
Datum: 02.04.2004
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 6. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 6 U 43/03
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2004:0402.6U43.03.00

Tenor:

Die Berufung der Beklagten gegen das am 21. März 2003 verkündete Grundurteil der 1. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Köln - 81 O 168/02 - wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens hat die Beklagte zu tragen.

Das Urteil ist hinsichtlich des Kostenausspruchs vorläufig vollstreckbar.

Die Beklagte darf die gegen sie gerichtete Zwangsvollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120% des zu vollstreckenden Betrages abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Beiden Parteien wird gestattet, die Sicherheitsleistung auch durch schriftliche, unwiderrufliche, unbedingte und unbefristete Bürgschaft eines im Inland zum Geschäftsbetrieb befugten Kreditinstituts zu erbringen.

Die Revision wird nicht zugelassen.

B e g r ü n d u n g :

1

I.

2

Die Beklagte, die Firma M.-Leuchten GmbH, und die in Italien ansässige Klägerin, die Firma S. s.r.l., sind Wettbewerber im Bereich der Herstellung und des Vertriebs von Lampen und Leuchten. Zum Sortiment der Beklagten gehört eine unter der Bezeichnung "M." vertriebene kugelsegmentförmige Leuchte, die es in verschiedenen Größen gibt. Diese Leuchten sind vornehmlich für den Außenbereich bestimmt, werden in einer bestimmten Version aber auch als Innenleuchte eingesetzt. Auf den Boden gestellt vermitteln die Leuchten den Eindruck, als seien sie mit ihm fest verwachsen und Teil desselben. Als Material für ihre Leuchten, für die sie mehrere Design-Auszeichnungen erhalten hat, hat die Beklagte Polyethylen gewählt. 3

Am 17.08.2001 erwirkte die Beklagte gegen die Klägerin in dem Verfahren 33 O 261/01 eine auf § 1 UWG und den Vorwurf unlauterer Nachahmung gestützte einstweilige Verfügung des Landgerichts Köln, durch die der Klägerin untersagt wurde, eine bestimmte, in der Beschlussverfügung bildlich wiedergegebene Leuchte anzubieten und/oder in den Verkehr zu bringen. Diese ohne Anhörung der Klägerin erlassene einstweilige Verfügung wurde ihr im Wege der Auslandszustellung am 31.10.2001 in Italien zugestellt. Auf ihren am 17.01.2002 eingelegten Widerspruch hin wurde die einstweilige Verfügung durch das mittlerweile rechtskräftige Urteil der 4. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Köln am 11.04.2002 - 84 O 25/02 - aufgehoben. 4

Mit ihrer auf § 945 ZPO gestützten Schadenersatzklage verlangt die Klägerin von der Beklagten nunmehr mit der Behauptung, sie habe infolge der Zustellung der einstweiligen Verfügung verbindliche Bestellungen der Firmen N. Leuchten GmbH vom 04.09.2001 mit einem Bestellwert von gut 285.000,00 EUR, der Firma E. vom 25.09.2001 im Wert von knapp 102.000,00 EUR und eine Bestellung der Firma D. C. K. GmbH im Wert von gut 4.200,00 EUR nicht bedienen können, ihr sei deshalb Gewinn in Höhe von 30% der Bestellsummen, also 117.535,45 EUR, entgangen. Die Beklagte hat den Abschluss der Verträge mit den vorgenannten Firmen bestritten und hat behauptet, dabei handele es sich lediglich um Scheingeschäfte. Sie hat sich darüber hinaus gegen die Klage im wesentlichen damit verteidigt, zum einen sei in Italien von der einstweiligen Verfügung Vollstreckungsdruck nicht ausgegangen, weil diese ohne mündliche Verhandlung und ohne Anhörung der Klägerin erlassen worden sei. Zum anderen treffe die Klägerin O. zwei Gründen ein so hohes Mitverschulden an der Entstehung eines etwaigen Schadens, dass die Klage insgesamt abweisungsreif sei. Die Klägerin habe es nämlich - so meint die Beklagte - pflichtwidrig unterlassen, sie auf den drohenden hohen Schaden hinzuweisen, außerdem habe die Klägerin mit der Einlegung des Widerspruchs zu lange gewartet. Im übrigen hat die Beklagte im einzelnen dazu vorgetragen, dass und aus welchen Gründen ihrer Auffassung nach die von der Klägerin behaupteten Geschäftsabschlüsse mit den Firmen N. und E. in Wirklichkeit nur Scheingeschäfte seien. 5

Durch das angefochtene Urteil hat das Landgericht die Klage dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Zur Begründung seiner Entscheidung hat es im wesentlichen ausgeführt, von der einstweiligen Verfügung sei sehr wohl der notwendige Vollstreckungsdruck ausgegangen. Die Behauptung, es handele sich um bloße Scheingeschäfte, sei erkennbar ins Blaue hinein aufgestellt und deshalb unbeachtlich, der Mitverschuldenseinwand greife nicht. Wegen der weiteren Einzelheiten wird der Inhalt der angefochtenen Entscheidung (Bl. 61 ff. d.A.) in Bezug genommen. 6

Mit ihrer Berufung wendet sich die Beklagte gegen das Urteil des Landgerichts. Sie wiederholt und vertieft im wesentlichen ihr erstinstanzliches Vorbringen und behauptet, die Bestellungen der beiden Firmen N. und E. vom 04. und 25.09.2001, auf die die Klägerin ihren Schadenersatzanspruch stütze, seien reine Scheingeschäfte gewesen; sie hätten nur dem 7

Zweck gedient, einen Schadenersatzanspruch gegen sie - die Beklagte - aufzubauen.

