

## Der NJUS-Letter - Unser Service für Sie

Wir freuen uns, Ihnen nun auch in neuer Zusammensetzung eine weitere (bzw. für neue Mandanten eine erste) Ausgabe unseres NJUS-Letters vorstellen zu dürfen mit ausgesuchten aktuellen Entwicklungen aus Rechtsprechung und Praxis.

Für Anregungen und selbstverständlich für Kritik stehen wir Ihnen jederzeit gerne zur Verfügung.

Ihre MGM Rechtsanwälte

*Matthias Müller*  
Partner  
Rechtsanwalt

*Carolin Goll-Müller*  
Partner  
Rechtsanwältin  
Fachanwältin für Arbeitsrecht

*Elisabeth Beer*  
Rechtsanwältin

## THEMEN

### Arbeitsrecht:

- Kündigungsschutz: Leiharbeiternehmer und Größe des Betriebs
- Vorlage der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung bereits am ersten Tag der Krankheit

### Mietrecht:

- Haftung des gewerblichen Vermieters für Schäden des Mieters durch Handwerker

### Wettbewerbsrecht:

- Mal wieder: Keyword-Advertising
- E-Mail zur Bestätigung der Newsletter-Bestellung im Double-Opt-In-Verfahren kann unzulässige Werbung darstellen

## ARBEITSRECHT

### ■ Kündigungsschutz: Leiharbeiternehmer und Größe des Betriebs

*BAG, Urteil vom 24.01.2013 - 2 AZR 140/12*

Nach § 23 Abs. 1 Satz 3 KSchG gilt das Kündigungsschutzgesetz für nach dem 31.12.2003 eingestellte Arbeitnehmer nur in Betrieben, in denen in der Regel mehr als zehn Arbeitnehmer beschäftigt werden. Nach dem Urteil des BAG sind bei der Berechnung der Betriebsgröße auch die im Betrieb beschäftigten Leiharbeiternehmer zu berücksichtigen, wenn ihr Einsatz auf einem „in der Regel“ vorhandenen Personalbedarf beruht. Dies gebiete eine an Sinn und Zweck orientierte Auslegung der gesetzlichen Bestimmung.

Der Kläger war seit Juli 2007 bei der Beklagten beschäftigt. Diese beschäftigte einschließlich des Klägers zehn eigene Arbeitnehmer. Im November 2009 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis der Parteien fristgerecht. Mit seiner Kündigungsschutzklage hat der Kläger geltend gemacht, bei der Anzahl der im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer seien auch die von der Beklagten eingesetzten Leiharbeiternehmer zu berücksichtigen. Arbeitsgericht und Landesarbeitsgericht hatten die Klage abgewiesen, weil das Kündigungsschutzgesetz keine Anwendung finde.

Dieser Ansicht folgte das BAG nicht: Es sei nicht auszuschließen, dass im Betrieb der Beklagten mehr als zehn Arbeitnehmer i. S. d. § 23 Abs. 1 Satz 3 KSchG beschäftigt waren. Der Berücksichtigung von Leiharbeitnehmern stünde nicht schon entgegen, dass sie kein Arbeitsverhältnis zum Betriebsinhaber begründet haben. Die Herausnahme der Kleinbetriebe aus dem Anwendungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes solle der dort häufig engen persönlichen Zusammenarbeit, ihrer zumeist geringen Finanzausstattung und dem Umstand Rechnung tragen, dass der Verwaltungsaufwand, den ein Kündigungsprozess mit sich bringt, die Inhaber kleinerer Betriebe typischerweise stärker belastet. Dies rechtfertige keine Unterscheidung danach, ob die den Betrieb kennzeichnende regelmäßige Personalstärke auf dem Einsatz eigener oder dem entliehener Arbeitnehmer beruht.

Der Senat hat die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das LAG Nürnberg zurückverwiesen, da nach Ansicht des BAG noch nicht feststehe, ob die im Kündigungszeitpunkt im Betrieb tätigen Leiharbeiternehmer auf Grund eines

regelmäßigen oder eines für den Betrieb „in der Regel“ nicht kennzeichnenden Geschäftsanfalls beschäftigt waren.

