

Hanseatisches Oberlandesgericht

Az.: 3 W 38/17
327 O 18/17
LG Hamburg



Beschluss

In der Sache

I. e.V., vertreten durch den Vorstand,

- **Antragsteller und Beschwerdegegner** -

Prozessbevollmächtigte:
Rechtsanwälte

gegen

L.,

- **Antragsgegner und Beschwerdeführer** -

Prozessbevollmächtigter:
Rechtsanwalt

beschließt das Hanseatische Oberlandesgericht - 3. Zivilsenat - durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht ..., die Richterin am Oberlandesgericht ... und den Richter am Amtsgericht ... am 22.12.2017:

Auf die Beschwerde des Beklagten wird der Beschluss des Landgerichts Hamburg vom 5. April 2017, Az.: 327 O 18/17 abgeändert:

Dem Antragsgegner wird Prozesskostenhilfe ohne Ratenzahlung unter Beiordnung von Rechtsanwalt H.,Berlin, zu den Bedingungen eines ortsansässigen Anwalts gewährt.

Gründe:

A.

Mit der vorliegenden Beschwerde wendet sich der Antragsgegner gegen die mit Beschluss des Landgerichts vom 5. April 2017 erfolgte Zurückweisung seines Prozesskostenhilfegesuchs vom 6. Februar 2017.

Der Antragsgegner bietet als gewerblicher Verkäufer unter dem Namen „sp.“ auf der Internethandelsplattform eBay Fahrräder, Fahrradteile und Fahrradzubehör an (Anlagen AG 1 und K 7). Der Antragsteller, der I. e.V., nimmt den Antragsgegner als Verband gemäß § 8 Abs. 3

Nr. 2 UWG auf wettbewerbsrechtlicher Grundlage auf Unterlassung in Anspruch (Anlagen K 1 bis K 6).

Mit Schreiben vom 14. Dezember 2017 mahnte der Antragsteller den Antragsgegner wegen Verstößen gegen verschiedene gesetzliche Informationspflichten, insbesondere hinsichtlich des gesetzlichen Widerrufsrechts, ab. Für die Abmahnung wurde eine Kostenpauschale in Höhe von € 232,05 geltend gemacht (Anlage K 17). Mit Anwaltsschreiben vom 20. Dezember 2016 legitimierte sich der Antragsgegnervertreter gegenüber dem Antragsteller – auch im Hinblick auf die Zustellungsbevollmächtigung im Falle der Einleitung eines gerichtlichen Eilverfahrens – für den Antragsgegner und wies die geltend gemachten Ansprüche zurück. Zur Begründung wurde ausgeführt, dass der Antragsteller schon nicht aktiv legitimiert sei, weil nicht ersichtlich sei, dass ihm eine erhebliche Zahl Gewerbetreibender im Bereich des Onlinevertriebs von Fahrradzubehör angehöre (Anlage K 18). Daraufhin übersandte der Antragsteller dem Antragsgegnervertreter eine Liste von 10 Mitgliedern, zu denen ausgeführt wurde, dass sie Waren gleicher oder verwandter Art auf demselben Markt vertreiben würden (Anlage K 18).

Nachfolgend erwirkte der Antragsteller die Beschlussverfügung des Landgerichts Hamburg vom 13. Januar 2017, mit welcher dem Antragsgegner bei Vermeidung der gesetzlichen Ordnungsmittel verboten worden ist,

1. im geschäftlichen Verkehr mit dem Endverbraucher im Fernabsatz betreffend Sportzubehör Angebote zu veröffentlichen und/oder zu unterhalten,

a) bezüglich derer über das dem Verbraucher zustehende Widerrufsrecht wie folgt informiert wird:

aa) „Sie können Ihre Vertragserklärung innerhalb von 14 Tagen unter Angabe von Gründen in Textform (z.B. Brief, E-Mail) und/oder – wenn Ihnen die Sache vor Fristablauf überlassen wird – durch Rücksendung der Sache widerrufen“,

und/oder

bb) „Die Frist beginnt nach Erhalt dieser Belehrung in Textform, jedoch nicht vor Eingang der Ware beim Empfänger (bei der wiederkehrenden Lieferung gleichartiger Waren nicht vor Eingang der ersten Teillieferung) und auch nicht vor Erfüllung unserer Informationspflichten gemäß § 312c Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 1 Abs. 1, 2 und 4 BGB InfoV sowie unserer Pflichten gemäß § 312e Abs. 1 Satz 1 BGB in Verbindung mit § 3 BGB-InfoV.“,

und/oder

cc) „Im Falle eines wirksamen Widerrufs sind die beiderseits empfangenen Leistungen zurückzugewähren und ggf. gezogene Nutzungen (z.B. Zinsen) herauszugeben.“,

und/oder

dd) „Verpflichtungen zur Erstattung von Zahlungen müssen innerhalb von 30 Tagen erfüllt werden.“,

und/oder

b) bei denen eine Widerrufsbelehrung ohne Information über das Muster-Widerruhsformular gemäß dem amtlichen Muster zur Verfügung gestellt wird,

und/oder

2. im elektronischen Geschäftsverkehr betreffend Sportzubehör Angebote zu veröffentlichen und/oder zu unterhalten, ohne den Kunden darüber zu informieren, ob der Vertragstext nach dem Vertragsschluss von dem Unternehmer selbst gespeichert wird und ob der Unternehmer selbst den Vertragstext dem Kunden zugänglich macht,

jeweils wie nachstehend wiedergegeben:

– hier erfolgte im Original die Einblendung des als Anlage K 7 vorgelegten eBay-Angebots des Antragsgegners –.

