

Der VI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 20. Juni 2017 durch den Vorsitzenden Richter Galke, den Richter Wellner, die Richterinnen Dr. Oehler und Dr. Roloff und den Richter Dr. Klein

beschlossen:

Die Rechtsbeschwerde gegen den Beschluss des 25. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm vom 26. August 2016 wird auf Kosten des Beklagten zu 3 zurückgewiesen.

Der Streitwert für das Rechtsbeschwerdeverfahren wird auf 620,24 € festgesetzt.

Gründe:

I.

- 1 Der Rechtsbeschwerdeführer (im Folgenden auch: Beklagter zu 3) wendet sich gegen einen Kostenfestsetzungsbeschluss.
- 2 Der Kläger und Rechtsbeschwerdegegner nahm den beschwerdeführenden Rechtsanwalt und eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung (im Folgenden auch: Beklagte zu 4), deren Alleingesellschafter und Geschäftsführer der Rechtsbeschwerdeführer ist, erfolglos auf Schadensersatz in Anspruch. Nachdem sich der Rechtsbeschwerdeführer zunächst selbst gegen die Klage vertei-

digd hatte, ließ er nach Erweiterung der Klage gegen die Beklagte zu 4 durch eine in seiner Kanzlei tätige Rechtsanwältin mitteilen, dass er nunmehr von dieser vertreten werde. Er selbst meldete sich als Prozessbevollmächtigter für die Beklagte zu 4. In der Klageerwiderung und weiteren Schriftsätzen machte er Ausführungen zur Sache sowohl für die Beklagte zu 4 als auch für sich selbst. Seine Prozessbevollmächtigte bezog sich auf diese Ausführungen sowie auf diejenigen der weiteren Beklagten. Den Termin zur mündlichen Verhandlung nahm der Rechtsbeschwerdeführer für die Beklagte zu 4 sowie für sich selbst wahr.

3 Mit Urteil vom 7. Februar 2014 hat das Landgericht die Klage abgewiesen. Der Kläger hat hiergegen Berufung eingelegt. Nachdem aufgrund eines bereits am 4. Februar 2014 gestellten Insolvenzantrags am 14. Februar 2014 ein allgemeines Verfügungsverbot ergangen und sodann über das Vermögen der Beklagten zu 4 am 24. April 2014 das Insolvenzverfahren eröffnet worden war, hat der Kläger die gegen die Beklagte zu 4 eingelegte Berufung nach Verständigung mit dem Insolvenzverwalter zurückgenommen. Die auf Verurteilung des Beklagten zu 3 gerichtete Berufung des Klägers hat das Berufungsgericht zurückgewiesen.

4 Im Kostenfestsetzungsverfahren hat der Insolvenzverwalter der Beklagten zu 4 die Kostenfestsetzung auf der Basis beantragt, dass der Kläger den Beklagten zu 3 und 4 jeweils die Hälfte der Kosten für die Beauftragung eines gemeinsamen Prozessbevollmächtigten zu erstatten habe. Das Landgericht hat diese Kosten mit (gegenüber dem Insolvenzverwalter der Beklagten zu 4) rechtskräftigem Beschluss vom 15. Oktober 2015 antragsgemäß festgesetzt.

5 Der Beklagte zu 3 und hiesige Rechtsbeschwerdeführer hat - soweit hier noch erheblich - die Festsetzung von Kosten für die erste Instanz in voller Höhe

beantragt. Der Rechtspfleger hat sie unter Berücksichtigung eines Erhöhungszuschlags für die Mehrvertretung lediglich zur Hälfte festgesetzt, weil die Beauftragung zweier Rechtsanwälte nicht notwendig gewesen sei. Das Beschwerdegericht hat die dagegen gerichtete sofortige Beschwerde des Rechtsbeschwerdeführers zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die zugelassene Rechtsbeschwerde, mit der der Rechtsbeschwerdeführer seinen Kostenfestsetzungsantrag weiterverfolgt.

II.

6 Die statthafte und auch im Übrigen zulässige Rechtsbeschwerde (§§ 574 Abs. 1 Nr. 2, 575 ZPO) ist nicht begründet. Im Ergebnis zu Recht hat das Beschwerdegericht gemeint, dem Beklagten zu 3 stehe lediglich ein Anspruch auf Ersatz der hälftigen Kosten zu, § 91 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 2 und 3 ZPO.