*Arbeitgeber sollten also auch beim Einsatz von Leiharbeitnehmern sorgfältig prüfen, ob hierdurch im Einzelfall die Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes eröffnet wird (Kriterium: Tätigkeit wegen regelmäßigen oder eines für den Betrieb „in der Regel“ nicht kennzeichnenden Geschäftsanfalls) und die damit entstehenden Folgen in Kauf genommen werden wollen. Jedenfalls ist es demnach nicht (mehr) möglich, die generelle Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes durch den dauernden Einsatz von Leiharbeitnehmern zu vermeiden.*

Zu dieser Entscheidung fügt sich der kürzlich ergangene Beschluss des BAG vom 13.03.2013 (7 ABR 69/11) konsequent hinzu: Das BAG hat entschieden, dass „in der Regel“ beschäftigte Leiharbeitnehmer grundsätzlich auch bei der für die Größe des Betriebsrates maßgeblichen Anzahl der Arbeitnehmer des Entleiherbetriebs zu berücksichtigen sind. Damit hat das BAG unter Hinweis darauf, dass dies die insbesondere an Sinn und Zweck der Schwellenwerte orientierte Auslegung des Gesetzes ergebe, seine frühere Rechtsprechung aufgegeben.

#### ■ Vorlage der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung bereits am ersten Tag der Krankheit

*BAG, Urteil vom 14.11.2012 - 5 AZR 886/11*

Das Gesetz (§ 5 Abs. 1 Satz 3 Entgeltfortzahlungsgesetz) eröffnet dem Arbeitgeber die Möglichkeit, von Arbeitnehmern die Vorlage einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung schon vom ersten Tag der Erkrankung an zu verlangen. Die Wahrnehmung dieses Rechts steht im Ermessen des Arbeitgebers, das nicht an besondere Voraussetzungen gebunden ist.

Die klagende Arbeitnehmerin ist als Redakteurin beschäftigt. Sie stellte bei ihrer Arbeitgeberin, der beklagten Rundfunkanstalt, für den 30.11.2010 einen Dienstreiseantrag, der jedoch nicht genehmigt wurde, auch nicht auf eine nochmalige Anfrage am 29.11. hin. Am 30.11. meldete sich die Klägerin für diesen Tag krank und erschien am nächsten Tag wieder zur Arbeit. Daraufhin forderte die Beklagte die Klägerin auf, künftig schon am ersten Tag der Krankmeldung eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung vorzulegen. Mit ihrer Klage hat sich die Klägerin gegen diese Weisung gewehrt und geltend gemacht, das Verlangen der Arbeitgeberin auf Vorlage einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung bereits für den ersten Tag der Erkrankung bedürfe einer sachlichen Rechtfertigung. Außerdem sehe der anwendbare Tarifvertrag ein derartiges Recht nicht vor.

Das BAG entschied wie die Vorinstanzen, dass die Ausübung des der Arbeitgeberin gesetzlich eingeräumten Rechts nicht im gebundenen Ermessen steht und es insbesondere nicht erforderlich sei, dass gegen die Arbeitnehmerin ein begründeter Verdacht besteht, sie habe in der Vergangenheit

eine Erkrankung nur vorgetäuscht. Eine tarifliche Regelung stehe dem nur entgegen, wenn sie das Recht des Arbeitgebers aus § 5 Abs. 1 Satz 3 Entgeltfortzahlungsgesetz ausdrücklich ausschließt. Das sei vorliegend nicht der Fall gewesen.