Am 17. Januar 2017 wurden den Antragstellervertretern zwei Ausfertigungen der Beschlussverfügung vom 13. Januar 2017 von Amts wegen zugestellt. Nachfolgend versuchten die Antragstellervertreter vergeblich im Parteibetrieb die Zustellung an den Antragsgegnervertreter zu bewirken. Am 18. Januar 2017, 9.55 Uhr, traf der Postzusteller unter der Büroadresse des Antragsgegnervertreters niemanden an. Am 23. Januar 2013, 11.15 Uhr, öffnete dem Postzusteller dort zwar ein Mann, dieser erklärte aber, dass er nicht der Antragsgegnervertreter, Rechtsanwalt H., sei. Zudem verweigerte er die Annahme der zuzustellenden Schriftstücke (Anlage K 29 und AG 20).

Daraufhin bewirkten die Antragstellervertreter am 26. Januar 2017 die Zustellung einer Ausfertigung der Beschlussverfügung vom 13. Januar 2017 sowie einer beglaubigten Abschrift des Verfügungsantrags vom 11. Januar 2017 nebst Anlagen bei dem Antragsgegner persönlich (Anlage K 30). Einen Tag später, wandte sich der Antragsgegner mit E-Mail vom 27. Januar 2017 an den Antragsgegnervertreter und teilte ihm u. a. mit, dass er ihm die einstweilige Verfügung als Kopie per Post zusenden werde, was nachfolgend geschah (Anlagen AG 21 und AG 22).

Mit Schriftsatz vom 6. Februar 2017, bei Gericht eingegangen am 10. Februar 2017, legitimierte sich der Antragsgegnervertreter schließlich zur vorliegenden Akte und stellte für den Antragsgegner Prozesskostenhilfeantrag zur Durchführung des Widerspruchsverfahrens, hilfsweise zur Einlegung des Kostenwiderspruchs. Zur Begründung wurde wiederum ausgeführt, dass der Antragsteller schon nicht aktivlegitimiert sei (Anlagen AG 4 und AG 5). Jedenfalls gehe der Verbotstenor, der auf Angebote von „Sportzubehör“ gerichtet sei, zu weit. Der Antragsgegner sei nicht im Vertrieb von „Sportzubehör“, sondern lediglich im Onlinehandel mit „Fahrrädern und Fahrradzubehör“ tätig. Wie eine nähere Befassung mit der vorgelegten nicht-anonymisierten Teil-Mitgliederliste des Antragstellers (Anlage K 8a) zeige, sei keines der dort aufgeführten 10 Mitglieder im Bereich des Internethandels mit Fahrrädern oder Fahrradzubehör tätig (Anlagen AG 6 bis AG 16).

Nachfolgend wurde der Prozesskostenhilfeantrag auch darauf gestützt, dass die einstweilige Verfügung vom 13. Januar 2017 nicht ordnungsgemäß binnen der Monatsfrist der §§ 936, 929 Abs. 2 ZPO vollzogen worden sei. Die Zustellung sei lediglich an den Antragsgegner persönlich,

nicht jedoch – wie nach § 172 ZPO erforderlich – an den Antragsgegnervertreter erfolgt, obwohl dieser bereits vor Einleitung des Verfügungsverfahrens, nämlich mit Schriftsatz vom 20. Dezember 2016, angezeigt habe, dass er zustellungsbevollmächtigt sei (Anlage AG 18).

Der Antragsgegner hat beantragt,

1. dem Antragsgegner Prozesskostenhilfe ohne Ratenzahlung, hilfsweise gegen Ratenzahlung zu bewilligen,
2. dem Antragsgegner Rechtsanwalt H. zu den Bedingungen eines im Bezirk des Landgerichts Hamburg zugelassenen Rechtsanwalts beizuordnen,
hilfsweise,
dem Antragsgegner nach Maßgabe von 1. und 2. zur Einlegung des Kostenwiderspruchs Prozesskostenhilfe zu bewilligen.

Der Antragsteller hat beantragt,

den Prozesskostenhilfeantrag des Antragsgegners zurückzuweisen.

Der Antragsteller ist dem Prozesskostenhilfeantrag des Antragsgegners entgegen getreten.

