

BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

XII ZR 145/95

vom

14. Juli 1995

in dem Rechtsstreit

V [REDACTED] Golf- und Country-Club e.V., vertreten durch den Vorstand: Herbert P [REDACTED], Manfred K [REDACTED], Elke W [REDACTED], Gerhard W [REDACTED], Mechthild S [REDACTED], Norbert B [REDACTED] und Horst N [REDACTED], I [REDACTED]straße [REDACTED] / B [REDACTED], W [REDACTED] (V [REDACTED]),

Beklagter und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

S [REDACTED] Keramik GmbH & Co. KG, vertreten durch die S [REDACTED] Keramik Verwaltungs GmbH, diese vertreten durch die Geschäftsführer Wolfram A [REDACTED] und Günter Sk [REDACTED], I [REDACTED]straße [REDACTED], W [REDACTED] (V [REDACTED]),

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigte
II. Instanz:

Rechtsanwälte Dr. [REDACTED],
Dr. [REDACTED] und [REDACTED],
[REDACTED], [REDACTED]

Der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 14. Juli 1995 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Blumenröhr und die Richter Dr. Krohn, Dr. Zysk, Gerber und Sprick

beschlossen:

Der Antrag des Beklagten, die Zwangsvollstreckung aus dem Urteil des 30. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm vom 28. April 1995 einstweilen einzustellen, wird abgelehnt.

Gründe:

I.

Die Klägerin, die Keramikziegel herstellt, ist Eigentümerin eines an ihre Fabrik angrenzenden Geländes, das sie dem beklagten Verein mit schriftlichem Vertrag vom 10. Januar 1982 für eine Jahrespacht von 10.000 DM zum Betrieb eines Golfplatzes verpachtete. In § 1 des Pachtvertrages ist die Größe des Pachtgeländes mit ca. 80.000 qm angegeben.

Nach § 2 des Vertrages kann die Klägerin das Pachtverhältnis frühestens zum 31. Dezember 2011 kündigen; § 7 räumt ihr jedoch das Recht ein, unter bestimmten Voraussetzungen zum Zwecke der Gewinnung von Tonvorkommen Teilflächen mit halbjähriger Frist zum Ende eines Jahres zu kündigen.

- 3 -

Durch mündliche Vereinbarung erhöhten die Parteien 1983 den Pachtzins auf 16.575 DM, und zwar nach dem Vortrag der Klägerin wegen gleichzeitiger Erweiterung der Pachtfläche auf insgesamt 13,26 ha, nach dem Vortrag der Beklagten, weil erst jetzt festgestellt worden sei, daß die unverändert gebliebene Pachtfläche nicht 8, sondern 13,26 ha groß gewesen sei.

Die Klägerin nimmt den Beklagten nach Teilkündigungen vom 28. Juni 1991, 22. Oktober 1992 und 23. Juni 1993 auf Räumung und Herausgabe näher bezeichneter Teilflächen in Anspruch.

Das Landgericht wies die Klage ab. Mit der Berufung verfolgte die Klägerin ihr Begehren - in um eine zusätzliche Teilfläche erweiterter Form - weiter.

In der mündlichen Verhandlung vor dem Oberlandesgericht am 8. März 1995 wurde erstmals die Frage erörtert, ob die nachträgliche Vereinbarung aus dem Jahr 1983 über die Erhöhung des Pachtzinses mangels Schriftform nach §§ 581 Abs. 2, 566 Satz 2 BGB dazu führe, daß die Klägerin den Pachtvertrag auch vor dem Jahre 2011 durch ordentliche Kündigung beenden könne. Das Gericht ließ dem Beklagten gemäß § 283 ZPO nach, bis zum 29. März 1995 zum Vortrag der Gegenseite zu Inhalt und Form der Nachtragsvereinbarung aus 1983 Stellung zu nehmen, und beraumte Termin zur Verkündung einer Entscheidung auf den 28. April 1995 an.

Mit Schriftsatz vom 27. März 1995, bei Gericht eingegangen am 29. März 1995, machte der Beklagte u.a. geltend,



der Klägerin sei es nach § 242 BGB verwehrt, sich auf den Formmangel zu berufen, weil dieser seine Existenz bedrohe, und führte unter Beweisantritt aus, daß ein sinnvoller Golfbetrieb nach Entzug der streitigen Teilflächen nicht mehr möglich sei.

