

### ERLANGEN

Nürnberger Straße 71  
91052 Erlangen  
Telefon 09131/88515-0  
FAX 09131/88515-55  
E-Mail kontakt@wgk.eu  
Internet www.wgk.eu

### BAMBERG

Hainstraße 6  
96047 Bamberg  
Telefon 0951/98640-0  
FAX 0951/98640-309  
E-Mail kontakt@wgk-bamberg.de  
Internet www.wgk-bamberg.de

[www.wgk.eu](http://www.wgk.eu)

## Das Entscheidende

Informationen aus dem Wirtschafts-, Arbeits-, Steuer- und Sozialrecht

Es gibt nichts Praktischeres als eine gute Theorie.  
Immanuel Kant; 1724 – 1804, deutscher Philosoph

September 2008

### Inhaltsverzeichnis

1. Bekämpfung von Produktpiraterie durch das Gesetz zum Schutz geistigen Eigentums
2. Schutz des Verbrauchers vor Werbung durch E-Mail und SMS
3. Grenzen gewerblicher „Nachfrage“ per Telefax und E-Mail
4. Unzulässige Werbung mit Preisvorteilen
5. Zusammentreffen von Massesicherungspflicht und Pflicht zur Abführung von Sozialabgaben beim GmbH-Geschäftsführer
6. Hausmeisterkosten müssen in Betriebskostenabrechnung konkretisiert werden
7. Kein Zuschlag zur Miete bei unwirksamer Schönheitsreparaturklausel
8. Geltungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes in Kleinbetrieben
9. Betriebsrisiko in einem witterungsabhängigen Unternehmen
10. Energieausweis für Altbauten – Wahlrecht noch bis 30.9.2008

### 1. Bekämpfung von Produktpiraterie durch das Gesetz zum Schutz geistigen Eigentums

Nachdem der Bundesrat dem Gesetz zur Umsetzung der EU-Durchsetzungs-Richtlinie zugestimmt hat und es nun im Bundesgesetzblatt veröffentlicht wurde, tritt es in weiten Teilen zum 1.9.2008 in Kraft. Lediglich die Regelungen zu den internationalen Patentübereinkommen traten bereits rückwirkend zum 1.5.2008 in Kraft. Ziel des Gesetzes ist es den Kampf gegen Produktpiraterie zu erleichtern und damit das geistige Eigentum zu stärken. Nachfolgend sollen die wichtigsten Inhalte des Gesetzes aufgezeigt werden:

• **Abmahnung bei Urheberrechtsverletzungen:** Das Gesetz soll die Situation von Verbrauchern verbessern, die sich hohen Rechnungen für eine anwaltliche Abmahnung wegen einer Urheberrechtsverletzung ausgesetzt sehen. Künftig sollen bei einfach gelagerten Fällen mit einer nur unerheblichen Rechtsverletzung außerhalb des geschäftlichen Verkehrs die Anwaltsgebühren für die Abmahnung nicht mehr als 100 Euro betragen.

**Beispiel:** Eine Schülerin (16 Jahre) hat auf ihrer privaten Homepage einen Stadtplanausschnitt eingebunden, damit ihre Freunde sie besser finden. Dies ist eine Urheberrechtsverletzung. Das staatsanwaltliche Ermittlungsverfahren wurde wegen Geringfügigkeit eingestellt. Eine Kanzlei hat die Schülerin

abgemahnt, die Abgabe einer Unterlassungserklärung gefordert und als Anwaltshonorar einen Betrag von 1.000 Euro gefordert. Künftig kann die Kanzlei für ihre anwaltlichen Dienstleistungen nur 100 Euro erstattet verlangen, wenn es sich um einen einfach gelagerten Fall mit einer nur unerheblichen Rechtsverletzung handelt.

Unberührt von dieser Begrenzung bleibt der Vergütungsanspruch des Rechtsanwalts gegen seinen Mandanten, also etwa dem Rechtsinhaber.

