

## Die vorläufige Vollstreckbarkeit im Zivilurteil

RiLG König, Oldenburg,  
Stand: 01.12. 2013

In Zivilsachen müssen Endurteile (vgl. § 300 I ZPO), die nicht mit ihrer Verkündung rechtskräftig werden, in der Urteilsformel (vgl. § 313 I Nr. 4 ZPO) grundsätzlich für „vorläufig vollstreckbar“ erklärt werden. Dies folgt mittelbar aus § 704, 2. Var. ZPO. Weil es wiederum in erster Instanz keine Zivilurteile gibt, die mit ihrer Verkündung rechtskräftig werden<sup>1</sup>, wird jede Referendarin bzw. jeder Referendar in der Examensklausur zwangsläufig mit der Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit konfrontiert.

Die Erfahrung zeigt, dass die Fehlerquote bei der Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit verhältnismäßig hoch ist. Die Änderungen durch das ZPO-ReformG v. 27.07.2001 (§§ 709 S. 2 und 711 S. 2 ZPO wurden eingefügt) haben den Umgang mit der Materie zwar deutlich erleichtert. Voraussetzung ist allerdings, dass man den Sinn und Zweck der vorläufigen Vollstreckbarkeit verstanden hat. Dabei ist es unabdingbar, sich zumindest in den Grundzügen auch mit dem Zwangsvollstreckungsrecht zu beschäftigen.

Was ist der Regelungszweck der „vorläufigen Vollstreckbarkeit“? Die vorläufige Vollstreckbarkeit soll der siegreichen Partei („Vollstreckungsgläubiger“ = „Gläubiger“) die Möglichkeit verschaffen, schon vor Rechtskraft des Urteils bei der unterlegenen Partei („Vollstreckungsschuldner“ = „Schuldner“) vollstrecken zu können. Das birgt für den Schuldner ein erhebliches Risiko: Im Falle der Abänderung des Urteils in der Rechtsmittelinstanz will der Schuldner das, was bei ihm – im Ergebnis zu Unrecht – vollstreckt wurde, natürlich vom Gläubiger zurück verlangen. Falls ihm ein weitergehender Schaden durch die Vollstreckung entstanden ist, wird er auch hierfür Ersatz fordern. Es fragt sich deshalb,

- in welchem Umfang ein Schaden entstehen kann,
- ob der Gläubiger zum Ersatz des Schadens verpflichtet ist,
- ob es geboten ist, den Ersatzanspruch abzusichern und
- wie das Gesetz eine Absicherung des Schadens versucht zu gewährleisten.

---

<sup>1</sup> Zu der wichtigen Differenzierung „Statthaftigkeit“ / „Zuslässigkeit“ der Berufung s. unter 4 b) cc) bei der Erläuterung von § 713 ZPO.

## 1. Potenzieller Schaden beim Schuldner

In der zivilgerichtlichen Praxis überwiegen bei weitem die sog. Leistungsurteile, also Urteile, die in der Hauptsache insbesondere auf

- Zahlung eines Geldbetrages oder
- die Herausgabe einer Sache gerichtet sind.<sup>2</sup> Eher selten sind
- Feststellungsklagen und Gestaltungsklagen. Letztere sind in Gestalt von Vollstreckungsgegenklagen (§ 767 ZPO) und Drittwiderspruchsklagen (§ 771 ZPO) allerdings in hohem Maße examensrelevant.

### a) Verurteilung zur Zahlung eines Geldbetrages

Nachfolgend soll folgendes erstinstanzliche Urteil Ausgangspunkt der Darstellung sein (**Beispiel 1**):

1. Der Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 2.000,00 EUR nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 01.01.20xx zu zahlen.
2. Der Beklagte hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

Wird der Beklagte vom Richter zur Zahlung eines Geldbetrages verurteilt, kann der Kläger zum einen die titulierte Hauptforderung nebst titulierter Zinsen vollstrecken, § 704 ZPO. Daneben wird es im Normalfall so sein, dass der Beklagte die Kosten des Rechtsstreits zu tragen hat. Der Kläger kann aufgrund der Kostengrundscheidungs im Urteil anschließend beim Rechtspfleger einen Kostenfestsetzungsbeschluss (nachfolgend: KfB) nach § 104 ZPO erwirken, der ihn gemäß § 794 I Nr. 2 ZPO zur Zwangsvollstreckung berechtigt und zwar ebenfalls wegen einer Geldforderung. Der siegreiche Kläger erlangt im Normalfall also zwei auf Zahlung eines Geldbetrages gerichtete Vollstreckungstitel.

Die anschließende Zwangsvollstreckung wegen der beiden Geldforderungen (§ 802a - § 882h ZPO) läuft in zwei Schritten ab:

aa) Das jeweilige Vollstreckungsorgan *sichert* den Anspruch des Gläubigers indem es dem Schuldner bildhaft betrachtet im ersten Schritt einen Vermögenswert „wegnimmt“ = „blockiert“.

---

<sup>2</sup> Andere Leistungsinhalte (Handeln/Unterlassen/Abgabe einer Willenserklärung) sollen hier unberücksichtigt bleiben.

Der *Gerichtsvollzieher* pfändet z.B. beim Schuldner vorgefundenes Bargeld oder andere bewegliche Sachen (§ 803 I S. 1 ZPO).

Angenommen, der Gerichtsvollzieher nimmt aufgrund des Hauptsachetenors die Sachpfändung am 01.07.20xx in der Wohnung des Schuldners vor, so würde er bei einem unterstellten Basiszinssatz von 1% einen Betrag in Höhe von 2.000,00 EUR + 60,00 EUR Zinsen = 2.060,00 EUR vollstrecken. Er würde das Bargeld (zuzüglich x-Vollstreckungskosten, § 788 ZPO) dem Schuldner wegnehmen, also 2.060,00 EUR + x. Zunächst bleibt der Schuldner noch Eigentümer der Geldscheine, er verliert lediglich den Besitz und die Verfügungsbefugnis im Verhältnis zum Gläubiger. Zu diesem Zeitpunkt besteht sein Schaden u.U. darin, dass er das Geld nicht zinsbringend anlegen kann. Ev. hatte er geplant, mit dem Geld z.B. einen PC zu kaufen. Um den PC kaufen zu können, muss er jetzt u.U. einen Kredit aufnehmen, für den er Zinsen und Kosten zu tragen hat. Dem Schuldner ist allein aufgrund der Wegnahme des Geldes in beiden Fällen ein Vermögensschaden entstanden.

Realistischer ist, dass der Schuldner nicht über Bargeld verfügt. Der Gerichtsvollzieher pfändet dann am 01.07.20xx wegen einer Forderung in Höhe von 2.060,00 EUR + x z.B. einen dem Schuldner gehörenden Pkw. Der Gerichtsvollzieher nimmt den Pkw anlässlich der Pfändung in Besitz. Wenn der Schuldner sich zum Ausgleich einen Pkw anmietet, entsteht ihm bereits durch die Sicherungsmaßnahme des Gerichtsvollziehers ein Vermögensschaden.

Alternativ erlässt der *Rechtspfleger* auf Antrag des Gläubigers einen Pfändungsbeschluss, mit dem eine Forderung des Schuldners gegen einen Dritten (= sog. Drittschuldner) gepfändet wird (§ 829 I S. 1 ZPO).

