

Herausgeber

Prof. Dr. Helmut Köhler

Wissenschaftlicher Beirat

Prof. Dr. Wolfgang Büscher

Prof. Dr. Franz Hacker

Dr. Gangolf Hess

Prof. Dr. Thomas Koch

Prof. Dr. Stefan Leible

Dr. Reiner Münker

In Zusammenarbeit mit der
Zentrale zur Bekämpfung
unlauteren Wettbewerbs
Frankfurt am Main e.V.

dfv' Mediengruppe

Frankfurt am Main

Editorial: Prof. Dr. Helmut Köhler

Die Fashion ID-Entscheidung des EuGH: Maßstab auch für die Durchsetzung der DS-GVO?

1095 Prof. Dr. Rolf Sack

Herkunftslandprinzip und internationales Lauterkeitsrecht

1102 Prof. Dr. Rupprecht Podszun und Adrian Deuschle

Schadensersatz bei Verstoß gegen eine Marktverhaltensregelung

1110 Dr. Matthias Schröder

Die unberechtigte Abmahnung aus lauterkeitsrechtlichem Nachahmungsschutz (§§ 3 Abs. 1, 4 Nr. 3 UWG)

1117 Dr. Bernhard Ulrici

Die Eindämmung von Abmahnmissbrauch und das Recht der Vertragsstrafe

1124 Rolf Becker und Dipl.-Wirtschaftsjurist Martin Rätze

Die Angabe effizienter Kommunikationsmöglichkeiten im Fernabsatz

1129 Mag. Dr. Lothar Wiltschek und Dr. Katharina Majchrzak

Wettbewerbs- und Markenrecht in Österreich (Teil 2)

1135 Kristina Wagner, LL.M.

Dein Artikelname, meine Marke: Die Interdependenz zwischen den absoluten Schutzhindernissen und der Verletzungssituation

1143 Friedrich Bernreuther

Zur rechtlichen Einordnung der Vollziehungshandlung gemäß § 928 ZPO und zum Umfang der Heilung von Zustellungsmängeln gemäß § 189 ZPO

1146 Fashion ID/Verbraucherzentrale NRW

EuGH, Urteil vom 29.07.2019 – C-40/17

1156 Pelham GmbH u. a./Ralf Hütter u. a.

EuGH, Urteil vom 29.07.2019 – C-476/17

1162 Spiegel Online/Volker Beck

EuGH, Urteil vom 29.07.2019 – C-516/17

1170 Funke Medien NRW/Bundesrepublik Deutschland

EuGH, Urteil vom 29.07.2019 – C-469/17

1176 Werbeprospekt mit Bestellpostkarte II

BGH, Urteil vom 11.04.2019 – I ZR 54/16

1182 Umwelthilfe

BGH, Urteil vom 04.07.2019 – I ZR 149/18

RA Friedrich Bernreuther, München*

Zur rechtlichen Einordnung der Vollziehungshandlung gemäß § 928 ZPO und zum Umfang der Heilung von Zustellungsmängeln gemäß § 189 ZPO

INHALT

I. Sachverhalt

II. Entscheidung

1. Die Überprüfungsmöglichkeit von Voraussetzungen des einstweiligen Verfügungsverfahrens durch den BGH

2. Die rechtliche Einordnung der Vollziehung gemäß den §§ 928, 929 Abs. 2 ZPO

- a) Die Auffassung des BGH als Gegenstand des Urteils vom 21.02.2019 – III ZR 115/18
- b) Bemerkungen zur Entscheidung des BGH
 - aa) Gerechtfertigte Gleichsetzung von Zustellungs- und Vollziehungshandlung?
 - bb) Heilung aller Zustellungsfehler bei oder wegen immer komplizierterer Lage?

III. Fazit

- 1 Die Rechtsprechung der mit der rechtlichen Einordnung der Vollziehungshandlung i. S. der §§ 928, 929 Abs. 2 ZPO befassten Zivilsenate des BGH ist – anders als es die hinsichtlich der prozessrechtlichen Fragestellungen des Falles nachfolgend besprochene Entscheidung des BGH¹⁾ vermuten lässt – nicht einheitlich; Gleiches gilt für den Umfang der Heilung von Zustellungsmängeln gemäß § 189 ZPO.

