
Datum: 07.05.2009
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 23. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 23 U 2/08
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2009:0507.23U2.08.00

Vorinstanz: Amtsgericht Erkelenz, 11 Lw 22/06

Tenor:

1. Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Amtsgerichts – Landwirtschaftsgericht – Erkelenz vom 3.3.2008 (11 Lw 22/06) im Zahlungstenor dahin abgeändert, dass der Beklagte zu 1. unter Abweisung der weitergehenden Klage verurteilt wird, an die Klägerin 38.462,95 € nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus 29.438,13 € vom 1.10.2005 bis zum 2.9.2007 und aus 38.462,95 € seit dem 3.9.2007 zu zahlen.

2. Im übrigen wird die Berufung zurückgewiesen.

3. Die Kosten des Rechtsstreits erster Instanz tragen die Klägerin zu 16 % , der Beklagte zu 1. zu 72 % allein und die Beklagten zu 1. bis 3. als Gesamtschuldner zu 12 %.

Die Kosten des Berufungsverfahrens tragen die Klägerin zu 3 % , der Beklagte zu 1. zu 87 % allein und die Beklagten zu 1. bis 3. als Gesamtschuldner zu 10 %.

4. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Vollstreckung des Räumungsanspruchs kann durch Sicherheit in Höhe von 150.000,-- € abgewendet werden, wenn die Klägerin vor der Vollstreckung nicht Sicherheit in gleicher Höhe leistet. Die

Vollstreckung der Geldforderungen kann durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des vollstreckbaren Betrages abgewendet werden, wenn die Gegenseite vor der Vollstreckung nicht Sicherheit in Höhe von 120 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Gründe:	1
I.	2
Wegen des Sachverhaltes und des erstinstanzlichen Streitstandes wird auf das angegriffene Urteil Bezug genommen. Mit der Berufung verfolgen die Beklagten den Antrag auf Klageabweisung und die Widerklageanträge zu 1. und 2. fort.	3
Zur Begründung führen sie im wesentlichen aus:	4
Das Recht der Klägerin zur außerordentlichen Kündigung sei nach dem Willen der Pachtvertragsparteien, also dem der Beklagten zu 1. und seiner Mutter, durch Streichung des § 16 des Pachtvertrages vom 7.1.1997 ausgeschlossen worden. Der vom Beklagten erhobene Vorwurf, die Unterschrift unter der Einverständniserklärung vom 25.4.2002 sei von dem Berater der Klägerin, Herrn C , gefälscht worden, berechtige die Klägerin nicht zur außerordentlichen Kündigung. Zum einen habe der Beklagte zu 1. in Wahrnehmung seiner berechtigten Interessen grundsätzlich seiner Überzeugung der Unechtheit der Unterschrift sowie der Unterschriftenfälschung gegenüber der Klägerin und den Beteiligten Ausdruck verleihen dürfen. Dabei sei auch der in der Streichung des § 16 des Pachtvertrages zum Ausdruck kommende Wille der Vertragsparteien zu berücksichtigen, die außerordentliche Kündigung auszuschließen, hilfsweise sie soweit als möglich zu erschweren. Zudem habe das Landwirtschaftsgericht zu Unrecht die Echtheit der Unterschrift des Beklagten zu 1. als bewiesen angenommen. Es liege allenfalls ein non-liquet vor.	5
Ein zur Kündigung berechtigender Verzug mit der Pachtzahlung bestehe auch nicht, da der Geschäftsführer der Klägerin in dem Gespräch vom 22.2.2002 auf die Pachtzahlungspflicht wirksam verzichtet habe. Die Schriftformklausel des Pachtvertrages stehe dem nicht entgegen. Da es sich um einen von der Mutter des Beklagten zu 1. gestellten Formularvertrag handle, sei diese Klausel unwirksam. Die Erklärung des Geschäftsführers der Klägerin, das "mache man so" beinhalte zudem zwangsläufig und konkludent ein Abrücken vom Schriftformerfordernis. Hieran sei die Klägerin gebunden, zumal sie bis Ende 2005 Pachtzins selbst unter Vorbehalt nicht beansprucht habe. Jedenfalls sei sie wegen dieser Erklärung nach § 242 BGB an der Geltendmachung von Pachtansprüchen gehindert. Zuletzt haben die Beklagten eine auf den 5.3.2002 datierte "Interne Vereinbarung" vorgelegt, die vom Beklagten zu 1. und dem Geschäftsführer der Klägerin unterzeichnet sei und in der verabredet sei, dass die Klägerin als Gegenleistung für die Einreichung eines Antrags auf eine Abgrabungsgenehmigung für die Fläche "F 10 – Fst 66" keine Pacht verlange. Dieses Dokument habe der Zeuge E erst während des Berufungsverfahrens aufgefunden. Zwar habe er dem Beklagten zu 1. von seiner Existenz schon während des erstinstanzlichen Verfahrens berichtet. Von einem Beweisantritt durch Benennung des Zeugen E hätten die Beklagten aber abgesehen, weil sie diesen Beweis nicht für aussichtsreich gehalten hätten.	6
Vorsorglich wenden die Beklagten zudem ein:	7

