BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

IX ZR 94/03

Verkündet am:
20. Juli 2006
Preuß
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: ja
BGHR: ja

ZPO § 945; BGB §§ 249 Bb, 254 Da

a) Erweist sich eine Unterlassungsverfügung als von Anfang an ungerechtfertigt, reicht es aus, dass der die Ersatzpflichtigkeit des Verfügungsklägers auslösende Vollstreckungsdruck bei Verwirklichung des haftungsbegründenden Tatbestandes besteht; unerheblich ist, dass sich der Schaden erst später konkretisiert.

b) Der Einwand des Verfügungsklägers, der in dem Verlust einer laufenden Erwerbsmöglichkeit liegende Schaden hätte sich auch ohne Unterlassungsverfügung verwirklicht, kann eine Reserveursache darstellen, welche die Zurechnung des Schadens betrifft und vom Verfügungskläger zu beweisen ist; insoweit gilt der Beweismaßstab des § 287 ZPO.

c) Hat sich der Verfügungsbeklagte nach Verwirklichung des haftungsbegründenden Tatbestandes rechtsgeschäftlich dazu verpflichtet, den durch die einstweilige Verfügung titulierten Unterlassungsanspruch zu erfüllen, lässt dies den inneren Zusammenhang zwischen dem Vollstreckungsdruck und dem Schaden nicht entfallen. Das Schadensersatzverlangen ist in einem solchen Fall jedenfalls dann nicht treuwidrig, wenn sich der Verfügungsbeklagte Schadensersatzansprüche aus § 945 ZPO vorbehalten hat.

d) Den Verfügungsbeklagten trifft nicht deshalb ein Mitverschulden an dem Vollziehungsschaden, weil die rechtliche Zulässigkeit des die einstweilige Verfügung auslösenden Verhaltens bei Erwirken der einstweiligen Verfügung rechtlich noch nicht geklärt war (hier: Beteiligung eines Rechtsanwalts an einer Anwalts-Hotline).

BGH, Urteil vom 20. Juli 2006 - IX ZR 94/03 - OLG Karlsruhe
LG Karlsruhe

Matthias Prinz
Rechtsanwalt www.prinz.law

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 13. Juni 2006 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Fischer und die Richter Dr. Ganter, Raebel, Dr. Kayser und Cierniak

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Karlsruhe vom 26. März 2003 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten des Revisionsverfahrens - an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Der Kläger ist ein Rechtsanwalt, der seit Januar 1998 für eine "Rechtsberatungs-Hotline" tätig war. Grundlage der Zusammenarbeit zwischen den Betreibern der Hotline und dem Kläger war ein Rahmennutzungsvertrag, nach dem der Kläger Beratungszeiträume pro Tag, sogenannte Zeitscheiben, buchen konnte. Rechtsuchende, welche die Telefonnummer der Betreiber wählten, wurden - unter anderem - an den Kläger weitergeleitet. Für die Beratungstätigkeit wurde er an den von den Anrufern zu entrichtenden Telefongebühren beteiligt. Nach eigenen Angaben hat der Kläger durch diese Tätigkeit in den Monaten Januar und Februar 1998 insgesamt 333,51 € zuzüglich Umsatzsteuer eingenommen.

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

2 Auf den Antrag unter anderem des beklagten Rechtsanwalts untersagte das Landgericht München I im Wege einer dem Kläger am 14. April 1998 zugestellten einstweiligen Verfügung den Hotline-Betreibern den Betrieb der Hotline und dem Kläger die Mitwirkung hieran. Der Kläger, der gegen diesen Beschluss zunächst Widerspruch eingelegt hatte, nahm diesen am 7. Mai 1998 wieder zurück und gab am 18. Mai 1998 eine strafbewehrte Unterlassungserklärung ab. Die übernommene Unterlassungsverpflichtung war davon abhängig gemacht, dass seine Handlung vom Hauptsachegericht als rechtswidrig angesehen werden würde. Der Kläger behielt sich alle Rechte einschließlich Schadensersatz vor. Auf den Widerspruch der Betreiber der Hotline hob das Oberlandesgericht München die einstweilige Verfügung am 23. Juli 1998 diesen gegenüber auf, nachdem der Beklagte und die weiteren Antragsteller gegenüber den Betreibern der Hotline bereits am 24. Juni 1998 auf ihre Rechte verzichtet hatten. Der Kläger legte seinerseits am 17. August 1998 erneut Widerspruch gegen die einstweilige Verfügung ein. Der Beklagte nahm den Verfügungsantrag daraufhin in der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht München I am 24. September 1998 zurück.

3 Schon am 8. Mai 1998 hatten die Betreiber der Hotline den Kläger mit sofortiger Wirkung aus der Rechtsberatungs-Hotline herausgenommen, wobei sie ihm in Aussicht gestellt hatten, ihn wieder an ihrem Dienst teilnehmen zu lassen, sollte die einstweilige Verfügung aufgehoben werden. Hierzu kam es jedoch nicht.

4 Im Hauptsacheverfahren eines der Betreiber entschied der Bundesgerichtshof durch Urteil vom 26. September 2002 (I ZR 102/00, DStR 2003, 1852), dass ein Rechtsanwalt, der sich an einer Anwalts-Hotline beteiligt, damit nicht gegen berufsrechtliche Verbote verstößt, hob die Urteile der Vorinstanzen auf und wies die Klage auch des Beklagten ab.

