



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

V ZB 188/16

vom

26. Oktober 2017

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

ZPO § 91 Abs. 2 Satz 2

§ 91 Abs. 2 Satz 2 ZPO gilt auch bei einem Anwaltswechsel zwischen selbständigem Beweisverfahren und nachfolgendem Hauptsacheverfahren.

BGH, Beschluss vom 26. Oktober 2017 - V ZB 188/16 - OLG Dresden
LG Leipzig

Der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 26. Oktober 2017 durch die Vorsitzende Richterin Dr. Stresemann, die Richterinnen Prof. Dr. Schmidt-Räntsch und Dr. Brückner, den Richter Dr. Göbel und die Richterin Haberkamp

beschlossen:

Die Rechtsbeschwerde gegen den Beschluss des 3. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Dresden vom 20. September 2016 wird auf Kosten der Beklagten zurückgewiesen.

Der Gegenstandswert des Rechtsbeschwerdeverfahrens beträgt 1.284 €.

Gründe:

I.

- 1 Die Klägerin beantragte gegen die Beklagte die Durchführung eines selbständigen Beweisverfahrens zur Klärung der Ursache von Rissen und Feuchtigkeitsschäden an dem auf ihrem Grundstück aufstehenden Gebäude. In dem sich anschließenden Hauptsacheverfahren nahm die Klägerin die Beklagte auf Ersatz ihr entstandener Schäden und auf Beseitigung der Eigentumsstörung in Anspruch. Die Beklagte ließ sich hierbei von anderen Anwälten vertreten als von denjenigen, die sie in dem selbständigen Beweisverfahren mandatiert hatte. In dem klageabweisenden Urteil des Landgerichts wurden die außergerichtlichen Kosten der Beklagten der Klägerin auferlegt. Dieser Kostenausspruch

wurde in dem im Berufungsverfahren geschlossenen Prozessvergleich aufrechterhalten.

- 2 Im Kostenfestsetzungsverfahren hat die Beklagte - soweit hier von Interesse - für die anwaltliche Vertretung in dem selbständigen Beweisverfahren und in dem Hauptsacherechtsstreit die Erstattung einer 1,3 Verfahrensgebühr gemäß Nr. 3100 des Vergütungsverzeichnisses zum RVG (im Folgenden: VV RVG) in Höhe von jeweils 1.079 € nebst Umsatzsteuer beantragt. Das Landgericht hat diese Kosten antragsgemäß festgesetzt. Auf die Beschwerde der Klägerin hat es im Wege der Abhilfe eine Reduzierung auf eine Verfahrensgebühr nebst Umsatzsteuer vorgenommen. Die von der Beklagten hiergegen eingelegte sofortige Beschwerde hat das Oberlandesgericht zurückgewiesen. Mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde verfolgt die Beklagte ihren Anspruch auf Erstattung einer Verfahrensgebühr nebst Umsatzsteuer sowohl für das selbständige Beweisverfahren als auch für das Hauptsacheverfahren weiter.

II.

- 3 Das Beschwerdegericht ist der Auffassung, dass die Beklagte grundsätzlich Anspruch auf Festsetzung der Kosten auch des selbständigen Beweisverfahrens habe, da die Parteien und der Streitgegenstand dieses Verfahrens und des Klageverfahrens identisch seien und deshalb die nach § 103 Abs. 1 ZPO erforderliche Kostengrundentscheidung vorliege. Die Klägerin müsse jedoch nicht auch die Kosten der zweiten anwaltlichen Verfahrensgebühr ersetzen. Dies folge allerdings nicht aus der Anrechnungsbestimmung gemäß Vorbemerkung 3 Abs. 5 VV RVG. Sie passe nur, wenn der Anwalt des Beweisverfahrens auch derjenige des Klageverfahrens sei. Bei einem Anwaltswechsel bleibe es

dagegen bei dem doppelten Anfall der Verfahrensgebühr. Die Erstattungsfähigkeit der zweiten Verfahrensgebühr sei jedoch gemäß § 91 Abs. 2 Satz 2 ZPO ausgeschlossen. Die Beklagte habe den Anwaltswechsel nicht erläutert, obwohl sie zu einer entsprechenden Darlegung aufgefordert worden sei. Dass der im selbständigen Beweisverfahren tätig gewesene Rechtsanwalt nicht verpflichtet sei, auch das Klagemandat zu übernehmen, rechtfertige es entgegen der abweichenden Auffassung des Oberlandesgerichts München (JurBüro 2016, 295) nicht, beide Verfahrensgebühren als erstattungsfähig anzusehen. Entsprechendes gelte für die weitere Überlegung, eine solche Verfahrensweise sei einfacher zu handhaben als die Anwendung von § 91 Abs. 2 Satz 2 ZPO.