Nach § 21 des Pachtvertrages seien auf den vereinbarten Pachtzins monatlich 1.000,-- DM bis zu einem Gesamtbetrag von 99.000,-- DM anzurechnen, so dass sich der Zahlbetrag der monatlichen Pacht auf 1.333,95 DM reduziert habe. Nach § 4 Nr. 3 c des Pachtvertrages sei der Pachtzins gemindert, falls sich die Rüben- und Milchquoten verringerten. Aufgrund des Entfallens eines wesentlichen Teils der Quoten sei die Pacht unter Berücksichtigung der Anrechnung der 1.000,-- DM insgesamt auf Null reduziert gewesen.	8
Hilfsweise rechnen die Beklagten – wie bereits in der Vorinstanz - mit einem angeblichen Schadensersatzanspruch in Höhe von 29.365,50 € auf. In dieser Höhe sei dem Beklagten zu 1. ein Bewirtschaftungsschaden entstanden, weil die Klägerin ihm die Auskiesungsflächen vorenthalten habe. Das Landwirtschaftsgericht habe die Schadensdarlegung zu Unrecht für unschlüssig gehalten, weil der Beklagte zu 1. die Flächen ab dem Jahre 2002 nicht mehr habe bewirtschaften können. Eine ordnungsgemäße Bewirtschaftung sei jedenfalls durch einen Lohnunternehmer möglich gewesen.	9
Schließlich berufen sich die Beklagten – ebenfalls wie in der Vorinstanz, nunmehr aber im Wege der Aufrechnung - auf die Auskiesungsvereinbarung vom September 2001. Aus dieser stehe dem Beklagten zu 1. ein aufrechenbarer Vergütungsanspruch in Höhe von 768.743,-- € zu. Der Vereinbarung, bei der es sich entgegen der Einschätzung des Landwirtschaftsgerichts nicht nur um einen Vorvertrag handele, sei die Klägerin beigetreten; sie habe immer erklärt und sich auch so verhalten, dass die Vereinbarung zwischen den Parteien bindend sei.	10
Die Klägerin beantragt die Zurückweisung der Berufung und verteidigt das angefochtene Urteil unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens. Sie bestreitet die Echtheit der von den Beklagten vorgelegten "Internen Vereinbarung" vom 5.3.2002; ihr Geschäftsführer habe diese Vereinbarung weder unterzeichnet noch sonst abgeschlossen. Ferner hat sie den Pachtvertrag mit Erklärung vom 4.4.2008 wegen Pachtverzuges für die Zeit vom 1.8.2007 bis März 2008 in Höhe 9.550,08 € vorsorglich erneut gekündigt.	11
Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die Schriftsätze der Parteien und die sonstigen zu den Akten gereichten Unterlagen verwiesen.	12
II.	13
Die zulässige Berufung hat in der Sache nur insoweit Erfolg, als der vom Beklagten zu 1. zu begleichende Pachtrückstand lediglich 38.462,95 € beträgt. Im übrigen ist das Rechtsmittel unbegründet. Im einzelnen gilt folgendes:	14
1.	15
Das Landwirtschaftsgericht hält die Pachtkündigungen vom 28.11.2005 und 5.4.2007 für wirksam, weil der zum Kündigungsgrund genommene Vorwurf des Beklagten zu 1., der Berater der Klägerin, Herr C , habe die Unterschrift unter der Einverständniserklärung vom 25.4.2002 gefälscht, er - der Beklagte zu 1. - habe diese Erklärung nicht unterschrieben, widerlegt sei. Dem ist nicht zu folgen. Die in diesem Zusammenhang getroffenen Feststellungen des Landgerichts sind zwar rechtsfehlerfrei erhoben, wobei das Landwirtschaftsgericht zutreffend darauf hinweist, dass der Beklagte zu 1. die Urkunde vom 14.3.2002 unstreitig unterschrieben hat. Ein Grund, weshalb der Berater der Klägerin das Schreiben vom 25.4.2002 gefälscht haben sollte, ist auch nicht ersichtlich. Nach Auffassung des Senats ist dies aber noch kein Grund von solchem Gewicht, dass er zur außerordentlichen Kündigung nach §§ 594 e, 543 BGB berechtigt hätte. In der Kündigung	16