5 Der Kläger begehrt Ersatz seines Verdienstausfallschadens für die Zeit vom 8. Mai 1998 bis zum 31. Dezember 2002 in Höhe von 155.115,45 €, Schadensersatz wegen vorzeitiger Auflösung zweier Lebensversicherungen in Höhe von 55.987,82 € sowie die Feststellung der Verpflichtung des Beklagten zum Ersatz weiterer Schäden. Die Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen. Mit der vom Senat zugelassenen Revision verfolgt der Kläger sein Begehren in vollem Umfang weiter.

Entscheidungsgründe:

6 Die zulässige Revision ist begründet; sie führt zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I.

7 Das Berufungsgericht, dessen Urteil in NJW-RR 2003, 1708 veröffentlicht ist, hat einen Schadensersatzanspruch gemäß § 945 ZPO mit der Begründung verneint, es fehle an einem erkennbaren Vollstreckungsdruck auf den Kläger. Der durch die Zustellung der einstweiligen Verfügung hervorgerufene

Vollstreckungsdruck sei durch die Unterlassungserklärung des Klägers vom 18. Mai 1998 wieder beseitigt worden. Da der Beklagte die Ausräumung der Wiederholungsgefahr schon mit Schriftsatz vom 29. April 1998 anerkannt habe, sei mit Zugang der Unterlassungserklärung des Klägers vom 18. Mai 1998 ein Unterlassungsvertrag zustande gekommen, welcher der einstweiligen Verfügung nachträglich die Grundlage entzogen habe, so dass der Kläger diese durch Widerspruch oder im Aufhebungsverfahren hätte zu Fall zu bringen können. Jedenfalls fehle es an der Kausalität zwischen dem Vollstreckungsdruck und dem Schaden. Es stehe nicht fest, dass der Kläger nach Wegfall der ihm gegenüber erlassenen einstweiligen Verfügung zur Ausübung einer Tätigkeit im Rahmen der Rechtsberatungs-Hotline in der Lage gewesen wäre. Bis zum Verzicht der Verfügungskläger vom 24. Juni 1998 gegenüber den Betreibern auf ihre Rechte aus der einstweiligen Verfügung habe der Geschäftsbetrieb eingestellt werden müssen. Anschließend hätten sich die Betreiber unabhängig von der einstweiligen Verfügung gegen eine weitere Zusammenarbeit mit dem Kläger entschieden. Schließlich treffe den Kläger ein zum Ausschluss des Schadensersatzanspruchs führendes Mitverschulden, weil er nach Abgabe der Unterlassungserklärung eine Beseitigung der einstweiligen Verfügung versäumt habe. Auch habe er nicht dargelegt, welche Anstrengungen er unternommen habe, um die aufgrund der Untersagung laufend eintretenden Schäden durch anderweitige Tätigkeiten aufzufangen.

II.

8 Diese Begründung hält der revisionsrechtlichen Nachprüfung nicht stand.

9 1. In verfahrensrechtlicher Hinsicht macht die Revision ohne Erfolg geltend, das Urteil des Berufungsgerichts sei schon deshalb aufzuheben, weil es nicht erkennen lasse, welches Ziel der Kläger mit seiner Berufung verfolgt habe.

10 a) Nach der hier anzuwendenden Vorschrift des § 540 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ZPO (n.F.) reicht für die Darstellung des erstinstanzlichen Sach- und Streitstandes die Bezugnahme auf die tatsächlichen Feststellungen des landgerichtlichen Urteils anstelle eines Tatbestandes aus. Eine solche Bezugnahme kann sich indes nicht auf die in der zweiten Instanz gestellten Berufungsanträge erstrecken. Eine Aufnahme der Berufungsanträge in das Berufungsurteil ist daher auch nach neuem Recht, welches eine weitgehende Entlastung der Berufungsgerichte bei der Urteilsabfassung bezweckt, nicht entbehrlich (BGHZ 154, 99, 100 f; 156, 97, 99; 156, 216, 218). Der Antrag des Berufungsklägers braucht zwar nicht unbedingt wörtlich wiedergegeben zu werden; aus dem Zusammenhang muss aber wenigstens sinngemäß deutlich werden, was der Berufungskläger mit seinem Rechtsmittel erstrebt hat. So kann bei einer Berufung des Klägers mit unverändertem Weiterverfolgen des erstinstanzlichen Sachantrags gegen ein klageabweisendes Urteil die Erwähnung dieser Tatsache genügen (BGHZ 154, 99, 101; BGH, Urteil vom 11. Februar 2004 - IV ZR 91/03, NJW 2004, 1390, 1391; Saenger/Wöstmann, ZPO § 540 Rn. 3).

