



# BUNDESGERICHTSHOF

## BESCHLUSS

VIII ZR 305/09

vom

8. Dezember 2009

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BGHR: ja

ZPO § 719 Abs. 2

§ 719 Abs. 2 ZPO regelt die gegenüber dem Berufungsverfahren (§ 719 Abs. 1 ZPO) strengeren Voraussetzungen für eine Einstellung im Revisionsverfahren, nicht dagegen die Frage, ob die Einstellung, wenn die Voraussetzungen des § 719 Abs. 2 ZPO erfüllt sind, gegen oder ohne Sicherheitsleistung anzuordnen ist. Insoweit gilt für das Revisionsverfahren ebenso wie für das Berufungsverfahren die in § 719 Abs. 1 Satz 1 ZPO ausgesprochene Verweisung auf die einschränkenden Voraussetzungen des § 707 ZPO, nach denen eine Einstellung der Zwangsvollstreckung ohne Sicherheitsleistung nur zulässig ist, wenn glaubhaft gemacht wird, dass der Schuldner zur Sicherheitsleistung nicht in der Lage ist (§ 707 Abs. 1 Satz 2 ZPO; vgl. BGH, Beschluss vom 30. Januar 2007 - X ZR 147/06, WuM 2007, 143).

BGH, Beschluss vom 8. Dezember 2009 - VIII ZR 305/09 - OLG Frankfurt/Main  
LG Frankfurt/Main

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 8. Dezember 2009 durch den Vorsitzenden Richter Ball, den Richter Dr. Frellesen, die Richterin Dr. Milger, den Richter Dr. Achilles sowie die Richterin Dr. Fetzer

beschlossen:

Der Antrag der Beklagten, die Zwangsvollstreckung aus dem Urteil des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 13. November 2009 ohne Sicherheitsleistung einstweilen einzustellen, wird zurückgewiesen.

Gründe:

I.

- 1 Die Klägerin schloss mit den Beklagten unter dem 15./19. März 2003 Franchiseverträge, Unterpachtverträge sowie Beitrittsvereinbarungen für den Betrieb von insgesamt vier M. -Restaurants in F. . Der Beklagte zu 1 ist Franchisenehmer, die Beklagten zu 2 bis 5 sind die in die Verträge einbezogenen Betriebsgesellschaften der einzelnen Restaurants.
- 2 Mit Schreiben vom 16. Juli 2008 kündigte die Klägerin sämtliche Vertragsverhältnisse mit den Beklagten fristlos und begründete dies unter anderem damit, es bestehe der dringende Verdacht, dass der Beklagte zu 1 in den vier Restaurants gesammelte Spenden von Kunden zugunsten der M. - Kinderhilfe zumindest in der Zeit ab dem Jahr 2004 nicht weitergeleitet, sondern für sich selbst oder andere Zwecke vereinnahmt habe.

3 Das Landgericht hat die Klage auf Räumung und Herausgabe der vier Gewerberäumlichkeiten abgewiesen. Auf die Berufung der Klägerin hat das Oberlandesgericht die Beklagten jeweils zur Räumung und Herausgabe der sie betreffenden Räumlichkeiten verurteilt und Vollstreckungsanordnungen nach § 708 Nr. 10, § 711 ZPO getroffen. Einem Vollstreckungsschutzantrag der Beklagten nach § 712 ZPO hat das Berufungsgericht nicht stattgegeben; die Revision hat es nicht zugelassen. Dagegen wenden sich die Beklagten mit ihrer noch nicht begründeten Nichtzulassungsbeschwerde. Sie beantragen, vorab die Zwangsvollstreckung aus dem Berufungsurteil ohne Sicherheitsleistung einstweilen einzustellen.

## II.

4 Der Antrag der Beklagten auf einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung ohne Sicherheitsleistung ist nicht begründet.

5 1. Wird Revision gegen ein für vorläufig vollstreckbar erklärtes Berufungsurteil eingelegt, so ordnet das Revisionsgericht auf Antrag an, dass die Zwangsvollstreckung einstweilen eingestellt wird, wenn die Vollstreckung dem Schuldner einen nicht zu ersetzenden Nachteil bringen würde und wenn nicht ein überwiegendes Interesse des Gläubigers entgegensteht (§ 719 Abs. 2 ZPO). Im Verfahren über die Nichtzulassungsbeschwerde gilt dies entsprechend (§ 544 Abs. 5 Satz 2 ZPO).

