

§§ 172, 189, 195, 927, 928, 929, 936 ZPO

## Wirksame Vollziehung einer einstweiligen Verfügung durch Heilung des Zustellungsmangels bei Amtszustellung

OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 04.03.2021 – 6 U 123/20, BeckRS 2021, 6182

### Fall

Die Parteien streiten über die Aufhebung einer einstweiligen Verfügung.

Die Antragstellerin erwirkte eine einstweilige Verfügung, wonach der Antragsgegnerin der Vertrieb von bestimmten Elektrogeräten unter Beifügung von bestimmten Garantiebedingungen untersagt wurde. Eine beglaubigte Abschrift des Beschlusses wurde dem Prozessbevollmächtigten der Antragsgegnerin von Amts wegen zugestellt.

Am selben Tag übersandte der Prozessbevollmächtigte der Antragstellerin dem Prozessbevollmächtigten der Antragsgegnerin eine mit dem Betreff „Vollziehung der einstweiligen Verfügung“ versehene E-Mail, der als PDF-Dokument ein Scan der einfachen Abschrift des Beschlusses angehängt war. Das Anschreiben enthielt neben der Bezeichnung des Gerichts, des Aktenzeichens und des Entscheidungsdatums u.a. folgende Formulierung: „In vorbezeichneter Angelegenheit übersenden wir anbei zum Zwecke der Vollziehung die einstweilige Verfügung. Zur Meidung einer Zustellung der Ausfertigung per Gerichtsvollzieher bitten wir um Überlassung eines Empfangsbekennnisses sowie eines Abschlusschreibens binnen einer Woche ...“.

Hierauf reagierte der Prozessbevollmächtigte der Antragsgegnerin mit Schreiben vom selben Tag, in dem er den Eingang des Schreibens bestätigte und erklärte, er werde nach seinem bevorstehenden Urlaub das weitere Vorgehen mit seiner Mandantschaft besprechen. Mit dem Eilverfahren sei man aber „auch erst einmal durch“, eines Abschlusschreibens bedürfe es daher nicht.

Die Antragsgegnerin beantragt nunmehr, etwa drei Monate nach der vorerwähnten Korrespondenz, die Aufhebung der einstweiligen Verfügung mit der Begründung, es liege ein Vollziehungsmangel vor. Die Übersendung einer einfachen unbeglaubigten Abschrift als Anhang einer E-Mail genüge den Anforderungen des § 922 Abs. 2 ZPO nicht. Der Zustellungsmangel könne auch nicht gemäß § 189 ZPO geheilt werden, weil der Vollziehungswille nicht ausreichend hervorgetreten sei. Die Antragstellerin tritt dem entgegen und begehrt die Aufrechterhaltung der einstweiligen Verfügung. Zur Begründung beruft sie sich neben der aus ihrer Sicht wirksamen Vollziehung auch darauf, dass sich die Antragsgegnerin gemäß § 242 BGB nicht auf den Zustellungsmangel berufen könne.

Entwerfen Sie die Entscheidungsgründe ohne die Nebenentscheidungen.

### Entscheidungsgründe

Der **zulässige Antrag** auf Aufhebung der einstweiligen Verfügung ist **unbegründet**.

Die Antragsgegnerin hat nicht glaubhaft gemacht, dass sich die **Umstände** nach **Erläss** der einstweiligen Verfügung gemäß **§§ 936, 927 Abs. 1 ZPO verändert** haben.

### Leitsätze

1. Die unwirksame Vollziehung einer einstweiligen Verfügung durch E-Mail des Antragstellervertreeters an den Prozessbevollmächtigten der Antragsgegnerin kann als geheilt gelten, wenn der Beschluss, mit dem die einstweilige Verfügung angeordnet wird, dem Antragsgegner überobligatorisch von Amts wegen zugestellt wird.

2. Der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung nach § 242 BGB kann auch dann geltend gemacht werden, wenn sich die Gegenseite im Eilverfahren auf die Vollziehungsfrist beruft.

Zu den **Zulässigkeitsvoraussetzungen** des Antrags siehe Thomas/Putzo/Seiler, ZPO, 42. Aufl. 2021, § 927 Rn. 4.

