

Bundesgerichtshof
IM NAMEN DES VOLKES
URTEIL

§§ 929 Abs. 2, 928, 936 ZPO

- 1. Eine einstweilige Verfügung wird nicht bereits durch eine von Amts wegen vorgenommene Zustellung vollzogen. Ebensowenig reicht eine mündliche Leistungsaufforderung des Antragstellers unter Bezugnahme auf den vorläufigen Titel.**
- 2. Hat der Antragsgegner eine auf Unterlassung gerichtete einstweilige Verfügung erfüllt, ohne daß eine Strafandrohung gemäß ZPO § 890 Abs 2 ergangen war, kommt ein Anspruch aus ZPO § 945 (nach Aufhebung der einstweiligen Verfügung) nicht in Betracht.**
- 3. Das Vorstehende gilt entsprechend für die einstweilige Anordnung nach VwGO § 123.**

BGH, Urteil vom 22.10.1992; Az.: IX ZR 36/92

Tatbestand:

Die Beklagte, die ein Bauunternehmen betreibt, ist mit ihrem Gewerbebetrieb Anliegerin der I.-Straße in der klagenden Stadtgemeinde. Im Zuge von Maßnahmen zur Verkehrsberuhigung wollte die Klägerin die Breite der I.-Straße auf fünf Meter verringern und die Kreuzungsbereiche aufpflastern. Die Beklagte befürchtete dadurch Schwierigkeiten für die Zufahrt zu ihrem Betriebsgrundstück. Als die Klägerin mit dem Umbau begann, erwirkte die Beklagte am 21. April 1988 beim Verwaltungsgericht im Beschlußwege eine einstweilige Anordnung, mit der der Klägerin aufgegeben wurde, die Bauarbeiten an der I.-Straße einzustellen. Eine Strafandrohung enthielt der Beschluß nicht. Die einstweilige Anordnung wurde nach der Behauptung der Beklagten der Klägerin am 22. April 1988, einem Freitag, von Amts wegen zugestellt. Später wurde die einstweilige Anordnung auf den Straßenabschnitt beschränkt, an dem das Betriebsgrundstück der Beklagten liegt.

Mit Schreiben vom 25. April 1988 (Montag) bat die Klägerin das mit der Durchführung der Arbeiten beauftragte Straßenbauunternehmen unter Hinweis auf die gegen sie ergangene einstweilige Anordnung, die Arbeiten einzustellen. So geschah es.

Die einstweilige Anordnung wurde später aufgehoben und der dahingehende Antrag abgelehnt. Eine von der Beklagten erhobene Klage zur Hauptsache wurde abgewiesen. In beiden Fällen gründete das Verwaltungsgericht seine Entscheidung

darauf, daß die Beklagte keinen Anspruch auf einen Ausbau der I.-Straße in einer bestimmten Art und Weise habe. Von der Beklagten eingelegte Rechtsmittel hatten keinen Erfolg.

Für die zwischenzeitlich wiederaufgenommenen und abgeschlossenen Straßenbauarbeiten hat die Klägerin Mehrkosten in Höhe von 23.195,91 DM aufgewendet, die nach ihrer Behauptung auf das vorübergehende Ruhen der Arbeiten infolge der einstweiligen Anordnung zurückzuführen sind. Diesen Betrag macht sie mit ihrer Klage als Schadensersatz nach § 123 Abs. 3 VwGO i. V. m. § 945 ZPO geltend. Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Das Oberlandesgericht hat die Verurteilung der Beklagten der Höhe nach eingeschränkt, im übrigen die Berufung der Beklagten zurückgewiesen und die Revision zugelassen.

Mit ihren Rechtsmitteln begehren die Klägerin die Verurteilung der Beklagten wegen des abgewiesenen Betrages, die Beklagte die vollständige Klageabweisung.

Entscheidungsgründe:

A.

Gemäß § 17 a Abs. 5 GVG in der Fassung des Gesetzes zur Neuregelung des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens (Viertes Gesetz zur Änderung der Verwaltungsgerichtsordnung - 4. VwGOÄndG) vom 17. Dezember 1990 (BGBl Teil I S. 2809, 2817) ist die Zulässigkeit des beschrifteten Rechtsweges in der Revisionsinstanz nicht mehr zu prüfen.

B.

Die Revision der Beklagten führt zur Aufhebung und Klageabweisung.

I.

Das Berufungsgericht hat einen Schadensersatzanspruch aus § 123 Abs. 3 VwGO i. V. m. § 945 ZPO mit folgenden Erwägungen bejaht:

Der Klägerin sei durch die einstweilige Anordnung nicht etwa ein Unterlassen, sondern eine bestimmte Handlung aufgegeben worden. Für die Vollziehung eines solchen Gebotes könne nicht an die Parteizustellung angeknüpft werden, weil die Zustellungen im verwaltungsgerichtlichen Verfahren von Amts wegen erfolgten, und auch nicht an einen Antrag nach § 172 VwGO, weil die Verwaltungsbehörden die einstweiligen Anordnungen in aller Regel freiwillig, ohne daß es einer Zwangsvollstreckung bedürfe, befolgten. Um die Verweisung auf § 945 ZPO in § 123

Abs. 3 VwGO nicht leerlaufen zu lassen, müsse die zuerst genannte Bestimmung dahin ausgelegt werden, daß eine verwaltungsgerichtliche einstweilige Anordnung durch die von Amts wegen bewirkte Zustellung vollzogen werde.

