



# BUNDESGERICHTSHOF

## BESCHLUSS

VII ZB 96/17

vom

15. Januar 2020

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

ZPO §§ 404a, 492, 567, 574

Gegen die Ablehnung, den gerichtlich bestellten Sachverständigen anzuweisen, eine Bauteilöffnung vorzunehmen, ist im selbständigen Beweisverfahren ein Rechtsmittel nicht gegeben.

BGH, Beschluss vom 15. Januar 2020 - VII ZB 96/17 - OLG Schleswig  
LG Lübeck

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 15. Januar 2020 durch den Vorsitzenden Richter Pamp, die Richter Halfmeier, Dr. Kartzke und Prof. Dr. Jurgleit sowie die Richterin Sacher

beschlossen:

Die Rechtsbeschwerde des Antragstellers gegen den Beschluss des 16. Zivilsenats des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts in Schleswig vom 14. Dezember 2017 wird verworfen.

Der Antragsteller hat die Kosten des Rechtsbeschwerdeverfahrens zu tragen.

#### Gründe:

##### I.

- 1 Der Antragsteller begehrt im selbständigen Beweisverfahren die Feststellung von Mängeln der von der Antragsgegnerin erbrachten Werkleistungen im Bad-/Flurbereich seines Einfamilienhauses. Der vom Landgericht bestellte Sachverständige hält es für notwendig, eine Bauteilöffnung vorzunehmen, um eine Aussage darüber treffen zu können, ob der zu hoch verbaute Fußboden im Bad die Folge der zu hoch verlegten Leitungen unter dem Boden ist.
- 2 Vor diesem Hintergrund hat der Antragsteller beantragt, den gerichtlich bestellten Sachverständigen anzuweisen, die zur Beantwortung der Beweisfrage erforderlichen Bauteilöffnungen vorzunehmen oder durch Dritte vornehmen zu lassen und sodann die Beweisfragen zu beantworten.

3 Das Landgericht hat durch Beschluss den Antrag abgelehnt. Die dagegen vom Antragsteller eingelegte sofortige Beschwerde hat das Beschwerdegericht zurückgewiesen, da diese bereits nicht statthaft sei und zudem in der Sache keinen Erfolg habe. Dagegen wendet sich der Antragsteller mit der vom Beschwerdegericht zugelassenen Rechtsbeschwerde.

## II.

4 Die Rechtsbeschwerde ist nicht statthaft und daher als unzulässig zu verwerfen (§ 577 Abs. 1 Satz 2 ZPO).

5 1. Die Rechtsbeschwerde ist nur statthaft, wenn dies im Gesetz ausdrücklich bestimmt ist (§ 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ZPO) oder das Beschwerdegericht sie in dem angefochtenen Beschluss zugelassen hat (§ 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 ZPO). Die Zulassung der Rechtsbeschwerde durch das Beschwerdegericht ist für das Rechtsbeschwerdegericht aber nicht bindend, wenn die Rechtsbeschwerde gegen die angefochtene Entscheidung bereits nicht statthaft ist. Eine nach dem Gesetz unanfechtbare Entscheidung kann nicht durch Zulassung einer Anfechtung unterworfen werden. Die Rechtsbeschwerde ist in diesem Fall auch dann nicht statthaft, wenn das Beschwerdegericht sie eigens zur Klärung der Zulässigkeitsfrage zugelassen hat (BGH, Beschluss vom 20. April 2011 - VII ZB 42/09 Rn. 3, BauR 2011, 1366 = NZBau 2011, 420; Beschluss vom 9. Februar 2010 - VI ZB 59/09 Rn. 3, BauR 2010, 932).

6 So liegt der Fall hier.

7 2. Gegen die Ablehnung, den gerichtlich bestellten Sachverständigen zu einer Bauteilöffnung anzuweisen, ist im selbständigen Beweisverfahren das Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde nicht gegeben. Die sofortige Be-

schwerde ist nach § 567 Abs. 1 ZPO gegen die im ersten Rechtszug ergangenen Entscheidungen der Amtsgerichte und Landgerichte nur statthaft, wenn dies im Gesetz ausdrücklich bestimmt ist oder es sich um solche eine mündliche Verhandlung nicht erfordernde Entscheidungen handelt, durch die ein das Verfahren betreffendes Gesuch zurückgewiesen worden ist.

8           a) Gegen die Entscheidung des Gerichts im selbständigen Beweisverfahren, keine Weisungen an den Sachverständigen zu erteilen, sieht das Gesetz das Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde nicht vor.

9           Nach § 492 Abs. 1 ZPO erfolgt die Beweisaufnahme im selbständigen Beweisverfahren nach den für die Aufnahme des betreffenden Beweismittels überhaupt geltenden Vorschriften. Für den Beweis durch Sachverständige finden deshalb §§ 402 ff. ZPO Anwendung. Nach § 404a Abs. 1 ZPO hat das Gericht die Tätigkeit des Sachverständigen zu leiten und kann ihm für Art und Umfang seiner Tätigkeit Weisungen erteilen. Soweit erforderlich, bestimmt das Gericht, in welchem Umfang der Sachverständige zur Klärung der Beweisfrage befugt ist (§ 404a Abs. 4 ZPO). Für den Fall, dass das Gericht Weisungen an den Sachverständigen zu Art und Umfang seiner Tätigkeit ablehnt, sehen §§ 402 ff. ZPO kein Beschwerderecht vor.

10           b) Mit der Ablehnung, dem Sachverständigen eine Weisung zu erteilen, wird zudem kein das selbständige Beweisverfahren betreffendes Gesuch zurückgewiesen.

11           Die Beschwerde ist bei der Ablehnung eines "Gesuchs" dann statthaft, wenn die abgelehnte Entscheidung nur auf Antrag ergehen konnte. Ist dagegen die Entscheidung von Amts wegen zu treffen, liegt in dem "Gesuch" einer Partei inhaltlich eine bloße Anregung, die das Rechtsmittel der Beschwerde nicht eröffnet (vgl. BGH, Beschluss vom 20. Oktober 2004 - XII ZB 35/04, NJW 2005, 143, juris Rn. 12).

- 12 Nach § 404a Abs. 1, Abs. 4 ZPO hat das Gericht von Amts wegen die Pflicht, die Tätigkeit des Sachverständigen zu leiten und in diesem Rahmen ihm gegebenenfalls für Art und Umfang seiner Tätigkeit Weisungen zu erteilen. Damit ist klargestellt, dass der Gutachter Gehilfe des Gerichts ist und ihm vom Gericht vorgegeben werden kann, was rechtlich bedeutsam ist (vgl. Hk-ZPO/Siebert, 8. Aufl., § 404a Rn. 1; MünchKommZPO/Zimmermann, 5. Aufl., § 404a Rn. 3 ZPO; Zöller/Greger, ZPO, 33. Aufl., § 404a Rn. 1 ZPO; Musielak/Voit/Huber, ZPO, 16. Aufl., § 404a Rn. 2 ZPO; Stein/Jonas/Berger, ZPO, 23. Aufl., § 404a ZPO Rn. 1). Um diesem Weisungsrecht nachzukommen, bedarf es für das Gericht keines Antrags. Der "Antrag" des Antragstellers, dem Sachverständigen Weisungen zu einer Bauteilöffnung zu erteilen, ist deshalb prozessual eine bloße Anregung, von Amts wegen nach § 404a Abs. 4 ZPO tätig zu werden.
- 13 c) Gründe, die es rechtfertigen könnten, eine selbständige Anfechtung der Verweigerung einer Weisung nach § 404a Abs. 4 ZPO ausnahmsweise zuzulassen (vgl. dazu BGH, Beschluss vom 18. Dezember 2008 - I ZB 118/07 Rn. 10 ff., MDR 2009, 645), sind nicht gegeben.

14 3. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO.

Pamp

Halfmeier

Kartzke

Jurgeleit

Sacher

Vorinstanzen:

LG Lübeck, Entscheidung vom 09.11.2017 - 2 OH 11/16 -

OLG Schleswig, Entscheidung vom 14.12.2017 - 16 W 152/17 -