7 1. Zu Unrecht geht das Beschwerdegericht davon aus, dass die Beklagten zu 3 und 4 zwei unterschiedliche Rechtsanwälte mit ihrer Vertretung beauftragt haben, denen voneinander unabhängige Vergütungsansprüche gegenüber ihren jeweiligen Mandanten zustehen. Die Beklagten zu 3 und 4 sind vielmehr durch einen gemeinsamen Rechtsanwalt - den Beklagten zu 3 - vertreten worden. Schon aus diesem Grund und nicht aufgrund rechtsmissbräuchlichen Verhaltens, wie das Beschwerdegericht gemeint hat, sind die Anwaltskosten der in der Kanzlei des Beklagten zu 3 tätigen Rechtsanwältin, die sich im Laufe des Verfahrens zusätzlich für den Beklagten zu 3 bestellt hat, nicht erstattungsfähig.

8 a) Die Rüge der Rechtsbeschwerde, das Beschwerdegericht sei zu Unrecht von dem Grundsatz abgegangen, dass jeder kostenrechtlich obsiegende Streitgenosse die Kosten eines eigenen Rechtsanwalts erstattet verlangen kön-

ne, greift nicht durch. Zwar trifft es zu, dass zu den notwendigen Kosten einer zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung gemäß § 91 Abs. 1 Satz 1 ZPO in der Regel auch die Gebühren und Auslagen eines Rechtsanwalts gehören. Lassen sich Streitgenossen daher von vornherein jeweils durch einen eigenen Rechtsanwalt vertreten, verbleibt es im rechtlichen Ausgangspunkt bei der von § 91 Abs. 2 Satz 1 ZPO angeordneten Erstattungs-fähigkeit. Da das Kostenfestsetzungsverfahren als Massenverfahren einer zügigen und möglichst unkomplizierten Abwicklung bedarf, kann die Erstattungs-fähigkeit der Kosten eines (jeweils) eigenen Rechtsanwalts nur in besonderen atypischen Konstellationen verneint werden (BGH, Beschluss vom 13. Oktober 2011 - V ZB 290/10, NJW 2012, 319 Rn. 6 f. mwN).

9 b) Ein Fall, in dem sich mehrere Streitgenossen von vornherein und jeweils ausschließlich durch eigene Rechtsanwälte haben vertreten lassen, liegt hier aber nicht vor. Der Beklagte zu 3 hat - worauf die Rechtsbeschwerdeerwi-derung zutreffend hinweist - sich selbst vertreten und ist davon auch nach Hin-zutreten der Beklagten zu 4 nicht abgerückt. Er hat nach den Feststellungen des Beschwerdegerichts weiterhin - nunmehr für die Beklagten zu 3 und 4 ge-meinsam - Ausführungen gemacht und im Termin zur mündlichen Verhandlung beide Parteien vertreten. Dass er seine eigene Vertretung niedergelegt hat, ist nicht festgestellt; übergangenen Vortrag dazu zeigt die Rechtsbeschwerde nicht auf. Soweit er in eigener Sache tätig geworden ist, sind ihm daher die Gebüh-ren und Auslagen zu erstatten, die er als Gebühren und Auslagen eines be-vollmächtigten Rechtsanwalts erstattet verlangen könnte, § 91 Abs. 2 Satz 3 ZPO.

10 c) Die Kosten für die in seiner Sozietät tätige Rechtsanwältin, die sich im Laufe des Verfahrens zusätzlich für ihn gemeldet hatte, sind nicht erstattungs-fähig, § 91 Abs. 2 Satz 2 ZPO.

- 11 aa) Nach dieser Vorschrift sind die Kosten mehrerer Rechtsanwälte einer Partei vom unterlegenen Gegner nur insoweit zu erstatten, als sie die Kosten eines Rechtsanwalts nicht übersteigen oder in der Person des Rechtsanwalts ein Wechsel erforderlich war. Eine solche Ausnahme ist gegeben, wenn ein konkreter sachlicher Grund die Inanspruchnahme mehrerer Prozessbevollmächtigten gebietet. Dabei lässt sich die Frage, ob dies dann der Fall ist, wenn mehrere Streitgenossen klagen oder verklagt werden, nicht aufgrund einer schematischen Beurteilung ohne Berücksichtigung der konkreten Fallumstände beantworten (Senat, Beschluss vom 20. Januar 2004 - VI ZB 76/03, Rpfleger 2004, 314 unter 1). Die Erstattungsfähigkeit der im Streit befindlichen Anwaltskosten hängt folglich davon ab, ob es für den Beklagten zu 3 notwendig war, sich nach Hinzutreten der Beklagten zu 4 durch einen weiteren, gesondert beauftragten Rechtsanwalt vertreten zu lassen, obwohl er weiterhin sich selbst und zusätzlich die Beklagte zu 4 vertrat.
- 12 bb) Gründe für eine solche Notwendigkeit sind hier nicht ersichtlich. Das ergibt sich bereits - wie das Beschwerdegericht insoweit zutreffend ausgeführt hat - aus dem Prozessverhalten des Beklagten zu 3 und der Beklagten zu 4, für die (ausschließlich) der Beklagte zu 3 gemeinsame Ausführungen zur Sache gemacht hat und für die der Beklagte zu 3 im Termin zur mündlichen Verhandlung aufgetreten ist.
- 13 Soweit die Rechtsbeschwerde meint, im Streitfall rechtfertigten der unterschiedliche Charakter der gegen die Beklagten zu 3 und 4 geltend gemachten Ansprüche, die einerseits vertraglicher, andererseits deliktischer Natur seien, sowie eine latent bestehende Interessenkollision und der Umstand, dass der Beklagte zu 3 als Rechtsanwalt Organ der Rechtspflege sei, die Beauftragung verschiedener Anwälte, übergeht sie, dass diese Umstände den Rechtsbeschwerdeführer nicht veranlasst haben, von einem weiteren Tätigwerden in

