

**Online-Klausurenkurs für Rechtsreferendarinnen und Rechtsreferendare
in Rheinland-Pfalz
Lösungsskizze zur Klausur vom 14.02.2025 (ZR)**

Der Mandant, Herr Riemann, möchte die Zusendung weiterer Werbemails durch die Fa. Warner Computer GmbH verhindern. Das kann er mit der Anfechtung des im einstweiligen Verfügungsverfahren ergangenen (zurückweisenden) Beschlusses erreichen.

Weil durch die Anfechtung des Beschlusses aber nur eine vorläufige Regelung im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes erreicht werden kann und der Mandant darüber hinaus eine endgültige Regelung herbeigeführt haben möchte, sind auch die Erfolgsaussichten eines Hauptsacheverfahrens zu prüfen.

A. Sofortige Beschwerde gegen den Beschluss vom 22.12.2008

Gegen den Beschluss des Amtsgerichts Köln, das den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zurückgewiesen hat, ist die sofortige Beschwerde zulässig und begründet.

I. Zulässigkeit einer sofortigen Beschwerde

1. Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung ist durch *Beschluss* zurückgewiesen worden (§ 937 Abs. 2 ZPO). Somit ist gem. **§ 567 Abs. 1 Nr. 2 ZPO** die **sofortige Beschwerde statthaft**, da eine mündliche Verhandlung nicht erforderlich war (anders, wenn nach §§ 936, 922 Abs. 1 ZPO durch Urteil entschieden worden wäre; vgl. Thomas/Putzo/Reichold, ZPO, 34. Aufl., § 936 Rdnr. 6 i.V.m. § 922 ZPO Rdnr. 6).
2. Sachlich und örtlich **zuständig** ist nach **§ 572 Abs. 1 ZPO** das Beschwerdegericht. Da hier das AG Köln entschieden hat, ist dies das **Landgericht Köln** (vgl. § 72 GVG).
3. Die **Beschwerdefrist** beträgt bei der sofortigen Beschwerde **zwei Wochen (§ 569 Abs. 1 Satz 2 ZPO)** und beginnt mit der Zustellung des vollständig abgefassten Beschlusses (hier: 02.01.2009, wobei dieser Tag gem. § 187 Abs. 1 BGB bei der Fristberechnung nicht mitgezählt wird). Sie endet mit Ablauf des 16.01.2009 (§§ 222 ZPO i.V.m. § 188 Abs. 2 BGB) und kann daher noch eingehalten werden.
4. Das Rechtsmittel kann mittels **Beschwerdeschrift** (§ 569 Abs. 2 Satz 2 ZPO) oder **zu Protokoll der Geschäftsstelle** (§ 569 Abs. 3 Nr. 1 ZPO) eingelegt werden, und zwar beim Ausgangsgericht oder beim Beschwerdegericht (§ 569 Abs. 1 ZPO).

II. Begründetheit einer sofortigen Beschwerde

Die sofortige Beschwerde ist begründet, wenn der Beschluss vom 22.12.2008 zu Unrecht ergangen ist. Nach § 571 Abs. 2 u. 3 ZPO können im Beschwerdeverfahren neue Angriffs- und Verteidigungsmittel berücksichtigt werden, weshalb grds. die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der Beschwerdeentscheidung maßgeblich ist.

1. Zulässigkeit des Antrags auf Erlass einer einstweiligen Verfügung

- a) Die einstweilige Verfügung ist hier nach §§ 935, 940 ZPO zur Sicherung des Hauptsacheanspruchs **statthaft**. Nicht einschlägig sind die Regelungen in §§ 916 ff. ZPO für einen dinglichen Arrest, da hier keine Geldforderung gesichert werden soll.
- b) Ausschließlich zuständig für den Erlass der einstweiligen Verfügung ist das AG Köln als **Gericht der Hauptsache** (§§ 937, 943 Abs. 1, 802 ZPO).