Verfügt der Schuldner z.B. über ein Kontoguthaben auf seinem Girokonto, kann der Gläubiger den Auszahlungsanspruch gegen die Bank pfänden. Die Bank kann dann im Verhältnis zum Gläubiger nicht mehr mit befreiender Wirkung an den Schuldner das Kontoguthaben auszahlen und der Schuldner kann im Verhältnis zum Gläubiger nicht mehr durch Abtretung über die Auszahlungsforderung verfügen (sog. Arrestorium und Inhibitorium). Das Bankguthaben ist damit zu Gunsten des Gläubigers gleichsam blockiert. Hatte der Schuldner geplant, mit diesem Bankguthaben den PC zu bezahlen, hat dies wiederum u.U. eine Kreditaufnahme zur Folge.

bb) In einem zweiten Schritt erfolgt die *Befriedigung* des Gläubigers. Durch diesen zweiten Schritt droht dem Schuldner der endgültige Verlust seiner zunächst nur „blockierten“ Vermögenswerte. Er verliert sein Eigentum an dem Bargeld bzw. an dem gepfändeten und versteigerten Pkw (vgl. § 815 I ZPO<sup>3</sup>) oder die Inhaberschaft des Auszahlungsanspruchs gegen die Bank (§ 835 ZPO).

<sup>3</sup> Der Versteigerungserlös tritt im Wege dinglicher Surrogation an die Stelle des gepfändeten Gegenstandes.

Wurde Bargeld oder das Kontoguthaben gepfändet, hat der Schuldner durch die Übereignung an den Gläubiger 2.060,00 EUR an Vermögen eingebüßt. Abstrakt formuliert hat er bezogen auf den Betrag, den der Gläubiger vollstreckt hat, „100% des vollstreckten = beigetriebenen Betrages“ eingebüßt. Drastischer wird i.d.R. die Vermögenseinbuße sein, wenn z.B. ein vorhandener Pkw gepfändet und versteigert wurde. Der Versteigerungserlös liegt nämlich regelmäßig erheblich unter dem gewöhnlichen Verkaufswert der Sache. Einen gewissen Schutz vor einer Verschleuderung bietet zwar § 817a ZPO, wonach das Mindestgebot die Hälfte des gewöhnlichen Verkaufswertes erreichen muss. Vor der Versteigerung ermittelt der Gerichtsvollzieher deshalb zunächst den gewöhnlichen Verkaufswert. Die Vermögenseinbuße des Schuldners, sein Vermögensschaden, kann dadurch im Extremfall doppelt so hoch sein wie der zu vollstreckende Betrag (abstrakt formuliert „200 % des vollstreckten = beigetriebenen Betrages“).

## b) Verurteilung zur Herausgabe einer Sache

**Beispiel 2:** Der Kläger verlangt die Herausgabe eines PKW's. Das Urteil des Amtsgerichts lautet:

1. Der Beklagte wird verurteilt, an den Kläger den PkW Golf mit der Fahrgestellnummer xyz herauszugeben.
2. Der Beklagte hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

Wurde der Beklagte zur Herausgabe und Übereignung einer beweglichen Sache verurteilt, droht die Herausgabevollstreckung gemäß § 883 ZPO. Sie geschieht ebenfalls in zwei Schritten: Der Gerichtsvollzieher nimmt die Sache zunächst weg (= *Sicherung*, I 1. Var.). Beim Schuldner kann bereits dadurch ein Schaden entstehen, z.B. indem er sich einen Mietwagen nehmen muss. Gemäß § 897 Abs. 1 ZPO wird dadurch aber auch bereits der Eigentumsübergang auf den Gläubiger fingiert. In einem zweiten Schritt erfolgt die Übergabe der Sache an den Gläubiger (= *Befriedigung*, § 883 I 2. Var.). Bei der Herausgabe von Grundstücken, insbesondere bei der Räumung einer Wohnung, gilt Entsprechendes (s. § 885 ZPO).

## c) Verurteilung in sonstigen Fällen

Bei Vollstreckungsgegenklagen und Drittwiderspruchsklagen ist liegt nicht von vornherein auf der Hand, wem durch diese Gestaltungsklagen und deren vorläufiger Vollstreckung ein Schaden droht. Den Klägern geht es primär darum, die von den Titelgläubigern betriebene Zwangsvollstreckung zu stoppen. Dies geschieht in der Weise, dass sie dem jeweiligen Vollstreckungsorgan ein Gestaltungsurteil vorlegen, in

dem die Zwangsvollstreckung aus dem vormaligen Titel (z.B. Urteil) generell (Vollstreckungsgegenklage) oder in einen speziellen Vermögensgegenstand (Drittwiderrspruchsklage) für unzulässig erklärt wird. Das Vollstreckungsorgan muss dann die Zwangsvollstreckung aus dem vorausgegangenen Titel gemäß § 775 Nr. 1 ZPO einstellen und gemäß § 776 ZPO bereits getroffene Vollstreckungsmaßnahmen aufheben. Der Gläubiger des Titels (jetziger Beklagter der Vollstreckungsgegenklage oder Drittwiderrspruchsklage) darf also die Zwangsvollstreckung nicht mehr betreiben. Während der Dauer des Berufungsverfahrens über die erstinstanzlich erfolgreiche Vollstreckungsgegenklage oder Drittwiderrspruchsklage muss der Gläubiger befürchten, dass er seinen vormals titulierten Anspruch nach Abschluss des Berufungsverfahrens nicht mehr durchsetzen kann. Im Fall der Vollstreckungsgegenklage droht als Schaden also der Ausfall der titulierten Forderung und bei der Drittwiderrspruchsklage der Verlust des Wertes der gepfändeten Sache<sup>4</sup>.

## 2. Ersatzpflicht des Gläubigers

Hat ein Gläubiger (z.B. der siegreiche Kläger) aufgrund eines "vorläufigen" Urteiles die Zwangsvollstreckung betrieben und wurde dieses Urteil in der Rechtsmittelinstanz abgeändert und die Klage abgewiesen, stellt sich die Frage, ob der letztlich erfolgreiche Schuldner (i.d.R. der Beklagte) die bei ihm durch die Vollstreckung entstandenen Schäden ersetzt verlangen kann. Wird das erstinstanzliche Urteil in der Berufungsinstanz später aufgehoben, muss der Schuldner sich jedenfalls selbst an den Gläubiger wenden und z.B. die Rückzahlung des Geldes und die Rückgabe bzw. Rückübereignung des Gegenstandes fordern. Es ist also nicht etwa so, dass das Vollstreckungsorgan, das zuvor die Zwangsvollstreckung durchgeführt hat, nun auch die Rückabwicklung der Vollstreckung vornimmt. Zahlt der Gläubiger das Geld nicht an den Schuldner zurück oder gibt er den Gegenstand nicht zurück, bleibt dem Schuldner keine andere Möglichkeit, als den (vormaligen) Gläubiger auf Leistung (Zahlung bzw. Herausgabe/Rückübereignung) zu verklagen und anschließend gegen ihn zu vollstrecken.

---

<sup>4</sup> begrenzt auf den Wert des Titels, der der Vollstreckung zugrunde liegt.

Eine solche auf Rückzahlung bzw. Rückgabe gerichtete Klage setzt aber eine materielle Anspruchsgrundlage voraus. Wäre der Schuldner auf die Anspruchsgrundlagen des BGB angewiesen, stünden die Chancen vielfach schlecht. Ist z.B. im Falle einer Herausgabevollstreckung (1b) beim Gläubiger die übergebene Sache durch Zufall untergegangen, hätte der Schuldner keinen Ersatzanspruch. Weil diese Risikoverteilung als unbillig empfunden wird, stellt **§ 717 II ZPO** den Schuldnern deshalb einen *verschuldensunabhängigen* Schadensersatzanspruch zur Seite. Der vormalige Gläubiger hätte nach dieser Anspruchsgrundlage also alle bereits aufgezeigten Vermögensschäden zu tragen, insbesondere natürlich in Höhe des vollstreckten = beigetriebenen Geldbetrages.

