



# BUNDESGERICHTSHOF

## BESCHLUSS

VII ZB 15/12

vom

5. Dezember 2013

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BGHR: ja

ZPO §§ 101, 485

Eine Entscheidung im Hauptsacheverfahren über die Kosten eines im selbständigen Beweisverfahren beigetretenen Streithelfers setzt dessen Beitritt im Hauptsacheverfahren nicht voraus.

BGH, Beschluss vom 5. Dezember 2013 - VII ZB 15/12 - OLG Nürnberg  
LG Nürnberg-Fürth

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 5. Dezember 2013 durch den Richter Dr. Eick, die Richterin Safari Chabestari und die Richter Kosziol, Dr. Kartzke und Prof. Dr. Jurgeleit

beschlossen:

Auf die Rechtsbeschwerde der Streithelferin wird der Beschluss des 13. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Nürnberg vom 14. Februar 2012 insoweit aufgehoben, als ihr Antrag auf Ergänzung des Beschlusses des 13. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Nürnberg vom 11. Juli 2011 zurückgewiesen worden ist.

Der Beschluss des 13. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Nürnberg vom 11. Juli 2011 wird dahingehend ergänzt, dass die Klägerin auch die durch die Nebenintervention der Rechtsbeschwerdeführerin in dem selbständigen Beweisverfahren vor dem Landgericht N. - OH /09 - verursachten Kosten zu tragen hat.

Die Klägerin hat die Kosten des Rechtsbeschwerdeverfahrens zu tragen.

Gegenstandswert: 604 €

Gründe:

I.

1 Die Klägerin und die Beklagte sind Parteien eines selbständigen Beweisverfahrens gewesen. Die Rechtsbeschwerdeführerin ist in diesem Verfahren der Beklagten als Streithelferin beigetreten.

2 In dem sich anschließenden Klageverfahren, an dem sich die Rechtsbeschwerdeführerin nicht beteiligt hat, hat das Landgericht gegen die Beklagte ein Anerkenntnisurteil erlassen und ihr die Kosten des Rechtsstreits gemäß § 91 Abs. 1 Satz 1 ZPO auferlegt. Eine Entscheidung über die Kosten der Rechtsbeschwerdeführerin enthält das Urteil nicht. Auf die sofortige Beschwerde der Beklagten hat das Oberlandesgericht mit Beschluss vom 11. Juli 2011 die Kostenentscheidung abgeändert und der Klägerin die Kosten des Rechtsstreits nach § 93 ZPO auferlegt. Zustellungen an die Rechtsbeschwerdeführerin sind nicht erfolgt.

3 Den Antrag der Rechtsbeschwerdeführerin vom 4. August 2011, das Anerkenntnisurteil des Landgerichts nach § 321 Abs. 1 ZPO im Kostenauspruch dahingehend zu ergänzen, dass die Klägerin auch die Kosten der Rechtsbeschwerdeführerin zu tragen hat, hat das Landgericht durch Urteil abgewiesen.

4 Gegen das abweisende Urteil hat die Rechtsbeschwerdeführerin sofortige Beschwerde eingelegt. Das Oberlandesgericht hat die sofortige Beschwerde mit der Begründung zurückgewiesen, das Landgericht habe eine Kostenentscheidung zugunsten der Rechtsbeschwerdeführerin schon deshalb nicht treffen können, da es die Kosten der Beklagten, mithin der Hauptpartei, auferlegt habe.

5           Zugleich hat das Oberlandesgericht den Antrag der Rechtsbeschwerdeführerin vom 4. August 2011 als Antrag auf Ergänzung des Beschlusses des Oberlandesgerichts vom 11. Juli 2011 ausgelegt und mit dem angefochtenen Beschluss als unbegründet zurückgewiesen. Mit der insoweit zugelassenen Rechtsbeschwerde verfolgt die Rechtsbeschwerdeführerin ihr Begehren weiter.

II.

