



# **BUNDESGERICHTSHOF**

## **BESCHLUSS**

LwZR 12/09

vom

27. November 2009

in dem Rechtsstreit

Der Bundesgerichtshof, Senat für Landwirtschaftssachen, hat am 27. November 2009 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Krüger und die Richter Dr. Lemke und Dr. Czub sowie die ehrenamtlichen Richter Ruckwied und Siebers

beschlossen:

Auf die Nichtzulassungsbeschwerde des Beklagten zu 1 wird das Urteil des 23. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln - Senat für Landwirtschaftssachen - vom 7. Mai 2009 aufgehoben.

Der Rechtsstreit wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Verfahrens der Nichtzulassungsbeschwerde, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Der Gegenstandswert des Beschwerdeverfahrens beträgt 134.941,07 €.

Gründe:

I.

- 1 Mit schriftlichem Vertrag vom 7. Januar 1997 verpachtete die inzwischen verstorbene Mutter des Beklagten zu 1 (Verpächterin) an diesen ihren Hof mit einer Fläche von 46,679 ha für 25 Jahre bis zum 1. Januar 2022 für einen jährlichen Pachtzins von 28.017,40 DM. Über das Vermögen der Verpächterin wurde im Juli 1997 das Konkursverfahren eröffnet.

- 2            Im Oktober 2001 unterzeichneten u.a. der Geschäftsführer der Klägerin und der Beklagte zu 1 eine Vereinbarung, nach der versucht werden sollte, mit dem Hauptgläubiger und Betreiber des Konkursverfahrens eine Einigung zu erzielen, indem die Klägerin zu einem zur Befriedigung des Gläubigers ausreichenden Kaufpreis das Grundstück aus der Konkursmasse erwirbt. Die der Klägerin durch den Erwerb entstehenden Kosten sollten durch Vermarktung der Bau- und Bauerwartungsland darstellenden Flächen des landwirtschaftlichen Besitzes finanziert und ein Mehrerlös zwischen den Vertragsparteien geteilt werden. Die Klägerin sollte zudem die zum Hof gehörenden landwirtschaftlichen Flächen in einzelnen Abschnitten auskiesen und für die Auskiesung und für die Verfüllung eine Vergütung an den Beklagten zu 1 zahlen. Nach der Schlussbemerkung sollte die Vereinbarung Basis für einen noch abzuschließenden Geschäftsvertrag sein.
- 3            Der Beklagte zu 1 hatte im September 2001 beim Landkreis einen Antrag auf Genehmigung der Auskiesung für ein Flurstück der von ihm bewirtschafteten Flächen gestellt. Im März 2002 vereinbarten die Parteien, dass die Klägerin die Verhandlungen mit den Behörden führen sollte. Nach einer zur Vorlage beim Landkreis vorformulierten Einverständniserklärung des Beklagten zu 1 vom 25. April 2002 sollte der von diesem gestellte Antrag für eine Auskiesungsgenehmigung für die Klägerin gestellt sein; der Beklagte zu 1 hat nach Entstehung der Streitigkeiten zwischen den Parteien die Echtheit der Unterschrift bestritten.
- 4            Mit notariellen Verträgen vom 16. November 2001 und vom 19. Februar 2002 kaufte die Klägerin die Grundstücke vom Konkursverwalter zu einem Preis von 5.000.000 DM. Nach dem Erwerb wurden Entwürfe für einen Kooperationsvertrag der Parteien zur Verwertung der kieshaltigen Flächen und des Bau- und Bauerwartungslands, für einen Landpachtvertrag und für einen Vertrag über

eine Anstellung des Beklagten zu 1 bei der Klägerin erarbeitet; die Verhandlungen darüber führten jedoch zu keinem Vertragsabschluss.