• **Auskunftsansprüche:** Bereits heute gibt es einen zivilrechtlichen Auskunftsanspruch des Rechtsinhabers gegen denjenigen, der geistiges Eigentum verletzt. Sehr häufig liegen die Informationen, die erforderlich sind, um den Rechtsverletzer zu identifizieren, jedoch bei Dritten (wie z. B. Internet-Providern oder Spediteuren). Künftig hat der Rechtsinhaber unter bestimmten Bedingungen auch einen Auskunftsanspruch gegen diese Dritten. Er soll damit die Möglichkeit erhalten, den Rechtsverletzer zu ermitteln, um so seine Rechte gerichtlich besser durchsetzen zu können. Voraussetzung für den Auskunftsanspruch ist u. a., dass der Rechtsverletzer im gewerblichen Ausmaß gehandelt hat.

**Beispiel:** Bei einem Spediteur werden mehrere Container mit gefälschten Markenturnschuhen gefunden. Bei einer solchen „offensichtlichen Rechtsverletzung“ kann jetzt auch der Dritte, d. h. der Spediteur, auf unverzügliche Auskunft über die „Herkunft und den Vertriebsweg“ der Waren in Anspruch genommen werden.

- **Schadenersatz:** Es wird klargestellt, dass nach Wahl des Verletzten neben dem konkret entstandenen Schaden auch der Gewinn des Verletzers oder eine angemessene fiktive Lizenzgebühr – d. h. das Entgelt, das für die rechtmäßige Nutzung des Rechts zu zahlen gewesen wäre – als Grundlage für die Berechnung des Schadenersatzes dienen können.
- **Vorlage und Sicherung von Beweismitteln:** Wenn ein Schutzrecht mit hinreichender Wahrscheinlichkeit verletzt ist, hat der Rechtsinhaber einen Anspruch gegen den Verletzer auf Vorlage von Urkunden und die Zulassung der Besichtigung von Sachen, der über die nach der Zivilprozessordnung bereits bestehenden Möglichkeiten hinausgeht. Gegebenenfalls erstreckt sich der Anspruch auch auf die Vorlage von Bank-, Finanz- und Handelsunterlagen. Diese Beweismittel können zur Abwendung der Gefahr ihrer Vernichtung oder Veränderung auch durch den Erlass einer einstweiligen Verfügung gesichert werden. Soweit der Verletzer geltend macht, dass es sich um vertrauliche Informationen (z. B. Geschäftsgeheimnisse) handelt, trifft das Gericht die erforderlichen Maßnahmen, um die Vertraulichkeit zu sichern.

### 2. Schutz des Verbrauchers vor Werbung durch E-Mail und SMS

Der Bundesgerichtshof (BGH) hat eine Klausel, die die Einwilligung in die Speicherung und Nutzung von Daten für die Zusendung von Werbung per Post, E-Mail und SMS betrifft, für unwirksam erklärt, soweit sie E-Mail und SMS betrifft. Die u. a. vom BGH zu beurteilende Einwilligungsklausel lautete folgendermaßen:

„Mit meiner Unterschrift erkläre ich mich einverstanden, dass die von mir oben angegebenen Daten ... für an mich gerichtete Werbung per Post und mittels ggfs. von mir beantragter Services (SMS oder E-Mail-Newsletter) sowie zu Zwecken der Marktforschung ausschließlich von der xy GmbH zum Datenschutz gespeichert und genutzt werden. ...

Hier ankreuzen, falls die Einwilligung nicht erteilt wird. ...“  
Die verwendete Klausel unterscheidet zwischen Werbung per Post, E-Mail und SMS. Im Hinblick auf die Einwilligung in die Speicherung und Nutzung von Daten für die Zusendung von Werbung per Post war die Bestimmung nach Auffassung der Richter nicht zu beanstanden.

Dagegen ist die hier verwendete Einwilligungsklausel unwirksam, soweit sie sich auf die Einwilligung in die erstrebte Datennutzung für Werbung durch E-Mail oder SMS bezieht, da sich der Kunde hier nur durch eine sog. „Opt-out“-Erklärung von einer Werbezusendung ausnehmen kann.

