

# Die mündliche Zivilrechtsprüfung im Assessorexamen

12 Prüfungsgespräche

Bearbeitet von  
Julia Hagenkötter, Robert Pragst

1. Auflage 2017. Buch. VII, 104 S. Softcover

ISBN 978 3 8114 4557 4

Format (B x L): 16,5 x 23,5 cm

[Recht > Zivilrecht > Zivilrecht allgemein, Gesamtdarstellungen](#)

Zu [Inhaltsverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei



Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

### **Vertiefungshinweise**

Der Fall ist angelehnt an ein Urteil des BGH vom 20.05.2009, Az. I ZR 218/07, abgedruckt in NJW 2009, 2958.

Zum Double-Opt-In:

AG Hamburg, Beschluss vom 5.5.2014,  
Az. 5 C 78/12

Grundlegendes zu Arrest und  
einstweiliger Verfügung:

*Heuer/Schubert* JA 2005, 202

Grundfälle zum deliktischen Schutz  
des Allgemeinen Persönlichkeits-  
rechts:

*Staake/von Bressendorf* JuS 2015, 683  
und 777

Grundfälle zum deliktischen Unter-  
nehmensschutz:

*Staake/von Bressendorf* JuS 2016, 297

Zum Anspruch auf Unterlassung der  
Zusendung unerwünschter E-Mails  
mit werbenden Zusätzen:

BGH, Urteil vom 15.12.2015, Az. VI  
ZR 134/15 (GRUR 2016, 530)

## Fall 9

### **Werkvertragliche Leistungskette**

<b>Materielles Recht:</b>	Werkvertrag, Freistellungsanspruch
<b>Prozessrecht:</b>	Streitverkündung, Drittwiderrklage

Prüfer: *Sie sind einem Richter am Landgericht zur Ausbildung zugewiesen, der Ihnen folgenden Fall vorträgt:*

*„Der Kläger ist ein Subunternehmer, der vom Hauptunternehmer die Zahlung von Werklohn begehrte. Der Hauptunternehmer war von einer Familie mit der Errichtung eines Einfamilienhauses beauftragt worden. Er hat seinerseits den Subunternehmer mit dem Einbau der Fenster beauftragt. Im Jahr 2009 bezog die Familie das Haus und leistete an den Hauptunternehmer die volle vereinbarte Vergütung.*

*Der Subunternehmer nimmt nun den Hauptunternehmer auf Zahlung seines ausstehenden Werklohns i.H.v. 20.000 € in Anspruch. Dies verweigert der Hauptunternehmer unter Hinweis auf Dichtungsmängel an den Fenstern, deren Beseitigung 15.000 € kostet. Der Subunternehmer bestreitet die Mängel und deren Beseitigungskosten nicht, meint aber, der Hauptunternehmer könne sich hierauf nicht berufen, da er – was zutrifft – seinerseits nicht mehr vom Besteller in Anspruch genommen werden kann, weil dessen Ansprüche gegen den Hauptunternehmer inzwischen verjährt sind.“*

*Besteht der Werklohnanspruch?*

Kandidat: Ein solcher könnte sich aus § 631 Abs. 1 2. Hs BGB ergeben. Zwischen Haupt- und Subunternehmer besteht ein Werkvertrag. Der Werklohnanspruch ist fällig bei der Abnahme des Werkes, § 641 Abs. 1 S. 1 BGB. Dies meint die körperliche Entgegennahme durch den Besteller als im Wesentlichen vertragsgemäß Leistung. Eine körperliche Entgegennahme scheidet bei Leistungen wie der vorliegenden naturgemäß aus, sodass die Anerkennung als vertragsgemäß Leistung genügen muss. Der Hauptunternehmer müsste die eingebauten Fenster also gegenüber dem Subunternehmer gebilligt haben.