Das AG Köln wäre nach §§ 23 Nr. 1, 71 Abs. 1 GVG in der Hauptsache **sachlich zuständig**, da der nach **§ 3 ZPO** zu schätzende **Streitwert** deutlich unter 5.000 € liegt. Bei einem Unterlassungsantrag – wie hier der Untersagung von Werbe-Mails – bemisst sich der Streitwert im Einzelfall nach dem Interesse des Klägers am Verbot der konkreten Handlung (Zöller/Herget, ZPO, 30. Aufl., § 3 Rdnr. 16 „Unterlassung“). Vorliegend dürfte die zu erwartende Beeinträchtigung gering sein, da die zu erwartenden Newsletter einen geringen Umfang haben dürften und nur einmal im Monat erscheinen.

Die örtliche Zuständigkeit des AG Köln folgt aus § 32 ZPO. Der Mandant macht einen Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB iVm. § 1004 Abs. 1 Satz 2 BGB geltend und behauptet die Verletzung seiner Privatsphäre (allg. Persönlichkeitsrecht) und damit eine Rechtsgutverletzung an seinem Wohnort in Köln.

- c) Für die Zulässigkeit des Antrags auf Erlass einer einstweiligen Verfügung reicht es aus, dass **Verfügungsanspruch und -grund behauptet** werden. Das ist hier der Fall (vgl. Thomas/Putzo/Reichold, aaO, § 936 Rdnr. 6 i.V.m. § 916 Rdnr. 2).
- d) Entgegen dem Beschluss des Amtsgerichts Köln liegt das erforderliche **Rechtsschutzbedürfnis** vor.

Zwar fehlt das Rechtsschutzbedürfnis, wenn der Kläger/Antragsteller sein Begehren auf einfacherem und billigerem Wege erreichen kann (Thomas/Putzo/Reichold, aaO, Vorb. § 253 ZPO Rdnr. 27). Das Anklicken des Internetlinks zum Abbestellen des Newsletters ist jedoch kein einfacherer und billigerer Weg. Sein Rechtsschutzziel hätte der Mandant durch das Anklicken nicht umfassend erreicht; denn die Antragsgegnerin könnte sich jederzeit von einem freiwilligen Verzicht lösen. Verhindern lässt sich das nur mit einer strafbewehrten Unterlassungserklärung bzw. mit einem gerichtlich angedrohten Ordnungsgeld bzw. Ordnungshaft. Zudem ist bereits fraglich, ob dem Mandanten das Anklicken zumutbar ist. Der Link kann nämlich erst nach Durchlesen der Werbemail und einer damit verbundenen „Belästigung“ wahrgenommen werden.

2. Begründetheit des Antrags auf Erlass einer einstweiligen Verfügung

Der Antrag auf Erlass der einstweiligen Verfügung ist begründet, soweit der Antragsteller einen **Verfügungsanspruch** und einen **Verfügungsgrund** glaubhaft machen kann.

a) Verfügungsanspruch

Der Mandant hat einen **Unterlassungsanspruch** nach **§ 823 Abs. 1 BGB i.V.m. § 1004 Abs. 1 Satz 2 BGB analog** glaubhaft gemacht.

aa) Die Warner GmbH hat durch den Newsletter v. 05.12.2008 in das **allgemeine Persönlichkeitsrecht** des Mandanten und damit in ein absolut geschütztes Rechtsgut eingegriffen. In den Schutzbereich des Persönlichkeitsrechts fällt auch die Privatsphäre und damit das Recht, vor Störungen aller Art im häuslichen, privaten und familiären Bereich in Ruhe gelassen zu werden (d.h. auch von E-Mail-Werbung verschont zu bleiben; Palandt/Sprau, BGB, 73. Aufl., § 823 Rdnr. 117 m.N.).