### 3. Absicherung des potenziellen Schadensersatzanspruchs notwendig?

a) Selbst wenn der künftige Schuldner einen Ersatzanspruch gemäß § 717 II ZPO haben sollte, wäre aus dessen Sicht die wirtschaftliche Werthaltigkeit des Anspruchs einzig entscheidend. Auch hier gilt: Das Urteil ist zunächst nur ein Stück Papier; es bietet nur die - wenn auch zentrale - Voraussetzung für die Verwirklichung des titulierten Anspruchs. Wenn bei dem jetzigen Gläubiger, der bei dem Schuldner die Zwangsvollstreckung betreibt, später nach Aufhebung des Urteils nichts mehr zu holen ist, nützt dem Schuldner die „tollste“ Anspruchsgrundlage nichts. Es stellt sich also die Frage, ob der mögliche Ersatzanspruch bereits in dem Urteil abgesichert werden muss, aufgrund dessen die „vorläufige“ Vollstreckung betrieben werden könnte,. Auf welche Art und Weise die Absicherung des potenziellen Schadens erfolgt, wird unten unter 4. dargestellt.

b) Nur ausnahmsweise ist keine Absicherung eines potentiellen Schadens geboten. Wenn der Beklagte den Anspruch anerkennt oder wenn er säumig ist, hat er selbst den Eindruck erweckt, dass es mit dem Anerkenntnis- bzw. Versäumnisurteil sein Bewenden haben wird und keine Berufung bzw. kein Einspruch eingelegt werden wird. Die siegreiche Partei soll deshalb sofort bis zur Befriedigung des Anspruchs

vollstrecken können. Diese Urteile sind daher gemäß § 708 Nr. 1 – 3 ZPO ohne Sicherheitsleistung für vorläufig vollstreckbar zu erklären, wobei es üblich ist, schlicht zu tenorieren:

1....

2....

3. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

#### 4. Absicherung des potentiellen Schadens

Wenn man einmal von den Sonderfällen eines Anerkenntnis- und Versäumnisurteils absieht, hat regelmäßig eine Absicherung des potentiellen Schadensersatzanspruchs aus § 717 II ZPO zu erfolgen. Das Gesetz hält dafür zwei Möglichkeiten bereit:

- In bestimmten Konstellationen muss der künftige Gläubiger vor der Vollstreckung Sicherheit leisten, bevor es zur Vollstreckung kommt (§ 709 ZPO) und
- in bestimmten Fällen wird dem künftigen Schuldner die Möglichkeit gegeben, durch die Erbringung einer eigenen Sicherheitsleistung die schon begonnene Vollstreckung abwenden zu können („Abwendungsbefugnis“). Der Gläubiger hat aber die Möglichkeit, diese Abwendungsbefugnis durch eine „Gegensicherheitsleistung“ gegenstandslos zu machen (§ 711 ZPO)

Es stellen sich folgende Fragen:

- Wann findet § 709 ZPO Anwendung und wann § 711 ZPO?
- Wie hoch muss die Sicherheitsleistung im Fall von § 709 ZPO sein?
- Wie hoch muss im Fall von § 711 ZPO die Sicherheitsleistung für die Abwendungsbefugnis einerseits und für die Gegensicherheitsleistung andererseits sein?

a) Wann findet § 709 ZPO Anwendung und wann § 711 ZPO?

Tatbestandsvoraussetzung für die Anwendung von § 709 ZPO ist, dass es sich um „andere Urteile“ handelt. Gemeint ist damit eine Abgrenzung zu den Urteilen, die in § 708 Nr. 4-11 ZPO aufgeführt sind. Ob ein „anderer Fall“ vorliegt, wird also negativ abgegrenzt durch den Katalog des § 708 ZPO. Tatbestandsvoraussetzung für die Anwendung von § 711 ZPO ist demgegenüber (positiv), dass einer der Fälle von § 708 Nr. 4-11 ZPO gegeben ist. Weil § 708 Nr. 10 alle zweitinstanzlichen Urteile

umfasst (Berufungsurteile der Landgerichte und Oberlandesgerichte), steht im Umkehrschluss fest, dass § 709 ZPO ausschließlich auf erstinstanzliche Urteile der Amts- und Landgerichte Anwendung findet.

§ 709 ZPO findet aber wiederum nicht auf alle erstinstanzlichen Urteile Anwendung: Es sind die erstinstanzlichen Urteile vom Anwendungsbereich ausgenommen, die in § 708 Nr. 4-9 und Nr. 11 ZPO geregelt sind. Besonders praxis- und examensrelevant ist die betragsmäßige Abgrenzung des **§ 708 Nr. 11 ZPO**.

Wenn der Wert der Verurteilung in der Hauptsache 1.250,- EUR unterschreitet oder wenn nur wegen Kosten weniger als 1.500,- EUR vollstreckt werden können, liegt ein Fall von § 708 Nr. 11 ZPO vor und § 711 ZPO muss angewendet werden; liegen die Beträge darüber, kommt § 709 ZPO zur Anwendung.

Wird der Beklagte z.B. zur Zahlung von 1.000,00 EUR oder zur Herausgabe eines Autos im Wert von 900,00 EUR verurteilt, ist die Voraussetzung der **1. Var.** von § 708 Nr. 11 ZPO gegeben mit der Folge, dass § 711 ZPO anzuwenden ist und nicht § 709 ZPO. Erfolgt die Verurteilung dagegen im Umfang von 2.000,00 EUR oder zur Herausgabe eines Autos im Wert von 1.700,00 EUR, ist die Voraussetzung der 1. Var. von § 708 Nr. 11 ZPO nicht gegeben. Es liegt dann kein „anderes Urteil“ iSv § 709 ZPO vor mit der Folge, dass § 709 ZPO anzuwenden ist.

Die Anwendung der **2. Var.** von § 708 Nr. 11 ZPO bereitet gelegentlich Schwierigkeiten. Die 2. Var. ist dann anzuwenden, wenn die Partei (Kläger oder Beklagter) ausschließlich („nur“) wegen der Kosten vollstrecken kann; kann sie daneben auch in der Hauptsache vollstrecken, kommt es allein auf die 1. Var. von § 708 Nr. 11 ZPO an. Wird der Beklagte z.B. zur Zahlung von 1.000,00 EUR verurteilt und sind Kosten in Höhe von 3.000,00 EUR entstanden (z.B. durch die Einholung von Sachverständigenkosten), liegt gleichwohl nach der 1. Var. ein Fall von § 708 Nr. 11 ZPO vor, so dass § 711 ZPO anzuwenden ist.



b) Wie hoch muss die Sicherheitsleistung im Fall von **§ 709 ZPO** sein?

Bei der von dem Richter in dem Urteil festzusetzenden Höhe der Sicherheitsleistung (SiL) muss danach unterschieden werden, ob die Verurteilung erfolgt

- zur Zahlung eines Geldbetrages (dann **§ 709 S. 2 ZPO**)

Die Sicherheitsleistung kann in diesem Fall durch Angabe eines Prozentsatzes bezogen auf den jeweils zu vollstreckenden Betrag „**relativ**“ festgesetzt werden.

- oder zu einer sonstigen Leistung (dann **§ 709 S. 1 ZPO**)

In dieser Konstellation hat der Richter keine andere Möglichkeit, als einen bestimmten Eurobetrag als („**absolute**“) Sicherheitsleistung festzusetzen.

aa) **§ 709 S. 2 ZPO** – relativ bestimmte Sicherheitsleistung

In dem **Beispiel 1** (Verurteilung zur Zahlung von 2.000,00 EUR nebst Zinsen) wird das 3. Element des Tenors überwiegend wie folgt formuliert:

1....

2....

3. Das Urteil ist gegen Sicherheitsleistung in Höhe von **110%**<sup>5</sup> des jeweils zu vollstreckenden<sup>6</sup> Betrages vorläufig vollstreckbar.<sup>7</sup>

Einige Gerichte sehen von einem Zuschlag ab und tenorieren:

3. Das Urteil ist gegen Sicherheitsleistung in Höhe des jeweils zu vollstreckenden Betrages vorläufig vollstreckbar.<sup>8</sup>

Die Sicherheitsleistung kann gemäß **§ 108 II ZPO** durch Übergabe einer Bankbürgschaftsurkunde oder aber durch Übergabe eines Hinterlegungsscheines erbracht werden.

