



# BUNDESGERICHTSHOF

## BESCHLUSS

IV ZB 13/18

vom

7. November 2018

in dem Kostenfestsetzungsverfahren

Nachschiagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

---

ZPO § 91 Abs. 1, § 97 Abs. 1, § 406

Die außergerichtlichen Kosten der Gegenpartei des erfolglosen Beschwerdeführers im Verfahren über die Ablehnung eines Sachverständigen gemäß § 406 ZPO gehören zu den erstattungsfähigen notwendigen Kosten des Rechtsstreits im Sinne von § 91 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. § 97 Abs. 1 ZPO.

BGH, Beschluss vom 7. November 2018 - IV ZB 13/18 - OLG München  
LG Traunstein

Der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat durch die Vorsitzende Richterin Mayen, die Richter Felsch, Prof. Dr. Karczewski, die Richterin Dr. Brockmüller und den Richter Dr. Götz

am 7. November 2018

beschlossen:

Die Rechtsbeschwerde der Kläger gegen den Beschluss des Oberlandesgerichts München - 11. Zivilsenat - vom 24. Mai 2018 wird auf ihre Kosten zurückgewiesen.

Streitwert: 4.022,44 € (Kostenfestsetzungsbeschluss zugunsten der Beklagten zu 1 und 2 in Höhe von 1.697,42 € sowie zugunsten der Beklagten zu 3 bis 5 in Höhe von 2.325,02 €)

#### Gründe:

- 1 I. Die Kläger machen als Rechtsnachfolger des ursprünglichen Klägers Dr. Josef R. von diesem ererbte Ansprüche als Vertragserben nach der am 5. April 2007 verstorbenen Anna Theresia R. (Erblasserin) gegen die Beklagten geltend. In diesem Zusammenhang streiten die Parteien unter anderem über die Wirksamkeit einer der Beklagten zu 1 von der Erblasserin am 20. März 2007 erteilten Veräußerungs- und Verfügungsvollmacht. Mit Beweisbeschluss vom 12. August 2014 beauftragte das Landgericht einen Sachverständigen mit der Erstellung eines Gutachtens zur Frage der Geschäftsfähigkeit der Erblasserin am 20. März 2007. In

seinem Gutachten vom 21. Juni 2016 kam der Sachverständige zu dem Ergebnis, dass eine Geschäfts- und Testierunfähigkeit der Erblasserin zu dem maßgeblichen Zeitpunkt nicht zu begründen sei. Die Kläger lehnten den Gutachter mit Schriftsatz vom 4. Oktober 2016 wegen Besorgnis der Befangenheit ab. Hierzu nahmen die Vertreter der Beklagten zu 3 bis 5 mit Schriftsatz vom 27. Oktober 2016 und Vertreter der Beklagten zu 1 und 2 mit Schriftsatz vom 3. November 2016 Stellung. Das Landgericht wies mit Beschluss vom 7. November 2016 das Befangenheitsgesuch zurück. Die hiergegen eingelegte sofortige Beschwerde der Kläger wies das Oberlandesgericht am 27. Dezember 2016 zurück und erlegte den Klägern die Kosten des Beschwerdeverfahrens auf.

- 2 Die Beklagten zu 1 und 2 machten daraufhin für das Beschwerdeverfahren Rechtsanwaltskosten von brutto 1.697,42 € sowie die Beklagten zu 3 bis 5 in Höhe von brutto 2.325,02 € geltend. Jeweils mit Kostenfestsetzungsbeschlüssen vom 16. März 2017 setzte das Landgericht die Kosten entsprechend fest. Auf die sofortige Beschwerde der Kläger hob das Landgericht am 10. Juli 2017 die Kostenfestsetzungsbeschlüsse vollumfänglich auf und erlegte den Beklagten die Kosten auf. Gegen diese Beschlüsse legten wiederum die Beklagten zu 1 und 2 sowie die Beklagten zu 3 bis 5 sofortige Beschwerde ein. Das Landgericht half jeweils mit Beschlüssen vom 17. August 2017 den sofortigen Beschwerden der Beklagten ab, hob die Beschlüsse vom 10. Juli 2017 auf und legte die Kosten des Beschwerdeverfahrens den Klägern auf. Ebenfalls mit Beschlüssen vom 17. August 2017 setzte das Landgericht die von den Klägern den Beklagten zu erstattenden Kosten entsprechend den ursprünglichen Kostenfestsetzungsanträgen fest. Gegen die Abhilfe- und erneuten Kostenfestsetzungsbeschlüsse vom 17. August 2017 legten die Kläger ihrerseits sofortige Beschwerde ein, der das Landgericht nicht abhalf. Das Beschwerdegericht hat mit dem angefochtenen Beschluss die sofortigen Beschwerden zurückge-

