



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 beigefügt 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.



Gerichtskostenschuldner gegenüber der Staatskasse ist gem. § 22 Abs. 1 S. 1 GKG immer der Antragsteller. Wird ein Gegenantrag gestellt, ist der Gegenantragsteller Erstschuldner i. S. d. § 22 GKG. Nach § 2 GKG kann eine Partei von der Zahlung der Gerichtskosten befreit werden.¹² Die entstandenen Kosten sind dann von der Landeskasse zu tragen.

II. Rechtsanwaltsgebühren

Im Gegensatz zu der Regelung des § 37 Nr. 3 BRAGO¹³ ist das selbständige Beweisverfahren durch das RVG im Verhältnis zum anhängigen Hauptsacheverfahren als eigene gebührenrechtliche Angelegenheit ausgestaltet, da diese Verfahrensart nicht mehr im Katalog des den § 37 BRAGO ersetzenden § 19 RVG aufgelistet ist.¹⁴ Hieraus und aus der Anrechnungsbestimmung der Vorbemerkung 3 Abs. 5 VV RVG folgen, dass nach dem RVG gebührenrechtlich zwei Angelegenheiten vorliegen.¹⁵ Das bedeutet, dass in einem selbständigen Beweisverfahren die Anwaltsgebühren unabhängig von den in der Hauptsache anfallenden Gebühren entstehen können.

Teil 3 des VV RVG regelt unter anderem die Gebühren für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten und ähnliche Verfahren. Da sich im RVG und in dem Vergütungsverzeichnis keine speziellen Bestimmungen der Gebühren für die Tätigkeit des Rechtsanwaltes in einem selbständigen Beweisverfahren finden, bestimmen sich diese ebenfalls nach Teil 3 VV RVG.

Für die Tätigkeit als Verfahrensbevollmächtigter erhält der Rechtsanwalt nach Nr. 3100 VV RVG eine 1,3-Verfahrensgebühr. Die in einem selbständigen Beweisverfahren entstandene Verfahrensgebühr ist allerdings – soweit der Gegenstand des selbständigen Beweisverfahrens auch Gegenstand des Hauptsacheverfahrens ist – gem. Vorbemerkung 3 Abs. 5 VV RVG auf diejenige Verfahrensgebühr anzurechnen, die im Hauptsacheverfahren entstanden ist.¹⁶ Für die Anrechnung ist es unerheblich, ob zuerst

¹² BGH, Beschluss vom 18.12.2002 – VIII ZB 97/02, NJW 2003, 1322 (1324); s. Kapitel 5 D.

¹³ Nach § 37 Nr. 3 BRAGO zählte das selbständige Beweisverfahren zum Rechtszug mit der Folge, dass sich das selbständige Beweisverfahren und das Hauptsacheverfahren anwaltsgebührenrechtlich als eine Angelegenheit darstellte.

¹⁴ Ebert, in Mayer/Kroiß, RVG, § 19, Rn. 35; Göttlich/Mümmeler/Rehberg/Xanke, RVG, „Selbständiges Beweisverfahren“, Anm. 2; Schneider, ZAP Fach 24, S. 865.

¹⁵ Müller-Rabe, in Gerold/Schmidt, RVG, Anhang III „Selbständiges Beweisverfahren“, Rn. 2; Seeber, S. 42.

¹⁶ OLG Hamm, Beschluss vom 22.11.2007 – 22 U 110/07, NJW-RR 2008, 950; Huber, in Musielak, ZPO, § 485, Rn. 17; Seeber, S. 93 ff.

das Beweisverfahren eingeleitet worden ist oder die Hauptsache.¹⁷ Sie erfolgt nur bei Nämlichkeit des Anwalts und der Parteien in beiden Verfahren.¹⁸

Damit der Verfahrensbevollmächtigte des Antragsgegners ebenfalls die volle Verfahrensgebühr in Höhe von 1,3 erhält, genügt – wie sich aus Nr. 3101 Nr. 1 VV RVG ergibt – dessen Sachvortrag.¹⁹

Die in Vorbemerkung 3 Abs. 4 Satz 1 VV RVG geregelte teilweise Anrechnung der Geschäftsgebühr auf eine später denselben Gegenstand betreffende angefallene Verfahrensgebühr gilt auch im Hinblick auf ein selbständiges Beweisverfahren. Ist der Verfahrensbevollmächtigte vorgerichtlich tätig geworden, muss die angemeldete 1,3-Verfahrensgebühr nach Nr. 3100 VV RVG wegen der Geschäftsgebühr nach Nr. 2300 VV RVG auf eine 0,65-Gebühr gekürzt werden.²⁰

Darüber hinaus kann sich der Anwalt im selbständigen Beweisverfahren eine 1,2-Terminsgebühr nach Nr. 3104 VV RVG verdienen. Diese Gebühr berechnet er für Termine oder Besprechungen mit der Gegenseite, aber auch für die Wahrnehmung eines von einem gerichtlich bestellten Sachverständigen anberaumten (Orts-)Termins.²¹ Die Termingsgebühr kann im nachfolgenden Hauptsacheverfahren erneut anfallen, wobei mangels entsprechender Erwähnung in Vorbemerkung 3 Abs. 5 VV RVG keine Anrechnung der Termingsgebühr für das selbständige Beweisverfahren erfolgt.²²

Weiterhin kann nach Nr. 1000 VV RVG eine 1,5-Einigungsgebühr anfallen, wenn der Rechtsanwalt beim Abschluss eines Vertrages mitwirkt, durch den der Streit oder die Ungewissheit der Parteien über ein Rechtsverhältnis beseitigt wird. Wenn über den Gegenstand der Einigung ein gerichtliches Verfahren anhängig ist, entsteht gem. Nr. 1003 VV RVG die Einigungsgebühr nur in Höhe von 1,0. Die Regelung der Nr. 1003 VV RVG gilt jedoch nicht, wenn über den Gegenstand der Einigung nur ein selbständiges Beweisverfahren anhängig ist. Sofern also in einem selbständigen Beweisverfahren ein Vergleich über die nicht anhängige Hauptsache geschlossen wird, verbleibt es bei der

¹⁷ Schneider, ZAP Fach 24, S. 865.

¹⁸ Hartmann, Kostengesetze, VV 3100, Rn. 57; Müller-Rabe, in Gerold/Schmidt, RVG, Anhang III „Selbständiges Beweisverfahren“, Rn. 26.

¹⁹ Müller-Rabe, in Gerold/Schmidt, RVG, Anhang III „Selbständiges Beweisverfahren“, Rn. 12.

²⁰ BGH, Beschluss vom 03.06.2008 – VI ZB 55/07, NJW-RR 2008, 1528.

²¹ OLG Dresden, Beschluss vom 16.11.2007 – 3 W 1330/07, AGS 2008, 70; Huber, in Musielak, ZPO, § 485, Rn. 17; Enders, JurBüro 2004, 113 (115); Ulrich, BauR 2007, 1634 (1641); Seeber, S. 91 f.

²² Hartmann, Kostengesetze, VV 3100, Rn. 57.



1,5-Einigungsgebühr nach Nr. 1000 VV RVG.²³ Eine Reduzierung dieser Gebühr auf 1,0 gem. Nr. 1003 VV RVG erfolgt allerdings dann, wenn im selbständigen Beweisverfahren Ansprüche mitgeregelt werden, die in einem anderen gerichtlichen Verfahren – wie z.B. aufgrund der Klage zur Hauptsache – anhängig sind.²⁴

Sofern der Anwalt ausschließlich im Beweisverfahren tätig ist, erhält er nur die Gebühren des Beweisverfahrens, aber nicht die möglicherweise höheren Gebühren des Hauptsacheverfahrens.²⁵

In zeitlicher Hinsicht hat der Rechtsanwalt zu beachten, dass für Verfahren, die vor dem 1. Juli 2004 in Auftrag gegeben wurden, die Gebühren nach § 31 BRAGO (§ 48 BRAGO) anfallen.²⁶ Nach § 37 Nr. 3 BRAGO gehörte das selbständige Beweisverfahren zum Rechtszug der Hauptsache. Wenn ein Rechtsanwalt vor dem 1. Juli 2004 mit der Durchführung des selbständigen Beweisverfahrens und nach dem 30. Juni 2004 mit der Erhebung der Hauptsacheklage beauftragt wurde, gilt für ersteres eine Prozessgebühr nach § 31 Abs. 1 Nr. 1 BRAGO. Da das selbständige Beweisverfahren und das anschließende Hauptsacheverfahren nicht als dieselbe Angelegenheit i.S.d. § 15 Abs. 2 S. 1 RVG anzusehen sind und die Prozessgebühr i.S.d. § 31 Abs. 1 Nr. 1 BRAGO und die Verfahrensgebühr i.S.d. Nr. 3100 VV RVG denselben Abgeltungsbereich aufweisen, nämlich das Betreiben des Geschäfts einschließlich der Information, hat in solchen Fällen aufgrund analoger Anwendung der Vorbemerkung 3 Abs. 5 VV RVG eine Anrechnung der im selbständigen Beweisverfahren verdienten Prozessgebühr auf die im Hauptsacheverfahren erwachsene Verfahrensgebühr zu erfolgen.²⁷

Im Endeffekt hat das selbständige Beweisverfahren nach Einführung des RVG im Gegensatz zur vormals einheitlichen Bewertung des Hauptsacheverfahrens und selbständigen Beweisverfahrens nach § 37 Nr. 3 BRAGO eine erhebliche gebührenrechtliche Besserstellung für die Rechtsanwälte zu Folge.²⁸

²³ Göttlich/Mümmeler/Rehberg/Xanke, RVG, „Selbständiges Beweisverfahren“, Anm. 2.3.

²⁴ Huber, in Musielak, ZPO, § 485, Rn. 16; Müller-Rabe, in Gerold/Schmidt, RVG, Anhang III „Selbständiges Beweisverfahren“, Rn. 17.

²⁵ Huber, in Musielak, ZPO, § 485, Rn. 17.

²⁶ OLG Düsseldorf, Urteil vom 17.03.1995 – 22 U 139/94, NJW-RR 1995, 1108 (1109).

²⁷ BGH, Beschluss vom 14.06.2007 – VII ZB 96/06, AGS 2007, 459; BGH, Beschluss vom 12.04.2007 – VII ZB 98/06, MDR 2007, 980 (981).

²⁸ Müller-Rabe, in Gerold/Schmidt, RVG, Anhang III „Selbständiges Beweisverfahren“, Rn. 1.

B. Grundsatz: Kosten des Beweisverfahrens als Kosten der Hauptsache

I. Einbeziehung der Gerichtskosten des Beweisverfahrens als Kosten der Hauptsache

Die Beantwortung der Frage, ob die Gerichtskosten des selbständigen Beweisverfahrens gerichtliche oder außergerichtliche Kosten des Hauptverfahrens darstellen, hat enorme Auswirkungen. Denn nur sofern sie als Gerichtskosten des Hauptverfahrens anzusehen sind, müssen sie von beiden Parteien je zur Hälfte getragen werden, wenn die Kosten gem. § 92 Abs. 1 ZPO gegeneinander aufgehoben werden. Eine Erstattung von außergerichtlichen Kosten kommt bei einer Kostenaufhebung nicht in Betracht.²⁹

Vor der Änderung aufgrund des Rechtspflege-Vereinfachungsgesetzes im Jahre 1991 war im Beweissicherungsverfahren eine Kostenentscheidung grundsätzlich nicht vorgesehen. Da es im heutigen selbständigen Beweisverfahren immer noch an einer verfahrensabschließenden Entscheidung fehlt und das Beweisergebnis nicht vorweggenommen wird, sondern das Beweisverfahren als verselbständigtes Nebenverfahren eine Entscheidung nur vorbereitet, kann über die Kosten des selbständigen Beweisverfahrens auch nach der gesetzlichen Änderung grundsätzlich erst mit der Hauptsache entschieden werden.

Demgemäß hat der BGH wiederholt für den Fall eines anhängigen Hauptsacheverfahrens hervorgehoben, dass die im selbständigen Beweisverfahren entstandenen und von einer Partei gezahlten Kosten zu den gerichtlichen Kosten des späteren Hauptsacheverfahrens zu zählen sind und gerade nicht außergerichtliche Kosten der das selbständige Beweisverfahren betreibenden Partei darstellen.³⁰

²⁹ Wolst, in Musielak, ZPO, § 91, Rn. 66; Hartmann, in Baumbach/Lauterbach/Hartmann, ZPO, § 91, Rn. 198 „Selbständiges Beweisverfahren“; Weise, Selbständiges Beweisverfahren im Baurecht, Rn. 606 f.

³⁰ BGH, Beschluss vom 28.06.2007 – VII ZB 118/06, BauR 2007, 1606 (1607); BGH, Beschluss vom 10.01.2007 – XII ZB 231/05, NJW 2007, 1282 = BauR 2007, 1094 (1095); BGH, Beschluss vom 09.02.2006 – VII ZB 59/05, NJW-RR 2006, 810; BGH, Beschluss vom 21.10.2004 – V ZB 28/04, NJW 2005, 294; BGH, Beschluss vom 22.07.2004 – VII ZB 9/03, NJW-RR 2004, 1651; BGH, Beschluss vom 24.06.2004 – VII ZB 34/03, NJW 2004, 3121; BGH, Beschluss vom 18.12.2002 – VIII ZB 97/02, NJW 2003, 1322 (1323); BGH, Urteil vom 27.02.1996 – X ZR 3/94, BauR 1996, 386 = MDR 1996, 893 = NJW 1996, 1749 (1750 f.). So auch die Instanz-Rechtsprechung: OLG Düsseldorf, Beschluss vom 03.02.2006 – 23 W 62/05, NJW-RR 2006, 1028; OLG Koblenz, Beschluss vom 27.01.2003 – 14 W 15/03, OLGR Koblenz, 2003, 214 = MDR 2003, 718; OLG Frankfurt, Beschluss vom 22.07.1996 – 18 W 268/95, BauR 1997, 169; OLG Stuttgart, Beschluss vom 17.08.1999 – 8 W 192/99, BauR 2000, 136; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 09.11.1993 – 10 W 113/93, BauR 1994, 406; OLG Schleswig, Beschluss vom 15.02.1991 – 9 W 23/91, JurBüro 1991, 962; LG Frankenthal, Beschluss vom 22.01.2008 – 4 W 8/08, IBR 20081029; LG Bonn, Beschluss vom 19.07.1993 – 9 OH 14/92, BauR 1994, 141 (142). Aus dem Schrifttum: Wolst, in Musielak, ZPO, § 91, Rn. 66; Bork, in Stein/Jonas, ZPO, § 91, Rn. 21.

Soweit in der früheren Judikatur vertreten wurde, dass die Kosten des selbständigen Beweisverfahrens außergerichtliche Kosten des Hauptverfahrens seien, wurde dies damit begründet, dass nur auf diese Weise die Möglichkeit für die Prüfung der Notwendigkeit des Beweisverfahrens bestände;³¹ zudem seien beide Verfahren unterschiedliche Prozeduren, also eigenständige gerichtliche Verfahren, und sei das selbständige Beweisverfahren nicht eine Art Vorschaltverfahren.³² Das OLG Nürnberg sprach in diesem Zusammenhang sogar von einem „kleinen Zivilprozess zu Tatsachenfragen“, welcher zwar nicht durch eine gerichtliche Entscheidung über die Beweisbehauptungen, sondern durch die Beweiserhebung beendet werde, aber dennoch in wesentlichen Punkten dem Erkenntnisverfahren ähnele.³³ Aufgrund dieser verfahrensmäßigen Unabhängigkeit fielen die Gerichtskosten des selbständigen Beweisverfahrens nun auch allein in diesem an. Das selbständige Beweisverfahren habe weiterhin einen eigenen Gebührentatbestand, der eine unterschiedliche Behandlung rechtfertige.³⁴ Das OLG Hamm entschied ebenfalls, dass die Gebühr des selbständigen Beweisverfahrens nicht auf eine später anfallende Verfahrensgebühr anzurechnen sei, da es sich um eine eigene Angelegenheit nach Nr. 6100 des Kostenverzeichnisses zum GKG handle; auch die Überschrift zum Beweisverfahren als „selbständig“ ließe den Schluss auf dessen Selbständigkeit zu.³⁵

In Anbetracht dieser Überlegungen ist darauf hinzuweisen, dass das selbständige Beweisverfahren gerade durch die Novellierung infolge des Rechtspflegevereinfachungsgesetzes viel stärker in den nachfolgenden oder sogar parallel verlaufenden Hauptsacheprozess eingebunden wurde, was eine einheitliche Betrachtung der gesamten anfallenden Gerichtskosten als geboten erscheinen lässt. Dies ergibt sich inhaltlich bereits daraus, dass es sich bei dem selbständigen Beweisverfahren im Kern um eine vorweggenommene Beweisaufnahme handelt. Durch § 493 Abs. 1 ZPO wird die Verwertung der selbständig erhobenen Beweise im Prozess erleichtert; die Beweiserhebung steht einer Beweisaufnahme gleich. Diese enge Verknüpfung mit der Hauptsache rechtfertigt keine weitere unterschiedliche kostenrechtliche Behandlung

³¹ OLG Nürnberg, Beschluss vom 14.09.1994 – 9 W 2700/94, BauR 1995, 275 (276); OLG Hamm, Beschluss vom 24.03.1999 – 23 W 391/98, JurBüro 2000, 257; OLG Oldenburg, Beschluss vom 01.09.1999 – 2 W 92/99, OLGR 2000, 12; OLG Bamberg, Beschluss vom 02.04.1998 – 3 W 31/98, OLGR 1998, 263.

³² OLG Hamm, Beschluss vom 24.03.1999 – 23 W 391/98, JurBüro 2000, 257; OLG Nürnberg, Beschluss vom 14.09.1994 – 9 W 2700/94, BauR 1995, 275 (276); in diesem Sinne auch Hartmann, Kostengesetze, KV 1610, Rn 7.

³³ Auf Grundlage eines Prozessvergleichs: OLG Nürnberg, Beschluss vom 14.09.1994 – 9 W 2700/94, BauR 1995, 275 (276).

³⁴ OLG Nürnberg, Beschluss vom 14.09.1994 – 9 W 2700/94, BauR 1995, 275 (276).

³⁵ Auf Grundlage eines Prozessvergleichs: OLG Hamm, Beschluss vom 24.03.1999 – 23 W 391/98, JurBüro 2000, 257; Hartmann, in Baumbach/Lauterbach/Hartmann, ZPO, § 91, Rn. 199 „Selbständiges Beweisverfahren“.

beider Verfahren.³⁶ Überdies ist in diesem Zusammenhang zu sehen, dass auch die Durchführung der Beweisaufnahme im Hauptsacheverfahren keiner eigenen Kostenentscheidung zugänglich ist.

Auch die gebührenrechtliche Einbeziehung der Verfahrensgebühr des selbständigen Beweisverfahrens in das Hauptsacheverfahren, welche sich aus der Vorbemerkung 3 Abs. 5 VV RVG ergibt, lässt diese einheitliche Betrachtung zu. Ferner ergibt sich diese Betrachtungsweise aus § 486 Abs. 2 ZPO, wonach der Antrag auf Durchführung des selbständigen Beweisverfahrens bei dem Gericht zu stellen ist, das zur Entscheidung in der Hauptsache berufen wäre. Es besteht somit ein enger zeitlicher, sachlicher und kostenmäßiger Zusammenhang zwischen beiden Verfahren. Die in dem Beweisverfahren entstandenen Gerichtskosten ändern ihre Rechtsnatur nicht dadurch, dass sie in die Kostengrundentscheidung und die Kostenfestsetzung des anschließenden Hauptprozesses einbezogen werden.³⁷

Ferner spricht die Möglichkeit der Prüfung der Notwendigkeit des Aufwands keinesfalls für die Qualifizierung als außergerichtliche Kosten, da in der Kostengrundentscheidung vor allem durch die Anwendung des § 96 ZPO für eine sachgerechte Kostenverteilung Sorge getragen werden kann. Zudem spielt es keine Rolle, dass das selbständige Beweisverfahren im Kostenverzeichnis als „Besonderes Verfahren“ eingestuft ist, da unter diese Überschrift auch andere gerichtliche Verfahren fallen, deren Kosten ebenfalls zu den Gerichtskosten zählen.³⁸

Darüber hinaus ist für eine akzessorische prozessuale Kostengrundentscheidung, die ohne selbständige Verteilungsbewertung vereinfachend an den Prozesserfolg anknüpfen soll, Voraussetzung, dass eine verfahrensabschließende Entscheidung ergangen ist. Im selbständigen Beweisverfahren fehlt es daran, weil insbesondere das Beweisergebnis nicht vorweggenommen bewertet, sondern in der Regel nur ein Ausschnitt der für die materielle Bewertung wesentlichen Punkte geklärt wird.

Der sich ergebende Grundsatz möglichst weitgehender Zuordnung der Beweiserhebungskosten zum Hauptverfahren ergibt sich insofern auch aus der § 494a Abs. 1 ZPO zu entnehmenden Grundregel, nach der nur dann ein Bedürfnis für eine Kostenentscheidung im selbständigen Beweisverfahren besteht, wenn ein denselben

³⁶ Leupertz, Anm. zu OLG Koblenz, Beschluss vom 27.01.2003 – 24 W 25/03, AGS 2003, 363 (364).

³⁷ OLG Schleswig, Beschluss vom 15.02.1991 – 9 W 23/91, JurBüro 1991, 962.

³⁸ Weise, Selbständiges Beweisverfahren im Baurecht, Rn. 606.

Streitgegenstand betreffender Rechtsstreit gerade nicht stattfindet. Der § 494a ZPO schließt die Lücke in dem Fall, dass der Antragsteller des selbständigen Beweisverfahrens aufgrund der für ihn ungünstigen Ergebnisse der Beweisaufnahme auf eine Hauptsacheklage verzichtet. Die Vorschrift hat insoweit Sanktionscharakter und ist eng auszulegen. Die Fristsetzung nach § 494a Abs. 1 ZPO dient nur dazu, Klarheit darüber zu schaffen, ob eine Hauptsacheklage erfolgt. Wenn dies nicht der Fall ist, liegt der auf Antrag nach § 494a Abs. 2 ZPO auszusprechenden Kostentragungspflicht der Gedanke zugrunde, dass der Antragsteller nicht durch Unterlassen der Hauptsacheklage der Kostenpflicht entgehen soll, die sich bei Abweisung einer solchen Klage ergeben würde. Insofern hat § 494a ZPO nur dann Sanktionscharakter, wenn es nicht zu einem Rechtsstreit kommt. Etwas anderes, etwa eine Aufteilung der Kostenentscheidungen trotz anhängigen Hauptsacheverfahren, ist auch gar nicht vom Sinn und Zweck des § 494a ZPO gedeckt und widerspricht dem Wortlaut der Vorschrift. Bei einer Aufteilung in zwei Verfahren bestünde die Gefahr, dass eine außerhalb der Hauptsache nach § 494a Abs. 2 ZPO getroffene Kostenentscheidung der nach Abschluss der Hauptsache getroffenen Kostenentscheidung widerspricht. Denn es besteht kein zwingender Gleichlauf zwischen dem Ergebnis des Beweisverfahrens und dem für die Kostenentscheidung im Hauptsacheverfahren maßgeblichen Ausmaß des Obsiegens oder Unterliegens. Zudem steht auch der Anteil des Streitwertes des Hauptsacheverfahrens zum Gegenstandswert des Beweisverfahrens nicht in allen Fällen bereits zum Zeitpunkt der Klageerhebung zur Hauptsache endgültig fest. Das Verhältnis ändert sich häufig z. B. durch eine vom Ergebnis des selbständigen Beweisverfahrens abweichende Beurteilung und Bewertung der Beweisfragen, oder etwa durch eine aufgrund der Feststellungen des Sachverständigen reduzierte Forderung bei Klageerhebung. Eine vorab gem. § 494a Abs. 2 ZPO getroffene Entscheidung über die anteiligen Kosten des nicht eingeklagten Teils könnte sich dann im nachhinein als unrichtig erweisen.³⁹ Demnach greift der Sinn und Zweck des § 494a ZPO nicht, wenn in einem Hauptsacheverfahren eine entsprechende Kostenentscheidung unter Einschluss der Kosten des selbständigen Beweisverfahrens ergehen kann. Eine Kostenentscheidung im selbständigen

³⁹ OLG Schleswig, Beschluss vom 12.04.2004 – 16 W 35/01, MDR 2001, 836 (837); OLG Düsseldorf, Beschluss vom 26.08.1997 – 22 W 45/97, NJW-RR 1998, 358 (359).

Beweisverfahren ist in diesem Fall auch nicht notwendig. Die Kosten sind als Teil der Kosten der Hauptsache nach dem dort erzielten Obsiegen oder Unterliegen zu verteilen.

II. Notwendigkeit der Kosten und Verwertungserfordernis

Die Frage, ob Kosten in vollem Umfang notwendig waren, ist nicht Bestandteil der der Kostengrundscheidung zugrunde liegenden Prüfung im Erkenntnisverfahren; vielmehr ist sie Bestandteil der Prüfung der Erstattungsfähigkeit der Kosten im Kostenfestsetzungsverfahren nach §§ 103 ff. ZPO.⁴⁰ Notwendige Kosten i.S.d. § 91 ZPO sind nur „diejenigen für solche Handlungen, die zurzeit ihrer Vornahme objektiv erforderlich und geeignet erscheinen, das im Streit stehende Recht zu verfolgen oder zu verteidigen.“⁴¹ Da es sich nach den obigen Darlegungen bei den Gerichtskosten des selbständigen Beweisverfahrens um gerichtliche Kosten der Hauptsache handelt und deren Gerichtskosten nicht der Prüfung der Notwendigkeit nach § 91 Abs. 1 ZPO unterliegen,⁴² müsste auch hinsichtlich der Gerichtskosten des Beweisverfahrens eine solche Prüfung entfallen. Dieser Grundsatz könnte jedoch ins Wanken geraten, wenn es bezüglich der Kosten des selbständigen Beweisverfahrens auf die Verwertung des Beweisergebnisses in der Hauptsache ankäme. So hat sich z.B. der BGH im Jahre 1996 dahingehend geäußert, dass im Kostenfestsetzungsverfahren auch zu prüfen sei, ob und unter welchen Bedingungen die Kosten dann nicht zu erstatten seien, wenn das Ergebnis des Beweisverfahrens im Hinblick auf die Entscheidung in der Hauptsache ganz oder teilweise nicht verwertet worden sei.⁴³ Hier muss aber von einem insoweit fehlerhaften Ausspruch ausgegangen werden.⁴⁴ Denn nach gefestigter Rechtsprechung des BGH wird eine Verwertung des Beweisergebnisses nicht für erforderlich gehalten, wenn sich das Gericht mit dem Vorbringen des Antragstellers in der Sache selbst befasst und in seiner Entscheidung aus Rechtsgründen das Ergebnis des im selbständigen Beweisverfahren eingeholten Gutachtens nicht verwertet hat.⁴⁵ Es kommt demnach für die Erstattungsfähigkeit der Kosten des selbständigen Beweisverfahrens im

⁴⁰ BGH, Urteil vom 27.02.1996 – X ZR 3/94, NJW 1996, 1749 (1751).

⁴¹ Hüßtege, in Thomas/Putzo, ZPO, § 91, Rn. 9.

⁴² Wolst, in Musielak, ZPO, § 91, Rn. 66.

⁴³ BGH, Urteil vom 27.02.1996 – X ZR 3/94, NJW 1996, 1749 (1751).

⁴⁴ Gleiches gilt hinsichtlich der Entscheidung des BGH mit Beschluss vom 18.12.2002 – VII ZB 97/02, NJW 2003, 1322 (1323), zumal die Fundstellen, auf die diese Entscheidung verweist, eben nicht verlangen, dass eine Verwertung des Beweisergebnisses in der Hauptsache zu erfolgen hat.

⁴⁵ BGH, Beschluss vom 24.06.2004 – VII ZB 34/03, BauR 2004, 1487 (1488); BGH, Beschluss vom 22.05.2003 – VII ZB 30/02, BauR 2003, 1255 = NJW-RR 2003, 1240; Hartmann, in Baumbach/Lauterbach/Hartmann, ZPO, § 91, Rn. 203 „Selbständiges Beweisverfahren“; Herget, in Zöller, ZPO, § 91, Rn. 13 „Selbständiges Beweisverfahren“.

Hauptsacheverfahren nicht auf die Verwertung des Beweisergebnisses oder dessen Einfluss auf das Ergebnis des Hauptsacheverfahrens an.⁴⁶ Das Erfordernis der Verwertung würde ansonsten zu weiteren Wertungswidersprüchen beider Verfahren führen und kann deshalb nicht zwingende Voraussetzung der Kostenverteilung im Hauptsacheverfahren sein. Dies ergibt sich zum einen daraus, dass die Frage der Verwertung dann keine Rolle spielt, wenn das Prozessgericht während des Prozesses ein Sachverständigengutachten einholt und dieses später nicht verwertet, weil die Klage beispielsweise zurückgenommen wird oder weil das Gericht die spätere Entscheidung aufgrund einer geänderten Rechtsauffassung nicht vom Ergebnis des Gutachtens abhängig macht.⁴⁷ Auch in diesem Fall zählen die entstandenen Kosten zu denen des Rechtsstreits nach § 91 Abs. 1, Abs. 2 ZPO; für die Kosten eines vorherigen Gutachtens im Beweisverfahren kann wegen § 493 ZPO dabei nichts anderes gelten, zumal die Zuständigkeit des das Beweisverfahren durchführenden Gerichts vor dem Abschluss der Beweiserhebung auf das Gericht der Hauptsache übergehen kann, wenn dieses eine Beweisaufnahme für erforderlich hält und deshalb die Akten des selbständigen Beweisverfahrens heranzieht.⁴⁸ Zum anderen kommt es schon bei einem vorgerichtlichen Parteigutachten ebenfalls nicht auf dessen Verwertung an. Hier sind die Kosten bereits dann als notwendig i. S. v. § 91 Abs. 1 ZPO anzusehen, wenn die Partei die Einholung des Gutachtens aus ex ante-Sicht für erforderlich halten durfte. Würde für das selbständige Beweisverfahren etwas anderes gelten, so würde dies zu sachwidrigen Ergebnissen führen. Des Weiteren kann es einer Partei auch nicht zugemutet werden, das Risiko einzugehen, ein Erfolg versprechendes Angriffs- oder Verteidigungsmittel zu verlieren, weil dessen tatsächliche Grundlage später nicht mehr beweisbar sein könnte. Schließlich kann im Zweifelsfall im Tenor des Urteils durch Heranziehung des § 96 ZPO eine sachgerechte Entscheidung gefunden werden. Andere Ansatzpunkte, sofern sie von Oberlandesgerichten vertreten wurden, sind aufgegeben worden. So vertrat beispielsweise das OLG Nürnberg, dass die Kosten eines selbständigen Beweisverfahrens dann als solche des Hauptverfahrens zu behandeln seien, wenn die Entscheidung im

⁴⁶ So auch die überwiegende OLG-Rechtsprechung: Jena, Beschluss vom 22.06.2006 – 4 W 173/06, OLGR Jena 2006, 775; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 03.02.2006 – I-23 W 62/05, 23 W 62/05, NJW-RR 2006, 1028; OLG Stuttgart, Beschluss vom 22.12.2005 – 8 W 585/05, IBR 2006, 1363; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 17.01.2005 – 15 W 22/04, BauR 2005, 1071 (LS); OLG Jena, Beschluss vom 21.02.2001 – 3 W 413/00, OLGR 2001, 252; OLG Hamm, Beschluss vom 28.12.1999 – 21 W 34/98, BauR 2000, 1090 (1091); KG, Beschluss vom 20.08.1996 – 1 W 4514/95, NJW-RR 1997, 960; Joussem, in Ingenstau/Korbian, B § 18 Nr. 4, Rn. 178; OLG Nürnberg, Beschluss vom 03.04.1995 – 8 W 1003/95, JurBüro 1996, 35; OLG Koblenz, Beschluss vom 16.08.1994 – 14 W 425/94, JurBüro 1996, 35.

⁴⁷ Vgl. Hartmann, in Baumbach/Lauterbach/Hartmann, ZPO, § 91, Rn. 195 „Selbständiges Beweisverfahren“.

⁴⁸ BGH, Beschluss vom 21.07.2005 – VII ZB 44/05, ZfBR 2005, 790; OLG Jena, Beschluss vom 22.06.2006 – 4 W 173/06, OLGR 2006, 775.

Hauptsacheprozess weitgehend auf das Gutachten im Beweisverfahren gestützt werde.⁴⁹ In einer späteren Entscheidung des 9. Zivilsenates, in der es um die Behandlung der Gerichtskosten des selbständigen Beweisverfahrens als außergerichtliche Kosten des Hauptsacheverfahrens ging, entschied dieses OLG dann, dass eine Verwertung nicht zwangsläufig erfolgen müsse.⁵⁰ Zudem scheitern diese Ansatzpunkte an der fehlenden gesetzlichen Grundlage bzw. stellen für die Beurteilung der Identität auf den falschen Zeitpunkt ab.⁵¹ Insofern kommt auch eine Ausweitung nach § 494a ZPO nicht in Betracht. Aufgrund des Ausnahmecharakters des § 494a ZPO kann der Anwendungsbereich dieser Vorschrift nicht auf diejenigen Fälle ausgeweitet werden, in denen der Antragsteller das Ergebnis des selbständigen Beweisverfahrens in ein Streitverfahren einführen will, um hieraus Ansprüche herzuleiten oder solche abzuwehren.

Es bleibt festzuhalten, dass eine mögliche Inkongruenz der Ergebnisse des Beweisverfahrens und des Hauptsacheverfahrens, nämlich dass der Antragsteller trotz erfolgreicher Beweisaufnahme verliert, dazu führt, dass die Verwertung der Beweisergebnisse keine zwingende Voraussetzung der Kostenverteilung im Hauptsacheverfahren sein kann. Es kann nicht rückschauend gefolgert werden, dass eine Beweiserhebung nicht notwendig gewesen sei. Somit ist im Kostenfestsetzungsverfahren nicht mehr zu prüfen, ob die Durchführung des selbständigen Beweisverfahrens und die einzelne mit Hilfe des Gerichts durchgeführte Maßnahme notwendig waren.⁵² Entschieden wird dort nur noch über die Höhe der jeweiligen Kosten.⁵³

⁴⁹ OLG Nürnberg, Beschluss vom 18.08.1993 – 4 W 3895/92, JurBüro 1994, 103.

⁵⁰ OLG Nürnberg, Beschluss vom 14.09.1994 – 9 W 2700/94, BauR 1995, 275 (276).

⁵¹ OLG Zweibrücken, Beschluss vom 23.08.2004 – 4 W 98/04, JurBüro 2004, 663; OLG Hamburg, Beschluss vom 23.04.1998 – 8 W 137/97, MDR 1998, 1124; OLG Nürnberg, Beschluss vom 14.09.1994 – 9 W 2700/94, BauR 1995, 275 (276); OLG Nürnberg, Beschluss vom 18.08.1993 – 4 W 3895/92, JurBüro 1994, 103 (104).

⁵² Müller-Rabe, in Gerold/Schmidt, RVG, Anhang III „Selbständiges Beweisverfahren“, Rn. 95.

⁵³ Weise, Selbständiges Beweisverfahren im Baurecht, Rn. 605.



C. Voraussetzungen der Einbeziehung der Kosten des Beweisverfahrens als Kosten der Hauptsache

I. Einführung in den Hauptsacheprozess

Die Kosten des selbständigen Beweisverfahrens können nur unter bestimmten Voraussetzungen zu den Kosten des Hauptsacheverfahrens gezählt werden. Die erste Bedingung ist, dass das Beweisergebnis in den Hauptsacheprozess schriftlich oder mündlich eingeführt wird. Hierzu reicht es aus, dass eine der Parteien das Ergebnis des selbständigen Beweisverfahrens zum Beweis von Tatsachen benutzt.⁵⁴ Die Verwertung dieses Ergebnisses im Hauptsacheprozess ist dagegen – wie oben bereits dargelegt – nicht erforderlich.

II. Identität der Streitgegenstände

1. Begriff des „Streitgegenstandes“ im selbständigen Beweisverfahren

Eine weitere Voraussetzung für die Einbeziehung der Kosten ist die Identität der Streitgegenstände.⁵⁵ Nur sofern in der Sache das Beweisthema des selbständigen Beweisverfahrens im Gegenstand des nachfolgenden Hauptsacheverfahrens zwischen denselben Beteiligten enthalten ist, sind die Gerichtskosten des selbständigen Beweisverfahrens als Teil der Kosten des Hauptsacheverfahrens festzusetzen.⁵⁶

Trotz der wörtlichen Verwendung des Begriffs des „Streitgegenstandes“ kennen weder die ZPO noch die einschlägigen Gesetze eine Legaldefinition. Nach einer am Wortlaut des § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO orientierten Auffassung vom „zweigliedrigen“ Streitgegenstandsbegriff wird dieser anhand des Klageantrags, in dem die vom Kläger

⁵⁴ Weise, Selbständiges Beweisverfahren im Baurecht, Rn. 610.

⁵⁵ BGH, Beschluss vom 21.10.2004 – V ZB 28/04, BGHR 2005, 198 (199); BGH, Beschluss vom 18.12.2002 – VII ZB 97/02, NJW, 2003, 1322 (1323); BGH, Urteil vom 27.02.1996 – X ZR 3/94, NJW 1996, 1749; OLG Schleswig, Beschluss vom 15.02.1991 – 9 W 23/91, JurBüro 1991, 962.

⁵⁶ BGH, Beschluss vom 09.02.2006 – VII ZB 59/05, Rpfleger 2006, 338; BGH, Beschluss vom 22.07.2004 – VII ZB 9/03, JurBüro 2004, 664; OLG Köln, Beschluss vom 27.03.2007 – 3 W 75/06, MDR 2007, 1347; KG, Beschluss vom 10.10.2005 – 12 W 41/05, NJOZ 2006, 525; OLG München, Beschluss vom 25.01.2005 – 11 W 3025/04, OLGR München 2005, 444; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 23.06.1996 – 12 W 42/96, BauR 1997, 349; OLG Nürnberg, Beschluss vom 03.04.1995 – 8 W 1003/95, JurBüro 1996, 35; OLG Köln, Beschluss vom 09.06.1999 – 17 W 241/98, NJW-RR 2000, 361 = OLGR 1999, 323; das OLG München, Beschluss vom 29.02.2000 – 11 W 957/00, MDR 2000, 726 (727), geht von einer „sachlichen“ Übereinstimmung aus; Hartmann, in Baumbach/Lauterbach/Hartmann, ZPO, § 91, Rn. 202 „Selbständiges Beweisverfahren“; Ulrich, Selbständiges Beweisverfahren mit Sachverständigen, Kapitel 9.5.5; Sieburg, in FS für Mantscheff, 405 (413).

beanspruchte Rechtsfolge konkretisiert wird, und des zur Begründung vorgetragenen Lebenssachverhalts, aus dem der Kläger die begehrte Rechtsfolge herleitet, bestimmt.⁵⁷

Als „Streitgegenstand“ des selbständigen Beweisverfahrens kann nur die Feststellung von streitigen Tatsachen in Betracht kommen. Aufgrund dessen können sich die Gegenstände von selbständigem Beweisverfahren und Hauptprozess auch nur insoweit decken, als es um die dem jeweiligen Verfahren zugrundeliegenden Tatsachen geht.⁵⁸ Es muss also im selbständigen Beweisverfahren bereits vorgetragen werden, weshalb ein besonderes Interesse an der Beweisaufnahme besteht, wobei ein selbständiges Beweisverfahren nur durchgeführt werden darf, wenn es denkbar erscheint, dass aus den Tatsachen ein Rechtsstreit erwächst. Andererseits kann der Gegenstand auch über den Anspruch des Hauptsacheverfahrens hinausgehen, z.B. wenn die Tatsachengrundlage zu Gegenansprüchen im selbständigen Beweisverfahren ermittelt wird, die den Wert des abzuwehrenden Hauptsacheanspruchs übersteigen.⁵⁹ Insofern ist der Begriff des Streitgegenstandes nicht im technisch prozessualen Sinne zu verstehen.

Wie bereits ausgeführt, ist für die Kennzeichnung des Streitgegenstandes der konkrete Lebenssachverhalt und der Antrag entscheidend. Der Antrag bringt das Interesse und die Zielrichtung der Rechtsverfolgung des Antragstellers zum Ausdruck. Der Antragsteller begehrt dabei eine bestimmte Tatsachenerkenntnis und gerade nicht die Titulierung eines Anspruchs.

2. Zuordnung des Beweisverfahrens zum Hauptsacheverfahren

Der Streitgegenstand des Hauptsacheverfahrens wird durch das Beweisthema des vorhergehenden selbständigen Beweisverfahrens behandelt, der Streitgegenstand der zu erhebenden Klage kann insofern während der Beweisführung noch in Umfang und Qualität ungewiss bleiben. Bei der Zuordnung des Streitgegenstandes bestehen generelle Unsicherheiten. Entscheidend ist, inwieweit das selbständige Beweisverfahren „inhaltlich“ einem Hauptprozess zugeordnet werden kann.⁶⁰ Ein solcher Prozessbezug ist anzunehmen, wenn das Hauptsacheverfahren eine konsequente Fortführung des

⁵⁷ BGH, Urteil vom 26.09.2000 – VI ZR 279/99, NJW 2001, 157 (158); BGH, Urteil vom 20.03.2000 – II ZR 250/99, NJW 2000, 1958; Musielak, in Musielak, ZPO, Einl., Rn. 68 ff.; Becker-Eberhard, in Münchener Kommentar, ZPO, Vorbem. zu §§ 253 ff., Rn. 32 f.; Seeber, S. 51.

⁵⁸ Kroppen/Heyers/Schmitz, Beweissicherung im Bauwesen, Rn. 944; auch OLG München, Beschluss vom 29.02.2000 – 11 W 957/00, NJW-RR 2001, 719 f.

⁵⁹ OLG Koblenz, Beschluss vom 18.10.2001 – 14 W 660/01, BauR 2002, 1889.

⁶⁰ BGH, Beschluss vom 09.02.2006 – VII ZB 59/05, NJW-RR 2006, 810; OLG München, Beschluss vom 29.02.2000 – 11 W 957/00, MDR 2000, 726 (727); OLG München, Beschluss vom 24.02.2000 – 11 W 896/00, MDR 2000, 603; OLG Stuttgart, Beschluss vom 17.08.1999 – 8 W 192/99, BauR 2000, 136; Joussem, in Ingenstau/Korbian, B § 18 Nr. 4, Rn. 178; Hansens, Rpfleger 1997, 363.



Beweisverfahrens darstellt.⁶¹ Dabei hat sich die Zielrichtung der Durchführung des selbständigen Beweisverfahrens nach sachlichen Gesichtspunkten⁶² zu orientieren, jedoch nicht nach der jeweiligen Bemessung des Streitwerts.⁶³

Die zulässigen Beweisthemen des selbständigen Beweisverfahrens sind ausschließlich die in § 485 Abs. 2 Nr. 1 – 3 ZPO aufgezählten Beweisfragen, was eine Durchbrechung des Grundsatzes der Beweisunmittelbarkeit nach § 355 ZPO darstellt. Es handelt sich dabei um Beweisfragen, die auf der Grundlage eines Gutachtens am ehesten eine gütliche Einigung erwarten lassen. Die laienhafte Kenntnis und Geltendmachung aller dem Antragsteller nach § 485 Abs. 2 ZPO einfallenden Mängel kann zu mehreren vom Sachverständigen zu behandelnden Beweisthemen führen, die letztlich nicht alle Bestandteil des Hauptsacheverfahrens werden. Speziell in baurechtlichen Streitigkeiten bilden zumeist verschiedene Mängel Teile eines einheitlichen Mängelbeseitigungsanspruchs; die Beweistatsachen sind dabei innerhalb desselben Rechtsverhältnisses mehrfach relevant. Ein entsprechendes Korrektiv zulasten des Antragstellers ist dennoch nicht notwendig und auch nicht in einer späteren Fixierung des Gegenstandes durch das Sachverständigengutachten zu sehen. Da für die Hauptsacheentscheidung die Beweisthemen entscheidungserheblich sind und die Kostenentscheidung akzessorisch zur Hauptsacheentscheidung ergeht, sind die Beweistatsachen unter die Tatbestandsmerkmale eines streitgegenständlichen Anspruchs zu fassen. Insofern entstehen dem Antragsgegner wegen des Korrektives des § 96 ZPO keine Nachteile. Ausreichend für die Bestimmung der Beweisthemen gerade in Bauprozessen soll die vom BGH entwickelte Symptom-Rechtsprechung⁶⁴ sein, nach der mit einer hinreichend konkreten Benennung der Mangelerscheinungen der Mangel bereits ausreichend bezeichnet ist. Dadurch kann der Antragsteller sein Verlustrisiko steuern. Trotzdem sollte er die „richtige“ Frage möglichst sofort formulieren, da es nicht immer möglich ist, einen Ergänzungsantrag zu stellen.

Regelmäßig begründen Tatsachen, die der Verteidigung gegen später anhängig gemachte Ansprüche dienen sollten und nunmehr im Hauptsacheprozess auch vorgetragen werden,

⁶¹ OLG Koblenz, Beschluss vom 10.09.2003 – 14 W 469/03, NJW-RR 2004, 1006 (1007); OLG Koblenz, Beschluss vom 27.01.2003 – 14 W 15/03, OLGR Koblenz 2003, 514.

⁶² BGH, Beschluss vom 21.10.2004 – V ZB 28/04, NJW 2005, 294; OLG München, Beschluss vom 29.02.2000 – 11 W 957/00, MDR 2000, 726 (727).

⁶³ BGH, Beschluss vom 16.09.2004 – III ZB 33/04, MDR 2005, 162; OLG Nürnberg, Beschluss vom 08.11.1999 – 13 W 2637/99, OLGR 2000, 114; OLG München, Beschluss vom 16.08.1999 – 11 W 2144/99, MDR 1999, 1347 = NJW-RR 2000, 1237; Ulrich, AnwBl. 2003, 144 (147).

⁶⁴ Vgl. BGH, Urteil vom 09.10.2008 – VII ZR 80/07, IBR 2009, 17; BGH, Urteil vom 23.06.2005 – VII ZR 114/04, BauR 2005, 1682; BGH, Urteil vom 14.01.1999 – VII ZR 19/98, IBR 1999, 206; BGH, Urteil vom 26.03.1992 – VII ZR 258/90, BauR 1992, 503.

die Identität der Streitgegenstände.⁶⁵ Das selbständige Beweisverfahren schafft damit die tatsächlichen Grundlagen für ein sich anschließendes Hauptsacheverfahren. Dementsprechend steht gem. § 493 Abs. 1 ZPO die Beweiserhebung im selbständigen Beweisverfahren einer Beweisaufnahme vor dem Prozessgericht gleich, sofern sich eine Partei im Prozess auf die Tatsachen beruft, über die selbständig Beweis erhoben worden ist.⁶⁶ Es muss also erkennbar sein, dass der Anspruchsteller seine Bewertung auf das Ergebnis des selbständigen Beweisverfahrens stützt und somit die Kosten des selbständigen Beweisverfahrens Vorbereitungskosten waren. Demgegenüber fehlt es an der Identität der Streitgegenstände, wenn beispielsweise Baumängel Gegenstand des selbständigen Beweisverfahrens sind und im Hauptsacheprozess nur entscheidungserheblich ist, ob der Beweissicherungsantrag die Verjährung unterbrochen hat.⁶⁷ Dann sind die Kosten des selbständigen Beweisverfahrens mangels Identität nicht Teil der Hauptsachekosten.

3. Volle Identität der Streitgegenstände

a. Identität bei nutzlosem Beweisergebnis

Soweit das Beweisergebnis des selbständigen Beweisverfahrens für die Hauptsacheentscheidung völlig nutzlos war, besteht die Besonderheit, dass das Prozessgericht die Befugnis und im Rahmen des Ermessens auch die Pflicht hat, die Kosten des Beweisverfahrens gem. § 96 ZPO durch gesonderten Kostenausspruch dem in der Hauptsache obsiegenden Antragsteller aufzuerlegen.⁶⁸ Es liegt volle Identität der Streitgegenstände vor. Sofern für die diesbezügliche Heranziehung des § 96 ZPO zum Teil eine analoge Anwendung dieser Norm befürwortet wird,⁶⁹ ist darauf zu verweisen, dass es an der für eine Analogie erforderliche Regelungslücke fehlt. Zudem stellt sich ein selbständiges Beweisverfahren über den Bereich der Klage als Angriffs- oder

⁶⁵ OLG Nürnberg, Beschluss vom 03.04.1995 – 8 W 1003/95, JurBüro 1996, 35; OLG Hamm, Beschluss vom 28.12.1999 – 21 W 34/98, BauR 2000, 1090 (1091); OLG München, Beschluss vom 16.08.1999 – 11 W 2144/99, NJW-RR 2000, 1237; OLG Hamm, Beschluss vom 29.07.1997 – 21 W 15/97, OLGR 1997, 299; OLG Köln, Beschluss vom 09.06.1999 – 17 W 241/98, NJW-RR 2000, 361.

⁶⁶ Gemeint ist, dass die selbständige Beweiserhebung einer durch das Prozessgericht gem. § 358 ZPO angeordneten Beweiserhebung gleichsteht; vgl. dazu Cuypers, NJW 1994, 1985 (1991).

⁶⁷ OLG Koblenz, Beschluss vom 18.10.2001 – 14 W 660/01, BauR 2002, 1889.

⁶⁸ BGH, Beschluss vom 24.06.2004 – VII ZB 34/03, BauR 2004, 1487 (zur allgemeinen Anwendung); OLG Düsseldorf, Beschluss vom 26.08.1997 – 22 W 45/97, NJW-RR 1998, 358; OLG Nürnberg, Beschluss vom 14.09.1994 – 9 W 2700/94, BauR 1995, 275 (277); LG Frankenthal, Beschluss vom 29.06.1981 – 1 T 150/81, MDR 1981, 940 (941); Schreiber, in Münchener Kommentar, ZPO, § 485, Rn. 21; Miernik, IBR 2004, 609.

⁶⁹ Pastor, in Werner/Pastor, Der Bauprozess, Rn. 126.



Verteidigungsmittel i.S.d. § 96 ZPO dar.⁷⁰ Die Auferlegung der Kosten zulasten des Antragstellers ist vor dem Hintergrund gerechtfertigt, dass bei völlig nutzlosen Ergebnissen des selbständigen Beweisverfahrens eben nicht die Besorgnis besteht, dass zu sichernde Beweise für einen günstigen Prozessausgang verloren gehen könnten. Ansonsten hat der Richter weder die Beweisbedürftigkeit oder die Erheblichkeit des Beweismittels für den Hauptprozess noch dessen Erfolgsaussichten zu beurteilen. Diese Kostengrundentscheidung unter Anwendung des § 96 ZPO ermöglicht die Verteilung aller Kosten, d.h. derjenigen sowohl des Beweis- als auch derjenigen des Hauptsacheverfahrens, im Kostenfestsetzungsverfahren und infolgedessen einen einheitlichen Kostentitel. Die Nichtanwendbarkeit des § 494a ZPO führt damit auch nicht zu einem unbilligen Ergebnis.

b. Identität bei Klageabweisung wegen Unzulässigkeit

Schwierigkeiten in Bezug auf die Identität des Streitgegenstandes bzw. deren Nachweis bestehen für den Antragsgegner bzw. späteren Beklagten, wenn die Hauptsacheklage nach einem geführten Beweisverfahren ohne sachliche Entscheidung zum Gegenstand des Beweisverfahrens abgewiesen wird. Der BGH hat sich zur Problematik der Klageabweisung bisher noch nicht ausdrücklich geäußert;⁷¹ er vertritt aber im Fall der Klagerücknahme im Hauptsacheverfahren die Ansicht, dass sich durch die Rücknahme der Hauptsacheklage an der einmal begründeten Zugehörigkeit der Kosten des selbständigen Beweisverfahrens zu den Kosten des Hauptverfahrens nichts ändert.⁷² Die dazu zitierten Meinungen⁷³ weisen auf die allgemeinen Regeln der Kostentragungspflicht und mithin auch auf die Anwendung des § 91 ZPO für den Fall der Klageabweisung hin. In beiden Fällen kommt es nicht darauf an, ob über das Ergebnis des selbständigen Beweisverfahrens mitentschieden bzw. das Beweisergebnis verwertet wurde, sondern darauf, dass sich an der einmal begründeten Zugehörigkeit der Kosten zu denen des Hauptsacheverfahrens nichts ändert. Sofern die Beweistatsachen im Hauptprozess vorgetragen, aber dort vom Gericht wegen der Unzulässigkeit der Klage nicht verwertet werden, sind die dem Beklagten im selbständigen Beweisverfahren entstandenen Kosten

⁷⁰ AG Bielefeld, Beschluss vom 17.04.2000 – 4 C 47/00, NJW-RR 2000, 1240.

⁷¹ Offen gelassen in BGH, Beschluss vom 22.05.2003 – VII ZB 30/02, NJW-RR 2003, 1240.

⁷² S. BGH, Beschluss vom 13.12.2006 – XII ZB 176/03, NJW 2007, 1279 (1280f.) = NZBau 2007, 246; s. dazu die Ausführungen zur Klagerücknahme sub. D..

⁷³ So OLG Stuttgart, Beschluss vom 09.09.1987 – 8 W 236/87, Rpfleger 1988, 117; OLG Celle, Beschluss vom 22.02.1984 – 8 W 123/84, JurBüro 1984, 1581; Schreiber, in Münchener Kommentar, ZPO, § 494a, Rn. 1; Schreiber, NJW 1991, 2600 (2602).

somit Kosten des Hauptprozesses, da sich durch die Abweisung der Klage als unzulässig grundsätzlich nichts am Charakter des Beweisverfahrens als Nebenverfahren zum Hauptprozess ändert.⁷⁴ Diese Lösung ist auch sachgerecht, da allein der Kläger die Einleitung des Rechtsstreits einschließlich des diesen vorbereitenden Beweisverfahrens und die Auslösung der damit verbundenen Kosten zu verantworten hat. Dagegen werden die klägerischen Kosten des Beweisverfahrens bei Abweisung der Klage aufgrund mangelnder Aktiv- oder Passivlegitimation nicht von der Kostenfestsetzung umfasst, weil sie noch Teil eines anderweitigen Hauptsacheverfahrens sein können.⁷⁵ Eine vorrangige Anwendung des § 494a ZPO kommt nicht in Betracht, und zwar auch nicht mit der Begründung, dass es an einer abschließenden sachbezogenen Entscheidung fehle.⁷⁶ Dennoch wird teilweise in der Literatur ein Kostenausspruch nach § 494a Abs. 2 ZPO gefordert.⁷⁷ Dies ist aufgrund der grundsätzlichen Zuordnung der Kosten des Beweisverfahrens zum Hauptsacheverfahren nicht möglich. Als Ausnahmevorschrift bleibt § 494a ZPO eng auszulegen. Die vorgerichtlichen Kosten bleiben für den Beklagten im Hauptverfahren gem. § 91 ZPO erstattungsfähig.

c. Identität bei Klageänderung

Dagegen sind die Voraussetzungen für eine Einbeziehung der Kosten des selbständigen Beweisverfahrens in das Hauptsacheverfahren mangels Identität der Streitgegenstände bei einer Klageänderung nicht mehr gegeben. Nach Eintritt der Rechtshängigkeit darf nach § 263 ZPO eine Klage nur noch geändert werden, wenn der Beklagte einwilligt oder das Gericht die Änderung für sachdienlich erachtet. Dabei bedeutet eine Änderung der Klage in diesem Sinne auch immer eine Änderung des Streitgegenstandes. Darin besteht beispielsweise der Unterschied zur Klagerücknahme. Während eine Klageänderung den Austausch des Rechtsschutzbegehrens bewirkt, bewirkt die Klagerücknahme dessen Wegfall.⁷⁸ Für das selbständige Beweisverfahren gilt, dass es sich inhaltlich auf den Gegenstand des Hauptprozesses beziehen muss; die Rechtshängigkeit der Klage fixiert

⁷⁴ Kroppen/Heyers/Schmitz, Beweissicherung im Bauwesen, Rn. 951, unter ausdrücklichem Hinweis auf BGH, Urteil vom 30.01.1956 – II ZR 168/54, BGHZ 20, 4 (15); KG, Beschluss vom 20.08.1996 – 1 W 4514/95, NJW-RR 1997, 960; Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, § 116, Rn. 22; in diesem Sinne auch Schreiber, in Münchener Kommentar, ZPO, § 485, Rn. 21; Göttlich/Mümmeler/Rehberg/Xanke, RVG, „Selbständiges Beweisverfahren“, Anm. 5.

⁷⁵ Weise, Selbständiges Beweisverfahren im Baurecht, Rn. 598.

⁷⁶ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 03.02.2006 – 23 W 62/05, NJW-RR 2006, 1028; OLG Koblenz, Beschluss vom 05.03.2003 – 14 W 148/03, MDR 2003, 1080; OLG München, Beschluss vom 29.02.2000 – 11 W 957/00, MDR 2000, 726 (727): es lag ein Fall der Klageänderung zugrunde; im Ergebnis Siegburg, FS für Mantscheff, S. 405 (411).

⁷⁷ Leipold, in Stein/Jonas, ZPO, § 494a, Rn. 26; Fink, Das selbständige Beweisverfahren in Bausachen, J, Rn. 458.

⁷⁸ Greger, in Zöller, ZPO, § 269, Rn. 5.

dabei auch immer den Streitgegenstand. Ist beispielsweise eine fristgemäß erhobene Klage auf Feststellung der Erledigung des selbständigen Beweisverfahrens in eine Klage auf die Erstattung der gerichtlichen und außergerichtlichen Kosten geändert worden, ist mangels Zugehörigkeit der Kosten des selbständigen Beweisverfahrens zum Hauptsacheverfahren nicht mehr über diese zu entscheiden. An der erforderlichen Identität fehlt es also, wenn sich das das Hauptsacheverfahren abschließende Urteil nach zulässiger Klageänderung nicht mehr auf den ursprünglichen Gegenstand des Rechtsstreits, welcher auch Gegenstand des selbständigen Beweisverfahrens gewesen ist, bezieht.⁷⁹ Infolge des Austauschs des Rechtsschutzbegehrens durch den Kläger kann nämlich nicht mehr davon ausgegangen werden, dass sich das mit der Einleitung des selbständigen Beweisverfahrens bekundete rechtliche Interesse weiterhin mit dem Gegenstand der Hauptsache deckt. In diesen Fällen kann das Beweisergebnis im Hauptsacheverfahren regelmäßig nicht mehr herangezogen werden, was aber Voraussetzung für die Identität der Streitgegenstände ist. Die Kosten des selbständigen Beweisverfahrens können nicht mehr als solche des Hauptsacheprozesses festgesetzt werden.⁸⁰ Wird die Sachdienlichkeit einer Klageänderung aber verneint und die geänderte Klage mithin als unzulässig abgewiesen, ergibt sich, wie bei der Klageabweisung, eine einheitliche Kostenentscheidung im Hauptsacheverfahren.

d. Identität bei mehreren Hauptsacheverfahren

Wenn nach Abschluss eines Beweisverfahrens mehrere Hauptsacheverfahren geführt werden, die jeweils auch die im selbständigen Beweisverfahren geklärten Tatsachen zum Inhalt haben und durch selbiges vorbereitet worden sind, sind die Kosten des einheitlichen selbständigen Beweisverfahrens im Verhältnis der Streitwerte auf die einzelnen Prozesse aufzuteilen.⁸¹ Dementsprechend ist auch nur der für das jeweilige Verfahren anfallende Anteil der Gerichtskosten des Beweisverfahrens in den Kostenausgleich einzubeziehen. Wird auf ein selbständiges Beweisverfahren nach Fristsetzung gem. § 494a ZPO hin Klage erhoben, werden die Kosten des selbständigen

⁷⁹ OLG München, Beschluss vom 29.02.2000 – 1 W 957/00, NJW-RR 2001, 719 = MDR 2000, 726; OLG Köln, Beschluss vom 07.01.2005 – 17 W 302/04, BauR 2005, 900; Leipold, in Stein/Jonas, ZPO, vor § 485, Rn. 30.

