



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VII ZR 124/20

Verkündet am:
2. September 2021
Boppel,
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

ZPO § 256 Abs. 1

Zur Zulässigkeit einer Feststellungsklage.

BGH, Urteil vom 2. September 2021 - VII ZR 124/20 - KG Berlin
LG Berlin

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 2. September 2021 durch den Vorsitzenden Richter Pamp, den Richter Prof. Dr. Jurgeleit sowie die Richterinnen Sacher, Borris und Dr. Brenneisen

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 21. Zivilsenats des Kammergerichts vom 23. Juni 2020 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Klägerin begehrt die Feststellung, dass die Beklagte verpflichtet ist, die sich aus der Abrechnung der Streithelferin der Klägerin zum Bauvorhaben "F. ", für nicht erbrachte Leistungen ergebende Vergütung zu zahlen.
- 2 Die Klägerin betreibt ein Bauunternehmen. Die Beklagte ist gleichfalls in der Baubranche tätig, befasst sich unter anderem mit der Projektsteuerung und tritt als Generalunternehmerin auf.

3 Mit Vertrag vom 15. September 2015 beauftragte die Beklagte die Klägerin mit der Ausführung von Rohbauarbeiten betreffend das Bauvorhaben "F. " in B. unter Einbeziehung der VOB/B. Die Klägerin ihrerseits beauftragte die Streithelferin mit Vertrag vom 15. September/ 22. September 2015 unter Einbeziehung der VOB/B mit der Durchführung des überwiegenden Teils der Rohbauarbeiten.

4 Im Juli 2016 kündigte die Beklagte den Vertrag mit der Klägerin. Über die Frage, ob die Klägerin ihrerseits den Vertrag mit der Streithelferin (wirksam) kündigte, besteht zwischen den Parteien Streit.

5 Mit Schlussrechnung vom 20. Oktober 2016 verlangte die Klägerin für ihre erbrachten und abgenommenen Leistungen Zahlung von 118.166,14 €. Über diese Forderung schlossen die Parteien in einem gesonderten Klageverfahren einen Vergleich. Des Weiteren verlangte die Klägerin mit der Schlussrechnung für aufgrund der Kündigung nicht erbrachte Leistungen die Zahlung von 473.500,19 €. Bestandteil dieser Berechnung ist eine tabellarische Aufstellung der Streithelferin über die "Ermittlung des Vergütungsanspruchs bei Kündigung des Bauvertrags durch den Auftraggeber (freie Auftraggeberkündigung)". Diese Aufstellung endet mit einem Betrag von 353.447,60 €, den die Streithelferin der Klägerin unter dem 28. Oktober 2016 in Rechnung stellte.

6 Auf dieser Grundlage leitete die Klägerin im Juni 2018 das vorliegende Klageverfahren ein. Mit der Klageschrift kündigte sie die Anträge an, die Beklagte zu verurteilen,

a) an sie 120.052,59 € nebst Zinsen zu zahlen,

b) an die Streithelferin 353.447,60 € nebst Zinsen zu zahlen,

hilfsweise anstelle des Antrags zu b) festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, die sich aus der Abrechnung der Streithelferin für nicht erbrachte Leistungen ergebende Vergütung zu zahlen.

7 Unter dem 15. März 2019 erteilte die Streithelferin der Klägerin eine neue Schlussrechnung, die die Klägerin mangels Prüffähigkeit zurückwies.

8 Im Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht am 28. März 2019 hat die Klägerin den angekündigten Antrag zu b) zurückgenommen, mit der Beklagten hinsichtlich der im angekündigten Antrag zu a) genannten Forderung einen Vergleich geschlossen und den angekündigten Hilfsantrag gestellt.