11 b) Diesen an die Wiedergabe der Berufungsanträge zu stellenden Anforderungen wird das Berufungsurteil noch gerecht. Aus ihm ergibt sich zum einen, dass der in erster Instanz gestellte und abgewiesene Feststellungsantrag in der Berufungsinstanz weiterverfolgt wird. Gegenstand des Feststellungsantrags ist ersichtlich die Ersatzpflicht des Beklagten für den aus der Vollziehung der einstweiligen Verfügung des Landgerichts München I vom 2. April 1998 entstandenen Schaden. Aus dem Berufungsurteil ergibt sich weiter mit hinreichen-

der Deutlichkeit, dass der Kläger seine Klage in der Berufungsinstanz teilweise beziffert hat und in Höhe von 211.113,36 € zuzüglich Zinsen zur Leistungsklage übergegangen ist. Die Aufrechterhaltung des Feststellungsantrags neben dem bezifferten Leistungsantrag kann bei verständiger Würdigung nur dahin verstanden werden, dass in der Berufungsinstanz die Feststellung der Ersatzpflicht wegen der weiteren, nicht vom Leistungsantrag umfassten Schäden begehrt worden ist.

12 2. In der Sache selbst kann der auf § 945 ZPO gestützte Schadensersatzanspruch mit der gegebenen Begründung nicht verneint werden. Nach dieser Vorschrift ist die Partei, welche die Anordnung einer von Anfang an ungerechtfertigten einstweiligen Verfügung erwirkt hat, verpflichtet, dem Gegner den Schaden zu ersetzen, der ihm aus der Vollziehung der Anordnung entsteht.

13 a) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs verstößt ein Rechtsanwalt, der sich an einer Rechtsberatungs-Hotline der vorliegenden Art beteiligt, nicht ohne weiteres gegen berufsrechtliche Verbote (BGH, Urt. v. 26. September 2002 - I ZR 102/00 u.a., DStR 2003, 1852). Weder ist die Vereinbarung einer nach Gesprächsminuten berechneten Zeitvergütung generell berufswidrig noch liegt in der Beteiligung notwendig ein Verstoß gegen das Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen (§ 43a Abs. 4 BRAO), gegen das Provisionsverbot (§ 49b Abs. 3 Satz 1 BRAO) oder gegen das Verbot der Abtretung von Gebührenansprüchen (§ 49b Abs. 4 Satz 2 BRAO). Die Anordnung der Unterlassungsverfügung stellt sich daher als von Anfang an ungerechtfertigt dar.

14 b) Nach dem von dem Berufungsgericht festgestellten und von der Revisionserwiderung nicht mit Gegenrügen angegriffenen Sachverhalt hat der Beklagte den haftungsbegründenden Tatbestand des § 945 ZPO Anfang Mai 1998 vollumfänglich verwirklicht, als der Kläger nach Zustellung der einstweiligen Verfügung aus der Rechtsberatungs-Hotline herausgenommen worden ist. Zu diesem maßgeblichen Zeitpunkt bestand der notwendige Vollstreckungsdruck noch fort.

15 aa) Ein nach § 945 ZPO ersatzfähiger Vollziehungsschaden kann bereits eintreten, wenn der Verfügungskläger mit der Vollziehung lediglich begonnen hat. Bei Unterlassungsverfügungen leitet der Titelgläubiger die Vollstreckung durch die zur Wirksamkeit der Beschlussverfügung erforderliche Parteizustellung (§ 922 Abs. 2 ZPO) ein, wenn der zugestellte Titel - wie hier - die in § 890 Abs. 1 ZPO vorgesehenen Ordnungsmittel zugleich androht (BGHZ 131, 141, 143 f). In diesem Fall tritt die mögliche Schadensersatzansprüche auslösende Zwangswirkung unabhängig von einer Zuwiderhandlung des Verfügungsbeklagten ein. Der durch die Anordnung von Ordnungsmitteln durch den Verfügungskläger aufgebaute Vollstreckungsdruck stellt die innere Rechtfertigung für dessen scharfe, verschuldensunabhängige Haftung dar, wenn sich die einstweilige Verfügung als von Anfang an ungerechtfertigt erweist (BGHZ 131, 141, 144). Von diesen Grundsätzen geht das angefochtene Urteil zutreffend aus.

16 bb) Nicht zugestimmt werden kann dem Berufungsgericht dagegen in dem Punkt, dass ein nach dem 18. Mai 1998 zwischen den Parteien zustande gekommener Unterlassungsvertrag die Ersatzpflichtigkeit des Beklagten von vornherein ausschließe, weil die einstweilige Verfügung ab Vertragsschluss nur noch formalen Charakter gehabt habe und von ihr kein Vollstreckungsdruck mehr ausgegangen sei.

17 (1) Diese Begründung erweist sich schon deshalb nicht als tragfähig, weil der vom Berufungsgericht zugrunde gelegte Gesamtschaden einen Verdienstausfallschaden beinhaltet, den der Kläger aus entgangenen Beratungsgebühren ab dem 9. Mai 1998 errechnet. Zu diesem Zeitpunkt war der vom Berufungsgericht angenommene Unterlassungsvertrag, welcher der einstweiligen Verfügung den Vollstreckungsdruck genommen haben soll, noch nicht zustande gekommen.

