



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

I ZB 51/11

vom

9. Oktober 2013

in dem Zwangsvollstreckungsverfahren

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 9. Oktober 2013 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Dr. h.c. Bornkamm und die Richter Prof. Dr. Schaffert, Dr. Kirchhoff, Dr. Grabinski und Dr. Löffler

beschlossen:

Die Rechtsbeschwerde gegen den Schluss-Beschluss des 16. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 3. August 2011 wird auf Kosten der Schuldnerin zurückgewiesen.

Beschwerdewert: 3.570 €

Gründe:

- 1 I. Die Gläubigerin und die Streithelferin der Schuldnerin sind jeweils Mieter von Kanzleiräumen in den sogenannten Kranhäusern in Köln. Zu dem Objekt gehört eine Tiefgarage, in der sich Werbeflächen befinden, die die Schuldnerin vermietet.

- 2 Unter dem 12./14. März 2009 schlossen die Gläubigerin und die Schuldnerin einen Vertrag, in dem der Gläubigerin gegen Entgelt das Aufhängen von Werbetafeln an der Wand der Tiefgarage im Bereich der Zufahrt nach Ausgang gestattet wurde. In dem Vertrag wurde der Gläubigerin das exklusive Recht eingeräumt, während der Vertragslaufzeit auf den angemieteten Flächen Werbung zu betreiben. Die Schuldnerin verpflichtete sich, an den angemieteten Flächen keine weitere Werbung zuzulassen und die Flächen Dritten weder zu überlassen oder zu vermieten. Am 26. März 2009 wurden an den zur Nutzung überlassenen Wandflächen in der Tiefgarage Werbetafeln der Gläubigerin angebracht. Am 21. September 2009 schloss die Schuldnerin mit der Streithelferin ebenfalls einen Vertrag über die Nutzung von Werbeflächen. Der Vertrag betraf

teilweise dieselben Wände, an denen auch die Werbeflächen der Gläubigerin angebracht waren. Am 15. Oktober 2009 wurden an diesen Wänden auf Betreiben der Streithelferin Tafeln angebracht, die für die Streithelferin warben.

3 Die Schuldnerin wurde vom Landgericht Köln verurteilt, die in der Tiefgarage des Rheinauhafens Köln an den Wänden im Bereich „Zufahrt nach Ausgang“ neben dem Eingang zu der Immobilie „Krankenhaus “ ... befindlichen Werbetafeln („Billboards“) der Unternehmensgruppe R. zu entfernen. Das Urteil ist rechtskräftig.

4 Das Landgericht hat die Gläubigerin auf ihren Antrag hin mit Beschluss vom 6. Januar 2011 ermächtigt, die der Schuldnerin obliegende Entfernung der Werbetafeln selbst vorzunehmen oder durch einen von ihr beauftragten Dritten vornehmen zu lassen. Es hat die Schuldnerin ferner zur Duldung der Wegnahme verpflichtet.

5 Auf die dagegen eingelegte sofortige Beschwerde der Schuldnerin hat das Beschwerdegericht mit Teil-Beschluss vom 28. Januar 2011 den Beschluss des Landgerichts aufgehoben und den Parteien Gelegenheit gegeben, zu dem von der Gläubigerin in der Beschwerdeinstanz hilfsweise gestellten Antrag auf Verhängung eines Zwangsgeldes ergänzend vorzutragen.

6 Mit Schluss-Beschluss vom 3. August 2011 hat das Beschwerdegericht sodann gegen die Schuldnerin zur Erzwingung der Verpflichtung aus dem Urteil des Landgerichts Köln ein Zwangsgeld in Höhe von 10.000 € festgesetzt und ersatzweise Zwangshaft angeordnet. Dagegen wendet sich die Schuldnerin mit ihrer vom Beschwerdegericht zugelassenen Rechtsbeschwerde.

