



Quelle: <https://research.wolterskluwer-online.de/document/738f4d0b-ef2f-383b-b41b-2b61ec7018b9>

Zeitschrift	BauR - Baurecht
Autor	Carl Florian Geck
Rubrik	Aufsätze
Referenz	BauR 2024, 687 - 701 (Heft 5)
Verlag	Werner Verlag

Geck, BauR 2024, 687

Neues zur Klageabweisung als „zurzeit unbegründet“ – auch bei fehlender Prüffähigkeit der Schlussrechnung?



von Carl Florian Geck, Karlsruhe

Wie mit Werklohnklagen umzugehen ist, wenn mangels prüffähiger Schlussrechnung keine Fälligkeit eingetreten ist, hat der VII. Zivilsenat des BGH schon vor langer Zeit entschieden: Sie sollen grundsätzlich als „zurzeit unbegründet“ abgewiesen werden.¹

Neuere Entscheidungen des III. und des V. Zivilsenats zur Klageabweisung als „zurzeit unbegründet“ im Zusammenhang mit anderen nicht fälligen Ansprüchen stellen dies allerdings infrage. Denn danach sollen sämtliche Vorfragen bis zur Fälligkeit vorrangig zu prüfen sein.² Und das Ergebnis dieser Prüfung soll in materielle Rechtskraft erwachsen, auch wenn die Klage mangels Fälligkeit als „zurzeit unbegründet“ abgewiesen wird.³ Sollte dies auch für Werklohnklagen gelten, wäre eine Klageabweisung als „zurzeit unbegründet“ ohne Feststellungen zu Grund und Höhe des Anspruchs nicht mehr zulässig. Dann aber könnte auch sogleich auf Leistung erkannt werden. Schließlich wäre es eine sinnlose Förmerei, die Fälligkeit des Werklohns, dessen Höhe bereits gerichtlich festgestellt wurde, noch von einer prüffähigen Schlussrechnung abhängig zu machen.

I. Die bisherige Rechtsprechung des VII. Zivilsenats

Nach § 650g Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 BGB ist bei einem Bauvertrag die Vergütung grundsätzlich erst zu entrichten, wenn der Unternehmer dem Besteller eine prüffähige Schlussrechnung erteilt hat. Gleiches gilt über § 650q für Architekten- und Ingenieurverträge. Diese Normen sind zwar erst auf Verträge anzuwenden, die ab dem 01.01.2018 geschlossen wurden (Art. 229 § 39 EGBGB). Bereits zuvor galt Entsprechendes aber für eine Vielzahl von Verträgen aufgrund von §§ 14 Abs. 1, 16 Abs. 3 VOB/B, sonstigen vertraglichen Vereinbarungen oder § 15 Abs. 1 HOAI a.F. In der Folge existiert eine reichhaltige Judikatur zum prozessualen Umgang mit nicht prüffähigen Schlussrechnungen.

1. Abweisung als „zurzeit unbegründet“ bei fehlender Prüffähigkeit

Ist eine prüffähige Schlussrechnung Fälligkeitsvoraussetzung und fehlt es hieran, ist die Klage nach ständiger Rechtsprechung des VII. Zivilsenats des BGH grundsätzlich als „zurzeit unbegründet“ abzuweisen.⁴ Dagegen soll die Klage nicht „wegen fehlender Substantiierung“ als endgültig unbegründet abgewiesen werden dürfen.⁵ In der obergerichtlichen Rechtsprechung wird formuliert, das Gericht habe schon gar nicht in eine „Schlüssigkeits-/Erheblichkeits-/Richtigkeitsprüfung“ einzutreten.⁶ Und in der Literatur heißt es mitunter explizit, selbst wenn die Klage unschlüssig sei, dürfe sie nur als „zurzeit unbegründet“ abgewiesen werden.⁷ Auch eine Entscheidung des VII. Zivilsenats impliziert dies.⁸

2. Endgültige Abweisung bei Verlust des Einwandes fehlender Prüffähigkeit

Eine „Sachprüfung“ soll jedoch geboten sein, wenn der Besteller den Einwand fehlender Prüffähigkeit verloren hat.⁹ Dies ist vor allem der Fall, wenn der Besteller die fehlende Prüffähigkeit nicht rechtzeitig gerügt hat (früher § 242 BGB¹⁰ jetzt § 650g Abs. 4 Satz 3 BGB, ebenso § 16 Abs. 3 Nr. 1 Satz 3 VOB/B). Darüber hinaus ist dem Besteller die Berufung auf die objektiv fehlende Prüffähigkeit in verschiedenen Konstellationen als treuwidrig verwehrt, da sie kein Selbstzweck und daher entbehrlich ist, soweit dem Informationsinteresse des Bestellers anderweitig genügt ist.¹¹ In diesen Fällen soll die Klage, sofern sie mangels prüffähiger Schlussrechnung zugleich unschlüssig ist, als „endgültig unbegründet“ abgewiesen werden.¹²

3. Materielle Rechtskraft der Abweisung als „zurzeit unbegründet“

Wird eine Werklohnklage als „zurzeit unbegründet“ abgewiesen, erwächst in materielle Rechtskraft, dass dem Kläger bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung kein fälliger Anspruch zustand.¹³ Eine neue Klage ohne neue, die Fälligkeit begründende Tatsachen ist daher unzulässig.¹⁴ Dagegen steht die Abweisung als „zurzeit

unbegründet“ einer neuen Klage auf Grundlage einer neuen Abrechnung naturgemäß nicht entgegen.¹⁵ Offengelassen hat der VII. Zivilsenat, ob eine Klageabweisung als „zurzeit unbegründet“ mangels prüffähiger Schlussrechnung präjudiziell für die Frage sein kann, ob der geltend gemachte Anspruch abgesehen von der fehlenden Fälligkeit dem Grunde und der Höhe nach besteht.¹⁶ Überwiegend wurde dies bisher jedoch abgelehnt – und zwar auch dann, wenn das Gericht in den Gründen Feststellungen dazu getroffen hatte.¹⁷

II. Die neue Rechtsprechung des III. und des V. Zivilsenats

Anders entscheiden nunmehr der III. und der V. Zivilsenat des BGH in anderen Zusammenhängen, in denen nicht fällige Ansprüche eingeklagt werden: Der III. Zivilsenat vertritt bereits seit 2017, dass sich das Gericht nicht damit begnügen dürfe, Amtshaftungsklagen als „jedenfalls zurzeit unbegründet“ abzuweisen, wenn der Geschädigte zumutbare anderweitige Ersatzmöglichkeiten noch nicht ausgeschöpft hat (§ 839 Abs. 1 Satz 2 BGB). Vielmehr soll es alle Einwendungen, die den Anspruch endgültig zu Fall bringen könnten, vorrangig prüfen und die Klage ggf. endgültig abweisen müssen.¹⁸ Mit Urteil vom 09.06.2022 hat der III. Zivilsenat dies auf die Parallelregelung zur Notarhaftung (§ 19 Abs. 1 Satz 2 BNotO) übertragen.¹⁹ Und mit Urteil vom 09.12.2022 hat sich dem auch der V. Zivilsenat für den Fall angeschlossen, dass ein aufschiebend bedingter Anspruch mangels Bedingungseintritts jedenfalls noch nicht fällig wäre.²⁰ Beide Senate nehmen zudem an, dass die inzidente Feststellung des nicht fälligen Anspruchs, die eine Klageabweisung als „zurzeit unbegründet“ zwingend voraussetzen soll, ggf. in materielle Rechtskraft erwächst.²¹ In einem etwaigen Folgeprozess soll daher nur noch zu prüfen sein, ob nunmehr Fälligkeit eingetreten ist.

Beides wird vor allem damit begründet,²² dass nach ständiger Rechtsprechung der Beklagte, der eine endgültige Klageabweisung anstrebt, beschwert ist, wenn die Klage nur als „zurzeit unbegründet“ abgewiesen wird.²³ Daran ist richtig, dass eine materielle Rechtskraftwirkung zulasten des Beklagten diesen natürlich materiell beschwert.²⁴ Es wäre aber ein klassischer Zirkelschluss, wollte man die Ursache mit ihrer etwaigen Wirkung begründen.²⁵ Bislang war die Annahme einer Beschwer des Beklagten bei einer Klageabweisung als „zurzeit unbegründet“ in der Rechtsprechung auch keineswegs Ausdruck der Annahme, darin liege eine materielle Beschwer. Sie war vielmehr Ausdruck einer weit verstandenen formellen Beschwer des Beklagten, die allein damit begründet wurde, dass eine endgültige Klageabweisung für ihn günstiger wäre.²⁶ Darüber, ob eine Entscheidung richtig oder falsch ist, besagt die Beschwer ohnehin nichts. Aus ihr lässt sich daher auch nicht ableiten, ob es geboten ist, den Grund und die Höhe des Anspruchs vorrangig zu prüfen.²⁷

Daneben führt der V. Zivilsenat an, dass es prozessökonomisch sei, wenn Feststellungen zu Grund und Höhe des Anspruches trotz Abweisung als „zurzeit unbegründet“ in materielle Rechtskraft erwachsen.²⁸ Das ist sicherlich richtig, aber alles andere als eine zwingende dogmatische Herleitung und erklärt auch nicht, weshalb entsprechende Feststellungen überhaupt getroffen werden müssen.

Es erklärt auch nicht den Unterschied zu den durch den VII. Zivilsenat entschiedenen Fällen, in denen Feststellungen zu Vorfragen bei einer Klageabweisung als „zurzeit unbegründet“ nie gefordert wurden. Damit stand der VII. Zivilsenat auch keineswegs allein: So weist der VIII. Zivilsenat Klagen auf Nebenkostennachzahlung unter Berufung auf § 242 BGB als jedenfalls derzeit unbegründet ab, wenn der Vermieter die geschuldete Belegeinsicht verweigert.²⁹ Hier soll ersichtlich gerade nicht über den nicht durchsetzbaren Anspruch entschieden werden, um dem Mieter in einem etwaigen Folgeprozess Einwendungen aufgrund der ihm noch fehlenden Informationen zu ermöglichen. Der XI. Zivilsenat wiederum geht im Zusammenhang mit dem Widerruf von Verbraucherdarlehensverträgen sogar ausdrücklich davon aus, dass, wenn eine Klage mangels Rückgabe des finanzierten Fahrzeuges als „zurzeit unbegründet“ abgewiesen wird, allein in Rechtskraft erwachse, dass bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung kein fälliger Anspruch bestand, nicht aber, ob dem Anspruch sonstige Einwendungen entgegengestanden hätten.³⁰ Eine Entscheidung darüber sieht er offensichtlich nicht als geboten an.³¹

Mit der Rechtsprechung des XI. Zivilsenats setzt der V. Zivilsenat sich auch auseinander: Er weist darauf hin, dass dort jeweils eine Abweisung als „jedenfalls derzeit unbegründet“ ohne Prüfung des Anspruchsgrundes erfolgt sei.³² Das erklärt, warum diese Entscheidungen insoweit auch keine materielle Rechtskraft entfalten konnten. Es gibt aber keine Antwort darauf, wann das Gericht über Anspruchsgrund und -höhe entscheiden muss und wann es sich mit einer Abweisung als „jedenfalls zurzeit unbegründet“ begnügen darf oder muss.

Unter dem Strich lässt die neue Rechtsprechung des III. und des V. Zivilsenats die Praxis daher etwas ratlos mit der Frage zurück, inwiefern sie Allgemeingültigkeit beansprucht.³³

III. Materielle Rechtskraft und Streitgegenstand

Der Schlüssel zu einer dogmatisch fundierten Antwort liegt in einer ebenso einfachen wie unbestreitbaren Formel: Das Gericht hat über das zu entscheiden, was Streitgegenstand ist; und nur die Sachentscheidung über den durch das Gericht angenommenen Streitgegenstand kann in materielle Rechtskraft erwachsen.

