



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

V ZB 131/17

vom

14. März 2018

in dem selbständigen Beweisverfahren

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

ZPO § 485; WEG § 21 Abs. 4 und Abs. 5 Nr. 2

Die Durchführung eines gegen die übrigen Wohnungseigentümer gerichteten selbständigen Beweisverfahrens über Mängel am Gemeinschaftseigentum setzt nicht voraus, dass der antragstellende Wohnungseigentümer sich zuvor um eine Beschlussfassung der Eigentümerversammlung über die Einholung eines Sachverständigengutachtens zu den behaupteten Mängeln bemüht hat.

BGH, Beschluss vom 14. März 2018 - V ZB 131/17 - LG Berlin
AG Charlottenburg

Der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 14. März 2018 durch die Vorsitzende Richterin Dr. Stresemann, die Richterinnen Dr. Brückner und Weinland und die Richter Dr. Kazele und Dr. Hamdorf

beschlossen:

Auf die Rechtsmittel der Antragsteller werden die Beschlüsse der Zivilkammer 85 des Landgerichts Berlin vom 5. Mai 2017 und des Amtsgerichts Charlottenburg vom 19. Oktober 2016 aufgehoben.

Die Sache wird zur erneuten Entscheidung über den Antrag auf Durchführung eines selbständigen Beweisverfahrens an das Amtsgericht Charlottenburg zurückverwiesen.

Der Gegenstandswert des Rechtsbeschwerdeverfahrens beträgt 10.000 €.

Gründe:

I.

- 1 Die Parteien bilden eine Wohnungseigentümergeinschaft. Über der Wohnung der Antragsteller befindet sich das Dachgeschoss. Dieses wurde in Umsetzung der Teilungserklärung nachträglich ausgebaut. Von dem Bauträger beauftragte Messungen kamen hinsichtlich der Frage, ob bei dem Ausbau die Anforderungen an die Trittschalldämmung eingehalten wurden, zu unterschiedlichen Ergebnissen.

2 Auf einer außerordentlichen Eigentümerversammlung wurde der von den Antragstellern eingebrachte Antrag, den Bauträger wegen etwaiger Mängel des Dachgeschossausbaus in Anspruch zu nehmen, abgelehnt. Der weitere Antrag, zur Vorbereitung dieser Ansprüche ein Gutachten zu Schallschutzmängeln einzuholen, wurde laut Versammlungsprotokoll „(a)ufgrund der allgemeinen Stimmungslage“ der anwesenden Eigentümer nicht zur Abstimmung gebracht. Nunmehr begehren die Antragsteller im Wege eines selbständigen Beweisverfahrens die sachverständige Feststellung von Mängeln des Trittschallschutzes gegenüber den übrigen Wohnungseigentümern, um diese sodann gegebenenfalls auf Beseitigung von Mängeln in Anspruch zu nehmen.

3 Das Amtsgericht hat den Antrag auf Durchführung eines selbständigen Beweisverfahrens als unzulässig verworfen. Die hiergegen gerichtete sofortige Beschwerde der Antragsteller hat das Landgericht zurückgewiesen. Mit der von dem Landgericht zugelassenen Rechtsbeschwerde, deren Zurückweisung die Antragsgegner beantragen, verfolgen die Antragsteller ihren Antrag weiter.

II.

4 Das Beschwerdegericht erachtet den Antrag auf Durchführung eines selbständigen Beweisverfahrens mangels Rechtsschutzbedürfnisses für unzulässig. Die Einholung eines Sachverständigengutachtens zu dem Umfang von Schäden und deren möglicher Ursachen sowie zur Notwendigkeit von Instandsetzungsarbeiten sei eine (vorbereitende) Maßnahme der Instandsetzung im Sinne von § 21 Abs. 5 Nr. 2 WEG, für die die Wohnungseigentümer gemeinschaftlich zuständig seien. Im Rahmen ihres Selbstorganisationsrechts sei es zunächst der Gemeinschaft überlassen, in welchem Umfang und durch welchen Sachverständigen sie Mängel am Gemeinschaftseigentum feststellen lasse. Das ihr dabei zustehende Ermessen würde bei Durchführung eines selbständi-

gen Beweisverfahrens durch eine gerichtliche Entscheidung vorweggenommen, weil die Gemeinschaft nur noch über die etwaige konkrete Mängelbeseitigung, nicht aber über Art und Umfang der vorbereitenden gutachterlichen Bestandsaufnahme entscheiden könnte. Hier sei eine Vorbefassung weder erfolgt noch als sinnlose Förmerei entbehrlich.