**Vollziehung** bezeichnet die **Zwangsvollstreckung von Arresten und einstweiligen Verfügungen**, sodass zwischen dem Arrestvollzug, der den Arrest gegenüber dem Schuldner wirksam macht, und der Arrestvollstreckung nicht zu unterscheiden ist (MüKoZPO/Drescher, 6. Aufl. 2020, § 928 ZPO Rn. 1).

Ein **Zustellungsmangel** i.S.d. § 189 ZPO liegt vor, wenn die förmliche Zustellung eines Schriftstücks nach dem Gesetz zu erfolgen, jedoch nicht stattgefunden hat. Erfasst werden Mängel jeder Art, insbesondere ein **Verstoß gegen zwingende Zustellungsvorschriften**, die zur Unwirksamkeit führen, wie **Mängel des zuzustellenden Dokuments** oder die **Zustellung einer einfachen statt einer beglaubigten Abschrift der Klageschrift**, sofern die zugestellte Abschrift mit der Urschrift übereinstimmt (Thomas/Putzo/Hübstege § 189 Rn. 6 m.w.N.).

Für den **tatsächlichen Zugang** muss das zuzustellende Dokument **auf irgendeine Weise so in die Hände** des Zustellungsadressaten (oder wegen Alt. 2 seines Vertreters) gelangt sein, dass er es **behalten und vom Inhalt Kenntnis nehmen** konnte, nicht notwendig im selben Verfahren. Selbst die Weiterleitung **des Dokuments als Fotokopie, per Fax, Scan oder E-Mail** durch den falschen Empfänger an den richtigen reicht **aus**, wegen der Fehleranfälligkeit allerdings nicht die bloße mündliche Überlieferung oder eine handschriftliche oder maschinenschriftliche Abschrift des zuzustellenden Originals (Thomas/Putzo/Hübstege § 189 ZPO Rn. 8).

1. Eine Veränderung in diesem Sinne liegt u.a. vor, **wenn** die einmonatige **Vollziehungsfrist** der **§§ 936, 929 Abs. 2 ZPO** **abgelaufen** ist, **ohne dass** eine **wirksame Vollziehung** der einstweiligen Verfügung erfolgt wäre (Thomas/Putzo/Seiler § 928 Rn. 15).

Die wirksame Vollziehung **setzt** wiederum grundsätzlich **voraus, dass** entweder eine wirksame **Zustellung bewirkt** wurde **oder** eine zunächst unwirksame Zustellung **als geheilt gilt**. **Letzteres ist im vorliegenden Fall anzunehmen**, sodass sich die Umstände unter diesem Blickwinkel nicht im Sinne des § 927 Abs. 1 ZPO verändert haben.

**a) „[8] Die einstweilige Verfügung ... wurde der Antragsgegnerin ... [zwar ursprünglich] nicht wirksam zugestellt.**

[10] ... [Dem] steht [nämlich] schon ... entgegen, dass diese [Zustellung durch Übersendung] per E-Mail erfolgt ist. Die **Vollziehung der einstweiligen Verfügung erfolgt in der Regel durch (Partei-)Zustellung an den Antragsgegner** [gemäß §§ 922 Abs. 2, 936 ZPO], wobei nach §§ 172 Abs. 1 S. 1, 191 ZPO die **Zustellung in einem anhängigen Verfahren an den für diesen Rechtszug zuständigen Prozessbevollmächtigten** zu erfolgen hat und in diesem Fall auch eine **Zustellung von Anwalt zu Anwalt** möglich ist (§ 195 ZPO). Die Zustellung an einen Anwalt ist **an sich auch durch Telefax** (§ 195 Abs. 1 ZPO i.V.m. § 174 Abs. 2 S. 1 ZPO) **oder durch elektronisches Dokument** (§ 195 ZPO i.V.m. § 174 Abs. 3 S. 1, 2 ZPO) möglich. Ein elektronisches Dokument ist **jedoch nur ein solches nach § 130 a, b ZPO** (BGH [RÜ 2019, 702]), das **hier offensichtlich nicht vorliegt, da der Antragstellervertreter hier die einfache Abschrift eines nicht-elektronischen Dokuments eingescannt hat**. Dies macht es [allerdings] nicht zu einem elektronischen Dokument.“

**b) „[12] Dieser Zustellungsmangel ist jedoch gemäß § 189 ZPO durch den tatsächlichen Zugang der einstweiligen Verfügung als geheilt anzusehen.“**

