



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

LwZR 6/05

Verkündet am:
24. November 2006
Langendörfer-Kunz,
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

BGB § 410 Abs. 1

Das Leistungsverweigerungsrecht nach § 410 Abs. 1 Satz 1 BGB schließt den Eintritt des Verzugs nur aus, wenn es von dem Schuldner geltend gemacht wird.

BGH, Urt. v. 24. November 2006 - LwZR 6/05 - OLG Naumburg

AG Dessau

Der Bundesgerichtshof, Senat für Landwirtschaftssachen, hat auf die mündliche Verhandlung vom 24. November 2006 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Krüger und die Richter Dr. Lemke und Dr. Czub sowie die ehrenamtlichen Richter Andreae und Kees

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des Senats für Landwirtschaftssachen des Oberlandesgerichts Naumburg vom 25. August 2005 wird auf Kosten der Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Mit schriftlichem Vertrag vom 10. Januar 2001 pachtete die Beklagte von H. L. und I. G. , Mitgliedern einer Erbengemeinschaft, für die Zeit vom 1. Oktober 2001 bis zum 30. September 2013 landwirtschaftlich genutzte Flächen. Der vereinbarte Pachtzins von 2.756,13 € pro Jahr sollte in zwei gleichen Raten am 1. April und am 1. Oktober eines jeden Jahres entrichtet werden.

- 2 Im Rahmen eines Bodenordnungsverfahrens erklärten die Verpächterinnen am 26. März 2003 vor dem zuständigen Amt für Landwirtschaft und Flurneuordnung hinsichtlich der verpachteten Flächen ihre Zustimmung zu einer Abfindung in Geld mit der Maßgabe, dass der Kläger die ihnen zustehende Landabfindung erhalten solle; im Gegenzug übernahm der Kläger die Zahlung

der vereinbarten Geldabfindung. Darüber hinaus wurde unter Ziff. 3 der Verhandlungsniederschrift vom 26. März 2003 zum Besitzübergang vereinbart, dass die verpachteten Flächen mit dem Tag der Verhandlung als übergeben gelten sollten und dass der Pachtzins von diesem Tag an dem Kläger zustehe. In einer weiteren schriftlichen Erklärung vom gleichen Tag ermächtigten die Verpächterinnen den Kläger,

"die Ansprüche aus dem Eigentum in vollem Umfange wahrzunehmen. Das schließt das Recht zur Kündigung des Pachtvertrages mit der Agrargenossenschaft K. e.G. sowie die Durchsetzung der Herausgabeansprüche ein. Er ist berechtigt, die Ansprüche in gewillkürter Prozessstandschaft (...) durchzusetzen."

3 Eigentümer der verpachteten Flächen sind nach wie vor die Mitglieder der Erbengemeinschaft.

4 Mit Schreiben vom 30. März 2003 zeigte der Kläger der Beklagten an, dass er die verpachteten Flächen käuflich erworben habe. Im Mai 2003 kündigte er das Pachtverhältnis fristlos wegen ausstehender Pachtzinsen. Nachdem die Beklagte der Kündigung wegen fehlender Nachweise für den Erwerb der Pachtgrundstücke widersprochen hatte, kündigte der Kläger erneut im Januar 2004 und nochmals mit Anwaltsschreiben vom 27. Juli 2004. Die Beklagte widersprach mit anwaltlichem Schreiben vom 29. Juli 2004, in welchem sie dem Prozessbevollmächtigten des Klägers ferner mitteilte, sie werde:

"die zurückgehaltenen Pachtbeträge für die Pachtzinszahlung Oktober 2003 und April 2004 auf Ihr Konto (...) überweisen. Die Einzahlung erfolgt unter Bezugnahme auf die Kopie der Vollmacht vom 26.07.2003, die Sie berechtigt, Geld für Ihren Mandanten in Empfang zu nehmen. Gleichzeitig beauftragen wir Sie zu prüfen, ob Ihr Mandant berechtigt ist, die Pachtzinszahlungen in Empfang zu nehmen. Nur für diesen Fall sind Sie berechtigt, die Pacht an ihn weiter zu reichen."

5 Der Kläger hat nach Eingang des Geldes Klage erhoben mit den Anträgen, die Beklagte zur Herausgabe der Pachtflächen und zur bedingungslosen Freigabe des auf das Konto seines Prozessbevollmächtigten gezahlten Pachtzinses zu verurteilen. Er hat der Klageschrift eine Ablichtung der von den Verpächterinnen unterzeichneten Verhandlungsniederschrift vom 26. März 2003 beigelegt. Das Amtsgericht - Landwirtschaftsgericht - hat die Klage abgewiesen; das Oberlandesgericht - Senat für Landwirtschaftssachen - hat ihr stattgegeben.

6 Mit der von dem Senat zugelassenen Revision will die Beklagte weiterhin die Abweisung der Klage erreichen. Der Kläger beantragt die Zurückweisung des Rechtsmittels.

Entscheidungsgründe:

I.

7 Nach Auffassung des Berufungsgerichts sind die von dem Kläger im Mai 2003, im Januar 2004 und im Juli 2004 ausgesprochenen außerordentlichen Kündigungen des Pachtverhältnisses unwirksam. Vor Klageerhebung habe sich die Beklagte mit der Zahlung des Pachtzinses nicht in Verzug befunden. Sie habe nach § 410 BGB ein Zurückbehaltungsrecht gehabt, weil ihr keine von den Verpächterinnen ausgestellte Urkunde über die Forderungsabtretung ausgehändigt worden sei und die Verpächterinnen ihr die Abtretung auch nicht schriftlich angezeigt hätten.