9 Am 14. Mai 2019 überreichte die Streithelferin der Klägerin eine weitere neue Schlussrechnung, mit der sie für nicht erbrachte Leistungen 200.048,09 € verlangte. Die Klägerin wies diese Rechnung ebenfalls mangels Prüffähigkeit zurück. Nachdem Verständigungsbemühungen zwischen der Klägerin und der Streithelferin scheiterten, verklagte Letztere im November 2019 die Klägerin in einem gesonderten Verfahren auf Zahlung des Betrags aus der Schlussrechnung vom 14. Mai 2019. Dieses Verfahren ist nicht beendet.

10 Das Landgericht hat mit Urteil vom 26. August 2019 die allein noch rechts-hängige Feststellungsklage als unzulässig abgewiesen. Die Berufung der Klä-gerin gegen dieses Urteil ist erfolglos geblieben. Mit der vom Berufungsgericht zu-gelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihren Feststellungsantrag weiter.

Entscheidungsgründe:

11 Die Revision der Klägerin führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I.

12 Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung im
Wesentlichen ausgeführt:

13 Die Feststellungsklage sei unzulässig, weil der Klägerin das Feststellungs-
interesse (§ 256 ZPO) fehle.

14 Offen und geltend gemacht seien noch die nicht erbrachten Leistungen,
soweit diese durch die Streithelferin, die die Klägerin als Subunternehmerin be-
auftragt habe, hätten ausgeführt werden sollen.

15 Dem Auftragnehmer stehe nach freier Kündigung des Vertrags gemäß § 8
Abs. 1 Nr. 2 VOB/B die vereinbarte Vergütung für nicht erbrachte Leistungen zu.
Diese bemesse sich danach, was die Klägerin mit der Beklagten vereinbart habe
und nicht danach, welche Vergütung die Subunternehmerin gegen sie tatsächlich
geltend mache. Allerdings stehe der Subunternehmerin gegen die Klägerin bei
wirksamer Kündigung ebenfalls ein Anspruch aus § 8 Nr. 1 Abs. 2 VOB/B bezie-
hungsweise § 649 Satz 2 BGB a.F. zu. Im Umfang der Inanspruchnahme kämen
nicht ersparte Aufwendungen in Betracht. Denn insoweit sei kein Abzug von der
mit der Beklagten vereinbarten Vergütung vorzunehmen (vgl. BGH, Urteil vom
11. Februar 1999 - VII ZR 399/97).

16 Diesen Teil des ihr nach § 8 Abs. 1 Nr. 2 VOB/B zustehenden Anspruchs
beziffere die Klägerin nicht. Vielmehr verlange sie insoweit Feststellung. Dadurch
habe sie ihren einheitlichen Werklohnanspruch in einen Mindestbetrag ohne die
Subunternehmervergütung und in einen weiteren, ungewissen Betrag über die
ihr insoweit zustehende Vergütung aufgeteilt. Diese Art der Abrechnung wider-
spreche dem Grundsatz, dass ein Vertrag in einer Schlussrechnung insgesamt
abzurechnen sei.

17 Eine Ausnahme von diesem Grundsatz sei jedoch geboten, wenn dafür ein unabweisbares Bedürfnis bestehe und die getrennte Abrechnung interessengerecht sei. So liege der Fall, wenn der Auftragnehmer nach einer freien Kündigung noch nicht endgültig beurteilen könne, ob und inwieweit er Aufwendungen erspart habe. Sie trage dem weiteren Grundsatz Rechnung, dass ein Bauvorhaben so zügig wie möglich abzurechnen sei. Das Feststellungsinteresse bestehe schon deshalb, weil angesichts des langen Zeitraums der Ungewissheit regelmäßig die Verjährung der Forderung drohe (BGH, Urteil vom 11. Februar 1999, VII ZR 399/97).

