

Zivilrechtliche Arbeitstechnik im Assessorexamen

Bericht, Votum, Urteil, Aktenvortrag

von

Winfried Schuschke, Dr. Martin Kessen, Dr. Björn Höltje, Hermann Daubenspeck, Paul Sattelmacher, Paul Lüttig,
Gerhard Beyer, Wilhelm Sirp

35. Auflage

Zivilrechtliche Arbeitstechnik im Assessorexamen – Schuschke / Kessen / Höltje / et al.

schnell und portofrei erhältlich bei beck-shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

Thematische Gliederung:

Gesamtdarstellungen

Verlag Franz Vahlen München 2013

Verlag Franz Vahlen im Internet:

www.vahlen.de

ISBN 978 3 8006 4578 7

Darüber hinaus hat auch die Rechtsprechung abweichende Regeln für die Verteilung der Darlegungslast entwickelt:

(a) Die **Produzentenhaftung**: Hier gilt neben der gesetzlichen Regelung der Darlegungs- und Beweislast im ProdHaftG auch eine vom Regelfall abweichende Verteilung der Darlegungslast im Bereich der deliktischen Produzentenhaftung (§ 823 Abs. 1 BGB). Nach § 1 Abs. 4 S. 1 ProdHaftG muss der Kläger nur darlegen, dass der Schaden durch einen Fehler des Produkts verursacht wurde;⁴⁸² gem. § 1 Abs. 4 S. 2 ProdHaftG trifft sodann den Produzenten die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass die Ersatzpflicht gem. Abs. 2 oder 3 der Norm ausgeschlossen ist. Für einen Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB braucht der Anspruchsteller ebenfalls nicht darzulegen, welche Umstände im Einzelnen zu dem Fehler geführt haben und dass den Produzenten hieran ein Verschulden trifft.⁴⁸³ Es ist also jeweils Sache des Herstellers, den Sachverhalt näher aufzuklären, wenn der Anspruchsteller nur bewiesen hat, dass ihm der Schaden gerade durch einen Fehler des Produkts entstanden ist.

(b) Die **Arzthaftung**: Da der Arzt nur die Behandlung des Patienten nach den Regeln der ärztlichen Kunst unter Beachtung der objektiv gebotenen Sorgfalt schuldet, nicht aber den Heilungserfolg,⁴⁸⁴ gilt, wenn der Patient den Arzt wegen Ausbleibens des Heilungserfolges in Anspruch nehmen will, die allgemeine Grundregel der Darlegungslast. Dies ändert sich jedoch, wenn der Patient darlegen (und gegebenenfalls beweisen) kann, dass dem Arzt ein grober Kunstfehler unterlaufen ist. In diesem Falle muss der Arzt darlegen und gegebenenfalls beweisen, dass der Behandlungsfehler nicht ursächlich für den Schaden des Patienten geworden ist.⁴⁸⁵

Die vorstehenden Beispiele sind nicht abschließend. Sie sollen nur belegen, dass der Bearbeiter, bevor er die allgemeine Grundregel anwendet, in jedem Falle für sich prüfen muss, ob für seinen Fall nicht eine sich entweder aus dem Gesetz ergebende oder durch Rechtsprechung und Literatur entwickelte Sonderregelung eingreift.

(4) Die Grundregel der Darlegungslast gilt für alle Klagearten: die Leistungs-, die Feststellungs- und die Gestaltungsklage. Die Umkehrung der Parteirollen bei der negativen Feststellungsklage und der Vollstreckungsgegenklage verändert die sich aus dem materiellen Recht ergebende Verteilung der Darlegungslast nicht.⁴⁸⁶ So genügt der Kläger bei der negativen Feststellungsklage seiner Darlegungslast, wenn er behauptet, dass der Beklagte sich eines Anspruchs berühme, der ihm nicht zustehe.⁴⁸⁷ Es ist dann Sache des Beklagten darzulegen (und gegebenenfalls zu beweisen), dass ihm der Anspruch zustehe, dessen er sich berührt.

(5) **Negative Tatsachen**⁴⁸⁸ darzulegen ist oft schwierig⁴⁸⁹ oder gar nicht möglich. Diese Umstände bewirken zwar keine Umkehrung der Darlegungslast (und damit

⁴⁸² Einzelheiten insoweit: Erman/*Schiemann* § 1 ProdHaftG Rn. 12.

⁴⁸³ Erman/*Schiemann* § 823 Rn. 121; *PWW/Schaub* § 823 Rn. 191 ff.

⁴⁸⁴ *PWW/Lingemann* § 611 Rn. 13.

⁴⁸⁵ BGHZ 72,136; 85, 215; 99, 391; *BGH NJW* 1981, 2513; Erman/*Schiemann* § 823 Rn. 141; *PWW/Schaub* § 823 Rn. 209 ff.

⁴⁸⁶ Zur negativen Feststellungsklage: *BGH NJW* 1977, 1638; *NJW* 1985, 221; *WM* 1992, 317; *Thomas/Putzo/Reichold* § 256 Rn. 21. Zur Vollstreckungsabwehrklage: BGHZ 34, 274; *OLG Düsseldorf NJW-RR* 1997, 444; *Musielak/Foerste* § 286 Rn. 59; *Musielak/Lackmann* § 767 Rn. 29.