wiesen. Hiergegen richtet sich die vom Beschwerdegericht zugelassene Rechtsbeschwerde der Kläger. Sie beantragen, den angefochtenen Beschluss aufzuheben und auf die sofortigen Beschwerden unter Aufhebung der Abhilfe- und Kostenfestsetzungsbeschlüsse des Landgerichts vom 17. August 2017 die Kostenfestsetzungsanträge der Beklagten zu 1 und 2 vom 3. Januar 2017 und der Beklagten zu 3 bis 5 vom 10. Januar 2017 zurückzuweisen.

3           II. Die statthafte (§ 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 ZPO) und auch im Übrigen zulässige Rechtsbeschwerde hat in der Sache keinen Erfolg.

4           1. Das Beschwerdegericht hat ausgeführt, bei dem Ablehnungsverfahren betreffend einen Richter oder Sachverständigen handele es sich im Beschwerdeverfahren um einen neuen Rechtszug, in dem Gebühren neu entstünden. Die Einreichung eines Schriftsatzes sei nicht erforderlich. Erforderlich sei lediglich, dass der Anwalt mit der Vertretung im Beschwerdeverfahren konkludent beauftragt worden sei. Für das Beschwerdeverfahren im Rahmen der Sachverständigenablehnung kämen dieselben Grundsätze zur Anwendung, die für das Richterablehnungsverfahren gälten. Ebenso wie das Richterablehnungsverfahren sei auch das Verfahren zur Ablehnung des Sachverständigen kein auf das Verhältnis des Ablehnenden zum Gericht beschränktes Verfahren. Es berühre nicht nur die Interessen der ablehnenden Partei. Die Gegenpartei habe grundsätzlich ein anzuerkennendes Interesse daran, auf die Willensbildung des Gerichts einzuwirken, um sicherzustellen, dass die Erkenntnisse des Sachverständigen weiter verwertet werden könnten. Allerdings bedürfe es einer entsprechenden Beauftragung des Rechtsanwalts, die hier anwaltlich versichert worden und regelmäßig anzunehmen sei, wenn der Rechtsanwalt - wie hier - die Partei im Hauptsacheverfahren vertrete. Die Entstehung und Erstattungsfähigkeit der

Beschwerdegebühren seien nicht von einer erkennbar gewordenen Beteiligung am Ablehnungsverfahren abhängig. Im Übrigen habe der Vertreter der Beklagten zu 1 und 2 anwaltlich versichert, dass im Beschwerdeverfahren wegen der Sachverständigenablehnung die Angelegenheit ausführlich mit den Mandanten besprochen und eine schriftliche Ausarbeitung der Stellungnahme begonnen worden sei.

5                   2. Diese Ausführungen halten der rechtlichen Überprüfung stand.

6                   Während die Ablehnung von Richtern und Sachverständigen gemäß § 19 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 RVG noch zu den mit dem Rechtszug zusammenhängenden Verfahren zählt, so dass ein gesonderter Gebührenanspruch des Rechtsanwalts nicht entsteht, erwächst dem Rechtsanwalt im Beschwerdeverfahren ein Anspruch auf Erstattung einer 0,5 Verfahrensgebühr gemäß Nr. 3500 VV-RVG (vgl. OLG Celle ZfS 2010, 641 juris Rn. 5; Müller-Rabe in Gerold/Schmidt, RVG 23. Aufl. § 19 RVG Rn. 44). Hier hat das Oberlandesgericht mit Beschluss vom 27. Dezember 2016 die sofortige Beschwerde der Kläger gegen den das Befangenheitsgesuch zurückweisenden Beschluss des Landgerichts zurückgewiesen und den Klägern gemäß § 97 Abs. 1 ZPO die Kosten des Verfahrens auferlegt.

7                   a) Unterschiedlich wird allerdings die Frage beurteilt, ob die außergerichtlichen Kosten der Gegenpartei des Beschwerdeführers im Verfahren über die Ablehnung eines Sachverständigen zu den erstattungsfähigen notwendigen Kosten des Rechtsstreits im Sinne von § 91 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. § 97 Abs. 1 ZPO zählen.