18 Die Klägerin könne und müsse hier aber anders als in dem vom Bundesgerichtshof entschiedenen Fall abrechnen. Denn die Streithelferin habe ihr gegenüber bereits ihre Vergütung prüffähig geltend gemacht. Dies sei schon bei Klageerhebung aufgrund der ersten Schlussrechnung vom 28. Oktober 2016 der Fall gewesen. Ob die Schlussrechnung der Subunternehmerin inhaltlich zutreffend sei, spiele keine Rolle, solange sie prüffähig sei. Denn die Klägerin müsse im Rahmen ihres Auftragsverhältnisses selbst der Frage nachgehen, inwieweit die Abrechnung richtig sei und dürfe nicht warten, bis die Forderung rechtskräftig ausgeurteilt sei. Die beiden weiteren Schlussrechnungen stellten im Übrigen lediglich eine rechnerische Korrektur dar. Prüffähig seien sie.

19 Zudem handele es sich um eine Ausnahme vom Grundsatz der einheitlichen Abrechnung, die interessengerecht sein und für die ein unabweisbares Bedürfnis bestehen müsse (vgl. BGH, Urteil vom 11. Februar 1999, VII ZR 399/97). Daran fehle es schon deshalb, weil die Feststellungsklage nicht prozessökonomisch sei, wenn wie hier bereits abgerechnet worden sei.

II.

20 Das hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

21 1. Zutreffend geht das Berufungsgericht allerdings davon aus, dass die Klägerin nach ihrem Vortrag gegen die Beklagte einen Anspruch aus § 8 Abs. 1 Nr. 2 VOB/B (2012) für nicht erbrachte Leistungen geltend macht. Nach dieser Vertragsbestimmung steht dem Auftragnehmer für den Fall einer freien Kündigung nach § 8 Abs. 1 Nr. 1 VOB/B (2012) ein Anspruch auf die vereinbarte Vergütung zu. Der Auftragnehmer muss sich jedoch unter anderem anrechnen lassen, was er infolge der Aufhebung des Vertrags an Kosten erspart. Im Umfang der Inanspruchnahme der Klägerin seitens ihrer Streithelferin nach § 8 Abs. 1 Nr. 2 VOB/B (2012) kommen nicht ersparte Aufwendungen in Betracht, insoweit ist kein Abzug von der mit der Beklagten vereinbarten Vergütung vorzunehmen. Hierzu meint die Klägerin, den Anspruch der Streithelferin nicht beziffern zu können, und begehrt die Feststellung, dass die Beklagte verpflichtet ist, die sich aus der Abrechnung der Streithelferin für nicht erbrachte Leistungen ergebende Vergütung zu zahlen.

22 2. Diese Feststellungsklage ist entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts zulässig.

23 Gemäß § 256 Abs. 1 ZPO kann Klage auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses erhoben werden, wenn der Kläger ein rechtliches Interesse daran hat, dass das Rechtsverhältnis durch richterliche Entscheidung alsbald festgestellt wird. Diese Voraussetzungen, die grundsätzlich im Zeitpunkt der letzten mündlichen Tatsachenverhandlung vorliegen müssen (vgl. BGH, Urteil vom 8. Juli 1955 - I ZR 201/53, BGHZ 18, 98, juris Rn. 29; Urteil vom 4. November 1998 - VIII ZR 248/97, NJW 1999, 639, juris Rn. 15 f.), sind gegeben.

24 a) Die Feststellungsklage hat ein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis zum Gegenstand.

25 aa) Ein Rechtsverhältnis ist die aus einem konkreten Lebenssachverhalt resultierende Beziehung einer Person zu einer anderen Person oder Sache, die

ein subjektives Recht enthält oder aus der ein solches Recht entspringen kann. Nur das Rechtsverhältnis selbst kann Gegenstand der Feststellung sein, nicht bloße Vorfragen, wohl aber einzelne auf einem umfassenderen Rechtsverhältnis beruhende Rechte oder Pflichten sowie Inhalt und Umfang einer Leistungspflicht (BGH, Urteil vom 9. Mai 2019 - VII ZR 154/18 Rn. 26, BauR 2019, 1648 = NZBau 2019, 572; Urteil vom 22. Januar 2015 - VII ZR 353/12 Rn. 17, BauR 2015, 818 = NZBau 2015, 229).