Im Hinblick auf seine Aktivlegitimation hat er sich auf den bereits mit der Antragschrift gehaltenen Vortrag, insbesondere die dort aufgelisteten 129 gerichtlichen Entscheidungen aus der Zeit vom 17. April 2013 bis zum 1. Juni 2016 gestützt, mit denen seine Aktivlegitimation bejaht worden sei. Zudem hat er im Hinblick auf seine Aktivlegitimation weiteren Vortrag zur geschäftlichen Tätigkeit derjenigen seiner Mitglieder gehalten, die auf der nicht-anonymisierten Teil-Mitgliederliste (Anlage K 8a) aufgeführt waren. Insbesondere hat er ausgeführt, dass diese sämtlich im Bereich des Vertriebs von Sportzubehör tätig seien. Zum Beleg dieses Vortrags hat er entsprechende Ausdrücke des jeweiligen Internetauftritts der genannten Mitglieder zur Akte gereicht (Anlagen K 21 bis K 24). Darüber hinaus hat er als Anlage K 25 die nicht (mehr) anonymisierte Fassung der bereits als Anlage K 8 vorgelegten Mitgliederliste zur Akte gereicht und zum Tätigkeitsbereich der dort aufgeführten Mitglieder weiteren Vortrag gehalten. Auch zum Beleg dieses Vortrags hat er entsprechende Ausdrücke des jeweiligen Internetauftritts der genannten Mitglieder zur Akte gereicht (Anlagenkonvolute K 26 und K 27).

Er hat weiter ausgeführt, dass es vorliegend – entgegen der Ansicht des Antragsgegners – nicht nur auf den engen Branchenbereich des Onlinevertriebs von Fahrrädern bzw. Fahrradzubehör, sondern auf den darüber hinausgehenden Bereich des Onlinevertriebs von Sportzubehör ankomme. Denn es sei nicht nur auf den Vertrieb von Waren gleicher Art, sondern auch auf den Vertrieb von Waren verwandter Art abzustellen.

Die Beschlussverfügung vom 13. Januar 2017 sei auch ordnungsgemäß, insbesondere fristgerecht, vollzogen worden. Ein etwaiger Zustellungsmangel sei jedenfalls nach § 189 ZPO geheilt, denn – unstreitig – habe der Antragsgegner dem Antragsgegnervertreter binnen der Monatsfrist nach §§ 936, 929 Abs. 2 ZPO eine Kopie der an ihn zugestellten Ausfertigung der Beschlussverfügung vom 13. Januar 2017 übermittelt.

Mit Beschluss vom 5. April 2017, dem Antragsgegnervertreter laut Empfangsbekanntnis zugestellt am 28. April 2017, hat das Landgericht den Prozesskostenhilfeantrag des Antragsgegners zurückgewiesen. Zur Begründung wurde ausgeführt, dass die Vollziehungsfrist der §§ 936, 929 Abs. 2 ZPO gewahrt sei. Ein etwaiger Zustellungsmangel, der darin bestehen könne, dass die einstweilige Verfügung entgegen § 172 ZPO nicht dem Antragsgegnervertreter, sondern dem Antragsgegner persönlich zugestellt worden sei, sei jedenfalls gemäß § 189 ZPO geheilt worden, denn der Antragsgegner habe seinem Prozessbevollmächtigten innerhalb der Vollziehungsfrist eine Kopie des ihm zugestellten Schriftstücks übersandt. Der Antragsteller sei zudem prozessführungsbefugt und aktivlegitimiert gemäß § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG. Das Landgericht hat weiter ausgeführt, dass der Verbotstenor nicht zu weit gefasst sei. Zwar werde darin zunächst der Oberbegriff „Sportzubehör“ verwendet. Im Anschluss daran werde jedoch die konkrete Verletzungsform eingeblendet, so dass sich der Verbotsumfang auf eben diese konkrete Verletzungsform sowie kerngleiche Verstöße beschränke.

Gegen die Zurückweisung des Prozesskostenhilfesuchs richtet sich der Antragsgegner mit seiner sofortigen Beschwerde vom 8. Mai 2017. Zur Begründung führt er ergänzend aus, dass der Antragsteller nicht über die im Hinblick auf § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG erforderliche finanzielle, personelle und sachliche Ausstattung verfüge. Diesbezüglich hält er weiteren Vortrag, insbesondere im Hinblick auf eine mangelnde Qualifikation der Mitarbeiter des Antragstellers (Anlagen AG 24 bis AG 27). Er nimmt weiterhin in Abrede, dass die vom Antragsteller aufgeführten Mitglieds-Unternehmen in Wettbewerb zu ihm stünden. Er handele lediglich mit gebrauchten Fahrradkomponenten (Anlage AG 28), nicht jedoch – wie die vom Antragsteller aufgelisteten Unternehmen – mit Fahrradträgern für Kraftfahrzeuge, Fahrradhelmen, Fahrradhandschuhen, Luftpumpen, Bekleidung, Schienbeinschonern, Fitnessarmbändern, Boxhandschuhen, Taucherflossen, Angelzubehör oder Sonnenbrillen.

Der Antragsteller beantragt demgegenüber die Zurückweisung der sofortigen Beschwerde des Antragsgegners.