Nach Auffassung des BGH sind Einwilligungsklauseln, die so gestaltet sind, dass der Kunde tätig werden und ein Kästchen ankreuzen muss, wenn er seine Einwilligung in die Zusendung von Werbung unter Verwendung von elektronischer Post **nicht erteilen will** („Opt-out“-Erklärung), mit den Vorschriften des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb nicht vereinbar. Denn das Gesetz verlangt, dass die Einwilligung durch eine

gesonderte Erklärung erteilt wird, sog. „Opt-in“-Erklärung.

### 3. Grenzen gewerblicher „Nachfrage“ per Telefax und E-Mail

Der Bundesgerichtshof (BGH) hatte in zwei Fällen darüber zu entscheiden, inwieweit es Unternehmen verboten ist, Waren oder Dienstleistungen mittels Telefaxeschreiben oder E-Mail „nachzufragen“.

In dem ersten Fall hatte ein Fahrzeughändler per Telefax bei einer Pkw-Vertretung sein Interesse zum sofortigen Ankauf von drei bestimmten Pkw-Modellen bekundet. Im zweiten Fall hatte der Anbieter eines Online-Fußballspiels per E-Mail bei einem kleineren Fußballverein angefragt, ob er auf der Website des Vereins ein Werbebanner für sein Produkt gegen Umsatzprovision platzieren dürfe.

Nach dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb ist eine Werbung unter Verwendung von Faxgeräten oder E-Mail als unzumutbare Belästigung verboten, wenn keine Einwilligung des Adressaten vorliegt. Dabei wird nicht zwischen privaten und gewerblichen Adressaten unterschieden. Der BGH stellte nunmehr klar, dass auch gewerbliche Anfragen nach Waren oder Dienstleistungen „Werbung“ im Sinne dieser Vorschrift sind. Damit kam es auf die Frage an, ob die Adressaten in den beiden Fällen sich damit einverstanden erklärt hatten, dass ihnen über das Telefaxgerät oder per E-Mail Angebote zugehen.

Die Richter des BGH sind im Fall der Pkw-Vertretung davon ausgegangen, dass diese mit der Veröffentlichung der Nummer des Telefaxanschlusses in allgemein zugänglichen Verzeichnissen bzw. der E-Mail-Adresse auf der Homepage ihr Einverständnis erklärt hat, dass Kunden den Anschluss bestimmungsgemäß für Kaufanfragen nutzen, die sich auf die übliche Verkaufstätigkeit des Unternehmens beziehen. Vor diesem Hintergrund hat der BGH die Anfrage des Fahrzeughändlers an die Pkw-Vertretung nicht als wettbewerbswidrig angesehen. In der Anfrage hinsichtlich des Werbemanners für ein Online-Fußballspiel sah er eine belästigende Werbemaßnahme. Das Angebot von Bannerwerbung gegen Entgelt auf der eigenen Homepage gehört weder zum typischen Vereinszweck eines Fußballvereins noch ist die von einem Fußballverein auf seiner Homepage zur Kontaktaufnahme angegebene E-Mail-Adresse für derartige Anfragen bestimmt.

### 4. Unzulässige Werbung mit Preisvorteilen

In einem vom Oberlandesgericht Oldenburg entschiedenen Fall hatte ein Autohaus in der örtlichen Presse mit dem Verkauf von Pkw-Sondermodellen mit „Preisvorteil bis zu 4.450 Euro“ geworben. Hiergegen wandte sich eine Wettbewerbsklage einer

Vereinigung von Gewerbetreibenden. Sie hielten die Werbung für unzulässig, da der Preisvorteil nicht nachvollziehbar sei und die Angabe der Bezugsgröße fehle, wie z. B. der Listenpreis oder die unverbindliche Preisempfehlung des Herstellers. Das Landgericht in Osnabrück beurteilte die Werbung als wettbewerbswidrig, da ohne die Angabe einer Bezugsgröße die Gefahr der Irreführung des Verbrauchers bestehe. Der Vorteil könne sich auch auf die Preise der Konkurrenz oder auf eigene sonstige Hauspreise beziehen.

