

7 U 10/99 Brandenburgisches Oberlandesgericht
8 O 631/98 Landgericht Potsdam



Anlage zum Protokoll
vom 30.06.1999
Verkündet am 30.06.1999

...
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Brandenburgisches Oberlandesgericht

Im Namen des Volkes

Urteil

In dem Rechtsstreit

des Herrn [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED]

...,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt ... -

Klägers und Berufungsklägers,

g e g e n

Herrn [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED]

...,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt ... -

Beklagten und Berufungsbeklagten,

hat der 7. Zivilsenat des Brandenburgischen Oberlandesgerichts durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht ..., den Richter am Oberlandesgericht ... und den Richter am Amtsgericht ... auf die mündliche Verhandlung am 5. Mai 1999

für **R e c h t** erkannt:

Auf die Berufung des Klägers wird die einstweilige Verfügung gegen den Kläger, mit der diesem bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die Wirksamkeit seiner Abberufung als Geschäftsführer der G... GmbH, S..., untersagt worden ist, jegliche Geschäftsführungs- und Vertretungshandlungen in und für diese Gesellschaft vorzunehmen, sowie die hierzu ergangene Androhung von Ordnungsmitteln gemäß § 890 Abs. 1 ZPO unter teilweiser Abänderung des am 4.11.1998 verkündeten Urteils der 8. Zivilkammer des Landgerichts Potsdam aufgehoben.

Der entsprechende Gegenantrag des Beklagten wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Verfahrens in beiden Instanzen haben der Kläger und der Beklagte je zur Hälfte zu tragen.

Tatbestand:

I.

Die Parteien streiten nunmehr nur noch um die von dem Beklagten im Wege des einstweiligen Verfügungsverfahrens geltend gemachte Untersagung einer Geschäftstätigkeit des Klägers.

Der Kläger hat mit Schriftsatz vom 22.10.1998 beantragt,

dem Beklagten im Wege der einstweiligen Verfügung zu untersagen, bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die Wirksamkeit seiner Abberufung als Geschäftsführer der G... GmbH, hilfsweise vorerst bis zum 30.3.1999, irgendwelche Geschäftsführungs- und Vertretungshandlungen in oder für diese Gesellschaft vorzunehmen;

dem Beklagten für jeden Fall der Zuwiderhandlung gegen die ausgesprochenen Verpflichtungen die Festsetzung eines Ordnungsgeldes bis zu 500.000,00 DM, ersatzweise Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, anzudrohen.

Das Landgericht Potsdam hat dem Antrag mit Beschluß vom 26.10.1998 entsprochen.

In der mündlichen Verhandlung über den Widerspruch des Beklagten gegen den vorgenannten Beschluß hat der Kläger beantragt,

die einstweilige Verfügung vom 26.10.1998 aufrechtzuerhalten.

Der Beklagte hat beantragt,

die einstweilige Verfügung vom 26.10.1998 aufzuheben und den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zurückzuweisen.

Der Beklagte hat ferner den schriftsätzlich angekündigten Antrag gestellt, dem Kläger zu untersagen, bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die Wirksamkeit seiner Abberufung als Geschäftsführer der G... GmbH, hilfsweise bis zum 30.3.1999, irgendwelche Geschäftsführungs- oder Vertretungshandlungen in oder für diese Gesellschaft vorzunehmen; dem Kläger für jeden Fall der Zuwiderhandlung gegen die ausgesprochenen Verpflichtungen die Festsetzung eines Ordnungsgeldes bis zu 500.000,00 DM, ersatzweise Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, anzudrohen.

Der Kläger hat beantragt,

den Antrag des Beklagten auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung zurückzuweisen.

Mit dem am 4.11.1998 verkündeten Urteil hat das Landgericht die einstweilige Verfügung vom 26.10.1998 aufgehoben und den Antrag des Klägers auf ihren Erlaß zurückgewiesen. Zugleich hat das Landgericht auf den Antrag des Beklagten dem Kläger untersagt, bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die Wirksamkeit seiner Abberufung als Geschäftsführer der G... GmbH, S..., jegliche Geschäftsführungs- und Vertretungshandlungen in oder für diese Gesellschaft vorzunehmen. Für jeden Fall der Zuwiderhandlung gegen diese Verpflichtung hat es dem Kläger die Festsetzung eines Ordnungsgeldes bis zu 500.000,00 DM, ersatzweise Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, angedroht.