## Fall 9 Werkvertragliche Leistungskette

- Prüfer: Ist das wirklich erforderlich? Denken Sie daran: Wir haben es mit einem Drei-Personen-Verhältnis zu tun. Schauen Sie noch einmal ins Gesetz.
- Kandidat: Nach § 641 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BGB genügt es, dass der Besteller von dem Dritten seine Vergütung erhalten hat.
- Prüfer: Wer ist im vorliegenden Fall „Besteller“ im Sinne des § 641 Abs. 2 BGB? Subsumieren Sie bitte einmal vollständig.
- Kandidat: Der beklagte Hauptunternehmer ist Besteller im Verhältnis zum klägerischen Subunternehmer. Er hat die Herstellung des Werks – das Einbauen der Fenster – einem Dritten, nämlich der Familie versprochen. Der Hauptunternehmer hat seinerseits von der Familie die Vergütung erhalten.
- Prüfer: Schön. Sie haben vorhin ganz richtig definiert, was unter „Abnahme“ zu verstehen ist. Welche Rechtsnatur hat denn die Abnahme?
- Kandidat: Ich würde sie als geschäftsähnliche Handlung einordnen, da an die Erklärung vom Gesetz bestimmte Folgen geknüpft werden, unabhängig vom Willen des Erklärenden.
- Prüfer: Das können Sie gut so vertreten. Man kann die Abnahme auch als Willenserklärung einordnen. Praktische Folgen dürften damit aber nicht verbunden sein, da die Regeln über Willenserklärungen bekanntermaßen auch auf geschäftsähnliche Handlungen entsprechende Anwendung finden. Was meinen Sie denn mit den „Folgen“, die das Gesetz an die Abnahme knüpft?
- Kandidat: Der Anspruch auf die Vergütung wird fällig (§ 641 BGB), die Gefahr geht auf den Besteller über (§ 644 BGB), die Beweislast kehrt sich um, die Verjährung der Mängelansprüche beginnt (§ 634a Abs. 2 BGB).
- Prüfer: Sehr schön. Wie sieht es nun mit einem Leistungsverweigerungsrecht des Beklagten aufgrund der Mängel aus?
- Kandidat: Ein solches könnte sich hier aus § 320 BGB ergeben. Der Anspruch auf Werklohnzahlung und der Nacherfüllungsanspruch stehen im Gegenseitigkeitsverhältnis.
- Prüfer: Das ist vom Grundgedanken her richtig. Schauen Sie aber noch einmal ins Gesetz, ob es nicht vielleicht im Werkvertragsrecht eine spezialgesetzliche Ausprägung dieses Leistungsverweigerungsrechts gibt.

- Kandidat: § 641 Abs. 3 BGB. Wegen der Dichtungsmängel steht dem Besteller, also dem Beklagten, ein Anspruch auf Mängelbeseitigung aus §§ 634 Nr. 1, 635 Abs. 1 BGB zu. Er darf also einen angemessenen Teil der Vergütung zurückhalten. Das Doppelte der Mängelbeseitigungskosten beträgt 30.000 €, sodass er die 20.000 € zurückhalten durfte.
- Prüfer: Soweit sind Ihre Feststellungen richtig. Haben Sie trotzdem Bedenken gegen dieses Ergebnis?
- Kandidat: Naja, der Beklagte steht damit gut da, weil er selbst von seinem Auftraggeber den vollen Lohn bekommen hat. Die Frage ist, ob es dem Willen des Gesetzgebers entspricht, dass der Hauptunternehmer profitiert, wenn sein Auftraggeber seine Ansprüche hat verjähren lassen. Oder ob er nicht den enthaltenen Werklohn quasi zum Subunternehmer „weiterreichen“ muss.
- Prüfer: Richtig. An welcher Norm würden Sie Ihre Bedenken festmachen?
- Kandidat: Man könnte erwägen, ob der Beklagte treuwidrig im Sinne des § 242 BGB handelt, wenn er die Zahlung des Werklohns verweigert, obwohl er seinerseits den vollen Lohn bekommen hat und nicht mehr in Anspruch genommen werden kann.
- Prüfer: Und, was meinen Sie?
- Kandidat: Nach dem Wortlaut des § 641 Abs. 3 BGB kommt es nur auf das Bestehen eines Mängelbeseitigungsanspruchs an. Dies gilt auch in Drei-Personen-Verhältnissen, da das Gesetz an dieser Stelle – anders als im Absatz 2 – ja gerade nicht differenziert. Dann könnte man vielleicht noch mit dem Sinn und Zweck des Leistungsverweigerungsrechts argumentieren.
- Prüfer: Richtig. Was meinen Sie, worin dieser liegt? Wir hatten ja vorhin schon die Parallele zu § 320 BGB gezogen ...
- Kandidat: Mit dem Leistungsverweigerungsrecht wollte der Gesetzgeber dem Besteller ein Druckmittel gegenüber dem Unternehmer an die Hand geben, damit dieser die bestehenden Mängel beseitigt. Der Unternehmer kann das Leistungsverweigerungsrecht zu Fall bringen, indem er die Mängel behebt. Wenn man dem Beklagten nun dieses Leistungsverweigerungsrecht versagen würde, könnte er keinerlei Druck mehr auf den Kläger ausüben. Der Kläger würde sich damit seiner Mängelbeseitigungspflicht entziehen und den vollen Werklohn für ein mangelhaftes Werk kassieren.