⁴⁸⁷ *BGH NJW* 1993, 1716; *Schneider* Rn. 2067.

⁴⁸⁸ Zum Begriff: *Baumgärtel/Laumen/Prütting*, Rn. 332; siehe auch: *BGH FamRZ* 2007, 896; *OLGR Karlsruhe* 2007, 300.

⁴⁸⁹ *BGH ZMR* 2005, 702, 704 zur Darlegungslast des Schadensersatzansprüche wegen unberechtigter Kündigung geltend machenden Mieters, dass der Vermieter gar keinen Eigenbedarf hatte, als er das Mietverhältnis kündigte.

auch nicht der Beweislast),⁴⁹⁰ aber eine Erweiterung der Darlegungslast des Gegners: Der Beklagte darf vom Kläger darzulegende negative Tatsachen nicht einfach bestreiten, sondern er muss im Einzelnen positive Gegenbehauptungen aufstellen, die der Kläger konkret widerlegen kann.⁴⁹¹ Macht der Kläger etwa einen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung (§ 812 BGB) geltend, muss er nicht alle denkbaren Rechtsgründe, die das Erlangen (und Behaltendürfen) rechtfertigen könnten, widerlegen, wohl aber alle diejenigen, auf die der Gegner sich beruft.⁴⁹² Im Allgemeinen dürfen die Anforderungen an die Darlegungen des Klägers ebenso wenig überspannt werden wie auch im Rahmen der erweiterten Darlegungslast des Beklagten.⁴⁹³

- 296 (6) Eine besondere Rolle bei der Ausfüllung der Darlegungslast spielen **Vermutungen**. Vermutungen beeinflussen nicht nur die Beweislast, sondern auch die Darlegungslast. Die durch eine Vermutung begünstigte Partei ist daher nicht nur von der Beweislast, sondern auch in demselben Umfang von der Darlegungslast befreit.⁴⁹⁴ Vermutete Tatsachen gelten als vorgetragen, wenn allein der Anknüpfungstatbestand vorgetragen ist. Da die Vermutungswirkung im Einzelnen unterschiedlich weitreichend ist, muss hinsichtlich der Auswirkungen auf die Darlegungslast im Übrigen zwischen **gesetzlichen und tatsächlichen Vermutungen** unterschieden werden.
- 297 (a) **Gesetzliche Vermutungen** sind Beweislastnormen, die entsprechend für die Darlegungslast gelten. Sie bestehen aus der Vermutungsgrundlage – dem Vermutungstatbestand – und der Vermutungsfolge.

Beispiele: In § 476 BGB wird unabhängig davon, ob der Verkäufer insoweit einen Wissensvorsprung hat oder nicht,⁴⁹⁵ vermutet, dass dann, wenn sich im Rahmen eines Verbrauchsgüterkaufs innerhalb von 6 Monaten nach Gefahrübergang ein Sachmangel zeigt, die Sache bereits bei Gefahrübergang mangelhaft war. In § 1117 Abs. 3 BGB ist der Besitz des Hypothekenbriefes Vermutungsgrundlage, Vermutungsfolge ist die Übergabe des Briefes (Tatsachenvermutung). In § 1006 BGB ist Vermutungsgrundlage der Besitz der beweglichen Sache, Vermutungsfolge ist das Eigentum (Rechtsvermutung). Wer sich auf die Rechtsvermutung des § 1006 BGB beruft, braucht nur seinen unmittelbaren Besitz an der Sache darzulegen. Dass er auch Eigentümer sei, ergibt sich dann unmittelbar aus dem Gesetz. Er braucht keine Tatsachen für seinen Eigentumserwerb darzulegen.⁴⁹⁶ In § 1362 Abs. 1 BGB wird vermutet, dass die im Besitz beider Ehegatten befindlichen beweglichen Gegenstände allein dem Schuldner gehören.⁴⁹⁷

- 298 Es ist Sache des Vermutungsgegners, darzulegen und gegebenenfalls zu beweisen, dass trotz des Vermutungstatbestandes die Vermutungsfolge nicht zutrifft. So muss er etwa bei § 1006 BGB die Umstände darlegen, aus denen sich ergibt, dass der Besitzer mit dem Besitz kein Eigentum erworben hat. Gesetzliche Vermutungen sind

⁴⁹⁰ Allerdings gewährt die Rechtsprechung oft eine praktische Beweiserleichterung: BGH ZMR 2005, 702, 704; Baumgärtel/Laumen/Prütting Rn. 344.

⁴⁹¹ Baumgärtel/Laumen/Prütting Rn. 347–349.

⁴⁹² BGH NJW 1983, 626; NJW 1990, 392; NJW-RR 1991, 574; NJW 1999, 2887; Erman/Buck-Heeb § 812 Rn. 90; Palandt/Sprau § 812, Rn. 106.

⁴⁹³ BGH NJW 1981, 577.

⁴⁹⁴ BGH NJW 1961, 778; BAG NJW 1972, 1437.

