



Quelle: <https://research.wolterskluwer-online.de/document/f0d543d4-74f5-33c7-a319-7a0d6ae423c6>

Zeitschrift	BauR - Baurecht
Autor	Claus Halfmeier
Rubrik	Aufsätze
Referenz	BauR 2022, 830 - 838 (Heft 6)
Verlag	Werner Verlag

Halfmeier, BauR 2022, 830

Der Vorschussanspruch – materiell- und prozessrechtliche Fragen und Antworten



von Richter am Bundesgerichtshof Claus Halfmeier, Karlsruhe

I. Einführung

Im Werkvertragsrecht kommt dem Anspruch des Bestellers gegen den Unternehmer auf Zahlung eines Vorschusses gem. § 637 Abs. 3 BGB eine große Bedeutung zu.¹ Er versetzt den Besteller in die Lage, die



Ergebnisse einer Nacherfüllung wegen eines Mangels des Werks selbst herbeizuführen (Selbstvornahme, § 637 BGB), ohne bestimmte Nachteile in Kauf nehmen zu müssen, die er bei einer Nacherfüllung durch den Unternehmer nicht hätte. Der Vorschussanspruch wird in der Beschreibung der Rechte des Bestellers bei Mängeln in § 634 BGB (Mängelrechte) nicht gesondert erwähnt. Vielmehr taucht er erstmals in dem dort in Bezug genommenen § 637 BGB auf. Das könnte bereits darauf hindeuten, dass es sich bei diesem Anspruch nicht bloß um eines von mehreren verschiedenen Mängelrechten handelt, sondern ihm eine bestimmte Sonderstellung zukommt. Andererseits wird bei einer Aufzählung der werkvertraglichen Mängelrechte der Vorschussanspruch gemeinhin neben den übrigen Rechten (vgl. § 634 BGB) genannt, was gerechtfertigt ist, weil er in gleicher Weise einen Mangel voraussetzt und dem Besteller unter jeweils bestimmten Voraussetzungen wie die übrigen Rechte auch (wahlweise) zur Verfügung steht. Es wird im Folgenden gezeigt, dass es gleichwohl Besonderheiten gibt, die beachtenswert sind. Aus ihnen folgen Fragen, von denen einige hier näher betrachtet und beantwortet werden sollen.

II. Systematische Einordnung

1. Zivilrecht

Einen Anspruch auf Vorschuss, wie er in § 637 Abs. 3 BGB geregelt ist, kennen die Mängelrechte der übrigen Schuldverhältnisse des Besonderen Schuldrechts nicht. Gleichwohl ist der Charakter eines Zahlungsanspruchs als Vorschuss kein Fremdkörper im Zivilrecht. Ein derartiger Anspruch findet sich etwa an mehreren Stellen im BGB, nämlich in §§ 475 Abs. 4 (im Zusammenhang mit einem Nacherfüllungsanspruch), 555a Abs. 3 Satz 2, 588 Abs. 2 Satz 3, 669, 1835 Abs. 1 Satz 1 BGB, sowie in § 887 Abs. 2 ZPO.

2. Werkvertragsrecht

Die Mängelrechte setzen nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs grundsätzlich die Abnahme des Werks durch den Besteller (§ 640 BGB) voraus; nur ausnahmsweise entstehen sie auch ohne eine Abnahme.² Nach der Systematik der Mängelrechte ist vorrangig der Nacherfüllungsanspruch (§§ 634 Nr. 1, 635 BGB) gegeben. Erst nach erfolglosem Ablauf einer dem Unternehmer gesetzten angemessenen Frist zu Nacherfüllung stehen die weiteren Rechte zur Verfügung.³ Eines hiervon ist die Selbstvornahme des Bestellers nach §§ 634 Nr. 2, 637 BGB. Jedes Mängelrecht dient zwar dem Ausgleich der Störung des Äquivalenzverhältnisses des



Werkvertrags,⁴ die durch die mangelhafte Herstellung des Werks entstanden ist. Jedoch kommt im Ansatz hierbei die Nacherfüllung durch den Unternehmer einer von vornherein mangelfreien (also wie geschuldeten) Herstellung am nächsten. Das erklärt, dass der Anspruch hierauf als vorrangiges Mängelrecht ausgestaltet ist. Von den weiteren Mängelrechten wiederum kommt die Selbstvornahme dieser Nacherfüllung am nächsten. Erlangt der Besteller für eine von ihm durchgeführte Mangelbeseitigung Aufwendungsersatz vom Unternehmer gem. § 637 Abs. 1 BGB, steht er im Ergebnis so da, wie es ursprünglich vom Unternehmer geschuldet war. Der Vorschussanspruch gem. § 637 Abs. 3 BGB dient dazu, dem Besteller die Durchführung finanziell zu ermöglichen und seinen Aufwendungsersatz zu sichern.

III. Voraussetzungen des Anspruchs

1. Vorab soll der Sinn und Zweck des Anspruchs herausgestellt werden, der bekanntlich bei der Auslegung eine wesentliche Rolle spielt. Sinn der Vorschrift ist es, dem Besteller die Risiken und Nachteile abzunehmen, die damit verbunden sind, zunächst selbst eine Mangelbeseitigung auf eigene Kosten und unter Verwendung eigener oder anderweitig zu beschaffender Mittel durchführen zu müssen, die im Ergebnis der Unternehmer gem. § 637 Abs. 1 BGB zu tragen hat. Es geht also wesentlich darum, dass der Besteller während der Zeit der Mangelbeseitigung das Insolvenzrisiko des Unternehmers nicht tragen muss.

