Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein

ZPO §§ 750, 890, 929, 936, 945

a) Zur wirksamen Festsetzung von Ordnungsmitteln (§ 890 Abs. 1 ZPO) aufgrund einer einstweiligen Verfügung, die durch verkündetes Urteil erlassen worden ist, genügt bei Vorliegen der übrigen Vollziehungsvoraussetzungen die Zustellung des Urteils von Amts wegen.

b) Ein Vollziehungsschaden ist bereits dann zu bejahen, wenn der Verfügungskläger mit der Vollziehung der einstweiligen Verfügung begonnen hat und dem Verfügungsbeklagten daraus ein Schaden entstanden ist.

BGH, Urt. v. 13. April 1989 - IX ZR 148/88 - OLG Frankfurt am Main
LG Darmstadt

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

IX ZR 148/88

Verkündet am:
13. April 1989
Thiesies
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Hans D[redacted],
E[redacted]straße [redacted], L[redacted],

Beklagter und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [redacted] -

g e g e n

Elvira J[redacted],
E[redacted]straße [redacted], L[redacted],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. [redacted]
und Dr. [redacted] -

WII

Matthias Prinz
Rechtsanwalt www.prinz.law

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 13. April 1989 durch den Vorsitzenden Richter Merz und die Richter Henkel, Winter, Dr. Schmitz und Dr. Kreft

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 24. Zivilsenats in Darmstadt des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 27. Mai 1988 aufgehoben.

Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil der 2. Zivilkammer des Landgerichts Darmstadt vom 4. Juni 1987 wird wegen 424,08 DM nebst Zinsen zurückgewiesen.

Im übrigen wird die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile

JLaw – für Android

JLaw – für iOS

Tatbestand

Die Klägerin verlangt von dem Beklagten Schadensersatz wegen der Vollziehung einer einstweiligen Verfügung.

Die Parteien sind Eigentümer benachbarter Grundstücke, die in einem Gewerbegebiet der Stadt Lorsch liegen. Die Klägerin betreibt einen Schrotthandel. Zur Rückgewinnung von Kupfer aus Kupferdrahtwicklungen ausgedienter Elektromotoren verwendet sie ein Fallwerk, durch das die Stahlgußgehäuse der Motoren zertrümmert werden. Da Schäden an dem benachbarten Gebäude des Beklagten auftraten, verlegte die Klägerin das Fallwerk Ende 1985 von der Grundstücksgrenze an eine entferntere Stelle ihres Grundstücks. Der Beklagte behauptete, auch von dem Betrieb des neuen Fallwerks gingen Erschütterungen aus, die eine Zunahme der alten Schäden und den Eintritt neuer Schäden befürchten ließen. Am 5. März 1986 erwirkte er ein Urteil, durch das der Klägerin im Wege der einstweiligen Verfügung unter Androhung von Ordnungsmitteln aufgegeben wurde, den Betrieb des Fallwerks zu unterlassen. Das Urteil wurde dem Prozeßbevollmächtigten der Klägerin am 12. März 1986 von Amts wegen zugestellt.

Mit der Behauptung, die Klägerin halte sich nicht an das Urteil, beantragte der Beklagte die Festsetzung eines Ordnungsgeldes; eine Abschrift dieses Antrages erhielt der Prozeßbevollmächtigte der Klägerin am 18. März 1986. Am 20. März 1986 versuchte der Prozeßbevollmächtigte des Beklagten, das Urteil vom 5. März 1986 von Anwalt zu Anwalt

zuzustellen. Zu diesem Zweck übersandte er dem Anwalt der Klägerin eine Urteilsausfertigung nebst vorbereitetem Empfangsbekenntnis. Dieser vertrat im Verfahren auf Festsetzung des Ordnungsgeldes mit Schriftsatz vom 3. April 1986 den Standpunkt, diese Zustellung sei unwirksam. Die vollstreckbare Urteilsausfertigung sowie die nicht unterschriebene Zustellungskarte sandte er mit einem Begleitschreiben vom 29. April 1986 an den Prozeßbevollmächtigten des Beklagten zurück; in dem Schreiben heißt es:

> "Wir bestätigen, daß wir am 20.3.86 vollstreckbare Urteilsausfertigung ohne Zustellungserklärung und vorbereitetes Empfangsbekenntnis erhalten haben. Hierin sehen wir keine wirksame Zustellung, weshalb wir die Zustellungskarte nicht unterzeichnen."

Mit Schreiben vom 20. März 1986 hatte er allerdings den Prozeßbevollmächtigten, die die Klägerin in dem Berufungsverfahren gegen die einstweilige Verfügung vertraten, geschrieben:

> "Ich teile weiter mit, daß die Gegenseite das Verfügungsurteil vom 5.3.1986 uns von Anwalt zu Anwalt zugestellt hat am 20.3.1986. Die Gegenseite kann mithin jetzt vollstrecken. Wir mußten unserem Mandanten empfehlen, den Betrieb des Fallwerks zu unterlassen entsprechend Ziff. 1 des Urteils."