Unter Bezugnahme auf diesen Schriftsatz trug der Beklagte mit weiterem, am gleichen Tage bei Gericht eingegangenen Schriftsatz vom 28. März 1995 vor, im Falle des Ob-siegens der Klägerin würde die Vollstreckung ihm einen nicht zu ersetzenden Nachteil in Form des Existenzverlustes bringen. Er beantragte daher, ihm zu gestatten, die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung oder Hinterlegung ohne Rücksicht auf eine Sicherheitsleistung der Klägerin abzuwenden.

Mit weiteren Schriftsätzen vom 13. und 21. April 1995 beantragte er, die mündliche Verhandlung nach § 156 ZPO wieder zu eröffnen, um ihm Gelegenheit zu geben, den Vollstreckungsschutzantrag nach § 172 ZPO zu stellen.

Das Oberlandesgericht verurteilte den Beklagten antragsgemäß zur Räumung und Herausgabe und traf zur Vollstreckbarkeit Entscheidungen nach §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. Eine Entscheidung über den Vollstreckungsschutzantrag nach § 712 ZPO lehnte es ab.

Hiergegen richtet sich die inzwischen begründete Revision des Beklagten, mit der er die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils erstrebt.

Ferner beantragt der Beklagte, die Zwangsvollstreckung aus dem angefochtenen Urteil bis zur Entscheidung über die Revision gemäß § 719 Abs. 2 ZPO einstweilen einzustellen.

Er macht geltend, die Klägerin habe die im Tenor des angefochtenen Urteils festgesetzte Sicherheit von 250.000 DM geleistet und angekündigt, das Urteil zu vollstrecken und auf den herauszugebenden Flächen mit dem Abbau von Ton zu beginnen. Damit werde sinnvolles Golfspiel auf Jahre hinaus unmöglich. Der dadurch entstehende Schaden sei unersetzlich, da seine Mitglieder nur am Golfspiel selbst, nicht aber an einer finanziellen Entschädigung für den Verlust der Spielmöglichkeit interessiert seien. Zur Glaubhaftmachung legt er eidesstattliche Versicherungen seines Vorstandsmitglieds Nalbach vom 10. und 11. Juli 1995 vor.

II.

Der Vollstreckungsschutzantrag bleibt ohne Erfolg.

Das Revisionsgericht kann die einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung nach Einlegung der Revision gegen ein für vorläufig vollstreckbar erklärtes Urteil gemäß § 719 Abs. 2 ZPO nur anordnen, wenn die Vollstreckung dem Schuldner einen nicht zu ersetzenden Nachteil bringen würde und nicht ein überwiegendes Interesse des Gläubigers entgegensteht.

Der Bundesgerichtshof hat dazu seit dem grundlegenden Beschluß vom 25. August 1978 - X ZR 17/78 - LM ZPO § 712

Nr. 1 in ständiger, auch vom Senat gebilligter Rechtsprechung (vgl. Senatsbeschluß vom 3. Juli 1991 - XII ZR 262/90 - FamRZ 1991, 1176 f m.N.) verlangt, daß der Schuldner, der sich auf nicht zu ersetzende Nachteile als Folge einer Vollstreckung berufen will, einen Schutzantrag gemäß § 712 ZPO in zweiter Instanz stellen muß; denn da dort über einen solchen Antrag regelmäßig erst nach mündlicher Verhandlung und jedenfalls nach Gewährung rechtlichen Gehörs für den Vollstreckungsgläubiger befunden wird, bietet der Antrag aus § 712 ZPO - der ähnliche Voraussetzungen wie der Antrag aus § 719 Abs. 2 ZPO aufstellt - für den Gläubiger die größere Gewähr, daß auch seine Interessen angemessen berücksichtigt werden. Hat es der Schuldner im Berufungszug versäumt, einen Vollstreckungsschutzantrag nach § 712 ZPO zu stellen, obwohl ihm ein solcher Antrag möglich und zuzumuten gewesen wäre, kommt eine Einstellung der Vollstreckung nach § 719 Abs. 2 ZPO regelmäßig nicht in Betracht.

Bis zum Schluß der mündlichen Verhandlung, auf die das angefochtene Urteil ergangen ist (vgl. § 714 Abs. 1 ZPO), hat der Beklagte einen Vollstreckungsschutzantrag nach § 712 ZPO nicht gestellt.

Er kann auch nicht mit Erfolg geltend machen, ihm sei es nicht möglich oder nicht zumutbar gewesen, einen solchen Antrag vor Schluß der mündlichen Verhandlung zweiter Instanz zu stellen.