⁸⁰ Ulrich, Selbständiges Beweisverfahren mit Sachverständigen, Kapitel 9.4.

⁸¹ OLG München, Beschluss vom 29.02.2000 – 11 W 957/00, NJW-RR 2001, 719; OLG Stuttgart, Beschluss vom 17.08.1999 – 8 W 192/99, BauR 2000, 136; OLG München, Beschluss vom 09.03.1989 – 11 W 3434/88, MDR 1989, 548 (549); Hartmann, in Baumbach/Lauterbach/Hartmann, ZPO, § 91, Rn. 199 „Selbständiges Beweisverfahren“; Herget, in Zöller, ZPO, § 91, Rn. 13 „Selbständiges Beweisverfahren“; Bork, in Stein/Jonas, ZPO, § 91, Rn. 21; Jousen, in Ingenstau/Korbian, B § 18 Nr. 4, Rn. 180; Fink, Das selbständige Beweisverfahren in Bausachen, J, Rn. 472; Wielgloss, JurBüro 1999, 579.

Beweisverfahrens allein in die Kostenfestsetzung dieses Hauptsacheverfahrens einbezogen.⁸² Prozesskosten können dann nicht Gegenstand zweier Kostengrundentscheidungen sein. Sofern bereits mehrere Hauptsacheverfahren laufen, in die das Beweisergebnis eingeführt werden soll, gilt § 494a ZPO schon dem Wortlaut nach nicht.

e. Zwischenergebnis

Für die Identität der Streitgegenstände ist entscheidend, dass das selbständige Beweisverfahren inhaltlich einem Hauptsacheverfahren zugeordnet werden kann und Prozessbezug zu diesem aufweist. Diese Identität ist auch gegeben bei einem völlig nutzlos geführten Beweisverfahren oder bei einer Klageabweisung wegen Unzulässigkeit. Im Falle eines unterschiedlichen Streitgegenstandes im Hauptsacheprozess und im angestregten Beweisverfahren kann die prozessuale Kostenentscheidung nach § 91 ZPO keine Grundlage für die Festsetzung von Kosten des Beweisverfahrens bilden. Damit entfallen bei Klageänderung aufgrund des geänderten Streitgegenstandes die Voraussetzungen der Einbeziehung der Kosten des Beweisverfahrens in das Hauptsacheverfahren. Sofern keine Identität besteht, kann folgerichtig § 494a Abs. 2 S. 1 ZPO mit seiner gesonderten Kostenfolge als Kostengrundentscheidung eingreifen. Werden zu einem Beweisverfahren mehrere Hauptsacheverfahren geführt, sind die Kosten des selbständigen Beweisverfahrens entsprechend dem Verhältnis der Streitwerte der Hauptsacheverfahren aufzuteilen.

4. Teilidentität der Streitgegenstände

a. Kosten des relevanten Beweisergebnisteils

Zu differenzieren ist zwischen dem im Hauptsacheprozess geltend und nicht geltend gemachten Beweisergebnisteil. Hinsichtlich der Teile der Beweisthemen des selbständigen Beweisverfahrens, die auch zum Streitgegenstand im Hauptsacheverfahren geworden sind, sind die Kosten der Beweiserhebung unproblematisch Teil der Kosten der Hauptsache.

⁸² OLG Jena, Beschluss vom 15.03.2005 – 9 W 49/05, OLG-NL 2005, 116.



b. Kosten des irrelevanten Beweisergebnisteils

aa. Keine Teilkostengrundentscheidung nach § 494a Abs. 2 ZPO

Der Antragsgegner kann hinsichtlich des nicht geltend gemachten Teils keinen Antrag nach § 494a Abs. 1 ZPO stellen, da dieser Vorgehensweise entgegensteht, dass der Gegenstand dem Grunde nach bereits im Klageverfahren anhängig gemacht ist. Dementsprechend ist eine gesonderte Kostenentscheidung nach § 494a Abs. 2 ZPO nicht möglich. Der Lösungsansatz, nach § 494a Abs. 2 ZPO eine Teilkostenentscheidung zu erlassen, kann auch nicht durch die Argumentation gestützt werden, dass nur nach den Teilen zu entscheiden sei, die in das Hauptsacheverfahren eingeführt würden und die Gegenstand des Beweisverfahrens blieben. Unter anderem vertritt das OLG Koblenz, dass sich die Kostengrundentscheidung der Hauptsache nur auf den deckungsgleichen Gegenstand aus dem Beweisverfahren beziehe.⁸³ So sei es zweckmäßig, nur die Kosten in die Kostenfestsetzung mit einzubeziehen, die entstanden wären, wenn das Beweisverfahren von vornherein nur auf den anhängig gewordenen Hauptsachestreitgegenstand beschränkt durchgeführt worden wäre.⁸⁴ Dabei betreffe die Kostengrundentscheidung hinsichtlich aller Gebühren, einschließlich der Beweisgebühr, nur den Wert der Klage. Der Reststreitwert gehöre danach nicht zu den Kosten des Rechtsstreits. Deshalb seien die sich ergebenden Differenzgebühren nach Ansicht dieses Senats⁸⁵ gem. § 494a Abs. 2 ZPO geltend zu machen. Nach Ansicht von *Cuypers* soll es in einem Verfahren, in dem es um Tatsachenfeststellung geht und nicht darum, ob die Partei obsiegt oder unterliegt, gerechtfertigt sein, die Kosten des Beweisverfahrens nach dem Aufwand, der durch den verfahrenseinleitenden Antrag begründet worden ist, zu quoteln. Dies richte sich nach dem Zeitaufwand des Sachverständigen.⁸⁶ Die praktische Umsetzung auf der Grundlage dieser Argumentation dürfte sich jedoch vorab als

⁸³ OLG Koblenz, Beschluss vom 25.10.1999 – 14 W 698/99, MDR 2000, 669 = OLGR 2000, 345; genau gegensätzlich bzgl. des abweichenden Streitwertes der Hauptsacheklage entschied der 10. Zs des OLG Koblenz, Beschluss vom 15.03.1999 – 10 W 162/99, OLGR 2000, 50; auch OLG Nürnberg, Beschluss vom 08.11.1999 – 13 W 2637/99, OLGR 2000, 114; OLG München, Beschluss vom 18.05.1992 – 19 W 980/92, OLGR 1992, 94; fortgeführt für den Fall der Erfüllung OLG München, Beschluss vom 11.06.1996 – 13 W 1586/96, OLGR 1996, 219 = BauR 1997, 167.

⁸⁴ OLG Koblenz, Beschluss vom 25.10.1999 – 14 W 698/99, MDR 2000, 669.

⁸⁵ Der 3. Zs des OLG Koblenz, Beschluss vom 24.01.1997 – 3 W 23/97, OLGR Koblenz 1997, 52 entschied, dass die entstehenden Quoten gegebenenfalls zu schätzen seien. Der 9 Zs des OLG Schleswig, Beschluss vom 04.02.1994 – 9 W 18/94, AnwBl. 1995, 269, differenziert weiter zwischen der Verfahrensgebühr und den gerichtlichen Auslagen. Bei ersterer soll eine Quote nach dem Verhältnis der Werte der einzelnen Beweispunkte gebildet werden; von den gerichtlichen Auslagen sollen diejenigen ausgesondert werden, die nach Partei und Gegenstand keinen Bezug zu dem nachfolgenden Rechtsstreit aufweisen.

⁸⁶ *Cuypers*, MDR 2004, 244 (250); OLG Hamm, Urteil vom 13.05.2004 – 21 U 172/03, BauR 2005, 140, differenziert darüber hinaus zwischen den Kosten für die Kostenfestsetzung im Hauptsacheprozess und denen der Schadensposition im Hauptsacheverfahren.

unzweckmäßig und unbrauchbar herausstellen, da diese Trennung im Nachhinein vorgenommen werden müsste.

Richtig ist zwar, dass nur die Kostenteile des Beweisverfahrens im Hauptsacheverfahren festsetzbar sind, die in diesem gegenständlich sind, doch verkennt auch das OLG Koblenz, dass § 494a Abs. 2 ZPO nur an die Tatsache der Klageerhebung anknüpft und nicht an die Bemessung der jeweiligen Streitwerte. Sofern die Gerichte im selbständigen Beweisverfahren und im Hauptsacheverfahren von unterschiedlichen Streitwerten ausgingen, käme es zu nicht abgestimmten und bereits erwähnten widersprüchlichen Kostenentscheidungen; denn eine gegebenenfalls isolierte Teilkostenentscheidung gem. § 494a ZPO für den nicht rechtshängig gemachten Teil wäre etwa zeitgleich mit der Klageerhebung zu erlassen. Zu diesem Zeitpunkt könnten zudem etwaige Klageänderungen oder Klageerweiterungen noch nicht berücksichtigt sein, so dass eine zu treffende Quotenentscheidung kaum möglich wäre. Das AG Göttingen führt hierzu richtigerweise an, dass es unter anderem auch prozessökonomisch sei, zwei Gerichte über die Kosten entscheiden zu lassen.⁸⁷ Eine Entscheidung über die „erledigten“ Kosten soll das mit der Hauptsacheklage befasste Hauptsachegericht nicht zuletzt aufgrund der Sachnähe und aus der Tatsache heraus, dass es das Beweisergebnis ohnehin zu würdigen hat, treffen. Das Gericht des selbständigen Beweisverfahrens ist aus diesem Grund nicht zuständig für eine Kostenentscheidung nach § 494a Abs. 2 ZPO.

Bischof argumentiert zurecht, dass bei einer Anerkennung von Teilkostenentscheidungen nach § 494a ZPO die erkennenden Gerichte gehalten wären, sich unter Heranziehung der Abgrenzungsjudikatur der Kostensenate der Oberlandesgerichte mit der Frage zu befassen, was im Kostenfestsetzungsverfahren berücksichtigt werden könne und was nicht.⁸⁸ Dies würde zu einer übermäßigen potenziellen Fehlerquelle führen. Nur mit einer einheitlichen Kostenentscheidung kann der Gefahr widersprüchlicher Entscheidungen zuverlässig begegnet werden.

Aus einer Aufspaltung der Kostenentscheidung in zwei verschiedene Verfahren würde unter Umständen auch eine Gebührenmehrbelastung der Parteien resultieren, da die bei höheren Gegenstandswerten eintretende Gebührendegression im Fall der Verteilung des Streitgegenstandes auf verschiedene Verfahren nicht zur Wirkung kommt.⁸⁹

⁸⁷ AG Göttingen, Beschluss vom 04.01.2000 – 21 H 12/97, NJW-RR 2000, 1094.

⁸⁸ Bischof, JurBüro 1992, 779 (782).

⁸⁹ Bischof, JurBüro 1992, 779 (782); OLG Düsseldorf, Beschluss vom 26.08.1997 – 22 W 45/97, NJW-RR 1998, 358 (359).

Verzerrungen aufgrund der Gebührendegression werden aufgrund der Nichtanwendbarkeit des § 492a Abs. 2 ZPO ebenfalls vermieden.

Es sind also Gründe der Praktikabilität und der Prozessökonomie, die für eine Behandlung der Kosten im anhängigen Hauptsacheverfahren sprechen. Auch ein Zuwarten bis zur Entscheidung des Hauptsacheprozesses ist dem Antragsgegner zumutbar. Es wäre auch gar nicht sachgerecht, einen Teil der Kosten des Antragsgegners im Beweisverfahren trotz nur teilweiser Verwertung des Ergebnisses von der Erstattung auszunehmen und den Antragsgegner damit auf einen weiteren Prozess für seinen möglichen materiell-rechtlichen Kostenerstattungsanspruch zu verweisen. Dies ergibt sich nicht zuletzt aus dem Ausnahmecharakter des § 494a ZPO, dem als Grundregel zu entnehmen ist, dass nur dann ein Bedürfnis für eine selbständige Kostenentscheidung im Beweisverfahren anzunehmen ist, wenn ein denselben Streitgegenstand betreffendes Hauptsacheverfahren gerade nicht stattfindet.

Aus den genannten Gründen ist das Argument nicht überzeugend, dass es § 494a ZPO bezwecke, dem Antragsgegner die Möglichkeit der frühzeitigen Erlangung des Kostentitels zu verschaffen, ohne auf einen etwaigen Hauptsacheprozess und dessen Abschluss warten zu müssen und deshalb eine Kostenentscheidung gem. § 494a ZPO möglich sein müsse.⁹⁰ Auch der Annahme einer sich aus den Gesetzesmaterialien ergebenden Ausweitung der Vorschrift des § 494a ZPO zugunsten des Antragsgegners kann heute nicht mehr gefolgt werden. So wurde vom OLG Düsseldorf noch im Jahre 1997 vertreten, dass eine Entscheidung im selbständigen Beweisverfahren bei einer teilweisen Klageerhebung möglich sein müsse, da auch im Falle der Klagerücknahme die Kosten der Beweissicherung aus dem selbständigen Beweisverfahren nicht von der Kostengrundentscheidung des Hauptsacheverfahrens nach § 269 Abs. 3 ZPO erfasst sein, über die Kosten des selbständigen Beweisverfahrens also nicht mitentschieden würde. Wenn die Kosten des Beweisverfahrens schon in dieser Konstellation nicht in die Hauptsacheentscheidung mit einbezogen würden, müsse dies erst recht gelten, wenn bezüglich eines Teils des Beweisverfahrens gar keine Klage erhoben worden sei.⁹¹ Doch wird der Fall der Klagerücknahme mittlerweile anders behandelt;⁹² auch ist in der

⁹⁰ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 03.06.2003 – 23 W 22/03, MDR 2003, 1132; OLG Hamm, Beschluss vom 06.01.2000 – 19 W 149/99, OLGR 2000, 115; OLG München, Beschluss vom 18.05.1992 – 19 W 980/92, OLGR 1992, 94; OLG München, Beschluss vom 11.06.1996 – 13 W 1586/96, OLGR 1996, 219; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15.07.1997 – 7 W 40/97, OLGR 1997, 279 = MDR 1997, 979; LG Osnabrück, Beschluss vom 24.06.1994 – 3 T 2/94, MDR 1994, 1052; AG München, Beschluss vom 20.03.2001 – 8 OH 21720/99, NJW-RR 2001, 1151; Bischof, JurBüro 1992, 779 (782); offen gelassen OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11.09.2002 – 5 W 26/02, BauR 2003, 289 für den Fall der Erfüllung.

⁹¹ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15.07.1997 – 7 W 40/97, MDR 1997, 979.

⁹² BGH, Beschluss vom 13.12.2006 – XII ZB 176/03, NJW 2007, 1279 (1281); vgl. dazu die Ausführungen sub. D..

Judikatur des OLG Düsseldorf nach neuesten Entscheidungen eine Abkehr von einer möglichen Teilkostenentscheidung zu erkennen.⁹³ Deshalb kann auch der Ansicht von *Luz* nicht gefolgt werden. Unter Anlehnung an die Begründung des 7. Zivilsenats des OLG Düsseldorf betrachtet er diesen Sachverhalt unter dem Aspekt, dass es unbillig wäre, wenn sich der Antragsteller für das Beweisverfahren einen weiten Rahmen stecke und sich dann für das Hauptsacheverfahren die Rosinen herauspicke.⁹⁴ Auch er verkennt den im Folgenden dargestellten Anwendungsvorrang des § 96 ZPO vor der Ausnahmevorschrift des § 494a ZPO.

bb. Teilkostengrundentscheidung nach § 96 ZPO

Hinsichtlich des irrelevanten Beweisergebnisteils, der nicht Streitgegenstand der Hauptsache geworden ist, hat das Gericht in der Hauptsache analog § 96 ZPO mitzuentcheiden.⁹⁵ Dem Antragsteller können diese Kosten auferlegt werden, auch wenn er in der Hauptsache obsiegen sollte. Sowohl aus prozessökonomischen Gründen als auch mit Blick auf den Vorteil eines einheitlichen Titels ist es sachgerecht, dass die Kosten des selbständigen Beweisverfahrens auch dann insgesamt zu den Kosten des Hauptsacheverfahrens gehören, wenn nur Teile des selbständigen Beweisverfahrens zum Gegenstand der anschließenden Hauptsacheklage gegen den Antragsgegner gemacht werden.⁹⁶

⁹³ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 03.02.2006 – 23 W 62/05, NJW-RR 2006, 1028; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 10.01.2006 – 22 W 36/05, BauR 2006, 867 (869).

⁹⁴ *Luz*, Kosten im selbständigen Beweisverfahren, 251 (267).

⁹⁵ BGH, Beschluss vom 21.10.2004 – V ZB 28/04, NJW 2005, 294; BGH, Beschluss vom 24.06.2004 – VII ZB 11/03, NJW 2004, 3121; BGH, Beschluss vom 09.02.2006 – VII ZB 59/05, BGHR 2006, 687 (688); BGH, Beschluss vom 18.12.2002 – VIII ZB 97/02, NJW 2003 1322 (1323); OLG Düsseldorf, Beschluss vom 03.02.2006 – 23 W 62/05, NJW-RR 2006, 1028; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 26.08.1997 – 22 W 45/97, NJW-RR 1998, 358 (359); OLG Schleswig, Beschluss vom 30.08.2005 – 16 W 83/05, NJOZ 2006, 850 (851); OLG Köln, Beschluss vom 12.04.2000 – 17 W 480/00, BauR 2000, 1777 (1779); OLG Koblenz, Beschluss vom 25.05.1993 – 14 W 237/93, NJW-RR 1994, 1277; LG Kleve, Beschluss vom 20.03.1997 – 6 T 34/96, NJW-RR 1997, 1356 (1358); Giebel, in Münchener Kommentar ZPO, § 96, Rn. 6; Wolst, in Musielak, ZPO, § 91, Rn. 66; Huber, in Musielak, ZPO, § 494a, Rn. 5a; Ulrich, IBR 2006, 237; Sturmberg, Der Beweis im Zivilprozess, Rn. 450; Herget, in Zöller, ZPO, § 494a, Rn. 4a; Pastor, in Werner/Pastor, Der Bauprozess, Rn. 125.

⁹⁶ BGH, Beschluss vom 13.12.2006 – XII ZB 176/03, NJW 2007, 1279 (1281); BGH, Beschluss vom 09.02.2006 – VII ZB 59/05, NJW-RR 2006, 810; BGH, Beschluss vom 21.10.2004 – V ZB 28/04, BauR 2004, 1485; BGH, Beschluss vom 24.06.2004 – VII ZB 11/03, NJW 2004, 3121; OLG Schleswig, Beschluss vom 17.07.2006 – 16 W 57/06, OLGR 2006, 768; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 03.02.2006 – 23 W 62/05, NJW-RR 2006, 1028; OLG Schleswig, Beschluss vom 30.08.2005 – 16 W 83/05, NJOZ 2006, 850; OLG Frankfurt, Beschluss vom 11.07.2003 – 2 W 27/03, OLGR Frankfurt 2004, 14; OLG Zweibrücken, Beschluss vom 20.08.2001 – 4 W 48/01, MDR 2002, 476; OLG Schleswig, Beschluss vom 12.04.2001 – 16 W 35/01, MDR 2001, 836 (837); OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17.08.2000 – 12 W 36/00, BauR 2001, 1950; OLG Koblenz, Beschluss vom 15.03.1999 – 10 W 162/99, OLGR 2000, 50; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 26.08.1997 – 22 W 45/97, NJW-RR 1998, 358; OLG Stuttgart, Beschluss vom 09.08.1993 – 6 W 28/93, BauR 1994, 141; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13.10.1992 – 22 W 52/92, OLGZ 1993, 342 = BauR 1993, 370; LG Bonn, Beschluss vom 19.07.1993 – 9 OH 14/92, BauR 1994, 141 (142); AG Göttingen, Beschluss vom 04.01.2000 – 21 H 12/97, NJW-RR 2000, 1094; Cuypers, NJW 1994, 1985 (1990); Jagenburg/Reichelt, NJW 1999, 2403 (2411).



Im Falle der teilweisen Identität der Streitgegenstände werden die Kosten des Beweisverfahrens somit bereits in der Kostengrundentscheidung unabhängig vom Ausgang des Hauptsacheverfahrens unter analoger Anwendung des § 96 ZPO erfasst; zu einer Quotierung im Kostenfestsetzungsverfahren ist der Rechtspfleger nicht berechtigt.⁹⁷ Aufgrund in diesem Zusammenhang denkbarer komplexer Konstellationen kann nach gefestigter BGH-Rechtsprechung auf eine Anwendung des § 96 ZPO als Korrektiv in diesem Zusammenhang nicht verzichtet werden.⁹⁸ Denn es werden nach § 96 ZPO nur solche Kosten des Beweisverfahrens nicht von der erkannten Kostenquote erfasst, die das Hauptsachegericht nicht in die Hauptsacheverhandlung aufnimmt. In Bezug auf die von der Klage nicht abgedeckten Teile bedarf es des gesonderten Kostenausspruchs.

Der Anwendung des § 96 ZPO steht auch nicht entgegen, dass sich der Beweisantrag bzw. die Beweiserhebung im selbständigen Beweisverfahren nicht als ein ohne Erfolg gebliebenes Angriffs- oder Verteidigungsmittel im Klageverfahren darstellt. So vertritt unter anderem das LG Osnabrück weiterführend, dass die Anwendung des § 96 ZPO mit dem Grundsatz der erforderlichen Identität zwischen Beweis- und Hauptsacheverfahren brechen würde, wenn nur ein Teil des Beweisverfahrens in das Hauptsacheverfahren eingeführt würde.⁹⁹ Es sei nicht ausgeschlossen, dass der Antragsteller den nicht eingeführten Teil in einem anderen Verfahren doch noch verwende und in diesem dann erfolgreich sei.¹⁰⁰ Doch gerade vor dem Hintergrund, dass das selbständige Beweisverfahren einen Teil der Beweisaufnahme des Hauptprozesses darstellt, muss das Gericht im Rahmen seiner Kostengrundentscheidung die Möglichkeit haben, über diejenigen Kosten des selbständigen Beweisverfahrens mitzuentcheiden, die auf den vom Antragsteller nicht in den Hauptsacheprozess eingeführten Teil des Gegenstandes des Beweisverfahrens entfallen. Es ist zwar grundsätzlich möglich, eine weitere Klage zu erheben, doch verkennt das LG Osnabrück die Anwendung des § 493 Abs. 1 ZPO und die zwingende Zuordnung der Kosten. Ist das Beweisergebnis einmal in ein Hauptsacheverfahren eingeführt, soll auch in diesem eine einheitliche Entscheidung über die im selbständigen Beweisverfahren entstandenen Kosten getroffen werden. Dies schließt es begrifflich schon aus, dass die Kosten ein weiteres Mal Prozesskosten i. S. d.

⁹⁷ BGH, Beschluss vom 09.02.2006 – VII ZB 59/05, BGHR 2006, 687 (688).

⁹⁸ BGH, Beschluss vom 09.02.2006 – VII ZB 59/05, BGHR 2006, 687 (688); BGH, Beschluss vom 24.06.2004 – VII ZB 11/03, NJW 2004, 3121; BGH, Beschluss vom 18.12.2002 – VIII ZB 97/02, NJW 2003, 1322 (1323); Pastor, in Werner/Pastor, Der Bauprozess, Rn. 126.

⁹⁹ LG Osnabrück, Beschluss vom 24.06.1994 – 3 T 2/94, MDR 1994, 1052; auch LG München, Beschluss vom 20.03.2001 – 8 OH 21720/99, NJW-RR 2001, 1151 (1152); Ulrich, AnwBl, 2003, 144 (148); Bischof, JurBüro 1992, 779 (782).

¹⁰⁰ LG Osnabrück, Beschluss vom 24.06.1994 – 3 T 2/94, MDR 1994, 1052; auch LG München, Beschluss vom 20.03.2001 – 8 OH 21720/99, NJW-RR 2001, 1151 (1152).

§§ 91 ff. ZPO sein können. Sachgerechte Lösungen sind ausschließlich über § 96 ZPO möglich.¹⁰¹ Es wäre zudem unzweckmäßig, einen Teil der Kosten des Antragsgegners im Beweisverfahren trotz Verwertung von dessen Ergebnis von der Erstattung auszunehmen und den Antragsgegner damit auf einen weiteren Prozess für seinen möglichen materiell-rechtlichen Kostenerstattungsanspruch zu verweisen.

Die Anwendung des § 96 ZPO mit der Begründung abzulehnen, dass es ein Ermessen des Gerichts für das selbständige Beweisverfahren nicht gäbe, wäre ebenfalls nicht sachgerecht. Aufgrund des eingeräumten Ermessens ergibt sich zwar keine derartige Folge wie bei analoger Anwendung des § 494a Abs. 2 ZPO. Es ist aber davon auszugehen, dass eine Entscheidung nach § 96 ZPO regelmäßig angezeigt ist,¹⁰² weshalb von einer Einengung des Ermessens des erkennenden Gerichts oder von einer Ermessensreduzierung auf Null auszugehen sein dürfte. Dass ein Richter oftmals die Anwendung des § 96 ZPO vergesse¹⁰³ und diesem Versäumnis grundsätzlich weder durch eine Berichtigung des Urteils nach § 319 ZPO noch durch eine Ergänzung des Urteils gem. § 321 ZPO nachträglich abgeholfen werden könne,¹⁰⁴ kann nicht als Argument gegen die Anwendung des § 96 ZPO sprechen. Für die aufgrund der unterlassenen Anwendung des § 96 ZPO kostenquotenmäßig benachteiligte Partei bedeutet das erforderlichenfalls, dass in den nicht seltenen Fällen des über den Wert des Hauptsacheverfahrens hinausgehenden Gegenstandswertes beim Hauptsachegericht nachdrücklich auf die richterliche Anwendung des § 96 ZPO hinzuwirken ist.

Die Vorschrift des § 96 ZPO ist im Übrigen auch dann anwendbar, wenn der höhere Streitwert des Beweisverfahrens allein auf offensichtlich überhöhten Angaben des Antragstellers bzw. Klägers beruht. Der Antragsgegner hat keinen Einfluss auf die Bewertung des Interesses des Antragstellers an der Beweiserhebung und damit auf die Höhe des Streitwertes des selbständigen Beweisverfahrens.¹⁰⁵ Der Beklagte müsste ansonsten einen ungerechtfertigten Kostenanteil hinnehmen. Ergibt sich aus diesem Grund im Hauptsacheprozess ein niedrigerer Streitwert, ist lediglich eine Quote gegen

¹⁰¹ BGH, Beschluss vom 22.05.2003 – VII ZB 30/02, NJW-RR 2003, 1240 (1241).

¹⁰² So der Hinweis des BGH, Beschluss vom 21.10.2004 – V ZB 28/04, NJW 2005, 294 (295).

¹⁰³ Vgl. auch Müller-Rabe, in Gerold/Schmidt, RVG, Anhang III „Selbständiges Beweisverfahren“, Rn. 69, der von einer chronischen Unlust der Richter, von § 96 ZPO Gebrauch zu machen, spricht.

¹⁰⁴ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15.07.1999 – 7 W 40/97, MDR 1997, 979.

¹⁰⁵ OLG Celle, Beschluss vom 07.05.1997 – 8 W 92/97, OLGR 1997, 183.



den Beklagten festzusetzen, die sich nach dem Verhältnis des Streitwertes des Hauptsacheprozesses zu demjenigen des selbständigen Beweisverfahrens bestimmt.¹⁰⁶

c. Zwischenergebnis

Im Falle der Teilidentität der Streitgegenstände erfolgt die Kostenfestsetzung im Verhältnis der Streitwerte über eine quotenmäßige Aufteilung. Über die Kosten des nicht in den Hauptsacheprozess eingeführten Teils des selbständigen Beweisverfahrens ist im Hauptsacheverfahren in entsprechender Anwendung des § 96 ZPO zu entscheiden. Dem Kläger können damit trotz Obsiegens in der Hauptsache die durch den überschießenden Teil des selbständigen Beweisverfahrens entstandenen Kosten auferlegt werden. Von einer möglichen Teilkostenentscheidung sind nur die Fälle betroffen, in denen der Antragsteller deshalb nicht über den gesamten Gegenstand des Beweisverfahrens Hauptsacheklage erhoben hat, weil der gerichtliche Sachverständige im Beweisverfahren nicht sämtliche gerügten Mängel festgestellt hat, oder weil der Antragsteller insoweit den Erfolg einer Hauptsacheklage anzweifelt.

Sofern dagegen nur die Höhe des Streitwerts im Hauptsacheprozess hinter der im selbständigen Beweisverfahren wegen anderer Bewertung zurückbleibt, werden die gesamten im selbständigen Beweisverfahren angefallenen Kosten in die Kostenfestsetzung des Hauptsacheverfahrens mit einbezogen.¹⁰⁷

III. Identität der Parteien

1. Vorliegen der Identität

Neben der Einführung in den Hauptprozess sowie der Identität des Streitgegenstandes ist weitere Voraussetzung für die einheitliche Entscheidung über die Kosten des selbständigen Beweisverfahrens im Hauptsacheprozess, dass die an dem Hauptsacheverfahren beteiligten Personen auch im selbständigen Beweisverfahren beteiligt waren. Der Kostentitel in der Hauptsache muss mithin zwischen den

¹⁰⁶ OLG Nürnberg, Beschluss vom 08.11.1999 – 13 W 2637/99, OLGR 2000, 114; OLG Celle Beschluss vom 07.05.1997 – 8 W 92/97, OLGR 1997, 183.

¹⁰⁷ Reichold, in Thomas/Putzo, ZPO, § 494a, Rn. 5.

gegnerischen Parteien des Beweisverfahrens ergehen.¹⁰⁸ Denn die Kosten eines Beweisverfahrens können von der Kostenentscheidung in der Hauptsache überhaupt nur erfasst werden, wenn sich der Kostentitel der Hauptsache gegen eine Partei richtet, die auch Partei des Beweisverfahrens war. Dies ergibt sich nicht zuletzt aus § 493 Abs. 2 ZPO, wonach das Ergebnis des selbständigen Beweisverfahrens nur dann im Hauptprozess verwendet werden kann, wenn der Prozess zwischen den Parteien des Beweisverfahrens geführt wird. Sind die Parteien des Hauptprozesses nicht mit denen des Beweisverfahrens identisch, wird das Beweisverfahren nicht Bestandteil des nachfolgenden Rechtsstreits. Selbst wenn die Erkenntnisse des Gutachtens, die in einem gegen Dritte geführten selbständigen Beweisverfahren erzielt wurden, in dem Hauptprozess verwendet werden, können die Kosten dieses anderen Beweisverfahrens auch nicht – wie etwa Kosten eines zuvor eingeholten Privatgutachtens – als Prozessvorbereitungskosten gemäß § 91 ZPO berücksichtigt werden. In welcher Rolle die Parteien in dem jeweiligen Verfahren tätig sind, ist hingegen unerheblich. Es ist also auch möglich, dass der Antragsteller des selbständigen Beweisverfahrens Beklagter des Hauptsacheverfahrens und der Antragsgegner dementsprechend dort Kläger ist.

2. Mehrheit von Parteien

a. Mehrheit von Antragsgegnern

aa. Beispielhafte Konstellation im Baurecht

Die Konstellation einer Mehrheit von Antragsgegnern ist speziell im Baurecht nicht unüblich. Zumeist wird der Architekt als weiterer Antragsgegner auf horizontaler Ebene in das Beweisverfahren mit einbezogen, insbesondere wenn die Verantwortlichkeit für Schäden unklar ist. In Betracht kommt dann ein Planungs- bzw.-Überwachungsverschulden des Architekten. Es ist auch nicht unüblich, dass nicht nur einem Bau- oder Subunternehmer, sondern auch anderen Personen bzw. bauausführenden Firmen Mängel zugeordnet werden sollen, da bei Einleitung des selbständigen

¹⁰⁸ BGH, Beschluss vom 22.07.2004 – VII ZB 9/03, BauR 2004, 1809 (1810) = NJW-RR 2004, 1651 = MDR 2005, 87; BGH, Urteil vom 27.02.1996 – X ZR 3/94, NJW 1996, 1749 (1750); KG, Beschluss vom 10.10.2005 – 12 W 41/05, KGR 2006, 148; OLG Koblenz, Beschluss vom 07.05.2004 – 14 W 329/04, MDR 2004, 840; OLG Hamburg, Beschluss vom 29.01.1999 – 8 W 19/99, MDR 1999, 765; OLG Hamburg, Beschluss vom 09.07.1993 – 8 W 100 u. 101/93, JurBüro 1994, 105; KG, Beschluss vom 10.10.2005 – 12 W 41/05, NJOZ 2006, 525; OLG München, Beschluss vom 24.02.2000 – 11 W 896/00, MDR 2000, 603; OLG Koblenz, Beschluss vom 20.04.1993 – 14 W 187/93, NJW-RR 1994, 574; OLG Stuttgart, Beschluss vom 27.07.1989 – 8 W 284/89, JurBüro 1989, 1571; OLG Hamburg, Beschluss vom 12.06.1990 – 8 W 154/90, MDR 1990, 1020; OLG Saarbrücken, Beschluss vom 08.10.1990 – 5 W 179/90, JurBüro 1991, 244; Bork, in Stein/Jonas, ZPO, § 91, Rn. 21; Leipold, in Stein/Jonas, ZPO, § 493, Rn. 5; Onderka, AGS 2005, 81 (83); Ulrich, AnwBl. 2003, 144; Hansens, Rpfleger 1997, 363 (364).



Beweisverfahrens noch nicht mit Sicherheit gesagt werden kann, wer für die festgestellten Mängel verantwortlich ist.

bb. Echte Streitgenossen

Sofern der Antragsteller später nicht sämtliche Antragsgegner des Beweisverfahrens in den Hauptsacheprozess eingebunden hat, stellt sich zwangsläufig die Frage, ob er die anteiligen Kosten des Beweisverfahrens bzw. des davon betroffenen Antragsgegners zu tragen hat und ob darüber bereits im selbständigen Beweisverfahren auf Antrag gemäß § 494a Abs. 2 S. 1 ZPO eine entsprechende Teilkostenentscheidung ergehen könnte. Hierbei ist hinsichtlich der Zuordnung der Mängel zu den jeweiligen Antragsgegnern zu differenzieren.

In der Konstellation der echten Streitgenossenschaft leitet der Antragsteller wegen eines Mangels ein selbständiges Beweisverfahren gegen mehrere Antragsgegner ein und verklagt letztlich nur einen als für den Mangel Verantwortlichen. Dem im Hauptsacheverfahren obsiegenden Kläger sind im Kostenfestsetzungsverfahren die Gerichtskosten des selbständigen Beweisverfahrens voll zu erstatten.¹⁰⁹ Die Kosten des selbständigen Beweisverfahrens bleiben dabei notwendige Gerichtskosten des späteren Hauptsacheverfahrens, welches sich auf denselben Mangel bezieht, und werden auch im Kostenfestsetzungsverfahren aufgrund desselben Mangels festgesetzt.¹¹⁰ Denn im Kostenfestsetzungsverfahren kommt es allein darauf an, ob und inwieweit die Kosten des Beweisverfahrens demjenigen Rechtsstreit zuzuordnen sind, in dem die Kostenentscheidung ergangen ist. Unerheblich ist, ob sich das Beweisverfahren gegen einen weiteren, später aber nicht mitverklagten Antragsgegner gerichtet hat.¹¹¹

Eine Kostenentscheidung kann demgegenüber nicht schon im selbständigen Beweisverfahren ergehen. Dies liegt daran, dass sich an der einmal begründeten Identität der Parteien auch dann nichts ändert, wenn von mehreren Antragsgegnern im selbständigen Beweisverfahren später nur einer verklagt wird. Im Hauptsacheverfahren liegt nämlich im allein maßgeblichen Verhältnis des Antragstellers zum verklagten Antragsgegner die geforderte Identität der Parteien vor. Die das Prozessrechtsverhältnis

¹⁰⁹ OLG München, Beschluss vom 25.01.2005 – 11 W 3025/04, OLGR München 2005, 444 (445), (unter Aufgabe der Rechtsprechung des Senats mit Beschluss vom 24.02.2000 – 11 W 896/00, MDR 2000, 603); Wolst, in Musielak, ZPO, § 91, Rn. 66.

¹¹⁰ BGH, Beschluss vom 22.07.2004 – VII ZB 9/03, NJW-RR 2004, 1651 = BauR 2004, 1809; OLG München, Beschluss vom 25.01.2005 – 11 W 3025/04, OLGR München 2005, 444; OLG Oldenburg, Beschluss vom 08.05.2001 – 2 W 21/01, OLGR 2002, 48; OLG Schleswig, Beschluss vom 17.10.1994 – 9 W 162/94, AnwBl. 1995, 270; Leipold, in Stein/Jonas, ZPO, vor § 485, Rn. 33.

¹¹¹ Herget, in Zöller, ZPO, § 91, Rn. 13 „selbständiges Beweisverfahren“.

betreffenden Gerichtskosten inklusive derjenigen des selbständigen Beweisverfahrens wären auch nicht niedriger, wenn der nicht verklagte Antragsgegner hinweg gedacht würde. Die Gerichtskosten bleiben in diesem Fall gleich, d.h. es entstehen keine höheren Kosten, da sich gem. § 3 Abs. 1 GKG die Gebühren grundsätzlich nach dem Streitwert richten und somit nicht nach der Anzahl der Antragsteller oder -gegner.¹¹²

Auch wenn eine andere Ansicht in der Rechtsprechung existiert¹¹³, kann aus den vorgenannten Gründen die Beteiligung weiterer, später nicht mitverklagter Antragsgegner im selbständigen Beweisverfahren nicht dazu führen, dass die Kosten des Beweisverfahrens lediglich anteilig Kosten des Hauptprozesses werden.

Der Antragsgegner, gegenüber dem dann die Hauptsacheklage nicht erhoben wird, kann nach § 494a Abs. 2 S. 1 ZPO seine Anwaltskosten gegenüber dem Antragsteller geltend machen.¹¹⁴ Diese Kosten kann der Antragsteller nur im Wege eines materiell-rechtlichen Kostenerstattungsanspruchs vom eigentlichen Verursacher verlangen. Hinsichtlich des Verursachers kommt insbesondere die Prüfung in Betracht, ob dieser es zu vertreten hat, dass der Antragsteller irrtümlich den materiell-rechtlich „falschen“ Antragsgegner mit dem selbständigen Beweisverfahren überzogen hat.¹¹⁵

Die entwickelten Grundsätze schließen es nicht aus, gerichtliche Auslagen des Beweisverfahrens wie Zustellungskosten als nicht erstattungsfähig anzusehen, sofern sie dem Verfahren gegen den weiteren Antragsgegner zuzuordnen sind und deshalb nicht zum Rechtsstreit gehören.¹¹⁶

cc. Unechte Streitgenossen

(1) Grundsatz der Kostenentscheidung

Eine andere Betrachtung ergibt sich allerdings dann, wenn vom Sachverständigen im Beweisverfahren weitere Mängel untersucht wurden, die nur dem nicht verklagten Antragsgegner zuzuordnen sind. Aus der Tatsache, dass am Beweisverfahren ein weiterer Antragsgegner beteiligt war, ergibt sich in diesem Fall auch eine andere Bewertung des Streitgegenstandes, da im selbständigen Beweisverfahren Mängel geklärt wurden, die im

¹¹² Vgl. BGH, Beschluss vom 22.07.2004 – VII ZB 9/03, NJW-RR 2004, 1651.

¹¹³ OLG München, Beschluss vom 24.02.2000 – 11 W 896/00, MDR 2000, 603; OLG Hamburg, Beschluss vom 01.07.1993 – 8 W 100 u. 101/93, MDR 1993, 1130.

¹¹⁴ OLG Rostock, Beschluss vom 11.03.2004 – 7 W 21/04, OLGR Rostock 2005, 53; OLG Stuttgart, Beschluss vom 19.06.2000 – 13 W 28/00, MDR 2000, 1094 = NJW-RR 2001, 863; Huber, in Musielak, ZPO, § 494a, Rn. 5.

¹¹⁵ Vgl. Weise, Selbständiges Beweisverfahren im Baurecht, Rn. 616.

¹¹⁶ OLG Oldenburg, Beschluss vom 08.05.2001 – 2 W 21/01, OLGR 2002, 48.



Hauptsacheverfahren nun nicht mehr geltend gemacht werden.¹¹⁷ Die Kosten müssen dann auf die unterschiedlichen Beweisthemen verteilt werden. Entscheidend ist indes nicht, dass im selbständigen Beweisverfahren auch Mängel geklärt wurden, die im Hauptsacheverfahren nun nicht mehr geltend gemacht werden, sondern dass die nicht mehr weiter verfolgten Mängel gerade denjenigen Antragsgegner betrafen, der kein Beklagter des Hauptsacheverfahrens ist.¹¹⁸ In dieser Fallkonstellation der unechten Streitgenossenschaft hat der Kläger im Falle des Obsiegens im Rahmen der Kostenfestsetzung nur einen Anspruch auf anteilige Erstattung der Gerichtskosten des Beweisverfahrens, soweit diese den Gegenstand betreffen, an dem der verklagte Antragsgegner beteiligt gewesen ist.¹¹⁹

Hinsichtlich des nicht verklagten Antragsgegners besteht dagegen ein anderes Prozessrechtsverhältnis. Deshalb trägt der Antragsteller die Kosten und Auslagen, die nicht angefallen wären, wenn er das selbständige Beweisverfahren nur gegen den am nachfolgenden Hauptsacheverfahren als Partei Beteiligten eingeleitet hätte. Der Kläger kann sich weiter nicht darauf berufen, dass die Kosten der Beweisaufnahme auch dann angefallen wären, wenn er von vornherein nur den Beklagten in Anspruch genommen hätte, gegenüber dem er letztlich im Hauptsacheprozess Erfolg gehabt hat. Es gilt der Grundsatz der Kostenverteilung nach dem Verhältnis von Obsiegen und Unterliegen. Bei den gerichtlichen Auslagen des Beweisverfahrens, insbesondere den Kosten des Sachverständigengutachtens, sind diejenigen Auslagen auszusondern, die überhaupt keinen Bezug zu dem späteren Rechtsstreit haben bzw. sind umgekehrt nur diejenigen zu berücksichtigen, die sich ausschließlich auf diejenigen Personen und Gegenstände beziehen, die auch im späteren Rechtsstreit wieder in Erscheinung treten.

Es erfolgt mithin eine anteilige Erstattung nur hinsichtlich des Teils, an dem der Antragsgegner beteiligt war; die Streitwerte sind getrennt festzusetzen.¹²⁰ Es sind die auf das Beweisverfahren entfallenden Kosten, die für den nichtverklagten Antragsgegner festgestellt wurden, bei der Festsetzung der Kosten im Hauptsacheverfahren auszuscheiden. Eine vorherige Korrektur durch Anwendung der Grundregel des

¹¹⁷ BGH, Beschluss vom 22.07.2004 – VII ZB 9/03, NJW-RR 2004, 1651; OLG Oldenburg, Beschluss vom 08.05.2001 – 2 W 21/01, OLGR Oldenburg 2002, 48.

¹¹⁸ BGH, Beschluss vom 21.10.2004 – V ZB 28/04, NJW 2005, 294.

¹¹⁹ BGH, Beschluss vom 22.07.2004 – VII ZB 9/03, NJW-RR 2004, 1651; OLG Braunschweig, Beschluss vom 21.11.2003 – 2 W 155/03, OLGR Braunschweig 2004, 403; OLG Oldenburg, Beschluss vom 08.05.2001 – 2 W 21/01, OLGR Oldenburg 2002, 48; Leipold, in Stein/Jonas, ZPO, vor § 485, Rn. 33; Onderka, AGS 2005, 81 (83).

¹²⁰ BGH, Beschluss vom 22.07.2004 – VII ZB 9/03, NJW-RR 2004, 165; OLG Rostock, Beschluss vom 19.04.2004 – 7 W 88/03, OLGR Rostock 2004, 311; OLG Nürnberg, Beschluss vom 19.08.1999 – 6 W 2673/99, OLGR Nürnberg 2000, 58; OLG Hamburg, Beschluss vom 09.07.1993 – 8 W 100 u. 101/93, JurBüro 1994, 105 (anteilige Aufteilung nach Kopfteilen wegen Teilidentität); Onderka, AGS 2005, 81 (83).

§ 100 ZPO ist nicht vorzunehmen. Richtig ist zwar, dass die Kosten eines Beweisverfahrens, sofern sie für die Parteien entstanden sind, ausscheidbar sind und dies die allgemeine Kopfteilhaftung gem. § 100 Abs. 1 ZPO und die volle Inanspruchnahme einer unterlegenen Partei nicht hindert. Bei unechten Streitgenossen sind aber das selbständige Beweisverfahren und das anschließende Hauptsacheverfahren nach Art und Umfang nicht dasselbe Verfahren, weshalb § 100 ZPO nicht in direkter Anwendung gelten kann. Aber auch eine analoge Anwendung des § 100 ZPO kann nicht in Betracht kommen. Denn die Kostengrundentscheidung des Hauptsacheprozesses würde auch die Kosten des selbständigen Beweisverfahrens quotenmäßig erfassen, was über den Umweg des § 100 ZPO zu einer unzulässigen Teilkostenentscheidung führen könnte. Wenn eine Aufteilung in Kopfteile zugelassen wäre, würde dies bedeuten, dass eine teilweise Parteiidentität ausreichte und eine Teilkostenentscheidung zulässig wäre. Das Hauptsachegericht ist jedoch nicht befugt, über eine Partei zu entscheiden, die nicht am Hauptsacheverfahren beteiligt war. Bei Teilidentität der Parteien kann deshalb keine Quotierung erfolgen. Ebenfalls ist eine auf § 100 Abs. 2 ZPO beruhende Ermessensentscheidung in Bezug auf ein selbständiges Beweisverfahren nicht zulässig.

Nicht ganz unproblematisch könnte dieses Ergebnis aber deshalb sein, weil der Antragsteller nicht von vornherein abschätzen kann, wer denn nun der „richtige“ Antragsgegner ist, gegen den dann auch Klage erhoben werden soll, und wem überhaupt welche Mängel zugeordnet werden können. Im Falle des Obsiegens im Hauptsacheverfahren würde er nämlich seine Kosten für das selbständige Beweisverfahren nur anteilig erstattet bekommen. Eine andere Beurteilung wäre jedoch nicht sachgerecht, da es nicht der Antragsgegner und spätere Beklagte war, der das selbständige Beweisverfahren angestrengt hat, sondern der Antragsteller; dieser hat auch schon mit seinem Beweisantrag den Umfang des Streitgegenstandes bestimmt und profitiert am ehesten von der Durchführung des selbständigen Beweisverfahrens. Einem mit dem Beweisverfahren überzogenen Antragsgegner sollen nicht auch die Kosten auferlegt werden können, die ihn gar nicht betrafen. Das selbständige Beweisverfahren dient schließlich gerade nicht der Ausforschung von Tatsachen und eventuell bestehenden Mängeln. Es verbleibt in dieser Konstellation also nur ein anteiliger Erstattungsanspruch, wenn die im Hauptsacheverfahren nicht weiter verfolgten Ansprüche nur den nicht verklagten Antragsgegner betreffen. In der Praxis wird dem Antragsteller deshalb anzuraten sein – sofern nicht klar ist, wer erfolgreich in Anspruch genommen werden könnte – den wahrscheinlich Haftenden zu verklagen und den übrigen Beteiligten den Streit zu verkünden.



(2) Streitwertfestsetzung

Für die Kostenfestsetzung ist zu beachten, dass der Streitwert gegenüber einem Streitgenossen im selbständigen Beweisverfahren ebenso wie im Hauptsacheverfahren entsprechend dem gegen ihn geltend gemachten Anspruch im Verhältnis zu den übrigen Streitgenossen auch abweichend festgesetzt werden kann. Die Festsetzung verschiedener Streitwerte in Bezug auf die einzelnen Antragsgegner erscheint in diesem Zusammenhang auch notwendig.¹²¹ Da es im selbständigen Beweisverfahren grundsätzlich nicht zu einer Kostenentscheidung kommt, ist in diesem für die außergerichtlichen Kosten eines Antragsgegners eine gesonderte Festsetzung des jeweiligen Streitwertes möglich. Das liegt daran, dass sich der Gegenstandswert für die außergerichtlichen Kosten eines jeden Antragsgegners jeweils nach dem ihm gegenüber bestehenden Hauptsacheinteresse richtet.¹²² Die unterschiedliche Festsetzung soll immer dann in Betracht kommen, wenn der Antragsteller mehrere Beweisfragen klären lassen will, bei denen verschiedene Antragsgegner benannt sind. Der jeweilige Antragsgegner ist dann nur in dem vom Antragsteller benannten Umfang beteiligt, und nur insofern tritt Beweiswirkung im Folgeprozess ein. Der Gesamtwert der vom Antragsteller nach § 22 GKG geschuldeten Gerichtsgebühren darf sich dabei aber nicht ändern bzw. wird nicht erhöht. Damit ergibt sich eine andere Bewertung als im Fall des Zurückbleibens des Gegenstandes des Hauptsacheverfahrens gegenüber demjenigen des Beweisverfahrens und der daraus folgenden unterschiedlichen Streitwertfestsetzung. Dies ist letztlich interessengerecht. Das genannte Ergebnis gilt aber nicht, wenn der Antragsteller in derselben Sache mehrere Antragsgegner als mögliche Verursacher benennt. In diesem Fall erfolgt keine Differenzierung und es ist weiterhin der Wert des gesamten Verfahrens maßgeblich.

b. Erstattungsanspruch des nicht verklagten Antragsgegners

Das bisherige Ergebnis lässt die außergerichtlichen Kosten des im Hauptsacheverfahren nicht in Anspruch genommenen weiteren Antragsgegners außer Betracht. Dieser vom BGH bisher nicht berücksichtigte Aspekt muss unter Heranziehung des möglichen Kostenerstattungsanspruchs aus § 494a ZPO beantwortet werden. Dem nicht verklagten Antragsgegner bleibt es unbenommen, einen Antrag nach § 494a Abs. 1 ZPO mit dem

¹²¹ OLG Koblenz, Beschluss vom 18.05.2005 – 8 W 296/05, BauR 2005, 1372; OLG Rostock, Beschluss vom 19.04.2004 – 7 W 88/03, OLGR Rostock 2004, 311 (stellt nicht auf verschiedene Antragsgegner als mögliche Verursacher ab); KG, Beschluss vom 14.08.2000 – 24 W 4524/00, NJW-RR 2000, 1622; OLG Nürnberg, Beschluss vom 19.08.1999 – 6 W 2673/99, OLGR München 2000, 58; OLG Koblenz, Beschluss vom 29.04.1998 – 3 W 249/98, OLGR Koblenz 1998, 374.

¹²² OLG Koblenz, Beschluss vom 29.04.1998 – 3 W 249/98, OLGR Koblenz 1998, 374.

Inhalt zu stellen, den Antragsteller zu einer Klageerhebung zu verpflichten.¹²³ Unterbleibt dieses Hauptsacheverfahren, besteht für den nicht verklagten Antragsgegner die Möglichkeit, eine Kostengrundentscheidung nach § 494a Abs. 2 S. 1 ZPO zu erwirken. Auf diesem Wege erhält der nicht verklagte Antragsgegner die ihm entstandenen Kosten erstattet.

Dieses Ergebnis ist für beide Parteien sachgerecht. Der Antragsteller wird auf die Anträge beider Antragsgegner nach § 494a ZPO nicht zwei Hauptsacheverfahren mit identischem Streitgegenstand führen wollen. Es soll das Veranlassungsprinzip derart Anwendung finden, dass der Antragsteller sich nicht einfach denjenigen Antragsgegner für ein späteres Hauptsacheverfahren aussuchen kann, bei dem er für sich die größten Erfolgchancen, etwa wegen der Bestätigung eines Mangels im Sachverständigengutachten, sieht. Der in der Vorwurfsabwehr zu Unrecht mit dem selbständigen Beweisverfahren überzogene Antragsgegner, der regelmäßig auch die nicht verklagte Partei sein wird, soll einen prozessualen Kostenerstattungsanspruch hinsichtlich der ihm entstandenen außergerichtlichen Kosten zuerkannt bekommen.

Wie oben bereits in Bezug auf die Rechtslage bei den echten Streitgenossen dargelegt, verbleiben dem Antragsteller im Gegenzug dann die Möglichkeiten des Erstattungsverlangens dieser Kosten im Wege eines materiell-rechtlichen Kostenerstattungsanspruchs vom eigentlichen Verursacher sowie der Streitverkündung.

c. Mehrheit von Antragstellern

Erhebt von zwei Antragstellern nur einer die nach § 494a ZPO veranlasste Hauptsacheklage, ist im Ergebnis eine Teilkostenentscheidung zulasten des untätig bleibenden Antragstellers ebenfalls nicht geboten. Wenn es zu einem Hauptsacheverfahren mit identischem Streitgegenstand und identischen Parteien kommt, kann eine Kostenentscheidung nach § 494a Abs. 2 ZPO zulasten des nicht klagenden Antragstellers nicht mehr ergehen.¹²⁴ Für eine Kostenentscheidung besteht in diesem Fall auch kein Bedürfnis. Nach § 494a ZPO soll eine Kostenentscheidung nur dann getroffen werden, wenn gar kein Antragsteller die Hauptsacheklage erhebt. Lediglich in diesem

¹²³ OLG Hamburg, Beschluss vom 09.07.1993 – 8 W 100 u.101/93, JurBüro, 1994, 105; OLG München, Beschluss vom 24.02.2000 – 11 W 896/00, JurBüro 2000, 484 (485); LG Stuttgart, Beschluss vom 06.03.1999 – 10 T 667/95, JurBüro 1997, 532 (533); Pastor, in Werner/Pastor, Der Bauprozess, Rn. 133; Goebel, RVG-B 2005, 44; Goebel, Anm. zu BGH vom 22.07.2004 – VII ZB 9/03, RVG-B 2005, 7.

¹²⁴ BGH, Beschluss vom 23.08.2007 – VII ZB 79/06, BauR 2007, 1933; OLG Schleswig, Beschluss vom 17.07.2006 – 16 W 57/06, OLGR Schleswig 2006, 768; Huber, in Musielak, ZPO, § 494a, Rn. 5.



Fall soll der Antragsgegner so gestellt werden, als habe er obsiegt.¹²⁵ Die Vorschrift ist insofern eng auszulegen. Im Kostenfestsetzungsverfahren der Hauptsache sind die vollen Gerichtskosten zu erstatten. Auch bei zwei Antragstellern erhöht sich der Betrag der das Prozessrechtsverhältnis aus dem selbständigen Beweisverfahren betreffenden Gerichtskosten nicht. Die Kosten wären somit auch dann nicht geringer, wenn der nicht klagende Antragsteller hinweggedacht werden würde.¹²⁶ Darüber hinaus soll dem Antragsgegner, sofern er das Hauptsacheverfahren verliert, nicht die Möglichkeit gegeben werden, sich seine außergerichtlichen Kosten über den Umweg des § 494a ZPO vom nicht klagenden Antragsteller zurückzuholen. Dieses Ergebnis ist auch sachgerecht. Verliert nämlich der klagende Antragsteller im Hauptsacheverfahren, sind ihm die gesamten Kosten aufzuerlegen. Er hat durch die alleinige Klageerhebung das alleinige Kostenrisiko übernommen. Der Antragsgegner verliert hierdurch zwar mit dem nicht klagenden Antragsteller einen potenziellen Kostenschuldner, erlangt aber einen vollen Ausgleich im Hauptsacheverfahren. Die Grundsätze zur Teilkostenentscheidung sind hier vergleichend heranzuziehen.¹²⁷ Dem Antragsgegner verbleibt aber noch die Möglichkeit, im Wege der Drittwiderklage gegen den nicht Klage erhebenden Antragsteller vorzugehen und darin z.B. feststellen zu lassen, dass die Mängel nicht bestehen.

3. Weitere Fallgruppen von Parteienidentität

Sofern der Hauptsacheprozess vom Rechtsnachfolger oder gegen den Rechtsnachfolger einer Partei des selbständigen Beweisverfahrens betrieben wird, ist ebenfalls Identität der Parteien anzunehmen.¹²⁸ Infolgedessen liegt Parteienidentität auch dann vor, wenn an die Stelle einer Partei des Beweisverfahrens im späteren Hauptsacheverfahren der Insolvenzverwalter über das Vermögen dieser Partei tritt.¹²⁹

Ferner sind die Kosten auch dann erstattungsfähig, wenn sich eine Partei des Hauptsacheverfahrens etwaige Erstattungsansprüche einer personenverschiedenen Partei

¹²⁵ BGH, Beschluss vom 23.08.2007 – VII ZB 79/06, BauR 2007, 1933 (1934).

¹²⁶ So für den Fall der Mehrheit von Antragsgegnern BGH, Beschluss vom 22.07.2004 – VII ZB 9/03 NJW-RR 2004, 1651; OLG Schleswig, Beschluss vom 17.07.2006 – 16 W 57/06, OLGR Schleswig 2006, 768.

¹²⁷ OLG Schleswig, Beschluss vom 17.07.2006 – 16 W 57/06, OLGR Schleswig 2006, 768.

¹²⁸ BGH, Beschluss vom 23.08.2007 – VII ZB 79/06, NZBau 2007, 780; OLG Hamburg, Beschluss vom 29.01.1999 – 8 W 19/99, MDR 1999, 765 (766); OLG München, Beschluss vom 11.10.1991 – 11 W 2427/91, JurBüro 1992, 105 (106); Bork, in Stein/Jonas, ZPO, § 91, Rn. 21; Schreiber, in Münchener Kommentar, ZPO, § 485, Rn. 21.

