

## Zeitschrift für aktuelle Rechtsprechungsanalyse

Redaktion Zivilrecht:  
RA Soltner

Redaktion Öffentliches Recht:  
RA Dr. Kues

Redaktion Strafrecht,  
Arbeitsrecht, Handelsrecht,  
Gesellschaftsrecht:  
Assessor Dr. Schweinberger

### Inhaltsverzeichnis:

#### Zivilrecht

AG Wiesbaden, 91 C 3017/21 – Corona: Absage einer Hochzeitsfeier = Unmöglichkeit?	S. 5
AG München, 112 C 10509/20 – Mangelhafte Möbel: Käufer hat Mitwirkungspflichten bei Mangelbeseitigung	S. 7

#### Arbeitsrecht

LAG Köln, 4 Sa 548/21 – Wirksame Kündigung eines „Low Performers“	S. 8
LAG Frankfurt, 5 SaGa 728/22 – Keine Pflicht, ungeimpftes Pflegepersonal in Seniorenheim zu beschäftigen	S. 9
BAG, 8 AZR 14/22 – Zur Frage der Pfändbarkeit einer Corona-Sonderzahlung	S. 11
LAG Nürnberg, 4 Ta 204/22 – Streitwert einer Klage auf Zustimmung zu Aufhebungsvertrag mit Abfindung	S. 12

#### Marken- und Wettbewerbsrecht

LG Düsseldorf, 38 O 91/21 – Spielzeughändler muss Vertrieb von „LEGO-ähnlichen“ Minifiguren unterlassen	S. 13
OLG Nürnberg, 3 U 29/22 – Discounter-Prospekt: Hinweis auf begrenzte Bevorratung nicht grdsl. unlauter	S. 14
OLG Köln, 8 U 8/22 – Werbung mit sehr gutem Teilergebnis bei mangelhaftem Gesamtergebnis kann ausnahmsweise zulässig sein	S. 15

**Examens-Termin August `22 1. Ex.  
NRW, Hessen, RP, Thür., S-Anh:  
Wieder 2 „Treffer“ im ZR aus der „RA“!  
Die „RA“ von Jura Intensiv: Ihr unverzichtbarer Begleiter.  
Näheres zum genannten Prüfungstermin auf S. 9.**

### Unsere Werbepartner in dieser Ausgabe:

- **ASHURST**  
Die Kanzlei Ashurst sucht Referendare (m/w/d) für die Stationen des Referendariats (Anzeige auf S. 2).
- **KIRKLAND & ELLIS**  
Die Kanzlei Kirkland & Ellis sucht Referendare oder Berufseinsteiger (m/w/d) (Anzeige auf S. 3).
- **BRETTSCHEIDER**  
Die Kanzlei Brettschneider berät bei Examensanfechtungen (Anzeige auf S. 10).



# JuCon Personalberatung

Dr. Dirk Kues, Dr. Dirk Schweinberger, Oliver Soltner GbR

## IN EIGENER SACHE:

Liebe (ehemalige) Teilnehmerinnen und Teilnehmer von Jura Intensiv,

die vorliegende Ausgabe der ZARA beschäftigt sich ausschließlich mit Entscheidungen aus dem – erweiterten – Bereich des Zivilrechts. Besonders hervorzuheben ist erste Entscheidung zur corona-bedingten Absage einer Hochzeitsfeier.

Wir arbeiten weiter intensiv daran, Ihnen in der ZARA nicht nur aktuelle Rechtsprechung aufzubereiten, sondern Ihnen über Netzwerk und Werbekunden berufliche Perspektiven aufzuzeigen. Beachten Sie in diesem Zusammenhang in der vorliegenden Ausgabe die Anzeigen der Kanzleien [Ashurst](#) und [Kirkland](#).

Sollten Sie selbst an der Platzierung einer Anzeige in der ZARA interessiert sein, finden Sie im Impressum die notwendigen Kontaktdaten unter denen Sie von uns weitere Informationen erhalten.

Über die ZARA hinaus will die JuCon GbR Arbeitgeber und Bewerber zusammenführen. Sprechen Sie uns an, wenn Sie an unseren Diensten interessiert sind. Dr. Schweinberger steht Ihnen unter [info@JuCon-online.net](mailto:info@JuCon-online.net) zur Verfügung.

Wir wünschen Ihnen viel Lernerfolg bei der Lektüre der aktuellen ZARA.

Herzlich

Dr. Dirk Schweinberger  
Dr. Dirk Kues  
Oliver Soltner

---

### ZARA – Zeitschrift für aktuelle Rechtsprechungsauswertung

**Redaktion:** RA Dr. Dirk Kues (Öffentliches Recht), Assessor Dr. Dirk Schweinberger (Strafrecht, Arbeits-, Handels- und Gesellschaftsrecht), RA Oliver Soltner (Zivilrecht)

**Anzeigen:** JuCon Personalberatung; E-Mail: [info@JuCon-online.net](mailto:info@JuCon-online.net)

**Herausgegeben** von der JuCon Personalberatung, Dr. Kues, Dr. Schweinberger, Soltner GbR, Am Kreuzberg 9, 63776 Mömbris; Raiffeisenbank Aschaffenburg eG, Kto.-Nr. 32 59 420, BLZ 795 625 14

**Erscheinungsweise:** Monatlich.

**Internet:** [www.JuCon-online.org](http://www.JuCon-online.org)

---

### Datenschutzinformation:

Wir sind daran interessiert, die Kundenbeziehung mit Ihnen zu pflegen und Ihnen (weiterhin) Newsletter, Informationen und Angebote zukommen zu lassen. Deshalb verarbeiten wir Ihre Daten auf Grundlage von Artikel 6 Abs.1 lit. f) der Europäischen Datenschutz-Grundverordnung (auch mit Hilfe von sorgsam ausgewählten und verpflichteten Auftragsverarbeitern), um Ihnen Newsletter, Informationen und Angebote von uns und anderen Unternehmen zuzusenden. Wenn Sie dies nicht wünschen, können Sie jederzeit bei uns der Verwendung Ihrer Daten für Werbezwecke widersprechen, ohne dass hierfür andere als die Übermittlungskosten nach den Basistarifen entstehen.

Sie können Ihren Widerspruch per E-Mail senden an: [info@JuCon-online.net](mailto:info@JuCon-online.net)



ashurst

# make the difference

to your career, clients and community

START YOUR CAREER IN LAW

## Make the difference with Ashurst

**Starten Sie durch und beginnen Sie Ihre Karriere bei Ashurst in Frankfurt oder München als Berufseinsteiger, wissenschaftlicher Mitarbeiter, Referendar oder Praktikant (m/w/d).**

Wir bieten Ihnen die Möglichkeit, an anspruchsvollen und spannenden Mandaten in einem wahrlich internationalen Netzwerk zu arbeiten. Es erwartet Sie ein Umfeld, in dem Sie früh Verantwortung übernehmen können, das Ihnen Freiraum für Gestaltungsmöglichkeiten lässt und Perspektiven eröffnet. Durch unser strukturiertes und umfangreiches Ausbildungsangebot können Sie sich fortwährend fachlich und persönlich weiterentwickeln.

Haben wir Ihr Interesse geweckt? Weitere Informationen finden Sie auf [careers.ashurst.com](https://careers.ashurst.com)

Ashurst LLP / Tina Ludwig  
Senior HR Officer / T +49 (0)69 97 11 27 01  
[recruitment.germany@ashurst.com](mailto:recruitment.germany@ashurst.com)

Connect with us on



PRIVATE EQUITY  
M&A  
CORPORATE  
CAPITAL MARKETS  
RESTRUCTURING  
FINANCE  
TAX

AUSTIN  
BAY AREA  
BEIJING  
BOSTON  
BRUSSELS  
CHICAGO  
DALLAS  
HONG KONG  
HOUSTON  
LONDON  
LOS ANGELES  
MUNICH  
NEW YORK  
PARIS  
SALT LAKE CITY  
SHANGHAI  
WASHINGTON, D.C.