III.

4 Die statthafte und auch im Übrigen zulässige Rechtsbeschwerde (§ 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2, § 575 ZPO) ist nicht begründet. Das Beschwerdegericht verneint die Erstattungsfähigkeit von zwei Verfahrensgebühren (Nr. 3100 VV RVG) nebst Umsatzsteuer zu Recht.

5 1. Wie das Beschwerdegericht zutreffend sieht, folgt dies allerdings nicht bereits aus dem Fehlen einer Kostengrundentscheidung gemäß § 103 Abs. 1 ZPO. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs werden die Kosten eines selbständigen Beweisverfahrens von der - hier zu Lasten der Klägerin ergangenen - Kostenentscheidung des sich anschließenden Klageverfahrens erfasst, wenn zumindest ein Teil der Streitgegenstände und die Parteien der beiden Verfahren identisch sind (BGH, Beschluss vom 27. August 2014 - VII ZB 8/14, NJW 2014, 3518 Rn. 13 mwN). So liegt der Fall hier.

6 2. Auch die nach der Vorbemerkung 3 Abs. 5 VV RVG gebotene Anrechnung der Verfahrensgebühr des selbständigen Beweisverfahrens auf die Verfahrensgebühr des gerichtlichen Verfahrens schließt die Geltendmachung beider Verfahrensgebühren nicht aus. Die Vorschrift ist im Streitfall nicht einschlägig, weil die Verfahrensgebühr des selbständigen Beweisverfahrens und die Verfahrensgebühr des Hauptsacheverfahrens von verschiedenen Rechtsanwälten verdient worden sind (vgl. BGH, Beschluss vom 27. August 2014 - VII ZB 8/14, NJW 2014, 3518 Rn. 19 mwN; Beschluss vom 10. Dezember 2009 - VII ZB 41/09, JurBüro 2010, 190, 191 zu der Anrechnungsvorschrift gemäß Vorbemerkung 3 Abs. 4 VV RVG).

7 3. Zutreffend geht das Berufungsgericht aber davon aus, dass die Beklagte sich gemäß § 91 Abs. 2 Satz 2 ZPO im Verhältnis zur Klägerin so behandeln lassen muss, als hätte sie für das selbständige Beweisverfahren und das Klageverfahren dieselben Rechtsanwälte beauftragt.

8 a) Gemäß § 91 Abs. 2 Satz 2 ZPO sind die Kosten mehrerer Rechtsanwälte nur insoweit zu erstatten, als sie die Kosten eines Rechtsanwalts nicht übersteigen oder als in der Person des Rechtsanwalts ein Wechsel eintreten musste. Diese Regelung gilt auch bei einem Anwaltswechsel zwischen selbständigem Beweisverfahren und nachfolgendem Hauptsacheverfahren.

9 b) Die Frage ist allerdings umstritten.

10 aa) In der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte, der sich das Beschwerdegericht anschließt, wird ganz überwiegend vertreten, dass § 91 Abs. 2 Satz 2 ZPO bei einem Anwaltswechsel zwischen selbständigem Beweisverfahren und nachfolgendem Hauptsacheverfahren anwendbar sei, weil beide Ver-

fahren kostenmäßig eng verflochten seien (vgl. OLG Köln, JurBüro 2013, 590, 591; OLG Hamm, BeckRS 2002, 30252713; OLG Koblenz, AGS 2002, 164, 165; OLG Bamberg, OLGR 2000, 319; siehe auch OLG Celle, BauR 2016, 545 zu Vorbemerkung 3 Abs. 6 VV RVG). Dies entspricht auch der Auffassung von Teilen der Literatur (vgl. Zöller/Herget, ZPO, 31. Aufl., § 91 Rn. 13 Stichwort „Anwaltswechsel“; MüKoZPO/Schulz, 5. Aufl., § 91 Rn. 83; Thomas/Putzo/Hüßtege, ZPO, 38. Aufl., § 91 Rn. 41a; Stein/Jonas/Bork, ZPO, 23. Aufl., § 91 Rn. 149; Müller-Rabe in Gerold/Schmidt, RVG, 22. Aufl., Anhang III Rn. 74; siehe auch Klüsener, JurBüro 2016, 337 für einen Anwaltswechsel zwischen Mahnverfahren und Streitverfahren). Die Gegenansicht lehnt die Anwendung des § 91 Abs. 2 Satz 2 ZPO ab und verweist zur Begründung im Wesentlichen darauf, selbständiges Beweisverfahren und Hauptsacheverfahren seien gebührenrechtlich selbständige Angelegenheiten; die Anrechnungsbestimmungen im Rechtsanwaltsvergütungsgesetz dienen nicht dem Schutz Dritter (vgl. OLG München, JurBüro 2016, 295, 296 f. einheitlich für einen Anwaltswechsel nach einem Mahnverfahren und nach einem selbständigen Beweisverfahren; Schneider, NJW-Spezial 2013, 731; Musielak/Voit/Flockenhaus, ZPO, 14. Aufl., § 91 Rn. 24a; BeckOK ZPO/Jaspersen, 25. Ed. 15. Juni 2017, Rn. 177.3).

