



# BUNDESGERICHTSHOF

## BESCHLUSS

III ZB 63/05

vom

26. Januar 2006

in dem Kostenfestsetzungsverfahren

Nachschlagewerk: ja  
BGHZ: ja  
BGHR: ja

---

ZPO §§ 78, 91, 104; BRAO § 36

- a) Für die sofortige Beschwerde gegen einen Kostenfestsetzungsbeschluss des Rechtspflegers besteht kein Anwaltszwang.
- b) Prozesshandlungen, die ein ehemaliger Rechtsanwalt nach dem Verlust seiner Zulassung zur Rechtsanwaltschaft und der Löschung in der Liste der zugelassenen Anwälte für die Partei vornimmt, sind im Parteiprozess nicht allein wegen der beendeten Zulassung unwirksam (Abgrenzung zu BGHZ 98, 325). Es bleibt offen, ob mit dem Ende der Zulassung auch die einem Rechtsanwalt erteilte Prozessvollmacht erlischt. Die Partei kann dessen - unterstellt vollmachtslose - weitere Prozessführung jedenfalls mit Rückwirkung genehmigen.
- c) Der obsiegenden Partei steht ein Anspruch auf Erstattung der ihr entstandenen Rechtsanwaltskosten gemäß § 91 ZPO ausnahmsweise nicht zu, wenn für die Bestellung eines Rechtsanwalts kein Anlass mehr bestand, weil das Gericht bereits eine Verwerfung des vom Gegner eingelegten Rechtsbehelfs angekündigt hatte.

BGH, Beschluss vom 26. Januar 2006 - III ZB 63/05 - OLG Köln  
LG Köln

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 26. Januar 2006 durch den Vorsitzenden Richter Schlick und die Richter Dr. Wurm, Dr. Kapsa, Dörr und Galke

beschlossen:

Die Rechtsbeschwerde des Beklagten gegen den Beschluss des 17. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 31. März 2005 (17 W 109/04) wird zurückgewiesen.

Der Beklagte hat die Kosten des Rechtsbeschwerdeverfahrens zu tragen.

Beschwerdewert: 1.067,28 €

Gründe:

I.

- 1 Der Beklagte verlangt im Kostenfestsetzungsverfahren Erstattung seiner Anwaltskosten.
- 2 In dem vorausgegangenen Erkenntnisverfahren nahm die Klägerin den Beklagten auf Rückzahlung von 52.200 DM nebst Zinsen in Anspruch. Das Landgericht wies die Klage ohne mündliche Verhandlung durch (unechtes) Versäumnisurteil ab. Dagegen legte der damalige Prozessbevollmächtigte der Klä-

gerin, Rechtsanwalt M. , innerhalb von zwei Wochen Einspruch ein. Nachdem das Landgericht zunächst Termin zur mündlichen Verhandlung über den Einspruch und die Hauptsache bestimmt sowie dem Beklagten hierzu eine Erwidierungsfrist gesetzt hatte, hob der Kammervorsitzende mit Verfügung vom 29. Juni 2001 den Termin wieder auf mit dem Hinweis, die Kammer beabsichtige - nach Zahlung eines Kostenvorschusses -, über den unzulässigen Einspruch der Klägerin ohne mündliche Verhandlung zu entscheiden. Die Verfügung wurde dem minderjährigen Beklagten zu Händen seines Vaters am 3. Juli 2001 durch Niederlegung zugestellt.

3 Mit Schriftsatz vom 26. Juli 2001, bei Gericht eingegangen am selben Tage, zeigte Rechtsanwalt Mö. unter Bezugnahme auf eine ihm drei Tage zuvor erteilte Vollmacht die anwaltliche Vertretung des Beklagten an; am 31. Juli 2001 stellte er einen Klageabweisungsantrag. Das Landgericht verwarf durch Beschluss vom 18. September 2002 den Einspruch der Klägerin als unzulässig und erlegte ihr gleichzeitig die weiteren Kosten des Rechtsstreits auf.

