

**BURTIN & HEBESTADT**  
RECHTSANWÄLTE

**MITTEILUNGSBLÄTTER**  
I/ 2009

---

BORIS BURTIN                      ANKE HEBESTADT                      BJÖRN HUSSELS  
RECHTSANWALT                      RECHTSANWÄLTIN                      RECHTSANWALT

LOSCHWITZER STRASSE 21                      TEL.: 0351 / 4331360  
01309 DRESDEN                      FAX : 0351 / 4331363

E-MAIL: KANZLEI@BURTIN.DE  
INTERNET: WWW.BURTIN.DE

---

Sehr geehrte Leser!

Wie gewohnt, möchten wir Sie erneut über interessante neue Vorschriften und Urteile informieren.

Diese könnten Sie bereits heute oder später betreffen. Wir hoffen, Ihr Interesse daran zu wecken. Zum Teil sind Entscheidungen eher unterhaltsam, als praktisch relevant. Eine Gewähr für den Inhalt können wir nicht übernehmen. Zu beachten ist, dass Urteile immer einen Einzelfall entscheiden. Es besteht nie die Sicherheit, dass in einem anderen Einzelfall ebenso entschieden wird, mag dieser auch noch so ähnlich sein.

Für Rückfragen stehen wir gern zur Verfügung.

**I.)            Allgemeine Geschäftsbedingungen**

1. Eine Klausel in einem Gassondervertrag, die den Gasversorger berechtigt, die Gaspreise zu ändern, wenn eine Preisänderung durch seinen Vorlieferanten erfolgt, benachteiligt den Kunden entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen und ist unwirksam, BGH, Teilurteil vom 29.04.2008 zum Az. KZR 2/07 (OLG Dresden).

**II.)           Arbeitsrecht**

1. Enthält ein Formulararbeitsvertrag neben einer drucktechnisch hervorgehobenen Befristung für die Dauer eines Jahres im nachfolgenden Vertragstext ohne besondere Hervorhebung eine weitere Befristung zum Ablauf der sechsmonatigen Probezeit, wird die Probezeitbefristung als überraschende Klausel nach § 305 c Abs. 1 BGB nicht Vertragsbestandteil (BAG, Urteil v. 24.06.08, Az. 7 AZR 132/07).
2. Eine Freistellungsvereinbarung führt zur Aufhebung der Arbeitspflicht des Arbeitnehmers. Soll die Freistellungsvereinbarung einen Entgeltanspruch, unabhängig von den gesetzlichen, tarifvertraglichen oder arbeitsvertraglichen Voraussetzungen begründen, bedarf dies einer besonderen Regelung. Macht der Arbeitgeber geltend, der Arbeitnehmer sei während der Freistellungsphase nicht leistungsfähig gewesen (§ 297 BGB), hat er als Gläubiger die Beweislast für die fehlende Leistungsfähigkeit des Arbeitnehmers zu tragen (BAG, Urteil v. 23.01.08, Az. 5 AZR 393/07).

**III.)          Bankrecht**

1. Grundsätzlich ist eine kreditgebende Bank aufgrund ihres Wissensvorsprungs nur dann verpflichtet, den Kreditnehmer bei Kreditvergaben über die sittenwidrige Überteuering der zu finanzierenden Eigentumswohnung aufzuklären, wenn sie positive Kenntnis davon hat, dass der Kaufpreis knapp doppelt so hoch ist, wie der Verkehrswert der Wohnung. Ausnahmsweise steht die bloße Erkennbarkeit der positiven Kenntnis dann gleich, wenn sich die sittenwidrige Überteuering einem zuständigen Bankmitarbeiter nach den Umständen des Einzelfalls aufdrängen musste; er ist dann nach Treu und Glauben nicht berechtigt, seine Augen davor zu verschließen (BGH, Urteil v. 29.04.08, Az. XI ZR 221/07).
2. Eine Haftung der Bank setzt zwingend eine arglistige Täuschung durch den Vermittler voraus. Für die Arglist trägt der Darlehensnehmer/Anleger die Beweislast. Gleiches muss für den nach der genannten Senatsrechtsprechung aus der arglistigen Täuschung abgeleiteten Anspruch aus vorsätzlichem Verschulden bei Vertragsverhandlungen gelten (BGH, Urteil v. 01.07.08, Az. XI ZR 411/06).