**aa) „[13] Nach einhelliger Ansicht können sowohl Urteils- als auch Beschlussverfügungen grundsätzlich § 189 ZPO unterfallen, wonach eine Heilung von Zustellungsmängeln im Zeitpunkt des tatsächlichen Zugangs an die Person eintritt, an die die Zustellung gerichtet wird.**

[14] Hier ist **damit** durch den **tatsächlichen Zugang bei dem Antragsgegnervertreter eine rechtzeitige Heilung** des Verstoßes gegen §§ 166 ff. ZPO **eingetreten**. Die Übersendung per **E-Mail ist für eine Heilung ausreichend**. Soweit umstritten war, ob für eine Heilung das Schriftstück im Original zugehen muss, oder **ausreichend ist, dass ein inhaltsgleiches Schriftstück (z.B. per E-Mail) zugeht**, hat der BGH dies in letzterem Sinne entschieden [BGH, Beschl. v. 12.03.2020 – I ZB 64/19 (KG) = BeckRS 2020, 6358]. Für den tatsächlichen Zugang als Voraussetzung der Heilung ist nicht der Zugang des zuzustellenden Originals erforderlich. Die erfolgreiche **Übermittlung einer (elektronischen) Kopie** – beispielsweise in Form eines Telefaxes, einer Fotokopie oder eines Scans – ist **ausreichend**. Dieses Verständnis entspricht dem Sinn und Zweck der Heilungsvorschrift des § 189 ZPO.“

**bb) „[15] Die Wirkung der Heilung umfasst hier auch die Form des zuzustellenden Schriftstücks, also die Zustellung einer einfachen statt einer beglaubigten Abschrift.**

[16] Nach inzwischen h.M. kann auch ein Mangel des zuzustellenden Schriftstücks, z.B. die Zustellung einer einfachen statt einer beglaubigten Abschrift, als Verletzung zwingender Zustellungsvorschriften einen Zustellungsmangel darstellen, der nach § 189 ZPO geheilt werden kann [BGH RÜ2 2016, 169].

[17] Nach der **neueren Rechtsprechung des BGH** wird der **Mangel der unterbliebenen Zustellung** einer **beglaubigten Abschrift einer Klageschrift durch die von der Geschäftsstelle des Gerichts veranlasste Übermittlung** einer (mit der Originalurkunde übereinstimmenden) **einfachen Abschrift** dieses Schriftstücks **geheilt**. Gleiches gilt bei einer einfachen statt bei einer beglaubigten Abschrift einer Nachweisurkunde i.S.v. § 750 Abs. 2 ZPO. **§ 189 ZPO** ist im Einklang mit der Zielsetzung des Gesetzgebers grundsätzlich weit auszulegen. Er hat den **Sinn**, die förmlichen Zustellungsvorschriften nicht zum Selbstzweck erstarren zu lassen, sondern die **Zustellung** auch dann **als bewirkt** anzusehen, **wenn der Zustellungszweck anderweitig**, nämlich durch tatsächlichen Zugang, **erreicht wird**. Der Zweck der Zustellung ist es, dem Adressaten **angemessene Gelegenheit** zu verschaffen, **von einem Schriftstück Kenntnis zu nehmen und den Zeitpunkt der Bekanntgabe zu dokumentieren**. Ist die Gelegenheit zur Kenntnisnahme für den Zustellungsadressaten gewährleistet und steht der tatsächliche Zugang des betreffenden Schriftstücks bei ihm fest, bedarf es daher **besonderer Gründe**, die Zustellungswirkung entgegen dem Wortlaut des § 189 ZPO nicht eintreten zu lassen. Solche Gründe können **etwa** dann gegeben sein, **wenn das Gesetz die Zustellung einer Ausfertigung vorsieht, um von vornherein jegliche Zweifel an der Authentizität und Amtlichkeit** des zugestellten Schriftstücks **auszuschließen**.