I. Sachverhalt

- 2 Zur Wahrnehmung des Zustellungsauftrages vom 26.08.2014 hatte die zuständige Obergerichtsvollzieherin (nachfolgend: Gerichtsvollzieher) die zugunsten des Gläubigers am 18.08.2014 ergangene Beschlussverfügung durch Postsendung zugestellt. Der Zustellauftrag des Gläubigervertreeters nannte als Anlagen „2 Ausfertigungen des Beschlusses, 2 x Antragschrift und Anlagen, 1 Abschrift des Beschlusses“. Streitig zwischen der Gläubigerseite und dem Gerichtsvollzieher war, ob mit der am 29.08.2014 an den Schuldner erfolgten Postzustellung eine Ausfertigung oder eine einfache, vom Urkundsbeamten nicht jedoch vom Gerichtsvollzieher beglaubigte Beschlussabschrift übergeben wurde.
- 3 Als Folge des entsprechenden Schuldnerauftrags auf Beschlussaufhebung wegen Versäumung der Vollziehungsfrist gemäß § 929 Abs. 2 ZPO – eine Streitverkündung gegenüber dem Gerichtsvollzieher war nicht erfolgt – hatte das Landgericht Chemnitz mit Urteil vom 06.05.2015 die Beschlussverfügung vom 18.08.2014 aufgehoben. Die daraufhin vom Gläubiger gegen den Gerichtsvollzieher wegen Amtspflichtverletzung gemäß

§ 839 BGB erhobene Klage auf Erstattung der Kosten des Verfügungsverfahrens als Schadenersatz führte bis zum BGH. Dieser hob das klageabweisende, die Entscheidung des Landgerichts bestätigende Berufungsurteil des OLG Dresden auf und verwies die Sache an das Berufungsgericht zurück.

II. Entscheidung

1. Die Überprüfungsmöglichkeit von Voraussetzungen des einstweiligen Verfügungsverfahrens durch den BGH

Dass der BGH über Voraussetzungen des einstweiligen Verfügungsverfahrens – wie hier – entscheidet, ist selten. Dies deshalb, weil die Revision gegen Verfügungsentscheidungen der Berufungsgerichte im Hinblick auf § 542 Abs. 2 ZPO nicht zulässig ist²⁾. Der BGH kann daher einheitliche Maßstäbe zu den das Verfügungsverfahren regelnden Prozessvoraussetzungen nur dann entwickeln, wenn die betreffende Verfahrensvoraussetzung auch in einem Revisionsverfahren geprüft werden muss. Die Doppelmaßgeblichkeit von Prozessvoraussetzungen des einstweiligen Verfügungsverfahrens ereignet sich erstens in gerichtlichen Verfahren über Ordnungsgeldanträge³⁾. Hier muss auch der BGH von Amts wegen⁴⁾ prüfen, ob der Titel wirksam vollzogen ist. Im Ordnungsgeldverfahren muss der BGH ferner von Amts wegen prüfen, ob der zugrunde liegende Titel hinreichend bestimmt⁵⁾ ist.

Die Rechtmäßigkeit des Titels darf der BGH hingegen nicht prüfen, da es im Ordnungsmittelverfahren nicht auf den Gesetzes-, sondern auf den Titelverstoß⁶⁾ ankommt.

Die Doppelmaßgeblichkeit von Prozessvoraussetzungen des einstweiligen Verfügungsverfahrens ereignet sich zweitens in Prozessen, in denen es um die Reichweite dieser Voraussetzungen als Grundlage der Zwangsvollstreckung, so z. B. bei grenzüberschreitenden Sachverhalten, geht⁷⁾.

Die Doppelmaßgeblichkeit von Prozessvoraussetzungen des einstweiligen Verfügungsverfahrens ereignet sich drittens in Schadenersatzprozessen⁸⁾ und damit auch in Amtshaftungsprozessen wie dem hier besprochenen Fall⁹⁾.

- 2) BGH, 27.02.2003 – I ZB 22/02, WRP 2003, 658 – Rechtsbeschwerde I.
- 3) BGH, 23.10.2003 – I ZB 45/02, WRP 2004, 235 – Euro-Einführungsrabatt; BGH, 22.01.2009 – I ZB 115/07, WRP 2009, 999 – Ordnungsmittelandrohung.
- 4) BGH, 11.05.2017 – V ZB 175/15, BeckRS 2018, 37000, Rn. 8; BGH, 13.10.2016 – V ZB 174/15, NJW 2017, 411, Rn. 20.
- 5) BGH, 19.05.2011 – I ZB 57/10, NJW 2011, 3161, Rn. 13.
- 6) OLG Stuttgart, 07.04.2015 – 2 W 2/15, WRP 2015, 1263 – Gerichtlicher Prüfungsumfang; BGH, 27.04.2017 – I ZB 91/16, K&R 2017, 654; BGH, 01.02.2017 – VII ZB 22/16, NJW-RR 2017, 510.
- 7) BGH, 13.12.2018 – V ZB 175/15, BeckRS 2018, 37000 und 11.05.2017 – V ZB 175/15, BeckRS 2017, 114741; s. auch BGH, 25.10.1992 – IX ZR 211/89, NJW 1991, 496.
- 8) BGH, 22.10.1992 – IX ZR 36/92, WRP 1993, 308 – Straßenverengung; BGH, 06.12.1988 – III ZR 141/83, MDR 1985, 1000.
- 9) BGH, 22.02.2019 – III ZR 115/18, WRP 2019, 767 – Bewirkung der Zustellung.