4 In dem anschließenden Kostenfestsetzungsverfahren hat die Rechtspflegerin mit Beschluss vom 18. November 2002 die von der Klägerin dem Beklagten zu erstattenden Rechtsanwaltskosten auf 1.067,29 € nebst Zinsen festgesetzt. Hiergegen hat für die Klägerin "Rechtsanwalt" M. unter seinem Briefkopf am 6. Dezember 2002 beim Landgericht sofortige Beschwerde eingelegt. Im weiteren Verfahren stellte sich heraus, dass M. damals bereits auf seine Rechte aus der Zulassung verzichtet hatte und seit dem 13. Juni 2002 nicht mehr zur Rechtsanwaltschaft zugelassen war. Die weitere Vertretung der Klägerin übernahm Rechtsanwalt D. , der unter dem 22. September 2003 die Einlegung der Beschwerde durch M. genehmigte. Der Beschwerde hat die Rechtspflegerin teilweise abgeholfen und den Erstattungsbetrag auf nunmehr

902,43 € festgesetzt. Gegen diese Entscheidung hat nun auch der Beklagte sofortige Beschwerde eingelegt. Durch den angefochtenen Beschluss hat das Beschwerdegericht den Kostenfestsetzungsantrag in vollem Umfang zurückgewiesen. Mit der - zugelassenen - Rechtsbeschwerde begehrt der Beklagte Wiederherstellung der ursprünglichen Kostenfestsetzung.

## II.

5 Die gemäß § 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 ZPO statthafte und auch im Übrigen zulässige Rechtsbeschwerde ist unbegründet.

6 1. Das Beschwerdegericht, dessen Entscheidung in OLG-Report Köln 2005, 406 = JMBI. NRW 2005, 251 veröffentlicht ist, hat ausgeführt:

7 a) Der Zulässigkeit der von der Klägerin eingelegten sofortigen Beschwerde stehe es nicht entgegen, dass M. zum Zeitpunkt der Einlegung nicht mehr als Rechtsanwalt zugelassen gewesen sei. Wenn auch § 36 Abs. 2 BRAO zu entnehmen sei, dass ein Rechtsanwalt nach seiner Löschung in der Anwaltsliste Rechtshandlungen nicht mehr wirksam vornehmen könne, so bedeute dies nicht, dass er auch gehindert wäre, außerhalb des Prozesses rechtsgeschäftliche Erklärungen für den (ehemaligen) Mandanten abzugeben. Insoweit seien die prozessrechtlichen Voraussetzungen einer Vollmacht von den materiell-rechtlichen zu trennen. In Ermangelung eines entgegenstehenden Willens spreche nichts dagegen, dass der nicht mehr zugelassene Rechtsanwalt für den früheren Mandanten noch aufgrund einer privatrechtlichen Vollmacht berechtigt sei, dasjenige zu veranlassen, was dessen Interesse entspreche. Hierfür spreche auch der Sinn und Zweck des § 87 Abs. 2 ZPO. Für eine

weitergehende Einschränkung der M. erteilten Anwaltsvollmacht sei nichts ersichtlich. Die Annahme, dieser habe die sofortige Beschwerde gegen den Kostenfestsetzungsbeschluss ohne Rücksprache mit der Klägerin eingelegt, erscheine lebensfremd. Für deren Einverständnis spreche ferner die nachträglich erteilte Genehmigung.

8            b) Gegen die Zulässigkeit der Beschwerde spreche auch nicht, dass diese nicht von einem Rechtsanwalt eingelegt worden sei. Die Beschwerde gegen eine Entscheidung des Rechtspflegers im Kostenfestsetzungsverfahren unterliege nicht dem Anwaltszwang. Sie könne gemäß § 569 Abs. 3 Nr. 1 ZPO zu Protokoll der Geschäftsstelle eingelegt werden, wenn der Rechtsstreit im ersten Rechtszug nicht als Anwaltsprozess zu führen sei. "Rechtsstreit" in diesem Sinne sei hier das Kostenfestsetzungsverfahren, nicht das Erkenntnisverfahren. Außerdem sei die Kostenfestsetzung dem Rechtspfleger übertragen, so dass § 78 Abs. 2 ZPO (gemeint: § 78 Abs. 1 ZPO) gemäß § 13 RpfLG nicht anwendbar sei. Es komme hinzu, dass es unverständlich wäre, die Beschwerde im eigentlichen Kostenfestsetzungsverfahren dem Anwaltszwang zu unterwerfen, nicht aber die Beschwerde im Vergütungsfestsetzungsverfahren nach § 19 BRAGO bzw. § 11 RVG.