2. Der Vorschussanspruch des § 637 Abs. 3 BGB bezieht sich nach Wortlaut und Stellung auf den Aufwendungsersatzanspruch nach § 637 Abs. 1 BGB. Es müssen deshalb zunächst die Voraussetzungen vorliegen, unter denen der Besteller nach § 637 Abs. 1 BGB den Mangel selbst beseitigen kann (gemeint ist „darf“, um anschließend Ersatz der – erforderlichen – Aufwendungen verlangen zu können). (Nur) insoweit trifft es zu, wenn vereinfacht gesagt wird, dass der Vorschussanspruch nach Abs. 3 dieselben Voraussetzungen wie der Ersatzanspruch nach Abs. 1 hat. Sie sollen hier nicht näher betrachtet werden.

3. Im Übrigen sind Unterschiede und damit Besonderheiten zu beachten:

a) Offensichtlich ist, dass im Gegensatz zum Aufwendungsersatzanspruch der Besteller den Mangel nicht beseitigt haben muss und ihm natürlich auch keine Aufwendungen entstanden sein müssen.

Dieses Tatbestandsmerkmal (Beseitigung des Mangels durch den Besteller) entfällt jedoch nicht ersatzlos. Stattdessen muss der Besteller den Willen haben, den Mangel selbst zu beseitigen.⁵ Das folgt zwar nicht aus dem Wortlaut, aber aus dem unter I. genannten Sinn der Vorschrift. Ihr Zweck wird erreicht, wenn ein Vorschussanspruch genau dann besteht, wenn der Besteller den Mangel selbst beseitigen will. Solange der



Besteller sich diese Möglichkeit nur offenhalten will und er noch keinen Entschluss zur Selbstvornahme gefasst hat, ist noch nicht absehbar, ob es „zur Beseitigung des Mangels“ kommen wird. Es besteht dann kein Anlass, für hierfür etwa erforderliche Kosten einen Vorschussanspruch zu gewähren. Der Besteller handelt dann vielmehr auf eigenes Risiko, dass der Unternehmer in dieser Zeit (der Unentschlossenheit) insolvent wird. Daraus folgt zugleich, dass der Besteller die Absicht haben muss, den Mangel in einem angemessenen Zeitraum zu beseitigen. Erst recht besteht kein Vorschussanspruch, wenn eine Mangelbeseitigung durch den Besteller nicht möglich ist.

Umgekehrt ist der Anspruch nicht ausgeschlossen, wenn der Besteller (unter den oben unter 2. genannten Voraussetzungen) bereits mit der Mangelbeseitigung angefangen und auch bereits Aufwendungen gehabt hat. Auch diese Situation ist vom Sinn des Vorschussanspruchs umfasst und sein Zweck ist noch erreichbar. Das gilt so lange, bis alle Voraussetzungen des Aufwendungsersatzanspruchs nach § 637 Abs. 1 BGB erfüllt sind und der Besteller diesen Anspruch geltend machen kann. Dafür müssen insbesondere die Mangelbeseitigungsarbeiten des Bestellers abgeschlossen⁶ und seine Aufwendungen hierfür abrechenbar angefallen sein.⁷ Dann bedarf es keines Vorschusses mehr.

b) Fraglich ist, ob der Anspruch nach seinem Sinn und Zweck ausgeschlossen ist, wenn dem Besteller

anderweitig Mittel oder Möglichkeiten zur Verfügung stehen, um die Selbstvornahme problem- und (im oben dargestellten Sinn) risikolos durchzuführen.

aa) Vom Unternehmer gestellte Sicherheiten muss der Besteller grundsätzlich hierfür nicht in Anspruch nehmen. Denn der Besteller muss eine Sicherheit auch nicht verwerten, um einen Anspruch auf Aufwendungsersatz zu befriedigen. Das ergibt sich schon daraus, dass die Sicherheit regelmäßig auch (etwaige) weitere Ansprüche sichern soll und der Besteller nach der Sicherungsabrede nicht gezwungen ist, hierauf vor dem Ablauf des vereinbarten Sicherungszeitraums (teilweise) zu verzichten, indem er sie durch Inanspruchnahme reduziert. Der Vorschussanspruch nimmt aber den Aufwendungsersatzanspruch nur vorweg, so dass hier nichts anderes gelten kann.

bb) Anders könnte es mit zurückbehaltenem Werklohn sein. Verbreitet wird vertreten, ein Vorschussanspruch sei ausgeschlossen, wenn und soweit der Besteller die Mangelbeseitigung aus zurückbehaltenem Werklohn finanzieren kann.⁸ Das hat der Bundesgerichtshof zu dem aus § 242 BGB abgeleiteten Vorschussanspruch nach früherem Recht⁹ erwogen.¹⁰ Dies ist nachvollziehbar, weil die Ableitung eines Anspruchs aus § 242 BGB eine Situation voraussetzen könnte, dass hierfür ein dringendes Bedürfnis besteht; das kann man verneinen, wenn ausreichend zurückbehaltener Werklohn zur Verfügung steht.



Allerdings ändert sich durch eine Verwendung zur Mangelbeseitigung nichts daran, dass der Besteller den Werklohn weiter schuldet. Die Situation ist keine andere als in dem Fall, dass der Besteller ohne Vorschussforderung den Mangel beseitigt. In dem Fall hat er einen Aufwendungsersatzanspruch unabhängig davon, ob er noch Werklohn schuldet. Eine Verrechnung oder Anrechnung findet nicht statt.¹¹ Vielmehr können die Ansprüche gegeneinander aufgerechnet werden.

Ebenso ist für den Vorschussanspruch zu entscheiden. Eine Aufrechnung des Vorschussanspruchs gegen die Werklohnforderung¹² durch den Besteller ist nach der zutreffenden Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs möglich; der Charakter als vorläufiger und abzurechnender Anspruch steht dem nicht entgegen.¹³ Damit erlangt der Besteller das Erlöschen der Werklohnforderung und die Möglichkeit, diesen Betrag wie einen vom Unternehmer gezahlten Vorschuss zur Mängelbeseitigung zu verwenden. Sie ist hier wie dort mit der Pflicht zur Abrechnung (und eventuellen Rückzahlung von Überschüssen) verbunden.