* Mehr über den Autor erfahren Sie auf S. 1233.

1) BGH, 21.02.2019 – III ZR 115/18, WRP 2019, 767 – Bewirkung der Zustellung einer im Beschlusswege erwirkten einstweiligen Verfügung; in materiell-rechtlicher Hinsicht bespricht die Entscheidung mittels Urteilsanmerkung *Tolani*, NJW 2019, 1377.

2. Die rechtliche Einordnung der Vollziehung gemäß den §§ 928, 929 Abs. 2 ZPO

a) Die Auffassung des BGH als Gegenstand des Urteils vom 21.02.2019 – III ZR 115/18

8 Unter Bezugnahme auf vorherige Rechtsprechung anderer Zivilsenate¹⁰⁾ legt der BGH dar, dass die Übersendung der beglaubigten Abschrift seit dem 01.07.2014 zur Regelform der Urteilszustellung geworden und für die Begründung der Rechtsmittelfristen ausreichend ist. „Dementsprechend bedarf auch die Amtszustellung einer im Urteilsweg erlassenen einstweiligen Verfügung lediglich der Übermittlung einer vom Gericht beglaubigten Urteilsabschrift“¹¹⁾. Gleiches gelte für die Beschlussverfügung. Es gebe „keinen erkennbaren sachlichen Grund dafür, an die Zustellung (und damit an die Wirksamkeit und Vollziehung) einer Beschlussverfügung strengere Anforderungen zu stellen als an die die Zwangsvollstreckungsvoraussetzungen nach § 750 Abs. 1 S. 1 ZPO herbeiführende Zustellung einer Urteilsverfügung (OLG Hamburg, a. a. O. Rn. 18 ff., 21¹²⁾)“¹³⁾. Obschon im entschiedenen Fall jedenfalls eine lediglich vom Urkundsbeamten nicht unterschriebene Beschlussabschrift zugestellt worden war, spreche viel für die Auffassung des Berufungsgerichts, dass dieser Zustellungsmangel vermittels der Beglaubigung durch den Gerichtsvollzieher gemäß § 189 ZPO geheilt werden kann¹⁴⁾.

9 Es heilt – so der BGH weiter – nach dessen neuerer Rechtsprechung die von der Geschäftsstelle des Gerichts veranlasste Übermittlung einer originalgetreuen einfachen Abschrift den Mangel der unterbliebenen Zustellung einer beglaubigten Abschrift der Klageschrift. „Gleiches gilt bei der Zustellung lediglich einer einfachen statt einer beglaubigten Abschrift einer Nachweisurkunde i. S. von § 750 Abs. 2 ZPO“¹⁵⁾. „Denn die insoweit maßgebliche Regelung des § 189 ZPO „hat den Sinn, die förmlichen Zustellungsvorschriften nicht zum Selbstzweck erstarren zu lassen, sondern die Zustellung auch dann als bewirkt anzusehen, wenn der Zustellungszweck (...) durch tatsächlichen Zugang erreicht wird“¹⁶⁾. „Den Bedenken, ob die Übersendung einer einfachen Kopie der Beschlussverfügung hinreichend authentisch und amtlich ist mit der Folge der Heilungswirkung, könnte dadurch genügt werden, dass die einfache Abschrift der Beschlussverfügung durch den zustellenden Gerichtsvollzieher beglaubigt worden ist“¹⁷⁾. Die Frage der Heilung müsse aber nicht abschließend entschieden werden, weil auch im Fall der Bejahung einer Heilung ein Verstoß gegen Amtspflichten nicht entfiele“¹⁸⁾.

b) Bemerkungen zur Entscheidung des BGH

aa) Gerechtfertigte Gleichsetzung von Zustellungs- und Vollziehungshandlung?

10 Schwierig einzuordnen ist zunächst die Feststellung des BGH, die Rechtsmittelfrist werde im Hauptsacheverfahren mittels Übersendung einer beglaubigten Urteilsabschrift in Gang ge-

setzt¹⁹⁾. Gleiches gelte für das im Verfügungsverfahren ergangene Urteil²⁰⁾. Schwierig einzuordnen ist diese Feststellung deshalb, weil hierdurch die Frage aufgeworfen wird, ob auch für die Vollziehung der Urteilsverfügung die Amtszustellung genügt. Dies wäre neu und stünde im Gegensatz zur bisherigen h. M.²¹⁾. Sollte demgegenüber der BGH bei seiner Gleichsetzung von Hauptsacheurteil und Verfügungsurteil nicht auf die Vollziehung und damit nicht auf die Wahrung der Vollziehungsfrist, sondern allein auf den Beginn der Rechtsmittelfrist abgestellt haben, bliebe die Einordnung des Nachfolgesatzes: „Nichts anderes gilt seit dem 01.07.2014 für die Zustellung einer Beschlussverfügung“ schwierig und zwar deshalb, weil die Einlegung des Widerspruchs gemäß § 924 ZPO gegen eine Beschlussverfügung nicht an Fristen gebunden ist²²⁾. Noch schwieriger einzuordnen ist die vom BGH vorgenommene Gleichsetzung von Vollziehungs- und Zustellungshandlung hinsichtlich deren Wirksamkeitsvoraussetzungen²³⁾.

