom 15. Dezember 1959 wegen Verzuges der Beklagten mit der Pachtzinszahlung berechtigterweise gekündigt haben.

Dem liegt folgender Sachverhalt zugrunde: Zwischen den Parteien ist nach dem Tatbestand des Berufungsurteils unstreitig, daß die Beklagte Anfang Dezember 1959 mit einem Teil des Pachtzinses für 1955, mit der gesamten Pacht für 1958 und mit der ersten Hälfte der Pacht für 1959 im Rückstande gewesen ist. Die Klägerin hat mit Schreiben vom 3. Dezember 1959 die rückständigen Beträge angemahnt. Das Schreiben lautet auszugsweise:

"Wir erinnern Sie an die Zahlung der rückständigen Torfheuer und verschiedener Nebenleistungen. Es handelt sich um folgende Beträge:

(es werden nunmehr die rückständigen Beträge für Torfheuer und Kanalbeiträge, Grundsteuer, Landwirtschaftskammerbeitrag und ein Betrag für Landpacht, insgesamt 57 220,98 DM aufgeführt.)

Aus den Jahren 1955 bis 1957 sind die in der Anlage 2 aufgeführten Posten im Gesamtbetrage von DM 10 586,56 noch nicht bezahlt.

Wir fordern Sie auf, diese Beträge spätestens bis zum 7. Dezember 1959 an uns zu zahlen, wobei wir ausdrücklich darauf hinweisen, daß die genannten Beträge an den oben angegebenen Daten fällig waren. Geltendmachung von Verzugszinsen und die Nachprüfung der von Ihnen angegebenen Durchschnittstorfpreise behalten wir uns ausdrücklich vor."

Der Regierungspräsident in Aurich hat am Schlusse des Schreibens der Klägerin gleichzeitig zum Ausdruck gebracht, daß die Ansprüche auf Zahlung von Torfheuer an die Klägerin abgetreten seien und die Beklagte daher an die Klägerin zu leisten habe. Die Beklagte bestätigte mit Schreiben vom 12. Dezember 1959 den Empfang des Schreibens vom 3. Dezember 1959 und erklärte, sie habe wiederholt darauf hingewiesen, daß die Bezahlung der jeweils fälligen Torfheuer sowie die Regelung sonstiger Abgaben von ihr aus direkt mit der Regierung in Aurich erledigt werde. Unter dem 15. Dezember 1959 übersandte der Regierungspräsident in Aurich der Beklagten ein Kündigungsschreiben, das u.a. folgenden Inhalt hat:

"...Wenn danach das Vertragsverhältnis mit dem 31. Dezember 1954 beendet ist, haben Sie die bisherige Pacht in dem bisherigen Umfange als Entschädigung zu zahlen. Sollte aber entgegen unserer Auffassung noch ein etwaiges Pachtverhältnis weiterlaufen, müßten die Ihnen von der NWK (das ist die Klägerin) aufgegebenen Beträge an den angegebenen, nach Kalender bestimmten Fälligkeitsdaten bezahlt werden. Das ist nicht geschehen, ebenso nicht auf Grund der Mahnung der NWK vom 3. d.M., die mit unserer Bestätigung vom gleichen Tage versehen ist. Vorsorglich kündigen wir Ihnen wegen dieses Zahlungsverzuges ein etwa bestehendes Vertragsverhältnis hiermit fristlos."

Nach Empfang der fristlosen Kündigung vom 15. Dezember 1959 ließ die Beklagte mit Schreiben vom 16. Dezember 1959 der Klägerin einen Scheck über den geforderten Betrag zugehen und wies die Kündigung zurück. Am Schluß dieses Schreibens heißt es:

"Wir behalten uns vor, den zuviel gezahlten Betrag, der die Höhe des jetzt überwiesenen Betrages übersteigen kann, zurückzufordern bzw. zu verrechnen. Darauf werden wir zu gegebener Zeit noch zurückkommen."

Mit Schreiben vom 17. Dezember 1959 an die Klägerin hat die Beklagte mit Gegenforderungen aufgerechnet, die ihr

angeblich aus in den Jahren 1951 bis 1959 zuviel gezahlter Torfheuer zustehen.