[19] Danach kann hier eine Heilung angenommen werden, da die Antragsgegnerin **durch die zeitgleiche amtswegige Zustellung einer** [beglaubigten Abschrift] **hinreichend sicher Kenntnis vom Inhalt der einstweiligen Verfügung** [nehmen] konnte ... [In der obergerichtlichen Rechtsprechung ist etwa] die **Zustellung einer einfachen Abschrift** [als ausreichend erachtet worden,] **wenn dem Vollstreckungsschuldner zu diesem Zeitpunkt schon die amtswegig zugestellte Ausfertigung des Urteils vorlag, sodass die Authentizität und Richtigkeit der im Parteibetrieb zugestellten Abschrift überprüfbar waren.**“

cc) „[20] Ohne Erfolg verweist die Antragsgegnerin darauf, dass eine Heilung hier am **Zustellungswillen** scheitere, da die Antragstellerin keine ‚förmliche‘ Zustellung habe vornehmen wollen ... [Zwar ist insoweit zutreffend,] dass eine förmliche Zustellung zumindest angestrebt worden sein muss.

[21] ... [Jedoch muss sich] der Wille **[nicht] auf die formwirksame Zustellung beziehen ... , da ansonsten insoweit für eine Heilung kein Raum mehr bliebe**. Der Wille zur Zustellung muss sich **auf die – zwar mit Mängeln behaftete, aber durchgeführte – Zustellung beziehen**. Der Zustellungsveranlasser muss also das Schriftstück **mit dem Willen übersenden, eine rechtliche Wirkung auszulösen**.

[22] ... [Daran] kann [vor dem Hintergrund des Betreffs der E-Mail, der ausdrücklichen Erwähnung der Vollziehung und der Bitte um Übersendung eines Empfangsbekennnisses zur Meidung der Zustellung per Gerichtsvollzieher] **hier kein Zweifel bestehen.**“

dd) „[23] Im vorliegenden Fall steht einer Heilung auch nicht entgegen, dass es sich **nicht** um eine **Urteils-, sondern eine Beschlussverfügung** handelt.

[24] Im Gegensatz zu Urteilen, die mit ihrer Verkündung wirksam werden, ist die **Wirksamkeit von Beschlüssen** grundsätzlich davon abhängig, dass sie **den Betroffenen mitgeteilt** werden. Ist für diese Mitteilung eine **besondere Form** vorgeschrieben, dann muss sie eingehalten werden, damit der Beschluss Wirksamkeit erlangen kann ...

Wird – wie hier – diese Zustellung allerdings entgegen der gesetzlichen Anordnung in § 922 Abs. 2 ZPO nicht durch die Partei vorgenommen, sondern von Amts wegen, ist das Zustellungserfordernis erfüllt. Der Zustellungsmangel in Form der

In der Entscheidung wird im Hinblick auf die Fälle, in denen Zweifel an der Authentizität und Amtlichkeit ausgeschlossen werden müssen, auf die Rspr. des **BGH** verwiesen, wonach die **Zustellung einer ordnungsgemäßen Ausfertigung** des Urteils erforderlich ist, damit die **Berufungsfrist** zu laufen beginnt, BGH NJW 2010, 2519. Diese Rspr. beruht allerdings auf alter Gesetzeslage und ist demnach überholt, hierzu BGH NJW 2016, 1180; MüKo/Rimmenspacher, 2020, § 517 ZPO Rn. 8. Danach **reicht eine beglaubigte Abschrift**.

Demnach ist hier eine **Heilung** der (fehlerhaften) Zustellung im Parteibetrieb anzunehmen, **weil** der Zweck der Zustellung erreicht wurde, nämlich die **angemessene** Möglichkeit zur **Kenntnisnahme** von dem Schriftstück und die Dokumentation des Zeitpunktes der Bekanntgabe. Die angemessene Kenntnisnahme ist dem OLG zufolge im vorliegenden Fall **durch die zeitgleiche amtswegige Zustellung** und die damit verbundene **Möglichkeit zur Prüfung der Authentizität und Richtigkeit** des (im Parteibetrieb zugestellten) Schriftstücks gewährleistet.