8 Jedoch sei in der Berufungsbegründung des Klägers eine wirksame außerordentliche Kündigung enthalten. Im Zeitpunkt ihrer Zustellung sei die Beklagte mit zwei Raten des Pachtzinses in Verzug gewesen. Mit der Überweisung des Geldes auf das Konto des Prozessbevollmächtigten des Klägers habe sie ihre Zahlungsverpflichtung nicht erfüllt; denn die Zahlung sei unter dem Vorbehalt erfolgt, dass den Kläger in einem späteren Rückforderungsstreit die Beweislast für das Bestehen seines Anspruchs treffe. Das Leistungsverweigerungsrecht nach § 410 BGB sei mit Klageerhebung erloschen, weil der Beklagten mit der Klageschrift eine Ablichtung der Verhandlungsniederschrift vom 26. März 2003 zugestellt worden sei, aus welcher sich die Abtretung der Pachtzinsforderung ergebe. Der Vorlage des Originals habe es nicht bedurft, weil die Beklagte die Authentizität des Schriftstücks nicht bestritten habe.

9 Das hält einer rechtlichen Nachprüfung im Ergebnis stand.

II.

10 Die Beklagte ist gemäß § 596 Abs. 1 BGB zur Rückgabe der verpachteten Flächen verpflichtet, weil der Kläger das Pachtverhältnis wirksam gekündigt hat.

11 1. Zutreffend geht das Berufungsgericht davon aus, dass der Kläger befugt war, das Pachtverhältnis mit der Beklagten im eigenen Namen zu kündigen. Denn in der Erklärung vom 26. März 2003 haben die Verpächterinnen den Kläger ausdrücklich ermächtigt, das ihnen zustehende Recht zur Kündigung des Pachtvertrags auszuüben. Eine solche Ermächtigung ist nach § 185 Abs. 1 BGB wirksam (BGH, Urt. v. 10. Dezember 1997, XII ZR 119/96, NJW 1998,

896, 897 f.; Urt. v. 11. September 2002, XII ZR 187/00, NJW 2002, 3389, 3391; Urt. v. 8. November 2002, V ZR 244/01, ZfIR 2003, 121, 122).

12 2. Entgegen der Auffassung des Klägers sind die von ihm ausgesprochenen Kündigungen nicht schon als ordentliche Kündigungen wirksam.

13 a) Angesichts der auf zwölf Jahre bestimmten Pachtzeit konnte das Pachtverhältnis nach § 594a Abs. 1 Satz 1 BGB nur ordentlich gekündigt werden, wenn der Pachtvertrag nicht in schriftlicher Form geschlossen wurde (§ 585a BGB). Ob die Schriftform eingehalten wurde, ist zweifelhaft. Der Kläger weist nämlich zu Recht darauf hin, dass in dem Eingang der Vertragsurkunde nur eine der beiden Verpächterinnen als solche aufgeführt ist und die Unterschrift der zweiten nicht erkennen lässt, in welcher Eigenschaft sie geleistet wurde. Sie befindet sich nämlich nicht - wie die der ersten - an der für den "Verpächter" vorgesehenen Stelle, sondern unmittelbar darunter und kann daher auch als bloße Zustimmung zu der Verpachtung verstanden werden. Ein Landpachtvertrag genügt jedoch nur dann der Schriftform, wenn sich alle wesentlichen Vertragsbedingungen, insbesondere der Pachtgegenstand, der Pachtzins sowie die Dauer des Pachtverhältnisses, und die genaue Bezeichnung des Verpächters aus der Urkunde ergeben (Senat, Urt. v. 5. November 2004, LwZR 2/04, NJ 2005, 173, 174).

14 b) Es kann jedoch offen bleiben, ob die in § 585a BGB vorgesehene Schriftform eingehalten ist. Denn der Kläger hat das Pachtverhältnis ausschließlich außerordentlich wegen Zahlungsverzugs gekündigt. Seine Erklärungen lassen sich nicht in eine ordentliche Kündigung nach § 594a Abs. 1 Satz 1 BGB umdeuten. Eine solche Umdeutung ist nämlich nur dann zulässig und angebracht, wenn das Vertragsverhältnis nach dem Willen des Kündigenden in

jedem Fall zum nächstmöglichen Termin beendet werden soll; dieser Wille muss für den Kündigungsgegner erkennbar sein, er muss sich daher eindeutig aus der Kündigungserklärung selbst oder aus Umständen ergeben, die dem Kündigungsgegner bekannt sind (BGH, Urt. v. 12. Januar 1981, VIII ZR 332/79, NJW 1981, 976, 977; Urt. v. 15. Januar 2003, XII ZR 300/99, WM 2003, 1742, 1743 f.; Urt. v. 16. Juli 2003, XII ZR 65/02, NJW 2003, 3053, 3054; Urt. v. 2. März 2004, XI ZR 288/02, NJW-RR 2004, 873, 874). Diese Voraussetzungen liegen hier nicht vor. Die Revisionserwiderung verweist nicht auf Sachvortrag des Klägers in den Tatsacheninstanzen, aus dem sich sein - von dem Zahlungsverzug der Beklagten unabhängiger - unbedingter Wille ergibt, das Pachtverhältnis zu dem nächstmöglichen Termin zu beenden.

15 3. Der Kläger hat das Pachtverhältnis jedoch wirksam während des Rechtsstreits außerordentlich wegen Zahlungsverzugs gekündigt (§ 594e BGB).