II.

Dagegen wendet sich die Revision der Beklagten mit Erfolg.

1. Das Berufungsgericht hat einen Vollziehungsschaden im Sinne von § 123 Abs. 3 VwGO i. V. m. § 945 ZPO zu Unrecht bejaht.

a) Gemäß § 945 ZPO ist die Partei, welche die Anordnung einer einstweiligen Verfügung erwirkt hat, die sich als von Anfang an ungerechtfertigt erweist, verpflichtet, dem Gegner den 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. § 123 Abs. 3 VwGO erklärt diese Bestimmung für entsprechend anwendbar, falls ein Verwaltungsgericht eine einstweilige Anordnung getroffen hat.

Im vorliegenden Fall hat die Klägerin keine Sicherheit geleistet, um die Vollziehung abzuwenden oder die Aufhebung der angeordneten Maßregel zu erwirken. Es kommt deshalb allein ein Schaden durch deren Vollziehung oder ein der Vollziehung gleichstehendes Verhalten in Betracht.

b) Ob die angeordnete Maßregel vollzogen worden ist, entscheidet sich zunächst einmal danach, welchen Inhalt die Maßregel gehabt hat (Zöller/Vollkommer, ZPO 17. Aufl. § 928 Rdnr. 8; Rosenberg/Gaul/Schilken, Zwangsvollstreckungsrecht 10. Aufl. § 79 II 2; Brox/Walker, Zwangsvollstreckungsrecht 3. Aufl. Rdnr. 1655; Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche 6. Aufl. Kap. 55 Rdnr. 391).

Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts ist der Klägerin durch die einstweilige Anordnung keine "bestimmte Handlung", sondern ein Unterlassen aufgegeben worden. Die "Stilllegung von Straßenbauarbeiten" ist keine selbständige positive Handlung; sie beschreibt nur eine Tätigkeit, die zur Befolgung einer Unterlassungspflicht entfaltet werden muß.

Es ist anerkannten Rechts, daß sich die Unterlassungsverpflichtung nicht im bloßen Nichtstun erschöpft. Sie umfaßt vielmehr auch die Vornahme von Handlungen zur Beseitigung eines zuvor geschaffenen Störungszustandes, wenn allein dadurch dem Unterlassungsgebot Folge geleistet werden kann (Rosenberg/Gaul/Schilken, aaO § 73 I; Brox/Walker, aaO Rdnr. 1093; Baumbach/Hefermehl, UWG 16. Aufl. Einl. Rdnr. 581; Teplitzky, aaO Kap. 1 Rdnr.

8 u. Kap. 57 Rdnr. 1; Gloy/Spätgens, Handbuch des Wettbewerbsrechts 1986, § 95 Rdnr. 2; Ahrens/Spätgens, Aktueller Rechtsschutz und Vollstreckung in UWG-Sachen 2. Aufl. S. 188 f; Jauernig NJW 1973, 1671, 1673; Lindacher GRUR 1985, 523, 525). Der Beklagten ging es darum, daß der von der klagenden Stadtgemeinde geplante Ausbau der Straße unterblieb. Die wesentliche Leistungspflicht der Klägerin war daher ein Unterlassen. Die Anweisung an das mit der Durchführung der Straßenbauarbeiten beauftragte Bauunternehmen, mit den Arbeiten innezuhalten, war demgegenüber lediglich eine den Typus der Leistungspflicht nicht bestimmende Nebenpflicht (vgl. MünchKomm/Kramer, BGB 2. Aufl. § 241 Rdnr. 15; Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts Bd. I Allgemeiner Teil 14. Aufl. § 2 I; Esser/Schmidt, Schuldrecht Allgemeiner Teil 6. Aufl. § 6 III).

c) Auch Unterlassungsgebote sind der Vollziehung fähig.