Zur Begründung dieser Gleichsetzung bezieht sich der III. Zivilsenat des BGH auf eine Entscheidung des OLG Hamburg²⁴⁾, welche ihrerseits zur Begründung die Entscheidung des BGH mit dem Stichwort „Ordnungsmittelandrohung“²⁵⁾ nennt. Nach Auffassung des OLG Hamburg ist die Vollziehung Voraussetzung für die Zwangsvollstreckung, sie geht der Zwangsvollstreckung voraus, ist jedoch noch keine Maßnahme der Zwangsvollstreckung²⁶⁾.

„Die Zwangsvollstreckungsvoraussetzungen der §§ 724 Abs. 1, 750 Abs. 1 ZPO müssen erst vorliegen, wenn nach § 890 ZPO vollstreckt werden soll“²⁷⁾ Dies bedeute für Beschlussverfügungen, dass für die Vollziehungsvoraussetzungen die Einhaltung der Zustellungsvoraussetzungen, also die Zustellung der beglaubigten Entscheidungsabschrift genügt. Für einen erfolgreichen Ordnungsgeldantrag müssen jedoch die Zwangsvollstreckungsvoraussetzungen erfüllt, es muss also die Zustellung der Beschlussausfertigung erfolgt sein. Hierbei wirkt diese Zwangsvollstreckungsvoraussetzung zurück, d. h., die Verhängung eines Ordnungsmittels wird möglich für Verletzungshandlungen vor Zustellung der Ausfertigung oder der beglaubigten Abschrift, vorausgesetzt, die Beschlussverfügung ist wirksam zugestellt. Und wurde lediglich eine nicht beglaubigte, also eine einfache Abschrift der Beschlussausfertigung zugestellt, kann auch dieser Mangel nach § 189 ZPO geheilt sein²⁸⁾.

Anders als der III. Zivilsenat des BGH es ausführt, wird jedoch nicht einheitlich vertreten, Vollziehungs- und Vollstreckungshandlung seien rechtlich verschieden. Vielmehr dürfte es näherliegend sein, die Vollziehungshandlung als Maßnahme der Zwangsvollstreckung anzusehen. Dies deshalb, weil es dem Gläubiger nicht um die Kenntnisverschaffung von der Existenz

10) BGH, 15.02.2018 – V ZR 76/17, NJOZ 2018, 1145, Rn. 4 und BGH, 27.01.2016 – XII ZB 684/14, NJW 2016, 1180, Rn. 16.

11) BGH, 21.02.2018 – III ZR 115/18, WRP 2019, 767 Rn. 10 – Bewirkung der Zustellung.

12) OLG Hamburg, 25.07.2018 – 3 U 51/18, BeckRS 2018, 17282, Rn. 18 ff.

13) BGH, 21.02.2019 – III ZR 115/18, WRP 2019, 767, Rn. 11 – Bewirkung der Zustellung.

14) BGH, 21.02.2019 – III ZR 115/18, WRP 2019, 767, Rn. 12 – Bewirkung der Zustellung.

15) BGH, 21.02.2019 – III ZR 115/18, WRP 2019, 767, Rn. 13 – Bewirkung der Zustellung.

16) BGH, 21.02.2019 – III ZR 115/18, WRP 2019, 767, Rn. 13 – Bewirkung der Zustellung.

17) BGH, 21.02.2019 – III ZR 115/18, WRP 2019, 767, Rn. 14 – Bewirkung der Zustellung.

18) BGH, 21.02.2019 – III ZR 115/18, WRP 2019, 767, Rn. 15 – Bewirkung der Zustellung.

19) BGH, 27.01.2016 – XII ZB 684/14, NJW 2016, 1180, Rn. 16.

20) BGH, 21.02.2019 – III ZR 115/18, WRP 2019, 767, Rn. 10 – Bewirkung der Zustellung.

21) BGH, 22.10.1992 – IX ZR 36/92, WRP 1993, 308 – Straßenverengung; hiervon abweichend OLG Stuttgart, 29.11.1996 – 2 O 182/96, WRP 1997, 350 und OLG Stuttgart, 28.04.1997 – 2 O 215/96, WRP 1997, 873; vgl. den Besprechungsaufsatz hierzu von Teplitzky, WRP 1998, 935: „Hinzu kommt, dass die Begründung des Oberlandesgerichts nicht nur äußerst dürftig erscheint (...), sondern (...) bereits mehr als hinreichend widerlegt worden ist“; Feddersen, in: Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, 12. Aufl. 2019, Kap. 55, Rn. 38 nebst umfangreichen Nachweisen zur Rechtsprechung der Oberlandesgerichte und der juristischen Literatur in Fn. 195.

