



# BUNDESGERICHTSHOF

## BESCHLUSS

XII ZB 112/17

vom

7. Februar 2018

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja  
BGHZ: ja  
BGHR: ja

ZPO § 91 Abs. 1 Satz 1; RVG-VV Nr. 3201 Abs. 1 Nr. 1

- a) Maßstab für die Notwendigkeit von Kosten zur Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung im Sinne des § 91 Abs. 1 Satz 1 ZPO ist, ob eine verständige und wirtschaftlich vernünftige Partei die Kosten auslösende Maßnahme im damaligen Zeitpunkt als sachdienlich ansehen durfte. Abzustellen ist mithin auf die Sicht der Partei in der konkreten prozessualen Situation und dann zu beurteilen, ob ein objektiver Betrachter aus diesem Blickwinkel die Sachdienlichkeit bejahen würde. Die Notwendigkeit bestimmt sich daher aus der "verobjektivierten" ex-ante-Sicht der jeweiligen Prozesspartei und nicht nach einem rein objektiven Maßstab (Fortführung des Senatsbeschlusses vom 25. Januar 2017 - XII ZB 447/16 - FamRZ 2017, 643 und Abgrenzung zu BGHZ 209, 120 = FamRZ 2016, 900).
- b) Ist dem Berufungsbeklagten mit dem Hinweisbeschluss des Berufungsgerichts nach § 522 Abs. 2 ZPO eine Berufungserwiderungsfrist gesetzt und reicht der Berufungsbeklagte nach Berufungsrücknahme eine Berufungserwiderung ein, sind die hierdurch entstandenen Kosten erstattungsfähig im Sinne von § 91 Abs. 1 Satz 1 ZPO, wenn er sich bei der Einreichung in nicht vorwerfbarer Unkenntnis von der Rücknahme der Berufung befunden hat (Abgrenzung zu BGHZ 209, 120 = FamRZ 2016, 900).
- c) Ein Schriftsatz ist bereits eingereicht im Sinne des Ermäßigungstatbestands von Nr. 3201 Abs. 1 Nr. 1 VV RVG, wenn er so auf den Weg gebracht worden ist, dass sein Zugang ausschließlich von der Tätigkeit Dritter, etwa eines Postbeförderungsunternehmens, abhängig ist.

BGH, Beschluss vom 7. Februar 2018 - XII ZB 112/17 - OLG Celle  
LG Lüneburg

Der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 7. Februar 2018 durch den Vorsitzenden Richter Dose, die Richter Dr. Günter, Dr. Botur und Guhling und die Richterin Dr. Krüger

beschlossen:

Die Rechtsbeschwerde gegen den Beschluss des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Celle vom 11. Januar 2017 wird auf Kosten des Klägers zurückgewiesen.

Verfahrenswert: 469 €

Gründe:

A.

- 1 Die Parteien streiten über die Frage der Erstattungsfähigkeit von Rechtsanwaltsgebühren nach einem in Unkenntnis der Berufungsrücknahme gestellten Sachantrag der Berufungsbeklagten.
- 2 Nach Beendigung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft der Parteien machte der Kläger gegen die Beklagte vermögensrechtliche Ausgleichsansprüche geltend. Das Landgericht wies seine Klage ab. Hiergegen legte der Kläger Berufung ein, die er mit einem am 21. Juli 2016 beim Oberlandesgericht eingegangenen Schriftsatz begründete. Diese Berufungsbegründung wurde der Beklagtenvertreterin zusammen mit einem Beschluss des Oberlandesgerichts vom 2. August 2016 am 9. August 2016 zugestellt. Mit diesem wies es auf seine Absicht hin, die Berufung des Klägers durch einstimmigen Beschluss zurückzuweisen. Außerdem setzte es eine Erwidierungsfrist von einem Monat. Mit am

16. August 2016 beim Oberlandesgericht eingegangenen Schriftsatz erklärte der Kläger die Rücknahme der Berufung. Ihm wurden mit Beschluss vom gleichen Tag die Kosten des Rechtsmittels auferlegt. Dieser Beschluss wurde der Prozessbevollmächtigten der Beklagten am 22. August 2016 zusammen mit dem klägerischen Rücknahmeschriftsatz zugestellt. Mit ebenfalls am 22. August 2016 beim Oberlandesgericht eingegangenen Schriftsatz vom 19. August 2016 beantragte die Prozessbevollmächtigte der Beklagten, die am 21. Juni 2016 von der Beklagten beauftragt worden war, die Berufung des Klägers zurückzuweisen.