6 2. Die Voraussetzungen für die von den Beklagten beantragte einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung ohne Sicherheitsleistung sind hier nicht erfüllt. Es kann dahingestellt bleiben, ob die Beklagten glaubhaft gemacht haben (§ 719 Abs. 2 Satz 2 ZPO), dass ihnen die Zwangsvollstreckung einen nicht zu ersetzenden Nachteil bringen würde und ein überwiegendes Interesse der Klägerin einer Einstellung ohne Sicherheitsleistung der Beklagten nicht ent-

gegensteht. Der Einstellungsantrag hat bereits deshalb keinen Erfolg, weil die Beklagten nicht glaubhaft gemacht haben, dass sie zur Sicherheitsleistung nicht in der Lage sind (§ 719 Abs. 2 i.V.m. § 719 Abs. 1 Satz 1, § 707 Abs. 1 Satz 2 ZPO). Eine Einstellung der Zwangsvollstreckung gegen Sicherheitsleistung haben die Beklagten nicht - auch nicht hilfsweise - beantragt.

7 a) Die Einstellung nach § 719 Abs. 2 ZPO im Revisions- und Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren kommt als letztes Hilfsmittel des Schuldners nur in eng begrenzten Ausnahmefällen in Betracht (BGH, Beschluss vom 24. März 2003 - IX ZR 243/02, ZVI 2003, 279, unter II; MünchKommZPO/Krüger, 3. Aufl., § 719 Rdnr. 2). Dementsprechend gelten für die Einstellung nach § 719 Abs. 2 ZPO strengere Anforderungen als für die Einstellung in der Berufungsinstanz nach § 719 Abs. 1 ZPO. Gläubigerinteressen stehen im Revisionsverfahren im Vordergrund, weil die Rechte des Schuldners in zwei Tatsacheninstanzen regelmäßig als hinreichend gewahrt erscheinen und nicht Revisionen provoziert werden sollen, die lediglich zum Zwecke der Vollstreckungsverzögerung eingelegt werden (MünchKommZPO/Krüger, aaO, Rdnr. 2, 12; vgl. auch Musielak/Lackmann, ZPO, 7. Aufl., § 719 Rdnr. 1, und Prütting/Gehrlein/Kroppenberger, ZPO, § 719 Rdnr. 7 f.).

8 Aus der von den Voraussetzungen der Einstellung im Berufungsverfahren (§ 719 Abs. 1, § 707 ZPO) losgelösten Regelung des § 719 Abs. 2 ZPO für das Revisionsverfahren folgt aber nicht, dass eine Einstellung der Zwangsvollstreckung nach § 719 Abs. 2 ZPO - anders als bei der Einstellung nach § 719 Abs. 1 ZPO - in jedem Fall ohne Sicherheitsleistung anzuordnen wäre (so aber Zöller/Herget, ZPO, 28. Aufl., § 719 Rdnr. 8; Prütting/Gehrlein/Kroppenberger, aaO, Rdnr. 9; MünchKommZPO/Krüger, aaO, Rdnr. 15; Musielak/Lackmann, aaO, Rdnr. 6). Die gegenteilige Auffassung der Literatur ist mit dem Sinn und Zweck des § 719 Abs. 2 ZPO nicht vereinbar und entspricht auch nicht der

Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, in der eine Einstellung der Zwangsvollstreckung nach § 719 Abs. 2 ZPO durchaus auch gegen Sicherheitsleistung angeordnet worden ist (vgl. Senatsbeschluss vom 13. Juli 2007 - VIII ZR 306/06, WuM 2007, 545; BGH, Beschlüsse vom 30. Januar 2007, aaO, und vom 15. März 2007 - V ZR 271/06, WuM 2007, 545). Aus dem von Zöller/Herget (aaO) angeführten Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 18. Mai 1951 (I ZR 63/51, JZ 1951, 644) ergibt sich nichts anderes; dieser Beschluss befasst sich nicht mit der Frage, ob die Zwangsvollstreckung nach § 719 Abs. 2 ZPO nur ohne oder auch gegen Sicherheitsleistung eingestellt werden kann.