III. Das Berufungsgericht führt aus, die Beklagte habe auch nach ihrer eigenen Darstellung im Zeitpunkt der Kündigung die restliche Torfheuer für 1955, die gesamte Torfheuer für 1958 und die erste Rate der Torfheuer für 1959 geschuldet. Alle Beträge seien fällig gewesen. Die Darstellung der Beklagten ergebe, daß die erste Hälfte der jährlichen Torfheuer im Herbst, die zweite Hälfte im Februar des folgenden Jahres fällig gewesen sei. Dafür sei ohne Bedeutung, daß nach der Darstellung der Beklagten alljährlich Streit über die Höhe der zu zahlenden Torfheuer entstanden sei, der erst nach Verhandlungen habe beigelegt werden müssen. Der Streit über die Höhe habe sich nur auf den Tonnenpreis für Trockentorf, der der Berechnung der jährlichen Torfheuer habe zugrunde gelegt werden sollen, bezogen. Die Beklagte sei im Zeitpunkt der Kündigung mit den noch ausstehenden Raten jedenfalls durch das Schreiben vom 3. Dezember 1959 in Verzug geraten, in welchem die Klägerin und die Regierung die Rückstände aus 1955, 1958 und 1959 angemahnt und eine Zahlungsfrist bis zum 7. Dezember 1959 bestimmt hätten. Am Verschulden würde es nur mangeln, wenn die Beklagte, ohne die im Verkehr erforderliche Sorgfalt zu verletzen, habe glauben dürfen, zur Verweigerung der Zahlung berechtigt zu sein, weil die Klägerin und die Regierung sich die nunmehr zur Aufrechnung gestellte Forderung auf Rückzahlung von in den Vorjahren zuviel gezahlter Torfheuer entgegenhalten lassen müßten. Das sei aber nicht der Fall. Die Regierung habe der Beklagten mit Schreiben vom 6. März 1959 die für 1958 und mit Schreiben vom 30. September 1959 die für 1959 zu zahlende Torfheuer mitgeteilt und ihrer Berechnung die bis dahin stets üblich gewesene Berechnungsart zugrunde gelegt. Die Beklagte habe darauf nichts veranlaßt, auch nicht, als sie am 31. März 1959 in einer Versammlung der

Torfunternehmer in Aurich erfahren haben wolle, daß andere Torfunternehmer weniger als 3,5 % des jährlich erzeugten Trockentorfes als Torfheuer zahlten. Wenn sie daraus einen Anspruch auf Rückzahlung bisher zuviel gezahlter Torfheuer habe herleiten wollen, hätte es zur im Verkehr erforderlichen Sorgfalt gehört, daß sie sich dann alsbald an die Klägerin oder an die Regierung gewandt und das geklärt hätte. Statt dessen habe sie nichts unternommen und die Dinge auf sich beruhen lassen. Die Klägerin und die Regierung seien deshalb grundsätzlich berechtigt gewesen, ein etwa bestehendes Pachtverhältnis fristlos zu kündigen, nachdem die Beklagte nach der gemeinsamen Mahnung die Rückstände nicht bezahlt habe.

IV. Diese Auffassung hält im Ergebnis der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

Es kann dahingestellt bleiben, ob die Angriffe der Revision gegen die Auffassung des Berufungsgerichts, die Beklagte sei mit mindestens zwei aufeinanderfolgenden Raten der Torfheuer im Verzuge gewesen, durchgreifen.