6           Die Rechtsbeschwerde ist begründet.

7           1. Das Oberlandesgericht verneint einen prozessualen Kostenerstattungsanspruch zugunsten des Streithelfers, der lediglich im selbständigen Beweisverfahren, nicht jedoch im Hauptsacheverfahren der (teilweise) obsiegenden Partei beigetreten ist, mit der Begründung, für eine Entscheidung über die Kosten nicht beteiligter Dritter fehle eine Rechtsgrundlage. Es sei kein Grund ersichtlich, den im Hauptsacheverfahren nicht beigetretenen Streithelfer des Beweisverfahrens anders zu behandeln als eine von mehreren Parteien eines selbständigen Beweisverfahrens, die später nicht Partei des Hauptsacheverfahrens werde. Über deren außergerichtliche Kosten werde im Hauptsacheverfahren eine Entscheidung nicht getroffen. Aus der entsprechenden Anwendung der Vorschriften über die Nebenintervention ergebe sich kein Automatismus dahingehend, dass ein im Beweisverfahren Beigetreter auch im Hauptsacheverfahren ohne Weiteres Streithelfer werde. Die entsprechende Anwendung des § 66 ZPO stehe dem vielmehr entgegen, da der Dritte danach für einen Beitritt im Hauptsacheverfahren ein rechtliches Interesse an dessen Ausgang haben müsse. Häufig habe er jedoch lediglich ein rechtliches Interesse am Ausgang des selbständigen Beweisverfahrens, nicht hingegen (mehr) am Ausgang des Hauptsacheverfahrens. Eine amtswegige Beteiligung des Dritten am Haupt-

sacheverfahren sei zudem nicht immer interessengerecht. Schließlich entspreche ein solcher Automatismus auch nicht der Intention des Gesetzgebers bei der Neugestaltung des selbständigen Beweisverfahrens durch das Rechtspflegevereinfachungsgesetz, zur Entlastung der Gerichte durch Verfahrensvereinfachung beizutragen. Die Berücksichtigung sämtlicher an einem selbständigen Beweisverfahren beteiligter Streithelfer im späteren Hauptsacheverfahren verursahe - insbesondere in Bausachen - einen erheblichen Verwaltungsaufwand.

8                   2. Das hält der rechtlichen Überprüfung nicht stand.

9                   Der Kostenbeschluss des Beschwerdegerichts ist gemäß § 321 Abs. 1 ZPO um eine Kostenentscheidung zugunsten der Rechtsbeschwerdeführerin zu ergänzen.

10                  a) Der Antrag nach § 321 ZPO ist zulässig.

11                  aa) Der Streithelfer, hinsichtlich dessen Kosten eine Entscheidung unterblieben ist, ist befugt - wovon das Oberlandesgericht zutreffend ausgeht -, einen Antrag auf Entscheidungsergänzung analog § 321 Abs. 1 ZPO zu stellen (vgl. BGH, Beschlüsse vom 5. März 2013 - II ZR 297/11, BeckRS 2013, 05591; vom 26. August 2009 - II ZR 157/08, BeckRS 2009, 26359; Urteil vom 2. Dezember 2004 - IX ZR 422/99, NJW-RR 2005, 295; OLG Hamm, BeckRS 2011, 05411). Dieser war hier auf Ergänzung des landgerichtlichen Anerkenntnisurteils in der Fassung des Beschlusses des Oberlandesgerichts vom 11. Juli 2011, mit dem erstmals eine Kostenentscheidung zugunsten der Beklagten getroffen worden ist, zu richten.