## Fall 9 Werkvertragliche Leistungskette

- Prüfer: Sehr schön. Profitiert also tatsächlich der Hauptunternehmer, wenn wir ihm das Leistungsverweigerungsrecht zugestehen?
- Kandidat: Nein, weil er ja bei Beseitigung der Mängel den Werklohn an den Subunternehmer zahlen muss. Letztlich profitiert der Auftraggeber des Hauptunternehmers, weil ihm die Mängelbeseitigung zugutekommt. Dieser hat Glück gehabt, weil er dank der Dreipersonen-Beziehung trotz der Verjährung seiner Ansprüche gegen den Hauptunternehmer doch noch in den Genuss der Mängelbeseitigung kommt.
- Prüfer: So ist es. Damit dürfte die Klage derzeit unbegründet sein. Ich wandele den Fall nun ein wenig ab. Der Subunternehmer hat seinen vollen Werklohn bekommen. Allerdings begehrte der Hauptunternehmer – nach erfolgloser Fristsetzung – wegen der Mängel Schadensersatz vom Subunternehmer in Höhe der Mängelbeseitigungskosten. Auch hier verteidigt sich der Subunternehmer damit, dass der Hauptunternehmer seinerseits vom Besteller nicht mehr in Anspruch genommen werden kann.
- Woraus ergibt sich der Schadensersatzanspruch?
- Kandidat: Aus §§ 634 Nr. 4, 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 BGB. Problematisch ist allerdings die Frage eines Schadens, weil der Hauptunternehmer ja nicht mehr auf Mängelbeseitigung in Anspruch genommen werden kann und deshalb keine finanzielle Einbuße erlitten hat ...
- Prüfer: Man könnte doch einen Schaden unter normativen Gesichtspunkten bejahen, wenn man sagt, dass das Rechtsverhältnis zwischen dem Hauptunternehmer und seinem Besteller den Subunternehmer nichts angeht. Wir haben vorhin ja auch ein Leistungsverweigerungsrecht des Hauptunternehmers bejaht, obwohl sein Besteller gegen ihn keine Ansprüche mehr hat.
- Kandidat: Ja, da haben Sie wohl recht ...
- Prüfer: Lassen Sie sich von mir nicht beirren. Sie waren ja auf einem guten Weg. Worin liegt denn der Unterschied zum Ausgangsfall?
- Kandidat: Dort ging es um ein Druckmittel, welches den Subunternehmer zur Mängelbeseitigung anhalten sollte. Hier geht es um die Zahlung eines Geldbetrages.
- Prüfer: Richtig. Und wer profitiert jeweils im Ergebnis?