8                   aa) Teilweise wird dies verneint, weil es sich bei dem Verfahren um die Ablehnung eines Sachverständigen nicht um ein kontradiktorisches Verfahren handle. Dieses finde nur zwischen dem Ablehnenden und dem Gericht statt, der Prozessgegner sei daran formell nicht beteiligt (vgl. OLG

München MDR 1994, 627 juris Rn. 4 f., 7 f.; Ahrens in Wieczorek/Schütze, ZPO 4. Aufl. § 406 Rn. 62; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO 76. Aufl. § 91 Rn. 70). Andere differenzieren danach, ob sich die nicht ablehnende Partei an dem Beschwerdeverfahren, z.B. durch schriftsätzliche Äußerungen, beteiligt habe oder ausdrücklich vom Gericht zu einer Stellungnahme aufgefordert sei (vgl. OLG Brandenburg, Beschluss vom 16. Juli 2008 - 12 W 15/08, juris Rn. 15). Die überwiegende Auffassung in Rechtsprechung und Schrifttum geht in Anlehnung an eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs zur Richterablehnung (Beschluss vom 6. April 2005 - V ZB 25/04, NJW 2005, 2233 [juris Rn. 11-13] davon aus, dass die den Sachverständigen nicht ablehnende Partei grundsätzlich einen Anspruch auf Erstattung der ihr im Beschwerdeverfahren entstandenen außergerichtlichen Kosten habe (so etwa OLG Celle ZfS 2010, 641 [juris Rn. 6-9]; OLG Hamburg MDR 1994, 522; Bork in Stein/Jonas, ZPO 23. Aufl. § 46 Rn. 11; Leipold aaO § 406 Rn. 78; Zöller/Greger, ZPO 32. Aufl. § 406 Rn. 17; § 46 Rn. 20; Musielak/Voit/Ball, ZPO 15. Aufl. § 567 Rn. 29; Müller-Rabe in Gerold/Schmidt, RVG 23. Aufl. § 19 Rn. 53).

- 9           bb) Die letztgenannte Auffassung ist zutreffend. Der Bundesgerichtshof hat bereits für das Richterablehnungsverfahren entschieden, dass dieses kein auf das Verhältnis zwischen der ablehnenden Partei und dem Gericht beschränktes Verfahren sei (vgl. Beschluss vom 6. April 2005 - V ZB 25/04, NJW 2005, 2233 [juris Rn. 11 f.]). Es berühre nicht nur die Interessen der ablehnenden Partei. Ihrem Recht auf Bereitstellung eines unparteiischen Richters stehe der Anspruch des Gegners auf den gesetzlichen Richter (Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG) gegenüber, der bei Ersetzung eines tatsächlich nicht befangenen Richters verletzt werde. Demgemäß sei anerkannt, dass die Frage, ob Befangenheitsgründe gegen die Mitwirkung eines Richters sprächen, die prozessuale Rechtsstellung beider Parteien berühre und deshalb im Ablehnungsverfahren beiden Parteien rechtliches Gehör zu

gewähren sei. Damit stehe der nicht ablehnenden Partei hinsichtlich ihrer Anwaltskosten ebenfalls die Stellung eines Verfahrensbeteiligten zu. Ihr Recht, vor einer Entscheidung über die sofortige Beschwerde angehört zu werden, verpflichte den mit ihrer Interessenwahrnehmung beauftragten Prozessbevollmächtigten zu prüfen, ob die Beschwerdeschrift eine Gegenäußerung erfordere. Dies gelte unabhängig davon, ob das Gericht ihm die Beschwerdeschrift lediglich mitteile oder ihn darüber hinaus zu einer Stellungnahme auffordere.

10            Diese Erwägungen, denen sich der erkennende Senat auch unter Berücksichtigung der Einwände der Rechtsbeschwerde anschließt, gelten für das Verfahren betreffend die Ablehnung eines Sachverständigen entsprechend. Zwar besteht kein gesetzlicher Anspruch auf einen bestimmten Sachverständigen. Die Auswahl und Person des Sachverständigen als neutralem Richtergehilfen berühren aber ebenfalls die Rechte und Interessen beider Parteien. Dies kommt im Gesetz an verschiedenen Stellen zum Ausdruck. So können gemäß § 404 Abs. 2 ZPO vor der Ernennung die Parteien zur Person des Sachverständigen gehört werden. Gemäß § 404 Abs. 4 ZPO kann das Gericht die Parteien auffordern, Personen zu benennen, die geeignet sind, als Sachverständige vernommen zu werden. Nach § 404 Abs. 5 ZPO hat das Gericht einer Einigung der Parteien über bestimmte Personen als Sachverständige grundsätzlich Folge zu leisten. Nach Erstattung eines Sachverständigengutachtens haben die Parteien gemäß § 411 Abs. 4 ZPO dem Gericht innerhalb eines angemessenen Zeitraums ihre Einwendungen gegen das Gutachten, die Begutachtung betreffende Anträge und Ergänzungsfragen zu dem schriftlichen Gutachten mitzuteilen. Gemäß § 412 Abs. 2 ZPO kann das Gericht die Begutachtung durch einen anderen Sachverständigen anordnen, wenn ein Sachverständiger nach Erstattung des Gutachtens mit Erfolg abgelehnt wird. Die Parteien haben daher ein grundsätzlich schützenswertes Interesse daran, dass das