18 (2) Im Übrigen vermischt das Berufungsgericht in unzulässiger Weise die Frage nach der Verwirklichung des haftungsbegründenden Tatbestandes mit Fragen der haftungsausfüllenden Kausalität und der Schadenszurechnung. Der haftungsbegründende Tatbestand war im Streitfall spätestens mit der unbefristeten Suspendierung der aus dem Rahmennutzungsvertrag erwachsenen Rechte des Klägers verwirklicht. Dies war nach den Feststellungen des Berufungsgerichts der Fall, als der Kläger auf Weisung des Geschäftsführers des Betreibers der Rechtsberatungs-Hotline S. mit Wirkung vom 9. Mai 1998 aus dem Beratungsdienst herausgenommen und ihm angeraten wurde, von der weiteren Buchung von Zeitscheiben abzusehen, bis die Angelegenheit abschließend geregelt sei. Damit waren dem Kläger die auf der Grundlage des Rahmennutzungsvertrages eröffneten laufenden Erwerbsmöglichkeiten schon vor Abgabe der Unterlassungserklärung und mithin unter dem erforderlichen Vollstreckungsdruck abgeschnitten worden.

19 c) Die Ausführungen des Berufungsgerichts zur haftungsausfüllenden Kausalität und zur Zurechnung erweisen sich ebenfalls als nicht tragfähig. Für die Bemessung des Schadens nach § 945 ZPO gelten die allgemeinen Grundsätze der §§ 249 ff BGB (BGHZ 96, 1, 2; 122, 172, 179; BGH, Urt. v. 23. März

2006 - IX ZR 134/04, Rn. 23, zur Veröffentlichung bestimmt). Der Schadensersatzanspruch umfasst grundsätzlich den durch die Vollziehung der einstweiligen Verfügung adäquat-kausal verursachten, unmittelbaren oder mittelbaren Schaden einschließlich des infolge des Vollzugs von Verbotsverfügungen entgangenen Gewinns des Schuldners (vgl. MünchKomm-ZPO/Heinze, 2. Aufl. § 945 Rn. 9; Wieczorek/Schütze/Thümmel, ZPO 3. Aufl. § 945 Rn. 22).

20 aa) Das Berufungsgericht verneint die haftungsausfüllende Kausalität zwischen der gegen den Kläger erwirkten einstweiligen Verfügung und der im Zeitraum vom 15. Mai 1998 bis 24. Juni 1998 entgangenen Erwerbsmöglichkeit, weil die Betreiber der Rechtsberatungs-Hotline den Geschäftsbetrieb aufgrund der gegen sie ergangenen einstweiligen Verfügung in dieser Zeit hätten einstellen müssen. Bis zum Verzicht der Verfügungskläger auf ihre Rechte aus der einstweiligen Verfügung gegen die Betreiber der Hotline am 24. Juni 1998 wäre es jenen deshalb aus Rechtsgründen nicht möglich gewesen, dem Kläger eine Tätigkeit innerhalb der Hotline anzubieten.

21 (1) Diese Auffassung verkennt die zu hypothetischen Schadensursachen und rechtmäßigem Alternativverhalten entwickelten Grundsätze. Das Berufungsgericht hat zwar nicht festgestellt, an welchem Tage die einstweilige Verfügung gegenüber den Betreibern vollzogen worden ist. Laut Urteil des Landgerichts München I vom 14. Mai 1998 hatten die Betreiber allerdings mit Schriftsatz vom 30. April 1998, bei Gericht eingegangen am 4. Mai 1998, Widerspruch eingelegt. Fest steht nach den nicht angegriffenen Ausführungen des Berufungsgerichts außerdem, dass die Hotline ihren Betrieb auf Grund der Unterlassungsverfügung gegenüber den Betreibern erst vom 15. Mai bis zum 24. Juni 1998 einstellen musste. Da die Unterlassungsverfügung gegen den Kläger mit der Parteizustellung am 14. April 1998 vollzogen und der Kläger am 8. Mai

1998 von den Betreibern der Hotline mit sofortiger Wirkung aus der Rechtsberatungshotline herausgenommen worden war, ist der behauptete Schaden des Klägers real vor der vorübergehenden Einstellung des Geschäftsbetriebs bewirkt worden.

22 (2) Im Schadensersatzrecht besteht Einigkeit darüber, dass es sich bei der so genannten hypothetischen Kausalität - ebenso wie beim Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens (BGH, Urt. v. 17. Oktober 2002 - IX ZR 3/01, NJW 2003, 295, 296) - nicht um ein Problem der Kausalität, sondern um eine Frage der Schadenszurechnung handelt. Dass der durch das haftungsbegründende Ereignis real bewirkte Schaden später durch einen anderen Umstand (die Reserveursache) ebenfalls herbeigeführt worden wäre, kann an der Kausalität der realen Ursache nichts ändern. Ob die Reserveursache beachtlich ist und zu einer Entlastung des Schädigers führt, ist eine Wertungsfrage, die für verschiedene Fallgruppen unterschiedlich beantwortet wird (BGHZ 104, 355, 359 f). Sind mehrere denkbare Verursachungsbeiträge jeweils von einer bestimmten Rechtsperson zu verantworten, ist für die Rechtsfigur der Reserveursache kein Raum (BGHZ 78, 209, 213).

