

# Rechtsinformationsdienst

Anwaltspraxis & Notariat



Erxleben†, Landgraf,  
Michalski, Ohaus, Lindemann



Niedersachsenstr. 15 a, 49074 Osnabrück  
Telefon: 0541 / 35791-0 - Telefax: 0541 / 3579128

Ausgabe: gewerbliche Mandanten

November 2018

## Arbeitsrecht

### Schadensersatz nach Weiterleitung von Firmeninterna an private E-Mail-Adresse

Arbeitnehmer müssen nach § 241 Abs. 2 BGB Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen ihres Arbeitgebers nehmen. Ein Verstoß gegen diese Vorschrift liegt für das Landesarbeitsgericht Mainz vor, wenn ein Arbeitnehmer Firmeninterna an seine private E-Mail-Adresse weiterleitet. Er macht sich dadurch schadensersatzpflichtig. Der Arbeitgeber kann sämtliche Schäden, die auf dieser Pflichtverletzung beruhen, ersetzt verlangen.

Wirbt der Arbeitnehmer nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses seinem früheren Arbeitgeber Kunden ab, kann dieser von ihm den dadurch entgangenen Gewinn ersetzt verlangen. Der Arbeitgeber muss jedoch im Streitfall beweisen, dass der Verlust der Kunden auf dem Pflichtverstoß beruht und der (frühere) Arbeitnehmer ohne die pflichtwidrig erlangten Unterlagen die Kunden nicht hätte abwerben können.

Urteil des LAG Mainz vom 24.05.2018  
5 Sa 267/17  
jurisPR-ArbR 39/2018 Anm. 2

### Kündigung wegen beharrlicher Arbeitsverweigerung

Weigert sich ein Arbeitnehmer trotz erfolgter Abmahnung beharrlich, seinen arbeitsvertraglichen Pflichten nachzukommen, rechtfertigt dies in der Regel eine außerordentliche Kündigung. Welche Pflichten ihn treffen, bestimmt sich nach der objektiven Rechtslage. Ist der Arbeitnehmer bei seiner Weigerung, bestimmte Arbeiten auszuführen, der Auffassung, er handle rechtmäßig, trägt er das Risiko für eine unzutreffende juristische Einschätzung.

Urteil des BAG vom 28.06.2018  
2 AZR 436/17 - GWR 2018, 379

### Kein Anspruch auf Kündigung einer Direktversicherung wegen finanzieller Notlage

Ein Arbeitnehmer hat keinen Anspruch gegenüber dem Arbeitgeber, eine zu seinen Gunsten im Rahmen der betrieblichen Altersversorgung abgeschlossene Direktversicherung zu kündigen, um mit dem Rückkaufswert der Versicherung Verbindlichkeiten zu tilgen.

Die betriebliche Altersversorgung dient - so das Bundesarbeitsgericht - vielmehr (auch) der notwendigen Ergänzung der durch die Sozialversicherung gewährten Sicherung der Arbeitnehmer im Alter. Sie ist nicht dazu da, um dem Arbeitnehmer aus einer aktuellen finanziellen Notlage zu helfen.

Urteil des BAG vom 26.04.2018  
3 AZR 586/16  
NZA 2018, 929

### Bemessung des Arbeitsentgelts von (freigestellten) Betriebsräten

Nach 37 Abs. 4 Satz 1 BetrVG darf das Arbeitsentgelt von Mitgliedern des Betriebsrats einschließlich eines Zeitraums von einem Jahr nach Beendigung der Amtszeit nicht geringer bemessen werden als das Arbeitsentgelt vergleichbarer Arbeitnehmer mit betriebsüblicher beruflicher Entwicklung.

Fehlt es an einem vergleichbaren Arbeitnehmer, weil der frühere Arbeitsplatz des freigestellten Betriebsrats ersatzlos weggefallen ist, bemisst sich das ihm zustehende Arbeitsentgelt nach der Tätigkeit, die ihm nach dem Arbeitsvertrag hätte übertragen werden müssen, wenn er nicht freigestellt worden wäre.