Am 2. April 1986 nahm der Prozeßbevollmächtigte des Beklagten den Antrag auf Festsetzung eines Ordnungsgeldes

zurück, nachdem er durch richterliche Verfügungen vom 17. und 19. März 1986 darauf hingewiesen worden war, daß die Vollstreckung einer einstweiligen Verfügung ihre Zustellung im Parteibetrieb voraussetze.

Durch Beschluß vom 15. April 1986 stellte das Berufungsgericht die Zwangsvollstreckung aus dem Urteil vom 5. März 1986 gegen Sicherheitsleistung von 30.000 DM einstweilen ein und ließ eine Bankbürgschaft als Sicherheit zu. Nachdem die einstweilige Verfügung dem erstinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten der Klägerin am 6. Mai 1986 durch den Gerichtsvollzieher im Parteibetrieb zugestellt worden war, ging dem Beklagten am 15. Mai 1986 als Sicherheitsleistung eine unbefristete selbstschuldnerische Bankbürgschaft zum Höchstbetrag von 30.000 DM zu.

In der Berufungsverhandlung am 13. Juni 1986 bestritt die Klägerin, daß seit dem 13. Januar 1986 neue sichtbare Rißschäden an dem Gebäude des Beklagten entstanden seien und daß durch den Betrieb des neuen Fallwerks weiterhin Erschütterungen auf das Nachbargrundstück übertragen würden. Dazu legte sie ein zweites Nachtragsgutachten des mit der Sache schon zuvor befaßten Sachverständigen Millich vom 9. Juni 1986 vor, für das sie 424,08 DM bezahlen mußte. Der Beklagte nahm nach Erörterung der Sach- und Rechtslage den Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung zurück.

Die Klägerin verlangt nunmehr Schadensersatz, und zwar neben den Sachverständigenkosten von 424,08 DM Verdienstausfall in Höhe von 80.920 DM für die Zeit vom 20. März bis

13. Juni 1986. Das Landgericht wies die Klage ab. Das Berufungsgericht erklärte sie dem Grunde nach für gerechtfertigt.

Mit der Revision erstrebt der Beklagte die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils.

Entscheidungsgründe

Die Revision ist begründet.

Das Berufungsgericht hat den Schadensersatzanspruch der Klägerin sowohl wegen der Sachverständigenkosten als auch wegen des behaupteten Verdienstausfalls dem Grunde nach gemäß § 945 ZPO für gerechtfertigt erklärt. Das begegnet durchgreifenden rechtlichen Bedenken.

I.

Der Erlaß eines Grundurteils setzt voraus, daß die Klage zulässig ist. Diese Voraussetzung ist für den Anspruch auf Ersatz der Sachverständigenkosten nicht erfüllt.

Wie sich aus dem unstreitigen Sachverhalt ergibt, hat die Klägerin das Gutachten eingeholt und verwendet, um ihre Berufung gegen die einstweilige Verfügung vom 5. März 1986

zu rechtfertigen. Die Sachverständigenkosten gehören somit zu den Kosten des Verfahrens der einstweiligen Verfügung, die der Beklagte entsprechend §. 269 Abs. 3 Satz 2 ZPO zu tragen hat, weil er den Antrag auf Erlaß der einstweiligen Verfügung zurückgenommen hat. Diese Kosten hätte die Klägerin gegen den Beklagten im Wege der Kostenfestsetzung nach den §§ 103 ff ZPO geltend machen können und müssen. Dieser einfachere und billigere Weg nimmt ihr das Rechtsschutzbedürfnis für die vorliegende Klage.

Allerdings sind die Kosten des während des Rechtsstreits eingeholten Privatgutachtens nur ausnahmsweise als notwendige Kosten der Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung (§ 91 Abs. 1 Satz 1 ZPO) anzusehen (vgl. Zöller/ Schneider, ZPO 15. Aufl. § 91 Rdnr. 13 "Privatgutachten" m.w.N.). Ein solcher Ausnahmefall liegt hier vor. Im Verfahren der einstweiligen Verfügung, in dem der Verfügungsanspruch und der Verfügungsgrund glaubhaft zu machen waren (§§ 936, 920 Abs. 2 ZPO), war auch die Klägerin als Verfügungsbeklagte für ihre Rechtsverteidigung auf Mittel der Glaubhaftmachung, also auf präsente Beweismittel im Sinne des § 294 ZPO, angewiesen. Da die mit der Berufung angefochtene einstweilige Verfügung sich auf ein von dem Beklagten vorgelegtes Gutachten des Sachverständigen Millich gründete, war es sachgerecht, daß die Klägerin diese Entscheidungsgrundlage durch ein neues Nachtragsgutachten des Sachverständigen zu erschüttern trachtete. Wie sich aus den Feststellungen des Berufungsgerichts im vorliegenden Rechtsstreit ergibt, hat unter anderem dieses neue Gutachten dazu geführt, daß der Verfügungsgrund als nicht hinreichend glaubhaft gemacht angesehen wurde.

