BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

V ZR 106/07

vom

28. August 2007

in dem Rechtsstreit

Der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat am 28. August 2007 durch die Richter Dr. Lemke, Bauner und Dr. Schmidt-Räntsch sowie die Richterinnen Dr. Stresemann und Safari Chabestari

beschlossen:

Der Antrag der Widerbeklagten, die Zwangsvollstreckung aus dem Urteil des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm vom 16. April 2007 einstweilen einzustellen, wird zurückgewiesen.

Die Hilfsanträge werden als unzulässig verworfen.

Gründe:

I.

1 Auf die Berufung der Widerkläger sind die Widerbeklagten verurteilt worden, es zu unterlassen, den im Nord-Westen vor dem Haus der Widerkläger verlaufenden Teil einer Straße zum Gehen, Fahren und in sonstiger Weise zu benutzen. Der Tenor des Berufungsurteils enthält den Ausspruch über die vorläufige Vollstreckbarkeit ohne Sicherheitsleistung; nach den Urteilsgründen beruht diese Entscheidung auf §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

2 Nach fristgerechter Einlegung und Begründung der Nichtzulassungsbeschwerde beantragen die Widerbeklagten, die Zwangsvollstreckung aus dem Berufungsurteil einstweilen einzustellen, hilfsweise ihnen zu gestatten, die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung oder Hinterlegung ohne Rücksicht auf eine Sicherheitsleistung des Gläubigers abzuwenden, und weiter hilfsweise, ihnen zu

gestatten, die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 10.000 € abzuwenden, wenn nicht die Widerkläger vor der Vollstreckung in gleicher Höhe Sicherheit leisten. Sie machen geltend, dass ihnen die von den Widerklägern angedrohte Zwangsvollstreckung einen nicht zu ersetzenden Nachteil zufügen würde, weil der "Umweg", den sie und ihre Mieter nach den Vorstellungen des Berufungsgerichts zu ihrem Grundstück nehmen sollen, durch "Umbaumaßnahmen" erst noch geschaffen werden müsse.

II.

3 1. Der Hauptantrag ist unbegründet.

4 Wird Revision gegen ein vorläufig vollstreckbares 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 ein überwiegendes Interesse des Gläubigers nicht entgegensteht (§ 719 Abs. 2 Satz 1 ZPO). In dem Verfahren über eine Nichtzulassungsbeschwerde ist diese Norm entsprechend anwendbar (§ 544 Abs. 5 Satz 2 ZPO). Die Einstellung der Zwangsvollstreckung kommt hiernach nur in eng begrenzten Ausnahmefällen als letztes Hilfsmittel des Vollstreckungsschuldners in Betracht.

5 2. Hier scheitert der Hauptantrag schon daran, dass die Widerbeklagten nicht hinreichend dargelegt und glaubhaft gemacht haben, die angekündigte Vollstreckung würde ihnen einen nicht zu ersetzenden Nachteil i.S. von § 719 Abs. 2 ZPO bringen.

6 a) Nicht unersetzlich sind Nachteile, die der Schuldner selbst vermeiden kann. Wenn er die Vollstreckung mittels ausreichend begründbarer und zumutbarer Anträge nach § 712 Abs. 1 Satz 1 oder Satz 2 ZPO, gegebenenfalls über

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

eine Ergänzung nach § 716 ZPO abwenden kann, ist der Einstellungsantrag zurückzuweisen (siehe nur BGH, Beschl. v. 24. November 1999, XII ZR 69/99, NJW-RR 2000, 746 m.umfangr.N.). Diese Voraussetzungen liegen hier vor.

7 b) Zwar haben die Widerbeklagten in der Berufungsinstanz keinen Schutzantrag nach § 712 ZPO gestellt. Dies steht hier jedoch einem Einstellungsantrag ausnahmsweise nicht entgegen, weil das Berufungsgericht rechtsfehlerhaft keine Abwendungsbefugnis nach § 711 ZPO in den Urteilstenor aufgenommen hat. Den Widerbeklagten kann das Unterlassen des Antrags nach § 712 ZPO deshalb nicht vorgeworfen werden (vgl. BGH, Beschl. v. 24. März 2003, IX ZR 243/02, ZVI 2003, 279, 280).