Gericht das Gutachten eines nicht befangenen Sachverständigen verwertet und im Rahmen seiner Überzeugungsbildung mit heranzieht. Entsprechend hat die den Sachverständigen nicht ablehnende Partei das Recht, vor einer Entscheidung über die sofortige Beschwerde betreffend das Befangenheitsgesuch ihre Auffassung gegenüber dem Gericht durch einen anwaltlichen Schriftsatz darzulegen.

11 Unerheblich ist entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde, dass im Falle einer Stattgabe des Ablehnungsgesuchs gegen den Sachverständigen durch das Beschwerdegericht die nicht ablehnende Partei nicht verpflichtet ist, ihrerseits dem Gegner die entstandenen Kosten zu erstatten. Bei einer erfolgreichen Beschwerde ergeht keine Kostenentscheidung. Vielmehr sind die Kosten als solche des Rechtsstreits gemäß § 91 ZPO von der in der Hauptsache unterliegenden Partei zu tragen (Bork in Stein/Jonas, ZPO 23. Aufl. § 46 Rn. 11; Zöller/Vollkommer, ZPO 32. Aufl. § 46 Rn. 20). Der den Sachverständigen nicht wegen Befangenheit ablehnenden Partei steht in diesen Fällen gemäß § 406 Abs. 5 Halbsatz 1 ZPO kein Beschwerderecht zu, so dass es dann ohnehin nur um die im Ausgangsverfahren entstandenen Kosten geht, die Teil des Rechtsstreits gemäß § 19 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 RVG sind.

12 Ohne Erfolg macht die Beschwerde ferner geltend, ein Rechtsanwalt sei jedenfalls nach Treu und Glauben verpflichtet, seinen Mandanten auch ohne dessen Frage auf entstehende Gebühren hinzuweisen, zumindest wenn der Rechtsanwalt ein Informationsbedürfnis des Mandanten erkennen könne und müsse. In Ablehnungsverfahren sei es für einen Nichtjuristen kaum verständlich, dass sein Rechtsanwalt für umfangreiche Schriftsätze im Ausgangsverfahren keine gesonderten Gebühren geltend machen könne, für ein anschließendes Rechtsmittelverfahren dagegen schon. Für einen Mandanten ohne Rechtsschutzversicherung bestehe das Risiko, erheb-



liche Beträge selbst tragen zu müssen, sollte das Beschwerdeverfahren Erfolg haben. Hiermit kann die Beschwerde nicht durchdringen. Abgesehen davon, dass es hier nicht um ein erfolgreiches, sondern um ein erfolgloses Beschwerdeverfahren geht, betreffen mögliche Aufklärungspflichten des Rechtsanwalts gegenüber seinem Mandanten lediglich deren Innenverhältnis, nicht dagegen die Frage der Erstattungsfähigkeit der Kosten im Außenverhältnis. Ohnehin ist ein Rechtsanwalt nur aus besonderen Umständen des Einzelfalles heraus nach Treu und Glauben verpflichtet, auch ohne Frage des Auftraggebers diesen über die voraussichtliche Höhe seiner Vergütung zu belehren, etwa wenn die Höhe der vom Auftraggeber zu zahlenden Gebühren das von ihm verfolgte Ziel wirtschaftlich sinnlos macht (vgl. BGH, Urteil vom 24. Mai 2007 - IX ZR 89/06, NJW 2007, 2332 Rn. 10). Die Rechtsbeschwerde hat nicht aufzuzeigen vermocht, dass hier eine derartige Konstellation vorliegt.