7 II. Das Beschwerdegericht hat angenommen, die Vollstreckung richte sich wegen der Besonderheiten des Streitfalles nicht nach § 887 ZPO, weil die

Streithelferin der Schuldnerin der Entfernung der Werbetafeln nicht zugestimmt habe und die Gläubigerin gegen die Streithelferin auch keinen Duldungstitel erwirkt habe. Es seien jedoch die Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung durch Festsetzung eines Zwangsgeldes nach § 888 ZPO erfüllt. Zwar sei die Verhängung eines Zwangsgeldes ausgeschlossen, wenn feststehe, dass der Schuldner erfolglos alles ihm Mögliche und Zumutbare unternommen habe, um den Dritten zur Zustimmung zu bewegen. Die Schuldnerin habe jedoch nicht ausreichend vorgetragen, dass sie mit der gebotenen Intensität versucht habe, die Streithelferin zum Verzicht auf den streitgegenständlichen Standort der Werbetafeln zu bewegen. Die Schuldnerin habe auch nicht ausreichend dargelegt, dass ein rechtliches Vorgehen gegen die Streithelferin keinen Erfolg verspräche.

8 III. Die vom Beschwerdegericht zugelassene Rechtsbeschwerde ist statthaft (§ 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2, Abs. 3 Satz 2 ZPO) und auch sonst zulässig (§ 575 ZPO). In der Sache hat sie allerdings keinen Erfolg.

9 1. Das Beschwerdegericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass sich die Zwangsvollstreckung im Streitfall nach § 888 ZPO richtet.

10 a) Allerdings handelt es sich - was auch das Beschwerdegericht angenommen hat - bei der von der Schuldnerin vorzunehmenden Entfernung der Werbetafeln der Streithelferin um eine vertretbare Handlung, die grundsätzlich der Zwangsvollstreckung nach § 887 ZPO unterliegt. Das geschuldete Verhalten kann von einem Dritten anstelle der Schuldnerin vorgenommen werden, ohne dass es der Gläubigerin darauf ankommt, dass die Beseitigung gerade von der Schuldnerin selbst vorgenommen wird (vgl. BGH, Beschluss vom 27. November 2008 - I ZB 46/08, NJW-RR 2009, 443 Rn. 8 mwN).

11 b) Das Beschwerdegericht hat aber auch zutreffend angenommen, dass etwas anderes gilt, wenn die Vollstreckung - wie im Streitfall - von der Mitwirkung oder Zustimmung eines Dritten abhängt, gegen den sich der Leistungstitel nicht richtet. Die Zwangsvollstreckung ist bei einer derartigen Fallgestaltung nur dann möglich, wenn der Dritte sein Einverständnis mit der durchzuführenden Maßnahme erklärt oder der Vollstreckungsgläubiger einen eigenen Duldungstitel gegen den Dritten erwirkt. Fehlt es - wie hier - daran, scheidet eine Vollstreckung nach § 887 ZPO aus. In einem solchen Fall ist die Zwangsvollstreckung nach § 888 Abs. 1 ZPO durchzuführen (BGH, NJW-RR 2009, 443 Rn. 8 mwN).

12 2. Entgegen der Ansicht der Rechtsbeschwerde hat das Beschwerdegericht auch die Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung nach § 888 ZPO zutreffend bejaht.

13 a) Die Verhängung eines Zwangsgeldes nach § 888 Abs. 1 ZPO setzt voraus, dass es sich um eine (nicht vertretbare) Handlung handelt, die ausschließlich vom Willen des Schuldners abhängt. Daraus ergibt sich, dass die objektive oder subjektive Unmöglichkeit der Handlung die Anordnung eines Zwangsgeldes ausschließt. Allerdings ist die Zwangsvollstreckung wegen einer nicht vertretbaren Handlung im Sinne von § 888 Abs. 1 ZPO grundsätzlich nicht schon dann ausgeschlossen, wenn ein Dritter an der Handlung mitwirken muss. Die Festsetzung von Zwangsgeld oder Zwangshaft ist nur dann nicht möglich, wenn eindeutig feststeht, dass der Schuldner erfolglos alle zumutbaren Maßnahmen einschließlich eines gerichtlichen Vorgehens unternommen hat, um den Dritten zur Duldung der vorzunehmenden Handlung zu veranlassen. Die Voraussetzungen für diesen Ausnahmetatbestand hat der Schuldner im Einzelnen darzulegen (BGH, NJW-RR 2009, 443 Rn. 13 mwN).