Die Beklagte beantragt, 8
die angefochtene Entscheidung zu ändern und die Klage abzuweisen. 9

Die Klägerin beantragt, 10
die Berufung zurückzuweisen. 11

Durch Beweisbeschluss vom 31.10.2003, auf den wegen der Einzelheiten Bezug genommen wird (Bl. 156 ff. d.A.), hat der Senat die Beweiserhebung über die Behauptung der Klägerin angeordnet, die Bestellungen der Firmen N. und E. vom 04. bzw. 25.09.2001 seien ernstlich gemeint gewesen, außerdem über die Behauptung der Beklagten, die Klägerin sei zur Herstellung der angeblich von der Firma N. bestellten, bis zu einem bestimmten Fixtermin zu liefernden Leuchten nicht in der Lage gewesen. Wegen des Ergebnisses der durch die Vernehmung der Zeugen E. E., J. N. und G. F. bewirkten Beweisaufnahme und der auf Antrag der Beklagten erfolgten Parteivernehmung des Geschäftsführers der Klägerin wird auf den Inhalt der Sitzungsniederschriften vom 09.01.2004 (Bl. 173 ff. d.A.) und 13.02.2004 (Bl. 202 ff. d.A.) und wegen des weiteren umfangreichen Sachvortrags der Parteien auf den Inhalt der zwischen ihnen gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen. 12

II. 13

Die in formeller Hinsicht einwandfreie und insgesamt zulässige Berufung der Beklagten hat in der Sache keinen Erfolg. Denn dem Grunde nach schuldet die Beklagte der Klägerin Schadenersatz aus § 945 ZPO, weil dessen Tatbestandsvoraussetzungen vorliegen **(1.)**, nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme zur sicheren Überzeugung des Senats feststeht (§ 286 Abs. 1 ZPO), dass die Klägerin die behaupteten Verträge mit den Firmen N. und E. tatsächlich und ernsthaft geschlossen hat **(2.)**, und der von der Beklagten erhobenen Mitverschuldenseinwand nach § 254 Abs. 1 und/oder Abs. 2 S. 1 BGB aus Rechtsgründen nicht greift **(3.)**. 14

1. 15

Zu Recht hat das Landgericht in der angefochtenen Entscheidung ausgeführt, dass die Schadenersatzklage dem Grunde nach aus § 945 ZPO gerechtfertigt ist. Danach hat die Partei, die zu Unrecht die Anordnung einer einstweiligen Verfügung erwirkt hat, dem Gegner den Schaden zu ersetzen, der ihm aus der Vollziehung der angeordneten Maßregel entsteht. Dass die einstweilige Verfügung mangels Vorliegens der materiellen Anspruchsvoraussetzungen des § 1 UWG nicht hätte ergehen dürfen, steht zwischen den Parteien aufgrund des Urteils der 4. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Köln vom 11.04.2002 in diesem Verfügungsverfahren (84 O 25/02) rechtskräftig fest. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH NJW 1992, 2298 m.w.N.) ist auch der Senat an diese Entscheidung gebunden. 16

a. 17

Der Auffassung der Beklagten, trotz der am 31.10.2001 im Parteibetrieb vollzogenen Auslandszustellung könne von einer Vollziehung der einstweiligen Verfügung nicht ausgegangen werden, weil sie ohne Anhörung der Klägerin ergangen und von ihr der notwendige Vollstreckungsdruck nicht ausgegangen sei, vermag sich der Senat nicht anzuschließen. Vollziehung im Sinne des § 945 ZPO bedeutet nichts anderes als 18

Vollstreckung (BGH NJW 1996, 198 ff.; BGHZ 120, 73, 77). Das folgt aus § 928 ZPO, der die Vorschriften über die Zwangsvollstreckung auf die Vollziehung des Arrestes für entsprechend anwendbar erklärt, und der nach § 936 ZPO auch für die einstweilige Verfügung gilt. Nach allgemeinen Grundsätzen beginnt die Vollziehung grundsätzlich mit der ersten gegen den Antragsgegner gerichteten Vollstreckungshandlung (Schuschke/Walker, ZPO, § 945 Rdn. 31 und Zöller/Vollkommer, ZPO, 24. Aufl. 2003, § 945 Rdn. 14). Da eine Zuwiderhandlung gegen ein in einer einstweiligen Verfügung umschriebenes Unterlassungsgebot gemäß § 890 ZPO durch die Festsetzung von Ordnungsgeld und gegebenenfalls auch Ordnungshaft sanktioniert wird, beginnt nach richtiger und heute wohl einhellig vertretener Auffassung der Gläubiger einer einstweiligen, ein Unterlassungsgebot enthaltenen Verfügung mit der Vollziehung, wenn er diese dem Schuldner im Parteibetrieb zustellt (vgl. etwa BGH NJW 1990, 122, 124 und z.B. auch Senat, Urteil vom 20.12.2000, GRUR 2001, 456). Diese Vollziehung hat nach § 929 Abs. 2 ZPO grundsätzlich binnen Monatsfrist zu erfolgen, weil der Gläubiger dem Schuldner alsbald Klarheit darüber zu verschaffen hat, ob er die Rechte aus der einstweiligen Verfügung tatsächlich durchsetzen will. Der Schuldner soll nämlich nicht unbefristet der Gefahr der Zwangsvollstreckung ausgesetzt sein, die ihn auch dann noch treffen kann, wenn sich die Umstände verändert haben. Diese Frist ist im Streitfall gewahrt, obschon die Zustellung der im August 2001 ergangenen einstweiligen Verfügung erst Ende Oktober 2001 in Italien erfolgt ist. Das folgt daraus, dass die Beklagte nach ihrem vergeblichen Versuch, die ihr am 21.08.2001 seitens des Landgerichts zugestellte einstweilige Verfügung von Anwalt zu Anwalt zuzustellen, mit ihrem bei Gericht am 19.09.2001 eingegangenen Schriftsatz vom 18.09.2001 beantragt hat, die Zustellung der einstweiligen Verfügung am Geschäftssitz der Klägerin in Italien zu veranlassen. Kraft der ausdrücklichen Regelung des damals noch geltenden § 307 Abs. 1 ZPO a.F. tritt die Wirkung der Zustellung in einem solchen Fall bereits mit der Überreichung des Gesuchs an das Gericht ein, wenn - wie hier - auf das Gesuch, die Auslandszustellung vorzunehmen, die Zustellung demnächst bewirkt wird.

b.

