

Siehe auch: **Zugehörige Dokumente**

KG

Urteil

vom 08.06.2022

21 U 107/19

VOB/B § 8 Abs. 1

**1. Kündigt der Auftraggeber mit dem pauschalen Hinweis darauf, der Auftragnehmer habe die Fertigstellung empfindlich verzögert bzw. mehrmals die Leistung eingestellt, und ist er nicht zur dezidierten Erörterung der zur Kündigung berechtigenden Umstände in der Lage, ist seine Kündigung als sog. freie Kündigung anzusehen.**

**2. Nach einer freien Kündigung des Bauvertrags hat der Auftragnehmer Anspruch auf vertragsgemäße Vergütung der nicht erbrachten Leistungen. Er muss sich jedoch u. a. dasjenige anrechnen lassen, was er infolge der Aufhebung des Vertrags an Kosten erspart hat.**

**3. Nachunternehmerkosten sind nur erspart, soweit sie nicht gezahlt werden. Sofern zum Zeitpunkt der Abrechnung des Auftragnehmers mit dem Auftraggeber noch nicht klar ist, welche Vergütung der Nachunternehmer beanspruchen kann, kann der Auftragnehmer die volle Nachunternehmervergütung als Ersparnis abziehen und später nachfordern, wenn die Vergütung feststeht.**

KG, Beschluss vom 08.06.2022 - 21 U 107/19

*vorhergehend:*

BGH, Urteil vom 02.09.2021 - VII ZR 124/20

KG, Urteil vom 23.06.2020 - 21 U 107/19

LG Berlin, 26.08.2019 - 95 O 44/18

*nachfolgend:*

BGH, Beschluss vom 10.05.2023 - VII ZR 140/22 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

## Tenor

1. Auf die Berufung der Klägerin wird das Urteil des Landgerichts Berlin vom 26.08.2019, **95 O 44/18**, geändert:

Es wird festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin den Betrag zu erstatten, den diese der Streithelferin noch aus dem zwischen ihnen geschlossenen Werkvertrag zum Bauvorhaben ###, als Vergütung für nicht erbrachte Leistungen zu zahlen hat.

2. Die Kosten der ersten Instanz haben die Klägerin zu 26 % und die Beklagte zu 74 % zu tragen. Die Kosten der Nebenintervention hat die Beklagte zu 74 % zu tragen. Im Übrigen trägt die

Nebenintervenientin ihre Kosten selbst. Die Kosten der Berufungs- und Revisionsinstanz einschließlich derjenigen der Nebenintervention hat die Beklagte zu tragen.

3. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Beiden Parteien wird nachgelassen, die Zwangsvollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages nebst 10 % abzuwenden, wenn nicht die jeweils andere Partei vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe des jeweils beizutreibenden Betrages zuzüglich 10 % leistet.

4. Die Revision wird nicht zugelassen.

## **Beschluss**

Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird auf Euro 282.758,08 Euro festgesetzt.

## **Gründe**

I.

Die Beklagte beauftragte die Klägerin am 15.09.2015 mit Rohbauarbeiten betreffend das Bauvorhaben #### in #### unter Einbeziehung der VOB/B (Anlage K 1). Mit VOB-Vertrag vom 15./22.09.2015 beauftragte die Klägerin die Streithelferin mit dem überwiegenden Teil der geschuldeten Leistungen als Subunternehmerin (SH 1).

Am 06.07.2016 kündigte die Beklagte den Vertrag mit der Klägerin (Anlage K 6). Am 15.07.2016 nahm sie die Leistungen der Klägerin ab. Die Parteien streiten darüber, ob ein Grund für eine außerordentliche Kündigung vorlag. Die Klägerin hat behauptet, das Vertragsverhältnis mit der Beklagten zum 15.07.2016 gekündigt zu haben (Anlage K 23).