3 Die Beklagte hat die Festsetzung der ihr im Berufungsverfahren entstandenen Kosten gegen den Kläger in Höhe von insgesamt 1.524,15 € beantragt, die sich aus einer 1,6-Verfahrensgebühr in Höhe von 1.260,80 € sowie der Post- und Telekommunikationspauschale in Höhe von 20 €, jeweils zuzüglich Umsatzsteuer, zusammensetzen.

4 Das Landgericht (Rechtspfleger) hat die vom Kläger an die Beklagte zu erstattenden Kosten unter Ansatz einer 1,1-Verfahrensgebühr auf insgesamt 1.055,29 € festgesetzt. Auf die sofortige Beschwerde der Beklagten hat das Oberlandesgericht diesen Beschluss abgeändert und die vom Kläger an die Prozessbevollmächtigte der Beklagten, an die die Beklagte ihren Kostenerstattungsanspruch zwischenzeitlich abgetreten hatte, zu erstattenden Kosten antragsgemäß festgesetzt. Hiergegen wendet sich der Kläger mit seiner zugelassenen Rechtsbeschwerde.

B.

5 Die Rechtsbeschwerde ist gemäß § 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 ZPO statt-  
haft und auch im Übrigen zulässig. Sie hat jedoch in der Sache keinen Erfolg.

I.

6 Das Oberlandesgericht hat seine in MDR 2017, 300 veröffentlichte Ent-  
scheidung wie folgt begründet:

7 Bei den der Beklagten durch Stellung des Sachantrags auf Zurückwei-  
sung der Berufung entstandenen Rechtsanwaltskosten handele es sich um  
notwendige Aufwendungen im Sinne von § 91 Abs. 1 Satz 1 ZPO. Soweit nach  
der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs im Rahmen der Prüfung der Not-  
wendigkeit der geltend gemachten Kosten allein auf die objektive Sicht einer  
verständigen und wirtschaftlich vernünftigen Partei abgestellt werde, die das  
Gebot sparsamer Prozessführung im Blick habe, sei dies nicht damit zu verein-  
baren, dass es auf die Unkenntnis des Rechtsmittelbeklagten von der Beru-  
fungsrücknahme nicht ankommen solle. Denn die Kenntnis von dem Fortbeste-  
hen des Rechtsmittels sei dafür entscheidend, welche Maßnahmen die Partei  
für sachdienlich zu halten habe. Da die mit einem Rechtsmittel überzogene Par-  
tei einen Rechtsanwalt beauftragen dürfe und die entstandenen Kosten im Falle  
ihres Obsiegens vom Gegner erstattet verlangen könne, müssten diese Kosten  
im Grundsatz auch erstattungsfähig sein. Es erscheine nicht gerechtfertigt, der  
Partei das volle Kostenrisiko auch für den Fall aufzuerlegen, dass das Rechts-  
mittel - zu einem von ihr nicht beeinflussbaren Zeitpunkt - zurückgenommen  
werde.

8 Die Ungewissheit, ob ein Rechtsmittel eventuell bereits zurückgenom-  
men sei, könne im Hinblick auf noch im Geschäftsgang befindliche oder erst in

Kürze eingehende Rücknahmeschriftsätze durch einen Anruf bei der Geschäftsstelle des Gerichts nicht zuverlässig beseitigt werden. Es erscheine auch nicht zumutbar, der mit einem Rechtsmittel überzogenen Partei die Pflicht aufzuerlegen, sich vor der Fertigung eines Erwidierungsschriftsatzes bei dem Rechtsmittelführer oder dessen Prozessbevollmächtigten zu erkundigen, ob das Rechtsmittel zurückgenommen sei. Dies gelte umso mehr, als es der Rechtsmittelführer selbst in der Hand habe, dem Gegner oder dessen Anwalt die Rücknahme des Rechtsmittels frühzeitig mitzuteilen. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs sei auch nicht mit den Besonderheiten des Kostenfestsetzungsverfahrens zu rechtfertigen, da es sich bei der Feststellung, wann der Rechtsmittelgegner Kenntnis von der Rücknahme des Rechtsmittels erlangt hat, nicht um eine schwierige, für das auf die formale Prüfung von Kostentatbeständen zugeschnittene Kostenfestsetzungsverfahren ungeeignete Rechtsfrage handele.

## II.

9            Diese Ausführungen halten rechtlicher Nachprüfung im Ergebnis stand. Das Oberlandesgericht hat die der Berufungsbeklagten durch den Antrag auf Zurückweisung der bereits begründeten Berufung entstandenen Kosten trotz der zuvor erfolgten Berufungsrücknahme zutreffend als erstattungsfähig im Sinne von § 91 ZPO angesehen.