19

Ist die später aufgehobene einstweilige Verfügung demnach rechtzeitig im Parteibetrieb zugestellt und mithin vollzogen worden, trifft allerdings im Grundsatz die Auffassung der Beklagten zu, dass damit nicht schlechterdings und ohne Berücksichtigung der konkreten Umstände des Einzelfalls die Zustellung einer einstweiligen Verfügung immer den für die Schadenersatzhaftung aus § 945 ZPO notwendigen Vollstreckungsdruck erzeugt. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (Urteil vom 02.11.1995, veröffentlicht unter anderem in BGHZ 131, 141 ff. = NJW 1996, 198 ff. = WRP 1996, 104 ff.) beruht § 945 ZPO ebenso wie § 717 ZPO nämlich auf dem Rechtsgedanken, derjenige, der die Vollstreckung aus einem noch nicht endgültigen Titel betreibt, habe das Risiko zu tragen, dass sich sein Vorgehen nachträglich als unberechtigt erweist. Daher kann ein Vollziehungsschaden bereits dann entstanden sein, wenn der Verfügungskläger mit der Vollziehung lediglich begonnen hatte. Die zur Wirksamkeit der Beschlussverfügung erforderliche Parteizustellung (§ 922 Abs. 2 ZPO) stellt nach einer in Rechtsprechung und Schrifttum verbreiteten, auch vom Bundesgerichtshof gebilligten Auffassung zugleich eine Vollziehungshandlung im Sinne des § 929 Abs. 2 ZPO dar. Deshalb leitet der Gläubiger im Regelfall mit der Parteizustellung die Vollstreckung aus der Unterlassungsverfügung ein. Die Bestimmung des § 945 ZPO will demjenigen, der von einer einstweiligen Verfügung betroffen ist, die sich im nachhinein als von Anfang an ungerechtfertigt erweist, unter der Voraussetzung Schadenersatz gewähren, dass der Antragsteller von der ihm eingeräumten Befugnis Gebrauch gemacht hat, seinen Anspruch vor dessen endgültiger Feststellung zwangsweise durchzusetzen oder zu sichern. § 945 ZPO ist dabei in einer Linie mit den gleichzeitig in Kraft getretenen Vorschriften der §§

20

302 Abs. 4 S. 3, 600 Abs. 2 und 717 Abs. 2 ZPO zu sehen. Nur eine Gläubigerhandlung, die als zwangsweise Durchführung einer angeordneten Maßregel angesehen werden kann, enthält demnach eine Vollziehung im Sinne des § 945 ZPO. Ohne eine solche ist die scharfe Haftung des Gläubigers auch bei einstweiligen Verfügungen, die ein Unterlassungsgebot aussprechen, nicht gerechtfertigt. Denn die Schadenersatzpflicht kann nie allein durch das Erwirken des Titels, sondern erst durch ein darüber hinausgehendes Verhalten, das zumindest einen gewissen Vollstreckungsdruck erzeugt, begründet werden (BGH, a.a.O., NJW 1996, 198, 199 unter Hinweis auf BGH NJW 1988, 3268, 3269).

Mit dem Bundesgerichtshof ist deshalb auch der Senat der Auffassung, dass einerseits das bloße Erwirken des Unterlassungstitels noch nicht die scharfe Haftung des Gläubigers aus § 945 ZPO auslöst, dass trotz Zustellung der einstweiligen Verfügung im Parteibetrieb eine Haftung aus § 945 ZPO aber dann nicht stattfindet, wenn dadurch ein Vollstreckungsdruck nicht erzeugt wird, und dass das zum Beispiel dann der Fall ist, wenn in einem Unterlassungstitel die für die Verurteilung zur Zahlung eines Ordnungsgeldes notwendige vorausgehende Androhung von Ordnungsmitteln als zwingende Vollstreckungsvoraussetzung unterblieben ist (so ausdrücklich BGH, a.a.O., WRP 1996, 198, 199 unter Hinweis auf seine inhaltsgleiche Rechtsprechung [BGH NJW 1976, 2162, 2163] für Ansprüche nach § 717 Abs. 2 ZPO). Nicht anzuschließen vermag sich der Senat dagegen der Auffassung der Beklagten, auch im Streitfall habe es an einem solchen Vollstreckungsdruck gefehlt. Dabei mag es zutreffen, dass die Klägerin im Falle der Zuwiderhandlung gegen das in der einstweiligen Verfügung enthaltene Unterlassungsgebot Zwangsvollstreckungsmaßnahmen in ihrem Heimatland Italien nicht hätte befürchten müssen. Das folgt daraus, dass die ohne ihre Anhörung ergangene Gerichtsentscheidung gemäß Art. 27 Nr. 2 des Brüsseler Übereinkommens über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (EuGVÜ), der nunmehr in Art. 34 Nr. 2 der EG-Verordnung Nr. 44/2001 vom 22.12.2000 des Rates über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (EuGVVO) seine Entsprechung gefunden hat, in Italien möglicherweise keine Anerkennung gefunden hätte, weil der hiesigen Klägerin entgegen Art. 27 Nr. 2 EuGVÜ (= Art. 34 Nr. 2 EuGVVO n.F.) das verfahrenseinleitende Schriftstück, also die Antragsschrift, nicht überlassen worden war. Insoweit konstatiert der Senat der Beklagten ausdrücklich, dass der von ihr beauftragte Prof. Dr. T. in seinem Rechtsgutachten vom 16.05.2003 die ihm gestellte Frage, ob "die am 31.10.2001 erfolgte Zustellung der in Deutschland erlassenen und mit Ordnungsmittelandrohung versehenen einstweiligen Verfügung an ihre in Italien belegene Adressatin die Gefahr begründet hat, dass letztere im Falle der Zuwiderhandlung gegen die einstweilige Verfügung Zwangsvollstreckungsmaßnahmen in ihrem Heimatstaat Italien ausgesetzt ist", zutreffend verneint hat. Der Rechtsverteidigung der Beklagten verhilft das gleichwohl nicht zum Erfolg. Das gilt unabhängig von der Tatsache, dass der vorgenannten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum mangelnden Vollstreckungsdruck bei nicht mit Ordnungsmittelandrohung versehenen Unterlassungstiteln die Erwägung zugrunde liegen dürfte, dass aus einem solchen Titel eine Vollstreckung ersichtlich nicht zu befürchten ist, sich der Klägerin aber die Gedankenführung, die in dem vorgenannten Rechtsgutachten zum Ausdruck kommt und zu dem Ergebnis führt, in Italien seien Zwangsvollstreckungsmaßnahmen nicht zu befürchten gewesen, nicht ohne weiteres aufdrängen musste. Hierauf kommt es nicht an, weil der notwendige Vollstreckungsdruck im Streitfall aus einem anderen Grunde auf jeden Fall gegeben war. Die Klägerin ist nämlich nicht nur in Italien tätig, sondern auch in der Bundesrepublik Deutschland. Das hat die Beklagte in ihrer zum Erlass der damaligen einstweiligen Verfügung führenden Antragsschrift vom 14.08.2001 unter Hinweis darauf vorgetragen, die damals angegriffenen Leuchten würden von der Klägerin hergestellt und nach Deutschland exportiert. Zwischen den Parteien

