

### Der NJUS-Letter - Unser Service für Sie

Wir freuen uns, Ihnen zu Beginn unseres zweiten Jahres in neuer Zusammensetzung eine weitere Ausgabe unseres NJUS-Letters mit ausgesuchten aktuellen Entwicklungen aus Rechtsprechung und Praxis vorstellen zu dürfen. Bei dieser Gelegenheit möchten wir uns auch bei Ihnen für das uns entgegen gebrachte Vertrauen bedanken.

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

*Christina Maier*  
Rechtsanwältin

## THEMEN

### Arbeitsrecht:

- Kein Anspruch auf Weiterbeschäftigung im Ausland nach betriebsbedingter Kündigung
- Gewährung von Urlaub durch unwiderrufliche Freistellung

### Wettbewerbsrecht:

- Kamera-Hersteller darf Händlern Vertrieß über Internetplattformen nicht verbieten

### Allgemeines Zivilrecht:

- Gemälde nicht wegen fehlender Aufnahme in Werkverzeichnis unecht
- Nachbesserung im Werkvertrag trotz zweier erfolgloser Instandsetzungsversuche

- Verweigerung der Nacherfüllung unter Berufung auf unverhältnismäßige Kosten im Prozess

### Ausblick:

- Auswahl rechtlich relevanter Themen im Koalitionsvertrag (18. Legislaturperiode)

## ARBEITSRECHT

### ■ Kein Anspruch auf Weiterbeschäftigung im Ausland nach betriebsbedingter Kündigung

*BAG, Urteil vom 29.08.2013 – 2 AZR 809/12*

Die Beklagte ist ein Unternehmen der Textilindustrie mit Sitz in Nordrhein-Westfalen. Sie unterhält seit geraumer Zeit in der Tschechischen Republik eine Betriebsstätte, in der sie Verbandsstoffe herstellt. Die „Endfertigung“ der Stoffe erfolgte in einem am Sitz der Beklagten gelegenen Betrieb. In diesem war die Klägerin seit 1984 als Textilarbeiterin tätig. Im Juni 2011 beschloss die Beklagte, ihre gesamte Produktion in der tschechischen Betriebsstätte zu konzentrieren. In Deutschland sollte lediglich die Verwaltung nebst „kaufmännischem Bereich“ bestehen bleiben. Mit Blick hierauf erklärte die Beklagte gegenüber den an ihrem Sitz beschäftigten Produktionsmitarbeitern eine ordentliche Beendigungskündigung. Die Klägerin hat die Auffassung vertreten, die Kündigung sei sozial ungerechtfertigt. Die Beklagte habe ihr durch den Ausspruch einer Änderungskündigung die Möglichkeit geben müssen, über einen Umzug zumindest nachzudenken.

Die Kündigungsschutzklage blieb in allen Instanzen erfolglos. Die aus § 1 Abs. 2 KSchG folgende Verpflichtung des Arbeitgebers, dem Arbeitnehmer zur Vermeidung einer Beendigungskündigung – gegebenenfalls im Wege der Änderungskündigung – eine Weiterbeschäftigung zu geänderten, möglicherweise auch zu erheblich verschlechterten Arbeitsbedingungen anzubieten, beziehe sich – so der 2. Senat des BAG – grundsätzlich nicht auf freie Arbeitsplätze in einem im Ausland gelegenen Betrieb des Arbeitgebers. Da der erste Abschnitt des Kündigungsschutzgesetzes gemäß § 23 Abs. 2 KSchG nur auf Betriebe anzuwenden sei, die in der Bundesrepublik Deutschland liegen, müsse auch der Betriebsbegriff in § 1 Abs. 2 S. 1 und S. 2 KSchG so verstanden werden. Aufgrund der

Verlagerung der „Endfertigung“ in die ausländische Betriebsstätte hatte die Beklagte keine Möglichkeit mehr, die Klägerin in einem inländischen Betrieb weiter zu beschäftigen. Das BAG ließ es dahinstehen, ob dieses Verständnis der Berücksichtigung von Beschäftigungsmöglichkeiten im Ausland entgegensteht, falls der Arbeitgeber seinen Betrieb als Ganzes oder einen Betriebsteil unter Wahrung der Identität verlagert (Betriebs(teil)übergang im Sinne von § 613a BGB).