Die Revision macht jedenfalls mit Recht geltend, daß die Annahme des Berufungsgerichts, die Ausübung des Kündigungsrechtes sei zulässig gewesen, von Rechtsirrtum beeinflußt werde. Ob, wie die Revision meint, bei einer mit Fristsetzung verbundenen Mahnung die Kündigung wegen Verzuges nach den Grundsätzen von Treu und Glauben erst mit Ablauf der Frist ausgesprochen werden darf, braucht nicht entschieden zu werden. Die der Beklagten mit dem Mahnschreiben vom 3. Dezember 1959 gesetzte Frist lief bis zum 7. Dezember 1959. Es mag zwar sein, daß diese Frist unangenehm kurz gewesen ist. Indessen hat das Land Niedersachsen nicht unmittelbar nach Ablauf der Frist, sondern erst mit dem am 16. Dezember 1959 der

Beklagten zugegangenen Schreiben gekündigt. Die Auffassung der Revision, der Zeitraum seit Zugang des Mahnschreibens bis zum 16. Dezember 1959 sei nach Treu und Glauben immer noch zu kurz und die Frist sei deshalb auch zu diesem Zeitpunkt noch nicht abgelaufen gewesen, ist nicht begründet. Die Kündigung erweist sich aber aus anderem Grunde als unzulässige Rechtsausübung: Aus dem unstreitigen Schriftwechsel der Parteien ergibt sich, was von dem Berufungsgericht auch nicht verkannt wird, daß die Beklagte jahrelang mit einem Rest der Torfheuer für 1955 im Rückstand gewesen ist, daß die endgültige Torfheuer für 1957, also die zweite Rate, die nach Auffassung des Berufungsgerichts im Februar 1958 zu zahlen gewesen wäre, erst im März 1959 mit dem Lande Niedersachsen abgestimmt worden ist und daß auch erst in dieser Zeit Einigung über die endgültige Torfheuer 1958 erzielt worden ist. Mit Schreiben vom 23. März 1959 hatte nämlich der Regierungspräsident unter Bezugnahme auf eine Besprechung um schriftliche Mitteilung gebeten, welche Torfpreise die Beklagte in den Jahren 1957 und 1958 durchschnittlich erzielt habe. Die Beklagte erwiderte mit einem Schreiben vom 26. März 1959, das auszugsweise lautet:

"Auf Ihre Anfrage bezüglich erzielte Torfpreise für die Jahre 1957 und 1958 teilen wir Ihnen mit, daß der Durchschnittspreis im Jahre 1957 DM 37,97 und im Jahre 1958 DM 35,40 betrug. Demzufolge sind von uns für 1957 an Torfheuer DM 44 120,19 und für 1958 DM 32 932 zu entrichten, insgesamt also	DM 77 052,19
Hiervon wurden bereits gezahlt	" 21 612,75
Rest	DM 55 439,44.
	=====

Weiterhin sind von uns für 1958 DM 70,50 Entschädigungsgebühren für 1,41 ha kultivierte Fläche sowie DM 307,20 Torfheuer für Handtorfstiche zu bezahlen. Insgesamt müßte unsere Zahlung DM 55 817,14 betragen.

=====

Wir haben mit gleicher Post einen Scheck über 30 817,42 DM an die Regierungshauptkasse in Aurich abgesandt. Die restlichen 25 000 DM werden wir am 15. Mai d.J. zur Zahlung anweisen."

Mit dieser Berechnung hat das Land Niedersachsen sich einverstanden erklärt. Sie liegt dem gemeinsamen Schreiben der Klägerin und des Landes vom 3. Dezember 1959 zugrunde. Wird nämlich von der Torfheuer für 1957 von 44 120,19 DM der bereits gezahlte Betrag von 21 612,75 DM abgesetzt, verbleibt ein Rest von 22 507,44 DM. Hierauf sind ersichtlich die mit Scheck gezahlten 30 817,42 DM abzüglich der erwähnten Beträge von insgesamt 377,70 DM, also mit 30 439,72 DM gutgebracht, so daß die Torfheuer für 1957 ausgeglichen war und zur Verrechnung auf die erste Rate der Torfheuer 1958 der im Schreiben vom 3. Dezember 1959 aufgeführte Betrag von 7932,28 DM verblieb. Daraus ergibt sich der errechnete Rückstand für die erste Rate 1958 von 16 466 DM minus 7932,28 DM = 8533,72 DM und für die zweite Rate 1958 von 16 466 DM. Die Mitteilung des als Abschlag auf die erste Hälfte der Torfheuer 1959 zu zahlenden Betrages von 27 695,23 DM hat das Land Niedersachsen der Beklagten schließlich mit Schreiben vom 30. September 1959 zugehen lassen, ohne dabei die schon bestehenden Rückstände anzumehmen.

Es steht danach fest, daß die Beklagte mindestens seit Februar 1956 die Torfheuer nicht pünktlich entrichtet hat und längere Zeit hindurch mit mindestens zwei aufeinanderfolgenden Raten im Rückstand gewesen ist, ohne daß das Land Niedersachsen von einem Kündigungsrecht Gebrauch gemacht hat, und daß auch das Land selbst sich mit der Bestimmung der endgültigen Torfheuer mehrfach Zeit gelassen hat. Nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts (JR 1925, 570; JW 1932, 1041), der auch der Bundesgerichtshof nicht grundsätzlich entgegengetreten ist (vgl.

Urteil vom 24. Februar 1959 - VIII ZR 33/58 - MDR 1959, 386), ist aber ein nachsichtiger Vermieter, der längere Zeit eine zweifache Säumnis des Mieters hingenommen hat, in der Regel zur fristlosen Kündigung erst berechtigt, wenn er den Mieter vorher gerade darauf hingewiesen hat, daß er bei künftiger Säumnis kündigen werde, will er sich nicht dem Vorwurf unzulässiger Rechtsausübung aussetzen.

An einem solchen Hinweis hätte das Land Niedersachsen es nicht fehlen lassen dürfen. Das Berufungsgericht setzt sich mit der angeführten Rechtsprechung nicht ausdrücklich auseinander. Seine Erwägungen, die zu dem Ergebnis führen, die Beklagte könne sich auf einen Treueverstoß nicht berufen, tragen die dem zugrundeliegende Auffassung, daß es eines Hinweises auf das Recht zur fristlosen Kündigung nicht bedurft hätte, nicht. Das Berufungsgericht glaubt, nur wenn die Beklagte auf Grund des Verhaltens der Regierung und der Klägerin der Ansicht hätte sein dürfen, daß diese nicht von ihrem Kündigungsrecht Gebrauch machen würden, könne sie der fristlosen Kündigung Treuwidrigkeit entgegenhalten. Schon diese Betrachtungsweise ist zu eng. Nicht nur dann, wenn die Beklagte des Glaubens sein dürfte, die Klägerin werde nicht kündigen, sondern schon dann, wenn die Beklagte nicht anzunehmen brauchte, die Klägerin werde kündigen, kann die von der Klägerin ausgesprochene Kündigung eine unzulässige Rechtsausübung bilden. Aber auch das, was das Berufungsgericht zur Begründung dafür anführt, daß die Beklagte zu der Annahme, daß die Klägerin von ihrem Recht zur fristlosen Kündigung nicht Gebrauch machen werde, keinen Grund gehabt habe, vermag nicht zu überzeugen. Das Berufungsgericht meint einmal, die Beklagte habe aus dem Mahnschreiben vom 3. Dezember 1959 entnehmen können, eine weitere Säumnis werde Folgen haben. Die angeführte Rechtsprechung fordert aber den aus-