23 Unabhängig von der Frage, ob man das rechtmäßige Alternativverhalten als Unterfall der hypothetischen Kausalität oder als eigenständige Fallgruppe auffasst (vgl. Lange/Schiemann, Schadensersatz, 3. Aufl., § 4 XII 1), vermag die Erwirkung der von Anfang an unrechtmäßigen einstweiligen Verfügung gegen die Betreiber auch unter diesem Gesichtspunkt die Schadenszurechnung nicht zu beeinflussen; denn die Berufung auf ein rechtswidriges Alternativverhalten ist unzulässig (OLG Köln VersR 1996, 456, 458 [Revision nicht angenommen, vgl. BGH, Beschl. v. 28. September 1995 - III ZR 202/94, BGHR BGB

§ 839 Abs. 1 Satz 1 Verschulden 29]; Palandt/Heinrichs, BGB 65. Aufl., Vorb. v. § 249 Rn. 107).

24 bb) In Bezug auf den nachfolgenden Zeitraum hat das Berufungsgericht die haftungsausfüllende Kausalität ebenfalls verneint. Der insoweit darlegungs- und beweispflichtige Kläger habe keine Anhaltspunkte dafür vorgetragen, dass die Ablehnung der weiteren Zusammenarbeit durch S. auf die Vollziehung der einstweiligen Verfügung zurückzuführen sei. Mit dieser Erwägung kann die haftungsrechtliche Einstandspflicht des Beklagten für den behaupteten Schaden nicht in Frage gestellt werden. Nach den vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen ist insbesondere der Zurechnungszusammenhang zwischen der Vollziehung der einstweiligen Verfügung und dem Verdienstausfallschaden nicht unterbrochen.

25 (1) Während die im Streitfall von dem Beklagten nicht in Zweifel gezogene Ursächlichkeit der Erwirkung der einstweiligen Verfügung für die Beendigung der Tätigkeit des Klägers bei der Rechtsberatungs-Hotline als haftungsbegründender Umstand von dem (geschädigten) Kläger zu beweisen ist, dem allerdings insoweit die Beweiserleichterungen des § 287 ZPO zugute kommen, ist der (beklagte) Schädiger dafür darlegungs- und beweispflichtig, dass der Schaden ohnehin aufgrund einer rechtlich beachtlichen Reserveursache eingetreten wäre (BGHZ 78, 209, 214; 104, 355, 359 f; BGH, Urt. v. 11. Juli 1996 - IX ZR 116/95, WM 1996, 2074, 2077). Denn nach anerkannten schadensrechtlichen Grundsätzen hat derjenige, der für den Schaden in Anspruch genommen wird, die von ihm eingewendete hypothetische Geschehenskette, soweit sie überhaupt erheblich ist, zu beweisen. Insoweit gelten ebenfalls die Beweiserleichterungen des § 287 ZPO (vgl. BGHZ 78, 209, 214; Zugehör/Fischer, Handbuch der Anwaltshaftung Rn. 1081).

26 (2) Als Reserveursache für die Beendigung der Tätigkeit des Klägers kommt hier allenfalls eine von der Unterlassungsverfügung unabhängige Kündigung von Seiten der Betreiber, nicht aber das Unterbleiben einer Wiederaufnahme in den Kreis der im Rahmen der Hotline eingesetzten Rechtsanwälte in Betracht. Der insoweit darlegungs- und beweisbelastete Beklagte behauptet nicht, die Betreiber der Rechtsberatungs-Hotline hätten dem Kläger auch ohne die einstweilige Verfügung gekündigt. Abgesehen davon liegen konkrete Anhaltspunkte für eine vom Beklagten in der Berufungserwiderung ohne Beweisantritt erwogene ungenügende Leistungserbringung des Klägers oder eine mit Spannungen behaftete Zusammenarbeit mit den Betreibern der Hotline nicht vor.

27 (3) Ist der Verfügungsbeklagte ohnehin, etwa aus bußgeldbewehrten Ordnungsvorschriften oder aus sonstigen materiellrechtlichen Gründen verpflichtet, das mit der einstweiligen Verfügung verbotene Verhalten zu unterlassen, so hat er durch die Unterlassung keinen nach § 945 ZPO zu ersetzenden Schaden erlitten (RGZ 65, 66, 68; BGHZ 15, 356, 359; 126, 368, 374 f; BGH, Urt. v. 13. April 1989 - IX ZR 148/88, NJW 1990, 122, 125; Wieczorek/Schütze/Thümmel, aaO § 945 Rn. 22).

28 Im Streitfall hat sich der Kläger am 18. Mai 1998 unter anderem gegenüber dem Beklagten materiellrechtlich verpflichtet, es zu unterlassen, für sich und die von ihm zu erbringende anwaltliche Dienstleistung in einer näher beschriebenen Weise werben zu lassen und an der unzulässigen Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten durch die Betreibergesellschaft in der Weise mitzuwirken, dass er auf die ihm vermittelten Anrufe telefonisch Rechtsrat erteile. Diese materiellrechtliche Verpflichtung ist jedoch erst infolge der Vollziehung

der Unterlassungsverfügung abgegeben worden. Sie stellt keinen "sonstigen Grund" dar, das mit der einstweiligen Verfügung verbotene Verhalten zu unterlassen und lässt den inneren Zusammenhang zwischen der erwirkten Verfügung und dem Vollziehungsschaden unberührt.

29 d) Soweit das Berufungsgericht ein die Haftung des Beklagten ausschließendes Mitverschulden des Klägers angenommen hat, kann die Entscheidung ebenfalls nicht bestehen bleiben.

