

nen dem Kläger ausnahmsweise Darlegungs- und Beweiserleichterungen zugute kommen. Dies liegt darin begründet, dass in einer entsprechenden Konstellation nach dem aus dem Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) ableitbaren Gebot redlicher Prozessführung den Beklagten eine Erklärungspflicht trifft (ständige Judikatur - zuletzt BGH, GRUR 1997, 758, 760 = WRP 1997, 946 „Selbsternannter Sachverständiger“). Der Beklagte muss dem Kläger dann gewisse Informationen geben, um diesem die Beweisführung zu erleichtern. Dies ist zum Zwecke der gebotenen Konkretisierung von Tatsachen dann anzunehmen, wenn sich diese Tatsachen einerseits der Kenntnis der mit der Beweisführung belasteten Partei verschließen oder ihr nur unter unverhältnismäßig großen Erschwerungen zugänglich sind. Andererseits muss die Offenlegung der Tatsachen dem an sich nicht Darlegungsverpflichteten ohne weiteres möglich und unter Berücksichtigung der maßgeblichen Umstände und Interessen auch zumutbar sein (*Köhler/Piper*, UWG, § 3 Rn 530). Im zu entscheidenden Fall mit der Fragestellung, ob eine Werbung mit UVP wegen der Marktverhältnisse irreführend war, kommt eine entsprechende Erleichterung der Darlegungs- und Beweislast nicht in Betracht. Der BGH meint zu Recht, dass der Kläger, der die gewerblichen Interessen von Wettbewerbern der Beklagten vertritt, die Marktverhältnisse ebenso wie die Beklagte selbst ermitteln kann.

Etwas anderes mag für Darlegungs- und Beweiserleichterungen zugunsten von Anspruchstellern gelten, die eine Werbung mit einer Gegenüberstellung eigener Preise des Werbenden (d. h. des nunmehr geforderten mit einem angeblich früher geforderten Preis) beanstanden (BGH, GRUR 1975, 78, 79 = WRP 1974, 552 „Preisgegenüberstellung“).

Die entsprechende BGH-Judikatur findet ihre Grundlage in dem Umstand, dass in diesem Falle ein Kläger keine genaue Tatsachenkenntnis haben kann. Der beklagte Werbende kann hier hingegen zu seiner eigenen Preisgestaltung und deren Ernsthaftigkeit ohne weiteres (und ihm auch zumutbar) vortragen. Deshalb ist die Konstellation in der Entscheidung „Mondpreise“ mit dieser Fallgruppe nicht vergleichbar. Es besteht nämlich ein entsprechendes Ungleichgewicht in den Möglichkeiten des Sachvortrags bei einer Werbung mit UVP jedenfalls insoweit nicht, als es um Feststellungen zu den Marktverhältnissen geht.

Auch der Umstand, dass der Beklagte vor einer entsprechenden Werbung mit UVP gehalten ist, eine Prüfung anzustellen, ob die Empfehlungen noch als Verbraucherpreise in Betracht kommen konnten, rechtfertigt nach Ansicht des BGH keine Überwälzung der Darlegungs- und Beweislast auf die Beklagte.

Prof. Dr. Gerhard Ring

Zur Beurteilung der „in der Regel“ im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmerzahl gem. § 23 Abs. 1 Satz 2 KSchG

Gem. § 23 KSchG ist die Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes davon abhängig, daß in dem Betrieb in der „Regel“ mehr als fünf Arbeitnehmer beschäftigt sind. Dies hat sich auch durch die Änderungen des Gesetzes zu Reformen am Arbeitsmarkt (Agenda 2010) nicht geändert. Hiernach sind nun gem. § 23 Abs. 1 Satz 3 KSchG n. F. lediglich Arbeitnehmer, deren Arbeitsverhältnis nach dem 31.12.2003 begonnen hat, bis zur Zahl von insgesamt in der Regel zehn Arbeitnehmern nicht mitzuzählen. Das BAG hat in einem Urteil vom 22.01.2004 (2 AZR 237/03 - bislang nur als Pressemitteilung veröffentlicht) dem Grunde nach bestätigt, daß es für die Feststellung, wie viele Arbeitnehmer ein Betrieb „in der Regel“ beschäftigt, eines Rückblicks auf die bisherige personelle Situation und einer Einschätzung der zukünftigen Entwicklung bedarf. Es komme auf die Beschäftigungslage an, die im Allgemeinen für den Betrieb kennzeichnend ist. Der Arbeitnehmer allerdings, um dessen Kündigung es bei der Beurteilung der Anwendung des KSchG geht, sei aber ungeachtet der zukünftigen Entwicklung zu der Zahl der im Betrieb Beschäftigten in jedem Falle hinzuzurechnen. Dies gilt nach dem BAG auch dann, wenn der Unternehmer die Entscheidung getroffen hat, den Betrieb durch Abbau von Arbeitsplätzen einzuschränken und zukünftig mit einer reduzierten Personalstärke fortzuführen.

Dem Urteil lag eine Kündigung in einem Handwerkerbetrieb zugrunde. In diesem waren neben dem Kläger, dem gekündigt worden war, noch vier weitere Arbeitnehmer beschäftigt. Die Vorinstanzen hatten keinen Beweis darüber erhoben, ob - wie vom Kläger vorgetragen - darüber hinaus im Betrieb noch eine Reinigungskraft beschäftigt war. Wäre dies der Fall, wäre hiermit das KSchG anwendbar geworden.

Nach § 23 Abs. 1 S. 2 KSchG kommt es auf die Zahl der „in der Regel“ im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer an. Maßgeblich ist diejenige Personalstärke, die für den Betrieb im Allgemeinen kennzeichnend ist. Hierbei besteht im Grundsatz Einigkeit darüber, dass es sowohl einer Rückschau auf die bisher im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer als auch einer Vorschau auf die zukünftige Entwicklung bedarf, um diejenige Personalstärke festzustellen, die für den Betrieb im Allgemeinen kennzeichnend ist (vgl. BAG v. 31.1.1991, NZA 1991, 562).

Fraglich war allerdings, wie zu verfahren ist, wenn ein Vergleich von Vor- und Rückschau erkennen läßt, dass die bei Zugang der Kündigung tatsächlich gegebene Beschäftigtenzahl nicht dem zukünftigen regelmäßigen Personalstand entspricht, weil sich dieser in Zukunft reduzieren wird. Mehrere LAG hatten in diesem Fall darauf abgestellt, mit wie vielen Arbeitnehmern der Betrieb regelmäßig auch in Zukunft seine Aufgaben erfüllen wird. Auf einen höheren Beschäftigtenstand in der Vergangenheit sollte es insoweit nicht ankommen (vgl. LAG Rheinland-Pfalz v. 16.12.1996, NZA 1997, 315).

Im Widerspruch zu dem Lippenbekenntnis der „Vor- und Rückschau“ erteilt das BAG dem allerdings nun in seinem Urteil vom 22.1.2004 eine Absage. Selbst dann, wenn der Arbeitgeber eine unternehmerische Entscheidung dahingehend getroffen hat, künftig mit reduzierter Personalstärke zu arbeiten, ist nach diesem aktuellen Urteil diese künftige Personalstärke nicht als „zukünftige Entwicklung der Normalstärke der Belegschaft“ zugrunde zu legen. Für die wortlautidentische Regelung in § 17 KSchG bestand bereits vorher Einigkeit darüber, daß im Falle einer zukünftigen Personalreduzierung die Zahl der in der Regel beschäftigten Arbeitnehmer nur aus einer Rückschau zu bestimmen ist; die Tatsache der zukünftigen Betriebsstilllegung und Personalreduzierung darf dagegen nicht berücksichtigt werden. In dieselbe Richtung zielt die nunmehrige Entscheidung des BAG auch für eine „normale“

Kündigung. Ungeachtet der durch die Unternehmerentscheidung geprägten künftigen Entwicklung im Kündigungszeitpunkt ist hiernach für den Betrieb noch die bisherige Belegschaftsstärke kennzeichnend.

Entgegen der vorgeblich prospektiven Betrachtung im Rahmen des § 23 KSchG wird sich die Praxis also nun darauf einzustellen haben, daß letztlich entscheidend die Belegschaftsstärke zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigungserklärung ist, wenn und soweit diese Belegschaftsstärke der normalen Belegschaftsstärke in der Vergangenheit entspricht. Auf eine zukünftige Reduzierung, auch wenn diese unmittelbar bevorsteht, wird es nicht mehr ankommen können.