vom 28.11.2005 wird dieser Grund nur am Rande herangezogen. Zur Kündigung könnte er nur berechtigen, wenn der Beklagte zu 1. der Klägerin selbst eine Täuschung vorgeworfen hätte. Das war bis dahin offenbar nicht der Fall. Jedenfalls wird dies in der Kündigung vom 28.11.2005 nicht behauptet. Die im Laufe dieses Rechtsstreits ausgesprochene Kündigung vom 5.4.2007 wird darauf gestützt, dass die Beklagten im Schriftsatz vom 4.1.2007 behauptet hätten, dass der Berater der Klägerin im Rahmen eines Gesamtplanes gehandelt habe. In der entsprechenden Passage des Schriftsatzes heißt es: "Zusammen mit der gefälschten Übertragung des Ausgrabungsantrages und dem Vertrauen in die anwaltliche Bestellung, wurde Herr T über Jahre getäuscht und an richtigem Handeln gehindert. Durch die Beteiligung des Anwaltes spricht viel für ein von Anfang an geplantes Vorgehen." Das ist eine Wertung der gesamten im Schriftsatz vorgetragenen Umstände, die sich nach Auffassung des Senat noch im Rahmen eines zulässigen Prozessvortrages hält.

2. 17

Allerdings greift die auf Pachtverzug gestützte und dem Beklagten zu 1. am 3.9.2007 zugestellte Kündigung vom 27.8.2007 durch, weil der Beklagte zu 1. mit der Entrichtung eines nicht unerheblichen Teiles der Pacht länger als drei Monate in Verzug war (§§ 594 e Abs. 1 und 2, 543 BGB). 18

a) Die Wirksamkeit der Kündigung scheitert nicht daran, dass die Klägerin auf die Zahlung von Pachtzins bindend verzichtet hätte. 19

aa) Einen derartigen Verzicht hat der Geschäftsführer der Klägerin insbesondere nicht in der Besprechung zwischen den Pachtvertragsparteien am 22.2.2002 erklärt. Das Landwirtschaftsgericht verneint eine wirksame Änderung des Pachtvertrages im Hinblick auf die Schriftformklausel des Pachtvertrages, die die Parteien nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme nicht abbedungen hätten. Die Beklagten wenden hiergegen unter anderem ein, der Pachtvertrag sei ein von der Mutter des Beklagten zu 1. gestellter Formularvertrag, so dass die Schriftformklausel unwirksam sei. Ob dem zu folgen ist, kann letztlich dahinstehen. Der von den Zeugen bekundeten Erklärung des Geschäftsführers der Klägerin ist ein auch für die Zukunft verbindlicher Verzicht auf Pacht nicht zu entnehmen. Seine Erklärung lässt sich bei der nach §§ 133, 157 BGB gebotenen Auslegung aus Sicht eines objektiven Erklärungsempfängers unter Berücksichtigung von Treu und Glauben und der gegenseitigen Interessenlage nur dahin verstehen, dass die Klägerin bis auf weiteres von der Geltendmachung von Pacht absehe. Dagegen, dass er den Pachtvertrag für die Zukunft bindend hätte ändern und mit vertraglicher Wirkung für die Klägerin auf Pachtzahlungen hätte verzichten wollen, sprechen vielmehr alle die Umstände, die das Landwirtschaftsgericht im Zusammenhang mit der Frage der Treuwidrigkeit des Verhaltens der Klägerin minutiös geschildert und zutreffend gewürdigt hat (Urteil des Landwirtschaftsgerichts S. 20). Das Landwirtschaftsgericht hat hieraus zu Recht den Schluss gezogen, aus der ungeklärten Rechtslage erkläre es sich, dass die Klägerin über längere Zeit keine Pachtzinszahlungen gefordert habe. Die Äußerungen des Geschäftsführers der Klägerin sind im Zusammenhang mit den gesamten Vertragsverhandlungen über die Auskiesungsproblematik und den erstrebten Abschluss eines Kooperationsvertrages zu sehen. Dessen Zustandekommen war aber noch ungeklärt und wurde in den laufenden Jahren immer ungewisser, bis die Entwicklung in den Jahren 2004 und 2005 schließlich in das Scheitern der Verhandlungen mündete. Hierin fügt sich die vom Zeugen E berichtete Äußerung des Geschäftsführers bei einem gemeinsamen Frühstück am 16.11.2001 ein, er wolle keine Pachtzinsen, das "werde noch geregelt". Auch dies ist ein Beleg dafür, dass die Klägerin eine abschließende Festlegung erkennbar vermeiden und die Frage der Pachtzinszahlung einer abschließenden 20