30 aa) Da auf den Schadensersatzanspruch aus § 945 ZPO die allgemeinen Vorschriften der §§ 249 ff BGB anzuwenden sind, ist ein mitwirkendes Verschulden des Verfügungsbeklagten allerdings zu berücksichtigen (BGHZ 122, 172, 179; BGH, Urt. v. 23. März 2006 - IX ZR 134/04, Rn. 23, zur Veröffentlichung bestimmt).

31 (1) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH, Urt. v. 1. Dezember 1965 - Ib ZR 141/63, BB 1966, 267; v. 22. März 1990 - IX ZR 23/89, NJW 1990, 2689, 2690; zustimmend Stein/Jonas/Grunsky, ZPO 22. Aufl. § 945 Rn. 9; MünchKomm-ZPO/Heinze, aaO § 945 Rn. 14) ist ein Ausschluss oder eine Minderung des Schadensersatzanspruchs aus § 945 ZPO insbesondere dann in Betracht zu ziehen, wenn ein schuldhaftes Verhalten des Arrestbeklagten dem Arrestkläger Anlass zur Ausbringung des Arrestes gegeben hat. Im Falle einer einstweiligen Verfügung gilt Entsprechendes (vgl. BGH, Urt. v. 23. März 2006 - IX ZR 134/04, Rn. 25, zur Veröffentlichung bestimmt). Ein solcher Fall ist hier nicht gegeben. Einen Verfügungsbeklagten, der in einer rechtlichen Grauzone handelt, die sich erst im Nachhinein als rechtlich einwandfrei herausstellt, trifft kein Mitverschulden, wenn der Verfügungskläger das Handeln

vor der juristischen Klärung nicht hinnimmt und durch die Vollziehung der einstweiligen Verfügung unterbindet.

32 (2) Ohne Belang ist der vom Berufungsgericht zu Lasten des Klägers verwertete Vorwurf, im Anschluss an die Unterlassungserklärung die formal fortbestehende Unterlassungsverfügung nicht beseitigt zu haben. Im Rahmen des § 254 BGB kann ein Umstand nur dann berücksichtigt werden, wenn er sich ursächlich auf die Entstehung des Schadens ausgewirkt hat (vgl. BGH, Urt. v. 27. Juni 2000 - VI ZR 126/99, NJW 2000, 3069, 3071). Der Kläger konnte jedoch - wie die Revision zutreffend bemerkt - den Schaden durch die Beseitigung der Unterlassungsverfügung nicht beheben, weil er infolge der strafbewehrten Unterlassungserklärung bis zur Entscheidung in der Hauptsache weiterhin zur Unterlassung verpflichtet war.

33 bb) Wie die Revision mit Recht rügt, lässt sich ein haftungsausschließendes Mitverschulden schließlich nicht damit rechtfertigen, der Kläger habe nicht dargelegt, welche Anstrengungen er unternommen habe, um die Verluste aus der untersagten Mitwirkung an der Rechtsberatungs-Hotline durch anderweitige Tätigkeiten aufzufangen.

34 (1) Allerdings obliegt es dem Verletzten im Verhältnis zum Schädiger, seine verbliebene Arbeitskraft in den Grenzen des Zumutbaren so nutzbringend wie möglich zu verwerten (BGH, Urt. v. 5. Dezember 1995 - VI ZR 398/94, NJW 1996, 652, 653). Die Behauptungs- und Beweislast für die zur Anwendung des § 254 BGB führenden Umstände trägt grundsätzlich der Schädiger, der damit seine Ersatzpflicht mindern oder beseitigen will. Indessen darf dem Schädiger nichts Unmögliches angesonnen werden. Er kann namentlich beanspruchen, dass der Geschädigte an der Beweisführung mitwirkt, soweit es sich um Um-

stände aus seiner Sphäre handelt (BGHZ 91, 243, 260; BGH, Urt. v. 29. September 1998 - VI ZR 296/97, NJW 1998, 3706, 3707). Insbesondere ist es bei einem Streit über die Frage, ob er eine andere zumutbare Arbeit hätte finden können, Sache des Geschädigten, darzulegen, welche Arbeitsmöglichkeiten für ihn zumutbar und durchführbar seien und was er bereits unternommen habe, um einen entsprechende Tätigkeit zu finden. Muss somit zwar der Schädiger die Voraussetzungen seines Einwandes aus § 254 Abs. 2 BGB beweisen, so ändert das nichts daran, dass der Verletzte zunächst seiner Darlegungslast genügen muss. Dazu wird er in der Regel, wenn er arbeitsfähig oder teilarbeitsfähig ist, den Schädiger darüber zu unterrichten haben, welche Arbeitsmöglichkeiten ihm zumutbar und durchführbar erscheinen, und was er bereits unternommen hat, um eine angemessene Tätigkeit zu erhalten. Demgegenüber ist es Sache des Schädigers zu behaupten und zu beweisen, dass der Geschädigte entgegen seiner Darstellung in einem konkret bezeichneten Fall ihm zumutbare Arbeit hätte aufnehmen können (BGH, Urt. v. 23. Januar 1979 - VI ZR 103/78, NJW 1979, 2142 f). Maßgeblich für die Zumutbarkeit sind die Umstände des Einzelfalls wie die Art der bisher ausgeübten Tätigkeit, Alter und Vorbildung des Geschädigten oder Schwierigkeiten beim Finden einer neuen Stelle (MünchKomm/Oetker, BGB 4. Aufl., § 254 Rn. 84).