1. Der enge Streitgegenstandsbegriff der ZPO

Dass das Gericht nur über den durch den Kläger bestimmten Streitgegenstand zu entscheiden hat, ist Ausdruck der Dispositionsmaxime und scheint in § 308 Abs. 1 Satz 1 ZPO durch, wonach das Gericht nichts zusprechen darf, das nicht beantragt ist.

Dass nur die Entscheidung über den durch das Gericht angenommenen Streitgegenstand in Rechtskraft erwächst,³⁴ ergibt sich aus § 322 Abs. 1 ZPO, wonach Urteile nur insoweit der Rechtskraft fähig sind, als über den durch die Klage oder durch die Widerklage erhobenen Anspruch entschieden ist. Der Begriff des Anspruchs bezeichnet dabei den prozessualen Anspruch im Sinne des zweigliedrigen Streitgegenstandsbegriffes.³⁵ Streitgegenstand ist danach die Frage, ob dem Antrag auf Grundlage des dafür angeführten Lebenssachverhaltes zu entsprechen ist. In Rechtskraft erwachsen nur die im Hinblick auf den Streitgegenstand ausgesprochenen Rechtsfolgen, nicht jedoch die einzelnen Tatsachen, präjudiziellen Rechtsverhältnisse und sonstigen Vorfällen, aus welchen das Gericht diese Rechtsfolgen abgeleitet hat.³⁶

Konsequenz dessen ist, dass derjenige, der heute mit einer Herausgabeklage nach § 985 BGB abgewiesen wird, da der Beklagte ein Recht zum Besitz nach § 986 Abs. 1 BGB einwenden kann, morgen wieder klagen kann mit der Begründung, das Recht zum Besitz sei nunmehr entfallen, dann aber im Bestreitensfall sein Eigentum auch wieder beweisen muss.

Genauso scheint es selbstverständlich, dass derjenige, der heute mit einer Leistungsklage mangels Fälligkeit abgewiesen wird, morgen wieder klagen kann, mit der Begründung, die Fälligkeit sei nunmehr aufgrund neuer Tatsachen eingetreten. Merkwürdig erschiene die Möglichkeit einer erneuten Klage erst, wenn die Klage im Erstprozess gar nicht mangels Fälligkeit, sondern mangels Anspruchsgrundes abgewiesen wurde – wenn das Gericht z.B. die Frage der Fälligkeit des eingeklagten Werklohnanspruchs offengelassen und angenommen hat, der Beklagte sei gar nicht passivlegitimiert. Hier würde wohl niemand bezweifeln, dass in Rechtskraft erwachsen muss, dass der Anspruch bereits dem Grunde nach nicht besteht, die Klageabweisung also „endgültig“ ist. Legt man den engen Streitgegenstandsbegriff der ZPO zugrunde, versteht sich dieses Ergebnis jedoch keineswegs von selbst. Unter der Prämisse, dass Streitgegenstand nur der prozessuale Anspruch ist, erscheint es rechtsdogmatisch zunächst sogar falsch. Der Schein trägt natürlich. Die Frage ist nur: Warum?

2. Die Irrelevanz des Beklagtenbegehrens

Darauf, ob der Beklagte die endgültige Abweisung der Klage beantragt hatte, kann es nicht ankommen.³⁷ Den Streitgegenstand bestimmt der Kläger, nicht der Beklagte. Selbst wer ausdrücklich „endgültige Klageabweisung“ beantragt, erhebt damit keine Widerklage, sondern wendet sich nur dagegen, dass der Klage stattgegeben wird. Dann aber kann sein Antrag nicht bestimmen, worüber das Gericht zu entscheiden hat.

3. Das der Leistungsklage immanente Feststellungsbegehren

Die Antwort muss daher im Rechtsschutzbegehren des Klägers selbst liegen.

Sie läge offen zutage, wenn dieser nicht nur auf Leistung geklagt, sondern für den Fall, dass der Anspruch nicht fällig ist, zulässigerweise³⁸ hilfsweise die Feststellung des nicht fälligen Anspruchs beantragt hätte. Dann wären unverkennbar auch diese Begehren streitgegenständlich.

Tatsächlich verhält es sich ohne Hilfsantrag aber nicht anders, da in jedem Leistungsantrag ein Feststellungsbegehren enthalten ist.³⁹ Das Gericht darf zwar nur über den ihm unterbreiteten prozessualen Anspruch entscheiden. Es ist an die Anträge der Parteien gebunden und nicht befugt, einer Partei etwas zuzusprechen, was nicht beantragt ist (§ 308 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Wohl aber darf es dahinter zurückbleiben – und das nicht nur in quantitativer, sondern auch in qualitativer Hinsicht, solange es ein wesensgleiches Minus im Rahmen des Streitgegenstandes zuspricht.⁴⁰

Nicht selten wird in diesem Zusammenhang von einer „Umdeutung“ gesprochen.⁴¹ Eine Umdeutung im technischen Sinne analog § 140 BGB kommt aber nur bei unwirksamen Prozesshandlungen in Betracht.⁴² Daran fehlt es bei zulässigen, aber unbegründeten Klagen. Für eine echte Umdeutung besteht hier auch kein Bedürfnis: Klageanträge umfassen von vornherein jedes wesensgleiche Minus.⁴³ Dies gilt richtigerweise unabhängig davon, ob der Kläger eine Entscheidung hierüber wünscht oder nicht.⁴⁴ Denn der Kläger kann durch seinen Antrag nur den Streitgegenstand bestimmen, nicht aber die Entscheidungsmöglichkeiten des Gerichts innerhalb des dadurch gezogenen Rahmens beschränken.

Das Gericht muss daher z.B. unter den Voraussetzungen der §§ 257 ff. ZPO auf künftige Leistung erkennen, wenn die Leistung noch nicht fällig ist.⁴⁵ Ist auch dies nicht möglich, kann und muss es zumindest den Anspruchsgrund oder die noch nicht fällige Forderung feststellen, sofern die prozessualen Voraussetzungen hierfür vorliegen, und die Klage nur im Übrigen, d.h. hinsichtlich des Leistungsbegehrens, abweisen.⁴⁶ Der Anspruchsgrund oder die (noch) nicht fällige Forderung sind nicht nur die Keimzelle des durchsetzbaren Anspruchs im Sinne eines vorgreiflichen Rechtsverhältnisses. Sie sind integraler Bestandteil desselben Rechtsverhältnisses und damit ein wesensgleiches Minus par excellence. Deshalb ist auch anerkannt, dass der Übergang vom Leistungs- zum Feststellungsantrag eine Klagebeschränkung (§ 264 Nr. 2 ZPO) und keine Klageänderung (§ 263 ZPO) ist⁴⁷ und dass jedes Leistungsurteil neben dem Leistungsbefehl zugleich die Feststellung des zugrunde liegenden Anspruchs enthält.⁴⁸

Wenn aber der Anspruchsgrund und die nicht fällige Forderung festgestellt werden können, können und müssen sie auch aberkannt werden, wenn und soweit das dem Leistungsantrag immanente Feststellungsbegehren ebenfalls unbegründet ist. Das ist die Kehrseite der Medaille. Ein Urteil, das uneingeschränkt auf Klageabweisung lautet, verneint daher grundsätzlich auch jedes wesensgleiche Minus, das dem Leistungsbegehren immanent war.

IV. Die drei Formen der Klageabweisung als unbegründet

Nach alledem lassen sich drei Formen der Klageabweisung als unbegründet unterscheiden, von denen zwei allerdings Mischentscheidungen und gerade keine reinen Klageabweisungen durch Sachurteil sind.

1. Die Klageabweisung als „lediglich zurzeit unbegründet“

Bei einer Klageabweisung als lediglich „zurzeit unbegründet“ im Sinne der Rechtsprechung des III. und des V. Zivilsenats handelt es sich nicht um eine reine Klageabweisung, sondern um die Kombination eines stattgebenden Feststellungsausspruchs mit einer Klageabweisung im Übrigen. Der III. Zivilsenat bringt dies zutreffend, wenngleich auch etwas verklausuliert zum Ausdruck, wenn er der Abweisung einer Notarhaftungsklage als „zurzeit unbegründet“ bescheinigt, sie enthalte als „Teil des in Rechtskraft erwachsenden Entscheidungssatzes“ die Feststellung, dass der geltend gemachte, derzeit nicht durchsetzbare Schadensersatzanspruch dem Grunde und der Höhe nach besteht.⁴⁹ Das also ist des Pudels Kern.

Beispiel 1 (nach BGH, Urt. v. 09.06.2022 – III ZR 24/21):

Der Kläger verlangt Schadensersatz aus Notarhaftung (§ 19 BNotO). Der Beklagte bestreitet eine schuldhafte Amtspflichtverletzung und wendet ferner ein, seine Haftung wäre aufgrund einer anderweitigen Ersatzmöglichkeit einstweilen ohnehin ausgeschlossen (§ 19 Abs. 1 Satz 2 BNotO). Das Gericht bejaht den Anspruch dem Grunde und der Höhe nach, stellt aber auch eine zumutbare anderweitige Ersatzmöglichkeit fest.

Eine Verurteilung zur sofortigen Leistung kommt hier nicht in Betracht, da ein durchsetzbarer Anspruch nicht besteht. Ein solcher kann aber noch entstehen, wenn es dem Kläger nicht gelingt, die anderweitige Ersatzmöglichkeit zu realisieren. Da bereits der Haftungsgrund beklagtenseits bestritten wird, besteht auch ein Feststellungsinteresse des Klägers. Die derzeit nicht durchsetzbare Haftung des Beklagten ist daher dem Grunde und der Höhe nach festzustellen. Nur im Übrigen, d.h. hinsichtlich des weitergehenden Leistungsbegehrens, ist die Klage abzuweisen. Entsprechend sind auch die Prozesskosten nach § 92 ZPO zu quoteln.⁵⁰

2. Die Klageabweisung als „endgültig unbegründet“

Hat das Gericht auch über ein wesensgleiches Minus zu entscheiden, muss es die Klage auch insoweit abweisen, wenn sie auch insoweit unbegründet ist. Wo also das Rechtsschutzbegehren des Klägers als Minus auch die Feststellung des Anspruchsgrundes umfasst und das Gericht auch diesen verneint, weist es die Klage endgültig ab. Nicht anders, als wenn der Kläger von vornherein nur die Feststellung einer nicht fälligen Schuld oder des

Anspruchs dem Grunde nach begehrt hätte, erwächst hier in materielle Rechtskraft, dass ein solches Rechtsverhältnis schon dem Grunde nach nicht besteht, sodass jede künftige Klage hieran scheitern muss.

Beispiel 2:

Im Beispiel 1 kann das Gericht keine Amtspflichtverletzung feststellen. Da es aufgrund des dem Leistungsantrag immanenten Feststellungsbegehrens auch über den Anspruchsgrund zu entscheiden hat, muss es die Klage als „endgültig unbegründet“ abweisen.

3. Die Klageabweisung als „jedenfalls zurzeit unbegründet“

Was im privaten Baurecht bei nicht prüffähigen Schlussrechnungen praktiziert wird, nämlich eine Klageabweisung als „zurzeit unbegründet“ unter Offenlassung des (nicht fälligen) Anspruchs, lässt sich weder als Klageabweisung als „lediglich zurzeit unbegründet“ verbunden mit einem Feststellungsausspruch noch als Abweisung als „endgültig unbegründet“ einordnen. Es handelt sich vielmehr um eine Klageabweisung als „jedenfalls zurzeit unbegründet“ ohne Sachentscheidung über den nicht fälligen Anspruch.

