

---

**Datum:** 04.06.2020  
**Gericht:** Oberlandesgericht Hamm  
**Spruchkörper:** 15. Zivilsenat  
**Entscheidungsart:** Beschluss  
**Aktenzeichen:** 15 W 24/20  
**ECLI:** ECLI:DE:OLGHAM:2020:0604.15W24.20.00

---

**Vorinstanz:** Amtsgericht Bocholt, 37 VI 6/19  
**Schlagworte:** Nachlasspfleger, Festsetzungsverfahren, Aufwendungsersatz  
**Normen:** BGB § 1835; FamFG § 168  
**Leitsätze:**  
Die Festsetzung des Aufwendungsersatzes gegen den nicht mittellosen Nachlass ist – anders als die Festsetzung einer Vergütung nach § 1836 BGB (§ 168 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 und Abs. 5 FamFG) – grundsätzlich nicht möglich. Der Nachlasspfleger ist insoweit auf eine Klage gegen den/die Erben vor dem Prozessgericht zu verweisen.

---

**Tenor:**  
Der Beschluss wird aufgehoben. Die Festsetzungsanträge des Beteiligten zu 1) vom 10.09.2019 und 9.10.2019 werden zurückgewiesen.  
Eine Erstattung der den Beteiligten in der Beschwerdeinstanz entstandenen außergerichtlichen Kosten findet nicht statt.  
Der Geschäftswert für das Beschwerdeverfahren wird auf 22.844,14 Euro festgesetzt.  
Die Rechtsbeschwerde wird nicht zugelassen.

---

**Gründe:** 1  
2

I.

Der Beteiligte zu 1) ist mit Beschluss des Nachlassgerichts vom 7.01.2019 zum Nachlasspfleger mit dem Aufgabenkreis Sicherung und Verwaltung des Nachlasses bestellt worden. In dem Beschluss ist festgelegt worden, dass der Beteiligte zu 1), der zum Zeitpunkt der Bestellung als Rechtsanwalt tätig war, die Nachlasspflegschaft berufsmäßig führt. 3

In der Folgezeit ist der Beteiligte zu 1) tätig geworden und hat insbesondere für die „unbekannten Erben“ einen Prozess gegen die Beteiligte zu 2) geführt. Die Beteiligte zu 2) hatte als Erbin der Ehefrau des Erblassers Zugriff auf dessen Vermögen. Ob die Ehefrau des Erblassers diesen tatsächlich beerbt hatte, war nach Einschätzung des Nachlassgerichts aufgrund nachträglich vorgelegter letztwilliger Verfügungen, die von dem Erblasser verfasst worden sein sollten, fraglich geworden. 4

Der Beteiligte zu 1) hat seine Tätigkeiten in dem Gerichtsverfahren gegen die Beteiligte zu 2) nach dem RVG abgerechnet und mit Schriftsätzen vom 10.09.2019 und 9.10.2019 beantragt, seine Rechtsanwaltsgebühren sowie die Gerichtskosten und die gegen ihn festgesetzten außergerichtlichen Kosten der Beteiligten zu 2) gegen den vermögenden Nachlass festzusetzen. 5

Mit Beschluss vom 31.10.2019 hat das Nachlassgericht für die Tätigkeit des Beteiligten zu 1) einen Aufwendungsersatz in Höhe von 22.844,14 Euro festgesetzt und angeordnet, dass dieser aus dem Nachlass zu entnehmen sei. Gegen diesen Beschluss richtet sich die Beschwerde der Beteiligten zu 2) vom 22.11.2019, der das Nachlassgericht mit Beschluss vom 13.01.2020 nicht abgeholfen und dem Senat zur Entscheidung vorgelegt hat. 6

Mit Beschluss vom 13.05.2020 hat der Senat auf seine rechtliche Bewertung des Sachverhalts hingewiesen. Die Beteiligten haben in der ihnen gesetzten Frist keine Stellungnahme abgegeben. 7

II. 8

Die zulässige Beschwerde ist auch in der Sache begründet und führt unter Aufhebung des Beschlusses vom 31.10.2019 zur Zurückweisung der Festsetzungsanträge des Beteiligten zu 1). 9

Der Festsetzungsbeschluss des Nachlassgerichts ist aufzuheben, da es für die vorgenommene Festsetzung entsprechend den von dem Beteiligten zu 1) gestellten Anträgen an einer rechtlichen Grundlage fehlt. 10

Eine gerichtliche Festsetzung der als Aufwendungen im Sinne des § 1835 Abs. 1 und Abs. 3 BGB zu qualifizierenden Rechtsanwaltsgebühren und Prozesskosten kommt nach § 168 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und Abs. 5 FamFG nur dann in Betracht, wenn die Festsetzung bei nicht vermögendem Nachlass gegen die Staatskasse vorgenommen werden soll. Die Festsetzung des Aufwendungsersatzes gegen den Erben / den Nachlass ist – anders als die Festsetzung einer Vergütung nach § 1836 BGB (§ 168 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 und Abs. 5 FamFG) – nach einhelliger obergerichtlicher Rechtsprechung und überwiegender Meinung in der Literatur nicht möglich (OLG München FGPrax 2018, 177; OLG Köln ZEV 1994, 316; Staudinger-Mesina, BGB, Neubearbeitung 2017, Rn.35 a. E.; Münchener Kommentar zum BGB-Leipold, 8. Auflage, § 1960 Rn.100; juris-PK zum BGB-Hönninger, 9. Auflage 2020, § 1960 Rn.41). Der Nachlasspfleger ist insoweit auf eine Klage gegen den Erben vor einem Prozessgericht zu verweisen. 11

Der Senat folgt dieser Auffassung. Eine tragfähige Grundlage für die analoge Anwendung des § 168 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 FamFG für die Festsetzung des Aufwendungsersatzes gegen den vermögenden Nachlass besteht angesichts des eindeutigen Gesetzeswortlauts nicht. Die von der Nachlassrechtspflegerin ohne jede weitere Begründung für die analoge Anwendung des § 168 FamFG auf die hier zugrunde liegende Konstellation angeführte Kommentierung (Keidel/Engelhardt, FamFG, 19. Auflage, § 168 Rn.17) bezieht sich wie die dort aufgeführte Rechtsprechung des Senats auf die Vergütung eines Vormunds / eines Betreuers.	12
Auch die besondere Konstellation im vorliegenden Fall, dass der Beteiligte zu 1) als Nachlasspfleger keinen Zugriff auf den Nachlass hatte und ihm daher keinen angemessenen Vorschuss nach § 9 RVG entnehmen konnte, rechtfertigt eine über den Wortlaut des § 168 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 FamFG hinausgehende Festsetzung gegen den Erben nicht.	13
Dementsprechend sind die Festsetzungsanträge des Beteiligten zu 1), die auf die Festsetzung von Aufwendungen im Sinne des § 1835 Abs. 1 und Abs. 3 BGB abzielen, zurückzuweisen.	14
Die Kostenentscheidung findet ihre Grundlage in § 81 Abs. 1 FamFG. Angesichts der divergierenden erstinstanzlichen Entscheidung ist die Anordnung der Erstattung der den Beteiligten in der Beschwerdeinstanz entstandenen außergerichtlichen Kosten nicht angemessen.	15
Die Wertfestsetzung findet ihre Grundlage in §§ 36 Abs. 1 Nr.1, 61 GNotKG und ergibt sich aus der Höhe der festgesetzten Vergütung.	16
Gründe, die Rechtsbeschwerde zuzulassen, sind nicht gegeben (§ 70 Abs. 2 FamFG).	17