Bist Du Kirkland?  
Bist Du Ellis?

Oder bist Du beides?

Wo kannst Du am besten Du selbst sein:  
in einer dynamischen Boutique oder in dem  
globalen Powerhouse einer amerikanischen  
Top-5-Wirtschaftskanzlei?

Bei uns in München bist Du Teil eines kleinen Teams  
mit hoch qualifizierten Anwäl:tinnen, das auf Cross-  
Border-Transaktionen eng mit unseren Kolleg:innen  
in den USA, Asien und Europa zusammenarbeitet.

Wenn Du also auf das Wellenreiten im Eisbach so  
viel Lust hast wie auf die Big Wave vor Hawaii, dann  
ist Kirkland & Ellis genau das Richtige für Dich:

Weitere Infos zu uns findest Du auf  
[karriere.kirkland.com](http://karriere.kirkland.com)

Zeige Deinen

**K&E** rakter

[www.karriere.kirkland.com](http://www.karriere.kirkland.com)

**KIRKLAND & ELLIS**

## Die nächsten Kurse von *Jura Intensiv*:

### **Examenskurse (Präsenz):**

**Wir bereiten Sie in der Präsenz & online auf das Examen vor!**

**Frankfurt, Gießen, Marburg, Mainz: 20.02.23** (danach wieder Mitte August 23)

**Heidelberg: Neuer Kurs seit 3. Oktober `22** (danach wieder April `23)

### **Online-Examenskurse (Online-Schulungen):**

**Damit ist die Teilnahme an unseren Kursen ohne Anreise-Probleme und ohne Gesundheitsgefahren für jeden möglich!**

**Hessen, Rheinland-Pfalz (Mainz, Trier) und Baden-Württ. (HD, Mannheim, Konstanz, Freiburg, Tübingen): 20.02.23** (danach wieder Mitte August 23)

### **Online-Wiederholungs- und Vertiefungs-Kurs (WuV-Kurs):**

**Für Hessen, Rheinland-Pfalz und BaWü: Ab 19. September 2022**

**Teilnahme an einem Examenskurs (oder einem Uni-Rep) wird vorausgesetzt!**

**Kompakte Wdhlg. & Vert. für die 1. Prüfung in 16 Terminen pro Kursschiene.**

**Es gibt viele gute WuV-Gründe! Näheres auf der HP von JI.**

### **Assessorkurse (Einstieg noch möglich!):**

#### **Assessorkurse (Präsenz):**

**Frankfurt: ZR & SR: Beginn 27. September `22** (danach wieder ab Ende März. `23)

**Frankfurt: Öffentliches Recht** beginnt im Februar, Mai, August, November

#### **Online-Assessorkurse (Online-Schulungen):**

**Damit ist die Teilnahme an unseren Kursen ohne Anreise-Probleme und ohne Gesundheitsgefahren für jeden möglich!**

**Hessen, RP, BW: ZR & SR** (online separat buchbar; ZR 6 Monate, SR 3 Monate)

**Beginn ZR 4. Okt. `22** (SR Jan.-März o. Juli-Sept.; ZR wieder April `23)

**Hessen, RP: Öff. Recht** Beginn Mai und November (3 Monate; getrennte Kurse)

**BW: Öff. Recht 2 Crash-WE** im Frühjahr (1 x jährlich; u.U. in Präsenz in HD)

**Arbeits- und WirtschaftsR (Hessen u.a.) Ab 16. September `22!!**

**Assex-Crash (Klausurtechnik, Formalien, Prozessrecht)**

**Nächster vollständiger Kurs ab Oktober `22** (übernächster ab März `23)





Gericht: AG Wiesbaden  
Aktenzeichen: 91 C 3017/21  
Datum: 26.07.2022

## Corona: Absage einer Hochzeitsfeier = Unmöglichkeit?

BGB  
§ 275

**LEITSATZ:** Die wegen der gesetzlichen Beschränkungen im Rahmen der Covid-19-Pandemie erforderliche Absage einer Hochzeitsfeier mit vereinbarter Bewirtung führt nur dann zu einer Unmöglichkeit der Leistung gem. § 275 BGB, wenn die Hochzeitsfeier nicht nachgeholt werden kann. Bei Nachholbarkeit hat grundsätzlich gem. § 313 I BGB eine Vertragsanpassung, insbesondere durch Verlegung des Termins, stattzufinden.

### SACHVERHALT

Die Beklagte ist Betreiberin einer Hochzeits- und Event Location in Wiesbaden. Die Kläger verlangten die Rückzahlung einer geleisteten Anzahlung für eine geplante Hochzeitsfeier. Die Parteien hatten ein Sommer-Hochzeitsarrangement mit über 100 Gästen für den 4.7.2020 vereinbart. Die Kläger leisteten eine Anzahlung i.H.v. 933 €. Aufgrund der durch die Corona-Pandemie veranlassten Infektionsschutzverordnungen des Landes Hessen wurde zwischen den Parteien vereinbart, den Termin für die Hochzeitsfeier zu verschieben. Man einigte sich auf den 14.5.2021, einem Freitag.

Aufgrund der am 23.4.2021 gesetzlich beschlossenen Regelung des § 28b I 1 Nr. 7 IfSG a.F. (sog. Bundesnotbremse), an dem für die Hochzeit geplanten Termin anwendbar war, war die Öffnung von Gaststätten und anderen Betrieben, in denen Speisen zum Verkehr vor Ort angeboten wurden, verboten. Die geplante Hochzeitsfeier konnte deshalb auch am 14.5.2021 nicht stattfinden.

Infolgedessen forderten die Kläger die Beklagte am 13.3.2021 auf, die geleistete Anzahlung zurückzuzahlen. Dies lehnte die Beklagte ab und wies darauf hin, dass eine einseitige Kündigung die Kläger schadensersatzpflichtig mache. Aufgrund dessen verhandelten die Parteien über einen neuen Termin im Jahr 2022. Mit Schreiben des Klägers vom 27.5.2021 teilte der Anwalt der Kläger unter Berufung auf eine Unmöglichkeit der Durchführung der Hochzeitsfeier am 14.5.2021 mit, dass eine nochmalige Verschiebung für die Kläger nicht infrage komme.

Die Kläger behaupteten, ihnen sei die Durchführung der Hochzeitsfeier an einem Samstag sehr wichtig gewesen, da viele in Italien lebende Verwandte zur Hochzeit hätten eingeladen werden sollen, was an einem Wochenende einfacher sei. Auf den geänderten Termin am 14.5.2021, einem Freitag, hätten sie sich deshalb schon nur ungern und auf Druck der Beklagten eingelassen. Zu Verhandlungen über einen erneuten Termin im Jahr 2022 hätten sie sich ebenfalls nur aufgrund der Drohung der Beklagten mit einem Schadensersatzanspruch von 60 % der Vergütung eingelassen. Da dieser Termin wiederum an einem Freitag gelegen habe und zudem im April, in der Nebensaison, sei dies eine massive Einschränkung der Wünsche der Kläger gewesen. Sie forderten die geleistete Anzahlung von der Beklagten zurück, was diese erneut ablehnte.

Das AG hat die Zahlungsklage abgewiesen.

### LÖSUNG

Den Klägern steht gegen die Beklagte kein Anspruch auf Rückzahlung der geleisteten Anzahlung gem. §§ 326 IV, 346, 348 BGB zu. Entgegen der Ansicht der Kläger ist der Beklagten die Leistung, nämlich die Durchführung der Hochzeitsfeier in Ihren Räumlichkeiten nicht unmöglich geworden im Sinne des § 275 BGB.

