

KG Berlin 8. Zivilsenat, Az.: 8 W 2/18

IM Wahlrecht 8 W 2/18

Leitsatz

Der Kläger hat kein Wahlrecht, ob er nach Eintritt eines erledigenden Ereignisses nach Rechtshängigkeit die Klage für erledigt erklärt oder (zwecks Vermeidung einer Kostenentscheidung nach § 91 a ZPO) einen materiell-rechtlichen Kostenerstattungsanspruch geltend macht.

Tenor

1. Auf die Beschwerde der Beklagten wird der Streitwertbeschluss des Landgerichts Berlin vom 02.11.2017 -12 O 530/16- teilweise abgeändert:

Der Streitwert wird auf 34.198,32 EUR und ab dem 08.06.2017 auf bis 4.000,00 EUR festgesetzt.

2. Auf die sofortige Beschwerde der Beklagten wird der Kostentragungsbeschluss des Landgerichts Berlin vom 02.11.2017 -12 O 530/16- teilweise abgeändert:

Von den Kosten des Rechtsstreits haben die Beklagte 86 % und die Klägerin 14 % zu tragen.

Im Übrigen wird die sofortige Beschwerde zurückgewiesen.

Von den Kosten des Beschwerdeverfahrens haben die Beklagte 73 % und die Klägerin 27 % zu tragen.

Der Wert des Beschwerdeverfahrens wird auf 2.203,30 EUR festgesetzt.

Gründe

I.

1

Die Streitwertbeschwerde ist begründet. Die Klägerin hat in Reaktion auf die unstreitige Räumung am 31.03.2017 mit Schriftsatz vom 08.06.2017 und somit vor dem Termin am 02.11.2017 die Klageänderung erklärt und beantragt, "festzustellen, dass die Beklagte die Kosten des Rechtsstreits zu tragen hat". Nicht anders als eine (hier allerdings in diesem Zeitpunkt gerade nicht gewollte, s.u.) einseitige Erledigungserklärung bemisst sich der Wert dieses Antrags nach dem Kosteninteresse, also nach der Summe der bis zum Zeitpunkt der Antragsumstellung entstandenen Kosten (vgl. zur einseitigen Erledigungserklärung BGH NJW 2015, 3173 Tz 3). Auch die Klägerin stimmt dem in der Beschwerdeerwiderung ausdrücklich zu.

2

Das Kosteninteresse (ausgehend von drei Gerichtsgebühren und den beiderseitigen Verfahrensgebühren, jeweils nach einem Wert von 34.198,32 EUR) beträgt 3.801,80 EUR, somit bis 4.000,00 EUR.

II.

3

Mit der nach §§ 91 a Abs. 2, 567 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2, 569 ZPO zulässigen sofortige Beschwerde begehrt die Beklagte, dass ihr die Kosten des Rechtsstreits nicht vollständig auferlegt werden, sondern dass sie gegeneinander aufgehoben werden. Das Rechtsmittel ist teilweise begründet.

4

1) Nachdem die Parteien den Rechtsstreit im Termin am 02.11.2017 übereinstimmend für erledigt erklärt haben, hat das Landgericht zu Recht gemäß § 91 a Abs. 1 ZPO über die Kosten durch Beschluss nach billigem Ermessen unter Berücksichtigung des bisherigen Sach- und Streitstands entschieden.

5

a) Grundsätzlich entspricht es billigem Ermessen, der Partei, die ohne Eintritt des erledigenden Ereignisses unterlegen wäre, die Kosten aufzuerlegen. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz ist gerechtfertigt, wenn sich die Parteien in einem außergerichtlichen Vergleich auf eine Kostenaufhebung verständigt haben. Das nach § 91 a ZPO entscheidende Gericht ist zwar daran nicht gebunden, kann jedoch bei seiner nach billigem Ermessen zu treffenden Kostenentscheidung die von den Parteien als angemessen erachtete Kostenregelung berücksichtigen (s. BGH, Beschl. v. 01.02.2017 - VII ZR 125/14; BGH NJW 2007, 835 Tz 17).

6

Ohne Erfolg macht die Beschwerde geltend, dass nach billigem Ermessen vorliegend die Kosten nach § 98 ZPO gegeneinander aufzuheben seien, da die Parteien am 15. bzw. 31.03.2017 einen außergerichtlichen Vergleich geschlossen hätten, den sie abweichend von der Regel des § 154 Abs. 2 BGB ohne beiderseitige Unterzeichnung der gewechselten Urkundsentwürfe in Vollzug gesetzt hätten, und weil es unstreitig keine von § 98 ZPO abweichende Vereinbarung gegeben habe.