⁴⁹⁵ BGH, Urt. v. 11.7.2007, VIII ZR 110/06.

⁴⁹⁶ BGH NJW 1960, 1518; NJW 1961, 778; FamRZ 1970, 586; Palandt/Bassenge § 1006 Rn. 1. Schneider Rn. 2103 nennt es „geradezu einen Kunstfehler“, wenn der Anwalt hier zum Eigentumserwerb vortragen würde.

⁴⁹⁷ Diese Vermutung ist auf die nichteheliche Lebensgemeinschaft nicht entsprechend anzuwenden: BGHR 2007, 254.

also durch die Darlegung und den Beweis des Gegenteils widerlegbar. Das gilt nach § 292 ZPO nicht nur für Tatsachenvermutungen, sondern entsprechend auch für Rechtsvermutungen.⁴⁹⁸ Die Darlegungs- und Beweislast hinsichtlich dieser Widerlegung trifft aber den Vermutungsgegner, also den Widerlegungspflichtigen. Er muss die Vermutung nicht nur erschüttern, sondern in vollem Umfange darlegen, dass und warum die Vermutung unwahr ist.⁴⁹⁹

Die Vermutung greift aber selbstverständlich nur, wenn die Vermutungsgrundlage unstreitig oder jedenfalls bewiesen ist. Verteidigt sich der Vermutungsgegner schon gegen die Vermutungsgrundlage, genügt bereits einfaches Bestreiten. Es ist Sache des Klägers, zunächst die Vermutungsgrundlage nach der allgemeinen Darlegungsregel darzulegen. Steht beispielsweise fest, dass der Besitzer zunächst nicht Eigenbesitz, sondern nur unmittelbaren Fremdbesitz an der Sache erworben hatte, muss er erst einmal substantiiert darlegen, dass sein Fremdbesitz zu einem späteren Zeitpunkt in rechtmäßiger Weise in Eigenbesitz umgewandelt worden sei, ehe an seinen jetzigen Besitz die Vermutungsfolge des § 1006 BGB anknüpfen kann.⁵⁰⁰

Ein Beispiel soll das Vorstehende erläutern:

300

Der Kläger übergab dem Beklagten vor einem Jahr ein wertvolles Buch, dessen Eigentümer damals unstreitig der Kläger war. Die Parteien streiten nun darüber, ob das Buch dem Beklagten nur geliehen wurde, wie der Kläger behauptet, oder geschenkt, wie der Beklagte behauptet. Der Kläger klagt auf Herausgabe des Buches.

Hinsichtlich der Anspruchsgrundlage § 604 Abs. 1 BGB (Rückgabeanspruch aus Leihe) ist der Kläger für alle Einzelheiten des Abschlusses des Leihvertrages in vollem Umfange darlegungspflichtig. Er kann insoweit nicht einfach den Rechtsbegriff „Leihe“ verwenden, sondern muss darlegen, was die Parteien hinsichtlich der bloßen Nutzungserlaubnis für den Beklagten und der Rückgabepflicht besprochen haben. Hinsichtlich der Anspruchsgrundlage § 985 BGB (Herausgabepflicht aus Eigentum) kann der Kläger sich nicht mit der Darlegung seines – unstreitigen – Eigentums zum Zeitpunkt der Übergabe des Buches an den Beklagten begnügen, um es etwa dem Beklagten zu überlassen, darzulegen (und zu beweisen), dass der Kläger dieses Eigentum verloren habe. Denn der Beklagte ist derzeit – unstreitig – Besitzer des Buches. Zugunsten des unmittelbaren Besitzers einer beweglichen Sache wird aber vermutet, dass er mit dem Erwerb des unmittelbaren Besitzes Eigenbesitzer und Eigentümer der Sache geworden sei.⁵⁰¹ Aus der allgemeinen Rechtsfortdauervermutung folgt dann weiter, dass der Beklagte auch heute noch Eigentümer des Buches sei. § 1006 Abs. 2 BGB kommt dem Kläger hier nicht zugute, da die Vermutung des § 1006 Abs. 1 S. 1 BGB zugunsten des gegenwärtigen Besitzers Vorrang vor der Vermutung zugunsten des früheren Besitzers hat.⁵⁰² Der Kläger muss also substantiiert darlegen, dass er bei Übergabe des Buches an den Beklagten sein damaliges Eigentum nicht verloren hat. Er genügt seiner Darlegungslast nicht, indem er den vom Beklagten behaupteten Erwerbsgrund „Schenkung“ schlicht bestreitet oder als wenig wahrscheinlich erscheinen lässt;⁵⁰³ er muss vielmehr diesen Erwerbsgrund in vollem Umfange widerlegen. Dazu muss er in Einzelheiten darlegen, dass er das Buch dem Beklagten unentgeltlich lediglich zum zeitweiligen Gebrauch überlassen habe.

(b) **Tatsächliche Vermutungen** haben einen geringeren Darlegungs- und Beweiswert als gesetzliche Vermutungen. Hier ist es nicht erforderlich, die Unrichtigkeit der Vermutungsfolge (also das Gegenteil) zu beweisen, sondern es genügt, die Ver-

301

⁴⁹⁸ Musielak/Huber § 292 Rn. 3; Thomas/Putzo/Reichold § 292 Rn. 1, 2.