- 11 bb) Der Bundesgerichtshof hat die Frage bislang noch nicht entschieden. In dem Beschluss des VII. Zivilsenats vom 27. August 2014 (VII ZB 8/14, NJW 2014, 3518 Rn. 22) ist sie offen gelassen worden. Die Entscheidung betrifft (nur) den - hier nicht gegebenen - Fall, dass Erwerber von Wohnungseigentum ein selbständiges Beweisverfahren mit einem Anwalt ihres Vertrauens eingeleitet haben und die Wohnungseigentümergeinschaft aufgrund eines Beschlusses, mit dem sie die Durchsetzung der Rechte der Erwerber auf Beseitigung von Mängeln des Gemeinschaftseigentums an sich gezogen hat, das Hauptsacheverfahren mit einem anderen Anwalt durchführt. Dann kann die Ver-

fahrensgebühr beider Anwälte im Rahmen der Kostenfestsetzung in Ansatz gebracht werden. Die Beauftragung des neuen Anwalts ist schon deshalb notwendig im Sinne des § 91 Abs. 2 Satz 2 ZPO, weil der Erwerber und die Wohnungseigentümergeinschaft die Verfahren aus eigenem Recht einleiten können und nicht verpflichtet sind, sich dabei abzustimmen (BGH, Beschluss vom 27. August 2014 - VII ZB 8/14, NJW 2014, 3518 Rn. 22).

12 c) Auf die Streitfrage kommt es hier an, weil die Beklagte nach den Feststellungen des Beschwerdegerichts keinen Grund für den Anwaltswechsel angegeben hat und sie deshalb bei Anwendbarkeit des § 91 Abs. 2 Satz 2 ZPO nur eine Verfahrensgebühr erstattet verlangen kann. Die von dem Beschwerdegericht insoweit im Anschluss an die überwiegende obergerichtliche Rechtsprechung vertretene Auffassung ist richtig.

13 aa) Die Vorschrift des § 91 Abs. 2 Satz 2 ZPO ist Ausdruck des in § 91 Abs. 1 Satz 1 ZPO verankerten Grundsatzes, dass jede Partei die Kosten ihrer Prozessführung so niedrig zu halten hat, wie es sich mit einer ihre Rechte wahrenden Prozessführung verträgt (vgl. BGH, Beschluss vom 2. Mai 2007 - XII ZB 156/06, NJW 2007, 2257 Rn. 12; Beschluss vom 15. Oktober 2013 - XI ZB 2/13, NJW 2014, 557 Rn. 13; siehe auch Zöller/Herget, ZPO, 31. Aufl., § 91 Rn. 12 und Rn. 13 Stichwort „Anwaltswechsel“). Da es insoweit um die Kosten des Rechtsstreits geht, ist nur ein Anwaltswechsel innerhalb des gerichtlichen Verfahrens angesprochen (vgl. OLG München, NJW 2009, 1220; OLG Koblenz, MDR 2009, 533; OLG Celle, BauR 2016, 545; MüKoZPO/Schulz, 5. Aufl., § 91 Rn. 83, Hansens, ZfSch 2010, 220). Zu dem gerichtlichen Verfahren in diesem Sinne gehört auch ein selbständiges Beweisverfahren. Zwar handelt es sich gebührenrechtlich um eine gegenüber dem Klageverfahren eigene Angelegenheit. Das Beweis- und das Erkenntnisverfahren sind aber sachlich,

zeitlich und hinsichtlich der Beteiligten eng verflochten. Der engen Zusammengehörigkeit der beiden Verfahren hat der Gesetzgeber durch die Anknüpfung der örtlichen Zuständigkeit für das Beweisverfahren an jene des Hauptsacheprozesses (§ 486 Abs. 2 ZPO) sowie durch die erleichterte Verwertung der selbständig erhobenen Beweise in dem nachfolgenden Hauptprozess (§ 493 Abs. 1 ZPO) Rechnung getragen (vgl. BGH, Beschluss vom 18. Dezember 2002 - VIII ZB 97/02, NJW 2003, 1322, 1323). Dieser Zusammenhang wird auch dadurch deutlich, dass eine Kostenentscheidung im selbständigen Beweisverfahren im Regelfall nicht vorgesehen ist. Vielmehr sind die Kosten des selbständigen Beweisverfahrens Kosten des Hauptsacheverfahrens, über die grundsätzlich in diesem entschieden wird (BGH, Beschluss vom 28. Juni 2007 - VII ZB 118/06, NJW 2007, 3357 Rn. 11 mwN).