Er hält weiteren Vortrag zu seiner personellen, sachlichen und finanziellen Ausstattung. Zur Glaubhaftmachung beruft er sich auf die eidesstattliche Versicherung seiner Geschäftsführerin vom 31. Mai 2017 und legt weitere gerichtliche Entscheidungen vor, mit denen seine Aktivlegitimation bestätigt worden sei (Anlagen K 32 bis K 49).

Mit Beschluss vom 9. Juni 2017 hat das Landgericht der sofortigen Beschwerde des Antragsgegners gegen den zurückweisenden Prozesskostenhilfebeschluss vom 5. April 2017 nicht abgeholfen.

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die angefochtene Entscheidung sowie die von den Parteien zur Akte gereichten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

B.

Die sofortige Beschwerde des Antragsgegners gegen den zurückweisenden Prozesskostenhilfebeschluss des Landgerichts vom 5. April 2017 ist zulässig und begründet.

I.

Die Rechtsverteidigung des Antragsgegners hat nach dem gegenwärtigen Stand des Rechtsstreits hinreichende Aussicht auf Erfolg, denn dem beabsichtigten Widerspruch des Antragsgegners kommen gute Erfolgsaussichten zu (§ 114 Abs. 1 ZPO).

Die Beschlussverfügung vom 13. Januar 2017 ist nicht binnen der Monatsfrist nach §§ 936, 929 Abs. 2 ZPO vollzogen worden und wird daher voraussichtlich aufzuheben sein. Die am 26. Januar 2017 an den Antragsgegner persönlich erfolgte Zustellung im Parteibetrieb ist gemäß §§ 172 Abs. 1 S. 1, 191 ZPO unwirksam, da nicht der Antragsgegner, sondern sein Prozessbevollmächtigter richtiger Zustellungsadressat gewesen wäre. Die fehlerhafte Zustellung ist auch nicht gemäß § 189 ZPO geheilt.

1.

Die Vollziehungsfrist beträgt gemäß § 929 Abs. 2 ZPO einen Monat seit dem Tag, an dem die Beschlussverfügung der Antragstellerseite zugestellt worden. Der Tag des Fristablaufs ist anhand der §§ 187 Abs. 1, 188 Abs. 2, Abs. 3 BGB zu berechnen (MüKo/Drescher, ZPO, 5. Auflage, 2016, § 929 Rn. 8; Zöller/Vollkommer, 32. Auflage, 2018, § 929 Rn. 8).

Die Beschlussverfügung ist den Antragstellervertretern am 17. Januar 2017 von Amts wegen zugestellt worden, so dass die Monatsfrist der §§ 936, 929 Abs. 2 ZPO am 17. Februar 2017 abgelaufen ist. Da sich der Antragsgegnervertreter bereits mit Schreiben vom 20. Dezember 2016, d. h. vor Einleitung des vorliegenden Verfügungsverfahrens und Erlass der einstweiligen Verfügung vom 13. Januar 2017, gegenüber den Antragstellervertretern legitimiert und gleichzeitig mitgeteilt hatte, dass er auch im Hinblick auf ein etwaiges gerichtliches Eilverfahren zustellungsbevollmächtigt sei (Anlage AG 18), hätte die Zustellung der Beschlussverfügung vom 13. Januar 2017 bis zum 17. Februar 2017 im Parteibetrieb gemäß § 172 ZPO an den Antragsgegnervertreter erfolgen müssen.

Die Versuche, die Zustellung an den Antragsgegnervertreter zu bewirken, sind jedoch sowohl am 18. Januar 2017 als auch am 23. Januar 2017 gescheitert. Nachfolgend ist dann dem Antragsgegner persönlich am 26. Januar 2017 eine Ausfertigung der Beschlussverfügung vom 13. Januar 2017 sowie eine beglaubigte Abschrift der Antragsschrift vom 11. Januar 2017 zugestellt worden (Anlagen K 29 und K 30). Insoweit liegt ein Verstoß gegen § 172 ZPO und damit ein Zustellungsmangel vor.

2.

Entgegen dem Landgericht ist jedoch nicht davon auszugehen, dass eine Heilung des Zustellungsmangels nach § 189 ZPO erfolgt wäre. Die Beweislast für das Vorliegen der Heilungsvoraussetzungen trifft nach allgemeinen Grundsätzen diejenige Partei, die sich auf die

Heilung der unwirksamen Zustellung beruft, hier also der Antragsteller. Das Gericht entscheidet hierüber nach freier Beweiswürdigung i. S. v. § 286 Abs. 1 ZPO (vgl. Fölsch, Anm. zu BGH, NJW 2015, 1760).

Zwar kommt eine Heilung gemäß § 189 ZPO grundsätzlich auch in Bezug auf die Wirksamkeitszustellung von Beschlussverfügungen nach §§ 922 Abs. 2, 936 ZPO in Betracht (Retzer in: Harte/Henning, UWG, 4. Auflage, 2016, § 12 Rn. 537; Zöller/Vollkommer, ZPO, 32. Auflage, 2018, § 929 Rn. 14). Nach § 189 ZPO gilt die Zustellung zudem in dem Moment als bewirkt, in dem das Dokument der Person, an die die Zustellung dem Gesetz gemäß gerichtet war oder gerichtet werden konnte, „tatsächlich“ zugegangen ist. Die Heilungswirkung tritt dann kraft Gesetzes ein.