Die Schlussrechnung der Klägerin vom 20.10.2016 endet mit einer noch offenen Zahlung von Euro 118.166,14 für erbrachte Leistungen, über die die Parteien sich in einem Parallelverfahren verglichen haben. Unter Teil 2 der Schlussrechnung bewertet die Klägerin die nicht erbrachten Leistungen mit Euro 473.500,19 (Anlage K 8). Hierin enthalten ist ein Betrag von Euro 353.447,60, den die Streithelferin gegenüber der Klägerin zunächst in ihrer Schlussrechnung vom 28.10.2016 berechnete. Über den restlichen Betrag in Höhe von Euro 120.052,59, der ursprünglich unter Ziff. a) eingeklagt war und der nicht erbrachte Eigenleistungen der Klägerin betrifft, haben die Parteien sich in einem Teilvergleich vor dem Landgericht geeinigt. Danach zahlt die Beklagte der Klägerin noch Euro 50.000,00 unter Einbeziehung von Bürgschaftskosten. Den Antrag zu b), mit dem sie eine Zahlung von Euro 353.447,60 nebst Zinsen an die Streithelferin verlangt hat, hat die Klägerin zurückgenommen.

Eine erneute Schlussrechnung der Streithelferin vom 15.03.2019 wies die Klägerin mit Schreiben vom 25.03.2019 mangels Prüffähigkeit zurück (Anlage K 17). Am 14.05.2019 überreichte die Streithelferin eine dritte, korrigierte Schlussrechnung über Euro 200.048,19 (Anlage K 18), die die Klägerin unter dem 29.05.2019 zurückwies. Am 19.06.2019 fand ein Gespräch über diese Schlussrechnung statt. Mit Schreiben vom 16.08.2019 gab die Klägerin der Streithelferin die Rechnung zurück. Am 22.11.2019 wurde der Klägerin eine Klage der Streithelferin vor dem Landgericht Frankfurt/Oder, 12 O 241/19, über die Forderung aus der Schlussrechnung vom 14.05.2019 - ohne weitere Abrechnungsunterlagen - zugestellt. Unter dem 06.07.2021 hat die dortige Einzelrichterin einen Beweisbeschluss zu den Behauptungen der dortigen Klägerin und hiesigen Streithelferin zur zutreffenden Abrechnung der nicht erbrachten Leistungen erlassen.

Wegen der weiteren tatsächlichen Feststellungen und des Parteivorbringens erster Instanz wird auf die angefochtene Entscheidung und auf den Tatbestand des am 23.06.2020 verkündeten Urteils des Senats sowie des am 02.09.2021 verkündeten Urteils des Bundesgerichtshofs verwiesen.

Das Landgericht hat die Klage durch am 26.08.2019 verkündetes Urteil abgewiesen. Wegen der Begründung wird auf die Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils Bezug genommen. Die Berufung der Klägerin hat der Senat mit Urteil vom 23.06.2020 zurückgewiesen. Dieses Urteil hat der Bundesgerichtshof auf die Revision der Klägerin mit Urteil vom 02.09.2021 aufgehoben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an den Senat zurückverwiesen. Auf die Urteilsgründe wird Bezug genommen.

Die Klägerin trägt nach Beendigung des Revisionsverfahrens weiter zur mangelnden Prüffähigkeit der Abrechnung der Streithelferin vor.

Sie beantragt,

unter Abänderung des Urteils des Landgerichts Berlin vom 28.03.2019, Aktenzeichen **95 O 44/18**, festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, die sich aus der Abrechnung der ### zum Bauvorhaben ###, für nicht erbrachte Leistungen ergebende Vergütung zu zahlen.

Die Nebenintervenientin hat keinen Antrag gestellt. Sie hält die Ausführungen der Klägerin zur Prüffähigkeit für obsolet.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie hält die Feststellungsklage der Klägerin für unbegründet, da die Klägerin nicht lediglich beantragt, die Beklagte dem Grunde nach zur Leistung von Werklohn zu verpflichten. Vielmehr soll sie danach eine Vergütung zahlen, die sich aus einer nicht näher bezeichneten Abrechnung der Streithelferin ergibt. Dies berge insbesondere die Gefahr, für die Klägerin ungünstige Vertragskonditionen an die Beklagte weiterzugeben.