¹²⁹ OLG Zweibrücken, Beschluss vom 03.01.2005 – 4 W 142/04, IBR 2005, 1203; OLG Dresden, Beschluss vom 16.08.1999 – 14 W 733/99, BauR 2000, 13; OLG Stuttgart, Beschluss vom 17.08.1999 – 8 W 192/99, BauR 2000, 136 (137).

des selbständigen Beweisverfahrens nach Durchführung desselben hat abtreten lassen.¹³⁰ Diese Kosten sind unter dem Gesichtspunkt von Vorbereitungskosten erstattungsfähig.¹³¹ Hier können die Kosten des selbständigen Beweisverfahrens im Rechtsstreit des Zessionars gegen den Kostenschuldner festgesetzt werden. Dies ergibt sich ausdrücklich aus den Schuldnerschutzbestimmungen der §§ 404 ff. BGB, wonach der Schuldner durch eine Abtretung nicht schlechter gestellt werden darf, was allerdings der Fall wäre, wenn der Schuldner bei späterem Obsiegen gegenüber dem Neugläubiger die ihm durch das Beweisverfahren entstandenen Kosten nicht bei der Kostenerstattung gegen den Neugläubiger mit festsetzen lassen dürfte und er deswegen auf die schwierigere Möglichkeit angewiesen wäre, seine Kosten auf dem Klagewege gegenüber dem Altgläubiger geltend zu machen.¹³² Dem entsprechen auch die Grundgedanken der §§ 265 Abs. 2, 325 Abs. 1 ZPO, wonach Verfügungen des Gläubigers über den streitbefangenen Gegenstand nach Rechtshängigkeit auf den Prozess keinen Einfluss besitzen und ein in diesem Prozess ergangenes Urteil auch für und gegen den Rechtsnachfolger Wirkung entfaltet.¹³³ Der abtretende Gläubiger kann sich somit nicht einem negativen Ergebnis des selbständigen Beweisverfahrens entziehen mit der Folge, dass dem Schuldner sein Kostenerstattungsanspruch aus der Hand genommen wird.¹³⁴

Der in § 325 Abs. 2 ZPO behandelte Ausnahmefall, dass der Rechtsnachfolger infolge gutgläubigen Erwerbs die Rechtskraft nicht gegen sich gelten zu lassen braucht, ist hier nicht einschlägig, da bei der gewöhnlichen Forderungsabtretung kein Schutz des guten Glaubens in Betracht kommt.¹³⁵

Dagegen sind die Kosten eines Beweisverfahrens, welches der Schuldner einer Werklohnforderung nach Rechtshängigkeit der gegenüber ihm erhobenen Zahlungsklage gegen den Zedenten eingeleitet hat, keine Kosten des Rechtsstreits gegen den Zessionar.¹³⁶ In dieser Konstellation kommt weder der Schuldnerschutzgedanke noch der Gesichtspunkt der Prozessökonomie zum Tragen, weshalb eine Durchbrechung des

¹³⁰ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 23.04.1985 – 10 W 47/85, MDR 1985, 1032; OLG Köln, Beschluss vom 17.05.1993 – 17 W 184/92, OLGR 1993, 265, 266; OLG Hamburg, Beschluss vom 29.01.1999 – 8 W 19/99, MDR 1999, 765; Herget, in Zöllner, ZPO, § 91, Rn. 13 „Selbständiges Beweisverfahren“; Pastor, in Werner/Pastor, Der Bauprozess, Rn. 124; Seeber, S. 132 f.; entgegen: OLG Koblenz, Beschluss vom 20.04.1993 – 14 W 187/93, NJW-RR 1994, 574.

¹³¹ Hartmann, in Baumbach/Lauterbach/Hartmann, ZPO, § 91, Rn. 196 „Selbständiges Beweisverfahren“.

¹³² OLG Celle, Beschluss vom 03.10.1962 – 8 W 208/62, NJW 1963, 54 (55).

¹³³ BGH, Beschluss vom 27.10.2011 - VII ZB 126/09, IBRRS 83129; OLG Köln, Beschluss vom 17.05.1993 – 17 W 184/92, OLGR 1993, 265.

¹³⁴ Müller-Rabe, in Gerold/Schmidt, RVG, Anhang III „Selbständiges Beweisverfahren“, Rn. 77.

¹³⁵ Gottwald, in Münchener Kommentar, ZPO, § 325, Rn. 96.

¹³⁶ OLG Köln, Beschluss vom 17.05.1993 – 17 W 184/92, OLGR 1993, 265; Herget, in Zöllner, ZPO, § 91, Rn. 13 „Selbständiges Beweisverfahren“; Wolst, in Musielak, ZPO, § 91, Rn. 66.



Grundsatzes der Parteiidentität in beiden Verfahren nicht zweckmäßig ist. Der Schuldner muss bei besagter Sachlage den Zessionar als Antragsgegner am selbständigen Beweisverfahren beteiligen, um die dabei entstandenen Kosten als Kosten des Rechtsstreits der Kostenentscheidung im Hauptsacheverfahren unterwerfen zu können.¹³⁷

4. Zwischenergebnis

Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass die erforderliche Identität der Parteien in der Praxis häufig dann zu kostenrechtlichen Problemen führt, wenn in dem selbständigen Beweisverfahren mehrere Parteien als Antragsgegner oder Antragsteller beteiligt waren. Grundsätzlich müssen die Parteien, und zwar als Gegenparteien, im selbständigen Beweisverfahren und im späteren Hauptsacheverfahren identisch sein. Bei einer Mehrheit von Antragsgegnern ist danach zu unterscheiden, ob es sich um denselben Mangel handelt und der Antragsteller dann nur einen der Antragsgegner verklagt oder ob es sich um unterschiedliche Mängel handelt, die mehreren Antragsgegnern mit unterschiedlicher Beteiligung entgegengehalten werden.

In der erstgenannten Konstellation bleibt es bei dem Grundsatz der Einheitlichkeit der Kostenentscheidung und der vollen Einbeziehung der Gerichtskosten des selbständigen Beweisverfahrens in die Hauptsache. Der Umstand allein, dass nicht alle Antragsgegner des selbständigen Beweisverfahrens später verklagt werden, führt noch nicht zu einer anderen Behandlung der Kosten. Ein anderes Ergebnis kommt auch nicht bei einer Mehrheit von Antragstellern in Betracht.

In der zweiten Konstellation erfolgt eine abweichende kostenrechtliche Betrachtung, wonach der Antragsteller nur die Kosten trägt, die nicht angefallen wären, wenn er das selbständige Beweisverfahren nur gegen den an dem nachfolgenden Hauptsacheverfahren als Partei Beteiligten eingeleitet hätte. Die entsprechenden Kosten sind dann im Kostenfestsetzungsverfahren auszuscheiden.

Dagegen fehlt es an der erforderlichen Identität der Parteien, wenn der Antragsteller nach Durchführung des selbständigen Beweisverfahrens einen Dritten klageweise in Anspruch nimmt, der im Beweisverfahren nicht beteiligt war.¹³⁸

¹³⁷ OLG Köln, Beschluss vom 17.05.1993 – 17 W 184/92, OLGR 1993, 265; Herget, in Zöller, ZPO, § 91, Rn. 13 „Selbständiges Beweisverfahren“.

¹³⁸ OLG Koblenz, Beschluss vom 07.05.2004 – 14 W 329/04, MDR 2004, 840.

D. Sonderproblem: Klagerücknahme

I. Anwendung des § 269 Abs. 3 S. 2 ZPO

Der Kostenausspruch bei Klagerücknahme nach § 269 Abs. 3 S. 2 ZPO umfasst mitunter auch die Kosten des selbständigen Beweisverfahrens.¹³⁹ Selbige sollen zumindest dann unproblematisch als „Kosten des Rechtsstreits“ zu erstatten sein, wenn das selbständige Beweisverfahren die Grundlage für das Hauptverfahren gebildet hat und das Ergebnis des Beweisverfahrens theoretisch hätte herangezogen werden können. Kostenrechtlich ist das Beweisverfahren damit unter den Voraussetzungen der Identität der Streitgegenstände und der Parteien als Teil des späteren Hauptsacheverfahrens anzusehen. Aufgrund der zu fordernden Einheitlichkeit der Kostenentscheidung ändert sich an der einmal begründeten Kostenzugehörigkeit nichts.¹⁴⁰ Dieser Grundsatz soll vorrangig Anwendung finden. Er führt bereits in den Konstellationen zu sachgerechten Ergebnissen, in denen die Hauptsacheklage hinter dem Verfahrensgegenstand des selbständigen Beweisverfahrens zurückbleibt oder in denen das Beweisergebnis für den Hauptprozess nutzlos war. Auch in diesen Fällen unterbleibt eine Teilkostenentscheidung.

Trotzdem war es in der Vergangenheit überwiegende Meinung, dass die Kosten der (vorprozessualen) Beweissicherung aus dem selbständigen Beweisverfahren nicht von der Kostengrundentscheidung nach § 269 Abs. 3 ZPO erfasst sein sollen.¹⁴¹ Dies ergebe sich daraus, dass im Hauptsacheverfahren sachlich über die Kosten des selbständigen Beweisverfahrens mitentschieden werden müsse und dies im Falle einer Klagerücknahme nicht erfolgen könne. Es bedürfe grundsätzlich einer endgültigen

¹³⁹ BGH, Beschluss vom 10.01.2007 – XII ZB 231/05, NJW 2007, 1282 = BauR 2007, 1094; BGH Beschluss vom 13.12.2006 – XII ZB 176/03, NJW 2007, 1279; noch offen gelassen: BGH mit Beschluss vom 22.05.2003 – VII ZB 30/02, NJW-RR 2003, 1240 (1241) = BauR 2003, 1255 (1256). Außerdem in der Instanz-Rechtsprechung: Brandenburgisches OLG, Beschluss vom 17.04.2007 – 6 W 188/06, in juris; OLG Jena, Beschluss vom 22.06.2006 – 4 W 173/06, MDR 2007, 172 = OLGR Jena 2006, 775; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 17.01.2005 – 15 W 22/04, OLGR Karlsruhe 2005, 526 Ls.; OLG Hamburg, 20.02.2002 – 11 W 2/02, MDR 2002, 1093 (grundsätzlich bejaht); OLG Hamburg, Beschluss vom 23.04.1998 – 8 W 137/97, MDR 1998, 1124; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 23.06.1996 – 12 W 42/96, BauR 1997, 349; OLG Stuttgart, Beschluss vom 09.09.1987 – 8 W 236/87, RPfl 1988, 117; OLG Celle, Beschluss vom 22.02.1984 – 8 W 123/84, JurBüro 1984, 1581; LG Mönchengladbach, Beschluss vom 20.11.2007 – 5 T 341/07, in juris; Reichold, in Thomas/Putzo, ZPO, § 494a, Rn. 5; Schreiber, NJW 1991, 2600 (2602); Wolst, in Musielak, ZPO, § 91, Rn. 65; Huber, in Musielak, ZPO, § 494a, Rn. 4b; Herget, in Zöllner, ZPO, § 91, Rn. 13.

¹⁴⁰ BGH, Beschluss vom 28.06.2007 – VII ZB 118/06, BauR 2007, 1606 (1607).

¹⁴¹ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 03.02.2006 – I-23 W 62/05, NJW-RR 2006, 1028; OLG Koblenz, Beschluss vom 05.03.2003 – 14 W 148/03, BauR 2003, 1767 (1768) = NJW 2003, 3281 (3282); OLG Köln, Beschluss vom 23.10.2002 – 17 W 263/02, BauR 2003, 290; OLG Köln, Beschluss vom 22.04.2002 – 17 W 103/02, MDR 2002, 1391; OLG Köln, Beschluss vom 24.01.1994 – 17 W 229/93, BauR 1994, 411; OLG München, Beschluss vom 06.04.1999 – 11 W 1200/99, MDR 1999, 893; OLG München, Beschluss vom 10.12.1997 – 11 W 2427/97, MDR 1998, 307 (308); OLG Schleswig, Beschluss vom 27.09.1994 – 9 W 150/94, JurBüro 1995, 36; Weise, Selbständiges Beweisverfahren im Baurecht, Rn. 596; Schreiber, in Münchener Kommentar, ZPO, § 485, Rn. 21, vertritt die Ansicht, dass im Falle einer Klagerücknahme keine Entscheidung getroffen worden und die Sache deshalb so anzusehen sei, als ob keine Klage erhoben worden sei.



Entscheidung über den Streitgegenstand im Hauptsacheverfahren, damit eine Zuordnung der Kosten des selbständigen Beweisverfahrens überhaupt erfolgen könne.¹⁴² Ergehe dann wegen der Möglichkeit der erneuten Klageerhebung nach § 269 Abs. 6 ZPO in einem neuen Prozess u. U. eine dem materiellen Ergebnis entsprechende andere Kostenentscheidung, wäre die aus § 269 Abs. 3 ZPO folgende vorherige Abtrennung der Beweissicherungskosten durch den Kläger des ersten Verfahrens im Nachhinein unrichtig. Dies begründe die Gefahr widersprüchlicher Kostengrundentscheidungen.¹⁴³ Konsequent sei es dann, erst im nachfolgenden Prozess über den Beweisgegenstand und die Kosten je nach Ausgang des Verfahrens mit zu entscheiden.¹⁴⁴

Für eine dahingehende Auslegung des Gesetzes lassen sich jedoch keine überzeugenden Anhaltspunkte finden. Die sich ergebende Fiktion, dass der Rechtsstreit aufgrund einer fehlenden abschließenden Entscheidung bei Klagerücknahme als nicht anhängig geworden anzusehen ist, ändert an der begründeten Zugehörigkeit der Kosten zum Hauptsacheverfahren nichts.¹⁴⁵ Zwar entfallen durch diese gesetzliche Fiktion rückwirkend die Rechtshängigkeit und damit auch grundsätzlich die materiell-rechtliche Wirkung der Verjährungsunterbrechung. Dies ist jedoch kein hinreichender Grund, der es verbieten würde, für die Verteilung der Kosten gleichwohl auf den Verlauf des Rechtsstreits abzustellen. Es ist sehr wohl möglich und geboten, für die Kostenentscheidung zwischen den rechtlichen Wirkungen der gesetzlichen Regelung des § 269 ZPO und der Tatsache der zunächst erfolgten Klageerhebung zu unterscheiden. Durch die gesetzliche Fiktion "gilt" zwar der Rechtsstreit rückwirkend als nicht anhängig geworden. Dies ändert jedoch nichts daran, dass der Rechtsstreit tatsächlich geführt worden ist und hierdurch Kosten entstanden sind, so dass entschieden werden muss, wer sie zu tragen hat.¹⁴⁶ Hinsichtlich der Kostenentscheidung ist der Rechtsstreit noch weiter anhängig (§ 269 Abs. 3 S. 2, Abs. 4, Abs. 5 ZPO) und kann sich durch Einlegung einer sofortigen Beschwerde sogar in der nächsthöheren Instanz fortsetzen. Aufgrund der

¹⁴² OLG Düsseldorf, Beschluss vom 03.02.2006 – 23 W 62/05, NJW-RR 2006, 1028; OLG Koblenz, Beschluss vom 05.03.2003 – 14 W 148/03, BauR 2003, 1767 (1768); OLG Köln, Beschluss vom 23.10.2002 – 17 W 263/02, BauR 2003, 290 (291); OLG München, Beschluss vom 29.02.2000 – 11 W 957/00, NJW-RR 2001, 719 = MDR 2000, 726; OLG München, Beschluss vom 06.04.1999 – 11 W 1200/99, MDR 1999, 893; OLG München, Beschluss vom 10.12.1997 – 11 W 2427/97, MDR 1998, 307 (308); OLG Köln, Beschluss vom 24.01.1994 – 17 W 229/93, BauR 1994, 411.

¹⁴³ OLG Köln, Beschluss vom 24.01.1994 – 17 W 229/93, BauR 1994, 411.

¹⁴⁴ OLG Koblenz, Beschluss vom 05.03.2003 – 14 W 148/03, BauR 2003, 1767 (1768) = NJW 2003, 3281 (3282); OLG Köln, Beschluss vom 23.10.2002 – 17 W 263/02, BauR 2003, 290 (291); OLG Schleswig, Beschluss vom 27.09.1994 – 9 W 150/94, JurBüro 1995, 36; OLG Köln, Beschluss vom 24.01.1994 – 17 W 229/93, BauR 1994, 411; Siegburg, Handbuch der Gewährleistung beim Bauvertrag, Rn. 2325.

¹⁴⁵ BGH, Beschluss vom 13.12.2006 – XII ZB 176/03, NJW 2007, 1279 (1281).

¹⁴⁶ BGH, Beschluss vom 10.01.2007 – XII ZB 231/05, NJW 2007, 1282; Hildebrandt, IBR 2007, 288; Groß, in FS für Mantscheff, 341 (344).

Rechtskraft dieser Kostenentscheidung können auch die Kosten des Beweisverfahrens nicht mehr in einem weiteren Rechtsstreit im Rahmen der dort ergehenden Kostenentscheidung berücksichtigt werden. Auch das Argument, dass der Kostenausspruch des § 269 Abs. 3 ZPO nur klarstellende Funktion habe¹⁴⁷, überzeugt hinsichtlich der zu treffenden Kostenentscheidung insofern nicht. Dass es im Übrigen generell möglich sein muss, Kosten nach dem Veranlasserprinzip auch nach Klagerücknahme in die Kostenentscheidung der Hauptsache einzubeziehen, ergibt sich aus der anerkannten Anwendung des § 344 ZPO hinsichtlich der Kosten bei Säumnis.¹⁴⁸

Eine sachbezogene abschließende Entscheidung kann auch deshalb nicht Voraussetzung sein, weil der Kläger im Falle einer Klagerücknahme wegen § 269 Abs. 6 ZPO jederzeit wieder erneut Klage erheben und damit den Gegenstand des selbständigen Beweisverfahrens erneut in ein Hauptsacheverfahren einführen kann. Eine erneute Klageerhebung wirkt sich kostenrechtlich nicht aus. Es würde auch bei einem „normalen“ im Hauptsacheverfahren durchgeführten Beweisverfahren nicht in Frage kommen, die angefallenen Kosten bei der Kostenfestsetzung auszuklammern. Maßgebend ist auch, dass es für die Kostenfestsetzung im Hauptsacheverfahren nicht auf die Verwertung des Beweisergebnisses ankommt.

Zwar ist es richtig, dass einer erneuten Klageerhebung mit demselben Streitgegenstand nichts im Wege steht; dennoch bleibt die Anstrengung eines späteren Verfahrens ungewiss. Die Zuordnung der Kosten des selbständigen Beweisverfahrens kann daher nicht von einer weiteren Klageerhebung abhängig gemacht werden. Ein Verfahren anstrengen zu müssen, das nur auf Kostenerstattung für das Beweisverfahren abzielt, trägt sich zudem in den meisten Fällen nicht. Darüber hinaus ist es auch bei einer Beweiserhebung im Hauptprozess möglich, dass die Ergebnisse der Beweiserhebung in einem späteren Hauptprozess benutzt und verwertet werden, ohne dass dadurch die Kosten des früheren Sachverständigengutachtens auf den späteren Prozess übertragen werden könnten. Auch die Kosten einer Beweisaufnahme vor dem Prozessgericht bleiben nach Rücknahme der Klage Kosten des Rechtsstreits.¹⁴⁹

Selbst wenn der vollständig im Hauptsacheverfahren organisierte Beweis in einem neuen Verfahren nicht so ohne weiteres wiederverwendbar ist,¹⁵⁰ würde ein anderes Ergebnis

¹⁴⁷ Hartmann, in Baumbach/Lauterbach/Hartmann, ZPO, § 91, Rn. 198 „Selbständiges Beweisverfahren“.

¹⁴⁸ BGH, Beschluss vom 13.05.2004 – V ZB 59/03, NJW 2004, 2309 (2310).

¹⁴⁹ BGH, Beschluss vom 13.12.2006 – XII ZB 176/03, NJW 2007, 1279 (1281).

¹⁵⁰ So zutreffend Ulrich, IBR 2007, 166.



zu Wertungswidersprüchen zu den Kosten eines Parteigutachtens führen, da in diesem und ähnlichen Verfahren immer eine Kostenentscheidung nach § 269 Abs. 3 S. 2 ZPO ergehen kann. Es sind ferner Gründe der Praktikabilität, die für eine Anwendung des § 269 Abs. 3 ZPO sprechen. Wenn § 269 Abs. 3 ZPO die Kosten des vorhergegangenen und abgeschlossenen selbständigen Beweisverfahrens nicht erfassen würde, müsste der Beklagte einer Klagerücknahme schon allein deshalb seine Zustimmung verweigern, weil er sonst einen prozessualen Anspruch betreffend die Kosten des selbständigen Beweisverfahrens nicht sogleich erlangen könnte.

Unerheblich ist, ob die durchgeführte Beweissicherung vor oder nach Rechtshängigkeit des Hauptsacheprozesses durchgeführt oder ob das Beweisergebnis anschließend in diesen eingeführt wurde. Ausgehend von diesen Grundsätzen bleibt es dabei, dass die Kosten des selbständigen Beweisverfahrens zu den Kosten des Hauptsacheverfahrens zu zählen sind. Eine Kostengrundentscheidung des ersten Verfahrens kann hinsichtlich der Kosten des selbständigen Beweisverfahrens nicht zugunsten des Antragstellers, der erneut Klage erhebt, abgeändert werden. Unerheblich für die Einbeziehung bleibt auch, ob der die Klage zurücknehmende Kläger aufgrund des Beschlusses nach § 494a Abs. 1 ZPO zur Klageerhebung aufgefordert wurde oder nicht. Dem Antragsgegner kann es nämlich gleichgültig bleiben, ob der Antragsteller selbst Klage erhoben hat oder per Beschluss dazu aufgefordert wurde.

Zum Schutz des Beklagten steht diesem – sofern der eine erneute Klage erhebende Kläger ihm die Kosten des ersten Prozesses nicht erstattet – gem. §§ 282 Abs. 3, 296 Abs. 3 ZPO bis zur Erstattung der ihm entstandenen Kosten die Zulässigkeitsrüge zu.¹⁵¹

II. Keine vorrangige Anwendung des § 494a ZPO

Teilweise ist vertreten worden, dass es dem Antragsgegner auch nach der Klagerücknahme unbenommen bleiben müsse, einen Antrag nach § 494a Abs. 1 ZPO zu stellen.¹⁵² Dies stelle dann über die Kostenentscheidung nach § 494a Abs. 2 ZPO den

¹⁵¹ Hartmann, in Baumbach/Lauterbach/Hartmann, ZPO, § 269, Rn. 51.

¹⁵² OLG Köln, Beschluss vom 22.04.2002 – 17 W 103/02, MDR 2002, 1391; Seeber, S. 108.

rechtssystematisch besseren Weg dar.¹⁵³ Aus der Sicht des Antragsgegners unterscheide sich nämlich der Fall der Klagerücknahme nicht von dem des § 494a Abs. 2 ZPO. Auch hier würden dem Antragsteller ebenfalls ohne eine Entscheidung zur Sache allein wegen nicht fristgerechter Klage die Kosten des Beweisverfahrens auferlegt. Im Umkehrschluss ergebe sich nach dieser Auffassung keine andere Bewertung, wenn der Antragsteller zunächst Klage erhebe und diese dann später zurücknehme. Auch der Kostentitel nach § 494a Abs. 2 ZPO habe als Konsequenz, dass über die Kosten der Beweissicherung entschieden werde, obwohl die Möglichkeit bestehe, dass die Ergebnisse des Beweisverfahrens in einem späteren Hauptsacheprozess noch Verwendung finden könnten. Zudem sei die Kostenentscheidung nach § 494a ZPO nur vorläufig und könne mit der Folge abgeändert werden, dass dem Antragsgegner im Falle des Unterliegens im anschließenden Hauptsacheverfahren die Kosten aufzuerlegen seien.¹⁵⁴

Vorgenannte Überlegungen gehen jedoch schon im Ansatz fehl, denn der Kläger bringt durch die Klagerücknahme bereits deutlich zum Ausdruck, dass er kein Interesse an einer weiteren Klageerhebung haben wird. Vor der Klagerücknahme kann es dem Antragsgegner hingegen nicht möglich sein, einen weiteren Antrag nach § 494a Abs. 1 ZPO zu stellen, da ein Rechtsstreit bereits anhängig ist. Auch das Argument, wonach der Gesetzgeber eine fehlende Sachentscheidung mit der Regelung des § 494a Abs. 2 ZPO bewusst in Kauf genommen habe, weshalb der Fall mit der Konstellation der Klagerücknahme vergleichbar sei¹⁵⁵, überzeugt nicht. Die Erstattung der Kosten des selbständigen Beweisverfahrens wird dadurch nicht erleichtert.¹⁵⁶ Eine dahingehende Auslegung des Gesetzeswortlautes divergiert mit dem Ziel des § 494a ZPO, nur ausnahmsweise – nämlich lediglich im Falle der unterlassenen Klageerhebung – eine Kostenentscheidung herbeizuführen. Der Zweck der Vorschrift besteht unmittelbar und ausschließlich darin, dem durch die fehlende Kostengrundentscheidung betroffenen Antragsgegner die Möglichkeit zu geben, sich den Kostentitel im isolierten Verfahren zu verschaffen. Das Verfahren nach § 494a ZPO ist

¹⁵³ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 03.02.2006 – 23 W 62/05, NJW-RR 2006, 1028; OLG Frankfurt, Beschluss vom 01.08.2003 – 19 W 29/03, NJW-RR 2004, 70 (71) = OLGR 2003, 485; OLG Köln, Beschluss vom 23.10.2002 – 17 W 263/02, BauR 2003, 290 (291); OLG Köln, Beschluss vom 22.04.2002 – 17 W 103/02, MDR 2002, 1391; OLG München, Beschluss vom 10.12.1997 – 11 2427/97, MDR 1998, 307 (308); Schwenker, BauRb 2004, 167; Baden, IBR 1994, 178.

¹⁵⁴ OLG Hamburg, Beschluss vom 12.12.2005 – 1 W 87/05, OLGR Hamburg 2006, 186; OLG München, Beschluss vom 19.10.2004 – 1 W 2347/04, OLGR München 2005, 867 (868); OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 01.08.2003 – 19 W 29/03, NJW-RR 2004, 70 (71) = BauRb 2004, 167; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 23.09.1996 – 12 W 42/96, BauR 1997, 349; Leipold, in Stein/Jonas, ZPO, vor § 485, Rn. 34; Schreiber, NJW 1991, 2600 (2602).

¹⁵⁵ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 23.09.1996 – 12 W 42/96, BauR 1997, 349 (350).

¹⁵⁶ So auch BGH Beschluss vom 13.12.2006 – XII ZB 176/03, NJW 2007, 1279 (1280) = NZBau 2007, 246; angedacht schon in BGH, Beschluss vom 22.05.2003 – VII ZB 30/02, NJW-RR 2003, 1240 (1241); Hansens, Rpfleger 1997, 363 (366); Schreiber, NJW 1991, 2600 (2602).



in seiner eingeschränkten Schutzfunktion auf die Fälle zu beschränken, in denen der Antragsteller keine Klage erhebt und es deshalb nicht zu einer Kostengrundscheidungs im Hauptsacheverfahren kommen kann. Insbesondere lässt sich aus § 494a ZPO keine Regelung für den Fall der Klagerücknahme entnehmen.¹⁵⁷ Entgegen dem Bericht des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages, demzufolge § 494a ZPO auch die Fälle der Klagerücknahme und der Klageabweisung wegen Unzulässigkeit erfassen soll¹⁵⁸, wird eine solche Ansicht nicht durch den Wortlaut des § 494a ZPO gestützt.¹⁵⁹

Auch für eine analoge Anwendung des § 494a Abs. 2 ZPO besteht aufgrund der Erfassung der Kosten des Beweisverfahrens nach § 269 Abs. 3 S. 2 ZPO kein Bedarf.¹⁶⁰ Insoweit liegt keine Regelungslücke vor, die auszufüllen wäre.

Eine Entscheidung nach § 494a ZPO kommt hingegen in Betracht, wenn im Hauptsacheverfahren das Gericht vor der Klagerücknahme sich noch nicht mit dem Vorbringen im selbständigen Beweisverfahren befasst und somit das Ergebnis des Beweisverfahrens noch nicht einbezogen hat.

III. Abgeschlossenes selbständiges Beweisverfahren

Weitere Voraussetzung für eine einheitliche Kostenentscheidung in der Hauptsache nach Klagerücknahme ist, neben der Identität der Streitgegenstände und der Parteien, ein abgeschlossenes selbständiges Beweisverfahren. Der BGH hat die Einbeziehung der Kosten des selbständigen Beweisverfahrens in die Kosten des Hauptsacheverfahrens für den Fall abgelehnt, in dem das selbständige Beweisverfahren zum Zeitpunkt der Klagerücknahme noch nicht abgeschlossen war, sondern in diesem die Beweiserhebung noch seine Fortsetzung finden sollte. Denn in Bezug auf ein noch nicht abgeschlossenes Beweisverfahren könne das beendete Klageverfahren keineswegs als „nachfolgender Hauptprozess“ angesehen werden. Stattdessen könne die Fortsetzung des Beweisverfahrens der Vorbereitung eines weiteren Gerichtsprozesses in der Hauptsache dienen mit der Folge, dass in der dortigen Kostenentscheidung womöglich die Kosten des dann abgeschlossenen selbständigen Beweisverfahrens mit umfasse.¹⁶¹ Dieser Ansicht des BGH ist zu folgen. Ein nachfolgendes Hauptsacheverfahren ist nur dann

¹⁵⁷ LG Mönchengladbach, Beschluss vom 20.11.2007 – 5 T 341/07, in juris; Hansens, NJW 1991, 953 (958); Schreiber, NJW 1991, 2600 (2601).

¹⁵⁸ BT-Drs. 11/8283, S. 48.

¹⁵⁹ Hansens, NJW 1991, 953 (958).

¹⁶⁰ BGH, Beschluss vom 13.12.2006 – XII ZB 176/03, NJW 2007, 1279 (1281).

¹⁶¹ BGH, Beschluss vom 21.07.2005 – VII ZB 44/05, ZfBR 2005, 790 (791); in diesem Sinne auch Herget, in Zöller, ZPO, § 91, Rn. 13.

anzunehmen, wenn spätestens bis zu dessen letzter mündlicher Verhandlung die abgeschlossene Beweiserhebung des selbständigen Beweisverfahrens vorliegt und hätte herangezogen werden können oder die Zuständigkeit für das Beweisverfahren vor Abschluss der Beweiserhebung auf das Gericht der Hauptsache übergeht, weil dieses eine Beweisaufnahme für erforderlich hält und deshalb die Akten des selbständigen Beweisverfahrens beigezogen hat.¹⁶² Das gilt natürlich auch für den Fall, in dem die Beweiserhebung des selbständigen Beweisverfahrens trotz Klagerücknahme weiter fortgesetzt werden soll. Hier ist richtigerweise keine Entscheidung in der Hauptsache bei „Klagerücknahme“ geboten. Der Weg über § 494a ZPO bleibt dem Antragsgegner aber unbenommen.

IV. Zwischenergebnis

Es ist sachgerecht, die Kostengrundentscheidung nach § 269 Abs. 3 S. 2 ZPO auch auf diejenigen Kosten zu erstrecken, die im selbständigen Beweisverfahren entstanden sind. Dabei bleibt es bei dem einzuhaltenden vorrangigen Grundsatz, dass über die Kosten des Verfahrens einheitlich zu entscheiden ist. Auf diese Weise wird der Absicht des Gesetzgebers, Gerichtsverfahren zu vereinfachen und zu beschleunigen und weitere Gerichtsverfahren allein zur Geltendmachung von Kostenerstattungsansprüchen zu vermeiden, am ehesten Rechnung getragen. Dementsprechend soll sich an der einmal begründeten Zugehörigkeit der Kosten zum Hauptsacheverfahren auch dann nichts ändern, wenn der Kläger die von sich aus erhobene Klage wieder zurücknimmt. Einer Anwendung des § 494a ZPO steht die Anhängigkeit des Hauptsacheverfahrens entgegen, da aufgrund dessen ein entsprechender Beschluss gar nicht ergehen könnte. Jedoch ist eine Kostenentscheidung im Hauptsacheverfahren dann nicht zu treffen, wenn das selbständige Beweisverfahren nach der Rücknahme der damaligen Klage fortgesetzt werden soll.

E. Prozessvergleich

I. Zuordnung der Kosten

Ergeht in einem Vergleich die Entscheidung, dass die Kosten nach § 92 Abs. 1 S. 2 ZPO gegeneinander aufgehoben werden, stellt sich zunächst auch hier die Frage, ob die

¹⁶² Vgl. BGH, Beschluss vom 22.07.2004 – VII ZB 3/03, ZfBR 2005, 52 (53).

Kosten des selbständigen Beweisverfahrens zu den Gerichtskosten des nachfolgenden Hauptsacheverfahrens zu rechnen sind. Hierbei ist zu klären, ob diese Kosten von den Parteien als Gerichtskosten des Hauptprozesses je zur Hälfte zu tragen sind, oder ob sie als außergerichtliche Auslagen des Antragstellers von diesem alleine getragen werden müssen. Eine klare Antwort diesbezüglich ist vom BGH bisweilen nicht gegeben worden.¹⁶³ Da das selbständige Beweisverfahren nunmehr stark in das Hauptsacheverfahren eingegliedert ist sowie die prozessuale Selbständigkeit bei anhängigem Hauptsacheverfahren verliert, ergibt sich im Vergleich zu den bisherigen Feststellungen in diesem Kapitel keine andere Bewertung. Auch bei einem Vergleich sind die Kosten des Beweisverfahrens als Gerichtskosten einzustufen.¹⁶⁴ Dass eine entsprechende Regelung in der ZPO oder eine Klarstellung im GKG bisweilen unterblieben ist, steht dem nicht entgegen; überdies ist eine solche auch nicht notwendig. Der Antragsteller hat einen Anspruch auf hälftigen Ersatz der Kosten des selbständigen Beweisverfahrens.¹⁶⁵

II. Beendigung durch Vergleich

Wurde in einem gerichtlichen Vergleich die Kostenaufhebung vereinbart und haben die Parteien dabei die Kosten des selbständigen Beweisverfahrens besonders erwähnt, spricht dies dafür, dass eine Teilung und Erstattungsfähigkeit dieser Kosten vereinbart werden sollte.¹⁶⁶ Eine Kostenaufhebung wird von den Parteien meistens vereinbart, denn eine gütliche Einigung im Rahmen eines Vergleichs enthält üblicherweise auch eine Einigung über die im Beweisverfahren angefallenen Kosten. Zudem orientiert sich die in der Hauptsache ergangene Kostenentscheidung an einem materiellen Ergebnis, das es nur bei

¹⁶³ Ausdrücklich offen gelassen in: BGH, Beschluss vom 18.12.2002 – VIII ZB 97/02, NJW 2003, 1322 (1323).

¹⁶⁴ OLG Braunschweig, Beschluss vom 21.11.2003 – 2 W 155/03, OLGR Braunschweig 2004, 403; OLG Stuttgart, Beschluss vom 03.05.2001 – 8 W 409/00, OLGR 2001, 376; OLG Koblenz, 27.01.2003 – 14 W 15/03, OLGR Koblenz 2003, 214; OLG Frankfurt, Beschluss vom 23.08.1994 – 12 W 179/94, OLGR 1994, 203; OLG Oldenburg, Beschluss vom 26.07.1983 – 8 W 81/83, MDR 1983, 1030; Garcia-Scholz, ProZRB 2003, 102 (103); Leipold, in Stein/Jonas, ZPO, vor § 485, Rn. 35; Jagenburg/Reichelt, NJW 2001, 2439 (2441); entgegen: Mümmler, Anm. zu SchlHOLG, Beschluss vom 15.02.1991 – 9 W 23/91, JurBüro 1991, 963.

¹⁶⁵ OLG Hamm, Beschluss vom 24.08.1994 – 23 W 598/93, MDR 1994, 1051 (unter Aufgabe der alten Rechtsprechung); OLG Bamberg, Beschluss vom 04.02.1999 – 3 W 150/98, NJW-RR 2000, 730; OLG Hamm, Beschluss vom 24.03.1999 – 23 W 391/98, JurBüro 2000, 257; OLG Oldenburg, Beschluss vom 01.09.1999 – 2 W 92/99, OLGR 2000, 12; OLG Hamm, Beschluss vom 24.06.2002 – 23 W 149/02, OLGR 2002, 411; Ulrich, Selbständiges Beweisverfahren mit Sachverständigen, Kapitel 9.6, Rn. 91.

¹⁶⁶ OLG Jena, Beschluss vom 03.01.2000 – 5 W 747/99, OLGR Jena 2000, 160; OLG Frankfurt, Beschluss vom 30.08.1999 – 16 W 35/99, OLGR Frankfurt 2001, 99; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 12.12.1996 – 6 W 137/96, MDR 1997, 401 (402) = NJW-RR 1997, 1293; auch BGH, Beschluss vom 14.07.2003 – II ZB 15/02, NJW 2003, 3354; OLG Koblenz, Beschluss vom 27.01.2003 – 14 W 15/03, OLGR Koblenz 2003, 514 (in Bezug auf die Behandlung der Gerichtskosten).

Identität der Streitgegenstände und der Parteien gibt.¹⁶⁷ Deshalb ist im Zweifel die Kostenverteilung auf das selbständige Beweisverfahren zu übertragen mit der Folge, dass die Gerichtskosten des selbständigen Beweisverfahrens geteilt werden und die eigenen außergerichtlichen Kosten der Parteien von diesen selbst zu tragen sind. Haben die Parteien in einem Prozessvergleich die Verteilung der Kosten einschließlich derjenigen eines selbständigen Beweisverfahrens der Entscheidung des Gerichts gemäß § 91a ZPO unterstellt, und hebt dieses die Kosten des Rechtsstreits mit der Begründung gegeneinander auf, der Verfahrensausgang sei nicht abzusehen gewesen, so ist ebenfalls von der Absicht des Gerichts auszugehen, jeder Partei auch die Hälfte der Gerichtskosten des selbständigen Beweisverfahrens aufzuerlegen.¹⁶⁸

III. Zwischenergebnis

Die Behandlung der Beweisverfahrenskosten als Kosten des Hauptsacheprozesses führt dazu, dass diese im Kostenfestsetzungsverfahren nicht auf ihre Notwendigkeit hin überprüft werden, sondern entsprechend der Kostenquote festzusetzen sind. Damit hat sich auch das Problem der Zuordnung der Kosten des Beweisverfahrens im Falle eines Vergleichs erledigt. Im Ergebnis ist es sinnvoll, bei Abschluss eines Vergleichs die Kosten des selbständigen Beweisverfahrens ausdrücklich in die Kostenregelung mit einzubeziehen.

F. Zusammenfassung des zweiten Kapitels

Wenn es nach einem selbständigen Beweisverfahren zu einem Hauptsacheverfahren kommt, soll grundsätzlich in diesem über die Kosten entschieden werden. Die Kosten des selbständigen Beweisverfahrens stellen Gerichtskosten des Hauptsacheverfahrens dar, weshalb diese im Kostenfestsetzungsverfahren nach § 104 ZPO festzusetzen sind. Eine Überprüfung der Notwendigkeit im Rahmen des § 91 ZPO ist dabei entbehrlich. Maßgebend für die Frage der Erstattungsfähigkeit der Kosten ist allein, ob im Zeitpunkt des Antrages auf Durchführung des selbständigen Beweisverfahrens die Befürchtung, dass die zu sichernden Beweismittel verloren gehen oder die Beweisführung erschwert werden können, gerechtfertigt bzw. ob aus der Sicht des Antragstellers bei Einleitung des

¹⁶⁷ Mümmler, Anm. zu SchlHOLG, Beschluss vom 15.02.1991 – 9 W 23/91, JurBüro 1991, 963.

¹⁶⁸ OLG Rostock, Beschluss vom 29.05.2006 – 6 U 230/00, MDR 2007, 58; im Ergebnis wohl auch BGH, Beschluss vom 18.12.2002 – VIII ZB 97/02, NJW 2003, 1322 (1323).



selbständigen Beweisverfahrens die Zweckmäßigkeit dieses Beweisverfahrens zu bejahen war.¹⁶⁹ Die Erstattungsfähigkeit der Kosten des selbständigen Beweisverfahrens ist unabhängig davon, ob die Ergebnisse der Beweisaufnahme im Hauptsacheverfahren auch tatsächlich Verwertung gefunden haben und auf das Ergebnis Einfluss hatten. Neben der Einführung des Beweisergebnisses in das Hauptsacheverfahren sind die Identität der Streitgegenstände und die Identität der Parteien Voraussetzung der Erstattungsfähigkeit der Kosten im Hauptsacheverfahren. Der Kostentitel in der Hauptsache muss zwischen den Parteien des Verfahrens, und zwar als gegnerische Parteien, ergehen. Hinsichtlich mehrerer am Beweisverfahren beteiligter Antragsgegner muss festgestellt werden, dass ein nicht verklagter Antragsgegner nicht in die Kostenentscheidung des Hauptsacheverfahrens einbezogen wird. Vielmehr bleibt ihm die Möglichkeit, selbst nach § 494a Abs. 2 S. 1 ZPO einen Antrag zur Betreibung seiner entstandenen außergerichtlichen Kosten zu stellen. Andersherum unterfällt auch nur der klagende Antragsteller der Kostenentscheidung des Hauptsacheverfahrens.

Die Anwendung der speziellen Kostenvorschrift des § 494a Abs. 2 ZPO ist in den Fällen eines anhängigen Hauptsacheverfahrens ausgeschlossen. Dies gilt insbesondere auch für den Fall der Klagerücknahme. Die Kosten des abgeschlossenen selbständigen Beweisverfahrens werden nach Rücknahme der Klage im Hauptsacheverfahren von der Kostengrundentscheidung nach § 269 Abs. 3 S. 2 ZPO erfasst. Es gilt der Grundsatz der Einheitlichkeit der Kostenentscheidung. Diesem Grundsatz wird auch in den Fällen Rechnung getragen, in denen die Hauptsacheklage hinter dem Verfahrensgegenstand des selbständigen Beweisverfahrens zurückbleibt und deshalb über einen Teil des selbständigen Beweisverfahrens keine Entscheidung getroffen wird. Auch in diesen Fällen sind die gesamten Kosten des selbständigen Beweisverfahrens Kosten des Hauptsacheverfahrens, obwohl nur über einen Teil sachlich entschieden wird und über den nicht rechtshängig gemachten weiteren Teil in einem anderen Prozess entschieden werden kann.

Damit kann festgestellt werden, dass die Kostenentscheidung im sich an das selbständige Beweisverfahren anschließenden Hauptsacheverfahren bei Vorliegen der genannten Voraussetzungen ergehen soll, wohingegen der Anwendungsbereich des § 494a ZPO keine Anwendung findet. Diese Sicht der Dinge erleichtert die Rechtsverfolgung und ermöglicht einen flexiblen Übergang vom selbständigen Beweisverfahren in das Hauptsacheverfahren. Daneben wird sichergestellt, dass Kostenentscheidungen nicht auf

¹⁶⁹ Vgl. Bork, in Stein/Jonas, ZPO, § 91, Rn. 21.

Grund einer rein formalen Betrachtungsweise ergeben. Das selbständige Beweisverfahren kennt somit im Grundsatz keine Kostenentscheidung, was darauf basiert, dass in diesem Verfahren nicht festgestellt werden kann und darf, welche Partei letztendlich obsiegt oder unterliegt. In der Praxis strengt der Antragsteller bei für ihn positivem Ausgang des selbständigen Beweisverfahrens zumeist den Hauptsacheprozess an und erhält dann bei obsiegenderem Urteil über § 91 ZPO einen Kostenerstattungsanspruch bezüglich der Beweissicherungskosten; sofern er jedoch in der Hauptsache verliert, hat er diese Kosten auch bei für ihn günstigem Ausgang des Beweisverfahrens zu tragen.¹⁷⁰ Anhand dieser aufgezeigten kostenrechtlichen Grundsätze kann der Antragsteller sein je nach dem Ergebnis des Beweisverfahrens zu erwartendes Prozesskostenrisiko ausloten und seine weitere rechtliche Vorgehensweise entsprechend ausrichten. Gleichfalls wird durch sie dem Erstattungsinteresse des später verklagten und im Hauptprozess obsiegenden Antragsgegners entsprochen. Um ungerechte Kostenentscheidungen zulasten des im Hauptsacheprozess unterliegenden Antragsgegners zu vermeiden, wird ferner auf das Korrektiv des § 96 ZPO zurückgegriffen.

¹⁷⁰ Pastor, in Werner/Pastor, Der Bauprozess, Rn. 126.



Drittes Kapitel: Die Kostengrundentscheidung nach § 494a ZPO

A. Regelungsgehalt des § 494a ZPO

I. Prozessuale Kostenerstattung als Regelungsziel

Wie in Kapitel 2 festgestellt worden ist, kann eine Kostenentscheidung im selbständigen Beweisverfahren grundsätzlich nicht ergehen, sofern ein entsprechendes Hauptsacheverfahren anhängig ist. Vielmehr ist diese dem Hauptsacheverfahren vorbehalten. Fraglich bleibt allerdings, ob – zumal auch ein klageweise geltend gemachter materieller Kostenerstattungsanspruch nur selten Erfolg verspricht – der Antragsgegner des Beweisverfahrens einen prozessualen Kostenerstattungsanspruch gegen den Antragsteller hat, wenn dieser kein Hauptverfahren initiiert. Diese Unzulänglichkeit wurde vom Deutschen Bundestag durch Erlass des Rechtspflege-Vereinfachungsgesetzes mit der Einführung des § 494a ZPO behoben, unter dessen Voraussetzungen nunmehr außerhalb eines förmlichen Rechtsstreits ein prozessualer Kostenerstattungsanspruch möglich ist.¹⁷¹

Der Antragsgegner kann demnach gem. § 494a Abs. 1 ZPO nach Beendigung des selbständigen Beweisverfahrens beantragen, dass dem Antragsteller vom Gericht aufgegeben wird, binnen einer zu bestimmenden Frist gegen den Antragsgegner Klage zu erheben. Wenn der Antragsteller nicht fristgerecht Klage erhebt, kann der Antragsgegner nach § 494a Abs. 2 S. 1 ZPO seine Kosten des selbständigen Beweisverfahrens ersetzt bekommen. Dies verschafft dem Antragsgegner eine vom materiellen Recht unabhängige Grundlage der Kostenerstattung.

Nach Klageerhebung durch den Antragsteller des Beweisverfahrens ist für eine die Rechtswirkung entfaltende Fristsetzung zur Klageerhebung in der Hauptsache schon nach dem Wortlaut des § 494a Abs. 1 ZPO kein Raum. Ohnehin besteht in diesem Fall für eine Kostenentscheidung nach § 494a Abs. 2 S. 1 ZPO kein Bedürfnis, da bei einer anhängigen Klage zur Hauptsache in jenem Verfahren über die Kosten des der Vorbereitung des Hauptverfahrens dienenden selbständigen Beweisverfahrens (mit)entschieden werden kann. Konsequenterweise kommt die Anordnung nach § 494a Abs. 1 ZPO auch dann nicht in Betracht, wenn vor Beendigung des Beweisverfahrens bereits Klage erhoben ist.

¹⁷¹ BT-Drs. 11/8283, S. 48; auch BGH, Beschluss vom 12.02.2004 – V ZB 57/03, NJW-RR 2004, 1005; BGH, Beschluss vom 01.07.2004 – V ZB 66/03, NJW-RR 2004, 1580 (1581).



Die Kostenregelung des § 494a ZPO trägt dem Umstand Rechnung, dass es unbillig wäre, dem Antragsgegner die Erstattung seiner Kosten zu versagen, wenn das selbständige Beweisverfahren zu einem für den Antragsteller ungünstigen Ergebnis geführt hat und jener deshalb auf eine Klageerhebung verzichtet. Da der Antragsteller das Beweisverfahren in Gang gesetzt und hierdurch Kosten veranlasst hat, soll es auch angemessen sein, ihn mit den Kosten des Gegners im selbständigen Beweisverfahren zu belasten.

Dabei ist die Norm des § 494a Abs. 1 ZPO zunächst eine Ausprägung des Grundsatzes, der sicherstellen soll, dass es zu einem Hauptsacheverfahren und damit zu einer Entscheidung auch über die Kosten des selbständigen Beweisverfahrens kommt, falls der Antragsgegner ein Interesse an einer Hauptsacheentscheidung hat und sich die Parteien vorher nicht einigen. Die Fristsetzung nach § 494a Abs. 1 ZPO ist kein Selbstzweck. Sie dient nur dazu, Klarheit darüber zu erzielen, ob eine Hauptsacheklage erfolgt. Die Vorschrift des § 494a Abs. 2 ZPO hat Sanktionscharakter für den untätig gebliebenen Antragsteller und stellt eine Ausnahmeregel zugunsten des mit den Kosten des selbständigen Beweisverfahrens überzogenen Antragsgegners dar. Sofern der Antragsteller keine Klage zur Hauptsache erhebt, geht das Gesetz nach § 494a Abs. 2 ZPO von einer von dem Gericht zu treffenden Kostengrundentscheidung und einer Kostentragungspflicht des dann als im Beweisverfahren „unterlegen“ anzusehenden Antragstellers aus. Der Antragsgegner wird für diesen Fall damit so gestellt, als habe er in der Hauptsache obsiegt.¹⁷²

Entscheidungen nach § 494a Abs. 2 S. 1 ZPO sind der formellen Rechtskraft fähig.¹⁷³ Sie können durch das Gericht der Hauptsache nicht abgeändert werden.¹⁷⁴

Eine Kostenentscheidung aus § 494a ZPO zugunsten des Antragstellers ist dagegen nicht zulässig. Der Antragsteller hat die Beweisaufnahme dem Hauptsacheverfahren lediglich „vorweggenommen“. Im Gegensatz zum Antragsgegner genügt es ihm nicht, inhaltlich zu obsiegen, sondern er muss auch förmlich obsiegen, was im selbständigen Beweisverfahren jedoch nicht möglich ist. Der Antragsteller wird also ohnehin Hauptsacheklage erheben müssen, weshalb für ihn eine prozessuale Kostenerstattung ausscheidet. Eine analoge Anwendung des § 494a Abs. 2 ZPO zugunsten des

¹⁷² BGH, Beschluss vom 01.07.2004 – V ZB 66/03, NJW-RR 2004, 1580 (1581); BGH, Beschluss vom 12.02.2004 – V ZB 57/03, NJW-RR 2004, 1005.

¹⁷³ BGH, Beschluss vom 24.06.2004 – VII ZB 11/03, NJW 2004, 3121; Herget, in Zöller, ZPO, § 494a, Rn. 4a; Jousen, in Ingenstau/Korbian, VOB, Teil C, Anh. 4, Rn. 101

¹⁷⁴ BGH, Beschluss vom 24.06.2004 – VII ZB 11/03, NJW 2004, 3121.

Antragstellers verbietet sich ebenfalls.¹⁷⁵ Die im Hauptsacheverfahren ergehende Kostenlastentscheidung gem. §§ 91 ff. ZPO erfasst dann auch die Kosten des selbständigen Beweisverfahrens, so dass für den Antragsteller keine planwidrige Regelungslücke vorliegt.

Ein Kostenbeschluss nach § 494a Abs. 2 S. 1 ZPO über die prozessuale Kostenerstattung schließt eine Klage über einen gegenläufigen materiell-rechtlichen Kostenerstattungsanspruch nicht aus.¹⁷⁶ So können durchaus Umstände auftreten, die bei der Kostenentscheidung nach § 494a Abs. 2 S. 1 ZPO nicht berücksichtigt wurden bzw. werden konnten oder ihr sogar entgegengesetzt sind.

II. Problematik der abschließenden Regelung des § 494a ZPO

1. Kein Grundsatz der Abgeschlossenheit

Vor der Neuregelung des damaligen Beweissicherungsverfahrens gab es kaum Möglichkeiten für den Antragsgegner, einen prozessualen Kostenerstattungsanspruch durchzusetzen. Nach der Novellierung sollte dem Antragsgegner nach § 494a ZPO die Möglichkeit eingeräumt werden, im selbständigen Beweisverfahren einen prozessualen Kostenerstattungsanspruch zu erlangen. Es stellt sich jedoch die Frage, inwieweit auch außerhalb des § 494a ZPO prozessuale Kostenerstattungsansprüche nach den §§ 91 ff., 269 Abs. 3 ZPO auf das selbständige Beweisverfahren Anwendung finden können. Teilweise wird der Erlass einer Kostenentscheidung mangels gesetzlicher Ausgestaltung eines weiteren prozessualen Kostenerstattungsanspruches im selbständigen Beweisverfahren verneint.¹⁷⁷ Für die analoge Anwendung von Kostenvorschriften lasse sich keine planwidrige Regelungslücke feststellen. Der Gesetzgeber habe vielmehr seine Regelungsabsicht dahingehend ausgestaltet, eine prozessuale Kostenerstattung nicht in das selbständige Beweisverfahren außerhalb von § 494a Abs. 2 ZPO mit einzubeziehen.¹⁷⁸ Auch sei § 494a Abs. 2 ZPO wiederum als Ausnahme eng auszulegen.¹⁷⁹ Das Gesamtbild, dass die ZPO und andere Gesetze durch die

¹⁷⁵ BGH, Beschluss vom 12.02.2004 – V ZB 57/03, NJW-RR 2004, 1005.

¹⁷⁶ Herget, in Zöller, ZPO, § 494a, Rn. 5a; OLG Düsseldorf, Urteil vom 01.09.2005 – 5 U 6/05, NJW-RR 2006, 571 (572).

¹⁷⁷ OLG Schleswig, Beschluss vom 21.07.2005 – 16 W 37/05, OLGR Schleswig 2005, 593; OLG Koblenz, Beschluss vom 16.10.1995 – 9 W 395/95, MDR 1996, 101.

¹⁷⁸ OLG Frankfurt, Beschluss vom 23.01.2006 – 8 W 101/05, in juris; OLG Schleswig, Beschluss vom 21.07.2005 – 16 W 37/05, OLGR Schleswig 2005, 593.

¹⁷⁹ OLG Schleswig, Beschluss vom 21.07.2005 – 16 W 37/05, OLGR Schleswig 2005, 593.



ausdrückliche Zuordnung prozessualer Kostenerstattungsansprüche wie im Bereich des PKH-Verfahrens, des GKG oder des FGG vermittele, sei eindeutig.¹⁸⁰

Allerdings regelt die Vorschrift des § 494a ZPO infolge eines Versehens des Gesetzgebers nicht alle denkbaren Fälle, in denen auf Seiten des Antragsgegners nach Einleitung eines selbständigen Beweisverfahrens Kosten angefallen sind. § 494a Abs. 2 ZPO regelt lediglich den Fall, dass nach Durchführung des selbständigen Beweisverfahrens weder eine vergleichsweise Regelung auch über die Kosten getroffen noch Klage in der Hauptsache erhoben wurde. Diese Kosten werden einer Entscheidung des Prozessgerichts mangels Einleitung des Hauptsacheverfahrens nicht zugänglich gemacht.

Die Vorschrift des § 494a ZPO soll deshalb nur nach Beendigung der Beweiserhebung als eine für das selbständige Beweisverfahren abschließende Regelung angesehen werden. Insbesondere wenn der Antragsteller das selbständige Beweisverfahren motivationslos nicht weiter betreibt, beispielsweise den gerichtlich geforderten Vorschuss für den Sachverständigen nicht leistet oder den Antrag für das Beweisverfahren zurücknimmt, muss es möglich sein, dem Antragsgegner einen solchen Anspruch zuzugestehen; dies gilt erst recht auch dann, wenn der Antrag auf Durchführung des selbständigen Beweisverfahrens als unzulässig zurückgewiesen wird.¹⁸¹ In diesen Fällen der Antragsrücknahme und des Nichtbetreibens des selbständigen Beweisverfahrens durch den Antragsteller, in denen das Beweisverfahren also in der Sache tatsächlich nicht oder nur unvollständig durchgeführt wurde, muss eine prozessuale Kostenerstattung möglich sein, da der Antragsgegner ansonsten grundlos mit den Kosten des selbständigen Beweisverfahrens überzogen werden würde. Dass dem Antragsgegner aber kein prozessualer Kostenerstattungsanspruch vor Beendigung der Beweiserhebung zustehen soll, kann so nicht gewollt sein und ist dem § 494a ZPO selbst auch nicht zu entnehmen. Die Norm des § 494a ZPO schließt daher die Anwendung anderer Vorschriften für die prozessuale Kostenerstattung im selbständigen Beweisverfahren nicht aus.

Das selbständige Beweisverfahren dient verstärkt als ein weiteres Instrument der Streitbereinigung und der Prozessbeschleunigung, weshalb „isolierte“ Kostenentscheidungen vor Beendigung der Beweiserhebung noch im selbständigen Beweisverfahren möglich sein müssen. Letztlich entscheidend für eine „isolierte“

¹⁸⁰ OLG Koblenz, Beschluss vom 16.10.1995 – 9 W 395/95, MDR 1996, 101.

¹⁸¹ Beispielhaft aus der Instanz-Rechtsprechung jeweils m. w. N.: OLG Celle, Beschluss vom 23.10.2001 – 14 W 33/01, OLGR Celle, Braunschweig, Oldenburg 2001, 335; Brandenburgisches OLG, Beschluss vom 27.09.1995 – 8 W 177/95, BauR 1996, 584; OLG München, Beschluss vom 02.03.2001 – 28 W 979/01, MDR 2001, 768 = OLGR 2001, 157; Notthoff/Buchholz, JurBüro 1996, 5 (6); vgl. zur Unzulässigkeit des Beweisantrags die Ausführungen in Kapitel 4 B. II.

Kostenentscheidung ist, dass ein vorzeitig beendetes Beweisverfahren vor Durchführung der Beweisaufnahme auf einen späteren Rechtsstreit in der Hauptsache keinen Einfluss mehr hat. Das Verfahren verliert so seinen Charakter als vorbereitender Verfahrensabschnitt für das eigentliche Prozessrechtsverhältnis und gewinnt damit ein zusätzliches Maß an prozessualer Selbständigkeit. Es besteht mithin auch nicht mehr die Gefahr, dass im Rahmen der nunmehr zu treffenden Kostenentscheidung Wertungen des Beweisergebnisses dem Hauptsacheverfahren vorweggenommen werden könnten. Es besteht dann kein Hindernis, „isolierte“ Kostenentscheidungen zuzulassen.¹⁸²

Der Antragsgegner soll auch zur Beitreibung seiner Kosten nicht auf einen weiteren Hauptprozess verwiesen werden. Es muss nicht zuletzt aus prozessökonomischen Gründen die Möglichkeit bestehen, einen eigenen prozessualen Kostenerstattungsanspruch noch im selbständigen Beweisverfahren zu erhalten. Ansonsten wäre der Antragsgegner darauf angewiesen, einen materiell-rechtlichen Kostenerstattungsanspruch in einem gesonderten Erkenntnisverfahren gegen den Antragsteller geltend zu machen.¹⁸³ Dies ist insofern unbillig, da es äußerst schwierig sein dürfte, einen solchen auf Ersatz der Kosten zu begründen.

2. Prüfung der Gesetzesmaterialien zu § 494a ZPO

Dass die Norm des § 494a ZPO als abschließende Regelung der prozessualen Kostenerstattung gedacht war, ergibt sich auch nicht aus den Gesetzesentwürfen zum Rechtspflege-Vereinfachungsgesetz. Richtigerweise hatte der Gesetzgeber das Problem der mangelnden prozessualen Kostenerstattung im selbständigen Beweisverfahren erkannt und wollte dieses auch mithilfe des § 494a ZPO lösen. Doch kam diese Entscheidung im damaligen Gesetzgebungsverfahren verspätet bzw. sogar etwas unbedacht. Weder in dem ursprünglichen Gesetzesentwurf der Bundesregierung¹⁸⁴ noch in den gleichzeitig mitberatenden Gesetzesentwürfen des Bundesrates bezüglich des Entwurfs eines Gesetzes zur Entlastung der Zivilgerichte¹⁸⁵ bzw. desjenigen der Abgeordneten Dr. Pick u. a. bezüglich des Entwurfs eines Gesetzes zur Änderung der Zivilprozessordnung und des Gesetzes über die Angelegenheiten der freiwilligen

¹⁸² In diesem Sinne bereits Altenmüller, NJW 1976, 92 (97), in Bezug auf die Rechtslage bei Ablehnung der Beweissicherung.

¹⁸³ BGH, Beschluss vom 12.02.2004 – V ZB 57/03, MDR 2004, 715.

¹⁸⁴ Vgl. BT-Drucksache 11/3621.

¹⁸⁵ Vgl. BT-Drucksache 11/4155.