7

Zutreffend hat das Landgericht ausgeführt, dass es zum Abschluss eines außergerichtlichen Vergleichs nicht gekommen ist. Unstreitig haben die Parteien am 15.03.2017 - nachdem die Räumungsklage am 19.12.2016 zugestellt worden war - darüber verhandelt, dass die Beklagte die Räume zum 31.03.2017 zurückgibt, noch eine Abstandszahlung erbringt sowie Renovierungen ausführt bzw. abgilt, und dass der Prozess sodann durch Klagerücknahme beendet werden könne. Die Parteien haben jedoch eine Beurkundung i.S. von § 154 Abs. 2 BGB verabredet, wie sich daraus ergibt, dass die Klägerin mit E-Mail vom 21.03.2017 (K 8) eine solche forderte und die Beklagte mit E-Mail vom selben Tag eine von ihr unterzeichnete Urkunde vorab übersandte (K 9). Anlässlich der Übersendung des Entwurfs trat sodann ein Dissens über den Vertragsinhalt zutage, der (gerade) die Frage der Kostentragung der

Beklagten und die Berechnung der Abstandszahlung betraf, und zur Übersendung einer Gegenurkunde der Klägerin (K 12) führte. Entsprechend der Regel des § 154 Abs. 2 BGB ist damit ein wirksamer Vergleich nicht geschlossen worden. Die Parteien haben einen mündlichen Vergleich auch nicht einverständliche "in Vollzug" gesetzt und damit die Beurkundungsabrede stillschweigend aufgehoben (vgl. Palandt/Ellenberger, BGB, 77. Aufl., § 154 Rn 5). Dem steht bereits entgegen, dass es nicht nur an der Unterzeichnung fehlte, sondern auch an der inhaltlichen Einigung auf einen der Vertragsentwürfe, und sich der offene Einigungsmangel (s. § 154 Abs. 1 BGB) vor der vermeintlichen Vollziehung der Vereinbarung am 31.03.2017 gezeigt hatte.

8

b) Die Beklagte kam mit der Räumung ihrer voraussichtlichen Verurteilung zuvor, so dass es billigem Ermessen entspricht, dass sie die notwendigen Kosten des Rechtsstreits zu tragen hat.

9

aa) Ein die Kündigung vom 27.06.2016 rechtfertigender Zahlungsrückstand - mit fast zwei vollen Monatsmieten in den zwei aufeinanderfolgenden Terminen Februar und März 2016 - ist unstreitig (§ 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 lit a BGB).

10

bb) Soweit die Beklagte ein Telefonat zwischen den Geschäftsführern der Parteien am 24.06.2016 - und damit bereits vor der Kündigung vom 27.06.2016 - behauptet, ist der vorgetragene Inhalt nicht geeignet, die Wirksamkeit der Kündigung in Frage zu stellen. Auch nach Vortrag der Beklagten wurde nur über den Ausgleich des Zahlungsrückstands gesprochen, ein Verzicht der Klägerin auf eine Kündigung (unter bestimmten, dann naheliegend konkret vereinbarten Bedingungen) jedoch nicht thematisiert. Dass generell "Hintergrund" einer Verhandlung über den Ausgleich von Zahlungsrückständen sei, dass damit eine Kündigung vermieden werden soll, rechtfertigt nicht die Auslegung, dass damit vorliegend ein bindender vorübergehender Verzicht der Klägerin auf den Ausspruch einer Kündigung verbunden war. So soll nach dem Vortrag der Klägerin (auch erst in einem Gespräch vom 07.07.2016) lediglich in Aussicht gestellt worden sein, im Fall eines pünktlichen Zahlungsausgleichs Ende August über eine Neuabschluss des Mietvertrags zu verhandeln.

11

Mangels schlüssigen Vortrags der Beklagten in diesem Punkt sind die Kosten des Rechtsstreits auch nicht nach § 91 a ZPO unter dem Gesichtspunkt des offenen Ausgangs einer nicht mehr durchgeführten Beweisaufnahme gegeneinander aufzuheben.