Dass es solche Urteile geben *kann*, liegt auf der Hand und wird auch durch den III. und den V. Zivilsenat nicht bezweifelt. Denn eine positive oder negative Entscheidung über den nicht fälligen Anspruch kann dem Urteil nur dann entnommen werden, wenn sich zumindest im Wege der Auslegung feststellen lässt, dass das Gericht darüber entscheiden wollte. Das scheidet naturgemäß aus, wenn das Gericht Anspruchsgrund und -höhe ausdrücklich offengelassen und die Klage als „jedenfalls zurzeit unbegründet“ abgewiesen hat.⁵¹

Dass es derartige Urteile auch geben *darf*, folgt wiederum daraus, dass einem Feststellungsbegehren, auch wenn es als Minus in einem Leistungsantrag enthalten ist, nur entsprochen werden kann, wenn es auch zulässig ist. Damit ist insbesondere das Feststellungsinteresse nach § 256 Abs. 1 ZPO angesprochen, das ein positiver Feststellungsausspruch auch dann voraussetzt, wenn das Feststellungsbegehren als Minus in einem Leistungsantrag enthalten ist.⁵² Fehlt es daran, bleibt das der Leistungsklage immanente Feststellungsbegehren aber nicht einfach unbeschrieben, sondern wird durch Prozessurteil als unzulässig abgewiesen.

Beispiel 3:

Im Beispiel 1 bestreitet der Beklagte weder den Anspruchsgrund noch die Anspruchshöhe, sondern wendet nur – zu Recht – die anderweitige Ersatzmöglichkeit ein.

Auch hier ist dem Leistungsantrag zwar ein Feststellungsbegehren hinsichtlich Anspruchsgrund und -höhe immanent. Da der Beklagte beides aber gar nicht bestreitet, besteht kein Feststellungsinteresse, solange nicht Verjährung droht. Die Klage ist daher als hinsichtlich des Leistungsantrags unbegründet und hinsichtlich des immanenten Feststellungsbegehrens unzulässig abzuweisen.

V. Konsequenzen bei fehlender Prüffähigkeit der Schlussrechnung

Auf dieser dogmatischen Grundlage lässt sich nunmehr auch die Klageabweisung als „zurzeit unbegründet“ bei Fehlen einer prüffähigen Schlussrechnung einordnen und von den durch den III. und den V. Zivilsenat entschiedenen Fällen abgrenzen.

1. Konstellation 1: Verlust des Einwandes fehlender Prüffähigkeit

Einfach und unzweifelhaft in Einklang mit der bisherigen baurechtlichen Rechtsprechung zu lösen sind Fälle, in denen der Beklagte den Einwand fehlender Prüffähigkeit eingebüßt hat.

Richtigerweise muss der Kläger den Verlust des Einwandes fehlender Prüffähigkeit allerdings zunächst einmal schlüssig vortragen und erforderlichenfalls beweisen, soweit er sich nicht aus dem Prozessverhalten des Beklagten ergibt.⁵³ Die fehlende Prüffähigkeit ist schließlich keine Einrede, die erhoben werden muss, sondern eine Einwendung, die von Amts wegen zu berücksichtigen ist, sofern der Besteller sie nicht verloren hat.

Beispiel 4:

Der Kläger klagt auf Werklohn aus einer objektiv nicht prüffähigen Schlussrechnung, die aber nicht fristgemäß gerügt wurde.

Hier muss der Kläger, um eine Abweisung als „zurzeit unbegründet“ zu vermeiden, darlegen und erforderlichenfalls beweisen, dass der Beklagte die fehlende Prüffähigkeit nicht rechtzeitig gerügt hat. Den Beklagten trifft eine sekundäre Darlegungslast, wenn er dies bestreiten will.⁵⁴

Ebenso zu behandeln sind Fälle, in denen der Besteller die fehlende Prüffähigkeit zwar rechtzeitig gerügt hat, die Höhe der Vergütung aber substantiiert bestreitet. Denn auf die fehlende Prüffähigkeit kann er sich nach Treu und Glauben nicht berufen, wenn er die Schlussrechnung trotz ihrer Mängel prüfen konnte oder seinem Informationsbedürfnis anderweitig genügt ist.⁵⁵

Beispiel 5:

Der Kläger klagt aus einem mangels Aufmaßes nicht prüffähig abgerechneten Einheitspreisvertrag. Der Beklagte rügt rechtzeitig die fehlende Prüffähigkeit, bestreitet im Prozess aber substantiiert die abgerechneten Massen auf Grundlage eines eigenen Aufmaßes.

Hier kann sich der Beklagte nicht auf die fehlende Prüffähigkeit der Rechnung berufen, da er die Höhe der Forderung anderweitig geprüft hat. Es ist daher ggf. Beweis über die streitigen Massen zu erheben und endgültig über die Forderung zu entscheiden.

Darüber hinaus wird der Besteller auf den Einwand fehlender Prüffähigkeit auch freiwillig verzichten können, auch wenn er ihn bislang nicht verloren hat, um dadurch eine endgültige Klärung der Anspruchshöhe im Prozess herbeizuführen. Schließlich dient das Erfordernis einer prüffähigen Rechnung allein dem Schutz des Bestellers und steht, wie aus § 650g Abs. 4 Satz 3 BGB folgt, daher zu seiner Disposition. Allerdings dürfte es zu weit gehen, einen solchen Verzicht ohne Weiteres in einen unbeschränkten Klageabweisungsantrag hineinzulesen – zumal, wenn der Beklagte im Prozess zugleich die fehlende Prüffähigkeit der Schlussrechnung einwendete. Wenn der Beklagte mangels prüffähiger Abrechnung nicht nachvollziehen kann, in welcher Höhe die Klageforderung berechtigt ist, wird es schließlich kaum seinem Interesse entsprechen, dies im Wege der Beweisaufnahme im Prozess klären zu lassen. Denn dadurch würde er sich ohne Not einem für ihn unübersehbaren Prozesskostenrisiko aussetzen. Hinzu kommt, dass es Konstellationen gibt, in denen eine endgültige Klageabweisung trotz des berechtigten Einwandes fehlender Prüffähigkeit in Betracht kommt (dazu sogleich, V. 3. und 5.). Und auch ein Beklagter, der hierauf abzielt und deswegen die endgültige Abweisung der Klage anstrebt, kann ein Interesse daran haben, sich für den Fall, dass er damit nicht durchdringt, den Einwand fehlender Prüffähigkeit zu erhalten. Im Zweifel sollte das Gericht nachfragen, ob der Beklagte auf den Einwand fehlender Prüffähigkeit verzichten möchte (§ 139 Abs. 1 ZPO).

2. Konstellation 2: Berechtigte Rüge der fehlenden Prüffähigkeit

Anders verhält es sich, wenn der Unternehmer nicht prüffähig abgerechnet hat und der Besteller dies rechtzeitig gerügt und den Einwand fehlender Prüffähigkeit auch im Folgenden weder verloren noch freiwillig aufgegeben hat. Hier stellt sich die in der Einleitung aufgeworfene Frage, ob der Werklohnanspruch gleichwohl dem Grunde und der Höhe nach festzustellen ist, mit der Folge, dass es dann auch sinnlos wäre, die Fälligkeit weiter hinauszuschieben und die Leistungsklage abzuweisen. Wie voranstehend gezeigt, hängt die Antwort auf diese Frage davon ab, ob das der Leistungsklage immanente Feststellungsbegehren zulässig ist.

Das wiederum hängt davon ab, ob der klagende Unternehmer ein „rechtliches Interesse“ an der Feststellung hat (§ 256 Abs. 1 ZPO). Das ist anzunehmen, wenn dem Recht oder der Rechtsposition des Klägers eine gegenwärtige Gefahr oder Unsicherheit droht und das erstrebte Urteil geeignet ist, diese Gefahr zu beseitigen.⁵⁶ Eine solche Gefährdung liegt in der Regel schon darin, dass der Beklagte das festzustellende Rechtsverhältnis ernstlich bestreitet⁵⁷ oder Verjährung droht.⁵⁸ Letzteres wird hier nicht in Betracht kommen. Ist eine prüffähige Schlussrechnung Fälligkeitsvoraussetzung, beginnt die Verjährung schließlich erst dann, wenn der Unternehmer insgesamt⁵⁹ prüffähig abgerechnet hat⁶⁰ oder der Besteller den Einwand fehlender Prüffähigkeit verloren hat,⁶¹ da zuvor kein (fälliger) Anspruch i.S.d. § 199 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 4 BGB entstanden ist.⁶² Auch ein ernstliches Bestreiten der Werklohnforderung wird nicht angenommen werden können, solange der Besteller nur die fehlende Prüffähigkeit einwendet.

Nun ist die fehlende Prüffähigkeit allerdings unerheblich, wenn der Besteller die Richtigkeit der Schlussrechnung gar nicht bestreitet (§ 242 BGB).⁶³ Konkretes Bestreiten ist für den Besteller aber mit der Gefahr verbunden, dass er sich auf die fehlende Prüffähigkeit nach § 242 BGB nicht mehr berufen kann (vgl. oben V. 1.). Diesem Dilemma kann er entgehen, indem er sich unter Hinweis auf die fehlende Prüffähigkeit der Schlussrechnung mit Nichtwissen zu dem tatsächlichen Vorbringen des Unternehmers erklärt. Das wird ihm auch nach § 138 Abs. 4 ZPO nicht verwehrt werden können, sofern er die Schlussrechnung des Unternehmers tatsächlich nicht prüfen kann. Da der Besteller dann weiterhin ein schutzwürdiges Interesse an einer prüffähigen Schlussrechnung hat, ist es auch nicht treuwidrig, wenn er hierauf besteht.

Ein Bestreiten mit Nichtwissen mangels prüffähiger Abrechnung begründet auch noch kein Feststellungsinteresse des Unternehmers. Dessen Notwendigkeit soll den Beklagten schließlich vor Klagen zur Unzeit schützen.⁶⁴ Das Interesse des Klägers an der Feststellung muss also gegenüber den schutzwürdigen Interessen des Beklagten überwiegen.⁶⁵ Das Erfordernis einer prüffähigen Schlussrechnung soll den Besteller aber gerade davor schützen, dass er sich zur Höhe der Vergütung einlassen muss, ohne dass er durch eine prüffähige Schlussrechnung in die Lage versetzt wurde, die Forderung des Unternehmers zu überprüfen.⁶⁶ Zudem gibt der Besteller, der die Richtigkeit einer nicht prüffähigen Schlussrechnung mit Nichtwissen bestreitet, ohne Weiteres auch keinen Grund zu der Annahme, er werde auch auf eine prüffähige Schlussrechnung nicht zahlen.

