

---

**Datum:** 22.12.2004  
**Gericht:** Oberlandesgericht Köln  
**Spruchkörper:** 11. Zivilsenat  
**Entscheidungsart:** Beschluss  
**Aktenzeichen:** 11 W 72/04  
**ECLI:** ECLI:DE:OLGK:2004:1222.11W72.04.00

---

**Vorinstanz:** Landgericht Köln, 21 OH 32/02

---

**Tenor:**

Auf die sofortige Beschwerde der Antragstellerin vom 01.10.2004 wird der Beschluss der 21. Zivilkammer des Landgerichts Köln vom 28.09.2004 - 21 OH 32/02 - abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Der Kostenantrag der Antragsgegnerin zu 3) vom 11.04.2003 wird mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass hierüber nicht auf der Grundlage der mit Beschluss des Landgerichts vom 15.06.2004 gesetzten Frist zur Klageerhebung entschieden werden darf.

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens trägt die Antragsgegnerin zu 3).

---

**GRÜNDE**

1

Die sofortige Beschwerde der Antragstellerin ist gemäß § 494 a Abs. 2 S. 2 ZPO statthaft und unterliegt auch im übrigen keinen Zulässigkeitsbedenken. Das Rechtsmittel hat auch in der Sache selbst Erfolg und führt zur Aufhebung des angefochtenen Kostenbeschlusses. Die Voraussetzungen für eine Kostenentscheidung nach § 494 a Abs. 2 S. 1 ZPO sind derzeit nicht erfüllt.

2

Nach der bezeichneten Vorschrift hat das Gericht die einem Antragsgegner entstandenen Kosten dem Antragsteller aufzuerlegen, wenn der Antragsteller die ihm gemäß § 494 a Abs. 1

3

gesetzte Frist zur Klageerhebung nicht beachtet hat. Die Vorschrift des § 494 a Abs. 1 ZPO setzt ausdrücklich voraus, dass die Beweiserhebung im selbständigen Beweisverfahren beendet ist. Vorliegend ist jedoch noch keine Beendigung eingetreten.

Die auch im Verhältnis zur Antragsgegnerin zu 3) getroffenen Beweisanordnungen sind noch nicht vollständig erledigt. Das Landgericht hat keine Feststellungen dazu getroffen, dass nach dem Ergebnis des bisherigen Beweisverfahrens jedenfalls in Bezug auf diese Antragsgegnerin von einer endgültigen Erledigung der Beweisanträge und von einer Beendigung des Beweisverfahrens auszugehen sei. Solche Feststellungen sind auch derzeit nicht möglich. Ausweislich des Ergänzungsgutachtens des Sachverständigen Dipl.-Ing. Gürtler vom 15.10.2003 (Bl. 270 ff. d.A.) ist es vielmehr unter Beteiligung der Antragstellerin und der Antragsgegner zu 1) und zu 4) zu einem Teil- bzw. Zwischenvergleich gekommen, wonach die Antragsgegnerin zu 1) bestimmte Sanierungsarbeiten durchführen soll, deren Erfolg unstreitig nach Ablauf von sechs Monaten ab Ausführung der betreffenden Arbeiten überprüft werden soll. Diese Vereinbarungen haben nicht die Beendigung des selbständigen Beweisverfahrens bewirkt. Dass die Mängelsituation im Rahmen des selbständigen Beweisverfahrens ggf. weiter aufgeklärt werden soll, ergibt sich schon aus dem vom Sachverständigen niedergelegten Hinweis darauf, dass die verabredeten Mängelbeseitigungsarbeiten ungeachtet der Beweisbeschlüsse "zwischenzeitlich" durchgeführt werden sollen. Es ist im Übrigen auch unstreitig geblieben, dass mit den vereinbarten Abhilfemaßnahmen keine abschließende Einigung über die zugrunde liegende Mängelsituation herbeigeführt werden sollte, sondern lediglich eine Abstimmung über bestimmte Sanierungsmaßnahmen erfolgt ist, hinsichtlich deren der Antragstellerin die Überprüfung erfolgreich geschaffener Abhilfe vorbehalten ist. Das Landgericht hat dies ausweislich seiner Verfügung vom 12.01.2004 (Bl. 301 R d.A.) nicht anders gesehen, sondern ausdrücklich darauf hingewiesen, dass das Beweisverfahren noch nicht abgeschlossen ist. Nach Ablauf der unstreitig ins Auge gefassten Prüfungsfrist zur Feststellung, ob vorhandene Mängel hinreichend saniert sind, wirkt die Antragstellerin auch seit geraumer Zeit darauf hin, dem Beweisverfahren Fortgang zu geben und dem Sachverständigen die Beantwortung einer Reihe von Ergänzungsfragen zur abschließenden Aufklärung der Mängelsituation aufzugeben.

