

# Bundesgerichtshof

## BESCHLUSS

§§ 719 Abs. 2, 712 ZPO

- 1. Die einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung nicht in Betracht, wenn der Schuldner es versäumt hat, im Berufungsrechtszug einen Vollstreckungsschutzantrag gemäß § 712 ZPO zu stellen, obwohl ihm ein solcher Antrag möglich und zumutbar gewesen wäre.**
- 2. Ein im Berufungsrechtszug gemäß §§ 719 Abs. 1 Satz 1, 707 ZPO gestellter Antrag auf einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung gilt nur für diese Instanz und wirkt nicht über den Erlass des Berufungsurteils hinaus, so dass er nicht den erforderlichen Antrag nach § 712 ZPO ersetzen kann, der dahin geht, dass das Berufungsgericht auch gegenüber seiner Entscheidung Vollstreckungsschutz gewähren soll.**

BGH, Beschluss vom 02.07.2014; Az.: XII ZR 65/14

Der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 2. Juli 2014 durch den Vorsitzenden Richter Dose, die Richterin Weber-Monecke und die Richter Schilling, Dr. Nedden-Boeger und Guhling beschlossen:

### **Tenor:**

Der Antrag der Beklagten, die Zwangsvollstreckung aus dem Urteil des 8. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts Hamburg vom 28. Mai 2014 einstweilen einzustellen, wird zurückgewiesen.

### **Gründe:**

I. Die Klägerin verlangt nach Kündigung die Räumung und Herausgabe von Gewerberäumen, die sie an die Beklagten zu 1 und zu 2 zum Betrieb eines Restaurants vermietet hatten und die diese an die Beklagte zu 3 (deren geschäftsführender Alleingesellschafter der Beklagte zu 1 ist) untervermietet haben. Das Landgericht hat die Beklagten antragsgemäß verurteilt; das Oberlandesgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen. Es hat die Revision zugelassen und den Beklagten nachgelassen, die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 240.000,00 € vorläufig abzuwenden, falls nicht die Klägerin zuvor in gleicher Höhe Sicherheit leiste. Die Klägerin hat die Sicherheit geleistet und betreibt die Zwangsvollstreckung. Der Gerichtsvollzieher hat die Räumung für den 3. Juli 2014 angekündigt.

Die Beklagten haben gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Revision eingelegt. Sie beantragen, die Zwangsvollstreckung aus dem Urteil einstweilen einzustellen. Zur Begründung führen sie unter Bezugnahme auf ein Schreiben ihres Steuerberaters aus, ihnen würde durch die Vollstreckung ein nicht zu ersetzender Nachteil entstehen. Könnten sie das Restaurant nicht weiter betreiben, dann

könnten sie zwei weitere von der Beklagten zu 3 betriebene defizitäre Lokale nicht weiter aus den Gewinnen des Restaurants finanziell unterstützen und müssten auch diese beiden Lokale schließen.

II. Der Einstellungsantrag der Beklagten ist nicht begründet.

1. Wird Revision gegen ein für vorläufig vollstreckbar erklärtes Urteil 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 nicht ein überwiegendes Interesse des Gläubigers entgegensteht (§ 719 Abs. 2 Satz 1 ZPO). Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kommt eine solche Einstellung nicht in Betracht, wenn der Schuldner es versäumt hat, im Berufungsrechtszug einen Vollstreckungsschutzantrag gemäß § 712 ZPO zu stellen, obwohl ihm ein solcher Antrag möglich und zumutbar gewesen wäre. Ein im Berufungsrechtszug gemäß §§ 719 Abs. 1 Satz 1, 707 ZPO gestellter Antrag auf einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung gilt nur für diese Instanz und wirkt nicht über den Erlass des Berufungsurteils hinaus, so dass er nicht den erforderlichen Antrag nach § 712 ZPO ersetzen kann, der dahin geht, dass das Berufungsgericht auch gegenüber seiner Entscheidung Vollstreckungsschutz gewähren soll (Senatsbeschluss vom 31. Juli 2013 - XII ZR 114/13 - GuT 2013, 217 Rn. 5 mwN).

2. An dieser Voraussetzung für die Einstellung der Zwangsvollstreckung durch das Revisionsgericht fehlt es hier. Die Beklagten haben im Berufungsverfahren lediglich einen Antrag nach §§ 719, 707 ZPO, nicht aber einen solchen gemäß § 712 ZPO gestellt.

