



Internationale Göttinger Reihe

Herausgeber: J.-P. Cuvillier

RECHTSWISSENSCHAFTEN

Niels Christian Gercke

**Entscheidung über die Kosten
des selbständigen Beweisverfahrens**

Band 34



Cuvillier Verlag Göttingen
Internationaler wissenschaftlicher Fachverlag



Internationale Göttinger Reihe
Rechtswissenschaften
Band 34





Entscheidung über die Kosten des selbständigen Beweisverfahrens

Dissertation zur Erlangung des Doktorgrades des Fachbereichs Rechtswissenschaften der Universität Osnabrück

vorgelegt von

Niels Christian Gercke

aus Bremen

Osnabrück 2011



Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

1. Aufl. - Göttingen : Cuvillier, 2012

Zugl.: Osnabrück, Univ., Diss., 2011

978-3-86955-995-7

Berichterstatter:

Prof. Dr. Hans-Jürgen Ahrens

Mitberichterstatter:

Prof. Dr. Ulrich Foerste

Tag der mündlichen Prüfung:

14. Dezember 2010

© CUVILLIER VERLAG, Göttingen 2012

Nonnenstieg 8, 37075 Göttingen

Telefon: 0551-54724-0

Telefax: 0551-54724-21

www.cuvillier.de

Alle Rechte vorbehalten. Ohne ausdrückliche Genehmigung des Verlages ist es nicht gestattet, das Buch oder Teile daraus auf fotomechanischem Weg (Fotokopie, Mikrokopie) zu vervielfältigen.

1. Auflage, 2012

Gedruckt auf säurefreiem Papier

978-3-86955-995-7



Meiner Familie





Inhaltsverzeichnis

Einleitung	1
A. Problemstellung	1
B. Gegenstand der Untersuchung	2
 Erstes Kapitel: Das selbständige Beweisverfahren	5
A. Zweck	5
B. Status quaestionis	5
 Zweites Kapitel: Die Kostenentscheidung im Hauptsacheverfahren	9
A. Prozesskosten	9
I. Gerichtskosten	9
II. Rechtsanwaltsgebühren	10
B. Grundsatz: Kosten des Beweisverfahrens als Kosten der Hauptsache	13
I. Einbeziehung der Gerichtskosten des Beweisverfahrens als Kosten der Hauptsache	13
II. Notwendigkeit der Kosten und Verwertungserfordernis	17
C. Voraussetzungen der Einbeziehung der Kosten des Beweisverfahrens als Kosten der Hauptsache	20
I. Einführung in den Hauptsacheprozess	20
II. Identität der Streitgegenstände	20
III. Identität der Parteien	34
D. Sonderproblem: Klagerücknahme	45
I. Anwendung des § 269 Abs. 3 S. 2 ZPO	45
II. Keine vorrangige Anwendung des § 494a ZPO	48
III. Abgeschlossenes selbständiges Beweisverfahren	50
IV. Zwischenergebnis	51
E. Prozessvergleich	51
I. Zuordnung der Kosten	51
II. Beendigung durch Vergleich	52
III. Zwischenergebnis	53
F. Zusammenfassung des zweiten Kapitels	53

