



# **BUNDESGERICHTSHOF**

## **BESCHLUSS**

I ZR 33/08

vom

19. November 2009

in dem Rechtsstreit

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 19. November 2009 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Bornkamm und die Richter Pokrant, Prof. Dr. Büscher, Dr. Schaffert und Dr. Koch

beschlossen:

Die Anhörungsrüge gegen den Beschluss vom 13. August 2009 wird auf Kosten der Beklagten zurückgewiesen.

Gründe:

- 1 Die gemäß § 321a ZPO statthafte und auch im Übrigen zulässige Anhörungsrüge ist nicht begründet.
- 2 Der Senat hat bei der Berechnung des Wertes der Beschwer der Beklagten nunmehr die in erster Instanz angefallenen Reisekosten berücksichtigt. Zu den in zweiter Instanz entstandenen Reisekosten befanden sich Angaben weder in den Akten noch in der Begründung der Nichtzulassungsbeschwerde der Beklagten, so dass diese Kosten bei der Berechnung des Wertes der Beschwer schon von vornherein nicht in Ansatz gebracht werden konnten. Entgegen der Auffassung der Beklagten hat die Berücksichtigung der in erster Instanz angefallenen Reisekosten nicht zu einem Wert der Beschwer von mehr als 20.000 € geführt.

- 3 Bei der Berechnung der Kosten im Senatsbeschluss vom 13. August 2009 ist unberücksichtigt geblieben, dass im Falle einer Teilerledigung der Hauptsache - wie im vorliegenden Fall - die Beschwer des die Erledigung in Abrede stellenden und weiterhin Klageabweisung begehrenden Beklagten mit einer Differenzrechnung zu ermitteln. Dabei sind von den Gesamtkosten die Kosten abzuziehen, die entstanden wären, wenn der Prozess ohne den erledigten Teil geführt worden wäre (BGH, Beschl. v. 13.7.2005 - XII ZR 295/02, NJW-RR 2005, 1728 m.w.N.). Der Wert des nicht erledigten Teils beträgt 880,10 €. Dies gilt gemäß § 43 Abs. 2 GKG auch dann, wenn die Abmahnkosten als Nebenforderung eingestuft werden.
- 4 Danach sind von dem im Beschluss vom 13. August 2009 errechneten Kostenbetrag von 18.629,20 € für die erste Instanz 500 € (Gerichtskosten: 135 €; 2x Verfahrensgebühr 1, 3: 169 €; 2x Terminsgebühr 1, 2: 156 €; 2x Auslagenpauschale: 40 €) und für die zweite Instanz 584 € (Gerichtskosten: 180 €; 2x Verfahrensgebühr 1, 6: 208 €; 2x Terminsgebühr 1, 2: 156 €; 2x Auslagenpauschale: 40 €) in Abzug zu bringen, so dass sich der Kostenbetrag auf 17.545,20 € vermindert. Werden zu diesem Betrag die Abmahnkosten in Höhe von 880,10 € und die von der Beklagten in Ansatz gebrachten Reisekosten für die erste Instanz in Höhe von 897,23 € hinzugerechnet, so beläuft sich die Beschwer der Beklagten auf insgesamt 19.322,53 €. Die Beklagte hätte ohnehin innerhalb der Frist zur Begründung der Nichtzulassungsbeschwerde darlegen müssen, in welcher Höhe sie hinsichtlich des für erledigt erklärten Teils des Rechtsstreits mit Kosten belastet wird (vgl. BGH NJW-RR 2005, 1728). Dazu findet sich in ihrer Beschwerdebegründung kein Vortrag. Die Klägerin weist in ihrer Erwiderung zur Gehörsrüge mit Recht darauf hin, dass die in der Beschwerdebegründung versäumte Darlegung der Beschwer durch Kosten nicht mit der Anhörungsrüge nachgeholt werden kann. Die Nichtberücksichtigung der in erster Instanz angefallenen Reisekosten im Beschluss vom 13. August 2009

kann die Beklagte mithin nicht in erheblicher Weise in ihrem Anspruch auf rechtliches Gehör aus Art. 103 Abs. 1 GG verletzen.

5 Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO.

Bornkamm

Pokrant

Büscher

Schaffert

Koch

Vorinstanzen:

LG Hamburg, Entscheidung vom 09.05.2006 - 416 O 141/05 -

OLG Hamburg, Entscheidung vom 23.01.2008 - 5 U 109/06 + 5 W 72/06 -