III.

5 Das hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Die Durchführung eines gegen die übrigen Wohnungseigentümer gerichteten selbständigen Beweisverfahrens über Mängel an dem Gemeinschaftseigentum setzt nicht voraus, dass der antragstellende Wohnungseigentümer sich zuvor um eine Beschlussfassung der Eigentümerversammlung über die Einholung eines Sachverständigen-gutachtens zu den behaupteten Mängeln bemüht hat.

6 1. Zutreffend ist allerdings der rechtliche Ausgangspunkt des Beschwerdegerichts, dass für die Beschlussfassung über Maßnahmen der ordnungsmäßigen Verwaltung primär die Versammlung der Wohnungseigentümer zuständig ist (§ 21 Abs. 1 und 3, § 23 Abs. 1 WEG). Daher fehlt der auf Mitwirkung der übrigen Wohnungseigentümer an einer ordnungsmäßigen Verwaltung gerichteten Leistungsklage eines Wohnungseigentümers das Rechtsschutzbedürfnis, wenn dieser sich vor Anrufung des Gerichts nicht um die Beschlussfassung der Versammlung bemüht (sog. Vorbefassungsgebot; vgl. Senat, Urteil vom 15. Januar 2010 - V ZR 114/09, BGHZ 184, 88 Rn. 14; Urteil vom 27. April 2012 - V ZR 177/11, NJW-RR 2012, 910 Rn. 7).

7 2. Entgegen der Ansicht des Beschwerdegerichts gelten diese Grundsätze nicht für den gegen die übrigen Wohnungseigentümer gerichteten Antrag eines Wohnungseigentümers auf Durchführung eines selbständigen Beweisverfahrens über Mängel am Gemeinschaftseigentum. In Rechtsprechung und Lite-

ratur ist allerdings umstritten, ob das Vorbefassungsgebot auch in diesem Fall zu beachten ist.

8 a) Nach einer Ansicht, der auch das Beschwerdegericht folgt, fehlt einem solchen Antrag das allgemeine Rechtsschutzbedürfnis oder das rechtliche Interesse i.S.v. § 485 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 und 3, Satz 2 ZPO, wenn der Wohnungseigentümer nicht zuvor eine Beschlussfassung über die Einholung eines Sachverständigengutachtens zu den behaupteten Mängeln herbeigeführt hat (LG Stuttgart, Justiz 2000, 88 f.; AG Siegburg, Beschluss vom 23. November 2015 - 150 H 1/15, juris Rn. 9; LG München I, 36. Kammer, ZMR 2017, 1010 und Beschluss vom 17. November 2015 - 36 T 15903/15, BeckRS 2015, 123157; AG München, ZMR 2017, 341, 343 und ZMR 2017, 845; BeckOK WEG/Elzer, Stand 1. Oktober 2017, § 43 Rn. 259d; Rüscher, jurisPR-MietR 25/2016 Anm. 3).

9 b) Nach anderer Ansicht ist die Vorbefassung der Wohnungseigentümer in diesem Fall nicht erforderlich (vgl. LG München I, 1. Kammer, ZMR 2016, 908 und Beschluss vom 25. Juli 2016 - 1 T 10029/16, BeckRS 2016, 14244; Briesemeister, IMR 2016, 441; Bub/Bernhard, FD-MietR 2016, 380820; Klimesch, IMR 2016, 265; M. A. Müller, ZMR 2017, 846).

10 3. Der Senat entscheidet den Streit im Sinne der letztgenannten Ansicht.

11 a) Nach § 485 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 und 3 ZPO kann eine Partei die schriftliche Begutachtung durch einen Sachverständigen beantragen, wenn sie ein rechtliches Interesse daran hat, dass die Ursache eines Sachmangels bzw. der Aufwand für dessen Beseitigung festgestellt wird. Ein rechtliches Interesse ist nach § 485 Abs. 2 Satz 2 ZPO anzunehmen, wenn die Feststellung der Vermeidung eines Rechtsstreits dienen kann. Der Begriff des rechtlichen Interesses ist weit zu fassen. Insbesondere ist es dem Gericht grundsätzlich verwehrt,

bereits im Rahmen des selbstständigen Beweisverfahrens eine Schlüssigkeits- oder Erheblichkeitsprüfung vorzunehmen. Dementsprechend kann ein rechtliches Interesse nur in völlig eindeutigen Fällen verneint werden, in denen evident ist, dass der behauptete Anspruch keinesfalls bestehen kann (vgl. BGH, Beschluss vom 20. Oktober 2009 - VI ZB 53/08, NJW-RR 2010, 946 Rn. 6; Beschluss vom 16. September 2004 - III ZB 33/04, NJW 2004, 3488).