26 Auf dieser Grundlage ist ein Werkvertrag ein Rechtsverhältnis, da aus diesem Schuldverhältnis subjektive Rechte und Pflichten folgen. Die Pflicht des Auftraggebers zur Entrichtung der Vergütung begründet als ein aus diesem umfassenderen Rechtsverhältnis folgendes Recht des Auftragnehmers selbst ein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis. Darüber hinaus ist in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs anerkannt, dass ein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis auch dann vorliegt, wenn die Parteien über den Inhalt der Herstellungsverpflichtung und damit die Grundlage des Vergütungsanspruches streiten (vgl. BGH, Urteil vom 22. Januar 2015 - VII ZR 353/12 Rn. 18 f, BauR 2015, 818 = NZBau 2015, 229, zur Frage, ob eine Anordnung im Sinne von § 1 Nr. 3 oder 4 VOB/B (2002) gegeben ist).

27 bb) Dagegen ist es nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs grundsätzlich nicht möglich, aus einer Schlussrechnung im Sinne von § 14 VOB/B einzelne Abrechnungspositionen zum Gegenstand einer Feststellungsklage zu machen (vgl. BGH, Urteil vom 11. Februar 1999 - VII ZR 399/97, BGHZ 140, 365, juris Rn. 37 ff.). In Bezug auf den Schlussrechnungssaldo sind die Abrechnungspositionen lediglich unselbständige Rechnungsposten (vgl. BGH, Urteil vom 22. Oktober 1998 - VII ZR 167/97, BauR 1999, 251, juris Rn. 10; Beschluss vom 8. November 2017 - VII ZR 82/17 Rn. 7, BauR 2018, 550 = NZBau 2018, 100) und stellen deshalb grundsätzlich eine bloße Vorfrage für den Vergütungsanspruch nach dem Schlussrechnungssaldo und kein eigenständiges Rechtsverhältnis dar.

- 28 Von diesem Grundsatz hat der Bundesgerichtshof für den Fall eine Ausnahme gemacht, dass der Auftragnehmer nach Kündigung des Werkvertrags über seine erbrachten und nicht erbrachten Leistungen eine Schlussrechnung erstellt, den sich aus dieser Schlussrechnung ergebenden Mindestbetrag geltend macht und zusätzlich die Feststellung begehrt, dass der Besteller ihm diejenigen Kosten zu erstatten hat, die durch eine mögliche Inanspruchnahme eines Nachunternehmers entstehen, weil insoweit Aufwendungen nicht erspart worden sind. In diesem Fall besteht ein unabweisbares Bedürfnis für eine getrennte Abrechnung, die es dem Auftragnehmer ermöglicht, wegen eines vom Nachunternehmer geltend zu machenden Anspruchs die Zahlungspflicht des Auftraggebers feststellen zu lassen (vgl. BGH, Urteil vom 11. Februar 1999 - VII ZR 399/97, BGHZ 140, 365, juris Rn. 40 f.).
- 29 cc) Auf dieser Grundlage meint das Berufungsgericht, die Feststellungsklage der Klägerin sei unzulässig, weil ein Ausnahmefall im Sinne des Urteils des Bundesgerichtshofs vom 11. Februar 1999 (VII ZR 399/97, BGHZ 140, 365) aufgrund der besonderen Umstände des Rechtsstreits nicht gegeben sei.
- 30 Dabei verkennt das Berufungsgericht allerdings, dass im für die Zulässigkeit der Feststellungsklage grundsätzlich maßgeblichen Zeitpunkt der letzten mündlichen Tatsachenverhandlung die Klägerin ihren einheitlichen Vergütungsanspruch nicht in einen betragsmäßig bezifferten und einen festzustellenden Teil aufgeteilt hatte. Die Klägerin hat vielmehr, nachdem die Parteien sich zuvor über alle anderen Positionen der Schlussrechnung verglichen hatten, die Beklagte nur noch hinsichtlich der von der Streithelferin geltend gemachten Forderung auf Feststellung in Anspruch genommen. Gegenstand des Feststellungsbegehrens ist deshalb nicht ein unselbständiger Rechnungsposten im Rahmen einer Schlussrechnung, sondern der allein noch offenstehende Vergütungsanspruch der Klägerin. Dieser Vergütungsanspruch ist ein subjektives Recht der Klägerin im Rahmen des zwischen den Parteien geschlossenen Werkvertrags und dementsprechend ein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis.