- 14 bb) Diese Sichtweise steht nicht im Widerspruch dazu, dass nach allgemeiner, auch von dem Senat geteilter Auffassung einer Partei, die vorprozessual von einem anderen Rechtsanwalt vertreten wird als im Rechtsstreit, die Erstattung der gerichtlichen Verfahrensgebühr (in Höhe der Anrechnung der Geschäftsgebühr gemäß Vorbemerkung 3 Abs. 4 VV RVG) nicht mit der Begründung versagt werden kann, die anwaltlichen Gebühren wären entsprechend geringer gewesen, wenn die außergerichtlich tätigen Bevollmächtigten auch mit der Führung des Rechtsstreits beauftragt worden wären (vgl. BGH, Beschluss vom 10. Dezember 2009 - VII ZB 41/09, JurBüro 2010, 190, 191; OLG Koblenz, MDR 2009, 533; OLG München, NJW 2009, 1220). § 91 Abs. 2 Satz 2 ZPO ist in diesen Fällen deshalb nicht anzuwenden, weil es sich nicht um einen Anwaltswechsel innerhalb des gerichtlichen Verfahrens handelt (vgl. OLG Koblenz, MDR 2009, 533; OLG München, NJW 2009, 1220). Die vorprozessual zur Anspruchsabwehr oder zur Geltendmachung eines Anspruchs angefallene Geschäftsgebühr gehört nicht zu den Prozesskosten i.S.d. § 91

Abs. 1 Satz 1 ZPO und kann demzufolge auch nicht Gegenstand einer Kostenfestsetzung nach den §§ 103 ff. ZPO sein (BGH, Beschluss vom 22. Januar 2008 - VIII ZB 57/07, NJW 2008, 1323 Rn. 5; OLG München, NJW 2009, 1220; OLG Celle, BauR 2016, 545). Eine Erstattung dieser Gebühr kann die obsiegende Partei nur durch die Geltendmachung eines materiellen Schadensersatzanspruchs erreichen.

15 cc) Dass die Anrechnungsbestimmungen des Rechtsanwaltsvergütungsgesetzes grundsätzlich nicht dem Schutz des Prozessgegners dienen, besagt entgegen der abweichenden Ansicht der Rechtsbeschwerde (vgl. auch OLG München, ZfSch 2016, 344; Musielak/Voit/Flockenhaus, ZPO, 14. Aufl., § 91 Rn. 24a; BeckOK ZPO/Jaspersen, 25. Ed. 15. Juni 2017, Rn. 177.3) zu der zu entscheidenden Frage nichts. Hier geht es nur um die Erstattungsfähigkeit von Kosten in dem Rechtsverhältnis zwischen den Prozessparteien i.S.d. § 91 Abs. 2 Satz 2 ZPO.

16 dd) Das Recht der Partei, den Anwalt nach Beendigung des selbständigen Beweisverfahrens zu wechseln, wird durch die Anwendung des § 91 Abs. 2 Satz 2 ZPO nicht berührt. Die Vorschrift betrifft nur das Rechtsverhältnis zwischen den Prozessparteien und regelt die Frage, inwieweit in diesem Verhältnis eine Kostenerstattung bzw. -ausgleichung der ihnen von ihrem jeweiligen Rechtsvertreter in Rechnung gestellten Gebühren und Kosten bei einem Anwaltswechsel vorzunehmen ist (vgl. OLG Köln, JurBüro 2013, 590, 591). Die Partei ist auch nicht gezwungen, die Gründe für den Anwaltswechsel offenzulegen. Ohne eine solche Offenlegung scheidet allerdings eine Erstattung der durch den Anwaltswechsel verursachten Mehrkosten von vorneherein aus, weil andernfalls eine Prüfung, ob die Mandatierung eines anderen Rechtsanwalts notwendig war und eine Übernahme dieser Kosten durch den Prozessgegner

gerechtfertigt ist, nicht möglich ist. Die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen des Ausnahmetatbestands trägt der Kostengläubiger (BGH, Beschluss vom 22. August 2012 - XII ZB 183/11, VersR 2013, 473 Rn. 14).

IV.

17 Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO.

Stresemann

Schmidt-Räntsch

Brückner

Göbel

Haberkamp

Vorinstanzen:

LG Leipzig, Entscheidung vom 18.08.2016 - 8 O 3281/12 -
OLG Dresden, Entscheidung vom 20.09.2016 - 3 W 869/16 -