



# **BUNDESGERICHTSHOF**

## **BESCHLUSS**

KZR 24/07

vom

25. September 2007

in dem Rechtsstreit

Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs hat am 25. September 2007 durch den Präsidenten des Bundesgerichtshofs Prof. Dr. Hirsch, den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Bornkamm und die Richter Dr. Raum, Dr. Strohn und Dr. Kirchhoff beschlossen:

Der Antrag der Beklagten, die Zwangsvollstreckung aus dem Urteil des 11. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 17. April 2007 einstweilen einzustellen, wird abgelehnt.

Gründe:

- 1 I. Die Beklagte ist durch das Berufungsgericht verurteilt worden, "an die Insolvenzschuldnerin" 475.554,17 € und - insoweit unter dem Vorbehalt mehrerer Aufrechnungen - 437.669,34 €, jeweils nebst Zinsen, zu zahlen und die Kosten des Rechtsstreits zu tragen. Das Urteil ist für vorläufig vollstreckbar erklärt worden. Der Beklagten ist nachgelassen worden, eine Vollstreckung "der Klägerin" gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des zu vollstreckenden Betrages abzuwenden, wenn nicht "die Klägerin" in gleicher Höhe Sicherheit leiste. Die Beklagte hat gegen dieses Urteil Revision eingelegt. Sie beantragt,

die Zwangsvollstreckung aus dem Vorbehaltsurteil des Oberlandesgerichts einstweilen einzustellen.

- 2 Zur Begründung macht sie geltend, ihre Existenz sei durch die Vollstreckung bedroht, sie sei nicht in der Lage, die erforderliche Sicherheit in Höhe von 1,355 Mio. € aufzubringen, sondern lediglich in Höhe von 310.000 €, bei einer Vollstreckung werde sie zahlungsunfähig.

3 II. Der auf einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung gerichtete Antrag der Beklagten ist nicht begründet.

4 Das Gesetz knüpft die Einstellung der Zwangsvollstreckung im Revisionsverfahren an besonders strenge Voraussetzungen. Sie kommt nur in Betracht, wenn auf der einen Seite die Vollstreckung dem Schuldner einen nicht zu ersetzenden Nachteil bringen würde und wenn auf der anderen Seite kein überwiegendes Interesse des Gläubigers entgegensteht (§ 719 Abs. 2 Satz 1 ZPO). Darüber hinaus entspricht es der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, dass die Einstellung nach § 719 Abs. 2 ZPO regelmäßig dann zu versagen ist, wenn der Schuldner es versäumt hat, im Berufungsrechtszug einen ihm möglichen und zumutbaren Vollstreckungsschutzantrag nach § 712 ZPO zu stellen (Senatsbeschl. v. 24.9.1996 - KZR 17/96, ZIP 1996, 1798; BGH, Beschl. v. 6.6.2006 - XII ZR 80/06, NJW-RR 2006, 1088 Tz. 5 ff.; v. 29.7.2004 - III ZR 263/04, NJW-RR 2005, 147).

5 Diese - negative - Voraussetzung ist hier erfüllt. Die Beklagte hat in der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht am 20. Februar 2007 keinen Vollstreckungsschutzantrag nach § 712 ZPO gestellt, obwohl es ihr möglich und zumutbar gewesen wäre, die nunmehr zur Begründung angeführten Umstände schon damals vorzutragen und glaubhaft zu machen.

6 Die Beklagte trägt dazu vor, der Jahresabschluss 2006, der die nachteilige Entwicklung der Vermögensverhältnisse und die angespannte Liquiditätsslage der Gesellschaft dokumentiere, sei erst am 31. März 2007, also über einen Monat nach dem Schluss der mündlichen Verhandlung in dem Berufungsverfahren, aufgestellt worden. Aus einem Zwischenabschluss zum 31. Mai 2007 ergebe sich eine weitere Verschlechterung der Vermögenslage.

7           Dieser Vortrag reicht nicht aus, um darzulegen, dass ein Vollstreckungsschutzantrag nach § 712 ZPO nicht aussichtsreich hätte begründet werden können. Auf den Zeitpunkt der Aufstellung des Jahresabschlusses kommt es entgegen der Auffassung der Beklagten schon deshalb nicht an, weil der Vorstand einer Aktiengesellschaft grundsätzlich verpflichtet ist, die Vermögenslage der Gesellschaft ständig im Auge zu behalten, schon um gegebenenfalls seiner Insolvenzantragspflicht aus § 92 AktG nachkommen zu können (BGHZ 143, 184, 185; BGH, Urt. v. 14.5.2007 - II ZR 48/06, ZIP 2007, 1265, 1266). Deshalb ist davon auszugehen, dass dem Vorstand der Beklagten die maßgeblichen Vermögensverhältnisse des Jahres 2006 jedenfalls zum Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht am 20. Februar 2007 bekannt waren oder hätten bekannt sein müssen. Die Beklagte hat nicht dargelegt, dass

sich ihre Vermögensverhältnisse erst im Jahre 2007 oder gar erst nach dem Verhandlungstermin am 20. Februar 2007 derart verschlechtert hätten, dass sie nun erst außer Stand gewesen sei, die erforderliche Sicherheit zu stellen.

Hirsch

Bornkamm

Raum

Strohn

Kirchhoff

Vorinstanzen:

LG Frankfurt/Main, Entscheidung vom 06.01.2006 - 3/11 O 42/05 -

OLG Frankfurt/Main, Entscheidung vom 17.04.2007 - 11 U (Kart) 5/06 -