- 13            b) Rechtsfehlerfrei ist das Beschwerdegericht ferner davon ausgegangen, dass die grundsätzlich erstattungsfähigen Rechtsanwaltsgebühren der Beklagten zu 1 bis 5 hier im Beschwerdeverfahren auch konkret angefallen sind. Die Entstehung der Gebühr setzt voraus, dass der Anwalt mit der Vertretung der Partei auch im Beschwerdeverfahren beauftragt worden ist. Hiervon kann in der Regel ausgegangen werden, wenn der Anwalt die Partei im Hauptsacheverfahren bereits vertritt (BGH, Beschluss vom 6. April 2005 - V ZB 25/04, NJW 2005, 2233 [juris Rn. 13]). Ist von einer derartigen Beauftragung des Anwalts auszugehen, sind weder die Entstehung noch die Erstattung der Beschwerdegebühr von dem Nachweis eines besonderen Interesses oder einer erkennbar gewordenen Beteiligung am Ablehnungsverfahren abhängig. Für eine auftragsgemäße Tätigkeit im Beschwerdeverfahren genügt vielmehr grundsätzlich bereits die Entgegennahme der von dem Gericht mitgeteilten Beschwerdeschrift, weil als glaubhaft gemacht angesehen wird, dass der Anwalt anschließend pflichtgemäß

prüft, ob etwas für seinen Mandanten zu veranlassen ist. Die Einreichung eines Schriftsatzes ist nicht erforderlich (vgl. BGH, Beschluss vom 6. April 2005 - V ZB 25/04, NJW 2005, 2233 [juris Rn. 6, 13]; OLG Celle ZfS 2010, 641 Rn. 5, 9; OLG Düsseldorf MDR 2009, 955 [juris Rn. 5]; enger Schneider/Wolf, RVG 8. Aufl. Vergütungsverzeichnis Vorbemerkung 3.5, Vergütungsverzeichnis 3500 Rn. 19; Bräuer in Bischof/Jungbauer, RVG 8. Aufl. Nr. 3500 VV Rn. 6, 6a).

14 Auf dieser Grundlage ist es aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden, dass das Beschwerdegericht von einem Auftrag der Beklagten zu 1 und 2 sowie 3 bis 5 für ihre Prozessbevollmächtigten auch für das Beschwerdeverfahren ausgegangen ist und eine entsprechende Tätigkeit der Rechtsanwälte angenommen hat. Anhaltspunkte dafür, dass die Prozessbevollmächtigten jeweils nur für das Ausgangsverfahren und nicht für das Beschwerdeverfahren betreffend die Sachverständigenablehnung beauftragt waren, bestehen nicht und werden auch von der Rechtsbeschwerde nicht nachvollziehbar aufgezeigt. Unerheblich ist, dass die Prozessbevollmächtigten der Beklagten zu 1 bis 5 im Beschwerdeverfahren - anders als im Ausgangsverfahren - keine schriftsätzliche Stellungnahme eingereicht haben. Dieser bedarf es nicht (vgl. BGH, Beschluss vom 6. April 2005 aaO). Vielmehr genügt - wie schon ausgeführt - bereits die Entgegennahme der Beschwerdeschrift mit der sodann anzunehmenden Prüfung seitens des Rechtsanwalts, ob etwas für seinen Mandanten zu veranlassen ist. Entsprechend haben auch die Bevollmächtigten der Beklagten zu 1 und 2 mit Schriftsatz vom 14. Juni 2017 anwaltlich versichert, im Beschwerdeverfahren wegen der Sachverständigenablehnung sei die Angelegenheit ausführlich mit den Mandanten besprochen und eine schriftliche Ausarbeitung der Stellungnahme begonnen worden, als das Oberlandesgericht seine Beschwerdeentscheidung bereits am 27. Dezember 2016 erlassen habe. Dass die Bevollmächtigten der Beklagten zu 1 und 2 in einem späteren Schrift-

satz vom 13. Juli 2017 erklärten, die Sache im Beschwerdeverfahren mit der Beklagten zu 4 als Vertretung der Beklagten zu 1 und 2 besprochen zu haben, hindert ihre Tätigkeit im Beschwerdeverfahren auch für die Beklagten zu 1 und 2 als ihre Mandanten nicht. Die Prozessbevollmächtigten der Beklagten zu 3 bis 5 haben schließlich ebenfalls erklärt, auch für das Beschwerdeverfahren beauftragt worden zu sein. Dies und die Entgegennahme der Beschwerdeschrift genügt für die Entstehung der Gebühr, da auch bei den Beklagten zu 3 bis 5 davon ausgegangen werden kann, dass ihre Prozessbevollmächtigten geprüft haben, ob etwas für ihre Mandanten zu veranlassen ist. Die von den Klägern erhobene Rüge der Verletzung des rechtlichen Gehörs gemäß Art. 103 Abs. 1 GG bleibt mithin ohne Erfolg.

Mayen

Felsch

Prof. Dr. Karczewski

Dr. Brockmüller

Dr. Götz

Vorinstanzen:

LG Traunstein, Entscheidung vom 17.08.2017 - 6 O 941/13 -

OLG München, Entscheidung vom 24.05.2018 - 11 W 1889/17 - 11 W 1892/17 -