⁴⁹⁹ BGHR 2005, 125; OLGR Saarbrücken 2006, 997; 2007, 310.

⁵⁰⁰ BGHZ 73, 361; Schneider Rn. 2100–2103.

⁵⁰¹ BGH NJW 1984, 1456; NJW 1994, 939; BGHZ 64, 395; Palandt/Bassenge § 1006 Rn. 4.

⁵⁰² Palandt/Bassenge § 1006 Rn. 5.

⁵⁰³ OLGR Saarbrücken 2007, 310.

mutung zu erschüttern. Die Voraussetzungen und Wirkungen der tatsächlichen Vermutung hat die Rechtsprechung für den **Beweis des ersten Anscheins**, den prima-facie-Beweis, entwickelt.⁵⁰⁴ Der Beweis des ersten Anscheins setzt einen bestimmten Lebenssachverhalt⁵⁰⁵ bzw. einen **typischen Geschehensablauf**⁵⁰⁶ voraus, der aufgrund eines aus den Erfahrungen des Lebens gewonnenen allgemeinen **Erfahrungssatzes** ohne Weiteres mit einem hohen Maß von Wahrscheinlichkeit den Schluss auf bestimmte Ursachen, das heißt auf die zu beweisende Tatsache, zulässt. Die dem Beweis des ersten Anscheins zugrunde liegenden Erfahrungssätze müssen so zwingend sein, dass sie den vollen Beweis erbringen und in vollem Umfang die Überzeugung des Richters begründen.⁵⁰⁷ Insoweit muss es sich um gesicherte, *allgemein* unumstrittene Lebenserfahrungssätze handeln; bei Weitem nicht jeder Erfahrungssatz des Lebens,⁵⁰⁸ erst recht nicht jede private Erfahrung des Richters, hat eine derartige Beweiskraft.⁵⁰⁹

- 302 In vielen Schadensersatz-, insbesondere – aber bei Weitem nicht nur – in Unfallprozessen, ist es für den Geschädigten oft schwierig, alle anspruchsbegründenden Tatsachen, vor allem die Tatsachen für den Ursachenzusammenhang und für das Verschulden des Schädigers, darzulegen und zu beweisen. Von dieser Darlegungslast ist er jedoch zunächst befreit, wenn zu seinen Gunsten die Grundsätze des Beweises des ersten Anscheins anzuwenden sind.

Beispiele: Der Beweis des ersten Anscheins spricht gegen das verkehrsgerechte Verhalten eines Kraftfahrers, der auf übersichtlicher Straße auf den Bürgersteig gefahren ist;⁵¹⁰ der in einer Rechtskurve auf die linke Fahrbahn geraten ist, ohne dass ein Versagen der technischen Einrichtungen festgestellt werden kann;⁵¹¹ der auf ein anderes Fahrzeug aufgefahren ist;⁵¹² oder der beim Linksabbiegen mit einem aus der Gegenrichtung geradeaus fahrenden Fahrzeug zusammengestoßen ist.⁵¹³ Die Verletzung von Unfallverhütungsvorschriften erlaubt den Schluss auf die Ursächlichkeit eines eingetretenen Unfalls.⁵¹⁴

- 303 In allen diesen Fällen braucht der Geschädigte nur den typischen Geschehensablauf und den darauf gestützten Erfahrungssatz darzulegen. Es obliegt nunmehr dem Gegner, den aus dem Erfahrungssatz resultierenden Beweis des ersten Anscheins zu entkräften.⁵¹⁵ Dazu braucht er nicht den zur Widerlegung einer gesetzlichen Vermu-

⁵⁰⁴ BGHZ 2,5; 8, 239; BGH NJW 1883, 1380; MDR 1984, 221; NJW 1986, 2829; NJW 1987, 2876; Baumgärtel/Laumen/Prütting Rn. 227 ff.; Schneider MDR 2001, 246; Stück JuS 1996, 153.

⁵⁰⁵ Beispiel: Ein Vertragstext ist gedruckt. Das lässt den Schluss darauf zu, dass dies zur oftmaligen Verwendung des Vertragstextes geschehen ist. Das wiederum lässt den Schluss darauf zu, dass es sich bei dem Vertragstext um Allgemeine Geschäftsbedingungen handelt; so OLG Celle 2007, 503.

⁵⁰⁶ Unterschiedliche Beispiele solcher typischen Geschehensabläufe: BGH NJW 1996, 1828; OLG Karlsruhe NZV 229; BayObLG BayVerwBl. 1995, 219; OLG München 2006, 365; OLG Celle 2007, 467; OLG Karlsruhe NJOZ 2007, 1812.

⁵⁰⁷ BGH NJW 1961, 779; Baumgärtel/Laumen/Prütting Rn. 246.

⁵⁰⁸ Fraglich z. B. die Annahme des OLG Brandenburg jurisPR-MietR 17/2007, bei Aufbauten auf fremdem Boden spreche eine Vermutung dafür, dass es sich um einen bloßen Scheinbestandteil gem. § 95 BGB handle.