Zwar ist davon auszugehen, dass die Parteien aufgrund der am 4.7.2020 gültigen Corona-Schutzverordnung die Hochzeitsfeier nicht wie geplant durchführen konnten. So war die Teilnehmerzahl u.a. auf 100 Personen begrenzt, während der Vertrag vom 25.10.2019 potentiell eine Veranstaltung mit über 100 Personen vorgesehen hätte. Dass möglicherweise die Kläger letztlich mit einer geringeren Anzahl von Personen gefeiert hätten, steht dem nicht entgegen, da sie üblicherweise die genaue Anzahl der zu erwartenden Personen angesichts des Vorlaufs noch gar nicht abschätzen konnten. Zudem ist auch nicht ersichtlich, dass es der Beklagten möglich gewesen wäre, für eine große Anzahl von Personen die geltenden Mindestabstände von 1,5 m sowie Hygienemaßnahmen einzuhalten. Davon abgesehen wäre ein Tanzen der Gäste, wie dies bei Hochzeitsfeiern üblich ist, untersagt gewesen.

Da die Beklagte nicht nur verpflichtet war, die für die Feier notwendigen Räume zur Verfügung zu stellen, sondern sich auch zur Bewirtung der Gäste verpflichtet hatte, war es ihr somit unmöglich, zu dem geplanten Zeitpunkt ihre Leistungen zu erbringen. Doch führte dies nicht zu einer endgültigen Unmöglichkeit der geschuldeten Leistung. Dies wäre nämlich nur dann der Fall, wenn es sich bei der Ausrichtung der Hochzeitsfeier um ein absolutes Fixgeschäft gehandelt hätte.

Zwar kann eine Hochzeitsfeier ein absolutes Fixgeschäft darstellen, nämlich wenn eine spätere Ausrichtung für die Brautleute keinen Sinn mehr macht, z.B. weil der Termin mit konkreten anderen Ereignissen verknüpft ist. Dies wäre etwa dann der Fall, wenn die Hochzeit nach der Vorstellung der Brautleute in engem zeitlichem Zusammenhang mit der standesamtlichen Trauung gefeiert werden sollte und letztere bereits stattgefunden hätte. Dies war hier jedoch nicht der Fall. Denn die Kläger sind nach wie vor nicht verheiratet und haben nach wie vor die Absicht, im Rahmen einer Hochzeitsfeier sich gleichzeitig standesamtlich trauen zu lassen. Unter diesen Umständen ist von einer Nachholbarkeit der Leistung auszugehen und damit nicht von einer Unmöglichkeit.

Bei Nachholbarkeit hat grundsätzlich gem. § 313 I BGB eine Vertragsanpassung, insbesondere durch Verlegung des Termins, stattzufinden. Falls eine Verlegung trotz Zumutbarkeit von dem Brautpaar abgelehnt wird, besteht kein Anspruch auf Rückzahlung einer Anzahlung i.H.v. 10 % der erwarteten Vergütung, die deutlich unter den zu erwartenden ersparten Aufwendungen im Sinne des § 648 BGB liegt.

**Assex-Crash-Kurs KLAUSURTECHNIK – Online !!  
(Klausurtechnik, Formalien, Prozessrecht)**

**Zielgruppe: Referendare, die vor den Klausuren stehen.**

**Der „letzte Schliff“ vor den Klausuren.**

**Was schreibe ich wann wo und wie?**

**Punkten Sie, indem Sie wissen „wie“ man schreibt!**

**Folgende Kurse bieten wir Ihnen – zu fairen Preisen (!) – an:**

**(Die Termine sind natürlich abgestimmt auf den Klausurenkurs!)**

**Anwaltsklausur – 29. Okt. '22 (Dozent: RA Soltner)**

**Öffentliches Recht – 30. Okt. '22 (Dozent: RiVG Dr. Schäfer)**

**Z I und II – 12. und 13. Nov. '22 (Dozent: RiLG Dr. Schnurr)**

**S I – Anklageschrift – 26. Nov. '22 (Dozent: RiLG Dr. Helmrich)**

**S II – Strafurteil – 10. Dez. '22 (Dozent: RiLG Dr. Schnurr)**

**S II – StPO (akt. Rspr.) – 10. Dez. '22 (Dozent: StA Brieden)**

**Jeweils 9.30-12.30 und 13.30-16.30 Uhr (plus Erholungs-Pausen)**

**Für ehemalige Teilnehmer: Komplett-Kurs nur 375 € (sonst 410 €)!**

**2-Tages-Kurs (ZPO) für Ehemalige nur 110 € (sonst 120 €)!**

**1-Tages-Kurse für Ehemalige nur 55 € (sonst 60 €)!**

**Übernächster Assex-Crash-Kurs ab April 2023**



Gericht: AG München  
Aktenzeichen: 112 C 10509/20  
Datum: 26.07.2022

## Mangelhafte Möbel: Käufer hat Mitwirkungspflichten bei Mangelbeseitigung

BGB  
§ 439

**LEITSATZ: Übt der Käufer mangelhafter Möbel sein Wahlrecht gem. § 439 BGB dahingehend aus, dass er die Lieferung neuer mangelfreier Sachen verlangt und lässt er in der Folge an mehreren Terminen, an denen der Verkäufer neue Möbel liefern will, dessen Mitarbeiter nicht in seine Wohnung, so verletzt er seine Mitwirkungspflichten im Rahmen der Nacherfüllung, § 439 Abs. 5 BGB. Die Verpflichtung, dem Verkäufer Gelegenheit zur Nacherfüllung zu geben, umfasst auch die Bereitschaft des Käufers, dem Verkäufer die Kaufsache zur Überprüfung der erhobenen Mängelrügen zur Verfügung zu stellen.**

### SACHVERHALT

Die Beklagte kaufte in einem großen Möbelhaus der Klägerin verschiedene Einrichtungsgegenstände, u.a. ein Bett und einen Schrank, zu einem Gesamtpreis von rd. 1.800 €. Die Beklagte zahlte etwa die Hälfte des Kaufpreises an, der Rest sollte bei Warenerhalt fällig werden. Anfang Mai 2019 wurden die Waren geliefert und durch Monteure der Beklagten aufgebaut. Dabei stellte die Beklagte fest, dass ein Schrank defekt und das Bett verkratzt und verschmutzt war. Den Restkaufpreis zahlte sie daher nicht, sondern verlangte den Austausch der defekten Möbel.

Die Klägerin wollte Abhilfe schaffen und die beschädigten Möbel gegen neue austauschen. Hierzu schickte sie ihre Monteure noch im Mai 2019 zweimal zu der Käuferin. Als bei einem ersten Termin zur Sprache kam, dass nach erfolgreichem Austausch der Möbel der Restkaufpreis zu zahlen sei, verwies die Beklagte die Monteure vor dem Austausch der Wohnung, weil sie diese unverschämt fand. Bei einem zweiten Termin im Mai stellte die Klägerin der Beklagten einen Gutschein im Wert von 50-100 € in Aussicht, wenn sie einen Austausch der defekten Möbel ermögliche. Trotzdem ließ die Beklagte keine Monteure mehr in die Wohnung. Auch ein dritter Versuch im Februar 2021 scheiterte mangels Zutrittsmöglichkeit zur Wohnung.

Die Klägerin meint, die Beklagte müsse nun auch den Rest des noch ausstehenden Kaufpreises i.H.v. rd. 900 € zahlen. Der Verkäuferin stehe ein Recht auf Mangelbeseitigung zu. Die Nachbesserung sei mehrfach angeboten worden und von der Beklagten ohne nachvollziehbaren Grund verhindert worden. Die Beklagte sei daher im Annahmeverzug und könne den Restkaufpreis nicht mehr zurückhalten. Die Beklagte ist der Ansicht, sie habe keine einwandfreie Ware bekommen und müsse daher auch den Kaufpreis nicht vollständig zahlen. Sie wolle vielmehr die geleistete Anzahlung zurück. An den Möbeln habe sie ohnehin kein Interesse mehr.