**Zustellung durch das unzuständige Organ (hier: Gericht statt Partei) hindert den Eintritt der Wirksamkeit nicht.** Die Voraussetzung der Zustellung hat nämlich – entgegen der die Vollziehung begründenden Zustellung – insoweit nicht den Zweck, den Gläubiger zu der Entscheidung zu zwingen, ob er von der einstweiligen Verfügung Gebrauch machen will. **Vielmehr dient das Zustellungserfordernis insoweit lediglich dem Zweck, die Wirksamkeit des Verfügungsbeschlusses herzustellen.** Der Zustellung der Wirksamkeitsverfügung kommt damit die Funktion zu, die **Voraussetzung der Zwangsvollstreckung überhaupt zu schaffen** (§ 750 Abs. 1 ZPO). Ist indes eine beglaubigte Abschrift ohnehin schon von Amts wegen zugestellt worden, liegen alle notwendigen Vollstreckungsvoraussetzungen vor. Eine Zustellung durch das Gericht statt durch den Gläubiger hindert das Wirksamwerden des Beschlusses nicht.

Es wird unterschieden zwischen der Zustellung eines Beschlusses als Wirksamkeits- und Vollstreckungsvoraussetzung und der Zustellung zur Vollziehung der einstweiligen Verfügung, für die eine amtswegige Zustellung (allein) mangels Dokumentation des Vollziehungswillens nicht ausreicht.

[25] Von der zum **Wirksamwerden der Beschlussverfügung** erforderlichen **Zustellung zu unterscheiden ist die Vollziehung der einstweiligen Verfügung.**

[26] Diese fällt zwar im Regelfall ... bei einer Beschlussverfügung mit der oben dargestellten Wirksamkeitszustellung zusammen. Dies ist jedoch nicht zwingend, da die **Vollziehung** anderen Zwecken dient. Sie ist ein Merkmal des Eilcharakters des einstweiligen Rechtsschutzverfahrens und **wirkt als eine immanente zeitliche Begrenzung** des dem Gläubiger gewährten Rechtsschutzes. Sie verhindert, dass die Vollziehung unter Umständen erfolgt, die sich von denen zur Zeit der Anordnung wesentlich unterscheiden, und dient so dem Schutz des Schuldners.

[27] Dementsprechend ist insoweit eine **Amtszustellung nicht ausreichend**, weil diese die notwendige Dokumentation des Vollziehungswillens nicht enthält. Die Antragstellerin hat ihren Vollziehungswillen hier durch Übersendung einer einfachen Abschrift der einstweiligen Verfügung hinreichend kundgetan. Der Zustellungsmangel ist auch insoweit als geheilt anzusehen."

In der Entscheidung wird der **Meinungsstreit** unter den Oberlandesgerichten **zur Anwendbarkeit des § 242 BGB** ausführlich dargestellt. In Abweichung zu der hier zugrunde gelegten Ansicht wird insoweit auch die Auffassung vertreten, dass es **nicht angehe**, die **Beantwortung dieser Frage von den Umständen des Einzelfalls**, einer Interessenabwägung oder einer Ermessensentscheidung **abhängig zu machen**. Die **Vollziehungsfrist** sei der **Disposition** der Parteien wie auch des Gerichts **entzogen**, könne weder abgekürzt noch verlängert werden. Gegen ihre Versäumung gebe es im Zivilprozess keine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. Die unterbliebene Vollziehung führe zur Aufhebung der einstweiligen Verfügung. Die Zustellung sei nach § 750 ZPO ein zwingendes Vollstreckungserfordernis, dessen Vorliegen im Falle einer Unterlassungsverfügung zur Anwendbarkeit des § 890 ZPO – einer strafrechtsähnlichen Norm – führe.

c) „[28] Schließlich ist es der Antragsgegnerin aus **Treu und Glauben** [§ 242 BGB] auch **verwehrt, sich auf die fehlende Vollziehung** der einstweiligen Verfügung **zu berufen.**“

aa) „[29] Im Zivilprozess untersteht das **Prozessrechtsverhältnis** zwischen den Parteien den Grundsätzen von Treu und Glauben. Bedeutung haben dabei insbesondere die **Grundsätze der unzulässigen Rechtsausübung**, die zur Unbeachtlichkeit von Prozesshandlungen führen können.