⁵⁰⁹ Baumgärtel/Laumen/Prütting Rn. 375.

⁵¹⁰ BGH NJW 1951, 195; VersR 1958, 566.

⁵¹¹ BGH VersR 1966, 693.

⁵¹² BGH NJW-RR 1989, 670; OLG Celle VersR 1986, 450; Nothoff VRR 2005, 124.

⁵¹³ BGHR 2007, 628.

⁵¹⁴ BGH VersR 1972, 149.

⁵¹⁵ Haben die Parteien den Erfahrungssatz, den das Gericht seiner Entscheidung zu Grunde legen will, nicht gesehen, muss es die Parteien zunächst auf den angeblichen Erfahrungssatz und die Konsequenzen, die das Gericht aus ihm ableiten will, hinweisen: OLG Brandenburg jurisPR-MietR 17/2007.

tung erforderlichen Beweis des Gegenteils zu führen, weil der Beweis des ersten Anscheins keine Umkehr der Beweislast bewirkt. Es ist vielmehr ausreichend, wenn der Gegner die ernsthafte Möglichkeit eines anderen als des typischen Geschehensablaufs darlegt und beweist.⁵¹⁶

Beispiel: Der Kraftfahrer, zu dessen Lasten der Beweis des ersten Anscheins spricht, dass er durch Unaufmerksamkeit, also fahrlässig, gegen einen Baum gefahren ist, muss also Tatsachen darlegen und beweisen, aus denen sich die ernsthafte Möglichkeit ergibt, dass er ohne sein Verschulden aus der Fahrbahn geraten und gegen den Baum gefahren ist.⁵¹⁷

Ist der Beweis des ersten Anscheins erschüttert, besteht für den, den ursprünglich die Darlegungslast traf, keine Darlegungserleichterung mehr. Er muss jetzt auch das anspruchsbegründende Tatbestandsmerkmal, für das zunächst eine Darlegungserleichterung galt, in allen Einzelheiten darlegen und gegebenenfalls beweisen. 304

ii) Die Behandlung von Einreden und Einwendungen gegen den Anspruch in der Klägerstation

In der Klägerstation findet eine reine Rechtsprüfung auf der Grundlage des Vorbringens des Klägers statt.⁵¹⁸ Ergibt sich aus dem Klägervorbringen, dass dem Beklagten eine von diesem erhobene Einrede oder Einwendung zustehen könnte, ist dies daher ebenfalls in der Klägerstation zu prüfen. Bei Einreden ist allerdings zu beachten, dass diese vom Beklagten erhoben sein müssen, was sich also bereits aus dem Klägervortrag ergeben muss. Entsprechendes gilt, wenn eine Einwendung (z. B. eine Aufrechnung) von der Abgabe einer Erklärung des Beklagten abhängig ist. Es genügt allerdings – wie stets –, dass der Kläger den Vortrag des Beklagten, er habe diese Erklärung abgegeben, nicht bestreitet. Häufig wird die Erklärung auch im Prozess abgegeben oder wiederholt. In diesem Fall kann der Kläger i.d.R. die Abgabe der Erklärung nicht bestreiten. 305

Beispiel: Der Kläger verlangt mit der am 15.8.2011 rechtshängig gewordenen Klage vom Beklagten, einem Unternehmen, im Wege der Minderung (§ 638 Abs. 4 BGB) die Zahlung von 5.000 €, da der von ihm auf dem Flachdach eines Gebäudes des Klägers errichtete Dachgarten erhebliche Mängel, die er im Einzelnen substantiiert auflistet, aufweise. Der Dachgarten ist ohne wesentliche Eingriffe in die Gebäudesubstanz angelegt worden und könnte auch ohne größeren Aufwand wieder entfernt werden. Der Wert der Anlage sei durch die Mängel mindestens um 5.000 €, ein Viertel des Werklohnes, herabgesetzt. Die Anlage ist im Juni 2007 abgenommen worden, die Mängel zeigten sich im Sommer 2008. Der Beklagte habe jegliche Nacherfüllung endgültig abgelehnt. Er berufe sich zwar auf Verjährung. Dieser Einwand greife jedoch nicht durch, da es die Arbeiten ein Bauwerk beträfen, weshalb die 5-jährige Verjährungsfrist des § 634a Abs. 1 Nr. 2 BGB gelte. Der Beklagte erhebt in der Klageerwiderung die Verjährungseinrede und bestreitet zudem substantiiert die gerügten Mängel. Zudem behauptet er, der Minderungsbetrag sei weit übersetzt. Eine Mängelbeseitigung lehnt er – mangels Mängeln – nach wie vor kategorisch ab. Beide Parteien haben ihren Vortrag durch Zeugen und Sachverständigengutachten unter Beweis gestellt.

⁵¹⁶ BGHZ 100, 33; BGH NJW 1978, 2032; OLG Köln VersR 1991, 1195; OLGR 2007, 42; OLGR Frankfurt 2006, 812; Baumgärtel/Laumen/Prütting Rn. 263.

⁵¹⁷ So schon BGHZ 8, 240.

⁵¹⁸ Siehe Rn. 260.