Auch durch Rückgriff⁶⁷ auf die Zwischenfeststellungsklage nach § 256 Abs. 2 ZPO, die kein Feststellungsinteresse voraussetzt,⁶⁸ lässt sich die Feststellung des nicht fälligen Anspruchs nicht rechtfertigen. Anders als der Werkvertrag, aus dem er folgen soll, ist dieser bereits kein für den fälligen Werklohnanspruch vorgreifliches anderes Rechtsverhältnis, sondern ein wesensgleiches Minus im Rahmen desselben Rechtsverhältnisses. Zudem ist eine Zwischenfeststellungsklage nur zulässig, wenn das vorgreifliche Rechtsverhältnis für den Hauptantrag entscheidungserheblich ist.⁶⁹ Sie soll den Parteien nur die Möglichkeit geben, vorgreifliche Rechtsverhältnisse, die das Gericht ohnehin prüfen musste, in materielle Rechtskraft erwachsen zu lassen.⁷⁰ Sie soll das Gericht aber nicht zwingen, zusätzliche Feststellungen zu treffen.⁷¹ Genau dies wäre aber der Fall, wenn das Gericht den Grund und die Höhe des Anspruchs oder vorgreifliche Rechtsverhältnisse feststellen müsste, obwohl die Leistungsklage jedenfalls an der fehlenden Fälligkeit scheitert.⁷²

Schlussendlich fehlt es dem immanenten Feststellungsbegehren hier sogar am Rechtsschutzbedürfnis. Schließlich würde es den Zweck der prüffähigen Abrechnung hintertreiben, die Forderungshöhe feststellen zu lassen, bevor prüffähig abgerechnet wurde. Insoweit kann an die Rechtsprechung des VIII. Zivilsenats zu Nebenkostenforderungen bei verweigerter Belegeinsicht⁷³ angeknüpft werden. Danach ist es eine unzulässige Rechtsausübung, eine Forderung geltend zu machen, wenn dem Schuldner zugleich geschuldete Informationen vorenthalten werden, aus denen dieser u.U. Einwendungen herleiten könnte. Das hindert nicht nur auf Ebene des materiellen Rechts die Durchsetzung der Forderung; es rechtfertigt es prozessual auch, eine Klage auf Feststellung der Forderung als rechtsmissbräuchlich, daher nicht schutzwürdig und somit unzulässig einzustufen.

Im Ergebnis besteht also auch in dieser klassischen Konstellation grundsätzlich kein Anlass, von der ständigen Rechtsprechung des VII. Zivilsenates abzurücken.

Beispiel 6:

Bei einem Einheitspreisvertrag klagt der Unternehmer aus einer mangels Aufmaßes nicht prüffähigen Schlussrechnung. Der Beklagte wendet die rechtzeitig gerügte fehlende Prüffähigkeit ein und bestreitet die vom Kläger vorgetragene Masse mit Nichtwissen.

Hier ist die Leistungsklage mangels Fälligkeit zurzeit unbegründet und das darin als Minus enthaltene Feststellungsbegehren unzulässig, da kein Feststellungsinteresse besteht und der Versuch, den Anspruch ohne prüfbare Abrechnung feststellen zu lassen, sich als unzulässige Rechtsausübung darstellt. Die Klage ist daher als „jedenfalls zurzeit unbegründet“ abzuweisen.

3. Konstellation 3: Unschlüssige Klagen

Zu beachten ist allerdings, dass das Feststellungsinteresse und das Rechtsschutzbedürfnis nur für stattgebende Urteile echte Sachurteilsvoraussetzungen sind.⁷⁴ Beide sollen verhindern, dass Gegner und Gericht ohne hinreichendes Interesse mit einem Verfahren belastet werden. Dem widerspräche es, die Klage (nur) durch Prozessurteil als unzulässig abzuweisen, mit der Folge, dass eine neue Klage droht, wenn die Unbegründetheit der Klage bereits feststeht.⁷⁵ Die Klage ist dann zwingend⁷⁶ durch Sachurteil mit materieller Rechtskraft abzuweisen.

In der Konsequenz ist es entgegen der wohl herrschenden Meinung auch dann geboten, unschlüssige Werklohnklagen als endgültig unbegründet abzuweisen, wenn ein etwaiger (Rest-)Werklohnanspruch mangels prüffähiger Schlussrechnung nicht fällig wäre.⁷⁷ Das Erfordernis einer prüffähigen Schlussrechnung dient nicht dem Schutz des Unternehmers.⁷⁸ Wenn er sich mit einer Werklohnklage vorwagt und nicht schlüssig zur Anspruchshöhe

vorträgt, muss er – wie jeder andere Kläger auch – mit einer endgültigen Klageabweisung rechnen. Spätestens bei unschlüssigen Klagen wäre es auch sinnwidrig, eine endgültige Entscheidung über den Anspruch zu verhindern.⁷⁹ Ohnehin ist nicht nachvollziehbar, wie ein vermeintlicher materiell-rechtlich „logischer“ Vorrang der Fälligkeit,⁸⁰ es prozessual rechtfertigen könnte, eine hinsichtlich der Anspruchshöhe unschlüssige Klage nicht endgültig abzuweisen. Dies gilt selbst dann, wenn der Besteller nur die Abweisung als „zurzeit unbegründet“ beantragt hat, da eine unschlüssige Klage auch ohne entsprechenden Antrag des Beklagten als unbegründet abzuweisen ist (Arg. § 331 Abs. 2 Halbsatz 2 ZPO).⁸¹

Beispiel 7:

Der Unternehmer klagt bei einem Einheitspreisvertrag auf Werklohn, ohne zu den erbrachten Massen vorzutragen. Der Besteller hat rechtzeitig die fehlende Prüffähigkeit der entsprechenden Schlussrechnung gerügt.

Die Klage ist unschlüssig. Der Vortrag des Unternehmers, ihm stehe ein bestimmter Werklohn zu, ist nur eine Rechtsfolgenbehauptung, die ohne Vortrag zu den erbrachten Massen nicht nachvollziehbar ist. In der Folge ist die Klage als „endgültig unbegründet“ abzuweisen. Auf die fehlende Prüffähigkeit kommt es genauso wenig wie auf den Beklagtenantrag an.

Allerdings ist entgegen dem, was einzelne Urteile suggerieren,⁸² keineswegs jede nicht prüffähige Forderung zugleich unschlüssig.⁸³ Wer etwa beim Selbstkostenerstattungsvertrag seine Selbstkosten beziffert, trägt schlüssig vor, auch wenn er deren Zusammensetzung nicht nachvollziehbar aufschlüsselt. Erst recht besteht ein Unterschied zwischen Prüffähigkeit und Schlüssigkeit, wenn die Parteien wie in § 14 Abs. 1 Satz 2 und 3 VOB/B weitere Formalien – wie eine dem Angebot entsprechende Gliederung oder die Vorlage von Aufmaßen oder Stundenzetteln etc. – zur Voraussetzung der Prüffähigkeit erhoben haben oder wenn man derartige Anforderungen auch in § 650g Abs. 4 Satz 2 BGB hineinliest.⁸⁴ Fehlt es allein hieran, kommt eine endgültige Abweisung als unschlüssig nicht in Betracht.

In der Rechtsprechung des BGH heißt es zwar, es sei unabhängig von dem materiell-rechtlichen Erfordernis einer prüffähigen Schlussrechnung Vortrag erforderlich, durch den der Besteller in die Lage versetzt werde, die in der Schlussrechnung vorgenommene Berechnung zu überprüfen; andernfalls sei der Vortrag „nicht hinreichend substantiiert“.⁸⁵ Auch dies wird aber nur als Hinweis auf allgemeine zivilprozessuale Grundsätze zu verstehen sein: Danach ist Tatsachenvortrag schlüssig und daher nach Art. 103 Abs. 1 GG grundsätzlich zu berücksichtigen, sobald er in Verbindung mit einem Rechtssatz geeignet ist, die angestrebte Rechtsfolge zu rechtfertigen; Angaben zu Einzelheiten sind nur erforderlich, soweit sie für die Rechtsfolge von Bedeutung sind.⁸⁶ Weitergehende Substantiierungsanforderungen können sich nur aus dem Wechselspiel von Vortrag und Gegenvortrag ergeben.⁸⁷

Beispiel 8:

Es ist ein Stundenhonorar vereinbart und dass der Unternehmer auf Grundlage von Stundenzetteln abrechnet, die die jeweilige Tätigkeit angeben. Der Unternehmer legt eine Rechnung vor, die nur die Stundenzahl ausweist, und klagt unter Antritt von Zeugenbeweis für die Stundenzahl auf Zahlung.

Der Vortrag ist schlüssig und hinreichend substantiiert, da der Vergütungsanspruch nicht davon abhängt, welche Tätigkeiten jeweils ausgeführt wurden.⁸⁸ Eine Abweisung als un schlüssig und „endgültig unbegründet“ scheidet daher aus. Da die Parteien aber weitergehende Anforderungen an die prüffähige Abrechnung vereinbart haben, ist die Vergütung nicht fällig und die Klage ist ohne Beweisaufnahme als „jedenfalls zurzeit unbegründet“ abzuweisen.

Hat der Beklagte die fehlende Prüffähigkeit jedoch nicht rechtzeitig gerügt, ist die Vergütung fällig und daher der angetretene Zeugenbeweis über die geleisteten Stunden zu erheben.

4. Konstellation 4: Teilfälligkeit des Werklohns

In der Praxis werden häufig nur einzelne Positionen der Schlussrechnung nicht prüffähig sein, während andere prüffähig, nicht (rechtzeitig) gerügt oder überhaupt unbestritten sind.

Wäre der Werklohnanspruch insgesamt nicht fällig, solange die Schlussrechnung nicht uneingeschränkt prüffähig ist, wäre die prozessuale Lösung einfach: Die Klage wäre, soweit zur Anspruchshöhe schlüssig vorgetragen wurde, insgesamt als „jedenfalls zurzeit unbegründet“ abzuweisen, solange nur eine Position nicht prüffähig ist.⁸⁹

Nach der Rechtsprechung des BGH wird der Werklohn jedoch teilweise fällig, wenn einzelne Rechnungspositionen prüffähig und berechtigt sind und sich bereits daraus nach Abzug von Abschlags- und Vorauszahlungen ein Guthaben errechnet.⁹⁰ Das ist weder unproblematisch noch unbestritten,⁹¹ aber eine Frage des materiellen Rechts, die hier nicht vertieft werden kann. Hier können nur die komplizierten prozessualen Konsequenzen aufgezeigt werden:

Nach der Rechtsprechung ist dem Unternehmer ggf. der fällige Teil des Werklohns zuzusprechen. Das verschafft ihm Liquidität, aber kaum Rechtssicherheit. Denn der Werklohnanspruch bildet einen einheitlichen Streitgegenstand, während die Einzelpositionen nur unselbständige Rechnungsposten darstellen.⁹² In materielle

Rechtskraft erwächst daher nur, dass dem Unternehmer der zuerkannte Teilbetrag zusteht, nicht aber, dass dieser sich aus bestimmten Rechnungsposten rechtfertigt. Auch eine Zwischenfeststellungsklage hierzu wäre unzulässig, da einzelne Rechnungsposten kein selbständiges feststellungsfähiges Rechtsverhältnis darstellen.⁹³ Andererseits steht auch nicht fest, welche Rechnungsposten nicht gerechtfertigt sind, wenn die Klage teilweise als „endgültig unbegründet“ und nur im Übrigen als „jedenfalls zurzeit unbegründet“ abgewiesen wurde. Es steht dann – wie bei einer abgewiesenen Teilklage aus dem Schlussrechnungssaldo⁹⁴ – lediglich fest, dass aus dem geforderten Schlussrechnungssaldo der abgewiesene Teilbetrag nicht gerechtfertigt ist, während die dafür gegebene Begründung nicht in Rechtskraft erwächst.⁹⁵

Beispiel 9:

Der Unternehmer berechnet im Einheitspreisvertrag drei Positionen zu je $100 \text{ m}^2 \times 100 \text{ €} = 10.000 \text{ €}$, insgesamt also 30.000 € , und klagt nach Abzug von Abschlagszahlungen von 15.000 € auf weitere 15.000 € . Pos. 1 ist prüfbar und unstreitig. Pos. 2 und 3 sind nicht prüffähig, da ein Aufmaß fehlt. Der Besteller hat dies auch rechtzeitig gerügt. Die in Pos. 2 abgerechneten Mengen bestreitet er mit Nichtwissen. Zu Pos. 3 hat er selbst Aufmaß genommen und behauptet, es seien nur 50 m^2 angefallen.