22) Vollkommer, in: Zöllner, ZPO, 32. Aufl. 2018, § 924, Rn. 4.

23) BGH, 21.02.2019 – III ZR 115/18, WRP 2019, 767, Rn. 11 – Bewirkung der Zustellung.

24) OLG Hamburg, 25.07.2018 – 3 U 51/18, BeckRS 2018, 17282, Rn. 18 ff., Rn. 21.

25) BGH, 22.01.2009 – I ZB 115/07, WRP 2009, 999 – Ordnungsmittelantrag.

26) OLG Hamburg, 25.07.2018 – 3 U 51/18, BeckRS 2018, 17282, Rn. 18.

27) OLG Hamburg, 25.07.2018 – 3 U 51/18, BeckRS 2018, 17282, Rn. 19 unter Bezugnahme auf BGH, 22.01.2009 – I ZB 115/07, WRP 2009, 999, Rn. 14 – Ordnungsmittelandrohung.

28) BGH, 13.10.2016 – V ZB 174/15, NJW 2017, 411, Rn. 21; BGH, 21.02.2019 – III ZR 115/18, WRP 2019, 767, Rn. 13 – Bewirkung der Zustellung.

Bernreuther, Zur Vollziehungshandlung und zum Umfang der Heilung von Zustellungsmängeln

eines Titels gegenüber dem Schuldner, sondern um die sofortige Titeldurchsetzung geht. Dies gilt zumindest für den Bereich des gewerblichen Rechtsschutzes und des Urheberrechts, ferner für das Äußerungsrecht, also für Rechtsgebiete, in denen pädagogische Leitvorstellungen²⁹⁾ zum Umgang mit einer erstrittenen Entscheidung eher selten rechtlich bedeutsam sind. Auch die ZPO weist keine Dreiteilung in Zustellung, Vollziehung und Zwangsvollstreckung auf.

- 14 Für die Einordnung der allein im Eilverfahren gemäß § 924 Abs. 2 ZPO geregelten Vollziehungshandlung als Maßnahme der Zwangsvollstreckung³⁰⁾ spricht auch der Wortlaut von § 928 ZPO („Auf die Vollziehung des Arrestes sind die Vorschriften über die Zwangsvollstreckung entsprechend anzuwenden (...“). Hierfür spricht ferner die stets notwendige Durchsetzbarkeit von Eilentscheidungen als Folge der aufgrund Interessenabwägung bejahten bzw. gemäß § 12 Abs. 2 UWG gesetzlich vermuteten Dringlichkeit. Für die hier vertretene Auffassung – die Wahrung der Vollziehungsfrist ist Zwangsvollstreckungshandlung mit der Folge der Notwendigkeit der Zustellung einer Nachweisurkunde gemäß § 750 Abs. 1 ZPO – spricht schließlich die Rechtsauffassung eines anderen Senats des BGH: „[Der Ablauf der Frist gemäß § 929 Abs. 2 ZPO] führt aber dazu, dass die Vollstreckbarkeit des Titels durch Zeitablauf endet“³¹⁾. An diese Vorlageentscheidung anknüpfend führt der EuGH – referierend – aus: „Wie der Vorlageentscheidung zu entnehmen ist, beschränkt die Vollziehungsfrist die zwangsweise Durchsetzung des Arrestbefehls, nicht aber dessen Wirksamkeit“³²⁾.

bb) Heilung aller Zustellungsfehler bei oder wegen immer komplizierterer Lage?

- 15 Lässt sich die formgerechte Zustellung eines Dokuments nicht nachweisen oder steht die formwidrige Zustellung fest, ist gemäß § 189 ZPO der Zustellungsmangel in dem Zeitpunkt geheilt, in dem das Dokument dem vom Gesetz vorgesehenen Zustellungsadressaten tatsächlich zugegangen ist. Konkret bedeutete dies: Statt der Übersendung einer beglaubigten Abschrift als Regelfall³³⁾ der Zustellung war eine nicht beglaubigte, also eine einfache Abschrift der Beschlussverfügung zugestellt worden. Dieser Mangel war – wohl – dadurch geheilt worden, dass die einfache Abschrift der Beschlussverfügung durch den Gerichtsvollzieher beglaubigt worden war³⁴⁾. Somit hätte zumindest vor Stellung eines Ordnungsmittelantrags zwar eine Ausfertigung oder eine beglaubigte Abschrift der Ausfertigung der jeweiligen Verfügungsentscheidung zugestellt sein müssen. Aber auch insoweit tritt Heilung gemäß § 189 ZPO ein, wenn die einfache Abschrift der Ausfertigung nach Inhalt und Fassung mit der in der Gerichtsakte vorhandenen Nachweisurkunde übereinstimmt³⁵⁾. Zusammenfassend insoweit gilt also: Vermittels der Nichteinord-

nung der Vollziehungshandlung als Zwangsvollstreckungshandlung macht der III. Zivilsenat des BGH die Lage komplizierter, weil ein wirksamer Ordnungsgeldantrag die Amtszustellung, die Vollziehungshandlung und die Zwangsvollstreckungshandlung voraussetzt. Alles kann – und wird – dann aber wieder über § 189 ZPO geglättet werden.

