

BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

IV ZR 137/71

in dem Rechtsstreit

der U- u. R-Vers. Aktiengesellschaft, vertreten
durch ihren Vorstand, Dr. Karl B., Wolfgang H.
und Bernhard J., M., W.straße,

Beklagten und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr.
und Dr. -

gegen

den Kaufmann Hassan A-B., D., R.
straße,

Kläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr.
Dr. und
-

- . -

Der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat in der Sitzung am 1. Dezember 1971 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Hauß sowie der Bundesrichter Johannsen, Dr. Pfretzschner, Dr. Bukow und Dr. Buchholz

beschlossen:

Die durch Beschluß vom 26. Oktober 1971 vorläufig angeordnete einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung aus dem Urteil des 20. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm vom 27. September 1971 wird aufrechterhalten.

G r ü n d e

Die einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung nach § 719 Abs. 2 ZPO kann in der Revisionsinstanz grundsätzlich nicht erfolgen, wenn der beklagte Schuldner es unterlassen hat, im Berufungsrechtszug einen Antrag nach § 713 Abs. 2 ZPO zu stellen. Es kann ihm nicht gestattet sein, seine Rechtslage dadurch zu verbessern, daß er diesen Antrag nicht stellt und statt dessen später nach Einlegung der Revision einen Antrag auf einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung nach § 719 Abs. 2 ZPO (vgl. BGHZ 16, 376 m. Anm. Pagen-darm LM ZPO § 713 Nr. 6).

Der Umstand, daß die Beklagte den Antrag nach § 713 Abs. 2 ZPO nicht gestellt hat, schließt es hier jedoch nicht aus, die einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung nach § 719 Abs. 2 anzuordnen. Denn

- 5 -

es handelt sich um einen besonders gelagerten Fall. Vor dem Berufungsgericht ist am 9. Juli 1971 mündlich verhandelt worden. In dieser Verhandlung hat der mit der Berufung beklagte Schuldner den Antrag gestellt, die Berufung des Klägers zurückzuweisen und ihm für den Fall der Verurteilung in einer der Revision unterliegenden Sache nachzulassen, durch Sicherheitsleistung oder durch Hinterlegung die Vollstreckung abzuwenden. Der Kläger hatte in seiner Berufungsbegründung vom 28. April 1969 beantragt, das Urteil des LG dahin zu ändern, daß die Beklagte verurteilt werde, an ihn 102.674 DM nebst Zinsen zu zahlen. In der mündlichen Verhandlung vom 9. Juli 1970 hat er nur beantragt, die Beklagte zu verurteilen, an ihn 7.114 DM nebst Zinsen zu zahlen und gebeten, den Rechtsstreit im übrigen zu vertagen. Die Beklagte hat beantragt, insoweit durch Versäumnisurteil zu entscheiden.

Das Berufungsgericht hat durch Teilurteil die Beklagte verurteilt, an den Kläger 7.114 DM nebst Zinsen zu zahlen, und die weitergehende Berufung durch Versäumnisurteil zurückgewiesen. Gegen dieses Versäumnisurteil hat der Kläger Einspruch eingelegt. Mit Schriftsatz vom 27. Juli 1971 hat die Beklagte beantragt, das Versäumnisurteil aufrecht zu erhalten. In der mündlichen Verhandlung vom 27. September 1971 hat der Prozeßbevollmächtigte der Beklagten auf den Antrag aus dem Schriftsatz vom 27. Juli 1971 Bezug genommen. Nach Durchführung der Beweisaufnahme ist ausweislich der Sitzungsniederschrift ohne Protokollführer weiter verhandelt worden. In der Sitzungsniederschrift heißt es: "die Anwälte verhandelten mit den früheren Anträgen zur Sache".



Das Berufungsgericht hat unter teilweiser Aufhebung des Versäumnisurteils das Urteil des Landgerichts geändert und die Beklagte verurteilt, an den Kläger weitere 90.000,50 DM mit Zinsen zu zahlen. Im übrigen hat es das Versäumnisurteil aufrecht erhalten.

Die Beklagte hat beantragt, das Urteil gemäß §§ 716, 321 ZPO dahin zu ergänzen, daß ihr nachgelassen werde, die Zwangsvollstreckung durch Sicherheitsleistung oder Hinterlegung abzuwenden. Sie hat geltend gemacht, in der mündlichen Verhandlung vom 27. September 1971 seien die Anträge vom Vorsitzenden der Protokollführerin angegeben worden. Es könne nur auf einem Mißverständnis beruhen, wenn der Hilfsantrag auf Vollstreckungsnachlaß nicht erneut in das Protokoll aufgenommen worden sei. Weder das Gericht noch die Gegenseite hätte annehmen können, der Hilfsantrag habe fallen gelassen werden sollen. Denn sonst hätte das Gericht gemäß § 139 ZPO mit Sicherheit besonders nachgefragt.

Das Berufungsgericht hat durch ein den Parteien anstelle der Verkündung vom 19. Oktober 1971 zugestelltes Urteil den Antrag der Beklagten auf Ergänzung des Urteils zurückgewiesen. Es ist der Überzeugung, daß die Beklagte in der mündlichen Verhandlung vom 27. September 1971 keinen Antrag gestellt hat, ihr nachzulassen, die Zwangsvollstreckung durch Sicherheitsleistung oder Hinterlegung abzuwenden. Auch dieses Urteil hat die Beklagte mit der Revision angefochten.

Unter den so gegebenen besonderen Umständen ist es angebracht, auf Antrag der Beklagten die einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung nach § 719 Abs. 2 ZPO anzuordnen. Die Beklagte hat mit ihrem Antrag vom 27. Ju-

li 1971 nur der prozessualen Rechtslage Rechnung tragen wollen. Es lag nahe anzunehmen, daß sie den früher bereits gestellten Antrag, ihr Vollstreckungsschutz zu gewähren, aufrecht erhalten wollte. Irgendwelche Umstände, die sie hätten veranlassen können, hiervon abzusehen, lagen nicht vor. Es mußte daher angenommen werden, daß sie es nur versehentlich unterlassen hatte, sich auch auf den Vollstreckungsschutzantrag, den Antrag zu Ziffer 2 in dem Schriftsatz vom 28. 5. 1969, zu beziehen. Unter diesen besonderen Umständen lag es nahe, daß das Gericht dieses Versehen durch einen Hinweis nach § 139 ZPO klärte. Da das nicht geschehen ist, ist es in diesem Fall angebracht, dem Antrag der Beklagten zu entsprechen, zumal nicht zu besorgen ist, daß der Kläger daraus im Falle einer Verurteilung der Beklagten irgendwelche Nachteile erleiden kann.

Senatspräsident Dr. Hauß
ist infolge Ortsabwesen-
heit gehindert zu unter-
schreiben

Johannsen

Johannsen

Dr. Pfretzschner

Dr. Bukow

Dr. Buchholz