BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

X ZB 9/02

vom

17. Dezember 2002

in der Rechtsbeschwerdesache

Nachschlagewerk: ja
BGHZ : nein

ZPO § 91 Abs. 1, 2

Auch wenn der Berufungskläger die Berufung nur zur Fristwahrung einlegt und vor Ablauf der Berufungsbegründungsfrist zurücknimmt, ist dem Berufungsbeklagten eine zur Kostenfestsetzung angemeldete 13/20-Gebühr eines zu diesem Zeitpunkt bereits beauftragten zweitinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten zu erstatten.

BGH, Beschl. v. 17. Dezember 2002 - X ZB 9/02 - OLG Brandenburg

LG Potsdam

Der X. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat durch den Vorsitzenden Richter Dr. Melullis, den Richter Keukenschrijver, die Richterin Mühlens und die Richter Dr. Meier-Beck und Asendorf

am 17. Dezember 2002

beschlossen:

Die Rechtsbeschwerde gegen den Beschluß des 8. Zivilsenats des Brandenburgischen Oberlandesgerichts vom 14. Februar 2002 wird auf Kosten der Klägerin zurückgewiesen.

Gründe:

I. Die Klägerin hat gegen das landgerichtliche Urteil, durch das die von ihr erhobene Schadensersatzklage abgewiesen worden ist, Berufung eingelegt. Mit Schreiben vom 12. April 2001 teilte sie dem Beklagten mit, daß das Rechtsmittel nur zur Fristwahrung eingelegt werde, und bat den Beklagten, zunächst noch keinen Anwalt für die zweite Instanz zu bestellen. Gleichwohl hat der Beklagte am 30. April 2001 einen Prozeßbevollmächtigten für das Berufungsverfahren beauftragt. Nach Rücknahme der Berufung innerhalb verlän-

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

gerter Begründungsfrist hat sein Prozeßbevollmächtigter die Vertretung des Beklagten angezeigt und einen Kostenbeschluß erwirkt.

Im Kostenfestsetzungsverfahren hat das Landgericht eine 13/20-Prozeßgebühr für den zweitinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten der Beklagten festgesetzt. Auf die sofortige Beschwerde der Klägerin hat das Oberlandesgericht die Entscheidung des Rechtspflegers mit Beschluß vom 8. November 2001 zunächst aufgehoben und den Kostenfestsetzungsantrag zurückgewiesen. Auf die Gegenvorstellung des Beklagten hat das Oberlandesgericht seine Entscheidung durch den angefochtenen Beschluß wieder aufgehoben und die sofortige Beschwerde der Klägerin zurückgewiesen.

Dagegen richtet sich die vom Beschwerdegericht zugelassene Rechtsbeschwerde der Klägerin, mit der sie weiterhin die Zurückweisung des Kostenfestsetzungsantrag erstrebt.

II. Die Rechtsbeschwerde ist zulässig, jedoch nicht begründet.

1. Da die angefochtene Entscheidung nach dem 31. Dezember 2001 erlassen worden ist, findet auf die Rechtsbeschwerde nach § 26 Nr. 10 EGZPO die Zivilprozeßordnung in der seit dem 1. Januar 2002 geltenden Fassung Anwendung. Die Rechtsbeschwerde ist gemäß § 574 Abs. 1 Nr. 2 ZPO statthaft und gemäß § 575 ZPO auch im übrigen zulässig.