Hier sind zunächst die unstreitigen 10.000 € aus Pos. 1 zu anzusetzen. Hinsichtlich der weiteren 10.000 € aus Pos. 2 besteht mangels prüfbarer Abrechnung jedenfalls keine Fälligkeit. Über die bestrittenen 50 m^2 aus Pos. 3 ist Beweis zu erheben, da der Beklagte die Masse mit Wissen bestritten und sich damit des Einwandes fehlender Prüffähigkeit begeben hat. Ergibt die Beweisaufnahme, dass in Pos. 3 75 m^2 angefallen sind, sind in Pos. 3 über die unstreitigen 50 m^2 hinaus weitere 25 m^2 zu 100 € , insgesamt also 7.500 € zu vergüten. Damit errechnet sich eine fällige Vergütung von 17.500 € . Abzüglich der Abschlagszahlungen von 15.000 € ist der Besteller auf Zahlung von 2.500 € zu verurteilen. Im Übrigen ist die Klage abzuweisen – und zwar i.H.v. 10.000 € als „jedenfalls zurzeit unbegründet“ und i.H.v. 2.500 € als „endgültig unbegründet“.

Rechnet der Unternehmer später Pos. 2 prüffähig ab und klagt erneut auf die restlichen 12.500 € , scheidet die Klage i.H.v. 2.500 € bereits an der materiellen Rechtskraft des Ersturteils. Der Unternehmer ist aber nicht gehindert, die im Erstprozess teilweise verneinte Pos. 3 erneut in vollem Umfang anzuführen, um seinen Anspruch auf die restlichen 10.000 € zu begründen. Umgekehrt kann der Besteller die Pos. 3 aber auch wieder voll bestreiten. Das Gericht kann dann zwar das Gutachten aus dem Erstprozess nach § 411a ZPO verwerten, muss dieses aber erneut würdigen und neuen Einwendungen dagegen nachgehen. Zudem kann der Besteller im Zweitprozess grundsätzlich sogar die im Erstprozess unstreitige Pos. 1 bestreiten, sodass ggf. auch hierüber noch Beweis zu erheben wäre.

5. Konstellation 5: Zusätzlichen Einwendungen zum Anspruchsgrund

Wieder andere Probleme ergeben sich, wenn der Besteller auch Einwendungen gegen den Anspruchsgrund erhebt. Hier wird erstaunlich einhellig vertreten, dass diese vorrangig zu prüfen seien und die Klage endgültig abzuweisen sei, wenn sie durchgreifen.⁹⁶ Das ist richtig, aber doch nicht die ganze Wahrheit.

Eine Entscheidung über den Anspruchsgrund ist geboten, wenn ohne Weiteres feststeht, dass dieser fehlt. So verhält es sich nicht nur, wenn der Kläger zum Anspruchsgrund nicht schlüssig vorträgt, sondern auch dann, wenn er entsprechenden Einwendungen des Beklagten nicht in erheblicher Weise entgegentritt. Ebenso verhält es sich, wenn die Einwendungen zum Anspruchsgrund in tatsächlicher Hinsicht bestritten werden, das Gericht aber wegen einer ggf. fälligen Teilforderung ohnehin Beweis zum Anspruchsgrund erheben musste, und zu dem Ergebnis gelangt ist, dass es bereits an diesem fehlt. In all diesen Fällen bereitet auch das Feststellungsinteresse keine Probleme, da es eine echte Sachurteilsvoraussetzung nur für stattgebende Entscheidungen ist.⁹⁷

Beispiel 10:

Der Unternehmer klagt einen schlüssig vorgetragenen, aber nicht prüffähig abgerechneten Werklohnanspruch ein. Der Besteller rügt rechtzeitig die fehlende Prüffähigkeit, bestreitet den Vortrag des Klägers zur Anspruchshöhe mit Nichtwissen und wendet zudem ein, der Anspruch sei vor Klageerhebung an einen Dritten abgetreten worden. Der Kläger bestreitet dies nicht, meint aber zu Unrecht, die Abtretung sei aus Rechtsgründen unwirksam.

Hier ist die Klage als „endgültig unbegründet“ abzuweisen, da auch das der Leistungsklage immanente Feststellungsbegehren zum Anspruchsgrund ohne Weiteres abweisungsreif ist.

Anders verhält es sich, sobald die Einwendungen des Bestellers nicht oder jedenfalls nicht ohne (weitere) Beweisaufnahme durchgreifen. Auch wenn der Besteller Einwendungen gegen den Anspruchsgrund erhoben und diesen damit ernstlich bestritten hat, steht dem Feststellungsinteresse dann der grundsätzliche Vorrang der Leistungsklage⁹⁸ entgegen. Das erscheint zunächst paradox, wenn der Unternehmer Leistungsklage erhoben hat und diese mangels Fälligkeit scheitert. Könnte er aber die Fälligkeit in zumutbarer Weise durch eine prüfbare Schlussrechnung herbeiführen, erscheint es durchaus gerechtfertigt, ihn darauf zu verweisen.⁹⁹ Diese Sichtweise scheint auch einer Entscheidung des BGH zugrunde zu liegen, in der er das Feststellungsinteresse für eine Feststellungsklage des Unternehmers gerade daraus hergeleitet hat, dass diesem eine abschließende Abrechnung (noch) nicht zumutbar war, da er sich seinerseits noch im Streit mit einem Subunternehmer befand.¹⁰⁰ Verneint man aber bei Zumutbarkeit der Abrechnung das Feststellungsinteresse für den Anspruchsgrund, muss ein Feststellungsbegehren hierzu daran auch scheitern, wenn es als Minus in einem derzeit unbegründeten Leistungsantrag enthalten ist. Solange auch über die Höhe des möglichen Anspruchs Streit besteht, kann auch nicht argumentiert werden, dass bereits ein Feststellungsurteil eine abschließende Klärung der aufgetretenen

Streitfragen gewährleisten würde.¹⁰¹ Auch die Zustimmung des Beklagten macht das immanente Feststellungsbegehren dann nicht zulässig.¹⁰²

Beispiel 11:

Im Beispiel 10 bestreitet der klagende Unternehmer die Abtretung in tatsächlicher Hinsicht, worauf der Besteller Zeugenbeweis antritt.

Hier muss die Klage ohne Entscheidung über den Anspruchsgrund als „jedenfalls zurzeit unbegründet“ abgewiesen werden, denn das dem Leistungsbegehren immanente Feststellungsbegehren ist mangels Feststellungsinteresse unzulässig. Eine Beweisaufnahme über die Einwendungen gegen den Anspruchsgrund ist nicht angezeigt, da Entscheidungsreife für die Abweisung des immanenten Feststellungsbegehrens als unzulässig besteht (§ 300 Abs. 1 ZPO).

Will der Besteller eine Entscheidung über den Anspruchsgrund erzwingen, kann er widerklagend negative Feststellungsklage erheben als Eventualantrag für den Fall, dass sonst über den Anspruchsgrund nicht entschieden würde. Auch das ist nicht unproblematisch, da die Leistungsklage eine gegenläufige negative Feststellungsklage grundsätzlich sperrt (§ 261 Abs. 3 Nr. 1 ZPO) und das auch gelten soll, wenn sie als Widerklage im selben Prozess erhoben wird.¹⁰³ Dem Zweck des Verbots doppelter Rechtshängigkeit, eine unnötige Beanspruchung der Justiz zu vermeiden und widerstreitende Entscheidungen zu vermeiden,¹⁰⁴ ist jedoch Rechnung getragen, wenn die Widerklage unter die Bedingung gestellt wird, dass im Rahmen der Klage nicht über den Anspruchsgrund entschieden wird. Ist die dem Leistungsbegehren immanente Feststellungsklage unzulässig und ermöglicht daher keine Sachentscheidung über den Anspruchsgrund, wird man der gegenläufigen negativen Feststellungsklage des Beklagten auch das Feststellungsinteresse nicht absprechen können.¹⁰⁵

Beispiel 12:

Im Beispiel 11 erhebt der beklagte Besteller negative Feststellungsklage als Eventualwiderklage für den Fall, dass sonst keine Entscheidung über den Anspruchsgrund ergehen würde. Dadurch wird die Beweisaufnahme über die Abtretung erzwungen.

Beispiel:

Gelingt der Beweis, ist die Klage endgültig abzuweisen, da das ihr immanente Feststellungsbegehren dann abweisungsreif geworden ist. Die Eventualwiderklage kommt nicht zum Tragen.

Scheitert der Beweis der Abtretung dagegen, bleibt das immanente Feststellungsbegehren des Klägers zum Anspruchsgrund mangels Feststellungsinteresses unzulässig. Allerdings ist dann die Eventualwiderklage zu bescheiden und als unbegründet abzuweisen. Damit steht fest, dass dem Unternehmer ein (nicht fälliger) Werklohnanspruch dem Grunde nach zusteht.

VI. Tenorierung und Auslegung unklarer Entscheidungen

Auch die Tenorierung will im vorliegenden Zusammenhang gut bedacht sein. Zwar können gerichtliche Entscheidungen auch unter Berücksichtigung der Gründe ausgelegt werden. Die Frage, ob eine Klageabweisung als „lediglich zurzeit unbegründet“, „jedenfalls zurzeit unbegründet“ oder „endgültig unbegründet“ zu verstehen ist, muss sich daher nicht zwingend aus dem Tenor ergeben.¹⁰⁶ Das Urteil muss aber einer eindeutigen Auslegung zugänglich sein.¹⁰⁷ Entsprechend tut das Gericht gut daran, bereits im Tenor Farbe zu bekennen. Dabei bieten die voranstehend formulierten Kategorien der Klageanweisung griffige Formeln, um das Gewollte kurz und bündig zum Ausdruck zu bringen. Nur bei einer Abweisung als „lediglich zurzeit unbegründet“, die ein Feststellungsurteil beinhaltet, erscheint ein konkreter Feststellungsausspruch ratsam.

Bleibt die Frage, wie Urteile auszulegen sind, die solch klare Aussagen vermissen lassen. Klar ist, dass ein Urteil, das auch in den Gründen nur feststellt, dass der Anspruch jedenfalls nicht fällig ist, und alles Weitere dahinstehen lässt, auch nur als Klageabweisung als „jedenfalls zurzeit unbegründet“ verstanden werden kann.¹⁰⁸ Schwieriger ist die Auslegung von Urteilen, die in den Gründen Ausführungen zum Grund und zur Höhe des Anspruchs machen, die Klage dann aber unspezifisch als „zurzeit unbegründet“ abweisen. Zumindest dann, wenn ein Feststellungsausspruch unzulässig gewesen wäre, wie in den Fällen fehlender Prüffähigkeit der Schlussrechnung, wird man auch in solche Urteile nicht ohne Weiteres einen Feststellungsausspruch hineinlesen können. Denn damit würde man ein Fehlurteil unterstellen. Bleiben Fälle, in denen Feststellungen zum Grund und zur Höhe des Anspruchs geboten waren und das Gericht sie zumindest in den Gründen auch getroffen hat. Der III. und der V. Zivilsenat unterstellen hier im Sinne einer wohlwollenden Auslegung auch ohne Ausdruck im Tenor, dass es sich dabei nicht nur um obiter dicta, sondern um Sachentscheidungen in Form eines Feststellungsurteils handelt. Für die Vergangenheit ist das angreifbar, da kein allgemeines Verständnis über die entsprechende Bedeutung einer Klageabweisung als „zurzeit unbegründet“ bestand. Gleichwohl dürften die Würfel für die Praxis auch für Altfälle gefallen sein. In Zukunft wird man Klageabweisungen als „zurzeit unbegründet“ im Zweifel ohnehin im Lichte der jeweils einschlägigen höchstrichterlichen Rechtsprechung auslegen müssen.