---

**IV.) Baurecht**

1. Ein Notar verletzt seine Amtspflicht zur vollständigen Beurkundung, wenn er bei der Beurkundung eines Grundstückskaufvertrages eine Baubeschreibung nicht mit beurkundet. Der Käufer hat keine anderweitige Ersatzmöglichkeit im Sinne des § 19 Abs. 1 Satz 2 BNotO in Form eines Schadenersatzanspruchs gegen seinen Rechtsanwalt, wenn er auf dessen Rat zur Abwehr der restlichen Kaufpreisforderung eine Vollstreckungsabwehrklage erhoben und sich auf die Formnichtigkeit des Kaufvertrages berufen hat (BGH, Urteil v. 03.07.08, Az. I ZR 189/07).
2. Die Verpflichtung eines Architekten, bei der Planung eines Hauses auch eine Absicherung gegen drückendes Grundwasser vorzusehen, muss sich aus dem Auftrag ergeben, wobei es auf die Sicht des Auftraggebers ankommt. War dem Architekten die Lage des zu planenden Hauses in der Nähe des Rheins bekannt, musste er auch die Hochwassergefahren kennen. Bei einem Auftrag „zur Erstellung der Bauauftragsunterlagen + statistischer Berechnung“ und der Übergabe von Skizzen, aus denen sich ergab, dass bisher keine Planungsleistungen vorlagen, hatte der Architekt nicht nur die Vorlage für die Genehmigung des Bauvorhabens zu erbringen. Vielmehr musste er, da er die statischen Berechnungen zu erstellen hatte, wozu die Berücksichtigung der Bodenverhältnisse gehörte, auch den Schutz gegen drückendes Hochwasser vorsehen (BGH, Urteil v. 06.12.07, Az. 7 ZR 157/06).

**V.) Familienrecht**

1. Nach dem neuen Unterhaltsrecht ist es dem unterhaltsberechtigten Ehegatten trotz Betreuung von zwei 8- u. 11-jährigen Kindern grundsätzlich zuzumuten, einer vollschichtigen Erwerbstätigkeit nachzugehen. Eine bereits begonnene Berufsbildung darf über den 01.01.2008 hinaus zu Ende geführt werden. Reicht das Einkommen des Unterhaltspflichtigen zur Deckung des Bedarfs nachrangiger Unterhaltsberechtigter (hier: geschiedene Ehefrau und Mutter des nichtehelichen Kindes) nicht aus, ist der Kindesunterhalt auf den Mindestunterhalt herabzustufen, Urteil des OLG Köln v. 27.05.08 zum Az. 4 UF 159/07).
2. Eine ehevertragliche Abrede, in der sich der Ehegatte, dessen Name nicht zum Ehenamen bestimmt worden ist, verpflichtet, im Falle der Auflösung der Ehe seinen Geburtsnamen oder den von ihm bis zur Bestimmung des Ehenamens geführten Namen wieder aufzunehmen, ist nicht generell sittenwidrig. Ob dies auch dann gilt, wenn für den Verzicht auf die Fortführung des Ehenamens ein Entgelt vereinbart ist, bleibt offen (BGH, Urteil v. 06.02.08, Az. XII. ZR 185/05).
3. Hatte der Vater den für sein eheliches Kind titulierten Unterhalt nicht gezahlt und wechselt das Kind aufgrund seiner Sorgerechtsentscheidung in seinen Haushalt, steht der Mutter in Höhe des nicht gezahlten Kindesunterhaltes ein familienrechtlicher Ausgleichsanspruch zu (AG Montabaur, Urteil vom 15.11.2007, Az. 3 F 237/07).

**VI.) Insolvenzrecht**

1. Der Vermieter kann, gleich ob ein mit dem Schuldner begründetes Wohnraummietverhältnis vor oder nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens beendet wurde, den Insolvenzverwalter nur auf Herausgabe der Wohnung in Anspruch nehmen, wenn dieser sie in Besitz genommen hat oder daran für die Masse ein Recht beansprucht (BGH, Urteil v. 19.06.08, Az. IX ZR 84/07). Der Kläger hatte das Mietverhältnis mit ehemaligen Mietern wegen Zahlungsverzuges fristlos gekündigt, dabei zunächst die Mieter auf Herausgabe und Räumung, nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Mieter die Klage gegen den Insolvenzverwalter erhoben. Zwar hat das Amtsgericht die Mieter zur Räumung der Wohnung verurteilt, die Verurteilung des Insolvenzverwalters zur Herausgabe der Wohnung hat der BGH jedoch aufgehoben, da der Insolvenzverwalter nicht den „Besitz“ im Sinne der tatsächlichen Sachherrschaft über die Wohnung ausgeübt habe.