Deshalb kann das Bestehen eines Vorschussanspruchs auch bei zurückbehaltenem Werklohn nicht verneint werden. Allenfalls käme in Betracht, seine Durchsetzung durch den Besteller auf die Möglichkeit der Aufrechnung zu beschränken. Danach würde der Besteller faktisch zur Aufrechnung gezwungen. Eine solche der Vorschrift des § 637 BGB nicht zu entnehmende Einschränkung könnte sich nur aus § 242 BGB ergeben. Dessen Voraussetzungen liegen jedoch nicht vor.

Der Unternehmer ist nicht in einer Treu und Glauben widersprechenden Weise belastet, wenn er bei noch ausstehendem Werklohn auf Zahlung eines Vorschusses in Anspruch genommen wird. Die Gefahr, dass ihm hierdurch auf längere Zeit unnötig Mittel entzogen werden, besteht nicht. Denn auch er kann regelmäßig seinen Restwerklohnanspruch gegen einen vom Besteller geltend gemachten Vorschussanspruch aufrechnen. Insbesondere scheitert dies nicht an § 390 BGB, wonach eine Forderung, der eine Einrede entgegensteht, nicht aufgerechnet werden kann. Zwar steht dem Besteller die Einrede aus § 320 BGB wegen des Mangels zu. Es ist aber anerkannt, dass § 390 BGB teleologisch zu reduzieren ist. Die Vorschrift greift nicht ein, wenn ein Zurückbehaltungsrecht gerade diejenige Gegenforderung sichert, gegen die sich die Aufrechnung richtet.¹⁴ Dieser Gedanke greift hier:¹⁵ Wie dargestellt,¹⁶ dient die Selbstvornahme mit ihren Rechten des Aufwendungsersatzes und des Vorschusses dazu, dem Besteller die Nacherfüllung, die der Unternehmer schuldet, selbst zu ermöglichen. Die Einrede des § 320 BGB dient der Sicherung der Nacherfüllung, an deren Stelle zunächst der Vorschuss und später der Aufwendungsersatz treten.

c) Ein Vorschussanspruch ist nicht ohne weiteres (etwa wegen einer umfassenden Erfüllungswirkung) ausgeschlossen, wenn der Besteller bereits einen Vorschuss vom Unternehmer erlangt hat. Vielmehr besteht (in der Höhe unter Anrechnung des bereits erhaltenen Vorschusses) ein weiterer Vorschussanspruch, wenn die Voraussetzungen im Übrigen vorliegen. Mit anderen Worten: Es kann weiterer Vorschuss verlangt werden, wenn



der bereits erhaltene Vorschuss für die (erforderlichen) Maßnahmen zur Beseitigung des Mangels nicht ausreicht (Nachforderung). Diese soweit ersichtlich einhellig, meist ohne nähere Begründung,¹⁷ vertretene Auffassung ist richtig. Es lohnt sich jedoch, sich die Gründe hierfür bewusst zu machen. Denn diese Frage des materiell-rechtlichen Inhalts des Anspruchs kann bei dessen prozessualer Beurteilung bedeutsam sein.¹⁸

Soweit – wie im Fall des § 637 Abs. 3 BGB – ein Vorschuss für einen der Höhe nach nicht bereits bestimmten oder (genau) bestimmbaren Anspruch (hier den Anspruch auf Aufwendungsersatz) zu zahlen ist, ist es dem Vorschussanspruch immanent, dass es einer Prognose bedarf, um dessen Höhe zu ermitteln. Jede Prognose kann sich nachträglich als falsch herausstellen. Der mit der Gewährung des Anspruchs verfolgte Zweck besteht aber in gleicher Weise, wenn sich herausstellt, dass höhere Aufwendungen als bereits vorschussweise erhalten anfallen werden, wie in dem Fall, in dem noch gar kein Vorschuss gezahlt wurde. In beiden Situationen soll der Besteller von Problemen befreit werden, die ihm entstehen können, wenn er die Mittel vorzustrecken hätte. Es gibt keinen ersichtlichen materiellen Grund, warum es zu Lasten des Bestellers gehen sollte, wenn eine erste Prognose – aus welchen Gründen auch immer – einen zu niedrigen Betrag ergeben hat. Dementsprechend ist es auch im Anwendungsbereich des § 887 Abs. 2 ZPO anerkannt, dass bis zur Ersatzvornahme ein Antrag auf Erhöhung der Vorauszahlung nach § 887 Abs. 2 ZPO erfolgen kann, wenn ein zuvor ausgeurteilter Betrag nicht ausreicht.¹⁹

IV. Höhe des Anspruchs

1. Der Gesetzeswortlaut sagt wenig aus über die Höhe des Anspruchs auf Vorschuss. Zwar ist der Bezugspunkt eindeutig: Es sind die zur Beseitigung des Mangels erforderlichen Aufwendungen. Das ist die gleiche Formulierung wie in § 637 Abs. 1 BGB. Bei der Ermittlung des Vorschussbetrags kommt aber – wie schon erwähnt – anders als beim Aufwendungsersatzanspruch lediglich eine Prognose in Betracht, weil noch keine Aufwendungen angefallen sind. Deshalb muss die Höhe nach den voraussichtlich anfallenden erforderlichen Aufwendungen bestimmt werden.

2. Hier stellt sich nun die Frage, mit welchem Blickwinkel diese Prognose getroffen werden muss. Denkbar sind im Wesentlichen drei Sichtweisen: Entweder sind die mit Sicherheit (soweit man bei einer Prognose von Sicherheit sprechen kann) mindestens anfallenden Aufwendungen zu ermitteln. Oder es sind die mit überwiegender Wahrscheinlichkeit anfallenden Aufwendungen maßgebend. Schließlich könnten auch alle nicht ernsthaft auszuschließenden, möglicherweise anfallenden Aufwendungen gemeint sein. Alle drei Sichtweisen vertragen sich mit dem Begriff des Vorschusses, weil ihm immanent ist, dass – sofern er dem endgültigen Anspruch nicht entspricht – ein späterer Ausgleich erfolgt.