2. Die Rechtskraft des Beschlusses des Beschwerdegerichts vom 8. November 2001 steht einer Sachentscheidung nicht entgegen. Vielmehr war das Beschwerdegericht berechtigt, seinen ersten Beschluß auf Grund der Gegen-

vorstellung des Beklagten abzuändern, unbeschadet dessen, daß der Beschluß auf sofortige Beschwerde gemäß § 104 Abs. 3 Satz 1 ZPO ergangen und nach dem insoweit maßgeblichen früheren Recht nicht anfechtbar und somit formell rechtskräftig geworden war (vgl. Zöller/Herget, ZPO, 23. Aufl., § 104 Rdn. 21 "Rechtskraft"). Trotz grundsätzlich eingetretener Bindungswirkung können nämlich Beschlüsse durch das erlassende Gericht auf Grund einer Gegenvorstellung korrigiert werden, wenn sie unter Verletzung des rechtlichen Gehörs (Art. 103 Abs. 1 GG) oder anderer Verfahrensgrundrechte zustandegekommen sind und daher einer Überprüfung durch das Bundesverfassungsgericht nicht standhalten könnten (vgl. BGHZ 130, 97, 99 f.; BGH, Urt. v. 8.11.1994 - XI ZR 35/94, NJW 1995, 403; Beschl. v. 25.11.1999 - IX ZB 95/99, NJW 2000, 590; v. 26.4.2001 - IX ZB 25/01, NJW 2001, 2262; zum neuen Recht BGH, Beschl. v. 7.3.2002 - IX ZB 11/02, NJW 2002, 1577). Diese Rechtsprechung beruht auf der Erwägung, daß dem Gericht in solchen Fällen die Möglichkeit eröffnet werden soll, den Fehler selbst zu beheben und den Beteiligten dadurch die Anrufung des Bundesverfassungsgerichts zu ersparen.

Im vorliegenden Fall hat das Beschwerdegericht mit seiner Entscheidung vom 8. November 2001 das rechtliche Gehör des Beklagten verletzt. Dieser hatte mit Schriftsatz vom 4. September 2001 vorgebracht, die Prozeßgebühr sei in der geltend gemachten Höhe erstattungsfähig, weil die Bestellung des zweitinstanzlichen Anwalts vor der Berufungsrücknahme erfolgt sei. Demgegenüber wird im Beschluß vom 8. November 2001 maßgeblich darauf abgestellt, daß der Beklagte zunächst davon abgesehen habe, im Berufungsrechtszug einen Rechtsanwalt für sich zu bestellen, und daß die Vertretung erst nach der Rechtsmittelrücknahme angezeigt worden sei. Dies hätte bedeutet, daß der Prozeßbevollmächtigte nur zu dem Zweck bestellt worden wäre, den Kosten-

ausspruch zu beantragen. Das Beschwerdegericht hat demnach ohne weitere Begründung einen vom Vortrag des Beklagten abweichenden Sachverhalt zugrundegelegt. Der Anspruch auf Gewährung rechtlichen Gehörs ist jedoch verletzt, wenn das entscheidende Gericht entscheidungserhebliches Vorbringen entweder überhaupt nicht zur Kenntnis genommen oder bei seiner Entscheidung nicht in Erwägung gezogen hat (BVerfGE 47, 182, 188; Sen.Beschl. v. 25.1.2000 - X ZB 7/99, NJW-RR 2000, 1569; v. 11.6.2002 - X ZB 27/01, BGH-Rep. 2002, 1056).

3. In der Sache ist die Rechtsbeschwerde nicht begründet.

a) Das Beschwerdegericht hält die Kosten des Prozeßbevollmächtigten des Beklagten im festgesetzten Umfang für erstattungsfähig. Auch wenn die Durchführung einer zunächst nur fristwahrend eingelegten Berufung zunächst noch ungewiß sei, müsse der Berufungsbeklagte nach dem Grundsatz der Waffengleichheit in jedem Fall berechtigt sein, seinerseits sogleich einen Rechtsanwalt für die Berufungsinstanz zu beauftragen. Damit müsse er nicht warten, bis die Berufungsbegründung eingereicht werde, weil er sonst mit der Vorbereitung einer eventuell erforderlichen Berufungserwiderung unter Fristendruck geraten könne.