12

cc) Unstreitig kam es sodann nach Ausspruch der Kündigung zu Verhandlungen über eine "Fortsetzung" des Mietvertrags unter "Rücknahme" der fristlosen Kündigung, somit in rechtlicher Hinsicht über einen Neuabschluss des beendeten Mietvertrags. Diese führten jedoch nicht zum Erfolg, da sich die Parteien über die Höhe der Miete nicht einigen konnten.

13

2) Die mit dem Termin am 02.11.2017 verbundenen Terminsgebühren sind nach billigem Ermessen jedoch von der Klägerin zu tragen, woraus die ausgewiesene Quote der erstinstanzlichen Kostentragung von 14 % durch die Klägerin resultiert (604,80 EUR Terminsgebühren/4.406,60 EUR Gesamtkosten).

14

Es entspricht der Billigkeit, die unnötigen Mehrkosten, welche bei verspäteter Abgabe einer Erledigungserklärung durch den Kläger entstehen, diesem aufzuerlegen (vgl. BGH WRP 2008, 252 Tz 11; BGH NJW 2011, 529 Tz 11; Zöller/Althammer, ZPO. 32. Aufl., § 91a Rn 25).

15

So liegt es hier in Bezug auf die Terminsgebühren. Denn das erledigende Ereignis der Räumung trat vor dem Termin bereits am 31.03.2017 ein. Die Klägerin hat im Schriftsatz vom 04.05.2017 lediglich angekündigt, dass "der Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt zu erklären sein wird", hat sich jedoch sodann mit Schriftsatz vom 08.06.2017 zwecks Vermeidung einer Billigkeitsentscheidung nach § 91 a ZPO ausdrücklich gegen eine Erledigungserklärung entschieden und die Klage statt dessen dahin geändert, dass die Kostentragungspflicht der Beklagten unter dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes festzustellen sei. Hätte die Klägerin vor dem Termin die Erledigung erklärt, wäre der Termin mutmaßlich wieder aufgehoben worden, da die Beklagte bereits mit Schriftsatz vom 11.05.2017 den Anschluss an eine Erledigungserklärung angekündigt hatte und es bei übereinstimmender Erledigungserklärung für die Kostenentscheidung gemäß §§ 91a, 128 Abs. 3, 4 ZPO keiner Verhandlung bedarf.

16

Dem Landgericht kann nicht darin gefolgt werden, dass die Änderung der Klage in die Feststellung eines materiell-rechtlichen Kostenerstattungsanspruchs sachdienlich i.S. von § 263 ZPO war und - sofern nicht doch noch die Erledigungserklärung abgegeben worden wäre, wozu das Landgericht insoweit in Widerspruch zu seinen Ausführungen die Klägerin im Termin veranlasst hat - begründet gewesen wäre. Der Kläger hat kein "Wahlrecht", ob er nach Eintritt eines erledigenden Ereignisses nach Rechtshängigkeit seine Klage für erledigt erklärt oder einen materiell-rechtlichen Kostenerstattungsanspruch geltend macht.

17

Die prozessualen Kostenregelungen der §§ 91 ff ZPO sind in Bezug auf die Kosten des laufenden Rechtsstreits vorrangig und grundsätzlich abschließend. Die zivilprozessualen Kostenvorschriften stellen gegenüber den materiell-rechtlichen Anspruchsgrundlagen Ausnahmevorschriften dar, die an ein bestehendes Prozessrechtsverhältnis anknüpfen und die Kostentragungspflicht unabhängig vom Verschulden nach dem Maß des Unterliegens regeln (BGH NJW 2007, 1458 Tz 21). Kostengrundentscheidungen sind allein nach Maßgabe der ZPO über die Kostentragung zu treffen (BGH NJW 2007, 1213 Tz 6). Die sich daraus ergebende "prozessuale Kostenlast" ist von einem möglichen materiell-rechtlichen Kostenerstattungsanspruch zu unterscheiden (BGH NJW 2004, 223). So trägt der Kläger etwa ungeachtet eines etwaigen materiell-rechtlichen Kostenerstattungsanspruchs die Kosten des Rechtsstreits nach § 269 Abs. 3 S. 2 ZPO, wenn er die Klage wegen Erledigung nach Rechtshängigkeit zurücknimmt (BGH NJW 2004, 223, 224).