Was Vollziehung ist, läßt das Gesetz offen. In § 928 ZPO ist nur bestimmt, daß auf die Vollziehung des Arrestes die Vorschriften über die Zwangsvollstreckung entsprechend anzuwenden sind, soweit die nachfolgenden Paragraphen keine abweichenden Vorschriften enthalten. Gemäß § 936 ZPO gilt das für die einstweilige Verfügung entsprechend. Es liegt deshalb nahe, daß das Gesetz unter Vollziehung die Zwangsvollstreckung des Arrests und der einstweiligen Verfügung versteht, wobei die Vorschriften über die Zwangsvollstreckung deshalb "nur" entsprechend angewendet werden sollen, weil Arrest- und Verfügungsgläubiger im Regelfall lediglich Sicherung, aber nicht Befriedigung verlangen können (Zöller/Vollkommer, aaO § 928 Rdnr. 1, vor § 916 Rdnr. 1; Jauernig, Zwangsvollstreckungs- und Konkursrecht 19. Aufl. § 36 I; Baumann/Brehm, Zwangsvollstreckung 2. Aufl. § 15 II 3, § 16 III; Bruns/Peters, Zwangsvollstreckungsrecht 3. Aufl. § 49 V; Borck WRP 1977, 556; derselbe MDR 1983, 180, 181 - den Begriff der Vollziehung fassen weiter OLG Hamm MDR 1982, 763; Baumbach/Lauterbach/Hartmann, ZPO 50. Aufl. Grundzüge § 916 Anm. 4).

Zwar lassen sich Unterlassungsgebote nicht durch unmittelbaren Zwang durchsetzen. Die Anordnungen können nur durch Wohlverhalten erfüllt oder durch Nichtbeachtung verletzt werden. Deshalb hat das Reichsgericht gesagt, ein solcher Richterspruch "vollstrecke sich selbst" (RGZ 40, 383, 384). Dabei wird aber durch mittelbaren Zwang "nachgeholfen" (§ 890 Abs. 1 ZPO). Durch Verhängung von Ordnungsmitteln nach einer Zuwiderhandlung wird diese geahndet und zugleich versucht, künftiges Wohlverhalten zu erzwingen. Indem er mittelbaren Zwang anwendet, macht der Antragsteller - wie das Reichsgericht in einer späteren Entscheidung (RGZ 51, 129, 132) klargestellt hat - von dem Titel Gebrauch und bringt damit zum Ausdruck, daß er eine Nichtbeachtung nicht hinnehmen wird. Dieses Verständnis von der Vollziehung ist bereits in den Motiven angelegt (vgl. dazu Hahn/Stegemann, Die gesamten Materialien zur Civilprozeßordnung und dem Einführungsgesetz zu derselben vom 30. Januar 1877 2. Aufl. S. 476).

d) Entgegen der Meinung des Berufungsgerichts, das damit allerdings nicht allein steht (vgl. OLG Celle NJW- RR 1990, 1088; OLG Koblenz FamRZ 1991, 589; Lidle

GRUR 1978, 93, 95; Castendiek WRP 1979, 527; Zöller/Vollkommer, aaO § 929 Rdnr. 12), kann die von Amts wegen vorgenommene Zustellung der einstweiligen Verfügung auch nicht ausnahmsweise als Vollziehung gewertet werden.

aa) Im zivilprozessualen Bereich werden Beschlüßverfügungen dem Antragsgegner, wie sich aus §§ 936, 922 Abs. 2 ZPO ergibt, im Parteibetrieb zugestellt. Damit werden sie wirksam. Normalerweise stellt die nach § 922 Abs. 2 ZPO gebotene Wirksamkeitszustellung zugleich die Vollziehungszustellung im Sinne des § 929 Abs. 2 ZPO dar (BGH, Urt. v. 6. Dezember 1984 - III ZR 141/83, VersR 1985, 358, 359; Stein/Jonas/Grunsky, ZPO 20. Aufl. § 938 Rdnr. 30; Zöller/Vollkommer, aaO § 929 Rdnr. 13; Baur/Stürner, Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht 11. Aufl. S. 370; Baumbach/Hefermehl, aaO § 25 UWG Rdnr. 56; Teplitzky, aaO Kap. 36 Rdnr. 39 und Kap. 55 Rdnr. 42; Gloy/Spätgens, aaO § 86 Rdnr. 4, 7; Pastor, Wettbewerbsprozeß S. 429 f; Nirk/Kurtze, Wettbewerbsstreitigkeiten 2. Aufl. Rdnr. 336, 391; Schmidt-v. Rhein NJW 1976, 792; Bork WRP 1989, 360, 363; Ulrich WRP 1991, 361, 362). Anders ist es jedoch, wenn - wie im Verwaltungsprozeß (vgl. § 56 Abs. 1 i. V. m. §§ 123 Abs. 2 Satz 3, 80 Abs. 8 VwGO) - solche Beschlüß-"Verfügungen" von Amts wegen zugestellt werden. Hier bleibt der Zustellung die Funktion, das Unterlassungsgebot dem Gegner gegenüber wirksam werden zu lassen (und die Vollstreckungsvoraussetzung nach § 750 Abs. 1 ZPO zu schaffen); damit ist aber noch nichts darüber gesagt, ob die Amtszustellung auch die Vollziehung bewirkt.

bb) Allerdings hat der Senat bereits ausgesprochen, daß (entgegen Pastor, Wettbewerbsprozeß S. 432) die wirksame Vollziehung einer durch Urteil ergangenen - und somit ebenfalls von Amts wegen zugestellten (§ 317 Abs. 1 Satz 1 ZPO) - Unterlassungsverfügung auch anders als durch Zustellung im Parteibetrieb denkbar ist (BGH, Urt. v. 13. April 1989 - IX ZR 148/88, WM 1989, 927, 929 = NJW 1990, 122 - vgl. dazu Altmeyen WM 1989, 1157; derselbe WuB VII A. § 945 ZPO 1.89). Das muß dann auch für die Beschlüßverfügung gelten.