*Der Arbeitgeber kann ein Attest bereits für den ersten Tag der Erkrankung anfordern, dies kann auch ausdrücklich arbeitsvertraglich verankert werden. Dennoch sollte ein Arbeitgeber gut überlegen, ob er von den gesetzlichen Möglichkeiten Gebrauch macht: Eine solche Weisung kann zum einen auch ein gewisses Misstrauen zum Ausdruck bringen. Zum anderen können aus der Aufforderung zur frühzeitigen Einholung eines ärztlichen Attestes auch längere Zeiten der Arbeitsunfähigkeit folgen: Geht der Arbeitnehmer zum Arzt, ist in der Regel mit einer einige Tage dauernden Krankschreibung zu rechnen.*

*Der Arbeitgeber kann zudem bei konkretem Missbrauchsverdacht den Arbeitnehmer zur frühzeitigen Attestvorlage auffordern, dies also auch je nach Einzelfall entscheiden.*

## MIETRECHT

#### ■ Haftung des gewerblichen Vermieters für Schäden des Mieters durch Handwerker

*BGH, Urteil vom 12.12.2012 - XII ZR 6/12*

Die Beklagte vermietete 2001 in ihrem Wohn- und Geschäftshaus Räume zum Betrieb eines Fitness-Studios. Am Abend des 20.01.2007 kam es zu einem Brand in der Tiefgarage des Gebäudes, durch den die über der Garage gelegenen Mieträume und die darin befindlichen Geräte und Einrichtungsgegenstände beschädigt wurden. Ursache des Brandes war eine Brandstiftung an Styroporplatten, die von der Streithelferin der Beklagten zwei Tage zuvor in der Garage gelagert worden waren und bei der bevorstehenden von der Beklagten in Auftrag gegebenen Sanierung des Flachdaches des Anwesens verbaut werden sollten.

Das Berufungsgericht ist der Ansicht, der Mieter habe gegen die Beklagte dem Grunde nach einen Anspruch auf Schadensersatz gemäß §§ 535, 280 Abs. 1, 278 BGB, der nach § 67 VVG aF auf die Klägerin als Versicherten übergegangen sei.

Die Streithelferin der Beklagten habe gegen § 14 Abs. 2 GaVO BW verstoßen, indem sie in der Garage des Anwesens Styroporplatten für anstehende Dacharbeiten abgestellt habe.

Der BGH folgt dieser Ansicht: Den Vermieter treffe neben der Hauptpflicht, dem Mieter den ungestörten Gebrauch der vermieteten Sache zu gewähren, die vertragliche Nebenpflicht, Störungen des Mieters und Beschädigungen der von diesem eingebrachten Sachen zu unterlassen (Senatsurteil vom 22. Oktober 2008 - XII ZR 148/06 - NJW 2009, 142; BGH Urteile vom 16. Oktober 1963 - VIII ZR 28/62 -

NJW 1964, 33, 35 und vom 20. Mai 1964 - VIII ZR 242/62 - MDR 1964, 750; vgl. Schmidt-Futterer/Eisenschmid Mietrecht 10. Aufl. § 535 BGB Rn. 91 f.). Aus dieser Fürsorgepflicht folge, dass der Vermieter keine zusätzliche Gefahrenquelle schaffen darf, die die Brandgefahr für die Mieträume erhöht.

Für die Beurteilung, welche gefahrbezüglichen Handlungen der Vermieter danach zu unterlassen hat, könnten öffentlich-rechtliche Betriebsvorschriften herangezogen werden, die dem Brandschutz dienen (vgl. Blank in Blank/Börstinghaus Miete 3. Aufl. § 535 Rn. 306).

Eine solche Vorschrift stelle § 14 Abs. 2 GaVO BW dar, der die Aufbewahrung von brennbaren Stoffen in Mittel- und Großgaragen verbietet, es sei denn die Stoffe zählen zum Fahrzeugzubehör oder dienen dessen Unterbringung. Die von der Beklagten mit der Sanierung des Daches beauftragte Streithelferin der Beklagten habe dadurch, dass sie Styroporplatten vorübergehend in der Garage des Gebäudes gelagert hat, die Brandlast und damit die Brandgefahr in der Garage und für die darüber gelegenen Mieträume erhöht.