Gerichtbarkeit¹⁸⁶ war die Regelung enthalten. In der 97. Sitzung des federführenden Rechtsausschusses legte das Bundesministerium der Justiz erstmals eine dem späteren § 494a ZPO entsprechende Formulierungshilfe vor, die ohne Änderung angenommen wurde.¹⁸⁷

Diesbezüglich ist dann teilweise vertreten worden, dass der Gesetzgeber sich mit dieser Vorschrift bewusst nur auf diese Teilregelung beschränken wollte, indem er das Anliegen, unbillige Ergebnisse zu vermeiden, einzig für den Fall aufgegriffen habe, in dem der „Antragsteller nach Durchführung der Beweisaufnahme von der Einleitung des Hauptprozesses absieht“. Nach früherer Ansicht des OLG Koblenz konnte deswegen nicht von einer weitergehenden Regelung und einem weitergehenden Eingriff in die bestehende Rechtslage ausgegangen werden.¹⁸⁸ Doch lässt sich weder aus dem Wortlaut des Gesetzes noch aus der Gesetzesbegründung schließen, dass der Gesetzgeber die Regelungslücke bewusst mit dem Ziel offen gelassen hat, eine Kostenerstattung in allen nicht durch § 494a Abs. 2 ZPO geregelten Fällen auszuschließen.¹⁸⁹ Denn der Gesetzgeber hat es gerade als unbillig angesehen, dem Antragsgegner, der im selbständigen Beweisverfahren ein günstiges Ergebnis erzielt hat, die Erstattung seiner Kosten zu versagen.¹⁹⁰

Immerhin wird der Antragsgegner regelmäßig gegen seinen Willen in ein kostenauslösendes Verfahren hineingezogen.

Besonders die Formulierung:

„Das kann zu unbilligen Ergebnissen führen, wenn der Antragsteller nach Durchführung der Beweisaufnahme von der Einleitung des Hauptprozesses absieht“¹⁹¹

deutet darauf hin, dass andere Verfahrenssituationen, die zu ebensolchen unbilligen Ergebnissen führen können, nicht ausgeschlossen werden sollen.

Dass nach dem Bericht des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages¹⁹² die Fassung des § 494a ZPO auch die Fälle umfassen soll, in denen die Klage zurückgenommen¹⁹³

¹⁸⁶ Vgl. BT-Drucksache 11/1704.

¹⁸⁷ Vgl. Protokoll der 97. Sitzung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages vom 10.10.1990, S. 63 zu Art. 1 Nr. 31a.

¹⁸⁸ OLG Koblenz, Beschluss vom 16.10.1995 – 9 W 395/95, MDR 1996, 101 (Aufgabe der Rspr.: OLG Koblenz, Beschluss vom 10.01.2000 – 8 W 810/99, MDR 2000, 478); auch Mümmler, JurBüro 1995, 293.

¹⁸⁹ Siegburg, in FS für Mantscheff, S. 405 (406).

¹⁹⁰ Vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses zu dem Gesetzesentwurf der Bundesregierung – Drucksache 11/3621, BT-Drs. 11/8283, S. 48.

¹⁹¹ BT-Drucks. 11/8283, S. 48.

oder als unzulässig abgewiesen wurde, stellte den Versuch dar, die prozessuale Kostenerstattung im selbständigen Beweisverfahren auszuweiten. Diese Einbeziehung macht deutlich, dass es auf den Eintritt einer Prozesslage ankommen sollte, in der das Unterliegensprinzip hinreichende Beachtung hinsichtlich der Kostenverteilung findet. Dass dieser Versuch einer einheitlichen Regelung aufgrund der schon fast unübersichtlichen Flut an unterschiedlichen Gerichtsentscheidungen scheiterte, hätte dem Deutschen Bundestag derweil genug Anlass geben müssen, bestimmte Sachverhalte auszuschließen anstatt deren Nichtregelung ungeklärt zu lassen. Angesichts dieser Wertung liegt es daher näher, anzunehmen, der Gesetzgeber habe die durch § 494a ZPO nicht geregelten Fälle durch die entsprechende Anwendung der allgemeinen Vorschriften abgedeckt gesehen. Aus der Neuregelung des Gesetzes lässt sich nicht der Umkehrschluss herleiten, der Gesetzgeber wollte eine Kostenentscheidung erst dann zulassen, wenn die Voraussetzungen eines Klageerzwingungsverfahrens vorliegen; vielmehr wurde das Bedürfnis für den Antragsgegner nach prozessualer Kostenerstattung erkannt.

3. Vergleichsweise Heranziehung des § 926 ZPO

Auch ergibt die in mancherlei Hinsicht ähnliche Regelung des § 926 ZPO keinen Hinweis auf eine andere Bewertung. Eine Vergleichbarkeit beider Vorschriften liegt allenfalls in den Verfahrensvoraussetzungen selbst vor. Die Vorschrift des § 494a Abs. 1 ZPO ist weitgehend dem § 926 Abs. 1 ZPO für das Arrest- bzw. einstweilige Verfügungsverfahren nachgebildet.¹⁹⁴ Es handelt sich unter formaler Betrachtung jeweils um zweistufige Antragsverfahren. Doch ergeben sich hier bereits die ersten Unterschiede. Zuständig im Falle des § 494a ZPO ist der Richter und nicht, wie in dem des § 926 ZPO, der Rechtspfleger.¹⁹⁵ Bei § 926 ZPO gibt es ausdrücklich einen Streitgegenstand, der mit dem im Hauptsacheverfahren geltend gemachten vergleichbar ist. Die unsichere Zuordnung des Beweisgegenstandes im selbständigen Beweisverfahren zu einem Streitgegenstand im Hauptsacheverfahren lässt hingegen diese Eindeutigkeit

¹⁹² BT-Drucks. 11/8283, S. 48.

¹⁹³ Soweit es heißt: „Die Formulierung erfasst auch die Fälle, in denen die Klage zurückgenommen ... worden ist“ (s. BT-Drucks. 11/8283, S. 48), findet diese Auffassung nach einhelliger Ansicht im Wortlaut des § 494a ZPO keinen hinreichenden Ausdruck mehr; vgl. BGH, Beschluss vom 13.12.2006 – XII ZB 176/03, NJW 2007, 1279 (1280). Außerdem sollte es sich bei der Klagerücknahme wohl eher um eine gemeinte Antragsrücknahme handeln.

¹⁹⁴ Schreiber, NJW 1991, 2600 (2602); Hansens, NJW 1991, 953 (958).

¹⁹⁵ Die Zuständigkeit des Rechtspflegers für die Anordnung nach § 926 Abs. 1 ZPO, dass die Partei, welche einen Arrestbefehl erwirkt hat, binnen einer zu bestimmenden Frist Klage zu erheben hat, ergibt sich aus §§ 3 Nr. 3 i.V.m. 20 Nr. 14 RPflG.



vermissen. Zudem ist eine Parallele zu § 926 ZPO deshalb nicht zu ziehen, weil in § 926 Abs. 2 ZPO andere Rechtsfolgen als in § 494a Abs. 2 ZPO angeordnet werden. Der Umstand, dass nach § 494a ZPO erst über die Kosten des selbständigen Beweisverfahrens entschieden werden kann, wenn der Antragsteller des Verfahrens eine vom Gericht gesetzte Frist zur Klageerhebung nicht wahrgenommen hat, zieht nämlich nur die Kostenfolge des § 494a ZPO nach sich und unterscheidet sich dadurch wesentlich von der entsprechenden Regelung des § 926 ZPO, bei der gem. Absatz 2 das Unterlassen der Klageerhebung zur Aufhebung des Arrests durch Endurteil führt. Die Konsequenz, die sich aus der nicht fristgemäß erhobenen Klage ergibt, ist daher im Fall des § 494a Abs. 2 ZPO weit weniger schwerwiegend als im Fall des § 926 Abs. 2 ZPO.¹⁹⁶ Ferner dient das selbständige Beweisverfahren ganz allgemein der Vorbereitung oder Vermeidung des Erkenntnisverfahrens, während die einstweilige Verfügung die Zwangsvollstreckung eines noch zuzuerkennenden Anspruchs sichern will. Der Erlass einer einstweiligen Verfügung setzt dabei voraus, dass der Antragsteller neben dem Verfügungsgrund auch einen materiell-rechtlichen Individualanspruch schlüssig behauptet.¹⁹⁷ Hingegen geht es bei § 485 ZPO um die Erhaltung der Beweisbarkeit von Tatsachen, die für die Bestätigung eines potenziellen Anspruchs benötigt werden. Die Norm des § 926 ZPO steht in innerem Zusammenhang mit der Eilentscheidung und deren fehlender materieller Rechtskraft. Zudem bietet die einstweilige Verfügung kein alternatives Verfahren, wenn es darum geht, einen gegenwärtigen Zustand durch bestimmte Beweismittel festzustellen. Aufgrund der im Kern mangelnden Vergleichbarkeit der beiden Vorschriften erscheint eine Beschränkung des prozessualen Kostenerstattungsanspruchs auf § 494a ZPO nicht geboten.

III. Kritische Würdigung des Regelungsgehalts

Den Hauptanwendungsbereich des § 494a ZPO bilden die Fälle, in denen die vom Antragsteller unter Beweis gestellten Behauptungen vom Sachverständigen nicht bestätigt wurden und er deshalb, nach Beendigung des Beweisverfahrens, die Klageerhebung unterlässt.

Das Hauptproblem der Kostenerstattung im selbständigen Beweisverfahren besteht nun darin, dass dem Antragsteller bei tatsächlich nicht durchgeführter Beweisaufnahme

¹⁹⁶ Siegburg, in FS für Mantscheff, S. 405 (409); Schreiber, NJW 1991, 2600 (2602).

¹⁹⁷ OLG Köln, Urteil vom 29.05.1995 – 18 W 16/95, VersR 1996, 733.

weder gem. § 494a Abs. 1 ZPO eine Frist zur Klageerhebung gesetzt werden kann noch dem Antragsteller gem. § 494a Abs. 2 ZPO nach ergebnislosem Fristablauf die dem Gegner entstandenen Kosten auferlegt werden können. Das liegt unter anderem auch daran, dass eine nicht beendete angeordnete Beweiserhebung als solche nicht mehr gem. § 493 Abs. 1 ZPO in einen nachfolgenden Hauptprozess einbezogen werden kann. Wenn nur § 494a ZPO als prozessuale Kostenerstattungsmöglichkeit zugunsten des Antragsgegners zur Verfügung stände, könnte es der Antragsteller in der Hand haben, das Beweisverfahren bewusst nicht zu Ende zu führen und so einer entsprechenden Kostenbelastung zu entgehen. Hier fehlt es an einer ausdrücklichen Regelung.

Ein materiell-rechtlicher Kostenerstattungsanspruch steht dem Antragsgegner nur in seltenen Fällen zu. Das Zulassen von „isolierten“ Kostenentscheidungen ist zur Erfüllung des Sinns und Zwecks des § 494a ZPO und deshalb auch des selbständigen Beweisverfahrens unabdingbar. Auch das Fördern eines Vergleichs noch im selbständigen Beweisverfahren gem. § 492 Abs. 3 ZPO lässt diesen Schluss zu.

Dass § 494a ZPO nicht alle erdenklichen Konstellationen erfasst, die sich aus dem selbständigen Beweisverfahren ergeben, ist nicht schädlich; dies muss diese Vorschrift im Ergebnis auch gar nicht. Der Gesetzgeber hat andere Fälle durch die Einführung des § 494a ZPO nicht zwangsläufig ausschließen wollen; andere Überlegungen entbehren jedweder Grundlage. Auch dass die gesetzlichen Möglichkeiten vom Gesetzgeber nicht erweitert wurden, heißt nicht, dass es bei einer alleinigen Anwendungsmöglichkeit zur prozessualen Kostenerstattung bleiben muss.¹⁹⁸ Würde zudem eine eindeutige Kostenregelung für das selbständige Beweisverfahren bezweckt, würde dies auch auf eine Überprüfung der materiell-rechtlichen Sachfragen mit der Konsequenz einer mit dem Hauptsacheverfahren vergleichbaren Situation hinauslaufen. Das selbständige Beweisverfahren soll indes vielmehr in einem Atemzug mit den vorgerichtlichen Verfahren behandelt werden. Deshalb kann es auch nicht durch eine Kostenentscheidung abgeschlossen werden. Wäre es dem Gericht der Hauptsache möglich, die Kostenregelung des selbständigen Beweisverfahrens aufzuheben, müsste es nach billigem Ermessen entscheiden, was wiederum im Ergebnis den kompletten Rahmen des als Vorschaltverfahren gedachten selbständigen Beweisverfahrens sprengen würde. Es soll bei der vom BGH vorgegebenen Tendenz der restriktiven Handhabung von Kostenentscheidungen im selbständigen Beweisverfahren verbleiben.

¹⁹⁸ Offen gelassen in BGH, Beschluss vom 09.05.2007 – IV ZB 26/06, BauR 2007, 1446 (1447).

Des Weiteren ist darauf hinzuweisen, dass § 494a ZPO mit seiner gesetzlichen Anordnung den Antragsgegner zwar begünstigt, ihn aber auch zu etwas zwingt, was er unter Umständen gar nicht will, nämlich den Antragsteller zu einer Hauptsacheklage auffordern zu lassen. Es widerspricht wirtschaftlichem Denken, in einem Verfahren, das gerade auf die Entlastung der Gerichte abzielt und eine außergerichtliche Streitbeilegung fördern soll, eine Kostenerstattung nach § 494a ZPO nur zu gewähren, wenn der Antragsgegner den Antragsteller vorher zur Klageerhebung verpflichtet hat.¹⁹⁹ Sofern die Mängel im selbständigen Beweisverfahren nicht durch den Sachverständigen festgestellt werden, ergibt sich die vor allem für den „laienhaften“ Antragsgegner paradoxe Situation, sich unter Umständen auf eigenen, bei Gericht eingereichten Antrag hin verklagen zu lassen, um die eigenen Kosten wiederzuerlangen. Falls der Antragsgegner dann später im Hauptsacheverfahren, welches der Antragsteller unter Umständen aufgrund des schlechten Beweisergebnisses gar nicht geführt hätte, teilweise unterliegt, muss er auch die anteiligen Kosten, also auch die des selbständigen Beweisverfahrens, tragen. Doch ist diese Konstellation des § 494a ZPO in der Zivilprozessordnung nichts Außergewöhnliches. Das Risiko des Unterliegens trifft jeden, der einen Rechtsstreit anstrebt. So ergibt sich etwa aus der Konstellation der Widerklage, dass der Widerbeklagte als vorheriger Kläger den Prozess verlieren kann.

Einseitig und möglicherweise ungerecht erscheint die Tatsache, dass im selbständigen Beweisverfahren nur der Antragsgegner begünstigt werden soll, obwohl der anteilig höhere Kostenanteil auf Seiten des Antragstellers liegt. Er hat die weitaus höheren Sachverständigenkosten zu tragen, während auf Seiten des Antragsgegners zumeist nur die Rechtsanwaltsgebühren anfallen. Wenn jedoch der vermeintliche Schuldner gegenüber dem Mängel behauptenden mutmaßlichen Gläubiger ein selbständiges Beweisverfahren einleitet, in dem geklärt werden soll, dass die behaupteten Zustände nicht bestehen, kann er folglich seine Kosten auch nicht über eine analoge Anwendung des § 494a ZPO wiedererlangen.

Wie im vierten Kapitel eingehend dargestellt wird, muss dem Antragsgegner die Möglichkeit der prozessualen Kostenerstattung gewahrt bleiben, und zwar gerade in den Fällen, in denen das selbständige Beweisverfahren nicht zu Ende geführt wurde. Obgleich die Regelung des § 494a ZPO nicht abschließend für die Fälle sein kann, in denen die Beweiserhebung nicht beendet ist, sind der Grundgedanke und die daraus

¹⁹⁹ Cuypers, MDR 2004, 244 (248).

resultierende Regelung sinnvoll. Es besteht kein Bedürfnis, das selbständige Beweisverfahren kostenrechtlich neu zu regeln.

B. Anordnung der Klageerhebung

Die Anordnung der Klageerhebung gem. § 494a Abs.1 ZPO binnen einer genau zu bestimmenden Frist trifft der Richter, der die selbständige Beweiserhebung angeordnet hatte, ohne mündliche Verhandlung nach vorherigem rechtlichen Gehör. Voraussetzung der gerichtlichen Anordnung ist die Beendigung des Beweisverfahrens und der förmliche Antrag, dem Antragsteller fristgebundene Klageeinreichung aufzugeben. Stellt der Antragsgegner den förmlichen Antrag auf Erhebung einer Klage erst dann, wenn der etwaige Anspruch des Antragstellers verjährt ist, handelt er rechtsmissbräuchlich.²⁰⁰

Der Fristsetzungsantrag nach § 494a Abs.1 ZPO selbst ist nicht fristgebunden. Welchen Gegenstand die künftige Klage des Antragstellers des Beweisverfahrens nun haben muss, lässt das Gesetz offen. Das Epitheton „zur Hauptsache“ gibt keine klaren Vorgaben. Für den Antragsgegner ist dies freilich unerheblich und nur für die Frage entscheidend, ob das Gericht eine bestimmte Anordnung dahingehend treffen muss, welchen Inhalt die zu erhebende Klage haben muss.²⁰¹

Ein Beschluss nach § 494a Abs. 2 ZPO wird ebenfalls nur auf Antrag des Antragsgegners durch das Gericht ausgesprochen. Dem Gericht steht insoweit kein Ermessen zu; es ist verpflichtet, dem Antragsteller die Kosten aufzuerlegen. Es handelt sich bei § 494a ZPO damit um ein doppeltes Antragserfordernis zur Kostenerstattung, wobei beide Anträge gleichzeitig gestellt werden können, § 494a Abs. 2 ZPO unter einer aufschiebenden Bedingung.²⁰² Diese in der Praxis gängige Variante ist möglich, weil der Fortgang des Verfahrens von keinem Ereignis außerhalb des Verfahrens abhängig gemacht wird. Ein zu formales Abstellen auf den Wortlaut verbietet sich, da nach der Gesetzesformulierung die verstrichene Frist nur Voraussetzung für eine Kostenentscheidung und nicht für den Antrag ist. Außerdem können so alle notwendigen Anträge in einem Schriftsatz zusammengefasst werden, was neben dem Interesse des Antragsgegners auch der Verfahrensbeschleunigung dient.

²⁰⁰ BGH Beschluss vom 14.01.2010- VII ZB 56/07, NJW 2010, 1460.

²⁰¹ Huber, in Musielak, ZPO, § 494a, Rn. 3; entgegen OLG Düsseldorf, Beschluss vom 09.09.1994 – 21 W 36/94, BauR 1995, 279 (280).

²⁰² Hartmann, in Baumbach, ZPO, § 494a, Rn. 14.



I. Antragsberechtigte

1. Antragsgegner

Der Antrag auf Fristsetzung zur Klageerhebung nach § 494a Abs. 1 ZPO wird vom Antragsgegner gestellt. Als Antragsgegner ist jeder Gegner des selbständigen Beweisverfahrens berechtigt, hingegen nicht der Vertreter eines unbekanntem Gegners. Der Antrag kann auch vom Insolvenzverwalter gestellt werden, wenn über das Vermögen des Antragsgegners im selbständigen Beweisverfahren das Insolvenzverfahren eröffnet ist.²⁰³ Nur ihn betreffen die schutzwürdigen Interessen des § 494a ZPO, nur er kann im selbständigen Beweisverfahren so gestellt werden, als habe er obsiegt. Auch bleibt es ihm unbenommen, einen Dritten zu einem Antragsgegner zu machen. Bei mehreren Antragsgegnern muss jeder den Antrag einzeln stellen, wenn er die Wirkungen des § 494a Abs. 2 S. 1 ZPO erzielen will. Ergeht die Anordnung nur auf Antrag eines einzelnen Antragsgegners, so kann auch nur dieser bei Unterbleiben der Klageerhebung eine Kostenentscheidung nach § 494a Abs. 2 S. 1 ZPO erlangen.²⁰⁴ Der Antrag nach § 494a Abs. 1 ZPO kann sich aber auch gegen den „früheren“ Antragsgegner richten, sofern er einen Gegenantrag gestellt oder ein eigenes selbständiges Beweisverfahren eingeleitet hatte, er insofern selbst Antragsteller und Kostenschuldner geworden ist.²⁰⁵

2. Streithelfer

Der Streithelfer des Antragsgegners ist zu Anträgen berechtigt, die dem Antragsgegner zustehen. Die Zielrichtung des Antrags bezieht sich allerdings darauf, dass der Antragsteller Hauptsacheklage gegen den Antragsgegner zu erheben hat.²⁰⁶ Nur solch eine Klage wäre Voraussetzung für eine Entscheidung auch über die Kosten der Streithilfe. Eine ausdehnende Auslegung der Bestimmung des § 494a ZPO derart, dass dem Streithelfer ein weitergehendes Antragsrecht zukäme als dem Antragsgegner, ist

²⁰³ OLG Zweibrücken, Beschluss vom 03.01.2005 – 4 W 142/04, IBR 2005, 1203; LG Dortmund, Beschluss vom 27.11.2006 – 6 OH 9/02, IBR 2007, 1120.

²⁰⁴ OLG Stuttgart, Beschluss vom 09.06.2000 – 13 W 28/00, NJW-RR 2001, 863; Leipold, in Stein/Jonas, ZPO, § 494a, Rn. 9.

²⁰⁵ Huber, in Musielak, ZPO, § 494a, Rn. 2a und § 485, Rn. 6; Groß, Die Kostenentscheidung im selbständigen Beweisverfahren, S. 341 (350). Vgl. Ausführungen im fünften Kapitel, C. I.

²⁰⁶ OLG Nürnberg, Beschluss vom 02.05.2006 – 13 W 985/06, OLGR Nürnberg 2006, 771; OLG Köln, Beschluss vom 29.11.2004 – 22 W 27/04, OLGR Köln 2005, 219; OLG Celle, Beschluss vom 20.06.2003 – 6 W 49/03, OLGR Celle 2003, 354 = NJW-RR 2003, 1509 (1510); OLG Koblenz, Beschluss vom 18.02.2003 – 3 W 97/03, NJW-RR 2003, 880; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 16.07.1999 – 19 W 45/99, NJW-RR 2001, 214; OLG Oldenburg, Beschluss vom 07.07.1994 – 8 W 51/94, NJW-RR 1995, 829 (830); Groß, Die Kostenentscheidung im selbständigen Beweisverfahren, S. 341 (350); Kießling, NJW 2001, 3668; Enaux, Rechtliche Probleme bei der Streitverkündung im selbständigen Beweisverfahren in Bausachen, S. 146 (158).

nicht geboten. Es entspricht Sinn und Zweck der Bestimmung, dem Antragsteller die Kosten des Streithelfers nur dann aufzuerlegen, wenn jener keine Klage gegen den Antragsgegner erhebt.²⁰⁷

Denn ob der Streithelfer aufgrund des Sachverhaltes in Anspruch genommen wird, der Gegenstand des selbständigen Beweisverfahrens war, wird, abgesehen von einer gütlichen Einigung, erst durch einen Rechtsstreit zwischen Antragsteller und Antragsgegner geklärt. Das ergibt sich aus § 67 ZPO, der ein Recht zur Nebenintervention nur gibt, wenn der Nebenintervenient ein rechtliches Interesse daran hat, dass in einem zwischen anderen Personen anhängigen Rechtsstreit die eine Partei obsiegt.²⁰⁸ Für den Fall des Beitritts nach Streitverkündung gilt dabei nichts anderes, s. § 72 ZPO.²⁰⁹

Dass für den Fall der Antragsrücknahme ein Kostenerstattungsanspruch für den Streithelfer anerkannt ist, lässt keine Rückschlüsse auf ein zeitlich vorheriges Ereignis zu. Ist der Streithelfer erst einmal in das Hauptsacheverfahren eingebunden, ergeben sich ganz andere Bewertungskriterien. Deshalb ist es auch unerheblich, dass dem Streitverkündeten das Beweisergebnis entsprechend § 68 Abs. 1 ZPO in einem Hauptprozess entgegeng gehalten werden kann. Dass das Beweisverfahren gegenüber dem Nebenintervenienten denselben Zweck wie gegenüber dem Antragsgegner hat, rechtfertigt keine andere Beurteilung der erforderlichen Parteiidentität, da es ansonsten zu einer unübersichtlichen Schwemme von potenziellen Antragsberechtigten kommen könnte.²¹⁰

Dem Streithelfer bleibt es unbenommen, selbst Klage gegen den Antragsteller zu erheben. Ein materiell-rechtlicher Kostenerstattungsanspruch könnte sich dabei allenfalls aus dem Vertragsverhältnis zu seiner Hauptpartei ergeben. Hat der Antragsgegner einen Antrag nach § 494a Abs. 1 ZPO gestellt und erhebt der Antragsteller nur Klage gegen den Streithelfer, so trifft den Antragsteller die Kostenfolge des § 494a Abs. 2 ZPO wegen unterlassener Klageerhebung gegenüber dem Antragsgegner.²¹¹

²⁰⁷ OLG Nürnberg, Beschluss vom 02.05.2006 – 13 W 985/06, OLGR Nürnberg 2006, 771; OLG Koblenz, Beschluss vom 18.02.2003 – 3 W 97/03, NJW-RR 2003, 880 = BauR 2003, 1269; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 16.07.1999 – 19 W 45/99, BauR 1999, 1210; Leipold, in Stein/Jonas, ZPO, § 494a, Rn. 10; Kießling, NJW 2001, 3668 (3672).

²⁰⁸ OLG Koblenz, Beschluss vom 18.02.2003 – 3 W 97/03, NJW-RR 2003, 880.

²⁰⁹ OLG Oldenburg, Beschluss vom 07.07.1994 – 8 W 51/94, NJW-RR 1995, 829 (830); Jousen, in Ingenstau/Korbian, B § 18 Nr. 4, Rn. 186.

²¹⁰ Anders: KG, Beschluss vom 23.08.2002 – 4 W 219/01, NJW-RR 2003, 133 f.

²¹¹ OLG Köln, Beschluss vom 12.02.2002 – 19 W 7/02, OLGR Köln 2002, 158.



II. Kein Anwaltszwang nach § 78 Abs. 1 ZPO

Das selbstständige Beweisverfahren unterliegt nicht dem Anwaltszwang, soweit es die Antragstellung und Ergänzung der Beweisanträge betrifft. Diese Anträge können gem. §§ 486 Abs. 4, 78 Abs. 3 ZPO unter Befreiung vom Anwaltszwang auch zu Protokoll der Geschäftsstelle erklärt werden. Neben § 486 Abs. 4 ZPO kann auch der Antrag nach § 494a ZPO zu Protokoll der Geschäftsstelle erklärt werden, mit der Folge, dass auch vor den Landgerichten nach § 78 Abs. 3 ZPO insoweit kein Anwaltszwang besteht. Neben Sinn und Zweck des § 494a ZPO muss dies gelten, weil eben „nur“ ein Kostenerstattungsanspruch, also eine Nebenentscheidung, vorbereitet wird.²¹² Es ergeht, anders als im Erkenntnisverfahren, keine Kostenentscheidung von Amts wegen, sondern ähnlich wie bei Klagerücknahme nach § 269 Abs. 3 S. 2 ZPO nur auf Antrag des Gegners.²¹³ Auch nach dieser Vorschrift besteht kein Anwaltszwang für den Kostenantrag. Der Kostenantrag nach § 494a Abs. 2 ZPO kann nicht an strengere Formvorschriften gebunden sein als die Prozesshandlung in der Hauptsache, geschweige denn als die vorhergehenden Anliegen.²¹⁴ Zudem wäre es widersinnig, alle anderen Anträge im Beweisverfahren ohne Anwalt zuzulassen, nur den nach § 494a ZPO nicht. Der Gedanke, dass die Antragstellung nach § 494a ZPO doch dem Anwaltszwang unterliegen soll, da nach dem Vergütungsverzeichnis des RVG auch Gebühren für das selbstständige Beweisverfahren anfallen würden, vermag nicht zu überzeugen. Neben der Verfahrensgebühr, die auf die Verfahrensgebühr eines nachfolgenden Hauptsacheverfahrens anzurechnen ist, kann neben der Terminsgebühr beispielsweise eine Vergleichsgebühr noch im selbstständigen Beweisverfahren anfallen, was weder für noch gegen einen Anwaltszwang spricht. Das systematische Argument, die Regelung über das selbstständige Beweisverfahren stehen im ersten Abschnitt des zweiten Buches der ZPO „Verfahren vor den Landgerichten“, lässt ebenfalls nicht den zwingenden Schluss zu, als dass die Vorschriften des selbstständigen Beweisverfahrens für jedes Gericht gelten. Nach § 486 Abs. 3 ZPO kann der Antrag in dringenden Fällen

²¹² OLG Celle, Beschluss vom 22.02.2002 – 22 W 81/01, OLGR 2002, 129; OLG Jena, Beschluss vom 09.05.1999 – 5 W 271/99, MDR 2000, 783; OLG Schleswig, Beschluss vom 05.12.1999 – 16 W 224/95, BauR 1996, 590; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 07.07.1998 – 5 W 29/98, BauR 1999, 197 = NJW-RR 1999, 509; OLG Stuttgart, Beschluss vom 06.07.1994 – 9 W 12/94, BauR 1995, 135; Huber, in Musielak, ZPO, § 494a, Rn. 2b; Hartmann, in Baumbach, ZPO, § 494a, Rn. 5; Leipold, in Stein/Jonas, ZPO, § 494a, Rn. 11; Hansens, NJW 1991, 953 (958). Für den Kostenantrag nach § 494a Abs. 2 ZPO: OLG München, Beschluss vom 05.08.1999 – 28 W 2177/99, IBR 1999, 604; für den Kostenantrag nach § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO: OLG Frankfurt, Beschluss vom 06.07.1999 – 22 W 59/98, OLGR 1999, 245 = MDR 1999, 1123 (1124), Hartmann, in Baumbach, ZPO, § 494a, Rn. 6 und 14; Weise, Praxis des selbstständigen Beweisverfahrens, Rn. 514.

²¹³ OLG München, Beschluss vom 06.07.1999 – 22 W 59/98, MDR 1223 (1224) = OLGR München 1999, 245.

²¹⁴ Schmitz, BauR 1996, 340.

ausdrücklich bei den Amtsgerichten gestellt werden, in deren Bezirk sich die zu begutachtende Sache befindet.

Trotzdem ist für einen Anwaltszwang goutiert worden, es fehle an einer ausdrücklichen Befreiungsvorschrift.²¹⁵ Aus der Beschlussempfehlung und dem Bericht des Rechtsausschusses²¹⁶ zu dem Gesetzesentwurf der Bundesregierung –Drucksache 11/3621 – sei ausdrücklich im Rahmen der Klarstellung nach § 486 Abs. 4 ZPO auf einen nicht bestehenden Anwaltszwang hingewiesen worden, auf eine Befreiung nach § 494a ZPO dagegen nicht. Es fehle damit an einer mit § 486 Abs. 4 ZPO vergleichbaren Regelung.²¹⁷ Zudem erfolge ein erster Schritt zum Klageverfahren.²¹⁸ Der Hinweis im Gesetzgebungsverfahren auf § 486 Abs. 4 ZPO lässt aber keinen Schluss zu, dass an § 494a ZPO bewusst nicht gedacht wurde. § 486 Abs. 4 ZPO diene zudem nur der Ergänzung. Ein erster Schritt zum Klageverfahren kann noch keine Klageerhebung i.S.d. §§ 253, 261 ZPO sein; dafür lässt sich keine gesetzliche Stütze finden. Anwaltszwang kann damit nicht zwingende Voraussetzung für die Antragstellung nach § 494a ZPO sein.

III. Rechtsschutzbedürfnis

1. Verzicht auf Klageerhebung

Das Ziel der Durchführung eines Hauptsacheverfahrens muss im Einklang mit dem Regelungszweck des § 494a ZPO stehen und mithin ein entsprechendes Rechtsschutzbedürfnis für den Antragsgegner gegeben sein. Der Regelungszweck des § 494a ZPO sieht vor, dem Antragsgegner dann einen Kostenanspruch zu geben, wenn der Antragsteller wegen des für ihn ungünstigen Ausgangs des selbständigen Beweisverfahrens auf eine Hauptsacheklage verzichten will.²¹⁹ Demgemäß kommt die in § 494a Abs. 2 ZPO intendierte Kostenfolge beispielsweise nicht für die Fälle der Hauptsacheerledigung in Betracht, in denen es mit dem Gesetzeszweck unvereinbar und rechtlich unbillig wäre, allein wegen der Nichterhebung der Hauptsacheklage die außergerichtlichen Kosten des Beweisgegners dem Antragsteller aufzuerlegen, wie es beispielsweise bei der Erfüllung der Fall wäre.

²¹⁵ OLG Zweibrücken, Beschluss vom 13.02.1995 – 4 W 6/95, NJW-RR 1996, 573; Reichold, in Thomas/Putzo, ZPO, § 494a, Rn. 1.

²¹⁶ BT-Drucks. 11/8283 S. 12, 47.

²¹⁷ Herget, in Zöller, ZPO, § 494a, Rn. 6 (Umkehrschluss aus § 486 IV).

²¹⁸ OLG Zweibrücken, Beschluss vom 13.02.1995 – 4 W 6/95, NJW-RR 1996, 573 = MDR 1995, 744 (745).

²¹⁹ BGH, Beschluss vom 14.1.2010 - VII ZB 56/07, NJW 2010, 1460.



Wenn der Antragsteller des Beweisverfahrens nach der Beweisaufnahme wegen des eindeutigen Ergebnisses der Beweiserhebung verbindlich erklärt, er verzichte auf die Erhebung der Klage, wird an dieses Absehen von der Klageerhebung die Vermutung geknüpft, dass die Beweissicherung nicht das vom Antragsteller gewünschte Ergebnis gebracht und er den Antragsgegner also zu Unrecht mit dem Beweisverfahren überzogen hat.²²⁰ In diesem Fall ist es daher sachgerecht, ihm die dem Antragsgegner entstandenen Auslagen, wie in der „spiegelbildlichen“²²¹ Folge für den Fall der Erfüllung, in entsprechender Anwendung nach § 494a Abs. 2 ZPO aufzuerlegen.²²²

Entgegen der Ansicht von Groß²²³ kann in dem Fallenlassen der Ansprüche auch die Kostenübernahme durch den Antragsteller gesehen werden. Nach Ansicht des OLG Köln wird ein Erst-Recht-Schluss gezogen;²²⁴ wenn der Antragsteller bereits bei Antragsrücknahme des selbständigen Beweisverfahrens zur Kostenerstattung verpflichtet sei, müsse dies erst recht der Fall sein, wenn er auf die Geltendmachung der Ansprüche im Hauptsacheverfahren verzichte.²²⁵ Der Unterschied besteht nur darin, dass es eines Rückgriffs auf die allgemeinen gesetzlichen Kostenvorschriften nicht bedarf. Eine andere Ansicht würde nur zu einer Vermengung von Fragen der Kostengrundentscheidung, d.h. in Bezug auf die unterlassene Klageerhebung, und der Kostenfestsetzung, d.h. im Hinblick auf die notwendigen Kosten, führen.²²⁶ Dem Antragsteller noch eine ausdrückliche Fristsetzung nach § 494a Abs. 1 ZPO zur Klageerhebung aufzuerlegen, würde eine unnötige Förmerei darstellen, weshalb es auf einen Antrag nach Abs. 1 der Vorschrift nicht ankommt.²²⁷

²²⁰ BGH, Beschluss vom 14.1.2010 - VII ZB 56/07, NJW 2010, 1460 (1461).

²²¹ Herget, in Zöller, ZPO, § 494a, Rn. 4; im Falle der Erfüllung hat der Antragsteller an der Beweiserhebung noch ein Interesse.

²²² OLG München, Beschluss vom 31.07.2000 – 28 W 1961/00, OLGR München 2000, 315; OLG Dresden, Beschluss vom 16.08.1999 – 14 W 733/99, BauR 2000, 137 (138); OLG Karlsruhe, Beschluss vom 15.01.1996 – 4 W 2/96, MDR 1996, 1303; OLG Köln, OLZ 1994, 237; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 18.05.1992 – 6 W 25/92, NJW-RR 1992, 1406; Siegburg, in FS für Mantscheff, S. 405 (413).

²²³ Groß, in FS für Mantscheff, S. 341 (352); so auch Hartmann, in Baumbach/Lauterbach/Hartmann, ZPO, § 494a ZPO, Rn. 13.

²²⁴ OLG Köln, Beschluss vom 09.05.1996 – 19 W 12/96, MDR 1997, 105.

²²⁵ OLG Köln, Beschluss vom 09.05.1996 – 19 W 12/96, MDR 1997, 105; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 15.01.1996 – 4 W 2/96, MDR 1996, 1303; im Ergebnis auch OLG Frankfurt, Beschluss vom 28.12.2001 – 1 W 32/01, OLGR Frankfurt 2002, 120; Herget, in Zöller, ZPO, § 494a, Rn. 4.

²²⁶ Vgl. Herget, in Zöller, ZPO, § 494a, Rn. 4.

²²⁷ OLG Frankfurt, Beschluss vom 15.12.2004 – 9 W 27/04, OLGR 2005, 514; OLG München, Beschluss vom 31.07.2000 – 28 W 1961/00, MDR 2001, 108; OLG Köln, Beschluss vom 09.05.1996 – 19 W 12/96, OLGR 1996, 148; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 15.01.1996 – 4 W 2/96, MDR 1996, 1303; Herget, in Zöller, ZPO, § 494a, Rn. 4; Siegburg, in FS für Mantscheff, S. 405 (413).

2. Vermögensloser Antragsgegner

Verzichtet der Antragsteller auf die Klageerhebung, weil der Antragsgegner in Vermögensverfall geraten ist, ist es dem Antragsteller unzumutbar, eine Klage zu erheben. Es erscheint in diesem Zusammenhang fraglich, ob der Antragsgegner das für einen Antrag gemäß § 494a Abs. 1 ZPO nötige Rechtsschutzinteresse hat. Im Falle der Vermögenslosigkeit des Antragsgegners verzichtet der Antragsteller auf die Klageerhebung, weil ihm selbst ein gewonnener Prozess voraussichtlich keine Kostenerstattung bringen würde.²²⁸ Es verstieße gegen Treu und Glauben, wenn der vermögenslose Antragsgegner berechtigt wäre, arglistig den Antragsteller zu einer wirtschaftlich sinnlosen Klage zwingen zu können.²²⁹ Insoweit sind diese Fälle mit denen der „Erledigung“, gerade bei Erfüllung durch den Antragsgegner, vergleichbar.²³⁰ Nicht gefolgt werden kann der Ansicht des OLG Hamm, demzufolge die Einleitung des selbständigen Beweisverfahrens nicht anders zu werten sei als die sofortige Einleitung des Klageverfahrens. Das OLG führt dazu aus, dass erst die unbedingte Prozessabsicht des Antragstellers das rechtliche Interesse am selbständigen Beweisverfahren begründe. Damit gehe der Antragsteller bewusst das Risiko der unsicheren Realisierung seiner Ansprüche ein, weshalb ein Antrag nach § 494a Abs. 1 ZPO zulässig sei.²³¹ Das Gericht übersieht jedoch, dass das selbständige Beweisverfahren nach § 485 Abs. 2 S. 2 ZPO gerade auf die Vermeidung eines Rechtsstreits gerichtet sein muss und nicht der unbedingte Klagewille nach § 485 Abs. 1 ZPO das Rechtsschutzinteresse für einen Antrag nach § 494a ZPO begründet.

Dem OLG Hamm im Ansatz folgend vertritt das OLG Frankfurt, dass das selbständige Beweisverfahren weder geeignet noch dazu bestimmt sei, die wirtschaftlichen Beweggründe des Antragstellers darauf zu überprüfen, weshalb er von einer Hauptsacheklage absehen wolle. Insofern sei das selbständige Beweisverfahren nicht völlig losgelöst von einem Hauptprozess zu betrachten. Des weiteren verweist das OLG Frankfurt auch darauf, dass dem selbständigen Beweisverfahren über § 494a ZPO bereits ein eigenes Kostenrisiko inne wohne, das von den Erfolgsaussichten des Hauptsacheverfahrens unabhängig sei, so dass die Erfolgsaussichten auf die

²²⁸ OLG Karlsruhe, Beschluss vom 20.08.2003 – 14 W 26/03, BauR 2003, 1931 (1932) = OLGR Karlsruhe 2004, 170 (Entscheidung betraf keinen Fall der Insolvenz); OLG Rostock, Beschluss vom 10.06.1996 – 4 W 81/95, BauR 1997, 169; Siegburg, in FS für Mantscheff, 405 (413).

²²⁹ Vgl. OLG Dresden, Beschluss vom 11.02.1999 – 15 W 1610-98, JurBüro 1999, 594 = NJW-RR 1999, 1516.

²³⁰ Vogel, IBR 2003, 1143.

²³¹ OLG Hamm, Beschluss vom 21.09.2007 – 19 W 24/07, BauR 2007, 2118.



Kostentragungspflicht auch keinerlei Einfluss haben könnten.²³² Dem Antragsgegner würde ansonsten zu einem Kostentitel nach § 494a Abs. 2 ZPO verholten, den er trotz des für ihn ungünstigen Beweisergebnisses in einem Hauptsacheverfahren nicht bekommen würde. Dies ist mit dem Sinn und Zweck der Vorschrift des § 494a ZPO nicht zu vereinbaren.

Keine andere kostenrechtliche Bewertung ist für den Fall anzunehmen, in dem während des selbständigen Beweisverfahrens der Antragsgegner in Insolvenz fällt. Im Falle eines eingeleiteten Insolvenzverfahrens ist der Ansicht des LG Göttingen zwar insoweit zuzusprechen, dass die spätere Eröffnung eines Insolvenzverfahrens des Antragsgegners ein Risiko ist, welches bereits bei Einleitung eines selbständigen Beweisverfahrens immanent ist und sich nur später in der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens realisiert hat.²³³ Doch darf nicht übersehen werden, dass gem. §§ 87, 174 InsO nach Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Antragsgegners eine Hauptsacheklage des Antragstellers unzulässig ist. Es wäre unbillig, wenn das Gericht gegenüber einer Partei die Vornahme einer von vornherein unzulässigen Prozesshandlung anordnen dürfte. Eine Anordnung mit unzulässigem Inhalt kann selbst nicht zulässig sein. Dies wurde vom OLG Frankfurt in seiner o.g. Entscheidung übersehen. Die Fälle der Vermögenslosigkeit und der Insolvenz des Antragsgegners sind damit kostenrechtlich gleich zu behandeln.

Etwas anderes ergibt sich freilich dann, wenn der Antragsteller das selbständige Beweisverfahren gegen einen bekanntermaßen vermögenslosen Antragsgegner einleitet. In diesem Fall soll er auch die Konsequenzen tragen müssen und zu einer Klageerhebung verpflichtet werden können.²³⁴ Das OLG Dresden vertritt hierzu richtigerweise die Ansicht, dass es keinen entsprechenden Rechtssatz gibt, nach dem eventuelle Kostenerstattungsansprüche befriedigt werden können oder nicht.²³⁵ Dem Antragsgegner ist ein Rechtsschutzbedürfnis für die Antragstellung nach § 494a Abs. 1 ZPO zuzusprechen.

²³² OLG Frankfurt, Beschluss vom 23.07.2008 – 1 W 50/08, NJW-RR 2008, 1252 (1253 f.).

²³³ LG Göttingen, Beschluss vom 24.11.1997 – 2 OH 13/95, BauR 1998, 590; so auch: Hartmann, in Baumbach/Lauterbach/Hartmann, ZPO, § 494a, Rn. 11.

²³⁴ OLG Hamm, Beschluss vom 21.09.2007 – 19 W 24/07, BauR 2007, 2118; OLG Dresden, Beschluss vom 16.08.1999 – 14 W 733/99, BauR 2000, 137; Groß, in FS für Mantscheff, S. 341 (353); Jousen, in Ingenstau/Korbian, Rn. 104.

²³⁵ OLG Dresden, Beschluss vom 16.08.1999 – 14 W 733/99, BauR 2000, 137.

IV. Beendigung der Beweiserhebung

Für die Anordnung zur Klageerhebung nach § 494a Abs. 1 ZPO bedarf es nach dessen Wortlaut der „Beendigung der Beweiserhebung“. Dabei spielt die Beendigung des selbständigen Beweisverfahrens gerade mit Blick auf die Gutachtenergänzung durch den Antragsgegner und mit Blick auf die Hemmung der Verjährung eine gewichtige Rolle. Das Gesetz regelt diese Fragen nicht. § 492 Abs. 1 ZPO verweist nur in Bezug auf die Durchführung der Beweiserhebung auf die einschlägigen Regelungen der ZPO, ohne jedoch darüber hinaus konkret die Beendigung des Beweisverfahrens anzusprechen. Die Beendigung tritt durch sachliche Erledigung ein und nicht durch Beschluss des Gerichts.²³⁶ Sachliche Erledigung bedeutet beispielsweise die Übersendung des schriftlichen Gutachtens des selbständigen Beweisverfahrens an das Gericht, sofern weder das Gericht in Ausübung des ihm nach § 411 Abs. 4 S. 2 ZPO eingeräumten Ermessens eine Frist gesetzt hat, noch die Parteien dem Gericht nach Erhalt des Gutachtens innerhalb eines angemessenen Zeitraums Einwendungen dagegen oder das Gutachten betreffende Anträge oder Ergänzungsfragen mitgeteilt haben.²³⁷ Der Beginn der gesetzlichen Frist zur Mitteilung von Einwendungen der Parteien u. a. knüpft damit an die Vorlage des Gutachtens an, zu dem konkrete Einwendungen erhoben oder Fragen gestellt werden. Der Zeitraum richtet sich nach den schutzwürdigen Interessen der Beteiligten und dem Umfang der verfahrensrechtlichen Interessen, §§ 492 Abs. 1, 411 Abs. 4 S. 1 ZPO.²³⁸ Dabei bietet der Umfang des Gutachtens des Sachverständigen ein starkes Indiz für die Bemessung des Zeitraums, innerhalb dessen sich die Partei über die dem Sachverständigen zu stellenden Fragen Klarheit verschaffen muss. Bei überschaubaren Sachverhalten wird dabei die Frist kürzer zu bemessen sein als bei besonders umfangreichen und schwierigen Feststellungen sowie Bewertungen durch den Sachverständigen. Bei sehr einfach gelagertem Sachverhalt ist ein Ergänzungsantrag

²³⁶ BGH, Beschluss vom 20.02.2002 – VIII ZR 228/00, NJW 2002, 1640; OLG Celle, Beschluss vom 29.01.2008 – 14 W 43/07, IBR 2008, 246; OLG Hamm, Beschluss 28.12.2006 – 19 W 21/06, NJW-RR 2007, 600; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 05.12.1995 – 21 U 68 /95, NJW-RR 1996, 1527 (1528).

²³⁷ BGH, Urteil vom 28. Oktober 2010 – VII ZR 172/09, ZfBR 2011, 34; BGH, Beschluss vom 20.02.2002 – VIII ZR 228/00, NJW 2002, 1640 = MDR 2002, 774; auch BGH, 03.12.1992 – VII ZR 87/92, MDR 1993, 979; OLG Celle, Beschluss vom 15.08.2005 – 4 W 165/05, OLGR Celle 2005, 588; OLG Saarbrücken, Beschluss vom 27.10.1999 – 4 W 316/99-45, OLGR 2000, 76; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 27.04.2004 – 5 W 7/04, NZBau 2004, 555; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 05.12.1995 – 21 U 68 /95, NJW-RR 1996, 1527 (1528); OLG Köln, Beschluss vom 24.01.1997 – 1 W 1/97, NJW-RR 1998, 210; Braunschneider, ProZRB 2004, 333 (335); Cuypers, MDR 2004, 244 (246).

²³⁸ BGH, Urteil vom 28. Oktober 2010 – VII ZR 172/09, ZfBR 2011, 34 (35); OLG Düsseldorf, Beschluss vom 06.02.2002 – 5 W 47/01, NJW-RR 2002, 1654 (1655).



nach vier Monaten verspätet.²³⁹ Nach Ansicht des OLG Düsseldorf ist ein Zeitraum von knapp drei Monaten zwischen Übersendung des Gutachtens und Antrag auf Anhörung des Sachverständigen nicht als verspätet anzusehen, wenn der Antragsteller zur Überprüfung des Gutachtens zunächst einen Privatgutachter hinzuzieht.²⁴⁰ Es kann auch eine neue Begutachtung angezeigt sein oder der Sachverständige erneut zu vernehmen sein, wenn die Ergebnisse der bisherigen Beweisaufnahme „ungenügend“ i. S. d. § 412 Abs. 1 ZPO sind, was dann wiederum nicht zur Beendigung führt.²⁴¹ Stellt der Antragsgegner Ergänzungsanträge, ist das selbständige Beweisverfahren ebenfalls nicht beendet, sondern wird fortgeführt. Setzt das Gericht den Parteien eine Frist zur Stellungnahme zum Sachverständigengutachten und zur Stellung der Erläuterungs- bzw. Ergänzungsanträge, dann ist das Verfahren mit Ablauf dieser Frist beendet.²⁴² Dies trägt insofern zur Rechtssicherheit bei, da nur so der Verjährungsablauf klar festgelegt werden kann.

Falls ein Hauptsacheverfahren anhängig ist, ist das selbständige Beweisverfahren mit der Verlesung der mündlichen Aussagen des Zeugen oder Sachverständigen im Termin beendet.²⁴³

V. Fristsetzung zur Klageerhebung

1. Angemessene Fristsetzung

Das Gericht muss dem Antragsteller nach § 494a Abs. 1 ZPO eine angemessene Frist zu dessen Klageerhebung gesetzt haben.²⁴⁴ Die Klagefrist selbst richtet sich nun nach der Kompliziertheit des Sachverhaltes und dem Umfang des Sachverständigengutachtens.²⁴⁵ Bei lediglich technisch zu klärenden Fragen soll eine Frist von zwei Wochen angemessen sein. Bei komplizierten Sachverhalten ist eine Frist von max. zwei Monaten einzuhalten. Sofern die Klage nur nach Bewilligung von Prozesskostenhilfe erhoben werden kann, kann eine Klageerhebungsfrist nach § 494a Abs. 1 ZPO mit 6 Wochen als unangemessen

²³⁹ OLG Köln, Beschluss vom 24.01.1997 – 1 W 1/97, NJW-RR 1998, 210.

²⁴⁰ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 27.04.2004 – 5 W 7/04, BauR 2004, 1978 (1979f.); auch OLG Celle, Beschluss vom 29.01.2008 – 14 W 43/07, IBR 2008, 246.

²⁴¹ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 06.02.2002 – 5 W 47/01, NJW-RR 2002, 1654 (1655).

²⁴² OLG Celle, Beschluss vom 15.08.2005 – 4 W 165/05, OLGR Celle 2005, 588.

²⁴³ OLG Schleswig, Beschluss vom 12.10.2004 – 16 W 116/04, ProzRB 2005, 72.

²⁴⁴ OLG Schleswig, Beschluss vom 05.06.2001 – 16 W 115/01, OLGR 2001, 400; Werner/Pastor, Der Bauprozess, Rn. 130.

²⁴⁵ Kniffka, Das gesetzliche Bauvertragsrecht, § 634a, Rn. 134.

kurz angesetzt worden sein.²⁴⁶ Eine Fristsetzung ist auch dann erforderlich, wenn schon Hauptsacheklage eingereicht ist bzw. die Zustellung dieser unmittelbar bevorsteht, aber der hierfür erforderliche Kostenvorschuss bisher nicht gezahlt wurde.²⁴⁷

2. Verspätete Klageerhebung

Erhebt der Antragsteller nach Ablauf der nach § 494a Abs. 1 ZPO gesetzten Frist, jedoch vor der Entscheidung nach § 494a Abs. 2 ZPO Klage, bleibt kein Raum für eine Kostenfestsetzung nach § 494a Abs. 2 ZPO, da der urteilende Richter auch entgegen der materiellen Rechtslage an eine im selbständigen Beweisverfahren ergangene Entscheidung gebunden wäre.²⁴⁸ Die nach § 494a Abs. 1 ZPO gesetzte Klagefrist ist eingehalten. Ein vom Gericht nach § 494a Abs. 2 ZPO gefasster Beschluss darf nicht mehr mitgeteilt werden.²⁴⁹ Dies entspricht dem Sinn und Zweck des § 494a Abs. 2 ZPO; denn die Kostengrundentscheidung findet ihre Rechtfertigung in der unterbleibenden Erhebung einer Klage in der Hauptsache und knüpft daran an. Dies allein ist der innere Grund für die nach Fristablauf auf Antrag auszusprechenden Kostentragungspflicht.²⁵⁰ Die Klageerhebung gilt erst dann als verspätet, wenn der Beschluss das Gerichtsgebäude verlassen hat.²⁵¹ Diese Auffassung stößt zu Unrecht bei einigen Oberlandesgerichten auf Bedenken. So wird vertreten, dass der Wortlaut des § 494a Abs. 2 S. 1 ZPO dahin ginge, dass zumindest ein Teil der Anordnung aus Abs. 1 die zu bestimmende Frist sei.²⁵² Aus dem Sinn und Zweck der Vorschrift ergebe sich, die wirtschaftlichen Nachteile des Antragsgegners auszugleichen und nicht die Auslegung der Vorschrift zugunsten einer

²⁴⁶ OLG Schleswig, Beschluss vom 05.06.2001 – 16 W 115/01, OLGR 2001, 400.

²⁴⁷ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 18.05.2001 – 22 W 19/01, BauR 2001, 1292.

²⁴⁸ BGH, Beschluss vom 23.08.2007 – VII ZB 79/06, BauR 2007, 1933; BGH, Beschluss vom 28.06.2007 – VII ZB 118/06, BauR 2007, 1606; OLG Köln, Beschluss vom 24.01.2011 – 11 W 90/10, BauR 2011, 1210; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 07.03.2008 – 19 W 4/08, NJW-RR 2008, 1196; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 18.05.2001 – 22 W 19/01, NJW-RR 2002, 427; OLG München, Beschluss vom 05.02.2001 – 1 W 725/01, MDR 2001, 833; OLG Saarbrücken, Beschluss vom 27.10.1999 – 4 W 316/99-45, OLGR 2000, 76; OLG Celle, Beschluss vom 10.11.1995 – 22 W 100/95, OLGR 1996, 23; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 18.05.2001 – 22 W 19/01, BauR 2001, 1292; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21.07.1997 – 21 W 25/97, NJW-RR 1998, 359; OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 04.01.2001 – 24 W 55/00, NJW-RR 2001, 862; Herget, in Zöller, § 494a ZPO, Rn.3.

²⁴⁹ OLG München, Beschluss vom 05.02.2001 – 1 W 725/01, MDR 2001, 833.

²⁵⁰ BGH, Beschluss vom 28.06.2007 – VII ZB 118/06, BauR 2007, 1606 (1607).

²⁵¹ OLG Karlsruhe, Beschluss vom 07.03.2008 – 19 W 4/08, IBR 2008, 488; OLG München, Beschluss vom 05.02.2001 – 1 W 725/01, MDR 2001, 833.

²⁵² OLG Frankfurt, Beschluss vom 04.10.2001 – 24 W 55/00, MDR 2001, 716; Groß, Die Kostenentscheidung im selbständigen Beweisverfahren, S. 341 (353).

formalen Tatsache wie der Fristversäumung.²⁵³ Der Antragsteller dürfe aus einer Untätigkeit des Gerichts durch verspätete Entscheidung keine Vorteile ziehen.²⁵⁴

Eine Anknüpfung an die bloße Fristüberschreitung würde dazu führen, dass der Richter, der über die Hauptsache zu entscheiden hat, auch entgegen der materiellen Rechtslage an eine im Beweisverfahren ergangene Entscheidung gebunden wäre. Dies entspricht gerade nicht dem Sinn und Zweck des Beweisverfahrens. Ist Klage dann erhoben, bietet die Kostengrundentscheidung des Hauptsacheprozesses dem Antragsgegner des selbständigen Beweisverfahrens auch ausreichende Möglichkeiten, einen Vollstreckungstitel für die eigenen Kosten zu erlangen.

Eine klare Abgrenzung zu einer verspäteten Klageerhebung lässt sich über den ergangenen Beschluss treffen. Es besteht insofern Rechtssicherheit. Zudem hat es sich in der Praxis mittlerweile durchgesetzt, dass die nach § 494a ZPO erforderlichen Anträge zeitgleich gestellt werden, so dass der Zeitraum einer „verspäteten“ Klageerhebung von nicht allzu großer praktischer Relevanz sein dürfte.

Abschließend sei darauf hingewiesen, dass die Frist keinesfalls gewahrt ist, wenn die Klage erst nach Erlass der Kostenentscheidung gem. § 494a Abs. 2 ZPO eingereicht wurde.

VI. Klageerhebung

Aus dem Wortlaut des § 494a Abs. 1 ZPO folgt, dass ein Prozess nur Rechtsstreit im Sinne der Vorschrift sein kann, wenn sein Gegenstand durch das vorhergehende selbständige Beweisverfahren behandelt wurde.²⁵⁵ Klage zur Hauptsache i. S. d. § 494a ZPO ist eine solche, in deren Rahmen über die Kosten des selbständigen Beweisverfahrens entschieden werden kann, ganz allgemein die von der verfahrenseinleitenden Partei begehrte Rechtsfolge.²⁵⁶ Der Gegenstand der Klage wird ein Anspruch sein, den das selbständige Beweisverfahren vorbereiten oder abwehren sollte.²⁵⁷ Als Hauptsacheklage genügt beispielsweise die Widerklage in einem vom Antragsgegner des selbständigen Beweisverfahrens begonnenen Rechtsstreit, weil mit der Widerklage ein Gegenanspruch geltend gemacht wird und die Verbindung von Klage und

²⁵³ OLG Frankfurt, Beschluss vom 04.10.2001 – 24 W 55/00, MDR 2001, 716.

²⁵⁴ OLG Frankfurt, Beschluss vom 04.10.2001 – 24 W 55/00, MDR 2001, 716; Groß, Die Kostenentscheidung im selbständigen Beweisverfahren, S. 341 (353).

²⁵⁵ BGH, Beschluss vom 01.07.2004 – V ZB 66/03, MDR 2004, 1325; OLG Köln, Beschluss vom 27.03.2007 – 3 W 75/06, IBR 2007, 405.

²⁵⁶ OLG München, Beschluss vom 25.04.2001 – 28 W 1086/01, NJW-RR 2001, 1580 (1582).

²⁵⁷ OLG Braunschweig, Beschluss vom 11.03.2004 – 8 W 56/03, OLGR Braunschweig 2004, 450.