Im Verhältnis zur Antragsgegnerin zu 3) ist auch nicht von einer Zurücknahme des Beweisantrags auszugehen. Zwar ist anerkannt, dass die antragstellende Partei entsprechend § 269 Abs. 3 ZPO auch dann in die Kosten des selbständigen Beweisverfahrens zu nehmen ist, wenn sie ihren Antrag zurücknimmt (vgl. Sieburg, Handbuch der Gewährleistung beim Bauvertrag, 4. Aufl., Rz. 3352 ff., m.w.N.). Eine ausdrückliche Rücknahme des gegen die Antragsgegnerin zu 3) gerichteten Beweisantrags ist hier nicht erfolgt. Der Senat hat erwogen, ob nicht in einem Verfahren mit mehreren Antragsgegnern, in dem sich die antragstellende Partei mit einem Teil der Antragsgegner auf einen Teil- oder Zwischenvergleich des hier in Rede stehenden Inhalts einigt, zumindest dann im Verhältnis zu dem am Vergleich nicht beteiligten Antragsgegner von einer - faktischen - Antragsrücknahme auszugehen ist, wenn das Verfahren gegenüber diesem Antragsgegner praktisch nicht mehr betrieben wird. Nach dem hier zugrunde liegenden Verfahrensablauf ist der Rückschluss auf eine faktische bzw. konkludente Antragsrücknahme jedoch nicht gerechtfertigt. Die Antragstellerin macht ausdrücklich geltend, dass es auch im Verhältnis zur Antragsgegnerin zu 3) an einer abschließenden Sachaufklärung fehlt. Danach besteht keine Grundlage für die Annahme, dass die Antragstellerin ihre Rechtsverfolgung gegenüber der Antragsgegnerin zu 3) aufgegeben hat. Die weitere Inanspruchnahme der Antragsgegnerin zu 3) fällt in zeitlicher Hinsicht auch nicht so aus dem Rahmen üblicher Verfahrensdauer, dass sie etwa als unbillig oder unverhältnismäßig anzusehen wäre. Die Verabredung

bestimmter Sanierungsarbeiten, deren Erfolgsträchtigkeit im Verlaufe von ca. einem Jahr überprüft werden soll, umschreibt einen ohne weiteres überschaubaren Zeitraum, den die Antragsgegnerin zu 3) zumutbar abzuwarten hat. Es ist auch nicht treuwidrig, wenn die antragstellende Partei im Benehmen mit bestimmten Antragsgegnern versucht, eine bestehende Mängelsituation einvernehmlich und ohne den mit einem Hauptsacheverfahren zu erwartenden Prozessaufwand in den Griff zu bekommen. Der hier in Rede stehende zeitliche Aufschub geht jedenfalls nicht über die Dauer eines etwa zu erwartenden Hauptsacheverfahrens hinaus.

Vor diesem Hintergrund wird das Landgericht den ergänzenden Beweisfragen nachzugehen und nach Beendigung des selbständigen Beweisverfahrens erneut darüber zu befinden haben, wie im Verhältnis zur Antragsgegnerin zu 3) im Rahmen des § 494 a ZPO zu verfahren ist.

6

Gegenstandswert für die Beschwerde: bis 2.000,- EUR (§ 3 ZPO).

7