Auch bei **einmaligem Zugang** einer Werbe-Mail ist der Schutzbereich des allg. Persönlichkeitsrechts tangiert. Zwar ist die Belästigung durch nur eine Mail gering, da sie weggeklickt werden kann. Allerdings darf bei der Bewertung des Belästigungsgrades die einzelne Werbemail nicht isoliert betrachtet werden (vgl. OLG Düsseldorf MMR 2004, 820 ff.). Wegen ihrer geringen Kosten und ihres minimalen Aufwandes trägt die Werbemail den Keim zu einem immer weiteren Umgreifen in sich (LG Berlin K&R 2007, 56). Dem Adressaten droht eine Flut von Werbemails, wenn er sich nicht bereits gegen eine einzelne Mail zur Wehr setzen könnte.

bb) Der Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Mandanten ist **rechtswidrig**.

Der Mandant hat **nicht eingewilligt**. Selbst wenn er von August bis November 2008 bereits Mails erhalten hätte: Schweigen auf Newsletter ist keine konkludente Einwilligung, da Schweigen grds. keinen Erklärungswert hat (Palandt/Ellenberger, aaO., Einf. v. § 116 Rdnr. 7). Die Warner GmbH kann sich nicht auf mutmaßliche Einwilligung berufen, da dies voraussetzt, dass die Einwilligung durch den Rechtsgutinhhaber nicht zu erlangen ist (Palandt/Sprau, aaO., § 823 Rdnr. 39 I.V.m. Einf. v. § 677 Rdnr. 5).

Die Warner GmbH kann sich nicht auf das aus Art. 12 GG folgende **Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb** berufen (vgl. Palandt/Sprau, aaO., § 823 Rdnr. 127). Durch das Verbot von E-Mail-Werbung wird ihr nicht die Ausübung ihres Gewerbes untersagt (Verkauf von Computern und Software), sondern nur eine bestimmte Form der Werbung. Diese geringfügige Behinderung ist hinzunehmen (so auch OLG Düsseldorf MMR 2004, 821).

cc) Antragsgenerin (Warner GmbH) handelte auch **schuldhaft**. Zwar glaubten die Verantwortlichen, zur Versendung der Werbe-Mails berechtigt zu sein. Dies ist jedoch ein vermeidbarer, fahrlässiger Rechtsirrtum.

dd) Ein Unterlassungsanspruch setzt schließlich Erstbegehungs- bzw. **Wiederholungsgefahr** voraus. Hierunter versteht sich die ernstliche, auf Tatsachen gründende Besorgnis, dass in Zukunft wiederholt gegen Unterlassungspflichten verstoßen wird (vgl. Palandt/Sprau, Einf. v. § 823 Rdnr. 20). Hat bereits ein Eingriff stattgefunden, so wird die Wiederholung des rechtswidrigen Verhaltens widerlegbar vermutet. An die Widerlegung der Vermutung sind hohe Anforderungen zu stellen. Nicht ausreichend ist das bloße Versprechen, die Handlung künftig zu unterlassen (Palandt/Bassenge, aaO., § 1004 Rdnr. 32). Denn der Versprechende

kann sich jederzeit folgenlos von seinem Versprechen lösen. Erforderlich ist, dass sich der Erklärende für jeden Fall der Zuwiderhandlung zu einer angemessenen Vertragsstrafe verpflichtet (vgl. BGH NJW 1996, 724). An der Ernstlichkeit seiner Erklärung besteht nur dann kein Zweifel, wenn gleichzeitig die Zahlung einer angemessenen Vertragsstrafe für jeden Fall der Zuwiderhandlung erklärt wird (BGH NJW 1996, 724). Da die Antragsgegnerin keine solche Erklärung abgeben will, liegt Wiederholungsgefahr hier vor.