Vorliegend fehlt es jedoch an den tatbestandlichen Voraussetzungen der Heilung gemäß § 189 ZPO.

a)

Eine Heilung durch den tatsächlichen Zugang des Schriftstücks i. S. d. § 189 ZPO setzt voraus, dass das Schriftstück so in den Machtbereich des Adressaten gelangt, dass er es behalten kann und Gelegenheit zur Kenntnisnahme von dessen Inhalt hat (BGH, NJW 2001, 1946, 1947; BGH, NJW 1978, 426). Der Empfänger eines zuzustellenden Schriftstücks soll in die Lage versetzt werden, seine Rechte zu wahren, ihm soll rechtliches Gehör gewährt werden. Zweck der Zustellung ist es daher, dem Empfänger eine zuverlässige Kenntnis von dem zuzustellenden Schriftstück zu verschaffen (BGH, NJW 2017, 2472, Rn. 38; BGH, NJW 2001, 1946, 1947; BGH, NJW 1992, 2280; BGH, NJW 1989, 1154). Deshalb besteht nach § 166 Abs. 1 ZPO die Zustellung grundsätzlich in einer Übergabe des zuzustellenden Schriftstücks an den richtigen Adressaten.

Da die Zustellungsvorschriften jedoch nicht Selbstzweck sind, verlieren sie an Bedeutung, wenn ihre Funktion auf andere Weise erreicht ist, wenn dem Empfänger mithin eine zuverlässige Kenntnis von dem zuzustellenden Schriftstück vermittelt wurde. Das ist im Allgemeinen dann geschehen, wenn das Schriftstück – trotz einer Verletzung der Zustellungsvorschriften – dem richtigen Adressaten tatsächlich zugegangen ist (BVerfG, NJW 2017, 318, Rn. 20; BGH, NJW-RR 2011, 417, Rn. 12 f.; BGH, NJW-RR 2011, 1011, Rn. 11; BGH, NJW 2001, 1946, 1948; BGH, NJW 1989, 1154; BGH, NJW 1984, 926, 927). Bei der Auslegung von § 189 ZPO ist nämlich zu berücksichtigen, dass der Gesetzgeber mit der Neuregelung von § 189 ZPO durch das Zustellungsreformgesetz (ZustRG) u. a. erreichen wollte, dass Zustellungsmängel, sofern überhaupt eine Zustellungsabsicht vorliegt, unbeachtlich bleiben sollten, wenn der Zustellungszweck, der darin besteht, dem Adressaten angemessene Gelegenheit zur Kenntnisnahme eines Schriftstückes zu verschaffen und den Zeitpunkt dieser Bekanntgabe zu dokumentieren, erreicht ist (BGH, NJW 2017, 2472, Rn. 38; vgl. auch Bundestagsdrucksache 14/4554, S. 14).

Der BGH hat daher in verschiedenen Fällen einen Zustellungsmangel gemäß § 189 ZPO bzw. § 187 ZPO a. F. als geheilt angesehen, obwohl die maßgeblichen Schriftstücke dort nicht an den nach den §§ 166 ff. ZPO eigentlich zu wählenden Adressaten, sondern zunächst an einen Dritten zugestellt worden waren.

So ist eine Heilung nach § 187 ZPO a. F. und damit auch ein entsprechender Zustellungswille für den Fall bejaht worden, dass die Klage – wie vorliegend – entgegen § 172 Abs. 1 ZPO nicht an den Prozessbevollmächtigten, sondern an die Partei selbst zugestellt wurde, die an die Partei zugestellte Klageschrift aber nachfolgend in den Besitz der Prozessbevollmächtigten gelangt ist (BGH, NJW 1983, 2448, II. 1. b)). Ebenso ist eine Heilung nach § 189 ZPO bzw. § 187 ZPO a. F. für den Fall angenommen worden, dass ein Rechtsanwalt erst durch spätere Bevollmächtigung zum Prozessbeteiligten einer Partei geworden ist, er jedoch bereits zuvor oder zeitgleich mit der Bevollmächtigung in den Besitz des zuzustellenden Schriftstücks gelangt war (BGH, NJW-RR 2011, 417, Rn. 12, zu § 189 ZPO; BGH, NJW 1989, 1154, II. 3. a), zu § 187 ZPO a. F.). Auch hat der BGH entschieden, dass die Unwirksamkeit der Zustellung an eine prozessunfähige Person (§ 170 Abs. 1 S. 2 ZPO) gemäß § 189 ZPO dadurch geheilt wird, dass das zuzustellende Schriftstück deren gesetzlichem Vertreter tatsächlich zugeht, sofern die Zustellung nach den gesetzlichen Bestimmungen an diesen hätte gerichtet werden können oder gar müssen (BGH, NJW 2015, 1760, Rn. 15). Schließlich hat der BGH eine Heilung nach § 189 ZPO auch bejaht im Falle einer Adressierung des Dokuments an den Schuldner im Ausland und einem Zugang bei dessen (General-)Bevollmächtigtem in Deutschland (BGH, BeckRS 2011, 27449, Rn. 8).