10            1. Für die Tätigkeit der Prozessbevollmächtigten der Beklagten in der Berufungsinstanz ist eine 1,6-Verfahrensgebühr nach Nr. 3200 VV RVG angefallen, was - letztlich zu Recht - weder das Oberlandesgericht noch die Rechtsbeschwerde in Zweifel ziehen. Die Verfahrensgebühr ist nicht nach Nr. 3201 Abs. 1 Nr. 1 VV RVG wegen vorzeitiger Beendigung des Auftrags auf 1,1 er-

mäßigt. Hierfür hätte der Auftrag der Prozessbevollmächtigten der Beklagten endigen müssen, bevor sie ihren den Sachantrag enthaltenden Schriftsatz eingereicht hatte. Das ist jedoch vorliegend nicht der Fall.

11 a) Der Auftrag konnte in zeitlicher Hinsicht nicht endigen, bevor die Beklagtenvertreterin die Möglichkeit hatte, von der Berufungsrücknahme Kenntnis zu erlangen (vgl. BAG AGS 2013, 98, 100; Feller in Göttlich/Mümmeler RVG 6. Aufl. "Verfahrensgebühr" Anm. 4.3; Gerold/Schmidt/Müller-Rabe RVG 23. Aufl. VV 3101 Rn. 12 mwN; Mayer in Mayer/Kroiß RVG 7. Aufl. Nr. 3101 VV Rn. 8). Nach den Feststellungen des Oberlandesgerichts war dies der 22. August 2016, an dem der Beklagtenvertreterin die Berufungsrücknahme mit dem Kostenbeschluss des Oberlandesgerichts zugestellt worden ist. Nicht festgestellt ist hingegen die Uhrzeit dieser Zustellung sowie die Uhrzeit, zu der - ebenfalls am 22. August 2016 - der Schriftsatz der Beklagtenvertreterin bei Gericht eingegangen ist. Mithin ist möglich, dass dieser Eingang zeitlich nach der Zustellung erfolgt ist.

12 b) Das kann hier jedoch dahinstehen. Der Ermäßigungstatbestand in Nr. 3201 Abs. 1 Nr. 1 VV RVG greift nur ein, wenn der Schriftsatz noch nicht eingereicht im Sinne dieser Bestimmung gewesen wäre. Für ein solches Einreichen ist es aber ausreichend, wenn der Schriftsatz so auf den Weg gebracht wird, dass sein Zugang ausschließlich von der Tätigkeit Dritter, etwa eines Postbeförderungsunternehmens, abhängig ist (vgl. AnwK-RVG/Onderka/N. Schneider 8. Aufl. VV 3101 Rn. 24; Hartung/Römermann/Schons RVG 2. Aufl. VV 3101 Rn. 13 f.; Mayer in Mayer/Kroiß RVG 7. Aufl. RVG Nr. 3101 VV Rn. 12; aA Gerold/Schmidt/Müller-Rabe RVG 23. Aufl. VV 3101 Rn. 17; Hartmann Kostengesetze 47. Aufl. VV 3101 Rn. 12; Riedel/Sußbauer/Ahlmann RVG 10. Aufl. VV 3101 Rn. 10; Hansens in Hansens/Braun/Schneider Praxis des Vergütungsrechts 2. Aufl. Teil 8 Rn. 164; Feller in Göttlich/Mümmeler RVG

6. Aufl. "Verfahrensgebühr" Anm. 4.5; KG JurBüro 1985, 1030, 1031 zu § 32 BRAGO; anders wohl auch OLG Brandenburg Beschluss vom 25. August 2009 - 6 W 70/08 - juris Rn. 14).

13            Allerdings weist der Wortlaut der Norm ("eingereicht ... hat") eher dahin, dass der Eingang bei Gericht erfolgt sein muss. Denn den zivilprozessualen Vorschriften, die sich - wie etwa §§ 105 Abs. 3 Halbsatz 1, 128 Abs. 2 Satz 2, 130 a Abs. 3, 541 Abs. 1 Satz 1 oder 566 Abs. 2 Satz 1 ZPO - dieses Wortlauts bedienen, liegt ersichtlich dieser Bedeutungsgehalt zugrunde. Der Gesetzgeber wollte mit der Ausnahme zur Regel des § 15 Abs. 4 RVG (vgl. Mayer in Mayer/Kroiß RVG 7. Aufl. RVG Nr. 3101 VV Rn. 1) jedoch solche Fälle nicht erfassen, in denen der Rechtsanwalt mit der Stellung eines Sachantrags besondere Verantwortung und damit auch ein erhöhtes Haftungsrisiko übernimmt (vgl. BT-Drucks. 15/1971 S. 211 f.). Ob es tatsächlich zu einer solchen Risikoübernahme gekommen ist, kann aber wegen der erforderlichen Kenntnis des Rechtsanwalts von der Beendigung des Auftrags und der daraus folgenden Möglichkeit, dass die nicht ermäßigte Verfahrensgebühr auch noch nach Verfahrensende verdient werden kann, nicht ausschlaggebend sein. Vielmehr muss es darauf ankommen, ob der Rechtsanwalt alles aus seiner Sicht Notwendige unternommen hat. Mit der Übergabe an ein Postbeförderungsunternehmen ist das zu bejahen, weil ihm dann die Einflussnahme darauf, ob und wann der Schriftsatz bei Gericht eingeht, genommen ist. Sähe man das anders, würde das Vergütungsrisiko des Rechtsanwalts im Ergebnis auch von der Auswahl des gewählten Übermittlungsweges - per Briefpost, Fax oder als elektronisches Dokument - abhängen. Das wäre jedoch weder sachgerecht noch ist erkennbar, dass es vom Gesetzgeber gewollt ist.