12                  bb) Richtig ist ferner, dass die Frist des § 321 Abs. 2 ZPO gewahrt ist. Der Lauf der Antragsfrist hat noch nicht begonnen. Erforderlich ist hierfür eine Zustellung des Kostenbeschlusses an die Rechtsbeschwerdeführerin. Die Zu-

stellung an die Hauptpartei vermag den Lauf der Antragsfrist nicht in Gang zu setzen. Der Streithelfer, der eine Kostenentscheidung zu seinen Gunsten herbeiführen will, verfolgt ausschließlich sein eigenes Interesse, nicht zugleich auch das der Hauptpartei, weshalb er insoweit nicht von der Zustellung an die Hauptpartei abhängig ist (vgl. BGH, Beschluss vom 10. Februar 2011 - IX ZR 110/09, BeckRS 2011, 05638; Urteil vom 7. November 1974 - VII ZR 30/72 und 132/72, NJW 1975, 218). Deshalb ist es dem Streithelfer möglich, auf eine Ergänzung der Entscheidung hinzuwirken, solange er von dem Ergebnis der seine Kosten nicht berücksichtigenden Entscheidung keine Kenntnis hat. Zuverlässige Kenntnis kann ihm regelmäßig nur die Zustellung der Kostenentscheidung verschaffen (BGH, Urteil vom 2. Dezember 2004 - IX ZR 422/99, NJW-RR 2005, 295).

13            b) Der Antrag nach § 321 ZPO ist auch begründet. Der Kostenbeschluss des Oberlandesgerichts berücksichtigt entgegen § 101 ZPO nicht die Kosten der Rechtsbeschwerdeführerin aus dem selbständigen Beweisverfahren.

14            aa) Über die Kosten eines selbständigen Beweisverfahrens ist grundsätzlich in dem sich anschließenden Hauptsacheverfahren zu entscheiden. Da das Beweis- und das Hauptsacheverfahren kostenrechtlich eine Einheit bilden, umfassen die Kosten des Rechtsstreits stets auch die Kosten eines vorausgegangenen selbständigen Beweisverfahrens, wenn zumindest ein Teil der Streitgegenstände und die Parteien identisch sind (BGH, Beschlüsse vom 23. Juli 2009 - VII ZB 3/07, BGHZ 182, 150 Rn. 12 m.w.N.; vom 10. Januar 2007 - XII ZB 231/05, BauR 2007, 747, 748 = NZBau 2007, 248; vom 9. Februar 2006 - VII ZB 59/05, BauR 2006, 865, 866 = NZBau 2006, 374; vom 21. Oktober 2004 - V ZB 28/04, BauR 2005, 429 = NZBau 2005, 43).

- 15           bb) Dies gilt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nicht nur für die Kosten der Hauptparteien, sondern auch für die Kosten des im Hauptsacheverfahren beigetretenen Streithelfers aus einem vorangegangenen selbständigen Beweisverfahren, in dem eine Streitverkündung zulässig ist und die §§ 66 ff. ZPO sowie § 101 ZPO entsprechende Anwendung finden (BGH, Beschluss vom 23. Juli 2009 - VII ZB 3/07, aaO, Rn. 11, 12).
- 16           cc) Offen gelassen hat der Bundesgerichtshof die Frage, ob § 101 Abs. 1 ZPO im Hauptsacheverfahren Anwendung findet, wenn der Streithelfer des selbständigen Beweisverfahrens dem Hauptsacheverfahren nicht beitrifft (BGH, Beschluss vom 23. Juli 2009 - VII ZB 3/07, aaO, Rn. 12).
- 17           Diese Frage ist in Rechtsprechung und Literatur umstritten. Während die überwiegend vertretene Ansicht einen Kostenerstattungsanspruch des Streithelfers unabhängig von seinem Beitritt auch im Hauptsacheverfahren zuerkennt (OLG Hamm, NJW 2013, 2130; OLG Köln, NJW-RR 2010, 1679, 1680 f.; OLG Düsseldorf, BeckRS 2009, 04787; OLG Celle, NJW-RR 2003, 1509, 1510; Seibel, Selbständiges Beweisverfahren, § 494a Rn. 85 ff.; MünchKommZPO/Schulz, 4. Aufl., § 101 Rn. 19; Musielak/Lackmann, ZPO, 10. Aufl., § 101 Rn. 2; Bork in Stein/Jonas, ZPO, 22. Aufl., § 101 Rn. 4; BeckOK ZPO/Jaspersen/Wache, Stand: 1. April 2013, § 101 Rn. 25; Schneider in Prütting/Gehrlein, ZPO, 5. Aufl., § 101 Rn. 2; Ulrich, Selbständiges Beweisverfahren mit Sachverständigen, 2. Aufl., 5. Kap., Rn. 230; Mayr, IBR 2012, 1158 - nur online; Kießling, NJW 2001, 3668, 3670; Ghassemi-Tabar/Eckner, MDR 2012, 1136, 1141), hält die Gegenansicht einen Beitritt im Hauptsacheverfahren stets für erforderlich (Zöller/Herget, ZPO, 30. Aufl., § 101 Rn. 2; Hk-ZPO/Gierl, 5. Aufl., § 101 Rn. 8; wohl auch Fischer, LMK 2009, 290816; Cuyper, MDR 2004, 314, 317).