Regelung im Zusammenhang mit dem Abschluss des Kooperationsvertrages vorbehalten wollte. Dass die Klägerin das Scheitern des Kooperationsvertrages (alleine) zu vertreten gehabt hätte, ist nicht ersichtlich. Daraus ließe sich zudem kein Verzicht auf den Pachtzins ableiten. Zu erwägen wäre nur, ob die Klägerin aufgrund der Erklärung des Geschäftsführers und ihres späteren Verhaltens Pachtzinsansprüche für einen gewissen Zeitraum verwirkt hat. Das lässt sich aber allenfalls für das Jahr 2002 annehmen. Insoweit hat das Landgericht die Zahlungsklage aber schon wegen Verjährung der Ansprüche abgewiesen. Für den späteren Zeitraum kann eine Verwirkung und Treuwidrigkeit im Hinblick auf die immer ungewisser gewordene Verhandlungslage nicht mehr angenommen werden.

bb) Die von den Beklagten erst im Berufungsverfahren unter Vorlage der "Internen Vereinbarung" vom 5.3.2002 aufgestellte Behauptung, der Geschäftsführer der Klägerin habe als Gegenleistung für die Beantragung der Auskiesungsgenehmigung auf den Pachtzins verzichtet, ist nach § 531 Abs. 2 ZPO verspätet. Die verspätete Geltendmachung dieses Verteidigungsmittels beruht auf Nachlässigkeit. Die Beklagten haben eingeräumt, dass der Zeuge E die Beklagten schon während des ersten Rechtszuges auf die Existenz einer entsprechenden schriftlichen Vereinbarung hingewiesen habe. Bei der gebotenen prozessualen Sorgfalt hätten sie den Zeugen daher bereits erstinstanzlich zum Beweis ihrer Behauptung benennen müssen. Die von ihnen als Entschuldigung angeführte prozesstaktische Erwägung ist unbeachtlich, zumal sie auch - schon im Hinblick darauf, dass das Landwirtschaftsgericht den Zeugen ohnehin zur Problematik des Pachtverzichts vernommen hat - in keiner Weise nachvollziehbar begründet worden ist. Die von den Beklagten zum Beweis vorgelegte Ablichtung der "Internen Vereinbarung" ist als Beweismittel untauglich. Die Klägerin hat in rechtlich zulässiger Weise die Echtheit der Urkunde und der dortigen Unterschrift ihres Geschäftsführers bestritten. Mittels der Ablichtung lässt sich diese auch durch ein Schriftgutachten nicht klären, so dass die Beklagten auf einen Zeugenbeweis beschränkt sind, der jedoch aus den angeführten Gründen nach § 531 Abs. 2 ZPO präkludiert ist.