eigener Sache abzusehen. Anders als die weiteren Streitgenossen, die Beklagten zu 1 und 2, die sich von vornherein und jeweils ausschließlich durch eigene Rechtsanwälte haben vertreten lassen (vgl. auch die dem von der Rechtsbeschwerde angeführten Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 3. April 1990 - 1 BvR 269/83, BVerfGE 81, 387 ff., zugrunde liegende Fallgestaltung), hat der Rechtsbeschwerdeführer - wie ausgeführt - sich selbst und die Beklagte zu 4 gemeinsam vertreten und keine Notwendigkeit gesehen, davon abzugehen. Das führt gemäß § 91 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 2 und 3 ZPO unter Berücksichtigung der konkreten Fallumstände zu der Erstattungsfähigkeit der Kosten (lediglich) für einen gemeinsamen Rechtsanwalt.

- 14 2. Da die Beklagten zu 3 und 4 folglich - anders als das Beschwerdegericht gemeint hat - durch einen gemeinsamen Rechtsanwalt vertreten worden sind, hat das Landgericht zu Recht zugunsten des Beklagten zu 3 sowie zugunsten des Insolvenzverwalters über das Vermögen der Beklagten zu 4 jeweils die Hälfte der Kosten für die Beauftragung eines gemeinsamen Prozessbevollmächtigten festgesetzt. Dem steht der Umstand, dass während des Berufungsverfahrens über das Vermögen der Beklagten zu 4 das Insolvenzverfahren eröffnet worden ist, nicht entgegen.
- 15 a) Haben sich obsiegende Streitgenossen im Prozess durch einen gemeinsamen Rechtsanwalt vertreten lassen, erhält der Rechtsanwalt die Gebühren nur einmal, § 7 Abs. 1 RVG, kann aber jeden Auftraggeber auf die Gebühren und Auslagen in Anspruch nehmen, die dieser schulden würde, wenn der Rechtsanwalt nur in seinem Auftrag tätig geworden wäre, § 7 Abs. 2 RVG.
- 16 Der Erstattungsanspruch des einzelnen Streitgenossen gegenüber dem Prozessgegner beschränkt sich nach § 91 Abs. 1 Satz 1 ZPO grundsätzlich auf den Betrag, der sich für seine jeweilige Prozessführung als notwendig erwiesen

hat. Die Streitgenossen sind somit hinsichtlich der auf ihrer Seite insgesamt angefallenen Anwaltskosten Anteilsgläubiger gemäß § 420 BGB. Wie hoch der jeweils vom Gegner zu beanspruchende Kostenanteil ist, bestimmt sich nach dem Innenverhältnis der Streitgenossen, wobei nach § 426 Abs. 1 BGB im Zweifel davon auszugehen ist, dass jeder Streitgenosse bei gleicher Beteiligung am Rechtsstreit im Zweifel den auf ihn entfallenden Bruchteil der gemeinsamen Prozesskosten aufzuwenden hat.

17 Einen höheren Betrag als seinen Bruchteil kann der Streitgenosse nur fordern, wenn er glaubhaft macht, dass er ihn aufgewendet hat oder aufwenden muss (BGH, Beschluss vom 30. April 2003 - VIII ZB 100/02, NJW-RR 2003, 1217, 1218; MüKoZPO/Schulz, 5. Aufl., § 100 Rn. 27 ff.). Das kann dann der Fall sein, wenn er wegen der Zahlungsunfähigkeit des anderen Streitgenossen im Innenverhältnis keinen Ausgleich zu erlangen vermag, dem Rechtsanwalt im Außenverhältnis aber gemäß § 7 Abs. 2 RVG auf die vollen Gebühren und Auslagen haftet.