- 5 Der Klägerin wurde die Genehmigung zur Auskiesung erteilt. Der Beklagte zu 1 verlangte nach Beginn der Auskiesung von der Klägerin Rechnungslegung auf der Grundlage der Vereinbarung aus dem Jahre 2001; im November 2004 kündigte die Klägerin diese Vereinbarung wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage und bot dem Beklagten anschließend eine einmalige Abfindungszahlung an. Sie verwies den Beklagten darauf, im Falle des Nichteinverständnisses eine Klage gegen das Mutterunternehmen der Klägerin in den Niederlanden zu erheben. Der Beklagte erhob eine Zahlungsklage vor dem Gericht in Maastricht, die jedoch erfolglos blieb.
- 6 Mit Anwaltsschreiben vom 28. November 2005 verlangte die Klägerin wegen Nichtbestehens eines Pachtvertrages und des Scheiterns der Vertragsverhandlungen die Herausgabe der von den Beklagten genutzten Flächen und kündigte - falls ein solcher Vertrag bestehe und mit dem Erwerb des Grundstücks auf sie übergegangen sei - diesen vorsorglich. Ihr sei eine Nutzung durch die Beklagten nicht mehr zuzumuten, weil der Beklagte zu 1 laufende Genehmigungsverfahren für Auskiesungen, auch mit falschen Behauptungen, torpediere.
- 7 Im Verlauf des Rechtsstreits erklärte die Klägerin gegenüber dem Beklagten zu 1 mehrfach schriftlich eine außerordentliche Kündigung des Pachtvertrags, in dem Schreiben vom 27. August 2007 wegen Zahlungsverzugs, in dem vom 5. November 2007 wegen Veräußerung der Milchquote und des Viehbestands und in dem vom 22. Januar 2008 wegen eines versuchten Prozessbetrugs mit dem unberechtigten Vorwurf einer Urkundenfälschung durch ihren Unternehmensberater.

8 Die Klägerin hat Klage auf Zahlung von Pachtzinsen in Höhe von 57.570 € zzgl. Zinsen und auf Herausgabe und Räumung erhoben. Die Beklagten haben Abweisung beantragt und hilfsweise mit Schadensersatzansprüchen wegen Ertragsausfällen und entgangenen Förderungen in Höhe von 29.365,50 € aufgerechnet sowie Widerklage mit den Anträgen erhoben, der Klägerin das Betreten und die Auskiesung der verpachteten Grundstücke zu untersagen und diese zu verurteilen, den Beklagten die Zustimmung zur Entnahme von Bodenbestandteilen zu gestatten. Das Amtsgericht (Landwirtschaftsgericht) hat der Zahlungsklage in Höhe von 42.975,36 € zuzüglich Zinsen stattgegeben und die Beklagten zur Herausgabe und Räumung verurteilt; die Widerklage hat es abgewiesen. Das Oberlandesgericht (Landwirtschaftssenat) hat die Verurteilung der Beklagten zur Zahlung auf 38.462,95 € zuzüglich Zinsen abgeändert und die Berufung der Beklagten im Übrigen zurückgewiesen, dabei hat es in den Gründen ausgeführt, dass auch die von den Beklagten hilfsweise zur Aufrechnung gestellten Schadensersatzansprüche in Höhe von 29.365,50 € und 38.462,95 € nicht bestünden. Mit der Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision will der Beklagte zu 1 seine vor dem Oberlandesgericht gestellten Anträge in der Revisionsinstanz weiter verfolgen.

## II.

9 Das Berufungsgericht meint, das Pachtverhältnis zwischen der Klägerin und dem Beklagten zu 1 sei zwar nicht schon durch die Kündigung vom 28. November 2005, aber durch die außerordentliche Kündigung vom 27. August 2007 wegen Zahlungsverzugs beendet worden, weil sich der Beklagte zu 1 in diesem Zeitpunkt mit der Errichtung eines nicht unerheblichen Teils der Pacht länger als drei Monate im Verzug befunden habe.