Außerdem seien die Voraussetzungen, unter denen die Streithelferin eine Vergütung verlangen könne, nicht erfüllt, weil der Subunternehmervertrag seitens der Klägerin nicht wirksam gekündigt worden sei.

II.

Die statthafte Berufung der Klägerin ist zulässig, insbesondere form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden (§§ **511, 517, 519, 520** ZPO) und hat in vollem Umfang Erfolg.

1. Zulässigkeit

1.1 Die Feststellungsklage ist zulässig, § **256** ZPO. Die Klägerin hat ein rechtliches Interesse daran, feststellen zu lassen, dass ihr über den verglichenen Betrag hinaus ein weitergehender Anspruch aus § **8** Nr. 1 Abs. 2 VOB/B für noch nicht geltend gemachte, nicht ersparte Aufwendungen zusteht,

der als Vergütungsanspruch der Streithelferin gegen die Klägerin Gegenstand des Rechtsstreits im Prozess in Frankfurt/Oder ist.

Die Pflicht des Auftraggebers, die Vergütung aus dem zwischen den Parteien bestehenden Werkvertrag zu entrichten, begründet ein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis. Das Interesse der Klägerin an alsbaldiger Feststellung dieses Vergütungsanspruchs resultiert daraus, dass seine Durchsetzung unsicher ist, weil die Beklagte dessen Berechtigung bestreitet und angesichts des Zeitraums der Ungewissheit die Verjährung der Forderung droht (vgl. BGH, Urteil in dieser Sache vom 02.09.2021, **VII ZR 124/20**). Diese Gefahr beseitigt das angestrebte Urteil.

Die Klägerin hat ihren einheitlichen Vergütungsanspruch auch nicht, wie der Bundesgerichtshof im vorgenannten Urteil zu Recht ausführt, in einen betragsmäßig bezifferten und einen festzustellenden Teil aufgeteilt. Offen und geltend gemacht sind nur noch die Nachunternehmerkosten für nicht erbrachte Leistungen in Form von nicht ersparten Aufwendungen, soweit die Streithelferin - berechtigt - Zahlung für nicht erbrachte Leistungen gegenüber der Klägerin verlangt. Die erbrachten Leistungen sind durch Teilvergleich im Prozess vor dem Landgericht Berlin zum Aktenzeichen 95 O 37/17 erledigt worden. Die von der Klägerin selbst nicht erbrachten und abgerechneten Eigenleistungen hat das Landgericht im hiesigen Prozess verglichen (ursprünglicher Klageantrag zu a). Ob darin auch die Vergütung enthalten ist, die die Klägerin auf die Nachunternehmerkosten aufgeschlagen hat, um die also ihre eigene Vergütung für die an die Streithelferin vergebenen Leistungen höher ist als deren Werklohn, kann dahinstehen. Denn sie hat die Zahlungsklage zurückgenommen und beantragt Feststellung nur hinsichtlich der nicht ersparten Aufwendungen. Nur insoweit besteht auch ein Feststellungsinteresse, da sie ihren eigenen Gewinn aufgrund ihrer eigenen Kalkulation errechnen und mit der Leistungsklage geltend machen kann.