18 b) Nach diesen Grundsätzen kann der Beklagte zu 3 den auf ihn entfallenden Bruchteil der gemeinsamen Prozesskosten verlangen, § 91 Abs. 2 Satz 3 ZPO. Da er sich selbst vertreten hat, sind ihm nach dieser Vorschrift die Gebühren und Auslagen zu erstatten, die er als Gebühren und Auslagen eines bevollmächtigten Rechtsanwalts erstattet verlangen könnte. Einen höheren Betrag hat er weder aufgewendet noch wird er ihn aufwenden müssen. Denn der Rechtsbeschwerdeführer sieht sich - anders als der obsiegende Streitgenosse in der der Entscheidung vom 30. April 2003 (VIII ZB 100/02, aaO) zugrundeliegenden Fallgestaltung - keinem auf § 7 Abs. 2 RVG (§ 6 Abs. 2 BRAGO aF) beruhenden Anspruch eines (dritten) Rechtsanwalts gegenüber, für den er im Innenverhältnis zu der insolventen Beklagten zu 4 keinen Ausgleich erlangen könnte.

- 19 c) Einer solchen Aufwendung steht nicht gleich, dass der Rechtsbeschwerdeführer die Beklagte zu 4 anwaltlich vertreten und - was für das Rechtsbeschwerdeverfahren unterstellt werden kann - der Beklagten zu 4 oder dem Insolvenzverwalter keine Rechnung gestellt und keine Vorschussleistungen oder Abschlagszahlungen erhalten hat. Der Beklagte zu 3 kann nicht verlangen, in dem ihn betreffenden Kostenfestsetzungsverfahren so gestellt zu werden, als schulde er sich selbst gemäß § 7 Abs. 2 RVG im Innenverhältnis auf die Beklagte zu 4 entfallende Gebühren und Auslagen.
- 20 aa) § 91 Abs. 2 Satz 3 ZPO ist nicht *lex specialis* zu § 91 Abs. 1 ZPO; dass die tatbestandlichen Voraussetzungen des Gebühren- und Auslagentatbestandes erfüllt sind, wird vielmehr vorausgesetzt (BGH, Beschluss vom 6. Dezember 2007 - IX ZB 223/06, FamRZ 2008, 508 Rn. 7). Aus diesem Grund kann der in eigener Sache tätige Rechtsanwalt weder eine zusätzliche Korrespondenzgebühr abrechnen, wenn er einen auswärtigen Anwalt mit der Terminvertretung beauftragt, noch eine Verfahrensgebühr erstattet verlangen, wenn eine vom Gegner eingelegte Berufung nur zur Fristwahrung erfolgt und in der Folge zurückgenommen wird. Er hat keinen Anspruch darauf, so gestellt zu werden, als müsste er sich selbst informieren oder beraten (BGH, Beschluss vom 6. Dezember 2007, aaO, Rn. 9 f.).
- 21 bb) Nach diesen Grundsätzen können dem Beklagten zu 3 gemäß § 91 Abs. 1 Satz 1 ZPO nur solche Kosten erstattet werden, die ihm tatsächlich erwachsen sind. Ebenso wenig wie eine tatsächlich nicht geleistete Tätigkeit können im Rahmen von § 91 Abs. 1 Satz 1 ZPO Kosten fingiert werden, die dem Beklagten zu 3 nicht entstanden sind. Eine solche Fiktion kommt schon deshalb nicht in Betracht, weil sie zu einer nicht gerechtfertigten doppelten Inanspruchnahme des Klägers führen würde.