Hinweis: Ein Unterlassungsanspruch des Mandanten kann nicht aus § 8 Abs. 1 i.V.m. § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG hergeleitet werden. Der BGH hat hierzu entschieden (NJW 2016, 870):

„Nach § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG stellt jede Werbung unter Verwendung elektronischer Post ohne vorherige ausdrückliche Einwilligung des Empfängers eine unzumutbare Belästigung dar. Mit dieser Vorschrift hat der deutsche Gesetzgeber die in Art. 13 der RL 2002/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12.7.2002 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation (im Folgenden: Datenschutzrichtlinie, ABl. 2002 L 201, 37, zuletzt geändert durch die RL 2009/136/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.11.2009, ABl. 2009 L 337, 11) enthaltenen Vorgaben zum Schutz der Privatsphäre der Betroffenen vor unverlangt auf elektronischem Weg zugesandter Werbung umgesetzt (vgl. BT-Drs. 15/1487, 15 [21]; BGHZ 177, 253 = NJW 2008, 3055 Rn. 30). Von einem Verstoß gegen diese Regelung im Vertikalverhältnis betroffene Verbraucher – wie hier der Kl. – sind nach der abschließenden Regelung des § 8 Abs. 3 UWG aber nicht berechtigt, Ansprüche auf Unterlassung gem. § 8 Abs. 1 UWG geltend zu machen (Köhler in Köhler/Bornkamm, UWG, 33. Aufl., § 8 Rn. 3.4).“

b) Verfügungsgrund

Die begehrte einstweilige Verfügung ist auf eine sog. Sicherungsverfügung gem. § 935 ZPO gerichtet (vorläufige Unterlassungsanordnung). Der Verfügungsgrund liegt hier vor, wenn Umstände gegeben sind, die nach dem objektiven Urteil eines vernünftigen Menschen befürchten lassen, dass die Verwirklichung des Individualanspruchs durch bevorstehende Veränderungen des bestehenden Zustands gefährdet ist (Thomas/Putzo/Reichold, aaO., § 935 Rdnr. 6). Hier droht die Zusendung weiterer Werbe-Mails.

Es fehlt jedoch die **Dringlichkeit**, wenn der Antragsteller in Kenntnis der maßgeblichen Umstände untätig geblieben ist und den Antrag auf einstweilige Verfügung erst nach längerer Zeit stellt (Thomas/Putzo/Reichold, aaO., § 940 Rdnr. 5). Hätte der Mandant hier tatsächlich bereits von August bis November 2008 Newsletter erhalten, wäre die Dringlichkeit und damit ein Verfügungsgrund widerlegt. Er muss deshalb vortragen und durch eidesstattliche Versicherung glaubhaft machen, die Newsletter im benannten Zeitraum jedenfalls nicht zur Kenntnis genommen zu haben. Ein zögerliches Betreiben des Verfügungsverfahrens ist wohl nur bei tatsächlicher Kenntnisnahme gegeben, nicht aber schon bei Kenntnisnahmemöglichkeit (a.A. vertretbar).

B. Hauptsacheverfahren

Der Mandant kann verlangen, dass die Warner GmbH die Zusendung weiterer Werbemails unterlässt (§ 823 Abs. 1 BGB i.V.m. § 1004 Abs. 1 Satz 2 BGB analog). Auch ein Hauptsacheverfahren (d.h. eine dauerhafte Regelung) hätte Aussicht auf Erfolg.

C. Weiteres Vorgehen

Dem Mandanten ist aus den oben genannten Gründen anzuraten, **sofortige Beschwerde** gegen den Beschluss des AG Köln einzulegen. Dabei müsste für ihn ergänzend vorgetragen und glaubhaft gemacht werden, dass er den Newsletter erstmals im Dezember 2008 zur Kenntnis genommen habe (vgl. die nachfolgende Beschwerdeschrift).