Dies war ihnen auch nicht aus besonderen Gründen unmöglich. Sie machen zwar insoweit geltend, ein Vollstreckungsschutzantrag sei ihnen im Berufungsverfahren nicht zumutbar gewesen, weil sie zur Begründung Geschäftsinterna hätten offenbaren und befürchten müssen, dass diese einer breiten Öffentlichkeit bekannt würden. Zudem seien sie - mit Blick auf Äußerungen des Berufungsgerichts berechtigt - davon ausgegangen, dass ihr Rechtsmittel in der Sache erfolgreich sein würde.

Damit haben die Beklagten jedoch keine Umstände dargelegt, die das Erfordernis eines Antrags gemäß § 712 ZPO für eine einstweilige Einstellung gemäß § 719 Abs. 2 ZPO ausnahmsweise entfallen lassen würden. In der zur Glaubhaftmachung ihres Vortrags vorgelegten eidesstattlichen Versicherung des Beklagten zu 2 wird aus Presse-Veröffentlichungen über Streitigkeiten mit den Vermietern der beiden anderen von der Beklagten zu 3 betriebenen Lokalen auf die Gefahr geschlossen, dass auch die Informationen aus dem vorliegenden Verfahren der Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden könnten. Woraus sich diese Gefahr ergeben soll, erschließt sich jedoch nicht, zumal eine personelle Verflechtung der Klägerin des vorliegenden Verfahrens mit den dortigen Vermietern oder auch der Verfahrensbevollmächtigten der jeweiligen Vermieter miteinander nicht behauptet ist. Ebenso wenig ist ersichtlich, inwiefern die Angaben zum im vorliegenden Verfahren gegenständlichen Restaurant Einfluss auf die - möglicherweise auch in der Presse ausgetragenen - Streitigkeiten betreffend die beiden anderen Lokale haben sollen. Nicht nachvollziehbar ist auch die in der eidesstattlichen Versicherung angeführte Besorgnis, es könnte zum Fernbleiben von Gästen in einem der drei Lokale führen, wenn bekannt würde, dass mit dem ertragreichen Betrieb des Restaurants die beiden anderen Lokale "bezuschusst" werden.

Die Gründe, auf die der Einstellungsantrag gestützt wird, lagen bereits im Berufungsrechtszug vor. Wie der jetzt erfolgte Vortrag belegt, beruhte das dortige Unterbleiben der Antragstellung letztlich darauf, dass die Beklagten ihre dortigen Erfolgsaussichten unzutreffend eingeschätzt haben. Dies kann jedoch das Absehen von einem Vollstreckungsschutzantrag nach § 712 ZPO nicht rechtfertigen, weil es grundsätzlich in den Risikobereich der Partei fällt (Senatsbeschluss vom 10. April 2003 - XII ZR 280/01 - juris Rn. 6; BGH Beschlüsse vom 23. Oktober 2007 - XI ZR 449/06 - WuM 2008, 50; vom 29. Juli 2004 - III ZR 263/04 - NJW-RR 2005, 147, 148 und vom 26. September 1991 - I ZR 189/91 - NJW-RR 1992, 189, 190). Das gilt selbst dann, wenn die Auffassung zu den Erfolgsaussichten auf eine vorläufige Einschätzung des Berufungsgerichts gestützt ist (BGH Beschluss vom 29. Juli 2004 - III ZR 263/04 - NJW-RR 2005, 147, 148), was die Beklagten vorliegend nicht einmal behaupten. Denn sie führen lediglich aus, das Berufungsgericht habe in der mündlichen Verhandlung zum Ausdruck gebracht, "man könne sich vorstellen", einer den Beklagten ggf. günstigen Rechtsauffassung zu folgen.

3. Im Übrigen ist ein nicht zu ersetzender Nachteil im Sinn des § 719 Abs. 2 Satz 1 ZPO nicht dargetan. Soweit die Beklagten darauf abstellen, dass die Beklagte zu 3, ein Wirtschaftsunternehmen, weitere, ohnedies defizitäre Lokale schließen müsste, ergibt sich bereits kein Nachteil.

Die - sich allein aus dem Schreiben des Steuerberaters ergebenden - Gewinneinbußen infolge der Räumung des streitgegenständlichen Restaurants bedeuten einen Nachteil, der finanziell ausgeglichen werden kann. Dass die Klägerin hierzu nicht in der Lage wäre (vgl. dazu BGH Beschluss vom 30. Januar 2007 - X ZR 147/06 - NJW-RR 2007, 1138 Rn. 6), wird von den Beklagten nicht einmal behauptet.