VII. Fazit

Die neue Rechtsprechung des III. und des V. Zivilsenats zur Klageabweisung als „zurzeit unbegründet“ ist im Ergebnis durchaus richtig. Sie ist aber nicht auf alle nicht fälligen Ansprüche übertragbar. Sie gibt insbesondere keinen Anlass, die Rechtsprechung des VII. Zivilsenats zur Klageabweisung als „jedenfalls zurzeit unbegründet“

unter Offenlassung von Grund und Höhe des Anspruchs bei fehlender Prüffähigkeit der Schlussrechnung generell aufzugeben. Sie gibt jedoch Anlass, über die Dogmatik dahinter neu nachzudenken, die Klageabweisung als „zurzeit unbegründet“ auf die dahinterstehenden zivilprozessualen Kategorien herunterzubrechen und den Einzelfall entsprechend differenziert zu betrachten. Insbesondere darf das Gericht sich nicht auf eine Klageabweisung als „jedenfalls zurzeit unbegründet“ beschränken, wenn die Klage unschlüssig ist.

*	Der Autor ist Richter am Landgericht und Mitglied einer Baukammer am Landgericht Karlsruhe.
1	Grundlegend BGH, Urt. v. 27.10.1994 – VII ZR 217/93, BGHZ 127, 254 (259 f.) = BauR 1995, 126 (128) Rdnr. 27 f. bei juris.
2	So bereits BGH, Urt. v. 07.09.2017 – III ZR 618/16, BGHZ 215, 344 (354 f.) = BauR 2018, 133 (137) Rdnr. 23.
3	BGH, Urt. v. 09.06.2022 – III ZR 24/21, BGHZ 234, 102 (108 ff.) Rdnr. 17 ff.; BGH, Urt. v. 09.12.2022 – V ZR 72/21, NJW-RR 2023, 632 f. Rdnr. 10 ff.
4	S. Fn. 1; ferner etwa BGH, Urt. v. 27.01.2011 – VII ZR 41/10, BauR 2011, 831 (833) Rdnr. 16.
5	BGH, Urt. v. 11.02.1999 – VII ZR 399/97, BGHZ 140, 365 (368) = BauR 1999, 635 (636 f.) Rdnr. 7 bei juris; BGH, Urt. v. 04.05.2000 – VII ZR 394/97, BauR 2000, 1191 (1192) Rdnr. 9 bei juris.
6	So OLG Düsseldorf, Urt. v. 14.06.2019 – I-22 U 248/18, BauR 2020, 1181 (1186) Rdnr. 145, 152 bei juris.
7	Schmidt, NJW 2015, 2632; Wittler/Zander, BauR 2019, 1694 (1698); i.d.S. wohl auch Kniffka, in: FS Thode, 2005, S. 291 (295, 302 f.); ders., in: Kniffka/Koebler/Jurgenleit/Sacher, Kompendium des Baurechts, 5. Aufl. 2020, Teil 4 Rdnr. 539; Locher, in: FS Neuenfeld, 2016, S. 127 (133 f.); a.A. Weyer, BauR 1982, 309 (310 ff.); OLG Düsseldorf, Urt. v. 15.06.1982 – 21 U 196/81, BauR 1983, 283; OLG Düsseldorf, Urt. v. 14.06.1991 – 22 U 293/90, BauR 1992, 96 (97); Deckers, BauR 1999, 987 (989 mit Fn. 19); Retzlaff, in: Grüneberg, BGB, 83. Aufl. 2024, § 650g Rn. 14.
8	BGH, Urt. v. 28.09.2000 – VII ZR 57/00, BauR 2001, 124 (126) Rdnr. 15 f. bei juris.
9	BGH, Urt. v. 23.09.2004 – VII ZR 173/03, BauR 2004, 1937 (1939) Rdnr. 19 bei juris; BGH, Urt. v. 08.12.2005 – VII ZR 50/04, BauR 2006, 517 (519) Rdnr. 19.
10	Grundlegend BGH, Urt. v. 27.11.2003 – VII ZR 288/02, BGHZ 157, 118 (125 ff.) = BauR 2004, 316 (319 ff.) Rdnr. 20 ff. bei juris.
11	Zusammenfassend BGH, Urt. v. 27.11.2003 – VII ZR 288/02, BGHZ 157, 118 (124 f.) = BauR 2004, 316 (319) Rdnr. 19 bei juris; ferner etwa BGH, Urt. v. 12.01.2006 – VII ZR 2/04, BGHZ 165, 382 (385) = BauR 2006, 693 (694) Rdnr. 15 bei juris.
12	BGH, Beschl. v. 14.06.2007 – VII ZR 230/06, BauR 2007, 1577 Rdnr. 6 f.; BGH, Urt. v. 27.01.2011 – VII ZR 41/10, BauR 2011, 831 (833 f.) Rdnr. 16, 18.
13	BGH, Urt. v. 28.07.2011 – VII ZR 180/10, BauR 2011, 1846 f. Rdnr. 9, 12; BGH, Beschl. v. 23.01.2014 – VII ZB 49/13, BauR 2014, 874 f. Rdnr. 11.
14	S. Fn. 13 sowie Voit, NJW 2013, 3380 (3381) [OLG Koblenz 24.06.2013 - 3 U 202/13].
15	BGH, Urt. v. 11.02.1999 – VII ZR 399/97, BGHZ 140, 365 (368) = BauR 1999, 635 (636 f.) Rdnr. 7 bei juris; BGH, Urt. v. 27.01.2011 – VII ZR 41/10, BauR 2011, 831 (832) Rdnr. 12.
16	BGH, Urt. v. 04.05.2000 – VII ZR 53/99, BGHZ 144, 242 (245) = BauR 2000, 1182 (1184) Rdnr. 17 bei juris.
17	Zur nicht prüffähige abgerechneten Werklohnforderungen Deckers, BauR 1999, 987 (988 ff.); ders., BauR 2001, 1832 (1833); Kniffka, in: FS Thode, 2005, S. 291 (300 f.); Voit, in: Ganten/Jansen/Voit, Beck'scher VOB-Kommentar, Teil B, 4. Aufl. 2023, § 14 Abs. 1 Rdnr. 121; allgemein zur Klageabweisung als „zurzeit unbegründet“ OLG Stuttgart, Urt. v. 14.11.1969 – 2 U 75/69, NJW 1970, 569 f.; Blomeyer, in FS Lent, 1957, S. 43 (79 f.); Brox, ZZZP 81 [1968], S. 379 (389 mit Fn. 41); Baumann, AcP 169 [1969], S. 317 (343 f.); Kappel, Die Klageabweisung „zur Zeit“, 1999, S. 53 f.; Büscher, in: Wieczorek/Schütze, ZPO, 4. Aufl. 2015, § 322 Rdnr. 125; a.A. im hiesigen Kontext Heinrich, BauR 1999, 17 (18 ff.); Schweer, BauR 2000, 1271 (1273); allgemein ferner OLG Düsseldorf, Urt. v. 30.10.1992 – 16 U 218/91, Rdnr. 6 bei juris; Grunsky, ZZZP 76 [1963], S. 165 (169 f.); Althammer, in: Stein/Jonas, ZPO, 23. Aufl. Bd. 4 2018, § 322 Rdnr. 249; MünchKomm.-Gottwald, ZPO, 6. Aufl. 2022, § 322 Rdnr. 156; Heiderhoff, ZZZP 118 [2005], S. 185 (193 f.).
18	BGH, Urt. v. 07.09.2017 – III ZR 618/16, BGHZ 215, 344 (354 f.) = BauR 2018, 133 (137) Rdnr. 23.
19	BGH, Urt. v. 09.06.2022 – III ZR 24/21, BGHZ 234, 102 (111) Rdnr. 24.

20	BGH, Urt. v. 09.12.2022 – V ZR 72/21, NJW-RR 2023, 632 (633) Rdnr. 10 f.
21	S. Fn. 3; kritisch dazu Elzer, FD-ZVR 2023, 456114; ders., IBR 2023, 221; Kim, LMK 2023, 806151; Szalai, WuB 2023, 350 f.; Musielak, in: Musielak/Voit, ZPO, 20. Aufl. 2023, § 322 Rdnr. 51; dezidiert anders auch noch die Vorinstanz zum III. Senat: KG, Urt. v. 25.02.2020 – 9 U 18/18, Rdnr. 82 ff. bei juris; zum bisherigen Meinungsstand s. Fn. 17.
22	BGH, Urt. v. 09.06.2022 – III ZR 24/21, BGHZ 234, 102 (111 f.) Rdnr. 24 f.; BGH, Urt. v. 09.12.2022 – V ZR 72/21, NJW-RR 2023, 632 (633) Rdnr. 12 f.
23	Grundlegend BGH, Urt. v. 04.05.2000 – VII ZR 53/99, BGHZ 144, 242 (243 ff.) = BauR 2000, 1182 (1183 f.) Rdnr. 12 ff. bei juris; ferner etwa BGH, Urt. v. 27.01.2011 – VII ZR 41/10, BauR 2011, 831 (832) Rdnr. 12; a.A. Ball, in: Musielak/Voit (Fn. 21), Vorbem. § 511 Rdnr. 21.
24	So bereits Grunsky, ZJP 76 [1963], S. 165 (172 f.); ferner Heinrich, BauR 1999, 17 (18/21); Piekenbrock, in: FS Becker-Eberhard, 2022, S. 421 (428 f.).
25	Kritisch daher auch Szalai, WuB 2023, 350.
26	BGH, Urt. v. 04.05.2000 – VII ZR 53/99, BGHZ 144, 242 (244 f.) = BauR 2000, 1182 (1184) Rdnr. 16 bei juris; kritisch dazu Piekenbrock, in: FS Becker-Eberhard, 2022, S. 421 (426 f.).
27	Das verkennen Schweer, BauR 2000, 1271; Piekenbrock, in: FS Becker-Eberhard, 2022, S. 421 (427).
28	BGH, Urt. v. 09.12.2022 – V ZR 72/21, NJW-RR 2023, 632 (633) Rdnr. 13.
29	BGH, Urt. v. 07.02.2018 – VIII ZR 189/17, NJW 2018, 1599 (1602) Rdnr. 27, 29; BGH, Urt. v. 10.04.2019 – VIII ZR 250/17, NJW-RR 2019, 977 (980 f.) Rdnr. 37 f.; ähnlich die Rechtsprechung des BAG zur Karenzentschädigung, zuletzt BAG, Urt. v. 27.02.2019 – 10 AZR 340/18, NJW 2019, 2257 (2260) Rdnr. 38.
30	Erstmals BGH, Urt. v. 10.11.2020 – XI ZR 426/19, WM 2021, 44 (46) Rdnr. 21 f.; danach über 20 insoweit gleichlautende Entscheidungen, zuletzt BGH, Urt. v. 18.10.2022 – XI ZR 226/21, Rdnr. 14; darauf bezugnehmend auch BAG, Urt. v. 20.07.2023 – 6 AZR 112/23, NJW 2023, 3664 (3667) Rdnr. 37.
31	Explizit i.d.S. OLG Braunschweig, Beschl. v. 28.06.2022 – 4 W 20/22, Rdnr. 50, 57, 76 ff. bei juris; i.E. zustimmend Arz, NJW 2023, 1847 (1849 f.) Rdnr. 10 ff.
32	BGH, Urt. v. 09.12.2022 – V ZR 72/21, NJW-RR 2023, 632 (633) Rdnr. 15.
33	Vgl. dazu mit unterschiedlichen Ansätzen Arz, NJW 2023, 1847 (1848 ff.) Rdnr. 6, 10 ff.; Alpes, MDR 2023, 690 (691) [BGH 09.12.2022 - V ZR 72/21]; Dallmayer/Haumer, jurisPR-PrivBauR 6/2023 Anm. 1; Vollkommer, in: Zöller, ZPO, 35. Aufl. 2024, Vor § 322 Rdnr. 58b; Piekenbrock, in: FS Becker-Eberhard, 2022, S. 421 (429); s. ferner KG, Urt. v. 06.03.2023 – 26 U 37/21, Rdnr. 73 ff. bei juris und die dort zitierte divergierende jüngere obergerichtliche Rechtsprechung zu Verbraucherwiderrufsfällen.
34	Dies gilt auch, wenn es den Streitgegenstand verkennt, vgl. BGH, Urt. v. 28.05.1998 – I ZR 275/95, NJW 1999, 287 (288) Rdnr. 33 bei juris m.w.N.; ausführlich Musielak, in: FS Schwab, 1990, S. 349 (359 ff.).
35	BGH, Urt. v. 19.12.1991 – IX ZR 96/91, BGHZ 117, 1 (5) Rdnr. 14 bei juris; Althammer, in: Stein/Jonas (Fn. 17), § 322 Rdnr. 89 f., 94.
36	St. Rspr. s. nur BGH, Urt. v. 05.11.2009 – IX ZR 239/07, BGHZ 183, 77 (80) Rdnr. 9 m.w.N.; ferner bereits Hahn, Materialien zur Zivilprozeßordnung, 1880, S. 290 ff., 607 ff.
37	A.A. Deckers, BauR 1999, 987 (990 f.); Schweer, BauR 2000, 1271; OLG Koblenz, Urt. v. 01.07.2022 – 8 U 841/21, ZIP 2022, 2329 (2334) Rdnr. 45 bei juris.
38	BGH, Urt. v. 17.02.1998 – VI ZR 342/96, NJW 1998, 1633 Rdnr. 16 bei juris; Roth, in: Stein/Jonas, ZPO, 23. Aufl. Bd. 3 2016, § 256 Rdnr. 60.
39	BGH, Urt. v. 09.04.1992 – IX ZR 304/90, BGHZ 118, 70 (81 f.) Rdnr. 37 bei juris; BGH, Urt. v. 24.05.2007 – IX ZR 142/05, NJW-RR 2007, 1553 (1555) Rdnr. 26.