14            Schließlich ist eine höchstrichterliche Rechtsprechung, die dieser Auslegung von Nr. 3201 Abs. 1 Nr. 1 VV RVG entgegensteht, nicht ersichtlich. Soweit

dieser Ermäßigungstatbestand Gegenstand höchstrichterlicher Entscheidungen war, lag dem jeweils nicht die Fallgestaltung zugrunde, dass der Schriftsatz auf den Weg gebracht, aber noch nicht bei Gericht eingegangen war, als der Rechtsanwalt von der Beendigung des Auftrags Kenntnis erhalten konnte (vgl. etwa BGH Beschlüsse vom 8. November 2017 - VII ZB 81/16 - MDR 2018, 58; vom 30. September 2014 - XI ZB 21/13 - ZfSch 2015, 347 und vom 24. Juni 2010 - VII ZB 6/09 - NJW 2010, 3170; BAG AGS 2013, 98).

15                   c) Der von der Prozessbevollmächtigten der Beklagten am 19. August 2016 gefertigte Schriftsatz wurde per Post an das Oberlandesgericht gesandt. Er muss daher vor dem 22. August 2016 so auf den Weg gebracht worden sein, dass sein Eingang bei Gericht ausschließlich von der Tätigkeit Dritter, nämlich des Postbeförderungsunternehmens, abhing. Mithin erfolgte die Einreichung des Schriftsatzes vor Beendigung des Auftrags durch Kenntnisnahme von der Berufungsrücknahme.

16                   2. Die 1,6-Verfahrensgebühr ist auch in vollem Umfang erstattungsfähig gemäß § 91 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 1 ZPO.

17                   a) Nach § 91 Abs. 1 Satz 1 ZPO hat die unterliegende Partei - und im Fall des § 516 Abs. 3 ZPO der Berufungskläger - die dem Gegner erwachsenen Kosten zu tragen, soweit diese zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendig waren. Für die gesetzlichen Gebühren und Auslagen des Rechtsanwalts der obsiegenden Partei regelt § 91 Abs. 2 Satz 1 Halbsatz 1 ZPO, dass diese in allen Prozessen zu erstatten sind. Die Vorschrift bildet insofern eine Ausnahme, als sie für ihren Anwendungsbereich von der grundsätzlich gebotenen Prüfung der Notwendigkeit entstandener Kosten zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung entbindet. Die gesetzlichen Gebühren und Auslagen des Rechtsanwalts gelten stets als

zweckentsprechend verursachte Kosten (Senatsbeschluss vom 2. November 2011 - XII ZB 458/10 - FamRZ 2012, 110 Rn. 35 mwN; BGH Beschlüsse vom 20. Mai 2014 - VI ZB 9/13 - NJW 2014, 2285 Rn. 9 mwN und vom 15. Oktober 2013 - XI ZB 2/13 - NJW 2014, 557 Rn. 11; BAG AGS 2013, 98, 100).

18            b) Ob hieraus folgt, dass deshalb nicht nur die Beauftragung eines Rechtsanwalts der Überprüfung ihrer Notwendigkeit entzogen ist, sondern auch die einzelne Maßnahme des Rechtsanwalts, wird unterschiedlich beurteilt (Letzteres bejahend etwa Saenger/Gierl ZPO 7. Aufl. § 91 Rn. 40; wohl auch BAG AGS 2013, 98, 100; BeckOK ZPO/Jaspersen [Stand: 1. Dezember 2017] § 91 Rn. 164; MünchKommZPO/Schulz 5. Aufl. § 91 Rn. 59; Thomas/Putzo/Hüßtege ZPO 38. Aufl. § 91 Rn. 19; aA BAG NJW 2016, 1675 Rn. 22; Musielak/Voit/Flockenhaus ZPO 14. Aufl. § 91 Rn. 11; offensichtlich auch BGHZ 209, 120 = FamRZ 2016, 900 Rn. 8 ff.).

