

---

**Datum:** 15.01.2010  
**Gericht:** Oberlandesgericht Hamm  
**Spruchkörper:** 19. Zivilsenat  
**Entscheidungsart:** Beschluss  
**Aktenzeichen:** 19 W 48/09  
**ECLI:** ECLI:DE:OLGHAM:2010:0115.19W48.09.00

---

**Vorinstanz:** Landgericht Hagen, 4 OH 4/09  
**Schlagworte:** Selbständiges Beweisverfahren, Hauptsacheverfahren, Verlust von Beweismitteln, Mängelbeseitigung  
**Normen:** § 485 Abs. 1 ZPO  
**Leitsätze:**

1. Zur Frage der Zumutbarkeit der Beweismittelerhaltung bei Prüfung der Voraussetzungen für die Einleitung des selbständigen Beweisverfahrens.
2. Eine im Hauptsacheverfahren angekündigte, jedoch noch nicht beschlossene Beweisanordnung steht der Fortführung des selbständigen Beweisverfahrens nicht entgegen.

---

**Tenor:**

Der angefochtene Beschluss wird aufgehoben.

Das Landgericht wird angewiesen, über den Antrag der Antragstellerin vom 30. Januar 2009 auf Durchführung des selbstständigen Beweisverfahrens unter Beachtung der Rechtsauffassung des Senats erneut zu entscheiden.

Eine Entscheidung über die Kosten des Beschwerdeverfahrens ist nicht veranlasst.

|                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                    |    |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| <b><u>Gründe:</u></b>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              | 1  |
| <b>I.</b>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                          | 2  |
| Die Antragsgegnerin führte für die Antragstellerin im Jahre 2002 Kanalbauarbeiten durch. Im Verlaufe des Jahres 2007 veranlasste die Antragstellerin eine Kanaluntersuchung mittels selbsttätig fahrender Kamera, die eine Reihe von Mängeln ergab. Mit Schreiben vom 05.12.2007 forderte die Antragstellerin die Antragsgegnerin vergeblich zur Mängelbeseitigung auf. Mit dem im vorliegenden Verfahren am 16.02.2009 bei dem Landgericht eingegangenen Antrag begehrte die Antragstellerin im Wege der Beweissicherung die Einholung eines Sachverständigengutachtens zu dem Vorliegen von ihr behaupteter Mängel des Kanalsystems und deren Ursachen, weiterhin zu der Frage, welche Arbeiten zur Beseitigung der Mängel erforderlich sind und welche Kosten entstehen werden. | 3  |
| Mit der der Antragstellerin am 30.03.2009 zugestellten Klage verlangt die Antragsgegnerin in dem bei der auch für das Beweisverfahren zuständigen Kammer des Landgerichts in dem Verfahren 4 0 54/09 restlichen Werklohn für die Kanalarbeiten. Die Antragstellerin hat neben anderen Verteidigungsmitteln u.a. mit Hinweis auf die von ihr gerügten Mängeln gegenüber der Klageforderung u.a. ein Zurückbehaltungsrecht geltend gemacht.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                          | 4  |
| Die Aufrechterhaltung ihres Antrags auf Durchführung des Beweisverfahrens hat die Antragstellerin damit begründet, sie beabsichtige, nachdem die Antragsgegnerin die Beseitigung der Mängel nicht vornehmen wolle, numehr die festgestellten Schäden in Eigenregie zur Vermeidung von Weiterungen selbst zu beheben. Die Antragsgegnerin hat der Durchführung des Beweisverfahrens nicht zugestimmt.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               | 5  |
| Durch den angefochtenen Beschluss hat das Landgericht das Verfahren eingestellt und zum Hauptverfahren abgegeben. Das Landgericht hat ausgeführt, unabhängig davon, dass die Antragstellerin ihre Angaben nicht glaubhaft gemacht habe, habe sie trotz entsprechenden Hinweises nicht näher erläutert, warum der seit Dezember 2007 bekannte Zustand nunmehr der Behebung bedürfe.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                 | 6  |
| Gegen diesen Beschluss richtet sich die sofortige Beschwerde der Antragstellerin.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                  | 7  |
| Während des Beschwerdeverfahrens hat die Antragstellerin eine eidesstattliche Versicherung des zuständigen Sachbearbeiters vorgelegt.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              | 8  |
| In dem am 19.11.2009 im Hauptsacheverfahren durchgeführten Termin zur mündlichen Verhandlung hat das Landgericht den Hinweis erteilt, aus seiner Sicht sei zunächst die Frage der Mangelhaftigkeit der Kanäle zu prüfen. Insoweit sei auch grundsätzlich ein entsprechender Beweisbeschluss zu erlassen. Vorrangig sei aber der Ausgang des vorliegenden Beschwerdeverfahrens abzuwarten.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                          | 9  |
| <b>II.</b>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                         | 10 |
| Die gemäß § 567 ZPO statthafte und auch im übrigen zulässige sofortige Beschwerde der Antragstellerin ist begründet.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               | 11 |
| Dem Antrag auf Durchführung des selbstständigen Beweisverfahrens ist stattzugeben.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                 | 12 |
| Gem. § 485 Abs. 1 ZPO ist ein Beweisverfahren während oder außerhalb eines Streitverfahrens anzuordnen, wenn der Gegner zustimmt oder zu besorgen ist, dass das                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                    | 13 |