16 a) Das Berufungsgericht sieht in der Berufungsbegründung des Klägers eine erneute - stillschweigende - Kündigung des Pachtverhältnisses. Diese Auslegung ist rechtlich möglich (vgl. BGH, Urt. v. 6. November 1996, XII ZR 60/95, NJW-RR 1997, 203; Urt. v. 9. Juli 2003, VIII ZR 26/03, NJW 2003, 3265, 3267). Nach den Feststellungen des Landwirtschaftsgerichts, auf die das Berufungsgericht gemäß § 540 Abs. 1 Satz 1 ZPO Bezug nimmt, hat der Kläger die außerordentliche Kündigung zudem in seinem erstinstanzlichen Schriftsatz vom 16. Januar 2005 ausdrücklich wiederholt. Bei Zugang dieser Schriftsätze lagen die Voraussetzungen des § 594e BGB vor. Die Beklagte befand sich spätestens seit Klageerhebung für zwei aufeinander folgende Termine mit der Entrichtung der Pacht in Verzug.

- 17 b) Die Beklagte hat nämlich die am 1. Oktober 2003 und am 1. April 2004 fälligen Pachtzinszahlungen nicht geleistet (§ 286 Abs. 1 Satz 1 BGB). Sie hat den Pachtzins zwar vor Klageerhebung auf das Konto des Prozessbevollmächtigten des Klägers überwiesen. Das hinderte den Eintritt des Verzugs jedoch nicht, weil die Zahlung mit der Auflage verbunden war, die Empfangsberechtigung des Klägers zu prüfen und die Pacht nur bei deren Bejahung an ihn weiterzureichen.
- 18 aa) Zu Recht nimmt das Berufungsgericht an, dass diese Erklärung einen Vorbehalt enthält, der die Erfüllung der Pachtzinsforderung ausschließt.
- 19 (1) Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (siehe nur BGHZ 83, 278, 282; 86, 267, 269 und 271; 139, 357, 367 f.; 152, 233, 244 f.; Urt. v. 27. September 2005, XI ZR 216/04, NJW-RR 2006, 61, 62 f.; ebenso KG WuM 2006, 46; OLG Düsseldorf NJW-RR 1989, 27, 28 und 1996, 1430; OLG Hamm NJW-RR 1987, 985, 986; OLG Naumburg OLGR 2005, 637, 639; OLG Saarbrücken MDR 2004, 329 f.; Staudinger/Olzen, BGB [2000], § 362 Rdn. 24 ff.; MünchKomm-BGB/Wenzel, 4. Aufl. § 362 Rdn. 4, 29; Soergel/Zeiss, BGB [1990], § 362 Rdn. 15; RGRK/Weber, BGB, 12. Aufl., § 362 Rdn. 35 f.; JurisPK-BGB/Kerwer, § 362 Rdn. 33, 49; AnwKomm-BGB/Avenarius, § 362 Rdn. 13 f.; Bamberger/Roth/Dennhardt, BGB, § 362 Rdn. 25; Erman/H.P. Westermann, BGB, 11. Aufl., § 362 Rdn. 13, 16; Palandt/Grüneberg, BGB, 65. Aufl., § 362 Rdn. 11 f.; Hk-BGB/Schulze, 4. Aufl., § 362 Rdn. 9 f.; PWW/Pfeiffer, BGB, § 362 Rdn. 13; a.A. Seibert, JR 1983, 491 f.) ist bei einer Leistung unter Vorbehalt zu unterscheiden: Will der Schuldner lediglich dem Verständnis seiner Leistung als Anerkenntnis (§ 212 Abs. 1 Nr. 1 BGB) entgegentreten und die Wirkung des § 814 BGB ausschließen, sich also die Möglichkeit offen halten, das Geleistete nach § 812 BGB zurückzufordern, so stellt dies die Ordnungsmäßig-

keit der Erfüllung nicht in Frage. Anders ist es, wenn der Schuldner in der Weise unter Vorbehalt leistet, dass den Leistungsempfänger in einem späteren Rückforderungsstreit auch die Beweislast für das Bestehen des Anspruchs treffen soll. Ein Vorbehalt dieser Art lässt die Schuldtilgung in der Schwebe und schließt darum die Erfüllung nach § 362 BGB aus. Er ist vor allem dann anzunehmen, wenn der Schuldner während eines Rechtsstreits - etwa zur Abwendung der Zwangsvollstreckung aus einem vorläufig vollstreckbaren Titel - leistet und den Rechtsstreit gleichwohl fortsetzt (BGHZ 86, 267, 269; 139, 357, 368; BGH, Urt. v. 22. Mai 1990, aaO, 2756; MünchKomm-ZPO/Krüger, 2. Aufl., § 708 Rdn. 5 f.; ders. NJW 1990, 1208; a.A. insoweit Stein/Jonas/Münzberg, ZPO, 22. Aufl., § 708 Rdn. 4 ff.; Staudinger/Olzen, aaO, § 362 Rdn. 32 f. und Czub, ZZP 102, 274, 282 ff.). Ein erfüllungshindernder Vorbehalt kann aber auch bei einer vorgerichtlichen Leistung anzunehmen sein. Dies ist insbesondere für die Fälle anerkannt, in denen der Schuldner nur zur Abwendung eines empfindlichen Übels (BGHZ 152, 233, 244 f.) oder unter der Voraussetzung leistet, dass die Forderung zu Recht besteht (vgl. OLG Düsseldorf NJW-RR 1989, 27, 28; 1996, 1430). Denn auch hier muss der Gläubiger davon ausgehen, dass der Schuldner die mit der Erfüllung verbundene Umkehr der Beweislast nicht hinnehmen will.