19            Einigkeit besteht allerdings darin, dass die Erstattungsfähigkeit von Rechtsanwaltsgebühren jedenfalls dort ihre Grenze findet, wo für die Tätigkeit des Rechtsanwalts ausnahmsweise kein Anlass bestand (vgl. etwa Senatsbeschluss vom 1. April 2009 - XII ZB 12/07 - FamRZ 2009, 1047 Rn. 9; BGH Beschluss vom 23. Oktober 2013 - V ZB 143/12 - FamRZ 2014, 196 Rn. 8; BGHZ 166, 117 = NJW 2006, 2260 Rn. 20; BAG AGS 2013, 98, 100; BeckOK ZPO/Jaspersen [Stand: 1. Dezember 2017] § 91 Rn. 164; MünchKommZPO/Schulz 5. Aufl. § 91 Rn. 60). Denn jede Prozesspartei ist verpflichtet, die Kosten ihrer Prozessführung, die sie im Fall ihres Obsiegens vom Gegner erstattet verlangen will, so niedrig zu halten, wie sich dies mit der Wahrung ihrer berechtigten Belange vereinbaren lässt. Diese Verpflichtung zur Kostenschonung folgt aus dem Prozessrechtsverhältnis und beherrscht als Ausfluss von Treu und Glauben das gesamte Kostenrecht (Senatsbeschluss vom 2. Mai 2007 - XII ZB 156/06 - NJW 2007, 2257 Rn. 12 f.; BGH Beschluss vom 15. Oktober

2013 - XI ZB 2/13 - NJW 2014, 557 Rn. 13; vgl. auch BVerfG NJW 1990, 3072 f.; MünchKommZPO/Schulz 5. Aufl. § 91 Rn. 60; BeckOK ZPO/Jaspersen [Stand: 1. Dezember 2017] § 91 Rn. 165).

20 c) Für die Beantwortung der Frage, ob trotz der vor Einreichung des Schriftsatzes erfolgten Berufungsrücknahme die volle 1,6-Verfahrensgebühr im Kostenfestsetzungsverfahren als erstattungsfähig anzusehen ist, kann offen bleiben, ob eine Prüfung am strengeren Maßstab des § 91 Abs. 1 Satz 1 ZPO oder "lediglich" anhand der Grundsätze von Treu und Glauben zu erfolgen hat. Denn aufgrund der Unkenntnis der Beklagtenseite von der Berufungsrücknahme bei Vornahme der Kosten auslösenden Maßnahme ist die Erstattungsfähigkeit jedenfalls gegeben, weil die Einreichung des Schriftsatzes der Beklagten zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendig im Sinne des § 91 Abs. 1 Satz 1 ZPO war.

21 aa) Allerdings hat der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs mit Beschluss vom 25. Februar 2016 ausgeführt, die Kosten für die Einreichung eines Schriftsatzes, mit dem die Zurückweisung des - bereits begründeten - Rechtsmittels beantragt wird, seien nicht nach § 91 ZPO erstattungsfähig, wenn der Schriftsatz erst nach Rücknahme der Berufung bei Gericht eingeht. Er stelle dann nämlich keine zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung objektiv erforderliche Maßnahme dar. Auf die (verschuldete oder unverschuldete) Unkenntnis des Rechtsmittelbeklagten von der Berufungsrücknahme komme es nicht an. Denn die subjektive Unkenntnis des Rechtsmittelgegners sei nicht geeignet, die Erstattungsfähigkeit der Kosten für eine objektiv nicht erforderliche Handlung zu begründen (BGHZ 209, 120 = FamRZ 2016, 900 Rn. 9 f. mwN; ebenso OLG Brandenburg Beschluss vom 25. August 2009 - 6 W 70/08 - juris Rn. 14 f.; OLG Düsseldorf NJW-RR 2009, 426, 427; BeckOK ZPO/Jaspersen [Stand: 1. Dezember 2017] § 91 Rn. 165.4; Saenger/Gierl ZPO 7. Aufl. § 91

Rn. 13; Stein/Jonas/Muthorst ZPO 23. Aufl. § 91 Rn. 48; vgl. auch BGH Beschluss vom 23. November 2006 - I ZB 39/06 - NJW-RR 2007, 1575 Rn. 17 zur Einreichung einer Schutzschrift nach Rücknahme des Antrags auf Erlass einer einstweiligen Verfügung).