Mit der Entscheidung führt das BAG seine Rechtsprechung zu dem auf das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland beschränkten Betriebsbegriff fort. Allerdings bleibt offen, wie die Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten zu beurteilen sind, wenn der Arbeitgeber seinen Betrieb als Ganzes oder einen Betriebsteil unter Wahrung der Identität ins Ausland verlagert.

*Zwar hat das BAG in seinen Entscheidungen vom 26.05.2011 (8 AZR 37/10) und 13.12.2012 (6 AZR 608/11) klargestellt, dass ein Betriebsübergang gemäß § 613a BGB ins Ausland grundsätzlich möglich sei. Allerdings sind viele praxisrelevante Fragen hinsichtlich solcher grenzüberschreitenden Umstrukturierungen noch offen und das hier besprochene Urteil bringt diesbezüglich leider auch keine Klarstellung. Es bleibt abzuwarten, wie sich das BAG positionieren wird, wobei es nur konsequent wäre, wenn auch bei einem Betriebsübergang der erste Abschnitt des Kündigungsschutzgesetzes nicht zur Anwendung käme. Denn auch in diesem Fall handelt es sich um einen Betrieb oder Betriebsteil, der im Ausland liegt.*

#### ■ **Gewährung von Urlaub durch unwiderrufliche Freistellung**

*BAG, Urteil vom 16.07.2013 – 9 AZR 50/12*

Der Kläger war langjährig bei der Beklagten beschäftigt. Die Parteien einigten sich im Rahmen eines gerichtlichen Vergleichs vom 24.09.2008 über die Beendigung des Arbeitsverhältnisses zum 31.12.2009. Bis dahin sollte der Kläger die Arbeit wieder aufnehmen. Mit Schreiben vom 30.06.2009 erklärte die Beklagte gegenüber dem Kläger:

*„(...) Hiermit stelle ich Sie ab 01.07.2009 unwiderruflich von der Verpflichtung zur Arbeitsleistung frei. Noch bestehende Resturlaubsansprüche werden von Ihnen in der Zeit der unwiderruflichen Freistellung in Natur eingebracht. (...)“*

Der Kläger wandte sich gegen die Freistellung und verlangte Urlaubsabgeltung.

Der Kläger unterlag in allen drei Instanzen. Das BAG stellte fest, dass die Beklagte dem Kläger vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses die ausstehenden Urlaubstage gewährt hatte und der Urlaubsanspruch daher erloschen sei. Der Kläger sei im Voraus durch eine unwiderrufliche Freistellungserklärung zu Erholungszwecken von seiner sonst bestehenden Arbeitspflicht befreit worden. Einer Festlegung der Urlaubstage im Freistellungszeitraum habe es zur Erfüllung des Urlaubsanspruchs nicht bedurft. Eine solche sei nur

ausnahmsweise dann erforderlich, wenn der Arbeitnehmer insbesondere aus wirtschaftlichen Gründen ein berechtigtes Interesse an der zeitlichen Festlegung habe. Dies sei beispielsweise der Fall, wenn sich der Arbeitgeber in der Freistellungserklärung die Anrechnung von Zwischenverdienst vorbehalte, was im konkreten Fall jedoch nicht geschehen sei.

Darüber hinaus könne es dahinstehen bleiben, ob die Freistellung rechtswidrig erfolgt sei, da auch eine rechtswidrige Freistellung zur Erfüllung des Urlaubsanspruches führen würde. Die Rechtswidrigkeit hätte nach Ansicht des BAG lediglich zur Folge, dass der Kläger einen Beschäftigungsanspruch hätte geltend machen können.