All diesen Fallkonstellationen ist gemein, dass eine (gesetzliche oder gewillkürte) Vertretung gegeben war und das zuzustellende Schriftstück entweder an den Vertretenen oder den Vertreter zugestellt wurde und dem jeweils anderen (dem Vertreter oder dem Vertretenen) tatsächlich zugeht. Eine Heilung nach § 189 ZPO tritt dort im Hinblick auf die zunächst erfolgte Zustellung an die „falsche“ Person deshalb ein, weil sich bereits aus dem Gesetz selbst (§§ 170 – 172 ZPO) ergibt, dass die Zustellung an den Empfänger des Dokuments gerichtet werden konnte (vgl. BGH, NJW 2017, 2472, Rn. 47).

Leitet also die Partei, der das Schriftstück entgegen §§ 172, 191 ZPO direkt zugestellt worden ist, das Dokument an ihren Prozessbevollmächtigten weiter, kommt eine Heilung gemäß § 189 ZPO in Betracht. Tatsächlich zugegangen ist dem Prozessbevollmächtigten das Schriftstück in einem solchen Fall unzweifelhaft, wenn ihm von seiner Partei das dieser selbst zugestellte - also das nämliche - Schriftstück zugeleitet wird.

b)

Vorliegend hat der Antragsgegner dem Antragsgegnervertreter binnen der Monatsfrist jedoch – unstreitig – nicht das ihm zugestellte Schriftstück selbst, sondern lediglich eine einfache Kopie der zugestellten Ausfertigung der Beschlussverfügung vom 13. Januar 2017 übersandt.

Das vermag die Heilung des Mangels des Zustellvorgangs, also der Zustellung des Schriftstücks an den falschen Zustellempfänger, nicht zu begründen. Dem steht auch die vom Landgericht angeführte BGH-Rechtsprechung nicht entgegen.

aa)

Eine Heilung durch den tatsächlichen Zugang im Sinne von § 189 ZPO setzt voraus, dass das zuzustellende Schriftstück so in den Machtbereich des - richtigen - Adressaten gelangt, dass er es behalten kann und Gelegenheit zur Kenntnisnahme hat (BGH NJW 2001, 1946, 1947).

Ob der Mangel des Zustellvorgangs überhaupt nach § 189 ZPO geheilt werden kann, wenn der richtige Zustellempfänger nicht das dem falschen Empfänger zugestellte Schriftstück selbst, sondern nur eine Kopie davon, also etwa in der Form eines Telefaxes oder einer E-Mail, erhält, ist in Rechtsprechung und Literatur umstritten.

Teils wird eine solche Möglichkeit bejaht (so OLG Braunschweig, WRP 1995, 952; KG, Beschl. v. 05.09.2005, 12 U 95/05, KGR 2006, 5; Beschl. v. 31.01.2011, WRP 2011, 612; OLG Frankfurt, BeckRS 2017, 102284, Rn. 15 f.; MüKo/Häublein, ZPO, 5. Auflage, 2016, § 189 Rn. 9; Cegl/Voß/Matthes, Prozesskommentar zum gewerblichen Rechtsschutz, 2. Auflage, 2018, § 189 Rn. 8; Kühnen, Handbuch der Patentverletzung, 9. Auflage, 2016, Kap. G, Rn. 179; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 76. Auflage, 2018, § 189 Rn. 9, Stichwort „Prozessbevollmächtigter“ betreffend die Übermittlung einer Kopie, a. A. Rn. 6, Stichwort „Fax“ betreffend die Übermittlung per Telefax).

Demgegenüber wird die Ansicht vertreten, dass der Zugang eines inhaltsgleichen Dokuments (als Fotokopie per Telefax oder per E-Mail) nicht ausreichend ist, sondern dass Wesentliches und unverzichtbares Erfordernis einer Heilung ist, dass der Adressat der einstweiligen Verfügung das Dokument auch tatsächlich erhält, mithin „es in die Hand bekommt“ (BGH, 15.03.2007, 5 StR 536/06, NJW 2007, 1605, 1606, juris Rn. 14; BFH, 06.05.2014, GrS 2/13, NJW 2014, 2524, Rn. 68; BGH, NJW-RR 2011, 1011, Rn. 11; OLG München, WRP 2017, 1538, Rn. 34; OLG Jena, MD 2011, 755; OLG Hamburg, PharmaR 2007, 50, 54; OLG Zweibrücken, FamRZ 2006, 128; OLG Karlsruhe, DGVZ 2014, 127, 129; OLG Karlsruhe, BeckRS 2004, 09651; BayObLGZ 1995, 61, 72 und OLG Hamm, OLGZ 1991, 450 f.; Zöller/Schultzky, ZPO, 32. Auflage, 2018, § 189 Rn. 4; Stein/Jonas/Roth, ZPO, 22. Auflage, 2005, § 189 Rn. 7; MüKo/Schlinghoff, UWG, 2. Auflage, 2014, § 12 Rn. 514).

bb)

Der Senat vertritt seit langem die letztgenannte Ansicht und hält daran – auch bei Berücksichtigung der vom Landgericht aufgeführten neueren BGH-Rechtsprechung – fest.