20 (2) Das Berufungsgericht hat diese Grundsätze beachtet. Nach seiner Auffassung hat die Beklagte ihre Zahlung unter den erfüllungshindernden Vorbehalt gestellt, dass den Kläger in einem späteren Rückforderungsstreit die Beweislast für das Bestehen seines Anspruchs treffen solle. Sie habe nämlich in dem Anwaltsschreiben vom 29. Juli 2004 den Willen zum Ausdruck gebracht, die Erfüllungswirkung nach § 362 BGB von der Empfangsberechtigung des Klägers abhängig zu machen und diesem auch das Risiko eines ausbleibenden Nachweises aufzubürden. Diese tatrichterliche Auslegung ist revisionsrechtlich

nur beschränkt, nämlich darauf überprüfbar, ob der Auslegungstoff vollständig berücksichtigt worden ist und ob gesetzliche oder allgemein anerkannte Auslegungsregeln, die Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verletzt sind (st. Rspr.; vgl. nur Senat, Urt. v. 5. November 2004, LwZR 2/04, NJ 2005, 173, 174; für den Vorbehalt BGH, Urt. v. 27. September 2005, XI ZR 216/04, NJW-RR 2006, 61, 62). Danach ist die Auslegung nicht zu beanstanden. Die Revision macht solche Beanstandungen auch nicht geltend. Sie wendet vielmehr ein, dass nach dem von dem Berufungsgericht festgestellten Willen der Beklagten die Erfüllungswirkung lediglich von der Empfangsberechtigung des Klägers abhängen sollte. Das trifft nicht zu. Das Berufungsgericht hat zwar ausgeführt, dass die Empfangsberechtigung des Klägers die für die Beklagte entscheidende rechtliche Voraussetzung der Tilgungswirkung war. Es hat aber nicht festgestellt, dass die Beklagte die Tilgungswirkung nur von dieser Voraussetzung abhängig machen wollte. Vielmehr hat es die Auslegung des Vorbehalts im Sinne einer solchen Rechtsbedingung sogar ausdrücklich abgelehnt. Auch dies ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Denn wie der Vorbehalt des Bestehens der Schuld (vgl. dazu Staudinger/Olzen, aaO, § 362 Rdn. 25; MünchKomm-BGB/Wenzel, aaO, § 362 Rdn. 4; RGRK/Weber, aaO, § 362 Rdn. 35) kann auch der Vorbehalt der Empfangsberechtigung nicht nur als Hinweis auf die gesetzlichen Voraussetzungen des § 362 BGB, sondern dahin verstanden werden, dass den Leistungsempfänger weiterhin die Beweislast für deren Vorliegen treffen soll. Eine solche Auslegung liegt insbesondere dann nahe, wenn der Schuldner - wie hier die Beklagte - vor der Leistung bereits entsprechende Nachweise verlangt, aber nicht erhalten hatte.

21 (3) Entgegen der Auffassung der Revision hat sich der Kläger dem Vorbehalt auch nicht unterworfen. Auf die in diesem Zusammenhang zitierte Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 8. Juni 1988 (IVb ZR 51/87, NJW 1989,

161, 162) kann sich die Revision nicht berufen. Danach braucht der Gläubiger die unter einem erfüllungshindernden Vorbehalt angebotene Leistung nicht anzunehmen; er unterwirft sich aber dem Vorbehalt, wenn er sie gleichwohl annimmt, denn dadurch bringt er zum Ausdruck, dass er mit den Bedingungen des Schuldners einverstanden ist. Nach den nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts ist dies jedoch nicht der Fall. Der Kläger hat die ohne sein Zutun bewirkte Überweisung weder angenommen noch sonst zu erkennen gegeben, dass er mit dem Vorbehalt einverstanden wäre. Auch das Verhalten seines Prozessbevollmächtigten lässt keine entsprechenden Schlüsse zu. Denn nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hat er den ihm angetragenen Prüfungsauftrag nicht angenommen und den Pachtzins auch nicht an den Kläger ausgekehrt. Dass er die Ablehnung des Auftrags erst in der drei Monate später erhobenen Klage erklärt hat, rechtfertigt keine andere Beurteilung.

22 bb) Die bedingte Zahlung der Beklagten war auch nicht geeignet, den Eintritt des Verzugs auszuschließen. Ob sich dies ohne weiteres aus dem erfüllungshindernden Vorbehalt ergibt (vgl. BGH, Urt. v. 24. Juni 1981, IVa ZR 104/80, NJW 1981, 2244; Urt. v. 7. Oktober 1982, VII ZR 163/81, WM 1983, 21, 22; Urt. v. 12. März 1992, III ZR 133/90, WM 1992, 1712, 1715; Krüger, NJW 1990, 1208, 1212 f.; Kerwer, Die Erfüllung in der Zwangsvollstreckung, S. 168 ff. zu Zahlungen zur Abwendung der Zwangsvollstreckung), wovon das Berufungsgericht ausgeht, kann offen bleiben. Denn die dem Prozessbevollmächtigten des Klägers erteilte Auflage, die Empfangsberechtigung seines Mandanten zu prüfen und die Pacht nur bei ihrer Bejahung an ihn weiterzureichen, geht über einen solchen Vorbehalt hinaus und schließt den Eintritt des Verzugs schon aus diesem Grund nicht aus. Die Beklagte hat damit die Erfüllungswirkung ihrer Zahlung nicht nur von der Empfangsberechtigung des Klägers abhängig gemacht. Sie hat dessen Prozessbevollmächtigten auch mit der Prüfung

der Empfangsberechtigung beauftragt und die Auskehrung des Pachtzinses unter die aufschiebende Bedingung gestellt, dass diese Prüfung zu einem positiven Ergebnis führt. Diese Bedingung ist weder eingetreten, noch hat der Prozessbevollmächtigte des Klägers ihren Eintritt treuwidrig vereitelt (§ 162 Abs. 1 BGB). Denn er war der Beklagten gegenüber nicht verpflichtet, die Empfangsberechtigung seines Mandanten zu prüfen, und wegen der klaren Interessenkollision durfte er den Prüfungsauftrag auch nicht annehmen. Damit war er aber zugleich gehindert, den Pachtzins an den Kläger weiterzureichen. Denn dadurch hätte er gegen die ausdrückliche Weisung der Beklagten verstoßen und sich selbst einem Haftungsrisiko ausgesetzt.