- 9            Der Wortlaut des § 719 Abs. 2 ZPO gebietet eine Einstellung ohne Sicherheitsleistung nicht; er ordnet jedenfalls nicht ausdrücklich an, dass die Zwangsvollstreckung nur ohne Sicherheitsleistung anzuordnen wäre. Aus dem Sinnzusammenhang der Bestimmungen in § 719 Abs. 1 und Abs. 2 ZPO ergibt sich, dass die Frage, ob die Einstellung der Zwangsvollstreckung nach § 719 Abs. 2 ZPO ohne oder gegen Sicherheitsleistung anzuordnen ist, in § 719 Abs. 2 ZPO nicht geregelt ist. § 719 Abs. 2 ZPO regelt - in Ergänzung und insoweit abweichend von § 719 Abs. 1 ZPO - lediglich die strengeren Voraussetzungen für "das Ob" der Einstellung (so auch MünchKommZPO/Krüger, aaO, Rdnr. 11), nicht aber "das Wie". Hinsichtlich "des Wie" der Einstellung gilt für § 719 Abs. 2 ZPO - ebenso wie für § 719 Abs. 1 ZPO - die Verweisung in § 719 Abs. 1 ZPO auf die einschränkenden Voraussetzungen des § 707 ZPO, nach denen eine Einstellung der Zwangsvollstreckung ohne Sicherheitsleistung nur zulässig ist, wenn glaubhaft gemacht wird, dass der Schuldner zur Sicherheitsleistung nicht in der Lage ist (§ 707 Abs. 1 Satz 2 ZPO). Es widerspräche dem Zweck der Regelung des § 719 Abs. 2 ZPO, wenn diese Bestimmung, die im Interesse des Gläubigers eine Verschärfung der Anforderungen an eine Einstellung der Zwangsvollstreckung im Revisionsverfahren vorsieht, zum Nachteil des Gläubigers nur eine Einstellung ohne Sicherheitsleistung zuließe, also selbst

dann, wenn der Schuldner zur Sicherheitsleistung in der Lage ist. Eine solche Besserstellung des Schuldners im Revisionsverfahren gegenüber dem Berufungsverfahren wäre mit dem Schutzzweck der die Interessen des Gläubigers im Revisionsverfahren stärker gewichtenden Regelung des § 719 Abs. 2 ZPO nicht vereinbar. Deshalb ist für die Frage, ob mit oder ohne Sicherheitsleistung einzustellen ist, auch für die Einstellung im Revisionsverfahren nach § 719 Abs. 2 ZPO auf die Verweisung in § 719 Abs. 1 Satz 1 ZPO auf § 707 ZPO zurückzugreifen (so auch BGH, Beschluss vom 30. Januar 2007, aaO, Tz. 2).

10 Für die Zulässigkeit einer Anordnung der Zwangsvollstreckung gegen Sicherheitsleistung des Schuldners nicht nur im Berufungs-, sondern auch im Revisionsverfahren spricht schließlich, dass die Regelung des § 719 Abs. 2 ZPO der des § 712 ZPO nachgebildet ist (Zöller/Herget, aaO, Rdnr. 4; Musielak/Lackmann, aaO, Rdnr. 5) und deshalb nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs auch nur zur Anwendung kommt, wenn ein Vollstreckungsschutzantrag nach § 712 ZPO in der Berufungsinstanz vergeblich gestellt worden ist (MünchKommZPO/Krüger, aaO, Rdnr. 13 m.w.N.). Auch die Bestimmung des § 712 ZPO, die Anordnungen des Berufungsgerichts zur Abwendung der Vollstreckung ermöglicht und deren materielle Voraussetzungen denen des § 719 Abs. 2 ZPO entsprechen (Musiellak/Lackmann, aaO), lässt eine Abwendung der Zwangsvollstreckung aus dem Berufungsurteil grundsätzlich nur gegen Sicherheitsleistung des Schuldners zu. Eine der Regelung in § 707 Abs. 1 Satz 2 ZPO entsprechende Ausnahme gilt auch im Rahmen des § 712 ZPO; von einer Sicherheitsleistung des Schuldners kann nur dann abgesehen werden, wenn der Schuldner zur Sicherheitsleistung nicht in der Lage ist (§ 712 Abs. 1 Satz 2 ZPO). Es wäre widersprüchlich, wenn das Berufungsgericht - unter den gleichen materiellen Voraussetzungen, wie sie in § 719 Abs. 2 ZPO geregelt sind - eine Abwendung der Vollstreckung aus dem Berufungsurteil nach § 712 ZPO nur gegen Sicherheitsleistung des Schuldners anordnen darf,

wenn der Schuldner Sicherheit leisten kann, während der Bundesgerichtshof im selben Fall in dem sich anschließenden Nichtzulassungsbeschwerde- oder Revisionsverfahren - ohne jede Änderung der Sachlage - die Zwangsvollstreckung aus dem Berufungsurteil ohne Sicherheitsleistung anzuordnen hätte. Ein rechtfertigender Grund für eine solche Abweichung im Revisionsverfahren zum Nachteil des Gläubigers ist nicht ersichtlich. Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs über eine Einstellung nach § 719 Abs. 2 ZPO kann in ein und demselben Fall unter unveränderten Voraussetzungen keine andere sein als die des Berufungsgerichts über einen Vollstreckungsschutzantrag nach § 712 ZPO.