Drittes Kapitel: Die Kostengrundentscheidung nach § 494a ZPO	57
A. Regelungsgehalt des § 494a ZPO	57
I. Prozessuale Kostenerstattung als Regelungsziel	57
II. Problematik der abschließenden Regelung des § 494a ZPO.....	59
III. Kritische Würdigung des Regelungsgehalts	64
B. Anordnung der Klageerhebung	67
I. Antragsberechtigte	68
II. Kein Anwaltszwang nach § 78 Abs. 1 ZPO	70
III. Rechtsschutzbedürfnis	71
III. Beendigung der Beweiserhebung.....	75
IV. Fristsetzung zur Klageerhebung	76
V. Klageerhebung	78
VI. Kostenausspruch	80
D. Einreden	81
I. Primäraufrechnung.....	81
II. Hilfsaufrechnung	85
III. Zurückbehaltungsrecht.....	86
IV. Zwischenergebnis	89
E. Zusammenfassung des dritten Kapitels	89
 Viertes Kapitel: Die „isolierte“ Kostenentscheidung im selbständigen Beweisverfahren.....	91
A. Geltungsbereich "isolierter" Kostenentscheidungen im selbständigen Beweisverfahren.....	91
B. Unzulässigkeit des Beweisantrags als Fall der "isolierten" Kostenentscheidung ..	93
C. Kosten(grund-)entscheidung nach Maßgabe des § 269 Abs. 3 S. 2 ZPO	95
I. Nichtbetreiben des selbständigen Beweisverfahrens.....	95
II. Rücknahme des Antrags auf Beweissicherung	100
III. Einseitige Erledigungserklärung	105
D. Kostenentscheidung bei „Erledigung“ durch Erfüllung.....	107
I. Erfüllung vor Anordnung der Klageerhebung nach § 494a ZPO	107
II. Erfüllung nach Anordnung der Klageerhebung	113
III. Mängelbeseitigung bei mehreren Antragsgegnern.....	115
IV. Erklärung der vorbehaltlosen Erfüllung.....	117

V. Teilweise Erfüllung des Hauptsacheanspruchs	118
VI. Zwischenergebnis	121
E. Kostenentscheidung nach Maßgabe des § 91a ZPO.....	122
I. Anwendung des § 91a ZPO auf das selbständige Beweisverfahren.....	122
II. Einvernehmliche Erledigungserklärung	126
F. Kostenentscheidung bei Vergleich	128
G. Zusammenfassung des vierten Kapitels	131
 Fünftes Kapitel: Besondere Kostenprobleme.....	 133
A. Streitwert	133
I. Voller Wert des Hauptsacheverfahrens	133
II. Angaben des Antragstellers	134
III. Streitwertänderung	139
IV. Zwischenergebnis	140
B. Materieller Kostenerstattungsanspruch	140
C. Weiterführende Rechte der Beteiligten	142
I. Gegenbeweisanträge des Antragsgegners.....	142
II. Ergänzungsanträge des Antragstellers.....	148
III. Anträge bei Anhängigkeit des Hauptsacheverfahren.....	149
IV. Der Antragsgegner als Antragsteller.....	149
V. Der Anspruchsgegner (Auftragnehmer) als Antragsteller	150
VI. Einbeziehung Dritter in das selbständige Beweisverfahren.....	151
D. Prozesskostenhilfe	157
E. Keine Unterbrechung bei Insolvenz	158
F. Verjährung	159
G. Zusammenfassung des fünften Kapitels.....	159
 Gesamtergebnis	 161
Literaturverzeichnis.....	165



Einleitung

A. Problemstellung

Während im Hauptsacheverfahren immer eine prozessrechtliche Entscheidung über die Kostentragung dieses Verfahrens zu ergehen hat, welche sich im Regelfall gem. §§ 91 f. ZPO am Obsiegen und Verlieren der Parteien orientiert, stellt sich in Bezug auf die Kostentragung eines selbständigen Beweisverfahrens i.S.d. §§ 485 ff. ZPO die Frage, welche Möglichkeiten das Prozessrecht zur Aufbürdung jener Kosten anbietet. Die Beantwortung dieser Frage ist speziell dann problematisch, wenn es an einem dazugehörigen Hauptsacheverfahren mangelt.