drücklichen Hinweis des Vermieters, daß diesmal die unpünktliche Zahlung die Kündigung zur Folge haben werde. Die Unterlassung einer solchen Mitteilung ist, wie das Reichsgericht ausführt, geeignet, den Mieter in den Glauben zu versetzen, das Recht der Kündigung werde wie in den früheren Fällen auch diesmal nicht ausgeübt werden (RG JW 1932, 1041). Dem Berufungsgericht könnte zugestimmt werden, wenn die Klägerin und das Land Niedersachsen lediglich erklärt hätten, sie würden Verzugsfolgen geltend machen. So lautet die Androhung aber gerade nicht. Sie haben sich vielmehr ausdrücklich die Geltendmachung von Verzugszinsen vorbehalten. Die Hervorhebung der Verzugszinsen war gerade geeignet, die Beklagte im Sinne des angeführten Urteils des Reichsgerichts in den Glauben zu versetzen, bei einem Verzuge werde es bei der Forderung von Verzugszinsen sein Bewenden haben. Das Berufungsgericht verweist weiter darauf, daß die Klägerin seit dem Jahre 1955 den vorliegenden Rechtsstreit führe. Was das Kündigungsrecht betrifft, so kommt es aber nicht auf die Klägerin, sondern auf das Land Niedersachsen an. Auch wenn das Land Niedersachsen an die Klägerin seine Ansprüche aus dem Mietverhältnis abgetreten hatte, blieb Vertragsgegnerin der Beklagten das Land; eine Übertragung der Verpächterstellung fand nicht statt. Ein etwaiges Kündigungsrecht konnte daher nach wie vor nur das Land Niedersachsen ausüben. Die Klägerin führt den Rechtsstreit allerdings mit Billigung des Landes Niedersachsen, jedoch im eigenen Interesse. Die Klägerin hat im Rechtsstreit auch ausdrücklich vorgetragen, das Land Niedersachsen sei an ihr nicht finanziell beteiligt. Mag dem Lande mit Rücksicht auf den zwischen ihm und der Klägerin geschlossenen Pachtvertrag vom 22. September 1954 der Ausgang des Rechtsstreits auch nicht gleichgültig sein, so mußte sich der Beklagten der Gedanke, das Land Niedersachsen werde, um dem Begehren der Klägerin zum Siege zu verhelfen, von einem Kündigungsrecht wegen Zahlungsverzuges Gebrauch

machen, doch nicht notwendig aufdrängen. Es kommt hinzu, daß die Klage in erster Reihe darauf gestützt war, zwischen dem Land Niedersachsen und der Beklagten seien vertragliche Beziehungen nicht wirksam begründet worden, zum mindesten sei ein Pachtvertrag durch Kündigung seit dem 31. Dezember 1954 beendet. Eine Kündigung wegen Verzuges mit der Entrichtung des Mietzinses hätte mit der hauptsächlich vorgebrachten Klagegrundlage im Widerspruch gestanden und als eine Anerkennung angesehen werden können, daß ein Vertrag bestehe. Auch unter diesem Gesichtspunkt lag es nicht so nahe, wie das Berufungsgericht meint, daß die Beklagte sich im Hinblick auf den schwebenden Rechtsstreit hätte vor Augen führen müssen, ein Verzug mit zwei Raten der Torfheuer werde die fristlose Kündigung des Vertrages nach sich ziehen. Die Beklagte brauchte das umso weniger, als auch in der Zeit vom 1956 bis Herbst 1959, in der die Beklagte bereits mit der Zahlung der Torfheuer in Rückstand geraten war, der Rechtsstreit schon schwebte und das Land Niedersachsen trotzdem eine Kündigung nicht ausgesprochen hatte. Wie sehr tatsächlich das Land Niedersachsen bei Zahlungsrückständen der Beklagten Nachsicht geübt hat, zeigt auch, daß das Land, obwohl die Beklagte im Schreiben vom 26. März 1959 die Zahlung der restlichen 25 000 DM bis zum 25. Mai 1959 in Aussicht gestellt hatte, diesen Betrag nicht einmal in seinem Schreiben vom 30. September 1959 angemahnt hat. Das Berufungsgericht hat bei seiner Prüfung, ob das Verhalten des Landes Niedersachsen gegen Treu und Glauben verstoße, überhaupt den Grundsatz nicht hinreichend in Betracht gezogen, daß für die Würdigung, ob eine Vertragspartei mit der Kündigung ein Recht unzulässig ausübt, in erster Linie die gesamten sich aus dem Vertragsverhältnis ergebenden Umstände zu berücksichtigen sind. Dabei muß im vorliegenden Fall zugunste der Beklagten besonders ins Gewicht fallen, daß nach der