*Das Urteil dient der Klarstellung bei der Handhabung von Freistellung unter Anrechnung von Resturlaub: Im Rahmen einer unwiderruflichen Freistellung kann Resturlaub angerechnet werden. Eine Festlegung des Urlaubszeitraums ist erforderlich, wenn der Arbeitgeber Zwischenverdienst anrechnen will. Gegen eine rechtswidrige Freistellung kann nur mit Beschäftigungsklage vorgegangen werden.*

#### **Wettbewerbsrecht**

#### ■ **Kamera-Hersteller darf Händlern Vertrieb über Internetplattformen nicht verbieten**

*LG Kiel, Urteil vom 08.11.2013 – 14 O 44/13 Kart.*

Beklagt wurde ein Hersteller von Kameraprodukten, der in seinen Händlerverträgen bestimmt hatte, dass die Händler die Produkte nicht über Internet-Auktionsplattformen wie eBay, Internetmarktplätze wie Amazon Marketplace oder unabhängige Dritte verkaufen dürfen. Die Wettbewerbszentrale rügte eine kartellrechtswidrige Wettbewerbsbeschränkung (§ 1 GWB, Art. 101 AEUV).

Das LG Kiel stellte einen Verstoß gegen das Kartellrecht fest. Durch das oben genannte Verbot, über Internetplattformen zu verkaufen, werde der besonders intensive Wettbewerb zwischen den Händlern auf Internet-Auktionsplattformen und Internetmarktplätzen unzulässig eingeschränkt, da die Händler gehindert würden, mehr und andere Kunden zu erreichen. Jedenfalls werde der Zugang zu den Kunden erheblich erschwert. Möglich sei eine Beschränkung des erreichbaren Kundenkreises zwar zur Qualitätssicherung in selektiven Vertriebssystemen. Ein solches lag hier jedoch nicht vor, da die Produkte auch an Großkunden und den Großhandel veräußert wurden, der sie selbst wieder – ohne besondere Anforderungen – an nicht autorisierte Händler weitergab.

*Soll also der Vertrieb über Internetplattformen untersagt werden, muss dies im Rahmen eines selektiven Vertriebssystems zur Qualitätssicherung*

*einheitlich und für alle Abnehmer gelten. Andernfalls ist die Beschränkung kartellrechtlich unzulässig.*

## Allgemeines Zivilrecht

### ■ Gemälde nicht wegen fehlender Aufnahme in Werkverzeichnis unecht

*OLG Karlsruhe, Urteil vom 15.10.2013 – 17 U 8/13*

Die Parteien, beides Privatpersonen, stritten um die Echtheit eines unsignierten Gemäldes („Strandlandschaft mit Fischerbooten und Fischern“), das von Eugène Boudin stammen sollte. Der beklagte Verkäufer hatte das Gemälde 2008 in einem Auktionshaus für 5.500 EUR erworben und anschließend im Internet als „Ölgemälde Eugène Boudin mit Fotoexpertise“ angeboten. Der Käufer erwarb das Bild für 26.000 EUR, nachdem er es besichtigt hatte und die Expertise – ein handgeschriebenes Schriftstück eines ehemaligen Museumsdirektors – gelesen hatte. Die Expertise besagte, dass das Bild im Original untersucht worden sei und dass es sich um eine Arbeit von Eugène Boudin handele.

Der Käufer erklärte im Sommer 2009 den Rücktritt vom Vertrag, hilfsweise dessen Anfechtung wegen arglistiger Täuschung. Das Gemälde sei nicht im Werkverzeichnis des französischen Experten für Eugène Boudin enthalten und daher keine Arbeit von diesem Maler. Der Verkäufer hätte angeben müssen, dass er das Gemälde erst ein halbes Jahr zuvor in einer Auktion für 5.500 EUR „als Boudin zugeschrieben“ erworben hatte. Das Bild wäre im Falle seiner Echtheit mindestens 120.000 EUR wert gewesen, so dass der Käufer unter Abzug von Verkäuferprovision und Versicherung Schadensersatz in Höhe von 106.200 EUR geltend machte. Das LG gab der Klage in Höhe von 26.000 EUR Zug um Zug gegen Rückgabe des Gemäldes statt.