18 Die erstgenannte Auffassung ist zutreffend. Die entsprechende Anwendung des § 101 Abs. 1 ZPO für das selbständige Beweisverfahren führt unabhängig von einem zusätzlichen Beitritt des Streithelfers im Hauptsacheverfahren zu einer Entscheidung über dessen Kosten im selbständigen Beweisverfahren. Diese Ausgestaltung des Anwendungsbereichs des § 101 Abs. 1 ZPO ist notwendig, um die Lücken auszufüllen, deren Schließung der Gesetzgeber der Rechtsprechung überlassen hat (vgl. BT-Drucks. 11/8283 S. 47 f. zu Nr. 31 a).

19 (1) Die Vorschriften des selbständigen Beweisverfahrens enthalten eine Regelung zur Kostentragung nur in § 494 a Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 ZPO. Danach sind die Kosten dem Antragsteller aufzuerlegen, wenn dieser nicht binnen einer ihm vom Gericht auf Antrag des Antragsgegners bestimmten Frist Klage erhebt. In dieser Kostenentscheidung ist entsprechend § 101 Abs. 1 ZPO über die Kosten des Streithelfers mit zu entscheiden.

20 § 494 a ZPO findet aber keine Anwendung, wenn der Antragsteller Klage erhoben hat. In diesen Fällen ist es dem Antragsgegner und damit seinem Streithelfer verwehrt, einen Antrag nach § 494a Abs. 2 Satz 1 ZPO zu stellen, weshalb eine Entscheidung über die dem Streithelfer im Rahmen des selbständigen Beweisverfahrens entstandenen Kosten allein im Hauptsacheverfahren ergehen kann (BGH, Beschlüsse vom 23. Juli 2009 - VII ZB 3/07, aaO, Rn. 10, 12; vom 10. Januar 2007 - XII ZB 231/05, aaO; vom 13. Dezember 2006 - XII ZB 176/03, BauR 2007, 587 = NZBau 2007, 246). Dafür ist es aber nicht erforderlich, dass der Streithelfer zusätzlich dem Hauptsacheverfahren beiträgt. Unabhängig von seinem Beitritt ist über die Kosten des Streithelfers von Amts wegen zu befinden. Dies liegt im Interesse aller Beteiligten.

21 (2) Aus Sicht des Streithelfers wäre ein Beitritt zum Hauptsacheverfahren nur mit dem Ziel, eine Kostenentscheidung zu seinen Gunsten herbeizuführen,