12 Der Anspruch eines Wohnungseigentümers gegen die übrigen Wohnungseigentümer aus § 21 Abs. 4 i.V.m. Abs. 5 Nr. 2 WEG auf Beseitigung von Mängeln des Gemeinschaftseigentums als Maßnahme ordnungsmäßiger Verwaltung setzt aber weder materiell voraus noch erfordert seine gerichtliche Durchsetzung stets, dass der Wohnungseigentümer sich zuvor um eine Beschlussfassung der Versammlung über die Maßnahme bemüht hat. Das Vorbefassungsgebot gilt nämlich ausnahmsweise dann nicht, wenn mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit davon ausgegangen werden kann, dass der Antrag in der Eigentümerversammlung nicht die erforderliche Mehrheit finden wird, so dass die Befassung der Versammlung eine unnötige Förmerei wäre (vgl. Senat, Urteil vom 15. Januar 2010 - V ZR 114/09, BGHZ 184, 88 Rn. 14; Urteil vom 27. April 2012 - V ZR 177/11, NJW-RR 2012, 910 Rn. 7). Das Gericht wäre daher im Einzelfall zu einer aufwändigen Prüfung der Voraussetzungen dieser Aufnahme gezwungen, was auch erhebliche Unsicherheiten mit sich brächte. Denn häufig wird nicht offenkundig sein, ob der Antrag in der Eigentümerversammlung Aussicht auf Erfolg gehabt hätte. Mit dieser Prüfung würde das selbständige Beweisverfahren überfrachtet und seine Funktion, zur Vermeidung eines Rechtsstreits beizutragen, erheblich entwertet.

13 b) Das rechtliche Interesse i.S.v. § 485 Abs. 2 Satz 2 ZPO ist bei unterbliebener Vorbefassung auch nicht aus wohnungseigentumsrechtlichen Erwägungen zu verneinen.

- 14 aa) Richtig ist zwar, dass zu einer ordnungsmäßigen Verwaltung, die ein einzelner Wohnungseigentümer gemäß § 21 Abs. 4 WEG verlangen kann und die nach § 21 Abs. 5 Nr. 2 WEG die ordnungsmäßige Instandhaltung und Instandsetzung des gemeinschaftlichen Eigentums umfasst (vgl. Senat, Urteil vom 23. Juni 2017 - V ZR 102/16, ZWE 2017, 367 Rn. 7), auch die Vorbereitung der erforderlichen Maßnahmen gehört. Die Wohnungseigentümer halten sich nämlich nur dann im Rahmen des ihnen in Bezug auf Maßnahmen ordnungsmäßiger Verwaltung zustehenden Beurteilungsspielraums, wenn sie ihre Entscheidung auf einer ausreichenden Tatsachengrundlage treffen (vgl. Senat, Urteil vom 22. Juni 2012 - V ZR 190/11, NJW 2012, 3175 Rn. 19, 21 zur Verwalterbestellung; Schmidt-Räntsch, ZWE 2013, 429, 437). Es entspricht daher regelmäßig ordnungsmäßiger Verwaltung, vor der Beschlussfassung über Instandsetzungsmaßnahmen deren erforderlichen Umfang und den dafür erforderlichen Aufwand zu ermitteln (vgl. BayObLG, NZM 1999, 280; OLGR München 2006, 330; OLGR Hamm 2007, 430, 432; Vandenhouten in Niefenführ/Vandenhouten, WEG, 12. Aufl., § 21 Rn. 73; Bärmann/Merle, WEG, 13. Aufl., § 21 Rn. 112 a).
- 15 bb) Ein Antrag auf gerichtliche Beweiserhebung in dem Verfahren nach den §§ 485 ff. ZPO erschöpft sich aber weder in der Vorbereitung einer Instandhaltungs- oder Instandsetzungsmaßnahme noch wird durch das Beweisverfahren die Entscheidung der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer über das „ob“ und das „wie“ der Durchführung der Maßnahme vorweggenommen.
- 16 (a) Das selbständige Beweisverfahren hat die Aufklärung von Tatsachen zum Gegenstand. Mit seiner Durchführung wird die Beweiserhebung in einem eventuell später erforderlich werdenden Prozess vorweggenommen (vgl. Senat, Beschluss vom 8. Oktober 2009 - V ZB 84/09, NJW-RR 2010, 233 Rn. 10). Die Beweiserhebung erfolgt gemäß § 492 Abs. 1 ZPO nach den für die Aufnahme