<sup>5</sup> Ganz überwiegend wird auf den zu vollstreckenden Betrag ein Aufschlag von 10% gemacht. Verbreitet ist auch ein Aufschlag von 20%. Wenige Gerichte machen einen Aufschlag von 15% (Bewertung anhand der bei juris abrufbaren Entscheidungen).

<sup>6</sup> Alternativ findet auch die Umschreibung „beizutreibender“ Betrag Verwendung.

<sup>7</sup> Statt aller Thomas/Putzo-Hüßtenge, ZPO, 30. Aufl., § 709 Rdn. 4; schon vor Einführung von § 709 S. 2 ZPO im Jahr 2001 wurde diese Form der Tenorierung verwendet: z.B OLG Hamburg Urt. v. 05.02.1894, HGZ 15, Seite 100 („110 % des jeweils einzuziehenden Betrages“), KG Urt v. 20.06.1977, NJW 1977, 2270 („...in Höhe des jeweils beizutreibenden Betrages zuzüglich 10% dieses Betrages“)

<sup>8</sup> So zahlreiche bei juris abrufbare Urteile, z.B. LG Osnabrück v. 17.05.2013 – 13 O 7/13; VG Saarlouis v. 06.09.2011 – 1 K 15/11.

(1) Ist ein Zuschlag von 10% sach- und interessengerecht?

Die Höhe der Sicherheitsleistung ist gemäß § 108 ZPO von dem Gericht nach freiem Ermessen festzusetzen. Abgesichert werden muss zumindest die Summe, die beim Schuldner vollstreckt („beigetrieben“) werden soll, also der von dem Vollstreckungsorgan zu vollstreckende = beizutreibende Betrag („100% des zu vollstreckenden Betrages“).

Ob darüber hinaus aufgrund der Vollstreckung tatsächlich weitere Schäden entstehen (z.B. entgangene Anlagezinsen, Zinsen für die Aufnahme eines Kredites, Mietwagenkosten anstelle des gepfändeten Pkw) und falls ja in welcher Höhe dies der Fall sein wird, weiß der Richter im Zeitpunkt seiner Entscheidung über die Anordnung der Sicherheitsleistung natürlich nicht. Er muss eine am üblichen Geschehen orientierte Prognoseentscheidung treffen. Hierfür einen pauschalen Zuschlag von 10% zu machen entspricht sicherlich einer sachgerechten Ermessensentscheidung. Genauso vertretbar ist es aber, von einem Zuschlag mit Blick auf § 720a ZPO regelmäßig abzusehen. Im Fall der Zwangsvollstreckung wegen einer *Geldforderung* hat der Gläubiger (idR der Kläger) nämlich die Möglichkeit, vor Rechtskraft des Urteils die sogenannte Sicherungsvollstreckung zu betreiben. Dabei kann er zumindest seine Sicherung betreiben, ohne eine Sicherheit leisten zu müssen obwohl in dem Urteil gemäß § 709 ZPO geordnet wurde, dass er nur gegen die Erbringung einer Sicherheitsleistung „vorläufig“ vollstrecken dürfe. Damit hat der Gesetzgeber jedenfalls sinngemäß zum Ausdruck gebracht, dass Schäden, die durch Sicherungsmaßnahmen entstehen (also z.B. aufgrund der Pfändung einer Forderung) nicht vom Vollstreckungsgläubiger abgesichert werden müssen. Es ist kein Grund ersichtlich, weshalb im Rahmen von § 709 ZPO eine andere Wertung Platz greifen sollte. Der Fall, der das größte Schadensrisiko birgt (Versteigerung unter Ausschöpfung der Wertgrenze des § 817a ZPO), wird mit einem Zuschlag von lediglich 10% ohnehin in keinsten Weise angemessen geregelt. Ohne einen Zuschlag ist der Schuldner hinsichtlich eines weiteren möglichen Schadens auch nicht schutzlos gestellt. Er kann nämlich parallel zur Einlegung der Berufung einen Antrag gemäß §§ 707, 719 ZPO stellen und zwar mit dem Ziel, eine Erhöhung der in erster Instanz zu niedrig festgesetzten

Sicherheitsleistung zu erreichen.<sup>9</sup> Alternativ käme ein Antrag auf Erlass einer Vorabentscheidung gemäß § 718 ZPO in Betracht. Konsequenterweise ist es deshalb, im Rahmen von § 709 S. 2 ZPO gänzlich auf einen Zuschlag zu verzichten.<sup>10</sup>

(2) Welche Bedeutung hat die Formulierung: „...jeweils zu vollstreckender“ Betrag?

Der Bezugspunkt für die abstrakte Bemessung der Sicherheitsleistung ist der „jeweils zu vollstreckende Betrag“. Diesen Bezugspunkt hat der Gesetzgeber gewählt, um zu erreichen, dass der Gläubiger bei einer Teilvollstreckung auch nur eine Teilsicherheit leisten muss. Eine Teilvollstreckung kann unter dem Gesichtspunkt geringerer Rechtsanwaltskosten<sup>11</sup> bei potenziell insolventen Schuldnern zweckmäßig sein.

Ein anderer Anwendungsfall ist die Zwangsvollstreckung einer noch offenen Restzahlung. Hat der Schuldner bei einer Verurteilung zur Zahlung von 100.000,00 EUR z.B. 80.000,00 EUR gezahlt und legt er im Umfang von 20.000,00 EUR Berufung gegen das Urteil ein, wird der Kläger die Zwangsvollstreckung nur noch im Umfang von 20.000,00 EUR beauftragen bzw. beantragen, müsste er nur Sicherheit in Höhe des „jeweils zu vollstreckende Betrag“ leisten, also nur 22.000,00 EUR falls das Gericht einen Zuschlag von 10% gemacht hatte oder sogar nur in Höhe von 20.000,00 EUR falls das Gericht keinen Zuschlag vorgenommen hatte. Dadurch wird auf Seiten des Gläubigers weniger Kapital gebunden und die Kosten für die Sicherheitsleistung<sup>12</sup> werden gering gehalten, ohne dass dies den berechtigten Interessen des Schuldners zuwider läuft.

(3) Kostengrundentscheidung als Vollstreckungsgrundlage

Weil grundsätzlich jedes Urteil auch eine Kostengrundentscheidung enthält, die die Grundlage für eine nachfolgende Kostenfestsetzung durch den Rechtspfleger sein kann und die dann mittelbar zu einem

---

<sup>9</sup> RGZ 27, 364 (für einen Tenor erster Instanz, in dem eine Sicherheitsleistung „in Höhe des jedesmal beizutreibenden Betrages“ angeordnet worden war).

<sup>10</sup> Dazu bereits König, NJW 2003, 1372, 1374.

<sup>11</sup> Die Gerichtsvollziehergebühren sind seit 2001 wertunabhängige Festgebühren .