Widerklage auf einen prozessualen Zusammenhang zurückgeht.²⁵⁸ Einer Klageerhebung innerhalb einer durch das Gericht gem. § 494a Abs. 1 ZPO gesetzten Frist steht des Weiteren die Geltendmachung der betreffenden Forderung im Wege der Aufrechnung im Prozess umgekehrten Rubrums gleich. Vor diesem Hintergrund ist Streitgegenstand des selbständigen Beweisverfahrens nicht nur der unmittelbar mit der Beweisfrage verknüpfte Anspruch des Antragstellers, sondern der gesamte von der Beweisfrage betroffene Rechtsstreit der Parteien, dessen Klärung im Tatsächlichen das Beweisverfahren dient. Hauptsacheverfahren kann beispielsweise auch ein Verfahren der einstweiligen Verfügung hinsichtlich des Hauptsacheanspruchs sein, da nach § 493 Abs. 1 ZPO das Beweisverfahren in derselben Weise in dieses Eingang finden kann wie in das Klageverfahren.²⁵⁹

Darüber hinaus gibt es aber auch eine Fülle von Anwendungsfällen, die der Erhebung einer Klage nicht gleichstehen. Will eine Klage nur den Ansprüchen entgegenwirken, die im Laufe des selbständigen Beweisverfahrens entstanden sind, stellt dies keinen Rechtsstreit i. S. d. § 494a Abs. 1 ZPO dar. Dies ist beispielsweise dann so, wenn der Antragsteller gegen den Antragsgegner auf Feststellung klagt, dass diesem keine Ansprüche aus dem selbständigen Beweisverfahren zustehen.²⁶⁰ Die Klage betrifft hier nicht den Streitgegenstand des selbständigen Beweisverfahrens, da die sich ergebenden Ansprüche zeitlich dem Beweisverfahren nachgelagert sind.²⁶¹ Keine Hauptsacheklage nach § 494a ZPO stellt es ferner dar, wenn der Antragsteller eine Leistungsklage auf Zahlung der ihm im selbständigen Beweisverfahren entstandenen Kosten erhebt, nachdem die Ursache einer Störung als Anlass für das selbständige Beweisverfahren noch vor der Erhebung der Hauptsacheklage behoben wurde.²⁶² Der Antragsteller müsste eine Feststellungsklage erheben, gerichtet darauf, dass der dem selbständigen Beweisverfahren zugrunde liegende Anspruch nicht besteht.²⁶³ Auch stellt es keine Hauptsacheklage dar, wenn der Antragsteller in einem selbständigen Beweisverfahren die Erstattung der in diesem entstandenen Kosten begehrt, also lediglich einen materiell-

²⁵⁸ BGH, Beschluss vom 22.05.2003 – VII ZB 30/02, NJW-RR 2003, 1240 (1241); OLG Saarbrücken, Beschluss vom 12.03.2008 – 4 W 312/07, OLGR Saarbrücken 2008, 534; OLG Köln, Beschluss vom 27.03.2007 – 3 W 75/06, IBR 2007, 405; OLG Frankfurt, Beschluss vom 10.07.2002 – 13 W 38/02, OLGR Frankfurt 2002, 295; Leipold, in Stein/Jonas, ZPO, § 494a, Rn. 22; Braunschneider, ProZR 2004, 333 (336).

²⁵⁹ OLG Koblenz, Beschluss vom 09.12.1994 – 14 W 712/94, JurBüro 1995, 481; entgegen: OLG München, Beschluss vom 09.07.1998 – 11 W 1411/98, NJW-RR 1999, 655.

²⁶⁰ OLG Frankfurt, Beschluss vom 28.12.2001 – 1 W 32/01, OLGR Frankfurt 2002, 120; OLG Braunschweig, Beschluss vom 11.03.2004 – 8 W 56/03, BauR 2004, 1820; Gallois, IBR 2002, 289; Werner/Pastor, Der Bauprozess, Rn. 131.

²⁶¹ BGH, Beschluss vom 01.07.2004 – V ZB 66/03, MDR 2004, 1325.

²⁶² OLG Nürnberg, Beschluss vom 16.12.1992 – 9 W 3615/92, OLGR 1994, 240; Kniffka/Koebler, Teil 13, Rn. 90.

²⁶³ BGH, Beschluss vom 01.07.2004 – V ZB 66/03, MDR 2004, 1325.

rechtlichen Kostenerstattungsanspruch geltend macht.²⁶⁴ Dieser Anspruch ist nicht Gegenstand der Fristsetzung nach § 494a Abs. 1 ZPO, denn die Anerkennung einer Kostenerstattungsklage als Hauptsacheklage würde den Sinn und Zweck des § 494a ZPO konterkarieren. Sofern also die Klage des Antragstellers keine Hauptsacheklage im Sinne des § 494a ZPO ist, steht einer Anwendung des § 494a Abs. 2 ZPO nichts entgegen.

VII. Kostenausspruch

Die Kostenentscheidung nach § 494a Abs. 2 ZPO ist für den Antragsgegner des selbständigen Beweisverfahrens Vollstreckungstitel i. S. d. § 794 Abs. 1 Nr. 3 ZPO.

Hat dieser Titel Bestandskraft erlangt, kann er nicht mehr beseitigt werden. Dass die Kostengrundentscheidung des § 494a ZPO nach schematischer Prüfung erfolgt, begründet dabei keine Annahme der Vorläufigkeit.²⁶⁵ Der Kostenausspruch ist, ähnlich § 344 ZPO, nicht durch eine abweichende Kostengrundentscheidung im Hauptsacheverfahren stillschweigend auflösend bedingt.²⁶⁶ Etwas anderes würde dem Sinn und Zweck der Regelung widersprechen. Gerade abänderbare Kostenentscheidungen führten zu zumindest vorübergehenden Teilkostenentscheidungen, die es zum selbständigen Beweisverfahren nicht gibt. Die Vorläufigkeit der Kostenentscheidung begründete ansonsten Rechtsunsicherheit. Nach dem bisherigen Ergebnis ist eine klare Abgrenzung sich ergebender Kostenentscheidungen möglich und auch dann gegeben, wenn die Klage im Hauptprozess rechtzeitig eingereicht, dann aber wieder zurückgenommen oder als unzulässig abgewiesen wird. Zudem steht gem. § 493 ZPO die Einführung des Beweisergebnisses in weitere Hauptsacheverfahren einer Kostenentscheidung nach § 494a Abs. 2 ZPO nicht entgegen. Es gibt demnach gar keinen Grund die Vorläufigkeit der Entscheidung nach § 494a Abs. 2 ZPO anzunehmen. Unabhängig vom Kostenausspruch und dessen Wirkung ist der Antragsteller nicht gehindert, die ihm angefallenen Kosten des selbständigen Beweisverfahrens als materiell-rechtlichen Schadensersatzanspruch geltend zu machen.

²⁶⁴ BGH, Beschluss vom 01.07.2004 – V ZB 66/03, MDR 2004, 1325 = NJW-RR 2004, 1580 m. w. N.; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 10.01.2006 – I-22 W 36/05, 22 W 36/05, MDR 2006, 1253; OLG Nürnberg, Beschluss vom 16.12.1992 – 9 W 3615/92, OLGZ 1994, 240 (241); OLG Zweibrücken, Beschluss vom 20.08.2001 – 4 W 48/01, MDR 2002, 476; OLG Hamm, Beschluss vom 14.08.1995 – 23 W 369/94, JurBüro 1996, 376.

²⁶⁵ So aber LG Kleve, Beschluss vom 20.03.1997 - 6 T 34/96, NJW – RR 1997, 1356 (1357 f.).

²⁶⁶ Hartmann, in Baumbach, ZPO, § 494a, Rn. 19; Weise, Selbständiges Beweisverfahren im Baurecht, Rn. 524; Sturmberg, Der Beweis im Zivilprozess, Rn. 390.

D. Einreden

I. Primäraufrechnung

1. Unzulässiger Antrag nach § 494a ZPO

Der Aufrechnung im Hauptverfahren liegt oftmals ein typischer Sachverhalt aus dem Baurecht im selbständigen Beweisverfahren zugrunde. Der Auftraggeber lässt im selbständigen Beweisverfahren Mängel feststellen. Nach Abschluss des selbständigen Beweisverfahrens begehrt der Antragsgegner und Auftragnehmer Kostenerstattung nach § 494a ZPO; parallel dazu erhebt er Werklohnklage. In diesem Werklohnprozess wendet der Auftraggeber und Beklagte jene Mängel ein, die Gegenstand des selbständigen Beweisverfahrens gewesen sind. Es gibt demnach Konstellationen, in denen der Antragsteller das selbständige Beweisverfahren zur Verteidigung gegen eine Forderung des Antragsgegners betreibt.

Wenn der Antragsteller keine Hauptsacheklage erhebt, sondern in einem anderen Prozess gegen den Antragsgegner die Aufrechnung mit der Forderung erklärt, die Gegenstand des selbständigen Beweisverfahrens war, wird das selbständige Beweisverfahren nicht zum Zweck der Rechtsverfolgung, sondern zur Rechtsverteidigung in das Hauptsacheverfahren eingeführt. Auch in diesem Fall ist im Sinne einer praxisgerechten Auslegung des § 494a ZPO davon auszugehen, dass die in § 494a Abs.1 ZPO erwähnte „Klage“, deren Nichterhebung im Sinne einer „Nicht-Anhängigkeit“ Tatbestandsvoraussetzung für den Kostenbeschluss nach § 494a Abs. 2 S. 1 ZPO ist, bereits erhoben ist.²⁶⁷

Diese als Ausnahme zu verstehende Ausdehnung des § 494a ZPO verlangt eine klare Bewertung der Voraussetzungen, die an einen Antrag nach Abs. 1 geknüpft werden. Eine Aufrechnung begründet unter anderem keine eigenständige Rechtshängigkeit der zur Aufrechnung gestellten Forderung, sondern es muss über diese mit Rechtskraft mit entschieden werden. Nach § 322 Abs.1 ZPO ergeht das Urteil zwar über den prozessualen Anspruch und nicht über das Verteidigungsmittel. Die Vorschrift des § 322 Abs. 2 ZPO stellt aber eine Ausnahme von dem Grundsatz dar, dass Rechtshängigkeit und Rechtskraft deckungsgleich sein müssen. Deshalb kann eine Sachentscheidung über

²⁶⁷ BGH, Beschluss vom 25.08.2005 – VII ZB 35/04, NJW-RR 2005, 1688; OLG Stuttgart, Beschluss vom 03.01.2007 – 1 W 63/06, BauR 2007, 1098; OLG Köln, Beschluss vom 09.06.1999 – 17 W 241/98, OLGR Köln 1999, 243; OLG Bamberg, Beschluss vom 20.08.2003 – 3 W 47/03, OLGR 2004, 16; OLG Hamm, Beschluss vom 29.07.1997 – 21 W 15/97, OLGR 1997, 299; Ulrich, AnwBl. 2003, 144 (146); Fink, Das selbständige Beweisverfahren in Bausachen, Rn. 453.



die zur Aufrechnung gestellte Gegenforderung in Rechtskraft erwachsen, sofern über sie mitentschieden wurde.²⁶⁸

Der BGH formuliert hier richtigerweise, dass ein berechtigtes Interesse des Antragsgegners an der Antragstellung nach § 494a Abs. 1 ZPO dann fehle, „wenn und solange“ über die zur Aufrechnung gestellte Forderung noch mitentschieden werden könne.²⁶⁹ Komme es nicht zu einer rechtskräftigen Entscheidung i.S.d. § 322 Abs. 2 ZPO über die Aufrechnungsforderung, stehe der Weg über § 494a Abs. 1 ZPO und die dann mögliche Kostengrundentscheidung nach § 494a Abs. 2 ZPO wieder offen; über die Kosten des Beweisverfahrens sei entsprechend nicht mehr im Hauptsacheverfahren zu entscheiden.²⁷⁰

Der Begriff des Rechtsstreits i.S.d. § 494a Abs. 1 ZPO ist der gesamte von der Beweisfrage betroffene Rechtsstreit, dessen Klärung im Tatsächlichen das selbständige Beweisverfahren dient.²⁷¹ Dabei müssen auch die Ansprüche der Gegenseite mit einbezogen werden können, gegen die sich der Antragsteller wehrt. Denn das Beweisthema eines selbständigen Beweisverfahrens umfasst alle denkbaren Ansprüche, die sich nach dem Vortrag des Antragstellers mithilfe des zu sichernden Beweises durchsetzen oder abwehren lassen können.²⁷²

Nach Ansicht einiger Oberlandesgerichte steht die nur mögliche Entscheidung mit Blick auf die Rechtskraft der klaren Bewertung des Begriffs der Klageerhebung entgegen.²⁷³ Die Aufrechnung mit einem Gegenanspruch habe nur eingeschränkte Rechtskraftwirkung. Dass über den zur Aufrechnung gestellten Gegenanspruch immer mit Rechtskraftwirkung entschieden werde, stehe dabei zudem nicht gleich fest und

²⁶⁸ Groß, in FS für Mantscheff, S. 341 (345).

²⁶⁹ BGH, Beschluss vom 25.08.2005 – VII ZB 35/04, NJW-RR 2005, 1688; auch OLG Karlsruhe, Beschluss vom 07.03.2008 – 19 W 4/08, IBR 2008, 488; OLG Frankfurt, Beschluss vom 01.08.2003 – 19 W 29/03, NJW-RR 2004, 70 (71); im Ergebnis auch OLG Nürnberg, Beschluss vom 08.11.1999 – 13 W 2637/99, BauR 2000, 442; OLG Hamm, Beschluss vom 29.07.1997 – 21 W 15/97, OLGR 1997, 299; LG Aachen, Beschluss vom 25.04.2001 – 6 T 45/01, BauR 2001, 1292 (verneint jedoch die Gleichstellung der Aufrechnung mit der Klageerhebung); Herget, in Zöller, ZPO, § 494a, Rn. 2; Leipold, in Stein/Jonas, ZPO, § 494a, Rn. 8; Herget, MDR 1991, 314 (315).

²⁷⁰ BGH, Beschluss vom 25.08.2005 – VII ZB 35/04, NJW-RR 2005, 1688 (1689); OLG Hamm, Beschluss vom 14.08.1995 – 23 W 369/94, JurBüro 1996, 376; OLG Hamburg, Beschluss vom 13.07.1990 – 8 W 183/90, JurBüro 1990, 1470; Herget, in Zöller, § 91, Rn. 13 „Selbständiges Beweisverfahren“.

²⁷¹ OLG Köln, Beschluss vom 27.03.2007 – 3 W 75/06, IBR 2007, 405; OLG Braunschweig, Beschluss vom 11.03.2004 – 8 W 56/03, OLGR Braunschweig 2004, 450; OLG Koblenz, Beschluss vom 03.12.1980 – 14 W 503/80, JurBüro 1981, 1070.

²⁷² BGH, Beschluss vom 25.08.2005 – VII ZB 35/04, NJW-RR 2005, 1688.

²⁷³ OLG Dresden, Urteil vom 25.07.2002 – 7 U 330/02, BauR 2003, 761 = NJW-RR 2003, 305 (306); OLG Köln, Beschluss vom 16.09.1996 – 11 W 52/96, BauR 1997, 517 (518); OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12.10.1993 – 10 W 117/93, BauR 1994, 278 = MDR 1994, 201; LG Aachen, Beschluss vom 01.08.2001 – 2 T 91/01, BauR 2002, 351 (352); Joussem, in Ingenstau/Korbian, B § 18 Nr. 4, Rn. 186 (im Prozess umgekehrten Rubrums); Luz, Kosten im selbständigen Beweisverfahren, S. 264.

könne deshalb zu Rechtsunsicherheiten führen.²⁷⁴ Immerhin sei es möglich, dass das erkennende Gericht ein klageabweisendes Urteil verkünde, ohne auf die Begründetheit der zur Aufrechnung gestellten Gegenforderung eingegangen zu sein.²⁷⁵ Auch liege begrifflich keine Klageerhebung i. S. d. § 494a ZPO vor; eine Hauptsacheklage i. S. des § 494a ZPO sei nämlich nur eine der Zielrichtung des Beweisverfahrens entsprechende Klage.²⁷⁶ Es entspreche nicht der Zielrichtung des Beweisverfahrens, ein Verteidigungsmittel wie die Aufrechnung mit der Erhebung einer Gewährleistungsklage gleichzustellen.²⁷⁷ Das gesetzgeberische Ziel, eine einfache Titulierung des Kostenerstattungsanspruchs aus dem Beweisverfahren zu ermöglichen und insofern klare Verhältnisse zu schaffen, würde durch diese Gleichstellung der Aufrechnung mit einer Hauptsacheklage nicht mehr gewährleistet. Die stattdessen geltende Beschränkung der prozessualen Geltendmachung auf eine „Klage“ i. S. d. § 494a ZPO habe auch einen sachlichen Grund. Denn nur im Falle einer klageweisen Geltendmachung des Ergebnisses aus dem selbständigen Beweisverfahren im Hauptsacheprozess gehöre dieses von vornherein zum Streitgegenstand des Prozesses und einer möglichen rechtskräftigen Entscheidung.²⁷⁸ In diesem Zusammenhang sei maßgeblich auf das Interesse des Antragsgegners an einer alsbaldigen Klärung eines eventuellen Kostenerstattungsanspruchs gegen den Antragsteller nach § 494a ZPO abzustellen.²⁷⁹ Dem Interesse des Antragsgegners laufe es aber zuwider, wenn er nicht sicher sein könne, ob über die Forderung aus dem selbständigen Beweisverfahren im Hauptsacheverfahren entschieden werde und sich die materielle Rechtskraft gem. § 322 Abs. 2 ZPO deshalb auf diese zur Aufrechnung gestellte Forderung erstrecke.²⁸⁰

Vorzuziehen ist trotz der zuletzt genannten Argumente die Überlegung, dass eine Hauptsacheklage i. S. d. § 494a ZPO nicht nur eine die mit derselben Zielrichtung verbundene Klage ist. Es soll nicht nur die Einklagung desjenigen Anspruchs erfasst sein,

²⁷⁴ OLG Köln, Beschluss vom 16.09.1996 – 11 W 52/96, NJW-RR 1997, 1295; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12.10.1993 – 10 W 117/93, MDR 1994, 201; Wielgoss, JurBüro 1999, 125.

²⁷⁵ OLG Dresden, Urteil vom 25.07.2002 – 7 U 330/02, BauR 2003, 761 (762); OLG Köln, Beschluss vom 16.09.1996 – 11 W 52/96, BauR 1997, 517 (518); OLG Köln, Beschluss vom 09.06.1999 – 17 W 241/98, OLGR 1999, 323.

²⁷⁶ OLG Dresden, Urteil vom 25.07.2002 – 7 U 330/02, BauR 2003, 761 (762); OLG Köln, Beschluss vom 16.09.1996 – 11 W 52/96, OLGR Köln 1997, 67; AG Stuttgart-Bad Cannstatt, Beschluss vom 02.09.1998 – 7 H 166/-96, NJW-RR 1999, 1370.

²⁷⁷ OLG Köln, Beschluss vom 16.09.1996 – 11 W 52/96, BauR 1997, 517 (518).

²⁷⁸ LG Aachen, Beschluss vom 01.08.2001 – 2 T 91/01, BauR 2002, 351 (352).

²⁷⁹ OLG Dresden, Urteil vom 25.07.2002 – 7 U 330/02, BauR 2003, 761 (762); OLG Köln, Beschluss vom 16.09.1996 – 11 W 52/96, NJW-RR 1997, 1295; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12.10.1993 – 10 W 117/93, MDR 1994, 201; Wielgoss, JurBüro 1999, 125; Leopold, in Stein/Jonas, ZPO, § 494a, Rn. 16; Herget, in Zöllner, ZPO, § 494a, Rn. 2.

²⁸⁰ OLG Dresden, Urteil vom 25.7.2002 – 7 U 330/02, BauR 2003, 761 (762); OLG Köln, Beschluss vom 16.09.1996 – 11 W 52/96, NJW-RR 1997, 1295; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12.10.1993 – 10 W 117/93, MDR 1994, 201; Wielgoss, JurBüro 1999, 125.

zu dessen Vorbereitung oder Abwehr selbständig Beweis erhoben worden war, sondern überhaupt ein in das Hauptsacheverfahren eingeführter Gegenstand des selbständigen Beweisverfahrens. Es widerspräche ansonsten dem Grundsatz der Einheitlichkeit der Kostenentscheidung und der Prozessökonomie, über einen Teil der Kosten vorweg im Rahmen des selbständigen Beweisverfahrens zu entscheiden, obwohl noch eine einheitliche Kostenentscheidung im Hauptsacheverfahren ergehen kann, in die das Obsiegen bzw. Unterliegen des Antragstellers mit seinen Gegenansprüchen einfließt. Wenn der Antragsteller Klage erheben müsste, um der Kostenfolge des § 494a Abs. 2 ZPO zu entgehen, würde dieses Hauptsacheverfahren parallel zu dem vom Antragsgegner des selbständigen Beweisverfahrens angestregten weiteren Hauptsacheverfahren umgekehrten Rubrums laufen. In diesem Fall bestände die Gefahr widersprüchlicher Entscheidungen. Die Gegenauffassung müsste sich mit dem Problem beschäftigen, wie die gegebenenfalls bereits erstatteten Kosten dann in dem Hauptsacheprozess zurückverlangt werden können. Die Zulässigkeit einer Antragstellung nach § 494a Abs. 1 ZPO kann auch nicht mit dem Argument über den Sinn und Zweck dieser Regelung begründet werden. Denn § 494a ZPO sanktioniert gerade die unterlassene Klageerhebung, von der im vorliegenden Fall keine Rede sein kann. Hat der Antragsteller bereits durch Aufrechnung dafür Sorge getragen, dass seine Ansprüche in einen Rechtsstreit eingebunden sind, ist es nur sachgerecht, ihn nicht noch zudem zu einer Klageerhebung zu zwingen.

Auch ist ein Abwarten der Entscheidung zumutbar. Das durch § 494a ZPO geschützte Kosteninteresse des Antragsgegners wird dadurch, dass ihm eine Kostenentscheidung nach dieser Vorschrift verwehrt und er auf die Kostenentscheidung im Hauptsacheprozess verwiesen wird, nicht unzumutbar beeinträchtigt.²⁸¹ Es bleibt sachgerecht, die Klageerhebung i.S.d. § 494a ZPO der Aufrechnung gleichzustellen, wenn der Antragsteller in einem Passivprozess gegen den Antragsgegner mit Ansprüchen aufrechnet, die ihre tatsächliche Grundlage im Ergebnis des Beweisverfahrens haben. Dem Antragsgegner fehlt das Rechtsschutzbedürfnis zur weiteren Antragstellung nach § 494a Abs. 1 ZPO, soweit und solange über die Aufrechnung im Hauptsacheverfahren noch mitentschieden werden kann. Erfolgt über die Aufrechnungsposition keine Entscheidung, etwa weil bereits die Aktivforderung verneint wird, entfällt die zeitliche Einschränkung, so dass dann dem vormaligen Antragsgegner wieder der Weg über § 494a ZPO eröffnet sein wird. Rechtsunsicherheiten sind insofern nicht gegeben.

²⁸¹ Vgl. BGH, Beschluss vom 21.10.2004 – V ZB 28/04, BauR 2004, 1485 (1487).

Unabhängig davon bleibt natürlich die Möglichkeit, einen materiell-rechtlichen Erstattungsanspruch geltend zu machen.

2. Aufrechnung des Antragsgegners

Erklärt der Antragsgegner die Aufrechnung mit einer durch das selbständige Beweisverfahren geklärten Forderung, kann ebenso keine selbständige Kostenentscheidung ergehen.²⁸² Vielmehr führen auch hier die vertauschten Parteirollen bei Identität der Streitgegenstände und der Parteien dazu, dass die Kosten des selbständigen Beweisverfahrens im Hauptsacheverfahren festgesetzt werden.

II. Hilfsaufrechnung

Auch bei der Hilfsaufrechnung ist zu erwägen, dass, um die Kosten des selbständigen Beweisverfahrens als im Hauptprozess erstattungsfähig i. S. d. § 91 Abs. 1 ZPO anerkennen zu können, über die Aufrechnungsforderung eine der materiellen Rechtskraft fähige Entscheidung ergehen muss. Gerade bei der Hilfsaufrechnung sind Fälle denkbar, in denen die Gewährleistungsansprüche nur teilweise zur Aufrechnung gestellt werden, weil wegen der deutlich niedrigeren Hauptforderung von vornherein nur eine Entscheidung über einen Teil der Ansprüche zu erwarten ist, die Aufrechnung nur nachrangig erklärt wird und zumindest wahrscheinlich ist, dass sie nicht durchgreift. So hat beispielsweise das OLG Koblenz die Zugehörigkeit der Kosten des selbständigen Beweisverfahrens zum Rechtsstreit in dem Fall verneint, in dem eine Werklohnklage mangels Fälligkeit abgewiesen wurde, weil sich der Bauherr gegen die Werklohnforderung in erster Linie mit deren fehlender Fälligkeit wegen ausstehender Baufertigstellung verteidigte und nur hilfsweise die Baumängel einwendete, welche Gegenstand eines Beweisverfahrens waren.²⁸³

Auch hier stellt sich die Frage, ob die vom BGH²⁸⁴ entwickelte Ratio zur Primäraufrechnung gleichfalls auf die Fälle der Hilfsaufrechnung anwendbar ist. Sofern dem Erfordernis der Identität der Streitgegenstände und der Parteien entsprochen ist, muss es auch in diesem Fall dem Antragsgegner zugemutet werden können, auf eine

²⁸² Kniffka/Koebele, Kompendium des Baurechts, 1 Teil, Rn. 160; entgegen: LG Göttingen, Beschluss vom 24.11.1997 – 2 OH 13/95, BauR 1998, 590.

²⁸³ OLG Koblenz, Beschluss vom 25.05.1993 – 14 W 237/93, JurBüro 1994, 626.

²⁸⁴ BGH, Beschluss vom 25.08.2005 – VII ZB 35/04, NJW-RR 2005, 1688 f..



abschließende Entscheidung im Hauptsacheverfahren zu warten, wenn und solange über die zur hilfsweise Aufrechnung gestellte Forderung noch im Hauptsacheverfahren mitentschieden werden kann. Auch bei der hilfsweisen Aufrechnung verzichtet der Antragsteller nicht auf die Klageerhebung, weshalb dem Erfordernis aus § 494a Abs. 1 ZPO entsprochen ist.²⁸⁵

Das Erfordernis der nach § 322 Abs. 2 ZPO eintretenden Rechtskraftwirkung wird indessen nicht erfüllt, wenn die Klage trotz streitiger Gegenforderung abgewiesen wird, weil sie z. B. nicht schlüssig war oder weil der klagebegründende Sachverhalt nicht bewiesen werden konnte oder auch, wenn die Aufrechnung selbst für unzulässig erklärt wird. Dann ist die Festsetzung der Beweissicherungskosten als Kosten des entschiedenen Rechtsstreits nicht möglich.²⁸⁶ Insofern ist eine klare Abgrenzung gegeben, weshalb es dem Antragsgegner auch hier zugemutet werden kann abzuwarten, ob es überhaupt zu einer Überprüfung des zur Aufrechnung gestellten Anspruchs kommt.²⁸⁷ Könnte der Antragsgegner in der Beweissicherung nach § 494a Abs. 1 ZPO vorgehen, so wäre der Antragsteller im Gegenzug gezwungen, von der (Hilfs-)Aufrechnung abzugehen und Widerklage zu erheben, obwohl prozessökonomische Gründe für eine Aufrechnung sprächen. Dies widerspräche zudem dem Sinn und Zweck des selbständigen Beweisverfahrens.

III. Zurückbehaltungsrecht

Zurückbehaltungsrechte als Gegenrechte, die sich aus dem Ergebnis des selbständigen Beweisverfahrens ergeben, sind der klagenden Partei meistens bekannt, beispielsweise Mängleinwendungen des Auftraggebers gegenüber dem Werklohnanspruch des Auftragnehmers. Wenn der Antragsteller, mit Blick auf die im selbständigen Beweisverfahren vorgebrachten Mängel, ein Zurückbehaltungsrecht gegenüber der Klageforderung des Klägers geltend gemacht hat und hierüber mit entschieden wird, ergeht, ähnlich wie bei der Aufrechnung mit Gewährleistungsansprüchen, eine Kostenentscheidung im Hauptverfahren unter Einschluss der Kosten des selbständigen

²⁸⁵ Entgegen: OLG Karlsruhe, Beschluss vom 07.03.2008 – 19 W 4/08, NJW-RR 2008, 1996.

²⁸⁶ OLG Hamburg, Beschluss vom 23.04.1998 – 8 W 137/97, MDR 1998, 1124; OLG Hamburg, Beschluss vom 01.07.1993 – 8 W 100/101/93, MDR 1993, 1130 (1131); OLG Hamburg, Beschluss vom 13.07.1990 – 8 W 183/90, JurBüro, 1990, 1470; Hansens, Rpfleger 1997, 363 (367).

²⁸⁷ Entgegen: OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 01.08.2003 – 19 W 29/03, NJW-RR 2004, 70 (71).

Beweisverfahrens.²⁸⁸ Auch bei der Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts gilt, dass Streitgegenstand des selbständigen Beweisverfahrens nicht nur der unmittelbar mit der Beweisfrage verknüpfte Anspruch des Antragstellers ist, sondern der gesamte von der Beweisfrage betroffene Rechtsstreit der Parteien, dessen Klärung das Beweisverfahren dient; wie erwähnt zählen dazu dann auch Ansprüche der Gegenseite, mit denen sich der Antragsteller konfrontiert sieht und betreffend deren Geltendmachung es in gleicher Weise der Klärung tatsächlicher Fragen im Rahmen des Beweisverfahrens bedarf. Wie bei der Prozessaufrechnung könnten ansonsten widersprechende Entscheidungen ergehen, wenn zum durchgeführten Hauptsacheverfahren parallel ein Hauptsacheverfahren umgekehrten Rubrums geführt würde.²⁸⁹ Es widerspräche dem Grundsatz der Einheitlichkeit der Kostenentscheidung, über einen Teil der Kosten vorweg im Rahmen des selbständigen Beweisverfahrens zu entscheiden, obwohl noch eine einheitliche Kostenentscheidung ergehen kann, in die das Obsiegen bzw. Unterliegen des Antragstellers mit seinen Gegenansprüchen einfließt. Für die Anordnung der Klageerhebung nach § 494a ZPO besteht kein berechtigtes Interesse. Richtigerweise verneint das OLG Stuttgart das Rechtsschutzinteresse des Antragsgegners für Anträge nach § 494a Abs. 1 ZPO, wenn und solange die Mängel aus dem selbständigen Beweisverfahren im Wege des Zurückbehaltungsrechts zum Gegenstand des Werklohnprozesses des Antragsgegners gemacht werden.²⁹⁰ Von der gegenteiligen Auffassung wird vertreten, dass nicht sichergestellt sei, dass bei einem Rechtsstreit umgekehrten Rubrums eine der Rechtskraft fähige Entscheidung über den Gegenstand des Beweisverfahrens ergehe. Die Anerkennung eines Zurückbehaltungsrechts nehme nicht immer an der Rechtskraft der Entscheidung zum Hauptanspruch teil und werde

²⁸⁸ OLG München, Beschluss vom 02.05.2008 – 9 W 1268/08, IBR 2008, 620; OLG Stuttgart, Beschluss vom 03.01.2007 – 1 W 63/06, BauR 2007, 1098; OLG Saarbrücken, Beschluss vom 24.03.2005 – 2 W 65/05, in juris; OLG Hamm, Beschluss vom 08.03.2004 – 3 W 8/04, OLGR 04, 278; OLG Celle, Beschluss vom 18.09.2003 – 11 U 11/03, OLGR Celle 2004, 167 (168); OLG Hamm, Beschluss vom 29.07.1997 – 21 W 15/97, OLGR Hamm 1997, 299; AG Stuttgart, Beschluss vom 02.09.1998 – 7 H 166-96, NJW-RR 1999, 1370; Leipold, in Stein/Jonas, ZPO, § 494a, Rn. 22; Kniffka/Koebele, Kompendium des Baurechts, 13. Teil, Rn. 90; Braunschneider, ProzRb 2004, 333 (336); Ulrich, Selbständiges Beweisverfahren mit Sachverständigen, 9.5.4., Rn. 49; Moehren, BauRB 2004, 203.

²⁸⁹ OLG Stuttgart, Beschluss vom 03.01.2007 – 1 W 63/06, BauR 2007, 1098; OLG Nürnberg, Beschluss vom 08.11.1999 – 13 W 2637/99, BauR 2000, 442 = OLGR München 2000, 114; allgemeiner OLG Frankfurt, Beschluss vom 10.07.2002 – 13 W 38/02, OLGR Frankfurt 2002, 295; OLG Köln, Beschluss vom 09.06.1999 – 17 W 241/98, OLGR Köln 1999, 323 = NJW-RR 2000, 361; OLG Hamm, Beschluss vom 29.07.1997 – 21 W 15/97, OLGR Hamm 1997, 299; Huber, in Musielak, ZPO, § 494a, Rn. 2c; Koebele/Kniffka, Kompendium des Baurechts, 13. Teil, Rn. 90; Moehren, BauRB 2004, 203 (204); Jagenburg/Reichelt, NJW 2001, 2439 (2446).

²⁹⁰ OLG Stuttgart, Beschluss vom 03.01.2007 – 1 W 63/06, BauR 2007, 1098; auch Weise, NJW-Spezial 2006, 24 (25); ähnlich: OLG München, Beschluss vom 02.05.2008 – 9 W 1268/08, IBR 2008, 620; OLG Nürnberg, Beschluss vom 08.11.1999 – 13 W 2637/99, BauR 2000, 442 = OLGR München 2000, 114. Nach Ansicht des OLG fehlt es an einem Rechtsschutzbedürfnis für die gerichtliche Fristsetzung zur Klageerhebung, soweit feststeht, dass tatsächlich das Beweisverfahren aufgrund von Einwendungen Streitstoff eines anderen Prozesses war. Grundsätzlich lägen die Voraussetzungen für einen Beschluss nach § 494a ZPO aber vor, insbesondere ständen Einwendungen nicht der Klageerhebung gleich. So auch LG Aachen, Beschluss vom 25.04.2001 – 6 T 45/01, BauR 2001, 1292.

dann auch nicht abschließend titulierte.²⁹¹ Dann habe sich das Gericht mit dem Ergebnis des Beweisverfahrens nur zu befassen, wenn die Klage nicht bereits unschlüssig sei. Des weiteren werde maßgeblich auf das Interesse des Antragsgegners an der alsbaldigen Klärung eines eventuellen Kostenerstattungsanspruchs gegen den Antragsteller des selbständigen Beweisverfahrens gem. § 494a Abs. 2 ZPO abgestellt.²⁹² Diese Auffassung entspreche dem Wortlaut des § 494a Abs. 1 ZPO und werde den Interessen beider Parteien an einer Kostenregelung gleichermaßen gerecht. Der Antragsgegner könne mit dem ihm eröffneten Antrag nach § 494a Abs. 1 ZPO binnen absehbarer Zeit eine Kostengrundentscheidung über die ihm im selbständigen Beweisverfahren erwachsenen Kosten herbeiführen. Der Antragsteller habe es seinerseits in der Hand, durch fristgemäße Klageerhebung die Beweisfrage des selbständigen Beweisverfahrens zum Gegenstand eines Hauptverfahrens zu machen. Diese gesetzliche Zielsetzung sei bei der Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts durch den Antragsteller gerade nicht mehr gewährleistet.²⁹³ Es werde dem Sinn und Zweck des § 494a ZPO nicht gerecht, wenn in dem vom Antragsgegner eingeleiteten Hauptverfahren nur ein Teilausschnitt aus dem selbständigen Beweisverfahren entscheidungserhebliche Bedeutung erlange.²⁹⁴

Trotzdem soll auch in diesem Fall der Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts eine einheitliche Kostenentscheidung ergehen, die in Ansehung des § 92 Abs. 1 ZPO einen Erfolg bzw. Misserfolg des Zurückbehaltungsrechts angemessen zu berücksichtigen hat. Weder bei der Aufrechnung noch beim Zurückbehaltungsrecht greifen deshalb Sinn und Zweck des § 494 a Abs. 1 ZPO, die darin bestehen, den Antragsteller des selbständigen Beweisverfahrens nicht aus der Kostenpflicht zu entlassen, die sich im Fall der Abweisung einer Klage ergeben würde.²⁹⁵ Nur so wird der Ratio des selbständigen Beweisverfahrens hinreichend Rechnung getragen, wonach einerseits Prozesse vermieden werden sollen und andererseits ein Prozess durch Vorwegnahme der Beweisaufnahme und der damit verbundenen Konzentration im späteren kontradiktorischen Verfahren auf Beweiswürdigung und Rechtsfragen beschleunigt werden soll. Das durch § 494a ZPO geschützte Kosteninteresse des Antragsgegners wird dadurch, dass ihm eine Kostenentscheidung nach dieser Vorschrift

²⁹¹ Osterloh, Anm. zu BGH, Beschluss vom 25.08.2005 – VII ZB 35/04, jurisPR-BGHZivilR 46/2005 Anm. 2.

²⁹² OLG Zweibrücken, Beschluss vom 11.02.2004 – 4 W 111/03, OLGR Zweibrücken 2004, 384; OLG Dresden, Beschluss vom 25.07.2002 – 7 U 330/02, NJW-RR 2003, 305 (306); OLG Köln, Beschluss vom 16.09.1996 – 11 W 52/96, NJW-RR 1997, 1295.

²⁹³ OLG Zweibrücken, Beschluss vom 11.02.2004 – 4 W 111/03, OLGR Zweibrücken 2004, 384; OLG Dresden, Beschluss vom 25.07.2002 – 7 U 330/02, NJW-RR 2003, 305 (306); OLG Köln, Beschluss vom 16.09.1996 – 11 W 52/96, NJW-RR 1997, 1295.

²⁹⁴ Osterloh, Anm. zu BGH, Beschluss vom 25.08.2005 – VII ZB 35/04, jurisPR-BGHZivilR 46/2005 Anm. 2.

²⁹⁵ Koebele/Kniffka, Kompendium des Baurechts, 13. Teil, Rn. 90.

verwehrt und er auf die Kostenentscheidung im Hauptsacheverfahren verwiesen wird, auch nicht unzumutbar beeinträchtigt. Die dadurch bedingte zeitliche Verzögerung, die ohnehin nur die dem Antragsgegner im selbstständigen Beweisverfahren entstandenen außergerichtlichen Kosten betrifft, muss er hinnehmen.

Sofern es im Hauptsacheverfahren nicht zu einer abschließenden Entscheidung gekommen ist, etwa weil die Klage bereits als unschlüssig abgewiesen wurde, sind die Kosten des selbständigen Beweisverfahrens nicht als solche des Hauptsacheverfahrens anzusehen.²⁹⁶ Dem Antragsgegner bleibt es dann unbenommen, den Weg über § 494a Abs. 1 ZPO zu beschreiten.

IV. Zwischenergebnis

An dem Grundsatz, dass im selbständigen Beweisverfahren grundsätzlich kein Raum für eine Kostenentscheidung ist, sondern über die Kosten im Hauptsacheprozess mitzuentcheiden ist, ändert sich auch dann nichts, wenn der Antragsteller des selbständigen Beweisverfahrens Beklagter des nachfolgenden Hauptsacheverfahrens ist und hier Einwendungen wie die der Aufrechnung oder des Zurückbehaltungsrechts geltend macht. Auch dann ist die vom Antragsgegner gesetzte Klageerhebungsfrist nach § 494a Abs. 1 ZPO eingehalten. Als „Klageerhebung“ i.S.d. § 494a Abs. 1 ZPO ist damit nicht nur die mit derselben Zielrichtung verbundene Klage anzusehen. Falls über die Aufrechnungsforderung im Hauptsacheverfahren nicht entschieden wurde, kann eine eigenständige Kostenentscheidung nach § 494a Abs. 2 ZPO ergehen. Dies gilt gleichermaßen für die Fälle der Hilfsaufrechnung oder der Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechtes im Hauptsacheverfahren.

E. Zusammenfassung des dritten Kapitels

Ein Kostenausgleich entsprechend den §§ 91 ff. ZPO findet im selbständigen Beweisverfahren grundsätzlich nicht statt. Neben der grundsätzlichen Möglichkeit der Kostenentscheidung im Hauptsacheverfahren bleibt dem Antragsgegner meist nur die Möglichkeit, eine entsprechende Kostenentscheidung über § 494a ZPO zu erlangen. Eine Kostenentscheidung im selbständigen Beweisverfahren ergeht damit nur in engen

²⁹⁶ OLG Hamburg, Beschluss vom 23.04.1998 – 8 W 137/97, MDR 1998, 1124; OLG Hamburg, Beschluss vom 03.08.1990 – 8 W 201/90, MDR 1990, 1127; OLG Hamburg, Beschluss vom 29.11.1988 – 8 W 338/88, MDR 1989, 362.



Ausnahmefällen nach § 494a ZPO. Das Ziel, das der Gesetzgeber mit der Einführung des § 494a ZPO verbunden hatte, war es, eine unvollständige gesetzliche Regelung zum selbständigen Beweisverfahren zu kompletieren. Dies resultierte aus dem Bedürfnis nach prozessualer Kostenerstattung im selbständigen Beweisverfahren. Die Norm des § 494a ZPO gewährt einen prozessualen Kostenerstattungsanspruch und steht in einem „Komplementärverhältnis“ zum Hauptsacheverfahren. Nach der gesetzgeberischen Intention stellt das selbständige Beweisverfahren eine erleichterte Möglichkeit der Einigung außerhalb eines förmlichen Rechtsstreits dar. Es sollen also unnötige Rechtsstreitigkeiten vermieden und gerade nicht zusätzliche Prozesse allein zur Durchsetzung wegen des vorzeitigen Abbruchs des selbständigen Beweisverfahrens nicht geregelter Kostenansprüche erzwungen werden. Damit soll zusammenfassend das selbständige Beweisverfahren als streitschlichtendes Mittel zwar verselbständigt bleiben, andererseits aber auch nicht mit unnötigen Regelungen überfrachtet werden. Keinesfalls darf es zur Ausforschung außerprozessualer Tatsachen herangezogen werden.

Das Ziel der Durchführung des Hauptsacheprozesses muss im Einklang mit dem Regelungszweck des § 494a ZPO stehen und mithin ein entsprechendes Rechtsschutzbedürfnis für den Antragsgegner gegeben sein. Anträge nach § 494a Abs. 1 ZPO sind dann unzulässig, wenn ein Hauptsacheverfahren bereits anhängig ist oder dort das Beweisergebnis für ein Zurückbehaltungsrecht oder eine Aufrechnung durch den Beklagten, also den Antragsgegner des selbständigen Beweisverfahrens, benutzt wird. Letzteres ist z.B. der Fall, wenn im Werklohnprozess des Auftragnehmers ein Gewährleistungsanspruch des Auftraggebers zur Aufrechnung gestellt wird, der sich auf Mängel bezieht, die Gegenstand des selbständigen Beweisverfahrens waren.

Viertes Kapitel: Die „isolierte“ Kostenentscheidung im selbständigen Beweisverfahren

A. Geltungsbereich "isolierter" Kostenentscheidungen im selbständigen Beweisverfahren

In diesem Kapitel geht es um die Fälle, in denen weder nach § 494a Abs. 2 ZPO noch im Wege der Hauptsacheentscheidung eine Entscheidung über die Kosten des selbständigen Beweisverfahrens ergehen kann. Gerade vor dem Hintergrund, dass materiell-rechtliche Kostenerstattungsansprüche regelmäßig nicht bestehen,²⁹⁷ ergibt sich eine Gesetzeslücke, die im Einzelfall durch entsprechende Anwendung kostenrechtlicher Vorschriften zu füllen ist.

Für die Heranziehung der allgemeinen kostenrechtlichen Regelungen, insbesondere für die Anwendbarkeit der §§ 91 ff. ZPO ist zunächst die Frage von entscheidender Bedeutung, ob das selbständige Beweisverfahren als Rechtsstreit im Sinne der ZPO qualifiziert werden kann. Eine Legaldefinition des „Rechtsstreits“ findet sich in der ZPO nicht. Allgemein sind an einem Rechtsstreit i.S.d. ZPO zwei Parteien beteiligt, die sich über eine privatrechtliche Streitigkeit im Sinne des § 13 GVG auseinandersetzen. Damit ist das gesamte Verfahren zwischen der Erhebung der Klage oder Widerklage und der Zustellung des Urteils gemeint.²⁹⁸ Auch wenn die Gegenstände dessen, was nun mit einer Klage geltend gemacht werden kann, unterschiedlich sein können, so ist es doch das Ziel eines Rechtsstreits, in einem Klageverfahren die endgültige Klärung der Rechtslage zwischen den Parteien herbeizuführen.²⁹⁹ Insofern wird „Rechtsstreit“ regelmäßig synonym gebraucht für ein „Klageverfahren“, dessen Ziel die Titulierung des Anspruchs ist. Die Aufklärung der entscheidungsrelevanten Tatsachen durch eine Beweisaufnahme ist dagegen lediglich ein Hilfsmittel und richterliches Instrument der Rechtsanwendung.

Das selbständige Beweisverfahren zielt auf keine Entscheidung in der Sache ab und dient lediglich der vorgezogenen Klärung von streitigen Tatsachen. Es bedarf nach der Anordnung des Beweisbeschlusses in der Regel keiner weiteren gerichtlichen Entscheidungen in der Sache mehr. Mangels Streitentscheidungsziel verbietet sich aber ein zu formales Abstellen auf die Begrifflichkeit des Rechtsstreits in diesem

²⁹⁷ OLG Celle, Beschluss vom 11.06.2010 - 13 W 45/10, NJW-RR 2010, 1676; OLG Naumburg, Beschluss vom 26.05.2010 - 1 W 27/10, BeckRS2010, 23744,

²⁹⁸ Rosenberg/Schwab/Gottwald, ZPO, § 1, Rn. 3 f.; Bork, in Stein/Jonas, § 81, Rn. 4.

²⁹⁹ Bork, in Stein/Jonas, § 81, Rn. 4 ff.; Musielak, in Musielak, ZPO, Einl., Rn. 55.



Zusammenhang.³⁰⁰ Das selbständige Beweisverfahren begründet bereits durch Antragstellung eine prozessuale Rechtslage, die ausnahmsweise geeignet sein kann, Kosten der Rechtsverteidigung nach sich zu ziehen. Die bisherige Untersuchung zeigt, dass das selbständige Beweisverfahren als Streitiges ZPO-Verfahren mit selbständigem Verfahrenscharakter einen vorweggenommenen Teil des Hauptsacheverfahrens darstellt.³⁰¹ Dies zeigt sich durch die gesetzessystematische Stellung der §§ 485 ff. ZPO im 12. Titel des 1. Abschnittes des 2. Buches, die unter anderem an die allgemeinen Vorschriften über die Beweisaufnahme anschließen und durch die Einführung der §§ 485 Abs. 1, 486 Abs. 1, 493 Abs. 2 und 3 ZPO einen integrativen Kontext zur ZPO bilden.³⁰² Auch die durch die Neufassung hervorgehobene Bedeutung des selbständigen Beweisverfahrens, die beispielsweise in der Ermöglichung eines zu gerichtlichem Protokoll zu nehmenden Vergleichs nach § 492 Abs. 3 ZPO wie auch darin deutlich wird, dass die Streitverkündung als zulässig erachtet wird, spricht für eine kostenrechtliche Ausgestaltungsmöglichkeit im selbständigen Beweisverfahren. Der selbständige Verfahrenscharakter folgt aus dem u.a. in § 485 Abs. 2 ZPO definierten Ziel einen weiteren Rechtsstreit zu vermeiden.³⁰³

Durch die Anerkennung ausnahmsweise isolierter Kostenentscheidungen wird auch mit dem Grundsatz der Einheitlichkeit der Kostenentscheidung im Hauptsacheverfahren nicht gebrochen. Wenn es ein anschließendes Hauptsachverfahren nicht mehr geben kann, in dem die Kosten des selbständigen Beweisverfahrens berücksichtigt werden können, ist kein sachlicher Grund ersichtlich, dem Antragsgegner eine Kostenentscheidung zu versagen. Dies ergibt sich nicht zuletzt aus dem Grundsatz der prozessualen Waffengleichheit aus Art. 3 GG, nach dem derjenige seine Kosten ersetzt verlangen können muss, der im Fall des Obsiegens prozessualen Kostenerstattungsansprüchen ausgesetzt wäre. Insofern kann die Anwendung anderer Kostenvorschriften außerhalb der Regelung des § 494a ZPO nicht ausgeschlossen sein. Dass nicht jede Kostenvorschrift

³⁰⁰ Entgegen: OLG Frankfurt, Beschluss vom 23.01.2006 – 8 W 101/05, in juris; OLG Schleswig, Beschluss vom 21.07.2005 – 16 W 37/05, OLGR Schleswig 2005, 593; OLG Koblenz, Beschluss vom 16.10.1995 – 9 W 3 95/95, MDR 1996, 101.

³⁰¹ BGH, Beschluss vom 16.09.2004 – III ZB 33/04, MDR 2005, 162; OLG Thüringen, Beschluss vom 15.03.2005 – 9 W 49/05, OLG-NL 2005, 116 (117); OLG Stuttgart, JurBüro 1996, 373; Wirges, JurBüro 1997, 565 (566).

³⁰² BGH, Urteil vom 05.12.1996 – VII ZR 108/95, MDR 1997, 390 = IBR 1997, 172; OLG Frankfurt, Beschluss vom 13.01.2003 – 19 W 34/02, IBR 2003, 176; OLG Nürnberg, Beschluss vom 30.09.2002 – 13 W 2914/02, OLGR Nürnberg 2003, 92; OLG München, Beschluss vom 21.12.2001 – 13 W 2641/01, IBR 2002, 391; OLG Nürnberg, Beschluss vom 25.07.2000 – 4 W 2323/00, MDR 2001, 51 (52); OLG Frankfurt, Beschluss vom 02.04.1993 – 17 W 15/92, OLGZ 1993, 441 (442); Hilber, BB 2001, Nr. 2, 22 (28); Bohnen, BB 1995, 2333 (2336); Weise, Praxis des selbständigen Beweisverfahrens, Rn. 338; Sturmberg, Der Beweis im Zivilprozess, Rn. 321.

³⁰³ BGH, Beschluss vom 16.09.2004 – III ZB 33/04, MDR 2005, 162; OLG Thüringen, Beschluss vom 15.03.2005 – 9 W 49/05, OLG-NL 2005, 116 (117); OLG Stuttgart, JurBüro 1996, 373; Wirges, JurBüro 1997, 565 (566).

auf das Beweisverfahren anwendbar ist, ist anhand des kostenrechtlichen Einzelfalls zu zeigen.

B. Unzulässigkeit des Beweisantrags als Fall der "isolierten" Kostenentscheidung

Über einen Antrag auf Durchführung eines selbständigen Beweisverfahrens entscheidet das Gericht nach § 490 ZPO durch Beschluss. Scheitert dieser Antrag wegen dessen Unzulässigkeit, so hat der Antragsteller die dem Antragsgegner entstandenen Kosten zu erstatten.³⁰⁴ Dies kommt etwa in Betracht bei der Kostenfestsetzung nach Zurückweisung des Antrags auf Durchführung des selbständigen Beweisverfahrens wegen Unzuständigkeit des angerufenen Gerichts. Grundsätzlich ist der Antrag nach § 486 Abs. 2 ZPO bei dem Gericht zu stellen, das nach dem Vorbringen des Antragstellers in der Hauptsache zuständig wäre. Handelt es sich nicht um den allgemeinen Gerichtsstand des Antragsgegners, muss er den abweichenden Gerichtsstand nach § 487 Abs. 4 ZPO schlüssig vortragen und glaubhaft machen. Sofern der Antragsteller seinen Antrag nach Maßgabe des § 486 ZPO bei einem unzuständigen Gericht eingereicht hat, kann der Antrag aus diesem Grund zurückgewiesen werden; § 281 Abs. 3 S. 2 ZPO findet entsprechende Anwendung.³⁰⁵ Ferner kann sich die Unzulässigkeit des Beweisantrags neben der fehlenden Voraussetzungen des § 485 ZPO beispielsweise auch aus mangelndem Rechtsschutzbedürfnis ergeben. Die Vorschrift des § 494a ZPO bietet dabei keine hinreichende Möglichkeit der Kostenerstattung, da noch nicht einmal eine Beweiserhebung vorgenommen wurde.³⁰⁶ Sinnvoll ist zwar, dass eine Kostenentscheidung im selbständigen Beweisverfahren grundsätzlich nicht zulässig ist, weil das Gericht weder die Schlüssigkeit und die Beweisbedürftigkeit nach § 487 Nr. 2 ZPO prüft, noch gewonnene Beweisergebnisse bewertet. Das Beweisverfahren ist jedoch in Ausnahmefällen prozessualen Regeln zugänglich, weshalb auch im Falle der Unzulässigkeit des Antrags auf Durchführung des selbständigen Beweisverfahrens eine Kostengrundentscheidung ausnahmsweise nach § 91 ZPO

³⁰⁴ OLG München, Beschluss vom 16.11.2004 – 1 W 2704/04, OLGR München 2005, 735; OLG Bremen, Beschluss vom 12.09.2003 – 2 W 69/03, OLGR Bremen 2003, 491; OLG Frankfurt, Beschluss vom 30.08.1999 – 16 W 35/99, OLGR Frankfurt 2001, 99; OLG Stuttgart, Beschluss vom 07.07.1994 – 4 W 25/94, BauR 1995, 278 (279); Huber, in Musielak, ZPO, § 490, Rn. 5.

³⁰⁵ OLG Hamm, Beschluss vom 16.05.1997 – 7 W 2/97, NJW-RR 1997, 959; Reichold, in Thomas/Putzo, ZPO, § 281, Rn. 1; Pastor, in Werner/Pastor, Der Bauprozess, Rn. 135; Kießling, NJW 2001, 3668 (3669); Moehren/Frommhold, BauRB 2005, 250.

³⁰⁶ OLG München, Beschluss vom 16.11.2004 – 1 W 2704/04, OLGR München 2005, 735; OLG München, Beschluss vom 02.03.2001 – 28 W 979/01, MDR 2001, 768 (769) = OLGR 2001, 157.

entsprechende Anwendung finden muss.³⁰⁷ Dies folgt aus dem Gedanken, dass es für diesen Bereich keine unmittelbar geltende gesetzliche Kostenregelung gibt, obwohl für den Antragsgegner ein erhebliches Bedürfnis dafür besteht. Auch kann ein unzulässiges Beweisverfahren, das schon vor der Beweiserhebung endet, keinerlei Auswirkungen mehr auf die Hauptsache haben. Für die Anwendung des § 91 ZPO auf diesen Fall des selbständigen Beweisverfahrens spricht das Unterliegens- bzw. das Veranlassungsprinzip, wobei das Gericht ohne Prüfung der materiellen Rechtslage entscheidet. Dies führt zur Kostentragungspflicht des Antragstellers. Diese Kostenentscheidung ist wegen der ebenfalls gebotenen entsprechenden Anwendung des § 99 Abs. 1 ZPO nicht isoliert anfechtbar.³⁰⁸ Eine Verweisung auf einen materiellrechtlichen Kostenerstattungsanspruch wäre weder prozessökonomisch noch Erfolg versprechend, da ein solcher Anspruch wohl nicht besteht und zudem in diesem Fall einen unnötigen Formalismus darstellen würde.³⁰⁹ Wenn der Antrag während eines Hauptsacheverfahrens gestellt wird, ergeht eine Kostengrundentscheidung zulasten der Antrag stellenden Seite nach § 96 ZPO.³¹⁰ Der Kostenausspruch erfolgt dann im Hauptsacheverfahren.

³⁰⁷ OLG Naumburg, Beschluss vom 26.05.2010 – 1 W 27/10, JurBüro 2011, 33; OLG Celle, Beschluss vom 11.06.2010 – 13 W 45/10, IBR 2010, 3082; OLG Naumburg, Beschluss vom 26.05.2010 – 1 W 27/10, JurBüro 2011, 33f.; OLG München, Beschluss vom 16.11.2004 – 1 W 2704/04, OLGR München 2005, 735; OLG München, Beschluss vom 02.03.2001 – 28 W 979/01, MDR 2001, 768 (769) = OLGR 2001, 157; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 09.06.2000 – 6 W 2482/00, MDR 2000, 975 (976); OLG Bamberg, Beschluss vom 08.04.1998 – 1 W 57/97, OLGR München 1998, 226; OLG Hamburg, Beschluss vom 31.07.1997 – 9 W 16/97, MDR 1998, 242; OLG Frankfurt, Beschluss vom 15.07.1997 – 7 U 234/94, MDR 1998, 128 (für den Fall eines anhängigen Hauptsacheverfahrens); Brandenburgisches OLG, Beschluss vom 27.09.1995 – 8 W 177/95, OLGR Brandenburg 1996, 115; LG Dresden, Beschluss vom 05.04.2001 – 14 OH 4943/00, BauR 2001, 1623; Mohren/Frommhold, BauRb, Jahrgang 2005, 250; Pastor, in Werner/Pastor, Der Bauprozess, Rn. 135; Fink, Das selbständige Beweisverfahren in Bausachen, S. 131; Luz, Kosten im selbständigen Beweisverfahren, S. 251 (268); Weise, Praxis des selbständigen Beweisverfahrens, Rn. 529; Knacke, in Koeble, G. VI. 1, 579; Seeber, S. 149.

³⁰⁸ OLG München, Beschluss vom 16.11.2004 – 1 W 2704/04, OLGR München 2005, 735; OLG Bamberg, Beschluss vom 08.04.1998 – 1 W 57/97, OLGR München 1998, 226; die sofortige Beschwerde ist kein statthaftes Rechtsmittel.

³⁰⁹ BGH, Urteil vom 07.10.1982 – III ZR 148/81, MDR 1983, 204; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 09.06.2000 – 6 W 2482/00, MDR 2000, 975 (976); OLG Hamm, Urteil vom 10.12.1992 – 17 U 185/91, NJW-RR 1993, 1044; OLG Frankfurt, Beschluss vom 15.07.1997 – 7 U 234/94, MDR 1998, 128.

³¹⁰ OLG Frankfurt, Beschluss vom 15.07.1997 – 7 U 234/97, MDR 1998, 128.

C. Kosten(grund-)entscheidung nach Maßgabe des § 269 Abs. 3 S. 2 ZPO

I. Nichtbetreiben des selbständigen Beweisverfahrens

1. Nichtzahlung des Auslagenvorschusses

Ein die Kosten des Sachverständigen deckender Vorschuss ist vom Antragsteller zu entrichten und dient gem. §§ 17 Abs. 1 S. 2 GKG, 492 Abs. 1, 402, 379 ZPO der voraussichtlichen Entschädigung. Sofern ein Auslagenvorschuss nicht gezahlt wird, stellt sich zwangsläufig die Frage der sachgerechten Kostenverteilung. Ob nun ein der Antragsrücknahme gleichkommendes Nichtbetreiben des Verfahrens, das nach § 269 Abs. 3 S. 2 ZPO abzuwickeln sein könnte, in Frage kommt, ist zunächst abhängig davon, ob nicht § 494a ZPO vorrangig einschlägig ist. Die Nichtzahlung des Auslagenvorschusses führt in Ansehung der §§ 379 S. 2, 402 ZPO regelmäßig dazu, dass die Beweiserhebung unterbleibt. Daraus könnte gefolgert werden, dass das selbständige Beweisverfahren deklaratorisch als beendet festgestellt wird.³¹¹ Es ist dazu vertreten worden, dass andernfalls die Regelung des § 494a ZPO in unzulässiger Weise unterlaufen werde.³¹² Wenn kein erledigendes Ereignis vorgetragen werde und § 269 Abs. 3 ZPO deshalb keine Anwendung finde, bestehe ein Bedürfnis für die Anwendung des § 494a ZPO.³¹³ Eine vergleichbare Situation bestehe beim Mahnverfahren, wenn der Antragsgegner Widerspruch eingelegt habe und der Antragsteller alsdann den erforderlichen Gerichtskostenvorschuss nicht einzahle.³¹⁴ Auch hier könne der Antragsgegner den Vorschuss mit der Konsequenz einzahlen, dass das Verfahren weiter betrieben werde. Nach Zahlung durch den Antragsgegner sei das Tatbestandsmerkmal der Beendigung der Beweiserhebung nach § 494a Abs. 1 ZPO mit dem Fall des Nichtbetreibens gleichzusetzen und habe dementsprechend die Klageerhebung oder eine Kostenentscheidung nach § 494a Abs. 2 ZPO zur Folge.³¹⁵

Diese Ansätze würden aber zu einer unzulässigen Ausweitung des § 494a ZPO gelangen. Die Konsequenz, dass der Antragsgegner, um zu einer Entscheidung nach § 494a ZPO zu

³¹¹ So auch Ulrich, IBR 2004, 173.