b) Nach Auffassung der Rechtsbeschwerde handelt es sich dagegen bei den dem Beklagten entstandenen Anwaltskosten nicht um notwendige Kosten der Rechtsverfolgung i.S.d. § 91 Abs. 1 ZPO. Im Zeitpunkt der Anwaltsbeauftragung sei die Klägerin noch nicht zur Durchführung des Rechtsmittels entschlossen gewesen und habe weder einen Berufungsantrag gestellt noch eine Berufungsbegründung eingereicht. Es habe demnach noch keinen konkreten

Angriff gegeben, gegen den sich der Beklagte habe verteidigen müssen. Allein durch die Einlegung des Rechtsmittels drohe dem Rechtsmittelgegner keine Gefahr. Ob bzw. in welchem Umfang Verteidigungsmaßnahmen ergriffen werden müßten, zeige erst die Berufungsbegründung. Erst aus ihr ergebe sich, inwieweit und aus welchen Gründen bzw. unter welchem Gesichtspunkt das Urteil angefochten werde. Zuvor sei dem Berufungsbeklagten unbekannt, ob und welche Verteidigungsmaßnahmen notwendig seien.

c) Die Argumente der Rechtsbeschwerde, die sich auf einen Teil der veröffentlichten Rechtsprechung stützen kann (s. etwa OLG Hamburg, JurBüro 1994, 423; OLG Dresden, MDR 1998, 1309, und MDR 2000, 852; LAG Hamm, MDR 1998, 1440 f.), vermögen nicht zu überzeugen. Gemäß § 91 Abs. 2 Satz 1 ZPO gehören zu den erstattungsfähigen Kosten die gesetzlichen Gebühren und Auslagen des Rechtsanwalts der obsiegenden Partei. Daraus ist zu entnehmen, daß eine Partei im Prozeß einen Rechtsanwalt zu Hilfe nehmen darf und die dadurch entstandenen Kosten auch erstattungsfähig sind. Eine Einschränkung dieses Grundsatzes für die Fälle, in denen ein Rechtsmittel nur vorsorglich eingelegt wird, ist im Gesetz nicht ausdrücklich vorgesehen.

Eine derartige Einschränkung läßt sich auch § 91 Abs. 1 Satz 1 ZPO nicht entnehmen. Dabei kann dahinstehen, ob die Notwendigkeit der Einschaltung eines Rechtsanwalts überhaupt der Nachprüfung unterliegt. Denn jedenfalls ist sie aus der Sicht einer verständigen Prozeßpartei zu beurteilen. Maßgebend ist dabei nicht, ob die Beauftragung eines Prozeßbevollmächtigten im konkreten Fall objektiv nützlich oder gar notwendig war, sondern ob eine verständige Prozeßpartei in der gleichen Situation ebenfalls einen Anwalt beauftragen würde. Dies kann im Regelfall, solange die Berufung nicht wieder

zurückgenommen ist, nicht verneint werden. Die mit einem Rechtsmittel überzogene Partei kann regelmäßig nicht selbst beurteilen, was zur Rechtsverteidigung sachgerecht zu veranlassen ist. Ihr kann daher nicht zugemutet werden, zunächst die weiteren Entschließungen des anwaltlich vertretenen Berufungsklägers abzuwarten. Dies gilt um so mehr, als ein erstinstanzlicher Prozeßbevollmächtigter - sofern ein solcher überhaupt bestellt war - insoweit keine Beratung leisten wird. Die Beratung in Angelegenheiten der Berufungsinstanz gehört nämlich nicht zu den Tätigkeiten, die von der Gebühr des im vorangegangenen Rechtszug tätigen Rechtsanwalts abgedeckt sind (vgl. § 37 Nr. 7 BRAGO).