(1)

Für diese Ansicht spricht bereits der Wortlaut von § 189 ZPO. Heilungsvoraussetzung ist danach der „tatsächliche“ Zugang des zuzustellenden Schriftstücks. Die ausdrückliche Verwendung des Wortes „tatsächlich“ im Gesetzestext spricht dafür, dass das zuzustellende Dokument auf eine

bestimmte Weise, nämlich wirklich „in die Hände“ des richtigen Zustellungsempfängers gelangen soll. Der Umstand, dass der Prozessbevollmächtigte als richtiger Zustellungsadressat irgendeine Verkörperung des zuzustellenden Dokuments übermittelt erhält, reicht für eine Heilung nicht aus, denn hierdurch wird die Authentizität des zuzustellenden Schriftstückes nicht gewahrt. Die gegenteilige Auffassung findet in Wortlaut und Gesetzesbegründung zu § 189 ZPO keine Stütze (OLG München, WRP 2017, 1538, juris Rn. 34 m. w. N.; vgl. auch BGH, NJW 1992, 2099, 2100). Der Prozessbevollmächtigte kann der übersandten Kopie nicht hinreichend entnehmen, inwieweit sie mit dem zugestellten „Original“ übereinstimmt. Mit der Übermittlung einer bloßen Kopie des zugestellten Dokuments wird bestenfalls die Unkenntnis vom Inhalt der Beschlussverfügung beseitigt. Prüfungsmöglichkeiten, ob das Schriftstück authentisch und die Vollziehung im Übrigen in Ordnung ist, werden dem Prozessbevollmächtigten als dem richtigen Zustellungsempfänger damit jedoch nicht eingeräumt (OLG Hamm, OLGZ 1991, 450, 451).

(2)

Soweit die gegenteilige Ansicht auf die in § 174 Abs. 2 ZPO (Zustellung durch Telekopie) und § 174 Abs. 3 Satz 1 ZPO (Zustellung als elektronisches Dokument) für die Amtszustellung vorgesehenen Zustellungsmöglichkeiten Bezug nimmt (vgl. MüKo/Häublein, ZPO, 5. Auflage, 2016, § 189 Rn. 9), ist dem keine Wertung des Gesetzgebers zu entnehmen, welche eine Ausdehnung der Heilungsmöglichkeiten über den Wortlaut des § 189 ZPO hinaus rechtfertigen könnte. Dies jedenfalls nicht für den vorliegend in Rede stehenden Fall der Zustellung an eine Partei als den falschen Zustellungsempfänger, denn die Vorschriften setzen ebenso wie die Regelungen über die Parteizustellung (§§ 192, 195 ZPO), die § 174 Abs. 2 Satz 1 und Abs. 3 Satz 1 und 3 ZPO entsprechend für anwendbar erklären, voraus, dass die Zustellung durch Telekopie oder als elektronisches Dokument durch einen dazu berechtigten Rechtsanwalt an den richtigen Zustelladressaten, nämlich ebenfalls einen Rechtsanwalt, erfolgt. Daraus kann nicht der Schluss gezogen werden, dass jedwede Übermittlung eines inhaltsgleichen Dokuments als Telefax oder als E-Mail für eine Heilung gemäß § 189 ZPO als ausreichend anzusehen ist, auch wenn die für die Wirksamkeit dieser Zustellarten erforderlichen weiteren Voraussetzungen ersichtlich nicht gegeben sind (OLG München, BeckRS 2017, 129454, Rn. 34).

(3)

Etwas anderes folgt auch nicht aus der vom Landgericht angeführten neueren Rechtsprechung des BGH, nach der auch ein bisher als unheilbar geltender Mangel des Schriftstücks selbst (vgl. Retzer in: Harte/Henning, 4. Auflage, 2016, § 12 Rn. 539; Zöller/Schultzky, 32. Auflage, 2018, § 189 Rn. 8; MüKo/Häublein, ZPO, 5. Auflage, 2016, § 189 Rn. 7; a. A. Musielak/Voit, ZPO, 14. Auflage, 2017, § 189 Rn. 2) als nach § 189 ZPO heilbarer Mangel des Zustellvorgangs (vgl. Zöller/Schultzky, ZPO, 32. Auflage, 2018, § 189 ZPO, Rn. 9) angesehen worden ist (BGH, NJW 2016, 1517, Rn. 20 ff.; BGH, BeckRS 2016, 15401, Rn. 14 ff.; BGH, BeckRS 2016, 12733, Rn. 17).

Im Streitfall geht es nämlich nicht darum, dass dem richtigen Zustellempfänger das zuzustellende Schriftstück in mangelhafter Form, also etwa in einfacher statt in beglaubigter Abschrift, von einem zur Zustellung Berechtigten zugestellt worden ist. Ob die angeführte Rechtsprechung auch für die Parteizustellung vom Gerichtsvollzieher an die - nicht anwaltlich vertretenen - Partei oder die Parteizustellung von Anwalt zu Anwalt Gültigkeit beanspruchen kann, muss deshalb nicht entschieden werden.