Urteil des LAG Köln vom 19.04.2018  
4 Sa 401/17  
AuA 2018, 485

---

## Wettbewerbsrecht

### Unzulässige Kundenzufriedenheitsbefragung per E-Mail

Unaufgefordert zugesandte Werbe-E-Mails stellen nach ständiger Rechtsprechung eine erhebliche, im Ergebnis nicht hinnehmbare Belästigung des Empfängers dar. Eine sogenannte Feedback-Anfrage nach Erwerb eines Produkts, mit der u.a. die Kundenzufriedenheit abgefragt wird, ist einer unzulässigen E-Mail-Werbung gleichzustellen.

Eine unzulässige Kundenzufriedenheitsbefragung liegt auch dann vor, wenn mit der E-Mail zugleich die Übersendung einer Rechnung für ein zuvor gekauftes Produkt erfolgt. Für den Bundesgerichtshof ist dem Werbenden auch nach Abschluss einer Verkaufstransaktion zumutbar, bevor er auf diese Art mit Werbung in die Privatsphäre des Empfängers eindringt, dem Kunden - wie es § 7 Abs. 3 UWG verlangt - die Möglichkeit zu geben, der Verwendung seiner E-Mail-Adresse zum Zwecke der Werbung zu widersprechen.

Urteil des BGH vom 10.07.2018  
VI ZR 225/17  
WM 2018, 1853

### Gewinnabschöpfungsanspruch bei unlauterer Abbuchung von Gebühren

Ein Telekommunikationsunternehmen hatte in seinen Allgemeinen Geschäftsbedingungen eine Klausel verwendet, durch die ihren Kunden eine "Nichtnutzungsgebühr" i.H.v. 4,95 Euro monatlich in Rechnung gestellt wird, wenn in drei aufeinanderfolgenden Monaten kein Anruf getätigt bzw. keine SMS versendet wird. Der Bundesverband der Verbraucherzentralen e.V. klagte gegen das Unternehmen erfolgreich auf Unterlassung der Verwendung der Klausel. Im nächsten Schritt erhob der Verbraucherverband eine Klage auf Herausgabe des durch Verwendung der beanstandeten Klausel erzielten Gewinns.

Nach § 10 UWG kann derjenige, der vorsätzlich eine unzulässige geschäftliche Handlung vornimmt und hierdurch zulasten einer Vielzahl von Abnehmern einen Gewinn erzielt, auf Herausgabe dieses Gewinns an den Bundeshaushalt in Anspruch genommen werden. Erhebt - wie hier - ein Unternehmer wider besseres Wis-

sen aufgrund einer Klausel in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen ein zusätzliches und nicht geschuldetes Entgelt, ist dies nach Auffassung des Oberlandesgerichts Schleswig eine unlautere Handlung, die zur Herausgabe des Gewinns verpflichtet. Wie lukrativ die Erhebung derartiger Gebühren sein kann, zeigt dieser Fall: Das Telekommunikationsunternehmen wurde zur Zahlung von über 400.000 Euro verurteilt.

Urteil des OLG Schleswig vom 07.06.2018  
2 U 5/17  
GRUR 2018, 1071

### Rabattaktion mit zu vielen Ausnahmen

Die großformatige Werbung eines Möbelhauses mit "30 Prozent auf fast alles", wobei sich das Wort "fast" senkrecht gedruckt im Knick des gefalteten Prospekt befindet und deutlich kleiner und dünner gestaltet ist als der Rest des Textes, ist irreführend, wenn in einem kleingedruckten Text der Rabatt außer für reduzierte Ware auch für Artikel von 40 namentlich genannten Herstellern ausgeschlossen ist.

Urteil des OLG Köln vom 20.04.2018  
I-6 U 153/17  
WRP 2018, 1000

### Tiefgekühlte und danach aufgetaute Ware darf nicht als frisch beworben werden

Die Werbung eines Lebensmitteldiscounters für Alaskaseelachs mit der Überschrift "Einfach mehr Frische" ist irreführend und damit wettbewerbswidrig, wenn es sich tatsächlich nicht um frischen Fisch, sondern um aufgetaute Ware handelt. Einen entsprechenden Hinweis auf der Verpackung hielt das Landgericht Duisburg nicht für ausreichend, wenn dieser in der Werbung nicht nur fehlt, sondern mit der Überschrift "Einfach mehr Frische" das Gegenteil suggeriert wird.