23 c) Entgegen der Auffassung der Revision schließt auch das Leistungsverweigerungsrecht nach § 410 Abs. 1 S. 1 BGB den Verzug nicht aus.

24 aa) Nach § 410 Abs. 1 S. 1 BGB ist der Schuldner dem neuen Gläubiger gegenüber nur gegen Aushändigung einer von dem bisherigen Gläubiger über die Abtretung ausgestellten Urkunde zur Leistung verpflichtet. Diese Vorschrift begründet keinen Gegenanspruch und darum auch kein Zurückbehaltungsrecht nach § 273 BGB, sondern ein Leistungsverweigerungsrecht, das der Schuldner dem neuen Gläubiger einredeweise entgegenhalten kann (BGH, Urt. v. 17. Februar 1969, II ZR 102/67, WM 1969, 598, 599; Urt. v. 21. November 1985, VII ZR 305/84, NJW 1986, 977).

25 bb) Das Berufungsgericht verneint das Bestehen eines solchen Rechts. Nach seiner rechtlich nicht zu beanstandenden Auslegung ist die in der Verhandlungsniederschrift vom 26. März 2003 beurkundete Vereinbarung, dass der Pachtzins ab sofort dem Kläger zustehen soll, zwar als Abtretung der Pachtzinsforderung zu verstehen. Das Leistungsverweigerungsrecht nach § 410

Abs. 1 Satz 1 BGB sieht es aber als erloschen an, weil die Beklagte mit der Klageschrift eine Ablichtung der Verhandlungsniederschrift erhalten und deren Authentizität nicht in Zweifel gezogen habe. Ob diese Rechtsauffassung zutrifft, ist zweifelhaft. Sie entspricht zwar einem Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 27. Juni 1968 (AP Nr. 3 zu § 398 m. zust. Anm. Schnorr v. Carolsfeld), dem sich nicht nur ein Teil der Instanzgerichte (KG KGR 2006, 326 f.; LAG Frankfurt DB 1988, 612), sondern auch das Bundessozialgericht (BSGE 76, 184, 189 f.) angeschlossen hat. In der Literatur überwiegen aber die ablehnenden Stimmen (Staudinger/Busche, BGB [2005], § 410 Rdn. 6; MünchKomm-BGB/Roth, aaO, § 410 Rdn. 5; AnwK-BGB/B. Eckardt, § 410 Rdn. 2; Bamberger/Roth/Rohe, § 410 Rdn. 3; Palandt/Grüneberg, aaO, § 410 Rdn. 2; Hk-BGB/Schulze, aaO, § 410 Rdn.1; PWW/Müller, BGB, § 410 Rdn. 2; zustimmend nur Soergel/Zeiss [1990], § 410 Rdn. 1 und RGRK/Weber, aaO, § 410 Rdn. 6; offen Erman/H.P. Westermann, aaO, § 410 Rdn. 1 und Nörr/Scheyhing/Pöggeler, Sukzessionen, 2. Aufl., S. 97 Fn. 115). Der Senat braucht diese Zweifel jedoch nicht zu klären. Im Ergebnis stellt sich die Entscheidung des Berufungsgerichts nämlich auch dann als richtig dar, wenn die Vorlage der Ablichtung der Verhandlungsniederschrift vom 26. März 2003 das Leistungsverweigerungsrecht der Beklagten nach § 410 Abs. 1 Satz 1 BGB nicht ausschließt. Denn bei Zugang der nach Klageerhebung erklärten Kündigungen befand sich die Beklagte jedenfalls deshalb in Verzug, weil sie das Leistungsverweigerungsrecht weder vor noch während des Rechtsstreits geltend gemacht hat.

26

(1) Die Beklagte ist spätestens mit der Klageerhebung in Verzug geraten (§ 286 Abs. 1 Satz 2 BGB). Die Klage richtet sich - auch - auf die unbedingte Freigabe des unter Vorbehalt gezahlten Pachtzinses. Ihre Erhebung steht daher der Mahnung gleich. Als solche ist sie auch wirksam. Das Leistungsverweige-

rungsrecht nach § 410 Abs. 1 S. 1 BGB steht dem nicht entgegen. Denn nach § 410 Abs. 1 S. 2 BGB kann der neue Gläubiger den Schuldner auch ohne Vorlage einer Abtretungsurkunde wirksam mahnen. Unwirksam ist eine solche Mahnung nur unter der Voraussetzung, dass der Schuldner sie aus diesem Grund unverzüglich zurückweist. Ein bloßes Bestreiten der Abtretung reicht dafür nicht aus; erforderlich ist vielmehr, dass der Schuldner die Vorlegung der Abtretungsurkunde fordert und, falls diese nicht erfolgt, die Mahnung unverzüglich unter Hinweis auf die Nichtvorlegung zurückweist (BGHZ 26, 241, 248; Staudinger/Busche, aaO, § 410 Rdn. 11; Soergel/Zeiss, aaO, § 410 Rdn. 2).

