

Die vorläufige Vollstreckbarkeit im Zivilurteil – gekürzte Fassung

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.

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.

1. Potenzieller Schaden beim Schuldner

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

- Zahlung eines Geldbetrages oder
- die Herausgabe einer Sache gerichtet sind.

a) Verurteilung zur Zahlung eines Geldbetrages

Beispiel:

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 Kostengrundsatzentscheidung 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: **Sicherung**, also bildhaft betrachtet im ersten Schritt die Wegnahme bzw. Blockierung des Vermögenswertes (§ 803 I S. 1 ZPO bzw. § 829 I S. 1 ZPO), und **Befriedigung**, also die Auskehrung des „weggenommenen“ Geldbetrages (ev. erst nach einer erfolgten Versteigerung, § 815 I ZPO) bzw. die Übertragung der Forderung zur Einziehung (§ 835 ZPO) mit anschließender Zahlung durch den Drittschuldner.

Bereits durch die Sicherungsmaßnahmen können dem Schuldner Schäden entstehen, z.B. weil der ein Gepfändetes Kontoguthaben nicht mehr gewinnbringend anlegen kann oder weil ein gepfändeter PKW nicht mehr genutzt werden kann und deshalb ein PKW angemietet werden muss. Durch die Befriedigung droht der größte Schaden: Hat der Gläubiger den Vermögenswert ersteinmal erlangt, trägt, der Schuldner (im Beispielsfall der Beklagte) dessen Insolvenzrisiko falls das Urteils in der Berufungsinstanz aufgehoben wird und eine Rückforderung beim Gläubiger (im Beispielsfall dem Kläger) z.B. an dessen zwischenzeitlicher Insolvenz scheitert.

b) Verurteilung zur Herausgabe einer Sache

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).

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, haftet der Gläubiger gemäß **§ 717 II ZPO** verschuldensunabhängig für Schäden, die dem Schuldner entstanden sind.

3. Absicherung des potenziellen Schadensersatzanspruchs notwendig?

a) Selbst wenn der künftige Schuldner einen Ersatzanspruch gemäß § 717 II 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.

b) Nur ausnahmsweise ist keine Absicherung eines potentiellen Schadens geboten, nämlich dann, wenn er den Anspruch anerkannt hat oder wenn gegen ihn ein Versäumnisurteil ergangen war. Anerkenntnisurteile und Versäumnisurteile 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

Regelmäßig hat 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)

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

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. Alternative 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 also („**absolute**“) Sicherheitsleistung festzusetzen.

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

In dem Ausgangsfall (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%**¹ des jeweils zu vollstreckenden² Betrages vorläufig vollstreckbar.³

Einige Gerichte sehen von einem Zuschlag ab und tenorieren:

¹ 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).

² Alternativ findet auch die Umschreibung „beizutreibender“ Betrag Verwendung.

³ 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“)

3. Das Urteil ist gegen Sicherheitsleistung in Höhe des jeweils zu vollstreckenden Betrages vorläufig vollstreckbar.⁴

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

Wenn in der Hauptsache wegen anderer als auf Geld gerichteter Ansprüche vollstreckt werden kann (z.B. Verurteilung zur Herausgabe einer Sache gem. § 883 ZPO), kommt eine relative Bestimmung der Sicherheitsleistungen nicht in Betracht. Die Sicherheitsleistung muss gemäß § 709 S. 1 ZPO dann konkret 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. Wird der Beklagte beispielsweise zur Herausgabe eines PkWs verurteilt, der einen geschätzten Verkehrswert von 1.700,00 EUR hat, 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 PkWs) auch noch eine Kostengrundentscheidung (z.B. „Der Beklagte hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.“) enthält, die nach dem Erlass eines KfB auf eine Vollstreckung wegen einer Geldforderung hinauslaufen würde. 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**

aa) Überblick

In den Fällen § 708 Nr. 4 bis 11 ZPO soll aus verschiedenen Gründen keine Absicherung des Schuldners durch den Gläubiger erfolgen. Der Gläubiger (in den bisherigen Beispielfällen der Kläger) kann deshalb