9            c) Die Beschwerde der Klägerin sei auch begründet, während die des Beklagten unbegründet sei. Die von diesem zur Erstattung begehrten und entsprechend festgesetzten Kosten seien im Sinne des § 91 Abs. 1 Satz 1 ZPO zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung nicht notwendig gewesen. Insoweit habe eine Auslegung nach Treu und Glauben zu erfolgen. Kosten, deren Entstehung bei objektiver Betrachtung vermeidbar gewesen wären, seien nicht als notwendig einzustufen. Auf dieser Grundlage stehe dem Beklagten eine Erstattung seiner Rechtsanwaltskosten nicht zu. Es liege auf der Hand, dass die

Einschaltung von Rechtsanwalt Mö. nicht (mehr) notwendig gewesen sei, nachdem die Nachricht von der Aufhebung des Termins nebst Abladung unter Hinweis des Landgerichts auf die Unzulässigkeit des Einspruchs dem Vater des Beklagten am 3. Juli 2001 durch Niederlegung zugestellt worden sei. Erst ca. 3½ Wochen später, am 26. Juli 2001, habe sich Rechtsanwalt Mö. für den Beklagten bestellt; dessen Vollmacht datiere vom 23. Juli 2001. Es sei kein Grund ersichtlich, warum nunmehr noch die Einschaltung eines Rechtsanwalts erforderlich gewesen sei.

10 2. Diese Erwägungen halten rechtlicher Nachprüfung im Ergebnis stand.

11 a) Gegen die Zulässigkeit der beiderseitigen (selbständigen) sofortigen Beschwerden gegen den Kostenfestsetzungsbeschluss vom 18. November 2002 und die Teilabhilfeentscheidung der Rechtspflegerin vom 17. März 2004 bestehen keine durchgreifenden Bedenken.

12 aa) Der Beklagte war hierdurch zwar nur in Höhe von 164,86 € beschwert. Die Beschwerdesumme für die Anfechtung von Kostenentscheidungen gemäß § 567 Abs. 2 ZPO ist aber erst durch Art. 4 Abs. 20 des Kostenrechtsmodernisierungsgesetzes vom 5. Mai 2004 (BGBl. I S. 718) mit Wirkung vom 1. Juli 2004 (Art. 8) auf mehr als 200 € heraufgesetzt worden. Noch nach früherem Recht zulässige Beschwerden blieben hiervon unberührt.

13 bb) Ebenso zulässig ist entgegen der von der Rechtsbeschwerde vertretenen Auffassung die von dem ehemaligen Rechtsanwalt M. eingelegte Beschwerde der Klägerin.

14 (1) Nicht zu beanstanden ist zunächst, dass das Oberlandesgericht die sofortige Beschwerde der Klägerin gegen den Kostenfestsetzungsbeschluss der Rechtspflegerin nicht dem Anwaltszwang unterworfen hat; auch die Rechtsbeschwerde erhebt dagegen keine Einwände. Zwar müssen sich die Parteien vor den Landgerichten durch einen bei einem Amts- oder Landgericht zugelassenen Rechtsanwalt vertreten lassen (§ 78 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Das gilt aber gemäß § 78 Abs. 5 ZPO nicht für Prozesshandlungen, die vor dem Urkundsbeamten der Geschäftsstelle vorgenommen werden können. So liegt es bei der Einlegung einer sofortigen Beschwerde, wenn der Rechtsstreit im ersten Rechtszug nicht als Anwaltsprozess zu führen war (§ 569 Abs. 3 Nr. 1 ZPO). "Rechtsstreit" in diesem Sinne ist hier nicht der Hauptprozess, sondern das daneben oder nachträglich gesondert geführte Kostenfestsetzungsverfahren, für das, weil es vor dem Rechtspfleger betrieben wird (§ 3 Nr. 3 Buchst. b, § 21 Nr. 1 RpfVG), nach § 13 RpfVG insgesamt kein Anwaltszwang besteht. Das entspricht auch der ganz überwiegend vertretenen Meinung (OLG Braunschweig Rpfleger 1999, 381; OLG Dresden, Rpfleger 2000, 447; KG NJW-RR 2000, 213; OLG Karlsruhe NJW-RR 2000, 1742 f.; OLG München NJW-RR 2000, 213 f.; OLG Nürnberg NJW-RR 2000, 1238; OLG Oldenburg NJW-RR 2000, 211; OLG Zweibrücken NJW-RR 2001, 286; MünchKomm/Belz, ZPO, 2. Aufl. § 104 Rn. 86, MünchKomm/Lipp, Aktualisierungsband, § 569 Rn. 14; Musielak/Wolst, ZPO, 4. Aufl., § 104 Rn. 27, Musielak/Ball, § 569 Rn. 11; Thomas/Putzo/Hüßtege, ZPO, 27. Aufl., § 104 Rn. 44; Thomas/Putzo/Reichold, § 569 Rn. 13; Zöllner/Vollkommer, ZPO, 25. Aufl., § 78 Rn. 14; Zöllner/Gummer, § 569 Rn. 11; a.A. OLG Frankfurt NJW-RR 1999, 1082; OLG Hamm NJW-RR 2001, 59; OLG Nürnberg Rpfleger 1999, 268).