27 (2) Dies hat die Beklagte nicht getan. Ihr Verteidigungsvorbringen enthält weder einen Hinweis auf die unterbliebene Vorlegung einer Abtretungsurkunde, noch ist ihm das Verlangen nach der Vorlegung zu entnehmen. Die Beklagte hat die Abtretung nicht bestritten und auch die Authentizität und die Beweiskraft der von dem Kläger vorgelegten Ablichtung nicht in Zweifel gezogen. Gegen den Antrag auf Freigabe des Pachtzinses hat sie in erster Instanz lediglich eingewandt, die mit der Zahlung verbundene Auflage sei nicht zu beanstanden, weil der Kläger nicht nachgewiesen habe, als Eigentümer in das Grundbuch eingetragen und somit zum Empfang der Pachtzinszahlungen berechtigt zu sein. In zweiter Instanz hat sie sich auf die Erfüllung der Pachtzinsforderung berufen mit dem Argument, die in der Auflage liegende Bedingung sei eingetreten, nachdem der Prozessbevollmächtigte des Klägers dessen Empfangsberechtigung mit der Klage dargelegt habe. Sie hat aber nicht - auch nicht hilfsweise - geltend gemacht, weiterhin zur Verweigerung der Leistung berechtigt zu sein.

28

(3) Das war aber zur Vermeidung des Verzugseintritts erforderlich. Denn aus der Vorschrift des § 410 Abs. 1 Satz 2 BGB ergibt sich ferner, dass das bloße Bestehen eines Leistungsverweigerungsrechts nach § 410 Abs. 1 Satz 1 BGB nicht genügt, um den durch die Mahnung eintretenden Verzug auszuschließen (Roth, Die Einrede des Bürgerlichen Rechts, S. 207). Anderenfalls hinge nämlich die Unwirksamkeit der Mahnung weder von deren unverzüglicher Zurückweisung ab, noch bedürfte sie überhaupt einer eigenen Regelung. Das durch § 410 Abs. 1 BGB begründete Recht des Schuldners hat somit nicht dieselbe verzugshindernde Wirkung wie das Leistungsverweigerungsrecht nach § 320 BGB (dazu BGHZ 116, 244, 249). Es wirkt vielmehr wie ein Zurückbehaltungsrecht nach § 273 BGB, das den Eintritt des Verzugs nur dann ausschließt, wenn es dem Gläubiger gegenüber geltend gemacht wird (BGH, Urt. v. 14. April 2005, VII ZR 14/04, NJW-RR 2005, 1041, 1042). Das entspricht der Eigenart dieses Rechts: Solange der Schuldner die Einrede nicht erhebt, ist der Gläubiger weder verpflichtet noch im eigenen Interesse gehalten, von sich aus tätig zu werden und die Aushändigung der Abtretungsurkunde anzubieten oder entsprechend § 273 Abs. 3 BGB Sicherheit zu leisten. Anlass hierzu hat er erst, wenn der Schuldner ihm gegenüber zum Ausdruck bringt, dass er die geschuldete Leistung bis zu der Aushändigung der Abtretungsurkunde verweigert. Bei dieser Erklärung kann sich der Schuldner an den Wortlaut von § 410 Abs. 1 Satz 1 BGB anlehnen (BGH, Urt. v. 17. Februar 1969, II ZR 102/67, WM 1969, 598, 600); er muss sich aber nicht auf diese Vorschrift berufen (vgl. BGH, Urt. v. 27. März 1985, VIII ZR 75/84, NJW 1985, 2417, 2418 zu § 273 BGB), sondern im Einzelfall kann es ausreichen, dass er einen Nachweis für die Gläubigerstellung verlangt (vgl. OLG Koblenz, Urt. v. 13. August 1992, 5 U 165/92, dokumentiert bei Juris).

29 (4) Die Beklagte hat sich zu keinem Zeitpunkt ausdrücklich auf ihr Leistungsverweigerungsrecht nach § 410 Abs. 1 Satz 1 BGB berufen. Sie hat der ersten fristlosen Kündigung allerdings wegen fehlender Nachweise für den Erwerb der Pachtgrundstücke widersprochen. Diese Erklärung kann zwar als Ausübung eines Zurückbehaltungsrechts ausgelegt werden. Sie hat gegebenenfalls auch den Eintritt des Verzugs zunächst verhindert, weil sie auf der unzutreffenden Mitteilung des Klägers über den käuflichen Erwerb der Pachtgrundstücke beruhte und sich auf diejenige Nachweise bezog, die der Kläger hätte vorlegen müssen, um den Übergang der Pachtzinsforderung nach §§ 593b, 566 Abs. 1 BGB zu belegen. Dies gilt jedoch nur für die Zeit bis zu der bedingten Zahlung des rückständigen Pachtzinses im August 2004. Denn aufgrund der Zahlung konnte der Kläger aus dem ursprünglichen Verlangen nach einem geeigneten Erwerbsnachweis nicht mehr den Schluss ziehen, die Beklagte wolle die geschuldete Leistung bis zum Nachweis seiner Gläubigerstellung zurückhalten. Aus der mit der Zahlung verbundenen Auflage konnte er zudem erkennen, dass die Beklagte die Prüfung dieser Frage nicht mehr selbst vornehmen, sondern seinem Prozessbevollmächtigten übertragen wollte. Der Kläger hatte daher keinen Anlass, der Beklagten die Aushändigung einer Abtretungsurkunde anzubieten.