Die Berufung des Verkäufers war erfolgreich, die Klage wurde in vollem Umfang abgewiesen. Das OLG stellte fest, dass das Gemälde nicht mangelhaft sei, da der Kläger die Unechtheit des Gemäldes nicht bewiesen habe. Das LG sei nach zwei Sachverständigengutachten nicht zu der Überzeugung gelangt, dass das Gemälde nicht von Boudin gemalt worden sei. Die Beweiswürdigung sei nicht zu beanstanden. Insbesondere sei das Gemälde nicht deshalb unecht und daher mangelhaft, weil der Experte und Verfasser des Werkverzeichnisses das Bild nicht als echt anerkenne. Ein Mangel würde nur vorliegen, wenn das Werk konkret beim Abschluss des Vertrages dahin beschrieben worden wäre, dass es in einem bestehenden Werkverzeichnis oder in einem Katalog aufgenommen oder von einem bestimmten Experten anerkannt worden sei. Solche Beschaffenheitsvereinbarungen wurden im konkreten Fall jedoch nicht getroffen.

Der Verkäufer hätte auch nicht die Umstände des Ankaufs ungefragt offenlegen müssen. Ebenso

wenig liege Arglist vor, weil der Verkäufer nicht darauf hingewiesen habe, dass das Gemälde nur nach einer Expertise des Museumsdirektors Eugène Boudin zugeschrieben werde. Das hätte der Käufer anhand der Kaufumstände selbst erkennen können.

### ■ Nachbesserung im Werkvertrag trotz zweier erfolgloser Instandsetzungsversuche

*OLG Hamm, Urteil vom 28.02.2013 – 21 U 86/12*

Die Klägerin, eine Baufirma, klagte Restwerklohn wegen an einem vom Beklagten erworbenen Einfamilienhaus durchgeführten Umbauten und Malerarbeiten ein. Es wurde unter anderem eine neue Haustür eingebaut. An dieser Leistung hatte der Beklagte mehrfach unterschiedliche Mängel beanstandet. Der Beklagte machte gegen den Restwerklohnanspruch der Klägerin geltend, die Nachbesserung der Tür sei nach vier erfolglosen Nachbesserungsversuchen fehlgeschlagen, so dass er den im Rechtsstreit angebotenen Einbau einer neuen Haustür ablehne und die Kosten für den Einbau einer neuen Haustür durch einen anderen Unternehmer von dem Restwerklohn in Abzug bringe.

Die Entscheidung des LG Essen, die den Beklagten zur Zahlung des Restwerklohns verurteilte, Zug um Zug gegen unter anderem an der Haustür zu beseitigende Mängel, wurde vom OLG Hamm bestätigt. Wann die Nachbesserung fehlgeschlagen sei, so dass ein anderer Unternehmer mit der Nachbesserung beauftragt werden könne, hänge von den Umständen des Einzelfalls ab. Anders als im Kaufrecht habe der Gesetzgeber im Werkvertragsrecht nicht bestimmt, dass ein Fehlschlag der Nachbesserung nach zwei erfolglosen Nachbesserungsversuchen zu vermuten sei. Im konkreten Fall sei zu berücksichtigen, dass die Nachbesserung mit dem nun von der Klägerin angebotenen Einbau einer neuen Haustür möglich sei.