1.2 Allerdings ist der Antrag der Klägerin gem. § 308 Abs. 1 ZPO wie tenoriert auszulegen und klarzustellen. Hierauf hat der Senat in der mündlichen Verhandlung auf einen bereits von der Beklagten erhobenen Einwand hingewiesen. Der Wortlaut des gestellten Antrags kann dahingehend missverstanden werden, dass die Klägerin, ohne weitere Prüfung über die Berechtigung der Forderung, die sich aus der Abrechnung der Streithelferin ergebende Vergütung verlangt. Aus ihrem Sachvortrag ergibt sich jedoch, dass sie auf den ihr von der Streithelferin zutreffend in Rechnung gestellten Werklohn abstellt, um eine entsprechende Zahlung an die Streithelferin als nicht ersparte Aufwendung an die Beklagte weiterleiten zu können. Etwas Anderes steht ihr auch nicht zu. Die Entscheidung des Landgerichts Frankfurt/Oder erwächst der Klägerin gegenüber nicht in Rechtskraft und welche Wirkung die Streitverkündung entfalten wird, steht nicht bereits jetzt fest, sondern wäre ggf. in einem Folgeprozess zu klären. Daher kann in diesem Rechtsstreit nur darauf abgestellt werden, wie die von der Beklagten noch geschuldete Vergütung in Form nicht ersparter Aufwendungen korrekt zu berechnen ist. Die Klägerin darf die ersparten Aufwendungen nicht einfach aus der Berechnung der Streithelferin übernehmen, sondern muss sie korrekt auf der Grundlage ihrer Nachunternehmerkalkulation berechnen.

Das ist, wie unter Ziff. 2.2.5 erörtert wird, in der Schlussrechnung vom 20.10.2016 nicht der Fall.

## 2. Begründetheit - Anspruch aus § 8 Abs. 1 Nr. 2 VOB/B (2012)

Der Feststellungsantrag der Klägerin ist begründet, wenn ihr noch ein weiterer Anspruch aus § 8 Nr. 1 Abs. 2 VOB/B gegen die Beklagte in Höhe der Inanspruchnahme durch die Subunternehmerin zusteht (vgl. BGH, Urteil vom 11.02.1999, **VII ZR 399/97**, **NJW 1999**, **1867**). Das ist der Fall.

2.1 Die der Klägerin am 06.07.2016 zugegangene Kündigung der Beklagten stellt eine ordnungsgemäße schriftliche und freie Kündigung nach § 8 Abs. 1 VOB/B dar.

Zu einer außerordentlichen Kündigung war die Beklagte hingegen nicht berechtigt. Insbesondere

liegt ein Fall des § 8 Abs. 3 Nr. 1 i.V.m. § 4 Abs. 7 oder § 5 Abs. 4 VOB/B nicht vor. Zu den Voraussetzungen der letztgenannten Vorschriften hat die Beklagte nicht vorgetragen. Der pauschale Hinweis darauf, die Klägerin habe die Fertigstellung empfindlich verzögert bzw. mehrmals die Leistung eingestellt, entspricht nicht den Anforderungen an einen schlüssigen Vortrag. Die angekündigte dezidierte Erörterung der zur Kündigung berechtigenden Umstände ist nicht erfolgt.

2.2 Danach hat die Klägerin Anspruch auf vertragsgemäße Vergütung der nicht erbrachten Leistungen. Sie muss sich jedoch anrechnen lassen, was sie infolge der Aufhebung des Vertrags an Kosten erspart, § 8 Abs. 1 Nr. 2 VOB/B.

Der Auftragnehmer muss zur Darlegung seines Anspruchs aus § 8 Abs. 1 Nr. 2 VOB/B die vereinbarte Vergütung und die ersparten Kosten vortragen. Erspart sind die Aufwendungen, die der Unternehmer bei der Ausführung des Vertrages hätte machen müssen und die er wegen der Kündigung nicht mehr machen muss. Maßgeblich sind die tatsächlich ersparten, nicht die kalkulatorisch ersparten Aufwendungen. Andernfalls wäre das Prinzip der Vor- und Nachteilswahrung nicht gewährleistet (vgl. BGH, Urteil vom 22.09.2005, **VII ZR 63/04**, NJW-RR 2006, 30; Jousen/Vygen in Ingenstau/Korbion, VOB/B, 21. Auflage, § 8 Abs. 1 Rn. 62).