Feststellung des Berufungsgerichts ein langfristiger Abtorfungsvertrag geschlossen war, der die Grundlage für eine Besiedlung des Moorgeländes bilden sollte. Dem entspricht aber eine Fürsorgepflicht des Landes Niedersachsen, dessen Vertreter für die Siedlung auf dem Moorge-lände geworben und die Gründung der Beklagten unterstützt haben. Diese Pflicht gebot es, daß das Land, nachdem es bisher sich bei der Einforderung der Pachtheuer groß-zügig und nachsichtig gezeigt hatte, der Beklagten nicht ohne vorherige ausdrückliche Warnung das als Siedlungs-fläche vorgesehene Pachtland unter Berufung auf den Zah-lungsverzug durch Kündigung entzog und damit das Sied-lungsvorhaben in Frage stellte. Unter allen diesen Umstän-den brauchte die Beklagte zumal nach dem Wortlaut des Mahnschreibens vom 3. Dezember 1959 mit so weitreichenden Folgen des Verzuges wie der fristlosen Kündigung nicht zu rechnen.

III. Das Berufungsgericht hat also in seinen Ausführungen den Umfang der nach Treu und Glauben einem Vermieter oder Verpächter obliegenden Pflichten und den von der Recht-sprechung in dieser Hinsicht angewandten Begriff der unzu-lässigen Rechtsausübung verkannt. Dieser auf sachlich-rechtlichem Gebiet liegende Verstoß nötigt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils, auch soweit es die Klage auf Grund fristloser Kündigung für begründet hält. Einer Zu-rückverweisung der Sache an das Berufungsgericht bedarf es auch insoweit nicht. Der Sachverhalt, der zur Kündigung geführt hat, und die Begleitumstände sind, soweit sie nicht überhaupt unstreitig sind, vom Berufungsgericht un-angreifbar festgestellt. Bei der dem Revisionsgericht ob-liegenden Anwendung der sachlichrichtigen Gesetzesbestim-mungen auf diesen Tatbestand ergibt sich, daß die von dem Lande Niedersachsen ausgesprochene Kündigung sich als un-zulässige Rechtsausübung darstellt. Auf die Ausführungen

der Revision, daß entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts der Beklagten eine Aufrechnungsbefugnis zugestanden habe und daß sie mindestens in entschuldbarem Irrtum an ein solches Recht geglaubt habe, braucht daher nicht mehr eingegangen zu werden.

C.

I. Die Klägerin hat hilfsweise vorgetragen, die Beklagte habe sich am 10. April 1946 in einer Besprechung mit Vertretern der Klägerin ihr gegenüber verpflichtet, ihr das Torfigelände nach acht Jahren zur weiteren Abtorfung zu überlassen. Das Berufungsgericht sieht auf Grund des von der Regierung in Aurich gefertigten Vertragsentwurfes, aus verschiedenen Aktenvermerken der Regierung und dem Bericht des Regierungspräsidenten an den Minister für Ernährung, Landwirtschaft und Forsten vom 27. August 1947 als erwiesen an, daß der Beklagten nur das Recht habe zustehen sollen, nach Ablauf von acht Jahren die Abtorfung der Klägerin zu überlassen, daß sie eine Verpflichtung hierzu aber nicht eingegangen sei.

Die Klägerin macht in der Revisionserwiderung geltend, das Berufungsgericht habe bei seiner Würdigung die Beweismittel, die sie für ihre Behauptungen durch Benennung der Zeugen W. [REDACTED] und H. [REDACTED] angeboten habe, zu Unrecht übergangen. Träfe das zu, wäre der Senat gehindert, eine eigene Sachentscheidung zu treffen und müßte die Sache an das Berufungsgericht zurückverweisen. Der Pflicht, diese Zeugen zu vernehmen, war das Berufungsgericht jedoch enthoben. Die Klägerin hat in ihren Schriftsätzen vom 8. September 1955, 8. Oktober 1955 und 16. Mai 1956 folgendes vorgetragen: Bei den Besprechungen zwischen der Regierung und der Beklagten sei davon ausgegangen worden, daß