reiner Formalismus. Er wäre gehalten, dem Hauptsacheverfahren beizutreten, selbst wenn er kein Interesse an dessen inhaltlichem Ausgang hätte (vgl. OLG Hamm, NJW 2013, 2130; OLG Köln, NJW-RR 2010, 1679, 1680 f.; OLG Celle, NJW-RR 2003, 1509, 1510). Dies widerspräche dem gesetzlichen Zweck der Nebenintervention. Die Vorschriften über die Nebenintervention sollen einem Dritten die Möglichkeit eröffnen, sich an einem Rechtsstreit zu beteiligen, an dessen inhaltlicher Entscheidung er ein rechtliches und nicht lediglich ein wirtschaftliches Interesse hat. Ein Beitritt mit dem ausschließlichen Ziel, eine günstige Kostenentscheidung herbeizuführen, entspricht diesem Rechtsgedanken nicht. Ob ein Beitritt zu diesem Zweck daher sogar unzulässig ist (so OLG München, BauR 2003, 1438; OLG Köln, BauR 2000, 447, 448; LG München, BauR 2010, 261), braucht hier nicht entschieden zu werden.

22           Der Streithelfer müsste zudem in einem Hauptsacheverfahren, das bei einem Landgericht oder Oberlandesgericht rechtshängig ist, für seine Beitritts-erklärung einen Rechtsanwalt beauftragen (BGH, Beschluss vom 4. Oktober 1990 - IX ZB 78/90, NJW 1991, 229). Hierdurch würde er - insbesondere, wenn er sich im selbständigen Beweisverfahren (noch) nicht hat anwaltlich vertreten lassen (zum Erfordernis anwaltlicher Vertretung im selbständigen Beweisverfahren vgl. BGH, Beschluss vom 12. Juli 2012 - VII ZB 9/12, BGHZ 194, 68 Rn. 7 ff.) - weitere Kosten verursachen, die er je nach Ausgang des Rechtsstreits selbst zu tragen hätte.

23           Ein Beitritt setzt des Weiteren voraus, dass der Streithelfer rechtzeitig Kenntnis von dem Hauptsacherechtsstreit erhält. Erfährt er hiervon erst nach dessen Abschluss, könnte er seinen prozessualen Kostenerstattungsanspruch nicht mehr geltend machen. In einem solchen Fall würde der Streithelfer häufig eine Erstattung seiner Kosten nicht mehr erlangen können. Ein materieller Kostenerstattungsanspruch wird ihm nicht ohne Weiteres zustehen. Mit dem Ver-

fahrensgegner wird er zumeist in keiner Rechtsbeziehung stehen, aus der er Ansprüche herleiten kann. Der Hauptpartei wird regelmäßig in Bezug auf die Streitverkündung und deren Kosten eine schuldhafte Pflichtverletzung nicht vorzuwerfen sein.

24           (3) Ein weitere Kosten verursachender Beitritt des Streithelfers im Hauptsacheverfahren widerspricht zudem dem Kosteninteresse der gegnerischen Partei. Diese müsste im Fall ihres Unterliegens nicht nur die Kosten der Hauptpartei, sondern darüber hinaus die weiteren Kosten des Streithelfers aus dem Hauptsacheverfahren tragen.

25           (4) Soweit das Oberlandesgericht ausführt, dass eine Berücksichtigung der Kosten des Streithelfers von Amts wegen, das heißt auch ohne dessen Beitritt im Hauptsacheverfahren, in der Praxis zu einem erheblichen Mehraufwand führt, kann dem nicht gefolgt werden. Für die Feststellung eines möglichen Mehraufwandes ist ein Vergleich anzustellen zwischen einem Hauptsacheverfahren mit beigetretenem Streithelfer und einem Hauptsacheverfahren, in dem ohne Beitritt des Streithelfers über dessen Kosten zu entscheiden ist.

26           Richterlicherseits ist in beiden Fällen von Amts wegen zu prüfen, ob ein Beitritt in einem vorausgegangenem Beweisverfahren erfolgt ist und ob bzw. inwieweit der Gegenseite die Kosten des Streithelfers aufzuerlegen sind. Auch ohne Beitritt des Streithelfers wird das Gericht des Hauptsacheverfahrens aufgrund der gewechselten Schriftsätze im Regelfall Kenntnis von dem selbständigen Beweisverfahren erlangen und - so wie hier - die Akte des selbständigen Beweisverfahrens zum Gegenstand des Hauptsacheverfahrens machen. Nur in seltenen Ausnahmefällen, in denen die Parteien des Hauptsacheverfahrens nicht auf das selbständige Beweisverfahren Bezug nehmen und deshalb keine Entscheidung über die Kosten des Streithelfers ergeht, ist es denkbar, dass der

Streithelfer nach Abschluss des Hauptsacheverfahrens einen Antrag nach § 321 Abs. 1 ZPO stellt, der gegebenenfalls die Notwendigkeit begründet, sich erneut in das Verfahren einzuarbeiten.

