
Datum: 18.04.2008
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 25. Zivilsenat
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: 25 W 28/08
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2008:0418.25W28.08.00

Vorinstanz: Landgericht Essen, 44 O 201/06

Tenor:

Auf die sofortige Beschwerde der Schuldnerin wird der angefochtene Beschluss teilweise abgeändert und wie folgt neu gefasst:

1.

Die Gläubigerin wird ermächtigt, den nach dem Teilurteil des Landgerichts Essen vom 04.06.2007 (AZ: 44 O 201/06) von der Schuldnerin zu erteilenden Buchauszug durch einen von der Gläubigerin auszuwählenden und zur Berufsverschwiegenheit verpflichteten Wirtschaftsprüfer oder vereidigten Buchsachverständigen auf Kosten der Schuldnerin erstellen zu lassen.

2.

Der Schuldnerin wird aufgegeben, an die Gläubigerin als Vorschuss auf die voraussichtlichen Kosten dieses Wirtschaftsprüfers oder vereidigten Buchsachverständigen einen Betrag von 5.000 € zu zahlen.

3.

a) Der Schuldnerin wird aufgegeben, dem von der Gläubigerin beauftragten Wirtschaftsprüfer oder vereidigtem

Buchsachverständigen ungehinderten Zutritt zu ihren Geschäftsräumen und Einsicht in die Geschäftsbücher und sonstigen Unterlagen zu gewähren, soweit dies zur Fertigung des Buchauszuges erforderlich ist.

b) Der Schuldnerin wird aufgegeben, dem von der Gläubigerin beauftragten Wirtschaftsprüfer oder vereidigten Buchsachverständigen die zur Fertigung des Buchauszuges erforderlichen Geschäftsbücher und sonstigen Urkunden zu einem noch vom Wirtschaftsprüfer oder vereidigtem Buchsachverständigen mitzuteilenden Termin und weiter auch die zur Fertigung erforderlichen Arbeitsmöglichkeiten (Raum, Hilfskräfte) zur Verfügung zu stellen.

4. Der Schuldnerin wird für den Fall der Zuwiderhandlung gegen Ziff. 3 a) des Beschlusses die Verhängung eines Ordnungsgeldes bis zu 100.000 €, für den

Fall, dass dieses nicht beigetrieben werden kann, ersatzweise Ordnungshaft bis

zu 6 Monaten angedroht.

Im Übrigen werden der Vollstreckungsantrag der Gläubigerin und die sofortige Beschwerde zurückgewiesen.

Von den Kosten des Verfahrens tragen die Gläubigerin 1/8 und die Schuldnerin 7/8.

Die Rechtsbeschwerde wird für die Schuldnerin zugelassen.

Gründe

- | | |
|--|---|
| | 1 |
| I. | 2 |
| Das Landgericht hat die Schuldnerin durch am 04.06.2007 verkündetes Teilurteil verurteilt, der Gläubigerin einen Buchauszug über im Einzelnen bezeichnete Geschäfte zu erteilen und der Gläubigerin am 29.08.2007 eine vollstreckbare Ausfertigung erteilt. | 3 |
| Auf entsprechenden Antrag der Gläubigerin vom 26.11.2007 hat das Landgericht sie durch Beschluss vom 09.01.2008 ermächtigt, den Buchauszug durch einen von ihr auszuwählenden und zur Berufsverschwiegenheit verpflichteten Wirtschaftsprüfer oder vereidigten Buchsachverständigen erstellen zu lassen und der Schuldnerin weiterhin aufgegeben, einen Vorschuss von 5.000 € zu zahlen. | 4 |

Darüber hinaus hat das Landgericht der Schuldnerin aufgegeben, dem von der Gläubigerin beauftragten Wirtschaftsprüfer oder Buchsachverständigen Zutritt zu ihren Geschäftsräumen und Einsicht in die Geschäftsbücher und sonstigen für die Fertigung des Buchauszuges benötigten Unterlagen zu gewähren sowie diesem auch die zur Fertigung erforderlichen Unterlagen und Arbeitsmöglichkeiten zur Verfügung zu stellen und für den Fall der Zuwiderhandlung Ordnungsgeld und ersatzweise Ordnungshaft angedroht.

Gegen den am 15.01.2008 zugestellten Beschluss richtet sich die am 29.01.2008 eingegangene sofortige Beschwerde der Schuldnerin. 6

Diese vertritt die Ansicht, dass das Landgericht für die angeordneten Maßnahmen international nicht zuständig sei. Darüber hinaus habe das Landgericht ihr zu Unrecht aufgegeben, dem von der Gläubigerin zu beauftragenden Wirtschaftsprüfer oder vereidigten Buchsachverständigen Zutritt sowie Einsicht in die zur Erstellung des Buchauszuges notwendigen Unterlagen zu gewähren und die nötigen Unterlagen und Arbeitsmittel zur Verfügung zu stellen. Dies sei von einer Vollstreckung nach § 887 ZPO nicht mehr gedeckt, sondern beruhe auf § 87 c Abs. 4 ZPO. Dieser Anspruch sei aber zunächst im Erkenntnisverfahren geltend zu machen. 7

Die Schuldnerin beantragt, 8

den Beschluss des Landgerichts vom 09.01.2008 aufzuheben und den Antrag der Klägerin vom 26.11.2006 zurückzuweisen. 9

Die Gläubigerin beantragt, 10

die sofortige Beschwerde zurückzuweisen. 11

Das Landgericht hat der sofortigen Beschwerde nicht abgeholfen und die Sache dem Senat zur Entscheidung vorgelegt. 12

II. 13

Die nach §§ 793, 567 Abs. 1 Nr. 1, 569 Abs. 1 ZPO zulässige sofortige Beschwerde hat in der Sache nur in einem geringen Umfang Erfolg. Der Antrag der Gläubigerin ist zulässig (1.) und überwiegend begründet (2.). 14

1. 15

Der Antrag der Gläubigerin ist insgesamt zulässig, denn das Landgericht war für die getroffenen Maßnahmen als deutsches Gericht international zuständig. 16

Die deutschen Gerichte sind befugt, auf das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland begrenzte Vollstreckungshandlungen vorzunehmen, d.h. solche, welche die Souveränität des ausländischen Staates, hier Österreichs, nicht in Frage stellen. Die Erzwingung eines Handelns im Ausland durch Zwang im Inland ist ohne Rücksicht auf die Staatsangehörigkeit des Betroffenen völkerrechtlich zulässig (vgl. dazu Geimer, Internationales Zivilprozessrecht, 5. Aufl. 2005, Rdnr. 400). Insoweit obliegt den deutschen Gerichten die Kompetenz der Entscheidung darüber, welches Zwangsmittel rechtmäßig und geeignet ist. Ob sich dieses Ergebnis durch eine Auslegung des Art. 49 EuGVVO erzielen lässt, kann dahinstehen. 17

a) 18

19

Ob die Ermächtigung zur Ersatzvornahme die Souveränität des ausländischen Staates beeinträchtigt, ist umstritten.

aa) 20

Nach einer Auffassung ist dies für die Anordnung der Ersatzvornahme jedenfalls dann der Fall, wenn diese mit dem Betreten eines im Ausland gelegenen Grundstücks verbunden ist, denn nur der Staat der belegenen Sache könne die Erlaubnis zum Betreten des Grundstücks gegen den Willen des Eigentümers aussprechen 21

(vgl. dazu OLG Stuttgart ZZZ Bd. 97 (1984), 487 (487); OLG Nürnberg IPRspr 1974 Nr. 188; Kropholler, Europäisches Zivilprozessrecht, 8. Aufl. 2005, Art. 22 EuGVVO Rdnr. 60) 22

bb) 23

Demgegenüber soll nach anderer Auffassung die Ermächtigung zur Ersatzvornahme auch dann durch ein deutsches Gericht ausgesprochen werden können, wenn die entsprechende Handlung im Ausland vorzunehmen ist, weil die Ermächtigung nur die deutschen Rechtsanwendungsorgane, nicht aber die des ausländischen Staates binde (vgl. dazu OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21.01.2004, AZ: 16 W 50/03, II 4 = InVo 2004, 385; Geimer, a.a.O. Rdnr. 403, 3227; Münzberg, ZZZ Bd. 97 (1984), 489 (489/490)). 24

Die Entscheidungen des OLG Köln vom 03.06.2002 (AZ: 11 W 16/02, OLGR 2002, 445) und des OLG Frankfurt vom 14.12.2000 (AZ: 5 W 21/00, OLGR 2001, 72), die für den Fall der Vollstreckung einer Ersatzvornahme im Ausland eine Vollstreckung nach § 888 ZPO befürworten, stehen dieser Auffassung nicht entgegen, denn sie befassen sich lediglich mit der Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen die Vollstreckung der Verpflichtung zur Erteilung eines Buchauszuges, die grundsätzlich eine vertretbare Handlung darstellt, nach § 888 ZPO vollstreckt werden kann, nicht aber mit dem hier interessierenden Problem, ob es sich bei der Anordnung der Ersatzvornahme um eine Zwangsvollstreckung im Inland handelt. 25

cc) 26

Der Senat folgt der Auffassung, dass die Anordnung der Ersatzvornahme noch nicht die Souveränität des fremden Staates beeinträchtigt. Die Auffassung, die bereits die Ermächtigung der Ersatzvornahme als Eingriff in die Souveränität des fremden Staates ansieht, unterscheidet nicht hinreichend zwischen der Schaffung der Rechtsgrundlage für die Ersatzvornahme und ihrer anschließenden Umsetzung. 27

Beeinträchtigt würde die Souveränität des ausländischen Staates erst dann, wenn die Ersatzvornahme durch unmittelbaren Zwang nach § 892 ZPO auf seinem Territorium durchgesetzt werden sollte. Ob der Gläubiger mit der Ermächtigung zur Ersatzvornahme im Ausland zwangsweise vorgehen kann, ist für die Frage der internationalen Zuständigkeit ohne Belang, sondern hat allenfalls Auswirkungen auf die weitere Frage, ob das deutsche Gericht Anordnungen treffen kann, die für den Gläubiger nicht umsetzbar sind. 28

b) 29

Entsprechendes gilt für die Vorschussanordnungen. Die Souveränität des ausländischen Staates, in dem die Schuldnerin ihren Sitz hat, wird erst dann betroffen, wenn der Kostenvorschuss beigetrieben werden soll. Der Beschluss des Landgerichts stellt in Bezug auf den Kostenvorschuss lediglich die Grundlage für weitere Beitreibungsmaßnahmen der 30

Gläubigerin dar, die, wenn eine Vollstreckung in Deutschland nicht möglich ist, nach der EuGVVO erfolgen können.

c) 31

Soweit das Landgericht der Antragsgegnerin aufgegeben hat, dem von der Antragstellerin zu beauftragenden Wirtschaftsprüfer ... Zutritt zu ihren Räumlichkeiten und Einsicht ... zu gewähren sowie die für die Erteilung des Buchauszuges notwendigen Unterlagen ... zur Verfügung zu stellen und für den Fall der Zuwiderhandlung ein Ordnungsgeld ... angedroht hat, ist es ebenfalls international zuständig gewesen. Insoweit handelt es sich ebenfalls um eine Zwangsvollstreckung im Inland (Rauscher/Mankowski, Europäisches Zivilprozessrecht, 2. Aufl. 2006, Art. 22 EuGVVO Rn. 58 zum Zwangsgeld) . Erst die Beitreibung des Ordnungsgeldes stellt eine Maßnahme dar, welche die Souveränität des ausländischen Staates berührt (vgl. Nagel/Gottwald, Internationales Zivilprozessrecht, 6. Aufl. 2007, Rdnr. 42). Diese ist nur nach Anerkennung der Entscheidung durch Organe des ausländischen Staates möglich. 32

Der Vergleich, den die Antragsgegnerin in ihrer Beschwerdebeurteilung zur Rechtfertigung der Annahme eines unmittelbaren Eingriffs in die Souveränität des Staates, in dem die Zwangsvollstreckung durchgeführt werden soll, anstellt, hinkt insoweit, als er einen Zwang des Schuldners zur Zahlung des Ordnungsgeldes zur Abwehr einer mit der inländischen Rechtsordnung nicht in Einklang stehenden Vollstreckungsmaßnahme unterstellt. Dieser Zwang wird durch die hier angeordneten Maßnahmen aber noch nicht ausgeübt, sondern erst mit einer Beitreibung des Ordnungsgeldes im Ausland, die wiederum, wie ausgeführt, Anerkennung und Vollstreckbarerklärung voraussetzt. 33

2. 34

Der Vollstreckungsantrag der Gläubigerin ist überwiegend begründet. 35

a) 36

Die Einwendungen der Schuldnerin sind insoweit gerechtfertigt, als sie sich gegen die Androhung eines Ordnungsgeldes für den Fall einer Zuwiderhandlung gegen die durch das Landgericht ausgesprochene Verpflichtung zur Bereitstellung von Arbeitsmöglichkeiten für den von der Gläubigerin zu beauftragenden Wirtschaftsprüfer oder vereidigten Buchsachverständigen wendet. 37

Durch ein Ordnungsgeld kann nach § 890 ZPO die Durchsetzung einer Unterlassungs- oder Duldungspflicht erzwungen werden. Die Bereitstellung von Arbeitsmöglichkeiten geht über eine bloße Duldung hinaus, weil sie ein positives Tätigwerden verlangt, und ist aus diesem Grund nicht durch ein Ordnungsgeld erzwingbar. 38

b) 39

Die übrigen von dem Landgericht ausgesprochenen Anordnungen sind in der Sache gerechtfertigt. 40

aa) 41

Die Ermächtigung zur Ersatzvornahme und die Verpflichtung der Schuldnerin zur Zahlung eines Kostenvorschusses ist nicht deshalb ausgeschlossen, weil die Handlung im Falle eines Widerstandes der Schuldnerin wegen der notwendigen Auslandsvollstreckung als 42

unvertretbar anzusehen und aus diesem Grund eine Zwangsvollstreckung nach § 888 ZPO durchzuführen ist.

(1.) 43

Diese Frage ist ebenfalls umstritten. Zum Teil wird eine zwingende Anwendung des 44

§ 888 ZPO befürwortet (vgl. dazu Stein/Jonas/Münzberg/Brehm, 22. Aufl. 2002 ff., 45

§ 887 ZPO Rdnr. 29; Münzberg ZZP Bs. 97 (1984), 489 (490/491); OLG Frankfurt vom 46
14.12.2000 AZ: 5 W 21/00 Tz. 2). Demgegenüber geht eine andere Auffassung davon aus,
dass der Gläubiger wegen der Erschwernisse und Verzögerungen einer Umsetzung der
Vollstreckung nach § 887 ZPO im Ausland lediglich die Möglichkeit hat, in diesem Fall nach §
888 ZPO vorzugehen (vgl. dazu OLG Köln, Beschluss vom 03.06.2002, AZ.: 11 W 16/02, Tz.
4).

(2.) 47

Für die letztgenannte Meinung mögen pragmatische Gründe sprechen. Dagegen spricht nach 48
Auffassung des Senats das zwingende rechtssystematische Argument, dass zwischen den
Vollstreckungsmöglichkeiten nach §§ 887 und 888 ZPO keine Wahlmöglichkeit besteht,
sondern die eine Form die andere ausschließt. Die Erstellung eines Buchauszugs ist in aller
Regel, wie heute allgemein anerkannt ist, eine vertretbare Handlung, weil sie ein Dritter
anstelle des Schuldners vornehmen kann. Sie wird aus Sicht des hier maßgeblichen
deutschen Vollstreckungsrechts erst dann zu einer unvertretbaren Handlung, wenn sie im
konkreten Fall kein Dritter vornehmen kann. Dies ist im Fall einer notwendigen
Auslandsvollstreckung erst dann anzunehmen, wenn der Schuldner seine Mitwirkung
verweigert und weder das deutsche Vollstreckungsrecht im Rahmen der deutschen
internationalen Zuständigkeit noch das Vollstreckungsrecht des ausländischen Staates nach
Anerkennung und Vollstreckbarerklärung der deutschen Entscheidung gem. § 887 ZPO die
Möglichkeit bieten, den Widerstand des Schuldners zu beseitigen. Die Anwendung des § 888
ZPO setzt konkrete Feststellungen dazu voraus, dass eine im Inland angeordnete
Vollstreckung nach § 887 ZPO ins Leere läuft, weil ihre Umsetzung unmöglich ist (vgl.
Münch-Komm/Gruber, 3. Aufl. 2007, § 887 ZPO Rdnr. 10; Musielak/Lackmann, 6. Aufl. 2008,
§ 887 ZPO Rdnr. 8; OLG Düsseldorf Beschluss vom 21.01.2004,

AZ: 16 W 50/03, II 2 c). Dem kann nicht entgegengehalten werden, dass nach der 49
gesetzlichen Regelung die fruchtlose Durchführung einer Vollstreckung nach § 887 ZPO nicht
vorgesehen sei (vgl. dazu OLG Frankfurt Beschluss vom 14.12.2000

AZ: 5 W 21/00 Tz. 3). So stellt sich das Problem nicht. Wenn von vornherein feststeht, dass 50
die Vollstreckung nach § 887 ZPO im Ausland nicht möglich ist, kann kein (dem deutschen
Recht unterliegender) Dritter die Handlung vornehmen, dann ist es nach deutschem Recht
eine unvertretbare Handlung. Steht dies nicht fest, ist bis zum Beweis des Gegenteils von
einer vertretbaren Handlung auszugehen.

(3.) 51

Hier lässt sich schon nicht von vornherein feststellen, dass die Gläubigerin auf die 52
Anwendung unmittelbaren Zwangs angewiesen ist. Dafür spricht zwar, dass sich die
Schuldnerin sowohl einer Verurteilung zur Erteilung des Buchauszuges als auch der
Zwangsvollstreckungsmaßnahme durch Anordnung einer Ersatzvornahme widersetzt. Auf

der anderen Seite hat die Schuldnerin das Teilurteil des Landgerichts schließlich hingenommen und – soweit ersichtlich - keine Rechtsmittel eingelegt. Zudem ist nicht ersichtlich, dass eine Vollstreckung der Entscheidung nach § 887 ZPO in Österreich nicht möglich wäre. Art. 1 Abs. 1, 32, 38 Abs. 1 EuGVVO ermöglichen Vollstreckbarerklärung der Entscheidung und Vollstreckung durch österreichische Vollstreckungsorgane. Letztlich wird durch die gleichzeitig angeordnete Duldungsverpflichtung und die Möglichkeit von Zwangsgeldern (s. noch im Folgenden) ermöglicht, Widerstand der Schuldnerin unabhängig von § 892 ZPO zu überwinden.

bb) 53

Das Landgericht hat darüber hinaus zu Recht angeordnet, dass die Schuldnerin verpflichtet ist, dem von der Gläubigerin zu beauftragenden Wirtschaftsprüfer oder vereidigten Buchsachverständigen Zutritt zu den Geschäftsräumlichkeiten sowie Einsicht in die zur Erteilung des Buchauszuges notwendigen Unterlagen zu gewähren und die notwendigen Arbeitsmittel zur Verfügung zu stellen. 54

Die Schuldnerin kann hier nicht einwenden, dass das Landgericht hier einen im Erkenntnisverfahren geltend zu machenden Anspruch nach § 87 c Abs. 4 HGB fehlerhaft im Vollstreckungsverfahren zuerkannt hat. 55

Richtig ist, dass das Landgericht diese Vorschrift in dem angefochtenen Beschluss herangezogen hat. Darin liegt aber nicht die Rechtsgrundlage für die Anordnungen, wie das Landgericht in dem angefochtenen Beschluss ebenfalls deutlich gemacht hat. Die Anordnung der Ersatzvornahme beinhaltet bereits eine Verpflichtung des Schuldners, die in diesem Zusammenhang zu treffenden Maßnahmen zu dulden (vgl. den Wortlaut des § 892 ZPO sowie Zöller/Stöber, 26. Aufl. 2007, § 892 ZPO Rdnr. 1), was die Verpflichtung zur Gewährung des Zutritts zu den Geschäftsräumen und der Einsichtnahme in die zur Erteilung des Buchauszuges notwendigen Unterlagen beinhaltet. Darüber hinaus umfasst die Verpflichtung zur Ersatzvornahme Kooperationspflichten der Schuldnerin, als deren Bestandteil die Überlassung von Unterlagen und Arbeitsmöglichkeiten anzusehen sind (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21.06.1999, AZ: 16 W 12/99 Tz. 21). 56

Zur Beseitigung des Widerstandes zur Durchsetzung einer Duldungsverpflichtung kann der Gläubiger wahlweise nach § 892 ZPO oder das Zwangsverfahren nach 57

§ 890 ZPO betreiben (Musielak/Lackmann, § 892 ZPO Rdnr. 2 m.w.N.). 58

3. 59

Die Kostenentscheidung folgt aus § 92 Abs. 1 ZPO. 60

Die Rechtsbeschwerde war für die Schuldnerin nach § 574 Abs. 3 S. 1, Abs. 2 Nr. 2 ZPO zumindest deshalb zuzulassen, weil der Senat ganz oder teilweise von den zitierten Entscheidungen der Oberlandesgerichte Frankfurt, Köln und Nürnberg abweicht. 61