

Fall:

Nico B. (B) betreibt ein italienisches Restaurant in Hagen. Das Restaurant wird allgemein als „Edelitaliener“ angesehen, da ausgefallene Speisen angeboten werden und die klassische Pizza nicht in der Speisekarte enthalten ist.

Der alternativ eingestellte A, der in Hagen ansässig ist, bringt ein monatlich erscheinendes lokales Blatt heraus, worin politische, regionale und auch lokale Themen angesprochen werden. Das Blatt wird monatlich in einer 500'er Auflage zu einem Preis von 3,00 € verkauft. Um sein bestandenes Soziologiestudium angemessen zu feiern, entschließt sich A im Kreise seiner Familie zu einem standesgemäßen Abendessen im Restaurant des B. Als A die Rechnung erhält, traut er seinen Augen nicht, da sich die Rechnungssumme für 6 Personen auf 600 € beläuft. Unter Protest zahlt A schließlich die Rechnung.

A ist jedoch auch einige Tage später noch so verärgert, dass er beschließt in der nächsten Ausgabe seines Blattes einen Artikel über das Restaurant des B zu schreiben. In der Septemбераusgabe erscheint dann der Artikel. Er enthält unter anderem die folgenden Aussagen:

- der Cousin des B gehöre der Mafia an und der Betrieb diene offensichtlich der Geldwäsche;
- der vermeintliche „Edelitaliener“ weise ein Inventar von weißen Plastikstühlen und Plastiktischen auf;
- es handele sich um einen „Abzockerladen“, da das Preis-Leistungs-Verhältnis absolut unangemessen sei.

Ferner weist A in dem Artikel darauf hin, dass dieser Artikel auch in der nächsten Ausgabe erscheinen wird. Er sähe es als freier Bürger als sein gutes Recht an, die Allgemeinheit ausreichend vor einem Besuch bei B zu warnen.

Zwei Tage nach dem Erscheinen der Septemбераusgabe wird B von einem Stammgast auf den erschienenen Artikel hingewiesen. B ist empört und fürchtet um seinen guten Ruf und um seine Umsätze. Mit allen Mitteln soll vor allem erstmal das Erscheinen der Oktoberausgabe abgewendet werden. B möchte daher sofortige gerichtliche Schritte einleiten.

Dem A soll es möglichst noch mit dem heutigen Tag gerichtlich untersagt werden, die entsprechend bezeichneten Äußerungen zu tätigen. Insbesondere sollen die monierten Äußerungen nicht in der Oktoberausgabe seines Blattes erscheinen.

Wie könnte das Begehren des B prozessual umgesetzt werden? Prüfen Sie bitte sodann gutachterlich die Erfolgsaussichten der in Frage kommenden gerichtlichen Entscheidung (Zulässigkeits- und Begründetheitsprüfung).

Bearbeitervermerk:

100 Punkte

Der Streitwert beträgt 15.000 €. B kann Fotos vorlegen, denen zu entnehmen ist, dass das Restaurantinventar nicht aus weißen Plastikstühlen und Tischen besteht. Zudem kann er eine entsprechende eidesstattliche Versicherung seines Geschäftsführers vorweisen.

Lösungshinweise:

A. Vorüberlegungen

B wünscht eine sofortige Unterlassung. Von daher hilft ihm der Weg über das normale Erkenntnisverfahren nicht weiter. Im einstweiligen Rechtsschutzverfahren ist entweder der Arrest (§§ 916 ff. ZPO) möglich oder die einstweilige Verfügung (§§ 935 ff. ZPO). Da es hier in der Sache um einen Unterlassungsanspruch geht, kommt für B nur eine einstweilige Verfügung in Frage.

B. Zulässigkeit des Antrags

1. Zuständigkeit des 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. A lebt in Hagen, so dass zumindest aufgrund von § 13 ZPO der allgemeine Gerichtsstand gegeben ist.

Ferner könnte seitens des A eine unerlaubte Handlung nach den §§ 823 ff. BGB in Betracht kommen, so dass noch der Gerichtsstand der unerlaubten Handlung nach § 32 ZPO einschlägig sein könnte.¹

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,- € nicht übersteigt.

Laut Bearbeitervermerk beträgt der Streitwert 15.000 €. Somit ist das Landgericht sachlich zuständig. Demzufolge ist das Landgericht Hagen zuständig.