18

Der Kläger, dessen Klage sich nach Rechtshängigkeit erledigt hat, ist zur Vermeidung der Klageabweisung gehalten, die Erledigung zu erklären. Schließt sich der Beklagte an, kommt es zur Kostenentscheidung nach § 91a ZPO in einem summarischen Verfahren, bleibt die Erledigung einseitig, ist sie durch streitiges Urteil festzustellen (vgl. auch BGH NJW 2004, 223, 224; NJW 2008, 2580 Tz 10).

19

Die ZPO bietet keinen Anhaltspunkt dafür, dass der Gesetzgeber dem Kläger ein Wahlrecht einräumen wollte, ob er eine Kostenentscheidung nach § 91 a ZPO (nämlich im Fall der Anschließung des Beklagten) "riskiert" oder lieber durch Klageänderung eine materiell-rechtliche Prüfung des Gerichts im Gewand einer Kostenfeststellungsklage, ggf. auch mit Beweisaufnahme, erzwingt. Im Gegenteil ist gerade aus der Existenz des § 91 a ZPO (neben der des § 99 ZPO) abzuleiten, dass Streitigkeiten über die Kosten möglichst eingeschränkt werden sollen (s. BGHZ 45, 251 = NJW 1966, 1513 - juris Tz 16; NJW 2011, 2368 Tz 13; NJW-RR 1995, 495 - juris Tz 14). Der Kläger hat daher kein Wahlrecht zwischen Erledigungserklärung und Feststellung der (materiell-rechtlichen) Kostentragungspflicht (ebenso OLG München, Beschl. v. 03.08.2015 - 18 U 1787/15 - bei juris Tz 4).

20

Die von einigen Stimmen in der Literatur geforderte Wahlmöglichkeit des Klägers (Fischer MDR 2002, 1097; Bredemeyer JA 2010, 535) lässt sich nach Auffassung des Senats mit dem geltenden Recht nicht begründen. Sie missachtet die Entscheidung des Gesetzgebers, im Fall der Erledigung mit § 91 a ZPO ein unkompliziertes und flexibles Verfahren zur Regelung der Kostenfrage bereitzustellen, in dem im Übrigen Fragen der materiellen Kostentragungspflicht unter Billigkeitsgesichtspunkten ebenfalls berücksichtigt werden können. Dass der Beklagte die Möglichkeit hat, durch Verweigerung der

Erledigungserklärung eine Streitige Entscheidung zu erzwingen, während der Kläger im Fall der Anschließung das summarische Verfahren nach § 91 a ZPO hinnehmen muss, ist Folge der Prozesslage und lässt von einer "Schlechterstellung" des Klägers nicht sprechen. Mit § 91 a ZPO wurde gerade ein Instrument geschaffen, um dem Kläger bei Erledigung nach Rechtshängigkeit die Kostenlast, die ihn nach § 91 ZPO oder § 269 Abs. 3 S. 2 ZPO treffen würde, zu ersparen; die einseitige Erledigungserklärung gemäß § 264 Nr. 2 ZPO als Antrag auf Feststellung der Erledigung auszulegen, dient wiederum der Schließung der Schutzlücke, welche nach § 91 a ZPO bei Verweigerung der Erledigungserklärung des Beklagten verbleibt (s. Smid/Hartmann in: Wieczorek/Schütze, ZPO, 4. Aufl., § 91 a Rn 1, 22; Hausherr in: Prütting/Gehrlein, ZPO, 9. Aufl., § 91 a Rn 45).

21

Der Hinweis auf die Rechtsprechung des BGH zur Umstellung der Klage in eine Klage auf materiell-rechtliche Kostenerstattung bzw. eine solche Feststellung (Fischer a.a.O., S. 1098 f.) verfängt nicht. Diese Rechtsprechung betrifft (gerade) Ausnahmefälle, in denen der Kläger mangels Eingreifens von Kostenregelungen der ZPO keine Möglichkeit hätte, einer Kostenlast zu entgehen, und es unzumutbar und prozessunökonomisch wäre, ihn auf eine gesonderte Kostenklage zu verweisen (s. BGHZ 79, 275 = NJW 1981, 990 - juris Tz 20 ff und WM 1981, 386 - juris Tz 14: von Anfang an unbegründete Klage, die mangels Auskunft des Drittschuldners erhoben wird; NJW 1994, 2895: nach Auskunft sich als unbegründet erweisender Zahlungsanspruch einer Stufenklage; BGHZ 83, 12 = NJW 1982, 1598 - juris Tz 11: "Erledigung" zwischen Anhängigkeit und Rechtshängigkeit). Im Falle der Erledigung nach Rechtshängigkeit ist der Kläger hingegen durch § 91 a ZPO und hilfsweise eine Erledigungsfeststellungsklage hinreichend geschützt.