Urteil des LG Duisburg vom 31.07.2018  
22 O 4/18  
Wirtschaftswoche Heft 27/2018, Seite 76

---

## Immobilienrecht

### Keine Baugenehmigung für Bordell an der Grundstücksgrenze

In einem Gewerbegebiet war ein Teil eines Gebäudes 40 Jahre lang zu Wohnzwecken genutzt worden. Dieser Gebäudeteil befand sich ohne Abstandsfläche direkt an der Grundstücksgrenze. Der Eigentümer stellte beim zuständigen Bauamt einen Bauantrag auf Umnutzung des Wohngebäudes in ein Bordell. Damit war der Grundstücksnachbar nicht einverstanden und klagte gegen die erteilte Baugenehmigung. Das Verwaltungsgericht Neustadt (Weinstraße) gab dem Nachbarn schließlich Recht.

Dies wurde damit begründet, dass die Nichteinhaltung der Abstandsfläche nur bei einem Wohngebäude zulässig war. Bei einer gewerblichen Nutzung gelten demgegenüber die strengeren Abstandsregelungen nach der Bauordnung. Da diese nicht eingehalten waren, erwies sich die Baugenehmigung als rechtswidrig.

Urteil des VG Neustadt (Weinstraße) vom 24.09.2018  
5 L 1140/18.NW  
Pressemitteilung des VG Neustadt

### **Frist zur Ankündigung der Tagesordnung zur Gesellschafterversammlung einer GmbH**

Nach § 51 Abs. 4 GmbHG muss die Tagesordnung zur Gesellschafterversammlung einer GmbH wenigstens drei Tage vor der Versammlung angekündigt werden. Für den Beginn der dreitägigen Ankündigungsfrist ist bei Postzustellungen im Inland eine Laufzeit von zwei Werktagen zugrunde zu legen. Nur dann kann mit hinreichender Sicherheit davon ausgegangen werden, dass alle Gesellschafter von der Ankündigung Kenntnis erlangt haben. Ist die Frist nicht eingehalten, können die in der Gesellschafterversammlung getroffenen Beschlüsse erfolgreich angefochten werden.

Beschluss des OLG Jena vom 15.06.2018  
2 U 16/18  
NZG 2018, 992

### **Fortführung des Namens einer Partnerschaftsgesellschaft**

Laut § 2 Abs. 2 PartGG (Partnerschaftsgesellschaftsgesetz) gelten die firmenrechtlichen Vorschriften für den Partnerschaftsnamen entsprechend: Dies bedeutet, dass der Name dem Gebot der Namenswahrheit und der Namensausschließlichkeit, aber auch der Möglichkeit der Namensfortführung (Namensbeständigkeit) unterliegt.

So hält es der Bundesgerichtshof beim Ausscheiden des promovierten Namensgebers einer als Wirtschaftsprüfungsgesellschaft anerkannten Partnerschaft für zulässig, wenn die verbleibenden Partner bei Einwilligung des Ausgeschiedenen oder seiner Erben den bisherigen Namen der Partnerschaft mit dem Dokortitel des Ausgeschiedenen fortführen, auch wenn keiner von ihnen promoviert hat.

Beschluss des BGH vom 08.05.2018  
II ZB 26/17  
GmbHR 2018, 850

### **Zuständigkeit für Änderung des Dienstvertrags eines GmbH-Geschäftsführers**

Zum Abschluss, zur Änderung und Beendigung eines Dienstvertrags mit dem Geschäftsführer einer GmbH ist die Gesellschafterversammlung zuständig, sofern die Satzung insoweit keine abweichenden Bestimmungen enthält.

Die Änderung des Dienstvertrags des abberufenen Geschäftsführers fällt erst dann unter die Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis des neuen Geschäftsführers, wenn sich das ursprüngliche Geschäftsführerdienstverhältnis nach der Abberufung des bisherigen Geschäftsführers in ein gewöhnliches Anstellungsverhältnis umgewandelt hat.

Urteil des BGH vom 03.07.2018  
II ZR 452/17  
BB 2018, 2036

### **Schadensersatzpflicht des AG-Vorstandes bei eigenmächtig abgeschlossenen Rechtsgeschäft**

Bestimmt die Satzung oder der Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft, dass bestimmte Arten von Geschäften nur mit seiner Zustimmung vorgenommen werden dürfen, hat der Vorstand die Zustimmung des Aufsichtsrats grundsätzlich vor der Durchführung des Geschäfts einzuholen.