ist weiterhin unstreitig, dass die Klägerin vor dem Erlass der einstweiligen Verfügung und danach und auch heute noch Leuchten in die Bundesrepublik Deutschland liefert, und insbesondere auf diversen Messen vertreten war und ist. Auch hat der Zeuge N. glaubhaft bekundet, dass die Klägerin auch nach dem Herbst 2001 auf Messen in K. vertreten war und in Gestalt ihres Geschäftsführers auch das Unternehmen des Zeugen aufgesucht hat. Bei dieser Sachlage ging der notwendige Vollstreckungsdruck von der einstweiligen Verfügung für die Klägerin schon deshalb aus, weil sie die Verhängung eines Ordnungsgeldes durch das Landgericht Köln für den Fall der Zuwiderhandlung gegen das Unterlassungsgebot und damit den Fall einer Warenlieferung nach Deutschland hätte befürchten müssen. Das Landgericht hätte dann in einem kontradiktorischen Verfahren, hier im Verfahren nach § 890 ZPO, nach Anhörung der Klägerin in Italien hier einen Ordnungsgeldbeschluss fassen und die Klägerin zu einem empfindlichen Ordnungsgeld verurteilen können. Ungeachtet der Frage, ob nach Anhörung im Ordnungsgeldverfahren ein vom Landgericht Köln verhängtes Ordnungsgeld in Italien hätte vollstreckt werden können, musste die Klägerin im Falle der Fortsetzung ihrer begonnenen Tätigkeit im deutschen Markt damit rechnen, dass ihr hier ein empfindliches Ordnungsgeld auferlegt würde. Überdies hätte die Klägerin damit rechnen müssen, dass wegen eines verhängten, in Italien möglicherweise nicht vollstreckbaren Ordnungsgeldes weitere Zwangsvollstreckungsmaßnahmen in der Bundesrepublik Deutschland gedroht hätten. Zum Beispiel wäre es gemäß § 828 Abs. 2 in Verbindung mit § 23 S. 2 ZPO Aufgabe eines deutschen Gerichts gewesen, darüber zu befinden, ob wegen eines verhängten Ordnungsgeldes zum Beispiel eine Forderung der Klägerin aus einer Warenlieferung in die Bundesrepublik Deutschland hätte gepfändet werden können. Außerdem wäre der Geschäftsführer der Klägerin Gefahr gelaufen, dass gegen ihn ggf. von einem deutschen Gericht Ordnungshaft verhängt und die Strafe dann in der Bundesrepublik Deutschland vollstreckt werden würde. Jedenfalls aber musste die Klägerin als damalige Unterlassungsschuldnerin nicht wissen und auch nicht von sich aus klären, ob und inwieweit die in Italien erfolgte Zustellung der einstweiligen Verfügung der Gläubigerin Vollstreckungsmöglichkeiten in der Bundesrepublik Deutschland eröffnet hat. Von einem Schuldner, der seinen Sitz im europäischen Ausland hat, kann nämlich nicht verlangt werden, zu prüfen, ob und inwieweit er möglicherweise trotz Vorliegens eines gerichtlichen Unterlassungstitels mit Zwangsvollstreckungsmaßnahmen in Deutschland vielleicht doch nicht zu rechnen braucht.

2.