Vielmehr geht es im Streitfall darum, dass der falsche Zustellempfänger, hier also die Partei, eine einfache Abschrift/Kopie von dem ihr zugestellten Schriftstück - und damit ein mangelbehaftetes Schriftstück - selbst hergestellt und an den richtigen Zustellempfänger weitergeleitet hat. Ein solcher Vorgang kann keinesfalls eine Heilung nach § 189 ZPO bewirken.

Beschlussverfügungen sind gemäß §§ 936, 922 Abs. 2 ZPO im Parteibetrieb zuzustellen, damit sie überhaupt Wirksamkeit erlangen. Die Wirksamkeitszustellung gemäß § 922 Abs. 2 ZPO stellt in der Regel zugleich die Vollziehungszustellung im Sinne des § 929 Abs. 2 ZPO dar (Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, 11. Auflage, 2016, Kap. 55 Rn. 37 ff.). Der Gläubiger macht mit der Zustellung der Beschlussverfügung im Parteibetrieb deutlich, dass er von dem Titel Gebrauch machen will. Mit der Zustellung der Beschlussverfügung an den Schuldner schafft er einerseits eine wesentliche Voraussetzung dafür, das erlassene gerichtliche Verbot mithilfe der gesetzlich vorgesehenen Ordnungsmittel durchzusetzen. Andererseits kann der mit der Zustellung verbundene Vollstreckungsdruck auf den Schuldner gemäß § 945 ZPO auch Schadensersatzpflichten des Gläubigers auslösen.

Schon im Hinblick auf diese Besonderheiten des Verfügungsverfahrens, insbesondere die Rechtsfolgen der Parteizustellung, muss eindeutige Gewissheit über die Authentizität des Titels und über den Umstand seiner wirksamen Vollziehung bestehen. Eine Ungewissheit oder Unklarheit über Authentizität des Titels und die Wirksamkeit seiner fristgerechten Vollziehung ist zu vermeiden. Das ist gerade der Hintergrund der hier vertretenen Auffassung, nach der eine Heilung des Zustellvorganges nur durch eine Weiterleitung des dem falschen Zustellempfänger zugestellten Schriftstücks selbst an den richtigen Zustellempfänger erforderlich ist. Die Authentizität der von Antragstellerseite im Parteibetrieb zugestellten Beschlussverfügung ist anhand der vom falschen Zustellempfänger selbst hergestellten und als solche übermittelten Kopie eines ihm zugestellten Verfügungstitels nicht hinreichend überprüfbar. Er bietet jedenfalls nicht die gleiche Gewähr für die inhaltliche Übereinstimmung des bloß in Kopie weitergeleiteten Titels mit der ihm vom Antragstellervertreter zugestellten Ausfertigung oder beglaubigten Abschrift des Titels wie dies bei einer Zustellung des Titels durch einen Rechtsanwalt grundsätzlich ebenso der Fall ist wie bei einer Amtszustellung. Selbst wenn mit Blick auf die vom Landgericht angeführte neuere Rechtsprechung des BGH anzunehmen wäre, dass der Mangel des von einem Rechtsanwalt im Wege der Parteizustellung an den richtigen Zustellempfänger zugestellten Schriftstücks (z. B. Zustellung einer einfachen statt einer beglaubigten Abschrift) bei inhaltlicher Übereinstimmung zwischen der zugestellten einfachen Abschrift und dem dem Antragsteller zugestellten Original des gerichtlichen Titels nach § 189 ZPO geheilt werden

könnte, kann dies deshalb keinesfalls für Fälle der streitigen Art gelten, in denen die für die Zustellung nicht empfangsberechtigte und zur eigenen Zustellung nicht autorisierte Partei eine solche einfache Abschrift selbst herstellt und weiterleitet.

Eine Heilung gemäß § 189 ZPO kommt daher nicht in Betracht.

3.

Das wird nach dem gegenwärtigen Stand des Rechtsstreits voraussichtlich dazu führen, dass die Beschlussverfügung vom 13. Januar 2017 auf den Widerspruch des Antragsgegners mangels ordnungsgemäßer Vollziehung aufzuheben sein wird.

Mithin kommen der Rechtsverteidigung des Antragsgegners, ohne dass es noch darauf ankäme, ob das im Hinblick auf „Sportzubehör“ erlassene Verbot zu weit gefasst ist, und ob der Antragsteller gemäß § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG aktivlegitimiert ist, gute Erfolgsaussichten i. S. v. § 114 Abs. 1 ZPO zu.

II.

Der Antragsgegner ist zudem nach seinen persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen nicht in der Lage, die Kosten der Prozessführung aufzubringen (§§ 114, 115 ZPO).

Somit ist der ablehnende Beschluss des Landgerichts vom 5. April 2017 abzuändern und dem Antragsgegner Prozesskostenhilfe zur Durchführung des Widerspruchs zu gewähren.