Das AG gab der Klage vollumfänglich statt. Das Urteil ist nicht rechtskräftig.

### LÖSUNG

Die Klägerin hat Anspruch auf Zahlung des noch ausstehenden Kaufpreises.

Die gelieferten Möbel waren mangelhaft. Der Schrank war an mehreren Böden gebrochen, das Bett war verschmutzt und am Kopfteil zerrissen. Damit hatten die Beklagte das Recht, nach ihrer Wahl Nacherfüllung oder Lieferung einer mangelfreien Sache zu verlangen, § 439 BGB. Die Beklagte hat ihr Wahlrecht dahingehend ausgeübt, dass sie die Lieferung neuer mangelfreier Sachen verlangte. In der Folge kam es zu drei Terminen, an denen die Klägerin neue Möbel liefern wollte, was die Beklagte jedoch jeweils ablehnte.

Die Beklagte hat damit ihre Mitwirkungspflichten im Rahmen der Nacherfüllung verletzt, § 439 Abs. 5 BGB. Sie ist verpflichtet, dem Verkäufer Gelegenheit zur Nacherfüllung zu geben. Dies beschränkt sich nicht auf eine mündliche oder schriftliche Aufforderung zur Nacherfüllung, sondern umfasst auch die Bereitschaft des Käufers, dem Verkäufer die Kaufsache zur Überprüfung der erhobenen Mängelrügen zur Verfügung zu stellen. Diese nunmehr im Gesetz ausdrücklich normierte Pflicht bestand nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs auch schon vor der eindeutigen Aufnahme in den Wortlaut der Norm und damit auch schon zum hier in Rede stehenden Zeitpunkt im Jahr 2019.

Hier hätte die Klägerin die Erfüllungsgehilfen der Klägerin in die Wohnung lassen müssen, damit diese die Möbel austauschen können. Das Leistungsverweigerungsrecht der Beklagten ist damit nach Treu und Glauben ausgeschlossen.

# ARBEITSRECHT

Gericht: LAG Köln  
Aktenzeichen: 4 Sa 548/21  
Datum: 03.05.2022

## Wirksame Kündigung eines „Low Performers“

KSchG  
§ 1

**LEITSATZ: Wenn ein Arbeitnehmer über einen längeren Zeitraum die Durchschnittsleistung um mehr als 1/3 unterschreitet, kann dies im Einzelfall nach einschlägiger Abmahnung eine verhaltensbedingte ordentliche Kündigung rechtfertigen.**

### SACHVERHALT

Der Arbeitgeber betreibt am Standort Köln ein Großhandelslager im Bereich der Lebensmittellogistik. Der 50-jährige Arbeitnehmer war dort seit 2011 als Kommissionierer beschäftigt. 2018 wurde er vom Frischwarenlager ins Trockensortiment versetzt. Aufgrund einer Betriebsvereinbarung ist für die Kommissionierungstätigkeit eine Basisleistung (100 Prozent) festgelegt, die der Normalleistung entspricht und mit dem Grundlohn vergütet wird. Zusätzlich gibt es eine Leistungsprämie für die Übernahme einer höheren Menge an kommissionierten Packstücken. Seit seinem Wechsel erreichte der Arbeitnehmer in keinem Monat die Basisleistung. Nach zwei Abmahnungen kündigte ihm der Arbeitgeber ordentlich zu September 2020. Der Arbeitnehmer wehrte sich vor Gericht gegen diese Kündigung.

Die erste Abmahnung erfolgte wegen „bewusster Zurückhaltung der ihm zur Verfügung stehenden Arbeitskraft und Arbeit“. Bereits in einer zweiten Abmahnung warf er ihm vor, lediglich eine Leistung von 72,47 Prozent der Basisleistung zu erbringen, während die vergleichbare Mitarbeitergruppe durchschnittlich 117,95 Prozent leiste. Im Kündigungsprozess legte der Arbeitgeber die Schlechtleistung des Mitarbeiters dann dar, indem er Ausdrucke der Aufzeichnungen aus dem Warenwirtschaftssystem vorlegte. Diese dokumentierten die Kommissionierleistung des „Low Performers“ im Vergleich zu der Leistung von rund 150 vergleichbaren Kommissionierern. Alle Mitarbeitenden der Vergleichsgruppe sind im Trockensortiment eingesetzt. Der Arbeitnehmer machte geltend, dass seine Aufträge in der Regel erheblich zeitaufwendiger in ihrer Erledigung gewesen seien als die durchschnittlichen Aufträge der Kommissionierer mit erheblich höheren Leistungswerten.

### LÖSUNG

Die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses wegen dauerhafter „Minderleistungen“ ist an hohe Anforderungen geknüpft. Denn der Arbeitnehmer muss keine objektive Durchschnittsleistung (§ 243 I BGB), sondern eine seinem subjektiven Vermögen entsprechende Arbeitsleistung erbringen. Die individuelle Leistungsfähigkeit aber kann - z.B. durch Krankheit oder Behinderung – deutlich unter dem Durchschnitt liegen. Die Darlegung und der Beweis dafür, dass ein Arbeitnehmer aus bloßer „Lustlosigkeit“ weniger leistet, als er könnte, ist grundsätzlich schwer zu führen.

Dennoch hielt das LAG Köln die Kündigung für gerechtfertigt. Der Arbeitgeber genüge seiner Darlegungslast, wenn er Tatsachen vortrage, aus denen ersichtlich sei, dass die Leistungen des betreffenden Arbeitnehmers deutlich hinter denen vergleichbarer Arbeitnehmer zurückbleiben. Davon sei auszugehen, wenn die Leistung des Arbeitnehmers die Durchschnittsleistung langfristig und erheblich – nach BAG-Rechtsprechung um 1/3 – unterschreite. Dies habe der Arbeitgeber vorliegend erfolgreich dargelegt.

Nach Auffassung des LAG Köln sei es dann Sache des Arbeitnehmers, die Aussagekraft der dokumentierten Zahlen zu widerlegen oder darzulegen, warum er mit seiner deutlich unterdurchschnittlichen Leistung dennoch seine persönliche Leistungsfähigkeit ausschöpfe. Hier könnten altersbedingte Leistungsdefizite, Beeinträchtigungen durch Krankheit, aber auch betriebliche Umstände eine Rolle spielen. Die pauschale Angabe des Arbeitnehmers, er sei systematisch benachteiligt worden, überzeugte das Gericht jedoch nicht. Ebenso wenig sei es ihm gelungen darzulegen, warum er mit seiner unterdurchschnittlichen Leistung dennoch seine persönliche Leistungsfähigkeit ausschöpft.

**Jura Intensiv auf Instagram**

**Folge uns auf Instagram:**

**Examensreports, Kurstagebuch, Karteikarte des Tages,  
aktuelle Rechtsprechung und aktuelle Infos zu unseren Kursen**

Gericht: LAG Frankfurt a.M.  
Aktenzeichen: 5 SaGa 728/22  
Datum: 11.08.2022

**Keine Pflicht, nicht geimpftes Pflegepersonal in  
Seniorenheim zu beschäftigen**

BGB  
§ 242

**LEITSATZ:** Das schützenswerte Interesse der Bewohnerinnen und Bewohner des Seniorenheims, vor einer Gefährdung ihrer Gesundheit und ihres Lebens bewahrt zu werden, überwiegt das Interesse der Pflegekräfte, ihre Tätigkeit ausüben zu können.

**SACHVERHALT**

Die Kläger haben sich nicht gegen SARS-CoV-2 impfen lassen. Die Betreiberin des Seniorenheims hat ihre Pflegekräfte seit 16.3.2022 freigestellt. Dies begründete sie mit der seit 15.3.2022 bestehenden Pflicht nach § 20a Infektionsschutzgesetz (IfG), wonach Personen, die in Einrichtungen zur Unterbringung älterer, behinderter oder pflegebedürftiger Menschen arbeiten, über einen Impfnachweis oder z.B. einen Genesenennachweis verfügen müssen. Hiergegen hatten die Kläger in Eilverfahren vor dem ArbG geklagt.