Eine Ausfertigung des abgekürzten Urteils ist dem Büro des als amtlich bestellter Vertreter für den Prozeßbevollmächtigten des Klägers in der ersten Instanz, Rechtsanwalt R... in L..., aufgetretenen Rechtsanwalt Dr. R... am 10.12.1998 durch das Landgericht zugestellt worden.

Der Kläger hat gegen das Urteil des Landgerichts am 8.1.1999 Berufung eingelegt, die er am 8.2.1999 begründet hat.

Der Kläger hat unter Wiederholung und Vertiefung seines erstinstanzlichen Vortrags zunächst seine bisherigen Verfahrensziele weiterverfolgt.

Der Kläger hat zunächst beantragt,

das Urteil des Landgerichts abzuändern und dem Beklagten unter Verwerfung seines Gegenantrages als unzulässig, hilfsweise unter Zurückweisung des Gegenantrages zu untersagen, bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die Wirksamkeit seiner Abberufung Geschäftsführer der G... GmbH irgendwelche Geschäftsführungs- oder Vertretungshandlungen in oder für diese Gesellschaft vorzunehmen;

dem Beklagten für jeden Fall der Zuwiderhandlung gegen die ausgesprochenen Verpflichtungen die Festsetzung eines Ordnungsgeldes bis zu 500.000,00 DM, ersatzweise Ordnungshaft bis zu sechs Monaten anzudrohen.

Der Beklagte hat beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Im Verlauf der mündlichen Verhandlung hat der Kläger die Berufung teilweise zurückgenommen, soweit durch das Urteil des Landgerichts Potsdam vom 4.11.1998 die einstweilige Verfügung vom 26.10.1998 aufgehoben und der Antrag des Klägers auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung zurückgewiesen worden ist.

Der Kläger beantragt nun noch,

das Urteil des Landgerichts abzuändern und den Gegenantrag des Beklagten als unzulässig zu verwerfen, hilfsweise ihn zurückzuweisen.

Der Beklagte hat der teilweisen Berufungsrücknahme des Klägers und Berufungsklägers zugestimmt.

Er beantragt,

dem Kläger insoweit die Kosten des Berufungsverfahrens aufzuerlegen und im übrigen die Berufung zurückzuweisen.

Der Senat hat dem Beklagten nachgelassen, zu dem Schriftsatz der Gegenseite vom 3.5.1999, soweit er den Gegenantrag des Beklagten betrifft, schriftsätzlich bis zum 19.5.1999 Stellung zu nehmen. Der Beklagte hat den Schriftsatz am 18.5.1999 zu den Akten gereicht, der am 19.5.1999 bei Gericht eingegangen ist.

Mit dem vorgenannten Schriftsatz beantragt der Beklagte vorsorglich, dem Kläger in einer vom Berufungsgericht selbst zu erlassenden einstweiligen Verfügung zu untersagen, bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die Wirksamkeit seiner Abberufung als Geschäftsführer der G... GmbH, S..., irgendwelche Geschäftsführungs- und Vertretungshandlungen in und für diese Gesellschaft vorzunehmen

und dem Kläger für jeden Fall der Zuwiderhandlung gegen diese Verpflichtung die Festsetzung eines Ordnungsgeldes bis zu 500.000,00 DM, ersatzweise Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, anzudrohen.

Von der Darstellung des Tatbestandes im übrigen wird gemäß § 543 Abs. 1 ZPO abgesehen.

Entscheidungsgründe:

I.

Die zulässige Berufung ist, soweit sie vom Kläger aufrechterhalten wird, insofern erfolgreich, als sie zur Aufhebung der einstweiligen Verfügung gegen den Kläger wegen Ablaufs der Vollziehungsfrist gemäß § 929 Abs. 2 ZPO führt.

