

**Fall:**

P ist niedergelassener Patentanwalt in München. R betreibt in München ein Reisebüro. Zwischen den beiden besteht keine laufende Geschäftsbeziehung. P erhielt kürzlich an die nach außen hin erkennbare Kanzlei-Adresse ("kanzlei...@...") eine Werbe-E-Mail. In dieser E-Mail (Newsletter) wird für Reisedienstleistungen geworben. Es besteht für den Empfänger die Möglichkeit, sich durch Rücksendung der E-Mail mit dem Vermerk "Abmeldung" bzw. auf der Homepage abzumelden.

P ist der Ansicht, sein Geschäftsbetrieb werde durch die unerwünschte Werbe-E-Mail gestört, da er Arbeitszeit aufwenden müsse, um unerwünschte Werbe-Mails auszusortieren. Zudem erfolge die Abrufung der Mails "online", so dass auch zusätzliche Telekommunikationsgebühren anfallen würden. Ein sofortiges Löschen von Werbe-Mails ohne sie zu öffnen, könne bei Freiberuflern wegen deren gesteigerter Sorgfaltspflicht unter Umständen einen Haftungsfall auslösen. Von daher sei eine sorgfältige Vorprüfung für Freiberufler geboten. Er beantragt den Erlass einer einstweiligen Verfügung gegen R. Darin soll R untersagt werden im geschäftlichen Bereich außerhalb bestehender Geschäftsverbindungen und /oder vorherige Zustimmung durch den Empfänger der Werbe-E-Mail Werbung zu betreiben. Zur Glaubhaftmachung legt P einen Ausdruck der streitgegenständlichen E-Mail bei.

R ist der Ansicht, die einstweilige Verfügung müsse unterbleiben, da für den P aufgrund der Möglichkeit der Abmeldung eine zumutbare Option zur Abwendung unerwünschter Werbe-E-Mails gegeben sei.

Prüfen Sie bitte gutachtlich, wie das Gericht entscheiden wird (Zulässigkeit und Begründetheit des Antrags).

100 Punkte

**Bearbeitervermerk:** Der Hauptsachestreitwert beträgt 11.000,-- Euro.

**Lösungshinweise:**

Das angerufene Gericht wird die beantragte einstweilige Verfügung erlassen, wenn der Antrag zulässig und begründet ist.

**I. Zulässigkeit des Antrags**

**1. Zuständigkeit des angerufenen Gerichts**

Die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts folgt aus §§ 937 I, 943 I ZPO. Danach ist das Gericht der Hauptsache das zuständige Gericht. Folglich ist zu prüfen, welches Gericht in der Hauptsache örtlich und sachlich zuständig wäre.

**a) Örtliche Zuständigkeit**

Die örtliche Zuständigkeit ergibt sich aus den §§ 12 ff. ZPO. P und R sind beide in München ansässig, so dass zumindest aufgrund von § 13 ZPO hier der allgemeine Gerichtsstand gegeben ist. Ferner kommt noch der Gerichtsstand der unerlaubten Handlung in Frage wegen der geltendgemachten un-

erlaubten Handlung (§ 32 ZPO).<sup>1</sup> Nach § 35 ZPO steht zwar die Wahl des Gerichtsstandes im Ermessen des Klägers. Im Ergebnis bleibt es jedoch bei der örtlichen Zuständigkeit in München, da sich dort auch der Verletzungsort befindet.<sup>2</sup>

### b) Sachliche Zuständigkeit

Die sachliche Zuständigkeit richtet sich nach §§ 23, 71 GVG und hängt damit vom Wert des Streitgegenstandes ab. Die Amtsgerichte sind gem. § 23 Nr. 1 GVG in Streitigkeiten über vermögensrechtliche Ansprüche zuständig, deren Gegenstandswert 5.000,- Euro nicht übersteigt. Somit wäre das Landgericht sachlich zuständig, wenn der Wert der Beeinträchtigung des P über 5.000,- Euro liegt. Bei einer einstweiligen Verfügung wegen eines Unterlassungsanspruchs bestimmt sich der Streitwert nach § 3 ZPO. Da es sich zudem nur um eine vorläufige Regelung handelt wird 1/3 bis 1/2 des nach § 3 ZPO zu ermittelnden Wertes angenommen.<sup>3</sup> Ausgehend von dem laut Bearbeitervermerk festgesetzten Wert der Beeinträchtigung in Höhe von 11.000,- Euro ist somit auf jeden Fall die Grenze von 5.000,- Euro überschritten.<sup>4</sup> Somit ist das Landgericht sachlich zuständig. Demzufolge hat P das zuständige Gericht angerufen.