15 (2) Infolgedessen war der ehemalige Rechtsanwalt M. trotz des Widerrufs seiner Zulassung wie jede prozessfähige Person (§ 79 ZPO) im Be-

schwerdeverfahren gegen den Kostenfestsetzungsbeschluss postulationsfähig. Seine Prozesserkklärungen innerhalb dieses Verfahrens, insbesondere die Einlegung der sofortigen Beschwerde, waren mithin nicht allein deswegen unwirksam, weil er seine Eigenschaft als Rechtsanwalt verloren hatte. Auch § 157 Abs. 1 ZPO greift insoweit mangels einer (mündlichen) Verhandlung nicht ein (vgl. Zöllner/Greger, aaO, § 157 Rn. 5; Musielak/Stadler, aaO, § 157 Rn. 1; Stein/Jonas/Roth, ZPO, 22. Aufl. § 157 Rn. 2; abweichend MünchKomm/Peters, Aktualisierungsband, § 157 Rn. 2). Allerdings hat der Bundesgerichtshof entschieden, von dem früheren Rechtsanwalt nach dem Verlust seiner Zulassung für die vertretene Partei vorgenommene Prozesshandlungen seien insgesamt nicht wirksam (BGHZ 98, 325, 327 unter Bezugnahme auf BGHZ 90, 249, 253; ebenso BFHE 115, 201 = NJW 1975, 1856; Feuerich/Weyland, BRAO, 6. Aufl., § 36 Rn. 5; Prütting in Henssler/Prütting, BRAO, 2. Aufl., § 36 Rn. 4; Jessnitzer/Blumberg, BRAO, 9. Aufl., § 36 Rn. 5). Das bezog sich aber dem Zusammenhang nach ausschließlich auf Anwaltsprozesse bzw. Verfahren mit ähnlich eingeschränkter Vertretungsbefugnis (vgl. die einleitenden Bemerkungen in BGHZ 90, 249, 252 unter a und den Hinweis auf die mangelnde Postulationsfähigkeit des aus der Rechtsanwaltschaft ausgeschlossenen Prozessbevollmächtigten in BGHZ 98 aaO sowie auf § 62 Abs. 2 Satz 2 FGO in BFHE 115, 201) und lässt sich auf Parteiprozesse ohne die Notwendigkeit anwaltlicher Vertretung nicht übertragen. Hierzu zwingt auch § 36 Abs. 2 Satz 1 BRAO nicht. Danach sind Rechtshandlungen, die der Rechtsanwalt vor seiner Löschung in der Liste der zugelassenen Anwälte noch vorgenommen hat, nicht deshalb unwirksam, weil er zur Zeit der Vornahme der Handlung die Anwaltstätigkeit nicht mehr ausüben oder vor dem Gericht nicht mehr auftreten durfte. Diese Norm regelt die mit dem Ende der Zulassung nach der Löschung eintretenden Rechtswirkungen selbst nicht und rechtfertigt auch keinen allgemeinen Umkehrschluss im Sinne einer ausnahmslosen Unwirksamkeit aller späteren

Rechtshandlungen. Über die Zulässigkeit und die Rechtswirkungen einer Vertretung durch einen nicht (mehr) als Rechtsanwalt zugelassenen Bevollmächtigten entscheiden vielmehr die sonstigen Gesetze, insbesondere das Rechtsberatungsgesetz und die jeweils maßgebenden einzelnen Verfahrensordnungen.