Ein **Hauptsacheverfahren** ist derzeit nicht erforderlich (aber möglich) und bedeutete nur ein zusätzliches Kostenrisiko. Die einstweilige Verfügung ist nämlich – trotz ihres vorläufigen Charakters – zeitlich *nicht befristet*; auch wären Tenor von einstweiliger Verfügung und Hauptsacheentscheidung bei Obsiegen identisch. Aus dem vorläufigen Charakter der einstweiligen Verfügung folgt nur, dass die Antragsgegnerin einen Antrag nach §§ 936, 926 Abs. 1 ZPO auf Fristsetzung zur Klageerhebung stellen kann. Es ist also immer noch ein Hauptsacheverfahren und damit eine endgültige Regelung möglich.

RECHTSANWÄLTE
HOLLERBACH PEPPER BARTH & PARTNER
Hansaplatz 4-7
50670 Köln

Amtsgericht Köln
Luxemburger Str. 101
50939 Köln

In dem einstweiligen Verfügungsverfahren

des Herrn Oliver Riemann, Stommeler Str. 60, 50739 Köln,

- Antragsteller -

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte Hollerbach, Pepper, Barth und Partner
Postfach 14 01 78 50463 Köln

gegen

die Warner Computerhandel GmbH, gesetzlich vertreten durch ihren Geschäftsführer
Michael Warner, Hennesweg 6, 53902 Bad Münstereifel,

- Antragsgegnerin-

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte Michalke & Kollegen, Adrianstraße 76,
53227 Bonn

zeigen wir unter Vollmachtsvorlage die Vertretung des Antragstellers an. Gegen den
Beschluss des Amtsgerichts Köln vom 22.12.2008 (Az. 40 C 623/08) legen wir

sofortige Beschwerde

ein und beantragen:

1. Der Beschluss des Amtsgerichts Köln vom 22.12.2008 wird aufgehoben.
2. Der Antragsgegnerin wird im Wege der einstweiligen Verfügung aufgegeben, es zu unterlassen, an den Antragsteller ohne dessen Einverständnis E-Mails an die E-Mail-Adresse oliver.riemann@netserv.de zu senden.

Für jeden Fall der Zuwiderhandlung wird der Antragsgegnerin ein Ordnungsgeld von bis zu 250.000 € ersatzweise Ordnungshaft von bis zu 6 Monaten angedroht.

(Anm.: Laut Bearbeitervermerk kann bei den rechtlichen Ausführungen auf konkrete Passagen des Gutachtens verwiesen werden. Die infrage kommenden Stellen sind nachfolgend mit Klammern [...] gekennzeichnet.)

Begründung:

Das Amtsgericht Köln hat den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zu Unrecht zurückgewiesen.

1.) Für den Sachverhalt und dessen Glaubhaftmachung wird auf die erstinstanzliche Antragschrift vom 16.12.2008 sowie die dort in Bezug genommenen Anlagen K 1 – 4 verwiesen.

2.) Entgegen der Auffassung des Amtsgerichts Köln fehlt dem Antragsteller das Rechtsschutzbedürfnis für die begehrte einstweilige Verfügung nicht.

[Das Anklicken des Internetlinks zum Abbestellen des Newsletters ist kein einfacherer und billigerer Weg, um weitere Werbemails zu verhindern. So wäre das Ziel des Antragstellers durch das Anklicken nicht umfassend erreicht worden, denn die Antragsgegnerin könnte sich jederzeit von einem freiwilligen Verzicht lösen. Das Rechtsschutzziel kann vielmehr nur mit einer strafbewehrten Unterlassungserklärung bzw. mit gerichtlich angedrohtem Ordnungsgeld/Ordnungshaft erreicht werden. Auch ist dem Antragsteller das Anklicken des Links nicht zumutbar. Dieser kann nämlich erst nach Durchlesen der Werbemail und einer damit verbundenen „Belästigung“ wahrgenommen werden].

3.) Die Voraussetzungen eines Verfügungsanspruchs aus § 823 Abs. 1 BGB i.V.m. § 1004 Abs. 1 Satz 2 BGB analog sind glaubhaft dargelegt. Der Antragsteller kann verlangen, dass ihm die Antragsgegnerin keine Werbe-E-Mails zusendet.