22

Scheitert das Klagebegehren deshalb entgegen der Auffassung der Beklagten nicht bereits daran, dass die in Italien bewirkte Zustellung der einstweiligen Verfügung den für die wirksame Vollziehung und damit auch den Anspruch aus § 945 ZPO erforderlichen Vollstreckungsdruck im Sinne der vorgenannten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nicht erzeugt haben könnte, hat sich der Einwand der Beklagten, bei den von der Klägerin vorgetragenen, zwischen ihr und den Firmen N. und E. getätigten Rechtsgeschäften handle es sich in Wirklichkeit um Scheingeschäfte, die ausschließlich dazu gedient hätten, einen vermeintlichen Schadenersatzanspruch der Klägerin zu konstruieren, in der Beweisaufnahme nicht als richtig bestätigt. Im Gegenteil: Nachdem auch der Senat aufgrund bestimmter Besonderheiten des Streitfalles den Einwand der Beklagten als möglicherweise berechtigt angesehen hat, hat die durchgeführte Beweisaufnahme für die Mitglieder des Senats jeden vernünftigen Zweifel an der Richtigkeit des diesbezüglichen Sachvortrags der Klägerin beseitigt. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme steht nunmehr im Sinne des § 286 Abs. 1 ZPO zur sicheren Überzeugung des Senats fest, dass die Klägerin mit den Firmen N. und E. die konkret behaupteten Geschäfte getätigt hat, zur Auslieferung der bestellten Leuchten willens und in der Lage war und nur die Vollziehung der einstweiligen Verfügung Ende

23

Oktober 2001 zur Nichtabwicklung der Geschäfte geführt hat. Deshalb kommt es im Ergebnis nicht darauf an, ob entgegen der Fassung des Beweisbeschlusses des Senats nicht die Klägerin die Ernsthaftigkeit der Rechtsgeschäfte, sondern - wie das regelmäßig der Fall ist (BGH NJW 1988, 2597 und BAG NJW 1996, 1299) - die Beklagte ihren Scheincharakter beweisen müsste.

a. 24

Im Ansatz trifft es allerdings zu, dass die Beklagte vor Durchführung der Beweisaufnahme einige Indiztatsachen vorgetragen hat, die dem Senat anders als dem Landgericht Anlass gegeben haben, den diesbezüglichen Sachvortrag der Beklagten nicht ohne weiteres als ins Blaue hinein aufgestellt und damit unsubstantiiert zu qualifizieren. Es fällt nämlich in der Tat auf, dass die Klägerin abgesehen von den hier in Rede stehenden Geschäften mit einem Auftragsvolumen von rund 285.000,00 EUR (Firma N.) und einem solchen von nahezu 102.000,00 EUR (Firma E.) weder mit der Firma N. noch mit der Firma E. nennenswerte Geschäfte getätigt hat. Außerdem erschien es dem Senat ungewöhnlich, jedenfalls nicht unmittelbar einleuchtend, dass nach den vorliegenden schriftlichen Unterlagen die Firma N. mit der Klägerin ein Fixgeschäft vereinbart hat, und das Auftragsvolumen allein bei einem Geschäft rechnerisch einen erheblichen Teil der jährlichen Produktion der Klägerin ausgemacht hat. Die insbesondere darauf beruhenden Zweifel an der Richtigkeit des Sachvortrags der Klägerin sind jedoch nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme ausgeräumt:

b. 26

Die Zeugin E. hat die Bestellung ihrer Firma vom 25.09.2001 über 101.650,00 EUR ebenso als verbindlich und ernstlich geschildert wie der Zeuge N. die Bestellung seiner Firma vom 04.09.2001 über 285.290,79 EUR. Die Zeugin E. hat zum Beweisthema im wesentlichen bekundet, ihre Bestellung vom 25.09.2001 habe Innenleuchten in Kugelform betroffen, auf Befragen hätten unter anderem die für den Vertrieb zuständigen Mitarbeiter signalisiert, dass in dem dann gestellten Rahmen gute Chancen für den Absatz der Lampen bestünden. Sie habe einen deutschen Leuchtenhersteller als Vertriebspartner für diese Innenleuchten geworben und bei den Kunden Voranfragen gehalten, danach habe der Absatz der später bestellten knapp 4.000 Leuchten realistisch erschienen. Es habe mündliche Absprachen gegeben, wonach bereits zum Zeitpunkt der Bestellung die Abnahme von mehr als der Hälfte der bestellten Lampen gesichert gewesen sei. Die Firma E. habe vorgehabt, die unter dem 25.09.2001 bestellten Leuchten in ihr Programm aufzunehmen und dafür auch zu werben, bevor es definitiv dazu gekommen sei, habe sie die Mitteilung der Klägerin erreicht, dass diese aufgrund rechtlicher Auseinandersetzungen in Deutschland zunächst nicht werde liefern können. Am Telefon habe sie - die Zeugin - dann genauer erfahren, welche Schwierigkeiten die Klägerin hatte, man sei übereingekommen, die Bestellung zunächst einmal zu stornieren. Später sei sie dann von der Klägerin unterrichtet worden, dass diese das Verfahren in Deutschland gewonnen habe. Das Angebot der Klägerin, die damals versprochene Lieferung nunmehr zu vollziehen, habe sie nicht angenommen, weil bei ihrem damals avisierten Vertriebspartner personelle Änderungen in der Geschäftsführung eingetreten seien und das Geschäft mit diesem Partner nach ihrer - der Zeugin - Einschätzung nicht mehr zu machen gewesen sei.

c. 28

Der Zeuge N. hat zum Beweisthema verkürzt und sinngemäß wiedergegeben bekundet, er habe den Geschäftsführer C. der Klägerin nach seiner Erinnerung im Jahre 2000 auf einer Mailänder Messe kennen gelernt. Er habe dann auch einige Muster bestellt, die im Jahre

