

Der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 30. Juni 1999 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Blumenröhr und die Richter Dr. Hahne, Gerber, Sprick und Weber-Monecke

beschlossen:

Der Antrag der Beklagten, die Zwangsvollstreckung aus dem Urteil des 13. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts Hamburg vom 23. Dezember 1998 in Verbindung mit dem Urteil der Zivilkammer 4 des Landgerichts Hamburg vom 3. Dezember 1997 einstweilen einzustellen, wird zurückgewiesen.

Gründe:

I.

Die Beklagte ist durch das Landgericht verurteilt worden, an den Kläger, ihren geschiedenen Ehemann, 53.845,36 DM nebst Zinsen zu zahlen. Ihre Berufung ist durch vorläufig vollstreckbares Urteil des Oberlandesgerichts als unzulässig verworfen worden, weil die Berufungsbegründungsfrist nicht gewahrt worden und ein Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ohne Erfolg geblieben ist. Der Kläger betreibt die Zwangsvollstreckung aus den vorgenannten Entscheidungen. Auf seinen Antrag ist am 15. März 1999 eine Zwangssicherungshypothek auf einem Grundstück der Beklagten eingetragen worden.

Die Beklagte hat gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Revision eingelegt. Sie beantragt ferner, die Zwangsvollstreckung aus diesem Urteil in Verbindung mit dem Urteil des Landgerichts einstweilen einzustellen und macht unter Vorlage einer eidesstattlichen Versicherung geltend, sie habe nach Erlaß des Berufungsurteils erfahren, daß der Kläger sich zwischenzeitlich vermögenslos gestellt habe. Er habe das ihm 1998 von ihr lastenfrei übereignete Hausgrundstück, in dem er seine Zahnarztpraxis betreibe, auf seine jetzige Ehefrau übertragen. In dem gegen ihn gerichteten Unterhaltsrechtsstreit berufe er sich jetzt auf Leistungsunfähigkeit. Wegen dieses ihr seit Beginn des Jahres 1999 bekannten Verhaltens sei zu befürchten, daß ihr durch die Zwangsvollstreckung ein nicht zu ersetzender Nachteil entstehe, denn es sei nicht damit zu rechnen, daß es ihr gelingen werde, den im Wege der Zwangsvollstreckung beigetriebenen Betrag zurückzuerhalten, falls die Vorentscheidungen aufgehoben würden.

II.

Der Antrag der Beklagten auf einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung ist nicht begründet.

Nach § 719 Abs. 2 ZPO kann das Revisionsgericht die einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung gegen ein für vorläufig vollstreckbar erklärtes Urteil anordnen, wenn die Vollstreckung dem Schuldner einen nicht zu ersetzenden Nachteil bringen würde und nicht ein überwiegendes Interesse des Gläubigers entgegensteht. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (vgl. u.a. Senatsbeschluß vom 27. August 1998 - XII ZR 167/98 - NJW-RR 1998, 1603 m.w.N.) kommt jedoch die Einstellung der Zwangsvoll-

streckung nur in eng begrenzten Ausnahmefällen als letztes Hilfsmittel des Vollstreckungsschuldners in Betracht, dem regelmäßig der Erfolg zu versagen ist, wenn der Schuldner andere ihm zu Gebote stehende Möglichkeiten, seine Interessen zu wahren, nicht genutzt hat. Der Vollstreckungsschutz nach § 719 Abs. 2 ZPO ist daher regelmäßig zu verweigern, wenn der Schuldner es versäumt hat, im Berufungsrechtszug durch einen Antrag nach § 712 ZPO, der ähnlichen Voraussetzungen unterliegt wie der Antrag nach § 719 Abs. 2 ZPO, den Vollstreckungsschutz zu erlangen, obwohl ihm ein solcher Antrag möglich und zumutbar war. Denn da in der Berufung über einen solchen Antrag regelmäßig erst nach mündlicher Verhandlung und Gewährung des rechtlichen Gehörs für den Vollstreckungsgläubiger befunden wird, bietet der Antrag aus § 712 ZPO für diesen die größere Gewähr, daß auch seine Interessen angemessen berücksichtigt werden, während die Entscheidung nach § 719 Abs. 2 ZPO häufig ohne mündliche Verhandlung (§ 719 Abs. 3 ZPO) und unter Umständen sogar ohne Anhörung des Gläubigers ergehen kann.

Einen Vollstreckungsschutzantrag hat die Beklagte zwar in der Berufungsinstanz angekündigt, diesen Antrag ausweislich des Protokolls über die Berufungsverhandlung aber nicht gestellt und im übrigen auch nicht begründet. Daß ihr dies nicht möglich gewesen wäre, ist nicht hinreichend dargetan und glaubhaft gemacht worden. Aus dem vorgelegten Grundbuchauszug ergibt sich, daß die jetzige Ehefrau des Klägers aufgrund Auflassung vom 1. Juli 1998 am 18. August 1998 als Eigentümerin des Grundstücks im Grundbuch eingetragen worden ist. Hiervon war die Beklagte als im Grundbuch eingetragene Eigentümerin gemäß § 55 Abs. 1 GBO zu benachrichtigen. Daß sie eine entsprechende Nachricht nicht erhalten hat, ist nicht vorgetragen worden. Dann kann aber nicht davon ausgegangen werden, der Beklagten sei es nicht möglich gewesen, im Berufungsverfahren einen Antrag nach § 712 ZPO mit dem



jetzt gehaltenen Sachvortrag zu stellen. Das gilt gleichermaßen hinsichtlich des weiter angeführten Umstandes, der Kläger berufe sich in dem Unterhaltsrechtsstreit auf Leistungsunfähigkeit. Bereits in der Klageerwiderung hat die Beklagte geltend gemacht, der Kläger habe in verschiedenen Unterhaltsverfahren dargelegt, keinen Unterhalt zahlen zu müssen, da ihm nach Abzug der Darlehensbelastungen keine Mittel mehr zur Verfügung stünden.

Abgesehen davon ist aber auch nicht hinreichend glaubhaft gemacht, daß die Zwangsvollstreckung der Beklagten einen nicht zu ersetzenden Nachteil bringen würde. Der Vortrag, der Kläger habe das Grundstück auf seine jetzige Ehefrau übertragen, beinhaltet nicht, daß die Übertragung unentgeltlich erfolgt ist. Nur in diesem Fall wäre das Vermögen des Klägers aber vermindert worden. Auch aus der unterhaltsrechtlich geltend gemachten Leistungsunfähigkeit folgt nicht, daß der - offensichtlich weiterhin als Zahnarzt berufstätige - Kläger nicht tatsächlich über laufende Einkünfte verfügt, aus denen die Beklagte im Wege der Zwangsvollstreckung beigetriebene Beträge im Falle der Aufhebung des Zahlungstitels zurückerhalten könnte.

Blumenröhr

Hahne

Gerber

Sprick

Weber-Monecke