8 c) Aber die Widerbeklagten waren gehalten, einen Ergänzungsantrag nach §§ 716, 321 ZPO zu stellen. In der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist es anerkannt, dass in den Fällen, in denen das Gericht die Schutzanordnung nach § 711 ZPO unterlässt, ein Unterbleiben des Antrags auf Ergänzung des Urteils nach §§ 716, 321 ZPO die Zurückweisung eines Antrags nach § 719 Abs. 2 ZPO zur Folge hat (Senat, Beschl. v. 25. August 1977, V ZR 141/77, LM § 711 ZPO Nr. 1; BGH, Beschl. v. 16. Februar 1984, III ZR 87/83, NJW 1984, 1240; Beschl. v. 4. August 1992, XII ZR 115/92, FamRZ 1993, 50). Diese Rechtsprechung findet hier Anwendung.

9 Ein i.S. von § 321 Abs. 1 ZPO "von einer Partei geltend gemachter Haupt- oder Nebenanspruch" ist übergangen, wenn das in den Prozess eingeführte, in einen bestimmten Antrag gekleidete Verlangen, also ein Anspruch im prozessualen Sinn, über den es von Amts wegen oder wegen des gestellten Antrags einer Entscheidung bedurfte, versehentlich nicht beschieden worden ist; die Anwendbarkeit von § 321 ZPO setzt also eine Entscheidungslücke voraus, sie dient nicht der Richtigstellung eines falschen Urteils (BGH, Beschl. v.

24. März 2003, IX ZR 243/02, aaO). Eine solche Lücke ist hier gegeben. Das Berufungsgericht hat nach den Entscheidungsgründen seines Urteils die Anordnung nach § 711 ZPO nicht etwa bewusst, sondern versehentlich unterlassen und damit eine lückenhafte Entscheidung getroffen. Somit bestand für die Widerbeklagten die Möglichkeit, einen erfolgversprechenden Ergänzungsantrag nach §§ 716, 321 ZPO zu stellen. Indem sie das unterlassen haben, sind die ihnen aus einer Vollstreckung drohenden Nachteile nicht unersetzlich i.S. von § 719 Abs. 2 Satz 1 ZPO.

10 3. Der erste Hilfsantrag, mit dem die Widerbeklagten die Anordnung von Vollstreckungsschutz nach § 712 ZPO anstreben, ist unzulässig. Er hätte vor dem Schluss der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht gestellt werden müssen (§ 716 ZPO).

11 4. Auch der zweite Hilfsantrag ist unzulässig. Ihm ist zu entnehmen, dass die Widerbeklagten die Ergänzung des Berufungsurteils um den Ausspruch der Abwendungsbefugnis (§ 711 ZPO) anstreben. Die Entscheidung darüber kann der Senat jedoch nicht treffen, weil dafür ausschließlich das Berufungsgericht zuständig ist (vgl. Thomas/Putzo/Reichold, ZPO, 28. Aufl., § 321 Rdn. 4). Der

Antrag kann auch nicht als Berichtigungsantrag nach § 319 ZPO behandelt werden. Für die Entscheidung darüber wäre zwar auch der Senat zuständig (vgl. BGHZ 133, 184, 194); aber für die notwendige Bezifferung der Höhe der Sicherheitsleistung fehlen Anhaltspunkte.

Lemke Bauner Schmidt-Räntsch

Stresemann Safari Chabestari

Vorinstanzen:
LG Dortmund, Entscheidung vom 28.06.2006 - 3 O 377/04 -
OLG Hamm, Entscheidung vom 16.04.2007 - 5 U 126/06 -