Vollstreckungstitel gemäß § 794 I Nr. 2 ZPO führt, muss der Richter bei der Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit auch die Zwangsvollstreckung wegen der Kosten im Blick haben. Der KfB füllt den Titel praktisch nur der Höhe nach aus. Es ist deshalb anerkannt, dass der KfB in vielerlei Hinsicht von dem zugrunde liegenden Urteil abhängig ist (z.B. entfällt die Vollstreckbarkeit des KfB automatisch dann, wenn auch die Vollstreckbarkeit des Urteils – z.B. auf eine Vollstreckungsgegenklage hin – entfällt). Nach allgemeiner Ansicht ist deshalb anerkannt, dass der Ausspruch zur vorläufigen Vollstreckbarkeit in dem Urteil auch unmittelbar für den KfB gilt; nur der Klarheit halber sind diese Beschränkungen in dem KfB noch einmal aufzunehmen.<sup>13</sup> Würde also z.B. ein Kläger nach einem streitigen Verfahren einen Kostenfestsetzungsantrag stellen, so würde der Tenor des KfB lauten:

Zugunsten des Klägers werden aufgrund des Urteils xy die von dem Beklagten zu erstattenden Kosten auf x EUR nebst 5 Prozentpunkte über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem ...festgesetzt. Die diesem Beschluss zugrunde liegende Kostenentscheidung ist gegen Sicherheitsleistung in Höhe (von 110 %) des jeweils zu vollstreckenden Betrages vorläufig vollstreckbar.

bb) § 709 S. 1 ZPO – absolut bestimmte Sicherheitsleistung

In dem **Beispiel 2** (Verurteilung zur Herausgabe einer Sache gem. § 883 ZPO), kommt eine abstrakte Bestimmung der Sicherheitsleistungen nach § 709 S. 2 ZPO nicht in Betracht. Die Sicherheitsleistung muss gemäß § 709 S. 1 ZPO konkret („absolut“) beziffert werden. Im Fall der Verurteilung zur Herausgabe einer Sache dürfte es in der Klausur regelmäßig ausreichen, den zu schätzenden Verkehrswert der Sache – die Klageschrift muss hierzu gemäß § 253 III ZPO Angaben enthalten – heranzuziehen. Hatte der PKW einen geschätzten Verkehrswert von 1.700,00 EUR, lautet die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit:

Das Urteil ist gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 1.700,00 EUR vorläufig vollstreckbar.

Zu beachten ist in diesen Fällen, dass das Urteil neben der Hauptsacheentscheidung (z.B. Verurteilung zur Herausgabe des Pkw's) auch noch eine Kostengrundentscheidung (z.B. „Der Beklagte

---

<sup>12</sup> Wird eine Bankbürgschaft als Sicherheit geleistet (s. § 109 ZPO), hat der Gläubiger seiner Bank für die Laufzeit der Bürgschaft eine „Avalprovision“ zu zahlen.

<sup>13</sup> OLG Karlsruhe, Rpfleger 2000, 555, Thomas/Putzo-Hübte, a.a.O., § 104 Rdn. 19.

hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.“) enthält, die nach dem Erlass eines KfB auf eine Vollstreckung wegen einer Geldforderung hinauslaufen würde. Weil der Richter auch diese mögliche Vollstreckung mit dem daraus potenziell entstehenden Schaden bei seinem Urteilstenor berücksichtigen muss, ist auch dieser Aspekt bei der Absicherung des Schuldners mit einzubeziehen. Insofern kann § 709 S. 2 ZPO angewendet werden, so dass folgende Tenorierung in Betracht kommt:

3. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar, wegen der Herausgabevollstreckung nur gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 1.700,00 EUR und wegen der Kosten nur gegen Sicherheitsleistung in Höhe (von 110 %) des jeweils zu vollstreckenden Betrages.

### c) Abwendungsbefugnis des Schuldners, § 711 ZPO

**Beispiel 3:** Der Kläger klagt eine Forderung in Höhe von 1.000,00 EUR ein. Der Tenor lautet:

1. Der Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 1.000,00 EUR nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 01.01.20xx zu zahlen.
2. Der Beklagte hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

Weil die Verurteilung in der Hauptsache 1.500,00 EUR unterschreitet, liegt ein Fall von § 708 Nr. 11, 1. Var. ZPO vor. Dies hat zur Folge, dass § 711 ZPO angewendet werden muss

#### aa) Überblick

In den Fällen § 708 Nr. 4 bis 11 ZPO soll aus verschiedenen Gründen keine Absicherung des Schuldners durch den Gläubiger erfolgen. Entweder ist eher unwahrscheinlich, dass das Urteil abgeändert wird (z.B. § 708 Nr. 4, 10 ZPO) oder es besteht eine besondere Dringlichkeit auf Seiten des Gläubigers (z.B. § 708 Nr. 7, 8 ZPO) oder – wichtigster Fall im Examen - der mögliche Schaden ist eher gering (§ 708 Nr. 11 ZPO). Der Gläubiger (in den bisherigen Beispielfällen der Kläger) kann deshalb den Vollstreckungsauftrag erteilen, ohne den Schaden des Schuldners absichern zu müssen. Er erlangt dadurch aber in dem parktisch wichtigsten Fall, der Geldvollstreckung, allerdings auch *keine Befriedigung*, sondern lediglich eine *Sicherung* seines „vorläufig“ titulierten Anspruchs.

- Gemäß **§ 720 ZPO** wird gepfändetes *Bargeld* nämlich hinterlegt und nicht an den Gläubiger ausgekehrt. Gepfändete *Gegenstände* werden zwar versteigert, der Versteigerungserlös wird jedoch ebenfalls lediglich hinterlegt.
- Eine gepfändete Forderung führt zwar dazu, dass der Gläubiger diese beim Drittschuldner einziehen darf. Der Drittschuldner darf jedoch gemäß **§ 839 ZPO** nicht an den Gläubiger zahlen, sondern er muss den Betrag hinterlegen.

Betrifft die Verurteilung andere Leistungspflichten (z.B. die Verurteilung zur Herausgabe einer Sache) kommt es auch zur Befriedigung des Gläubigers, ohne dass er eine Sicherheit zu leisten hat.

§ 711 ZPO gibt dem Schuldner (im Beispielsfall 3 dem Beklagten) die Möglichkeit, die Vollstreckung durch eine eigene Sicherheitsleistung abwenden zu können, er hat eine sog. **Abwendungsbefugnis** (§ 711 S. 1 Hs. 1 ZPO). Die Abwendungsbefugnis führt demnach dazu,

- dass bei einer Geldvollstreckung auch noch die Sicherung des Gläubigers verhindert wird (eine Befriedigung hätte der Gläubiger wegen §§ 720, 839 ohnehin nicht erlangt) und
- dass bei sonstigen Leistungspflichten sowohl die Sicherung als auch die Befriedigung unterbleibt.

Erbringt der Schuldner im Rahmen seiner Abwendungsbefugnis die Sicherheit und kommt es dem Gläubiger lediglich auf die *Sicherung* seines Anspruchs an, hat er durch die "freiwillige" Sicherheitsleistung des Schuldners sein Ziel erreicht. Er kann das Rechtsmittelverfahren beruhigt abwarten. Will der Gläubiger aber darüber hinaus "vorzeitig" bereits die *Befriedigung* seines Anspruchs erreichen, muss er – auch im Fall der Geldvollstreckung - nunmehr eine **Gegensicherheitsleistung** erbringen (§ 711 S. 1 Hs. 2 ZPO).

Der Richter muss sich für die Bestimmung des Umfangs der zu erbringenden Sicherheitsleistung an dem potenziellen Schaden orientieren, der bei der Partei entstehen könnte, die von der Erbringung der Sicherheitsleistung betroffen wird. Der Gläubiger (in dem Beispielsfall der Kläger) muss im Rahmen der Bemessung der Sicherheitsleistung für die Abwendungsbefugnis vermögensmäßig so gestellt werden, als wäre seine Sicherung (Geldvollstreckung) bzw. seine Befriedigung (sonstige titulierte Leistungspflichten) erfolgt, weil seine Sicherung (Geldvollstreckung) bzw. Befriedigung (Herausgabevollstreckung) ja gerade „abgewendet“ wird. Die

Gegensicherheitsleistung wiederum muss im Interesse des Schuldners so bemessen werden, als wäre es nicht zur Befriedigung des Gläubigers gekommen.

bb) Vollstreckung wegen einer Geldforderung: **§ 711 S. 2**

Ist die Zahlung eines **Geldbetrages** titulierte (im Hauptsachetenor oder in einem anschließenden KfB) hat der Richter einmal die Möglichkeit, die Sicherheitsleistung für die Abwendungsbefugnis und die Gegensicherheitsleistung gem. § 711 S. 1 ZPO ziffernmäßig „absolut“ zu bestimmen (z.B. „...in Höhe von 3.500,00 EUR“). Dies entsprach bis Ende 2001 der gängigen Praxis. Mit der Einfügung von § 709 S. 2/§ 711 S. 2 ZPO zum 01.01.2002 wurde dem Richter alternativ die Möglichkeit eingeräumt, die vom Schuldner („Abwendungssicherheit“) bzw. vom Gläubiger („Gegensicherheitsleistung“) zu erbringende Sicherheit „relativ“ festlegen zu können. Die Gerichte kommen bei der Anwendung von § 711 S. 2 ZPO zu höchst unterschiedlichen Tenorierungen. Es gibt nahezu keine Formulierung bzw. Kombination von Formulierungen, die nicht bei juris abrufbar ist. Folgende Fragen stellen sich:

- Soll dem Schuldner im Rahmen der Abwendungsbefugnis die Möglichkeit gegeben werden, im Fall einer **Teilvollstreckung** auch nur in diesem Umfang eine Sicherheit leisten zu können?