### 2. ordnungsgemässer Antrag

Ferner müsste in formeller Hinsicht ein ordnungsgemässer Antrag nach §§ 920 III, 936 ZPO vorliegen. Dies ist der Fall, wenn entweder ein schriftlicher Antrag vorliegt oder wenn das Gesuch zu Protokoll vor einem Urkundsbeamten der Geschäftsstelle erklärt wurde. Für die Antragstellung selbst besteht nach § 78 III ZPO kein Anwaltszwang. P hat einen schriftlichen Antrag gestellt, so dass ein ordnungsgemässer Antrag vorliegt.

### B. Begründetheit des Antrags

Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung ist nach §§ 936, 920 II ZPO begründet, wenn ein *Verfügungsanspruch* und ein *Verfügungsgrund glaubhaft* gemacht worden sind.

#### I. Verfügungsanspruch

<sup>1</sup> Weiterführend zum Tatort des Erfolgsortes (der Empfänger-PC) bzw. zum Handlungsort die Entscheidung des LG Berlin v. 13.10.98 (Az.: 16 O 320/98). Ausführungen wurden hierzu von den Bearbeitern nicht erwartet.

<sup>2</sup> Ferner existiert noch die Notzuständigkeit der Amtsgerichte nach § 942 I ZPO. Hierauf brauchte jedoch nicht eingegangen werden, da sich an der örtlichen Zuständigkeit in Bezug auf den Streitgegenstand im Ergebnis nichts ändert.

<sup>3</sup> Dies wurde von den Bearbeitern nicht erwartet. Ausreichend war, wenn die sachliche Zuständigkeit nach §§ 23, 71 GVG geprüft wurde und darauf aufbauend die sachliche Zuständigkeit bejaht wurde.

<sup>4</sup> Das LG München hat in einem vergleichbaren Fall (Entscheidung v. 05.11.2002 - Az.: 33 O 17030/02) den Streitwert im einstweiligen Verfahren auf 6.000,- Euro festgelegt und damit die landgerichtliche Zuständigkeit bejaht; massgeblich für die Höhe des Streitwertes ist der Grad der Beeinträchtigung des Rechts des Geschädigten, also dessen voraussichtliche Umsatzschmälerung; s. *Hartmann*, in: Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, Komm. - ZPO, Anh zu § 3 Rd. 121.

Als Verfügungsanspruch kommen grundsätzlich alle materiell-rechtlichen Ansprüche in Frage.

Als Unterlassungsanspruch kommt hier ein Anspruch aus §§ 823 I, 1004 BGB analog in Betracht.<sup>5</sup> Der Unterlassungsanspruch des § 1004 BGB schützt zwar in erster Linie Ansprüche wegen einer Eigentumsverletzung, ist aber entsprechend anwendbar auf die anderen absoluten Rechte des § 823 I BGB.

### 1. Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb

Hier könnte ein Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb vorliegen,<sup>6</sup> der ein sonstiges absolutes Recht im Sinne des § 823 I BGB ist.

a) Zunächst ist ein betriebsbezogener (unmittelbarer) Eingriff Voraussetzung. Der betriebsbezogene Eingriff ist eine unmittelbare Beeinträchtigung des Gewerbebetriebs als solchen, der sich speziell gegen den betrieblichen Organismus oder gegen die unternehmerische Entscheidungsfreiheit richtet und über die bloße Belästigung hinausgeht.<sup>7</sup>

Bei der Beurteilung des Eingriffs sind drei Gesichtspunkte zu berücksichtigen:

- (1.) Das Abrufen von Mails erfolgt "online" und verlängert die Übertragungszeit und verursacht somit Telekommunikationsgebühren.
- (2.) Der Empfänger muss Arbeitszeit aufwenden, um seine Mails auszusondern. Eine Löschung der Werbe-E-Mails ohne sie zu öffnen scheidet für einen Freiberufler aus, denn ohne eine sorgfältige Vorprüfung anhand der Absenderangabe und des Betreffs ist eine versehentliche Löschung von berufsrelevanten Mails möglich. Dies kann sogar unter Umständen zu einem Haftungsfall führen.
- (3.) Schliesslich ist zu bedenken, dass der Werbende (zeitgleich) eine "Flut" von Werbe-E-Mails versenden kann, die auf Grund des geringen Aufwands und Kosten für ihn ohne weiteres möglich sind, und somit die Speicherkapazität der Empfänger-Mailbox überschritten werden kann. Dies kann sogar zu Datenverlusten oder zu Rücksendungen anderer eingehender Mails führen.

Demzufolge stellt die Übersendung von Werbe-E-Mails eine Störung des

---

<sup>5</sup> Ein Unterlassungsanspruch aus § 1 UWG scheidet aus, da zwischen P und R keine Konkurrenzsituation besteht und damit keine wettbewerbsrechtliche Relevanz, s. LG Berlin NJW 2002, S. 2569 f.; Ausführungen wurden hierzu nicht erwartet.

<sup>6</sup> Eine Eigentumsverletzung scheidet - im Gegensatz zu den Fällen der unerwünschten Telefaxwerbung - ersichtlich aus, da materielle Rechtsgüter des P nicht beeinträchtigt sind, sondern lediglich Zeit, Arbeitsaufwand, Speicherkapazitäten seines PC, die als Vermögen nicht dem Eigentumsschutz des § 823 I BGB unterliegen, vgl. Schmittmann CR 1998, S. 499 ff.

<sup>7</sup> Der Vollständigkeit halber ist anzumerken, dass auch die Angehörigen der "freien Berufe" mit in den Schutzbereich fallen, vgl. Palandt/Thomas, § 823 Rd. 21. Ausführungen wurden hierzu nicht erwartet.

Betriebsablaufs dar und ist somit als ein Eingriff anzusehen.<sup>8</sup> Unerheblich ist hierbei, dass zunächst nur eine einzige Werbe-E-Mail an den P verschickt wurde. Denn die zuvor genannten Nachteile sind bei dem P bereits durch das Verschicken der in Rede stehenden Werbe-E-Mail entstanden.<sup>9</sup> Zudem ist eine Ausuferungsgefahr zu befürchten. Die notwendige Betriebsbezogenheit (Unmittelbarkeit) des Eingriffs ergibt sich bereits daraus, dass P die Mailadresse ("kanzlei...@...") nach außen hin erkennbar im Rahmen seiner beruflichen Tätigkeit verwendet.

### b) Rechtswidrigkeit des Eingriffs

Der Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb müsste rechtswidrig gewesen sein. Die Rechtswidrigkeit wäre nur dann ausgeschlossen, wenn entweder eine laufende Geschäftsbeziehung bestehen würde oder ein erklärtes oder vermutetes Einverständnis des Empfängers. Die zuvor genannten Alternativen scheiden hier aus. Demnach war der Eingriff des R auch rechtswidrig.<sup>10</sup>

### 2. Störereigenschaft des R

Für den Anspruch aus §1004 BGB kommt es auf ein Verschulden oder die Rechtswidrigkeit nicht an. Es kommt nur auf das rechtswidrige Ergebnis, also auf den Eingriff in den Gewerbebetrieb (die Störung), an. Voraussetzung des § 1004 BGB ist also, dass sich der Anspruch gegen den Störer richtet, denn nur von ihm kann die Unterlassung verlangt werden. Laut Sachverhalt hat R die Werbe-E-Mail verschickt. R ist somit Störer (sog. Handlungsstörer) i.S.d. § 1004 BGB.