**VII.) Kaufrecht**

1. Die „Pflichtverletzung“, die in der Lieferung eines Gebrauchtwagens mit dem unbehebaren Mangel der Eigenschaft des Unfallwagens liegt, ist im Sinne von § 323 Abs. 5 Satz 2 BGB unerheblich, wenn sich der Mangel allein in einem merkantilen Minderwert des Fahrzeuges auswirkt und dieser weniger als 1% des Kaufpreises beträgt (BGH, Urteil v. 12.03.2008 zum Az. VIII ZR 253/05).
2. Zwischen dem Käufer von Heizkörpern für den Umbau seines Wohnhauses und dem Verkäufer kann konkludent ein selbstständiger Beratungsvertrag zu Stande kommen, wenn sich der Verkäufer auf Bitten

---

des Käufers bereits erklärt, den Wärmebedarf zu errechnen, um Anzahl, Größe, Aufstellung der von ihm zu liefernden Heizkörper festzustellen.

Stellt sich heraus, dass der Verkäufer den Wärmebedarf für ein Geschoss, dass der Käufer bewohnen wollte, fehlerhaft berechnet hat, so dass die Wohnung erst 12 Monate später bezogen werden kann, dann kann der Käufer von dem Verkäufer den Nutzungsausfallschaden verlangen, der in Anlehnung an den Mietzins für diese Wohnung zu schätzen ist (OLG Saarbrücken, Urteil v. 17.04.08, Az. 8 U 599/06).

### **VIII.) Mietrecht**

1. Der Vermieter ist nicht berechtigt, im Falle der Unwirksamkeit einer Klausel zur Vornahme der Schönheitsreparaturen durch den Mieter von diesem eine Mieterhöhung in Form eines Zuschlags zur ortsüblichen Vergleichsmiete zu verlangen (BHG, Urteil v. 09.07.08, Az. VIII ZR 181/07). Der Vermieter verlangte vom Mieter zunächst im Rahmen eines Rechtsstreites die Durchführung der im Mietvertrag vereinbarten, regelmäßigen Schönheitsreparaturen. Dabei war der Vermieter wegen der unwirksamen Schönheitsreparaturklauseln in drei Instanzen unterlegen. Sodann verlangte der Vermieter vom Mieter die Zustimmung zu einer Mieterhöhung von EUR 384,29 auf EUR 444,89.

Der Bundesgerichtshof wies auch diesmal die Klage des Vermieters ab, da der Vermieter einen Zuschlag zur ortsüblichen Vergleichsmiete nicht verlangen könne, da der Vermieter nur nach § 558 BGB eine Mieterhöhung bis zur ortsüblichen Vergleichsmiete und nicht darüber hinaus verlangen kann.

2. Der Vermieter ist zu einer Umlage der Wasserkosten nach Verbrauch nicht verpflichtet, solange nicht alle Mietwohnungen eines Gebäudes mit Wasserzählern ausgestattet sind. Legt der Vermieter von Wohnraum die Kosten der Wasserversorgung und Entwässerung gem. § 556 a Abs. 1 Satz 1 BGB nach dem Anteil der Wohnfläche um, genügen Zweifel des Mieters an der Billigkeit dieses Maßstabs nicht, um eine Änderung des Umlageschlüssels zu rechtfertigen (BGH, Urteil v. 12.03.08, Az. VIII ZR 188/07).
3. Sollen Schönheitsreparaturen vom Mieter kraft Miet-AGB „regelmäßig“ binnen bestimmter Fristen ausgeführt werden, handelt es sich – anders als bei den Begriffen „in der Regel“ oder „im Allgemeinen“ – um eine „starre“ und mithin unwirksamer Renovierungsfristvereinbarung (KG, Urteil v. 22.05.08, Az. 8 U 205/07).

### **IX.) Unternehmensrecht**

1. Eine vertragswidrige private PKW-Nutzung durch den Gesellschafter-Geschäftsführer einer Kapitalgesellschaft stellt in Höhe der Vorteilsgewährung eine verdeckte Gewinnausschüttung dar. Der Vorteil ist nicht gem. § 6 Abs. 1 Nr. 4 Satz 2 EStG mit 1 % des Listenpreises, sondern vielmehr nach Fremdvergleichsmaßstäben mit dem gemeinen Wert der Nutzungsüberlassung, zzgl. angemessener Gewinnaufschläge zu bewerten (BFH, Urteil v. 23.01.08 zum Az. I R 8/06).
2. Treten organschaftliche Vertreter einer kapitalsuchenden Gesellschaft Anlegeinteressenten persönlich mit dem Anspruch gegenüber, sie über die für eine Anlageentscheidung wesentlichen Umstände zu informieren, so haften sie für die Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit ihrer Angaben nach den Grundsätzen des Verschuldens bei Vertragsschluss (BGH im Urteil vom 02.06.08, Az.: II ZR 210/06).