21

b) Die Beklagten wollen die Unwirksamkeit der Kündigung zudem aus der Streichung des § 16 in dem von den Beklagten vorgelegten Exemplar des Pachtvertrages vom 7.1.1997 herleiten. Die Klägerin hat ein Exemplar zur Akte gereicht, in dem die Klausel nicht gestrichen ist. Darauf, welche Version vereinbart worden ist, kommt es aber ebenso wenig an wie auf die Frage der generellen Abdingbarkeit des Rechts des Verpächters zur außerordentlichen Kündigung (dazu etwa Harke in: Münchener Kommentar, BGB, 5. Aufl., § 594 e Rdn. 2). Seinem eindeutigen Wortlaut nach sollen durch § 16 dem Verpächter nur über die gesetzlich festgelegten Gründe hinaus zusätzliche Kündigungsgründe eingeräumt werden ("Der Verpächter kann den Vertrag außer aus den gesetzlich festgelegten Gründen vorzeitig kündigen a), b)"). Mit der behaupteten Streichung der Klausel kann bei verständiger Auslegung (§§ 133, 157 BGB) also alleine die Vereinbarung der zusätzlichen Kündigungsgründe entfallen. Das Recht zur außerordentlichen Kündigung aus gesetzlichen Gründen und namentlich wegen Pachtverzuges bleibt unberührt.

22

3.

23

Die von den Beklagten geltend gemachten Pachtzinsminderungen und Aufrechnungen greifen – von einer Reduzierung des Pachtzinses hinsichtlich der von der Klägerin für die Auskiesung verwendeten Teilfläche mit einer Größe von 4,9 ha abgesehen - nicht durch:

24

a) Die Beklagten wenden ein, in § 21 des Pachtvertrages sei verabredet, dass monatlich 1.000,-- DM bis zum Gesamtbetrag von 99.000,-- DM auf die Pacht angerechnet würden, so dass sich der monatliche Pachtzins von vornherein auf 1.333,95 DM reduziert habe. Mit dem

25

Anrechnungsbetrag werde vorsorglich aufgerechnet. Außerdem habe der Pachtzins nach § 4 Nr. 3 c der Pachtvertrages der Minderung unterlegen, falls sich die Milch- und Rübenquoten verringerten. Ein wesentlicher Teil der Quoten sei entfallen. Insgesamt sei die Pacht daher auf Null gemindert gewesen.

Dies ist im Berufungsverfahren neu eingeführter Vortrag, der im übrigen unschlüssig ist. Die Verringerung der Milch- und Rübenquoten beruht – unstreitig und wie aus dem Verfahren OLG Köln 23 U 6/07 bekannt – darauf, dass der Beklagte zu 1. diese Quoten teilweise verkauft hat. Das gibt ihm bei interessengerechter Auslegung der Bestimmung in § 4 Nr. 3 c des Pachtvertrages (§§ 157, 242 BGB) aber kein Minderungsrecht. Dass die Quoten aus anderen Gründen verringert gewesen seien, ist nicht vorgetragen. Was es mit der Anrechnung von monatlich 1.000,-- DM auf sich hat, ist unklar. Nach § 21 Nr. 3 b des Vertrages soll es sich um Lohnausfall für die Zeit von Juli 1991 bis Dezember 1996 (monatlich 1.500,-- DM) handeln. Die Klausel dürfte als Aufrechnungsvereinbarung auszulegen sein. Allerdings ist nicht ersichtlich oder dargetan, dass damit auch der Aufrechnungsbetrag selbst von den Pachtparteien festgestellt worden ist. Dagegen spricht, dass man dann den Pachtzins von vornherein für den entsprechenden Zeitraum auf den verringerten Betrag hätte festsetzen können. Da die Klägerin die Berechtigung des Pachtabzuges bestreitet, hätten die Beklagten hierzu näher vortragen müssen. Dies ist nicht geschehen. Abgesehen davon wäre weiteres Vorbringen hierzu nach §§ 531 Abs. 2, 533 ZPO verspätet gewesen.