Diese Frage wird von dem Richter dadurch beantwortet, ob er in seinem Tenor als Bezugspunkt für die Sicherheitsleistung den „aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrag“ oder den „(jeweils) zu vollstreckenden Betrag“ festgelegt.

- Ist ein **Zuschlag** von (idR) 10% zu machen? Sowohl bei der Abwendungsbefugnis als auch bei der Gegensicherheitsleistung?

Unter Berücksichtigung dieser Gesichtspunkte kommen in der gerichtlichen Praxis (Zivilgerichtsbarkeit, Verwaltungsgerichtsbarkeit<sup>14</sup>, Finanzgerichtsbarkeit<sup>15</sup>) sechs verschiedene Tenorierungen zur Anwendung<sup>16</sup>:

Bei juris sind rd. 22.000 Entscheidungen per 22.10.2013 abrufbar, die als Bezugspunkt für die Abwendungsbefugnis den „**aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrag**“ festlegen. Dabei unterscheiden sich

<sup>14</sup> Über § 167 VwGO sind §§ 708 ff. ZPO anzuwenden.

<sup>15</sup> Über § 155 FGO sind §§ 708 ff. ZPO anzuwenden.

die Entscheidungen wiederum dahingehend, ob und gegebenenfalls bei welcher Partei ein Zuschlag von x-%<sup>17</sup> gemacht wird:

Der Beklagte darf die Vollstreckung gegen Sicherheitsleistung in Höhe von **110%** des **aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrags** abwenden, wenn der Kläger nicht vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von **110%** des jeweils zu vollstreckenden Betrags leistet.<sup>18</sup>

Der Beklagte darf die Vollstreckung gegen Sicherheitsleistung in Höhe des **aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrags** abwenden, wenn der Kläger nicht vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von **110%** des jeweils zu vollstreckenden Betrags leistet.<sup>19</sup>

Der Beklagte darf die Vollstreckung gegen Sicherheitsleistung in Höhe des **aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrags** abwenden, wenn der Kläger nicht vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe des jeweils zu vollstreckenden Betrags leistet.<sup>20</sup>

Bei juris sind rd. 28.000 Entscheidungen per 22.10.2013 abrufbar, die als Bezugspunkt für die Abwendungsbefugnis den „**(jeweils) zu vollstreckenden Betrag**“ oder den „...**beizutreibenden Betrag**“ anordnen. Dabei unterscheiden sich auch diese Entscheidungen im Hinblick auf einen Zuschlag von x-%:

Der Beklagte darf die Vollstreckung gegen Sicherheitsleistung in Höhe von **110%** des **jeweils zu vollstreckenden** Betrags abwenden, wenn der Kläger nicht vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von **110%** des jeweils zu vollstreckenden Betrags leistet.<sup>21</sup>

Der Beklagte darf die Vollstreckung gegen Sicherheitsleistung in Höhe des **jeweils zu vollstreckenden Betrags** abwenden, wenn der Kläger nicht vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von **110%** des jeweils zu vollstreckenden Betrags leistet.<sup>22</sup>

Der Beklagte darf die Vollstreckung gegen Sicherheitsleistung in Höhe des **jeweils zu vollstreckenden Betrags** abwenden, wenn der Kläger nicht vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe des jeweils zu vollstreckenden Betrags leistet (alternativ gebräuchlich: ...Sicherheit in gleicher Höhe leistet).<sup>23</sup>

---

<sup>16</sup> Unterstellte Verurteilung des Beklagten zur Zahlung.

<sup>17</sup> Der Anschaulichkeit halber wird nachfolgend ein Zuschlag von 10% zugrundegelegt.

<sup>18</sup> Z.B. OLG Köln v. 19.07.2013 – 20 U 26/11 (abgerufen über juris).

<sup>19</sup> Z.B. OLG Karlsruhe v. 30.09.2004 – 19 U 2/04 (abgerufen über juris).

<sup>20</sup> Z.B. OLG Koblenz v. 31.07.2013 – 3 U 541/12 (abgerufen über juris).

<sup>21</sup> Z.B. OLG Hamm v. 12.05.2011 – 5 U 1/11 (abgerufen über juris).

<sup>22</sup> Z.B. OLG Oldenburg v. 27.04.2006 – 8 U 243/05 (abgerufen über juris).

<sup>23</sup> Z.B. OLG München v. 25.07.2013 – 1 U 615/13 (abgerufen über juris).



## (1) Abwendungsbefugnis des Schuldners

(a) Soll eine „Teilsicherheitsleistung“ bei einer Teilvollstreckung möglich sein?

Die Problematik soll anhand der Tenorierung von § 711 ZPO in der Berufungsinstanz verdeutlicht werden. **Beispiel 4:** Es werden 100.000,00 EUR eingeklagt. In erster Instanz wird die Klage abgewiesen. Der Kläger ist in der Berufungsinstanz erfolgreich. Das OLG verurteilt den Beklagten zur Zahlung von 100.000,00 EUR. Der Beklagte akzeptiert die Verurteilung im Umfang von 80.000,00 EUR und zahlt diesen Betrag an den Kläger. Hinsichtlich des Restes von 20.000,00 EUR legt er Revision gegen das Urteil ein. Der Kläger erteilt einen Vollstreckungsauftrag im Umfang von 20.000,00 EUR. Wie müsste das Berufungsgericht in dem Urteil die Entscheidung nach § 711 ZPO formulieren, damit die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit den berechtigten Interessen beider Parteien gerecht wird?

Das Urteil ist gemäß § 708 Nr. 10 ZPO ohne Sicherheitsleistung für vorläufig vollstreckbar zu erklären. Dem Beklagten muss aber gemäß § 711 die Möglichkeit der Abwendungsbefugnis eingeräumt werden. Soll der Beklagte zur Abwendung der Zwangsvollstreckung – es geht dem Kläger nur noch um 20.000,00 EUR – eine Sicherheit von 100.000,00 EUR leisten müssen? Oder soll der Beklagte zur Abwendung der Zwangsvollstreckung lediglich eine Sicherheit in Höhe von 20.000,00 EUR erbringen müssen, um die Zwangsvollstreckung (genauer: die Sicherung des Klägers) abwenden zu können?

Das „gerechte“, am Interesse des Gläubigers und des Schuldners orientierte Ergebnis liegt ohne vernünftigen Zweifel auf der Hand: Natürlich reicht selbst aus der Sicht des Klägers eine von dem Beklagten zu erbringende Sicherheit in Höhe von lediglich 20.000,00<sup>24</sup> EUR aus, um seinen potenziell in Rede stehenden Schaden – Verlust der *Sicherheit*<sup>25</sup> im Wert von 20.000,00 EUR – abzudecken.<sup>26</sup> Die

<sup>24</sup> Die Frage eines Zuschlages von z.B. 10% ist für die vorliegende Fragestellung (Sicherheit in Höhe von 100.000 EUR?) ohne Relevanz.

<sup>25</sup> Wegen § 720 ZPO nicht die Befriedigung.