35 (2) Bei Anwendung dieser Grundsätze durfte das Berufungsgericht zumindest nicht für den gesamten Zeitraum seit Vollziehung der einstweiligen Verfügung annehmen, der Kläger habe seiner Darlegungslast nicht genügt. Dieser hat im Einzelnen vorgetragen, dass er in der Wohnung, die zugleich als Anwaltskanzlei gewerblich genutzt werde, seine krebskranke, pflegebedürftige, am 31. Dezember 2000 verstorbene Ehefrau rund um die Uhr hätte betreuen müssen. In Anbetracht dessen konnte dem Kläger bis zum Tode seiner Ehefrau

nicht angesonnen werden, nach Vollziehung der Unterlassungsverfügung eine forensische Tätigkeit aufzunehmen.

36 Weiter hat der Kläger unter Vorlage des Schriftverkehrs mit den Betreibern dargelegt, seine Bemühungen um Wiederaufnahme in die Rechtsberatungs-Hotline seien erfolglos geblieben, weil für Rechtsanwälte die sich nicht schon - wie er - Anfang 1998 durch Voranmeldung Zeitscheiben hätten reservieren lassen, keine Kapazitäten mehr verfügbar gewesen seien. Darüber hinaus gehende Bemühungen konnten dem Kläger ohnehin nicht abverlangt werden. Aufgrund seiner Erklärung vom 18. Mai 1998 und später aufgrund des im Hauptsacheverfahren geschlossenen gerichtlichen Vergleichs vom 23. März 2000 war der Kläger weiterhin verpflichtet, eine Mitwirkung an der hier interessierenden Hotline zu unterlassen. Im Falle einer Bewerbung bei anderen Betreibern musste er gewärtigen, dass die Antragsteller auch insoweit - konsequent - eine einstweilige Verfügung gegen ihn erwirken würden.

37 Soweit die Revisionserwiderung - ohne Nennung eines Beispiels - eine sonstige anwaltliche Tätigkeit, die zeitlich flexibel zu handhaben gewesen wäre, für zumutbar hält, ist eine solche Beschäftigung für einen über keine Zusatzqualifikation verfügenden Einzelanwalt, der seine Ehefrau häuslich zu pflegen und zu betreuen hat, nicht aussichtsreich.

38 (3) Allerdings war der Kläger nach dem Tode seiner Ehefrau am 31. Dezember 2000 an der Aufnahme einer normalen anwaltlichen Tätigkeit nicht mehr gehindert. Welche Bemühungen er insoweit entfaltet hat, hat er nicht dargelegt. Auch der Beklagte hat diese Frage offenbar nicht gesehen. Da das Berufungsgericht die Parteien auf diesen von Amts wegen zu berücksichtigenden Gesichtspunkt (vgl. BGH, Urt. v. 26. Juni 1990 - X ZR 19/89, NJW 1991,

166, 167) nicht gemäß § 139 Abs. 1 bis 3 ZPO hingewiesen hat, durfte das Berufungsgericht die Klageabweisung hierauf nicht stützen.

39 cc) Die am 18. Mai 1998 abgegebene Unterlassungserklärung begründet kein Mitverschulden des Klägers.

40 (1) Wer nach Vollziehung der Unterlassungsverfügung eine Unterlassungserklärung abgibt, verstößt mit der Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen ab diesem Zeitpunkt nicht gegen den Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB). Der Auffassung, die hierin ein treuwidriges widersprüchliches Verhalten (venire contra factum proprium) erblicken will (OLG Frankfurt a.M. OLGReport 1998, 228, 229), kann nicht gefolgt werden. Die Vorschrift des § 945 ZPO beruht ebenso wie § 717 Abs. 2, 3, § 302 Abs. 4 S. 3, § 600 Abs. 2, § 641g ZPO und § 1065 Abs. 2 S. 2 ZPO auf dem allgemeinen Rechtsgedanken, dass die Vollstreckung aus einem noch nicht endgültigen Titel auf Gefahr des Gläubigers erfolgt (Walker in Schuschke/Walker, Vollstreckung und Vorläufiger Rechtsschutz, Bd. II, 3. Aufl., ZPO § 945 Rn. 2). Der Schuldner wird nicht zum Ungehorsam gegenüber dem Unterlassungsgebot gezwungen, um einen Anspruch nach § 945 ZPO zu erlangen; denn die für die Vollziehung ausreichende Zwangswirkung und damit die Voraussetzung für einen Schadensersatzanspruch des Verfügungsbeklagten tritt unabhängig von einer Zuwiderhandlung bereits mit der Androhung von Ordnungsmitteln ein (BGHZ 131, 141, 143 f).