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

¹ 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.

Antragstellung selbst besteht nach § 78 V ZPO kein Anwaltszwang.

3. Ergebnis

Eine einstweilige Verfügung wäre zulässig.²

C. Begründetheit

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

Als Verfügungsanspruch kommen alle materiell-rechtlichen Ansprüche in Frage.

1. Unterlassungsanspruch aus §§ 823 I, 1004 I BGB analog³

B könnte zunächst einen Unterlassungsanspruch gegen A haben aus §§ 823 I, 1004 I BGB analog.

a) Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb

Ein Unterlassungsanspruch aus § 1004 I BGB setzt an sich eine *Eigentumsverletzung* voraus. Das Vermögen als solches ist jedoch nicht dem Eigentumsbegriff i.S.d. § 823 I BGB gleichgestellt, was dazu führt, dass der reine Vermögensschaden keine Eigentumsverletzung darstellt. Die im Raum stehenden befürchteten Vermögenseinbußen sind somit keine Eigentumsverletzung i.S.d. § 1004 I BGB.

Anerkannt ist aber, dass § 1004 I BGB eine analoge Anwendung findet auf sonstige absolute Rechte. Insoweit kommt hier ein Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb in Betracht, der als sonstiges Recht i.S.d. § 823 I BGB angesehen wird.

Dies setzt voraus, dass ein entsprechender Eingriff vorliegt. Im Rahmen der Feststellung des Eingriffs in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb in Form von kritischen Äußerungen gegen einen Gewerbebetrieb ist allerdings zu bedenken, dass im Hinblick auf *Art. 5 I GG* eine Meinungsfreiheit besteht. Das Bestehen der grundgesetzlich garantierten Meinungsfreiheit erfordert es, dass bei der Frage des Vorliegens eines Eingriffs eine *Interessenabwägung* vorzunehmen ist. Diese Interessenabwägung führt dazu, dass bei kritischen Äußerungen grundsätzlich erst dann ein Eingriff in den eingerichteten und

² Die sonstigen allgemeinen Prozessvoraussetzungen können als gegeben unterstellt werden, da keine entgegenstehenden Anhaltspunkte im Sachverhalt enthalten sind.

³ Die Prüfung eines Unterlassungsanspruchs aus dem UWG ist abwegig, da zwischen A und B *kein* Wettbewerbsverhältnis besteht. Vertretbar ist es aber zudem einen Unterlassungsanspruch aus §§ 823 II BGB, 186 StGB zu prüfen und zu bejahen. Ausführungen werden hierzu allerdings nicht erwartet. Sofern §§ 823 II BGB, 186 StGB geprüft wird, aber nicht §§ 823 I, 1004 BGB, ist im Falle der ordnungsgemäßen Prüfung die volle Punktzahl zu geben, da § 823 II BGB i.V.m. § 186 StGB als *lex specialis* vorgeht, vgl. Palandt/*Sprau*, § 823 Rdnr. 126.

ausgeübten Gewerbebetrieb vorliegt, wenn diese den Grad einer Schmähkritik erreichen. Eine solche liegt dann vor, wenn bei der Äußerung nicht mehr die Auseinandersetzung in der Sache, sondern die Diffamierung des Betroffenen im Vordergrund steht, der jenseits polemischer und überspitzter Kritik herabgesetzt und gleichsam an den Pranger gestellt werden soll.⁴

Die Äußerung des A, „der vermeintliche „Edelitaliener“ weise ein Inventar von weißen Plastikstühlen und Plastiktischen auf“, entspricht nicht den Tatsachen und ist schlichtweg falsch. Zudem kommt hinzu, dass die weiteren Äußerungen ohne jeglichen Anhaltspunkt abgegeben werden, um den B letztlich nur zu diffamieren. Von daher ist ein Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb zu bejahen.⁵

b) Betriebsbezogenheit des Eingriffs

Der Eingriff in den ausgeübten und eingerichteten Gewerbebetrieb muss ferner *betriebsbezogen* sein, d.h., er muss sich unmittelbar gegen den betrieblichen Organismus richten.