Zu dieser Darlegung von § 189 ZPO kann es deshalb kommen, weil der BGH³⁶⁾ Bezug nimmt auf frühere Rechtsprechung anderer Senate. Dort ist ausgeführt, dass der Wortlaut von § 189 ZPO: „Lässt sich die formgerechte Zustellung eines Dokuments nicht nachweisen, (tritt Heilung mit tatsächlichem Zugang ein)“ umzudeuten ist in: „Lässt sich die formgerechte Zustellung eines formgerechten Dokuments nicht nachweisen, (tritt jeweils Heilung mit tatsächlichem Zugang ein)“. Die Rechtsprechung dieser Senate des BGH bezieht die Heilungsmöglichkeit nach § 189 ZPO also nicht nur auf den tatsächlichen Zugang eines mangelfreien Dokuments, sondern auch auf Mängel des Dokuments³⁷⁾ (keine Ausfertigung; keine beglaubigte Abschrift der Ausfertigung; keine beglaubigte Abschrift; gleichwohl tritt Heilung ein) und nennt hierbei pauschal, also ohne weitere Begründung Wortlaut, Bedeutungszusammenhang, Sinn und Zweck und Entstehungsgeschichte³⁸⁾. Der BGH zitiert zwar Teile der beiden Lager der betreffenden juristischen Literatur, nicht jedoch frühere Rechtsprechung des BGH. Die ausdehnende Anwendung von § 187 ZPO auch auf Mängel des Dokuments wurde von manchen Senaten des BGH bejaht³⁹⁾, von anderen Senaten verneint⁴⁰⁾. Der BGH nennt ferner keine juristischen Autoren des Verfahrensrechts betreffend den gewerblichen Rechtsschutz und das Urheberrecht, also insbesondere nicht Ahrens⁴¹⁾, nicht Teplitzky⁴²⁾ und nicht Retzer⁴³⁾. Die Entscheidungsbegründung zur Ausweitung des Anwendungsbereichs von § 189 ZPO unterlässt also die juristische Argumentation dort, wo der Schwerpunkt des einstweiligen Rechtsschutzes liegt, also „fraglos in den Unterlassungsverfügungsverfahren des Zivilrechts und hier namentlich des Wettbewerbsrechts“⁴⁴⁾.

Was die Bezugnahme auf die Entstehungsgeschichte angeht, so wird vertreten, dass „Der Senat (...) den (...) objektivierten Willen des Zustellungsreformgesetzes (missachtet), das laut Gesetzesbegründung zwischen einem Mangel des zuzustellenden Dokuments und einem Mangel des Zustellungsvorgangs klar differenziert (...)“⁴⁵⁾. Der BGH führt weiter aus: „Die Aufgabe zwingender Zustellungsvorschriften in jenen (Einzel-)fällen (...) ist jeder Heilung immanent. Sie findet ihre Begründung in der Prozesswirtschaftlichkeit und der materiellen Gerechtigkeit; Verfahrensvorschriften – auch Zustellungsvorschriften – sind kein Selbstzweck“⁴⁶⁾.

Vor dem Hintergrund dieser Ausführungen wäre der Vorschlag gerechtfertigt – wie bis kurzem gehandhabt –, den angeblichen

29) Hofmann, GRUR 2017, 848 ff. regt in seiner Anmerkung zu BGH, 04.04.2017 – VI ZR 123/16, WRP 2017, 806 die Übernahme der Anwendung des vom VI. Zivilsenat „entwickelten Moderationsverfahrens“, welches die Tatbestandsseite der Störerverantwortlichkeit betrifft, durch den I. Zivilsenat an. Schwierigkeiten hat der Verfasser mit dem anderweitigen Vorschlag von Hofmann, GRUR 2018, 21 ff., den „erforderlichen Interessenausgleich im Urheberrecht über die Rechtsdurchsetzung erfolgen zu [lassen]“. Der Verfasser sieht die Gefahr, dass im übernächsten Schritt ein Mediationsverfahrens nach Titelerhalt angemahnt wird.