2000 geliefert und in den Verkaufsräumen ausgestellt worden seien. An den ausgestellten Produkten hätten sich seine Kunden aber zunächst nicht interessiert gezeigt. Dennoch habe Interesse an einer Geschäftsentwicklung mit der Klägerin bestanden. Seine Firma betreibe gerne sogenannte Trend-Geschäfte, die sich dadurch auszeichneten, dass die Firma N. in relativ großen Mengen Waren auf den Markt bringe, von denen sie annehme, dass sie gerade in der fraglichen Zeit eine erhebliche Zahl von Abnehmern fänden. Zu ihren Kunden zählten zahlreiche große Ketten. Es sei ihre Geschäftsphilosophie, einen Warentyp gleichzeitig über mehrere Kanäle auf den Markt zu bringen, damit der Kunde Gelegenheit erhalte, den Trend auch zu erkennen. Trotz der Tatsache, dass die zunächst ausgestellten Muster, die das Abnehmerinteresse nicht geweckt hatten, ebenfalls Kugellampen betroffen hatten, habe er - der Zeuge - schließlich das Gefühl gehabt, dass ihr Absatz auf ein entsprechendes Interesse der Kunden stoßen könnte. Ihm persönlich hätten die Kugellampen schon bei der Ausstellung auf der Mailänder Messe im Jahre 2000 sehr gut gefallen. Daraufhin habe er die Bestellung vom 04.09.2001 vorgenommen, nachdem man mit der Klägerin vor der Bestellung bestimmte Dinge wie Größe und Farben der Lampen erörtert habe. Vor der Bestellung vom 04.09.2001 habe er mit mehreren großen Abnehmern, wie z.B. O., M. und N., verabredet, dass diese größere Mengen dieser Kugellampen ordern würden. Schriftliche verbindliche Absprachen habe es insoweit nicht gegeben, das sei auch nicht üblich. Ein Bestellvolumen von über 10.000 Lampen falle nicht aus dem Rahmen, sei vielmehr gängige Praxis. Die Bestellmenge von über 10.000 Lampen habe er nicht rechnerisch im einzelnen durchkalkuliert und so den Bestellbetrag ermittelt. Er sei seit 30 Jahren im Geschäft und verfüge über gewisse Erfahrungswerte. Er habe deshalb - eher aus dem Bauch heraus - angenommen, dass man es mit dieser Menge Lampen versuchen könne. Seine Firma sei dafür bekannt, dass sie schnelle, neue und gut absetzbare Artikel auf den Markt bringe. Infolgedessen könne sie mit neu angelieferten Produkten auch rasch Listungen vornehmen. Das liege an ihrem guten Ruf, den sie sich in den letzten Jahrzehnten erworben habe. Er - der Zeuge - könne deshalb ausschließen, dass seine Firma auf der Ware sitzen geblieben wäre, wenn es zu einer Lieferung der Klägerin gekommen wäre.

Den fixen Liefertermin "03.12.2001" in dem Bestellschreiben habe er der Klägerin vorgegeben, weil die Firma N. mit dem Beginn des neuen Jahres mit dem Produkt auf den Markt habe kommen wollen und man insoweit Sicherheit gesucht habe. Insgeheim habe er sich aber vorbehalten, die Bestellmenge unter Umständen auch sukzessive abzurufen. Als die Klägerin dann unter dem 07.11.2001 mitgeteilt habe, dass sie nicht liefern könne, sei er froh gewesen, dass er mit keinem seiner Abnehmer bereits einen festen Kontrakt geschlossen hatte. Es passiere einige Male im Jahr, dass ein Lieferant die zugesagte Lieferung nicht einhalten könne, so sei es auch in diesem Fall gewesen, er habe dann für die Trend-Lieferungen anders geplant und habe dies für das kommende Jahr auch noch rechtzeitig tun können. Im Anschluss daran habe er noch des öfteren Kontakt mit dem Geschäftsführer der Klägerin gehabt, unter anderem auf Messen, aber auch in den Geschäftsräumen der Firma N. selbst. Allerdings sei er gegenüber der Klägerin im Anschluss an das Geschehen im Herbst 2001 zurückhaltend gewesen, er sei bei Unternehmen, die eine zugesagte Lieferung nicht einhalten könnten, immer sehr vorsichtig. Deshalb habe man in der Folgezeit mit der Klägerin respektive ihrem Geschäftsführer durchaus ein ordentliches Verhältnis gehabt, habe aber geschäftliche Kontakte nur in wesentlich kleinerem Umfang gepflegt. Er habe im Anschluss an die Mitteilung der Klägerin, nicht liefern zu können, den Vertrag mit ihr für erledigt angesehen, und später auch nicht darüber nachgedacht, Schadenersatzansprüche geltend zu machen. Die Mitteilung der Klägerin vom 07.11.2001, sie könne nicht liefern, sei ihm letztlich gar nicht unrecht gewesen. Er sei nämlich Ende Oktober 2001 in Fernost gewesen und habe vor Ort festgestellt, dass kleinere, den Lampen der Klägerin sehr ähnliche Kugellampen dort zu einem viel günstigeren Preis angeboten

wurden. In der Folgezeit habe er dann auch diese kleinere Kugellampen aus Fernost bezogen und hier erfolgreich abgesetzt. Der Bezug der Lampen aus Fernost sei für ihn ein Grund dafür gewesen, dass er im Frühjahr 2002 an der Belieferung durch die Klägerin kein Interesse mehr gehabt habe. Er pflege aber Verträge einzuhalten und würde die bei der Klägerin bestellte Ware trotz seiner zwischenzeitlich in Fernost gewonnenen Erkenntnisse auf jeden Fall abgenommen haben, wenn die Klägerin denn zu liefern imstande gewesen wäre.

d.