Im Werkvertragsrecht ist diese Frage nicht nur von akademischer Bedeutung. Denn nicht selten ist die Prognose von Mangelbeseitigungskosten mit großen Unsicherheiten behaftet, so dass die drei genannten verschiedenen Maßstäbe zu nicht unerheblichen Unterschieden im Ergebnis führen.

a) Für den zweitgenannten Maßstab (mittlerer Betrag) spricht, dass er mit der größten Wahrscheinlichkeit dem theoretisch gewünschten Ergebnis (Deckungsgleichheit mit dem endgültigen Anspruch auf Aufwendungsersatz) am nächsten kommt und deshalb die durchschnittlich geringsten Ausgleichforderungen zur Folge hat. Der erstgenannte Maßstab (Mindestbetrag) würde demgegenüber bei der endgültigen Abrechnung zu den durchschnittlich höchsten Nachforderungen, der Letztgenannte (Höchstbetrag) zu den durchschnittlich höchsten Rückforderungen führen. Deshalb sollten diese im Prinzip nicht erwünschten Folgen vermieden werden, wenn nicht andere überwiegende Gründe für einen dieser Maßstäbe sprechen.

b) Gegen die Bemessung nach einem Höchstbetrag spricht, dass die Zahlung eines Vorschusses den Unternehmer mit einem Insolvenzrisiko des Bestellers belasten kann. Zwar ist diese Belastung im Vergleich zur vom Gesetz mit dem Vorschussanspruch erreichten Entlastung des Bestellers deutlich geringer: Denn im Normalfall geht es bei der Belastung des Unternehmers nur um die Betragsspitzen, die nach der endgültigen Abrechnung zu viel gezahlt waren; nur selten geht es um eine vollständige Rückzahlung des Vorschusses, etwa wenn der Besteller den Mangelbeseitigungswillen aufgegeben oder er die Mangelbeseitigung nicht in angemessener Zeit durchgeführt hat.²⁰ Gleichwohl ist der Umfang nicht unnötig auszudehnen. Das wäre bei dieser Lösung aber der Fall, weil der Besteller durch die Möglichkeit, gegebenenfalls weiteren Vorschuss zu verlangen,²¹ hinreichend geschützt ist.

c) Aus dem letztgenannten Grund wäre es denkbar, den Anspruch nur in Höhe des Mindestbetrags anzuerkennen. Damit würde man jedoch das Schutzbedürfnis des Unternehmers derart hoch bewerten, dass man hinnehmen würde, dass es geradezu regelmäßig zu Nachforderungen des Bestellers, sei es bei endgültiger Abrechnung oder im Wege weiteren Vorschusses käme. Dafür besteht angesichts der – wie dargelegt – eher geringen Belastung des Unternehmers keine Veranlassung. Auch spricht der Wortlaut des Gesetzes eher gegen eine solche Auslegung, weil dieses Ergebnis relativ einfach durch die Einfügung des Wortes „mindestens“ vor „erforderlichen Aufwendungen“ hätte beschrieben werden können und man deshalb eine solche Formulierung erwarten würde, hätte der Gesetzgeber den Anspruch derart restriktiv verstehen wollen.



V. Abrechnung und Rückzahlung

Wie sich aus den vorhergehenden Ausführungen ergibt, ist die Vorschusszahlung ihrer Natur nach nicht endgültig.²² Der Besteller muss deshalb nach durchgeführter Mängelbeseitigung die Kosten gegenüber dem Unternehmer innerhalb angemessener Frist abrechnen. Für Form und Inhalt der Abrechnung können die Regeln für den Vorschussanspruch aus § 669 BGB (§§ 666, 259 BGB) herangezogen werden. Etwaige sich ergebende Überschüsse sind zurückzuzahlen; diese Rückzahlungsansprüche sind vertraglicher, nicht bereicherungsrechtlicher Natur.²³ Sie unterliegen der Regelverjährung nach §§ 195, 199 BGB.²⁴ Weitere Einzelheiten zu einem solchen Anspruch des Unternehmers sollen an dieser Stelle nicht vertieft werden. Viele sind vom Bundesgerichtshof bereits geklärt worden.²⁵

VI. Vorschussklage und -urteil

1. Bestimmtheit

Der Anspruch auf Zahlung eines Vorschusses ist mit einer „normalen“ Leistungsklage geltend zu machen. Insbesondere muss die Klagesumme bestimmt i.S.v. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO, also beziffert sein;²⁶ sie kann nicht etwa wie bei einer Schmerzensgeldklage unter (bloßer) Angabe einer Größenordnung in das Ermessen des Gerichts gestellt werden. Daran ändern die Schwierigkeiten der Ermittlung der zutreffenden Höhe sowohl für den Kläger (Besteller) als auch für das Gericht nichts. Das ergibt sich aus dem dargestellten Inhalt des Anspruchs. Im Gegensatz etwa zu einer „billigen Entschädigung“ gem. § 253 Abs. 2 BGB geht es um einen theoretisch eindeutigen Geldbetrag, nämlich den voraussichtlich notwendigerweise für die Mängelbeseitigung aufzuwendenden Betrag. Kostenrisiken sind durch die Anwendung von § 92 Abs. 2 Nr. 2 Fall 2 ZPO abgemildert.²⁷