31 Schon deshalb kommt es auf die Ausführungen des Berufungsgerichts dazu, warum die Erwägungen im Urteil des Bundesgerichtshofs vom 11. Februar 1999 (VII ZR 399/97, BGHZ 140, 365) keine Anwendung finden, nicht an. Es bedarf daher keiner Entscheidung, ob diese Ausführungen - die Bedenken unterliegen - einer rechtlichen Nachprüfung standhielten.

32 b) Die Klägerin hat ein Interesse an alsbaldiger Feststellung des von ihr geltend gemachten Vergütungsanspruchs.

33 aa) Ein rechtliches Interesse an der alsbaldigen Feststellung des Bestehens eines Rechtsverhältnisses ist gegeben, wenn dem Recht der Klägerin eine gegenwärtige Gefahr der Unsicherheit droht und wenn das erstrebte Urteil geeignet ist, diese Gefahr zu beseitigen (BGH, Urteil vom 9. Mai 2019 - VII ZR 154/18 Rn. 30, BauR 2019, 1648 = NZBau 2019, 572).

34 Diese Voraussetzungen sind gegeben. Hinsichtlich des mit der Feststellungsklage verfolgten Vergütungsanspruchs besteht Unsicherheit. Die Beklagte bestreitet die Berechtigung dieses Anspruchs. Es besteht die gegenwärtige Gefahr, dass angesichts des Zeitraums der Ungewissheit die Verjährung der Forderung droht (vgl. BGH, Urteil vom 11. Februar 1999 - VII ZR 399/97, BGHZ 140, 365, juris Rn. 41).

35 bb) Das Feststellungsinteresse der Klägerin entfällt nicht deshalb, weil die Klägerin in dem von der Streithelferin gegen sie eingeleiteten Klageverfahren der Beklagten den Streit verkündet hat. Die Streitverkündung kann zwar zur Hemmung der Verjährung des Vergütungsanspruchs der Klägerin führen (§ 204 Abs. 1 Nr. 6 BGB). Sie beseitigt aber nicht die Unsicherheit über das Bestehen des Restvergütungsanspruchs dem Grunde nach und führt - anders als die Feststellung des Vergütungsanspruchs durch Urteil - nicht zu einer Verjährungsfrist von 30 Jahren (§ 197 Abs. 1 Nr. 3 BGB).

36 c) Das Feststellungsinteresse der Klägerin ist auch nicht unter dem Gesichtspunkt des grundsätzlichen Vorrangs einer auf Zahlung gerichteten Leistungsklage zu verneinen.

37 aa) Ist dem Kläger eine Klage auf Leistung möglich und zumutbar und erschöpft sie das Rechtsschutzziel, fehlt ihm das Feststellungsinteresse, weil er im Sinne einer besseren Rechtsschutzmöglichkeit den Streitstoff in einem einzigen Prozess klären kann (BGH, Versäumnisurteil vom 21. Februar 2017 - XI ZR 467/15 Rn. 14, NJW 2017, 1823).

38 bb) Auf dieser Grundlage fehlt der Klägerin nicht das Feststellungsinteresse, weil es ihr nach den Feststellungen des Berufungsgerichts nicht zumutbar war, eine Vergütung ihrer Streithelferin zum Gegenstand einer Leistungsklage zu machen.