- 14 b) Das Beschwerdegericht ist zutreffend von diesen Grundsätzen ausgegangen. Es hat angenommen, dass die Schuldnerin der ihr obliegenden Darlegungslast nicht nachgekommen ist, weil sie nicht vorgetragen habe, dass sie mit der gebotenen Intensität versucht habe, die Streithelferin zum Verzicht auf den streitgegenständlichen Werb Standort zu bewegen. Die Schuldnerin habe nicht dargelegt, welche Vorschläge sie der Streithelferin unterbreitet habe. Ein von ihr vorgelegtes Schreiben der Streithelferin belege lediglich das Angebot einer Abstandszahlung in Höhe einer halben Jahresmiete. Dies reiche jedoch nicht aus, weil die Schuldnerin durch die vertragswidrige Vermietung der Wandflächen an die Streithelferin bereits mehr als zwanzig Monatsmieten erlangt habe, die sie bei Beachtung des mit der Gläubigerin vereinbarten Exklusivrechts nicht hätte erzielen können. Ihr sei deshalb das Angebot eines erheblich höheren Betrages zumutbar. Die Schuldnerin habe zudem nicht vorgetragen, ob zusätzlich zu einer Abstandszahlung alternative Standorte angeboten werden könnten. Es könne nicht davon ausgegangen werden, dass die Streithelferin, immerhin eine bekannte Wirtschaftskanzlei, sich wirtschaftlichen Überlegungen völlig verschließe. Es komme hinzu, dass die Schuldnerin nicht ausreichend dargelegt habe, dass ein rechtliches Vorgehen gegen die Streithelferin keinen Erfolg verspräche. Diese im Wesentlichen auf tatrichterlichem Gebiet liegenden Feststellungen lassen keine Rechtsfehler erkennen.
- 15 c) Die Rechtsbeschwerde meint, das Gebot der Verhältnismäßigkeit der Mittel und das Gebot der Rücksichtnahme bei der Verhängung von Zwangsmitteln gebiete es, den Schuldner nicht im Unklaren darüber zu lassen, welche Maßnahmen er zur Vermeidung von Zwangsmaßnahmen nach § 888 ZPO zu ergreifen habe. Das Beschwerdegericht habe deshalb - unter Fristsetzung für seine Unterbreitung - konkret ein Angebot formulieren müssen, das die Streithelferin nicht habe ablehnen können. Dem kann nicht gefolgt werden.

- 16 aa) Ein Titel, der auf die Vornahme einer Handlung gerichtet ist, die von der Mitwirkung oder dem Einverständnis eines Dritten abhängt, der dazu nicht bereit ist, kann in der Weise vollstreckt werden, dass der Gläubiger nach § 888 Abs. 1 ZPO die Festsetzung eines Zwangsgeldes gegen den Schuldner beantragt, solange dieser nicht alle zumutbaren Maßnahmen rechtlicher oder tatsächlicher Art ergriffen hat, um seinerseits den Dritten zur Duldung der geschuldeten Handlung oder Mitwirkung daran zu bewegen (BGH, NJW-RR 2009, 443 Rn. 14; BGH, Beschluss vom 18. Dezember 2008 - I ZB 68/08, NJW 2009, 2308 Rn. 21). Die Notwendigkeit, konkrete vom Schuldner innerhalb einer bestimmten Frist gegenüber Dritten vorzunehmende Maßnahmen festzusetzen, ist § 888 ZPO nicht zu entnehmen. Vielmehr ergibt sich aus § 888 Abs. 2 ZPO, wonach eine Androhung des Zwangsmittels nicht stattfindet, dass der Schuldner durch seine gemäß § 891 ZPO gebotene Anhörung hinreichend Gelegenheit erhält, seine Verpflichtung rechtzeitig vor der Festsetzung eines Zwangsmittels zu erfüllen (vgl. Zöller/Stöber, ZPO, 29. Aufl., § 888 Rn. 16). Dies ist im Interesse einer verzögerungsfreien Zwangsvollstreckung grundsätzlich ausreichend (vgl. auch Begründung zum Regierungsentwurf der 2. Zwangsvollstreckungsnovelle, BT-Drucks. 13/341, S. 41). Über die Festsetzung eines Zwangsmittels hinausgehende Anordnungen des Gerichts sieht das Gesetz nicht vor.
- 17 Nichts anderes ergibt sich auch daraus, dass im Einzelfall eine gerichtliche Fristsetzung zur Vornahme der Handlung oder die Einräumung einer Abwendungsbefugnis durch den Nachweis einer Klageerhebung gegen Dritte innerhalb einer Frist geboten sein kann, wenn damit nach den Umständen des Einzelfalls einem besonderen Bedürfnis des Schuldners Rechnung getragen wird, etwa weil dieser für eine Rechnungslegung oder die Fertigung einer Klageschrift eine angemessene Zeit benötigt (vgl. BGH, Beschluss vom 18. Dezember 2008 - I ZB 68/08, NJW 2009, 2308 Rn. 29 mwN; MünchKomm.ZPO/