Die Gründe, die der Beklagte vorbringt, waren im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Berufungs-

gericht in gleicher Weise wie jetzt erkennbar und konnten auch damals schon ebenso wie jetzt glaubhaft gemacht werden. Anhaltspunkte dafür, daß es dem Beklagten nicht zumutbar gewesen sei, die zur Begründung eines Antrages nach § 712 ZPO vorzutragenden Umstände dem Gericht und damit auch der Klägerin offenzulegen (vgl. BGH, Beschluß vom 26. März 1980 - I ZR 1/80 - MDR 1980, 553), sind nicht ersichtlich.

Der Beklagte kann sich auch nicht mit Erfolg darauf berufen, bis zu der für ihn überraschenden Erwägung des Oberlandesgerichts, der Pachtvertrag leide mangels Schriftform der Nachtragsvereinbarung von 1983 an einem Formmangel und gelte deshalb als auf unbestimmte Zeit geschlossen, habe er nicht mit einer für ihn nachteiligen Entscheidung zu rechnen brauchen. Die Einschätzung der Erfolgsaussichten seiner Rechtsverteidigung fiel grundsätzlich in seinen Risikobereich (vgl. BGH, Beschluß vom 26. September 1991 - I ZR 189/91 - BGHR ZPO § 719 Abs. 2 Gläubigerinteressen 2). Im übrigen hat der Anwalt dann, wenn mehrere Möglichkeiten in Betracht kommen, die sicherste zur Wahrung der Interessen seines Auftraggebers zu wählen (vgl. BGH, Urteil vom 13. Juli 1994 - IV ZR 294/93 - BGHR BGB § 675 Rechtsanwalt 13 m.N.).

Das Berufungsgericht war auch nicht gehalten, die mündliche Verhandlung gemäß § 156 ZPO wieder zu eröffnen, um dem Beklagten Gelegenheit zu geben, den im nachgelassenen Schriftsatz vom 28. März 1995 angekündigten Antrag nach § 712 ZPO in dieser Verhandlung zu verlesen. Ihm war lediglich nachgelassen worden, zum Vortrag der Klägerin zu Form

und Inhalt der Nachtragsvereinbarung Stellung zu nehmen; neues Vorbringen und neue Anträge, die über die nachgelassene Replik hinausgehen, rechtfertigen die Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung nicht (vgl. Zöllner/Greger, ZPO 19. Aufl. § 156 Rdn. 4 m.N.). Insbesondere kann der Beklagte nicht verlangen, daß die mündliche Verhandlung wiedereröffnet wird, um ihm Gelegenheit zu geben, Prozeßhandlungen nachzuholen, die er zunächst unterlassen hatte (vgl. BGH, Beschluß vom 25. Juni 1964 - IV ZB 121/64 - MDR 1964, 832, 833).

Ein anderes Ergebnis läßt sich auch nicht aus der Erwägung rechtfertigen, daß im Falle des Schriftsatznachlasses für die Partei, der der Nachlaß gewährt wird, der Ablauf der nach § 283 ZPO gesetzten Frist als Zeitpunkt des Schlusses der mündlichen Verhandlung anzusehen sei (vgl. MünchKomm/Prütting, ZPO, § 283 Rdn. 24; Stein/Jonas/Leipold, ZPO 20. Aufl. § 283 Rdn. 30). Dies gilt nämlich nur, soweit der Vorbehalt reicht, also noch Tatsachen vorgetragen werden durften (vgl. Stein/Jonas/Leipold aaO). Ob der Ablauf der nach § 283 ZPO gesetzten Frist außer für Fälle wie §§ 323 Abs. 2, 767 Abs. 2 ZPO auch für § 712 ZPO der maßgebliche Zeitpunkt sein kann, braucht aber letztlich nicht entschieden zu werden. Eine einstweilige Einstellung nach § 719 Abs. 2 ZPO durch das Revisionsgericht käme nämlich auch dann nicht in Betracht, wenn ein Antrag nach § 712 ZPO zwar rechtzeitig gestellt, vom Berufungsgericht aber nicht beschieden worden wäre: in einem solchen Fall hätte der Schuldner gemäß §§ 716, 321 ZPO Ergänzungsurteil beantragen müssen. Versäumt er dies, kann ein auf die Wiederholung der Gründe zu § 712 ZPO gestützter Einstellungs-

antrag ebenfalls keinen Erfolg haben (vgl. Senatsbeschluß vom 6. August 1991 - XII ZR 17/91 - BGHR ZPO § 719 Abs. 2 Schutzantrag 1 m.N.).

Blumenröhr

Krohn

Zysk

Gerber

Sprick