22           bb) Zu § 80 Satz 1 FamFG hat der Senat hingegen bereits entschieden, dass auch solche Kosten erstattungsfähig sind, die der Antrags- oder Rechtsmittelgegner in nicht vorwerfbarer Unkenntnis von der Rücknahme des Antrags oder Rechtsmittels verursacht hat. Denn wie bei § 162 Abs. 1 VwGO sind auch im Rahmen dieser Vorschrift Aufwendungen als notwendig einzustufen, wenn ein verständiger und wirtschaftlich vernünftiger Beteiligter die Kosten auslösende Maßnahme im Zeitpunkt ihrer Vornahme als sachdienlich ansehen durfte, wobei der Grundsatz sparsamer Verfahrensführung gilt. Maßstab für die Erstattungsfähigkeit ist mithin kein rein objektiver. Vielmehr ist die Frage, ob vom Antrags- oder Rechtsmittelgegner trotz bereits erfolgter Rücknahme verursachte Kosten notwendige Aufwendungen im Sinne des § 80 Satz 1 FamFG sind, nicht aufgrund der objektiven Verfahrenssituation, sondern von diesem "verobjektivierten" Standpunkt aus zu beantworten (Senatsbeschluss vom 25. Januar 2017 - XII ZB 447/16 - FamRZ 2017, 643 Rn. 22 f. mwN).

23           cc) Nichts anderes gilt im Rahmen des § 91 Abs. 1 Satz 1 ZPO (so auch etwa BAG AGS 2013, 98, 99 f.; OLG Stuttgart Rpfleger 2017, 364, 365; OLG Saarbrücken AGS 2015, 98, 99 f.; OLG Hamm FamRZ 2013, 1159; OLG Frankfurt FamRZ 2015, 1227, 1228; OLG Hamburg AGS 2013, 441, 442; OLG Köln AGS 2010, 515, 516; MünchKommZPO/Schulz 5. Aufl. § 91 Rn. 114; Zöller/Herget ZPO 32. Aufl. § 91 Rn. 13 "Berufung"; Thomas/Putzo/Hüßtege ZPO 38. Aufl. § 91 ZPO Rn. 21; Hansens ZfS 2016, 287; Elzer MDR 2017, 381).

24

(1) Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist - ebenso wie bei §§ 162 Abs. 1 VwGO, 80 Satz 1 FamFG - Maßstab für die Notwendigkeit von Kosten zur Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung im Sinne des § 91 Abs. 1 Satz 1 ZPO, ob eine verständige und wirtschaftlich vernünftige Partei die Kosten auslösende Maßnahme im damaligen Zeitpunkt als sachdienlich ansehen durfte (vgl. etwa Senatsbeschluss vom 26. Februar 2014 - XII ZB 499/11 - FamRZ 2014, 747 Rn. 9; BGH Beschlüsse vom 8. November 2017 - VII ZB 81/16 - MDR 2018, 58 Rn. 9; vom 6. November 2014 - I ZB 38/14 - NJW-RR 2015, 761 Rn. 9; vom 4. April 2006 - VI ZB 66/04 - VersR 2006, 1089 Rn. 6; BGHZ 166, 117 = NJW 2006, 2260 Rn. 20 und vom 20. Oktober 2005 - VII ZB 53/05 - NJW 2006, 446 Rn. 12; vgl. auch BGHZ 209, 120 = NJW 2016, 2751 Rn. 8). Abzustellen ist mithin auf die Sicht der Partei in der konkreten prozessualen Situation und dann zu beurteilen, ob ein objektiver Betrachter aus diesem Blickwinkel die Sachdienlichkeit bejahen würde. Hierfür maßgeblich ist der jeweilige Informationsstand der Partei, weil sie nur auf dieser Grundlage die Entscheidung für oder gegen eine Maßnahme treffen kann, nicht aber ein sich hiervon ggf. unterscheidender, alle Informationen umfassender Wissensstand des die Sachdienlichkeit ex post Beurteilenden. Ob eine Maßnahme notwendig im Sinne des § 91 Abs. 1 Satz 1 ZPO war, bestimmt sich daher aus der "verobjektivierten" ex-ante-Sicht der jeweiligen Prozesspartei und nicht nach einem rein objektiven Maßstab (vgl. OLG Saarbrücken AGS 2015, 98, 100; MünchKommZPO/Schulz 5. Aufl. § 91 Rn. 114; Fölsch MDR 2016, 503, 504; Hansens ZfS 2016, 287). Nichts anderes ergibt sich aus der Entscheidung des I. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs zu Kosten für eine Schutzschrift, die nach Rücknahme des Antrags auf einstweilige Verfügung eingereicht wurde. Soweit darin ein rein objektiver Maßstab zugrunde gelegt wurde (BGH Beschluss vom 23. November 2006 - I ZB 39/06 - NJW-RR 2007, 1575 Rn. 17),

tragen die Ausführungen die Entscheidung nicht, weil die verfahrensgegenständlichen Kosten bereits vor der Rücknahme angefallen waren.

