
Datum: 03.09.2014
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 16. Zivilsenat
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: 16 W 37/13
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2014:0903.16W37.13.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 27 OH 30/07

Tenor:

Auf die sofortige Beschwerde der Antragstellerin zu 2) wird der Beschluss der 27. Zivilkammer des Landgerichts Köln vom 29.10.2013 – 27 OH 30/07 – aufgehoben. Der Kostenantrag der Antragsgegner sowie die Anträge auf Setzung einer Frist zur Erhebung der Hauptsacheklage werden zurückgewiesen.

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens tragen die Antragsgegnerin zu 1) zu 25%, die Antragsgegnerin zu 2) zu 60 % und die Antragsgegnerin zu 3) zu 15 %.

Der Gegenstandswert für das Beschwerdeverfahren wird auf 11.000 € festgesetzt.

Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen.

Gründe:

I.

Die Antragstellerin zu 2) realisierte über die von ihr gegründete Antragstellerin zu 1) in angemieteten Räumlichkeiten in L das Projekt „L2“, welches der Vereinbarkeit von Familie und Beruf diene. Das Gebäude enthielt im Untergeschoss eine Kindertagesstätte und im Erdgeschoss Büro- und Konferenzräume, die von Freiberuflern stundenweise angemietet werden konnten. Hierzu ließen die Antragstellerinnen die angemieteten Gewerberäumlichkeiten umfassend umbauen.

1

2

3

4

Mit der Planung und Überwachung des Umbaus und der Einrichtungen war die Antragsgegnerin zu 1) beauftragt. Nach dem rechtskräftigen Zwischenurteil des Senats im Verfahren 16 U 77/09 steht fest, dass der Architektenvertrag zwischen der Antragsgegnerin zu 1) und der Antragstellerin zu 2) besteht. Die Antragstellerin zu 2) beauftragte die Antragsgegnerin zu 2) mit den Arbeiten für die Gewerke „Lüftung“ und „Heizung und Sanitär“ und die Antragsgegnerin zu 3) mit dem Gewerk „Elektroarbeiten“.

Unter dem 7.12.2007 haben die Antragstellerinnen ein selbstständiges Beweisverfahren zur Feststellung zahlreicher behaupteter Mängel dieser Gewerke eingeleitet. Das Landgericht hat die Einholung mehrerer Sachverständigengutachten zu verschiedenen Gewerken angeordnet, die inzwischen überwiegend vorliegen. Mit der Begutachtung für das Gewerk Baukonstruktion wurde der Sachverständige L3 beauftragt. Dieser teilte mit Schreiben vom 24.7.2013 (Bl. 1628 d.A.) mit, dass der eingezahlte Vorschuss von 1.500 € nicht ausreiche, die Kosten des Gutachtens beliefen sich voraussichtlich auf 3.700 €. Mit Verfügung vom 29.7.2013 übersandte die Kammer das Schreiben den Antragstellerinnen mit dem Zusatz: „Es wird um Mitteilung gebeten, ob der weitere Vorschuss eingezahlt wird und gegebenenfalls bis wann. Einer Stellungnahme binnen 2 Wochen sehe ich entgegen.“ (Bl. 1627R d.A.). Nachdem bis zum 20.8.2013 weder eine Stellungnahme der Antragstellerinnen noch der Vorschuss eingegangen waren, forderte das Landgericht den Sachverständigen auf, die weitere Begutachtung einzustellen. Die Antragsgegnerin zu 1) hat daraufhin beantragt, den Antragstellerinnen die Kosten des Beweisverfahrens aufzuerlegen, hilfsweise ihnen nach § 494a ZPO Frist zur Klageerhebung zu setzen. Die Antragsgegnerinnen zu 2) und 3) haben sich den Anträgen angeschlossen.

Am 5.9.2013 wurde über das Vermögen der Antragstellerin zu 1) das Insolvenzverfahren eröffnet (Bl. 1640 d.A.).

Mit Beschluss vom 29.10.2013 hat das Landgericht der Antragstellerin zu 2) die Kosten des selbständigen Beweisverfahrens zu 1/2 auferlegt.