Ein Verstoß hiergegen führt jedoch nicht zwangsläufig zu einer Schadensersatzpflicht des eigenmächtig handelnden Vorstandes. Er haftet der Gesellschaft gegenüber für den aus dem Geschäft entstandenen Schaden nämlich dann nicht, wenn er nachweisen kann, dass der Aufsichtsrat bei pflichtgemäßer Nachfrage seine Zustimmung erteilt hätte.

Urteil des BGH vom 10.07.2018  
II ZR 24/17  
DB 2018, 2423

### **Abgrenzung von Kauf- zu Werkvertragsrecht bei Lieferung und Montage einer Küche**

Der seit Anfang 2018 neugefasste § 650 BGB regelt die Abgrenzung von Werkvertrag und Kaufvertrag und ersetzt die alte Regelung des Werklieferungsvertrags. Ungeachtet der Angleichung der Mängelhaftung nach Kauf- und Werkvertragsrecht ist eine Abgrenzung der Vertragsarten aufgrund der jeweiligen Besonderheiten und der damit verbundenen erheblichen rechtlichen Konsequenzen weiterhin von erheblicher Bedeutung. Der Bundesgerichtshof hat zur Zuordnung als Kauf- oder Werkvertrag (hier bei einer Einbauküche) folgende Grundsätze aufgestellt:

"Verpflichtet sich ein Unternehmer zur Lieferung und Montage einer Sache, kommt es nach der geltenden Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs für die rechtliche Einordnung des Vertragsverhältnisses als Werkvertrag oder als Kaufvertrag mit Montageverpflichtung (§ 434 Abs. 2 BGB) darauf an, auf welcher der beiden

Leistungen bei der gebotenen Gesamtbetrachtung der Schwerpunkt liegt. Je mehr die mit dem Warenumsatz verbundene Übertragung von Eigentum und Besitz der zu montierenden Sache auf den Vertragspartner im Vordergrund steht und je weniger dessen individuelle Anforderungen und die geschuldete Montage- und Bauleistung das Gesamtbild des Vertragsverhältnisses prägen, desto eher ist die Annahme eines Kaufvertrags mit Montageverpflichtung geboten. Liegt der Schwerpunkt dagegen auf der Montage- und Bauleistung, etwa auf Einbau und Einpassung einer Sache in die Räumlichkeit, und dem damit verbundenen individuellen Erfolg, liegt ein Werkvertrag vor." Nunmehr hat die Vorinstanz zu entscheiden, welcher Teil der vertraglichen Leistung im konkreten Fall überwiegt.

Urteil des BGH vom 19.07.2018  
VII ZR 19/18 - MDR 2018, 1109

---

## Onlinerecht

### Gasthausbetreiber kann Löschung einer negativen Bewertung verlangen

Ein Gastronomiebetrieb wurde in einem Bewertungsportal im Internet mit nur einem von fünf möglichen Sternen bewertet, ohne dass ein Kommentar hinterlassen und veröffentlicht wurde. Der Inhaber des Gasthauses beschwerte sich bei dem Portalbetreiber und trug vor, dass der angebliche Kunde nie Gast war. Weder war der Name bekannt, noch konnten sich die Mitarbeiter an seinen Besuch erinnern.

Das Landgericht verurteilte den Portalbetreiber zur Löschung der Bewertung. Er hätte nach den glaubhaften Darlegungen des Gastwirts weitere Nachforschungen anstellen müssen. Unterlässt er dies und verweigert er die Löschung der Negativbewertung, stellt dies eine Verletzung des Persönlichkeitsrechts dar.

Urteil des LG Hamburg vom 12.01.2018  
324 O 63/17  
MMR 2018, 407

### Einwilligung in gewerbliche Telefonanrufe durch Angabe der Telefonnummer in Verkaufsanzeige

Schaltet ein Verbraucher eine Anzeige bei "eBay Kleinanzeigen", in der er eine Eigentumswohnung zum Verkauf "von Privat" anbietet und dabei zur Kontaktaufnahme seine Telefonnummer angibt, erklärt er seine ausdrückliche Einwilligung in Telefonanrufe von Kaufinteressenten, also auch in Anrufe von Immobilienmaklern, die sich im Auftrag ihrer Kunden für die angebotene Wohnung interessieren.