2. Verjährung

a) Eine überraschende Wirkung der Klage nimmt der Bundesgerichtshof im Hinblick auf die Hemmung der Verjährung gem. § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB an. Im Gegensatz zu sonstigen bezifferten Zahlungsklagen sei die Wirkung der Vorschussklage nicht auf den eingeklagten Vorschussbetrag beschränkt. Die Vorschussklage decke ähnlich einem unbezifferten Leistungsantrag hinsichtlich der Wirkung auf den Lauf der Verjährung auch spätere Erhöhungen, gleichviel worauf sie zurückzuführen sind, ab, sofern sie nur denselben Mangel betreffen.²⁸ Letztere Voraussetzung ist dogmatisch gesehen selbstverständlich, da ein wesentlicher Unterschied zwischen einem



Nacherfüllungsanspruch gem. § 635 BGB und dem ursprünglichen Herstellungsanspruch gem. § 631 Abs. 1 BGB darin besteht, dass ersterer nur einen einzelnen konkreten Mangel umfasst. In der Praxis bedarf dieser Gesichtspunkt gleichwohl besonderer Beachtung, zumal es auch im Rahmen eines Vorschussanspruchs ausreicht, den Mangel mit seinen Symptomen zu bezeichnen.²⁹

Auf den ersten Blick scheint diese Wirkung einer Vorschussklage nur schwer mit den prozessrechtlichen Grundsätzen in Einklang zu bringen, wonach der Streitgegenstand einer bezifferten Leistungsklage durch die Höhe des Antrags begrenzt ist. Jedoch entnimmt der Bundesgerichtshof dem Antrag zur Zahlung eines Vorschusses zugleich das Begehren, festzustellen, dass der Unternehmer verpflichtet ist, alle erforderlichen Mangelbeseitigungskosten zu tragen; eines entsprechenden ausdrücklichen zusätzlichen Feststellungsantrags bedürfe es nicht.³⁰

Dieses Verständnis trifft zu. Es rechtfertigt sich aus den dargestellten Besonderheiten des auf seinem Zweck beruhenden Inhalts des Vorschussanspruchs. Wie oben dargelegt handelt es sich um einen vorweggenommenen Ersatz der erforderlichen Aufwendungen der berechtigten Selbstvornahme nach § 637 Abs. 1 BGB, der Nachteile für den Besteller verhindern soll.³¹ Ausschließlich seine Höhe hat deshalb nur vorläufigen Charakter; erst nach erfolgter Mangelbeseitigung kommt es zu einer endgültigen Bestimmung.³² Wenn sich der Unternehmer einer Vorschussklage ausgesetzt sieht, ist hiermit auch eine spätere Abrechnung, die sowohl eine Nachforderung als auch einen Rückzahlungsanspruch zu seinen Gunsten ergeben kann, vorgezeichnet. All dies ist der Vorschussklage in jedem Fall immanent. Damit enthält sie zugleich das Begehren, dem Grunde nach das Bestehen eines (späteren) Aufwendungsersatzanspruchs festzustellen. Es wäre bloße Förmerei, hierfür einen gesonderten Feststellungsantrag zu verlangen.³³ Ohne eine solche (weitergehende) Feststellung wäre der Hilfscharakter des Vorschussanspruchs in Bezug auf den Aufwendungsersatzanspruch nicht hinreichend berücksichtigt.

Deshalb sind von der Hemmungswirkung spätere Nachforderungen sowohl im Rahmen eines Vorschussanspruchs als auch in Form des Aufwendungsersatzes erfasst. Eine der Höhe nach eingeschränkte Wirkung einer Vorschussklage im Hinblick auf die Verjährung kommt allenfalls dann in Betracht, wenn der Besteller ausnahmsweise ersichtlich nur einen Teilbetrag geltend machen will.³⁴ Weitere Voraussetzung muss dann aber sein, dass er hiermit auch keine Feststellung des Anspruchsgrunds wünscht, was der Besteller ausdrücklich erklären müsste,³⁵ weil eine solche Einschränkung höchstens aus Kostengründen in seinem Interesse liegen dürfte.³⁶ Allerdings bestehen keine grundsätzlichen Bedenken gegen eine solche Möglichkeit; will in einem solchen Fall der beklagte Unternehmer eine abschließende Klärung des Grundes herbeiführen, kann er eine negative Feststellungswiderklage erheben.



b) Konsequenterweise führt eine Verurteilung zur Zahlung des Vorschusses deshalb auch gem. §§ 197 Abs. 1 Nr. 3, 201 S. 1 BGB zu einer neuen Verjährungsfrist von 30 Jahren in voller Höhe der ersatzfähigen Mangelbeseitigungskosten.³⁷ Hierfür bedarf es angesichts der Vorläufigkeit des zuerkannten Betrags keines besonderen Ausspruchs im Tenor des Urteils. Ebenso wie auch sonst zur Bestimmung des Streitgegenstands können und müssen die Entscheidungsgründe mit herangezogen werden.

3. Reichweite der Rechtskraft

a) Die Verurteilung zur Zahlung eines Vorschusses enthält damit immer – dem Klagebegehren entsprechend – zugleich die Feststellung, dass der Unternehmer verpflichtet ist, alle erforderlichen Mangelbeseitigungskosten zu tragen.³⁸ Das ist davon unabhängig, ob zugleich eine teilweise Klageabweisung erfolgt ist, da diese nur die Höhe betreffen kann, sofern es nur um einen Mangel geht. Daraus folgt unproblematisch, dass die Rechtskraft zum Grund des Anspruchs, sei es in Form des Vorschusses als auch des Aufwendungsersatzes, nach den (allgemeinen) Grundsätzen zu beurteilen ist, die für Feststellungsurteile gelten.³⁹ Praktisch relevant dürfte in diesem Zusammenhang häufig die Fragestellung sein, um welchen Mangel es geht.⁴⁰ Wichtig bleibt natürlich auch zu beachten, dass Vorschussklagen nicht selten zugleich objektive Klagehäufungen sind, weil es um mehrere Mängel geht und damit sowohl materiell als auch prozessual mehrere Ansprüche geltend gemacht werden. Die hier gemachten Ausführungen gelten dann für jeden Anspruch gesondert.