30) OLG Düsseldorf, 21.04.2015 – I-20 O 181/14, WRP 2015, 764 – Diamant-Trennscheiben; Feddersen, in: Teplitzky (Fn. 21), Kap. 55, Rn. 37: „Die Vollziehung (...) ist (...) die besondere Form der Zwangsvollstreckung dieser (vorläufigen) Titel (§§ 928-934, § 936 ZPO) (...)“; ebenso Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 37. Aufl. 2019, § 12, Rn. 3.61; ebenso Retzer, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, 4. Aufl. 2016, § 12 Rn. 508.

31) BGH, 11.05.2017 – V ZB 175/15, BeckRS 2017, 114741, Rn. 15.

32) EuGH, 04.10.2018 – C-379/17, NJW 2019, 581, Rn. 30.

33) BGH, 21.02.2019 – III ZR 115/18, WRP 2019, 767, Rn. 10 – Bewirkung der Zustellung.

34) BGH, 21.02.2019 – III ZR 115/18, WRP 2019, 767, Rn. 14 – Bewirkung der Zustellung.

35) BGH, 30.10.2016 – V ZB 174/15, NJW 2017, 411, Rn. 21.

36) BGH, 21.02.2019 – III ZR 115/18, WRP 2019, 767, Rn. 13 – Bewirkung der Zustellung.

37) BGH, 22.12.2015 – VI ZR 79/15, NJW 2016, 1517, Rn. 17.

38) BGH, 22.12.2015 – VI ZR 79/15, NJW 2016, 1517, Rn. 17.

39) BGH, 28.10.1954 – III ZR 327/52, NJW 1955, 142; BGH, 16.10.1956 – VI ZR 174/55, NJW 1956, 1878; BGH, 08.10.1964 – Ib ZB 16/64, NJW 1965, 104; BGH, 25.01.1980 – V ZR 161/76, NJW 1980, 1754.

40) BGH, 24.03.1987 – KVR 10/85, WRP 1987, 722 – Unwirksame Untersagungsverfügung der Kartellbehörde; BGH, 09.06.2010 – XII ZB 132/09, NJW 2010, 2519.

41) Berneke, in: Ahrens, Der Wettbewerbsprozess, 8. Aufl. 2017, Kap. 57, Rn. 41: keine Heilung des fehlerhaften Dokuments.

42) Feddersen, in: Teplitzky, (Fn. 21), Kap. 55, Rn. 44: keine Heilung des fehlerhaften Dokuments.

43) Retzer, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig (Fn. 30), § 12 Rn. 539: keine Heilung des fehlerhaften Dokuments.

44) Teplitzky, GRUR 1993, 418, Anmerkung zu BGH, 22.10.1992 – IX ZR 36/92, WRP 1993, 308 – Straßenverengung.

45) Böttcher, NJW 2016, 1520, Anmerkung zu BGH, 22.12.2015 – VI ZR 79/15, NJW 2016, 1517.

46) BGH, 22.12.2015 – VI ZR 79/15, NJW 2016, 1517, Rn. 27.

EuGH: Fashion ID/Verbraucherzentrale NRW

oder tatsächlichen Unterlassungsschuldner vor Erlass einer Beschlussverfügung nicht immer anzuhören. Wenn in solchen Fällen Widerspruch auch mit der Begründung der Verletzung rechtlichen Gehörs eingelegt worden war, hatten die Instanzrichter lächelnd in der nachfolgenden mündlichen Verhandlung darauf hingewiesen, rechtliches Gehör sei hiermit nachgeholt. Dies ändere jedoch am Bestand der gänzlich oder teilweise ohne Anhörung zustande gekommenen Beschlussverfügung nichts. Denn die sachliche Richtigkeit habe generellen Vorrang vor dem Hintergrund der „Prozesswirtschaftlichkeit und der materiellen Gerechtigkeit“⁴⁷). Leider passt die Tendenz, auf die formelle Seite des Rechts in der beschriebenen Weise keinen Wert zu legen, in den Zeitgeist.

III. Fazit

- 19 Der durch die besprochene Entscheidung vermittelte Eindruck, die Vollziehung einer einstweiligen Verfügung sei keine Zwangsvollstreckungshandlung, ferner die Heilung gemäß § 189 ZPO gelte nicht nur für einen mangelhaften, weil zunächst gegenüber einem nicht autorisierten Adressaten erfolgten Zugang, sondern auch für Urkundsmängel, ist aufgrund jeweils gegensätzlicher, weiterer Rechtsprechung anderer Senate des BGH nicht zutreffend. Um Diskussionen zu vermeiden, sollte daher der Unterlassungsgläubiger immer eine Ausfertigung oder eine beglaubigte Abschrift der Ausfertigung zustellen lassen. Erfolgt nicht diese