³¹² OLG Celle, Beschluss vom 23.05.2000 – 22 W 33/00, OLGR Celle 2000, 210; OLG Köln, Beschluss vom 12.04.2000 – 17 W 480/99, BauR 2000, S. 1777 (1778) = NJW-RR 2001, 1650; Leipold, in Stein/Jonas, ZPO, § 494a, Rn. 28; Ulrich, IBR 2004, 173; Ulrich, AnwBl. 2003, S. 144 (145).

³¹³ KG, Urteil vom 02.06.2003 – 8 W 113/03, IBR 2004, 1076; OLG Köln, Beschluss vom 12.04.2000 – 17 W 480/99, BauR 2000, 1777 (1778) = NJW-RR 2001, 1650; dagegen ausdrücklich OLG Koblenz, Beschluss vom 18.08.2004 – 5 W 521/04, OLGR Koblenz 2005, 188.

³¹⁴ OLG Köln, Beschluss vom 12.04.2000 – 17 W 480/99, BauR 2000, 1777 (1778) = NJW-RR 2001, 1650.

³¹⁵ OLG Köln, Beschluss vom 12.04.2000 – 17 W 480/99, BauR 2000, 1777 (1778) = NJW-RR 2001, 1650.



kommen, selbst den Auslagenvorschuss einzahlen soll, wäre, dass der Antragsteller risikolos die Kosten des selbständigen Beweisverfahrens auf den Antragsgegner verlagern könnte. Dies kann im selbständigen Beweisverfahren nicht möglich sein. Auch der Sinn und Zweck des selbständigen Beweisverfahrens steht der Anwendung des § 494a ZPO auf diesen konkreten Fall entgegen, der sich gerade darauf erstreckt, dem Antragsgegner ein Druckmittel zur Durchführung des Erkenntnisverfahrens zur Verfügung zu stellen und den Antragsteller zur Klageerhebung zu zwingen. Vor Durchführung des Beweisverfahrens hat der Antragsteller jedoch noch keine Kenntnis über den Verfahrensausgang, so dass eine Anwendung des § 494a ZPO sinnlos erscheint.³¹⁶ Die Norm des § 494a Abs. 1 ZPO ist kein Druckmittel zur Durchführung des selbständigen Beweisverfahrens, sondern bestimmt nur, dass der Antragsteller nach Beendigung der Beweiserhebung der vom Antragsgegner beantragten Anordnung des Gerichts, binnen einer bestimmten Frist Klage zu erheben, nachzukommen hat.³¹⁷ Es läge bei Anwendung des § 494a ZPO auch nur eine faktische Beendigung des Beweisverfahrens und nicht der Beweisaufnahme vor. Eine entsprechende Anwendung kommt daher auch schon mangels vergleichbarer Interessenlage nicht in Betracht. Eine Kostenentscheidung lässt sich nicht über § 494a Abs. 2 ZPO treffen.³¹⁸

Vielmehr soll zur Füllung dieser planwidrigen Regelungslücke für eine Kostenentscheidung wiederum § 269 Abs. 3 S. 2 ZPO entsprechende Anwendung finden.³¹⁹ Diese Vorschrift ist zwar darauf ausgerichtet, das Unterliegen des Klägers durch Rücknahme seiner Klage zu sanktionieren. Jedoch besteht im Falle des Nichtweiterbetreibens des Beweisverfahrens durch den Antragsteller mangels Aussicht auf Erfolg zumindest ein faktisches Unterliegen, so dass eine Vergleichbarkeit der Situationen gegeben ist. Es macht keinen Unterschied, ob das selbständige Beweisverfahren nicht durch eine ausdrückliche Antragsrücknahme beendet, sondern dadurch abgeschlossen wird, dass der Antragsteller durch Nichtzahlung des Auslagenvorschusses auf weiteren Rechtsschutz verzichtet.³²⁰ Durch die Nichtangabe von Gründen wird der Antragsteller kein Interesse mehr an der Fortsetzung des

³¹⁶ Notthoff/Buchholz, JurBüro 1996, 5 (8).

³¹⁷ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 06.09.1993 – 5 W 46/93, OLGR Düsseldorf 1993, 345.

³¹⁸ Vgl. OLG Dresden, Beschluss vom 11.02.1999 – 15 W 1610/98, NJW-RR 1999, 1516 = JurBüro 1999, 594 (595) = BauR 2000, 605 (606).

³¹⁹ OLG Saarbrücken, Beschluss vom 19.10.2010 – 8 W 244/10, NJW-RR 2011, 500; OLG Koblenz, Beschluss vom 18.08.2004 – 5 W 521/04, OLGR Koblenz 2005, 188; OLG München, Beschluss vom 02.03.2001 – 28 W 979/01, MDR 2001, 768 (769) = OLGR 2001, 157; KG, Beschluss vom 24.08.2000 – 27 W 4727/00, BauR 2000, 1903 (1904); OLG Celle, Beschluss vom 03.12.1997 – 22 W 106/97, OLGR Celle 1998, 316; Braunschneider, ProZRB 2004, 333 (336).

³²⁰ OLG Koblenz, Beschluss vom 14.07.2004 – 3 W 413/04, OLGR Koblenz 2005, 155; OLG Frankfurt, Beschluss vom 27.02.1995 – 22 W 43/94, NJW-RR 1995, 1150.

Beweisverfahrens haben. Die Nichtzahlung des Auslagenvorschusses steht als Verzicht auf weiteren Rechtsschutz damit der Antragsrücknahme gleich.³²¹ Dass dies konkludent möglich sein muss, ergibt sich von selbst und ist auch in der ZPO durchaus umsetzbar.³²² Es muss aber für eine stillschweigende Antragsrücknahme zum Ausdruck gekommen sein, dass der Antragsteller den Willen zur Rücknahme hat.³²³ Ein bloßes Schweigen reicht nicht aus.³²⁴ Die Antragsrücknahme hat prozessual auch keine andere Konsequenz als die Nichtzahlung des Vorschusses. So ist zwar mit beachtlichen Argumenten vertreten worden, dass nur die Antragsrücknahme verfahrensgestaltend wirke und nur diese zur Beendigung des Verfahrens führe, während ein Nichtweiterbetreiben die Anhängigkeit des Verfahrens unberührt ließe.³²⁵ Die Nichtzahlung des erforderlichen Auslagenvorschusses könne mangels Vergleichbarkeit nicht als konkludente Rücknahmeerklärung des Beweisantrags ausgelegt werden. Die Beweggründe für die Nichtzahlung seien nicht notwendig vom Willen des Antragstellers getragen, das Verfahren nicht weiterbetreiben und durch Rücknahme des Antrags beenden zu wollen. Zum Beispiel sprächen schwebende Vergleichsverhandlungen oder vorübergehende finanzielle Engpässe gegen eine Gleichstellung mit der Antragsrücknahme.³²⁶

Für die Anwendung des § 269 Abs. 3 ZPO besteht aber ein erhebliches Bedürfnis. Das Gericht kann – wie im normalen Rechtsstreit auch – im selbständigen Beweisverfahren gem. §§ 485, 492, 402, 379 ZPO die Einholung eines schriftlichen Sachverständigengutachtens von der Zahlung eines Auslagenvorschusses abhängig machen. Sofern der Antragsteller den Auslagenvorschuss trotz Mahnung nicht zahlt, gibt er eindeutig kund, das Verfahren nicht weiter betreiben zu wollen und auch, dass er den Antrag auf Sicherung des Beweises nicht länger aufrecht erhalten will. Der Antragsteller sieht in diesem Fall endgültig davon ab, die beantragte Beweisaufnahme zu einem Ergebnis führen zu lassen. Die Nichteinzahlung ist dabei nicht den anderen Tatbeständen

³²¹ OLG Saarbrücken, Beschluss vom 19.10.2010 – 8 W 244/10, NJW-RR 2011, 500 (501); OLG Koblenz, Beschluss vom 14.07.2004 – 3 W 413/04, OLGR Koblenz 2005, 155 (allgemein für das konkludente Nichtbetreiben); OLG Dresden, Beschluss vom 31.07.2003 – 7 W 0934/03, IBR 2004, 173 (Ls.); OLG Stuttgart, Beschluss vom 17.08.1999 – 12 W 32/99, OLGR Stuttgart 1999, 419 (420); OLG Thüringen, Beschluss vom 16.11.2001 – 2 W 506/01, BauR 2002, 667; OLG Hamm, Beschluss vom 28.12.1999 – 21 W 34/98, BauR 2000, 1090 = OLGR 2001, 99; OLG Celle, Beschluss vom 03.12.1997 – 22 W 106/97, NJW-RR 1998, 1079 = OLGR Celle 1998, 316; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 06.09.1993 – 5 W 46/93, OLGR Düsseldorf 1993, 345 (346); OLG Frankfurt, Beschluss vom 27.02.1995 – 22 W 43/94, NJW-RR 1995, 1150 = MDR 1995, 751; Jousen, in Ingenstau/Korbian, B § 18 Nr. 4, Rn. 192.

³²² OLG Koblenz, Beschluss vom 14.07.2004 – 3 W 413/04, OLGR Koblenz 2005, 155.

³²³ OLG Koblenz, Beschluss vom 14.07.2004 – 3 W 413/04, OLGR Koblenz 2005, 155; LG Berlin, Urteil vom 07.02.2006 – 5 O 267/05, NJW-RR 2007, 674 (675); s. auch BGH, Urteil vom 22.05.1989 – VIII ZR 129/88, NJW-RR 1989, 1276.

³²⁴ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 04.04.2003 – I-9 W 12/03, MDR 2003, 1013.

³²⁵ OLG Frankfurt, Beschluss vom 02.01.1995 – 1 W 49/94, OLGR Frankfurt 1995, 95; Ulrich, Anm. zu OLG Dresden, Beschluss vom 31.07.2003 – 7 W 0934/03, IBR 2004, 173.

³²⁶ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19.11.2001 – 21 W 35/01, NJW-RR 2002, 864 = BauR 2002, 350.



einer Beendigung gleichzustellen.³²⁷ Das Bedürfnis für eine Kostenentscheidung ergibt sich daraus, dass einem Antragsgegner, der ohne sein Zutun in das Verfahren einbezogen wird, häufig kein Kostenerstattungsanspruch zusteht. Ein Gleichstellen der Nichtzahlung des Auslagenvorschusses mit der Antragsrücknahme entfällt aber dann, wenn der Antragsgegner den Anspruch zwischenzeitlich erfüllt und das Beweisinteresse dadurch entfällt; das Nichtweiterbetreiben des Verfahrens muss Ausdruck der Rolle des Unterliegenden sein.³²⁸

2. Verspätete Vorschusszahlung

Auch bei der verspäteten Vorschusszahlung liegt ein Nichtbetreiben des Verfahrens vor, welches ebenfalls zu einem Ende der durch die Verfahrenseinleitung ausgelösten Hemmung der Verjährung gem. den in § 204 Abs. 2 S. 2 BGB genannten letzten Verfahrenshandlungen führt.³²⁹ Das OLG Koblenz führt diesbezüglich an, dass eine verspätete Vorschusszahlung mangels förmlicher Zurückweisung des Beweisbeschlusses nichts mit der Beendigung des Beweisverfahrens zu tun habe und deshalb der Beweisantrag nach § 296 ZPO zurückzuweisen sei.³³⁰ Auf die Anwendung des § 296 ZPO muss jedoch nicht zurückgegriffen werden.³³¹ Richtig ist zwar, dass § 296 Abs. 2 ZPO im Hauptsacheverfahren Anwendung finden soll, da das Nichteinzahlen des geforderten Vorschusses innerhalb der gesetzten Frist nicht zum Beweismittelverlust führt.³³² Die Vorschrift des § 296 ZPO setzt aber voraus, dass eine gerichtliche Entscheidung verzögert wird, was im selbständigen Beweisverfahren mangels gerichtlicher Entscheidung nicht möglich ist. Im Anschluss an die Nichtzahlung des Vorschusses kann der Beweisbeschluss bei Zurückweisung des Antrags wegen der durch dieses Nichtweiterbetreiben des selbständigen Beweisverfahrens zu Tage getretenen Beendigung sogar von Amts wegen aufgehoben werden. Bei geringer Fristüberschreitung und zögerlicher Arbeitsweise des Gerichts soll es aber aus prozessökonomischen Gründen möglich sein, die verspätete, aber zeitlich überschaubare, Zahlung der Fortsetzung des Verfahrens gleichzusetzen.³³³ Eine geringe

³²⁷ Braunschneider, ProZRb 2004, 333 (335).

³²⁸ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 06.09.1993 – 5 W 46/93, OLGR Düsseldorf 1993, 345 (346).

³²⁹ OLG Frankfurt, Beschluss vom 23.07.2004 – 1 W 48/04, IBR 2005, 66.

³³⁰ OLG Koblenz, Beschluss vom 06.04.2004 – 5 W 82/04, IBR 2004, 231.

³³¹ Ulrich, IBR 2004, 231.

³³² OLG Köln, Urteil vom 28.10.1996 – 19 U 34/96, NJW-RR 1997, 1291.

³³³ OLG Frankfurt, Beschluss vom 23.07.2004 – 1 W 48/04, IBR 2005, 66.

Fristüberschreitung geht nicht zulasten des Zahlungspflichtigen. Kommt es hingegen dazu, dass zu wenig Gerichtskosten geleistet wurden, findet zunächst gem. § 20 GKG die Nachforderung der Gerichtskosten statt. Die nicht fristgemäß eingezahlte Vorschussleistung löst dann die ungünstige Kostenfolge des § 269 Abs. 3 ZPO aus.

3. Ausbleibende ergänzende Vorschusszahlung

Wenn sich nach Erstattung des Gutachtens herausstellt, dass der bisherige Auslagenvorschuss nicht ausreicht, kann zunächst nachgefordert werden. Eine nur teilweise Vorschusszahlung ergibt sich gerade in den Fällen, in denen für ein Ergänzungsgutachten nach §§ 492, 402, 379 ZPO ein weiterer Vorschuss zu zahlen war und der Antragsteller diesen nicht leistet, er also nicht jegliche Vorschussleistung verweigert. Hier soll das Nichtbetreiben nicht mit einer Antragsrücknahme gleichzusetzen sein und es soll nicht zu einer entsprechenden Anwendung des § 269 Abs. 3 ZPO kommen.³³⁴ Da der Antragsteller schon Beweisergebnisse erlangt hat, kann er diese auch in ein Hauptsacheverfahren einführen.³³⁵ Sofern der Antragsteller nur einen Teil seiner durch das Beweisverfahren festgestellten Mängel verfolgt, ergeht eine Kostenentscheidung im Hauptsacheverfahren, da eine Teilkostenentscheidung nach § 494a ZPO nicht zulässig ist und der Gefahr divergierender Kostenentscheidungen entgegengewirkt werden soll.³³⁶ Der Antragsteller wäre im Hauptsacheverfahren in der Lage, einen Mangel dem Grunde nach zu beweisen.

4. Zwischenergebnis

Das Nichtbetreiben des selbständigen Beweisverfahrens durch das Nichtzahlen des für die Durchführung des selbständigen Beweisverfahrens erforderlichen Auslagenvorschusses für den Sachverständigen ist als Antragsrücknahme zu werten und geht mit der Kostenfolge des § 269 Abs. 3 S. 2 ZPO einher. Die Beendigung des selbständigen Beweisverfahrens ist faktisch zu verstehen und führt nicht zur Beendigung des Beweisverfahrens, weshalb § 494a ZPO vorrangig keine Anwendung findet. Dass die Antragsrücknahme stillschweigend erklärt wird, ändert an dem Ergebnis nichts. Der

³³⁴ OLG Celle, Beschluss vom 23.10.2001 – 14 W 33/01, OLGR Celle 2001, 335.

³³⁵ OLG Koblenz, Beschluss vom 14.07.2004 – 3 W 413/04, OLGR Koblenz 2005, 155; OLG Celle, Beschluss vom 23.10.2001 – 14 W 33/01, OLGR Celle 2001, 335 = BauR 2002, 1888.

³³⁶ LG Berlin, Urteil vom 07.02.2006 – 5 O 267/05, NJW-RR 2007, 674 (675).



Antragsteller hat klar zum Ausdruck gebracht, dass er das Verfahren nicht weiter betreiben will. Nichtsdestotrotz bleibt dem Antragsteller aus Klarstellungsgründen die Möglichkeit, Feststellungsklage zu erheben. Bei verspäteter Vorschusszahlung gilt dieses Ergebnis entsprechend. Bei unvollständiger Vorschusszahlung hingegen bleibt die Kostenentscheidung dem Hauptsacheverfahren vorbehalten.

II. Rücknahme des Antrags auf Beweissicherung

1. Antragsrücknahme vor Beweiserhebung

Wenn seitens des Antragstellers ausdrücklich die Zurücknahme des Antrags erklärt wird, war lange Zeit nicht ganz eindeutig, ob und nach welcher Vorschrift eine Kostenentscheidung zu ergehen hat. Nach dem Bericht des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestags umfasst die Fassung des § 494a Abs. 1 ZPO auch die Fälle, in denen die Klage zurückgenommen oder als unzulässig abgewiesen wurde.³³⁷ Der Sachzusammenhang lässt jedoch hinsichtlich der zurückgenommenen Klage auch auf eine gemeinte und gewollte Antragsrücknahme schließen, weshalb davon auszugehen sein könnte, dass § 494a ZPO die Fälle der Antragsrücknahme ebenfalls umfassen sollte. Dieser Ansicht ist allerdings nicht zu folgen. Gemäß § 494a Abs. 1 ZPO kann der Antragsgegner nur nach erfolgter Beweiserhebung den Antragsteller mittels eigener Antragstellung dazu zwingen, die Klage in der Hauptsache zu erheben. Der Wortlaut des § 494a Abs. 1 ZPO ist insoweit eindeutig.³³⁸ Druckmittel der in § 494a Abs. 2 ZPO angeordneten Kostentragungspflicht ist es, die nicht erhobene Klage zu sanktionieren. Vor der Beweiserhebung kann das Beweisverfahren keinen Einfluss auf einen späteren Hauptsacheprozess haben und sich die isolierte Kostenentscheidung nicht in Widerspruch zu einer Wertung des Beweisergebnisses im Hauptsacheverfahren setzen. Mangels Beendigung ist dem Antragsgegner dann ein Antragsrecht und damit die Möglichkeit der prozessualen Kostenerstattung nach § 494a Abs. 2 ZPO genommen. Für eine Kostenerstattung zugunsten des mit dem selbständigen Beweisverfahren überzogenen Antragsgegners besteht ein erhebliches Bedürfnis. Es existiert in diesem Fall eine deutliche und auch ausfüllungsbedürftige Regelungslücke, die anhand der allgemeinen Kostenregelungen geschlossen wird. Der BGH und die überwiegende Instanzen-Rechtsprechung haben nun mehrfach richtigerweise entschieden, dass der

³³⁷ Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 11/8283, S. 48.

³³⁸ BGH, Beschluss vom 14.10.2004 – VII ZB 23/03, MDR 2005, 227.

Antragsteller, sofern er den Antrag vor der Beweisaufnahme zurücknimmt, die Kosten in entsprechender Anwendung von § 269 Abs. 3 S. 2 ZPO zu tragen hat.³³⁹ Die gebotene Anwendung der Vorschrift entspricht dabei dem prozessrechtlichen Grundsatz, dass derjenige die Kosten zu tragen hat, der seinen Antrag zurücknimmt. Durch die Antragsrücknahme begibt sich der Antragsteller freiwillig in die Rolle des Unterlegenen. Die Zurücknahme steht dabei als verpflichtender Tatbestand der Verurteilung der unterliegenden Partei gleich und kann sich auch nicht mehr in Widerspruch zur Wertung des Beweisergebnisses eines Hauptsacheverfahrens setzen.³⁴⁰ Vielmehr erlangt das selbständige Beweisverfahren durch die Einführung des § 494a Abs. 2 ZPO prozessuale Selbständigkeit. Nach Antragsrücknahme kann ein folgendes Klageverfahren nicht mehr als Hauptsache des ohne Beweisaufnahme abgeschlossenen Beweisverfahrens angesehen werden.³⁴¹ Es wäre auch unbillig und mit dem Grundsatz der Prozessökonomie unvereinbar, den im Beweisverfahren wegen der Antragsrücknahme "Obsiegenden" auf einen materiell-rechtlichen Kostenerstattungsanspruch und dessen gerichtliche Durchsetzung im Klagewege zu verweisen, zumal nur in den wenigsten Fällen dafür eine Anspruchsgrundlage besteht.³⁴² Zudem würde der Rechtsstreit um die Kosten den gleichen Umfang wie für die Verhandlung zur Hauptsache haben, denn der Antragsgegner müsste im Rahmen dieses Prozesses darlegen, zu Unrecht in Anspruch genommen worden zu sein. Aus den Besonderheiten des Beweisverfahrens oder der

³³⁹ BGH, Beschluss vom 09.05.2007 – IV ZB 26/06, BauR 2007, 1446 (1447); BGH, Beschluss vom 14.10.2004 – VII ZB 23/03, BauR 2005, 133 (134); so auch die Instanz-Rechtsprechung: OLG Stuttgart, Beschluss vom 21.07.2011 – 8 W 265/11, WuM 2011, 485; OLG Hamm, Beschluss vom 15.03.2005 – 21 W 6/05, NZBau 2005, 696; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12.04.2005 – 23 W 10/05, OLGR Düsseldorf 2005, 453; OLG Koblenz, Beschluss vom 14.07.2004 – 3 W 413/04, OLGR Koblenz 2005, 155; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19.11.2001 – 21 W 35/01, NJW-RR 2002, 864; Thüringer OLG, Beschluss vom 16.11.2001 – 2 W 506/01, BauR 2002, 667; OLG Celle, Beschluss vom 23.10.2001 – 14 W 33/01, OLGR Celle 2001, 335 (336); OLG Braunschweig, Beschluss vom 17.01.2001 – 8 W 61/00, BauR 2001, 994; OLG Köln, Beschluss vom 12.04.2000 – 17 W 480/99, BauR 2000, 1777 (1778) für den Fall der ausdrücklichen Antragsrücknahme; OLG Koblenz, Beschluss vom 10.01.2000 – 8 W 810/99, MDR 2000, 478; OLG Hamm, Beschluss vom 28.12.1999 – 21 W 34/98, OLGR 2000, 99; OLG Stuttgart, Beschluss vom 17.08.1999 – 12 W 32/99, OLGR Stuttgart 1999, 419; OLG München, Beschluss vom 27.05.1998 – 13 W 1477/98, OLGR München 1998, 250; OLG München, Beschluss vom 16.12.1997 – 13 W 3259/97, BauR 1998, 592; OLG Frankfurt, Beschluss vom 27.10.1997 – 17 W 48/97, BauR 1998, 891; OLG Bamberg, Beschluss vom 12.05.1997 – 7 W 11/97, in juris; OLG Hamm, Beschluss vom 24.03.1993 – 12 W 2/93, OLGZ 1994, 233 (234); OLG Frankfurt, Beschluss vom 27.02.1995 – 22 W 43/94, NJW-RR 1995, 1150; OLG Nürnberg, Beschluss vom 13.04.1994 – 9 W 748/94, MDR 1995, 623; OLG München, Beschluss vom 08.04.1994 – 28 W 1010/94, BauR 1994, 664; OLG Köln, Beschluss vom 10.09.1993 – 19 W 41/93, MDR 1994, 315; OLG München, Beschluss vom 22.09.1993 – 27 W 173/93, BauR 1994, 276 (277); OLG Köln, Beschluss vom 12.03.1993 – 3 W 7/93, OLGZ 1994, 236; OLG Köln, Beschluss vom 27.11.1992 – 22 W 37/92, OLGZ 1994, 237; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 18.05.1992 – 6 W 25/92, NJW-RR 1992, 1406; LG Wiesbaden, Beschluss vom 18.03.2005 – 11 OH 1/03, BauR 2005, 910; LG Hannover, Beschluss vom 19.07.1993 – 3 T 41/93, Nds.Rpfl. 1993, 296 (298); LG Frankfurt, Beschluss vom 07.10.1998 – 2 -04-OH 14/93, BauR 1995, 585 (586); LG Kaiserslautern, Beschluss vom 04.08.1997 – HK OH 1/97, BauR 1998, 884 (885); Kießling, NJW 2001, 3668 (3669); Weise, Praxis des selbständigen Beweisverfahrens, Rn 527; Seeber, S. 146 f.

³⁴⁰ BGH, Beschluss vom 14.10.2004 – VII 23/03, MDR 2005, 227; OLG Koblenz, Beschluss vom 10.01.2000 – 8 W 810/99, MDR 2000, 478 (479).

³⁴¹ OLG Koblenz, Beschluss vom 10.01.2000 – 8 W 810/99, MDR 2000, 478 (479); OLG Nürnberg, Beschluss vom 13.04.1994 – 9 W 748/94, MDR 1994, 623 (624).

³⁴² OLG Nürnberg, Beschluss vom 13.04.1994 – 9 W 748/94, MDR 1994, 623 (624); OLG München, Beschluss vom 08.04.1994 – 28 W 1010/94, MDR 1994, 624 (624); OLG Hamm, Beschluss vom 24.03.1993 – 12 W 12/93, OLGZ 1994, 233 (234).

Kostenvorschrift des § 494a Abs. 2 ZPO folgt auch nichts, was gegen eine entsprechende Anwendung der für das Erkenntnisverfahren geltenden Kostenvorschrift des § 269 Abs. 3 ZPO sprechen würde. Würde die Vorschrift nicht angewendet, hätte es der Antragsteller bei Erkenntnis, dass das Beweisverfahren für ihn ungünstig ausfällt, in der Hand, durch Rücknahme seines Antrags die negative Kostenfolge des § 494a ZPO zu umgehen. Zudem steht der Regelungsbereich des § 269 Abs. 3 S. 2 ZPO über die Klagerücknahme der Antragsrücknahme näher als die Sondervorschrift des § 494a Abs. 2 ZPO, weshalb diese auch nicht analog anzuwenden ist. Das Beweisverfahren ist dem Erkenntnisverfahren insoweit in wesentlichen Punkten ähnlich. Ein zu formales Abstellen auf ein fehlendes Prozessrechtsverhältnis verbietet sich, zumal – wie erwähnt – die Einführung des § 494a ZPO die allgemeine Anwendung des § 269 Abs. 3 ZPO nicht ausschließt und der Antragsteller auch nicht besser gestellt werden soll, wenn er seine Rechtsverfolgung schon vor der Beweiserhebung aufgibt. Dieser Ausschluss der Anwendung des § 494a ZPO kann indes nicht mehr gegeben sein, wenn im Zeitpunkt der Rücknahme ein Gutachten bereits zur Akte gereicht worden ist; denn da die Rücknahmeerklärung ex nunc wirkt, ist in diesem Fall ein gemäß § 493 ZPO in einem Hauptsacheprozess grundsätzlich verwendbares Produkt vorhanden.

Dieses Ergebnis gilt aber nur, solange der Wille des Antragstellers eindeutig auf eine Erledigung schließen lässt.³⁴³ Die analoge Anwendung des § 269 Abs. 3 S. 2 ZPO kommt nur in den Fällen zum Tragen, in denen die Rücknahme nicht auf einem Ereignis basiert, welches das Interesse des Antragstellers an der Beweiserhebung entfallen lässt.³⁴⁴ Die Antragsrücknahme setzt neben dem Willen auch eine wirksame Rücknahmeerklärung voraus.³⁴⁵ Dabei kann die Antragsrücknahme auch stillschweigend erklärt werden.³⁴⁶ Dies gilt aber nur so lange, wie das Verhalten der Partei eindeutig und unzweifelhaft ergibt, dass diese den Willen zur Rücknahme hat.³⁴⁷ Es erscheint nicht sachgerecht, im Falle des längeren Nichtbetreibens des selbständigen Beweisverfahrens eine konkludente Antragsrücknahme anzunehmen.³⁴⁸ Wegen der Besonderheit des selbständigen Beweisverfahrens kommt es bei der Kostenentscheidung nach § 269 Abs. 3 ZPO nicht auf den Hintergrund der Rücknahmeerklärung an, denn dieses

³⁴³ KG, Beschluss vom 13.09.2001 – 8 W 329/01, BauR 2002, 1735 (1736).

³⁴⁴ BGH, Beschluss vom 10.03.2005 – VII ZB 1/04, NJW-RR 2005, 1015.

³⁴⁵ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19.11.2001 – 21 W 35/01, NJW-RR 2002, 864.

³⁴⁶ OLG Koblenz, Beschluss vom 14.07.2004 – 3 W 413/04, OLGR 2005, 155.

³⁴⁷ So allgemein zur Klagerücknahme: BGH, Beschluss vom 22.05.1989 – VIII ZR 129/88, NJW-RR 1989, 1276.

³⁴⁸ BGH, Beschluss vom 14.10.2004 – VII 23/03, MDR 2005, 227 (228).

nur die Feststellung tatsächlicher Gegebenheiten bezweckende Verfahren bietet keinen Raum zu Klärung anderer als der im Beweisbeschluss enthaltenen tatsächlichen Umstände.

Nach Beendigung der Beweiserhebung ist § 269 Abs. 3 ZPO nicht anwendbar. Eine Verwertung des Beweisergebnisses kann dann unabhängig davon im nachfolgenden Hauptsacheverfahren stattfinden. Falls es nicht zu einem solchen gekommen ist, ist dem Antragsgegner ein Antrag nach § 494a Abs. 1 ZPO zwecks gerichtlicher Anordnung zur Erhebung einer Hauptsacheklage innerhalb einer bestimmten Frist unbenommen.³⁴⁹

2. Antragsrücknahme nach Anhängigkeit des Hauptsacheverfahrens

Wenn ein Hauptsacheverfahren anhängig ist und der Antrag auf Durchführung des selbständigen Beweisverfahrens vom Antragsteller zurückgenommen wird, ist für eine „isolierte“ Kostenentscheidung im selbständigen Beweisverfahren kein Raum. Dies gilt auch für die Kostengrundentscheidung nach § 269 Abs. 3 ZPO.³⁵⁰ Hinsichtlich der Identität der Streitgegenstände besteht dabei die Besonderheit, dass auf den Zeitpunkt der Antragsrücknahme abzustellen ist und dann unter Umständen eine Klärung der potenziellen Beweiserheblichkeit im Hauptsacheverfahren erfolgen muss. Die Antragsrücknahme des selbständigen Beweisverfahrens ist erst dann in der Kostenentscheidung des Hauptsacheverfahrens zu berücksichtigen, wenn es überhaupt zu einer Beweiserhebung gekommen ist und das durch die Rücknahme abgebrochene Beweisverfahren für das Hauptsacheverfahren erheblich bzw. wesentlich gewesen wäre. Ein ausschließliches Abstellen auf die Nichtverwertung des Beweisergebnisses im Hauptsacheverfahren unter Außerachtlassung des Kriteriums der Beweiserheblichkeit würde den entwickelten Grundsätzen zur Identität der Streitgegenstände widersprechen. Sofern die Beweiserheblichkeit des selbständigen Beweisverfahrens für das Hauptsacheverfahren verneint wird, ergeht nach erklärter Antragsrücknahme eine Kostenentscheidung nach § 269 Abs. 3 ZPO noch im Beweisverfahren.

³⁴⁹ Entgegen: OLG Köln, Beschluss vom 10.09.1993 – 19 W 41/93, MDR 1994, 315.

³⁵⁰ BGH, Beschluss vom 10.03.2005 – VII ZB 1/04, NJW-RR 2005, 1015 (1016); OLG Hamm, Beschluss vom 28.12.1999 – 21 W 34/98, OLGR Hamm 2000, 99 = MDR 2000, 790 = BauR 2000, 1090 (1091).



3. Teilweise Antragsrücknahme

Bei der Rücknahme nur eines Teils des Antrags kommt im selbständigen Beweisverfahren eine Teilkostenentscheidung nicht in Betracht; dies begründet sich darin, dass im Fall der nur teilweisen Antragsreduzierung ein anschließendes Hauptsacheverfahren bzw. das Verfahren gem. § 494a ZPO zu erwarten ist, worin dann über sämtliche Kosten entschieden werden kann. Deshalb ist eine die entsprechende Anwendung des § 269 Abs. 3 ZPO notwendig machende Ausnahmesituation nicht gegeben.³⁵¹ Es widerspräche dem Grundsatz der einheitlichen Kostenentscheidung, eine isolierte Kostenentscheidung über den zurückgenommenen Teil des selbständigen Beweisverfahrens zu treffen. Nach gegenteiliger Ansicht, u. a. vertreten von Luz, könnte bei einer Teilrücknahme der Antragsteller risikolos erst einmal alle Mangelrügen in den Beweissicherungsantrag packen und sich später die Rosinen rauspicken³⁵². Doch wird auch hier die mögliche Anwendung des § 96 ZPO verkannt. Dieses Ergebnis ist insoweit konsequent.

4. Zwischenergebnis

Mit der Antragsrücknahme vor Beweiserhebung im selbständigen Beweisverfahren hat sich der Antragsteller freiwillig in die Rolle des Unterlegenen begeben. Ihn trifft dann auch die volle Kostentragungspflicht analog § 269 Abs. 3 S. 2 ZPO. Für die entsprechende Anwendung besteht aufgrund des schutzwürdigen Interesses des Antragsgegners an einer sofortigen Entscheidung über die Kosten ein Bedürfnis, da dieser ein Hauptsacheverfahren nicht erzwingen kann. Es ist nicht einzusehen, warum der Antragsgegner Kosten tragen sollte für ein Verfahren, das der Antragsteller angestrengt und nicht zu Ende geführt hat. Dies gilt aber nur, solange das Beweisthema rechtlich klärungsbedürftig ist und mithin auch ein Beweisinteresse besteht. Die Antragsrücknahme muss dabei eindeutig und unmissverständlich erklärt werden. Etwas anderes gilt für die Fälle des Vergleichs mit anschließender Antragsrücknahme und für die Fälle, in denen die Rücknahme des Antrags nach einer vorherigen Anspruchserfüllung durch den Antragsgegner erfolgt.

³⁵¹ OLG Koblenz, Beschluss vom 04.01.2006 – 14 W 5/06, 14 W 6/06, in juris; LG Potsdam, Beschluss vom 15.07.1997 – 6 OH 1/95, BauR 1998, 883; Joussem, in Ingenstau/Korbian, B § 18 Nr. 4, S. 2191, Rn. 192.

³⁵² Luz, Kosten im selbständigen Beweisverfahren, S. 251 (269).

Wird der Antrag auf Durchführung eines selbständigen Beweisverfahrens nach Klageerhebung zurückgenommen, ist über die Kostenfolge der Rücknahme nicht im selbständigen Beweisverfahren, sondern im Hauptsacheverfahren zu entscheiden.

III. Einseitige Erledigungserklärung

Wenn sich während des selbständigen Beweisverfahrens die Sache durch eine andere Begutachtung oder in sonstiger Weise regelt, stellt sich für den Antragsteller die Frage, ob in einem solchen Fall eine einseitige Erledigungserklärung mit der Folge der Auferlegung der Kosten auf die Gegenseite möglich ist. Erledigungserklärungen ergehen meistens bei Nachbesserung und Nacherfüllung, aber auch in den Fällen, in denen der Antragsteller vom selbständigen Beweisverfahren deshalb Abstand nimmt, weil das Beweisverfahren als zu lange dauernd angesehen wird, der bestellte Sachverständige als unqualifiziert erscheint oder der Antragsteller dem Antragsgegner mitteilt, dass der vermutete Mangel nicht vom Gutachten bestätigt worden und deshalb beabsichtigt sei, das Beweisverfahren nicht weiter zu betreiben.

Im Hinblick auf die zweite Fallvariante und unter Zugrundelegung der Konstellation, dass die Rücknahme nicht auf einem Ereignis beruht, welches das Interesse des Antragstellers an der Beweiserhebung hat entfallen lassen, ist zunächst festzuhalten, dass es eine einseitig abgegebene Erklärung, wonach das Verfahren in der Hauptsache erledigt ist, im selbständigen Beweisverfahren nicht geben kann. Die Grundsätze, die für das Klageverfahren bezüglich der einseitigen Erledigungserklärung entwickelt worden sind, sind nicht anwendbar, weshalb eine einseitig abgegebene Erledigungserklärung so keine Kostenentscheidung ermöglicht.³⁵³ Eine einseitige Erledigungserklärung führt im Erkenntnisverfahren dazu, dass gegebenenfalls mit Beweisaufnahme geklärt werden muss, ob die Klage bei Erhebung begründet gewesen ist und sich durch ein nachträgliches Ereignis erledigt hat.³⁵⁴ Eine Feststellungsentscheidung kann es so aber im selbständigen Beweisverfahren nicht geben.³⁵⁵ Das Gericht kann nicht in die Lage versetzt werden, die materielle Rechtslage diesbezüglich zu prüfen.³⁵⁶ Rechtsfragen

³⁵³ BGH, Urteil vom 24.02.2011 - VII ZB 20/09, NJW-RR 2011, 932; BGH, Beschluss vom 12.02.2004 - V ZB 57/03, NJW 2004, 1005 = MDR 2004, 715; OLG Koblenz, Beschluss vom 14.07.2004 - 3 W 413/04, OLGR 2005, 155 (156); OLG Thüringen, Beschluss vom 16.11.2001 - 2 W 506/01, BauR 2002, 667 (668); LG Mönchengladbach, Beschluss vom 08.09.2005 - 5 T 352/05, MDR 2006, 229 (230); LG Wiesbaden, Beschluss vom 18.03.2005 - 11 OH 1/03, BauR 2005, 910.

³⁵⁴ OLG Dresden, Beschluss vom 08.04.2005 - 11 W 276/05, BauR 1671 (1672).

³⁵⁵ OLG Koblenz, Beschluss vom 14.07.2004 - 3 W 413/04, OLGR 2005, 155 (156); Vogel, IBR 2004, 1081.

³⁵⁶ Moehren/Frommhold, BauRb 2005, 250 (252).

werden nicht zum Gegenstand eines Beweisverfahrens gemacht, es geht allein um die Tatsachenklärung.

Es kommt nicht in Betracht, die Kosten des selbständigen Beweisverfahrens auf Antrag des Antragstellers in entsprechender Anwendung des § 494a Abs. 2 ZPO dem Antragsgegner aufzuerlegen.³⁵⁷ Die Vorschrift des § 494a ZPO sieht eine Kostenfestsetzung gegen den Antragsteller vor, wenn er aufgrund eines für ihn ungünstigen Beweisergebnisses auf die Erhebung der Klage im Hauptsacheverfahren verzichtet. Da die Regelung des § 494a Abs. 2 ZPO den Fall der Antragsrücknahme vor der Beweiserhebung aus den dort genannten Gründen nicht erfasst, besteht auch hier ein schützenswertes Interesse des Antragsgegners an einer sofortigen Kostenentscheidung.³⁵⁸ In der einseitigen Erledigungserklärung ist eine Antragsrücknahme zu sehen, was eine Pflicht des Antragstellers zur Kostentragung entsprechend § 269 Abs. 3 S. 2 ZPO zur Folge hat.³⁵⁹ Die einseitige Erledigungserklärung als Antragsrücknahme kommt – wie eingangs erwähnt – nach Ansicht des BGH aber nur in den Fällen in Betracht, in denen die Rücknahme nicht auf einem Ereignis beruht, das das Interesse des Antragstellers an der Beweiserhebung hat entfallen lassen.³⁶⁰ Der Antragsteller darf also sein rechtliches Interesse an der weiteren Beweiserhebung nicht verloren haben; nur dann rechtfertigt sich die Auslegung der Erledigungserklärung als Antragsrücknahme. Entgegen der Ansicht des OLG Schleswig³⁶¹ ergibt sich auch bei der Sachlage nichts anderes, in der der Antragsteller das selbständige Beweisverfahren zwar einseitig für erledigt erklärt, sich aber ausdrücklich gegen die Auslegung seiner Erklärung als Antragsrücknahme ausspricht. Hier stellt sich die Erklärung als ein Fall des Nichtbetreibens des Verfahrens dar, welcher als Antragsrücknahme zu werten ist und ebenfalls die Kostenfolge des § 269 Abs. 3 ZPO nach sich ziehen muss. Für den Fall, dass die Erledigungserklärung der Antragsrücknahme nicht gleichgesetzt wird, dürfen die Kosten des selbständigen

³⁵⁷ BGH, Urteil vom 24.02.2011 - VII ZB 20/09, NJW-RR 2011, 932; BGH, Beschluss vom 07.12.2010 - VIII ZB 14/10, NJW 2011, 1292 (1293); BGH, Beschluss vom 12.02.2004 - V ZB 57/03, MDR 2004, 715 = NJW 2004, 1005.

³⁵⁸ LG Wiesbaden, Beschluss vom 18.03.2005 - 11 OH 1/03, BauR 2005, 910; LG Mönchengladbach, Beschluss vom 08.09.2005 - 5 T 352/05, MDR 2006, 229.

³⁵⁹ BGH, Urteil vom 24.02.2011 - VII ZB 20/09, NJW-RR 2011, 932; BGH, Beschluss vom 07.12.2010 - VIII ZB 14/10, NJW 2011, 1292; BGH, Urteil vom 09.05.2007 - IV ZB 26/06, BauR 2007, 1446 (1447); BGH, Beschluss vom 14.10.2004 - VII ZB 23/03, MDR 2005, 227; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12.04.2005 - 7 W 10/05, BauR 2005, 1222; OLG Dresden, Beschluss vom 08.04.2005 - 11 W 0276/05, BauR 2005, 1671; KG, Beschluss vom 13.09.2001 - 8 W 329/01, KGR Berlin 2002, 140 = BauR 2002, 1735 (1736); OLG Bamberg, Beschluss vom 26.02.1999 - 3 W 169/98, OLGR München 1999, 158; LG Wiesbaden, Beschluss vom 18.03.2005 - 11 OH 1/03, BauR 2005, 910; Ulrich, IBR 2006, 307; Onderka, AGS 2005, 31.

³⁶⁰ BGH, Beschluss vom 07.12.2010 - VIII ZB 14/10, NJW 2011, 1292 (1293); BGH, Beschluss vom 01.07.2004 - V ZB 66/03, MDR 2004, 1325.

³⁶¹ OLG Schleswig, Beschluss vom 03.05.2004 - 16 W 57/04, BauR 2004, 1818, das das Nichtbetreiben als Beendigung i.S.d. § 494a ZPO behandelt.

Beweisverfahrens dem Antragsteller nur dann auferlegt werden, wenn er nach § 494a Abs. 1 ZPO innerhalb der ihm vom Gericht gesetzten Frist nicht Klage erhebt. Der Antragsteller könnte auf die Aufforderung hin Feststellungsklage zu erheben.³⁶²

In der eingangs erwähnten Fallvariante, dass der Antragsgegner während des selbständigen Beweisverfahrens den Mangel beseitigt, ist die Weiterführung der beantragten Beweiserhebung nicht mehr möglich. Hier ist das Interesse des Antragstellers an weiterer Beweiserhebung entfallen. Die Erledigungserklärung des Antragstellers ist dann nicht als eine Antragsrücknahme mit der zwingenden Kostenfolge des § 269 Abs. 3 ZPO auszulegen. Der Antragsteller kann auf Feststellung klagen, dass der Antragsgegner zu der vorgenommenen Handlung verpflichtet war.³⁶³

D. Kostenentscheidung bei „Erledigung“ durch Erfüllung

I. Erfüllung vor Anordnung der Klageerhebung nach § 494a ZPO

1. Antragsrecht des Antragsgegners

Ein typisches Beispiel für die Erfüllung des Hauptsacheanspruchs stellt es dar, wenn der Streitgegenstand der Hauptsache und des Beweisverfahrens die Nachbesserung eines Werkes im Werkprozess betrifft und der Antragsgegner nach Durchführung des selbständigen Beweisverfahrens die Mängel freiwillig beseitigt. Dem Antragsteller ist in diesem Falle der „Erledigung“ die Möglichkeit der weiteren Durchführung des Beweisverfahrens und damit der Verwertung der Beweisaufnahme im Hauptprozess genommen; die beantragte Beweisaufnahme ist tatsächlich nicht mehr möglich. Auch wird der Antragsteller sein rechtliches Beweisinteresse an der weiteren Durchführung des selbständigen Beweisverfahrens verloren haben, da es unter anderem keine hinreichenden Grundlagen zur Klärung der für die Kostenentscheidung bedeutsamen Umstände dieser Erfüllung mehr gibt, obwohl der Antragsteller anfangs ein Beweisverfahren auf der Grundlage anderer tatsächlicher Umstände angestrebt hat. Daher ist es nur verständlich, dass in diesem Fall der „Erledigung“ für eine Kostenentscheidung im selbständigen Beweisverfahren plädiert wird.³⁶⁴

³⁶² Beispielhaft: OLG Köln, Beschluss vom 12.4.2000 – 17 W 480/99, BauR 2000, 1777 (1778).

³⁶³ BGH, Beschluss vom 01.07.2004 – V ZB 66/03, MDR 2004, 1325; BGH, Beschluss vom 12.02.2004 – V ZB 57/03, NJW-RR 2004, S. 1005; OLG Köln, Beschluss vom 12.04.2000 – 17 W 480/99, BauR 2000, 1777.

³⁶⁴ OLG München, Beschluss vom 25.04.2001 – 28 W 1086/01, NJW-RR 2001, 1580; Thüringer OLG, Beschluss vom 16.11.2001 – 2 W 506/01, BauR 2002, 667 (668); OLG Celle, Beschluss vom 06.04.2000 – 14 W 10/00, OLGR Celle 2000, 197;

Dementsprechend ist das Antragsrecht des Antragsgegners aus § 494a Abs. 1 ZPO im Ergebnis nicht gegeben, wenn sich alle Mängel bestätigt haben und der Hauptsacheanspruch daraufhin unstreitig von diesem erfüllt wird.³⁶⁵ Es fehlt dem Antragsgegner schon an dem für die Antragstellung nach § 494a Abs. 1 ZPO erforderlichen Rechtsschutzinteresse.³⁶⁶ Der Antragsgegner oder ein Dritter hat durch die Erfüllung der Ansprüche das Hauptsacheverfahren unmöglich gemacht. Denn § 494a Abs. 2 ZPO soll allein die Lücke schließen, die entsteht, wenn der Antragsteller aufgrund eines für ihn ungünstigen Ergebnisses auf die Erhebung der Klage zur Hauptsache verzichtet. Demgemäß kommt die in § 494a Abs. 2 ZPO intendierte Kostenfolge nicht für die Fälle der Hauptsacheerledigung in Betracht, in denen es mit dem Gesetzeszweck unvereinbar und rechtlich unbillig wäre, allein wegen der Nichterhebung der Hauptsacheklage die außergerichtlichen Kosten des Beweisgegners dem Antragsteller aufzuerlegen.³⁶⁷ Ein Kostenbeschluss nach § 494a Abs. 2 ZPO steht im Widerspruch zur Erfüllung des Antragsgegners und ein dahingehender Antrag ist als rechtsmissbräuchliches Verhalten zu werten. Da nach § 494a ZPO der Antragsteller vor die Wahl gestellt wird, entweder Hauptsacheklage mit einer Gesamtkostenentscheidung oder im Falle der Nichterhebung die Kosten des selbständigen Beweisverfahrens tragen zu müssen, kann § 494a ZPO deshalb nur Anwendung finden, sofern ein

Notthoff, JurBüro 1998, 61 (62); Hartmann, in Baumbach/Lauterbach/Hartmann, ZPO, § 91, Rn. 193 „Selbständiges Beweisverfahren“.

³⁶⁵ BGH, Beschluss vom 19.12.2002 – VII ZB 14/02, MDR 2003, 454; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 01.12.2008 – 21 W 32/08, IBR 2009, 128; OLG Hamm, Beschluss vom 18.01.2006 – 17 W 44/05, IBR 2006, 307 (hier erfüllte einer von mehreren Antragsgegnern); OLG Düsseldorf, Beschluss vom 10.01.2006 – I-22 W 36/05, MDR 2006, 1253; OLG Rostock, Beschluss vom 11.03.2004 – 7 W 21/04, OLGR Rostock 2005, 53; OLG Braunschweig, Beschluss vom 11.03.2004 – 8 W 56/03, OLGR Braunschweig 2004, 450 (451) (hiernach ergibt sich aber dann ein anderes Ergebnis, wenn dem Antragsgegner kein materiell-rechtlicher Kostenerstattungsanspruch zusteht); OLG Karlsruhe, Beschluss vom 20.08.2003 – 14 W 26/03, OLGR Karlsruhe 2004, 170; OLG Frankfurt, Beschluss vom 28.12.2001 – 1 W 32/01, OLGR 2002, 120; OLG Celle, Beschluss vom 23.10.2001 – 14 W 33/01, BauR 2002, 1888; OLG Köln, Beschluss vom 12.4.2000 – 17 W 480/99, BauR 2000, S. 1777 (1778) = NJW-RR 2001, 1650; OLG Dresden, Beschluss vom 11.02.1999 – 15 W 1610/98, NJW-RR 1999, 1516; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 20.05.1998 – 13 W 50/98, BauR 1998, 1278 (1279); OLG Frankfurt, Beschluss vom 18.03.1998 – 1 W 1/98, OLGR Frankfurt 1998, 362; OLG Hamm, Beschluss vom 15.09.1999 – 26 W 27/99, NJW-RR 2000, 732 (733); OLG Karlsruhe, Beschluss vom 22.05.1998 – 13 W 50/98, BauR 1998, 1278 (1279); OLG Hamburg, Beschluss vom 31.07.1997 – 9 W 16/97, MDR 1998, 242 (243); OLG Düsseldorf, Beschluss vom 10.01.1995 – 22 W 62/94, OLGR Düsseldorf 1995, 217; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 28.10.1993 – 10 W 135/93, MDR 1994, 201; OLG Hamm, Beschluss vom 05.05.1998 – 21 W 7/98, OLGR Hamm 1998, 264; OLG Frankfurt, Beschluss vom 05.05.1995 – 13 W 30/95, OLGR Frankfurt 1995, 155; LG Osnabrück, Beschluss vom 24.06.1994 – 3 T 2/94, BauR 1995, 281 (282) = MDR 1994, 1052; Ende, MDR 1997, 123 (124); Ulrich, AnwBl 2003, S. 144 (145); Kniffka/Koebler-Knacke, G. VI. 2, 584; Becker, ProZR 2003, 168 (169); Wielgoss, JurBüro 1999, 125.

³⁶⁶ BGH, Beschluss vom 19.12.2002 – VII ZB 14/02, MDR 2003, 454; OLG Hamm, Beschluss vom 05.05.1998 – 21 W 7/98, OLGR Hamm 1998, 264; Becker, ProZR 2003, 168 (169).

³⁶⁷ OLG Karlsruhe, Beschluss vom 20.08.2003 – 14 W 26/03, OLGR Karlsruhe 2004, 170; OLG Frankfurt, Beschluss vom 28.12.2001 – 1 W 32/01, OLGR 2002, 120; OLG Celle, Beschluss vom 23.10.2001 – 14 W 33/01, BauR 2002, 1888; OLG Dresden, Beschluss vom 11.02.1999 – 15 W 1610/98, BauR 2000, 605 (606) = NJW-RR 1999, 1516; OLG Frankfurt, Beschluss vom 02.10.1998 – 22 W 54/98, BauR 1999, 435 (436); OLG Karlsruhe, Beschluss vom 22.05.1998 – 13 W 50/98, BauR 1998, 1278; OLG Hamburg, Beschluss vom 31.07.1997 – 9 W 16/97, MDR 1998, 242 (243); Sieburg, in FS für Mantscheff, S. 405 (411).

Hauptsacheverfahren noch anhängig werden kann.³⁶⁸ Eine Leistungsklage zur Hauptsache, gerichtet auf Schadensersatz oder auf Kosten der Ersatzvornahme bzw. eines entsprechenden Vorschusses, wäre im Falle der Erfüllung durch den Antragsgegner von vornherein als unbegründet abzuweisen.³⁶⁹

Eine Klageerhebung in diesem Falle erzwingen zu können, nur um eine Gesamtkostenentscheidung nach den §§ 91 ff. ZPO herbeizuführen, verbietet sich.³⁷⁰ Der Sinngehalt des § 494a ZPO erstreckt sich nämlich nicht auf die Fälle, in denen sich die Beweisbehauptungen im selbständigen Beweisverfahren zum großen Teil bestätigt haben, sondern gerade auf die Fälle, in denen die Beweisaufnahme gerade keine Bestätigung der Behauptungen, insbesondere zum Vorliegen von Mängeln, erbracht hat.³⁷¹ Die Norm des § 494a ZPO bezweckt die Vermeidung von unnötigen Prozessen und will auch lediglich zu Selbstzwecken eingeleitete selbständige Beweisverfahren verhindern, was aber durch ein bestehendes Antragsrecht in sein Gegenteil verkehrt werden würde. Andernfalls stünde der sich zur Erfüllung verpflichtende Antragsgegner, der nach § 494a ZPO seine Kosten der Antragstellerseite überbürden könnte, unbilligerweise im selbständigen Beweisverfahren besser als in einem Hauptsacheverfahren, in dem die Antragstellerseite den Rechtsstreit mit der Kostenfolge für den zur Erfüllung verpflichteten Gegner für erledigt erklären könnte. Im Klageverfahren geht die nachträgliche Erfüllung des Hauptsacheanspruchs zulasten der beklagten Partei.³⁷² Eine entsprechende Anwendung des § 494a Abs. 2 ZPO kommt nicht in Betracht.

Der Antragsgegner bleibt damit bei Erfüllung vor Anordnung der Klageerhebung nach § 494a ZPO auf den ihm im selbständigen Beweisverfahren entstandenen Kosten sitzen. Ihm bleibt nur die Geltendmachung eines materiell-rechtlichen Kostenerstattungsanspruchs in einem Hauptsacheverfahren.³⁷³

³⁶⁸ OLG Celle, Beschluss vom 23.10.2001 – 14 W 33/01, BauR 2002, S. 1888; OLG Frankfurt, Beschluss vom 02.10.1998 – 22 W 54/98, BauR 1999, 435 (436); OLG Düsseldorf, Beschluss vom 10.01.1995 – 22 W 62/94, BauR 1995, 877.

³⁶⁹ OLG Hamm, Beschluss vom 18.01.2006 – 17 W 44/05, IBR 2006, 307 (Ls.); OLG Braunschweig, Beschluss vom 11.03.2004 – 8 W 56/03, OLGR Braunschweig 2004, 450 (451); OLG Frankfurt, Beschluss vom 28.12.2001 – 1 W 32/01, OLGR Frankfurt 2002, 120; OLG Hamm, Beschluss vom 15.09.1999 – 26 W 27/99, NJW-RR 2000, 733; OLG Celle Beschluss vom 23.10.2001 – 14 W 33/01, BauR 2002, 1888; LG Hildesheim, Beschluss vom 02.05.2000 – 2 OH 13/99, AGS 2002, 257 (dieser Entscheidung lag eine teilweise Erfüllung zugrunde).

³⁷⁰ BGH, Beschluss vom 19.12.2002 – VII ZB 14/02, BauR 2003, 575 (576); OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11.09.2002 – 5 W 26/02, BauR 2003, 289.

³⁷¹ OLG Celle Beschluss vom 23.10.2001 – 14 W 33/01, BauR 2002, 1888 (1889).

³⁷² OLG Frankfurt, Beschluss vom 02.10.1998 – 22 W 54/98, BauR 1999, 435 (436) = OLGR Frankfurt 1999, 56; Ende, MDR 1997, 123

³⁷³ OLG Celle, Beschluss vom 23.10.2001 – 14 W 33/01, BauR 2002, 1888.



Problematisch ist allerdings der Fall, in dem nicht eindeutig feststeht, ob der Anspruch erfüllt wurde oder nicht. Eine Klärung dieses Problems darf dem Gericht des selbständigen Beweisverfahrens im Rahmen einer Überprüfung der Situation nicht auferlegt werden.³⁷⁴ Es hat keine Möglichkeit, einen streitigen Tatsachenvortrag aufzuklären bzw. den Streit über materiell-rechtliche Fragen zu entscheiden. Sofern sich die Parteien noch darüber streiten, ob ein ursprünglich gegebener Hauptsacheanspruch durch Erfüllung seine Erledigung gefunden hat, ist einem Antrag nach § 494a Abs. 1 ZPO mit der möglichen Kostenentscheidung nach § 494a Abs. 2 ZPO stattzugeben.³⁷⁵ Der Antragsgegner handelt mit seinem Kostenantrag nicht treuwidrig. Dem Antragsteller bleibt unter Umständen die Erhebung einer Feststellungsklage gerichtet auf die Feststellung, dass ihm bis zur Mängelbeseitigung tatsächlich ein entsprechender Gewährleistungsanspruch zugestanden hat.

2. Antragsrecht des Antragstellers

Eine Kostenentscheidung zulasten des Antragsgegners kommt nicht in Betracht. Dass dem Antragsteller kein Antragsrecht nach § 494a ZPO zustehen kann, ergibt sich aus dem Sinn und Zweck des selbständigen Beweisverfahrens, wonach die Vorschrift nur dessen Belastung und nicht die des Antragsgegners mit den Kosten des Verfahrens vorsieht. Dies gilt auch nicht ausnahmsweise dann, wenn der Antragsgegner erfüllt.³⁷⁶

Unabhängig von dem fehlenden prozessualen Kostenerstattungsanspruch des Antragstellers kann dieser aber eine Klage auf Feststellung erheben, dass der Antragsgegner den für die Beweiserhebung relevanten Anspruch zu erfüllen verpflichtet war.³⁷⁷ Im Falle des Obsiegens erreicht der Antragsteller als Kläger eine Kostenentscheidung, die auch die Kosten des Beweisverfahrens umfasst.³⁷⁸ Diese Kostenentscheidung steht ihm aber nur insoweit zu, als die Identität zwischen dem Gegenstand des selbständigen Beweisverfahrens und des Umfangs der sich aus dieser ergebenden Mängelhaftung gewahrt ist.

³⁷⁴ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 09.09.1994 – 21 W 36/94, BauR 1995, 279 (280).

³⁷⁵ OLG Hamm, Beschluss vom 05.05.1998 – 21 W 7/98, OLGR Hamm 1998, 264.

³⁷⁶ BGH, Beschluss vom 09.05.2007 – IV ZB 26/06, BauR 2007, 1446 (1447); BGH, Beschluss vom 14.10.2004 – VII 23/03, MDR 2005, 227; BGH, Beschluss vom 12.02.2004 – V ZB 57/03, MDR 2004, 715.

³⁷⁷ BGH, Beschluss vom 12.02.2004 – V ZB 53/03, MDR 2004, 715; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 01.12.2008 – 21 W 32/08, IBR 2009, 128.

³⁷⁸ OLG Celle, Beschluss vom 23.10.2001 – 14 W 33/01, OLGR Celle, Braunschweig, Oldenburg 2001, 335.

Nimmt der Antragsteller seinen Antrag auf Durchführung des selbständigen Beweisverfahrens aufgrund der Erfüllung des Antragsgegners zurück, wird sich zu dessen Gunsten kein anderes Ergebnis ergeben. Die analoge Anwendung des § 269 Abs. 3 S. 2 ZPO soll auch dann eingreifen, wenn Grund für die Antragsrücknahme die Beseitigung der Mängel durch den Antragsgegner ist.³⁷⁹ Auch hier gilt das im Kostenrecht geltende Veranlasserprinzip mit der Kostenauflegung zulasten des Antragstellers, da derjenige die Kosten des Verfahrens zu tragen hat, der sein Begehren zurücknimmt. Wenn der Anlass des Beweisverfahrens bereits vor dessen Rechtshängigkeit durch Erfüllung weggefallen ist, ist nicht über eine Anwendung des § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO mit einer ausnahmsweisen Kostenauflegung zulasten des Antragsgegners zu entscheiden. Wie bei der im selbständigen Beweisverfahren nicht anzuwendenden Kostenvorschrift des § 91a ZPO bestimmt sich auch nach dieser Vorschrift die Kostentragungspflicht unter Berücksichtigung des bisherigen Sach- und Streitstandes nach billigem Ermessen. Dies indizierte eine Überprüfung der materiell-rechtlichen Situation in einer für das selbständige Beweisverfahren unzulässigen Weise. Dem Antragsteller bleibt im Ergebnis auch in dieser Konstellation nichts anderes übrig, als einen materiell-rechtlichen Kostenerstattungsanspruch geltend zu machen.