Schlüssigkeitsprüfung:

Anspruchsgrundlage ist § 638 Abs. 4 BGB. Da der Beklagte die zunächst vorrangig geschuldete Nachbesserung (§§ 635, 323 Abs. 1 BGB) endgültig abgelehnt hat, kann der Kläger Minderung des Werklohnes verlangen (§ 634 Nr. 3 BGB), wenn das Werk nicht die vereinbarte Beschaffenheit hat oder mit Sachmängeln behaftet ist, die seine Tauglichkeit zur nach dem Vertrage vorausgesetzten oder sonst zur gewöhnlichen Verwendung oder Gebrauch aufheben oder mindern (§ 633 Abs. 2 BGB). Der Bestimmung einer Frist zur Nachbesserung bedurfte es hier im Hinblick auf die endgültige Nachbesserungsverweigerung durch den Beklagten nicht (§ 323 Abs. 2 Nr. 2 BGB). Das Werk des Beklagten, der Dachgarten auf dem Haus des Klägers, ist mangelhaft (Hier müssten die aufgelisteten Mängel untersucht werden; es wird unterstellt, dass das Vorbringen des Klägers diesbezüglich schlüssig ist.). Der Wert des Dachgartens ist durch die vorhandenen Mängel um 5.000 € gemindert (Hier wird wieder unterstellt, dass sich aus dem Vortrag des Klägers nachvollziehen lässt, wie er auf den Betrag von 5.000 € kam, und dass sein Vorbringen im Hinblick auf gerade diese Herabsetzung des Werklohnes schlüssig ist.). Der Kläger hat den vollen Werklohn bereits bezahlt, so dass er den sich nach der Minderung ergebenden Mehrbetrag erstattet verlangen kann (§ 638 Abs. 4 BGB).

An dieser Stelle sind, bevor die Schlüssigkeitsprüfung fortgesetzt wird, folgende Überlegungen angebracht:

Würde die Prüfung an dieser Stelle enden, wäre das Ergebnis der Klägerstation, dass das Klägervorbringen schlüssig ist. Da der Kläger jedoch selbst vorgetragen hat, der Beklagte habe die Verjährungseinrede erhoben, da der Beklagte sie zudem im Prozess selbst noch einmal wiederholt hat, so dass der Kläger die Erhebung der Verjährungseinrede nicht bestreiten kann, ist es unstrittig, dass der Beklagte sich auf die Verjährung des Minderungsanspruchs beruft. Die Daten, die den Beginn der Verjährungsfrist und deren Ende bestimmen, sind, unabhängig welche Verjährungsfrist man anwenden will, unstrittig. Die Parteien streiten sich, soweit es um die Verjährung geht, nur in rechtlicher Hinsicht, nämlich darum, welche Verjährungsfrist anzuwenden sei. Die Verjährung eines Anspruchs ist zwar nicht von Amts wegen zu berücksichtigen, sobald der Richter aus den Daten entnimmt, dass die Verjährungsfrist abgelaufen ist.⁵¹⁹ Es ist jedoch nicht erforderlich, dass der Schuldner die Einrede – wie es vorliegend sogar noch geschehen ist – selbst im Prozess geltend macht. Für ihre Berücksichtigung im Prozess ist es ausreichend, dass der Schuldner sich dem Gläubiger gegenüber darauf berufen hat und dass eine der beiden Prozessparteien, also auch der Gläubiger,⁵²⁰ dies in den Prozess einführt. Daher wird in unserem Beispielfall das Vorbringen des Klägers unschlüssig, falls sich aus den unstrittigen Daten objektiv (an die Rechtsansichten der Parteien zu den Verjährungsfristen ist das Gericht ja nicht gebunden) ergeben sollte, dass Verjährung eingetreten ist. Bei den Arbeiten zur Errichtung des Dachgartens dürfte es sich nicht um Arbeiten an einem Bauwerk handeln, sondern um solche, die § 634a Abs. 1 Nr. 1 BGB zuzuordnen sind.⁵²¹ Daher gilt die zweijährige Verjährungsfrist, nicht die fünfjährige (§ 634a Abs. 1 Nr. 2 BGB). Die Verjährungsfrist begann mit der Abnahme des Werkes im Juni 2007 zu laufen (§ 634a Abs. 2 BGB). Der Anspruch war bei Klageerhebung daher schon verjährt. Somit besteht nach dem einleitend Gesagten Veranlassung, schon in der Klägerstation auf die Verjährungseinrede einzugehen.

Wir fahren also in der Schlüssigkeitsprüfung fort:

Der Anspruch des Klägers könnte aber verjährt sein, so dass seine Durchsetzung auf Dauer gehemmt wäre.⁵²² Der Beklagte hat im Schriftsatz vom ... die Verjährungseinrede erhoben. Der Dachgarten wurde im Juni 2007 abgenommen. Spätestens am 1.7.2007 begann die Verjährung der Gewährleistungsrechte zu laufen (§ 634a Abs. 2 BGB).

⁵¹⁹ Erman/Schmidt-Räntsch § 214 Rn. 2; Palandt/Ellenberger § 214 Rn. 3; PWW/Kessler § 214 Rn. 2.