### 3. Wiederholungsgefahr i.S.d. § 1004 BGB

Als besondere Voraussetzung bei einem Unterlassungsanspruch bedarf es einer Wiederholungsgefahr. Es muss daher die Möglichkeit bestehen, dass der Werbende nochmals eine Werbe-E-Mail an die gleiche Person verschickt.

Die Wiederholungsgefahr wird aber bereits grundsätzlich beim ersten rechtswidrigen Eingriff vermutet. Demnach besteht hier eine Wiederholungsgefahr.<sup>11</sup>

## II. Verfügungsgrund

Ferner müsste ein Verfügungsgrund nach § 935, 940 ZPO vorliegen, d.h. es müssen Gründe vorliegen, die die Dringlichkeit der einstweiligen Verfügung

<sup>8</sup> Nach a.A. (LG Braunschweig NJW-RR, 2000, S. 924) liegt kein Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb vor, da sich der Empfänger durch einfache Mitteilung aus der Bezugsliste löschen lassen könne; s. dagegen aber die Begründung des LG München NJW 2002, S. 2569 (2571). Beides ist vertretbar.

<sup>9</sup> Weiterführend LG Berlin NJW 2002, S. 2569 (2571).

<sup>10</sup> Ausführungen zur Rechtswidrigkeit wurden von den Bearbeitern nicht erwartet.

<sup>11</sup> Ausführungen zur Wiederholungsgefahr wurden nicht erwartet; zur Vermutungswirkung s. AG Bonn BRAK-Mitt. 2003, S. 244. In der Praxis kann die Wiederholungsgefahr durch die Unterzeichnung einer strafbewehrten Unterlassungserklärung beseitigt werden.

rechtfertigen.<sup>12</sup> Für das Vorliegen eines Verfügungsgrunds spricht das anzunehmen ist, dass andernfalls ein effektiver Rechtsschutz nicht gewährleistet ist, da ansonsten die Verwirklichung des Individualanspruchs mithin gefährdet wäre. Denn der Betroffene muss mit weiteren Rechtsverletzungen durch denwerbenden rechnen. Diese führen wie gezeigt zu unzumutbaren Belästigungen. Von daher ist ein Verfügungsgrund zu bejahen.<sup>13</sup>

### III. Glaubhaftmachung

Schließlich müsste der Verfügungsanspruch und Verfügungsgrund nach §§ 936, 920 II ZPO vom Antragsteller glaubhaft gemacht worden sein.<sup>14</sup> Geregelt ist die Glaubhaftmachung in § 294 ZPO. Sie dient dazu, dem Richter einen geringen Grad von Wahrscheinlichkeit zu vermitteln. Zur Glaubhaftmachung darf sich der Antragsteller aller Beweismittel der ZPO bedienen. P hat einen Ausdruck der in Rede stehenden Werbe-E-Mail mit seinem Gesuch auf Erlass einer einstweiligen Verfügung eingereicht und damit in ausreichender Form glaubhaft gemacht.

### IV. Ergebnis

Der Antrag des P auf Erlass einer einstweiligen Verfügung ist zulässig und begründet. Das Gericht wird daher eine einstweilige Verfügung gegen R erlassen.

---

<sup>12</sup> § 935 ZPO regelt die sog. Sicherungsverfügung, § 940 ZPO dagegen die Regelungsverfügung. Eine Abgrenzung wurde jedoch von den Bearbeitern nicht erwartet, da diese mitunter nur schwer vorzunehmen ist und in der Praxis keine Rolle spielt.

<sup>13</sup> Mit anderer Begründung ("die Eilbedürftigkeit sei wegen der einmaligen Zusendung der Werbe-E-Mail nicht gegeben"), ist auch ein anderes Ergebnis vertretbar, so auch LG Karlsruhe MMR 2002, S. 402.

<sup>14</sup> Ohne die Glaubhaftmachung kann eine einstweilige Verfügung nur ergehen, wenn der Antragsteller eine *Sicherheit* für die dem Antragsgegner drohenden Nachteile geleistet hat, vgl. §§ 936, 921 II ZPO.