

## Urkundenprozess und Einrede des nichterfüllten Vertrags

1. Der BGH hat jüngst eine alte mietrechtliche Streitfrage entschieden:<sup>1</sup> er hat festgestellt, dass eine Mietzinsforderung im Urkundenprozess geltend gemacht werden könne. Es spiele keine Rolle, wenn der Mieter sich auf Minderung des Mietzinses wegen Mängeln der Wohnung berufe und deshalb der eingeklagte Anspruch kraft Gesetzes oder auf eine Einrede hin entfallen sein könnte. Denn dabei handele es sich um Einwendungen, die gegen die Begründetheit der Klage geltend gemacht würden und die deshalb im Urkundenprozess unerheblich seien, soweit sie nicht mit den im Urkundenprozess zulässigen Beweismitteln (also durch Urkunden) bewiesen seien. Diese Entscheidung hat – möglicherweise unbedacht – eine weit über das Mietrecht hinausreichende Wirkung, deren Konsequenzen folgender Beispielsfall verdeutlicht: Ein Gegenstand wird mit schriftlichem Vertrag verkauft, aber nie geliefert, beispielsweise weil der Verkäufer die betreffende Sache nicht (mehr) hat. Eine gewöhnliche Kaufpreisklage des Verkäufers wäre gem. § 320 BGB abzuweisen oder würde auf entsprechenden Antrag hin zu einer Zug-um-Zug-Verurteilung führen, weil und soweit sich der Käufer darauf beruft, dass er den Kaufgegenstand gar nicht erhalten habe (Einrede des nichterfüllten Vertrags). Vollstrecken könnte der Verkäufer den Zahlungstitel also jedenfalls nur nach Lieferung oder Anbieten der verkauften Sache (§§ 756, 765 ZPO). Nach jetziger BGH-Rechtsprechung kann der Verkäufer aber unter Vorlage des vom Käufer unterschriebenen Kaufvertrags im Urkundenprozess den begehrten Zahlungstitel erhalten; der Käufer wird schwerlich mit Urkunden beweisen können, er habe den Kaufgegenstand *nicht* erhalten.<sup>2</sup> Der Zahlungstitel ist sodann *ohne Sicherheitsleistung* vollstreckbar (§ 708 Nr. 4 ZPO). Ist der Verkäufer später insolvent, hilft es dem Käufer also wenig, dass er den Zahlungstitel im Nachverfahren, in dem alle Beweismittel zulässig sind, aufheben lassen kann – sein Geld ist und bleibt verloren.

2. Dieses Ergebnis weckt Zweifel. Denn bei einem gegenseitigen Vertrag hat gem. § 320 BGB jeder Teil erst dann einen *durchsetzbaren* Anspruch, wenn er seinerseits geleistet oder die Leistung angeboten hat; vorher kann der andere Teil nicht einmal in Verzug geraten, selbst wenn sonst alle Fälligkeitsvoraussetzungen vorliegen.<sup>3</sup> Dieser fundamentale Schutzmechanismus wird ausgehebelt, wenn man für eine der beiden Forderungen den Urkundenprozess zulässt. Wenn ein schriftlicher Vertrag vorliegt, kann der Kläger nämlich das Bestehen seines Anspruchs aus der Urkunde beweisen, wohingegen der Beklagte die *Nichterfüllung* seines Gegenanspruchs (das Nicht-Anbieten), mithin eine auch sonst nur schwer zu beweisende *negative Tatsache*, in der Regel nicht urkundlich beweisen kann. Es ist aber nicht einzusehen, dass der Beklagte, der beweispflichtig ist für das Vorliegen der Voraussetzungen der von ihm erhobenen Einrede des nichterfüllten Vertrages, im Urkundenprozess praktisch a priori unterliegen muss, weil ihm dieser Nachweis nicht urkundlich gelingen kann. Das sog. funktionelle Synallagma des § 320 BGB ist Ausdruck der „Waffengleichheit“ der Vertragsparteien: keiner muss leisten, bevor nicht der andere geleistet hat. Der Titel im Urkundenprozess würde hin-

<sup>1</sup> Beschl. v. 10.3.1999 – XII ZR 321/97 -, NJW 1999, 1408 = ZMR 1999, 380.

<sup>2</sup> Bei der Werklohnklage des Werkunternehmers ist das wegen dessen Vorleistungspflicht anders; er muss bereits in der Klage auch die Abnahme seines Werkes vortragen und beweisen.