27 Ein spürbarer Verwaltungsmehraufwand ist ebenfalls nicht erkennbar. Zwar kann eine den Streithelfer betreffende Kostenentscheidung regelmäßig nur erlassen werden, wenn ihm zuvor rechtliches Gehör gewährt worden ist (Art. 103 Abs. 1 GG). Dafür ist er von Seiten des Gerichts vorab zu informieren (zur Gewährung rechtlichen Gehörs an Nichtbeteiligte vgl. BVerfGE 60, 7, 13 f.; BVerfGE 21, 132, 137 ff.). Demgegenüber sind ihm im Fall seines Beitritts sämtliche Schriftsätze der Parteien und gerichtliche Schreiben zu übermitteln, ebenso wie seine Schriftsätze den Parteien zuzuleiten sind.

28 Ein etwaiger Mehraufwand wäre darüber hinaus zum Schutz der berechtigten Interessen des Streithelfers hinzunehmen. Zudem vermeidet eine Berücksichtigung der Kosten des Streithelfers etwaige Rechtsstreitigkeiten, in denen er möglicherweise bestehende materiell-rechtliche Kostenerstattungsansprüche geltend macht.

29 (5) Entgegen der Auffassung des Oberlandesgerichts wird der Streithelfer durch eine Entscheidung vom Amts wegen über seine Kosten im Hauptsacheverfahren nicht automatisch Nebenintervenient im Hauptsacheverfahren, wodurch die Voraussetzungen der §§ 66, 71 ZPO unterlaufen werden könnten. Zwar ist der Streithelfer in das Rubrum der Entscheidung aufzunehmen, da er wegen seiner Kosten vollstrecken kann. Für eine Nebenintervention im Hauptsacheverfahren mit den Wirkungen der §§ 67, 68 ZPO ist hingegen ein erneuter Beitritt zu diesem Hauptsacheverfahren erforderlich. Ohne diesen nimmt der Streithelfer an dem Hauptsacheverfahren nicht teil. Es wird lediglich wegen der

kostenrechtlichen Verschränkung von Beweis- und Hauptsacheverfahren über seine Kosten mitentschieden.

- 30            Soweit das Oberlandesgericht ausführt, es sei kein Grund ersichtlich, den im Hauptsacheverfahren nicht beigetretenen Streithelfer anders zu behandeln als einen von mehreren Streitgenossen eines selbständigen Beweisverfahrens, die nicht alle anschließend Parteien des Hauptprozesses werden, berücksichtigt es nicht, dass sich das kostenrechtliche Schicksal des Streithelfers aufgrund der Kostenparallelität stets nach der kostenrechtlichen Behandlung der Hauptpartei richtet. Wird diese Partei eines Hauptsacherechtsstreits, ist es ihrem Streithelfer - ungeachtet eines Beitritts zum Hauptsacheverfahren - verwehrt, einen Antrag nach § 494a Abs. 2 Satz 1 ZPO zu stellen (BGH, Beschluss vom 23. Juli 2009 - VII ZB 3/07, aaO, Rn. 10).

III.

31 Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs. 1 ZPO.

Eick

Safari Chabestari

Kosziol

Kartzke

Jurgeleit

Vorinstanzen:

LG Nürnberg-Fürth, Entscheidung vom 17.10.2011 - 12 O 2535/11 -

OLG Nürnberg, Entscheidung vom 14.02.2012 - 13 W 2249/11 -