Das ArbG hatte die Anträge abgewiesen. Das LAG als Berufungsgericht hat diese Urteile bestätigt. Die Entscheidungen des LAG sind rechtskräftig. Eine Revision zum BAG ist in Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes nicht möglich.

**LÖSUNG**

Nach BAG und h.M. hat der Arbeitnehmer gegen den Arbeitgeber einen Anspruch auf 305 Beschäftigung. Dieser Anspruch wird hergeleitet aus §§ 611a I 1, 613 i.V.m. 242 BGB, wobei § 242 BGB durch Art. 1 I und 2 I GG auszufüllen sei (Ausstrahlungswirkung der Grundrechte in das Zivilrecht über die Generalklauseln). Der Arbeitnehmer ist demnach während des Bestehens eines Arbeitsvertrags im Hinblick auf den Persönlichkeitsschutz der Art. 1 I und 2 I GG zu beschäftigen. Eine Freistellung von der Arbeit unter Fortzahlung des Entgelts ist also ohne Zustimmung des Arbeitnehmers nur vorübergehend und bei besonders schutzwürdigem Interesse des Arbeitgebers zulässig

Die Arbeitnehmer haben keinen Anspruch darauf, in ihrem Arbeitsverhältnis beschäftigt zu werden. Der erforderliche Impfnachweis wirkt wie eine berufliche Tätigkeitsvoraussetzung. Bei der Abwägung der Interessen hat die Arbeitgeberin die Arbeitnehmer freistellen dürfen. Das schützenswerte Interesse der Bewohnerinnen und Bewohner des Seniorenheims, vor einer Gefährdung ihrer Gesundheit und ihres Lebens bewahrt zu werden, überwiegt das Interesse der Pflegekräfte, ihre Tätigkeit ausüben zu können.

**Die „RA“ – die Ausbildungszeitschrift von Jura Intensiv:**

**\* Top-aktuelle Rechtsprechung \* zig Examenstreffer \* unentbehrlich bis zum 2. Examen \***

**Z.B. Termin Aug. `22 1. Ex. NRW, Hessen, RP, Thür., S-Anh:  
2 Treffer aus der RA !!!**

Die Z II Klausur bestand aus zwei Sachverhalten, welche keinen rechtlichen Bezug zueinander hatten. Der erste Teil behandelte das Problem des „weiterfressenden Mangels“ im Werkvertragsrecht. Der Sachverhalt beruhte auf der Entscheidung des BGH, VI ZR 21/20, welches ausführlich in der RA 05/2021, 235 ff. besprochen wurde. Sie wurde im Editorial derselben Ausgabe als typische Vorlage für Examensklausuren und damit als Examenstipp genannt.

Der zweite Teil beruhte auf zwei Urteilen zum selben Sachverhalt, nämlich der Haftung eines Tennisspielers, der innerhalb einer Spielsituation einen Schaden am gemieteten Tennisplatz verursacht. Das OLG Celle, 5 U 123/20 = RA 08/2021, 397, hatte eine Haftung verneint, der BGH, VII ZR 46/21 = RA 04/2022, 182 ff., die Haftung bejaht.

**Ohne Ausbildungszeitschrift geht nicht!**

**Das Rep ist vorbei. Es folgt die Lernphase bis zu den Klausuren, dann die Lernphase bis zur Mündlichen, dann u.U. Verbesserungsversuch, LL.M. oder Promotion. Danach das Referendariat und auch hier u.U. nochmals Verbesserungsversuch.**

**In der Zwischenzeit sind aktuelle Infos zur Rspr. unabdingbar!**

**Rechtsprechung schreitet voran und entwickelt sich weiter. Zudem passieren immer wieder Fälle, die fast „eins zu eins“ geprüft werden.**



# WIR SCHAUEN IHREN PRÜFERN AUF DIE FINGER!

KOMPETENTE HILFE BEI ALLEN FRAGEN DES PRÜFUNGSRECHTS



Rechtsanwalt **Lars Brettschneider** ist seit vielen Jahren als Repetitor und AG-Leiter im Öffentlichen Recht tätig.

Er und sein Team von Korrektoren kennen daher den Prüfungsstoff und die Probleme der juristischen Staatsexamina aus langjähriger Praxis.

Im Rahmen seiner anwaltlichen Tätigkeit ist er im Prüfungsrecht bundesweit tätig.

*Wir geben Ihnen Recht!*

**Anwalts- und Notarkanzlei  
BRETTSCHEIDER & PARTNER**  
Rechtsanwälte

**WULF BRETTSCHEIDER**  
Rechtsanwalt und Notar a.D.

**LARS BRETTSCHEIDER**  
Rechtsanwalt und Notar  
Fachanwalt für Sozialrecht  
Fachanwalt für Verwaltungsrecht

**CHRISTIAN BRAND**  
Rechtsanwalt



Lange Str. 55 ■ 27232 Sulingen  
Telefon: 04271 2087 ■ Fax: 04271 6408  
e-mail: [info@brettschneider-recht.de](mailto:info@brettschneider-recht.de)  
[www.brettschneider-recht.de](http://www.brettschneider-recht.de)

Gericht: BAG  
Aktenzeichen: 8 AZR 14/22  
Datum: 25.08.2022

## Zur Frage der Pfändbarkeit einer Corona-Sonderzahlung

ZPO  
§ 850a

**LEITSATZ:** Zahlt ein Arbeitgeber, der nicht dem Pflegebereich angehört, freiwillig an seine Beschäftigten eine Corona-Prämie, ist diese Leistung als Erschwerniszulage nach § 850a Nr. 3 ZPO unpfändbar, wenn ihr Zweck in der Kompensation einer tatsächlichen Erschwernis bei der Arbeitsleistung liegt, soweit die Prämie den Rahmen des Üblichen nicht übersteigt.

### SACHVERHALT

Der Beklagte betreibt eine Gaststätte. Er zahlte an seine Beschäftigte (Schuldnerin), die als Küchenhilfe eingestellt war, aber auch als Thekenkraft eingesetzt wurde, im September 2020 neben dem Monatslohn i.H.v. 1.350 € brutto und Sonntagszuschlägen i.H.v. rd. 67 € brutto eine Corona-Prämie i.H.v. 400 €. Über das Vermögen der Schuldnerin war im Jahr 2015 das Insolvenzverfahren eröffnet und die Klägerin zur Insolvenzverwalterin bestellt worden. Für den Monat September 2020 errechnete die Klägerin aus dem Monatslohn sowie der Corona-Prämie als pfändungsrelevanten Nettoverdienst einen Betrag i.H.v. rd. 1.440 € und forderte den Beklagten erfolglos zur Zahlung eines aus ihrer Sicht pfändbaren Betrags i.H.v. rd. 180 € netto auf.

Mit ihrer Klage vertritt die Klägerin weiterhin die Auffassung, dass die vom Beklagten an die Schuldnerin gezahlte Corona-Prämie pfändbar sei. Anders als im Pflegebereich, wo der Gesetzgeber in § 150a Abs. 8 Satz 4 SGB XI ausdrücklich die Unpfändbarkeit der Corona-Prämie bestimmt habe, bestehe für eine Sonderzahlung wie hier keine Regelung über eine Unpfändbarkeit. Der Gesetzgeber habe insoweit lediglich bestimmt, dass die Zahlung bis zu einer Höhe von 1.500 € steuer- und abgabenfrei sei. Die vom Beklagten gezahlte Corona-Prämie sei auch keine nach § 850a Nr. 3 ZPO unpfändbare Erschwerniszulage.