16 (3) Auf dieser Grundlage ist hier lediglich zu fragen, inwieweit ein Verlust der Zulassung zur Rechtsanwaltschaft zugleich die einem Rechtsanwalt erteilte Vollmacht entfallen lässt. Das ist umstritten (für Erlöschen: Baumbach/Lauterbach/Hartmann, ZPO, 64. Aufl., § 86 Rn. 6; Wieczorek/Schütze/Steiner, ZPO, 3. Aufl., § 86 Rn. 7; Zöllner/Vollkommer, aaO, § 86 Rn. 5; anders Musielak/Weth, aaO, § 86 Rn. 7; Stein/Jonas/Bork, aaO, § 86 Rn. 10; bei Parteiprozessen auch VGH Baden-Württemberg VBIBW 2001, 231; offen gelassen von BGH, Urteil vom 5. April 2001 - IX ZR 309/00 - NJW 2001, 2095, 2096; BFH, Urteil vom 5. Mai 1983 - IV R 1-5/80 - juris). Dabei geht es im vorliegenden Fall, anders als das Beschwerdegericht meint, lediglich um die Prozessvollmacht nach den §§ 80 ff. ZPO und nicht um die Möglichkeit, außerhalb des Prozesses rechtsgeschäftliche Erklärungen abzugeben. Auch Handlungen der Parteien gegenüber dem Gericht im Rahmen eines Kostenfestsetzungsverfahrens sind Prozesshandlungen im Sinne des § 81 ZPO. Die von dem Beschwerdegericht für seine abweichende Ansicht herangezogene Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 5. April 2001 - IX ZR 309/00 aaO betrifft eine andere Fallgestaltung.

17 Der Senat neigt dazu, einen Fortbestand der Prozessvollmacht mit Rücksicht auf das Bedürfnis, die Mandanten vor ungeeigneten Rechtsvertretern zu schützen, zu verneinen. Hierfür sprechen auch die Regelungen des Rechtsberatungsgesetzes (Art. 1 § 1) in Verbindung mit § 134 BGB, die bei einer unzulässigen Rechtsbesorgung nach inzwischen ständiger Rechtsprechung des

Bundesgerichtshofs gleichzeitig eine Nichtigkeit der zu ihrer Ausführung erteilten Vollmacht verlangen (Senatsurteil vom 11. Oktober 2001 - III ZR 182/00 - NJW 2002, 66, 67; ferner BGHZ 153, 214, 220 f.; 154, 283, 286; BGH, Urteil vom 18. März 2003 - XI ZR 188/02 - NJW 2003, 2088, 2089; Urteil vom 17. Juni 2005 - V ZR 78/04 - NJW 2005, 2983). Das gilt auch für prozessuale Vollmachten (BGHZ 154, 283, 286 f.; BGH, Urteil vom 22. Oktober 2003 - IV ZR 398/02 - NJW 2004, 59, 60; BGH, Urteil vom 2. Dezember 2003 - XI ZR 421/02 - ZIP 2004, 303, 305; Urteil vom 15. März 2005 - XI ZR 135/04 - ZIP 2005, 846, 849). Die Frage ist hier aber letztlich ebenso wenig zu entscheiden wie die nach einer entsprechenden Anwendung des § 87 ZPO (dazu OLG München NJW 1970, 1609; VGH Baden-Württemberg VBIBW 2001, 231, 232). Die Klägerin hat nämlich die Prozessführung durch M. zumindest wirksam genehmigt. Der Mangel der Vollmacht bei der Einlegung eines Rechtsmittels kann gemäß § 89 Abs. 2 ZPO durch Genehmigung des Vertretenen mit rückwirkender Kraft geheilt werden, soweit noch nicht ein das Rechtsmittel als unzulässig verwerfendes Prozessurteil vorliegt (GmS OGB BGHZ 91, 111, 115; Zöller/Vollkommer, aaO, § 89 f. Rn. 11 m.w.N.). Die Genehmigung ist jedenfalls bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung möglich, auf die die Entscheidung ergeht, und muss auch nicht innerhalb der Rechtsmittelfrist erfolgen (BGHZ 128, 280, 283).