26

b) Einen schon erstinstanzlich zur Aufrechnung gestellten Anspruch des Beklagten zu 1. auf Entschädigung in Höhe von 29.365,50 € (entsprechend der mit Schriftsatz vom 9.10.2007 vorgelegten Berechnung der Landwirtschaftskammer) wegen der Nichtbewirtschaftung der Auskiesungsfläche hat das Landwirtschaftsgericht zu Recht verneint, weil nicht schlüssig dargetan sei, dass der Beklagte zu 1. die Fläche infolge der Auskiesung nicht habe bewirtschaften können. Dies haben die Beklagten auch im Berufungsverfahren nicht substantiiert dargelegt. Die Behauptung, der Betrieb habe durch Lohnunternehmer bewirtschaftet werden können ist, ist nicht näher begründet. Die Klägerin verweist in der Berufungserwiderung zu Recht darauf, dass der Beklagte zu 1. auch die übrigen Hofflächen nicht hat bewirtschaften lassen. Für die Jahre 2002 – 2004 scheitert der Anspruch im übrigen schon dem Grunde nach. Der Beklagte zu 1. war mit der Auskiesung bis Ende 2004 einverstanden. Insoweit käme allenfalls ein Anspruch aus culpa in contrahendo unter dem Gesichtspunkt vergeblicher Aufwendungen in Betracht, die im Vertrauen auf das Zustandekommen der Auskiesungs Kooperation entstanden sein mögen. Das hätte aber zur Voraussetzung, dass die Klägerin das Scheitern der Vertragsbeziehung zu vertreten hat. Dies lässt sich – wie ausgeführt - nicht feststellen.

27

c) Schließlich stellen die Beklagten einen angeblichen Vergütungsanspruch in Höhe von 768.734,-- € aus der Vereinbarung vom September 2001 zur Aufrechnung. Erstinstanzlich haben die Beklagten ein Zurückbehaltungsrecht aus ihr ableiten wollen. Das Landwirtschaftsgericht hat dies mit der Begründung verneint, dass der Vertragspartner nicht die Klägerin, sondern die W Transport BV sei. Dem ist zu folgen. Dass die Klägerin der Vereinbarung beigetreten sei, ist nicht schlüssig dargetan. Plausible Gründe, weshalb die Klägerin dies getan haben sollte, sind nicht ersichtlich. Bei der Vereinbarung handelt es sich eindeutig nur um einen Vorvertrag, wie daraus hervorgeht, dass sie als "Basis für noch einen abzuschließenden Geschäftsvertrag" dienen sollte. Zwar war die Vereinbarung Grundlage der von der Klägerin mit dem Beklagten zu 1. geführten Verhandlungen über den Anschluss eines Kooperationsvertrag. In dieser Hinsicht - nämlich als Verhandlungsgrundlage – mag sich der Geschäftsführer der Klägerin an sie gebunden gesehen haben. Daraus folgt aber

28

nicht, dass dies Klägerin der Vereinbarung mit vertraglicher Bindung – sei es anstelle oder neben der W Transport BV – beigetreten ist. Dafür bestand aus ihrer Sicht kein Grund. Etwas anderes haben die Beklagten nicht schlüssig dargetan. Im übrigen beruhte die Vereinbarung noch auf der Vorstellung, dass die W Transport BV das Gelände vom Beklagten zu 1. und dessen Mutter anpachten sollte. Dem ist durch die spätere Entwicklung die Geschäftsgrundlage entzogen worden. Aus diesen Gründen haben die niederländischen Gerichte (Rechtbank Maastricht, Urteil vom 20.12.2006, Bl. 327 ff. d.A., und der Gerichtshof Herzogenbusch, Urteil vom 22.7.2008, Bl. 1320 ff. d.A.) die vom Beklagten zu 1. gegen die W Transport BV erhobene Klage mit überzeugender Begründung abgewiesen. Auch soweit der Beklagte zu 1. durch die später von der Klägerin vorgenommene Auskiesung in seinen Rechten als Pächter beeinträchtigt worden ist, kann er keine Rechte aus der Vereinbarung vom September 2001 ableiten (vgl. Urteil Gerichtshof Herzogenbusch vom 22.7.2008).