Sie habe dadurch die der Beklagten gegenüber ihrem Mieter obliegende mietvertragliche Fürsorgepflicht fahrlässig verletzt. Diese Pflichtverletzung müsse sich die Beklagte gemäß § 278 BGB zurechnen lassen. Die Beklagte hat die Streithelferin mit Reparaturen am Haus beauftragt. Damit habe sie ihr auch die Erfüllung der ihr als Vermieterin gegenüber ihren Mietern obliegenden Fürsorgepflichten übertragen (BGH Urteile vom 20. Mai 1964 - VIII ZR 242/62 - MDR 1964, 750 und vom 16. Oktober 1963 - VIII ZR 28/62 - NJW 1964, 33, 35; vgl. Staudinger/Löwisch BGB [2004] § 278 Rn. 22, 40, 94; Günther Der Regress des Sachversicherers 4. Aufl. S. 97 mwN).

## WETTBEWERBSRECHT

### ■ Mal wieder: Keyword-Advertising

*BGH, Urteil vom 13.12.2012 - I ZR 217/10*

Der BGH hat seine Rechtsprechung zur Zulässigkeit des so genannten Keyword-Advertising, bei dem Internetnutzern anhand eines mit der Marke identischen oder verwechselbaren Schlüsselworts die Werbung eines Dritten angezeigt wird, erneut bestätigt und präzisiert: Die Herkunftsfunktion einer Marke werde nicht beeinträchtigt, wenn die Anzeige nicht auf das Fehlen einer wirtschaftlichen Verbindung zwischen dem Werbenden und dem Markeninhaber hinweist. Allein der Umstand, dass in der Anzeige Produkte der unter der Marke angebotenen Art mit Gattungsbegriffen bezeichnet werden (im Streitfall „Pralinen“ usw.), führe nicht zu einer Beeinträchtigung der Herkunftsfunktion der Marke.

Die Klägerin ist Inhaberin der ausschließlichen Lizenz an der unter anderem für Pralinen und Schokolade eingetragenen deutschen Marke

„MOST“. Sie betreibt unter der Internetadresse „www.most-shop.com“ einen „MOST-Shop“, über den sie hochwertige Konfiserie- und Schokoladenprodukte vertreibt. Die Beklagte unterhält unter den Internetadressen „www.feinkost-geschenke.de“ und „www.selection-exquisit.de“ einen Onlineshop für Geschenke, Pralinen und Schokolade. Sie erstellte im Januar 2007 bei der Suchmaschine Google eine Adwords-Anzeige für ihren Internetshop mit dem Schlüsselwort („Keyword“), bei dessen Eingabe in die Suchmaske die Anzeige erscheinen sollte, „Pralinen“ mit der Option „weitgehend passende Keywords“. In der Liste der „weitgehend passenden Keywords“ stand auch das Schlüsselwort „most pralinen“. Gab ein Nutzer den Suchbegriff „MOST Pralinen“ ein, erschien rechts neben den Suchergebnissen (auf vier Zeilen verteilt) folgende Anzeige der Beklagten: „Pralinen/Weine, Pralinen, Feinkost, Präsente/Genießen und schenken!/www.feinkost-geschenke.de.“ Über den in der Anzeige angegebenen Link „www.feinkost-geschenke.de“ gelangte der Suchmaschinennutzer auf die Homepage der Beklagten unter der Internetadresse „www.selection-exquisit.de“. In dem Onlineshop der Beklagten wurden keine Produkte mit dem Zeichen „MOST“ vertrieben.

Die Klägerin war der Ansicht, die Beklagte habe durch die Schaltung der Anzeige das Recht an der Marke „MOST“ verletzt. Sie hat die Beklagte unter anderem auf Unterlassung in Anspruch genommen. Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Die Berufung der Beklagten ist ohne Erfolg geblieben.

Der BGH hat das Berufungsurteil aufgehoben und die Klage abgewiesen. Der BGH hat seine eigene Rechtsprechung (BGH, GRUR 2011, 828 Bananabay II und BGH, MMR 2011, 608) bestätigt, nach der beim „Keyword-Advertising“ eine Markenverletzung unter dem Gesichtspunkt der Beeinträchtigung der Herkunftsfunktion der Marke grundsätzlich ausgeschlossen sei, wenn die Werbung in einem von der Trefferliste eindeutig getrennten und entsprechend gekennzeichneten Werbeblock erscheint und selbst weder die Marke noch sonst einen Hinweis auf den Markeninhaber oder die unter der Marke angebotenen Produkte enthält. Der BGH hat klargestellt, dass dies auch dann gelte, wenn die Anzeige nicht auf das Fehlen einer wirtschaftlichen Verbindung zwischen dem Werbenden und dem Markeninhaber hinweist und dass allein der Umstand, dass in der Anzeige Produkte der unter der Marke angebotenen Art mit Gattungsbegriffen bezeichnet werden (im Streitfall „Pralinen“ usw.), nicht zu einer Beeinträchtigung der Herkunftsfunktion der Marke führe.