Nicht umfasst von der Einwilligung sind jedoch Telefonanrufe von Maklern, die darauf gerichtet sind, dem Inserenten Maklerdienste anzubieten oder mit diesem gar einen Maklervertrag zu schließen.

Urteil des OLG Karlsruhe vom 12.06.2018  
8 U 153/17 - WRP 2018, 1117

### Unternehmensbewertung: Auf die Wortwahl kommt es an

Zunehmend bieten gewerbliche Internetseiten Kunden die Möglichkeit, Bewertungen abzugeben, die dann veröffentlicht werden. Sofern die Kommentare keine unwahren Tatsachenbehauptungen und nicht hinzunehmende Schmähkritik enthalten, geben die Gerichte in der Regel der Meinungsfreiheit des Verfassers Vorrang.

Bei der Beurteilung kommt es oft auch auf Feinheiten bei der Wortwahl an, wie ein Urteil des Amtsgerichts Bremen zeigt. So ließ der Richter die Äußerung "Ich fühle mich betrogen" noch durchgehen. Wird der Unternehmer jedoch als Betrüger bezeichnet, ist dies nicht mehr von der Meinungsfreiheit gedeckt. Der Unternehmer muss daher den Kommentar "Vorsicht Betrüger. Er schreibt niedrige Angebote, dann zockt er mit der Endabrechnung ab" nicht hinnehmen.

Urteil des AG Bremen vom 31.08.2018  
9 C 45/18  
JURIS online

---

## Insolvenz- und Vollstreckungsrecht

### Herausgabe von Steuerkontoauszügen an Insolvenzverwalter

Dem Insolvenzverwalter steht gegenüber dem Finanzamt ein Anspruch auf Herausgabe der Steuerkontoauszüge des Insolvenzschuldners zu. Dieser kann dem Anspruch auch nicht unter Berufung auf das Steuergeheimnis entgegentreten. Das Bundesverwaltungsgericht begründet dies damit, dass gemäß § 80 InsO die Geheimnisverwaltungs- und Verfügungsbefugnis des Schuldners auf den Insolvenzverwalter übergeht, soweit die Insolvenzmasse betroffen ist.

Urteil des BVerwG vom 06.04.2018  
7 C 5/16  
ZInsO 2018, 1907

### Frist für Bekanntmachung einer Pfandversteigerung

Bei einer Pfandversteigerung aufgrund eines gesetzlichen Pfandrechts (hier die Geltendmachung des Vermieterpfandrechts an Gegenständen des säumigen Mieters) muss die Versteigerung in der Regel mindestens eine Woche und höchstens zwei Wochen vor dem Versteigerungstermin öffentlich bekannt gemacht werden. Wurde diese Frist nicht eingehalten, ist die beabsichtigte Versteigerung rechtswidrig und kann auf Antrag im Wege der einstweiligen Verfügung untersagt werden.

Beschluss des OLG Frankfurt vom 08.03.2018  
24 W 63/17 - NJW-RR 2018, 699

---

## Steuerrecht

### Aktienverkauf in Etappen

Verschenkt ein Aufsichtsratsmitglied an seine minderjährigen Kinder jeweils fünf seiner Unternehmensaktien und veräußert diese jeweils zwei Aktien an den Vorstand, genügt ein enger zeitlicher Zusammenhang zwischen Schenkung und Veräußerung allein nicht, um von einer steuerlich unbeachtlichen Zwischenschaltung der Kinder (Gestaltungsmisbrauch) auszugehen. Durch die Stückelung der Aktien war der jeweilige Grundfreibetrag

nicht überschritten und der Verkauf daher steuerfrei. Von einem Gestaltungsmisbrauch wäre nur dann auszugehen, wenn festgestellt wird, dass der "gestückelte" Verkauf der Aktien bereits vor der Schenkung geplant war. Dies muss das Finanzamt beweisen.

Urteil des BFH vom 17.04.2018  
IX R 19/17 - StuB 2018, 679