⁵²⁰ OLG Düsseldorf NJW 1991, 2091; Bamberger/Roth/Henrich § 214 Rn. 2; Erman/Schmidt-Räntsch § 214 Rn. 3; PWW/Kessler § 214 Rn. 2.

⁵²¹ So auch OLG München NJW-RR 1990, 917; Palandt/Sprau § 634a Rn. 8.

⁵²² Zur Wirkung der Verjährungseinrede: Palandt/Ellenberger § 214 Rn. 2; PWW/Kessler § 214 Rn. 1.

Daher wäre der Anspruch verjährt, wenn die zweijährige Verjährungsfrist für Arbeiten, für die § 634a Abs. 1 Nr. 1 BGB gilt, oder die dreijährige Verjährungsfrist für sonstige Arbeiten i. S. v. § 634a Abs. 1 Nr. 3 BGB und nicht die fünfjährige Verjährungsfrist für Arbeiten an Bauwerken (§ 634a Abs. 1 Nr. 2 BGB) zur Anwendung kommt. „Bauwerk“ ist jede unbewegliche, durch Verwendung von Arbeit und Material in Verbindung mit dem Erdboden hergestellte Sache.⁵²³ Arbeitsziel der Arbeiten an einem Bauwerk ist dessen Neuherstellung, sind aber auch Umbauten, Veränderungen und Reparaturen, soweit Letztere für Erneuerung und Bestand des Gebäudes von wesentlicher Bedeutung sind.⁵²⁴ Arbeiten an einem Grundstück und an den auf ihm errichteten Gebäude, die nicht wesentlich in die Gebäudesubstanz eingreifen und daher nicht als Arbeiten am Bauwerk gelten, sind dagegen Arbeiten an einer Sache i. S. v. § 634a Abs. 1 Nr. 1 BGB.⁵²⁵ Da die Errichtung des Dachgartens vorliegend wesentliche Eingriffe in die Substanz des Gebäudes nicht erforderte, handelt es sich um Arbeiten zur Herstellung einer Sache (Sachgesamtheit). Da die Arbeiten also § 634a Abs. 1 Nr. 1 BGB zuzuordnen sind, entfällt eine Zuordnung zu Abs. 1 Nr. 3. Daher gilt für die Gewährleistungsansprüche die zweijährige Verjährungsfrist. Der Anspruch des Klägers auf Minderung ist deshalb verjährt.

Das Vorbringen des Klägers ist somit nicht schlüssig im Hinblick auf den von ihm geltend gemachten Anspruch auf Zahlung von 5.000 €. Daher ist die Klage unbegründet.

Hätte der Bearbeiter vorliegend zur Verjährung anders entschieden, die Arbeiten also als Arbeiten an einem Bauwerk bewertet, so dass die Verjährungsfrist nicht abgelaufen wäre, hätte sich ihm die Frage gestellt, ob er auch in diesem Fall schon in der Klägerstation auf das Verjährungsproblem eingehen soll. Die Frage ist im vorliegenden Fall zu bejahen.

Einreden oder Einwendung des Beklagten sind dagegen nicht in der Klägerstation 306 zu prüfen, wenn der Sachverhalt, auf den diese gestützt sind, sich aus dem Klägervorbringen nicht ergibt, wenn also der Kläger diesen Sachverhalt bestritten hat. Hier ist allerdings Vorsicht geboten, denn auch aus einem streitigen Vortrag zu einer Einrede kann sich ergeben, dass diese jedenfalls besteht.

Beispiel: Der Kläger und der Beklagte streiten sich in einem Mängelgewährleistungsfall über den Zeitpunkt der Abnahme des Werkes. Der Kläger geht von einer dreijährigen Verjährungsfrist aus, die noch nicht abgelaufen ist, der Beklagte von einer zweijährigen, die abgelaufen wäre, wenn sein Vortrag zum Zeitpunkt der Abnahme festgestellt werden könnte. In Wahrheit gilt für den Fall aber eine einjährige vertraglich vereinbarte Verjährungsfrist (§ 202 Abs. 1 BGB),⁵²⁶ die in jedem Falle verstrichen ist, unabhängig davon, ob man dem Kläger oder dem Beklagtenvortrag folgt. Unstreitig ist, dass die Verjährungseinrede als solche erhoben ist.

In diesem Beispielfall ist der Streit der Parteien über das Abnahmedatum, den Zeitpunkt also, an dem die Verjährungsfrist zu laufen begann, unerheblich. Auch wenn man das Klägervorbringen mit dem späteren Verjährungsbeginn der Prüfung zugrunde legt, ist die Verjährungsfrist abgelaufen. Auch das streitige Vorbringen des Klägers ist deshalb schon nicht schlüssig im Hinblick auf die Durchsetzbarkeit seines Gewährleistungsanspruchs. Deshalb ist schon am Ende der Klägerstation festzustellen, dass die Klage nicht begründet ist.

Einreden und Einwendungen, die der Beklagte (zulässigerweise) nur hilfsweise 307 geltend macht (wie etwa eine Hilfsaufrechnung),⁵²⁷ sind ebenfalls nicht in der Klägerstation zu prüfen. Das gilt auch dann, wenn sich aus dem Klägervortrag ergibt, dass der Beklagte mit seiner Einwendung Erfolg hat. Es steht zur Disposition des

⁵²³ BGHZ 57, 60.