Hiergegen wendet sich die Antragstellerin zu 2) mit der sofortigen Beschwerde, mit der sie u.a. geltend macht, dass sie den Vorschuss ausschließlich deshalb nicht gezahlt habe, weil das Verfahren wegen Insolvenzeröffnung über das Vermögen der Antragstellerin zu 1) nach § 240 ZPO unterbrochen sei.

Das Landgericht hat der sofortigen Beschwerde nicht abgeholfen und sie dem Senat zur Entscheidung vorgelegt.

II.

Die zulässige sofortige Beschwerde hat Erfolg.

1. Das Landgericht hat der Antragstellerin zu 2) zu Unrecht die Kosten des selbständigen Beweisverfahrens auferlegt, weil sie den angeforderten Kostenvorschuss nicht gezahlt hat.

Grundsätzlich ergeht im selbständigen Beweisverfahren keine Kostenentscheidung, die Kosten des selbständigen Beweisverfahrens sind vielmehr Kosten des Hauptsacheverfahrens und von der Kostenentscheidung des Hauptsacheverfahrens umfasst, ohne dass dies in der Kostenentscheidung ausdrücklich ausgesprochen werden muss. Eine isolierte Kostenentscheidung im selbständigen Beweisverfahren, die Grundlage einer Kostenerstattung ist, ist nur in drei Fällen möglich, nämlich bei Zurückweisung des Antrags als unzulässig, bei Rücknahme des Antrags durch den Antragsteller und in den Fällen des

§ 494a ZPO (Antrag auf Fristsetzung zur Hauptsacheklage). Diesen Fällen ist gemeinsam, dass es zu einem Hauptsacheverfahren zum selbständigen Beweisverfahren nicht kommt.

In Literatur und der obergerichtlichen Rechtsprechung ist streitig, ob die Nichtzahlung des angeforderten Kostenvorschusses zur Folge hat, dass dem Antragsteller die Kosten des selbständigen Beweisverfahrens auferlegt werden können. Nach wohl mehrheitlicher Auffassung sind dem Antragsteller, der den von ihm geforderten Kostenvorschuss nicht einzahlt, in entsprechender Anwendung von § 269 Abs. 3, 4 ZPO auf Antrag des Gegners die Kosten des selbständigen Beweisverfahrens aufzuerlegen (OLG Saarbrücken, Beschl. v. 19.10.2010 – 8 W 244/10, NJW-RR 2011, 500 m.w.Nachw.; OLG Dresden, Beschl. v. 31.7.2003 – 7 W 934/03, IBR 2004, 173; OLG Jena, Beschl. v. 16.11.2001 – 2 W 506/01, BauR 2002, 667; OLG Stuttgart, Beschl. v. 17.8.1999 – 12 W 32/99, OLGR 1999, 419; OLG Frankfurt, Beschl. v. 27.2.1995 – 22 W 43/94, NJW-RR 1995, 1150; Zöller/Herget, ZPO, 30. Aufl., § 91 Rn. 13 „Selbständiges Beweisverfahren“; zum Streitstand Seibel, ibi-Online-Kommentar Selbständiges Beweisverfahren, Stand 2.8.2012, § 494a Rn. 28 ff. m.w.Nachw.). Anders als bei der einseitigen Erledigungserklärung wird dies nicht damit begründet, dass das Verhalten des Antragstellers, der das Verfahren nicht weiter betreibt, als Abstandnahme von dem Antrag ausgelegt werden kann. Vielmehr sehen die Vertreter dieser Ansicht ein praktisches Bedürfnis dafür, dem Antragsgegner die Möglichkeit zu geben, eine für ihn günstige Kostenentscheidung herbeizuführen, wenn der Antragsteller das Verfahren nicht betreibt (OLG Saarbrücken, aaO). Mit der analogen Anwendung von § 269 Abs. 3 ZPO soll die kostenrechtliche Lücke geschlossen werden zwischen der Kostenfolge des § 269 Abs. 3 ZPO bei Antragsrücknahme und der Kostenfolge nach § 494a ZPO, wenn der Antragsteller nach Abschluss des selbständigen Beweisverfahrens kein Hauptsacheverfahren einleitet (OLG Saarbrücken, aaO; OLG Stuttgart, Beschl. v. 17.8.1999 – 12 W 32/99, OLGR 1999, 419). Blicke das Nichtbetreiben des Verfahrens ohne kostenrechtliche Folgen, hätte es der Antragsteller in der Hand, sich durch einfaches Nichtbetreiben des angestrebten selbständigen Beweisverfahrens dessen kostenmäßigen Risiken zu Lasten des Antragsgegners zu entziehen (OLG Saarbrücken, aaO; OLG Stuttgart, Beschl. v. 17.8.1999 – 12 W 32/99, OLGR 1999, 419).