### LÖSUNG

Das LAG hat zutreffend angenommen, dass die Klägerin keinen Anspruch gegen den Beklagten auf Zahlung des von ihr geforderten Betrags hat. Die Corona-Prämie gehört nach § 850a Nr. 3 ZPO nicht zum pfändbaren Einkommen der Schuldnerin. Der Beklagte wollte mit der Leistung eine bei der Arbeitsleistung der Schuldnerin tatsächlich gegebene Erschwernis kompensieren. Die vom Beklagten gezahlte Corona-Prämie überstieg auch nicht den Rahmen des Üblichen i.S.v. § 850a Nr. 3 ZPO.

## Assessorkurse (Einstieg noch möglich!):

### Assessorkurse (Präsenz):

**Frankfurt: ZR & SR: Beginn 27. September '22 (danach wieder ab Ende März. '23)**

**Frankfurt: Öffentliches Recht beginnt im Februar, Mai, August, November**

### Online-Assessorkurse (Online-Schulungen):

**Damit ist die Teilnahme an unseren Kursen ohne Anreise-Probleme und ohne Gesundheitsgefahren für jeden möglich!**

**Hessen, RP, BW: ZR & SR (online separat buchbar; ZR 6 Monate, SR 3 Monate)**

**Beginn ZR 4. Okt. '22 (SR Jan.-März o. Juli-Sept.; ZR wieder April '23)**

**Hessen, RP: Öff. Recht Beginn Mai und November (3 Monate; getrennte Kurse)**

**BW: Öff. Recht 2 Crash-WE im Frühjahr (1 x jährlich; u.U. in Präsenz in HD)**

**Arbeits- und WirtschaftsR (Hessen u.a.) Ab 16. September '22!!**

**Assex-Crash (Klausurtechnik, Formalien, Prozessrecht)**

**Nächster vollständiger Kurs ab Oktober '22 (übernächster ab März '23)**



Gericht: LAG Nürnberg  
Aktenzeichen: 4 Ta 204/22  
Datum: 25.07.2022

**Streitwert einer Klage auf Zustimmung zu  
Aufhebungsvertrag mit Abfindung**

GKG  
§ 42 II 1

**LEITSATZ: Streitwert einer Klage auf Zustimmung zu einem Aufhebungsvertrag mit darin enthaltener Zusage einer Abfindung**

**Der Streitwert einer Klage auf Zustimmung zu einem Aufhebungsvertrag mit darin enthaltener Zusage einer Abfindung richtet sich nicht nach § 42 II GKG. Danach ist für die Wertberechnung bei Rechtsstreitigkeiten vor den Gerichten für Arbeitsachen über das Bestehen, das Nichtbestehen oder die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses höchstens der Betrag des für die Dauer eines Vierteljahres zu leistenden Arbeitsentgelts maßgebend; eine Abfindung wird nicht hinzugerechnet.**

**SACHVERHALT**

Die Klägerin hat die Abgabe einer Willenserklärung gerichtet auf den Abschluss eines Aufhebungsvertrages, der eine Abfindung von 15.000 € und die Erteilung eines qualifizierten Zeugnisses enthielt, begehrt. Den Aufhebungsvertrag hatte zuvor die beklagte Arbeitgeberin vorgeschlagen. Das Bruttomonatseinkommen der Klägerin betrug rund 2.269 €. Das Verfahren endete durch Abschluss eines Vergleichs, wonach das Arbeitsverhältnis gegen Zahlung einer Abfindung aufgehoben wird.

Das Arbeitsgericht setzte den Streitwert auf 6.809 € (= 3 Monatsgehälter) fest. Hiergegen erhob der Klägervorteiler Beschwerde und regte an, den Streitwert auf 24.078 € festzusetzen. Er war der Ansicht, neben dem Bestandsstreit sei auch die im Aufhebungsvertrag enthaltene Abfindung und das Arbeitszeugnis zu berücksichtigen. § 42 II GKG sei in der vorliegenden Konstellation nicht anwendbar.

Das Arbeitsgericht half der Beschwerde nicht ab, da § 42 II 1 GKG entsprechend anwendbar sei. Die hiergegen gerichtete Beschwerde vor dem LAG war teilweise erfolgreich.

**LÖSUNG**

Der Streitwert war auf 15.000 € festzusetzen. Dies entspricht dem wirtschaftlichen Wert des Klageantrags.

Grundsätzlich ist für die Bewertung einer Klage auf Abgabe einer Willenserklärung darauf abzustellen, welcher wirtschaftliche Erfolg mit der Abgabe der Erklärung erstrebt wird. Dessen Wert ist gem. § 48 I GKG iVm. § 3 ZPO zu schätzen (Zöller/Herget, ZPO, § 3 Rn 16 Stichwort Willenserklärung). Danach beträgt der Wert der vom Kläger erstrebten Willenserklärung 15.000 €, der Höhe des Abfindungsbetrags. Die im erstrebten Aufhebungsvertrag enthaltene Klausel, wonach die Beklagte dem Kläger bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses ein wohlwollendes qualifiziertes Arbeitszeugnis erteilt, welches sich auf Führung und Leistung erstreckt und welches den Arbeitnehmer in seinem beruflichen Fortkommen nicht hindert, geht über den ohnehin bestehenden gesetzlichen Anspruch nach § 109 I GewO nicht hinaus.

Soweit die begehrte Willenserklärung auch die Aufhebung des Arbeitsvertrags beinhaltete, ergibt sich daraus kein zusätzliches wirtschaftliches Interesse des Klägers, das über die vorgenannten Interessen (Abfindung) hinausginge. Hierfür ist von der Klägerin jedenfalls nichts dargetan. Der in § 42 II 1 GKG für Bestandsstreitigkeiten vorgegebene Höchstwert von einem Vierteljahresentgelt ist bei Berücksichtigung des wirtschaftlichen Interesses in der Abfindungszahlung jedenfalls nicht unterschritten.

Entgegen der Auffassung des Arbeitsgerichts ist der Gegenstandswert im vorliegenden Verfahren nicht gem. § 42 II 1 GKG begrenzt. Die Regelung ist auf die hier gegebene Konstellation nicht anwendbar. Gem. § 42 II 1 GKG ist für die Wertberechnung bei Rechtsstreitigkeiten vor den Gerichten für Arbeitsachen über das Bestehen, das Nichtbestehen oder die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses höchstens der Betrag des für die Dauer eines Vierteljahres zu leistenden Arbeitsentgelts maßgebend; eine Abfindung wird nicht hinzugerechnet.

Diese Regelung erfasst Bestandsstreitigkeiten sowie damit im Zusammenhang stehenden streitige Abfindungszahlungen i.S.d. §§ 9, 10 KSchG. Ebenso erfasst sie Abfindungszahlungen, die in gerichtlichen Vergleichen zur Kompensation der Auflösung von Arbeitsverhältnissen vereinbart werden. Sie findet keine Anwendung auf Abfindungen, die auf gesonderten Rechtsgrundlagen beruhen wie etwa auf § 113 BetrVG, Tarifverträgen, Sozialplänen oder sonstigen Vereinbarungen.



## MARKEN- UND WETTBEWERBSRECHT

Gericht: LG Düsseldorf  
Aktenzeichen: 38 O 91/21  
Datum: 12.08.2022

### **Spielzeughändler muss Vertrieb von „LEGO-ähnlichen“ Minifiguren unterlassen**

MarkenR

**LEITSATZ: Das LG hat der Klage der LEGO Juris A/S gegen die Steingemachtes GmbH aus Paderborn auf Unterlassung des Verkaufs von den Lego-Figuren ähnlichen Minifiguren in vollem Umfang stattgegeben.**

#### **SACHVERHALT**

Die Klägerin ist Teil der LEGO-Unternehmensgruppe und Inhaberin der europäischen Markenrechte auf die weltbekannten LEGO-Minifiguren. Die Beklagte vertreibt über ein von ihr unterhaltenes Ladenlokal und im Versandhandel Spielzeug aus Klemmbausteinen, die mit Legosteinen kompatibel sind und von verschiedenen Herstellern stammen. Außerdem ist sie Großimporteurin von Spielzeugwaren eines chinesischen Herstellers.