31

Haben beide Zeugen damit das jeweilige Beweisthema als richtig bestätigt, hält der Senat die Zeugen für glaubwürdig, erachtet ihre Aussagen als glaubhaft und ist deshalb der festen Überzeugung (§ 286 Abs. 1 ZPO), dass die Bekundungen der Zeugen den von der Klägerin behaupteten Geschehensablauf richtig wiedergeben. Der Senat ist beiden Zeugen wegen der von der Beklagten im einzelnen aufgezeigten Indiztatsachen, die gegen die Ernsthaftigkeit der beiden in Rede stehenden Vertragsschlüsse sprechen könnten, mit dem notwendigen kritischen Abstand begegnet und hat diesen kritischen Abstand auch seiner eigenen Meinungsbildung zugrundegelegt. Auch bei einer solchermaßen verstandenen und gebotenen Zurückhaltung hat der Senat jedoch keinen greifbaren Anhalt dafür finden können, dass die Zeugen entgegen dem tatsächlichen Geschehensablauf und dann in notwendiger Absprache mit der Klägerin gleichsam ein gegen die Beklagte gerichtetes Komplott mit dem Ziel geschmiedet haben könnten, eine - wie die Beklagte es formuliert hat - "Schadenposition aufzubauen" und ihr so bewusst und rechtswidrig Schaden zuzufügen. Dafür hat die Beweisaufnahme keinen Anhaltspunkt ergeben. Namentlich der Umstand, dass weder die Zeugin E. noch der Zeuge N. vor oder nach den Bestellungen aus September 2001 mit der Klägerin Geschäfte von nennenswertem Umfang getätigt haben, hindert die Überzeugungsbildung des Senats nicht, ebenso wenig die Tatsache, dass die Zeugen E. und N. für die mit den geordneten Leuchten geplanten Geschäfte keine verbindlichen Bestellungen in schriftlicher Form vorzulegen vermochten. Gleiches gilt für den Umstand, dass sich beide Zeugen mit der Mitteilung der Klägerin zufrieden gegeben haben, diese könne wegen einer gerichtlichen Auseinandersetzung nicht liefern, obschon der Zeuge N. in seiner Bestellung sogar einen Fixtermin benannt hatte. Nach den Bekundungen der Zeugen, die beide ruhig und sachlich und ohne jedes Anzeichen von Nervosität und Unsicherheit zur Sache bekundet haben, namentlich aber auch dem persönlichen Eindruck, den der Senat von den Zeugen hat gewinnen können, schließt er die von der Beklagten für sich reklamierte "Verschwörungstheorie" als unrealistisch aus. So, wie der Senat den Zeugen N. im Termin zur Beweisaufnahme kennen gelernt hat, nimmt er ihm ohne weiteres ab, dass er als Kaufmann mit jahrzehntelanger Erfahrung in seinem Geschäft - anders als es möglicherweise der Prototyp eines "ordentlichen Kaufmanns" macht, den die Beklagte in ihrem nachgelassenen Schriftsatz vom 08.03.2004 angesprochen hat - ein Gefühl dafür entwickelt, wann bestimmte Waren "trendig" sein könnten, und dass der Zeuge dann seinem Gefühl folgend tatsächlich - wie er sagt - "aus dem Bauch heraus" eine bestimmte Menge von Produkten ordert, von denen er annimmt, dass er sie über seine Geschäftskontakte insbesondere mit großen Firmen problemlos binnen kurzer Zeit wird absetzen können. So wie der Senat dem Zeugen glaubt, dass er auch größere Mengen bestimmter, von ihm als "trendig" empfundener Waren ordert, ohne bereits über verbindliche und möglicherweise auch schriftlich dokumentierte Bestellungen zu verfügen, passt es in das Persönlichkeitsbild des Zeugen, wenn er einerseits einen Termin zur Lieferung fix vorgibt, im Falle der Nichtlieferung dann aber nicht sofort auf Schadenersatzleistung drängt und gerichtliche Hilfe in Anspruch nimmt, sondern die Gunst der Stunde nutzt und ähnlich aussehende Leuchten in Fernost bestellt, nachdem er zeitlich nach der Bestellung bei der Klägerin hat feststellen müssen, dass Leuchten der in Rede stehenden Art dort wesentlich billiger als bei der Klägerin

32

angeboten wurden. Das ist zugleich eine in sich schlüssige und den Senat überzeugende Erklärung des Zeugen N. dafür, dass er das Geschäft mit der Klägerin endgültig als nicht durchgeführt und erledigt betrachtet hat, als die Klägerin ihm mitteilte, sie könne nicht liefern. Soweit die Beklagte bezogen auf die Bekundungen des Zeugen N. eingewandt hat, seine Erklärungsversuche für den Fixtermin vom 03.12.2001 seien nicht überzeugend, außerdem hätten dann spätestens im Oktober 2001 Listungen vorgenommen werden müssen, hat der Zeuge für den Senat überzeugend dargetan, dass er den Termin vorgegeben hat, um mit den Waren ab Januar 2002 in der Hoffnung in den Markt zu gehen, dass das Gefühl, die Ware sei trendig und könne kurzfristig über Großabnehmer schnell oder doch sukzessive abgesetzt werden, ihn nicht trog.

Auch der Zeugin E. folgt der Senat, wenn sie sagt, sie habe bei der Klägerin im September 2001 die hier in Rede stehende Leuchtenlieferung verbindlich bestellt, nach der Mitteilung der Klägerin, diese könne wegen einer rechtlichen Auseinandersetzung in Deutschland nicht liefern, habe sie nicht auf Lieferung bestanden, in der Folgezeit nach Beseitigung der rechtlichen Hindernisse habe sie die ursprünglich bestellten Leuchten nicht mehr abnehmen wollen, weil zwischenzeitlich die Geschäftsführung ihres Hauptabnehmers, über den der Weiterverkauf von bereits mehr als der Hälfte der bestellten Leuchten gesichert gewesen sei, zwischenzeitlich gewechselt habe. Auch hinsichtlich der Zeugin E. hat der Senat keine durchgreifenden, die Glaubhaftigkeit ihrer Aussage oder aber die Glaubwürdigkeit ihrer Person erschütternden Umstände gefunden, die ihm Anlass geben könnten, die Richtigkeit ihrer Bekundungen anzuzweifeln. Auch insoweit steht deshalb fest (§ 286 Abs. 1 ZPO), dass der diesbezügliche Sachvortrag der Klägerin wahr ist. 33