25 Von diesem Maßstab löst sich die Auffassung, die die Erstattungsfähigkeit allein daran scheitern lassen will, dass es der Kosten auslösenden Maßnahme - wegen der zuvor erfolgten Rechtsmittelrücknahme - objektiv nicht bedurfte, ohne danach zu fragen, ob der Rechtsmittelgegner hiervon wusste oder zumindest wissen musste. Sie führt im Ergebnis dazu, dass eine Erstattungsfähigkeit verneint wird, obwohl die Prozesspartei auf der Grundlage aller ihr zur Verfügung stehenden - und ohne Berücksichtigung unverschuldet fehlender - Informationen zu einer bei objektiver, also nicht subjektiv gefärbter Prüfung zutreffenden Beurteilung der Sachdienlichkeit einer Maßnahme gelangt ist. Dies ist auch dem Regelungskonzept des § 91 ZPO systemfremd.

26 (2) Die entgegenstehende Auffassung zieht letztlich - wenn auch unausgesprochen - zur Begründung des Fehlens der Erstattungsfähigkeit ein Verschulden der Prozesspartei heran. Mit der Erwägung, diese könne eine bestehende Ungewissheit über eine eventuelle Rechtsmittelrücknahme durch (telefonische) Nachfrage beim Prozessgericht (so BGHZ 209, 120 = FamRZ 2016, 900 Rn. 10) bzw. beim Prozessbevollmächtigten des Rechtsmittelführers (so die Rechtsbeschwerde) klären, wird ihr indirekt zum Vorwurf gemacht, eine solche Nachfrage unterlassen zu haben.

27 Das kann jedoch aus zwei Gründen nicht überzeugen. Erstens fehlt es für eine derartige Obliegenheit des Rechtsmittelgegners an einer Rechtsgrundlage. Und zweitens erscheint eine solche Vorgehensweise in mehrerlei Hinsicht wenig praxistauglich. Der Prozessbevollmächtigte des Rechtsmittelgegners müsste - um nicht Leistungen zu erbringen, die im Kostenfestsetzungsverfahren nicht erstattungsfähig sind - regelmäßig schon vor Übernahme des Mandats

und dann nochmals vor Absendung des Schriftsatzes nachfragen (vgl. Hansens ZfS 2016, 287, 288). Die Auskunft des Gerichts - so sie denn zu erhalten sein sollte (vgl. etwa Fölsch MDR 2016, 503, 504) - würde immer die Unsicherheit beinhalten, dass die Rechtsmittelrücknahme bereits bei Gericht eingegangen ist, dem Auskunftgeber aber noch nicht vorliegt, oder zwischen der Auskunft und dem Eingang des eigenen Schriftsatzes das Gericht erreicht (vgl. Hansens ZfS 2016, 287, 288). Schließlich würde es eine erhebliche, nicht gerechtfertigte Zusatzbelastung bei Gerichten und Anwaltskanzleien bedeuten, wenn der Prozessbevollmächtigte regelmäßig vor Mandatsübernahme und Schriftsatzeinreichung Nachfrage halten müsste (vgl. Fölsch MDR 2016, 503, 504). Genau hierzu wäre er aber verpflichtet, wenn er Gefahr liefe, ohne diese Nachfrage Kosten zu verursachen, die sein Mandant jedenfalls im Kostenfestsetzungsverfahren nicht mit Erfolg geltend machen könnte.

28

(3) Eine Rechtfertigung dafür, der kostenbewusst handelnden obsiegenden Partei die Erstattung von angefallenen - und ihrem Rechtsanwalt geschuldeten - Kosten im Kostenfestsetzungsverfahren zu versagen und sie auf den häufig rechtlich nicht tragfähigen Weg der Geltendmachung eines materiell-rechtlichen Kostenerstattungsanspruchs (vgl. dazu etwa BGH Beschluss vom 7. Mai 2014 - V ZB 102/13 - NJW 2014, 3247 Rn. 15 mwN) zu verweisen, ist nicht erkennbar. Im Falle des Rechtsmittels hat der Rechtsmittelführer die Ursache dafür gesetzt, dass der Rechtsmittelgegner Maßnahmen zu seiner Rechtsverteidigung ergriffen hat. Durfte er diese in der konkreten Situation für sachdienlich halten, dann sind ihm die Kosten dafür zu erstatten. Schließlich hat er es nicht in der Hand, ob und wann der Rechtsmittelführer sein Rechtsmittel zurücknimmt. Dem Rechtsmittelführer wiederum ist es unbenommen, den Rechtsanwalt des Rechtsmittelgegners oder - sofern sich für diesen noch kein Rechtsanwalt bestellt hat - den Rechtsmittelgegner selbst möglichst umgehend über die Rechtsmittelrücknahme zu informieren (vgl. OLG Frankfurt FamRZ