30 (5) Auch in den Tatsacheninstanzen hat sich die Beklagte weder auf ein Leistungsverweigerungsrecht berufen noch einen Nachweis für die Gläubigerstellung des Klägers verlangt. Deshalb kann es offen bleiben, ob der Verzug bereits durch die Erhebung der Einrede aus § 410 Abs. 1 Satz 1 BGB beendet wird (so BGH, Urt. v. 17. Februar 1969, II ZR 102/67, WM 1969, 598, 599) oder - wie im Fall des § 273 BGB (dazu BGH, Urt. v. 25. November 1970, VIII ZR 101/69, WM 1971, 215, 216) - nur dadurch beseitigt werden kann, dass der

Schuldner seine eigene Leistung Zug um Zug gegen die Aushändigung der Abtretungsurkunde anbietet.

31 (6) Selbst wenn in der von der Revision vertretenen Auffassung, die Aushändigung einer Ablichtung der Abtretungsurkunde sei nicht ausreichend, die Geltendmachung des Leistungsverweigerungsrechts zu sehen sein sollte, stellt dies die Wirksamkeit der Kündigungen des Pachtverhältnisses nicht in Frage. Ob und unter welchen Voraussetzungen eine erstmals in der Revisionsinstanz erhobene Einrede zu berücksichtigen ist, kann in diesem Zusammenhang offen bleiben. Die nachträgliche Berufung auf das Leistungsverweigerungsrecht nach § 410 Abs. 1 Satz 1 BGB lässt die bereits eingetretenen Verzugsfolgen nämlich nicht entfallen (BGH, Urt. v. 17. Februar 1969, II ZR 102/67, WM 1969, 598, 599). Dies folgt wiederum aus der Vorschrift des § 410 Abs. 1 Satz 2 BGB. Denn das Erfordernis der unverzüglichen Zurückweisung einer ohne Vorlage der Abtretungsurkunde ausgesprochenen Mahnung wäre sinnlos, wenn der Schuldner die Folgen des Verzugs jederzeit rückwirkend beseitigen könnte.

32 4. Der Kläger kann nach der wirksamen Kündigung des Pachtverhältnisses im eigenen Namen die Herausgabe der verpachteten Flächen an sich verlangen. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts kommt es nicht darauf an, ob er berechtigt ist, diesen Anspruch in gewillkürter Prozessstandschaft für die Verpächterinnen geltend zu machen. Denn er ist selbst Inhaber eines Herausgabeanspruchs, den er auch als eigenen geltend gemacht hat (vgl. BGH, Urt. v. 10. Dezember 1997, XII ZR 119/96, NJW 1998, 896, 898).

33 a) Die Verpächterinnen haben ihren schuldrechtlichen Herausgabeanspruch nach § 596 Abs. 1 BGB in der Verhandlung vor dem Amt für Landwirt-

schaft und Flurneuordnung am 26. März 2003 an den Kläger abgetreten. Dies ergibt sich aus der unter Ziff. 3 der Verhandlungsniederschrift beurkundeten Vereinbarung zu dem Besitzübergang, nach der die verpachteten Flächen mit dem Tag der Verhandlung als übergeben gelten sollen. Das Berufungsgericht hat daraus den zutreffenden und von der Revision nicht beanstandeten Schluss gezogen, dass der Besitz am 26. März 2003 auf den Kläger übergegangen ist. Es hat jedoch nicht berücksichtigt, dass der mittelbare Besitz gemäß § 870 BGB durch die Abtretung des Herausgabeanspruchs aus dem Besitzmittlungsverhältnis übertragen wird. Die insoweit unterlassene Auslegung der Vereinbarung vom 26. März 2003 kann der Senat nachholen. Sie führt zu dem Ergebnis, dass die Vereinbarung die Abtretung des Herausgabeanspruchs nach § 596 Abs. 1 BGB umfasst. Denn die von beiden Seiten beabsichtigte Übertragung des mittelbaren Besitzes konnte nur auf diesem Weg erreicht werden, und die Interessen der Verpächterinnen stehen einer Abtretung nicht entgegen. Vielmehr lässt auch die dem Kläger erteilte Ermächtigung zur Kündigung auf einen entsprechenden Willen schließen.

- 34 b) Dass der Kläger den dinglichen Herausgabeanspruch nach § 985 BGB in gewillkürter Prozessstandschaft geltend macht, hindert die Verurteilung aus einem eigenen schuldrechtlichen Anspruch nicht. Denn dem Vorbringen des Klägers ist nicht zu entnehmen, dass er den Streitgegenstand auf den dinglichen Anspruch beschränken wollte. Es ist vielmehr dahin zu verstehen, dass er diesen fremden Anspruch als weiteren Streitgegenstand für den Fall geltend macht, dass ein eigener Herausgabeanspruch nicht besteht.

III.