Das Fehlen des Rechtsschutzbedürfnisses ist vom Revisionsgericht auch ohne Rüge zu beachten, weil es sich um einen von Amts wegen zu berücksichtigenden Verfahrensmangel handelt (§ 559 Abs. 2 ZPO; vgl. Baumbach/Lauterbach/Hartmann, ZPO 47. Aufl. Grundzüge 5 B vor § 253 m.w.N.). Das Berufungsurteil wird deshalb wegen der Gutachterkosten aufgehoben (§ 564 ZPO). Das Revisionsgericht kann insoweit in der Sache selbst entscheiden (§ 565 Abs. 3 ZPO): Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Landgerichts wird wegen der Gutachterkosten nebst Zinsen mit der Maßgabe zurückgewiesen, daß die Klage insoweit wegen des Fehlens einer Prozeßvoraussetzung unzulässig ist.

II.

Soweit das Berufungsgericht wegen des Verdienstausfalls einen Schadensersatzanspruch der Klägerin aus § 945 ZPO dem Grunde nach bejaht, hält seine Begründung den Revisionsangriffen im Ergebnis nicht stand.

1. Nach § 945 ZPO kann die Partei, welche eine einstweilige Verfügung erwirkt hat, dem Gegner zum Schadensersatz verpflichtet sein, wenn sich die Anordnung der einstweiligen Verfügung als von Anfang an ungerechtfertigt erweist. Das Berufungsgericht sieht diese Voraussetzung rechtsirrtumsfrei als erfüllt an. Es stellt fest, ein Verfügungsgrund sei - auch aus heutiger Sicht - von Anfang an nicht hinreichend

glaubhaft gemacht worden. Nach der Verlegung des Fallwerks in einen vom Wohnhaus des Beklagten entfernteren Bereich des Grundstücks der Klägerin habe sich bei Berücksichtigung der vorgelegten fachkundigen Beurteilungen eine Gefahr für den Bestand des Hauses des Beklagten nicht mehr aufgedrängt. Diese tatrichterliche Würdigung greift die Revision nicht an. Danach fehlte mangels einer dem Beklagten durch den Betrieb des Fallwerks unmittelbar drohenden Eigentumsschädigung die in den §§ 935, 940 ZPO vorausgesetzte Dringlichkeit für eine einstweilige Regelung.

Die umstrittene Frage, ob der Schadensersatzanspruch aus § 945 ZPO auch dann gegeben ist, wenn lediglich die Glaubhaftmachung des Verfügungsgrundes nach Ansicht des über den Ersatzanspruch entscheidenden Gerichts ungenügend war (bejahend: RGZ 58, 236, 241; A. Blomeyer, Zivilprozeßrecht 2. Aufl. § 118 V 2 b; Baumbach/Lauterbach/Hartmann, § 945 ZPO Anm. 2 A; verneinend: Stein/Jonas/Grunsky, ZPO 20. Aufl. § 945 Rdnr. 22; Zöller/Vollkommer, § 945 ZPO Rdnr. 8; AK-ZPO/Damm, § 945 Rdnr. 3; Gerhardt, Vollstreckungsrecht 2. Aufl. § 18 IV 1 Fußn. 55; Baur/Stürner, Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht 11. Aufl. Rdnrn. 892, 947; F. Baur, Studien zum einstweiligen Rechtsschutz S. 105; Bruns, ZZP 65, 67, 72), stellt sich im vorliegenden Fall nicht. Auf sie kommt es nur an, wenn nach den Feststellungen des über den Schadensersatzanspruch entscheidenden Gerichts ein Verfügungsgrund an sich vorgelegen hat, die im Verfahren der einstweiligen Verfügung vorgelegten Beweismittel aber zu dessen Glaubhaftmachung nicht ausreichten. Hier hat das Berufungsgericht nicht

festgestellt, daß ein Verfügungsgrund bei Erlaß der einstweiligen Verfügung vorgelegen habe; es ist vielmehr vom Fehlen eines Verfügungsgrundes ausgegangen.

2. Gemäß § 945 ZPO ist dem Verfügungsgegner der Schaden zu ersetzen, der ihm aus der Vollziehung der angeordneten Maßregel oder dadurch entsteht, daß er Sicherheit leistet, um die Vollziehung abzuwenden oder die Aufhebung der Maßregel zu erwirken. Nach Ansicht des Berufungsgerichts ist der geltend gemachte Verdienstausfall als Vollziehungsschaden anzusehen. Es führt aus: Die Vollziehung der Maßregel innerhalb der Frist des § 929 Abs. 2 ZPO erschöpfe sich darin, dem Verfügungsbeklagten unmißverständlich klarzumachen, daß der Verfügungskläger aus der einstweiligen Verfügung vorgehen werde. Vollstreckungsmaßnahmen brauchten damit noch nicht verbunden zu sein; es genüge jede andere eindeutige Handlung. Dies gelte insbesondere für Unterlassungsverfügungen, bei denen sich der Verfügungsbeklagte an ein Gebot zu halten habe. Dabei sei die förmliche Parteizustellung nur eine der Möglichkeiten der Vollziehung. Gleichbedeutend sei hier der Versuch des Beklagten gewesen, am 20. März 1986 die einstweilige Verfügung der Klägerin zustellen zu lassen. Für diese habe von diesem Zeitpunkt an kein Zweifel mehr bestanden, daß der Beklagte seinen titulierten Anspruch durchsetzen werde. Deshalb habe sie an diesem Tag den Betrieb ihres Fallwerks eingestellt, zumal ihr der Antrag des Beklagten nach § 890 ZPO als weitere Vollziehungsmaßnahme bereits am 18. März 1986 zugegangen sei. Die Einstellung der Zwangsvollstreckung aus der einstweiligen Verfügung begrenze den