b) Im umgekehrten Fall der vollständigen Abweisung einer Vorschussklage (bezüglich eines Mangels) ist zu differenzieren:

aa) Ist die Klageabweisung damit begründet,⁴¹ dass es an den allgemeinen Voraussetzungen, die für Vorschuss und Aufwendungsersatz gemeinsam gelten,⁴² fehlt, steht dem Erfolg einer erneuten Klage nicht nur auf Vorschuss, sondern auch auf Aufwendungsersatz die Rechtskraft des abweisenden Urteils entgegen. Denn die damit verbundene Verneinung des oben dargestellten Feststellungsbegehrens betrifft in gleicher Weise den Anspruchsgrund einer Vorschussklage wie den einer Klage auf Aufwendungsersatz.

bb) Ist die Klageabweisung jedoch damit begründet, dass die besonderen Voraussetzungen, die in dieser Form nur für einen Vorschussanspruch gelten,⁴³ fehlen, bleibt eine Aufwendungsersatzklage mit Aussicht auf Erfolg möglich. Das wäre bspw. der Fall, wenn es zunächst (bei der Vorschussklage) an dem Willen oder an der Möglichkeit gefehlt hat, den Mangel in angemessener Zeit zu beseitigen.



In diesen Fällen ist nicht zugleich ein Feststellungsbegehren, dass der Unternehmer verpflichtet ist, alle erforderlichen Mangelbeseitigungskosten zu tragen, abgewiesen worden, was zur Folge hätte, dass auch kein Aufwendungsersatzanspruch mehr durchgesetzt werden könnte. Das zeigt schon die Begründung, weil ein solcher Antrag mit dieser Begründung nicht abgewiesen werden könnte. Was ist dann aber mit Feststellungsbegehren, das in dem Zahlungsantrag enthalten ist,⁴⁴ geschehen? Richtigerweise muss angenommen werden, dass der Feststellungsantrag unter der auflösenden innerprozessualen Bedingung steht, dass der Zahlungsantrag (nur) mit einer solchen Begründung abgewiesen wird. Denn er wird – wie ausgeführt –⁴⁵ in den Zahlungsantrag „hineingelesen“, weil mit ihm über einen vorweggenommenen Aufwendungsersatzanspruch (nur in Bezug auf die Höhe nur vorläufig) entschieden werden soll. Scheitert der Zahlungsantrag dagegen (ausnahmsweise) an besonderen Voraussetzungen, die nur der Vorschussanspruch hat, fehlt es an der engen inneren Verknüpfung mit dem Schicksal des Aufwendungsersatzanspruchs, die Feststellungen und einen Ausspruch zu dessen Grund erfordern.

Möchte der Besteller dagegen in jedem Fall eine derartige Feststellung erreichen, muss er dies ausdrücklich beantragen und klarstellen. Dann erweitert er allerdings unter Umständen das Prüfungsprogramm des Gerichts, wie die obigen Beispiele zeigen.

c) aa) Die Höhe einer Verurteilung zur Zahlung eines Vorschusses hat schon wegen dessen Vorläufigkeit grundsätzlich keine Bindungswirkung hinsichtlich der Höhe des Aufwendungsersatzanspruchs.⁴⁶

bb) Oben⁴⁷ ist gezeigt worden, dass materiell-rechtlich auch Ansprüche auf weiteren Vorschuss bestehen können. Allerdings kann daraus nicht ohne Weiteres abgeleitet werden, dass jederzeit eine erneute Klage auf Vorschuss möglich ist. Denn nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs steht die materielle Rechtskraft einer gerichtlichen Entscheidung – als negative Prozessvoraussetzung – einer neuen Verhandlung und Entscheidung über denselben Streitgegenstand entgegen (ne bis in idem).⁴⁸ Jedenfalls soweit eine Vorschussklage abgewiesen worden ist und der Besteller seine Nachforderung nicht mit neuen Erkenntnissen oder Erkenntnismöglichkeiten zu den voraussichtlich anfallenden erforderlichen Aufwendungen begründen kann, scheidet deshalb eine (erneute) Vorschussklage aus. Demgegenüber dürfte bei einer vollständigen Verurteilung zur Zahlung eines begehrten Vorschusses nach allgemeinen Grundsätzen, die für eine Teilklage – sei sie offen oder verdeckt – gelten, jede spätere klageweise Nachforderung noch möglich sein.⁴⁹

Aber auch im Fall einer rechtskräftigen Teilabweisung einer Vorschussklage muss beachtet werden, dass der Vorschuss als – in Bezug auf die Höhe – vorläufiger Anspruch auf der Basis einer Prognose materiell-rechtlich dynamisch zu verstehen ist. Deshalb sollte man einen Anspruch auf Nachforderung als einen neuen Streitgegenstand begreifen, wenn und soweit er mit neuen Erkenntnissen oder Erkenntnismöglichkeiten zu den