41 (2) Überdies hat sich der Kläger in der Unterlassungserklärung vom 18. Mai 1998 ausdrücklich alle Rechte einschließlich der Geltendmachung von Schadensersatz vorbehalten. Das steht nicht im Widerspruch zu einer anspruchsvernichtenden Wirkung der Unterlassungserklärung. Ein Schadenser-

satzanspruch gemäß § 945 ZPO setzt, soweit hier von Interesse, eine von Anfang an ungerechtfertigte Anordnung voraus. Mithin wird durch die Unterlassungserklärung weder ein Schadensersatzanspruch erst begründet noch verbessert sich die Rechtslage für den Gläubiger, der eine von Anfang an ungerechtfertigte Anordnung erwirkt hat. Deshalb kann dem Kläger die Geltendmachung eines Schadensersatzanspruchs auch nicht mit der Begründung verwehrt werden, er habe dem titulierten Anspruch durch seine Unterlassungserklärung selbst die gesetzliche Grundlage entzogen.

III.

42 Das angefochtene Urteil stellt sich nicht aus anderen Gründen als richtig dar (§ 561 ZPO); es ist aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO).

43 1. Entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung hat der Kläger durch den am 23. März 2000 im Hauptsacheverfahren vor dem Oberlandesgericht München abgeschlossenen Vergleich nicht auf Schadensersatzansprüche gegen den Beklagten verzichtet.

44 a) Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs muss insbesondere bei Erklärungen, die als Verzicht, Erlass oder in ähnlicher Weise rechtsvernichtend gewertet werden sollen, das Gebot einer interessengerechten Auslegung beachtet werden. Hierbei haben die der Erklärung zugrunde liegenden Umstände besondere Bedeutung. Wenn feststeht oder davon auszugehen ist, dass eine Forderung entstanden ist, verbietet dieser Umstand im Allgemeinen die Annahme, der Gläubiger habe sein Recht einfach wieder aufgegeben. Das bildet in solchen Fällen die Ausnahme. Selbst bei eindeutig er-

scheinender Erklärung des Gläubigers darf ein Verzicht deshalb nicht angenommen werden, ohne dass bei der Feststellung zum erklärten Vertragswillen sämtliche Begleitumstände berücksichtigt worden sind (BGH, Urt. v. 15. Januar 2002 - X ZR 91/00, WM 2002, 822, 824 m.w.N.).

45 b) Der Vergleich vom 23. März 2000 bezieht sich seinem Wortlaut nach allein auf das Hauptsacheverfahren wegen Unterlassung der Mitwirkung an der Rechtsberatungs-Hotline und enthält keinen Anhaltspunkt für einen Verzicht auf Schadensersatzansprüche. Auch wenn der Kläger sich darin im Unterschied zur Unterlassungserklärung vom 18. Mai 1998 Schadensersatzansprüche nicht ausdrücklich vorbehielt, kann das Fehlen eines erneuten Vorbehalts nach dem in der Revisionsinstanz maßgeblichen Sachverhalt nicht im Sinne eines Verzichts gewertet werden. Nachdem die einstweilige Verfügung gegenüber den Betreibern bereits durch das Urteil des Oberlandesgerichts München vom 23. Juli 1998 (NJW 1999, 150) aufgehoben worden war, hatte der Beklagte für die Antragsteller im einstweiligen Verfügungsverfahren gegen den Kläger am 24. September 1998 erklärt, er verzichte auf die Rechte aus der Unterlassungsverfügung, was das Landgericht München I als Antragsrücknahme gewertet hatte. Daraufhin hat der Kläger bereits am 28. September 1998 die Schadensersatzklage gegen den Beklagten eingereicht. Der Vergleichsvorschlag im Schreiben der Prozessbevollmächtigten der Antragsteller vom 22. März 2000 sah neben der Unterlassungserklärung einen Verzicht des Klägers auf die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen "im Hinblick auf den streitgegenständlichen Sachverhalt" und eine Verpflichtung zur Beendigung des vorliegenden Rechtsstreits - dessen Kosten gegeneinander aufgehoben werden sollten - durch Klagerücknahme vor. Der Prozessbevollmächtigte des Klägers bestätigte mit Schreiben vom gleichen Tage unter Bezugnahme auf ein Telefonat den Vergleichsvorschlag, wobei lediglich die Unterlassungserklärung mit Kos-

tenfolge noch protokolliert und der Verzicht und die Verpflichtung zur Beendigung des vorliegenden Rechtsstreits nicht Gegenstand sein sollten. Da der damalige Prozessbevollmächtigte des Klägers gegenüber dem seinerzeitigen Prozessbevollmächtigten des Beklagten überdies die Streichung des im Vergleichsvorschlag vorgesehenen Verzichts mit dem Fehlen eines Mandats für das Schadensersatzverfahren erklärt hatte, verbleibt für die Auslegung als Verzicht kein Raum.

46 2. Da die Sache nicht zur Endentscheidung reif ist, ist sie an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Das Berufungsgericht wird, nachdem die Parteien Gelegenheit erhalten haben, ihren Vortrag an den rechtlichen Vorgaben des Senats zum Mitverschulden auszurichten, die

dann gegebenenfalls erforderlichen Feststellungen zu treffen und die das Vorliegen eines Schadens betreffenden Einwände des Beklagten zu berücksichtigen haben.

Fischer Ganter Raebel

Kayser Cierniak

Vorinstanzen:
LG Karlsruhe, Entscheidung vom 07.06.2002 - 4 O 137/02 -
OLG Karlsruhe, Entscheidung vom 26.03.2003 - 6 U 181/02 -