- 10            Das Berufungsgericht verneint ein Recht der Klägerin zur außerordentlichen Kündigung des Landpachtvertrags wegen des nach Einholung eines Schriftsachverständigengutachtens unbegründeten Vorwurfs des Beklagten zu 1, dass seine Unterschrift auf der Erklärung vom 25. April 2002 von dem Unternehmensberater der Klägerin gefälscht worden sei. Dieser Vorwurf sei nicht gegenüber der Klägerin erhoben worden; die Klägerin habe den Vorgang in ihrem Kündigungsschreiben vom 28. November 2005 auch nur am Rande herangezogen. Das spätere Vorbringen der Beklagten in den im Rechtsstreit eingereichten anwaltlichen Schriftsätzen halte sich dagegen noch im Rahmen eines zulässigen Prozessvortrags.
- 11            Die Kündigung vom 27. August 2007 sei allerdings begründet, da die Klägerin nicht auf die Zahlung von Pachtzins bindend verzichtet habe. Die Erklärungen des Geschäftsführers der Klägerin über einen Verzicht auf Pachtzinsen, die dieser nach den Bekundungen der von dem Amtsgericht vernommenen Zeugen in einer Besprechung der Parteien mit Mitgliedern des Gemeinderats am 22. Februar 2002 abgegeben habe, seien im Zusammenhang mit den damaligen Verhandlungen der Parteien zur Auskiesungsproblematik und über den Abschluss eines Kooperationsvertrags zu sehen. Aus ihnen lasse sich kein endgültiger Verzicht der Klägerin auf Pachtzinsen auch nach dem Scheitern der Verhandlungen der Parteien über den Abschluss eines Kooperationsvertrags ableiten.
- 12            Die von den Beklagten erst im Berufungsrechtszug unter Vorlage einer "Internen Vereinbarung" vom 5. März 2002 aufgestellte Behauptung, dass die Klägerin als Gegenleistung für die Beantragung der Auskiesungsgenehmigung auf Pachtzinsen verzichtet habe, sei dagegen nach § 531 Abs. 2 ZPO nicht zuzulassen, weil die verspätete Geltendmachung auf Nachlässigkeit beruhe. Da die Beklagten eingeräumt hätten, dass der Zeuge D.            sie schon während des ersten Rechtszugs auf die Existenz einer solchen schriftlichen Vereinbarung hinge-

wiesen habe, hätten die Beklagten das unter Benennung des Zeugen bereits in erster Instanz vortragen müssen. Die Ablichtung einer Urkunde sei als Beweismittel untauglich. Da die Klägerin die Unterzeichnung einer solchen Vereinbarung durch ihren Geschäftsführer bestritten habe, seien die Beklagten auf den Zeugenbeweis beschränkt, der jedoch durch § 531 Abs. 2 ZPO präkludiert sei.

### III.

13 Die statthafte und auch im Übrigen zulässige Nichtzulassungsbeschwerde ist begründet, weil das Berufungsgericht das Verfahrensgrundrecht der Beklagten auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) in entscheidungserheblicher Weise verletzt hat.

14 1. Die Zurückweisung des - unter Vorlage der Ablichtung einer "Internen Vereinbarung" vom 5. März 2002 geltend gemachten - neuen Vorbringens der Beklagten im Berufungsrechtszug nach § 531 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 ZPO beruht auf einer fehlerhaften Anwendung der Präklusionsvorschrift, die sich zugleich als Verletzung des Verfahrensgrundrechts auf rechtliches Gehör darstellt (BGH, Beschl. v. 23. Mai 2007, IV ZR 24/06, NJW-RR 2007, 1253; BGH, Beschl. v. 19. Juni 2008, V ZR 190/07, Rz. 5, juris; Beschl. v. 3. November 2008, II ZR 236/07, NJW-RR 2009, 332, 333).

15 a) Mangels gegenteiliger Feststellungen in dem Berufungsurteil ist in dem Verfahren über die Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision davon auszugehen, dass den Beklagten erst durch das Auffinden einer Kopie der Urkunde vom 5. März 2002 wieder bewusst geworden ist, dass es neben der Vereinbarung vom September 2001 eine weitere schriftliche Vereinbarung gab und welchen Inhalt diese hatte.