Der Kläger hat zwar nicht ausdrücklich die Aufhebung der gegen ihn erlassenen einstweiligen Verfügung wegen Ablaufs der Vollziehungsfrist beantragt.

Der Kläger hat jedoch den Ablauf der Vollziehungsfrist mit Schriftsatz vom 28.5.1999 geltend gemacht. Dieser Umstand ist auch Gegenstand der mündlichen Erörterung vor dem Senat gewesen.

Mit den aufrechterhaltenen Anträgen des Klägers zum Gegenantrag des Beklagten hat er die Verwerfung des Gegenantrages, hilfsweise die Zurückweisung des Gegenantrages des Beklagten beantragt. Diese Antragstellung ist vor dem Hintergrund der Geltendmachung der Versäumung der Vollziehungsfrist dahingehend auszulegen, daß eine Aufhebung aus diesem Grunde gleichfalls beantragt ist. Dies ergibt sich daraus, daß auch die vom Kläger beantragte Verwerfung bzw. Zurückweisung des Gegenantrages zunächst die Aufhebung der vom Landgericht bereits erlassenen Verfügung gegen den Kläger bei gleichzeitiger Verwerfung oder Zurückweisung des Gegenantrages erforderlich gemacht hätte. Das Anliegen der Aufhebung der bereits erlassenen einstweiligen Verfügung ist mithin als Minus in dem gestellten Antrag enthalten.

Der Antrag des Klägers auf Aufhebung der gegen ihn gerichteten einstweiligen Verfügung des Landgerichts wegen Versäumung der Vollziehungsfrist ist begründet.

Der Aufhebungsanspruch ergibt sich aus §§ 927 Abs. 1, 936 ZPO.

Danach ist die einstweilige Verfügung auf Antrag wegen veränderter Umstände aufzuheben. Der hier maßgebliche Umstand ist die Versäumung der Vollziehungsfrist gemäß §§ 929 Abs. 2, 936 ZPO.

Danach ist die Vollziehung einer Urteilsverfügung unstatthaft, wenn seit der Verkündung des Urteils ein Monat verstrichen ist. Die fristwahrende Vollziehung einer einstweiligen Verfügung muß im Regelfall durch Zustellung im Parteibetrieb erfolgen. Dies gilt trotz der Zustellung von Amts wegen gemäß §§ 317, 270 ZPO auch für die durch Urteil ausgesprochene einstweilige Verfügung (Zöller/Vollkommer, ZPO, 21. Aufl. § 929 Rn. 12, 16).

Unstreitig ist das angefochtene Urteil des Landgerichts vom 4.11.1998, das die Unterlassungsverfügung gegen den Kläger ausspricht, dem Kläger vom Beklagten nicht im Parteibetrieb in der Monatsfrist des § 929 Abs. 2 ZPO zugestellt worden.

Diese Frist beginnt bei einer Entscheidung über den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung durch Urteil bereits mit der Verkündung des Urteils, also am 4.11.1998. Die Frist ist mithin am 4.12.1998 verstrichen. Innerhalb dieser Frist ist keine Zustellung im Parteibetrieb erfolgt.

Die Zustellung des Urteils von Amts wegen ersetzt die nach § 929 Abs. 2 ZPO erforderliche Zustellung der einstweiligen Verfügung im Parteibetrieb nicht.

Allerdings hat der IX. Zivilsenat des BGH wiederholt ausgesprochen, daß die wirksame Vollziehung einer durch Urteil ergangenen und somit von Amts wegen zugestellten Unterlassungsverfügung auch anders als durch Zustellung im Parteibetrieb denkbar ist (BGH NJW 1990, 122; BGHZ 120, 73, 79).

Die Amtszustellung kann jedoch nicht als eine die Zustellung einer einstweiligen Verfügung im Parteibetrieb ersetzende Maßnahme der Vollziehung angesehen werden.

Der Amtszustellung fehlt - weil sie vom Gericht veranlaßt wird - das „spezifisch vollstreckungsrechtliche Element“, daß der Gläubiger tätig wird und seinen Willen kundgibt, von dem Titel Gebrauch zu machen (BGHZ 120, 73, 79; OLG Frankfurt NJW-RR 1987, 764, 765).