voraussichtlich anfallenden erforderlichen Aufwendungen begründet ist. Es bietet sich dabei als Abgrenzung an, die Maßstäbe des § 767 Abs. 2 ZPO heranzuziehen.⁵⁰ Bei einem solchen Verständnis ist es nicht erforderlich, dass sich nachträglich die objektiv erforderlichen (aber bisher nicht erkennbaren) Aufwendungen zur Mängelbeseitigung ändern, um eine Änderung des Streitgegenstands zu bejahen.⁵¹ Vielmehr reicht es aus, dass Umstände neu eintreten, die Einfluss auf die Beurteilung haben, in welcher Höhe die Aufwendungen am Ende voraussichtlich abrechenbar sein werden.⁵² Dafür spricht der anfangs genannte Zweck des Vorschussanspruchs,⁵³ der so auch prozessual am besten erreicht werden kann. Die enge Auffassung, nach der etwa neue Erkenntnisse, die nach Beginn der zur Mängelbeseitigung angestregten Bauarbeiten zum Beispiel nach Bauteilöffnungen zu Tage getreten sind, wegen entgegenstehender Rechtskraft einer teilweisen Klageabweisung mit einer Nachforderungsklage nicht mehr geltend gemacht werden können, ist deshalb zu streng. Sie hätte zur Folge, dass der materielle Umfang des Anspruchs zu sehr beschnitten würde. Dem kann nicht entgegengehalten werden, dass es gerade Wesen der Rechtskraft ist, unabhängig von der „wahren“ materiellen Rechtslage zu wirken, und deshalb auch Entscheidungen über Ansprüche, die eine Prognose erfordern, Rechtskraftwirkungen entfalten, wenn sich die Prognose als falsch erweist.⁵⁴ Denn im vorliegenden Fall des abzurechnenden Vorschusses und des dahinterstehenden, ohnehin nicht von der Rechtskraft erfassten, Aufwendungsersatzanspruchs kommt hinzu, dass Ersterem eine Vorläufigkeit, auch in Bezug auf Nachforderungen, immanent ist. Der grundsätzliche Zweck der Rechtskraft, Rechtsfrieden zu schaffen,⁵⁵ erfordert deshalb hier gerade keinen weiten Eingriff in die materielle Rechtslage. Die Gegenauffassung könnte diesen allenfalls dadurch in Grenzen halten, dass bei der Prognose von vornherein ein „großzügiger“ Maßstab anzulegen ist.⁵⁶ Das ist aber aus den oben genannten Gründen abzulehnen.⁵⁷ Die hier vertretene Auffassung führt auch zu genaueren Ergebnissen und vermeidet aufwändige Ermittlungen, die überflüssig sind (wie in dem genannten Beispiel der Bauteilöffnung, die sonst vom Besteller vorsorglich schon im Rahmen der (ersten) Vorschussklage angestrebt werden müsste, wenn auch nur denkbar ist, dass sich hieraus ein höherer Anspruch ergibt). Schutzwürdige Belange des Unternehmers sind hierdurch nicht betroffen, was auch daran erkennbar ist, dass er in jedem Fall durch eine Folge von mehreren verdeckten Teilklagen, die vorsichtig immer nur einen Mindestklagebetrag umfassen, in Anspruch genommen werden könnte. Allerdings darf hiernach auch bei einer Nachforderung mit der Zulassung und Zugrundelegung neuer Erkenntnisse grundsätzlich nicht bei der Berechnung des Anspruchs „bei null“ angefangen und der bereits zugesprochene Vorschuss von dem Ergebnis abgezogen werden. Vielmehr sind – soweit abtrennbar – die Berechnungen des ersten Urteils zugrunde zu legen und aufgrund der anschließend eingetretenen Entwicklung zu prognostizierende zusätzliche Aufwendungen als Nachforderungen zuzusprechen. Sonst könnte mit der Geltendmachung (angeblicher) neuer Erkenntnisse das Verbot umgangen werden, (bloß) die Richtigkeit des ersten Urteils zu überprüfen.

Auf diese Weise wird unter Wahrung der Rechtssicherheit und des Rechtsfriedens der Sinn und Zweck des Vorschussanspruchs bestmöglich verwirklicht. Die Abgrenzung und Durchführung ist eine Frage des Einzelfalls. Im Zweifel ist einer großzügigen Betrachtungsweise zugunsten der Möglichkeit von Nachforderungen (nicht jedoch in ihrer Höhe)⁵⁹ der Vorzug zu geben, weil der Unternehmer hinreichend durch die Abrechnungspflicht geschützt ist.



*	Stellvertretender Vorsitzender des VII. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs.
1	Das zeigt sich auch daran, dass er bereits vor seiner ausdrücklichen Kodifizierung zum 01.01.2002 von der Rechtsprechung, abgeleitet aus § 242 BGB, anerkannt war; vgl. etwa BGH, Urt. v. 20.05.1985 – VII ZR 266/84, BauR 1985, 569 = BGHZ 94, 330 m.w.N.
2	Der häufig verwandte Begriff der „Mängelrechte vor Abnahme“ sollte vermieden werden, denn die vom Bundesgerichtshof anerkannten Ausnahmen beruhen gerade darauf, dass es in diesen Fällen nicht mehr zu einer Abnahme kommt. Vgl. grundlegend BGH, Urt. v. 19.01.2017 – VII ZR 235/15, BauR 2017, 1024 = BGHZ 213, 319; BGH, Urt. v. 19.01.2017 – VII ZR 193/15, BauR 2017, 879 = BGHZ 213, 338; BGH, Urt. v. 19.01.2017 – VII ZR 301/13, BauR 2017, 875 = BGHZ 213, 349.
3	Es bietet sich deshalb m.E. an, den Nacherfüllungsanspruch als „primäres“ Mängelrecht, die weiteren als „sekundäre“ zu bezeichnen. Es ist aber zu beachten, dass eine solche Einteilung häufig anders (nämlich zwischen den auf mangelfreie Herstellung gerichteten Rechten und den übrigen) getroffen wird. Wichtig ist, dass aus derartigen Begriffen selbst keine weiteren Ableitungen getroffen werden können, sondern die Systematik des Gesetzes maßgeblich ist.
4	Jedenfalls in einem weiten Sinn; bei Rücktritt und Schadensersatz kann man das in einem engeren Sinn in Frage stellen.
5	Vgl. schon BGH, Urt. v. 05.04.1984 – VII ZR 167/83, BauR 1984, 406, juris, Rdnr. 27.
6	Nicht zwingend erforderlich ist, dass sie erfolgreich waren, wenn nur keine weiteren Versuche des Bestellers beabsichtigt sind.
7	Vgl. BGH, Urt. v. 01.02.1990 – VII ZR 150/89, BGHZ 110, 205 = BauR 1990, 358.
8	Vgl. etwa Voit, in: BeckOK BGB, Stand 01.05.2020, § 637 Rdnr. 13; Irl, in: Glöckner/v. Berg, Bau- und Architektenrecht, § 637 BGB Rdnr. 40; Krause-Allenstein, in: Bauvertragsrecht, 3. Aufl., § 637 BGB Rdnr. 65.
9	s.o. Fn. 2.
10	BGH, Urt. v. 20.01.2000 – VII ZR 224/98, BauR 2000, 881 (885).
11	Vgl. BGH, Urt. v. 23.06.2005 – VII ZR 197/03, BGHZ 163, 274 = BauR 2005, 1477; BGH, Urt. v. 24.11.2005 – VII ZR 304/04, BGHZ 164, 134 = BauR 2006, 411.
12	Das setzt das Bestehen eines Vorschussanspruchs voraus.
13	Vgl. BGH, Urt. v. 13.07.1970 – VII ZR 176/68, BGHZ 54, 244.
14	BGH, Urt. v. 12.07.1990 – III ZR 174/89, NJW 1990, 3210 (3212) m.w.N.
15	Im Ergebnis ebenso MünchKomm.-Schlüter, BGB, 8. Aufl., § 390 Rdnr. 1.
16	Vgl. oben II.1.
17	Problematisiert werden in dem Zusammenhang i.d.R. nur prozessuale Fragen.
18	S.u. VI 3.c)bb).
19	Vgl. etwa Christiansen-Geiss, in: Glöckner/v. Berg, § 887 ZPO Rdnr. 19; Lackmann, in: Musielak/Voit, ZPO, 18. Aufl., § 887 Rdnr. 25; jeweils m.w.N.
20	Vgl. hierzu eingehend BGH, Urt. v. 14.01.2010 – VII ZR 108/08, BGHZ 183, 366 = BauR 2010, 614.
21	s.o. III.3.c).