Beweismittel verloren geht oder seine Benutzung erschwert wird. Die Zulässigkeit des Beweisverfahrens unter dem Gesichtspunkt des Verlusts des Beweismittels kann entgegen der Ansicht des Landgerichts nicht verneint werden.

Beabsichtigt der Bauherr Mängel durch ein Drittunternehmen beheben zu lassen, liegt es in seiner freien Entscheidung, ob eine Veränderung des gegenwärtigen Zustandes eintritt oder nicht. Die Tatsache, dass der Antragsteller das Beweismittel durch geeignete Maßnahmen oder ein Unterlassen von Veränderungen erhalten kann, macht einen Antrag auf gerichtliche Beweissicherung jedoch nicht zugleich unzulässig. Vielmehr kommt es insoweit allein auf die Frage der Zumutbarkeit der Beweismittelerhaltung an (vgl. Werner/Pastor, Der Bauprozess, 12. Aufl. Rn. 19 m.w.N.; OLG Köln MDR 1994, 94). Auch in den Fällen, in denen die Funktionstüchtigkeit des Bauwerks durch die gegenständlichen Mängel nicht beeinträchtigt ist, entspricht es dem aner kennenswerten berechtigten Interesse des Bauherrn an der Schaffung eines vertragsgerechten Zustandes, vorhandene Mängel zügig zu beseitigen. Die dauerhafte Dokumentation des vorhandenen Zustandes durch Einleitung eines Beweisverfahrens ist der hierzu vorgesehene Weg. Wäre der Bauherr gezwungen, einen Bauprozess abzuwarten, ohne zuvor schon die Beweise sichern zu können und alsbald die Mängel beseitigen zu lassen, müsste er mindestens bis zur Beendigung der Beweisaufnahme in einem Mängelprozess einen vertragswidrigen Zustand hinnehmen. Das ist dem Bauherrn nicht zuzumuten. Berechtigte Interessen des Werkunternehmers, die dem entgegen stehen könnten, sind nicht ersichtlich (vgl. Werner/Pastor, a.a.O. Rn. 20).

Dem steht nicht entgegen, dass das Landgericht ausweislich des Terminsprotokolls vom 19.11.2009 in der Hauptsache hinsichtlich der behaupteten Mängel des Kanalsystems grundsätzlich den Erlass eines Beweisbeschlusses in Aussicht gestellt hat, von der Umsetzung dieser Maßnahme allerdings mit Blick auf die in dem vorliegenden Verfahren ausstehende Beschwerdeentscheidung abgesehen hat. Der Anordnung der Beweiserhebung im Beweisverfahren stünde zunächst nicht entgegen, dass diese Fragen auch Gegenstand eines Beweisbeschlusses im Hauptsacheverfahren sein könnten. Gemäß § 485 Abs. 3 ZPO findet grundsätzlich eine neue Begutachtung erst dann nicht mehr statt, wenn eine Begutachtung bereits gerichtlich angeordnet ist (weitergehend OLG Hamm BaurR 2003, 1763, das auf die Erstellung des Gutachtens abstellt). Bislang ist das Landgericht aber eben nicht tätig geworden, sondern es hat nur den Erlass eines Beweisbeschlusses angekündigt. Sodann kann nicht festgestellt werden, dass durch den Erlass des angekündigten Beschlusses im Hauptsacheverfahren die im Beweisverfahren gestellten Fragen der Antragstellerin erschöpfend beantwortet werden, mithin eine Identität der Beweisfragen gegeben ist. Zweifel ergeben sich daraus, dass das Landgericht im Hauptsacheverfahren zwar der Frage des Vorliegens eines Mangels nachzugehen beabsichtigt. Nicht fest steht aber, ob das Landgericht auch die exakten Kosten der Mangelbeseitigung aufklären wird, weil es hierauf im Hauptsacheverfahren möglicherweise deshalb nicht ankommt, weil die Antragstellerin insoweit vorrangig ein Zurückbehaltungsrecht geltend macht. Dem gegenüber reichen die im Beweisverfahren gestellten Fragen nach den zur Mangelbeseitigung erforderlichen Arbeiten und den damit in Zusammenhang stehenden Kosten weiter.

Einer Kostenentscheidung bedarf es nicht. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens sind Kosten des Beweisverfahrens.