Als eine die Zustellung des die einstweilige Verfügung aussprechenden Urteils ersetzende Maßnahme der Vollziehung kann auch nicht die Zustellung der Klage des Beklagten vom 25.11.1998, die am 27.11.1998 beim Landgericht Potsdam einging, angesehen werden.

Dieser Klageschrift soll zwar als Anlage eine Kopie des hier angefochtenen Urteils des Landgerichts Potsdam beigelegt gewesen sein. Die Klageschrift ist jedoch erst am 7.12.1998 dem Kläger persönlich zugestellt worden. Bereits zu diesem Zeitpunkt war die Vollziehungsfrist gemäß § 929 Abs. 2 ZPO verstrichen. Dies gilt um so mehr für den 10.12.1998, an dem die Klage von dem Kläger in diesem Verfahren Rechtsanwalt Dr. R... zugeleitet wurde.

Tatsächlich handelte es sich auch bei Rechtsanwalt Dr. R... nicht um den Prozeßbevollmächtigten des Klägers aus dem einstweiligen Verfügungsverfahren; dieses war vielmehr Rechtsanwalt R... in L... .

Der Zugang der Klageschrift und der ihr nach Darstellung des Beklagten als Anlage beigelegten Kopie des angefochtenen Urteils ist dem Kläger mithin nicht nur außerhalb der Vollziehungsfrist zugegangen.

Sie ist als Maßnahme der Vollziehung ferner deshalb ungeeignet, weil sie nicht dem Prozeßbevollmächtigten des Klägers in diesem Verfahren in der ersten Instanz gemäß § 176 ZPO zugestellt wurde. Schließlich scheidet die Annahme einer Maßnahme der Vollziehung der einstweiligen Verfügung daran, daß die Übermittlung der Kopie derselben lediglich als Anlage in einem anderen - wohl dem „Hauptsacheverfahren“ - erfolgte. Diese Übermittlung der einstweiligen Verfügung ist nicht geeignet, dem Kläger als Verfügungsgegner kundzutun, daß der Beklagte als Gläubiger von diesem Titel Gebrauch machen will.

Dies gilt jedenfalls dann, wenn in der Klageschrift im Zusammenhang mit der Überreichung der Kopie der einstweiligen Verfügung nicht nachdrücklich auf die Absicht des Vollzuges derselben hingewiesen wird. Dafür, daß das der Fall war, ist jedoch nichts vorgetragen worden.

Die Überreichung einer Ausfertigung des angefochtenen Urteils durch den Prozeßbevollmächtigten des Beklagten an den Kläger persönlich im Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem Senat ist ebenfalls nicht geeignet, eine Vollziehung der einstweiligen Verfügung darzutun.

Zum einen erfolgte die Überreichung der Urteilsausfertigung mehr als fünf Monate nach Verstreichen der Vollziehungsfrist. Zum anderen wäre der richtige Adressat der Zustellung im Parteibetrieb, wie vorstehend ausgeführt, Rechtsanwalt R... in L... gewesen.

Die nach Schluß der mündlichen Verhandlung vom Beklagten veranlaßten Zustellungen von Ausfertigungen des angefochtenen Urteils an Rechtsanwalt R... in L... und Rechtsanwalt Dr. R... in F... sind bereits deshalb unbeachtlich, weil sie erst nach Schluß der mündlichen Verhandlung erfolgten.

Nur der Vollständigkeit halber sei auch insoweit auf die erhebliche Überschreitung der Vollziehungsfrist, insbesondere hinsichtlich der nunmehr wohl § 176 ZPO genügenden Zustellung der Urteilsausfertigung an Rechtsanwalt R... in L... verwiesen.

Eine Heilung der Zustellungsversuche des Beklagten gemäß § 187 ZPO kommt nicht in Betracht. Es fehlt bereits an einer Zustellungshandlung, hinsichtlich derer sich eine formgerechte Zustellung nicht nachweisen ließe. Nur in diesem Falle könnte eine Heilung der nicht formgerechten Zustellung bei Nachweis des Zugangs des Schriftstücks eintreten.