nach einer Übergangszeit die Abtorfung für die Beklagte nicht mehr lohnend sein werde. Das sei auch bei einer Zusammenkunft der Zeugen von Sch[REDACTED], des Regierungspräsidenten und des Oberpräsidenten am 9. April 1946 ausdrücklich erwähnt worden. Am nächsten Tage habe eine Besprechung der Direktoren H[REDACTED] und W[REDACTED] der Klägerin mit den vorgesehenen Vorstandsmitgliedern der Beklagten stattgefunden. In dieser Besprechung sei die Dauer der Übergangszeit erörtert worden. Man habe sich auf acht Jahre geeinigt; es sei ausdrücklich abgesprochen worden, daß die Abtorfung nach acht Jahren auf die Klägerin übergehen solle. Ein entsprechender Vertragsentwurf sei unter dem 11. April 1946 der Zentrale der Klägerin in Hamburg übersandt und nach deren Genehmigung der Regierung übergeben worden. Diese habe erklärt, daß der Entwurf den Inhalt der bisher geführten Verhandlungen richtig wiedergebe, die Angelegenheit werde bei Abschluß des Vertrages zwischen der Regierung und der Beklagten in Ordnung gebracht werden. So sei die Bestimmung des § 15 b) des Vertragsentwurfes der Regierung zu verstehen, der lautet:

"Die Genossenschaft hat das Recht, die Abtorfung des Geländes den N[REDACTED] Kraftwerken AG. W[REDACTED] zu überlassen. Der darüber zwischen der Genossenschaft und der NWK zu schließende Vertrag unterliegt der Genehmigung durch den Regierungspräsidenten."

Der Vertragsentwurf der Klägerin, der den Inhalt der Besprechungen vom 10. April 1946 wiedergeben soll, lautet auszugsweise:

"

....

§ 1

Die ... vorhandenen Torfvorräte müssen dem Kraftwerk Wiesmoor seines besonderen Charakters wegen grundsätzlich vorbehalten bleiben.

§ 2

Der Herr Regierungspräsident in Aurich wird der Genossenschaft die um die Domäne W [REDACTED] herum gelegene Hochmoorfläche von rd. 600 ha zwecks Besiedlung verkaufen.... Mit Rücksicht auf die z.Zt. herrschende Brennstoffknappheit und zur Erleichterung der Finanzierung ihrer Siedlungen beabsichtigt die Genossenschaft, auf dieser Fläche die Torfgewinnung zunächst selbst zu übernehmen.

....

§ 4

Nach Verlauf von 8 Torfjahren, spätestens am 1.12.1953, hat die Genossenschaft den Torfbetrieb an die NWK zu übergeben. Die gesamten maschinellen Anlagen und Geräte übernehmen die NWK zum Taxwert...

....

§ 6

Die NWK zahlt der Genossenschaft für jedes entnommene cbm Moor eine Torfheuer, die dem Durchschnitt der Torfmoore entspricht ...

§ 7

Nach der Übernahme der Torfgewinnung durch die NWK wird sie die Mitglieder der Genossenschaft auf ihren Wunsch in ihren Betrieb einstellen und sie ausschließlich auf den Flächen der Genossenschaft beschäftigen, ihnen auch den für ihren Hausbrand benötigten Torf zu ihrem Selbstkostenpreis überlassen, je Haushalt jedoch nicht mehr als ... (Mengenangabe fehlt) to jährlich

.....

Eine Unterzeichnung des Entwurfs hat die Beklagte abgelehnt. Auf eine Anfrage der Regierung teilte die Klägerin dieser mit Schreiben vom 21. Mai 1948 mit, der Abschluß eines Vertrages sei bis jetzt noch nicht möglich gewesen, sie hoffe aber, daß die Vertreter der Beklagten zu bewegen seien, den Vertrag in den nächsten Tagen abzuschließen. Zu einer Übereinkunft ist es aber nicht gekommen.

