



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

V ZR 253/06

vom

29. März 2007

in dem Rechtsstreit

Der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat am 29. März 2007 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Krüger und die Richter Dr. Klein, Dr. Lemke, Dr. Schmidt-Räntsch und Dr. Roth

beschlossen:

Der Antrag der Beklagten auf einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung aus Ziffer 2 des Tenors des Urteils des Landgerichts Wiesbaden vom 16. Dezember 2005, bestätigt durch Urteil des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 17. November 2006, wird zurückgewiesen.

Gründe:

I.

- 1 Die Beklagte ist durch Urteil des Landgerichts Wiesbaden u.a. verurteilt worden, an die Klägerin die 5. vollstreckbare Ausfertigung einer näher bezeichneten notariellen Urkunde herauszugeben. Ihre Berufung ist zurückgewiesen und das Berufungsurteil nach §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO unter Ausspruch der Abwendungsbefugnis für vorläufig vollstreckbar erklärt worden. Einen Schutzantrag nach § 712 ZPO hat die Beklagte in der Berufungsinstanz nicht gestellt.

- 2 Nach fristgerechter Einlegung und Begründung der Nichtzulassungsbeschwerde beantragt die Beklagte die einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung. Zur Begründung führt sie aus, dass ihr die Vollstreckung ohne Sicherheitsleistung einen nicht zu ersetzenden Nachteil brächte, weil der Voll-

streckungsvorteil, den die vollstreckbare Urkunde biete, endgültig verloren ginge. Gäbe die Klägerin später die Urkunde nicht freiwillig wieder heraus, müsste ein neues Klageverfahren durchgeführt werden. Deshalb drohe durch die Zwangsvollstreckung ein unwiederbringlicher Verlust. Dem Schutzbedürfnis der Beklagten stünden überwiegende Interessen der Klägerin an der Herausgabevollstreckung nicht entgegen.

II.

3 Der Antrag ist unbegründet.

4 Die Einstellung der Zwangsvollstreckung durch das Revisionsgericht in dem Verfahren über die Nichtzulassungsbeschwerde kommt nicht in Betracht, wenn es der Beklagte versäumt hat, in der Berufungsinstanz einen Vollstreckungsschutzantrag nach § 712 ZPO zu stellen, obwohl ihm ein solcher Antrag möglich und zumutbar gewesen wäre (BGH, Beschl. v. 6. Juni 2006, XII ZR 80/06, NJW-RR 2006, 1088).

5 So ist es hier. Die Beklagte hat im Berufungsrechtszug keinen Schutzantrag nach § 712 ZPO gestellt. Sie hat auch nicht vorgetragen, dass es ihr aus besonderen Gründen nicht möglich oder nicht zumutbar gewesen sei, einen solchen Antrag bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht zu stellen.

6 Entgegen der Ansicht der Beklagten war die Stellung eines Schutzantrags nicht entbehrlich. Denn das Berufungsgericht war nicht verpflichtet, der Beklagten von Amts wegen Vollstreckungsschutz über den Ausspruch der Ab-

wendungsbefugnis (§ 711 ZPO) hinaus zu gewähren. Die dafür nach § 709 ZPO notwendigen Voraussetzungen liegen nicht vor. Bei dem Verfahren über eine Vollstreckungsabwehrklage (§ 767 ZPO) handelt es sich um eine vermögensrechtliche Streitigkeit, auch soweit es um die Herausgabe des Vollstreckungstitels geht. Urteile der Berufungsgerichte in solchen Streitigkeiten sind nach §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO unter Anordnung einer Abwendungsbefugnis für vorläufig vollstreckbar zu erklären. Das hat das Berufungsgericht getan. Anhaltspunkte dafür, dass sich der Vollstreckbarkeitsausspruch nicht auf die Verurteilung der Beklagten zur Herausgabe der vollstreckbaren Urkunde erstreckt, sind nicht ersichtlich. Deshalb ist eine Korrektur der Entscheidung des Berufungsgerichts - anders als in dem von der Beklagten herangezogenen Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 30. Januar 2007 (X ZR 147/06, Umdruck S. 4), in welchem das dortige Berufungsgericht fehlerhaft keine Abwendungsbefugnis nach § 711 ZPO gewährt hatte - nicht möglich.

- 7 Falls die Beklagte meint, das Berufungsgericht habe die Höhe der für die Abwendungsbefugnis festgesetzten Sicherheit hinsichtlich der Herausgabevollstreckung zu niedrig bemessen, könnte der Fehler, wenn er vorläge, von dem Revisionsgericht nicht korrigiert werden. Denn Entscheidungen der Berufungsgerichte über die vorläufige Vollstreckbarkeit sind nach § 718 Abs. 2 ZPO einer Anfechtung entzogen.

Krüger

Klein

Lemke

Schmidt-Räntsch

Roth

Vorinstanzen:

LG Wiesbaden, Entscheidung vom 16.12.2005 - 9 O 408/04 -

OLG Frankfurt/Main, Entscheidung vom 17.11.2006 - 8 U 28/06 -