Die Klägerin kaufte testweise bei der Beklagten drei Spielzeugsets, in denen jeweils Minifiguren enthalten waren. Nach Auffassung verletzte dies ihre Markenrechte, da die Figuren ihren LEGO-Minifiguren zum Verwechseln ähnlich seien.

Sie erhob daher Klage zum LG und verlangte, dass die Beklagte es unterlässt, entsprechende Minifiguren in Deutschland zu verkaufen, einzuführen oder zu bewerben. Ferner verlangte sie, dass die Beklagte alle in ihrem Besitz oder Eigentum befindlichen Minifiguren zerstört und ihr die Namen der Hersteller, Lieferanten und Abnehmer der Minifiguren sowie die Preise nennt, die für die betreffenden Waren verlangt und erzielt wurden. Schließlich beantragte sie noch, festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, ihr jedweden Schaden zu ersetzen, der ihr aufgrund der Markenverletzungen entstanden ist oder zukünftig entstehen wird.

Das LG gab der Klage vollumfänglich statt. Gegen das Urteil kann Berufung zum OLG eingelegt werden.

#### **LÖSUNG**

Nach der hier maßgeblichen europäischen Verordnung über die Unionsmarke kann die Klägerin von der Beklagten zu Recht Unterlassung verlangen. Es ist offenkundig, dass die LEGO-Minifigur eine bekannte Marke darstellt; sie ist seit Jahren auf dem deutschen und europäischen Spielzeugmarkt präsent, tritt praktisch jedermann in Alltag, Werbung und Kunst gegenüber, wird vielfältig beworben und hat insgesamt eine große Bekanntheit erreicht.

Die von der Beklagten vertriebenen Figuren sind der Marke der Klägerin aus der hier maßgeblichen Perspektive des Gesamteindrucks eines durchschnittlichen Verbrauchers hochgradig ähnlich. Prägend ist bei den von der Klägerin beanstandeten Figuren das kantige und gedrungene, von geometrischen Formen dominierte Erscheinungsbild mit dem im Kontrast zum Körper rundlichen und großen Kopf. Es besteht unmittelbare Verwechslungsgefahr. Die Beklagte hat die Marke ohne Zustimmung der Klägerin für ihre geschäftlichen Zwecke ausgenutzt.

### **Examenskurse (Präsenz):**

**Wir bereiten Sie in der Präsenz & online auf das Examen vor!**

**Frankfurt, Gießen, Marburg, Mainz: 20.02.23 (danach wieder Mitte August 23)**

**Heidelberg: Neuer Kurs seit 3. Oktober `22 (danach wieder April `23)**

### **Online-Examenskurse (Online-Schulungen):**

**Damit ist die Teilnahme an unseren Kursen ohne Anreise-Probleme und ohne Gesundheitsgefahren für jeden möglich!**

**Hessen, Rheinland-Pfalz (Mainz, Trier) und Baden-Württ. (HD, Mannheim, Konstanz, Freiburg, Tübingen): 20.02.23 (danach wieder Mitte August 23)**

Gericht: OLG Nürnberg  
Aktenzeichen: 3 U 29/22  
Datum: 16.08.2022

**Discounter-Prospekt: Hinweis auf begrenzte Bevorratung  
nicht grundsätzlich unlauter**

UWG  
§ 3 III

**LEITSATZ: Die angesprochenen Verkehrskreise entnehmen dem in einem Werbeprospekt eines Discounters enthaltenen Hinweis "Die im Handzettel abgebildeten Artikel sind nicht in allen Filialen erhältlich und können wegen des begrenzten Angebots schon am ersten Tag ausverkauft sein" ohne weitere Anhaltspunkte kein Eingeständnis des Werbenden für eine von vornherein nicht angemessene Bevorratung der beworbenen Waren.**

**SACHVERHALT**

Bei der Klägerin - einer Verbraucherzentrale - handelt es sich um einen rechtsfähigen Verein, welcher in die Liste qualifizierter Einrichtungen gem. § 4 UKlaG aufgenommen ist. Die Beklagte ist ein Discounter und betreibt insbesondere im Lebensmitteleinzelhandel bundesweit Filialen. In ihrem schriftlichen Prospekt für die Woche vom 8.3.2021 bis zum 13.3.2021 bewarb sie verschiedene Produkte, wobei diese teilweise mit Aktionspreisen ausgezeichnet waren. Auf der ersten Seite des Prospekts befand sich in der Fußzeile der Hinweis:

"Die im Handzettel abgebildeten Artikel sind nicht in allen Filialen erhältlich und können wegen des begrenzten Angebots schon am ersten Tag ausverkauft sein." Darunter war nach "\*Erhältlich bei N. City (nicht in allen Sorten)" der Zusatz aufgedruckt: "Weitere Informationen unter n.-online.de / 0800 200 00 15 (gebührenfrei)." Am linken oder rechten Seitenrand enthielt der Prospekt auf Seiten 4 bis 7 den Hinweis "Angebot gilt nur in ausgewählten Filialen mit Backofen" sowie auf Seiten 2 und 10 den Hinweis "Fleischartikel nur erhältlich in Filialen mit Fleisch und Wurst in Selbstbedienung". Auf allen ungeraden Seiten des Prospekts war unten folgender Disclaimer abgedruckt: "\*Erhältlich bei N. City (nicht in allen Sorten). Die abgebildeten Artikel können wegen des begrenzten Angebots schon am ersten Tag ausverkauft sein." Auf Seite 3 bewarb die Beklagte u.a. das Produkt "A. Mineralwasser" zum Preis von 4,44 € für zwei Kästen Wasser.

Das LG gab der Klage statt und verbot der Beklagten, gegenüber Verbrauchern in Werbeprospekten für den Kauf von Lebensmitteln unter Nennung konkreter Kaufpreise zu werben, wenn einzelne beworbene Waren nicht in allen Filialen erhältlich sein sollen und wenn die Beklagte den Verbraucher nicht am Blickfang der beworbenen Waren teilnehmend darüber informiert, wo der Verbraucher Informationen dazu einholen könne, in welchen Filialen die beworbenen Waren (nicht) verfügbar seien. Außerdem verurteilte es die Beklagte, an die Klägerin rd. 240 € nebst Zinsen zu zahlen. Auf die Berufung des Klägers wies das OLG die Klage ab.

**LÖSUNG**

Die Streitgegenständliche Werbung der Beklagten ist nach Maßgabe des zugrunde zu legenden Sachverhalts nicht unlauter.

Nach Nr. 5 des Anhangs zu § 3 III UWG ist die unzureichende Aufklärung über eine unzulängliche Bevorratung zu beanstanden. Es muss dabei für einen durchschnittlichen Unternehmer in dieser Branche vorhersehbar sein, dass er die nach Menge und Zeitraum zu erwartende Nachfrage nach den konkret angebotenen Waren oder Dienstleistungen zum genannten Preis wahrscheinlich nicht (vollständig) erfüllen kann. Die danach verbotene Irreführung kann nicht nur durch hinreichende Aufklärung über tatsächliche Verhältnisse über den unzulänglichen Warenvorrat, sondern auch durch Einwirkung auf die relevanten Tatsachen selbst – nämlich die Sicherstellung einer hinreichenden Lagerhaltung – vermieden werden.