Mit der Übermittlung des Newsletters vom 05.12.2008 hat die Antragsgegnerin in das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Antragstellers und damit in ein absolut geschütztes Rechtsgut eingegriffen.

[In den Schutzbereich des Persönlichkeitsrechts fällt gerade auch die Privatsphäre und damit das Recht, vor Störungen aller Art im häuslichen, privaten und familiären Bereich in Ruhe gelassen zu werden, d.h. auch von E-Mail-Werbung verschont zu bleiben. Auch bei einmaligem Zugang einer Werbe-Mail ist der Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts tangiert. Zwar ist die Belästigung durch nur eine Mail gering, da sie weggeklickt werden kann. Allerdings trägt die Werbemail den Keim zu einem immer weiteren Umgreifen in sich. Dem Adressaten droht eine Flut von Werbemails, wenn er sich nicht bereits gegen eine einzelne Mail zur Wehr setzen könnte].

Der Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Antragstellers ist rechtswidrig, da dieser nicht eingewilligt hat. [Selbst wenn er von August bis November 2008 bereits Mails erhalten hätte: Das Schweigen auf ein Newsletter ist keine konkludente Einwilligung, denn Schweigen hat grds. keinen Erklärungswert. Die Antragsgegnerin kann sich auch nicht auf eine mutmaßliche Einwilligung meines Mandanten berufen, da dies voraussetzt, dass Einwilligung vom Rechtsgutinhaber nicht zu erlangen ist].

Auch auf das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb (Art. 12 GG) kann sich die Antragsgegnerin nicht berufen. [Denn mit dem Verbot von E-Mail-Werbung wird ihr nicht die Gewerbeausübung untersagt (nämlich der Verkauf von Computern und Software), sondern nur eine bestimmte Form der Werbung. Diese geringfügige Behinderung ist hinzunehmen].

Die Antragsgegnerin (Warner GmbH) handelte schuldhaft. Zwar glaubten die Verantwortlichen, zur Versendung der Werbe-Mails berechtigt zu sein. Dies ist jedoch ein vermeidbarer, fahrlässiger Rechtsirrtum.

Auch liegt die für den Unterlassungsanspruch notwendige Wiederholungsgefahr vor. [Hat nämlich ein Eingriff bereits stattgefunden, so wird widerlegbar vermutet, dass sich das rechtswidrige Verhalten wiederholen wird. An die Widerlegung der Vermutung sind hohe Anforderungen zu stellen. Nicht ausreichend ist das bloße Versprechen, die Handlung künftig zu unterlassen. Denn der Versprechende kann sich jederzeit folgenlos von seinem Versprechen lösen. Erforderlich ist, dass sich der Erklärende für jeden Fall der Zuwiderhandlung zu einer angemessenen Vertragsstrafe verpflichtet. Eine solche Erklärung hat die Antragsgegnerin aber nicht abgegeben].

4.) Schließlich ist auch ein Verfügungsgrund gegeben, da die objektive Möglichkeit besteht, dass die Verwirklichung des Individualanspruchs durch bevorstehende Veränderungen des bestehenden Zustands gefährdet ist. Vorliegend droht die Zusendung weiterer Werbe-Mails.

Die Antragsgegnerin kann sich auch nicht mit der Begründung auf die fehlende Dringlichkeit des Antrags berufen, weil dem Antragsteller bereits zwischen August und November 2008 Werbemails zugegangen sein sollen. In diesem Zeitraum hat der Antragsteller bewusst keine E-Mails der Antragsgegnerin wahrgenommen.

Glaubhaftmachung: Eidesstattliche Versicherung des Antragstellers, Anl. 1

Möglicherweise sind die entsprechenden E-Mails durch den Spam-Filter gelöscht worden oder sie sind nicht empfangen worden, weil die maximale Datengröße des Postfachs überschritten war.

Dr. Hartwig
Rechtsanwalt