Schadensersatzanspruch in zeitlicher Hinsicht nicht. Einstellung und Sicherheitsleistung hätten Vollstreckungsmaßnahmen gegen die Klägerin zwar ausgeschlossen. Das Gebot, den Betrieb einzustellen, habe aber weiter bestanden und von der Klägerin befolgt werden müssen. Durch die Aufnahme des Betriebes hätte sich die Klägerin unter Umständen schadensersatzpflichtig gemacht. Da sie den Betrieb des Fallwerkes vom 20. März bis 13. Juni 1986 eingestellt habe, könne sie den ihr in dieser Zeit entgangenen Gewinn als ersatzfähigen Schaden verlangen.

Das hält der rechtlichen Nachprüfung nicht in allen Punkten stand.

a) Hat die Klägerin - wie sie behauptet - den Betrieb des Fallwerks am 20. März 1986 eingestellt, weil der Beklagte einen Antrag auf Festsetzung von Ordnungsgeld gestellt und die Zustellung der einstweiligen Verfügung von Anwalt zu Anwalt versucht hatte, und ist ihr dadurch ein Verdienstausfall entstanden, dann kommt allerdings entgegen der Ansicht der Revision ein Vollziehungsschaden im Sinne des § 945 ZPO in Betracht.

aa) Dabei kann dahingestellt bleiben, ob ein Vollziehungsschaden schon dann angenommen werden kann, wenn auf den Antrag des Verfügungsklägers ein Urteil verkündet worden ist, durch das dem Verfügungsbeklagten im Wege der einstweiligen Verfügung unter Androhung von Ordnungsmitteln (§ 890 Abs. 2 ZPO) eine Handlung verboten worden ist, sodann das Urteil von Amts wegen dem Verfügungsbeklagten zugestellt

wurde (§ 317 Abs. 1 Satz 1 ZPO) und dieser daraufhin wegen der Ordnungsmittelandrohung die einstweilige Verfügung befolgte. Auch wenn man sich dieser mit beachtlichen Gründen vertretenen Auffassung (vgl. OLG Bremen WRP 1979, 791, 792; OLG Hamburg WRP 1980, 341, 342; OLG Koblenz NJW 1980, 948, 949; OLG Stuttgart WRP 1981, 291 ff; AK-ZPO/Damm, § 945 Rdnr. 6; A. Blomeyer aaO § 118 V 2 c; F. Baur aaO S. 108; vgl. auch BGH, Urt. v. 4. Dezember 1973 - VI ZR 213/71, WM 1974, 489, 491) nicht anschließt, kann nach dem Vortrag der Klägerin ein Vollziehungsschaden nicht verneint werden.

bb) Der Beklagte hat es nämlich nicht bei der Erwirkung des Urteils vom 5. März 1986 und dessen Amtszustellung bewenden lassen. Er hat vielmehr einen Antrag auf Festsetzung von Ordnungsgeld gemäß § 890 Abs. 1 ZPO gestellt und außerdem die Parteizustellung der einstweiligen Verfügung von Anwalt zu Anwalt betrieben. Beide innerhalb der Vollziehungsfrist (§§ 936, 929 Abs. 2 ZPO) eingeleiteten Maßnahmen waren bei ordnungsmäßiger Durchführung geeignet, die einstweilige Verfügung zu vollziehen.

Nach den §§ 936, 928 ZPO sind auf die Vollziehung einer einstweiligen Verfügung die Vorschriften über die Zwangsvollstreckung entsprechend anzuwenden, soweit nichts Abweichendes bestimmt ist. Die Vollziehung einer auf eine Unterlassung gerichteten einstweiligen Verfügung bestimmt sich daher grundsätzlich nach § 890 ZPO. Die Festsetzung eines Ordnungsmittels nach dieser Vorschrift setzt neben dem Unterlassungstitel, einer Zuwiderhandlung des Schuldners,