14

Die Gegenmeinung verweist darauf, dass die Nichtzahlung des Vorschusses einer Rücknahme nicht gleichgesetzt werden könne. Vielmehr habe das Gericht das Beweisverfahren zu Ende zu führen, alsdann könne der Antragsgegner über § 494a ZPO eine Kostenentscheidung herbeiführen (OLG Köln, Beschl. v. 12.4.2000 – 17 W 480/99, NJW-RR 2001, 1650; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 19.11.2001 – 21 U 35/01, BauR 2002, 350; Ulrich, Beweisverfahren mit Sachverständigen, ibi-online, Stand 3.3.2008, 9. Kapitel Rn. 41).

15

Der Senat stimmt der letztgenannten Auffassung zu. Weder kommt der Nichtzahlung des Vorschusses der Erklärungswert einer Antragsrücknahme zu, noch besteht eine planwidrige Regelungslücke, welche die analoge Anwendung der Kostenvorschrift des § 269 Abs. 3 ZPO rechtfertigt.

16

Der unterbliebenen Zahlung des Vorschusses kann nicht der Erklärungswert beigemessen werden, dass der Antragsteller kein Interesse an der Durchführung des selbständigen Beweisverfahrens hat. Die Nichtzahlung des Vorschusses kann viele Gründe haben. Der Beteiligte kann der Auffassung sein, zur Vorschusszahlung nicht verpflichtet zu sein, er kann sie vergessen haben oder er verfügt nicht über die erforderlichen finanziellen Mittel. Auch im vorliegenden Fall beruht die Nichtzahlung des Vorschusses nicht erkennbar auf dem Willen, das Beweisverfahren zu beenden. Die Antragstellerin hat sie vielmehr mit der – unzutreffenden (BGH, Beschl. v. 11.12.2003 – VII ZB 14/03, BauR 2004, 531) –

17

Rechtsansicht begründet, das Beweisverfahren sei auch ihr gegenüber wegen Insolvenz der Antragstellerin zu 1) gem. § 240 ZPO unterbrochen.

Es besteht weder eine planwidrige Regelungslücke noch ein unabweisbares Bedürfnis für eine Kostenentscheidung zu Lasten des Antragstellers in diesen Fällen. Das selbständige Beweisverfahren endet nur ausnahmsweise mit einer Kostenentscheidung. Nach dem Ende des selbständigen Beweisverfahrens kann der Antragsgegner, für den das Beweisverfahren positiv geendet hat, über § 494a ZPO eine Kostenentscheidung erreichen. Diese Möglichkeit besteht auch in der vorliegenden Konstellation. 18

Das Beweisverfahren endet mit seiner sachlichen Erledigung (st. Rsp. BGH, Beschl. v. 24.3.2009 – VII ZR 200/08, BauR 2009, 979; Urt. v. 20.2.2002 – VIII ZR 228/00, BauR 2002, 1115). Diese Erledigung tritt ein, wenn die erforderlichen Beweise erhoben sind. Wird der Auslagenvorschuss trotz Fristsetzung und ordnungsgemäßer Belehrung nicht gezahlt, unterbleibt die weitere Beweisaufnahme, §§ 492 Abs. 1, 402, 379 S. 2 ZPO. Auch hiermit findet das Beweisverfahren seine sachliche Erledigung, was das Gericht durch deklaratorischen Beschluss feststellen kann (Ulrich, Beweisverfahren mit Sachverständigen, ibr-online, Stand 3.3.2008, 9. Kapitel Rn. 41). 19