<sup>3</sup> MüKo-Walchshöfer, 3. Aufl. 1994, § 281 BGB, Rn. 14; BGHZ 84, 42, 44 = NJW 1982, 2242. - Die *Verjährung* der Kaufpreisforderung soll demgegenüber bereits bei *Vertragschluss* beginnen (Palandt-Heinrichs, 58. Aufl. 1999, § 198, Rn. 4; RGZ 62, 178); das ist insofern konsequent, als die Forderung auch ab Vertragschluss klageweise geltend gemacht werden kann, was vor Lieferung (oder Anbieten) der Sache freilich nur zu einem Zug-um-Zug-Urteil führt.

gegen zur ungesicherten Vorleistungspflicht einer der beiden Parteien führen, ohne dass es im Vertrag vereinbart wäre.<sup>4</sup>

Die Besonderheit des gegenseitigen Vertrags und die Auswirkung des § 320 BGB beim Urkundenprozess wurden in dem eingangs erwähnten Beschluss des BGH nicht problematisiert; der BGH beschäftigte sich nicht mit der Funktion des Synallagmas, sondern mit der Beweislastverteilung im Mietprozess. Um Rechtsprechung zu finden, die sich mit der allgemeinen prozessualen Frage befasst, ob der Urkundenprozess dem Kläger über die Hürde des § 320 BGB hinweghelfen darf, muss man über 70 Jahre zurückgehen.<sup>5</sup> Eine Neubesinnung zu dieser Frage ist also angebracht, und diesem Sinne seien - unter Berücksichtigung der vorstehenden Überlegungen – folgende Thesen formuliert:

Nach geltender Gesetzeslage ist der Urkundenprozess nur dann zulässig, wenn sämtliche zur Begründung des Anspruchs erforderlichen Tatsachen durch Urkunden bewiesen werden können (§ 592 ZPO). „Zur Begründung“ des Anspruchs in diesem Sinne gehört es, dass ihm nicht die Einrede des nichterfüllten Vertrages (§ 320 BGB) entgegensteht. Das Prozessrecht hat das materielle Recht *durchzusetzen*, aber nicht zu *ersetzen*. Beim gegenseitigen Vertrag ist also zu fordern, dass dann, wenn der Beklagte die Einrede des nichterfüllten Vertrages erhebt, der Urkundenprozess nur dann zulässig ist oder bleibt, wenn der Kläger auch die Erfüllung (oder das annahmeverzugsbegründende Anbieten) der ihm obliegenden Leistung urkundlich beweist.<sup>6</sup>

3. Angewendet auf den mietrechtlichen Sachverhalt, der dem Beschluss des BGH zugrunde lag, ergibt sich Folgendes: Beim Mietvertrag stehen die Pflicht des Vermieters zur Überlassung der Mietsache in einem vertragsgemässen Zustand und die Pflicht des Mieters zur Zahlung des Mietzinses im Gegenseitigkeitsverhältnis. Bei Mangelhaftigkeit der Mietsache kann der Mieter also gem. § 320 BGB die Zahlung ganz oder teilweise verweigern;<sup>7</sup> § 320 BGB wird nicht durch die kraft Gesetzes eintretende Minderung verdrängt. Demnach hat der Vermieter, der die Mietzinsforderung im Urkundenprozess geltend macht, zu beweisen, dass er seinerseits seiner Pflicht zur Überlassung der Mietsache – und zwar vollständig, d.h. mängelfrei - nachgekommen ist. Wenn er das mit den Mitteln des Urkundenprozesses nicht kann, muss er eben im Normalverfahren klagen; dann bleibt es bei der gewöhnlichen Beweislastverteilung, wonach der Mieter das Vorliegen der Mängel beweisen muss.

4. Solange die neue BGH-Rechtsprechung unverändert ist, ist jedem Käufer (oder Mieter) zu raten, die Vorleistungspflicht des anderen Teils im Vertrag ausdrücklich festzuschreiben. Nur dann kann er davor sicher sein, nicht seinerseits im Wege des Urkundenprozesses vom Verkäufer (oder Vermieter) zur Vorleistung, d.h. zur Zahlung vor Empfang der Gegenleistung, gezwungen zu werden.

<sup>4</sup> Sofern wechselseitig Geld oder andere vertretbare Sachen geschuldet sind, könnte derjenige Vertragspartner den anderen zur Vorleistung zwingen, der zuerst die Klage im Urkundenprozess erhebt.

<sup>5</sup> OLG Karlsruhe, BadRspr. 1906, 20; OLG Hamburg, Hanseatische Gerichtszeitung, Beiblatt (zivilrechtliche Fälle), 47. Jahrgang, S. 85 ff. Beide Urteile kommen nach ausführlicher Begründung zu dem hier bekämpften Ergebnis der Zulässigkeit des Urkundenprozesses trotz erhobener Einrede des § 320 BGB.

<sup>6</sup> A.A. die – soweit ersichtlich – einhellige prozessrechtliche Literatur, meistens ohne Begründung. Soweit eine Begründung gegeben wird, geht sie dahin, dass der Beklagte für die von ihm erhobene Einrede (§ 320 BGB) beweispflichtig sei und dieser Beweis beim Urkundenprozess mangels anderslautender Regelung in der ZPO nun einmal mit Urkunden geführt werden müsse.

<sup>7</sup> Auch wenn - wie üblich - vertraglich die Vorleistungspflicht des Mieters vereinbart ist, so entfällt diese doch, sobald der Vermieter mit seiner Leistung in Verzug ist (MüKo-Emmerich, 3. Aufl. 1994, § 320 BGB, Rn. 14; OLG Düsseldorf, Urte. v. 4.3.1882 – 10 U 199/81 -, ZMR 1983, 376).