Die Amtszustellung scheidet indessen aus mehrfachen Gründen als Vollziehungsmittel aus.

Zum einen ist die Amtszustellung Wirksamkeitserfordernis der nicht verkündeten einstweiligen Verfügung und kann deshalb nicht zugleich zu deren Vollziehung dienen (vgl. Borck MDR 1983, 180, 183). Zum zweiten fehlt der Amtszustellung - eben weil sie vom Gericht veranlaßt wird - das "spezifisch vollstreckungsrechtliche Element", daß der Gläubiger tätig wird und seinen Willen kundgibt, von dem Titel Gebrauch zu machen (OLG München NJW-RR 1989, 180; Stein/Jonas/Grunsky, aaO § 929 Rdnr. 21; Thomas/Putzo, ZPO 17. Aufl. § 936 Anm. 3; Baumann/Brehm, aaO § 16 III 3 Fußn. 63; Jauernig, aaO § 37 V 2; Pastor, Wettbewerbsprozeß S. 432; Teplitzky aaO Kap. 55 Rdnr. 41; Bischof NJW 1980, 2235, 2236; Ulrich GRUR 1982, 14, 20; derselbe WRP 1991, 361, 364; Bork WRP 1989, 360, 365). Der Gesetzgeber wollte die Vollziehung dem Betreiben des Gläubigers überlassen (Hahn/Stegemann, aaO). Der durch die

Vereinfachungsnovelle vom 3. Dezember 1976 eingeführten Amtszustellung ist, wie sich aus der Entstehungsgeschichte ergibt, keineswegs die Aufgabe zugeordnet worden, die Vollstreckung aus dem zuzustellenden Titel einzuleiten und dem Gläubiger insofern - anders als bisher - die Herrschaft über das Vollstreckungsverfahren aus der Hand zu nehmen. Vielmehr sollte dem Gericht lediglich die Kontrolle über die Rechtsmittelfristen und den Zeitpunkt der Rechtskraft erleichtert werden. Die Möglichkeit, das Urteil "für Zwecke der Zwangsvollstreckung" im Parteibetrieb zustellen zu lassen, sollte unangetastet bleiben (Bundestagsdrucks. 7/2729 S. 43 f; vgl. auch den Bericht der Kommission für das Zivilprozeßrecht, herausgegeben vom Bundesminister der Justiz 1977 S. 105 f; dazu: Borck WRP 1977, 556, 560; Altmeyen WM 1989, 1157, 1159 f). Schließlich muß die Amtszustellung auch nicht deshalb als Vollziehungsmaßnahme anerkannt werden, weil andernfalls ein "Wertungswiderspruch" aufträte. Ein solcher Widerspruch liegt nicht darin, daß der Antragsgegner jedenfalls seit der Amtszustellung das Urteil/den Beschluß beachten muß, der Antragsteller hingegen vor Schadensersatzansprüchen geschützt ist, wenn die Amtszustellung nicht als Vollziehung gilt (a.A. Castendiek WRP 1979, 527; Weber Betrieb 1981, 877, 878; ähnlich OLG Hamburg WRP 1980, 341, 342 und OLG Stuttgart WRP 1981, 291, 292). Richtig ist zwar, daß die Schadensersatzpflicht aus § 945 ZPO nicht später einsetzen darf als die strafbewehrte Verbindlichkeit des Unterlassungsgebots für den Antragsgegner. Sobald dieser sich - zur Vermeidung sonst drohender Vollstreckungsmaßnahmen - nach dem Gebot zu richten hat, muß er auch nach § 945 ZPO geschützt sein (OLG Hamburg WRP 1980, 341, 342; Teplitzky, aaO Kap. 36 Rdnr. 42; Ahrens/Spätgens, aaO S. 217 f; Borck WRP 1977, 556, 560; Altmeyen WM 1989, 1157 ff; derselbe WuB VII A. § 945 ZPO 1.89; Bork WRP 1989, 360, 365; Ulrich WRP 1991, 361). Aus der Sicht des Antragstellers ist das Risiko, Schadensersatz nach § 945 ZPO leisten zu müssen, der Preis für die Möglichkeit, schon aufgrund nur vorläufiger, noch dazu in einem summarischen Verfahren gewonnener Erkenntnisse vollstrecken zu können (BGHZ 54, 76, 80 f; 62, 7, 9; 95, 10, 14; 96, 1, 3; BGH, Urt. v. 13. April 1989 - IX ZR 148/88, aaO S. 930; v. 22. März 1990 - IX ZR 23/89, NJW 1990, 2689, 2690; v. 26. März 1992 - IX ZR 108/91, WM 1992, 1191, 1192). Das folgt aus der Entstehungsgeschichte, insbesondere aus dem Zusammenhang mit den gleichzeitig in Kraft getretenen Vorschriften der §§ 302 Abs. 4 Satz 3, 600 Abs. 2 und 717 Abs. 2 ZPO, die allesamt unter dem Gesichtspunkt der Veranlasserhaftung eingeführt wurden (vgl. Hahn/Mugdan, Die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen Bd. 8 S. 102, 107 f, 135, 173). Es ist indessen kein Wertungswiderspruch, wenn der Antragsgegner das Unterlassungsangebot beachten muß, die Erfüllung aber keine Ersatzpflicht der Gegenseite auslöst, weil ein Verstoß sanktionslos geblieben wäre.