22

Entgegen der Ansicht des Landgerichts folgt ein allgemeines Wahlrecht des Klägers auch nicht aus den Wertungen des Urteils BGHZ 197, 147 = NJW 2013, 2201 (wie das Landgericht allerdings - ohne Begründung - Elzer in Anmerkung zu BGH a.a.O., S. 2203 und Zöller/Althammer, a.a.O., § 91 a Rn 32: "kann nichts anderes gelten"). Der BGH hatte sich in der genannten Entscheidung allein damit zu befassen, ob in dem Fall, dass die Klage vor Rechtshängigkeit zur Erledigung kommt und daraufhin zurückgenommen wird, einer gesonderten, auf materielles Recht gestützten Kostenerstattungsklage im Hinblick auf die Möglichkeit eines Kostenantrags nach § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO das Rechtsschutzbedürfnis fehlt. Er hat dies verneint, weil der Weg des Kostenantrags nicht in vergleichbarer Weise sicher und wirkungsvoll sei, mit der Folge, dass der Kläger die Wahl hat, ob er den geltend gemachten materiell-rechtlichen Kostenerstattungsanspruch im Wege des Kostenantrags nach § 269 Abs. 3 S. 3, Abs. 4 ZPO verfolgen oder deswegen eine - gesonderte - Kostenerstattungsklage erheben will (a.a.O., Tz 8, 12). Aus dieser

Argumentation lässt sich nicht ableiten, dass es ein Kläger stets und auch im Anwendungsbereich des § 91 a ZPO in der Hand haben muss, ein summarisches Verfahren über die Kostenfrage zu verhindern, indem er die Klage auf eine materiell-rechtliche Kostenfeststellung umstellt. Insbesondere hat der BGH auch nicht ausgesprochen, dass der Kläger eine Umstellung im laufenden Verfahren vornehmen könne. Vielmehr gibt die Entscheidung ein Wahlrecht (nur) zwischen dem Kostenantrag nach § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO und der gesonderten Kostenklage. Ersterer führt aber gerade zu einem § 91 a ZPO nachgebildeten summarischen Verfahren (s. BGH a.a.O., Tz 13). Auch die Entscheidung des BGH billigt dem Kläger somit nicht zu, die Anwendung als nachteilig empfundener prozessualer Kostenvorschriften durch eine Klageumstellung im Ausgangsverfahren zu umgehen.

23

3) Die Kostenentscheidung des Beschwerdeverfahrens beruht auf § 92 Abs. 1 ZPO. Die Beklagte, die lediglich Kostenaufhebung erstrebt, was zu einem Wert des Beschwerdeverfahrens von 4.406,60 EUR x 1/2 = 2.203,30 EUR führt, unterliegt mit 3.801,80 EUR (von ihr zu tragende Kosten) ./ 2.203,60 EUR (nicht angegriffene Kostenlast) = 1.598,50 EUR / 2.203,30 EUR = 73 %.

24

Die Wertfestsetzung beruht auf § 3 ZPO.

25

[Hinweis der Dokumentationsstelle: Der Berichtigungsbeschluss wurde in den Entscheidungstext eingearbeitet

26

Berichtigungsbeschluss vom 01.03.2018

27

In dem Beschwerdeverfahren ... wird der Beschluss des Senats vom 26.02.2018 dahin berichtigt,

dass es in Abschnitt II.2), letzter Absatz der Beschlussgründe (Beschlussabschrift S. 7) heißt: "Zöller/Althammer..",

und es in Abschnitt II.2), zweiter Absatz der Beschlussgründe (S. 4) heißt:

"BGH WRP 2008, 252 Tz 11".

28

Gründe

29

Der Beschluss war gemäß § 319 ZPO zu berichtigen, weil der Kommentator des Zöller, ZPO, 32. Aufl., mit dessen Ansicht sich die Beschlussausführungen auseinandersetzen, nicht Vollkommer, sondern Althammer heißt.

Das Zitat "WRP 2008, 252" ist unvollständig. Es wird eine Entscheidung des BGH zitiert.]