Bereits hinsichtlich des bis zum Rechtspflege-Vereinfachungsgesetz vom 17. Dezember 1990 mit Wirkung zum 1. April 1991 als Beweissicherungsverfahren bezeichneten Verfahrens war umstritten, ob in den Fällen, in denen es nicht zu einem Hauptsacheverfahren gekommen war, ein prozessualer Kostenerstattungsanspruch des Antragsgegners schon im Beweisverfahren begründet werden konnte. Durch das vorgenannte Gesetz, dessen Ziel und Zweck unter anderem die Entlastung der Gerichte und die Förderung der außergerichtlichen Streitbeilegung war, konnte nur zum Teil die erhoffte Verbesserung erreicht werden, denn dieser Streit ist durch die Neufassung der §§ 485 ff. ZPO nicht beigelegt worden. Stattdessen hat er sich aufgrund der sich neu ergebenden Möglichkeiten, ein selbständiges Beweisverfahren durchzuführen, ausgeweitet. Die bisherige Regelungskonzeption des Beweissicherungsverfahrens hatte zum ausschließlichen Ziel, ein Beweismittel für ein bereits anhängiges oder später anhängig werdendes Verfahren zu sichern, in dem noch keine Beweiserhebung angeordnet war. Eine weitergehende Beweiserhebung war nach § 485 ZPO a. F. dagegen nur möglich, wenn der Gegner zustimmte. Das Rechtspflege-Vereinfachungsgesetz eröffnet nunmehr in § 485 Abs. 2 ZPO n. F. die Möglichkeit, bereits vor dem Eintritt in eine gerichtliche Verhandlung den Sachverhalt weitgehend aufzuklären. Dabei ist das Verfahren nach § 485 Abs. 2 ZPO ausschließlich vorprozessual zulässig und soll mit seinem Beweisergebnis die Voraussetzung für ein Erfolg versprechendes Güteverfahren (vgl. § 492 Abs. 3 ZPO) schaffen sowie zu einer Entlastung der Gerichte durch Vermeidung von gerichtlichen Auseinandersetzungen beitragen. Der Gedanke der Prozessökonomie steht hierbei als Hauptzweck im Vordergrund des selbständigen Beweisverfahrens, jedoch nicht mehr derjenige der Prozessentscheidung.



Zwar wurde durch die Einführung des § 494a ZPO außerhalb eines anhängigen Rechtsstreits die Möglichkeit geschaffen, nach dessen Abs. 2 schon im Beweisverfahren eine isolierte Kostengrundentscheidung zu treffen, welche dem Antragsgegner gestattet, seine im selbständigen Beweisverfahren entstandenen außergerichtlichen Kosten mithilfe eines entsprechenden Kostenfestsetzungsbeschlusses gegen den Antragsteller festsetzen zu lassen und gegebenenfalls zu vollstrecken. Diese Art der kostenrechtlichen Beendigung des selbständigen Beweisverfahrens ist jedoch sehr lückenhaft ausgestaltet und eröffnet bei Weitem nicht für alle Fälle die Möglichkeit einer prozessualen Kostenerstattung. Erhebliche Anwendungsschwierigkeiten und offene Kostenfragen beispielsweise in den Fällen der anderweitigen „Erledigung“ durch Erfüllung des Antragsgegners oder Vergleich sowie bei nicht vollständiger Durchführung des selbständigen Beweisverfahrens bleiben bestehen.

B. Gegenstand der Untersuchung

Die kostenrechtliche Behandlung des selbständigen Beweisverfahrens ist aufgrund der nur lückenhaften Regelung des § 494a ZPO seit seiner Einführung schwierig und in den Einzelheiten umstritten.¹

Lösungsmöglichkeiten wie der Erlass einer isolierten Kostengrundentscheidung zugunsten des Antragsgegners nach § 494a Abs. 2 ZPO stellen im Endergebnis nur in einigen Fällen eine sinnvolle Handhabung dieses Problems dar. Für darüber hinausgehende Fälle gilt es, vor dem Hintergrund einer möglicherweise abschließenden Regelung des § 494a ZPO nach geeigneten Lösungsmöglichkeiten zu suchen.

Dabei bereitet genau die Prozessökonomie im Hinblick auf die Kostenerstattung im selbständigen Beweisverfahren Probleme. Es wäre mit dem Gedanken der Prozessökonomie nicht zu vereinbaren und daher zweckwidrig, eine Partei nur zur Beitreibung der ihr entstandenen Kosten auf einen eigenen Rechtsstreit zu verweisen, wenn ein Kostenausgleich nach § 494a ZPO mangels Beendigung des selbständigen Beweisverfahrens nicht vorgenommen wurde oder der in seinem Vorwurf nicht bestätigte Antragsteller gar keine Hauptsacheklage erhebt. Die sich daraus ergebenden materiellrechtlichen Schwierigkeiten stehen dem Interesse an einer frühzeitigen prozessualen Kostenerstattung entgegen; die am Verfahren Beteiligten sollen nicht ohne einen praktikablen Rechtsschutz hinsichtlich der ihnen erwachsenen Kosten bleiben,

¹ Pastor, in Werner/Pastor, Der Bauprozess, Rn. 123.

insbesondere weil der Antragsgegner im Rahmen des neuen Verfahrens darlegen muss, dass er zu Unrecht in Anspruch genommen worden ist.

Mit Blick auf eine vereinfachte Möglichkeit der Kostenentscheidung im selbständigen Beweisverfahren und eine prozessökonomischere Lösung ist in dieser Arbeit folglich nicht nur die Frage zu untersuchen, ob und in welcher Weise Kostenentscheidungen im Hauptsacheverfahren oder nach der eingangs erwähnten Vorschrift des § 494a ZPO ergehen können, sondern auch, welche Gesetzeslücken zu füllen und welche Vorschriften neben § 494a ZPO im Falle des nicht durchgeführten Hauptsacheverfahrens anwendbar sind. Dabei ist die Lösung dieser Problematik vor dem Hintergrund einer gerechten Kostenverteilung für beide Parteien aufzuzeigen.



Erstes Kapitel: Das selbständige Beweisverfahren

A. Zweck

Das selbständige Beweisverfahren in der ZPO dient neben der Beweisaufnahme im Urteilsverfahren auch der vorsorglichen Beweiserhebung vor Beginn eines möglicherweise sich anschließenden Prozesses. Oftmals wird dabei ein entscheidender Verfahrensabschnitt des nachfolgenden Rechtsstreits vorweggenommen. Es kommt demnach nicht darauf an, das selbständige Beweisverfahren auf die Schaffung eines Titels auszurichten, sondern darauf, dass es dazu bestimmt und geeignet ist, in einem Hauptsacheverfahren verwendet zu werden. Die selbständige Beweiserhebung ist dabei nach § 493 Abs. 1 ZPO der Beweisaufnahme im späteren Prozess gleichgestellt. Sie dient nicht der Verfolgung eines im Verhältnis geringeren Rechtsschutzziels und darf auch nicht die Ausforschung von möglichen Ansprüchen bezwecken.

B. Status quaestionis

Durch die Einführung des § 485 Abs. 2 ZPO wurden die Möglichkeiten der schriftlichen Begutachtung durch einen Sachverständigen wesentlich erweitert. Die Parteien können eine schriftliche Begutachtung durch einen Sachverständigen beantragen, sofern ein rechtliches Interesse besteht. Die zulässigen Beweisfragen sind dabei durch § 485 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 – 3 ZPO eingegrenzt. Es werden also gewisse Strukturierungsbemühungen seitens der Parteien gefordert, wobei deren Realitätswahrnehmungen anhand des Sachverständigengutachtens überprüfbar sind. Zu beachten ist dabei, dass im Rahmen des Sachverständigengutachtens nur auf Tatsachenfragen eingegangen werden kann. Es hat daher einen eher punktuellen Charakter, da es sich lediglich auf das schadensstiftende Ereignis bezieht. Insbesondere wenn der Streit der Parteien nur von der Entscheidung tatsächlicher Fragen abhängt, wird die vor- oder außergerichtliche Beweisaufnahme als zweckmäßig angesehen; in diesem Fall wird das selbständige Beweisverfahren wesentlich häufiger eingeleitet. Im Umkehrschluss kann das selbständige Beweisverfahren aber nicht der Wahrung von Beziehungen und der daran anknüpfenden komplexen Interessen der Parteien dienen.

Hauptanwendungsfälle des selbständigen Beweisverfahrens sind Fragen tatsächlicher Art in Bauprozessen oder Straßenverkehrs- und Arzthaftungssachen.² In diesen

² Vgl. Begründung des Entwurfs für das Rechtspflege-Vereinfachungsgesetz vom 01.12.1988: BT-Drs. 11/3621, S. 23.



Konfliktkategorien ist in der Regel besondere Sachkunde erforderlich, um streitentscheidende Tatsachenfragen, wie etwa die Frage, ob ein bestimmter Zustand den anerkannten Regeln der Technik widerspricht, zu beantworten. Dementsprechend sieht § 492 Abs. 3 ZPO konsequenterweise bereits im selbständigen Beweisverfahren einen Vergleich vor. Gerade für Baustreitigkeiten verfolgte der Gesetzgeber mit dem Rechtspflege-Vereinfachungsgesetz den Zweck, langwierige Prozesse zu vermeiden. In diesem Zusammenhang kann sich die Begutachtung beispielsweise auf die Zuordnung der Mängelursachen zu den verschiedenen Gewerken beziehen oder die beruflichen Aufgaben der verschiedenen an der Errichtung eines Bauwerks Mitwirkenden betreffen, so dass auch die Frage an den Sachverständigen gestellt werden kann, ob es sich bei den Mängeln um Planungs- oder Bauüberwachungsfehler handelt. Die rechtliche Bewertung, insbesondere die Beurteilung des Verschuldens, ist jedoch nicht Aufgabe des Gutachters, weshalb sich die Beweissicherung nicht auf die Frage beziehen kann, ob ein bestimmtes schädigendes Ereignis vorhersehbar war.³

Die Begutachtung durch den Sachverständigen kann vielmehr zur Feststellung der Ursachen und des zur Beseitigung nötigen Aufwandes angeordnet werden, ohne dass der Antragsteller diesbezüglich genaueres Fachwissen aufweisen müsste, was beispielsweise bei Arzthaftungsansprüchen von besonderer Bedeutung ist. Die Durchführung eines selbständigen Beweisverfahrens im Arzthaftungsrecht ist dabei nicht auf die Fälle des § 485 Abs. 1 ZPO beschränkt. Die Anwendung des § 485 Abs. 2 ZPO ist in diesen Fällen umstritten, im Ergebnis jedoch nicht generell ausgeschlossen.⁴ Weder durch den Wortlaut des § 485 Abs. 2 ZPO noch durch dessen teleologische Reduktion lässt sich eine Unanwendbarkeit auf die Fälle des Arzthaftungsrechts begründen.⁵ Richtig ist in diesem Zusammenhang zwar, dass Sachverhaltsfeststellungen allein noch nicht ausreichen, um über die Frage eines haftungsbegründenden Behandlungsfehlers zu entscheiden und insbesondere die Frage des Verschuldens des Arztes oder der Kausalität zu beantworten. Doch ermöglichen Feststellungen über den Gesundheitszustand die Aufklärung der Schwere der Behandlungsfehler. Die vorprozessuale Klärung entspricht damit dem Sinn und Zweck des selbständigen Beweisverfahrens, die Parteien zu einer vorprozessualen Einigung zu bewegen. Da im selbständigen Beweisverfahren der Urkundenbeweis nicht möglich ist, scheidet in dem die Arzthaftung betreffenden selbständigen Beweisverfahren die zusätzliche Verwertung der Krankenunterlagen als Urkunden aus. Sofern der

³ OLG München, Beschluss vom 17.01.1992 – 1 W 627/92, OLGZ 1992, 470.