[32] ... [Diese finden **auch im Rahmen des § 929 ZPO** Anwendung,] wenn sich z.B. aus den Gesamtumständen ergibt, dass der Antragsgegner die zum Zwecke der Vollziehung erforderliche Zustellung gezielt vereitelt hat. Aber auch in einem Fall, in dem der Vollstreckungsschuldner dem Gläubiger zu verstehen gibt, dass er die Vollziehung als wirksam behandeln will und damit den Gläubiger von weiteren Vollziehungsmaßnahmen abhält, kommt ein Rechtsmissbrauch in Betracht. Der [insoweit vertretene] Einwand, die Anwendung von § 242 ZPO sei aufgrund der strengen Formalisierung des Zwangsvollstreckungsrechts grundsätzlich ausgeschlossen, überzeugt [nach der hier vertretenen Ansicht] nicht. Der Bundesgerichtshof hat in Zwangsvollstreckungsverfahren mehrfach rechtsmissbräuchliches Vorgehen bejaht.“

bb) „[34] ... [Sind die Grundsätze von Treu und Glauben demnach grundsätzlich anwendbar,] ist es der Antragsgegnerin [unter Berücksichtigung der Gesamtumstände] **hier verwehrt, sich auf eine fehlende Vollziehung zu berufen** [35] ... [Der] Prozessbevollmächtigte der Antragsgegnerin [hat] auf die E-Mail der Antragstellerin dergestalt reagiert, dass er den Empfang bestätigt ... [und auch] erklärt [hat], dass er den Eingang des Schreibens ‚zum Zwecke der Vollziehung‘ bestätige. Im Folgenden hat ... [er] auch ausdrücklich erklärt, dass ... es eines Abschluss Schreibens nicht bedürfte – mit dem Eilverfahren sei man ‚erst mal durch‘.

Gerade durch den Hinweis auf eine mögliche Abschlusserklärung und den Hinweis auf den Abschluss des Eilverfahrens hat der Antragsgegnervertreter den **Eindruck vermittelt, die einstweilige Verfügung als vollzogen ansehen zu wollen.**

[36] Der **Vertreter der Antragsgegnerin** hat **damit die wirksame Vollziehung vereitelt**. Der Vertreter der Antragstellerin hatte nämlich angekündigt, bei verweigerter Entgegennahme der einstweiligen Verfügung zum Zwecke der Vollziehung einen Gerichtsvollzieher mit der Zustellung einer Ausfertigung zu beauftragen.“

**2. Anderweitige Umstände**, die sich nach Erlass der einstweiligen Verfügung i.S.d. **§ 927 Abs. 1 ZPO** verändert haben, sind **nicht ersichtlich**.

Das OLG hatte sich mit den **Voraussetzungen der Vollziehung** einer einstweiligen Verfügung zu beschäftigen. Die darauf zu treffende Entscheidung ergeht gemäß **§ 927 Abs. 2 ZPO stets durch Endurteil**, und zwar auch dann, wenn der Arrest oder die einstweilige Verfügung durch Beschluss angeordnet wurde (MüKo/Drescher, 2020, § 927 ZPO Rn. 15). Da die Vollziehung – wie oben erwähnt – quasi die Vollstreckung eines Arrestes bzw. einer einstweiligen Verfügung darstellt, folgt sie, mit diversen Ausnahmen, die insbesondere in den §§ 929 ff. ZPO geregelt sind, **grundsätzlich den Regeln der Zwangsvollstreckung** (Thomas/Putzo/Seiler § 928 Rn. 1).

Auch die in der Entscheidung im Fokus stehende **Wirksamkeit der Zustellung** kann in vielen Fallkonstellationen als **zusätzliches prozessuales Problem in eine Klausur** eingebaut werden, **insbesondere dann, wenn** die Aufgabe einen **zwangsvollstreckungsrechtlichen Hintergrund** aufweist (§ 750 Abs. 1 S. 1 ZPO).

Interessant ist in diesem Kontext auch die in **RÜ2 2021, 28** besprochene Entscheidung des BGH, wonach mit Blick auf den Sinn der von § 189 ZPO eröffneten Heilungsmöglichkeit dem Zustellungsempfänger nicht zwingend eine Kopie genau des ihm zuzustellenden Schriftstücks zugehen muss. Es ist vielmehr **ausreichend**, aber auch erforderlich, dass er eine **inhaltlich mit diesem Schriftstück übereinstimmende Kopie** erhält, die etwa auch in der einem anderen Verfahrensbeteiligten zugegangenen, inhaltsidentischen beglaubigten Abschrift der zuzustellenden Entscheidung – oder auch in einer Kopie von dieser – bestehen kann.

RiLG Dr. Tanja Stuckmann