Gruber, 4. Aufl., § 888 Rn. 24; BT-Drucks. 13/341, S. 41). Die Rechtsbeschwerde hat keine konkreten Umstände dargelegt, wonach die Schuldnerin nach den hier maßgebenden Umständen eine solche Fristsetzung benötigte, um der Streithelferin ein zumutbares Angebot für eine Gegenleistung zur Entfernung der Werbetafeln zu machen.

18 bb) Gegen die Festsetzung konkreter Maßnahmen zum Vorgehen gegen Dritte spricht auch das Wesen der Zwangsvollstreckung nach § 888 ZPO als Beugezwang. Bei der Festsetzung von Zwangsmitteln im Sinne von § 888 ZPO geht es darum, dem Schuldner die im Gesetz bestimmten Rechtsnachteile anzudrohen und gegebenenfalls auch zuzufügen, so dass er die Vornahme der von ihm geschuldeten Handlung als das geringere Übel ansieht und sich zu ihr entschließt (Schilken in Rosenberg/Gaul/Schilken/Becker-Eberhard, Zwangsvollstreckungsrecht, 12. Aufl., § 71 Rn. 2). Es würde das vom Gesetz damit dem Schuldner überlassene Erfüllungsermessen unangemessen einengen, wenn das Vollstreckungsgericht zusätzlich zu den gesetzlich geregelten Zwangsmitteln in jedem Einzelfall konkrete Maßnahmen und eine Frist zu deren Umsetzung festzusetzen hätte.

19 Ein solches Ermessen besteht auch im Streitfall. Die Rechtsbeschwerde macht nicht geltend, dass sich die Streithelferin jeglicher für die Schuldnerin zumutbaren wirtschaftlichen Lösung verweigert hat. Sie hat auch die Feststellung des Beschwerdegerichts nicht angegriffen, wonach sich die Streithelferin als bekannte Wirtschaftskanzlei wirtschaftlichen Überlegungen nicht verschließen wird.

20 d) Da das Beschwerdegericht nach alledem rechtsfehlerfrei festgestellt hat, dass die Schuldnerin nicht hinreichend dargelegt hat, dass sie erfolglos alle wirtschaftlich zumutbaren Maßnahmen unternommen hat, um die Streithelferin

zur Duldung der Entfernung der Werbetafeln zu veranlassen, kommt es nicht mehr darauf an, ob die weitere Annahme des Beschwerdegerichts ebenfalls rechtsfehlerfrei ist, die Schuldnerin habe zudem nicht ausreichend dargelegt, dass ein rechtliches Vorgehen gegen die Streithelferin keinen Erfolg verspräche.

21 IV. Danach ist die Rechtsbeschwerde der Schuldnerin zurückzuweisen. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO.

Bornkamm

Schaffert

Kirchhoff

Grabinski

Löffler

Vorinstanzen:

LG Köln, Entscheidung vom 30.09.2010 - 15 O 28/10 -

OLG Köln, Entscheidung vom 03.08.2011 - 16 W 1/11 -