e) Nach einer verbreiteten Auffassung kann bei Unterlassungsverfügungen - wie bei allen Leistungsverfügungen - von dem Erfordernis der Vollziehung überhaupt abgesehen und Schadensersatz schon dann zugesprochen werden, wenn der Antragsgegner dem durch Verkündung oder Amtszustellung wirksam gewordenen Unterlassungsgebot freiwillig nachkommt. Begründet wird dieses Ergebnis - unter anderem - mit einer erweiternden Auslegung des § 945 ZPO in Anlehnung an § 717 Abs. 2 ZPO. Wenn hier Schäden, die "durch eine zur Abwendung der Vollstreckung gemachte Leistung entstanden sind", ersetzt werden müßten, könne dort nichts anderes gelten, zumal die Vollziehung einer Leistungsverfügung nicht durch Sicherheitsleistung abgewendet werden könne (BGH, Urt. v. 4. Dezember 1973 - VI

ZR 213/71, NJW 1974, 642, 644, insofern in BGHZ 62, 7 nicht abgedr.; OLG Frankfurt JW 1928, 752; OLG Koblenz WRP 1980, 948, 949; OLG Stuttgart WRP 1981, 291, 292; LG München NJW 1961, 1631, 1632; Stein/Jonas/Münzberg, aaO § 890 Rdnr. 20; Stein/Jonas/Grunsky, aaO § 945 Rdnr. 4, 7; Wieczorek/Schütze, ZPO 2. Aufl. § 945 Rdnr. B III; Zöllner/Vollkommer, aaO § 945 Rdnr. 14; Thomas/Putzo, aaO § 945 Anm. 1 b; AK-ZPO/Damm, § 945 Rdnr. 6; A. Blomeyer, Zivilprozeßrecht 2. Aufl. S. 703; Baumann/Brehm, aaO § 15 II 2 e; Brox/Walker, aaO Rdnr. 1670; Rosenberg/Gaul/Schilken, aaO § 80 II; Baumbach/Hefermehl, aaO § 25 UWG Rdnr. 106, 110; Pastor, Das wettbewerbsrechtliche Unterlassungs- und Schadensersatzrecht 4. Aufl. S. 287; Teplitzky, aaO Kap. 36 Rdnr. 42; Dunkl, Handbuch des vorläufigen Rechtsschutzes 2. Aufl. A 452, 461; Baur, Studien zum einstweiligen Rechtsschutz 1967 S. 108; Stolz, Einstweiliger Rechtsschutz und Schadensersatzrecht 1989 S. 102; Weber, Betrieb 1981, 877, 878; Huba JuS 1990, 983, 990; Ulrich WRP 1991, 361, 363). Die Gegenmeinung fordert demgegenüber, daß der Antragsteller mit der Vollziehung zumindest begonnen haben müsse (Jauernig, aaO § 37 V 2; Schuschke, Vollstreckung und vorläufiger Rechtsschutz Bd. I 1992 § 717 ZPO Rdnr. 10; Gloy/Spätgens, aaO § 95 Rdnr. 44; Ahrens/Spätgens, aaO S. 219; Altmeppen WM 1989, 1157, 1158; derselbe WuB VII A. § 945 ZPO 1.89; Borck WRP 1977, 556 f; wohl auch - wenngleich für "großzügige" Handhabung eintretend - Bruns/Peters, aaO § 50 V 1).

Ob der ersten - Schadensersatz ohne Vollziehung gewährenden - Ansicht beizupflichten ist, hat der Senat bisher offengelassen (Urt. v. 13. April 1989 - IX ZR 148/88, aaO S. 929) und braucht er auch jetzt nicht zu entscheiden.