2.2.1 Der noch offene Werklohn der Klägerin im Hinblick auf die nicht erbrachten Nachunternehmerleistungen ist fällig, § 641 Abs. 1 S. 1 BGB. Das Werk ist abgenommen, § 12 VOB/B.

2.2.2 Die Voraussetzungen des § 8 Abs. 1 Nr. 2 VOB/B im Verhältnis zwischen Subunternehmerin und Klägerin sind gegeben. Die Streithelferin war von der Klägerin am 15./22.09.2015 beauftragt, Rohbauleistungen aus dem zwischen den Parteien bestehenden Vertrag für sie zu erbringen. Nach Vorlage dieses Vertrages hat die Beklagte einen Auftrag nicht weiter in Abrede gestellt. Dieser Vertrag ist inzwischen jedenfalls beendet, das Bauvorhaben durch Dritte fertig gestellt. Dies ist als konkludente Kündigung anzusehen, ungeachtet dessen, ob die Klägerin den Vertrag in ordnungsgemäßer Form gekündigt hat oder nicht. Dies legen allerdings die Anlagen K 19 und K 23, auf die sie sich bezieht, nahe. Danach bestätigt die Streithelferin eine schriftliche Kündigung der Klägerin zum 15.07.2016. Dies gilt umso mehr, als die Beklagte die Klägerin wie ihre Subunternehmerin aufgefordert hat, die Baustelle bis zum 14.07.2016 zu räumen. Danach ist die Streithelferin berechtigt, ihre nicht erbrachten Leistungen gegenüber der Klägerin abzurechnen. In diesem Umfang hat die Klägerin Aufwendungen nicht erspart.

2.2.3 Die Frage, ob die Streithelferin prüffähig abgerechnet hat, kann in diesem Rechtsstreit dahinstehen, § 14 Nr. 1 S. 1 VOB/B. Es ist für die Begründung des Feststellungsanspruchs nicht entscheidend, dass die Klägerin selbst die Prüffähigkeit der Schlussrechnung der Streithelferin in Abrede stellt. Denn diese Unsicherheit soll gerade im Parallelprozess geklärt werden. Im Übrigen darf es der Klägerin nicht zum Nachteil gereichen, dass sie zwar zulässig und begründet eine Feststellungsklage erheben dürfte, solange die Streithelferin über die nicht erbrachten Leistungen noch gar nicht abgerechnet hätte, sich die mangelnde Prüffähigkeit aber entgegenhalten lassen müsste, wenn es bereits eine Schlussrechnung gibt. Eine inzidente Prüfung der Erfolgsaussicht der geltend gemachten Schlussrechnung der Streithelferin darf deshalb nur insoweit stattfinden, als sie sich auf die Schlussabrechnung der Klägerin bezieht und ein Anspruch z.B. daran scheitern würde, dass die ersparten Aufwendungen höher als der mit der Beklagten vereinbarte Werklohn wären (vgl. BGH, Urteil vom 11.02.1999, **VII ZR 399/97**, aaO.). Denn die Feststellungsklage soll ja gerade über die Unsicherheit hinsichtlich des Restvergütungsanspruches der Nachunternehmerin hinweghelfen. Hinzu kommt, dass die fehlende Prüffähigkeit lediglich zu einer Abweisung der Klage der Streithelferin als derzeit unbegründet führen würde.

Die Prüffähigkeit der Schlussrechnung(en) der Streithelferin war für den Senat im aufgehobenen

Urteil vom 23.06.2020 nur deshalb von Bedeutung, weil er der Auffassung war, aufgrund dieser Abrechnung müsse auch die Klägerin abrechnen können (vgl. BGH, Urteil vom 02.09.2021, VII ZR 124/20, der dies anders versteht).

2.2.4 Die Klägerin ist jedoch gehalten, prüffähig abzurechnen. Denn Voraussetzung eines Feststellungsanspruchs gegen die Beklagte ist eine noch mögliche offene Vergütung der Klägerin gegen die Streithelferin. Das ist nur dann der Fall, wenn sie nicht mit Verlust kalkuliert hat.