der vorherigen Androhung des Ordnungsmittels und dem Antrag des Gläubigers auch die Zustellung des Titels (§ 750 Abs. 1 ZPO) voraus, die allerdings bei einer einstweiligen Verfügung gemäß den §§ 936, 929 Abs. 3 ZPO der Vollziehung innerhalb bestimmter Frist nachfolgen kann; einer Vollstreckungsklausel bedarf es grundsätzlich nicht (§§ 936, 929 Abs. 1 ZPO). Hier lagen sämtliche Voraussetzungen für die Festsetzung eines Ordnungsmittels vor. Insbesondere war die nach § 750 Abs. 1 ZPO notwendige Urteilszustellung erfolgt. Wie dem Satz 2 dieser Vorschrift zu entnehmen ist, genügte dafür die Amtszustellung (vgl. OLG Hamm WRP 1978, 394, 395; Castendiek, WRP 1979, 527). Die Ansicht, zur wirksamen Vollziehung einer durch Urteil ergangenen Unterlassungsverfügung bedürfe es stets einer Zustellung im Parteibetrieb (vgl. OLG Frankfurt OLGZ 1982, 346, 348; OLG Düsseldorf WRP 1985, 640, 641; Stein/Jonas/Grunsky, § 929 ZPO Rdnr. 21 und § 938 ZPO Rdnr. 30; Zöller/Vollkommer, § 929 ZPO Rdnr. 16; Pastor, Die Unterlassungsvollstreckung nach § 890 ZPO 3. Aufl. S. 208 ff; Borck, WRP 1977, 556 ff), vermag der Senat nicht zu teilen. Die Zustellung im Parteibetrieb schreiben die §§ 936, 922 Abs. 2 ZPO nur für die ohne mündliche Verhandlung durch Beschluß angeordnete einstweilige Verfügung vor. Für die durch verkündetes Urteil erlassene einstweilige Verfügung enthält das Gesetz dagegen keine von den §§ 317 Abs. 1 Satz 1, 750 Abs. 1 ZPO abweichenden Vorschriften. Die Notwendigkeit einer Parteizustellung ergibt sich insoweit auch nicht aus dem Sinn und Zweck der Vorschriften über die Vollziehung einer einstweiligen Verfügung, insbesondere über die Vollziehungsfrist (§ 929 Abs. 2 ZPO). Auch wenn eine Unterlassungsverfügung, die die Androhung von Ordnungsmitteln

enthält, wirksam vollzogen werden kann, indem der Verfügungskläger sie dem Verfügungsbeklagten im Parteibetrieb zustellen läßt (vgl. dazu unten), folgt daraus nicht, daß die Parteizustellung der einzige Weg ist, um eine Unterlassungsverfügung wirksam zu vollziehen. Dem Sinn und Zweck der Frist des § 929 Abs. 2 ZPO, eine Vollziehung der einstweiligen Verfügung nach längerer Zeit und unter veränderten Umständen zu verhindern, ist genügt, wenn der Verfügungskläger innerhalb der Vollziehungsfrist die Festsetzung von Ordnungsmitteln gegen den Verfügungsbeklagten beantragt und damit von der einstweiligen Verfügung Gebrauch macht.

Zur Vollziehung einer Unterlassungsverfügung genügt auch deren Parteizustellung innerhalb der Vollziehungsfrist, ohne daß noch Vollstreckungsmaßregeln hinzutreten müssen. Es reicht aus, daß der Verfügungskläger durch Parteizustellung innerhalb der Vollziehungsfrist seinen Willen äußert, von der einstweiligen Verfügung Gebrauch zu machen (RGZ 51, 129, 132; Stein/Jonas/Grunsky, § 938 ZPO Rdnr. 30; Zöller/Vollkommer, § 929 ZPO Rdnrn. 16, 18). Der Prozeßbevollmächtigte des Beklagten hat alles seinerseits Erforderliche getan, um das Urteil vom 5. März 1986 am 20. März 1986 im Parteibetrieb von Anwalt zu Anwalt zuzustellen (§ 198 ZPO). Er hat dem Prozeßbevollmächtigten der Klägerin eine Urteilsausfertigung sowie den vorbereiteten Vordruck eines Empfangsbekenntnisses (Zustellungskarte) übersandt. Die von dem Prozeßbevollmächtigten der Klägerin vermißte und in § 198 Abs. 1 Satz 3 ZPO für den Fall der Zustellung eines Schriftsatzes geforderte Erklärung, daß von Anwalt zu Anwalt zugestellt werde, ist, wie sich aus dieser Vorschrift ergibt,

kein zwingendes Erfordernis einer wirksamen Zustellung; die Erklärung, daß von Anwalt zu Anwalt zugestellt werde, war aus dem ausgefüllten Vordruck des Empfangsbekenntnisses hinreichend deutlich zu entnehmen (BGHZ 14, 342, 344). Von seiten des Anwalts des Beklagten war daher zunächst mit der Übersendung beider Schriftstücke den von ihm zu beobachtenden Förmlichkeiten Genüge getan. Die Wirksamkeit der Zustellung und damit der Vollziehung der einstweiligen Verfügung hing nunmehr nur noch davon ab, daß der Prozeßbevollmächtigte der Klägerin, wie es seine Standespflicht war, die Urteilsausfertigung als zugestellt entgegennahm und dem Prozeßbevollmächtigten des Beklagten das datierte und unterschriebene schriftliche Empfangsbekenntnis (§ 198 Abs. 2 Satz 1 ZPO) zurücksandte.