Rechtsanwalt Dr. Stephan Osnabrügge

Literaturübersicht

I. Vertriebsrecht

Von *Martinek/Semler/Habermeier* (Hrsg.) ist in 2. Auflage 2003 bei C.H. Beck das „Handbuch des Vertriebsrechts“ erschienen (1501 Seiten, 138 EUR). Das Handbuch will verlässlich Auskünfte über Rechtslage und wirtschaftliche Hintergründe der verschiedenen Teilbereiche des Vertriebsrechts vermitteln und diese Materie als eigenständiges Rechtsgebiet etablieren. Dazu werden die rechtlichen Gemeinsamkeiten und Unterschiede der einzelnen Vertriebsvertragsformen und ihre übergreifenden wirtschaftlichen Bezüge im Interessengeflecht der absatzwirtschaftlichen Akteure herausgestellt. Das in 14 Kapitel gegliederte Werk bietet im Einleitungskapitel – quasi als allgemeiner Teil – die Grundlagen des Vertriebsrechts, nämlich dessen Qualifizierung als (eigenständiges) Rechtsgebiet, betriebs- und absatzwirtschaftliche Hintergründe, Erscheinungsformen und Rechtsnatur von Vertriebsverträgen (*Martinek*), Kriterien für die Vertragstypenwahl (*Oechsler*) und einen Überblick über den Rechtsrahmen (*Habermeier*). Das Kapitel über Vertriebsrecht und Arbeitsrecht untersucht die Frage, ob der Absatzmittler, der Handelsvertreter, der Franchisenehmer oder der Kommissionär und Vertragshändler als Arbeitnehmer oder als Selbständiger zu qualifizieren ist (*Wank*). Dem schließt sich in den folgenden Kapiteln eine umfassende Darstellung des Handelsvertreter- (*Flohr, Semler, Schwab*), Vertragshändler- (*Manderla, Ullrich*) und Franchisevertrags (*Martinek, Habermeier*) sowie sonstiger Vertriebsverträge und Regelungstypen (Fachhändlervertrag, Kommissionär und Kommissionsagent [*Flohr*] und der Internetvertrieb – Electronic Commerce [*Rinne*]) an. Weitere Kapitel behandeln Fragen des europäischen und deutschen Kartellrechts (*Habermeier, Semler, Rahlmeyer, Kahlenberg, Hoppe*) sowie ausgewählte Probleme des gewerblichen Rechtsschutzes und des Wettbewerbsrechts

im Vertrieb (*Habermeier*). Untersucht wird auch das Verhältnis von Exportkontrollrecht und Vertriebsverträgen: Außenwirtschaftsrecht und Exportkontrolle sowie Exportkontrolle im Rüstungsbereich (*Reuter, Haeblerlin*). Im Rahmen eines Überblicks über branchenspezifische Besonderheiten wird auf den Automobilvertrieb (*Martinek*), Computer- und Softwarevertrieb (*Chrocziel*), den Vertrieb von Finanzdienstleistungen und Versicherungen (*Feyerabend*) sowie vertriebsrechtliche Besonderheiten im Tankstellengewerbe (*Brüggemann*) und beim Absatz von Verlagszeugnissen (*v. Becker*) eingegangen. Der wachsenden Globalisierung tragen die Länderberichte über Vertriebsverträge im Ausland (darunter Frankreich, Großbritannien, Japan und USA) Rechnung. Den Abschluss bildet das Internationale Vertriebsrecht mit der Frage der Internationalen Zuständigkeit (*Oechsler*) sowie das Schlichtungs- und Schiedsverfahren im Vertrieb (*Bredow*). Das Handbuch will Anleitung zur Lösung vertriebsrechtlicher Aufgabenstellungen sein und vertriebsrechtliche Problemzusammenhänge erläutern. Als verlässlicher Ratgeber für die Praxis, die nach einer zweckmäßigen und interessengerechten Lösung für ein vertriebsrechtliches Problem sucht, bietet das Werk Handlungsanleitungen an – unter Erläuterung der Hintergründe und durch das Aufzeigen alternativer Handlungsmöglichkeiten. Der große Verdienst des Handbuchs liegt in der zusammenfassenden Aufarbeitung der vertriebsrechtlichen Judikatur und Literatur, womit ein „Pionierwerk“ geschaffen wurde. Den Herausgebern und Autoren ist ein „großer Wurf“ gelungen. Das Handbuch sollte in keiner Bibliothek fehlen.

Mit dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz ist unter der Überschrift „Besondere Vertriebsformen“ in den §§ 312 ff. BGB eine Regelung der Modalitäten des Vertragsabschlusses im Direkt- und Fernabsatz sowie im E-Commerce erfolgt. *Micklitz* und *Tonner* haben 2002 bei der Nomos Verlagsgesellschaft einen