3. Ausnahmsweise prozessuale Kostenerstattung nach § 91a ZPO

Es ist befürwortet worden, dass ein erhebliches Bedürfnis für eine Kostenentscheidung im selbständigen Beweisverfahren gerade in den Fällen der Erledigung bestehe, in denen der Antragsgegner den streitigen Mängelanspruch erfülle. Es müsse zu einer Kostenentscheidung nach den §§ 91 ff. ZPO kommen, da es ansonsten zu unbilligen Ergebnissen komme.³⁸⁰ Der Grundgedanke der analogen Anwendung des § 91a ZPO nach Erledigung des Beweisverfahrens sei, dass der Antragsgegner ebenso wie bei einer Klageerhebung oder dem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung gegen seinen Willen mit einem gerichtlichen Verfahren überzogen werde. Erklärten die Parteien das selbständige Beweisverfahren auf die Erfüllung hin für erledigt, erscheine es doch praxisnah, dass diese dann auch das selbständige Beweisverfahren mit einer entsprechenden Kostenverteilung für erledigt erklärten. Die Vorschrift des § 91a ZPO

³⁷⁹ OLG Hamm, Beschluss vom 25.08.2004 – 2 W 24/04, IBR 2004, 734.

³⁸⁰ OLG München, Beschluss vom 25.04.2001 – 28 W 1086/01, NJW-RR 2001, 1580 = BauR 2001, 1947; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11.09.2002 – 5 W 26/02, BauR 2003, 289 (290); im Ergebnis auch: OLG Frankfurt, Beschluss vom 28.12.2001 – 1 W 32/01, OLGR 2002, 120; Hartmann, in Baumbach/Lauterbach/Hartmann, ZPO, § 494a, Rn. 4; Vygen, Anm. zu KG, Beschluss vom 18.09.2001 – 4 W 183/01, BauR 2001, 1952 (1953).

solle gerade verhindern, dass der Kläger trotz anfänglich zulässiger und begründeter Klage das volle Kostenrisiko trage. Eine entsprechende Anwendung liege auch deshalb so nahe, weil die Vorschrift dieser Konstellation sachlich am nächsten und mithin die Rechtsähnlichste sei. Das bloße Unterbleiben einer Kostenentscheidung nach § 494a ZPO zugunsten des Antragsgegners bliebe in diesen „Erledigungsfällen“ auf halbem Wege stehen, da dem Antragsteller ein berechtigtes Interesse zuerkannt werden müsse, eine vorzeitige Kostenentscheidung zu bekommen und gerade nicht auf ein weiteres Verfahren verwiesen zu werden; § 91a ZPO diene damit der Kostengerechtigkeit.³⁸¹ Zwar sei es dem Antragsgegner grundsätzlich nicht zuzumuten, grundlos von den Antragstellern verursachte Kosten selbst tragen zu müssen, jedoch könne andererseits dem Antragsteller ein Anspruch in den Fällen nicht verwehrt werden, in denen sich die Beweisaufnahme durch zwischenzeitliche Behebung der ursprünglich tatsächlich vorhandenen streitgegenständlichen Mängel erübrigt habe.³⁸² Der Grundsatz, dass im selbständigen Beweisverfahren keine Kostenentscheidung zulasten des Antragsgegners möglich sei, würde dabei nicht durchbrochen. Mit dem Zugeständnis des Antragsgegners, dass die vom Antragsteller behaupteten Mängel beständen, greife der Grundsatz, dass derjenige die Kosten zu tragen habe, dem es zuzurechnen sei, dass es nicht zur Beweiserhebung gekommen sei.³⁸³ Vereinzelt ist darüber hinaus auch vertreten worden, dass das Eingeständnis des Antragsgegners in der Erfüllungshandlung liegen könne.³⁸⁴

Doch lässt – wie oben erwähnt – die Anordnung einer Beweiserhebung keine Entscheidung über ein Recht oder einen Anspruch zu. Es können bei mangelnder Durchführung des selbständigen Beweisverfahrens erst recht nicht etwaige Erfolgsaussichten in der Hauptsache geprüft werden; eine Prüfung der materiellen Rechtslage verbietet sich.³⁸⁵ Deshalb kann selbst dann nicht aus der in Übereinstimmung mit dem Antragsteller abgegebenen Erklärung des Antragsgegners ein Schluss auf eine diesen treffende materielle Kostentragungspflicht gezogen werden, wenn er nach Anordnung des selbständigen Beweisverfahrens eine Handlung vornimmt, die das Interesse des Antragstellers entfallen lässt, diesen hierauf klageweise in Anspruch zu

³⁸¹ OLG München, Beschluss vom 25.04.2001 – 28 W 1086/01, NJW-RR 2001, 1580 = BauR 2001, 1947 (1949); Thüringer OLG, Beschluss vom 16.11.2001 – 2 W 506/01 (59), BauR 2002, 667 (668); OLG Frankfurt, Beschluss vom 02.04.1993 – 17 W 15/92, OLGR Frankfurt 1993, 227.

³⁸² OLG München, Beschluss vom 25.04.2001 – 28 W 1086/01, MDR 2001, 1011; OLG Frankfurt, Beschluss vom 02.04.1993 – 17 W 15/92, OLGR Frankfurt 1993, 227 = OLGZ 1993, 441.

³⁸³ LG Potsdam, Beschluss vom 09.05.2003 – 12 OH 13/02, BauR 2003, 1435.

³⁸⁴ Ende, MDR 1997, 123 (125).

³⁸⁵ OLG Celle, Beschluss vom 23.10.2001 – 14 W 33/01, BauR 2002, 1888.

nehmen.³⁸⁶ Es ist auch unerheblich, ob es zur Durchführung der Begutachtung durch den Sachverständigen gekommen ist.³⁸⁷

Es bleibt wegen der bestehenden Regelungslücke dabei, dass der Antragsteller zur Beitreibung seiner Kosten Hauptsacheklage erheben muss, deren Erfolg vom Bestehen eines materiell-rechtlichen Erstattungsanspruchs abhängig ist. Auch der Antragsgegner hat durch die Erfüllung keine Möglichkeit zur prozessualen Kostenerstattung. Für ihn bleibt ebenfalls nur die Geltendmachung eines etwaigen materiell-rechtlichen Kostenerstattungsanspruchs.³⁸⁸

4. Zwischenergebnis

Die Vorschrift des § 494a ZPO kann dem Antragsgegner dann kein Antragsrecht gewähren, wenn dieser während der Durchführung des selbständigen Beweisverfahrens den Mängelanspruch erfüllt. Es entspricht außerdem auch nicht dem Sinn der Vorschrift, dem Antragsteller die Kosten des Antragsgegners dann aufzuerlegen, wenn er die Klage in der Hauptsache nur deswegen nicht erhebt, weil sein materiell-rechtlicher Anspruch vor Durchführung der Beweisaufnahme erfüllt worden ist. Trotz Bedürfnisses verbietet sich eine Überprüfung der materiellen Rechtslage im selbständigen Beweisverfahren nach § 91a ZPO.

II. Erfüllung nach Anordnung der Klageerhebung

Falls sich der unstreitige Sachverhalt der Erfüllung seitens des Antragsgegners erst nach Erlass des Beschlusses nach § 494a Abs. 1 ZPO herausstellt, ist die Fristsetzung für den Antragsteller beachtlich. Er darf diese nicht verstreichen lassen. Hat der Antragsgegner den Antrag nach § 494a ZPO schon gestellt und ist der Beschluss zur Klageerhebung durch das Gericht ergangen, ist dieser nämlich nicht mehr anfechtbar nach § 567 ZPO und damit bestandskräftig.³⁸⁹ Der Antragsteller kann die Klagefristsetzung deshalb nicht nach § 567 Abs. 1 ZPO angreifen, da das Gericht kein das Verfahren betreffendes

³⁸⁶ BGH, Beschluss vom 12.02.2004 – V ZB 53/03, MDR 2004, 715; OLG Celle, Beschluss vom 23.10.2001 – 14 W 33/01, BauR 2002, 1888.

³⁸⁷ BGH, Beschluss vom 09.05.2007 – IV ZB 26/06, BauR 2007, 1446 (1447).

³⁸⁸ OLG Celle, Beschluss vom 23.10.2001 – 14 W 33/01, BauR 2002, 1888.

³⁸⁹ OLG Hamm, Beschluss vom 26.09.2006 – 21 W 64/05, BauR 2007, 751 = OLGR Hamm 2007, 66; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 27.04.2006 – 7 W 18/06, OLGR Karlsruhe 2006, 732; Großkopf, IBR 2005, 65.

Gesuch abgewiesen hat und eine dem § 494a Abs. 2 S. 2 ZPO entsprechende Regelung fehlt.³⁹⁰ Wegen dieser Bestandskräftigkeit des Anordnungsbeschlusses ist es auch ohne Bedeutung, ob er hätte ergehen dürfen. Der Antragsteller hat damit der Anordnung der Klageerhebung im Sinne des § 494a ZPO nachzukommen.³⁹¹ Wenn er die Klage nicht erhebt, trifft ihn die negative Kostenfolge des § 494a Abs. 2 ZPO. Der Einwand der Erfüllung kann nicht berücksichtigt werden. Jedenfalls kann der Streit über die Frage, inwieweit den Antragsgegner eine materielle Kostentragungspflicht getroffen hat, nicht im Rahmen des § 494a ZPO geklärt werden.³⁹²

Für den Antragsteller könnten sich in der Praxis oftmals Unsicherheiten ergeben, ob er nun Klage erheben muss oder der Antrag nach § 494a Abs. 1 ZPO wegen der Erfüllung schon gar nicht hätte gestellt werden dürfen. Eine Leistungsklage auf Zahlung der ihm im selbständigen Beweisverfahren entstandenen Kosten hilft dem Antragsteller insoweit nicht weiter. Es fehlt an der erforderlichen Identität der Streitgegenstände, ferner wäre sie ohnehin regelmäßig unbegründet.³⁹³ Deshalb wird teilweise vertreten, dass eine Fristsetzung nach § 494a Abs. 1 ZPO im Falle der Erfüllung gegenstandslos sei und vom Antragsteller sanktionslos nicht beachtet zu werden brauche, weshalb es nicht zur Kostenfolge des § 494a Abs. 2 ZPO kommen könne.³⁹⁴ Dem Antragsteller könne nicht das Beurteilungsrisiko hinsichtlich der Fristsetzung aufzubürden sein. Dies ergebe sich auch aus der Vorbildnorm des § 926 ZPO bei Erledigung des Anspruchs.³⁹⁵ Doch ist es im Wege der objektiven Klagehäufung gem. § 260 ZPO dem Antragsteller unbenommen, Feststellungsklage darauf zu erheben, dass der Antragsgegner zu der Beseitigung der von ihm behobenen Mängel verpflichtet war.³⁹⁶ Ein Feststellungsinteresse wegen des schon erfüllten Anspruchs zu verneinen³⁹⁷, wie es bei

³⁹⁰ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 09.09.1994 – 21 W 36/94, BauR 1995, 279 (280); Herget, in Zöller, ZPO, § 494a, Rn. 3.

³⁹¹ BGH, Beschluss vom 01.07.2004 – V ZB 66/03, MDR 2004, 1325 = NJW-RR 2004, 1580; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 27.04.2006 – 7 W 18/06, OLGR Karlsruhe 2006, 732; OLG Hamm, Beschluss vom 26.09.2006 – 21 W 64/05, BauR 2007, 751 = OLGR Hamm 2007, 66; OLG Frankfurt, Beschluss vom 18.03.1998 – 1 W 1/98, OLGR Frankfurt 1998, 362; Herget, in Zöller, ZPO, § 494a, Rn. 3.

³⁹² OLG Karlsruhe, Beschluss vom 27.04.2006 – 7 W 18/06, OLGR Karlsruhe 2006, 732; OLG Frankfurt, Beschluss vom 18.03.1998 – 1 W 1/98, OLGR Frankfurt 1998, 362.

³⁹³ BGH, Beschluss vom 01.07.2004 – V ZB 66/03, MDR 2004, 1325; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 27.04.2006 – 7 W 18/06, OLGR Karlsruhe 2006, 732.

³⁹⁴ OLG Hamm, Beschluss vom 15.09.1999 – 26 W 27/99, NJW-RR 2000, 732 = MDR 1999, 1406; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 10.01.1995 – 22 W 62/94, BauR 1995, 877 = OLGR Düsseldorf 1995, 217; Siegburg, in FS für Mantscheff, S. 405 (412).

³⁹⁵ Siegburg, in FS für Mantscheff, S. 405 (412).

³⁹⁶ BGH, Beschluss vom 01.07.2004 – V ZB 66/03, MDR 2004, 1325; BGH, Beschluss vom 12.02.2004 – V ZB 57/03, MDR 2004, 715; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 01.12.2008 – 21 W 32/08, IBR 2009, 128; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 27.04.2006 – 7 W 18/06, OLGR Karlsruhe 2006, 732; OLG Düsseldorf, Urteil vom 01.09.2005 – I-5 U 6/05, OLGR Düsseldorf 2006, 333 (335); Goebel, RVG-Berater 2005, 44; Großkopf, IBR 2005, 65.

³⁹⁷ So OLG Düsseldorf, Beschluss vom 10.01.1995 – 22 W 62/94, BauR 1995, 877 (879).

der Parallelvorschrift des § 926 ZPO der Fall ist, widerspräche dem Recht. Die Erhebung einer Feststellungsklage ist sachgerecht und dem Antragsteller auch zumutbar. Die Feststellungsklage hat insofern auch Nachwirkungen. Rechtsunsicherheiten bestehen – auch vor dem Hintergrund, dass § 494a ZPO vor Anordnung der Klageerhebung nicht anwendbar ist – nicht.

Sofern der Antragsteller im Hauptsacheverfahren obsiegt, erlangt er eine Kostengrundentscheidung zu seinen Gunsten, die die Kosten des selbständigen Beweisverfahrens umfasst.³⁹⁸ Der Antragsteller kann mit Erhebung der Feststellungsklage die negative Kostenfolge des § 494a Abs. 2 ZPO verhindern.³⁹⁹ Dies gilt auch, wenn die Erfüllung noch streitig ist.⁴⁰⁰

III. Mängelbeseitigung bei mehreren Antragsgegnern

1. Erfüllung durch einen der Antragsgegner

Wenn einer von mehreren Antragsgegnern während der Durchführung des selbständigen Beweisverfahrens die Mängel beseitigt, ist der Antrag des anderen Antragsgegners nach § 494a Abs. 1 ZPO im Ergebnis statthaft. Eine mögliche Kostenentscheidung nach § 494a Abs. 2 ZPO ist im Falle der Erfüllung nicht generell ausgeschlossen.⁴⁰¹ Die Regelung des § 494a Abs. 2 ZPO ist nur dann zu versagen, wenn der den Kostentitel begehrende Antragsgegner durch sein Verhalten, also durch Erfüllung der Ansprüche, die Klageerhebung vereiteln würde. Nur in derartigen Fällen ist es mit dem Gesetzeszweck nicht vereinbar und auch unbillig, dem die Klageerhebung vereitelnden Antragsgegner die Möglichkeit einzuräumen, sich einen Kostentitel zu verschaffen.⁴⁰² Wenn aber ein anderer Antragsgegner erfüllt als der den Antrag nach § 494a Abs. 1 ZPO stellende, findet praktischerweise § 494a Abs. 2 ZPO Anwendung, da er es gerade nicht war, der den Anspruch gegenstandslos gemacht hat. Deshalb stellt diese Konstellation eine Ausnahme zu der bereits beschriebenen dar. Genauso wie es dem Antragsteller im Falle einer Erfüllung möglich sein muss, Feststellungsklage gegen den Erfüllenden zu erheben, muss es erst recht dem nicht erfüllenden Antragsgegner – unabhängig davon, ob dieser zu

³⁹⁸ BGH, Beschluss vom 12.02.2004 – V ZB 57/03, MDR 2004, 715; OLG Hamm, Beschluss vom 26.09.2006 – 21 W 64/05, BauR 2007, 751 = OLGR Hamm 2007, 66; Ulrich, IBR 2006, 307; Großkopf, IBR 2005, 65.

³⁹⁹ Vgl. OLG Hamm, Beschluss vom 26.09.2006 – 21 W 64/05, BauR 2007, 751 = OLGR Hamm 2007, 66.

⁴⁰⁰ OLG Hamm, Beschluss vom 05.05.1998 – 21 W 7/98, OLGR Hamm 1998, 264.

⁴⁰¹ Saarländisches OLG, Beschluss vom 03.02.2000 – 4 W 384/99-50, OLGR Saarbrücken 2000, 300; Ulrich, IBR 2006, 307.

⁴⁰² BGH, Beschluss vom 19.12.2002 – VII ZB 14/02, MDR 2003, 454; Becker, ProZR 2003, 168 (169).



Recht oder zu Unrecht mit dem selbständigen Beweisverfahren überzogen wurde – zugebilligt werden, den Antragsteller zur Klageerhebung gegen ihn nach § 494a Abs. 1 ZPO auffordern zu lassen.⁴⁰³ Der Antragsgegner soll nicht auf seinen außergerichtlichen Kosten sitzen bleiben müssen. Demjenigen, der die Erfüllungsleistung nicht erbracht hat, muss ein Kostenerstattungsanspruch nach § 494a Abs. 2 ZPO zuerkannt werden. Dies ergibt sich nicht zuletzt auch aus den im zweiten Kapitel entwickeltem Grundsatz, dass der nicht verklagte Antragsgegner auch einen Antrag nach § 494a Abs. 1 ZPO zur prozessualen Kostenerstattung stellen kann.

Teilweise ist dazu vertreten worden, dass der nicht erfüllende Antragsgegner auf einen materiell-rechtlichen Erstattungsanspruch zu verweisen ist.⁴⁰⁴ Dies wäre unter Berücksichtigung der genannten Argumente aber nicht sachgerecht, zumal er mit dem selbständigen Beweisverfahren überzogen worden ist. Einer Kostenentscheidung nach § 494a Abs. 2 ZPO steht es auch nicht entgegen, wenn einer von mehreren Antragsgegnern, die keine Gesamtschuldner sind, den Anspruch erfüllt und der Antragsteller daraufhin die gegen die übrigen Antragsgegner möglicherweise bestehenden Hauptsacheansprüche an den erfüllenden Antragsgegner abtritt.⁴⁰⁵

Aus dem Rechtsgedanken der gesamtschuldnerischen Haftung der Antragsgegner untereinander würde eine gegen den einzelnen Antragsgegner erhobene Klage infolge der Erfüllungshandlung eines anderen ebenfalls von vornherein abzuweisen sein.⁴⁰⁶ Eine Kostenentscheidung nach § 494a ZPO kommt dann nicht in Betracht. Die dem nicht erfüllenden Antragsgegner entstandenen Kosten sind nur über materiell-rechtliche Ansprüche ersatzfähig.⁴⁰⁷ Ein solcher könnte sich gegen die Gesamtschuldner nach § 426 BGB richten.

⁴⁰³ Saarländisches OLG, Beschluss vom 03.02.2000 – 4 W 384/99-50, OLGR Saarbrücken 2000, 300.

⁴⁰⁴ OLG Hamm, Beschluss vom 18.01.2006 – 17 W 44/05, IBR 2006, 307; OLG Frankfurt, Beschluss vom 16.06.2004 – 17 W 20/04, IBR 2005, 1068; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11.09.2002 – 5 W 26/02, BauR 2003, 289; OLG Celle, Beschluss vom 23.10.2001 – 14 W 33/01, OLGR Celle 2001, 335; OLG Dresden, Beschluss vom 11.02.1999 – 15 W 1610/98, NJW-RR 1999, 1516 = JurBüro 1999, 594 (595) = BauR 2000, 605 (606); OLG Hamm, Beschluss vom 15.09.1999 – 26 W 27/99, MDR 1999, 1406.

⁴⁰⁵ Saarländisches OLG, Beschluss vom 03.02.2000 – 4 W 384/99-50, OLGR Saarbrücken 2000, 300.

⁴⁰⁶ OLG Frankfurt, Beschluss vom 16.06.2004 – 17 W 20/04, IBR 2005, 1068; OLG Hamburg, Beschluss vom 01.06.2004 – 11 W 18/04, BauR 2004, 1822 (für den Fall, dass sich einer der Gesamtschuldner mit dem Antragsteller vergleicht); OLG Hamm, Beschluss vom 15.09.1999 – 26 W 27/99, MDR 1999, 1406.

⁴⁰⁷ OLG Hamm, Beschluss vom 18.01.2006 – 17 W 44/05, IBR 2006, 307 (LS.); OLG Rostock, Beschluss vom 11.03.2004 – 7 W 21/04, OLGR Rostock 2005, 53 (54); OLG Hamm, Beschluss vom 15.09.1999 – 26 W 27/99, MDR 1999, 1406.

2. Erfüllung durch Dritte

Sofern nicht einer der in Frage kommenden Antragsgegner den Mangel beseitigt, sondern ein Dritter, stellt sich erneut die Frage einer gerechten Kostenerstattung. Einer Entscheidung des BGH lag z.B. ein Sachverhalt zugrunde, in dem der Versicherer des Antragsgegners die erforderlichen Entschädigungsleistungen an den Antragsteller erbrachte. Auch hier kann eine Kostenentscheidung nach Maßgabe des § 91a ZPO nicht ergehen. Wenn schon eine in Übereinstimmung mit dem Antragsteller abgegebene Erklärung des Antragsgegners keinen Schluss auf eine diesen treffende materielle Kostentragungspflicht zulässt, muss dies erst recht gelten, wenn ein Dritter die „erledigende“ Handlung vornimmt.⁴⁰⁸ Die Kostenerstattung kommt daher auch hier nur bei Bestehen eines materiell-rechtlichen Anspruchs in Betracht.

Ein prozessualer Kostenerstattungsanspruch ergibt sich indes dann, wenn ein Dritter auf Veranlassung des Antragstellers die Mängel beseitigt. Hier muss im Ergebnis dem Antragsgegner die Möglichkeit verbleiben, einen Antrag nach § 494a ZPO zu stellen. Sofern es solche Ansprüche nicht gäbe, wäre ein Antragsgegner schutzlos den Kosten des selbständigen Beweisverfahrens ausgesetzt, wenn ein vom Antragsteller beauftragter Dritter den Mängeln abhilft. Der Antragsgegner wird nämlich in einer solchen Konstellation keinen materiell-rechtlichen Kostenerstattungsanspruch haben.⁴⁰⁹ Zudem hat sich der Antragsteller selbst die Klageerhebung zunichte gemacht und sich selbst die Folge einer möglichen Kostenentscheidung im Hauptsacheverfahren genommen. Dies kann dem Antragsgegner nicht zugerechnet werden. Der Antragsteller kann allenfalls vor der Erfüllung Hauptsacheklage erheben und nach Erfüllung die Klage auf eine Feststellungsklage umstellen.⁴¹⁰

IV. Erklärung der vorbehaltlosen Erfüllung

Falls unstreitig die Hauptsacheforderung erfüllt wurde, wäre es widersprüchlich, wenn der Antragsgegner gleichzeitig einen Antrag nach § 494a Abs. 1 ZPO stellen könnte. Erklärt sich der Antragsgegner vorbehaltlos dazu bereit, seiner vertraglichen Verpflichtung nachträglich nachzukommen, die erforderlichen Arbeiten also

⁴⁰⁸ BGH, Beschluss vom 09.05.2007 – IV ZB 26/06, BauR 2007, 1446 (1447).

⁴⁰⁹ OLG München, Beschluss vom 07.01.1999 – 28 W 3211/98, BauR 1999, 784.

⁴¹⁰ OLG Braunschweig, Beschluss vom 11.03.2004 – 8 W 56/03, OLGR Braunschweig 2004, 450.

durchzuführen, kann sich kein anderes Ergebnis ergeben.⁴¹¹ Dem Antragsgegner ist ein Antragsrecht nach § 494a Abs. 1 ZPO verwehrt. Ihm fehlt es, ebenso wie bei der tatsächlichen Erfüllung, an einem für den Antrag erforderlichen Rechtsschutzbedürfnis. Sofern sich der Antragsgegner darüber hinaus neben der Mangelbeseitigung auch noch zur Übernahme der Kosten des selbständigen Beweisverfahrens bereiterklärt, trägt er auch die Kosten des Verfahrens analog § 269 Abs. 3 ZPO. Wie bei der Antragsrücknahme hat derjenige die Kosten zu tragen, der den Anspruch anerkennt.⁴¹² Falls die Anordnung zur Klageerhebung bereits ergangen ist, ist die Erklärung der vorbehaltlosen Erfüllung hingegen unerheblich und hat der Antragsteller Hauptsacheklage zu erheben.

V. Teilweise Erfüllung des Hauptsacheanspruchs

1. Antragsrecht nach § 494a ZPO bei teilweiser Erfüllung

Wenn ein durch den Sachverständigen bestätigter Teil der Beweisfrage durch Erfüllung des Antragsgegners vorweggenommen wird, stellt sich die Frage, ob eine Kostentscheidung im selbständigen Beweisverfahren, mithin eine Teilkostenentscheidung mit einer entsprechenden Quotelung, ergehen kann oder eine Kostenentscheidung im Hauptsacheverfahren zu ergehen hat. Zu einem Hauptsacheverfahren könnte es deshalb kommen, weil dem Antragsgegner hinsichtlich der nicht bestätigten und nicht erfüllten Teile ein Antragsrecht nach § 494a ZPO zusteht. Bei Teilidentität des Streitgegenstandes ist bereits festgestellt worden, dass keine anteilige Kostenentscheidung im Beweisverfahren ergehen kann. Es soll vielmehr aufgrund der Einheitlichkeit der Kostenentscheidung im Hauptsacheverfahren über die gesamten angefallenen Kosten entschieden werden. Dadurch, dass der Antragsgegner die vom Sachverständigen festgestellten Mängel behoben hat, ist der Fall der teilweise Erfüllung anders zu beurteilen. Zudem könnte dem Antragsgegner für die Antragsstellung nach § 494a ZPO das erforderliche Rechtsschutzinteresse fehlen.

Vor dem Hintergrund, dass ein selbständiges Beweisverfahren nicht zum Selbstzweck durchgeführt werden darf, muss die Einleitung eines solchen durch den Antragsteller

⁴¹¹ OLG Dresden, Beschluss vom 08.04.2005 – 11 W 276/05, BauR 2005, 1671; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 28.10.1993 – 10 W 135/93, MDR 1994, 201 (hier ist die Anordnung zur Klageerhebung schon ergangen); Pastor, in Werner/Pastor, Der Bauprozess, Rn. 129; Wielgoss, JurBüro 1999, 125; Ende, MDR 1997, 123.

⁴¹² OLG Dresden, Beschluss vom 05.12.2005/27.11.2005 – 6 W 1167/05, BauR 2007, 753 (754); OLG Dresden, Beschluss vom 08.04.2005 – 11 W 276/05, BauR 2005, 1671 (1672); Jousen, in Ingenstau/Korbian, Rn. 103; entgegen: OLG München, Beschluss vom 07.01.1999 – 28 W 3211/98, MDR 1999, 639; Groß, in FS für Mantscheff, S. 341 (352).

auch alle folgenden Konsequenzen nach sich ziehen. Sofern alle zu überprüfenden Mängel vom Sachverständigen festgestellt werden und der Antragsgegner nur einen Teil erfüllt, ist dem Antragsteller im Ergebnis eine Klageerhebung hinsichtlich des nicht erfüllten Teils mit einer im Hauptsacheverfahren zu treffenden Kostenentscheidung zumutbar.⁴¹³ Dabei ist das Vorgehen des Antragsgegners hinsichtlich der nicht erfüllten Teile nicht als rechtsmissbräuchliches Verhalten zu werten, woraufhin ihm auch grundsätzlich ein Antragsrecht nach § 494a ZPO zustehen könnte.

Maßgebend zur Feststellung des Rechtsschutzinteresses und einer damit verbundenen möglichen Antragstellung nach § 494a Abs. 1 ZPO ist die sich ergebende Veränderung des Streitgegenstandes durch die Erfüllung. Wenn die Mangelbeseitigung den Streitgegenstand nicht erheblich verändert, darf dem Antragsgegner ein Antragsrecht nach § 494a Abs. 1 ZPO nicht verwehrt werden. Sofern der Antragsteller keine Hauptsacheklage erhebt, sind ihm die dem Antragsgegner im selbständigen Beweisverfahren entstandenen Kosten gem. § 494a Abs. 2 ZPO aufzuerlegen.⁴¹⁴ Bei einer Kostenentscheidung nach § 494a Abs. 2 ZPO ist zu berücksichtigen, dass nur die darauf entfallende Kostenquote des Antragsgegners zu erstatten ist. Eine volle Kostenbelastung wäre insofern nicht sachgerecht, als dass der Antragsgegner die Klageerhebung durch die Erfüllung vereiteln könnte. Würde der Streitgegenstand durch die Erfüllung wesentlich verändert werden, also der nicht erfüllte Teil nur unwesentlich sein, ergibt sich ein anderes Ergebnis. Es ist dann kein Rechtsschutzbedürfnis des Antragsgegners im Hinblick auf die Antragstellung nach § 494a Abs. 1 ZPO festzustellen.

Die Bestimmung des § 494a ZPO ist primär dafür geschaffen worden, den Antragsgegner dann als Obsiegenden darzustellen, wenn das Beweisverfahren für ihn günstig verlaufen ist, was im Falle der teilweisen Erfüllung hinsichtlich der nicht bestätigten Mängel die Regel ist.⁴¹⁵ Zudem ist die Antragstellung des Antragsgegners auch im Hinblick auf das Verbot des Einleitens eines Beweisverfahrens zum Selbstzweck als sachgerecht zu beurteilen. Erhebt der Antragsteller Hauptsacheklage, sind in jenem Verfahren über die gesamten Kosten des selbständigen Beweisverfahrens zu entscheiden. Abweichungen des Streitgegenstandes sollen über § 96 ZPO im

⁴¹³ Ende, MDR 1997, 123 (125).

⁴¹⁴ OLG München, Beschluss vom 11.06.1996 – 13 W 1586/96, OLGR München 1996, 219; LG Hildesheim, Beschluss vom 02.05.2000 – 2 OH 13/99, AGS 2002, 257; Zöller-Herget, ZPO, § 494a, Rn. 5; Ende, MDR 1997, 123 (125); Luz, Kosten im selbständigen Beweisverfahren, 251 (262).

Becker, ProZRB 2003, 168 (169).

⁴¹⁵ OLG Koblenz, Beschluss vom 24.01.1997 – 3 W 23/97, OLGR Koblenz 1997, 52.



Hauptsacheverfahren gelöst werden.⁴¹⁶ Der Antragsteller läuft dann auch nicht Gefahr, die Kosten für die bestätigten und vom Antragsgegner erfüllten Mängel zu tragen. Dem Antragsteller wird damit auch nicht die Möglichkeit verwehrt, in Bezug auf die vom Sachverständigen bestätigten Teile Klage auf Feststellung, dass der Antragsgegner zur Beseitigung verpflichtet war, zu erheben.

Die Auffassung von der Anwendbarkeit der Vorschrift des § 91a ZPO auf den Teil, der zwischenzeitlich erfüllt wurde, da es dem Hauptsachegericht möglich sei, zwischen dem Sachverhalt der streitig und nicht streitig gebliebenen Mängel zu differenzieren, vermag nicht zu überzeugen.⁴¹⁷ Dies würde auf eine materiell-rechtliche Prüfung hinauslaufen, die es – wie oben dargelegt – im selbständigen Beweisverfahren nicht gibt. Auch, wie es Ende⁴¹⁸ vertritt, in die Erfüllungshandlung des Antragsgegners eine Erledigungserklärung hinein zu interpretieren ist, ist nicht sachgerecht.

Das Gericht kann nicht über die Kosten der Beweisaufnahme mitentscheiden, die auf den zwischenzeitlich erfüllten Gegenstand dieses Verfahrens entfallen.⁴¹⁹

2. Quotenmäßige Berücksichtigung nach § 494a Abs. 2 ZPO

Sofern der Antragsteller auf den Antrag nach § 494a Abs. 1 ZPO keine Hauptsacheklage erhebt, sind ihm nach § 494a Abs. 2 ZPO die Kosten des selbständigen Beweisverfahrens aufzuerlegen. Wegen der teilweisen Erfüllung des Antragsgegners wäre es aber nicht sachgerecht, ihm die gesamten Kosten aufzuerlegen. Hier ist richtigerweise nach § 494a Abs. 2 ZPO zu quoteln.⁴²⁰ Die Quote ergibt sich aus dem Verhältnis des Teils des Antrages, der erfolgreich war, zu dem, der nicht erfolgreich war.⁴²¹ Eine volle Auferlegung der Kosten scheidet schon deshalb aus, weil der Antragsgegner hinsichtlich der festgestellten und beseitigten Mängel eine Klageerhebung

⁴¹⁶ OLG Koblenz, Beschluss vom 14.02.1992 – 5 W 503/92, JurBüro 1993, 552; ebenso Bischof, JurBüro 1992, 779 (781).

⁴¹⁷ So Siegburg, FS für Mantscheff, S. 405 (423).

⁴¹⁸ Ende, MDR 1997, 123 (124).

⁴¹⁹ OLG München, Beschluss vom 19.02.1993 – 11 W 2767/92, MDR 1993, 1131; OLG München Beschluss vom 18. 5. 1992 – 19 W 980/92, OLGR München 1992, 94.

⁴²⁰ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11.09.2002 – 5 W 26/02, BauR 2003, 289; OLG Frankfurt, Beschluss vom 18.03.1998 – 1 W 1/98, OLGR Frankfurt 1998, 362; OLG München, Beschluss vom 11.06.1996 – 13 W 1586/96, OLGR München 1996, 219; OLG München, Beschluss vom 19.02.1993 – 11 W 2767/92, MDR 1993, 1131; LG Hildesheim, Beschluss vom 02.05.2000 – 2 OH 13/99, AGS 2002, 257 (258).

⁴²¹ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11.09.2002 – 5 W 26/02, BauR 2003, 289; OLG Frankfurt, Beschluss vom 18.03.1998 – 1 W 1/98, OLGR Frankfurt 1998, 362; OLG München, Beschluss vom 11.06.1996 – 13 W 1586/96, OLGR München 1996, 219; OLG München, Beschluss vom 19.02.1993 – 11 W 2767/92, MDR 1993, 1131; LG Hildesheim, Beschluss vom 02.05.2000 – 2 OH 13/99, AGS 2002, 257 (258).

unmöglich gemacht hat; diese Kosten trägt der Antragsgegner selbst.⁴²² Eine gerechte Verteilung der im selbständigen Beweisverfahren entstandenen Kosten erfordert, dass der Antragsteller die über den tatsächlichen Mangel hinaus verursachten Kosten des Verfahrens beim Antragsgegner diesem auch zu ersetzen hat. Auf eine mögliche Anwendung des § 96 ZPO muss nicht zurückgegriffen werden, da einerseits § 494a ZPO im selbständigen Beweisverfahren als vorrangig anzuwenden ist und andererseits mangels eines Hauptsacheverfahrens das Bedürfnis dafür fehlt. Ferner verbietet sich aus dem gleichen Grund auch eine Anwendung des § 92 ZPO.⁴²³ Zudem ist die Konstellation der Erfüllung nicht mit der teilweisen Klageerhebung wegen nicht bestätigter Mängel vergleichbar. Die Quote richtet sich nun, ohne materiell-rechtliche Prüfung, allein danach, in welcher Höhe der Antragsgegner den ursprünglich geltend gemachten Hauptsacheanspruch erfüllt hat.⁴²⁴ Dabei werden die Wertverhältnisse der Anspruchsteile in Beziehung gesetzt. Dies kann sich auch aus dem für das Beweisverfahren festgesetzten Streitwert und dem Betrag für die Mängelbeseitigungskosten, die der Sachverständige für erforderlich gehalten hat, oder die bewirkte Leistungserfüllung ergeben.⁴²⁵ Andernfalls ist die entsprechende Kostenquote zu schätzen.⁴²⁶ Hierdurch ist zwar nicht immer eine so präzise Bestimmung möglich wie im Hauptsacheverfahren, doch wird nur so ein sachgerechter Ausgleich der widerstreitenden Interessen erlangt.

VI. Zwischenergebnis

Falls der Antragsteller wegen der Mängel, die der Sachverständige bestätigt und der Antragsgegner daraufhin beseitigt hat, die Hauptsacheklage nicht mehr erheben kann, sind ihm im Rahmen des § 494a Abs. 2 ZPO die Kosten des Antragsgegners zu dem Anteil aufzuerlegen, zu dem sein Antrag nicht erfolgreich war. Eine Teilkostentscheidung ist also als Ausnahme in dieser Fallkonstellation möglich.

⁴²² OLG Frankfurt, Beschluss vom 18.03.1998 – 1 W 1/98, OLGR Frankfurt 1998, 362; OLG Koblenz, Beschluss vom 24.01.1997 – 3 W 23/97, OLGR Koblenz 1997, 52.

⁴²³ LG Hildesheim, Beschluss vom 02.05.2000 – 2 OH 13/99, AGS 2002, 257 (258).

⁴²⁴ OLG Jena, Beschluss vom 27.01.2011 – 4 W 44/11, OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11.09.2002 – 5 W 26/02, BauR 2003, 289 (290).

⁴²⁵ OLG Jena, Beschluss vom 27.01.2011 – 4 W 44/11, OLG Frankfurt, Beschluss vom 18.03.1998 – 1 W 1/98, OLGR Frankfurt 1998, 362; OLG Koblenz, Beschluss vom 24.01.1997 – 3 W 23/97, OLGR Koblenz 1997, 52.

⁴²⁶ OLG Frankfurt, Beschluss vom 18.03.1998 – 1 W 1/98, OLGR Frankfurt 1998, 362; OLG Koblenz, Beschluss vom 24.01.1997 – 3 W 23/97, OLGR Koblenz 1997, 52.



E. Kostenentscheidung nach Maßgabe des § 91a ZPO

I. Anwendung des § 91a ZPO auf das selbständige Beweisverfahren

Nach dem Wortlaut des § 91a Abs. 1 S. 1 2. Hs. ZPO entscheidet das Gericht über die Kosten unter Berücksichtigung des bisherigen Sach- und Streitstands nach billigem Ermessen durch Beschluss. Es ist dabei auf die materielle Rechtslage zum Zeitpunkt des erledigenden Ereignisses abzustellen. Diesbezüglich könnte zunächst die Überlegung angestellt werden, dass, wenn die Anwendung des § 269 Abs. 3 ZPO auf den Fall des selbständigen Beweisverfahrens als isolierte Kostengrundentscheidung möglich ist, die dazu entwickelten Grundsätze einer allgemeinen Anwendung des § 91a ZPO nicht entgegenstehen dürften. Dieser Umkehrschluss stützt teilweise die Argumentationskette einiger die Anwendung des § 91a ZPO bejahender Auffassungen.⁴²⁷ Das Bedürfnis nach einer prozessualen Kostenerstattung könnte auch in diesem Fall bestehen. Der wesentliche Unterschied zwischen § 269 Abs. 3 S. 2 ZPO und § 91a ZPO besteht aber darin, dass nach Rücknahme des Antrags keine Sachprüfung mehr stattfindet und sich die Kostenfolge unmittelbar aus dem Gesetz ergibt. Der Kläger begibt sich damit in die Rolle des formell Unterlegenen, während die übereinstimmende Erledigung einen Fall vergleichsweiser Beilegung darstellt.⁴²⁸ Bei letzterer könnte es im Rahmen der zu treffenden Ermessensentscheidung dazu kommen, dass auch dem Antragsgegner Kosten auferlegt werden;⁴²⁹ dies liegt dem selbständigen Beweisverfahren an sich fern.

Die Vorschrift des § 91a ZPO soll grundsätzlich keine Anwendung auf das selbständige Beweisverfahren finden.⁴³⁰ Diesbezüglich kann aber nicht auf das einfache Argument zurückgegriffen werden, dass das selbständige Beweisverfahren nur der

⁴²⁷ OLG München, Beschluss vom 25.04.2001 – 28 W 1086/01, OLGR München 2001, 188; OLG Hamm, Beschluss vom 28.12.1999 – 21 W 34/98, MDR 2000, 790 = OLGR Hamm 1999, 220; OLG Frankfurt, Beschluss vom 02.04.1993 – 17 W 15/92, OLGZ 1993, 441.

⁴²⁸ Notthoff/Buchholz, JurBüro 1996, 5 (8).

⁴²⁹ BGH, Beschluss vom 09.05.2007 – IV ZB 26/06, BauR 2007, 1446 (1447); BGH, Beschluss vom 14.10.2004 – VII ZB 23/03, MDR 2005, 227; BGH, Beschluss vom 12.02.2004 – V ZB 57/03, NJW-RR 2004, 1005.

⁴³⁰ BGH, Beschluss vom 24.02.2011 – VII ZB 108/08, NJW-RR 2011, 931; BGH, Beschluss vom 09.05.2007 – IV ZB 26/06, BauR 2007, 1446 (1447); OLG Stuttgart, Beschluss vom 28.07.2006 – 10 W 57/06, OLGR Stuttgart 2006, 837; OLG Hamburg, Beschluss vom 20.10.2006 – 9 W 88/06, IBR 2006, 708 (Ls.); OLG Dresden, Beschluss vom 05.12.2005/27.10.2005 – 6 W 1167/05, BauR 2007, 753; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12.04.2005 – I-23 W 10/05, OLGR Düsseldorf 2005, 453 (454); OLG Schleswig, Beschluss vom 21.07.2005 – 16 W 37/05, OLGR Schleswig 2005, 593; OLG Celle, Beschluss vom 23.10.2001 – 14 W 33/01, BauR 2002, 1888; KG, Beschluss vom 18.09.2001 – 4 W 183/01, MDR 2002, 422; OLG Köln, Beschluss vom 12.04.2000 – 17 W 480/99, NJW-RR 2001, 1650; OLG Dresden, Beschluss vom 11.02.1999 – 15 W 1610-98, JurBüro, 1999, 594 = NJW-RR 1999, 1516; OLG Hamburg, Beschluss vom 31.07.1997 – 9 W 16/97, MDR 1998, 242 (243); LG Tübingen, Beschluss vom 28.03.1995 – 5 T 100/95, MDR 1995, 638 (dem Fall lag ein Vergleich zugrunde); Moehren/Frommhold, BauRb, Jahrgang 2005, 250 (251); Ulrich, IBR 2007, 404; Groß, FS für Mantscheff, S. 341 (348), meint aber, dass das selbständige Beweisverfahren kein Rechtsstreit sei.

Kostengrundentscheidung nach der Regelung des § 494a Abs. 2 ZPO zugänglich sei.⁴³¹ Die Norm des § 91a ZPO setzt voraus, dass bei der Ermessensentscheidung über die Kosten je nach Sach- und Streitstand jeder der Parteien Kosten auferlegt werden können. Eine solche sachliche Prüfung, also die Prüfung der Erfolgsaussichten hinsichtlich des materiell-rechtlichen Anspruchs, erfolgt aber im selbständigen Beweisverfahren gerade nicht.⁴³² Gegenstand sind vielmehr allein einzelne Beweisfragen zur Feststellung tatsächlicher Verhältnisse; sogar der Sachvortrag hinsichtlich des Hauptanspruchs ist nicht auf seine Schlüssigkeit hin zu überprüfen.⁴³³ Es kann im selbständigen Beweisverfahren nicht beurteilt werden, wie ein „fiktiver“ Prozess, in dem die nämlichen Fragen eine Rolle spielen, ausgegangen wäre.⁴³⁴

Zudem besteht auch keine Vergleichbarkeit der Erledigung der Hauptsache mit der „Erledigung“ des selbständigen Beweisverfahrens.⁴³⁵ Grundlage für die Erledigung der Hauptsache ist der Eintritt einer Tatsache mit Auswirkungen auf die materiell-rechtlichen Voraussetzungen der Zulässigkeit oder Begründetheit der Klage. In der Anordnung einer Beweiserhebung i.S.d. § 490 Abs. 2 ZPO liegt aber weder eine Entscheidung über ein Recht oder einen Anspruch noch ergeht eine solche Anordnung zum Nachteil des Antragsgegners.⁴³⁶ Eine allein an Zulässigkeit und Begründetheit des Beweisverfahrens bis zum Eintritt des erledigenden Ereignisses ausgerichtete Kostenentscheidung kann im Einzelfall darüber hinaus zu einer Abweichung der materiell-rechtlichen Kostentragungspflicht führen. Denn wenn der Sachstand möglicherweise auch nur teilweise bekannt sein kann, ist dem Gericht des selbständigen Beweisverfahrens der Streitstand, wie etwa auch Einwendungen des Antragsgegners, in der Regel unbekannt. Eine Ermessensentscheidung aufgrund der bis zum erreichten Verfahrensstand festgestellten Sachlage, die anstelle der materiellen Rechtslage i.S.d. § 91a ZPO zu treffen wäre, verbietet sich schon aus diesen Gründen. Insbesondere dann, wenn in einem Beweisverfahren eine umfangreiche Begutachtung durch den

⁴³¹ OLG Frankfurt, Beschluss vom 23.01.2006 – 8 W 101/05, in juris; OLG Schleswig, Beschluss vom 21.07.2005 – 16 W 37/05, OLGR Schleswig 2005, 593.

⁴³² OLG Celle, Beschluss vom 23.10.2001 – 14 W 33/01, OLGR Celle, 2001, 335; KG Berlin, Beschluss vom 18.09.2001 – 4 W 183/01, BauR 2001, 1951 = MDR 2002, 422; OLG Hamburg, Beschluss vom 31.07.1997 – 9 W 16/97, MDR 1998, 242 (243); Ulrich, IBR 2007, 404.

⁴³³ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12.04.2005 – I-23 W 10/05, OLGR Düsseldorf 2005, 453 (454); OLG Celle, Beschluss vom 23.10.2001 – 14 W 33/01, OLGR Celle 2001, 335; Moehren/Frommhold, BauRb, Jahrgang 2005, 250 (251).

⁴³⁴ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12.04.2005 – I-23 W 10/05, OLGR Düsseldorf 2005, 453 (454); KG Berlin, Beschluss vom 18.09.2001 – 4 W 183/01, BauR 2001, 1951 = MDR 2002, 422.

⁴³⁵ BGH, Beschluss vom 09.05.2007 – IV ZB 26/06, BauR 2007, 1446 (1447).

⁴³⁶ BGH, Beschluss vom 24.02.2011 - VII ZB 108/08, NJW-RR 2011, 931; BGH, Beschluss vom 12.02.2004 – V ZB 57/03, NJW-RR 2004, 1005; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12.04.2005 – I-23 W 10/05, OLGR Düsseldorf 2005, 453; LG Mönchengladbach, Beschluss vom 08.09.2005 – 5 T 352/05, MDR 2006, 229 (230).

Sachverständigen erforderlich gewesen wäre, es aber noch nicht einmal zu einer Beweiserhebung gekommen ist, wäre oftmals eine unzuverlässige Beurteilung anhand der „Aktenlage“ die Folge. Ein anderes Ergebnis widerspräche dem Grundsatz, dass sich die Pflicht zur Tragung der Verfahrenskosten nach dem materiellen Ergebnis des Hauptsacheprozesses und der Notwendigkeit der Kosten für die Rechtsverfolgung richtet. Es würde zu einer Kostenentscheidung ohne Sachverhaltskenntnis des entscheidenden Gerichts kommen.⁴³⁷ Eine Ermessensentscheidung des Gerichts muss im selbständigen Beweisverfahren ausgeschlossen bleiben. Erst recht findet § 91a ZPO keine Anwendung, wenn das selbständige Beweisverfahren schon beendet war.⁴³⁸

Die Überlegungen, wonach es im selbständigen Beweisverfahren gar nicht auf eine materiell-rechtliche Prüfung i.S.d. § 91a ZPO ankomme, vermögen nicht zu überzeugen. So wurde dazu unter anderem vom OLG Frankfurt und OLG München vertreten, dass der nach billigem Ermessen zu berücksichtigende Sach- und Streitstand sich lediglich auf die verfahrensmäßigen Voraussetzungen des Beweissicherungsantrags beziehe, wobei nur geprüft werde, ob das Beschleunigungsinteresse gem. § 485 Abs. 1 ZPO oder das Rechtsschutzinteresse nach § 485 Abs. 2 ZPO vorliege und welche Partei für den Wegfall dieser Voraussetzungen verantwortlich gewesen sei.⁴³⁹ Es werde weder die Entscheidungserheblichkeit des Beweisthemas für den Hauptprozess noch die Erfolgsaussicht hierfür geprüft, sondern nur, ob die besonderen Zulässigkeitsvoraussetzungen für das selbständige Beweisverfahren vorlägen, wie sie in §§ 485 ff. ZPO niedergelegt seien.⁴⁴⁰ Der Beweisantrag müsse dann bis zum Eintritt des erledigenden Ereignisses zulässig und begründet gewesen sein.⁴⁴¹ Nach Ansicht von Notthoff ist darüber hinaus die Interessenlage ohnehin in beiden Verfahren vergleichbar.⁴⁴² Daneben wird auch vertreten, dass die Norm des § 91a ZPO aus Gründen der Kostengerechtigkeit auf alle Verfahren der ZPO anwendbar sein müsse, die einer Kostengrundentscheidung zugänglich seien; das selbständige Beweisverfahren sei

⁴³⁷ Ulrich, IBR 2007, 404; Groß, FS für Mantscheff, S. 341 (348).

⁴³⁸ KG Berlin, Beschluss vom 18.09.2001 4 W 183/01, BauR 2001, 1951 (1951) = MDR 2002, 422.

⁴³⁹ OLG Frankfurt, Beschluss vom 02.04.1993 – 17 W 15/92, OLGZ 1993, 441 (443) = OLGR Frankfurt 1993, 227; OLG München, Beschluss vom 12.04.1999 – 15 W 1192/99, BauR 2000, 139; für den Fall der Erledigung durch Erfüllung: OLG München, Beschluss vom 25.04.2001 – 28 W 1086/01, NJW-RR 2001, 1580 (1582) = MDR 2001, 1011.

⁴⁴⁰ OLG Dresden, Beschluss vom 08.07.2002 – 14 W 1875/01, BauR 2003, 1608; OLG München, Beschluss vom 25.04.2001 – 28 W 1086/01, NJW-RR 2001, 1580 (1582) = MDR 2001, 1011; OLG Hamm, Beschluss vom 28.12.1999 – 21 W 34/98, MDR 2000, 790 = OLGR Hamm 1999, 220; OLG München, Beschluss vom 12.04.1999 – 15 W 1192/99, NJW-RR 2000, 1455; OLG Frankfurt, Beschluss vom 02.04.1993 – 17 W 15/92, OLGZ 1993, 441 = OLGR Frankfurt 1993, 227; LG Potsdam, Beschluss vom 09.05.2003 – 12 OH 13/02, BauR 2003, 1435; AG Siegen, Beschluss vom 18.11.2003 – 12 H 1/00, BauR 2004, 540; auch Kießling, NJW 2001, 3668 (3669).

⁴⁴¹ OLG München, Beschluss vom 12.04.1999 – 15 W 1192/99, BauR 2000, 139.

⁴⁴² Notthoff/Buchholz, JurBüro 1996, 5 (8).

wegen der Anwendung des § 494a ZPO und, wie eingangs erwähnt, der Anerkennung des § 269 Abs. 3 ZPO einer solchen zugänglich, weshalb § 91a ZPO auch anzuwenden sei.⁴⁴³ Auch noch allgemeinere Motive, wie das Abstellen auf prozessökonomische Gründe oder das Bestehen eines praktischen Bedürfnisses, werden zur Anwendung des § 91a ZPO im selbständigen Beweisverfahren vertreten.⁴⁴⁴

Insbesondere das OLG Frankfurt verkennt aber, dass die Kostentragungspflicht grundsätzlich nach dem materiellen Ergebnis des Hauptprozesses und der Notwendigkeit der Kosten für die Rechtsverfolgung beurteilt wird.⁴⁴⁵ Es ist kein Grund ersichtlich, warum für den Fall, dass es nicht zum Hauptsacheprozess kommt, bezüglich der Kostentragungspflicht andere Kriterien und ein anderer Maßstab entscheidend sein sollen. Zudem liegen den zitierten Entscheidungen oftmals Fälle der Rücknahme des Antrags zugrunde, in denen § 91a ZPO als mögliche anwendbare Kostenentscheidung lediglich erwähnt wird.⁴⁴⁶ Dem Antragsteller einen prozessualen Kostenerstattungsanspruch mit der Begründung zu geben, dass ihm im Falle der Erledigung die Möglichkeit der weiteren Durchführung des Beweisverfahrens und damit die Verwertung der Beweisaufnahme im Hauptsacheverfahren genommen werden würde, ist ohnehin nicht sachgerecht. Eine allein an den Erfolgsaussichten des selbständigen Beweisverfahrens ausgerichtete Kostenentscheidung könnte im Einzelfall dazu führen, dass diese von der materiell-rechtlichen Kostentragungspflicht abweicht. Deshalb ist auszuschließen, dass die bis zum erreichten Verfahrensstand im selbständigen Beweisverfahren festgestellte Sachlage an die Stelle der materiellen Rechtslage i. S. d. § 91a ZPO tritt und auf deren Grundlage die Erfolgsaussichten des in Anspruch genommenen Rechtsstreits zuverlässig bewertet werden können. Das selbständige Beweisverfahren bleibt ein Vorschaltverfahren zum Hauptsacheverfahren. Allgemein mögliche isolierte Kostengrundentscheidungen im selbständigen Beweisverfahren konterkarieren diesen Zweck. Dieses Ergebnis muss auch vor dem Hintergrund betrachtet werden, dass die Regelung des § 494a ZPO bei Beendigung der

⁴⁴³ OLG München, Beschluss vom 25.04.2001 – 28 W 1086/01, OLGR München 2001, 188; OLG Hamm, Beschluss vom 28.12.1999 – 21 W 34/98, MDR 2000, 790 = OLGR Hamm 1999, 220; OLG Frankfurt, Beschluss vom 02.04.1993 – 17 W 15/92, OLGZ 1993, 441.

⁴⁴⁴ OLG Dresden, Beschluss vom 16.08.2007 – 11 W 941/07, in *ibr-online*; OLG Thüringen, Beschluss vom 16.11.2001 – 2 W 506/01; BauR 2001, 667 (669); KG, Beschluss vom 13.09.2001 – 8 W 329/01, KGR Berlin 2002, 140; OLG Hamm, Beschluss vom 28.12.1999 – 21 W 34/98, MDR 2000, 790 = OLGR Hamm 1999, 220; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 06.09.1993 – 5 W 46/93, OLGR Düsseldorf 1993, 345 (346); OLG Celle, Beschluss vom 30.11.1992 – 7 W 87/92, MDR 1993, 914 (915); OLG Karlsruhe, Beschluss vom 18.05.1992 – 6 W 25/92, MDR 1992, 911 f.

⁴⁴⁵ Korrigierend: OLG Frankfurt, Beschluss vom 30.10.1995 – 1 W 22/95, OLGR Frankfurt 1996, 83.

⁴⁴⁶ So in den Entscheidungen: OLG Thüringen, Beschluss vom 16.11.2001 – 2 W 506/01; BauR 2001, 667 (669); OLG Hamm, Beschluss vom 28.12.1999 – 21 W 34/98, MDR 2000, 790 = OLGR Hamm 1999, 220; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 18.05.1992 – 6 W 25/92, MDR 1992, 911 f.; OLG Celle, Beschluss vom 30.11.1992 – 7 W 87/92, MDR 1993, 914 (915).

Beweiserhebung als abschließend anzusehen ist. Die Berücksichtigung der infrage gestellten Rechtsprobleme soll dabei dem Hauptsacheverfahren vorbehalten bleiben. Mangels anderweitiger gesetzlicher Regelungen sind die Parteien in einem solchen Fall auf den gesondert geltend zu machenden materiell-rechtlichen Kostenerstattungsanspruch zu verweisen.

II. Einvernehmliche Erledigungserklärung

Zu einer einvernehmlichen Erledigungserklärung kann es kommen, wenn der Antragsgegner den zuvor geltend gemachten und/oder vom Sachverständigen festgestellten Baumangel jetzt anerkennt und/oder beseitigt hat bzw. beseitigen lassen hat. Gleiches gilt z.B., wenn der Auftraggeber sich wegen eines Baumangels im Wege der Aufrechnung mit einem Schadensersatzanspruch befriedigt hat und der Auftragnehmer dies akzeptiert oder sich die Parteien vergleichen wollen.

Der BGH hat sich in einer Entscheidung aus dem Jahre 2004 zu Erledigungserklärungen dahingehend geäußert, dass die einseitige Erklärung des Antragstellers, ein selbständiges Beweisverfahren sei in der Hauptsache erledigt, keine Kostenentscheidung nach § 494a Abs. 2 ZPO gegen und zulasten des Antragsgegners ermöglichen könne.⁴⁴⁷ Dem Antragsgegner können die Kosten auch nicht nach § 91a ZPO auferlegt werden.⁴⁴⁸ Nach neuerer Rechtsprechung des BGH wird dies nunmehr auch für den Fall der übereinstimmenden Erledigungserklärung bestätigt.⁴⁴⁹ Es könne auch aus einer übereinstimmenden Erledigungserklärung keine Verantwortlichkeit des Antragsgegners für die festgestellten Mängel unterstellt werden, geschweige denn aus dieser Erklärung der Schluss auf eine ihn treffende materielle Kostentragungspflicht zuzulassen sein.⁴⁵⁰ Auch darf nicht – wie bei der Erfüllung – auf das Interesse des Antragstellers abgestellt werden. Der Fakt, in welchem Umfang Mängel bestehen, kann nicht dazu herangezogen werden, nach dem jeweiligen Sach- und Streitstand dem Antragsgegner die Kosten aufzuerlegen; es fehlt an der Grundlage für die Überprüfung der materiellen

⁴⁴⁷ BGH, Beschluss vom 14.10.2004 – VII ZB 23/03, MDR 2005, 227.

⁴⁴⁸ BGH, Beschluss vom 14.10.2004 – VII ZB 23/03, MDR 2005, 227; BGH, Beschluss vom 12.02.2004 – V ZB 57/03, NJW-RR 2004, 1005; OLG Schleswig, Beschluss vom 21.07.2005 – 16 W 37/05, OLGR Schleswig 2005, 593.

⁴⁴⁹ BGH, Beschluss vom 24.02.2011 - VII ZB 108/08, NJW-RR 2011, 931; BGH, Beschluss vom 09.05.2007 – IV ZB 26/06, BauR 2007, 1446.

⁴⁵⁰ BGH, Beschluss vom 09.05.2007 – IV ZB 26/06, BauR 2007, 1446 (1447); LG Mönchengladbach, Beschluss vom 08.09.2005 – 5 T 352/05, MDR 2006, 229 (230).

Rechtslage.⁴⁵¹ Denn auch dem Antragsgegner muss es unbenommen bleiben, rechtliche Einwendungen wie etwa eine bereits eingetretene Verjährung des Gewährleistungsanspruchs gegen die Behauptungen aus dem Beweisverfahren geltend zu machen. Solche sind aber mangels Anwendbarkeit im selbständigen Beweisverfahren dem Hauptsacheverfahren vorbehalten.⁴⁵² Dieses Unterlassen soll dem Antragsgegner nicht zum Nachteil gereichen können.