cc) Die danach von dem Beklagten fristgerecht begonnenen Vollziehungsmaßnahmen sind nicht beendet worden. Der Beklagte hat den Antrag auf Festsetzung eines Ordnungsgeldes am 2. April 1986 wieder zurückgenommen; das hatte in entsprechender Anwendung des § 269 Abs. 3 Satz 1 ZPO zur Folge, daß der Antrag als nicht anhängig geworden anzusehen war (vgl. Zöller/Stephan, § 269 ZPO Rdnr. 1). Die Zustellung der einstweiligen Verfügung von Anwalt zu Anwalt scheiterte, weil der Prozeßbevollmächtigte der Klägerin die Urteilsausfertigung nicht als zugestellt entgegennahm und die Erteilung eines schriftlichen Empfangsbekenntnisses verweigerte. In diesem Zusammenhang kommt es nicht darauf an, daß er der Klägerin und deren Berufungsanwälten am 20. März 1986 mitgeteilt hatte, das Urteil vom 5. März 1986 sei ihm von Anwalt zu Anwalt zugestellt worden. Maßgebend sind vielmehr seine

Erklärungen vom 3. und 29. April 1986 gegenüber den Prozeßbevollmächtigten des Beklagten; danach lehnte er den Vollzug des Empfangsbekenntnisses mit der Begründung ab, eine wirksame Zustellung liege nicht vor. Damit fehlte es an zwei notwendigen Voraussetzungen für die Wirksamkeit der Zustellung von Anwalt zu Anwalt, nämlich der Äußerung des Willens des Zustellungsempfängers, das ihm zur Empfangnahme zwecks Zustellung angebotene Schriftstück diesem Angebot entsprechend anzunehmen (vgl. BGHZ 30, 299, 301), und der Beurkundung der Zustellung durch Erteilung eines dem § 198 Abs. 2 Satz 1 ZPO entsprechenden Empfangsbekenntnisses (vgl. BGHZ 30, 299, 303 ff). Die Verweigerung des Empfangsbekenntnisses mit der Begründung, gegen die Wirksamkeit der Zustellung beständen rechtliche Bedenken, ergibt regelmäßig das Fehlen der Empfangsbereitschaft des Zustellungsempfängers (vgl. BGH, Beschl. v. 16. Mai 1975 - I ZB 6/75, VersR 1975, 906). Die Heilung einer aus diesem Grunde unwirksamen Zustellung nach § 187 ZPO ist nicht möglich (vgl. BGH, Urt. v. 22. November 1988 - VI ZR 226/87, WM 1989, 238, 239 f).

Daraus folgt indessen nicht, daß ein Schadensersatzanspruch aus § 945 ZPO mangels Vollziehung der einstweiligen Verfügung entfalle. Ein Vollziehungsschaden ist bereits dann zu bejahen, wenn der Verfügungskläger mit der Vollziehung der einstweiligen Verfügung begonnen hat und dem Verfügungsbeklagten infolgedessen ein Schaden entstanden ist (vgl. RG JW 1907, 485 Nr. 25; Stein/Jonas/Grunsky, § 945 ZPO Rdnr. 7; Zöller/Vollkommer, § 945 ZPO Rdnr. 14; Baumbach/Lauterbach/Hartmann, § 945 ZPO Anm. 4 B a; Wieczorek/Schütze, ZPO 2. Aufl. § 945 Anm. B III). Wie der Entstehungsgeschichte zu entnehmen ist, beruht § 945 ZPO auf dem

allgemeinen Rechtsgedanken, daß derjenige, welcher von einem außerordentlichen Rechtsbehelf Gebrauch macht, dem Gegner für den daraus entstehenden Schaden auch dann verantwortlich ist, wenn ihm ein Verschulden nicht zur Last fällt (Materialien zu den Reichs-Justiznovellen 1897 bis 1898 1. Bd. S. 270 zu § 822 a des Entwurfs einer ZPO-Novelle). Der Gläubiger, der die Zwangsvollstreckung aus einem noch nicht endgültigen Vollstreckungstitel betreibt, soll das Risiko tragen, daß sich sein Vorgehen nachträglich als unberechtigt erweist (vgl. BGHZ 54, 76, 78; 62, 7, 9; 95, 10, 14). Diesem Grundgedanken entspricht es, den Vollstreckungsgläubiger bereits dann haften zu lassen, wenn durch eine von ihm begonnene Zwangsvollstreckung dem Vollstreckungsschuldner ein Schaden entstanden ist. Für den Schadensersatzanspruch aus § 945 ZPO kann es deshalb - anders als für die Wahrung der Vollziehungsfrist des § 929 Abs. 2 ZPO - nicht darauf ankommen, ob die vom Verfügungskläger eingeleitete Vollziehung der einstweiligen Verfügung zum Abschluß gebracht worden ist. Es genügt, daß der Verfügungsbeklagte sich dem Druck der vom Verfügungskläger begonnenen Vollziehung gebeugt und dadurch einen Schaden erlitten hat.