des betreffenden Beweismittels geltenden Vorschriften und steht nach § 493 Abs. 1 ZPO einer Beweisaufnahme vor dem Prozessgericht gleich. Das selbständige Beweisverfahren dient im Fall des § 485 Abs. 1 ZPO der Abwehr eines dem Antragsteller drohenden Rechtsnachteils durch den zu befürchtenden Verlust eines Beweismittels, in dem hier vorliegenden Fall des § 485 Abs. 2 ZPO unabhängig von einem solchen Sicherungsbedürfnis der Vorbereitung einer gütlichen Einigung und damit der Vermeidung von Rechtsstreitigkeiten, bei denen in erster Linie über tatsächliche Fragen gestritten wird (vgl. BT-Drucks. 11/3621, S. 23; Zöller/Herget, ZPO, 32. Aufl., § 485 Rn. 1 und 3). Dabei gewährleistet nach der Vorstellung des Gesetzgebers die Auswahl des Sachverständigen durch das Gericht eine höhere Chance auf Akzeptanz des Beweisergebnisses, als dies bei einem durch eine Partei vorgeschlagenen und deshalb oftmals als parteiisch erachteten Sachverständigen der Fall wäre (vgl. BT-Drucks. 11/3621, aaO).

- 17 (b) Diese Ziele lassen sich mit einem durch die Wohnungseigentümergeinschaft zur Vorbereitung einer anstehenden Instandsetzungsmaßnahme oder zur Abschätzung ihrer Erforderlichkeit eingeholten Gutachten nicht gleichermaßen erreichen. Ein solches Privatgutachten dürfte in einem Prozess nicht als ein Beweismittel im Sinne der §§ 355 ff. ZPO, sondern nur als urkundlich belegter Parteivortrag gewürdigt werden (vgl. Senat, Urteil vom 9. November 1990 - V ZR 108/89, juris Rn. 14; Urteil vom 20. September 2002 - V ZR 170/01, MDR 2003, 45, 46). Eine eigene Beweisaufnahme des Gerichts, insbesondere die Einholung eines gerichtlichen Sachverständigengutachtens, wird durch ein Privatgutachten - von Ausnahmen abgesehen - nicht entbehrlich gemacht (vgl. Senat, Urteil vom 9. November 1990 - V ZR 108/89, juris Rn. 14; BGH, Urteil vom 11. Mai 1993 - VI ZR 243/92, MDR 1993, 797). Es kann daher weder die Sicherung von Beweismitteln bewirken noch in gleichem Maße wie

das in einem selbständigen Beweisverfahren eingeholte Sachverständigengutachten der Vermeidung eines Rechtsstreits (§ 485 Abs. 2 Satz 2 ZPO) dienen.

18 (c) Die Anwendung des Vorbefassungsgebots ist auch nicht zur Wahrung der vorrangigen Zuständigkeit der Versammlung der Wohnungseigentümer für die Beschlussfassung über Maßnahmen der ordnungsmäßigen Verwaltung erforderlich. Mit der Durchführung des selbständigen Beweisverfahrens wird die Entscheidungsbefugnis der Wohnungseigentümer hinsichtlich der Maßnahme selbst nicht beeinträchtigt, da eine gerichtliche Entscheidung über das „ob“ und „wie“ der Durchführung der Mangelbeseitigung anders als im Falle einer von dem Wohnungseigentümer erhobenen Leistungsklage nach § 21 Abs. 4 WEG - für die das Vorbefassungsgebot auch nach Durchführung des selbständigen Beweisverfahrens gilt - nicht ergeht. Ebenso wenig wird durch die gerichtliche Beweissicherung die Befugnis der Wohnungseigentümer beeinträchtigt, über die Art und Weise der Vorbereitung etwaiger Maßnahmen zu beschließen. Es ist ihnen insbesondere unbenommen, die Maßnahmen durch die Einholung eines außergerichtlichen Gutachtens weiter vorzubereiten, etwa im Hinblick auf eine kostengünstigere Ausführung, oder von einer solchen weiteren Vorbereitung abzusehen.

19 (d) Ein die Anwendung des Vorbefassungsgebots gebietender Eingriff in die Entscheidungsautonomie der Wohnungseigentümer ergibt sich auch nicht durch eine mögliche Belastung mit den durch das selbständige Beweisverfahren verursachten Kosten. Zwar haben die Wohnungseigentümer die Kosten eines von der Gemeinschaft in Auftrag gegebenen Privatgutachtens regelmäßig anteilig nach dem allgemeinen Kostenverteilungsschlüssel zu tragen, während in einem etwaigen Rechtsstreit die Kosten regelmäßig der unterliegenden Partei aufzuerlegen sind. Dies gilt jedoch nicht für das selbständige Beweisverfahren. Für dieses ist Kostenschuldner zunächst gemäß § 22 Abs. 1 GKG allein der

Antragsteller, wenn die Antragsgegner keine eigenen Anträge stellen. Eine Kostenentscheidung ergeht grundsätzlich nicht; die Kosten des selbständigen Beweisverfahrens sind vielmehr Kosten des anschließenden Rechtsstreits (vgl. BGH, Urteil vom 10. Oktober 2017 - VI ZR 520/16, juris Rn. 13; Senat, Beschluss vom 8. Oktober 2009 - V ZB 84/09, NJW-RR 2010, 233 Rn. 13 mwN). Einen solchen Rechtsstreit können die übrigen Wohnungseigentümer vermeiden, indem sie eine nach der Beweisaufnahme erforderliche Maßnahme rechtzeitig umsetzen. Kommt es nicht zu einem Hauptsacheverfahren, können sie etwaige, ihnen in dem selbständigen Beweisverfahren entstandene außergerichtliche Kosten, z.B. für die Vertretung durch einen Rechtsanwalt, unter den Voraussetzungen des § 494a Abs. 2 Satz 1 ZPO, d.h. nach Ablauf der Frist für die gerichtlich angeordnete Klageerhebung, von dem Antragsteller erstattet verlangen. Dieser kann seinerseits, wenn er die Hauptsacheklage nicht erhebt, die Kosten des selbständigen Beweisverfahrens nur von den Antragsgegnern erstattet verlangen, wenn hierfür eine materiell-rechtliche Anspruchsgrundlage besteht (BGH, Urteil vom 10. Oktober 2017 - VI ZR 520/16, juris Rn. 19; Zöller/Herget, ZPO, 32. Aufl., § 490 Rn. 6). Daran wird es regelmäßig fehlen, wenn der Wohnungseigentümer vor der Durchführung des gegen die übrigen Wohnungseigentümer gerichteten selbständigen Beweisverfahrens eine Beschlussfassung der Eigentümerversammlung über die Einholung eines Sachverständigengutachtens zu den behaupteten Mängeln am Gemeinschaftseigentum nicht herbeigeführt hat. Ohne eine solche Befassung wird ein materieller Anspruch auf Erstattung der Kosten des selbständigen Beweisverfahrens grundsätzlich nicht in Betracht kommen (näher Senat, Urteil vom 16. Februar 2018 - V ZR 101/16, zur Veröffentlichung bestimmt).

- 20 c) Da das Vorbefassungsgebot demnach bei einem gegen die übrigen Wohnungseigentümer gerichteten Antrag eines Wohnungseigentümers auf Durchführung eines selbständigen Beweisverfahrens über Mängel am Gemein-

schaftseigentum nicht zu beachten ist, kommt es nicht darauf an, ob eine hinreichende Vorbefassung anzunehmen ist, wenn der Wohnungseigentümer zwar einen entsprechenden Antrag stellt, dieser in der Versammlung aber aufgrund der Einschätzung des Verwalters über die „allgemeine Stimmungslage“ nicht zur Abstimmung gelangt. Ebenso bedarf keiner Entscheidung, ob in einem solchen Fall die Vorbefassung entbehrlich ist, weil mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit davon ausgegangen werden kann, dass der Antrag ohnehin nicht die erforderliche Mehrheit gefunden hätte.

IV.

- 21 1. Die Entscheidungen beider Vorinstanzen können danach keinen Bestand haben; sie sind aufzuheben. Die Sache ist nach § 577 Abs. 4 Satz 1 ZPO an das Amtsgericht zur erneuten Entscheidung über den Antrag auf Durchführung des selbständigen Beweisverfahrens zurückzuverweisen; aufgrund mangelnder Vorbefassung der Wohnungseigentümer darf der Antrag nicht erneut verworfen werden.

22 2. Eine Kostenentscheidung ist nicht veranlasst (vgl. Senat, Beschluss vom 8. Oktober 2009 - V ZB 84/09, NJW-RR 2010, 233 Rn. 13).

Stresemann

Brückner

Weinland

Kazele

Hamdorf

Vorinstanzen:

AG Berlin-Charlottenburg, Entscheidung vom 19.10.2016 - 73 H 1/16 WEG -
LG Berlin, Entscheidung vom 05.05.2017 - 85 T 4/17 WEG -