2. Der hilfsweise Antrag der Antragsgegner auf Setzung einer Frist zur Erhebung der Hauptsacheklage nach § 494a ZPO hat ebenfalls keinen Erfolg. 20

a) Der Antrag der Antragsgegner zu 2) und 3) auf Fristsetzung zur Erhebung der Hauptsacheklage durch die Antragstellerin zu 2) ist schon deshalb unbegründet, weil der Antrag der Antragstellerin zu 2) sich nicht gegen sie richtet. Vielmehr ist – soweit das Beweisverfahren sich gegen die Antragsgegner zu 2) und 3) richtet – nur die Antragstellerin zu 1) – die KG – Antragstellerin. Nur sie hat die Werkverträge mit den Antragsgegnern zu 2) und 3) abgeschlossen. 21

b) Der Antrag der Antragsgegnerin zu 1) auf Setzung einer Frist zur Erhebung der Hauptsacheklage ist unbegründet, da das Hauptsacheverfahren bereits anhängig war. 22

aa) Hauptsacheverfahren war nicht das vom Senat entschiedene Verfahren 16 U 77/09 = 8 O 400/07 LG Köln. 23

Die Antragsgegnerin zu 1) hat in diesem Verfahren die Antragstellerin zu 2) auf restliches Architektenhonorar in Anspruch genommen. Die Antragstellerin zu 2) hatte sich u.a. damit verteidigt, dass das Architektenhonorar wegen Unbrauchbarkeit der Architektenleistung nicht zu zahlen sei und hilfsweise die Aufrechnung mit Ansprüchen wegen Mängeln der Architektenleistung bzw. Pflichtverletzungen aus dem Architektenvertrag erklärt. Die Antragstellerin zu 2) hat zwar zunächst hilfsweise auch Ansprüche aus Mängeln, die Gegenstand des Beweisverfahrens waren, zur Aufrechnung gestellt; sie hat diese Hilfsaufrechnung indes zurückgenommen, so dass sie nicht mehr Gegenstand des Rechtsstreits waren. 24

bb) Hauptsacheverfahren zum vorliegenden selbständigen Beweisverfahren ist aber der Rechtsstreit 17 O 11/11 LG Köln, in welchem die Antragstellerin zu 1) die hiesige Antragsgegnerin zu 1) wegen der Mängel, die Gegenstand des selbständigen Beweisverfahrens sind, in Anspruch nimmt. Dem steht nicht entgegen, dass die Antragstellerin zu 2) nicht Partei des Rechtsstreits vor der 17. Zivilkammer des Landgerichts Köln ist. Ein Beschluss nach § 494a ZPO kann schon dann nicht ergehen, wenn mehrere Antragsteller wegen ihnen zustehender Mängelansprüche aus einem Vertrag ein 25

selbständiges Beweisverfahren durchgeführt haben und der Antragsgegner daraufhin von einem der Antragsteller, der zugleich Rechtsnachfolger des anderen Antragstellers hinsichtlich der verfahrensgegenständlichen Ansprüche geworden ist, im Klagewege in Anspruch genommen wird (BGH, Beschl. v. 23.8.2007 – VII ZB 79/06, BauR 2007, 1993). Beide Antragsteller haben das Beweisverfahren gegen die Antragsgegnerin zu 1) eingeleitet. Das haben die Antragstellerinnen mit Schriftsatz vom 12.2.2010 (Bl. 969 d.A.) klargestellt. Die Antragstellerin zu 1) nimmt in dem Verfahren 17 O 11/11 LG Köln die Antragsgegnerin zu 1) u.a. aus abgetretenem Recht der Antragstellerin zu 2) wegen der behaupteten Mängel des Architektenwerks in Anspruch, die auch Gegenstand des vorliegenden selbständigen Beweisverfahrens sind.

III. 26

Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 92 Abs. 1, 100 Abs. 1 und 2 ZPO, die Entscheidung über die Festsetzung des Gegenstandswertes aus § 3 ZPO. Der Streitwert setzt sich zusammen aus der Hälfte der geschätzten Rechtsanwaltskosten der Antragsgegnerinnen im Beweisverfahren sowie der von diesen gezahlten Auslagenvorschüsse. Dabei ist der Senat von Anwaltskosten von jeweils 3.405 € ausgegangen. Die Antragsgegnerin zu 1) hat Auslagenvorschüsse in Höhe von 1.900 € eingezahlt, die Antragsgegnerin zu 2) in Höhe von 9.500 €.

Die Rechtsbeschwerde ist im Hinblick auf die abweichende Auffassung der Oberlandesgerichte Saarbrücken und Stuttgart zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung zuzulassen. 28