Die Amtszustellung des angefochtenen Urteils ist auch keine vom Beklagten als Partei veranlaßte Zustellung, hinsichtlich derer eine Heilung eines eventuell formal verunglückten Zustellungsversuches in Betracht gezogen werden könnte.

Bereits die Zustellung der Klageschrift des Beklagten vom 25.11.1998 an den Kläger, in dessen Anlage sich eine Kopie des angefochtenen Urteils befunden haben soll, ist außerhalb der Vollziehungsfrist erfolgt, so daß dahinstehen kann, ob in der Übermittlung der Kopie des angefochtenen Urteils auf diesem Wege an den Kläger persönlich und nicht den Prozeßbevollmächtigten aus dem einstweiligen Verfügungsverfahren eine zu heilende Zustellung zu sehen wäre. Die Überschreitung der Vollziehungsfrist gemäß § 929 Abs. 2 ZPO steht weder zur Disposition der Parteien noch des Gerichtes.

Die Überschreitung in dieser Frist kann nicht gemäß § 187 Abs. 1 ZPO geheilt werden; dies würde dem Ziel der von § 929 Abs. 2 ZPO gesetzten Vollziehungsfrist widersprechen, den Schuldner davor zu schützen, daß die einstweilige Verfügung unter - aufgrund des Zeitablaufes - wesentlich veränderten Umständen vollzogen werden kann (Zöller/Vollkommer, a.a.O., § 929 Rn. 3).

II.

Dem mit dem nachgelassenen Schriftsatz hilfsweise gestellten Antrag auf erneuten Erlaß einer einstweiligen Verfügung mit dem Regelungsgehalt des nunmehr vom Kläger noch angefochtenen Teils des landgerichtlichen Urteils kann kein Erfolg beschieden sein.

Es mag dahinstehen, ob der Antrag bereits deshalb unzulässig ist, weil er nach Schluß der mündlichen Verhandlung gestellt wird. Bejahte man die Möglichkeit eines erneuten Verfügungsantrages an das Berufungsgericht nach Ablauf der Vollziehungsfrist, könnte dem Antrag unter Umständen ohne vorausgegangene mündliche Verhandlung im Beschlußwege gemäß §§ 921 Abs. 1, 936 ZPO entsprochen werden.

Ferner könnte der Senat gegebenenfalls die mündliche Verhandlung nach pflichtgemäßem Ermessen wieder eröffnen.

Der Antrag des Beklagten ist jedoch unzulässig, weil dem Senat als Berufungsgericht für die Entscheidung über einen Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung die funktionelle Zuständigkeit fehlt.

Der Senat folgt somit der wohl herrschenden Meinung in Rechtsprechung und Lehre (Baumbach/Hartmann, ZPO, 54. Aufl., § 929 Rn. 17 m.w.N.; Thomas/ Putzo, ZPO, 21. Aufl., § 929 Rn. 5). Die gegenteilige Auffassung, die von Zöller/Vollkommer vertreten wird (ZPO, a.a.O., § 929 Rn. 23), überzeugt nicht.

Diese rechtfertigt die Zuständigkeit des Berufungsgerichtes mit dem Eilcharakter des Verfahrens. Dieses Argument kann dem Einwand der funktionellen Unzuständigkeit und der Bedeutung des Erhalts einer zweiten (Tatsachen-) Instanz der Parteien durch das einstweilige Verfügungsverfahren jedoch nicht entgegengehalten werden. Dies gilt schon deshalb, weil die Versäumung der Vollziehungsfrist jedenfalls im vorliegenden Falle eine Obliegenheitsverletzung des Beklagten ist. Es erscheint daher nicht interessengerecht, dem Kläger im Interesse des Beklagten an einer raschen Entscheidung eine gesetzliche Rechtsmittelmöglichkeit zu entziehen.

Die Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 91 Abs. 1, 92 Abs. 1, 97 Abs. 1, 545 Abs. 2 ZPO.

Unterschriften