<sup>26</sup> Ebenso hinsichtlich der Wertung: *Behr*, JurBüro 2000, S. 118; *Hartmann* in: Baumbach/Lauterbach/Hartmann, 71. Aufl., § 711 Rdn. 6 a.E.; *Kindl* in: Saenger HK-ZPO,

Sicherheit muss nur in dem Umfang erbracht werden, in dem auch die Vollstreckung tatsächlich betrieben wird. Kein vernünftig denkender Gläubiger würde in dieser Situation für sich eine Sicherheit in Höhe von 100.000,00 EUR reklamieren. Dieses Ergebnis versuchen die v.g. 28.000 Gerichte zu erreichen, indem sie als Bezugspunkt der Sicherheitsleistung für die Abwendungsbefugnis den „jeweils zu vollstreckenden/beizutreibenden Betrag“ anordnen.

Die anderen rd. 22.000 Gerichte sind anderer Auffassung. Sie halten es aufgrund der Gesetzeslage für gerechtfertigt, dass zur Abwendung der Zwangsvollstreckung eine Sicherheitsleistung in Höhe von 100.000,00 EUR zu erbringen ist. Dieses Ergebnis versuchen sie in dem Tenor sprachlich dadurch zum Ausdruck zu bringen, indem als Bezugspunkt für die Höhe der Sicherheitsleistung auf den (aus dem Urteil maximal) „vollstreckbaren Betrag“ abgestellt wird. Leider gibt es nur eine veröffentlichte Entscheidung, die sich damit in den Entscheidungsgründen auch ausdrücklich auseinandersetzt, nämlich ein Urteil des 16. Zivilsenats des OLG Celle vom 20.08.2002.<sup>27</sup> Weil schon jedem Referendaren gesagt wird, dass in den Entscheidungsgründen die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit nur kurz, d.h. in der Regel nur durch Angabe der gesetzlichen Grundlagen begründet wird<sup>28</sup>, kann nicht beurteilt werden, ob die anderen rd. 22.000 Gerichte tatsächlich mit ihrer Formulierung im Tenor diese potenzielle Wirkung auslösen wollten. Dem Anschein nach muss man aber natürlich davon ausgehen, jedenfalls dann, wenn bei der Gegenseicherheitsleistung ein anderer Bezugspunkt gewählt wird.

Das OLG Celle begründet seine Entscheidung wie folgt:

„Wie sich aus der Neufassung des § 711 S. 2 vor allem i.V.m. der amtlichen Begründung (Bundestagsdrucksache 14/6036, Seite 125) unmissverständlich ergibt, hat der Gesetzgeber in § 711 S. 2 ZPO ... ausdrücklich angeordnet, dass der Schuldner in diesem Falle (sci.: unter der Prämisse eines Zuschlages von je 20%) eben nicht lediglich 24.000 Euro, sondern 120.000 Euro als Sicherheitsleistung erbringen muss, um die Zwangsvollstreckung abzuwenden, denn er soll nach der Gesetzesbegründung zur Erbringung von Teilsicherheiten

---

2. Aufl., § 752 Rdn. 3; Münzberg in: Stein/Jonas, 22. Aufl., § 752 Rdn. 8; Stöber in: Zöller, seit 20. Aufl., § 752 Rdn. 5 a.E.

<sup>27</sup> NJW 2003, 73.

<sup>28</sup> Statt aller: Anders/Gehle, Das Assessorexamen im Zivilrecht, 11. Aufl, B Rdn 56.

ausdrücklich nicht berechtigt sein, weil er ohnehin die Zwangsvollstreckung nur abwenden durfte, wenn er in voller Höhe Sicherheit leistet.“

In der v.g. BT-Ds. heißt es:

„Allerdings erhält der Schuldner nicht die Möglichkeit, Teilsicherheiten zu leisten. Da der Gläubiger in diesen Fällen ohne Sicherheitsleistung vollstrecken darf, ist es gerechtfertigt, vom Schuldner zu verlangen, dass er in Höhe des gesamten aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages Sicherheit leistet, wenn er die Zwangsvollstreckung abwenden will.“

In der Begründung des vorausgegangenen und unverändert übernommenen Gesetzesvorschlages (BT-Ds. 14/163 S. 31) war noch ausgeführt worden:

„Dem Schuldner wird allerdings nicht nachgelassen, die Zwangsvollstreckung hinsichtlich eines Teils der Forderung durch eine Teilsicherheit abzuwenden.“

Der Wortlaut der ursprünglichen Gesetzesbegründung scheint das Urteil des OLG Celle zu stützen: Bei den zu vollstreckenden 20.000,00 EUR handelt es sich um einen Teil der Forderung und eine Sicherheit in Höhe von lediglich 20.000,00 EUR kann man als Teilsicherheit auffassen. Etwas mehr Schwierigkeiten bereitet dagegen die nachfolgende Gesetzesbegründung, die das OLG Celle heranzieht: Darin wird sinngemäß ein Zusammenhang zwischen dem Vollstreckungsumfang („da der Gläubiger ...vollstrecken darf“) und dem Umfang der zu leistenden Sicherheit („in Höhe des gesamten...vollstreckbaren Betrages“) hergestellt. Denkbar ist auch folgende Lesart:

„Da der Gläubiger in vollem Umfang vollstrecken darf, ist es gerechtfertigt, vom Schuldner zu verlangen, dass er in Höhe des gesamten aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages Sicherheit leistet, um in vollem Umfang die Zwangsvollstreckung abwenden zu können.“

Für eine solche Lesart spricht, dass das OLG Hamm bereits in einem ausführlichen Beschluss aus dem Jahr 1966 – also rd. 25 Jahre vor der Ergänzung von § 711 ZPO um den Satz 2 – entschieden hatte, der Schuldner könne im Fall einer Teilvervollstreckung auch nur in diesem Umfang eine Sicherheit zur Abwendung leisten und nicht etwa „die gesamte im Urteil bestimmte Sicherheit“. <sup>29</sup> Diese Entscheidung hatte bis zur Ergänzung von § 711 ZPO nur insoweit Kritik erfahren, als dass

<sup>29</sup> NJW 1966, 1760, 1761.

das Vollstreckungsorgan nicht entgegen den ausdrücklichen Tenor des Urteils handeln dürfe. Im Anschluss an eine Entscheidung des RG<sup>30</sup> war jedenfalls anerkannt, dass im Falle einer absehbaren Teilvollstreckung durch den Gläubiger bereits im Urteil eine entsprechende Aufteilung der von dem Schuldner zur Abwendung zu erbringenden Sicherheit zulässig und nötig war<sup>31</sup>. Dass der Gesetzgeber diese Konstellationen mit der Einführung von § 711 S. 2 ZPO anders behandelt wissen wollte, ohne in den Gesetzgebungsmaterialien auf die „herrschende“ – und einzig interessengerechte - Ansicht zu dieser Frage einzugehen, ist abwegig.

Der Wortlaut von § 711 S. 2 ZPO ist deshalb dahingehend auszulegen, dass durch eine Teilsicherheit – selbstverständlich – nicht die Vollstreckung wegen eines darüber hinausgehenden Betrages abgewendet werden darf. Der Entscheidung des OLG Celle ist daher nicht zu folgen. Auch bei der Abwendungsbefugnis ist – mit dem RG – auf den jeweils zu vollstreckenden/beizutreibenden Betrag abzustellen.

(b) Ist ein Zuschlag von x-% geboten?