In der Berufungsverhandlung vor dem Oberlandesgericht (OLG) Oldenburg stellte sich heraus, dass sich der beworbene Preisvorteil nicht allein auf die unverbindliche Preisempfehlung des Herstellers bezog, sondern weitere Zusatzleistungen umfasste, wie z. B. Versicherungsleistungen, Garantie und Mobilitätsservice. Vor diesem Hintergrund beurteilten auch die Richter des OLG die Werbung für unzulässig bzw. irreführend. Es sei nicht zulässig, mit Preisvorteilen zu werben, die sich für den potenziellen Käufer aus einer unüberschaubaren Mischung von verschiedenen Preisvorteilsbestandteilen zusammensetzen.

### 5. Zusammentreffen von Massesicherungspflicht und Pflicht zur Abführung von Sozialabgaben beim GmbH-Geschäftsführer

Wird die Gesellschaft zahlungsunfähig, so haben die Geschäftsführer ohne schuldhaftes Zögern, spätestens aber drei Wochen nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit, die Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu beantragen. Dies gilt sinngemäß, wenn sich eine Überschuldung der Gesellschaft ergibt.

Die Geschäftsführer sind der Gesellschaft zum Ersatz von Zahlungen verpflichtet, die nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft oder nach Feststellung ihrer Überschuldung geleistet werden. Dies gilt nicht von Zahlungen, die auch nach diesem Zeitpunkt mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns vereinbar sind.

Die Richter des Bundesgerichtshof hatten nun darüber zu entscheiden, ob es sich bei der Abführung von fälligen Leistungen an die Sozialkasse um solche o. g. Zahlungen handelt.

Sie kamen zu dem Entschluss, dass es dem organischen Vertreter (GmbH-Geschäftsführer) nicht abverlangt werden kann, die Massensicherungspflicht (Zahlung an Gläubiger) zu erfüllen und fällige Leistungen an die Sozialkassen nicht zu erbringen, wenn er sich dadurch strafrechtlicher Verfolgung aussetzt.

### 6. Hausmeisterkosten müssen in Betriebskostenabrechnung konkretisiert werden

Sind nach einem Mietvertrag auch die Kosten für den Hauswart umlagefähig, können hier die Vergütung, die Sozialbeiträge und alle geldwerten Leistungen an den Hausmeister angesetzt werden.

Kosten für den Hauswart, die der Instandhaltung, Instandsetzung, Erneuerung, der Ausführung von Schönheitsreparaturen oder der Hausverwaltung dienen, sind nicht umlagefähig.

Nimmt der Vermieter bei den Kosten des Hauswarts einen pauschalen Abzug der o. g. nicht umlagefähigen Kosten vor, genügt ein schlichtes Bestreiten des Mieters. Dem Vermieter obliegt es nunmehr, die Kosten der umlagefähigen Hauswartstätigkeit einerseits und die nicht umlagefähigen Kosten andererseits nachvollziehbar aufzuschlüsseln, sodass die nicht umlagefähigen Kosten herausgerechnet werden können. Die Darlegungs- und Beweislast trifft den Vermieter.

Entscheidend ist der tatsächliche Zeitaufwand des Hauswarts für die jeweiligen Arbeiten. Die Leistungsbeschreibung im Vertrag des Vermieters mit dem Hauswart ist lediglich ein Indiz für den Umfang der nicht umlagefähigen Kosten.

### 7. Kein Zuschlag zur Miete bei unwirksamer Schönheitsreparaturklausel

In einem vom Bundesgerichtshof (BGH) zu entscheidenden Fall enthielt ein Formularmietvertrag eine Klausel, die den Mieter verpflichtet, die Schönheitsreparaturen „regelmäßig“ innerhalb bestimmter Fristen auszuführen. Nach der Rechtsprechung des BGH sind Schönheitsreparaturklauseln jedoch unwirksam, wenn sie dem Mieter eine Renovierungspflicht nach einem starren Fristenplan ohne Rücksicht auf den Zustand der Wohnung auferlegen.