*Während im Kaufrecht nach § 440 S. 2 BGB die Nachbesserung nach dem erfolglosen zweiten Versuch als fehlgeschlagen gilt, d.h. der Fehlschlag zu vermuten ist, hängt die Beurteilung eines Fehlschlags im Werkvertragsrecht allein von den Umständen des Einzelfalls ab. Dies ist bei der Geltendmachung von Gewährleistungsrechten unbedingt zu berücksichtigen.*

### ■ Verweigerung der Nacherfüllung unter Berufung auf unverhältnismäßige Kosten im Prozess

*BGH, Urteil vom 16.10.2013 – VIII ZR 273/12*

Der Kläger schloss einen Leasingvertrag über einen Neuwagen und verlangte unter Berufung auf verschiedene Mängel des Fahrzeugs Nacherfüllung durch Lieferung eines Neuwagens aus abgetretenem Recht. Das beklagte Autohaus bestritt jegliche Mängel und verweigerte letztlich hinsichtlich des im Verfahren festgestellten Mangels (nicht zuverlässig funktionierende automatisch an-

und ausklappende Außenspiegel) die Nacherfüllung unter Berufung auf unverhältnismäßige Kosten gem. § 439 Abs. 3 BGB.

Das Oberlandesgericht hatte der Beklagten die Berufung auf § 439 Abs. 3 BGB versagt. Die Revision hatte Erfolg. Der BGH entschied, dass die Einrede des § 439 Abs. 3 BGB nicht deswegen ausgeschlossen sei, weil die Beklagte zunächst jegliche Mängel des Fahrzeugs bestritten und aus diesem Grund die Nacherfüllung insgesamt verweigert habe. Verweigert der Verkäufer die Nacherfüllung zu Unrecht mit der Begründung, dass keine Mängel vorhanden seien, kann der Käufer seinen Anspruch auf Nacherfüllung klageweise geltend machen. In der Folge steht aber dem Verkäufer das Recht zu, die Nacherfüllung unter den Voraussetzungen des § 439 Abs. 3 BGB wegen unverhältnismäßiger Kosten zu verweigern – auch wenn dies erst im Rechtsstreit über den Nacherfüllungsanspruch geschieht.

*Für die Praxis bedeutet dieses Urteil, dass der Verkäufer die Nacherfüllung verweigern kann, indem er das Vorliegen eines Mangels bestreitet, ohne sich dadurch der Möglichkeit zu berauben, zu einem späteren Zeitpunkt die Einrede unverhältnismäßiger Kosten nach § 439 Abs. 3 BGB zu erheben.*

## AUSBLICK

### ■ Auswahl rechtlich relevanter Themen im Koalitionsvertrag (18. Legislaturperiode)

Beschäftigung:

- Ab 01.01.2015 wird ein flächendeckender gesetzlicher Mindestlohn von € 8,50 brutto je Zeitstunde eingeführt.
- Das Arbeitnehmerentendegesetz soll auf alle Branchen erweitert werden.
- Bei der Arbeitnehmerüberlassung wird eine Überlassungshöchstdauer von 18 Monaten gesetzlich festgelegt.
- Das Teilzeitrecht soll weiterentwickelt und ein Anspruch auf befristete Teilzeitarbeit (Rückkehrrecht) gestaltet werden.

Immobilien:

- Mietpreiserhöhungen sollen gesetzlich beschränkt werden.
- Maklergebühren soll derjenige tragen, der den Makler einschaltet.
- Der Verbraucherschutz bei Bau- und Dienstleistungen für Bauherren und Immobilieneigentümer soll ausgebaut werden.

Unternehmen:

- Handwerker und andere Unternehmer sollen nicht pauschal auf den Folgekosten von Produktmängeln sitzen bleiben, die der Lieferant oder Hersteller zu verantworten hat.

- Mit Blick auf Unternehmensnachfolge soll die Erbschafts- und Schenkungsteuer verfassungsfest und mittelstandsfreundlich ausgestaltet werden und einen steuerlichen Ausnahmetatbestand bei Erhalt von Arbeitsplätzen vorsehen.

## 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 durch die 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.