Die Klägerin beziffert die nicht erbrachten Leistungen insgesamt mit Euro 1.248.083,77. Diesen Betrag beanstandet die Beklagte nicht ausdrücklich. Allerdings ist nicht erkennbar, ob Ausgangspunkt der Berechnung der Klägerin lediglich die Summe ist, die auf die nicht erbrachten Leistungen an die Streithelferin entfällt, oder der gesamte auf nicht erbrachte Leistungen entfallende Betrag. Nur erstere aber können Ausgangspunkt für eine korrekte Ermittlung der ersparten Aufwendungen hinsichtlich der Nachunternehmerin sein. Die Klägerin hätte zwischen Eigenleistungen und Nachunternehmerleistungen trennen müssen, da sie sich unterschiedlich berechnen.

Dieser Gesichtspunkt spielt allerdings erst bei der endgültigen Abrechnung eine Rolle. Denn die zwischen den Parteien vereinbarte Vergütung für Nachunternehmerleistungen ist durchweg höher als diejenige, die zwischen der Klägerin und der Streithelferin vereinbart war. Dies ergibt sich aus einem Vergleich der Leistungsverzeichnisse, nach denen die mit der Beklagten vereinbarten Einheitspreise die mit der Streithelferin vereinbarten für jede Position übersteigen. Zwar war zwischen Klägerin und Beklagter ohne Nachträge und Minderungen zunächst eine Vergütung von Euro 2.011.546,25 vereinbart und zwischen Klägerin und Streithelferin ein Werklohn von Euro 2.092.908,40. Die Differenz resultiert jedoch daraus, dass im Verhältnis zur Streithelferin die Eventualposition 13.3.10 in Höhe von Euro 44.000,00 rechnerisch berücksichtigt ist, nicht jedoch im Verhältnis zwischen den Parteien. Der Einheitspreis ist aber auch hier mit Euro 1.100,00 niedriger angesetzt als zwischen Klägerin und Beklagter (Euro 1.250,00). Außerdem sind zu Titel 13.8 höhere, ganz überwiegend sogar die doppelten Massen vergeben, jedoch wiederum zu einem geringeren Einheitspreis, was zu einer Abweichung von ca. Euro 60.000,00 führt. Gleiches gilt für Titel 13.9. Daraus lässt sich schließen, dass die Klägerin jedenfalls nicht mit Verlust kalkuliert hat. Der 5 %ige Rabatt ist in der Summe von Euro 2.011.546,25 bereits enthalten.

2.2.5 Allerdings hat die Klägerin in ihrer Schlussrechnung nicht zunächst die vollen Nachunternehmerkosten als ersparte Aufwendungen von der Vergütung für die nicht erbrachten Leistungen der Streithelferin abgezogen.

Nachunternehmerkosten sind nur erspart, soweit sie nicht gezahlt werden. Zum Zeitpunkt der Abrechnung des Auftragnehmers mit dem Auftraggeber wird häufig - wie im hiesigen Rechtsstreit - noch nicht klar sein, welche Vergütung der Nachunternehmer beanspruchen kann. In diesem Fall kann der Auftragnehmer die volle Nachunternehmervergütung als Ersparnis abziehen und später nachfordern, wenn die Vergütung feststeht (Kniffka in **Kniffka/Koebler/Jurjeleit/Sacher, Kompendium des Baurechts, 5. Auflage 2020, 8. Teil Rn. 79**).