Denn ohne Vollziehung der einstweiligen Verfügung kann dem Antragsgegner der Schutz des § 945 ZPO allenfalls dann zuteil werden, wenn die Vollstreckung bereits droht und der Antragsgegner sich mit der Erfüllung dem Vollstreckungsdruck beugt. Insbesondere muß die einstweilige Verfügung bereits die Strafandrohung nach § 890 Abs. 2 ZPO enthalten. Ist das nicht der Fall, muß sie im Wege eines besonderen Beschlusses nachgeholt werden. Solange dieser nicht ergangen ist, fehlt eine Vollstreckungsvoraussetzung. Ein irgendwie gearteter Vollstreckungsdruck ist dann nicht zu erdulden. Erfüllt der Antragsgegner jetzt, kann die Vorschrift des § 945 ZPO von ihrem Grundgedanken her ("dulde und liquidiere") keine Anwendung finden (BGH, Urt. v. 22. Juni 1976 - X ZR 44/74, NJW 1976, 2162, 2163 m. Anm. Horn GRUR 1976, 718, 719; MünchKomm-ZPO/Krüger, § 717 Rdnr. 15; Baumbach/Lauterbach/Hartmann, aaO § 945 Anm. 4 B a i. V. m. § 717 Anm. 2 E; Jauernig, aaO § 37 V 2; Teplitzky, aaO Kap. 36 Rdnr. 41; Pastor, Unterlassungsvollstreckung S. 206 f; Ahrens/Spätgens, aaO S. 214, 219; Borck WRP 1977, 556, 558, 561; Wedemeyer NJW 1979, 293; Bork WRP 1989, 360, 361 f; ähnlich OLG Hamm WRP 1978, 65 m. Anm. Pastor). Die Entscheidung des VI. Zivilsenats vom 4. Dezember 1973 (VI ZR 213/91, aaO) steht dieser Ansicht nicht entgegen, weil dort die Strafandrohung bereits ausgesprochen war und der Antragsgegner erst danach erfüllt hatte. Daß jemand Schadensersatz bei freiwilliger Erfüllung auch ohne Strafandrohung gewähren will, ist nicht zu erkennen.

f) Die vorstehenden Ausführungen gelten "entsprechend" für die einstweilige Anordnung nach § 123 VwGO.

Die einstweilige Anordnung ist ein Vollstreckungstitel (§ 168 Abs. 1 Ziff. 2 VwGO). Sie ist - wie die einstweilige Verfügung nach §§ 935, 940 ZPO - ohne besonderen Ausspruch vorläufig vollstreckbar. Enthält die einstweilige Anordnung ein Unterlassungsgebot, so wird sie nach § 167 VwGO i. V. m. § 890 ZPO vollstreckt (VGH Baden-Württemberg NJW 1973, 1518, 1519; OVG Münster NJW 1974, 917, 918; VGH München NVwZ 1983, 478, 479; Redeker/v. Oertzen, VwGO 10. Aufl. § 123 Rdnr. 22, § 172 Rdnr. 3; Kopp, VwGO 8. Aufl. § 172 Rdnr. 1, 9 f; Dunkl/Feldmeier, aaO K 174; Bender Festschrift für Menger 1985 S. 673; Bank, Zwangsvollstreckung gegen Behörden 1982 S. 73 ff, 95; a. A. Eyermann/Fröhler, VwGO 9. Aufl. § 123 Rdnr. 24). Die Vollstreckung geschieht nicht von Amts wegen, sondern - wie im Zivilprozeß - auf Betreiben des Gläubigers. Das folgt aus der Verweisung in § 167 VwGO auf die zivilprozessualen Vorschriften.

Da eine einstweilige Anordnung - wie oben dargelegt - von Amts wegen zugestellt wird, steht sie, wenn man im zivilprozessualen Bereich etwas Entsprechendes sucht, zwischen einer Urteilsverfügung, die ebenfalls von Amts wegen zugestellt wird, und einer Beschlußverfügung, die ebenfalls nicht verkündet wird. Die Amtszustellung macht die einstweilige Anordnung somit erst wirksam; sie stellt aber nicht zugleich auch die Vollziehung dar.

Die Frage, ob der Antragsgegner, der sich einer ein Unterlassungsgebot aussprechenden, noch nicht vollzogenen einstweiligen Anordnung gebeugt hat, Schadensersatz verlangen kann, wenn die einstweilige Anordnung von Anfang an nicht gerechtfertigt war, ist bislang - soweit ersichtlich - noch nicht entschieden. Das Bundesverwaltungsgericht scheint an dem Erfordernis einer Vollziehung festzuhalten. Nach seiner Auffassung ist für die Aufbürdung der Schadensersatzpflicht entscheidend die "Freiheit des 'Gläubigers', sich mit Risiko für oder ohne Risiko gegen die vorzeitige Durchsetzung einer Rechtsposition zu entscheiden" (DVBl 1991, 51, 52). Andererseits wird auch im verwaltungsrechtlichen Schrifttum vertreten, daß die freiwillige Leistung, die zur Abwehr der Vollziehung erbracht worden ist, der Vollziehung gleichstehe (Redeker/v. Oertzen, aaO § 123 Rdnr. 34; Eyermann/Fröhler, aaO § 123 Rdnr. 24; Finkelnburg/Jank, Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsverfahren 3. Aufl. Rdnr. 432; vgl. auch Bender, aaO S. 673, 675). Ebenso wie bei der einstweiligen Verfügung wird aber auch hier zutreffend verlangt, daß die Strafandrohung bereits vorliegt (OVG Münster NJW 1974, 917, 918). Deshalb ist für den vom Berufungsgericht zugrunde gelegten Sachverhalt eine Schadensersatzpflicht nach beiden Ansichten zu verneinen.