Diese Frage muss eindeutig verneint werden. Durch Abwendung der Zwangsvollstreckung wird bei dem Gläubiger wegen §§ 720, 839 ZPO lediglich dessen Sicherung verhindert. Sicherung hätte der Gläubiger aber nur in Höhe des vollstreckten Betrages erlangt, was (100%) des jeweils zu vollstreckenden Betrages entspricht.<sup>32</sup> Soweit eine abweichende Auffassung vertreten wird, geschieht dies, ohne dass eine Auseinandersetzung mit dem Regelungsgehalt von §§ 720, 839 ZPO erfolgt. *Lackmann*<sup>33</sup> räumt immerhin ein, dass der Schaden des Gläubigers nicht höher sein könne als die vollstreckbare Forderung, meint aber, dass „wegen des Gleichlaufs der Sicherheitshöhe für beide Parteien ein prozentualer Aufschlag gemacht werden sollte“. Beide Sicherheiten sind jedoch selbstverständlich nach der Höhe des jeweils beim Gegner zu befürchtenden Schadens zu bemessen.<sup>34</sup>

---

<sup>30</sup> JW 1927, S. 991 Nr. 24.

<sup>31</sup> Stein/Jonas-Münzberg, 20. Aufl. 1986, § 711 Rdn. 6.

<sup>32</sup> Einzelheiten König, NJW 2003, 1372, 1373.

<sup>33</sup> in Musielak, ZPO, 10. Aufl., § 711, Fußn. 6.

<sup>34</sup> Stein/Jonas-Münzberg, ZPO, 22. Aufl., Rdn. 2 mit Fußn. 6 zur alten Rechtslage.

(2) Gegenseicherheitsleistung des Gläubigers bei einer Geldvollstreckung

Fraglich ist, wie die Gegenseicherheitsleistung des Gläubigers (§ 711 S. 1, 2. Hs. i.V.m. S. 2, 1. Hs.) abstrakt zu bemessen ist. Dieser Betrag hat sich an dem *Schaden des Schuldners* zu orientieren, der dadurch entsteht, dass über die Sicherung des Gläubigers hinaus dessen Befriedigung erfolgt. Der potenzielle Schaden des Schuldners liegt zunächst in dem Risiko, den vollstreckten Betrag nicht zurückzuerhalten. Es muss also wenigstens 100 % des zu vollstreckenden/beizutreibenden Betrages abgesichert werden. Auch insoweit wird vorgeschlagen, einen prozentualen Zuschlag von 5, 10 oder 20 % zu machen.<sup>35</sup> Dies ist sicherlich vertretbar. Wie im Rahmen von § 709 S. 2 ZPO kann aber auch hier von einem Zuschlag abgesehen werden.

(3) Als Tenor schlage ich für das **Beispiel 3** somit vor:

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Der Beklagte darf die Vollstreckung gegen Sicherheitsleistung in Höhe des **jeweils zu vollstreckenden Betrags** abwenden, wenn der Kläger nicht vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Alternativ kann formuliert werden:

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Der Beklagte darf die Vollstreckung gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des **jeweils zu vollstreckenden Betrags** abwenden, wenn der Kläger nicht vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe des jeweils zu vollstreckenden Betrags leistet.

cc) **§ 711 S. 1 ZPO:** Vollstreckung wegen anderer als auf Geld gerichteter Ansprüche

Wenn wegen anderer als auf Geld gerichteter Ansprüche vollstreckt werden kann, kommt eine abstrakte Bestimmung der Sicherheitsleistungen für die Abwendungsbefugnis und die Gegenseicherheit nicht in Betracht. Die Beträge sind gemäß § 711 S. 1 ZPO konkret zu bestimmen. Es gelten dann die oben zu § 709 ZPO gemachten Ausführungen entsprechend. Hinsichtlich der Kosten könnte dann wieder auf § 709 S. 2 ZPO abgestellt werden.

<sup>35</sup> 10 %: Musielak-Lackmann, a.a.O., § 711 Rdn. 2; Anders/Gehle, a.a.O., Rdn. 191; Knöringer, a.a.O., S. 53; 20 %: OLG Celle, NJW 2003, 73.

Wird z.B. die Herausgabe eines PKW's, der einen Wert von 1.200,00 EUR hat, eingeklagt und hat die Klage Erfolg, kann – falls andere Schäden prognostisch nicht erkennbar sind - tenoriert werden:

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Der Beklagte darf die Herausgabevollstreckung gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 1.200,00 EUR abwenden, wenn der Kläger nicht vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet. Im Hinblick auf die Vollstreckung wegen der Kostenforderung darf der Beklagte die Vollstreckung gegen Sicherheitsleistung in Höhe des jeweils zu vollstreckenden Betrags abwenden, wenn der Kläger nicht vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

dd) **§ 713 ZPO:** Absehen von der Anordnung einer Abwendungsbefugnis

Wenn voraussichtlich<sup>36</sup> keine Partei eine *zulässige* Berufung gegen das Urteil einlegen kann, also z.B. bei einem Wert des Beschwerdegegenstandes von  $\leq 600$  EUR (§ 511 Abs. 2 Nr. 1 ZPO), soll gemäß § 713 ZPO die Schutzanordnung nach § 711 ZPO nicht erfolgen. Zu beachten ist, dass gleichwohl der Ausspruch zu erfolgen hat „Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar“. Hintergrund ist, dass gegen alle erstinstanzlichen Zivilurteile die Berufung gemäß § 511 Abs. 1 ZPO *statthaft* ist.

## 5. Schutzanträge

Auf Antrag kann beiden Parteien in besonderen Fällen die Erbringung der Sicherheitsleistung erlassen werden bzw. es kann auch im Fall des § 709 ZPO eine Abwendungsbefugnis des Schuldners angeordnet werden (§§ 710/711 S. 3 bzw. § 712 ZPO). Die Schutzanträge sind vor Schluss der mündlichen Verhandlung zu stellen (§ 714 ZPO). Schutzanträge spielen in der gerichtlichen Praxis kaum eine Rolle.

## 6. Besonderheiten

a) Wenn die Klage teilweise begründet ist, können idR sowohl der Kläger wegen eines Teils der Hauptforderung und eines Teils seiner Kosten als auch der Beklagte wegen eines Teils seiner Kosten vollstrecken. Für beide potentiell in Rede stehenden

<sup>36</sup> Es handelt sich um eine Prognose des erstinstanzlichen Richters, maßgeblich dagegen ist letztlich die Entscheidung des Berufungsgerichts.

Zwangsvollstreckungsverfahren muss der Richter nach den obigen Grundsätzen eine gesonderte Entscheidung im Hinblick auf § 708 ff ZPO treffen.

- b) Können auf Klägerseite mehrere Kläger oder auf Beklagtenseite mehrere Beklagte jeder für sich aus dem Urteil die Vollstreckung betreiben, muss bezogen auf jeden Gläubiger eine gesonderte Entscheidung im Hinblick auf § 709 ZPO bzw. § 711 ZPO getroffen werden.
- c) Werden in einem Prozess mehrere Ansprüche eingeklagt (z.B. 3.000,00 EUR Kaufpreisforderung + 500,00 EUR Darlehensforderung oder Herausgabe eines Autos im Wert von 1.500,00 EUR + 500,00 EUR Schadensersatz), liegt ein Fall „objektiver“ Klagehäufung (§ 260 ZPO) vor. Wird dem Kläger in dem Hauptsachetenor beides zugesprochen, sind bei der Bemessung der Wertgrenze des § 708 Nr. 11, 1. Var. ZPO die Werte beider Verurteilungen zu addieren. Auch für die eingeklagten Ansprüche in Höhe von 500,00 EUR müsste der Kläger also eine Sicherheitsleistung nach § 709 S. 2 ZPO erbringen.
- d) Hat der Beklagte eine Widerklage erhoben und kommt es daraufhin zur Verurteilung des Klägers in der Hauptsache, kann der Beklagte aus dem Urteil die Zwangsvollstreckung betreiben. Es gelten dann im Hinblick auf die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit die Grundsätze, die bezogen auf eine erfolgreiche Klage dargestellt wurden. Hat im Fall der Widerklage auch die Klage ganz oder teilweise Erfolg, können beide Parteien aus dem Urteil die Zwangsvollstreckung betreiben. Jeweils ist dann eine gesonderte Entscheidung im Hinblick auf §§ 708 ff ZPO zu treffen.