Vorliegend hat die Klägerin nicht hinreichend dargelegt, dass die Beklagte ein in dem Katalog aufgeführtes konkretes Produkt in einer Filiale im Streitgegenständlichen Zeitraum tatsächlich nicht hinreichend vorrätig gehalten hat. Die Klägerin bleibt auch darlegungs- und beweisfällig dafür, dass die Beklagte allgemein irgendwelche in dem Katalog beworbenen Produkte nicht angemessen bevorratet habe. Sie stützt die Annahme der nicht hinreichenden Bevorratung ausschließlich auf den im Prospekt enthaltenen Hinweis "Die im Handzettel abgebildeten Artikel sind nicht in allen Filialen erhältlich und können wegen des begrenzten Angebots schon am ersten Tag ausverkauft sein".

Die angesprochenen Verkehrskreise entnehmen dem in einem Werbeprospekt eines Discounters enthaltenen Hinweis "Die im Handzettel abgebildeten Artikel sind nicht in allen Filialen erhältlich und können wegen des begrenzten Angebots schon am ersten Tag ausverkauft sein" ohne weitere Anhaltspunkte kein Eingeständnis des Werbenden für eine von vornherein nicht angemessene Bevorratung der beworbenen Waren. Vielmehr erkennen sie darin zum einen die Wiederholung der bereits an anderer Stelle des Prospekts erfolgten Hinweise, dass bestimmte Artikel nur in speziellen Filialen erhältlich sind, und zum anderen eine allgemeine Absicherung davor, dass Produkte trotz eigentlich angemessener Bevorratung aufgrund nicht vorhersehbarer Sonderumstände nicht überall und nicht über den gesamten beworbenen Zeitraum erhältlich sein können. Dieser Hinweis ist daher – wenn nicht bewiesen ist, dass der Werbende ein in dem Katalog aufgeführtes konkretes Produkt in einer Filiale in dem für die Werbung maßgeblichen Zeitraum tatsächlich nicht hinreichend vorrätig gehalten hat – nicht als unlauter anzusehen.

Gericht: OLG Köln  
Aktenzeichen: 8 U 8/22  
Datum: 24.06.2022

**Werbung mit sehr gutem Teilergebnis bei mangelhaftem  
Gesamtergebnis kann ausnahmsweise zulässig sein**

UWG  
§§ 3, 5, 8

**LEITSATZ:** Die Werbung mit einem sehr guten Teilergebnis bei mangelhaftem Gesamtergebnis der "Stiftung Warentest" stellt sich ausnahmsweise nicht als irreführend dar, wenn die zwischenzeitliche Verbesserung des Produkts bereits ihren Niederschlag im Testbericht findet und die "Stiftung Warentest" bereits dort die Gesamtnote ausdrücklich relativiert hat. Es macht einen Unterschied, ob die "Stiftung Warentest" bereits in dem redaktionellen Teil des konkreten Testberichts selbst ihre eigene Bewertung relativiert oder ob dies erst im Nachhinein geschieht, nachdem der Testbericht – ohne Relativierung – bereits dem Publikum zugänglich gemacht wurde.

**SACHVERHALT**

Die Beklagte bietet auf ihrer Internetseite die Erstellung und Gestaltung von Fotobüchern an. In einem im August 2020 durchgeführten Test der Stiftung Warentest hat sie das Gesamtergebnis "Mangelhaft" erreicht. In der Einzelkategorie "Bildqualität" hat sie das Urteil "Sehr gut" erhalten, womit sie fortan isoliert geworben hat. Das schlechte Gesamtergebnis beruhte im Wesentlichen auf einer von der Stiftung Warentest festgestellten Datenunsicherheit. Vor Veröffentlichung ist die Beklagte auf die Unsicherheit hingewiesen worden, woraufhin sie ihre Datensicherheit verbessert hat. Diese Nachbesserung ist im Testbericht ausdrücklich näher thematisiert worden.

Der Kläger hat die Werbung der Beklagten abgemahnt, weil durch die isolierte Hervorhebung des sehr guten Teilergebnisses das schlechte Gesamtergebnis des getesteten Beklagtenprodukts kaschiert werde. Das LG hat die Klage auf Unterlassung und Erstattung der Abmahnkosten mangels Irreführung abgewiesen. Das OLG hat die hiergegen gerichtete Berufung des Klägers zurückgewiesen.

**LÖSUNG**

Dem Kläger steht gegen die Beklagte kein Anspruch auf Unterlassung der Werbung mit dem Teilergebnis zu. Insbesondere ergibt sich kein Unterlassungsanspruch aus §§ 3, 5 I 1 Nr. 1, 8 UWG wegen Irreführung.

Der Klägerin ist zwar einzuräumen, dass grundsätzlich ein Testergebnis immer nur eine Momentaufnahme darstellt und nachträgliche Veränderungen und Verbesserungen unberücksichtigt zu bleiben haben. Dieser Grundsatz gilt jedenfalls, soweit die Veränderungen/Verbesserungen keinen Niederschlag in der inhaltlichen Bewertung durch die Stiftung Warentest finden, sei es weil die Verbesserungen nicht vor Veröffentlichung durchgeführt worden sind oder der Stiftung Warentest unbekannt oder von ihr nicht verifiziert worden sind.

Der vorliegende Fall weist jedoch die Besonderheit auf, dass die Stiftung Warentest die Verbesserung des getesteten Produkts nicht nur zur Kenntnis genommen und geprüft hat, sondern aufgrund der Nachbesserung ihre ursprüngliche Bewertung über das Beklagtenprodukt in ihrem Testbericht selbst ausdrücklich relativiert hat. Auch wenn sie als Gesamtergebnis ihres Tests an der Note "Mangelhaft" festgehalten hat, hat sie doch ausdrücklich erläutert, dass und weshalb das Beklagtenprodukt unter Berücksichtigung der besseren Datensicherheit zu den Besten gehöre. Würde die Beklagte bei dieser Sachlage gezwungen, neben dem Teilergebnis stets mit einem Hinweis auf das Gesamtergebnis "Mangelhaft" zu werben, von dem die Stiftung Warentest inhaltlich bereits bei Veröffentlichung des Testberichts abgerückt ist, würde sich dies vielmehr als irreführend zu ihren Lasten darstellen.

Es macht einen Unterschied, ob die Stiftung Warentest bereits in dem redaktionellen Teil des konkreten Testberichts selbst ihre eigene Bewertung relativiert oder ob dies erst im Nachhinein geschieht, nachdem der Testbericht – ohne Relativierung – bereits dem Publikum zugänglich gemacht wurde. Denn jedenfalls für die Zeit zwischen Veröffentlichung des Testberichts bis zur nachträglichen Nachbesserung und entsprechenden Relativierung des Testergebnisses würden Verbraucher, die das Produkt – ohne Nachbesserung – nur aufgrund der vorteilhaften Teilnote erworben haben, in die Irre geführt.

# Das Karrierenetzwerk für Ihre Karriere

In Kooperation mit



## jurcareer

jurcareer bietet Ihnen bundesweit Top-Chancen, um Ihre Karriere aktiv zu fördern!  
Spitzen-Kanzleien warten darauf, Sie kennen zu lernen:

### Unsere Kooperationspartner:

Ashurst	Greenfort
Taylor Wessing	Kirkland & Ellis
Schalast	Kunz

### Ihre Vorteile:

- Direkte Bewerbungswege ohne Motivationsschreiben; durch eine aktivierte „Suche“ bewerben Sie sich bei bis zu 6 Kanzleien (bundesweit)!
- Stete Chance, von einer Kanzlei aktiv angesprochen zu werden.
- Stets attraktive Sonderkonditionen und Rabatte!

### Gutschein für Online-Shop des JI-Verlages

- 1) Alle neuen Mitglieder von jurcareer erhalten ab sofort einen 50-€-Gutschein (einzulösen nur im Online-Shop)
- 2) Alle Mitglieder von jurcareer können ab sofort Gutscheine mit Rabatt kaufen: 30-€-Gutschein für 25 € und 50-€-Gutschein für 40 € (einzulösen nur im JI-Online-Shop)

Für  
jurcareer-  
Mitglieder