Der Vermieter hielt die Klausel nach dieser Rechtsprechung für unwirksam und bot dem Mieter daraufhin den Abschluss einer Ergänzungsvereinbarung an, mit der die Verpflichtung zur Vornahme der Schönheitsreparaturen durch den Mieter anderweitig geregelt werden sollte. Da der Mieter damit nicht einverstanden war, verlangte der Vermieter die Zustimmung zur Erhöhung der Miete um einen Zuschlag zur ortsüblichen Vergleichsmiete für die von ihm als Vermieter zu erbringenden Schönheitsreparaturen.

Hier hat der BGH entschieden, dass der Vermieter nicht berechtigt ist, einen Zuschlag zur ortsüblichen Miete zu verlangen, wenn der Mietvertrag eine unwirksame Klausel zur Übertragung der Schönheitsreparaturen enthält. Der Vermieter kann lediglich die Zustimmung zur Erhöhung der Miete bis zur ortsüblichen Vergleichsmiete verlangen. Einen darüber hinausgehenden Zuschlag sieht das Gesetz nicht vor. Er ließe sich auch nicht mit dem vom Gesetzgeber vorgesehenen System der Vergleichsmiete in Einklang bringen. Insoweit bilden die jeweiligen Marktverhältnisse den Maßstab für die Berechtigung einer Mieterhöhung.

### 8. Geltungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes in Kleinbetrieben

Ordentliche Kündigungen in Kleinbetrieben bedürfen keiner sozialen Rechtfertigung. Kleinbetriebe sind u. a. solche, die in der Regel zehn oder weniger Arbeitnehmer beschäftigen. Will

ein Arbeitnehmer im Prozess geltend machen, dass eine ordentliche Kündigung sozial ungerechtfertigt und deshalb unwirksam ist, so muss er darlegen und beweisen, dass die erforderliche Beschäftigtenzahl (zzt. mehr als zehn Arbeitnehmer) erreicht ist.

Der Arbeitnehmer genügt seiner Darlegungslast bereits dann, wenn er die ihm bekannten Anhaltspunkte dafür vorträgt, dass kein Kleinbetrieb vorliegt. Der Arbeitgeber muss sich daraufhin vollständig zur Anzahl der Beschäftigten erklären. Bleibt auch nach Beweiserhebung unklar, ob die für den Kündigungsschutz erforderliche Beschäftigtenzahl erreicht ist, geht dieser Zweifel zulasten des Arbeitnehmers.

### 9. Betriebsrisiko in einem witterungs-abhängigen Unternehmen

In einem Fall aus der betrieblichen Praxis war ein Arbeitnehmer als Lkw-Fahrer bei einem Zement- und Baustoffhandel beschäftigt. Gemäß dem Arbeitsvertrag sollte ein Festlohn von 1.300 Euro monatlich für die Zeit von März bis November eines jeden Jahres gezahlt werden. Für die übrigen Monate war nur die Auszahlung von zuvor „aufgesparter“ Vergütung vorgesehen. Der Arbeitnehmer lieferte den von ihm gefahrenen Firmen-Lkw Ende November bei seinem Arbeitgeber ab. Das Fahrzeug wurde abgemeldet und der Arbeitnehmer mit dem Hinweis nach Hause geschickt, die Arbeit werde bei Bedarf, spätestens am 1.3., wieder abgerufen. Der Arbeitgeber beruft sich für dieses Vorgehen darauf, dass der Betrieb im Winter witterungsbedingt regelmäßig zum Stillstand komme.

Die Richter des Bundesarbeitsgerichts haben in ihrem Urteil vom 9.7.2008 dem Arbeitnehmer die Vergütung von monatlich 1.300 Euro auch für die Zeit von Dezember bis Februar zugesprochen. Das Arbeitsverhältnis war weder zum 30.11. befristet noch hatten die Parteien ein Ruhen der beiderseitigen Hauptpflichten vereinbart. Die Voraussetzungen für eine wirksame Vereinbarung von Abrufarbeit lagen nicht vor.