Diese Beurteilung stehe in Einklang mit der Rechtsprechung des EuGH (zuletzt EuGH, GRUR 2011, 1124 Interflora/M&S Interflora Inc.). Danach sei es Sache des nationalen Gerichts, die Frage der Beeinträchtigung der Herkunftsfunktion anhand der vom Gerichtshof entwickelten Maßstäbe unter Berücksichtigung aller Faktoren, die es für relevant erachtet, zu prüfen. Der BGH habe deshalb auch im Hinblick auf die Rechtsprechung des österreichischen Obersten Gerichtshofs (GRUR Int. 2011, 173, 175 BergSpechte II) und des französischen Cour de Cassation (GRUR Int. 2011, 625 CNRRH), die bei der Beurteilung von Adwords-Anzeigen unter

Berücksichtigung der von ihnen als relevant erachteten Faktoren zu anderen Ergebnissen gelangt sind, keine Vorlage an den EuGH für geboten erachtet.

*Die Grenzen der zulässigen Adword-Werbung sind für den Werbenden zwingend zu beachten, sonst drohen empfindliche Abmahnungen. Solange die fremde Marke allerdings nicht in der eigenen Anzeige, etwa in der Linküberschrift, in der Kopfzeile etc., erscheint, stellt die Hinterlegung fremder Marken ein zulässiges Werbemittel dar.*

#### ■ E-Mail zur Bestätigung der Newsletter-Bestellung im Double-Opt-In-Verfahren kann unzulässige Werbung darstellen

OLG München, Urteil vom 27.09.2012 - 29 U 1682/12

Eine E-Mail, die im Double-Opt-In-Verfahren zur Bestätigung einer Newsletter-Bestellung auffordert, kann als unerlaubte Werbung zu qualifizieren sein. Ein Gewerbetreibender hat in diesem Fall einen Anspruch auf Unterlassung.

Vorweg sei darauf hingewiesen, dass sich die Entscheidung nicht mit dem Ausnahmetatbestand des § 7 Abs. 3 UWG beschäftigt - bei vorherigem Kundenkontakt liegt hiernach keine unzumutbare Belästigung/unerlaubte Werbung vor.

Die Klägerin, eine Steuerberatungsgesellschaft, begehrte von der Beklagten die Unterlassung der Zusendung unerwünschter E-Mails. Die Beklagte war im Bereich der Anlageberatung tätig und bot auf ihrer Internetseite einen kostenlosen "Newsletter" an. Die Beklagte sendete der Klägerin eine E-Mail zu, mit der zur Bestätigung der Newsletter-Bestellung aufgerufen wurde. Die Klägerin meinte, in der Versendung liege ein Wettbewerbsverstoß und ein Eingriff in ihren eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb. Das Landgericht München I wies die Klage ab. Dagegen richtete sich die Berufung der Klägerin.

Das OLG München entschied nun für Klägerin, dass dieser ein Anspruch auf Unterlassung wegen eines Eingriffs in ihren eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb nach §§ 823 Abs. 1, 1004 BGB zustehe. Die Zusendung einer Werbe-E-Mail ohne vorherige Einwilligung des Adressaten stelle einen unmittelbaren Eingriff in den Gewerbebetrieb dar. Eine ohne Einwilligung zugesandte E-Mail-Werbung beeinträchtigt regelmäßig den Betriebsablauf des Unternehmens, mit dem Sichten und Aussortieren unerbetener E-Mails sei ein zusätzlicher Zeitaufwand verbunden. Zudem sei zu berücksichtigen, dass ohne Einschränkung der E-Mail-Werbung durch die billige, schnelle und durch Automatisierung arbeitssparende Versandungsmöglichkeit mit einem Anstieg dieser Art und Weise der Werbung zu rechnen sei.

