



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

VII ZR 121/02

vom

13. Februar 2003 □

in dem Rechtsstreit

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 13. Februar 2003 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Dressler und die Richter Prof. Dr. Thode, Dr. Haß, Dr. Wiebel und Dr. Kuffer

beschlossen:

Die Klägerin trägt die Kosten des Rechtsstreits.

Der Streitwert wird bis zum 14. August 2002 auf 70.270,03 € festgesetzt, ab dem 15. August 2002 auf 27.530,04 €.

Gründe:

I.

Die Klägerin hat von der Beklagten im Urkundenprozeß restlichen Werklohn verlangt.

Die Beklagte beauftragte die Klägerin am 12. August 1989 mit der Durchführung von Arbeiten an einem Neubau. Die Beschreibung der zu erbringenden Leistungen war in acht Titel gegliedert. Nach der Durchführung der Erdarbeiten übersandte die Klägerin eine "Schlußabrechnung", später eine "korrigierte Schlußabrechnung" über den Titel 3 (Erdarbeiten); letztere wurde von der Beklagten bezahlt.

Nach Abnahme des "Gesamtobjekts" übersandte die Klägerin getrennte Schlußrechnungen für die weiteren Titel des Vertrages. Die Beklagte ermittelte

nach Überprüfung einen Restbetrag, von dem sie 137.435, 49 DM aus einer angeblichen Überzahlung hinsichtlich des Titels 3 abzog.

Die Klägerin hat im Urkundenverfahren den Abzugsbetrag von 137.436,23 DM geltend gemacht. Das Landgericht hat die Klage als im Urkundenprozeß unstatthaft abgewiesen. Die Berufung der Klägerin blieb erfolglos.

Gegen die Nichtzulassung der Revision im Urteil des Berufungsgerichtes hat die Beklagte fristgemäß Beschwerde eingelegt und diese begründet. In der Folgezeit haben die Parteien sich außergerichtlich verglichen und daraufhin übereinstimmend die Hauptsache für erledigt erklärt und beantragt, der jeweils anderen Partei die Kosten des Rechtsstreits aufzuerlegen.

II.

1. Der Rechtsstreit richtet sich nach dem ab dem 01.01.2002 geltenden Prozeßrecht (§ 26 Nr. 7 EGZPO).

2. Da durch die übereinstimmenden Erklärungen der Parteien der Rechtsstreit insgesamt erledigt ist, ist über alle bisher entstandenen Kosten des Rechtsstreites, einschließlich derjenigen der Vorinstanzen, nach der auch für die Revisionsinstanz geltenden Vorschrift des § 91 a ZPO nach billigem Ermessen unter Berücksichtigung des bisherigen Sach- und Streitstandes durch Beschluß zu entscheiden. Dabei ist der mutmaßliche Ausgang des Revisionsverfahrens zu beachten und dessen Auswirkung auf die Kostenentscheidungen der Vorinstanzen festzustellen (BGH, Urteil vom 29. Januar 1985 – VI ZR 59/84, VersR 1985, 441). Danach sind die Kosten in vollem Umfang der Klägerin aufzuerlegen.

Eine für die Klägerin günstige Entscheidung über die Kosten des Rechtsstreits einschließlich derjenigen der Tatsacheninstanzen käme nur dann in Betracht, wenn nach dem Sach- und Streitstand bei Eintritt des erledigenden Ereignisses die Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision Erfolg gehabt und die Durchführung der Revision zu einer Verurteilung der Beklagten geführt hätte. Dies ist jedoch nicht der Fall. Denn die Nichtzulassungsbeschwerde hätte im Fall ihrer Durchführung keinen Erfolg gehabt. Ein Zulassungsgrund lag nicht vor.

Soweit die Beschwerde insoweit geltend macht, das Berufungsgericht weiche, wenn es der Klägerin die Beweislast für die Berechtigung der Rechnung über Erdarbeiten auferlege, obwohl es hier um die Überzahlung einer Schlußrechnung gehe, in entscheidungserheblicher Weise von höchstrichterlicher Rechtsprechung ab, vermag sie einen Zulassungsgrund nicht darzulegen. Das Berufungsgericht hat keinen Rechtssatz aufgestellt, der mit den Rechtsprechungsgrundsätzen nicht vereinbar ist. Entgegen der Auffassung der Beschwerde geht es hier nicht um einen Bereicherungsanspruch der Beklagten, sondern um die Abrechnung von Abschlagszahlungen.

Dressler

Thode

Haß

Wiebel

Kuffer