Der Artikel des A wendet sich speziell gegen das Restaurant des B. Eine Betriebsbezogenheit liegt somit vor.

c) Störereigenschaft des A

Des Weiteren müsste A Störer i.S.d. § 1004 I BGB sein. A ist der Verfasser des Artikels und zugleich auch der Herausgeber des lokalen Blattes. Folglich ist A Handlungsstörer und damit Störer i.S.d. § 1004 I BGB.

d) Wiederholungsgefahr

Der Unterlassungsanspruch aus § 1004 I BGB setzt schließlich noch voraus, dass eine Wiederholungsgefahr besteht. Eine Wiederholungsgefahr wird aber regelmäßig mit dem bereits eingetretenen Eingriff vermutet. Demnach besteht hier eine Wiederholungsgefahr.

2. Zwischenergebnis⁶

⁴ Weiterführend BGH NJW 2002, S. 1192 ff. (1193).

⁵ Im Rahmen der Korrektur wird nicht erwartet, dass eine Abgrenzung bzw. Definition der Begriffe Tatsachenäußerung/Werturteil gemacht wird. Die Bearbeiter sollten allerdings die grundsätzliche Problematik (Abwägung), die sich wegen Art. 5 I GG stellt, erkennen und nicht automatisch einen Eingriff bejahen.

⁶ Neben dem möglichen Unterlassungsanspruch aus §§ 823 I, 1004 I BGB besteht in der Sache auch ein Unterlassungsanspruch aus § 824 BGB. Falls dies von den Bearbeitern geprüft und bejaht wird, ist dies als richtig zu werten. Insoweit wäre über diesen Weg keine Prüfung des §§ 823 I, 1004 I BGB erforderlich, da § 824 BGB als speziellere Regelung dem Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb vorgeht, weiterführend Palandt/Sprau, § 823 Rdnr. 126. Im Übrigen kann eine Prüfung des § 826 BGB als vertretbar gewertet werden. Insoweit sollte aber vorher eine Prüfung der §§ 823 I, 1004 I BGB erfolgt sein.

Ein Verfügungsanspruch aus §§ 823 I, 1004 I BGB liegt vor.

II. Verfügungsgrund

Ferner müsste ein Verfügungsgrund nach §§ 935, 940 ZPO vorliegen, d.h. es müssen Gründe vorliegen, die die Dringlichkeit der einstweiligen Verfügung rechtfertigen.⁷ Dies ist nach § 935 ZPO entweder der Fall, wenn zu besorgen ist, dass durch eine Veränderung des bestehenden Zustands die Verwirklichung des Rechts einer Partei vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte, oder wenn wesentliche Nachteile drohen (vgl. § 940 ZPO).

A hat in der Septemбераusgabe bereits daraufhingewiesen, dass dieser Artikel auch in der nächsten Ausgabe erscheinen wird. Von daher drohen B mitunter beträchtliche Umsatzeinbußen. Ein Verfügungsgrund ist daher zu bejahen.⁸

III. Glaubhaftmachung

Schließlich müsste der Verfügungsanspruch und Verfügungsgrund nach §§ 936, 920 II ZPO vom Antragsteller glaubhaft gemacht werden.⁹ Geregelt ist die Glaubhaftmachung in § 294 ZPO. Sie dient dazu, dem Richter einen geringen Grad von Wahrscheinlichkeit zu vermitteln. Ein Mittel der Glaubhaftmachung ist nach § 294 I ZPO die *eidesstattliche Versicherung*.

B kann eine eidesstattliche Versicherung des Geschäftsführers einreichen. Zudem kann er durch Fotos bekräftigen, dass das Restaurantinventar nicht aus weißen Plastikstühlen und Tischen besteht. Von daher steht einer ausreichenden Glaubhaftmachung nichts entgegen.

IV. Ergebnis¹⁰

Eine einstweilige Verfügung wäre sowohl zulässig als auch begründet und würde erlassen werden.

⁷ § 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.

⁸ Die anderen Äußerungen des A sind dem Beweis nicht zugänglich.

⁹ 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.

¹⁰ Grundsätzlich besteht an sich im einstweiligen Rechtsschutz noch das sog. *Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache*. Dies gilt jedoch nicht für die Geltendmachung von *Unterlassungsansprüchen*. Der Unterlassungsanspruch wird nämlich bis zur Hauptsacheentscheidung quasi erfüllt. Dies lässt sich bei Unterlassungsansprüchen aber nicht vermeiden, da andernfalls der einstweilige Rechtsschutz ins Leere laufen würde.