Die Strafandrohung kann - wie im Zivilprozeß - mit der einstweiligen Anordnung oder in einem besonderen Beschluß ausgesprochen werden. Es ist allein Sache des Antragstellers, ob er die Strafandrohung zugleich mit der einstweiligen Anordnung beantragt oder vorerst damit zuwartet.

Der vom Berufungsgericht aufgegriffene Gesichtspunkt, daß Behörden aus rechtsstaatlichen Gründen gehalten seien, verwaltungsgerichtlichen einstweiligen Anordnungen von sich aus und ohne Vollstreckung nachzukommen, gewinnt in diesem Zusammenhang keine Bedeutung (a. A. Finkelnburg/Jank, aaO Rdnr. 432). Er kann insbesondere nicht dazu führen, daß der Begriff der Vollziehung "weit gefaßt" oder Schadensersatz auch dann zugesprochen wird, wenn die Behörde dem Gebot nachgekommen ist, ehe eine Bestrafung angedroht war. Dafür, daß die Behörde, weil sie aus Gründen der Rechtsstaatlichkeit von sich aus und ohne Zwang verwaltungsgerichtlichen Anordnungen Folge geleistet hat, erleichterte Bedingungen für die Geltendmachung ihres Schadens herleiten kann, ergibt sich aus dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20, 28 GG) nichts.

Im übrigen würde, wenn bereits die Erwirkung einer - letztlich nicht gerechtfertigten - einstweiligen Anordnung schadensersatzpflichtig machen würde, die Gleichbehandlung von Behörden und Bürgern für den Bereich des vorläufigen Rechtsschutzes aufgehoben. Für diesen würde im verwaltungsgerichtlichen Verfahren eine Zugangsschwelle geschaffen, die im Zivilprozeß unbekannt ist. Mit Sinn und Zweck des von den Verwaltungsgerichten zu gewährleistenden vorläufigen Rechtsschutzes wäre das schwerlich vereinbar.

Die Befürchtung des Berufungsgerichts, daß § 945 BGB für den Bereich des § 123 VwGO leerläuft, falls die Behörde im Falle freiwilliger Erfüllung keinen Schadensersatz erhält, ist unbegründet. Wie die amtliche Begründung zu § 172 VwGO (Bundestagsdrucksache 3/55, S. 49 - zu § 168 -) und die zu § 123 VwGO veröffentlichte Rechtsprechung (vgl. z. B. OVG Lüneburg DVBl 1969, 119; 1974, 371; OVG Münster NJW 1974, 917; VGH München NVwZ 1983, 478) zeigen, geht es in Ausnahmefällen auch Behörden gegenüber nicht ohne Zwang (vgl. ferner Bank, aaO S. 65).

Daß der Antragsgegner zum Ungehorsam gegen die gerichtliche Anordnung gezwungen werde, wenn man für die Entstehung der Schadensersatzpflicht auf die Vollziehung der angeordneten Maßnahme abstelle (so Baur, aaO S. 108, ebenso Stein/Jonas/Grunsky, aaO § 945 Rdnr. 7 und Ulrich WRP 1991, 361, 363), läßt sich schon nicht sagen, wenn ausschließlich Private beteiligt sind. Niemand muß erst die Zwangsvollstreckung über sich ergehen lassen, nur um des Anspruchs auf Schadensersatz nicht verlustig zu gehen. Es genügt in jedem Falle, daß der Antragsteller - indem er zumindest mit der Vollziehung beginnt - zu erkennen gibt, von dem Titel Gebrauch machen zu wollen, und der Antragsgegner sich diesem Druck beugt (BGH, Urt. v. 13. April 1989 - IX ZR 148/88, aaO S. 929; Baumbach/Lauterbach/Hartmann, aaO § 945 Anm. 4 B a i. V. m. § 717 Anm. 2 E; Borck WRP 1977, 556; Altmeppen WM 1989, 1157, 1163; ders. WuB VII A. § 945 ZPO 1.89).

2. Die Klägerin hat allerdings unter Beweisantritt behauptet, der Prozeßbevollmächtigte der Beklagten habe unmittelbar nach Erlaß der einstweiligen

Anordnung unter Hinweis auf die sonst entstehenden Vollstreckungskosten zur Einstellung der Bauarbeiten aufgefordert.

Deswegen braucht der Rechtsstreit aber nicht an die Vorinstanz zurückverwiesen werden. Eine Beweisaufnahme kommt nicht in Betracht. Denn die Behauptung der Klägerin ist un schlüssig.