So kann nach den Regelungen des Bürgerlichen Gesetzbuches der Arbeitnehmer die vereinbarte Vergütung auch dann verlangen, wenn die Arbeit ausfällt und der Arbeitgeber das Risiko des Arbeitsausfalls trägt. Zur Nachleistung der Arbeit ist der Arbeitnehmer nicht verpflichtet. Er muss sich jedoch anrechnen

lassen, was er in dieser Zeit anderweitig verdient oder zu verdienen vorsätzlich unterlässt oder wegen des Arbeitsausfalls an Unkosten einspart. Diese gesetzliche Regelung ist auch in dem vorliegenden Fall nicht wirksam im Arbeitsvertrag abbedungen worden.

### 10. Energieausweis für Altbauten – Wahlrecht noch bis 30.9.2008

Im August 2007 wurde bereits darüber berichtet, dass Eigentümer und Vermieter bei einem Verkauf oder einer beabsichtigten Vermietung ihrer Immobilie einen Energieausweis vorlegen müssen. Das gilt für alle Häuser, die bis 1965 fertiggestellt wurden. Für später gebaute Häuser muss der Energieausweis erst ab dem 1.1.2009 präsentiert werden.

**Bis zum 30.9.2008** hat ein großer Teil der Immobilieneigentümer **noch die Wahl zwischen dem Bedarfs- und dem Verbrauchsausweis**. Dabei ist zu beachten, dass der Verbrauchsausweis zwar günstiger aber auch weniger aussagekräftig ist. Ab dem 1.10.2008 müssen für Wohngebäude mit bis zu vier Wohneinheiten und Bauantrag vor dem 1.11.1977 auf den Energiebedarf basierende Energieausweise ausgestellt werden.

#### Kurz notiert

**Kündigung der Ehefrau im Kleinbetrieb:** Es verstößt nach einem Urteil des Landesarbeitsgerichts Berlin vom 9.5.2008 nicht gegen Treu und Glauben, wenn im Kleinbetrieb der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis zu seiner Ehefrau vor dem Hintergrund eines laufenden Scheidungsverfahrens kündigt.

**Außerordentliche Kündigung wegen anderweitiger Erwerbstätigkeit während der Arbeitsunfähigkeit:** Eine außerordentliche Kündigung kann gerechtfertigt sein, wenn ein Arbeitnehmer, während er krankgeschrieben ist, einer anderweitigen Arbeit nachgeht.

Die anderweitige Tätigkeit kann ein Hinweis darauf sein, dass der Arbeitnehmer die Krankheit nur vorgespiegelt hat. Ebenso kann in solchen Fällen eine pflichtwidrige Verzögerung der Heilung vorliegen.

Basiszinssatz: (§ 247 Abs. 1 BGB)	<b>seit 1.7.2008 = 3,19 %</b> Ältere Basiszinssätze finden Sie im Internet unter: <a href="http://www.bundesbank.de/presse/presse_zinssaetze.php">http://www.bundesbank.de/presse/presse_zinssaetze.php</a>	1.1. – 30.6.2008 = 3,32 %	1.7. – 31.12.2007 = 3,19 %
Verzugszinssatz: (§ 288 BGB) (seit 01.01.2002)	Rechtsgeschäfte mit Verbrauchern: Rechtsgeschäfte mit Nichtverbrauchern:	Basiszinssatz + 5 %-Punkte Basiszinssatz + 8 %-Punkte	
Verbraucherpreisindex: 2005 = 100	<b>2008:</b> Juni = 107,0; Mai = 106,7; April = 106,1; März = 106,3; Februar = 105,8; Januar = 105,3 Ältere Verbraucherpreisindizes finden Sie im Internet unter: <a href="http://www.destatis.de">http://www.destatis.de</a> – Wirtschaft aktuell – Preisindizes		
Eventuelle Änderungen der Daten, die nach Ausarbeitung dieses Informationsschreibens erfolgen, können erst in der nächsten Ausgabe berücksichtigt werden!			
<b>Trotz gewissenhafter Bearbeitung aller Beiträge kann eine Haftung für deren Inhalt nicht übernommen werden.</b>			