⁴ BGH, Beschluss vom 21.01.2003 – VI ZB 51/02, NJW 2003, 1741; Bockey, NJW 2003, 3453 f.; Rehborn, MDR 1998, 16.

⁵ BGH, Beschluss vom 21.01.2003 – VI ZB 51/02, NJW 2003, 1741.

Antragsschrift aber die medizinische Dokumentation beigelegt wird, kann der gerichtlich bestellte Sachverständige seine Feststellungen nach Auswertung dieser vorgelegten Behandlungsunterlagen treffen. Bei Zahnarzthaftungsstreitigkeiten kann beispielsweise der Zustand des Gebisses des Patienten festgestellt werden.⁶

Vor diesem Hintergrund wird deutlich, dass das selbständige Beweisverfahren mittlerweile eine Fülle von möglichen Anwendungsgebieten aufweist und für seine Parteien die Frage der Kostenerstattung entscheidend ist.

⁶ OLG Karlsruhe, Beschluss vom 11.01.2002 – 13 W 178/01, VersR 2003, 374; OLG Köln, Beschluss vom 07.08.2002 – 5 W 98/02, VersR 2003, 375.



Zweites Kapitel: Die Kostenentscheidung im Hauptsacheverfahren

A. Prozesskosten

I. Gerichtskosten

In einem Rechtsstreit entstehen Gerichtskosten nach dem GKG, welche die Staatskasse für die Tätigkeit der Gerichte erhebt. Die Gerichtskosten setzen sich aus Gebühren und Auslagen des Gerichts zusammen.⁷

Für das selbständige Beweisverfahren entsteht eine 1,0-Gerichtsgebühr nach Nr. 1610 KV GKG. Hierbei handelt es sich um eine Pauschalgebühr, die die gesamte Tätigkeit des Gerichts im selbständigen Beweisverfahren abdeckt. Sie wird nach § 6 GKG mit Einreichung des Antrags fällig und ist in jedem Fall gesondert zu berechnen. Es ist demnach gleichgültig, ob die Durchführung des Verfahrens im anhängigen Rechtsstreit oder separat erfolgt. Im arbeitsrechtlichen Verfahren entsteht davon abweichend gem. Nr. 8400 KV GKG eine Gerichtsgebühr von 0,6.

Jeder neue Antrag, der sich auf neue Tatsachen bezieht, begründet eine neue Gerichtsgebühr. Dies gilt also nicht für Anträge auf Ergänzungen oder Berichtigungen.⁸

Sofern die Hauptsache nicht anhängig ist, jedoch im selbständigen Beweisverfahren verglichen wird, fällt nach Nr. 1900 KV GKG eine Vergleichsgebühr gesondert an.⁹

Zu den Auslagen des Gerichts zählen u.a. Schreibauslagen und Postgebühren.¹⁰ Zur Deckung der Auslagen, die der Staatskasse durch die Einholung des Sachverständigengutachtens entstehen, hat der Antragsteller nach §§ 17 Abs. 1 S. 2 GKG, 402, 379 ZPO einen Auslagenvorschuss zu leisten. Davon sind sowohl der Auftrag zur Erstellung des schriftlichen Gutachtens als auch die Ladung des Sachverständigen zur mündlichen Erläuterung umfasst.

Weder aus einer Rücknahme des Antrags noch einer Verfahrenserledigung resultiert eine Reduzierung der Gerichtsgebühren, da es diesbezüglich an einer entsprechenden Bestimmung im Kostenverzeichnis mangelt.¹¹

⁷ Kroppen/Heyers/Schmitz, Beweissicherung im Bauwesen, Rn. 910.

⁸ Hartmann, Kostengesetze, KV 1610, Rn. 4; Meyer, GKG, KV 1610, Rn. 137.

⁹ Huber, in Musielak, ZPO, § 485, Rn. 19.

¹⁰ Kroppen/Heyers/Schmitz, Beweissicherung im Bauwesen, Rn. 916; Seeber, S. 79.

¹¹ Seeber, S. 77.