e. 34

Nicht bewiesen ist dagegen die Behauptung der Beklagten, aufgrund der Fertigungskapazitäten der Klägerin sei es ihr überhaupt nicht möglich gewesen, Bestellungen in dem von den Firmen E. und N. getätigten Umfang zu bedienen. Die Bekundungen der zu diesem Beweisthema vernommenen, von dem erstinstanzlichen Prozessbevollmächtigten der Beklagten als Privatdetektivin engagierten Zeugin F. beruhen maßgeblich auf der Mutmaßung der ehemaligen Mitarbeiterin A. M. der Klägerin, die Klägerin sei in Anbetracht des bis dahin nicht vorgekommenen Auftragsvolumens schwerlich in der Lage gewesen, innerhalb der angegebenen Lieferzeit die benötigte Menge Lampen zu produzieren. Das ist letztlich nicht mehr als eine auf dem Hörensagen beruhende Mutmaßung, die die Feststellung der Richtigkeit der diesbezüglichen Behauptung der Beklagten nicht erlaubt. Im Gegenteil: Der Senat sieht keinen Grund, dem zu diesem Beweisthema auf Antrag der Beklagten als Partei vernommenen Geschäftsführer C. der Klägerin die Bekundung des Gegenteils nicht als glaubhaft abzunehmen. Er hat sinngemäß und für den Senat plausibel erklärt, dass seine Firma in der Lage gewesen sei, die Produktion anderer aus Plastik hergestellter Waren zurückzufahren, um den von der Firma N. vorgegebenen fixen Liefertermin einhalten zu können. Man habe "durchgerechnet", dass man den Fixtermin aus produktionstechnischer Sicht werde halten können, die Gründe für den von der Firma N. vorgegebenen Fixtermin habe man nicht hinterfragt. 35

3. 36

Hat die Beweisaufnahme demgemäß die Richtigkeit des Sachvortrags der Klägerin bezüglich der Bestellungen durch die Firmen N. und E. bestätigt, folgt daraus zugleich, dass das Landgericht mit Rücksicht darauf, dass die Schadenshöhe in Form entgangenen Gewinns zwischen den Parteien streitig ist und aufgeklärt werden muss, im Ergebnis zutreffend ausgesprochen hat, dass die Klage dem Grunde nach gerechtfertigt ist. Anders wäre das nur 37

dann, wenn mit der Rechtsauffassung der Beklagten davon ausgegangen werden müsste, die Klägerin treffe an dem Entstehen eines Schadens ein Mitverschulden. Das ist indes nicht der Fall. Soweit die Beklagte meint, es müsse der Klägerin zum Nachteil gereichen, dass diese ihr nicht frühzeitig mitgeteilt habe, dass im Falle der (weiteren) Vollstreckung der einstweiligen Verfügung eine hohe Schadenersatzforderung auf sie zukommen könne, war die Klägerin nach Auffassung des Senats zu einer solchen Mitteilung nicht verpflichtet. Darauf kommt es indes nicht an. Denn jedenfalls fehlt es an jedwedem schlüssigen Sachvortrag der Beklagten dazu, was denn geschehen wäre, wenn die Klägerin nach Zustellung der einstweiligen Verfügung die gewünschte Mitteilung gemacht hätte. Insbesondere hat die Beklagte nicht vorgetragen, dass sie dann - das schiene dem Senat auch äußerst unwahrscheinlich - auf die Vollstreckung der Rechte aus der gerade eben zugestellten einstweiligen Verfügung verzichtet oder mit der Klägerin eine wie auch immer geartete Vereinbarung über die Möglichkeit des Vertriebs der bestellten Leuchten getroffen hätte. Damit fehlt es aber schon an dem notwendigen Vortrag der Beklagten dazu, dass das etwaige Pflichtversäumnis der Klägerin in kausaler Weise zum Schadenseintritt beigetragen hätte.

Soweit die Beklagte moniert, die Klägerin habe erst sehr spät Widerspruch eingelegt, kann 38
offen bleiben, ob - wie der Senat mit der Klägerin meint - die Klägerin hierfür einen vernünftigen Grund hatte, nämlich denjenigen, zunächst den Ausgang des einstweiligen Verfügungsverfahrens abzuwarten, das die Beklagte gegen die Firma A. wegen bestimmter Kugelleuchten angestrengt hatte und das durch das rechtskräftige Urteil des Senats vom 30.11.2001 in der Sache 6 U 118/01 geendet hat. Denn wenn das Gesetz dem Anspruchsgegner und damit im Streitfall der Klägerin die Möglichkeit eines nicht befristeten Rechtsbehelfs, hier des Widerspruchs, gibt, dann kann es der Klägerin nicht zum Nachteil gereichen, wenn sie sich selbst eine angemessene Überlegungsfrist zubilligt und den Rechtsbehelf zu einem Zeitpunkt einlegt, der ihr richtig erscheint.

4. 39

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO, die Entscheidung über die vorläufige 40
Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 711, 108 ZPO.

Die Voraussetzungen für eine Zulassung der Revision nach § 543 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 ZPO 41
liegen nicht vor. Der Rechtssache kommt weder grundsätzlich Bedeutung zu noch erfordern Belange der Rechtsfortbildung oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung durch den Bundesgerichtshof. Es handelt sich vielmehr um eine Entscheidung im Einzelfall, die insbesondere die vorerwähnte Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs im Zusammenhang mit der Vorschrift des § 945 ZPO berücksichtigt und die maßgeb-

lich auf tatrichterlichen Erwägungen im Zusammenhang mit der Feststellung eines 42
Lebenssachverhalts beruht, dessen Ablauf die Parteien unterschiedlich geschildert haben und den der Senat deshalb durch Beweisaufnahme aufzuklären hatte.