40	BGH, Urt. v. 31.01.1984 – VI ZR 150/82, NJW 1984, 2295 f. Rdnr. 15 bei juris; Feskorn, in: Zöller (Fn. 33), § 308 Rdnr. 4 m.w.N.; a.A. Musielak, in: FS Schwab, 1990, S. 349 (354 ff.).
41	So etwa BGH, Urt. v. 31.01.1984 – VI ZR 150/82, NJW 1984, 2295 f. Rdnr. 15 bei juris; BGH, Urt. v. 07.02.2019 – III ZR 498/16, WM 2019, 448 (452) Rdnr. 43.
42	BGH, Beschl. v. 13.12.2006 – XII ZB 71/04, NJW 2007, 1460 (1461) Rdnr. 11.
43	Zutreffend ohne Rückgriff auf § 140 BGB daher die Entscheidungen in Fn. 39; ferner z.B. BGH, Urt. v. 06.02.1984 – II ZR 88/83, ZIP 1984, 438 Rdnr. 4 bei juris; BGH, Urt. v. 24.03.2022 – I ZR 52/21, BGHZ 233, 153 (174) Rdnr. 60.
44	Althammer, in: Stein/Jonas (Fn. 17), § 308 Rdnr. 21; für den Regelfall (sofern kein berechtigtes Interesse an Beschränkung des Antrags besteht) auch OLG Düsseldorf, Urt. v. 09.10.2014 – I-15 U 27/14, Rdnr. 44 bei juris; a.A. MünchKomm.-Musiellak, ZPO (Fn. 17), § 308 Rdnr. 9; Rensen, in: Wieczorek/Schütze (Fn. 17), § 308 Rdnr. 13.
45	Arz, NJW 2023, 1847 Rdnr. 1; Foerste, in: Musielak/Voit (Fn. 21), § 257 Rdnr. 6; a.A. MünchKomm.-Becker-Eberhard, ZPO (Fn. 17), § 257 Rdnr. 12.
46	St. Rspr., s. nur BGH, Urt. v. 31.01.1984 – VI ZR 150/82, NJW 1984, 2295 f. Rdnr. 15 bei juris; BGH, Urt. v. 16.12.2004 – VII ZR 174/03, BauR 2005, 588 (589) Rdnr. 14 bei juris; zuletzt etwa BGH, Urt. v. 24.03.2022 – I ZR 52/21, BGHZ 233, 153 (174) Rdnr. 60 m.w.N.
47	BGH, Urt. v. 31.01.1984 – VI ZR 150/82, NJW 1984, 2295 f. Rdnr. 16 bei juris; Greger, in: Zöller (Fn. 33), § 256 Rdnr. 29.
48	BGH, Urt. v. 17.03.1964 – Ia ZR 193/63, BGHZ 42, 340 (349 f.) Rdnr. 24 ff. bei juris; BGH, Urt. v. 20.01.1989 – V ZR 173/87, NJW 1989, 2064 f. Rdnr. 15 bei juris; Althammer, in: Stein/Jonas (Fn. 17), § 322 Rdnr. 103.
49	BGH, Urt. v. 09.06.2022 – III ZR 24/21, BGHZ 234, 102 (111 f., 118 f.) Rdnr. 25, 42; deutlicher OLG Düsseldorf, Urt. v. 30.10.1992 – 16 U 218/91, Rdnr. 7 bei juris.
50	So bereits BGH, Urt. v. 23.05.1957 – II ZR 250/55, BGHZ 24, 279 (297) Rdnr. 49 bei juris; ferner jetzt Kim, LMK 2023, 806151; Dallmayer/Haumer, jurisPR-PrivBauR 6/2023 Anm. 1; LG Karlsruhe, Beschl. v. 21.11.2023 – 10 O 111/23, Rdnr. 70 bei juris; a.A. wohl Arz, NJW 2023, 1847 (1852) Rdnr. 29.
51	BGH, Urt. v. 07.09.2017 – III ZR 618/16, BGHZ 215, 344 (354 f.) = BauR 2018, 133 (137) Rdnr. 23; BGH, Urt. v. 09.12.2022 – V ZR 72/21, NJW-RR 2023, 632 (633) Rdnr. 14; ferner Arz, NJW 2023, 1847 (1848) Rdnr. 6; Grunsky, ZJP 76 [1963], S. 165 (169); Deckers, BauR 1999, 987 (990 f.); a.A. Heinrich, BauR 1999, 17 (20 f.).
52	Vgl. BGH, Urt. v. 23.09.2004 – IX ZR 137/03, NJW-RR 2005, 494 (498) Rdnr. 33 bei juris; BGH, Urt. v. 04.12.2015 – V ZR 22/15, WM 2016, 1089 (1091) Rdnr. 27.
53	Kniffka, in: FS Thode, 2005, S. 291 (296 f.); Voit, in: Ganten/Jansen/Voit (Fn. 17), § 14 Abs. 1 Rdnr. 112 f.; a.A. OLG Bamberg, Urt. v. 15.12.2003 – 4 U 92/03, BauR 2004, 1188 Rdnr. 38 bei juris; Messerschmidt, in: Messerschmidt/Voit, Privates Baurecht, 4. Aufl. 2022, § 641 Rdnr. 92; Retzlaff, in: Grüneberg (Fn. 7), § 650g Rn. 14; wohl nur missverständlich BGH, Beschl. v. 14.06.2007 – VII ZR 230/06, BauR 2007, 1577 Rdnr. 7.
54	Voit, in: Ganten/Jansen/Voit (Fn. 17), § 14 Abs. 1 Rdnr. 113.
55	BGH, Urt. v. 27.11.2003 – VII ZR 288/02, BGHZ 157, 118 (124) = BauR 2004, 316 (319) Rdnr. 19 bei juris; BGH, Urt. v. 12.01.2006 – VII ZR 2/04, BGHZ 165, 382 (385) = BauR 2006, 693 (694) Rdnr. 15 f.
56	BGH, Urt. v. 02.09.2021 – VII ZR 124/20, BauR 2022, 142 (145) Rdnr. 33.
57	BGH, Urt. v. 09.09.2021 – I ZR 113/18, BGHZ 231, 116 (122) Rdnr. 17.
58	BGH, Urt. v. 25.02.2010 – VII ZR 187/08, BauR 2010, 812 (813) Rdnr. 13.
59	BGH, Urt. v. 27.11.2003 – VII ZR 288/02, BGHZ 157, 118 (131 f.) = BauR 2004, 316 (321 f.) Rdnr. 33 bei juris.
60	BGH, Urt. v. 20.10.1988 – VII ZR 302/87, BGHZ 105, 290 (296 f.) = BauR 1989, 87 (89) Rdnr. 21 ff. bei juris; Moufang/Koos, in: Messerschmidt/Voit (Fn. 53), Syst. Teil O, Rdnr. 39 f.