39 Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts ist zwischen der Streithelferin und der Klägerin ein Klageverfahren anhängig, in welchem die Streithelferin einen Vergütungsanspruch geltend macht, der sich im Umfang von 200.048,09 € auf einen Vergütungsanspruch für nach Kündigung nicht erbrachte Leistungen bezieht. Die Klägerin hat diesen Anspruch insgesamt bestritten und sich auf fehlende Prüffähigkeit der Schlussrechnung der Streithelferin berufen. Dieses Verfahren war zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht noch nicht abgeschlossen. Es ist deshalb der Klägerin nicht zumutbar, einen Betrag für weiterzureichende Ansprüche der Streithelferin gegenüber der Beklagten geltend zu machen.

40 cc) Soweit das Berufungsgericht meint, die Schlussrechnung der Streithelferin sei prüfbar, ändert dies nichts an der Rechtslage. Das Berufungsgericht verkennt, dass die bloße Prüfbarkeit einer Schlussrechnung keinen Anspruch begründet, sondern den Besteller in die Lage versetzen soll, Einwendungen gegen die Schlussrechnung geltend zu machen. Die vom Berufungsgericht angenommene Prüffähigkeit der Schlussrechnung der Streithelferin entbindet diese also

nicht davon, soweit die Klägerin den Anspruch bestreitet, den Beweis für die Berechtigung des Vergütungsanspruchs zu führen. Demgegenüber ist es der Klägerin nicht zumutbar, zusätzlich zu gegebenenfalls im Klageverfahren mit der Streithelferin durchzuführenden Beweisaufnahmen selbst im Wege privater Ermittlungen Feststellungen zum Umfang der Forderung der Streithelferin zu treffen. Zwar hat der Bundesgerichtshof entschieden, dass eine Feststellungsklage nicht bereits deshalb zulässig ist, weil die Bezifferung des Schadens die Einholung sachverständigen Rats erfordert (BGH, Urteil vom 11. Dezember 2018 - KZR 26/17 Rn. 27, NJW 2019, 661; Urteil vom 12. Juni 2018 - KZR 56/16 Rn. 18, NJW 2018, 2479). Dies betraf jedoch Fälle, in denen der Kläger zur Bezifferung eines eigenen Schadensersatzanspruchs auf ein ökonomisches Gutachten angewiesen war. Das ist mit dem hier zu entscheidenden Fall der Bezifferung eines fremden Vergütungsanspruchs nicht vergleichbar.

41 d) Schließlich ist das Feststellungsinteresse nicht wegen des Vorrangs einer auf Freistellung gerichteten Leistungsklage zu verneinen.

42 Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann nicht auf Freistellung von einer Verbindlichkeit geklagt werden, solange die Höhe der Verbindlichkeit, von der Befreiung verlangt wird, nicht feststeht. In diesen Fällen ist die Feststellungsklage der richtige Weg (BGH, Urteil vom 16. November 2006 - I ZR 257/03 Rn. 20, NJW 2007, 1809; Urteil vom 19. März 2015 - I ZR 190/13 Rn. 12, MDR 2015, 1142).

III.

43 Das Berufungsurteil kann danach keinen Bestand haben und ist aufzuheben. Der Senat kann nicht gemäß § 563 Abs. 3 ZPO in der Sache selbst entscheiden. Die Sache ist vielmehr zur neuen Verhandlung und Entscheidung an

das Berufungsgericht zurückzuverweisen, um diesem die Gelegenheit zu geben, die erforderlichen weiteren Feststellungen zu treffen.

Pamp

Jurgeleit

Sacher

Borris

Brenneisen

Vorinstanzen:

LG Berlin, Entscheidung vom 26.08.2019 - 95 O 44/18 -

KG Berlin, Entscheidung vom 23.06.2020 - 21 U 107/19 -