⁴ So zahlreiche bei juris abrufbare Urteile, z.B. LG Osnabrück v. 17.05.2013 – 13 O 7/13; VG

den Vollstreckungsauftrag erteilen, ohne den Schaden des Schuldners absichern zu müssen. Er erlangt dadurch aber in dem praktisch 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 aber ebenfalls lediglich hinterlegt.
- Eine gepfändete Forderung führt zwar dazu, dass der Gläubiger diese beim Drittschuldner einziehen darf. Der Drittschuldner darf aber 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) käme es allerdings auch zur Befriedigung des Gläubigers, ohne dass er eine Sicherheit zu leisten hätte.

§ 711 ZPO gibt dem Schuldner (im Beispielsfall 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).

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

Mit der Einfügung von § 709 S. 2/§ 711 S. 2 ZPO zum 01.01.2002 hat der Richter die Möglichkeit, 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 seit dessen Einführung 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, Verwaltungsgerichtsbarkeit⁵, Finanzgerichtsbarkeit⁶) sechs verschiedene Tenorierungen zur Anwendung⁷:

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 die Entscheidungen wiederum dahingehend, ob und gegebenenfalls bei welcher Partei ein Zuschlag von x-%⁸ 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.⁹

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.¹⁰

⁵ Über § 167 VwGO sind §§ 708 ff. ZPO anzuwenden.

⁶ Über § 155 FGO sind §§ 708 ff. ZPO anzuwenden.

⁷ Unterstellte Verurteilung des Beklagten zur Zahlung.

⁸ Der Anschaulichkeit halber wird nachfolgend ein Zuschlag von 10% zugrundegelegt.

⁹ Z.B. OLG Köln v. 19.07.2013 – 20 U 26/11 (abgerufen über juris).

¹⁰ Z.B. OLG Karlsruhe v. 30.09.2004 – 19 U 2/04 (abgerufen über juris).

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.¹¹

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.¹²

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.¹³

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).¹⁴

(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. Beispielsfall: 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

¹¹ Z.B. OLG Koblenz v. 31.07.2013 – 3 U 541/12 (abgerufen über juris).

¹² Z.B. OLG Hamm v. 12.05.2011 – 5 U 1/11 (abgerufen über juris).

¹³ Z.B. OLG Oldenburg v. 27.04.2006 – 8 U 243/05 (abgerufen über juris).

¹⁴ Z.B. OLG München v. 25.07.2013 – 1 U 615/13 (abgerufen über juris).

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 EUR¹⁵ aus, um seinen potenziell in Rede stehenden Schaden – Verlust der *Sicherheit* (nicht die Befriedigung!) im Wert von 20.000,00 EUR – abzudecken.¹⁶ Die 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, die als Bezugspunkt der Sicherheitsleistung für die Abwendungsbefugnis den „jeweils zu vollstreckenden/beizutreibenden Betrag“ für richtig halten.

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

Diese Frage muss mit einem eindeutigen Nein beantwortet 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

¹⁵ Die Frage eines Zuschlages von z.B. 10% ist für die vorliegende Fragestellung (Sicherheit in Höhe von 100.000 EUR?) ohne Relevanz.

¹⁶ 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, 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.

Betrages erlangt, was (100%) des jeweils zu vollstreckenden Betrages entspricht.¹⁷ Soweit eine abweichende Auffassung vertreten wird, geschieht dies, ohne dass eine Auseinandersetzung mit dem Regelungsgehalt von §§ 720, 839 ZPO erfolgt.

(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.¹⁸ 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 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

¹⁷ Einzelheiten König, NJW 2003, 1372, 1373.

¹⁸ 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.

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.

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 voraussichtlich¹⁹ keine Partei eine *zulässige* Berufung gegen das Urteil einlegen kann, also z.B. bei einem Wert des Beschwerdegegenstandes von ≤ 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.

¹⁹ Es handelt sich um eine Prognose des erstinstanzlichen Richters, maßgeblich dagegen ist letztlich die Entscheidung des Berufungsgerichts.

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 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. Alt. 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 treffen.