61	BGH, Urt. v. 27.11.2003 – VII ZR 288/02, BGHZ 157, 118 (128 f.) = BauR 2004, 316 (320 f.) Rdnr. 25 f. bei juris.
62	Kritisch zur Gleichsetzung von Fälligkeit und Anspruchsentstehung neuerdings mit beachtlichen Argumenten Koos, Die Entstehung des Anspruchs als Anknüpfungspunkt für den Beginn der Verjährung, 2022.
63	BGH, Urt. v. 18.09.1997 – VII ZR 300/96, BGHZ 136, 342 (344) = BauR 1997, 1065 (1066) Rdnr. 9 bei juris; BGH, Urt. v. 13.01.2005 – VII ZR 353/03, BauR 2005, 739 (740) Rdnr. 15 bei juris.
64	Foerste, in: Musielak/Voit (Fn. 21), § 256 Rdnr. 7.
65	Roth, in: Stein/Jonas (Fn. 38), § 256 Rdnr. 45; Foerste, in: Musielak/Voit (Fn. 21), § 256 Rdnr. 10.
66	Zu § 650g Abs. 4 BGB BT-Drucks. 18/8486, S. 92; OLG Brandenburg, Urt. v. 21.06.2023 – 4 U 102/22, BauR 2023, 2084 (2086) Rdnr. 37 bei juris; Kögl, in: BeckOGK-BGB, Stand 01.04.2023, § 650g Rdnr. 173; zu § 14 VOB/B BGH, Urt. v. 09.10.1986 – VII ZR 249/85, BauR 1987, 95 (96) Rdnr. 10 bei juris; Voit, in: Ganten/Jansen/Voit (Fn. 17), § 14 Abs. 1 Rdnr. 23.
67	Der BGH spricht (wohl zu Unrecht, vgl. Bacher, in: BeckOK-ZPO, Stand 01.12.2023, § 256 Rdnr. 16.1) von einer Umdeutung, vgl. BGH, Urt. v. 17.04.2018 – XI ZR 446/16, NJW-RR 2018, 1067 (1068) Rdnr. 16 m.w.N.
68	S. nur BGH, Urt. v. 17.05.1977 – VI ZR 174/74, BGHZ 69, 37 (41) Rdnr. 16 bei juris.
69	S. nur BGH, Urt. v. 17.06.1994 – V ZR 34/92, NJW-RR 1994, 1272 (1273) Rdnr. 13 bei juris; BGH, Urt. v. 15.12.2009 – XI ZR 110/09, WM 2010 331 (333) Rdnr. 19 – jeweils m.w.N.
70	Hahn, Materialien zur Civilprozeßordnung, 1880, S. 291 f., 608 f.; Hager, KTS 1993, 39 (40 f.).
71	BGH, Urt. v. 27.10.1960 – III ZR 80/58, NJW 1961, 75 Rdnr. 24 bei juris; Hager, KTS 1993, 39 (41).
72	Das übersehen diejenigen, die dem Kläger bei einer drohenden Klageabweisung als zurzeit unbegründet zur Zwischenfeststellungsklage raten; s. OLG Stuttgart, Urt. v. 14.11.1969 – 2 U 75/69, NJW 1970, 569 (570); Deckers, BauR 1999, 987 (991); Kniffka, in: FS Thode, 2005, S. 291 (301); Kim, LMK 2023, 806151; Szalai, WuB 2023, 350; vgl. auch Piekenbrock, in: FS Becker-Eberhard, 2022, 421 (427 f.); zutreffend dagegen Dallmayer/Haumer, jurisPR-PrivBauR 6/2023 Anm. 1.
73	S.o. II. mit Fn. 29.
74	St. Rspr., s. nur BGH, Urt. v. 14.03.1978 – VI ZR 68/76, NJW 1978, 2031 (2032); BGH, Urt. v. 07.03.2013 – I ZR 30/12, GRUR 2013, 850 Rdnr. 10 m.w.N.
75	BGH, Beschl. v. 26.09.1995 – KVR 25/94, BGHZ 130, 390 (399) Rn. 47 bei juris; MünchKomm.-Becker-Eberhard, ZPO (Fn. 17), Vor § 253 Rdnr. 19, § 256 Rdnr. 38.
76	BGH, 27.11.1957 – IV ZR 121/57, NJW 1958, 384; BGH, Urt. v. 18.02.2016 – III ZR 126/15, BGHZ 209, 52 (69) Rn. 51.
77	Zum Meinungsstand s.o. Fn. 5 bis 8.
78	BGH, Urt. v. 11.02.1999 – VII ZR 399/97, BGHZ 140, 365 (370) = BauR 1999, 635 (637) Rdnr. 10 bei juris; BGH, Urt. v. 27.01.2011 – VII ZR 41/10, BauR 2011, 831 (833) Rdnr. 18; vgl. auch BGH, Beschl. v. 14.06.2007 – VII ZR 230/06, BauR 2007, 1577 Rdnr. 7.
79	Allgemein kritisch dazu Kniffka, in: FS Thode, 2005, S. 291 (292 f.); ders., BauR 2020, 404 (419 f.); ders., in: Kniffka/Koebler/Jurgeleit/Sacher (Fn. 7), Teil 4 Rdnr. 540.
80	Einen solchen postuliert OLG Düsseldorf, Urt. v. 14.06.2019 – I-22 U 248/18, BauR 2020, 1181 (1187) Rdnr. 152, 155 bei juris; a.A. zu Recht Weyer, BauR 1982, 309 (311); OLG Düsseldorf, Urt. v. 15.06.1982 – 21 U 196/81, BauR 1983, 283.
81	Musielak, in: Musielak/Voit (Fn. 21), § 308 Rn. 2; Rensen, in: Wieczorek/Schütze (Fn. 17), § 308 Rn. 11.
82	Etwa OLG Düsseldorf, Urt. v. 14.05.2009 – I-5 U 131/08, BauR 2010, 241 f. Rdnr. 25 bei juris; OLG Düsseldorf, Urt. v. 25.03.2014 – I-21 U 90/13, BauR 2015, 283 (284) Rdnr. 62 bei juris; OLG Oldenburg, Urt. v. 26.10.2021 – 12 U 120/18, BauR 2023, 997 (999) Rdnr. 37 bei juris; ebenso Eydner, BauR 2007, 1806 (1812); Schmidt, NJW 2015, 2632.

83	Explizit BGH, Urt. v. 17.06.2004 – VII ZR 337/02, BauR 2004, 1443 (1445) Rdnr. 24 bei juris; OLG Düsseldorf, Urt. v. 05.06.2007 – I-21 U 240/06, BauR 2007, 2092 (2094 f.) Rdnr. 31 bei juris; Kniffka, in: FS Thode, 2005, S. 291 (294); Locher, in: FS Neuenfeld, 2016, S. 127 (134 f.); Deckers, BauR 1999, 987 (989 Fn. 19); differenzierend auch BGH, Beschl. v. 14.06.2007 – VII ZR 230/06, BauR 2007, 1577 f. Rdnr. 7 ff.; BGH, Urt. v. 27.01.2011 – VII ZR 41/10, BauR 2011, 831 (833) Rdnr. 20.
84	Dafür BT-Drucks. 18/11437, S. 43; Wittler/Zander, BauR 2019, 1694 (1700); OLG Brandenburg, Urt. v. 21.06.2023 – 4 U 102/22, BauR 2023, 2084 (2086) Rdnr. 42 bei juris.
85	So BGH, Beschl. v. 25.01.2007 – VII ZR 112/06, BauR 2007, 724 (726) Rdnr. 19; vgl. ferner auch Fn. 5.
86	St. Rspr., etwa BGH, Urt. v. 12.07.1984 – VII ZR 123/83, BauR 1984, 667 (668 f.) Rdnr. 12 f. bei juris; BGH, Urt. v. 21.01.1999 – VII ZR 398/97, BauR 1999, 648 (649) Rdnr. 7 bei juris; im vorliegenden Zusammenhang Kniffka, in: FS Thode, 2005, S. 291 (303).
87	BGH, Urt. v. 24.10.1991 – VII ZR 81/90, BauR 1992, 265 (266) Rdnr. 11 bei juris; BGH, Urt. v. 02.05.2002 – VII ZR 481/00, BauR 2002, 1421 (1422) Rdnr. 18, juris; näher dazu im vorliegenden Kontext Kniffka, in: FS Thode, 2005, S. 291 (303 ff.); Locher, in: FS Neuenfeld, 2016, S. 127 (135 ff.).
88	BGH, Urt. v. 17.04.2009 – VII ZR 164/07, BGHZ 180, 235 (247 f.) = BauR 2009, 1162 (1166, 1169) Rdnr. 33 f., 47; BGH, Beschl. v. 01.02.2023 – VII ZR 882/21, BauR 2023, 1154 (1155 f.) Rdnr. 20.
89	So OLG Celle, Urt. v. 10.06.2021 – 8 U 11/20, BauR 2023, 646 (659, 661) Rdnr. 190, 211 bei juris.
90	BGH, Urt. v. 22.12.2005 – VII ZR 316/03, BauR 2006, 678 (680) Rdnr. 17; Kniffka, in: FS Thode, 2005, S. 291 (294, 299); ders., in: Kniffka/Koebler/Jurjeleit/Sacher (Fn. 7), Teil 4 Rdnr. 534, 539 f.
91	Dagegen Voit, in: Ganten/Jansen/Voit (Fn. 17), § 14 Abs. 1 Rdnr. 120; Rodemann, in: Fuchs/Berger/Seifert, Beck'scher HOAI- und Architektenrechtskommentar, 3. Aufl. 2022, § 650q BGB Rdnr. 884; teilweise wird auch nur ein Abschlagszahlungsanspruch entsprechend § 16 Abs. 3 Nr. 1 Satz 5 VOB/B angenommen, so etwa Hummel, in: Nicklisch/Weick/Jansen/Seibel, VOB/B, 5. Aufl. 2019, § 16 Rdnr. 72, 99; so für den VOB/B-Vertrag und i.Ü. offen hinsichtlich der Anspruchsnatur auch noch BGH, Urt. v. 27.11.2003 – VII ZR 288/02, BGHZ 157, 118 (129 f.) = BauR 2004, 316 (321) Rdnr. 32 f. bei juris.
92	St. Rspr., zuletzt BGH, Urt. v. 02.09.2021 – VII ZR 124/20, BauR 2022, 142 (144 f.) Rdnr. 27; BGH, Beschl. v. 15.03.2023 – VII ZR 150/22, BauR 2023, 1379 (1382) Rdnr. 32.
93	BGH, Urt. v. 02.09.2021 – VII ZR 124/20, BauR 2022, 142 (144 f.) Rdnr. 27.
94	Zu deren Zulässigkeit BGH, Beschl. v. 24.01.2008 – VII ZR 43/07, BauR 2008, 871 f. Rdnr. 4 f.
95	S. nur (allgemein zu Teilklagen) BGH, Beschl. v. 22.09.2016 – V ZR 4/16, NJW 2017, 893 (893) [BGH 07.07.2016 - I ZB 45/15] Rdnr. 19; a.A. (zu Teilklagen aus dem Schlussrechnungssaldo) Sonntag, NZBau 2008, 361 (363 f.) [BGH 24.01.2008 - VII ZR 43/07].
96	Heinrich, BauR 1999, 17 (19 f.); Deckers, BauR 1999, 987 (990); Schweer, BauR 2000, 1271 f.; Kniffka, in: FS Thode, 2005, S. 291 (295); ders., in: Kniffka/Koebler/Jurjeleit/Sacher (Fn. 7), Teil 4 Rdnr. 553; Locher, in: FS Neuenfeld, 2016, S. 127 (133).
97	S.o. V. 3 mit Fn. 74 f.
98	S. dazu nur Foerste, in: Musielak/Voit (Fn. 21), § 256 Rdnr. 12 m.w.N.
99	Vgl. KG, Urt. v. 23.06.2020 – 21 U 107/19, Rdnr. 16 ff. bei juris.
100	BGH, Urt. v. 02.09.2021 – VII ZR 124/20, BauR 2022, 142 (145 f.) Rdnr. 36 ff.; ähnlich bereits BGH, Urt. v. 11.02.1999 – VII ZR 399/97, BGHZ 140, 365 (377 ff.) = BauR 1999, 635 (641) Rdnr. 37 ff. bei juris.
101	Zu dieser Ausnahme vom Vorrang der Leistungsklage s. nur BGH, Urt. v. 24.01.2017 – XI ZR 183/15, NJW-RR 2017, 815 (816) Rdnr. 16; Greger, in: Zöllner (Fn. 33), § 256 Rdnr. 15.
102	Greger, in: Zöllner (Fn. 33), § 256 Rdnr. 15; Roth, in: Stein/Jonas (Fn. 38), § 256 Rdnr. 65a, 85.
103	BGH, Urt. v. 20.01.1989 – V ZR 173/87, NJW 1989, 2064 f. Rdnr. 12, 15 bei juris; MünchKomm.-Becker-Eberhard, ZPO (Fn. 17), § 261 Rdnr. 64; Roth, in: Stein/Jonas (Fn. 38), § 256 Rdnr. 62, 91, § 261 Rdnr. 31.

104	S. nur Foerste, in: Musielak/Voit (Fn. 21), § 261 Rdnr. 9.
105	Zum umgekehrten Verhältnis von negativer Feststellungsklage und Leistungswiderklage BGH, Urt. v. 23.11.1960 – V ZR 102/59, BGHZ 33, 398 (399) Rdnr. 7 bei juris; BGH, Urt. v. 11.12.1996 – VIII ZR 154/95, BGHZ 134, 201 (209) Rdnr. 28 bei juris.
106	BGH, Urt. v. 28.10.1999 – VII ZR 326/98, BGHZ 143, 79 (88 f.) = BauR 2000, 430 (434 f.) Rdnr. 33 bei juris; BGH, Urt. v. 28.09.2000 – VII ZR 57/00, BauR 2001, 124 (125 f.) Rdnr. 14 f. bei juris.
107	OLG Düsseldorf, Urt. v. 14.06.2019 – I-22 U 248/18, BauR 2020, 1181 (1186 f.) Rdnr. 142 f., 151 bei juris; Heinrich, BauR 1999, 17.
108	S.o. IV. 3. mit Fn. 51.