Art der Zustellung von Anwalt zu Anwalt, sollte es der Unterlassungsgläubiger unterlassen, eine einfache Abschrift dem Gerichtsvollzieher zukommen zu lassen. Demgegenüber muss der Unterlassungsschuldner stets prüfen, welchen Standpunkt zur Wahrung der Vollziehungsfrist (genügt – wie der III. Zivilsenat ausführt – eine Zustellungshandlung oder ist erforderlich die Vollstreckungshandlung?) bzw. zum Anwendungsbereich von § 189 ZPO (erfasst § 189 ZPO auch die Heilung von Urkundsmängeln nach tatsächlichem Zugang an den rechtlich maßgeblichen Zustellungsadressaten?) das für den betreffenden Fall zuständige Oberlandesgericht einnimmt. Ist der Unterlassungsschuldner mit seinem Rechtsstandpunkt vor dem Oberlandesgericht unterlegen – Vergleichbares gilt für den Unterlassungsgläubiger angesichts dessen geringer Beschwer im Fall seines Unterliegens wohl kaum –, muss dieser insbesondere ausgehend von seinen zeitlichen und finanziellen Möglichkeiten prüfen, ob ausnahmsweise der Gang nach Karlsruhe möglich ist, ferner welcher Zivilsenat sodann für ihn zuständig sein wird; dies alles sind keine einfach zu beantwortenden Fragen.

47) Das klappt heute nicht mehr: BVerfG, 30.09.2018 – 1 BvR 2421/17, WRP 2018, 1443 – Prozessuale Waffengleichheit beim Erlass von einstweiligen Verfügungen im Beschlusswege I; BVerfG, 30.09.2018 – 1 BvR 1783/17, WRP 2018, 1448 – Prozessuale Waffengleichheit beim Erlass von einstweiligen Verfügungen im Beschlusswege II.

RECHTSPRECHUNG

Wettbewerbsrecht/Datenschutzrecht

Fashion ID/Verbraucherzentrale NRW

RL 95/46/EG Art. 2 Buchst. d, h, Art. 7 Buchst. a, f, Art. 10, Art. 22-24; UWG §§ 3, 3a, 8 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 3; TMG §§ 12 Abs. 1, 13 Abs. 1, 15 Abs. 1

EuGH, Urteil vom 29.07.2019 – C-40/17
ECLI:EU:C:2019:629

1. Die Art. 22 bis 24 der Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. Oktober 1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr sind dahin auszulegen, dass sie einer nationalen Regelung, die es Verbänden zur Wahrung von Verbraucherinteressen erlaubt, gegen den mutmaßlichen Verletzer von Vorschriften zum Schutz personenbezogener Daten Klage zu erheben, nicht entgegenstehen.

2. Der Betreiber einer Website wie die Fashion ID GmbH & Co. KG, der in diese Website ein Social Plugin einbindet, das den Browser des Besuchers dieser Website veranlasst, Inhalte des Anbieters dieses Plugins anzufordern und hierzu personenbezogene Daten des Besuchers an diesen Anbieter zu übermitteln, kann als für die Verarbeitung Verantwortlicher im Sinne von Art. 2 Buchst. d der Richtlinie 95/46 angesehen werden. Diese Verantwortlichkeit ist jedoch auf den Vorgang oder die Vorgänge der Verarbeitung personenbezogener Daten beschränkt, für den

bzw. für die er tatsächlich über die Zwecke und Mittel entscheidet, d. h. das Erheben der in Rede stehenden Daten und deren Weitergabe durch Übermittlung.

3. In einer Situation wie der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden, in der der Betreiber einer Website in diese Website ein Social Plugin einbindet, das den Browser des Besuchers dieser Website veranlasst, Inhalte des Anbieters dieses Plugins anzufordern und hierzu personenbezogene Daten des Besuchers an diesen Anbieter zu übermitteln, ist es erforderlich, dass der Betreiber und der Anbieter mit diesen Verarbeitungsvorgängen jeweils ein berechtigtes Interesse im Sinne von Art. 7 Buchst. f der Richtlinie 95/46 wahrnehmen, damit diese Vorgänge für jeden Einzelnen von ihnen gerechtfertigt sind.

4. Art. 2 Buchst. h und Art. 7 Buchst. a der Richtlinie 95/46 sind dahin auszulegen, dass in einer Situation wie der des Ausgangsverfahrens, in der der Betreiber einer Website in diese Website ein Social Plugin einbindet, das den Browser des Besuchers dieser Website veranlasst, Inhalte des Anbieters dieses Plugins anzufordern und hierzu personenbezogene Daten des Besuchers an diesen Anbieter zu übermitteln, die nach diesen Vorschriften zu erklärende Einwilligung von dem Betreiber nur in Bezug auf den Vorgang oder die Vorgänge der Verarbeitung personenbezogener Daten einzuholen ist, für den bzw. für die dieser Betreiber tatsächlich über die Zwecke und Mittel entscheidet. Darüber hinaus ist Art. 10 dieser Richtlinie dahin auszulegen, dass in einer solchen Situation auch die in dieser Bestim-