⁵²⁴ BGHZ 19, 322; 53, 43; BGH NJW 1991, 2486.

⁵²⁵ Palandt/Sprau § 634 a Rn. 8.

⁵²⁶ Zur Zulässigkeit derartiger Vereinbarungen: Bamberger/Roth/Henrich § 202 Rn. 1, 3; Palandt/Ellenberger § 202 Rn. 2, 3; PWW/Kessler § 202 Rn. 1, 5.

⁵²⁷ Ausführlich zur Hilfsaufrechnung Rn. 948 ff.

Beklagten, ob er diese Rechte geltend macht. Daher ist vorrangig zu prüfen, ob seine Haupteinwendungen durchgreifen.

308 Wird eine Einrede oder Einwendung erstmals in der Beklagtenstation angesprochen, ist Streitiges Vorbringen des Klägers, mit dem dieser dem den Tatbestand der Einrede ausfüllenden Beklagtenvortrag entgegentritt, in einer **Replik des Klägers** zu erörtern. Dies ist eine eigene Prüfungsstation, die sich an die Beklagtenstation anschließt. Einer Replik bedarf es natürlich nicht, wenn zwar das Vorbringen der Parteien zum Tatbestand der Einrede streitig ist, wenn aber schon das Vorbringen des Beklagten diese Einrede nicht ausfüllt, so dass es gegenüber der Klageforderung nicht erheblich ist.

309 Die vorstehenden Regeln gelten gleichermaßen für Einreden und Einwendungen im technischen Sinne. Einwendungen (z. B. der Erfüllungseinwand oder der Einwand des Verstoßes gegen die guten Sitten) sind zwar von Amts wegen zu untersuchen, es bedarf also nicht des ausdrücklichen Erhebens des Einwandes, wie dies bei der Einrede immer erforderlich ist. Aber für eine Untersuchung ist nur dann Raum, wenn entsprechende Tatsachen, die den Tatbestand der Einwendung ausfüllen können, vorgetragen worden sind. Eine Untersuchung in der Klägerstation ist daher nur dann möglich, wenn das Vorbringen des Klägers ernsthaft geeignet ist, den Tatbestand der Einwendung auszufüllen. Deshalb erübrigt sich im Gutachten eine lange theoretische Diskussion zur Frage, ob eine Einrede oder Einwendung⁵²⁸ gegen den Klageanspruch geprüft wird. Bei der Einrede hat der Verfasser, der sie nach den obigen Regeln schon in der Klägerstation prüfen will, eben nur zusätzlich festzustellen, dass und wann sie erhoben worden ist.

310 War es nach den vorstehenden Regeln erforderlich, eine Einrede des Beklagten bereits in der Klägerstation zu prüfen und hatte der Verfasser insoweit festgestellt, dass schon das Klägervorbringen den Tatbestand der Einrede (Einwendung) ausfüllt, darf er nicht voreilig seine Prüfung mit der Feststellung beenden, das Klägervorbringen sei nicht schlüssig, die Klage also nicht begründet. Er hat zunächst noch zu prüfen, ob der Kläger etwa weitere Tatsachen vorbringt, die ihm den Anspruch dennoch erhalten sollen (sog. „erweiterte Schlüssigkeitsprüfung“). Die Folge solcher **anspruchserhaltender Tatsachen kann es sein**, dass die rechtshindernden und rechtsvernichtenden oder rechtshemmenden Folgen des Einwands oder der Einrede nicht bestehen. Ein anfechtbares Rechtsgeschäft kann bestätigt werden mit der Wirkung, dass die Anfechtung ausgeschlossen ist (§ 144 BGB). Die Einrede der Verjährung ist unbegründet, wenn die Verjährung nach Anerkenntnis des Anspruchs ganz neu zu laufen begonnen hat und die neue Frist noch nicht abgelaufen ist (§ 212 Abs. 1 Nr. 1 BGB). Die vom Beklagten zur Aufrechnung gestellte, vom Kläger nicht bestrittene Forderung, kann durch Aufrechnung mit einer älteren Forderung des Klägers erloschen sein. Prüft der Bearbeiter dies alles bereits in der Klägerstation mit dem Ergebnis, dass das Klägervorbringen trotz der vom Beklagten Einrede schlüssig bleibt, erspart er sich eine Replik hinter der Beklagtenstation. Das Gutachten vereinfacht sich also.

jj) Verspätetes Vorbringen des Klägers

311 Ein Sonderproblem stellt die Behandlung sog. verspäteten und daher möglicherweise unbeachtlichen Vorbringens des Klägers dar. Grundsätzlich ist in der Klägerstation das gesamte Vorbringen des Klägers auf seine Schlüssigkeit hin zu überprüfen. Schwierigkeiten treten aber auf, wenn der Kläger einen Teil seines Vortrages erst

⁵²⁸ Zur Unterscheidung: Bamberger/Roth/Dennhardt § 390 Rn. 2; Erman/Wagner § 390 Rn. 2.