Ob in der aktuellen Situation tatsächlich etwas zu veranlassen ist, kann in diesem Zusammenhang nicht allein den Ausschlag geben. Auch der in dem angefochtenen Beschluß angesprochene Grundsatz der Waffengleichheit spielt daher nicht die entscheidende Rolle. Die Beauftragung eines Rechtsanwalts braucht nicht erforderlich zu sein, damit Vorbereitungen für eine Berufungserwiderung rechtzeitig getroffen werden können und dadurch ein Fristendruck vermieden wird. Es muß genügen, daß der Rechtsmittelgegner anwaltlichen Rat in einer als risikobehaftet empfundenen Situation für erforderlich halten darf. Daher kann ihm im Normalfall auch nicht zugemutet werden, mit der Bestellung eines Anwalts solange zu warten, bis der Berufungskläger einen Antrag (oder gar mehrere Anträge) auf Verlängerung der Frist zur Begründung des Rechtsmittels gestellt hat (in diesem Sinne jedoch OLG Bamberg, JurBüro 1985, 407 f.; OLG Hamm, FamRZ 1990, 537; OLG Nürnberg, JurBüro 1992, 39).

Ohne Erfolg beruft sich die Rechtsbeschwerde demgegenüber auf Entscheidungen des Bundesgerichtshofs zur Prozeßkostenhilfe, nach denen dem Revisionsbeklagten bis zur Einreichung der Revisionsbegründung im allgemeinen kein anwaltlicher Beistand zugebilligt wird, unabhängig davon, ob sich eine bemittelte Partei auf eigene Kosten schon früher eines Revisionsanwalts bedienen würde (Beschl. vom 30.9.1981 - IVb ZR 694/80, NJW 1982, 446 f.; v. 10.2.1988 - IVb ZR 67/87, FamRZ 1988, 942, jeweils m.w.N.). Begründet wird dies mit der Vorschrift des § 114 Satz 1 ZPO, wonach die vom Antragsteller beabsichtigte Rechtsverfolgung bzw. -verteidigung nicht mutwillig sein darf. Den Entscheidungen liegen spezifisch prozeßkostenhilferechtliche Erwägungen zugrunde, die im vorliegenden Zusammenhang, in dem es um die Kostenerstattung zwischen den Parteien geht, keine Rolle spielen.

d) Von der grundsätzlichen Anerkennung der Notwendigkeit der Beauftragung eines Rechtsanwalts ist die Frage zu unterscheiden, welche Maßnahmen der einmal bestellte Rechtsanwalt zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung für erforderlich halten darf, insbesondere ob die erst bei Stellung eines Sachantrags endgültig in voller Höhe anfallende Prozeßgebühr auch dann in dieser Höhe erstattungsfähig ist, wenn der Antrag gestellt wird, bevor feststeht, daß die Berufung tatsächlich durchgeführt wird (so insbesondere OLG Düsseldorf, JurBüro 1989, 363; MDR 1995, 857; AnwBl. 1996, 589), oder ob in diesem Fall, wie ganz überwiegend angenommen wird, nur eine halbe Gebühr gemäß § 32 Abs. 1 BRAGO geltend gemacht werden kann (so KG, AnwBl. 1984, 620; OLG Hamburg, JurBüro 1995, 90; OLG Hamm, JurBüro 1991, 1084; OLG Karlsruhe, JurBüro 1997, 142; OLG Koblenz, MDR 1995, 968; OLG Köln, JurBüro 1992, 801; OLG München, JurBüro 1994, 93; OLG Naumburg, AnwBl. 1999, 56; OLG Nürnberg, MDR 2000, 415; OLG Schleswig, MDR 1999, 381;

Belz in: MünchKomm ZPO, 2. Aufl., § 91 Rdn. 26; Göttlich/Mümmler/Rehberg/Xanke, BRAGO, 20. Aufl., S. 287 f.; Meyer, JurBüro 2001, 296, 297; Zöller/Herget, aaO, § 91 Rdn. 13 "Berufung"). Diese Frage bedarf im Streitfall keiner Beantwortung, da zugunsten des Beklagten nur eine 13/20-Gebühr festgesetzt worden ist.

4. Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO.

Melullis Keukenschrijver Mühlens

Meier-Beck Asendorf