### **X.) Verkehrsrecht**

1. Der Geschädigte kann auch nach einer vollständigen und fachgerechten Reparatur zum Ausgleich eines Fahrzeugschadens, der den Wiederbeschaffungswert um nicht mehr als 30% übersteigt, Reparaturkosten im Regelfall nur dann verlangen, wenn er das Fahrzeug nach dem Unfall 6 Monate weiter nutzt. Der Kläger hatte ein Fahrzeug am 29.09.06 aufgrund des Unfalles vom 14.09.06 für einen Betrag in Höhe von EUR 5.650,62 reparieren lassen, veräußerte sein Fahrzeug im November 2006 und verlangte anschließend vom Beklagten die weiteren Reparaturkosten in Höhe von EUR 3.505,88. Der BGH hat festgehalten, dass der Geschädigte nur dann Schadenersatz erhält, der den Wiederbeschaffungswert übersteigt, wenn er dieses Fahrzeug nach der Reparatur weiter nutzt, wobei der Geschädigte regelmäßig sein Integritätsinteresse dadurch zum Ausdruck bringt, dass er das Fahrzeug nach der Reparatur für einen längeren Zeitraum (mehr als 6 Monate) weiter nutzt.

2. Kommt es in Deutschland zu einem Unfall, der darauf beruht, dass sich von einem Auflieger mit dänischem Kennzeichen ein Teil löst und hat der belgische Haftpflichtversicherer der den Auflieger ziehenden Sattelzugmaschine mit luxemburgischem Kennzeichen die im System der Grünen Karte regulierten Ansprüche der bei dem Unfall Geschädigten ausgeglichen, so besteht kein Ausgleichsanspruch des belgischen Versicherers gegen das Deutsche Büro „Grüne Karte e.V.“ (BGH, Urteil vom 01.07.08, Az. VI ZR 188/07).

#### **XI.) Sonstiges**

1. Hat ein Fahrerlaubnisinhaber als Radfahrer mit einem Blutalkoholgehalt von 1,6 Promille oder mehr am Straßenverkehr teilgenommen, darf ihm die Fahrerlaubnis entzogen werden, wenn zu erwarten ist, dass er zukünftig auch ein Kraftfahrzeug im fahruntüchtigem Zustand führen wird. Bei chronisch überhöhtem Alkoholkonsum und damit einhergehender Unfähigkeit zu einer realistischen Einschätzung der bei einer Teilnahme am Straßenverkehr drohenden Gefahren setzt die Bejahung der Kraftfahreignung regelmäßig eine stabile Änderung des Trinkverhaltens voraus (BVerwG, Urteil v. 21.05.08, Az. 3 C 32/07).

Der Radfahrer war wegen der Trunkenheitsfahrt entsprechend § 316 Abs. 1 u. 2 StGB zu einer Geldstrafe verurteilt worden; hingegen war die strafrechtliche Nebenfolge der Entziehung der Fahrerlaubnis nicht möglich, da es sich beim Führen eines Fahrrades im Straßenverkehr nicht um ein Fahrzeug handelt.

Hingegen hat die Verwaltungsbehörde aus dem Umstand, dass ein erheblicher Promillewert bei Fahrten auch mit dem Fahrrad vorlag, ein medizinisch-psychologisches Gutachten anfertigen lassen, dass dem dortigen Kläger attestierte, dass dieser nicht zwischen der Teilnahme am Straßenverkehr und dem Genuss von alkoholischen Getränken differenzieren kann.

2. „Keine Ausländer, Anweisung vom Chef“ - eine solche Aussage führt bei der Einlasskontrolle in einer Diskothek zu einer Diskriminierung und zu einem Entschädigungsanspruch nach dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG), so das AG Oldenburg. Das Besondere an der Fallkonstellation war, dass der Kläger ausländische Auskunft mit einem Diskobesuch das Verhalten bei der Einlasskontrolle „austesten wollte“, was nach Ansicht des Gerichts nur dazu dienen sollte, einen Präzedenzfall zu schaffen. Dies ändere zwar nichts an dem Verstoß gegen die Bestimmung des AGG dem Grund nach, hingegen das provozierende Verhalten bei der Höhe der Entschädigung mit berücksichtigt wurde (Urteil des AG Oldenburg v. 23.07.08, Az. E 2 C 2126/07 V).

Es würde uns freuen, unsere regelmäßigen Mitteilungen mit Ihrer Hilfe verbessern zu können. Für etwaige Kritik und Anregungen danken wir Ihnen.

Dresden, Februar 2009

**Boris Burtin**  
**Rechtsanwalt**

(auch Fachanwalt für Bau- u. Architektenrecht)

**Anke Hebestadt**  
**Rechtsanwältin**

(auch Fachanwältin für Arbeitsrecht)

**Björn Hussels**  
**Rechtsanwalt**