



# **BUNDESGERICHTSHOF**

## **BESCHLUSS**

XII ZR 147/03

vom

24. September 2003

in dem Rechtsstreit

Der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 24. September 2003 durch die Vorsitzende Richterin Dr. Hahne und die Richter Sprick, Weber-Monecke, Prof. Dr. Wagenitz und Dr. Ahlt

beschlossen:

1. Der Antrag des Beklagten, die Zwangsvollstreckung der Klägerin aus dem Urteil des 3. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Koblenz vom 10. Juni 2003 einstweilen einzustellen, hilfsweise die aufgrund dieses Urteils zugunsten der Klägerin eingetragenen Zwangshypotheken auf die zu erbringende Sicherheitsleistung anzurechnen, wird zurückgewiesen.
2. Der Antrag des Beklagten auf Bewilligung von Prozeßkostenhilfe wird abgelehnt.

Gründe:

1. Eine Einstellung der Zwangsvollstreckung nach § 719 Abs. 2 (hier: i.V. mit § 544 Abs. 5 Satz 2) ZPO kommt nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, auch des Senats, regelmäßig nicht in Betracht, wenn der Schuldner es in der Berufungsinstanz versäumt hat, von der Möglichkeit eines Schutzantrags nach § 712 ZPO Gebrauch zu machen (vgl. Senatsbeschluß vom 7. September 1999 - XII ZR 237/99 - BGHR ZPO § 719 Abs. 2 Einstellungsgründe 3). An einem solchen Schutzantrag fehlt es im vorliegenden Fall. Der in der Berufungsbegründung (vom 5. September 2002) formulierte und in der mündlichen Verhandlung vor dem Oberlandesgericht am 13. Mai 2003 in

Bezug genommene Antrag zu 2 enthält - entgegen der Auffassung des Beklagten - ein solches Schutzbegehren nicht. Das ergibt sich bereits aus der Formulierung dieses Antrags, der ausdrücklich § 711 ZPO benennt, die Besonderheit des § 712 ZPO (Abwendungsbefugnis "ohne Rücksicht auf eine Sicherheitsleistung des Gläubigers") nicht erwähnt und auch die Rechtsfolge, die § 712 Abs. 1 Satz 2 ZPO für die hier geltend gemachte Unfähigkeit des Schuldners zur Erbringung der Sicherheitsleistung vorsieht, nicht für sich in Anspruch nimmt. Außerdem rechtfertigt sich dieses Verständnis des in der Berufungsbegründungsschrift formulierten Antrags aus dem Umstand, daß sich die Berufungsbegründung zu den besonderen Voraussetzungen des § 712 ZPO nicht verhält. Sie läßt insbesondere nicht erkennen, worin für den Fall der Vollstreckung ein nicht zu ersetzender Nachteil für den Beklagten liegen könnte; auch deutet sie nicht an, daß der Beklagte - wie nunmehr geltend gemacht - zur Erbringung der Sicherheitsleistung nicht in der Lage sei. Gründe, derentwegen es dem Beklagten im Berufungsverfahren nicht möglich oder nicht zumutbar war, einen Vollstreckungsschutzantrag zu stellen, sind weder vorgetragen noch sonst ersichtlich.

2. Auch dem Hilfsantrag war der Erfolg zu versagen. Dabei kann offen bleiben, ob die mit ihm begehrte Anordnung überhaupt von § 719 Abs. 2 ZPO gedeckt wäre. Selbst wenn man das mit dem Hilfsantrag verfolgte Anrechnungsbegehren - etwa im Hinblick auf die für die Klägerin bereits eingetragenen Zwangshypotheken - als ein Weniger gegenüber der im Revisionsverfahren allein vorgesehenen Einstellung der Zwangsvollstreckung nach § 719 Abs. 2 ZPO ansehen und ausnahmsweise für statthaft erachten wollte (zur grundsätzlichen Unzulässigkeit einer Herabsetzung der Sicherheitsleistung durch das Revisionsgericht: Senatsbeschuß vom 3. April 1996 - XII ZR 26/96 - BGHR ZPO § 719 Abs. 2 Abwendungsbefugnis 1), wäre ein solcher Antrag nur zulässig, wenn der Beklagte zuvor - vor dem Berufungsgericht - die ihm von § 712

ZPO eröffnete Möglichkeit, Vollstreckungsschutz zu erlangen, genutzt hätte. Das hat der Beklagte, wie dargelegt, aber nicht getan.

3. Die begehrte Prozeßkostenhilfe war dem Beklagten zu versagen, da die beabsichtigte Rechtsverfolgung keine hinreichende Aussicht auf Erfolg bietet (§ 114 ZPO); die Voraussetzungen des § 544 i.V. mit § 543 Abs. 2 ZPO liegen nicht vor.

Hahne

Sprick

Weber-Monecke

Wagenitz

Ahlt