Nach der eigenen Darstellung der Klägerin kann es sich, sofern überhaupt bei der Besprechung am 10. April 1946 bindende Abmachungen getroffen worden sind, dabei nur um den mündlichen Abschluß eines Vorvertrages zu einem noch schriftlich abzufassenden Unterpachtvertrage gehandelt haben. Der Inhalt des Vertragsentwurfs der Klägerin ergibt eindeutig, daß das Vertragsverhältnis der Beklagten zu dem damaligen Land Hannover nicht etwa enden und die Klägerin in unmittelbare Beziehungen zu dem Lande treten sollte. Vielmehr sollte die der Beklagten zustehende Nutzung der Flächen der Klägerin gegen Entgelt überlassen werden; denn es war ausdrücklich die Zahlung einer Torfsteuer an die Beklagte und die Beschäftigung der Mitglieder "auf den Flächen der Genossenschaft" vorgesehen. Dieser "Entwurf" sollte, wie die Klägerin es selbst darstellt, die bei der Besprechung von den Vorstandsmitgliedern mündlich zugesagte Überlassung in die Form eines endgültigen und vollständigen Vertragswerks, das im übrigen noch der Genehmigung der Zentrale in H. unterlag, fassen. Unterstellt, die Vorstandsmitglieder der Beklagten wären bei der Besprechung am 10. April eine rechtliche Bindung eingegangen, so wäre für die Beklagte allerdings die Verpflichtung zum Abschluß eines schriftlichen Unterpachtvertrages mit der Klägerin begründet worden und die Klägerin hätte, wenn die Beklagte sich grundlos weigerte, auf Abschluß eines solchen Vertrages klagen können. Dagegen kann die Klägerin, solange der Hauptvertrag nicht geschlossen ist, keine Rechte geltend machen, die sich aus ihm ergeben sollen; solche Rechte können ihr erst zustehen, wenn der eigentliche Vertrag zustande gekommen ist. Die Beklagte verstößt auch nicht gegen Treu und Glauben, wenn sie trotz einer etwa unberechtigten Weigerung, den Unterpachtvertrag zu schließen, die sofortige Herausgabe des Moorgeländes ablehnt. Es steht ihr frei, sich darauf zu berufen, daß der Herausgabeanspruch

der Klägerin, da der Hauptvertrag nicht abgeschlossen sei, nicht bestehe, und abzuwarten, ob die Klägerin einen etwaigen Anspruch auf Abschluß des Unterpachtvertrages durchsetzen werde. Es ist also nicht so, daß die Beklagte ein Verhalten zeigt, von dem sie sofort Abstand nehmen müßte und das daher entsprechend dem Rechtsgrundsatz, daß treuwidrig handelt, wer etwas fordert, was er sofort herausgeben muß, eine unzulässige Rechtsausübung darstellte. Ob und unter welchen Bedingungen sie jetzt noch mit der Beklagten einen Unterpachtvertrag schließen will, hat die Klägerin nicht vorgetragen, im besonderen auch nicht, ob sie etwa an dem Entwurf aus dem Jahre 1946 unter den veränderten Umständen zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung des Berufungsrechtszuges festhalten will. Die Klägerin hat vielmehr in erster Reihe die Klage darauf gestützt, daß zwischen dem Lande Niedersachsen und der Beklagten ein Pachtverhältnis überhaupt nicht zustandegekommen sei, zum mindesten nicht mehr bestehe. Ein Angebot, mit der Beklagten einen Unterpachtvertrag zu schließen, hätte mit dieser Begründung der Klage in Widerspruch gestanden und hätte eine Anerkennung bedeutet, daß zwischen dem Lande Niedersachsen und der Beklagten ein Pachtvertrag bestehe. Das Berufungsgericht hatte deshalb auch keinen Anlaß, die durch einen Anwalt vertretene Klägerin zu befragen, ob sie noch zum Abschluß eines Unterpachtvertrages bereit sei. Nach alledem vermag der Vortrag der Klägerin über den Inhalt der Besprechungen vom 10. April 1946 den Klageanspruch nicht zu begründen. Einer Vernehmung der Zeugen H. [REDACTED] und W. [REDACTED] durch das Berufungsgericht hat es demnach nicht bedurft.

D.

Unter diesen Umständen konnte der Senat in der Sache selbst erkennen. Da das Herausgabeverlangen der Klägerin

sich als unbegründet erweist, war das angefochtene Urteil aufzuheben und auf die Berufung der Beklagten die Klage abzuweisen.

Die gesamten Kosten des Rechtsstreits hat die Klägerin nach § 91 ZPO zu tragen.

Dr.Pagendarm Artl Dr.Dorschel Dr.Mezger Dr.Messner