- 16            b) Vor diesem Hintergrund hat das Berufungsgericht überzogene Anforderungen an den erstinstanzlichen Vortrag der Beklagten gestellt, wenn es von diesen verlangt hat, sie hätten bereits auf Grund des Hinweises des Zeugen D.            , dass es eine schriftliche Vereinbarung mit einem Verzicht der Klägerin auf Pachtzinsansprüche geben müsse, dazu schon in erster Instanz vortragen und Beweis durch die Benennung des Zeugen antreten müssen.
- 17            aa) Die Beschränkung der Zulassung neuen Vorbringens in der Berufungsinstanz in § 531 Abs. 2 ZPO soll die Parteien zwar zu konzentrierter Verfahrensführung im ersten Rechtszug anhalten, die Bestimmung begründet aber keine Verpflichtungen für die Parteien, ohne hinreichende Anhaltspunkte - "ins Blaue hinein" - schon in erster Instanz die Tatsachen vorzutragen, die ihr erst in zweiter Instanz bekannt geworden sind (BGH, Beschl. v. 7. Febr. 2007, IV ZR 25/06, NJW-RR 2007, 1033, 1034; Zöller/Heßler, ZPO, 28. Aufl., § 531 Rdn. 30), oder für ihr Anliegen günstige tatsächliche Umstände, die ihr nicht bekannt sind, zu ermitteln (BGH, Urt. v. 6. November 2008, III ZR 231/07, NJW-RR 2009, 329, 331).
- 18            Gemessen daran hat das Berufungsgericht die Anforderungen an das erstinstanzliche Vorbringen überspannt. Da eine Partei nicht verpflichtet ist, schon in erster Instanz vorsorglich Behauptungen aufs Geratewohl aufzustellen, für deren Richtigkeit sie keine konkreten Anhaltspunkte hat, ist es nicht nachlässig, wenn die Partei solche Behauptungen erst im Berufungsrechtszug aufstellt, nachdem sie durch ein erst nach dem Schluss der mündlichen Verhandlung in erster Instanz aufgefundenes Beweismittel hinreichende Hinweise für die Richtigkeit ihres (neuen) Vortrags erhalten hat. Dem auf einem neu aufgefundenen Beweismittel beruhenden Vorbringen ist - soweit es erheblich ist - nachzugehen (vgl. OLG Saarbrücken OLGR 2003, 249, 250; OLG Zweibrücken OLGR 2003, 34). Die Präklusionsvorschrift in § 531 Abs. 2 Nr. 3 ZPO ist auch



dann nicht anzuwenden, wenn es sich bei dem erst im Berufungsrechtszug aufgefundenen Schriftstück nicht um das Original der Urkunde, sondern um eine dem Urkundenbeweis nach §§ 415 ff. ZPO nicht zugängliche Kopie einer Urkunde handelt, die als Augenscheinsobjekt freier tatrichterlicher Beweiswürdigung unterliegt (vgl. BGH, Urt. v. 16. November 1979, V ZR 93/77, NJW 1980, 1047, 1048). Die Partei darf alle neuen Beweismittel verwerten; hätte es sich um das Original der Urkunde gehandelt, könnte das mit der Urkunde zu beweisende neue Vorbringen allenfalls schon unabhängig von den Voraussetzungen des § 531 Abs. 2 ZPO zulässig sein, um eine nur mit diesem Beweismittel zu führende Restitutionsklage nach § 580 Nr. 7 b ZPO (vgl. dazu BGHZ 65, 300, 302; Urt. v. 12. November 1962, VII ZR 226/60, WM 1963, 145, 148; KG NJW-RR 1997, 123, 124) auszuschließen.

19 c) Die Nichtzulassungsbeschwerde rügt zudem mit Recht, dass das Berufungsgericht unangemessene Anforderungen an das von der Partei zu erwartende Vorbringen stellt, wenn es meint, die Beklagten hätten schon in der ersten Instanz einen schriftlichen Verzicht der Klägerin auf Pachtzinsansprüche behaupten und den Zeugen D. dafür benennen müssen, obwohl die Urkunde nicht auffindbar war und auch der Zeuge sich weder an Einzelheiten des Vertragsschlusses noch an den Inhalt der schriftlichen Vereinbarung erinnern konnte.

20 Zwar hätten die Beklagten, wenn sie selbst sich an den Abschluss einer schriftlichen Vereinbarung nicht mehr erinnern konnten, das dennoch behaupten und unter Zeugenbeweis stellen können (vgl. BGH, Urt. v. 27. Mai 2003, IX ZR 283/99, NJW-RR 2004, 337, 338). Der Vortrag dazu wäre jedoch mangels Substantiierung unerheblich gewesen.

21 Ein Sachvortrag ist zwar bereits dann schlüssig und erheblich, wenn die Partei Tatsachen vorträgt, die das geltend gemachte Recht als in ihrer Person entstanden erscheinen lassen. Die Angabe näherer Einzelheiten ist nur dann erforderlich, wenn diese für die Rechtsfolgen von Bedeutung sind (BGH, Urt. v. 13. Dezember 2002, V ZR 359/01, NJW-RR 2003, 491; Beschl. v. 1. Juni 2005, XII ZR 275/02, NJW 2005, 2710, 2711 m.w.N.). Hier geht es jedoch nicht um nähere Einzelheiten, sondern um den Kern der Vereinbarung. Dazu hätten die für den Verzicht der Klägerin auf den Pachtzinsanspruch darlegungs- und beweispflichtigen Beklagten nach ihrem erstinstanzlichen Kenntnisstand nur vortragen können, dass es nach den ihnen von dem Zeugen D. erteilten Informationen eine schriftliche Vereinbarung hierüber zwischen den Parteien gegeben habe, jedoch weder sie noch der Zeuge sagen könnten, was denn zwischen der Klägerin und ihnen konkret vereinbart worden sei.