2015, 1227, 1228). Dass dadurch, wie die Rechtsbeschwerde befürchtet, gegen das Umgehungsverbot des § 12 Abs. 1 BORA verstoßen werden könnte, ist nicht ersichtlich (vgl. dazu Hartung/Scharmer/Hartung Berufs- und Fachanwaltsordnung 6. Aufl. § 12 BORA Rn. 7; Kleine-Cosack Bundesrechtsanwaltsordnung 7. Aufl. § 12 BORA Rn. 13; Zuck in Gaier/Wolf/Göcken Anwaltliches Berufsrecht § 12 BORA Rn. 12).

29 Mit einem solchen Verständnis des Begriffs der Notwendigkeit wird das Kostenfestsetzungsverfahren auch nicht überfrachtet (vgl. Senatsbeschluss vom 25. Januar 2017 - XII ZB 447/16 - FamRZ 2017, 643 Rn. 26). Zwar ist richtig, dass dieses Verfahren auf eine formale Prüfung der Kostentatbestände und auf die Klärung einfacher Rechtsfragen des Kostenrechts zugeschnitten und daher eine typisierende Betrachtungsweise geboten ist (BGHZ 209, 120 = FamRZ 2016, 900 Rn. 11). Ob die Rechtsmittelgegnerseite von der Rechtsmittelrücknahme im maßgeblichen Zeitpunkt Kenntnis hatte, ist jedoch zum einen Tatsachen- und nicht Rechtsfrage und zum anderen in aller Regel - so auch hier - ohne Schwierigkeiten aus der Akte feststellbar.

30 (4) Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf Anfrage des Senats mitgeteilt, seine im Beschluss vom 25. Februar 2016 niedergelegte Rechtsauffassung sei wohl teilweise missverstanden worden. Er habe weder auf einen rein objektiven Maßstab noch gar auf ein Verschulden der Prozesspartei abgestellt. Entscheidend sei, ob die konkrete Maßnahme aus der Perspektive einer vernünftigen und sparsamen Partei als objektiv geeignet erscheine. Im entschiedenen Fall habe es daran gefehlt, weil das Berufungsgericht dem Berufungskläger im Rahmen eines Hinweisbeschlusses nach § 522 Abs. 2 ZPO die Rechtsmittelrücknahme anheimgestellt hatte, ohne dem Berufungsgegner eine Frist zur Erwidernach § 521 Abs. 2 Satz 1 ZPO zu setzen. Der hier zu entscheidende Fall liege wegen der dem Beklagten gesetzten Frist zur Berufungs-

erwiderung anders, so dass auch auf der Grundlage der Rechtsprechung des III. Zivilsenats die Erstattungsfähigkeit der Rechtsanwaltskosten zu bejahen sei.

31 Mit Blick auf diese Antwort fehlt es daher an einer Abweichung in einer entscheidungserheblichen Rechtsfrage, so dass für eine Vorlage an den Großen Senat für Zivilsachen gemäß § 132 Abs. 2, Abs. 3 Satz 1 GVG kein Raum ist (vgl. dazu Senatsbeschluss BGHZ 154, 205 = NJW 2003, 1588, 1594).

32 (5) Das Oberlandesgericht hat rechtlich beanstandungsfrei festgestellt, dass die Beklagtenseite von der Berufungsrücknahme keine Kenntnis hatte und auch nicht haben musste, als die Berufungserwiderung auf den Postweg gebracht wurde.

33 dd) Schließlich steht der Erstattungsfähigkeit der 1,6-Verfahrensgebühr nicht der der Beklagten bekannte Hinweis des Berufungsgerichts nach § 522 Abs. 2 Satz 2 ZPO entgegen. Dies gilt hier schon deshalb, weil das Berufungsgericht der Beklagten mit der Übersendung des Hinweisbeschlusses eine Frist zur Berufungserwiderung nach § 521 Abs. 2 Satz 1 ZPO gesetzt hatte.

Dose

Günter

Botur

Guhling

Krüger

Vorinstanzen:

LG Lüneburg, Entscheidung vom 03.11.2016 - 1 O 13/16 -

OLG Celle, Entscheidung vom 11.01.2017 - 2 W 1/17 -