18 Nach diesen Maßstäben bestehen gegen die von der Klägerin ausdrücklich abgegebene Genehmigungserklärung keine Bedenken. Hierdurch ist die Rechtsmitteleinlegung durch M. , die selbst innerhalb der Beschwerdefrist erfolgt war, jedenfalls geheilt.

19 b) In der Sache hat das Beschwerdegericht rechtsfehlerfrei den Kostenfestsetzungsantrag des Beklagten zurückgewiesen.

20           aa) Die unterliegende Partei hat die dem Gegner erwachsenen Kosten - nur - insoweit zu erstatten, als sie zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung objektiv notwendig waren (§ 91 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Maßstab dafür ist, ob eine verständige und wirtschaftlich vernünftige Partei die die Kosten auslösende Maßnahme im damaligen Zeitpunkt als sachdienlich ansehen durfte (BGH, Beschluss vom 11. November 2003 - VI ZB 41/03 - NJW-RR 2004, 430; Beschluss vom 20. Oktober 2005 - VII ZB 53/05 - Rn. 12). Dazu gehören zwar nach § 91 Abs. 2 Satz 1 ZPO in aller Regel auch die gesetzlichen Gebühren und Auslagen eines Rechtsanwalts. Anders liegt es jedoch mit Blick auf das allgemeine Gebot sparsamer Prozessführung, soweit eine Erstattung verlangt wird (vgl. Musielak/Wolst, aaO, § 91 Rn. 8; Zöller/Herget, aaO, § 91 Rn. 12), dann, wenn für die Bestellung eines Anwalts ausnahmsweise kein Anlass bestand, weil das Gericht bereits die Verwerfung eines vom Gegner eingelegten Rechtsbehelfs angekündigt hatte und deswegen auch eine nicht rechtskundige Partei offensichtlich nicht besorgen musste, ohne eigene anwaltliche Vertretung Rechtsnachteile zu erleiden (vgl. für die Berufung: LAG Düsseldorf JurBüro 1994, 424 f.; Musielak/Wolst, aaO, § 91 Rn. 14).

21           bb) So verhält es sich hier. Allerdings hatte das Landgericht nach Eingang des Einspruchs gegen das klageabweisende (unechte) Versäumnisurteil zunächst Termin zur mündlichen Verhandlung bestimmt, den Beklagten hierzu geladen und ihm erneut eine Erwidernsfrist gesetzt. Es hatte diesen Termin indes lange vor der Mandatierung eines Rechtsanwalts durch den Beklagten bereits wieder aufgehoben, die Parteien abgeladen und diese zugleich darauf hingewiesen, dass der Einspruch der Klägerin unzulässig sei und dass die Kammer beabsichtige, hierüber ohne mündliche Verhandlung zu entscheiden. Eine Frist zur Stellungnahme dazu war lediglich der Klägerin eingeräumt worden. Diese Entscheidung des Landgerichts konnte der Beklagte zunächst ab-

warten. Dem steht nicht entgegen, dass ihm die letzte Verfügung des Landgerichts lediglich durch Niederlegung bei der Post zugestellt worden war, wie die Rechtsbeschwerde meint. Darauf, dass er hiervon inhaltlich keine Kenntnis gehabt hätte, hat sich der Beklagte in den Vorinstanzen nicht berufen. Von seiner Kenntnis ist das Oberlandesgericht ausgegangen. Neue Tatsachen können im Beschwerdeverfahren aber grundsätzlich nicht vorgetragen werden (§ 577 Abs. 2 Satz 4, § 559 Abs. 1 ZPO).

Schlick

Wurm

Kapsa

Dörr

Galke

Vorinstanzen:

LG Köln, Entscheidung vom 17.03.2004 - 20 O 626/00 -

OLG Köln, Entscheidung vom 31.03.2005 - 17 W 109/04 -