- 35 1. Die uneingeschränkte Verurteilung der Beklagten zur Freigabe der Pachtzinsen ist im Ergebnis ebenfalls nicht zu beanstanden. Das Berufungsgesicht hat zu Recht angenommen, dass die Beklagte zu der Abgabe dieser Erklärung verpflichtet ist, weil sie ihre Verpflichtung aus §§ 585 Abs. 2, 581 Abs. 1 Satz 2 BGB noch nicht vollständig erfüllt hat.
- 36 2. Ob das Leistungsverweigerungsrecht der Beklagten nach dem Zugang der Ablichtung der Verhandlungsniederschrift vom 26. März 2003 erloschen ist, bedarf auch hier keiner Entscheidung. Denn die Verurteilung zur Freigabe der Pachtzinsen ist schon deshalb nicht entsprechend § 274 BGB zu beschränken, weil sich die Beklagte nicht auf ihr möglicherweise fortbestehendes Recht berufen hat. Soweit ihr Revisionsvorbringen in dieser Weise zu verstehen sein sollte, kann die Einrede aus prozessualen Gründen nicht mehr berücksichtigt werden, weil sie erstmals in der Revisionsinstanz erhoben wurde.
- 37 a) Für die Einrede aus § 273 BGB ist dies in der Rechtsprechung anerkannt (BGH, Urt. v. 1. Februar 1993, II ZR 106/92, NJW-RR 1993, 774, 776; Urt. v. 26. Januar 2005, VIII ZR 79/04, NJW 2005, 976, 977). Sie kann in der Revisionsinstanz auch dann nicht mehr erhoben werden, wenn die Tatsachen, auf die das Zurückbehaltungsrecht gestützt wird, in den Tatsacheninstanzen bereits vorgetragen wurden (BGH, Urt. v. 1. Februar 1993, aaO, m.w.N.).
- 38 b) Für das Leistungsverweigerungsrecht nach § 410 Abs. 1 Satz 1 BGB gilt nichts anderes. Denn zum einen ist in der Revisionsinstanz kein Raum mehr für die Würdigung eines Sachverhaltes, welcher der Prüfung und Beurteilung durch den Tatrichter noch nicht unterlag, weil er für dessen Entscheidung uner-

heblich war. Zum anderen ist die Leistungsverweigerung selbst eine neue, materiellrechtlich bedeutsame Tatsache, die das Revisionsgericht grundsätzlich nicht mehr berücksichtigen kann (so - für die Einrede der Verjährung - BGHZ 1, 234, 238; BGH, Urt. v. 23. Oktober 2003, IX ZR 324/01, NJW-RR 2004, 275, 277). Sie ändert nämlich den Anspruch des Gläubigers, der bislang auf eine unbeschränkte Leistung gerichtet war, in einen Anspruch auf Leistung Zug um Zug und hat damit die gleiche rechtsgestaltende Wirkung wie die Ausübung eines Zurückbehaltungsrechts (dazu BGH, Urt. v. 29. April 1986, IX ZR 145/85, NJW-RR 1986, 991, 992; MünchKomm-BGB/Krüger, aaO, § 273 Rdn. 91). Grundlage der Prüfung des Revisionsgerichts ist aber nach § 559 ZPO nur der Tatsachenstoff, der sich aus dem Berufungsurteil einschließlich der in ihm enthaltenen wirksamen Bezugnahmen sowie aus dem Sitzungsprotokoll erschließt (BGH, Urt. v. 6. Juni 2003, V ZR 392/02, NJW-RR 2003, 1290, 1291).

39

c) Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist dieser Grundsatz zwar aus prozesswirtschaftlichen Gründen einschränkend dahin auszulegen, dass in bestimmtem Umfang auch Tatsachen, die sich erst nach der letzten mündlichen Verhandlung in der Berufungsinstanz ergeben, in die Urteilsfindung einfließen können, soweit sie unstreitig sind oder ihr Vorliegen in der Revisionsinstanz ohnehin von Amts wegen zu beachten ist und schützenswerte Belange der Gegenseite nicht entgegenstehen (BGHZ 53, 128, 131 f.; 85, 288, 290; 104, 215, 201; BGH, Urt. v. 21. November 2001, XII ZR 162/99, NJW 2002, 1130, 1131). Die erstmalige Ausübung eines Leistungsverweigerungsrechts kann danach nur berücksichtigt werden, wenn der Schuldner dieses Recht auch noch mit der Vollstreckungsabwehrklage geltend machen könnte (so BGH, Urt. v. 21. November 2001, aaO, 1131 für die Aufrechnungserklärung). Denn durch die Vermeidung eines weiteren, gegebenenfalls über mehre-

re Instanzen zu führenden Rechtsstreits werden schutzwürdige Belange des Gläubigers nicht beeinträchtigt.

40

d) So verhält es sich hier aber nicht. Denn nach § 767 Abs. 2 ZPO sind Einwendungen nur insoweit zulässig, als die Gründe, auf denen sie beruhen, nach dem Schluss der letzten mündlichen Verhandlung entstanden sind. Sind die Gründe vor diesem Zeitpunkt entstanden und wird die Rechtswirkung der Einwendung erst durch eine Willenserklärung ausgelöst, so ist nach gefestigter Rechtsprechung (siehe nur BGHZ 163, 339, 342; BGH, Urt. v. 16. November 2005, VIII ZR 218/04, NJW-RR 2006, 229, 230) der Zeitpunkt maßgebend, in welchem die Willenserklärung objektiv abgegeben werden konnte. Entsprechendes gilt für die Erhebung von Einreden (MünchKomm-ZPO/K. Schmidt, 2. Aufl., § 767 Rdn. 79). Die Beklagte könnte ihr Leistungsverweigerungsrecht also nicht mehr im Wege der Vollstreckungsabwehrklage geltend machen, und deshalb wäre es mit den Belangen des Klägers nicht zu vereinbaren, wenn ihr die Möglichkeit eröffnet würde, die in den Tatsacheninstanzen versäumte Ausübung dieses Rechts im Revisionsverfahren nachzuholen.

IV.

41 Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO.

Krüger

Lemke

Czub

Vorinstanzen:

AG Dessau, Entscheidung vom 04.05.2005 - 8 Lw 16/04 -

OLG Naumburg, Entscheidung vom 25.08.2005 - 2 U 52/05 (Lw) -