Die Klägerin hätte also die volle, der Streithelferin geschuldete Vergütung ausweisen und von ihrem Werklohn als zunächst ersparte Aufwendungen abziehen müssen, um dann, wenn die der Nachunternehmerin tatsächlich geschuldete Vergütung feststeht, diese als nicht ersparte Vergütung von der Beklagten erstattet zu erhalten. Diese Berechnung hat die Klägerin aber nicht vorgenommen, sondern lediglich einen Betrag Euro 353.447,60 offengelassen (Euro 473.500,19 - verglichener Euro 120.052,59). Wie die Klägerin diesen Betrag ermittelt hat, ist aus der der Schlussrechnung beigefügten Tabelle *"Ermittlung des Vergütungsanspruchs bei Kündigung des Bauvertrages durch den Auftraggeber"* ersichtlich. Danach hat sie die mit der Streithelferin

vereinbarte Vergütung für nicht erbrachte Leistungen in Spalte 1 aufgelistet. Diese summieren sich zu einem Betrag von Euro 1.204.637,12. Hiervon hat sie die Einzelkosten der Teilleistungen (EKT) in Höhe von Euro 851.185,52 subtrahiert. Die Differenz der Erlöse und der EKT ergibt die Summe in Höhe von Euro 353.447,60, die die Klägerin meint, an die Streithelferin zahlen zu müssen. Damit zieht die Klägerin nicht die vollen Nachunternehmerkosten von der Vergütung für nicht erbrachte Leistungen ab, sondern lediglich die Kosten, die den jeweiligen Teilleistungen direkt zurechenbar sind. Diese sind aber geringer als die volle Vergütung im Verhältnis zwischen Klägerin und Streithelferin. Die von der Klägerin bereits berücksichtigten EKT dürften allerdings die noch an die Streithelferin zu zahlende Vergütung für nicht erbrachte Leistungen nicht übersteigen, was sich auch daran zeigt, dass jene noch Euro 200.048,19 eingeklagt hat. Im Übrigen kommt es nicht darauf an, wie hoch die Klägerin die an die Streithelferin noch zu zahlende Vergütung errechnet. Denn diese ist ja gerade Gegenstand des Feststellungsantrags und von der Beklagten noch nicht gezahlt. Es genügt für die Begründetheit der Feststellungsklage, wenn die Klägerin - wie ausgeführt - nicht mit Verlust kalkuliert hat, eine noch offene Vergütung gegenüber der Streithelferin - wie hier - wahrscheinlich ist und die korrekte Berechnungsmethode, auf deren Grundlage der Tenor ergangen ist, sichergestellt wird.

2.2.6 Hier ist weiter zu beachten, dass es auf die Prüffähigkeit insoweit nicht mehr ankommt, als die Vergütung für nicht erbrachte Eigenleistungen in Höhe von Euro 120.052,59 aus der Schlussrechnung der Klägerin aufgrund des Teilvergleichs nicht mehr streitgegenständlich ist. Dabei ist es gleichgültig, ob dieser Betrag richtig ermittelt wurde.

III.

Der Klägerin war eine Erklärungsfrist auf die Schriftsätze der Beklagten vom 09. und 11.05.2022 nicht zu gewähren, da sie keine entscheidungserheblichen neuen Tatsachen enthalten.

IV.

Die prozessualen Nebenentscheidungen folgen aus §§ **97** Abs. 1, **101**, **708** Nr. 10, **711** ZPO.

Die Kostenentscheidung erster Instanz beruht darauf, dass die Klägerin von einer insgesamt eingeklagten Summe in Höhe von Euro 473.500,19 infolge der Klagerücknahme und des Teilvergleichs mit einem Betrag von Euro 123.057,89, d.h. mit gerundet 26 % unterlegen ist. Der Wert errechnet sich wie folgt: Leistungsklage: Euro 353.447,60 abzüglich des Werts der darin enthaltenen Feststellungsklage: Euro 282.758,08 = Euro 70.689,52 zuzüglich des Verlusts aus dem Vergleich: Euro 70.052,59 abzüglich der Aufrechnungssumme hinsichtlich der Bürgschaft: Euro 17.684,22 = Euro 52.368,37.

V.

Veranlassung, die Revision zuzulassen, besteht nicht. Die Rechtssache hat gem. § **543** Abs. 2 ZPO weder grundsätzliche Bedeutung, noch erfordern die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts.