



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

VII ZB 29/16

vom

14. Dezember 2016

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

ZPO § 269 Abs. 3 Satz 2, § 494a

Der Antragsteller hat in entsprechender Anwendung des § 269 Abs. 3 Satz 2 ZPO grundsätzlich die Kosten des selbständigen Beweisverfahrens zu tragen, wenn er den angeforderten Auslagenvorschuss, von dessen Einzahlung das Gericht die Beweiserhebung abhängig gemacht hat, trotz Erinnerung seitens des Gerichts nicht einzahlt und eine Beweiserhebung deshalb unterbleibt. Ist kein Hauptsacheverfahren anhängig, in dem diese Kostenfolge ausgesprochen wird, und haben die Parteien sich über die Kosten nicht geeinigt, ergeht eine solche Kostenentscheidung auf Antrag im selbständigen Beweisverfahren.

BGH, Beschluss vom 14. Dezember 2016 - VII ZB 29/16 - LG Berlin
AG Berlin-Tempelhof-
Kreuzberg

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 14. Dezember 2016 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Eick, die Richter Halfmeier, Dr. Kartzke und Prof. Dr. Jurgeleit und die Richterin Sacher

beschlossen:

Die Rechtsbeschwerde der Antragstellerin gegen den Beschluss der Zivilkammer 88 des Landgerichts Berlin vom 14. April 2016 wird zurückgewiesen.

Die Antragstellerin hat die Kosten des Rechtsbeschwerdeverfahrens zu tragen.

Der Gegenstandswert für das Rechtsbeschwerdeverfahren wird auf 492,54 € festgesetzt.

Gründe:

I.

- 1 Die Antragstellerin hat mit Schriftsatz vom 28. April 2015 die Einleitung eines selbständigen Beweisverfahrens unter anderem gegen die Antragsgegnerin zu 1 beantragt.
- 2 Mit Beschluss vom 18. Juni 2015 hat das Amtsgericht die beantragte Beweiserhebung durch Einholung eines schriftlichen Sachverständigengutachtens angeordnet, wobei es die Einholung des Gutachtens davon abhängig ge-

macht hat, dass die Antragstellerin binnen zehn Tagen nach Zustellung des Beschlusses 2.000 € als Auslagenvorschuss einzahlt.

3 Mit Verfügung vom 20. Juli 2015 hat das Amtsgericht dem Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin mitgeteilt, dass der Auslagenvorschuss noch nicht eingezahlt worden war. Mit weiterer Verfügung vom 18. August 2015 hat das Amtsgericht die Verfahrensbevollmächtigten aller Beteiligten darauf hingewiesen, dass die Antragstellerin bis zu diesem Tag den Auslagenvorschuss für den Sachverständigen nicht eingezahlt hatte und dass das selbständige Beweisverfahren beendet sei. Ferner hat das Amtsgericht angekündigt, dass demnächst die Beendigung des selbständigen Beweisverfahrens durch deklaratorischen Beschluss festgestellt werde.

4 Mit Beschluss vom 22. September 2015 hat das Amtsgericht die Beendigung des selbständigen Beweisverfahrens festgestellt, weil die Antragstellerin den Auslagenvorschuss für den Sachverständigen nicht eingezahlt hatte.

5 Ein Hauptsacheverfahren war und ist nicht anhängig.

6 Mit Schriftsatz vom 1. Dezember 2015 hat die Antragsgegnerin zu 1 beantragt, ihre Kosten der Antragstellerin aufzuerlegen.

7 Das Amtsgericht hat den Antrag der Antragsgegnerin zu 1 mit Beschluss vom 29. Dezember 2015 zurückgewiesen.

8 Auf die sofortige Beschwerde der Antragsgegnerin zu 1 hat das Beschwerdegericht den Beschluss des Amtsgerichts dahin abgeändert, dass der Antragstellerin die Kosten der Antragsgegnerin zu 1 auferlegt werden.

9 Mit der vom Beschwerdegericht zugelassenen Rechtsbeschwerde erstrebt die Antragstellerin die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Beschlusses.

II.

10 Die nach § 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2, Abs. 3 ZPO statthafte und auch im Übrigen zulässige Rechtsbeschwerde der Antragstellerin ist nicht begründet.

11 1. Das Beschwerdegericht hat im Wesentlichen ausgeführt, die für das selbständige Beweisverfahren in § 494a Abs. 2 ZPO getroffene Kostenregelung, die die Fallkonstellation eines unterbliebenen Hauptsacheverfahrens nach Beendigung der Beweiserhebung im selbständigen Beweisverfahren betreffe, sei nicht abschließend. Der Bundesgerichtshof (Beschluss vom 14. Oktober 2004 - VII ZB 23/03, BauR 2005, 133 = NZBau 2005, 42) habe eine isolierte Kostenentscheidung unter entsprechender Anwendung von § 269 Abs. 3 Satz 2 ZPO zugelassen, wenn der Antragsteller seinen Antrag auf Durchführung eines selbständigen Beweisverfahrens zurücknehme. Auch in der hier vorliegenden Fallgestaltung eines Nichtbetreibens des selbständigen Beweisverfahrens mangels Einzahlung des geforderten Auslagenvorschusses bestehe das Bedürfnis für eine entsprechende Anwendung des § 269 Abs. 3 Satz 2 ZPO. Der Antragsgegner habe in einem solchen Fall keine Möglichkeit, dem Verfahren Fortgang zu geben. Andererseits seien ihm in aller Regel im Rahmen der Stellungnahme zum Antrag des Antragstellers bereits Kosten entstanden. Insoweit bestehe ein Regelungsbedürfnis bezüglich der Kostentragung, da es zu einem Hauptsacheverfahren, in das das Ergebnis des selbständigen Beweisverfahrens eingeführt werde, nicht kommen könne. Die insoweit bestehende kostenrechtliche Lücke sei im Wege der Analogie zu § 269 Abs. 3

Satz 2 ZPO zu schließen. Das Nichtbetreiben des Verfahrens stehe einer Rücknahme des Antrags dann gleich, wenn ungewiss sei, ob und wann der Antragsteller dem Verfahren Fortgang geben werde. Die Antragstellerin habe im Beschwerdeverfahren ausgeführt, dass ihr zum damaligen Zeitpunkt keine ausreichenden liquiden finanziellen Mittel zur Verfügung gestanden hätten. Eine Erklärung, ob und wann sie die Absicht habe, das Verfahren fortzuführen, habe die Antragstellerin zu keinem Zeitpunkt abgegeben. Damit liege eine der Rücknahme einer Klage vergleichbare Interessenlage für die Antragsgegnerin vor.

12 2. Das hält der rechtlichen Nachprüfung stand.

13 a) Im selbständigen Beweisverfahren ergeht grundsätzlich keine Kostenentscheidung (BGH, Beschluss vom 12. Februar 2004 - V ZB 57/03, BauR 2004, 1181, 1182, juris Rn. 8). Die Kosten des selbständigen Beweisverfahrens sind Kosten des Hauptsacheverfahrens, über die in der Regel in diesem Verfahren entschieden wird (vgl. BGH, Beschluss vom 28. Juni 2007 - VII ZB 118/06, BauR 2007, 1606, 1607, juris Rn. 11 = NZBau 2007, 642; Beschluss vom 5. Dezember 2013 - VII ZB 15/12, BGHZ 199, 207 Rn. 14; jeweils m.w.N.).

14 In Ausnahmefällen kann hingegen eine Kostenentscheidung im selbständigen Beweisverfahren ergehen:

15 Kommt es nicht zu einem Hauptsacheverfahren, weil der Antragsteller nach Durchführung der Beweisaufnahme von der Einleitung des Hauptsacheverfahrens absieht, soll der Antragsgegner durch § 494a ZPO so gestellt werden, als habe er obsiegt (BGH, Beschluss vom 23. Juli 2009 - VII ZB 3/07, BGHZ 182, 150 Rn. 14 m.w.N.); insoweit kann unter den Voraussetzungen des § 494a Abs. 2 Satz 1 ZPO auf Antrag eine Kostenentscheidung zu Lasten des Antragstellers ergehen.

- 16 Darüber hinaus kann eine Kostenentscheidung im selbständigen Beweisverfahren auch dann ergehen, wenn der Antragsteller seinen Antrag auf Durchführung eines selbständigen Beweisverfahrens zurücknimmt. In diesem Fall hat der Antragsteller in entsprechender Anwendung des § 269 Abs. 3 Satz 2 ZPO grundsätzlich die Kosten zu tragen. Ist kein Hauptsacheverfahren anhängig, in dem diese Kostenfolge ausgesprochen wird, und haben die Parteien sich über die Kosten nicht geeinigt, ergeht eine Kostenentscheidung auf Antrag im selbständigen Beweisverfahren (vgl. BGH, Beschluss vom 14. Oktober 2004 - VII ZB 23/03, BauR 2005, 133, 134, juris Rn. 12 = NZBau 2005, 42; Beschluss vom 10. März 2005 - VII ZB 1/04, BauR 2005, 1056, 1057, juris Rn. 3 f. = NZBau 2005, 396; Beschluss vom 7. Dezember 2010 - VIII ZB 14/10, BauR 2011, 714 Rn. 7 f.; Beschluss vom 28. April 2015 - VI ZB 36/14, BauR 2015, 1524 Rn. 8 = NZBau 2015, 555).
- 17 Eine einseitige Erledigungserklärung, die im selbständigen Beweisverfahren unzulässig ist, ist regelmäßig als Antragsrücknahme mit der Kostenfolge entsprechend § 269 Abs. 3 Satz 2 ZPO aufzufassen, wenn nach dem Willen des Antragstellers das selbständige Beweisverfahren endgültig beendet sein soll (BGH, Beschluss vom 24. Februar 2011 - VII ZB 20/09, BauR 2011, 1045 Rn. 7 ff. = NZBau 2011, 355; Beschluss vom 7. Dezember 2010 - VIII ZB 14/10, BauR 2011, 714 Rn. 9 ff.; jeweils m.w.N.).
- 18 Eine Kostenentscheidung zu Lasten des Antragstellers kann im selbständigen Beweisverfahren auch dann ergehen, wenn der Antrag als unzulässig zurückgewiesen wird (vgl. BGH, Beschluss vom 24. Februar 2011 - VII ZB 20/09, aaO Rn. 9; Beschluss vom 7. Dezember 2010 - VIII ZB 14/10, aaO Rn. 10).

- 19 b) In Rechtsprechung und Literatur ist umstritten, ob und unter welchen Voraussetzungen eine Kostenentscheidung im selbständigen Beweisverfahren entsprechend § 269 Abs. 3 Satz 2 ZPO ergehen kann, wenn der Antragsteller den vom Gericht angeforderten Auslagenvorschuss nicht einzahlt und die beantragte Beweiserhebung deshalb unterbleibt.
- 20 aa) Teilweise wird vertreten, dass § 269 Abs. 3 Satz 2 ZPO in derartigen Fällen grundsätzlich nicht entsprechend anwendbar ist (vgl. OLG Köln, NZBau 2015, 168 Rn. 14 ff.; OLG Frankfurt, BauR 1996, 587, 588, juris Rn. 4; Ulrich, Selbständiges Beweisverfahren mit Sachverständigen, ibr-online, Stand: 3. März 2008, Kap. 9 Rn. 41; Sieburg in Festschrift für Mantscheff, 2000, S. 405, 407 f.).
- 21 bb) Eine verbreitete Ansicht bejaht hingegen grundsätzlich eine entsprechende Anwendung des § 269 Abs. 3 Satz 2 ZPO in Fällen, in denen der Antragsteller den angeforderten Auslagenvorschuss nicht einzahlt und die beantragte Beweiserhebung deshalb unterbleibt (vgl. OLG Saarbrücken, NJW-RR 2011, 500 f., juris Rn. 6; OLG München, Beschluss vom 30. August 2005 - 1 W 1533/05, 1 W 1534/05, 1 W 1535/05, juris Rn. 15; OLG Jena, BauR 2002, 667 ff., juris Rn. 20 ff.; OLG Stuttgart, OLGR 1999, 419 f., juris Rn. 3; OLG Celle, NJW-RR 1998, 1079, juris Rn. 5; OLG Frankfurt, NJW-RR 1995, 1150, juris Rn. 4; Stein/Jonas/Berger, ZPO, 23. Aufl., vor § 485 Rn. 18; Wieczorek/Schütze/Ahrens, ZPO, 4. Aufl., § 494a Rn. 53; Gercke, Entscheidung über die Kosten des selbständigen Beweisverfahrens, 2011, S. 95 ff.; nach den Umständen des Einzelfalls differenzierend: OLG München, BauR 1999, 784 f., juris Rn. 5 ff.; OLG Düsseldorf, OLGR 1993, 345, 347, juris Rn. 23; Sturmberg, Die Beweissicherung, 2004 Rn. 365; Luz in Jahrbuch Baurecht 2003, 253, 267; vgl. zum Meinungsstreit auch Seibel, Selbständiges Beweisverfahren, 2013, § 494a ZPO Rn. 29 ff.).

- 22 c) Der Senat entscheidet nunmehr, dass der Antragsteller in entsprechender Anwendung des § 269 Abs. 3 Satz 2 ZPO grundsätzlich die Kosten des selbständigen Beweisverfahrens zu tragen hat, wenn er den angeforderten Auslagenvorschuss, von dessen Einzahlung das Gericht die Beweiserhebung abhängig gemacht hat, trotz Erinnerung seitens des Gerichts nicht einzahlt und eine Beweiserhebung deshalb unterbleibt. Ist kein Hauptsacheverfahren anhängig, in dem diese Kostenfolge ausgesprochen wird, und haben die Parteien sich über die Kosten nicht geeinigt, ergeht eine solche Kostenentscheidung auf Antrag im selbständigen Beweisverfahren.
- 23 Allerdings kann das Nichtweiterbetreiben des selbständigen Beweisverfahrens durch Nichteinzahlung des vom Gericht angeforderten Auslagenvorschusses nicht ohne Weiteres als konkludente Antragsrücknahme eingestuft werden (vgl. OLG Düsseldorf, BauR 2002, 350, 351; Koeble in Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 2. Teil, Rn. 127). Die entsprechende Anwendung des § 269 Abs. 3 Satz 2 ZPO ist in derartigen Fällen indes grundsätzlich auch dann gerechtfertigt, wenn keine konkludente Antragsrücknahme vorliegt.
- 24 Für eine solche Kostentragungsregelung besteht ein Bedürfnis. Dem Antragsgegner, der sich an einem selbständigen Beweisverfahren beteiligt, entstehen hierdurch regelmäßig Kosten. Das Gesetz sieht für den Fall, dass der Antragsteller den angeforderten Auslagenvorschuss, von dem das Gericht die Beweiserhebung abhängig gemacht hat, trotz Erinnerung seitens des Gerichts nicht einzahlt und deshalb die Beweiserhebung unterbleibt, keine Kostentragungsregelung vor; insoweit besteht eine Regelungslücke.
- 25 Der Antragsgegner kann entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde weder auf eine in einem nachfolgenden Hauptsacheverfahren zu treffende Kostenentscheidung noch auf eine im selbständigen Beweisverfahren unter den

Voraussetzungen des § 494a Abs. 2 Satz 1 ZPO grundsätzlich mögliche Kostenentscheidung verwiesen werden. Kommt es im selbständigen Beweisverfahren nicht zur Erhebung verwertbarer Beweise (§ 493 ZPO), kann in einem nachfolgenden Hauptsacheverfahren keine Entscheidung über die Kosten des selbständigen Beweisverfahrens getroffen werden (vgl. BGH, Beschluss vom 24. Februar 2011 - VII ZB 20/09, BauR 2011, 1045 Rn. 10 = NZBau 2011, 355; Beschluss vom 7. Dezember 2010 - VIII ZB 14/10, BauR 2011, 714 Rn. 13). Für die Setzung einer Frist zur Erhebung der (Hauptsache-)Klage (§ 494a Abs. 1 ZPO) ist die Beendigung der Beweiserhebung Voraussetzung; für den Erlass einer Kostenentscheidung zugunsten des Antragsgegners nach § 494a Abs. 2 Satz 1 ZPO gilt Entsprechendes. An der genannten Voraussetzung fehlt es, wenn der Antragsteller den angeforderten Auslagenvorschuss, von dessen Einzahlung das Gericht die Beweiserhebung abhängig gemacht hat, trotz Erinnerung seitens des Gerichts nicht einzahlt und deshalb die beantragte Beweiserhebung im selbständigen Beweisverfahren unterbleibt. Soweit geltend gemacht wird, der Antragsgegner könne seinerseits den Auslagenvorschuss einzahlen, um dem selbständigen Beweisverfahren Fortgang zu geben (vgl. OLG Köln, BauR 2000, 1777, 1778, juris Rn. 7; Sieburg in Festschrift für Mantscheff, 2000, S. 405, 407), kann ein solches Vorgehen dem Antragsgegner regelmäßig nicht zugemutet werden. Vom Antragsgegner kann nicht verlangt werden, dass er die vom Antragsteller beantragte Beweiserhebung auch nur im Wege des Auslagenvorschusses finanziert, um dadurch ein Vorgehen nach § 494a ZPO zu ermöglichen und eventuell die Voraussetzungen für eine Kostenentscheidung zu seinen Gunsten zu schaffen (vgl. auch Gercke, Entscheidung über die Kosten des selbständigen Beweisverfahrens, 2011, S. 96).

26 Es ist sachlich auch nicht zu rechtfertigen, den Antragsgegner auf einen etwaigen materiell-rechtlichen, nur in bestimmten Fällen bestehenden Kostenersatzungsanspruch zu verweisen, der gegebenenfalls in einem gesonderten

Erkenntnisverfahren durchgesetzt werden müsste (vgl. BGH, Beschluss vom 7. Dezember 2010 - VIII ZB 14/10, BauR 2011, 714 Rn. 13; Beschluss vom 14. Oktober 2004 - VII ZB 23/03, BauR 2005, 133, 134, juris Rn. 13 = NZBau 2005, 42).

27 Vor diesem Hintergrund ist es gerechtfertigt, dass der Antragsteller in entsprechender Anwendung des § 269 Abs. 3 Satz 2 ZPO grundsätzlich die Kosten des selbständigen Beweisverfahrens zu tragen hat, wenn er den angeforderten Auslagenvorschuss, von dessen Einzahlung das Gericht die Beweiserhebung abhängig gemacht hat, trotz Erinnerung seitens des Gerichts nicht einzahlt und deshalb die beantragte Beweiserhebung in diesem Verfahren unterbleibt. Die Interessenlage ist derjenigen bei einer Antragsrücknahme hinreichend vergleichbar. Zahlt der Antragsteller einen derartigen Auslagenvorschuss trotz Erinnerung seitens des Gerichts nicht ein und unterbleibt deshalb die beantragte Beweiserhebung, so ist das Verhalten des Antragstellers regelmäßig dahin aufzufassen, dass er endgültig davon absieht, die beantragte Beweisaufnahme durchführen zu lassen (vgl. Gercke, Entscheidung über die Kosten des selbständigen Beweisverfahrens, 2011, S. 96 f.). Der Antragsgegner hat wie bei der Antragsrücknahme ein erhebliches Interesse daran, die ihm entstandenen Kosten ersetzt verlangen zu können.

28 d) Unter Berücksichtigung der vorstehend genannten Grundsätze liegen die Voraussetzungen für eine entsprechende Anwendung des § 269 Abs. 3 Satz 2 ZPO im Streitfall vor.

29 Die Antragstellerin hat den Auslagenvorschuss, von dessen Einzahlung das Amtsgericht die Einholung des beantragten Sachverständigengutachtens abhängig gemacht hat, auch nach der Erinnerung gemäß den Verfügungen des Amtsgerichts vom 20. Juli 2015 und 18. August 2015 nicht eingezahlt, weshalb

die Einholung des Sachverständigengutachtens unterblieben ist. Dieses Verhalten der Antragstellerin ist dahin aufzufassen, dass sie endgültig davon absieht, die beantragte Beweisaufnahme durchführen zu lassen. Unerheblich ist im vorliegenden Zusammenhang, dass das Amtsgericht der Antragstellerin keine Ausschlussfrist mit dem Hinweis, nach Ablauf der Frist werde es das Verfahren als beendet ansehen, gesetzt hatte. Dies ändert an dem vorstehend genannten Erklärungswert des Verhaltens der Antragstellerin nichts.

30 Der von der Antragstellerin erstmals im Beschwerdeverfahren angeführte Umstand, ihr hätten zum damaligen Zeitpunkt für die Vorschusszahlung keine ausreichenden finanziellen Mittel zur Verfügung gestanden, stellt keinen hinreichenden Grund dar, von der Kostenfolge entsprechend § 269 Abs. 3 Satz 2 ZPO abzusehen. Es kann im vorliegenden Zusammenhang dahinstehen, ob die Antragstellerin gemäß § 116 Satz 1 Nr. 2 ZPO Prozesskostenhilfe mit der Folge der Befreiung vom Auslagenvorschuss hätte erhalten können. Denn das Risiko mangelnder Zahlungsfähigkeit fällt in die Sphäre der Antragstellerin.

III.

31 Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO.

Eick

Halfmeier

Kartzke

Jurgeleit

Sacher

Vorinstanzen:

AG Berlin-Tempelhof-Kreuzberg, Entscheidung vom 29.12.2015 - 11 H 1/15 -

LG Berlin, Entscheidung vom 14.04.2016 - 88 T 15/16 -