Diese Voraussetzung ist hier nach dem Vortrag der Klägerin erfüllt. Die Klägerin konnte auch nach der Rücknahme des Antrags auf Festsetzung eines Ordnungsgeldes und dem Scheitern der Urteilszustellung von Anwalt zu Anwalt nicht davon ausgehen, daß der Beklagte von der Vollziehung der einstweiligen Verfügung Abstand nehmen werde. Der Antrag nach § 890 Abs. 1 ZPO konnte jedenfalls wiederholt werden,

solange die Vollziehungsfrist nicht abgelaufen war. Die Frage, ob durch den Zustellungsversuch vom 20. März 1986 die Vollziehungsfrist gewahrt worden war, barg aus damaliger Sicht rechtliche Risiken; in Rechtsprechung und Schrifttum wurde die - allerdings umstrittene - Auffassung vertreten, ein Mangel der Zustellung der einstweiligen Verfügung sei gemäß § 187 ZPO mit der Folge heilbar, daß die Vollziehungsfrist gewahrt werde (vgl. OLG Frankfurt OLGZ 81, 99; OLG München WRP 1983, 46, 47 ff; OLG Karlsruhe WRP 1986, 166, 167; Zöller/Vollkommer, § 929 ZPO Rdnr. 14). Darüber hinaus war auch die Möglichkeit nicht von der Hand zu weisen, daß durch die Urteilszustellung im Parteibetrieb am 6. Mai 1986 die Vollziehungsfrist noch als gewahrt angesehen werden würde, nachdem der fristgerecht begonnene erste Zustellungsversuch lediglich daran gescheitert war, daß der Prozeßbevollmächtigte der Klägerin die erforderliche Mitwirkung verweigerte.

b) Ein nach § 945 ZPO zu ersetzender Vollziehungsschaden liegt nicht vor, soweit der Verdienstausfall der Klägerin darauf beruht, daß sie nach einstweiliger Einstellung der Zwangsvollstreckung aus der einstweiligen Verfügung und Sicherheitsleistung durch Bankbürgschaft den Betrieb des Fallwerks nicht wieder aufgenommen hat. Die einstweilige Einstellung der Vollstreckung nach § 719 Abs. 1 ZPO stellt nicht nur ein zeitweiliges Verfolgungshindernis dar, das die Wirkung der Ordnungsmittelandrohung unberührt läßt, so daß während der Einstellung begangene Zuwiderhandlungen gegen das gerichtliche Verbot nach der Bestätigung der einstweiligen Verfügung im Berufungsverfahren noch geahndet werden

könnten. Die einstweilige Einstellung beseitigt vielmehr die Wirksamkeit des Unterlassungsgebots (BGH, Beschl. v. 5. Mai 1965 - VIII ZR 95/65, NJW 1965, 1276; v. 6. Juli 1979 - I ZR 55/79, MDR 1979, 996 f; vgl. auch Zöller/Schneider, § 719 ZPO Rdnr. 5; Zöller/Stöber, § 890 ZPO Rdnr. 8; Pastor aaO S. 24). Der vom Berufungsgericht hervorgehobene Gesichtspunkt, daß die Klägerin mit Schadensersatzansprüchen habe rechnen müssen, falls sich nach Wiederaufnahme des Betriebes des Fallwerks der Unterlassungsanspruch des Beklagten als berechtigt erwies, vermag eine Schadensersatzverpflichtung des Beklagten aus § 945 ZPO nicht zu rechtfertigen. Sofern sich die Klägerin deshalb an das titulierte Unterlassungsgebot gehalten hat, geschah dies nicht mehr wegen einer drohenden Vollziehung der einstweiligen Verfügung, die während der Dauer der einstweiligen Einstellung nicht möglich war.

Für den nach dem 15. Mai 1986 der Klägerin entstandenen Verdienstausfall haftet der Beklagte nicht mehr nach § 945 ZPO. Ob ihr Klagebegehren insoweit nach § 823 Abs. 1 BGB wegen Eingriffs in den Gewerbebetrieb gerechtfertigt sein kann, läßt sich aufgrund der bisherigen Feststellungen nicht entscheiden und wird noch zu prüfen sein.