Ob eine Vollziehung einer ein Unterlassungsgebot enthaltenden einstweiligen Verfügung/Anordnung auch dann angenommen werden kann, wenn nur der Titel vorliegt, der das Unterlassungsgebot enthält, nicht aber zusätzlich die Androhung des Ordnungsmittelverfahrens nach § 890 Abs. 2 ZPO, ist streitig (vgl. die Wiedergabe der Meinungen bei Nirk/Kurtze, aaO Rdnr. 395 und Fußn. 315), für den vorliegenden Fall jedoch unerheblich, weil die behauptete Äußerung des Prozeßbevollmächtigten der Beklagten für eine Vollziehung nicht ausreichte.

In der Literatur ist die Senatsentscheidung vom 13. April 1989 (IX ZR 148/88, aaO) teilweise so verstanden worden, daß nach Ansicht des Senats eine (jede) klare, unmißverständliche Leistungsaufforderung des Antragstellers unter Bezugnahme auf den vorläufigen Titel genüge, um eine Vollziehung annehmen zu können (so Altmeppen WM 1989, 1157, 1160 f, 1164; derselbe WuB VII A. § 945 ZPO § 1.89; ebenso - wenngleich kritisch - Ulrich WRP 1991, 361, 366, 368; vgl. dazu auch Teplitzky, aaO Kap. 36 Rdnr. 43 und Kap. 55 Rdnr. 42). Dem ist jedoch nicht so. In der genannten Entscheidung hat der Senat den Antrag auf Festsetzung von Ordnungsgeld zusammen mit dem - nur an der standeswidrigen Weigerung des Zustellungsempfängers, die Urteilsausfertigung als zugestellt entgegenzunehmen, gescheiterten - Versuch einer Parteizustellung als Beginn der Vollziehung und diesen wiederum für einen Vollziehungsschaden ausreichen lassen. Daß der Senat eine Vollziehung auch ohne (wirksame) Parteizustellung für möglich gehalten hat, besagt nicht, daß die Parteizustellung durch jede Willensäußerung des Antragstellers, der entnommen werden kann, daß er von der einstweiligen Verfügung/Anordnung Gebrauch machen will, ersetzt werden kann.

Die Vollziehungsfrist ist der Disposition der Parteien wie auch des Gerichts entzogen. Sie kann weder abgekürzt noch verlängert werden. Gegen ihre Versäumung gibt es im Zivilprozeß - anders im Verwaltungsprozeß (Finkelnburg/Jank, aaO Rdnr. 415; Dunkl/Feldmeier, aaO Rdnr. K 175) - keine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. Die unterbliebene Vollziehung führt zur Aufhebung der einstweiligen Verfügung/Anordnung und zur Ablehnung des Verfügungs-/Anordnungsantrags im Rechtsmittelverfahren sowie zur Auferlegung der Verfahrenskosten. Wegen dieser Besonderheiten ist eine Ungewißheit oder Unklarheit darüber, ob eine (fristgerechte) Vollziehung stattgefunden hat, tunlichst zu vermeiden. Es geht nicht an, die Beantwortung dieser Frage von den Umständen des Einzelfalls, einer Interessenabwägung oder einer Ermessensentscheidung abhängig zu machen (so mit Recht Ulrich WRP 1991, 361, 366). Ebensowenig darf die Auslegung einer Willenserklärung den Ausschlag geben. Wenn die Vollziehung einer einstweiligen Verfügung/Anordnung auch auf andere Weise als durch

Zustellung im Parteibetrieb denkbar ist, muß es sich also immer um ähnlich formalisierte oder urkundlich belegte, jedenfalls leicht feststellbare Maßnahmen handeln. Bloße (fern-)mündliche Erklärungen des Antragstellers entsprechen diesen Anforderungen nicht.

C.

Die Revision der Klägerin ist uneingeschränkt zulässig, sachlich aber nicht gerechtfertigt.

Das Berufungsgericht hat die Revision gemäß § 546 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 ZPO mit der Begründung zugelassen, "die Sache" habe grundsätzliche Bedeutung. Selbst wenn es damit nur die im Zusammenhang mit der Revision der Beklagten erörterten Rechtsfragen im Auge gehabt haben sollte, wäre daraus keine Beschränkung der Revisionszulassung zu folgern. Eine solche muß sich klar und eindeutig aus dem Berufungsurteil - wenigstens aus den Entscheidungsgründen - ergeben (BGH, Urt. v. 24. März 1988 - IX ZR 114/87, WM 1988, 987, 989). Das ist hier nicht der Fall. Deshalb unterliegt das Berufungsurteil insgesamt der revisionsgerichtlichen Nachprüfung.

In Höhe des Betrages von 8.467,66 DM hat das Berufungsgericht die Klage zu Recht abgewiesen. Denn der Klägerin steht - wie sich aus den Ausführungen zu B. II. ergibt - schon dem Grunde nach kein Anspruch zu.