Eine ausdrückliche Einwilligung der Klägerin habe nicht vorgelegen. Für die Annahme einer Einwilligung genüge es nicht, dass sich die Klägerin auf der Internetseite der Beklagten unter Angabe ihrer E-Mail-Adresse für das Newsletter-Abonnement angemeldet habe. Vielmehr sei die gesetz-

geberische Wertung des § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG mit zu berücksichtigen: Danach sei jede Werbung unter Verwendung elektronischer Post ohne vorherige ausdrückliche Einwilligung des Adressaten eine unzumutbare Belästigung und somit verboten – mit Ausnahme des hier nicht relevanten Tatbestandes des § 7 Abs. 3 UWG bei vorherigem Kundenkontakt.

Die E-Mail sei auch als Werbung anzusehen, da die Beklagte mit ihr das Ziel verfolge, die Erbringung ihrer Dienstleistungen (Anlageberatung) zu fördern. Dabei spiele es keine Rolle, dass die E-Mail selbst keine Werbebotschaft enthalten habe. Im Fall einer elektronisch übermittelten Einverständniserklärung sei deren Speicherung und die jederzeitige Möglichkeit nötig, sie auszudrucken. Verfahren, bei denen unklar ist, ob eine Einverständniserklärung tatsächlich von dem Empfänger stammt, seien für den erforderlichen Nachweis ungeeignet.

Nach Auffassung des Oberlandesgerichts steht der Klägerin der wettbewerbsrechtliche Unterlassungsanspruch gemäß § 8 Abs.1 UWG aber nicht zu, da sie nicht Mitbewerberin der Beklagten gewesen ist.

*Das Urteil des OLG München wird kritisch diskutiert, insbesondere vor dem Hintergrund, dass der BGH mit Urteil vom 10.02.2011, I ZR 164/09, das Double-Opt-In-Verfahren für grundsätzlich rechtmäßig erachtete, und zwar vor allen Dingen dann, wenn die Einwilligung bestätigt wurde. Das OLG-Urteil ist damit nicht höchstrichterlich bestätigt.*

*Entscheidend, um das Risiko einer Abmahnung zu minimieren, ist die vollständige Dokumentation des Anmeldeverfahrens, so dass für jeden einzelnen Empfänger klar und eindeutig dokumentiert sein muss, wann und wie er sich angemeldet hat, wann er die Bestätigungs-E-Mail erhalten hat und wann und wie er die Anmeldung bestätigt hat.*

*Die Revision zum BGH wurde durch das OLG München ausdrücklich zugelassen - es bleibt daher zu hoffen, dass dieser Fall zur abschließenden Klärung entsprechend vorgelegt wird.*

## IMPRESSUM

Angaben gemäß § 5 TMG:

Anbieter:



Müller Goll-Müller Partnerschaftsgesellschaft  
Pienzenauerstr. 10, 81679 München  
Postfach 860540, 81632 München  
Tel. 089-9990963-0, Fax. 089-9990963-29  
USt-ID: DE 182776315  
mgm@mgm-rechtsanwaelte.de  
www.mgm-rechtsanwaelte.de

Partner der Partnerschaftsgesellschaft:  
Matthias Müller, Carolin Goll-Müller

Haftungshinweis:

Die Angaben auf diesem NJUS-Letter erfolgen nur zu allgemeinen Informationszwecken und stellen keine rechtliche Beratung der Partnerschaftsgesellschaft Müller Goll-Müller dar.

Wir haben diese sorgfältig geprüft, übernehmen jedoch keinerlei Gewähr für die Richtigkeit, Vollständigkeit und Aktualität der angebotenen Informationen.

Die Vervielfältigung oder Verbreitung von auf diesem NJUS-Letter enthaltenen Angaben bedarf der vorherigen schriftlichen Zustimmung der vorstehend im Impressum genannten verantwortlichen Personen.