11            b) Die Beklagten haben nicht, wie es für eine Einstellung der Zwangsvollstreckung erforderlich wäre (§ 719 Abs. 2 i.V.m. § 719 Abs. 1 Satz 1, § 707 Abs. 1 Satz 2 ZPO), glaubhaft gemacht, dass sie nicht im Stande sind, zur Abwendung der Vollstreckung seitens der Klägerin Sicherheit zu leisten.

12            Der Vortrag der Beklagten beschränkt sich insoweit darauf, dass sie in der Begründung des Einstellungsantrags (S. 6 ff.) auf ihren in der Vorinstanz gestellten Vollstreckungsschutzantrag nach § 712 ZPO verweisen, zu dessen Begründung im Schriftsatz vom 30. Oktober 2009 ausgeführt wird, die Beklagten könnten Sicherheit nicht leisten, weil die Kredite der Beklagten im Fall einer stattgebenden Berufung gekündigt würden, so dass sich die Beklagten primär um deren Rückzahlung kümmern müssten (S. 11 des Einstellungsantrags). Dieses Vorbringen ist - abgesehen davon, dass es durch die eidesstattliche Versicherung des Beklagten zu 1 und Geschäftsführers der Beklagten zu 2 bis 5 vom 30. Oktober 2009 (Anlage B 62) nicht bestätigt wird - schon deshalb nicht glaubhaft gemacht, weil eine Kündigung der Kreditverträge durch die T. - sparkasse nach dem eigenen Vorbringen der Beklagten auch im Falle eines der Berufung der Klägerin stattgebenden Urteils des Oberlandesgerichts nicht zu befürchten ist, wenn die Beklagten die Vollstreckung der Klägerin durch Sicher-

heitsleistung abwenden. Denn nach dem von den Beklagten vorgelegten Schreiben der T. sparkasse vom 5. August 2008 (Anlage B 61) hat sich die T. sparkasse bereit erklärt, eine fristlose Kündigung der Kreditverträge nicht auszusprechen, solange die fristlose Kündigung der Klägerin keine bindende Rechtskraft erlangt hat und die Beklagten die Verfügungsgewalt über die vier M. -Restaurants behalten. Eine Kündigung der Kreditverträge und die Rückzahlung der dadurch fällig gestellten Kredite steht daher erst an, wenn die Klägerin die Räumungsvollstreckung durchführt. Die Beklagten haben weder vorgetragen noch glaubhaft gemacht, dass sie auch vor einer Kündigung der Kreditverträge nicht in der Lage wären, zur Abwendung einer Räumungsvollstreckung Sicherheit zu leisten. Der von den Beklagten als Unternehmenswert dargelegte Marktwert des Eigenkapitals der Beklagten zu 2 bis 5 in Höhe von derzeit 7.568.028 € (Anlage B 63) sprechen ebenso gegen die Unfähigkeit der Beklagten, Sicherheit zu leisten, wie die geplanten Bilanzgewinne der Beklagten zu 2 bis 5 für die Jahre 2009 bis 2014 (B 63, Anl. 1). Bei der Beurteilung der Vermögenssituation des Beklagten zu 1 ist schließlich zu berücksichtigen, dass dieser nach dem von den Beklagten vorgelegten Schreiben der Klägerin vom 18. Oktober 2007 (B 63, Anl. 2) aus den Beklagten zu 2 bis 5 in den Jahren 2003 bis 2006 Privatentnahmen in Höhe von 1.361.000 € getätigt hat. Angesichts dieser Zahlen ist nicht glaubhaft gemacht, dass die Beklagten - insbesondere der Beklagte zu 1 als Vollstreckungsschuldner hinsichtlich aller

vier Restaurants - nicht im Stande wären, zur Abwendung der Räumungsvollstreckung Sicherheit zu leisten.

Ball

Dr. Frellesen

Dr. Milger

Dr. Achilles

Dr. Fetzer

Vorinstanzen:

LG Frankfurt/Main, Entscheidung vom 20.01.2009 - 3/16 O 36/08 -

OLG Frankfurt/Main, Entscheidung vom 13.11.2009 - 2 U 76/09 -