c) Auch für den darüber hinausgehenden Anspruch auf Ersatz von Verdienstausfall kann das Grundurteil des Berufungsgerichts nicht bestehenbleiben. Die Entscheidung beruht in tatsächlicher Hinsicht auf der Annahme, daß die Klägerin den Betrieb des Fallwerks seit dem 20. März 1986 eingestellt

habe. Dagegen wendet sich die Revision zu Recht mit der Verfahrensrüge aus § 286 ZPO. Das Berufungsgericht durfte den entsprechenden Vortrag der Klägerin seiner Entscheidung nur dann zugrunde legen, wenn er entweder unstreitig oder bewiesen war. Als unstreitig kann die Behauptung der Klägerin nicht angesehen werden. Im Tatbestand des Berufungsurteils ist sie nicht als unstreitig gekennzeichnet. Der Tatbestand des erstinstanzlichen Urteils bezeichnet sie ausdrücklich als bestritten. Den Schriftsätzen des Beklagten aus dem Berufungsverfahren, auf die das Berufungsgericht im Tatbestand seines Urteils Bezug nimmt, ist nicht zu entnehmen, daß der Vortrag der Klägerin in II. Instanz unstreitig gestellt worden wäre. In der Berufungserwiderung hat der Beklagte vortragen lassen, die Klägerin habe das Fallwerk bis zur Zustellung der einstweiligen Verfügung am 6. Mai 1987 (richtig: 1986) weiterbetrieben.

Dem Berufungsurteil läßt sich auch nicht entnehmen, daß das Berufungsgericht den Vortrag der Klägerin als erwiesen angesehen hat. Eine Beweisaufnahme über diese Behauptung hat nicht stattgefunden. Nach § 286 Abs. 1 Satz 1 ZPO kann das Gericht zwar auch ohne Beweisaufnahme eine tatsächliche Behauptung aufgrund des gesamten Inhalts der Verhandlungen für wahr erachten; gemäß Satz 2 der Vorschrift sind dann aber in dem Urteil die Gründe anzugeben, die für die richterliche Überzeugung leitend gewesen sind. Daran fehlt es. Für das Revisionsverfahren muß deshalb zugunsten des Beklagten unterstellt werden, daß die Klägerin den Betrieb des Fallwerks nicht am 20. März 1986 eingestellt hat. Damit fehlt dem behaupteten Verdienstausfall die tatsächliche Grundlage.

d) Das Berufungsgericht prüft nicht, ob dem Beklagten für den Zeitraum, für den die Klägerin einen Verdienstausfall geltend macht, ein Anspruch auf Einstellung des Betriebes des Fallwerks zugestanden hat. Auch dagegen wendet sich die Revision mit Recht. Nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts (RGZ 65, 66, 68; JW 1937, 2224, 2235) und des Bundesgerichtshofs (BGHZ 15, 356, 358; Urt. v. 28. November 1980 - I ZR 182/78, NJW 1981, 2579, 2580) ist in den Fällen, in denen eine einstweilige Verfügung ein auf einem Unterlassungsanspruch beruhendes Verbot zum Gegenstand hatte, dem Verfügungsbeklagten durch die Vollziehung der einstweiligen Verfügung kein nach § 945 ZPO zu ersetzender Schaden erwachsen, wenn er ohnehin materiell-rechtlich verpflichtet gewesen wäre, die ihm durch die einstweilige Verfügung untersagte Handlung zu unterlassen. Dieser Rechtsprechung schließt sich der Senat an.

Da sich das Berufungsgericht mit diesem rechtlichen Gesichtspunkt nicht befaßt hat, hat es entscheidungserhebliches Vorbringen des Beklagten übergangen. Dieser hat nämlich behauptet, auch von dem Betrieb des neuen Fallwerks gingen derart starke Erschütterungen aus, daß Schäden an seinem Wohnhaus befürchtet werden müßten. Verdeckte Messungen am 26. März, 27. März und 18. April 1987 hätten ergeben, daß die Erschütterungen insgesamt weit über die Toleranzgrenzen hinausgingen. Er hat sich dazu auf den Messungsbericht des Dr. B[redacted] vom Institut für Geophysik der Johann Wolfgang Goethe-Universität in F[redacted] vom 10. August 1987 bezogen. Er hatte auch bereits im ersten Rechtszug Dr. B[redacted]

als Zeugen benannt. Weiter hat er ein drittes Nachtragsgutachten des Sachverständigen Millich vom 8. Januar 1988 vorgelegt, nach dem dieser am 28. November 1987 neue Schäden am Haus des Beklagten festgestellt habe, die auf den Betrieb des Fallwerks zurückzuführen sein könnten.

Danach ist nicht auszuschließen, daß dem Beklagten für den hier maßgebenden Zeitraum ein Anspruch auf Unterlassung des Betriebes des Fallwerks aus § 907 Abs. 1 oder den §§ 1004, 906 BGB mit der Folge zustand, daß der Anspruch aus § 945 ZPO entfällt.

3. Wegen der vorstehend aufgezeigten Rechtsfehler muß das Berufungsurteil auch insoweit aufgehoben werden, als über den Verdienstausfall entschieden worden ist. Insoweit ist der Rechtsstreit allerdings für eine abschließende Entscheidung durch das Revisionsgericht nicht reif, weil der Sachverhalt noch nicht genügend aufgeklärt worden ist. Deshalb wird in diesem Umfang der Rechtsstreit an das Berufungsgericht zurückverwiesen (§ 565 Abs. 1 ZPO).

Merz Henkel Winter

Schmitz Kreft