22	Vgl. BGH, Urt. v. 14.01.2010 – VII ZR 108/08 Rdnr. 13 m.w.N., BGHZ 183, 366 = BauR 2010, 614.
23	BGH, Urt. v. 14.01.2010 – VII ZR 108/08, BGHZ 183, 366 = BauR 2010, 614.
24	Vgl. BGH, Urt. v. 14.01.2010 – VII ZR 213/07, BauR 2010, 618 – auch zum Verjährungsbeginn und zur grobfahrlässigen Unkenntnis nach § 199 Abs. 1 BGB.
25	Vgl. Fn. 24, 25.
26	Voit, in: BeckOK BGB, Stand 01.05.2020, § 637 Rdnr. 12.
27	Vgl. hierzu Gartz, BauR 2011, 21.
28	Vgl. BGH, Urt. v. 10.11.1988 – VII ZR 140/87, BauR 1989, 81.
29	Vgl. hierzu näher Rodemann, FS Lauer 2021, 387 (392 f.).
30	Vgl. BGH, Urt. v. 25.09.2008 – VII ZR 204/07, BauR 2008, 2041.
31	s.o. II.1.
32	s.o. V.
33	Er ist allerdings gleichwohl vom BGH als zulässig angesehen worden, vgl. BGH Urt. v. 20.02.1986 – VII ZR 318/84, BauR 1986, 345.; s. außerdem unten VI.3.b)bb).
34	Vgl. BGH, Urt. v. 01.02.2005 – X ZR 112/02, NJW-RR 2005, 1037.
35	Ebenso Rodemann, FS Lauer 2021, 387 (395) Fn. 37.
36	Der Streitwert der Vorschussklage insgesamt (Zahlung und Feststellung) kann (nur dann) mit dem Zahlungsbetrag bemessen werden, wenn ein höherer Betrag zur Zeit nicht im Raum steht.
37	Vgl. BGH, Urt. v. 25.09.2008 – VII ZR 204/07, BauR 2008, 2041; a.A. Peters, in: Staudinger, 2019, § 634 BGB Rdnr. 92.
38	s.o. VI.2.
39	Vgl. zu Einzelheiten etwa Krause-Allenstein, in: Bauvertragsrecht, 3. Aufl., § 637 BGB Rdnr. 80.
40	Vgl. zu hierbei auftretenden Problemen Rodemann, FS Lauer 2021, 387 (392 f.).
41	Tatbestand und Entscheidungsgründe sind für die Auslegung des Umfangs der Rechtskraft klageabweisender Urteile, die immer Feststellungsurteile sind, maßgebend.
42	s.o. III.2.
43	s.o. III.3.
44	s.o. VI.2.a).
45	s.o. VI.2.a).
46	Grunsky, NJW 1984, 2545 (2548).
47	Unter III.3.c).



48	BGH, Urt. v. 22.02.2018 – VII ZR 253/16 Rdnr. 14 m.w.N., BauR 2018, 985.
49	Rodemann, FS Lauer 2021, 387 (393 f.); vgl. allgemein BGH, Urt. v. 09.04.1997 – IV ZR 113/96, BGHZ 135, 178.
50	Vgl. allgemein Musielak, in: Musielak/Voit, ZPO, 18. Aufl., § 322 Rdnr. 28.
51	So aber Rodemann, FS Lauer 2021, 387 (395 f.).
52	Ähnlich Rast, in: BeckOGK, Stand 01.01.2022, BGB § 637 Rdnr. 273 f.
53	s.o. III.3.c).
54	Vgl. BGH, Urt. v. 28.05.1986 – IVa ZR 197/84, NJW 1986, 2645.
55	Statt aller Musielak, in: Musielak/Voit, ZPO, 18. Aufl., § 322 Rdnr. 1.
56	So Rodemann, FS Lauer 2021, 387 (396).
57	s.o. IV.
59	Hierzu gelten auch bei Nachforderungen die allgemeinen Erwägungen, s.o. IV.