22 Das hätte zu nichts geführt. Ob ein solch unsubstanziierter Prozessvortrag gänzlich unbeachtlich ist und der Gegner auch nicht nach § 138 Abs. 2 ZPO darauf erwidern muss (so MünchKomm-ZPO/Prütting, 3. Aufl., § 282 Rdn. 15), oder dem Vortrag - wenn der Gegner diesen zulässigerweise ebenfalls mit Nichtwissen bestreitet (vgl. BGH, Urt. v. 11. Juli 1995, X ZR 42/93, NJW 1995, 3311, 3312) - nur die Beweisbedürftigkeit fehlt (Musielak/Foerste, ZPO, 7. Aufl., § 284 Rdn. 15; Zöller/Greger ZPO, 28. Aufl. § 284 Rdn. 9), kann hier dahinstehen, weil die Klägerin einen Verzicht auf die Pachtzinsforderung stets in Abrede gestellt und ihre Klage (auch) auf eine fristlose Kündigung wegen Zahlungsverzugs gestützt hat. Konkreter substantiierter Vortrag zu einer Vereinbarung über einen Verzicht auf den Pachtzins als Gegenleistung für die Beantragung einer Genehmigung für eine Auskiesung durch die Klägerin war den Beklagten erst nach dem von ihnen vorgetragenen Auffinden des Textes der Vereinbarung möglich.

- 23            2. Der Verstoß gegen das Verfahrensgrundrecht ist entscheidungs-  
erheblich, da nicht ausgeschlossen werden kann, dass das Berufungsgericht  
unter Berücksichtigung des zu Unrecht nach § 531 Abs. 2 ZPO zurückge-  
wiesenen Vorbringens zu einem anderen Ergebnis gekommen wäre.
- 24            a) Eine Kündigung wegen Zahlungsverzugs wäre auf Grund der Ver-  
einbarung vom 5. März 2002 ausgeschlossen, wenn es ein von dem Geschäfts-  
führer der Klägerin unterschriebenes Original der von den Beklagten nur in Ko-  
pie vorgelegten schriftlichen Vereinbarung vom 5. März 2002 gibt oder gab und  
der Verzicht auf den Pachtzins in Nummer 5 der Vereinbarung den von den Be-  
klagten vorgetragenen Umfang gehabt hätte. Das kann jedoch erst nach Er-  
hebung der von den Parteien dazu angebotenen Beweise beurteilt werden.
- 25            b) Die Entscheidung stellt sich auch nicht aus einem anderen Grund als  
richtig dar.
- 26            aa) Ein Recht der Klägerin zur außerordentlichen fristlosen Kündigung  
des Pachtvertrags nach §§ 594e, 543 Abs. 1 BGB wegen des unrichtigen Vor-  
wurfs der Fälschung der Unterschrift des Beklagten zu 1 auf der Einverständ-  
niserklärung vom 25. April 2002 hat das Berufungsgericht verneint. Die Ent-  
scheidung, ob dem Kündigenden unter Berücksichtigung der Umstände des  
Einzelfalls und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung  
des Vertragsverhältnisses nicht zugemutet werden kann, obliegt in erster Linie  
dem Tatrichter; sie kann vom Revisionsgericht nur darauf überprüft werden, ob  
sie auf einer rechtsfehlerfrei gewonnenen Tatsachengrundlage beruht, alle rele-  
vanten Gesichtspunkte berücksichtigt worden sind und der Tatrichter den zu-  
treffenden rechtlichen Maßstab angewendet hat (BGH, Urt. v. 8. Dezember  
2004, VIII ZR 218/03, NZM 2005, 300, 301). Gemessen daran sind keine  
Rechtsfehler festzustellen.

27                   bb) Feststellungen zu den anderen, von der Klägerin vorgebrachten  
Kündigungsgründen fehlen.

Krüger

Lemke

Czub

Vorinstanzen:

AG Erkelenz, Entscheidung vom 03.03.2008 - 11 Lw 22/06 -

OLG Köln, Entscheidung vom 07.05.2009 - 23 U 2/08 -