d) Ein aufrechenbarer Vergütungsanspruch steht dem Beklagten zu 1. auch nicht aus ungerechtfertigter Bereicherung (§§ 812 ff. BGB) zu. Die Beklagten meinen, die Klägerin habe in das dem Beklagten zu 1. durch den Pachtvertrag eingeräumte Auskiesungsrecht eingegriffen. Das trifft nicht zu. Nach § 10 des Pachtvertrages ist das Recht auf Gewinnung von Bodenbestandteilen gerade nicht mitverpachtet. Die unentgeltliche Entnahme von Bodenbestandteilen ist nur gestattet, soweit sie zur laufenden Unterhaltung und gewöhnlichen Ausbesserung des Pachtbetriebes erforderlich ist und den Regeln einer ordnungsgemäßen Bewirtschaftung entspricht. Dies umfasst nicht die Auskiesung der Pachtflächen. 29

e) Indem die Klägerin eine Teilfläche des verpachteten Hofes zur Auskiesung verwendet hat, hat sie die Nutzung diesen Teils der Pachtsache dem Beklagten zu 1. vorenthalten. Das führt dazu, dass die geschuldete Pacht um einen der vorenthaltenen Teilfläche entsprechenden Teil gemindert ist. Die Teilfläche hat unstreitig eine Größe von 4,9 ha. Das entspricht 10,5 % der Gesamtfläche von 46,679 ha. Demgemäß verringert sich der vom Landwirtschaftsgericht für den unverjährten Zeitraum vom 1.1.2004 bis zum 31.12.2005 in Höhe von 42.975,36 € zugesprochene Pachtzins um 4.512,41 € auf 38.462,95 €. In diesem Umfang ist die Berufung des Beklagten zu 1. hinsichtlich des Zahlungsantrages begründet. Selbst unter Berücksichtigung dessen, dass dem Beklagten zu 1. bis zur Kündigung ein den Verzug ausschließendes (vgl. Emmerich in: Münchener Kommentar, BGB, 5. Aufl., § 320 Rdn. 46 m. w. N.) Zurückbehaltungsrecht aus § 320 BGB in Höhe des zwei – bis dreifachen Minderungsbetrages zustand (Emmerich a.a.O. Rdn. 55), war er mit einem Betrag von 29.438,13 € und folglich einem nicht unerheblichen Teil des Pachtzins länger als drei Monate in Verzug (§ 594 e Abs. 2 BGB), so dass das Kündigungsrecht der Klägerin und ihr durch die Kündigung begründeter Räumungsanspruch hiervon nicht betroffen sind. 30

4. 31

Dem auf Ausgleich des Pachtverzuges für den Zeitraum bis zum 31.12.2005 gerichteten Zahlungsantrag ist nach dem zu 3. Ausgeführten nur in Höhe von 38.462,95 € stattzugegeben. Zinsen aus dem Gesichtspunkt des Verzuges sind für diesen Betrag erst ab dem 3.9.2007 zuzuerkennen, da das Pachtverhältnis erst durch die an diesem Tag zugestellte Kündigung vom 27.8.2007 beendet worden ist. Vorher war der Beklagte zu 1. lediglich mit dem nicht durch ein Zurückbehaltungsrecht abgedeckten Betrag von 29.438,13 € in Verzug. 32

5. 33

34

Da das Pachtverhältnis durch die Kündigung beendet worden ist, sind die Widerklageanträge des Beklagten zu. 1 unbegründet, da sie ein wirksames Pachtverhältnis voraussetzen,

6. 35

Der nicht nachgelassene Schriftsatz der Beklagten vom 30.4.2009 gibt zu einer abweichenden Beurteilung keinen Anlass. 36

III. 37

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 92 Abs. 1, 97 Abs. 1, 100 ZPO, der Ausspruch zur vorläufigen Vollstreckbarkeit auf §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. 38

Die Revision wird nicht zugelassen, weil die dafür erforderlichen Voraussetzungen nach § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 und 2 ZPO nicht vorliegen. Insbesondere wirft die Sache keine entscheidungserheblichen Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung auf. 39

Streitwert erster Instanz: 115.515,62 € (Klageantrag zu 1.:14.325,12 €, Klageantrag zu 2.: 57.500,-- €; Hilfsaufrechnung: 29.365,50 €; Widerklageantrag jeweils 7.162,50 €) 40

Berufungsstreitwert: 139.453,93 € (Klageantrag zu 1.:14.325,12 €, Klageantrag zu 2.:42.975,36,-- €; Hilfsaufrechnungen: 29.365,50 € und 38.462,95 €; Widerklageantrag jeweils 7.162,50 €) 41