- 22 (1) Der Rechtsbeschwerdeführer hat - soweit er die Beklagte zu 4 vertreten hat - als ihr gesetzlicher Vertreter und damit im Sinne von § 91 Abs. 2 Satz 3 ZPO in eigener Sache gehandelt (vgl. Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 75. Aufl., § 91 Rn. 172; Bork in Stein/Jonas, ZPO, 23. Aufl., § 91 Rn. 135). Die der Beklagten zu 4 nach § 91 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 3 ZPO zu erstattenden Kosten wurden auf Antrag des Insolvenzverwalters mit rechtskräftigem Kostenbeschluss festgesetzt.
- 23 (2) Dem stand entgegen der Ansicht der Rechtsbeschwerde eine durch die Anordnung eines allgemeinen Verfügungsverbots und die Bestellung eines vorläufigen Insolvenzverwalters gemäß § 240 Satz 2 ZPO erfolgte Unterbrechung des Verfahrens schon deshalb nicht entgegen, weil diese zum Zeitpunkt der Kostenfestsetzung beendet war.
- 24 Die während der Unterbrechung von einer Partei in Ansehung der Hauptsache vorgenommenen Prozesshandlungen sind zwar gegenüber der anderen Partei ohne rechtliche Wirkung, § 249 Abs. 2 ZPO. Nach ständiger Rechtsprechung beschränkt sich die Unwirksamkeit nach § 249 Abs. 2 ZPO aber auf Prozesshandlungen, die gegenüber dem Gegner vorzunehmen sind. Prozesshandlungen, die - wie die Rechtsmittelrücknahme - gegenüber dem Gericht erklärt werden müssen, sind dagegen wirksam (BGH, Urteil vom 30. September 1968 - VII ZR 93/67, BGHZ 50, 397, 400 zur Einlegung der Berufung; BGH, Beschluss vom 5. November 1987 - III ZR 86/86, BGHR ZPO § 249 Abs. 2 Prozesshandlung Nr. 1; Zöller/Greger, ZPO, 31. Aufl., § 249 Rn. 5). Auch der Sinn und Zweck der Unterbrechung erfordert keine Unwirksamkeit der Rechtsmittelrücknahme, weil die Rechtsmittelrücknahme dem Gegner keine Nachteile bringt (BGH, Beschluss vom 5. November 1987, aaO).

- 25 Nach diesen Grundsätzen konnte der Kläger die Berufung trotz der Unterbrechung wirksam zurücknehmen. Damit wurde das klageabweisende Urteil des Landgerichts rechtskräftig. Das Verfahren und damit auch seine etwaige Unterbrechung waren beendet.
- 26 (3) Der Insolvenzverwalter war berechtigt, den Kostenerstattungsanspruch der Beklagten zu 4 geltend zu machen. Mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens geht die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über prozessuale Ansprüche des Schuldners unabhängig davon auf den Insolvenzverwalter über, ob dieser in den Rechtsstreit eintritt (BGH, Beschluss vom 11. Dezember 2008 - IX ZB 232/08, NZI 2009, 169 Rn. 16). Der Anspruch auf Prozesskostenerstattung gehört zur Insolvenzmasse, wenn der die Erstattungsforderung begründende Sachverhalt vor oder während des Insolvenzverfahrens verwirklicht wurde, § 35 InsO. Er unterliegt der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis des Insolvenzverwalters, § 80 InsO (BGH, Versäumnisurteil vom 1. Februar 2007 - IX ZR 178/05, NJW-RR 2007, 1205 Rn. 12).
- 27 (4) War der Rechtsbeschwerdeführer demgegenüber in seiner Eigenschaft als Geschäftsführer der Beklagten zu 4 der Auffassung, dass der Kostenerstattungsanspruch gemäß § 36 InsO, § 851 Abs. 1 ZPO, § 91 Abs. 2 Satz 3 ZPO nicht zur Masse gehöre (vgl. BGH, Beschluss vom 11. Dezember 2008, aaO, Rn. 19 aE), hätte er den Insolvenzverwalter diesbezüglich auf Feststellung in Anspruch nehmen und die Frage der Massezugehörigkeit des Kostenerstattungsanspruchs einer Klärung zuführen können (vgl. BGH, Urteil vom 10. Januar 2008 - IX ZR 94/06, WM 2008, 415 Rn. 7 mwN). Im Kostenfestsetzungsverfahren zugunsten des Beklagten zu 3 gibt es aber weder eine Grundlage noch eine Rechtfertigung dafür, die der Beklagten zu 4 nur einmal erwachsenen Kosten zu Lasten des Klägers doppelt - in beiden Kostenfestsetzungsverfahren - festzusetzen.

28 3. Da die Rechtsbeschwerde ohne Erfolg bleibt und weil wegen der alleinigen Rechtsbeschwerde des Klägers und des Verbots der reformatio in peius eine Herabsetzung der festgesetzten Kosten nicht in Betracht kommt, bedarf es keiner Ausführungen zu der Frage, ob der Mehrvertretungszuschlag (§ 7 Abs. 1, § 13 RVG iVm Nr. 1008 des Vergütungsverzeichnisses) zu recht festgesetzt worden ist.

III.

29 Nach alledem war die Rechtsbeschwerde zurückzuweisen, weil sich die Entscheidung des Beschwerdegerichts aus anderen Gründen als richtig darstellt, § 577 Abs. 3 ZPO.

Galke

Wellner

Oehler

Roloff

Klein

Vorinstanzen:

LG Dortmund, Entscheidung vom 07.02.2014 - 3 O 275/12 -

OLG Hamm, Entscheidung vom 26.08.2016 - I-25 W 14/16 -