Vorrangig zu § 91a ZPO kommt auch eine Kostenentscheidung nach § 494a Abs. 2 ZPO nicht in Betracht. Im Falle der übereinstimmenden Erledigungserklärung verzichtet der Antragsteller nicht zwangsläufig, aufgrund eines für ihn ungünstigen Beweisergebnisses, auf eine Klageerhebung. Der Ausnahmecharakter des § 494a ZPO rechtfertigt in diesem Fall keine Kostenentscheidung nach Abs. 2, weil die Voraussetzungen der Vorschrift schon nicht gegeben sind und zudem der Antragsgegner auch nicht mit den Kosten des Verfahrens belastet werden kann.⁴⁵³ Soweit im Rahmen dieser Vorschrift im Übrigen (teilweise) eine Kostenentscheidung zulasten des Antragsgegners möglich wäre, bestände eine Notwendigkeit aus Billigkeitsgründen dafür nicht, weil dem Antragsteller, anders als dem Antragsgegner, in den fraglichen Fällen in der Regel ein Kostenerstattungsanspruch aus materiellem Recht zustehen dürfte. Nach vereinzelter Auffassung ist für den Fall, dass sich der Antragsgegner der Erledigungserklärung des Antragstellers anschließt, die Norm des § 494a Abs. 2 ZPO als einzig anzuwendende Kostenvorschrift im selbständigen Beweisverfahren entsprechend anzuwenden, wenn der Antragsteller gar kein Interesse an der Weiterführung und gleichsam kein Interesse an der Durchführung eines Hauptsacheverfahrens mehr hat.⁴⁵⁴ Kein Interesse an der Durchführung des selbständigen Beweisverfahrens hat der Antragsteller zumeist nur in den Fällen, in denen der Antragsgegner den Mangel beseitigt hat; auch in dieser Konstellation findet § 494a ZPO keine Anwendung. Ferner verbietet es sich, die Erledigungsbemühungen des Antragstellers in eine einseitige Erledigungserklärung mit

⁴⁵¹ BGH, Beschluss vom 24.02.2011 - VII ZB 108/08, NJW-RR 2011, 931; vgl. zudem: OLG Stuttgart, Beschluss vom 28.07.2006 - 10 W 57/06, OLGR Stuttgart 2006, 837; OLG Hamburg, Beschluss vom 20.10.2006 - 9 W 88/06, IBR 2006, 708 (Ls.); OLG Schleswig, Beschluss vom 21.07.2005 - 16 W 37/05, OLGR Schleswig 2005, 593; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12.04.2005 - I-23 W 10/05, OLGR Düsseldorf 2005, 453; OLG Schleswig, Beschluss vom 12.10.2004 - 16 W 116/04, ProZRB 2005, 72; KG, Beschluss vom 18.09.2001 - 4 W 183/01, MDR 2002, 422; OLG Stuttgart, Beschluss vom 07.12.1999 - 3 W 31/99, BauR 2000, 445; OLG Hamburg, Beschluss vom 31.07.1997 - 9 W 16/97, MDR 1998, 242; OLG Frankfurt, Beschluss vom 11.06.1996 - 1 W 22/95, BauR 1996, 587; Ulrich, IBR 2007, 404.

⁴⁵² Jousen, Ingenstau/Korbian, B § 18 Nr. 4, Rn. 195.

⁴⁵³ BGH, Beschluss vom 09.05.2007 - IV ZB 26/06, BauR 2007, 1446; BGH, Beschluss vom 14.10.2004 - VII ZB 23/03, MDR 2005, 227; BGH, Beschluss vom 12.02.2004 - V ZB 57/03, NJW-RR 2004, 1005 = MDR 2004, 715; OLG Köln, Beschluss vom 12.04.2000 - 17 W 480/99, NJW-RR 2001, 1650 (1651).

⁴⁵⁴ OLG München, Beschluss vom 25.04.2001 - 28 W 1086/01, BauR 2001, 1947 (allgemeine entsprechende Anwendung); OLG Frankfurt, Beschluss vom 11.06.1996 - 24 W 21/96, OLGR Frankfurt 1996, 180.



der Kostenfolge des § 269 Abs. 3 ZPO umzudeuten. Die einseitige Erledigungserklärung stellt zur einvernehmlichen ein „Anderes“ dar.⁴⁵⁵ Der Fall der übereinstimmenden Erledigungserklärung ist dabei weder mit der Antragsrücknahme, der Klagerücknahme noch mit der Lage der einseitigen Erledigungserklärung vergleichbar.⁴⁵⁶

Dass ansonsten die Fälle der übereinstimmenden Erledigungserklärung weder bei den Kostenregelungen noch bei den Vorschriften des selbständigen Beweisverfahrens geregelt sind, rechtfertigt keine anderweitige Beurteilung. Inwiefern nun eine Kostenerstattungspflicht besteht, ist keine Frage des gerichtlichen Kostenrechts, sondern eine materiell-rechtliche Frage, die die Parteien in einem gesonderten Verfahren zu klären haben. Eine übereinstimmende Erledigungserklärung mit einer Kostenverteilung noch im selbständigen Beweisverfahren ist nicht möglich.

F. Kostenentscheidung bei Vergleich

Sofern im selbständigen Beweisverfahren ein Vergleich über die Hauptsache geschlossen worden ist, stellt sich die Problematik, ob eine über die Regelung des § 494a ZPO hinaus vom Hauptsacheverfahren losgelöste Kostenentscheidung zulässig sein kann. Wenn die Parteien sich zur Vermeidung einer Hauptsacheklage beispielsweise auf die Mängelbeseitigung bereits im selbständigen Beweisverfahren vergleichsweise einigen, müssen sie auch die Möglichkeit haben, sich auf eine Kostenverteilung unter Zuhilfenahme des Gerichts zu einigen. Das Gericht hat nämlich nach § 492 Abs. 3 ZPO die Möglichkeit, die Parteien zur mündlichen Erörterung zu laden, wenn eine Einigung, also ein Vergleichsschluss, zu erwarten ist. Dadurch wird dem Normzweck der Prozessvermeidung hinreichend Rechnung getragen. Überdies stellt der Vergleich einen Vollstreckungstitel nach § 794 Abs. 1 Nr. 1 ZPO dar.

Der Vergleich sollte aber eine umfassende Kostenvereinbarung enthalten, weil bereits feststeht, dass kein Hauptsacheverfahren folgt. Wenn im Vergleich keine Einigung über die Verteilung der Kosten des selbständigen Beweisverfahrens erfolgt, kommt eine Kostenentscheidung nach § 494a ZPO nicht in Betracht. Die Vorschrift stellt insofern keine sachgerechte Lösung dar, zumal nach Abschluss eines Vergleichs für einen Antrag nach § 494a Abs. 1 ZPO das notwendige Rechtsschutzinteresse nicht mehr gegeben ist

⁴⁵⁵ Ulrich, IBR 2007, 404.

⁴⁵⁶ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12.04.2005 – I-7 W 10/05, OLGR Düsseldorf 2005, 453; LG Mönchengladbach, Beschluss vom 08.09.2005 – 5 T 352/05, MDR 2006, 229 (230).

und es kein streitiges Rechtsverhältnis in der Hauptsache mehr gibt.⁴⁵⁷ Vorhergehendes ergibt sich aus den Überlegungen, dass der Antragsgegner – in gleicher Weise wie im Falle der Erfüllung des Anspruchs – durch einen Vergleich eine Klageerhebung des Antragstellers vereitelt und den Klagegrund des Antragstellers zum Erlöschen bringt. Dem Antragsteller soll nicht im Anschluss an die mit dem Antragsgegner getroffene Einigung das Kostenrisiko einer Klageerhebung aufgebürdet werden. Eine Kostenbelastung wegen unterlassener Klageerhebung muss daher ausscheiden.⁴⁵⁸ Diese Einschränkung des § 494a Abs. 2 ZPO ergibt sich auch aus dessen Zweck, dem Antragsgegner nur dann einen Kostenanspruch zu geben, wenn das selbständige Beweisverfahren für den Antragsteller ungünstig geendet hat und gerade keine vorherige vergleichsweise Regelung getroffen wurde.⁴⁵⁹ Aber auch eine isolierte Kostenentscheidung entfällt, da es tatsächlich nicht (nur) um eine reine Kostenfestsetzung geht, sondern um eine im Vergleich versehentlich offen gelassene Regelung zur Verteilung der Kosten des Beweisverfahrens. Diese Lücke kann durch einen Kostenbeschluss des Gerichts nicht geschlossen werden.

Entgegen der Ansicht einiger Oberlandesgerichte⁴⁶⁰ kommt auch keine Kostenaufhebung nach § 91a ZPO in Betracht. Dem Gericht ist eine Überprüfung der materiellen Rechtslage außerhalb eines ordentlichen Streitverfahrens verwehrt; die Vorschrift des § 91a ZPO findet im selbständigen Beweisverfahren auch in der Konstellation des Vergleichs keine Anwendung.⁴⁶¹ Im Rahmen einer Gesamtkostenentscheidung wäre zudem eine Kostenquotelung unumgänglich. Die Kostenverteilung kann auch nicht auf der Grundlage einer Kostenentscheidung nach § 98 ZPO beschlossen werden. Eine dahingehende Lösung wird von einigen deshalb vertreten, weil auch hier ein erhebliches

⁴⁵⁷ OLG Koblenz, Beschluss vom 17.08.2004 – 5 W 517/04, MDR 2005, 232 = OLGR Koblenz 2005, 155; OLG Oldenburg, Beschluss vom 10.07.2001 – 2 W 69/01, OLGR Oldenburg 2001, 353; OLG Schleswig-Holstein, Beschluss vom 26.07.2001 – 16 W 137/01, in juris; OLG Stuttgart, Beschluss vom 16.06.2001 – 13 W 65/00, OLGR Stuttgart 2002, 13; OLG Köln, Beschluss vom 12.04.2000 – 17 W 480/99, NJW-RR 2001, 1650; Jagenburg/Reichelt, NJW 2001, 2439 (2446); Schwartmann, ProzeßRB 2004, 230 (231).

⁴⁵⁸ OLG Koblenz, Beschluss vom 17.08.2004 – 5 W 517/04, MDR 2005, 232 = OLGR Koblenz 2005, 155; OLG München, Beschluss vom 02.03.2001 – 28 W 979/01, NJW-RR 2001, 1439; OLG Dresden, Beschluss vom 11.02.1999 – 15 W 1610/98, NJW-RR 1999, 1516 = JurBüro 1999, 594 (595) = BauR 2000, 605; LG Tübingen, Beschluss vom 28.03.1995 – 5 T 100/95, MDR 1995, 638.

⁴⁵⁹ OLG Oldenburg, Beschluss vom 10.07.2001 – 2 W 69/01, OLGR Oldenburg 2001, 353.

⁴⁶⁰ OLG Stuttgart, Beschluss vom 16.07.2001 – 10 W 29/01, OLGR Stuttgart 2002, 14; OLG Stuttgart, Beschluss vom 16.08.2001 – 13 W 65/00, OLGR Stuttgart 2001, 13.

⁴⁶¹ OLG Dresden, Beschluss vom 11.02.1999 – 15 W 1610/98, NJW-RR 1999, 1516 = JurBüro 1999, 594 (595) = BauR 2000, 605; unentschieden: OLG Frankfurt, Beschluss vom 30.8.1999 – 16 W 35/99, OLGR Frankfurt 2001, 70; LG Tübingen, Beschluss vom 28.03.1995 – 5 T 100/95, MDR 1995, 638; a.A. Seeber, S. 160.

Bedürfnis für die Kostenentscheidung bestehe.⁴⁶² Das Gewollte müsse dabei durch Auslegung ermittelt werden, was dann zu einer hälftigen Teilung der Kosten führe.⁴⁶³ Die Regelung des § 98 ZPO ist aber nur auf die Verfahrenskosten entsprechend anwendbar, jedoch nicht auf die Vergleichskosten.⁴⁶⁴ Wenn schon § 91a ZPO keine Anwendung im selbständigen Beweisverfahren findet, dann kann § 98 ZPO erst recht keine finden. Eine an den §§ 91a, 92, 98 ZPO orientierte Kostenentscheidung, die die Beurteilung der Frage einschließen würde, ob der bei Erhebung des selbständigen Beweisverfahrens behauptete Hauptsacheanspruch bestanden hat und erst durch Eintritt des „erledigenden“ Ereignisses unzulässig oder unbegründet geworden ist, ist nicht möglich.⁴⁶⁵ Auch wenn die Parteien einen außergerichtlichen Vergleich geschlossen haben, dieser also gerichtlich nicht überprüfbar ist, kann daraus nicht geschlossen werden, dass möglicherweise eine Kostenaufhebung gewünscht ist.⁴⁶⁶ Daher ist lediglich materiell zu prüfen, ob nicht im Wege der Auslegung des Vergleichs die Pflicht einer Partei zur Übernahme der Kosten ermittelt werden kann. In diesem Fall besteht aber nur ein materiell-rechtlicher Kostenerstattungsanspruch, der gegebenenfalls gesondert einzuklagen ist.⁴⁶⁷ Auch bei einem Vergleich kann der Antragsteller Feststellungsklage erheben.⁴⁶⁸ Ein anderes Ergebnis ergibt sich natürlich dann, wenn sich der Antragsteller in einem außergerichtlichen Vergleich verpflichtet, den Antrag auf Durchführung des selbständigen Beweisverfahrens zurückzunehmen. In diesem Falle sind im Zweifel dem Antragsteller die Kosten analog § 269 Abs. 3 ZPO aufzuerlegen.⁴⁶⁹

⁴⁶² OLG Koblenz, Beschluss vom 17.08.2004 – 5 W 517/04, MDR 2005, 232 = OLGR Koblenz 2005, 155; OLG Schleswig, Beschluss vom 26.07.2001 – 16 W 137/01, n.v., macht eine Ausnahme für „Erledigungsfälle“; OLG München, Beschluss vom 25.04.2001 – 28 W 1086/01, OLGR 2001, 188; OLG München, Beschluss vom 02.03.2001 – 28 W 979/01, MDR 2001, 768 (769); Wolst, in Musielak, ZPO, § 98, Rn. 2.

⁴⁶³ OLG Rostock, Beschluss vom 29.05.2006 – 6 U 230/00, MDR 2007, 58.

⁴⁶⁴ Vgl. OLG Saarbrücken, Beschluss vom 29.09.1995, 4 U 179/95-32, NJW-RR 1996, 320; Wolst, in Musielak, ZPO, § 98, Rn. 2.

⁴⁶⁵ OLG Dresden, Beschluss vom 11.02.1999 – 15 W 1610/98, NJW-RR 1999, 1516; OLG Hamburg, Beschluss vom 31.07.1997 – 9 W 16/97, MDR 1998, 242.

⁴⁶⁶ Moehren/Frommhold, BauRb, 2005, 250 (252); entgegen: OLG Koblenz, Beschluss vom 17.08.2004 – 5 W 517/04, MDR 2005, 232 = OLGR Koblenz 2005, 155; Wolst, in Musielak, ZPO, § 98, Rn. 2.

⁴⁶⁷ OLG Köln, Beschluss vom 12.04.2000 – 17 W 480/99, NJW-RR 2001, 1650; LG Taunstein, Beschluss vom 29.09.1998 – 6 S 1985/98, CI 1999, 87.

⁴⁶⁸ Ulrich, IBR 2006, 307.

⁴⁶⁹ OLG Frankfurt, Beschluss vom 25.10.2004 – 23 W 60/04, in juris; OLG Köln, Beschluss vom 04.02.1986 – 4 WF 337/85, MDR 1986, 503 (allgemeine Ausführungen); Moehren/Frommhold, BauRb 2005, 250 (252); Pastor, in Werner/Pastor, Der Bauprozess, Rn. 135.

G. Zusammenfassung des vierten Kapitels

Für die neben § 494a ZPO anwendbaren Fälle der Erledigung des selbständigen Beweisverfahrens hat der Gesetzgeber keine Regelung getroffen. Aus einem Erst-Recht-Schluss zu § 494a ZPO ergibt sich die Zulässigkeit und Notwendigkeit einer Kostengrundentscheidung im selbständigen Beweisverfahren. Es bleibt also für die Fälle der isolierten Kostengrundentscheidungen abschließend zu beurteilen, dass die am Verfahren Beteiligten aus prozessökonomischen Gründen und der sich ergebenden materiell-rechtlichen Schwierigkeiten nicht immer zwangsläufig auf einen Folgerechtsstreit zu verweisen sind.

Es soll in der Mehrzahl der Fälle unproblematisch sein, die Kostenfolge für ein Beweisverfahren, das wegen Rücknahme des Antrags, des Nichteinzahlens des für den Sachverständigen erforderlichen Auslagenvorschusses, der Einreichung eines unzulässigen Antrags, der Einreichung des Antrags bei einem unzuständigen Gericht oder der einseitigen Erledigungserklärung nicht bis zum Ende fortgeführt worden ist, nach den Grundregeln des § 91 oder § 269 ZPO abzuschließen. Die Kostenlast liegt in diesen Fällen beim Antragsteller. Festzuhalten bleibt dabei insbesondere der Grundsatz, dass der Anerkennende die Kosten des Verfahrens zu tragen hat. Zudem gibt es im selbständigen Beweisverfahren keine Kostenentscheidung gegen den Antragsgegner. Weiterführend fehlt dem Antragsgegner für eine Antragstellung nach § 494a ZPO aber auch das Rechtsschutzbedürfnis, wenn er den Mängelanspruch erfüllt. Deshalb ist für eine Kostenentscheidung nach § 494a Abs. 2 ZPO ebenfalls dann kein Raum, wenn durch „Erledigung“ seitens des Antragsgegners der Grund für die Klageerhebung entfallen und dies ein klar zutage liegender Tatbestand ist.

Sofern alle Teile der unter Beweis gestellten Behauptungen durch den Sachverständigen bestätigt werden und der Antragsgegner allerdings nur einen Teil hiervon erfüllt, ist die Klageerhebung nach § 494a ZPO nicht als rechtsmissbräuchliches Verhalten zu werten und dem Antragsteller zumutbar. Wenn ein Sachverständiger einen Teil der Mängelbehauptungen nicht bestätigt und der Antragsgegner die teilweise bestätigten Mängel erfüllt, steht diesem ein Antragsrecht nach § 494a ZPO hinsichtlich der nicht bestätigten und der nicht erfüllten Teile zu. Dem Antragsteller bleibt dann nur die Möglichkeit der Erhebung einer Feststellungsklage. Falls der Antragsteller auf die Anordnung des § 494a ZPO keine Hauptsacheklage erhebt, ergibt sich in dieser Sonderkonstellation eine Quotelung noch im selbständigen Beweisverfahren. Dem Antragsteller sollen nicht die Kosten für die bestätigten und vom Antragsgegner erfüllten Teile auferlegt werden.



Ein im selbständigen Beweisverfahren geschlossener Vergleich kann nicht über die Regelung des § 494a ZPO die Frage der Kostentragung definieren. Für die Anwendung dieser Vorschrift fehlt dem Antragsgegner das erforderliche Rechtsschutzinteresse. Auch eine an den §§ 91a, 92, 98 ZPO orientierte Kostenentscheidung widerspricht dem Sinn und Zweck eines selbständigen Beweisverfahrens. Es soll keine materiell-rechtliche Überprüfung des Streitstoffes erfolgen; den Parteien bleibt die Möglichkeit im Rahmen einer Feststellungsklage eine Kostenentscheidung herbeizuführen.

Fünftes Kapitel: Besondere Kostenprobleme

A. Streitwert

I. Voller Wert des Hauptsacheverfahrens

Die Berechnung der Gerichts- und Rechtsanwaltsgebühren für das selbständige Beweisverfahren erfolgt gem. § 48 Abs. 1 GKG auf der Basis der vom Gericht vorzunehmenden Streitwertfestsetzung. Die Bemessung des Streitwertes im selbständigen Beweisverfahren richtet sich grundsätzlich nach § 3 ZPO.⁴⁷⁰ Dabei orientiert sich der Wert des selbständigen Beweisverfahrens an dem vollen Wert des Hauptsacheverfahrens.⁴⁷¹ Im Gegensatz zur überwiegenden Rechtsauffassung bis zum Inkrafttreten des Rechtspflege-Vereinfachungsgesetzes wird heute kaum noch vertreten, dass von dem vollen Wert des Hauptsacheverfahrens ein Abzug vorzunehmen ist und der Streitwert des selbständigen Beweisverfahrens damit nur einen Bruchteil des Hauptsacheverfahrens darstellt.⁴⁷² So vertrat etwa das OLG Schleswig, dass es um die Wertfestsetzung für das beantragte konkrete selbständige Beweisverfahren gehe und gerade nicht der Wert eines hypothetischen Hauptsacheprozesses festzusetzen sei, den es noch gar nicht gebe und von dem nicht abzusehen sei, ob und in welcher Höhe er vom Antragsteller angestrengt werde. Der Abschlag ergebe sich daraus, dass es im selbständigen Beweisverfahren auf die Feststellung von Tatsachen ankomme und diese die Grundlagen für einen möglichen künftigen Prozess bildeten. Es könne sich in diesem

⁴⁷⁰ OLG Köln, Beschluss vom 27.03.2007 – 3 W 75/06, MDR 2007, 1347; OLG Stuttgart, Beschluss vom 28.07.2006 – 10 W 57/06, OLGR Stuttgart 2006, 837 (839); OLG Düsseldorf, Beschluss vom 16.07.2003 – 21 W 35/03, NJW-RR 2003, 1530; OLG München, Beschluss vom 02.03.2001 – 28 W 979/01, MDR 2001, 768 (769) = OLGR 2001, 157; OLG Stuttgart, Beschluss vom 17.08.1999 – 12 W 32/99, OLGR Stuttgart 1999, 419 (420); Seeber, S. 57 f.

⁴⁷¹ BGH, Beschluss vom 16.09.2004 – III ZB 33/04, MDR 2005, 162; OLG Saarbrücken, Beschluss vom 19.10.2010 – 8 W 244/10, NJW-RR 2011, 500 (502); OLG Hamm, Beschluss vom 28.12.2006 – 19 W 21/06, NJW-RR 2007, 600; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 07.03.2006 – 23 W 10/06, IBR 2006, 1449 (Ls.); OLG Koblenz, Beschluss vom 18.05.2005 – 8 W 296/05, BauR 2005, 1372 (Ls.); OLG Thüringen, Beschluss vom 15.03.2005 – 9 W 49/05, OLG-NL 2005, 116 (117); OLG Düsseldorf, Beschluss vom 16.07.2003 – 21 W 35/03, NJW-RR 2003, 1530; OLG München, Beschluss vom 06.11.2001 – 28 W 2556/01, MDR 2002, 357; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17.11.2000 – 24 W 63/00, MDR 2001, 354; OLG Frankfurt, Beschluss vom 29.06.2000 – 25 W 134/99, BauR 2000, 1370 (1371); OLG Braunschweig, Beschluss vom 24.04.2000 – 8 W 23/00, BauR 2000, 1907; OLG Dresden, Beschluss vom 16.08.1999 – 14 W 733/99, BauR 2000, 137 (139); OLG Koblenz, Beschluss vom 29.04.1998 – 3 W 249/98, OLGR Koblenz 1998, 374; OLG Köln, Beschluss vom 13.12.1996 – 16 W 79/96, NJW-RR 1997, 1292; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 06.06.1995 – 7 W 36/95, NJW-RR 1996, 383; OLG München, Beschluss vom 06.10.1992 – 28 W 2376/92, MDR 1993, 287; OLG München, Beschluss vom 30.04.1992 – 28 W 651/92, NJW-RR 1992, 1471 (1472); OLG Koblenz, Beschluss vom 30.06.1992 – 14 W 232/92, MDR 1993, 287; LG Duisburg, Beschluss vom 27.10.1992 – 11 OH 16/92, MDR 1993, 288; LG Hamburg, Beschluss vom 16.09.1992 – 328 OH 18/91, MDR 1993, 288; Pastor, in Werner/Pastor, Der Bauprozess, Rn. 144 f.; Cuypers, NJW 1994, 1985 (1990); Jagenburg/Reichelt, NJW 2001, 2439 (2447).

⁴⁷² OLG Schleswig, Beschluss vom 14.08.2003 – 16 W 96/03, MDR 2004, 229; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 03.08.2000 – 9 W 61/00, MDR 2000, 1339, (50% des Hauptsachewertes); OLG Bamberg, Beschluss vom 08.09.1997 – 8 W 73/97, JurBüro 1998, 95 (Abschlag von 25%), aufgehoben durch: OLG Bamberg, Beschluss vom 12.11.2002 – 3 W 119/02, MDR 2003, 835 (836); OLG Hamm, Beschluss vom 20.06.1994 – 23 W 18/94, BauR 1995, 430 (431), (50% des Hauptsachewertes); OLG Köln, Beschluss vom 28.08.1992 – 22 W 23/92, MDR 1992, 1190; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 23.03.1992 – 17 W 7/92, MDR 1992, 615 (616); vgl. Seeber, S. 60, der ebenfalls einen Abschlag von 25 % befürwortet.

Verfahren kein höherer Wert ergeben als bei der Geltendmachung einer Feststellungsklage mit gleichem Ziel. Sofern in einem solchen Fall Beweis erhoben würde, sei es unstrittig, dass sich die Beweisgebühr nach dem bei Feststellungsklagen ermäßigten Hauptsachewert richte. Zudem würde andernfalls die Selbständigkeit des Beweisverfahrens vernachlässigt, da dieses Verfahren noch kein Prozess sei, sondern der Vorbereitung oder Vermeidung diene und keine eigene Gerichtsgebühr auslöse. Der Streitwert des Beweisverfahrens sei auf die Hälfte des mutmaßlichen Hauptsacheinteresses des Antragstellers zu schätzen.⁴⁷³ Mit Beschluss vom 16.12.2004 hat das OLG Schleswig diese vormals vertretene Ansicht jedoch richtigerweise aufgegeben.⁴⁷⁴ Denn eine solche Beurteilung wäre nur dann gerechtfertigt, wenn es sich bei Beweis- und Hauptsacheverfahren um rechtlich selbständige Verfahren handeln würde, was anerkanntermaßen beim selbständigen Beweisverfahren nicht der Fall ist. Das selbständige Beweisverfahren ist ein vorweggenommener Teil des Hauptsacheverfahrens, was sich nicht zuletzt aus dem Beweisverwertungsgebot gem. § 493 ZPO im späteren Hauptsacheverfahren ergibt.⁴⁷⁵ Hierfür spricht auch das aus § 485 Abs. 2 ZPO folgende Ziel der Vermeidung eines weiteren Rechtsstreits. Damit wird z.B. jeder im Beweisantrag behauptete Mangel in voller Höhe bewertet. Da nach § 494a ZPO im selbständigen Beweisverfahren nur eine Kostenentscheidung zulasten des Antragstellers möglich ist, kommt in diesem Verfahren eine Herabsetzung des Streitwertes auch nur für die außergerichtlichen Kosten des Antragsgegners in Betracht.⁴⁷⁶

II. Angaben des Antragstellers

1. Bewertung des Interesses

Maßgebend für die Streitwertbemessung nach § 3 ZPO ist das Interesse des Antragstellers an der Durchführung des selbständigen Beweisverfahrens.⁴⁷⁷ Die

⁴⁷³ OLG Schleswig, Beschluss vom 14.08.2003 – 16 W 96/03, MDR 2004, 229 (230).

⁴⁷⁴ OLG Schleswig, Beschluss vom 16.12.2004 – 16 W 85/04, OLGR 2005, 217.

⁴⁷⁵ BGH, Beschluss vom 16.09.2004 – III ZB 33/04, MDR 2005, 162; OLG Thüringen, Beschluss vom 15.03.2005 – 9 W 49/05, OLG-NL 2005, 116 (117); OLG Stuttgart, JurBüro 1996, 373; Wirges, JurBüro 1997, 565 (566).

⁴⁷⁶ OLG Frankfurt, Beschluss vom 27.11.2006 – 2 W 62/06, BauR 2007, 921 (922); OLG Stuttgart, Beschluss vom 16.07.2001 – 10 W 29/01, OLGR Stuttgart 2001, 14; KG, Beschluss vom 14.08.2000 – 24 W 4524/00, NJW-RR 2000, 1622; OLG Dresden, Beschluss vom 16.08.1999 – 14 W 733/99, BauR 2000, 137 (139); OLG Koblenz, Beschluss vom 29.04.1998 – 3 W 249/98, OLGR Koblenz 1998, 374.

⁴⁷⁷ OLG Stuttgart, Beschluss vom 28.07.2006 – 10 W 57/06, OLGR Stuttgart 2006, 837 (839); OLG Düsseldorf, Beschluss vom 16.07.2003 – 21 W 35/03, NJW-RR 2003, 1530 (falls die Angaben des Antragstellers nur grob geschätzt sind, wird auf den vom

Streitwertangabe durch den Antragsteller ist für diesen gem. § 61 GKG und für das Gericht gem. § 63 Abs. 2 GKG unverbindlich und der Streitwert kann nach § 63 Abs. 1 GKG vorläufig festgesetzt werden.⁴⁷⁸

Wie sich aus § 4 Abs. 1 ZPO ergibt, ist hinsichtlich der Beurteilung des Interesses einer ein gerichtliches Verfahren einleitenden Partei an der Begutachtung eines Mangels allein der Zeitpunkt der Einleitung des Verfahrens maßgeblich.⁴⁷⁹ Keinesfalls maßgebend für den Zeitpunkt der Streitwertbemessung ist das Ergebnis der Beweisaufnahme.⁴⁸⁰ Regelmäßig kommt es auf die Bewertung des zu sichernden Anspruchs an.⁴⁸¹ Es ist auf die Tatsachenbehauptungen zu Beginn des Beweisverfahrens abzustellen, so dass z. B. die behaupteten Mängel ausschlaggebend sind, auch wenn sie im eingeholten Sachverständigengutachten nur zum Teil bestätigt werden.⁴⁸² Im Ergebnis entscheidend sind die nachvollziehbaren Darlegungen in der Antragschrift einschließlich etwaiger Korrekturen bzw. Änderungen und der sich daraus ergebende objektive Wert der Vorwurfstatsachen; eine Bindung an die vom Antragsteller bei Verfahrenseinleitung zusätzlich vorgenommene Wertangabe besteht nicht.⁴⁸³

Eine Korrektur der zu Verfahrensbeginn vorgenommenen Bewertung ergibt sich in den Fällen, in denen die Angaben des Antragstellers zur Höhe des Streitwertes nur grob geschätzt wurden wie z. B. hinsichtlich nur mit technischem Wissen abschätzbaren Mangelfolgekosten durch einen Laien. Wenn sich dann aus dem eingeholten Sachverständigengutachten ergibt, dass der vom Antragsteller geschätzte Wert nicht zutrifft, sind die Feststellungen des Sachverständigen für die Wertfestsetzung

Sachverständigen für die Beseitigung der Werkleistungen kalkulierten Aufwand abgestellt); OLG Düsseldorf, Beschluss vom 06.11.2001 – 28 W 2556/01, BauR 2002, 523 (Streitwert richtet sich nach dem wirtschaftlichen Interesse des Antragstellers); OLG München, Beschluss 25.04.2001 – 28 W 1086/01, BauR 2001, 1947 (1950); OLG München, Beschluss vom 02.03.2001 – 28 W 979/01, MDR 2001, 768 (769) = OLGR 2001, 157; OLG Dresden, Beschluss vom 16.08.1999 – 14 W 733/99, BauR 2000, 137 (139); OLG Koblenz, Beschluss vom 29.04.1998 – 3 W 249/98, OLGR Koblenz 1998, 374 (Interesse richtet sich nach dem Wert der zu sichernden Ansprüche); OLG Düsseldorf, Beschluss vom 06.02.1995 – 21 W 3/95, NJW-RR 1996, 319 (320); OLG Rostock, Beschluss vom 11.01.1993 – 2 UH 3/92, NJW-RR 1993, 1086; OLG Celle, Beschluss vom 30.11.1992 – 7 W 87/92, MDR 1993, 914; OLG München, Beschluss vom 30.04.1992 – 28 W 651/92, NJW-RR 1992, 1471; auch Pastor, in Werner/Pastor, Der Bauprozess, Rn.145; Jagenburg/Reichelt, NJW 2001, 2439 (2447).

⁴⁷⁸ OLG Köln, Beschluss vom 13.12.1996 – 16 W 79/96, NJW-RR 1997, 1292.

⁴⁷⁹ BGH, Beschluss vom 16.09.2004 – III ZB 33/04, MDR 2005, 162.

⁴⁸⁰ Weise, Selbständiges Beweisverfahren im Baurecht, Rn. 552 ff.

⁴⁸¹ Pastor, in Werner/Pastor, Der Bauprozess, Rn. 145; Weise, Selbständiges Beweisverfahren im Baurecht, Rn. 556.

⁴⁸² BGH, Beschluss vom 16.09.2004 – III ZB 33/04, MDR 2005, 162; OLG Koblenz, Beschluss vom 18.05.2005 – 8 W 296/05, BauR 2005, 1372; OLG Celle, Beschluss vom 09.12.2003 – 16 W 63/03, NJW-RR 2004, 234; OLG Koblenz, Beschluss vom 29.04.1998 – 3 W 249/98, OLGR Koblenz 1998, 374; OLG Celle, Beschluss vom 07.05.1997 – 8 W 92/97, OLGR Celle 1997, 183; Pastor, in Werner/Pastor, Der Bauprozess, Rn. 145.

⁴⁸³ OLG Frankfurt, Beschluss vom 27.11.2006 – 2 W 62/06, BauR 2007, 921 (922); OLG Bamberg, Beschluss vom 12.11.2002 – 3 W 119/02, MDR 2003, 835 (836); Ulrich, IBR 2003, 646.

maßgebend.⁴⁸⁴ Stellt sich nach Einholung des Gutachtens heraus, dass die darin angeführten Kosten mit der vom Antragsteller zu Beginn des Verfahrens genannten Schätzgröße nicht übereinstimmen, richtet sich der Streitwert nach den Feststellungen des Sachverständigen, wenn es sich bei den früheren Angaben insoweit um unqualifizierte Schätzungen gehandelt hat.⁴⁸⁵ Einwendungen des Antragsgegners gegen die Höhe des vom Gericht festgesetzten Streitwertes, wonach die Mängelbeseitigung kostengünstiger als vom Sachverständigen geschätzt ausgeführt werden könnte, sind dabei unbeachtlich.⁴⁸⁶ Sofern der Sachverständige die behaupteten Mängel nicht feststellt und er deshalb keine Beseitigungskosten bestimmt, ist der Wert nicht mit „Null“ anzusetzen, sondern unter Zugrundelegung der Behauptungen zu den Mängeln zu schätzen. Denn es kommt für die Bewertung der wirtschaftlichen Interessen auf eine ex ante-Betrachtung an. Falls dieser Weg als zu unsicher erscheint, besteht des Weiteren noch die Möglichkeit, dem Antragsteller im Wege einer Obliegenheit i. S. v. § 61 GKG eine entsprechende Bezifferung aufzugeben.

Unter anderem das OLG Dresden stellt hingegen auf eine objektive Bewertung der dargelegten Tatsachen schon bei Verfahrenseinleitung ab, wobei „bessere“ Erkenntnisse im Ausnahmefall berücksichtigt werden könnten. Eine solche Situation solle dann gegeben sein, wenn der tatsächliche Beseitigungsaufwand erheblich unter den von dem Sachverständigen ermittelten Kosten liege.⁴⁸⁷ Weiterhin wird auch vertreten, dass sich die Festsetzung des Gegenstandswertes im selbständigen Beweisverfahren an dem wirtschaftlichen Interesse des Antragstellers an der beabsichtigten späteren Rechtsverfolgung orientiere und insoweit die Höhe der Ansprüche, derer er sich rühme, maßgeblich sei; der Streitwert solle damit nach den subjektiven Angaben des Antragstellers bewertet werden können.⁴⁸⁸ Der Ansicht des OLG Dresden, dass ausschließlich auf das Sachverständigengutachten abzustellen sei, kann nicht gefolgt

⁴⁸⁴ BGH, Beschluss vom 16.09.2004 – III ZB 33/04, NJW 2004, 3488 (3489); OLG Celle, Beschluss vom 05.03.2008 – 14 W 6/08, in juris; OLG Celle, Beschluss vom 09.12.2003 – 16 W 63/03, NJW-RR 2004, 234; OLG Celle, Beschluss vom 29.01.2003 – 5 W 63/02, OLGR Celle 2003, 203; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 16.07.2003 – 21 W 35/03, NJW-RR 2003, 1530; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 03.11.2000 – 21 W 46/00, MDR 2001, 649; OLG Naumburg, Beschluss vom 05.03.1999 – 7 W 8/99, MDR 1999, 1093; Jagenburg/Reichelt, NJW 2001, 2439 (2447).

⁴⁸⁵ Vgl. BGH, Beschluss vom 16.09.2004 – II ZB 33/04, MDR 2005, 162 (163); OLG Stuttgart, Beschluss vom 14.04.2006 – 1 W 9/06, IBR 2006, 310; OLG Stuttgart, Beschluss vom 26.07.2005 – 12 W 45/05, in juris; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 16.07.2003 – 21 W 35/03, NJW-RR 2003, 1530; OLG Köln, Beschluss vom 27.01.2003 – 17 W 271/02, BauR 2003, 929; OLG Frankfurt, Beschluss vom 01.12.2000 – 5 W 20/00, OLGR Frankfurt 2001, 87; OLG Hamburg, Beschluss vom 01.02.2000 – 9 W 2/00, NJW-RR 2000, 827; Seeber, S. 63 f.

⁴⁸⁶ OLG Celle, Beschluss vom 29.01.2003 – 5 W 63/02, OLGR Celle 2003, 203.

⁴⁸⁷ OLG Dresden, Beschluss vom 20.02.2002 – 8 W 1980/01, OLGR Dresden 2002, 240.

⁴⁸⁸ Cuypers, MDR 2004, 244 (245).

werden.⁴⁸⁹ Der Sachverständige trifft durch das Gutachten eine Art Vorentscheidung über den Tatsachenstreit und führt diesen dann häufig einem Ende zu; für die Bemessung des Streitwertes soll jedoch maßgeblich sein, was zwischen den Parteien streitig ist, und nicht dasjenige, was den Streit beenden könnte. Damit wird zwar nicht die Schätzung des Antragstellers maßgeblich sein, wohl aber sind die von ihm behaupteten Mängel der sachverständigen Schätzung zugrunde zu legen. Daher sind auch hier nicht die vom Sachverständigen schließlich ermittelten Mangelbeseitigungskosten maßgeblich, sondern die voraussichtlichen Kosten zum Zeitpunkt der Antragstellung.⁴⁹⁰ Auch der Auffassung, dass sich der Wert des Verfahrens aus dem Antrag selbst ergebe,⁴⁹¹ ist damit nicht zuzustimmen. Deshalb bleibt es dabei, dass der Antragsteller stets das Risiko von überschießenden Mängelbehauptungen trägt.

2. Streitwert bei mehreren Antragsgegnern

Bei selbständigen Beweisverfahren in Bausachen kommt es oft vor, dass bestimmte Mängel und deren Beseitigungskosten nicht allen Antragsgegnern zuzurechnen sind. Hier stellt sich die Frage, ob ein einheitlicher Streitwert angezeigt ist. Richtet sich der Antragsteller gegen mehrere Antragsgegner als mögliche Verursacher, trifft der gesamte Streitwert jeden einzelnen Antragsgegner, da auch jeden die gesamte Wirkung des Beweisverfahrens nach § 493 ZPO trifft.⁴⁹² Die Festsetzung einzelner Streitwerte in Bezug auf einzelne von mehreren Antragsgegnern ist grundsätzlich dann möglich, wenn der Antragsteller mehrere Beweisfragen stellt, bei denen verschiedene Antragsgegner mit verschiedener Beteiligung benannt sind. Das OLG Koblenz kommt zutreffend zu dem Ergebnis, dass in einem solchen Fall verschiedene Streitwerte für die jeweiligen Beteiligten entsprechend ihrer jeweiligen Beteiligung festzusetzen sind.⁴⁹³ Eine gesonderte Herabsetzung des Streitwertes kommt dabei aber nur für die außergerichtlichen Kosten des Antragsgegners in Betracht, nicht jedoch für die vom

⁴⁸⁹ Auch OLG Düsseldorf, Beschluss vom 06.10.2003 – I-9 W 76/03, OLGR Düsseldorf 2004, 248; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 06.02.1995 – 21 W 3/95, NJW-RR 1996, 319 (320).

⁴⁹⁰ OLG Bamberg, Beschluss vom 21.05.1999 – 5 W 65/99, BauR 2000, 444; OLG Hamburg, Beschluss vom 01.02.2000 – 9 W 2/00, NJW-RR 2000, 827; OLG Koblenz, Beschluss vom 07.01.1998 – 1 W 607/97, JurBüro 1998, 267.

⁴⁹¹ OLG Celle, Beschluss vom 09.12.2003 – 16 W 63/03, NJW-RR 2004, 234.

⁴⁹² OLG Nürnberg, Beschluss vom 19.08.1999 – 6 W 2673/99, OLGR Nürnberg 2000, 58.

⁴⁹³ OLG Koblenz, Beschluss vom 18.05.2005 – 8 W 296/05, BauR 2005, 1372; auch OLG Rostock, Beschluss vom 19.04.2004 – 7 W 88/03, OLGR Rostock 2004, 311; KG, Beschluss vom 14.08.2000 – 24 W 4524/00, NJW-RR 2000, 1622 (unechte Streitgenossen); OLG Koblenz, Beschluss vom 29.04.1998 – 3 W 249/98, OLGR Koblenz 1998, 374; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 27.09.1994 – 22 W 45/94, BauR 1995, 586.



Antragsteller nach dem Gesamtwert geschuldeten Gerichtsgebühren.⁴⁹⁴ Falls die Kosten der Mängelbeseitigung lediglich eingrenzbar sind, ist der Mittelwert als Streitwert anzusetzen.⁴⁹⁵

3. Niedrigerer Streitwert der Hauptsache

Ein unterschiedlicher Streitwert ist dann für die Kostenentscheidung im Hauptsacheverfahren unerheblich, wenn der Streitgegenstand die Beweisthemen voll abdeckt. Die gesamten Kosten des selbständigen Beweisverfahrens sind in die Kostenfestsetzung des Hauptsacheprozesses einzubeziehen, wenn das selbständige Beweisverfahren allein aus dem Grunde einen höheren Streitwert als das Hauptsacheverfahren aufweist, weil derselbe inhaltsgleiche Anspruch nur unterschiedlich bewertet worden ist. Bei der Kostenfestsetzung sind dann die Kosten beispielsweise nicht im Verhältnis der Streitwerte zu quoteln.⁴⁹⁶

Die Kosten des Beweisverfahrens sind auch in dem Fall in vollem Umfang nach der Kostenentscheidung des Hauptsacheverfahrens zu erstatten, in dem sowohl Beweis- als auch Hauptsacheverfahren dieselben Mängel betreffen und der Streitwert der Hauptsache nur deshalb geringer ist, weil der Kläger mit einem auf die Mängel bezogenen Schadensersatzanspruch gegen eine unbestrittene Forderung des Beklagten auf Zahlung des Restkaufpreises aufgerechnet hat. Die im Beweisverfahren geltend gemachten Mängel sind dabei auch Gegenstand des Hauptsacheverfahrens. Die Reduzierung des Streitwertes um den Aufrechnungsbetrag kann bei der Festsetzung der Kosten des selbständigen Beweisverfahrens nicht zulasten des Erstattungsberechtigten berücksichtigt werden.⁴⁹⁷

Sofern im selbständigen Beweisverfahren nicht alle behaupteten Mängel bestätigt werden, sind für die Wertfestsetzung die hypothetischen Mängelbeseitigungskosten vom Gericht zu schätzen. Es muss also vom Gericht berücksichtigt werden, inwieweit höhere Mängelbeseitigungskosten angefallen wären, wenn die Behauptungen des Antragstellers

⁴⁹⁴ OLG Rostock, Beschluss vom 19.04.2004 – 7 W 88/03, OLGR Rostock 2004, 311; KG, Beschluss vom 14.08.2000 – 24 W 4524/00, NJW-RR 2000, 1622; OLG Koblenz, Beschluss vom 29.04.1998 – 3 W 249/98, OLGR Koblenz 1998, 374.

⁴⁹⁵ OLG Frankfurt, Beschluss vom 07.02.2003 – 1 W 70/02, NJW-RR 2003, 647.

⁴⁹⁶ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 10.11.2005 – I-5W 28/05, BauR 2006, 1179; OLG Schleswig, Beschluss vom 08.02.2001 – 9 W 11/01, OLGR 2001, 237; OLG München, Beschluss vom 16.08.1999 – 11 W 2144/99, MDR 1999, 1347; OLG München, Beschluss vom 31.05.1995 – 11 W 1350/95, JurBüro 1996, 36; OLG Celle, Beschluss vom 29.11.2004 – 8 W 408/04, NdsRpfl. 2005, 153; Siegburg, in FS für Mantscheff, 405 (421); Jousen, in Ingenstau/Korbian, B § 18 Nr. 4, Rn. 178.

⁴⁹⁷ OLG München, Beschluss vom 16.08.1999 – 11 W 2144/99, MDR 1999, 1347 = NJW-RR 2000, 1237.

zu den nicht festgestellten Mängeln richtig gewesen wären.⁴⁹⁸ Der behauptete Mangel wird hierbei in voller Höhe bewertet und nicht mit den früher teilweise angenommenen Bruchteilen. Soweit die Mängel nicht bestätigt werden, ist der Streitwert nach den Mängelbeseitigungskosten zu bemessen, die bei Unterstellung der Behauptungen der Antragschrift als zutreffend objektiv entstehen würden. Diese hypothetischen Kosten sind ebenfalls durch freie Schätzung des Gerichts zu ermitteln; dies gilt auch deshalb, weil es sich eher um eine Nebenfrage des Streitwertes handelt.⁴⁹⁹ Eine erforderliche Sachnähe ist insoweit unschädlich.⁵⁰⁰

Das OLG Stuttgart lehnt eine ergänzende Beauftragung und Befragung des Sachverständigen ab.⁵⁰¹ Auf eine genaue Bestimmung sollen die Parteien und deren Vertreter mit begleitenden Anträgen und Ergänzungsanträgen hinwirken.

III. Streitwertänderung

Der Zeitpunkt der Wertbestimmung ist eng verbunden mit der Frage, ob ein einmal vorläufig festgesetzter Streitwert anzupassen sein kann. Dies ist immer dann der Fall, wenn der Antragsteller die voraussichtlichen Beseitigungskosten viel zu niedrig oder viel zu hoch angesetzt hat.

Die Festsetzung von voneinander abweichenden Gegenstandswerten für identische Streitgegenstände im selbständigen Beweisverfahren einerseits und in der Hauptsache andererseits veranlasst grundsätzlich zur Prüfung der Frage, inwieweit es einer Änderung der Wertfestsetzung für das selbständige Beweisverfahren bedarf. Das OLG Düsseldorf vertritt hierzu, dass in einem solchen Fall eine rechnerisch korrekte Kostenquotierung im Urteil nicht möglich sei, da dann zwei unterschiedliche Unterliegenstatbestände zugrunde gelegt werden müssten. Insofern sei der Streitwert des selbständigen Beweisverfahrens auf den des Hauptsacheverfahrens zu ändern, und zwar grundsätzlich auch von Amts wegen.⁵⁰²

Die zeitliche Grenze für die Änderung einer Streitwertfestsetzung nach § 63 Abs. 3 S. 2 GKG ist erst vom Abschluss des Hauptsacheverfahrens an zu berechnen und nicht vom Abschluss des Beweisverfahrens abhängig zu machen.⁵⁰³ Dies gilt sowohl

⁴⁹⁸ OLG Frankfurt, Beschluss vom 11.07.2003 – 2 W 27/03, OLGR Frankfurt 2004, 14.

⁴⁹⁹ OLG Naumburg, Beschluss vom 09.07.2003 – 7 W 16/03, IBR 2003, 646; Ulrich, IBR 2003, 646.

⁵⁰⁰ Hinweis von Greiner, IBR 2006, 310.

⁵⁰¹ OLG Stuttgart, Beschluss vom 03.04.2006 – 7 W 11/06, IBR 2006, 310.

⁵⁰² OLG Düsseldorf, Beschluss vom 10.11.2005 – I-5W 28/05, BauR 2006, 1179 (1180 f.).

⁵⁰³ KG, Beschluss vom 23.08.2002 – 4 W 219/01, MDR 2002, 1453.



für die Frist zur Abänderung der Festsetzung nach § 63 Abs. 3 GKG als auch für diejenige zur Beschwerdeeinlegung nach § 63 Abs. 1 S. 2 GKG. Dabei kann der einmal festgesetzte Streitwert aber nur innerhalb von sechs Monaten geändert werden, sofern ein Hauptsacheverfahren anhängig ist.⁵⁰⁴ Dass die 6-Monatsfrist erst nach dem Abschluss des Hauptsacheverfahrens in Gang gesetzt wird, ergibt sich aus dem nun mehrfach erwähnten Gedanken, dass sich das selbständige Beweisverfahren insoweit als bloßes Nebenverfahren zum Erkenntnisverfahren darstellt und dieses vorbereitet.

In zeitlicher Hinsicht hat ein nachträglich höherer Streitwert der tatsächlich erhobenen Hauptsacheklage außer Betracht zu bleiben.⁵⁰⁵ Wenn das erkennende Gericht den Streitwert in seiner Entscheidung erheblich niedriger festsetzt, wird die anfängliche Kostenentscheidung unrichtig. Die Kostenfestsetzungsinstanzen können die unrichtige Kostenquote später nicht korrigieren. Eine Berichtigung der Kostengrundentscheidung nach § 319 ZPO bleibt dem erkennenden Gericht vorbehalten.⁵⁰⁶ Nach § 68 Abs. 1 GKG findet gegen einen endgültigen Streitwertbeschluss die einfache Beschwerde statt.

IV. Zwischenergebnis

Maßgebend für den Streitwert nach § 3 ZPO ist das Interesse des Antragstellers. Dies ist dann nach den vom Sachverständigen ermittelten Mängelbeseitigungskosten zu veranschlagen, wenn die Angaben des Antragstellers nur grob geschätzt sind und vorrangig der Feststellung der sachlichen Zuständigkeit dienen sollen. Ansonsten wird auf die Tatsachenbehauptungen zu Beginn des Beweisverfahrens abgestellt.

B. Materieller Kostenerstattungsanspruch

Der materielle Kostenerstattungsanspruch steht selbständig neben dem prozessualen Anspruch, jedoch mit der Maßgabe, dass ein bereits im Klageverfahren zugesprochener Anspruch nicht erneut in einem Kostenfestsetzungsverfahren tituliert werden kann.⁵⁰⁷ Dieser kommt für die Parteien immer dann in Frage, wenn es zu keinem

⁵⁰⁴ KG, Beschluss vom 23.08.2002 – 4 W 219/01, MDR 2002, 1453; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 18.02.1997 – 10 U 92/96, MDR 1997, 692; Huber, in Musielak, ZPO, § 490, Rn. 4.

⁵⁰⁵ OLG Köln, Beschluss vom 27.12.1994 – 13 W 64/94, JurBüro 1996, 31; Hansens, Rpfleger 1997, 363 (366).

⁵⁰⁶ OLG Koblenz, Beschluss vom 30.08.1999 – 14 W 516/99, OLGR Koblenz 2000, 201.

⁵⁰⁷ BGH, Beschluss vom 12.02.2004 – V ZB 57/03, NJW-RR 2004, 1005; OLG Düsseldorf, Urteil vom 01.09.2005 – 5 U 6/05, NJW-RR 2006, 571 (572); OLG Frankfurt, Beschluss vom 28.12.2001 – 1 W 32/01, OLGR Frankfurt 2002, 120; Haller, JurBüro 1997, 342.

Hauptsacheverfahren gekommen und sowohl die Kostengrundscheidungen des § 494a ZPO als auch eine isolierte Kostengrundscheidung nicht ergangen ist. Etwaige Anspruchsgrundlagen im Hinblick auf den Ersatz von Prozesskosten sind § 637 Abs. 3 BGB sowie Schadensersatzansprüche u.a. gem. § 280 BGB (Verzugsschaden gem. §§ 280 Abs. 2, 286 BGB; Verschulden bei Vertragsverhandlungen nach §§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2, 280 BGB; Pflichtverletzung (ehem. positive Vertragsverletzung) gem. §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB) sowie § 13 Nr. 5 und Nr. 7 VOB/B; gleiches gilt für § 823 BGB, sofern nach einer schädigenden Handlung ein selbständiges Beweisverfahren durchgeführt werden muss.⁵⁰⁸ Ein materiell-rechtlicher Kostenerstattungsanspruch besteht für den Antragsgegner jedoch nur in den selteneren Fällen, weil das materielle Recht dann keinen Anspruch auf Ersatz von Kosten für die Abwehr eines Anspruchs gewährt, wenn weder vertragliche noch vorvertragliche Beziehungen zwischen den Beteiligten vorliegen und ein deliktischer Kostenersatzanspruch ausscheidet.⁵⁰⁹ Insbesondere stellt die Durchführung eines selbständigen Beweisverfahrens, dessen Beweisbehauptungen sich letztlich als unzutreffend erweisen, weder eine Pflichtverletzung noch eine unerlaubte Handlung dar. Für die Folgen seiner fahrlässigen Fehleinschätzung der Rechtslage haftet der Antragsteller nicht; das Betreiben des selbständigen Beweisverfahrens selbst ist rechtmäßig und löst keinen derartigen Anspruch aus.⁵¹⁰ Darüber hinaus berechtigt ein der Abwehr unbegründeter Schadensersatzansprüche dienendes selbständiges Beweisverfahren nicht zur Nachholung einer negativen Feststellungsklage mit dem alleinigen Zweck, eine Kostengrundscheidung zu erlangen.⁵¹¹ Sachgerechte Lösungen wurden für den Antragsgegner durch die Einführung des § 494a ZPO geschaffen, weshalb für eine Leistungs- oder Feststellungsklage oftmals das Rechtsschutzinteresse fehlt.

Demgegenüber hat der Antragsteller einen materiell-rechtlichen Kostenerstattungsanspruch, wenn in dem selbständigen Beweisverfahren durch den Sachverständigen Baumängel festgestellt wurden und es zu einem Hauptsacheverfahren deshalb nicht gekommen ist, weil der Antragsgegner vorher die Mängel beseitigt, hierfür Schadensersatz geleistet oder entsprechende Ansprüche anerkannt hat. Eine

⁵⁰⁸ Weise, Selbständiges Beweisverfahren im Baurecht, Rn. 631; vgl. Kroppen/Heyers/Schmitz, Beweissicherung im Bauwesen, Rn. 932 f.; Pastor, in Werner/Pastor, Der Bauprozess, Rn. 137; Seeber, S. 163 ff.

⁵⁰⁹ BGH, Beschluss vom 07.12.2010 - VIII ZB 14/10, NJW 2011, 1292 (1294); BGH, Beschluss vom 12.02.2004 - V ZB 57/03, MDR 2004, 715 = NJW-RR 2004, 1005.

⁵¹⁰ Berger, BauRb 2004, 202 (203).

⁵¹¹ KG, Beschluss vom 27.09.1995 - 24 W 3950/95, NJW-RR 1996, 846; Wielgoss, JurBüro 1999, 125.



Geltendmachung kann auch im Wege der Aufrechnung erfolgen, sofern es nicht zu einem Hauptsacheverfahren kommt.⁵¹²

C. Weiterführende Rechte der Beteiligten

I. *Gegenbeweisanträge des Antragsgegners*

1. „Unechte“ *Gegenanträge*

Die Frage, wann im selbständigen Beweisverfahren noch ergänzende Anträge auf Begutachtung oder Anhörung des Sachverständigen gestellt werden können, ist schwer einheitlich festzulegen und vom Gesetzgeber *de lege lata* nicht vorgesehen. Im Arrest- und einstweiligen Verfügungsverfahren ist dagegen durch die Vollziehungsfrist des § 929 Abs. 2 ZPO und im PKH-Verfahren durch die Notfrist des § 127 Abs. 2 S. 3 ZPO eine auch für das selbständige Beweisverfahren wünschenswerte Klarheit geschaffen worden. Wie sich aus der Wahrung des rechtlichen Gehörs und den §§ 492 Abs. 1, 402, 397 ZPO ergibt, bedeutet dies jedoch nicht, dass Gegenanträge generell unzulässig sind.⁵¹³ Dem Antragsgegner sollen im Hinblick auf den Zweck des selbständigen Beweisverfahrens und im Hinblick auf die ausreichende Spezifizierung des Antrags nichtsdestotrotz entsprechende Einwendungen gegen die Zulässigkeit des selbständigen Beweisverfahrens zur Verfügung stehen. Der Begriff des Gegenantrags ist für die aktive Einflussnahme des Antragsgegners auf den Gegenstand des Beweisverfahrens geprägt worden, welche durch Erweiterung des Beweisverfahrens oder den Antritt des Gegenbeweises geschehen kann.⁵¹⁴ Eine einheitliche Begriffsbildung ist allerdings deshalb nicht möglich, weil eine Einflussnahme des Antragsgegners in Gestalt solcher Gegenanträge verschiedene Verfahrensabschnitte betreffen und andererseits auch inhaltlich verschieden sein kann.

Der Antragsgegner soll dem Antrag des Antragstellers nicht schutzlos ausgeliefert sein und gerade nicht immer auf die Antragstellung eines „eigenen“ selbständigen Beweisverfahrens verwiesen werden. Er muss das Recht haben, das Beweisthema durch

⁵¹² Wielgoss, JurBüro 1999, 125.

⁵¹³ BGH, Beschluss vom 13.09.2005 – VI ZB 84/04, MDR 2006, 287 (288); OLG Hamm, Beschluss vom 28.12.2006 – 19 W 21/06, NJW-RR 2007, 600.

⁵¹⁴ Herget, in Zöller, ZPO, § 485, Rn. 3.

eigene Sachanträge zu präzisieren, zu ergänzen und auch auszuweiten.⁵¹⁵ Es ist nämlich möglich, dass Fragen an Zeugen oder Sachverständige unterbleiben und das Ergebnis der Begutachtung deshalb zu einem anderen Beweisergebnis führt. Auch ist in Ansehung des § 493 ZPO zu berücksichtigen, dass der Antragsteller ein dem Antragsgegner ungünstiges, und zwar auch ein unrichtiges, Beweismittel im nachfolgenden Hauptsacheverfahren verwenden kann. Diese Verfahrensmitgestaltung wird durch das Gesetz sowie den Sinn und Zweck des selbständigen Beweisverfahrens nicht ausgeschlossen. Zwar verweist § 492 Abs. 1 ZPO auf die „für die Aufnahme des betreffenden Beweismittels überhaupt geltenden Vorschriften“ und damit auch auf § 412 Abs. 1 ZPO, wonach über § 485 Abs. 3 ZPO eine neue Begutachtung durch denselben oder durch einen anderen Sachverständigen gerichtlich angeordnet werden kann, sofern das Gericht ein bisheriges Gutachten für ungeeignet erachtet.⁵¹⁶ Doch ergibt sich gerade aus dem Sicherungszweck des selbständigen Beweisverfahrens, nämlich der Feststellung des Zustandes, und dem möglichen Verlust des Beweismittels ein Beschleunigungsgebot, nach dem Ergänzungen, außerhalb des Anwendungsbereichs des § 412 ZPO, zum Zustand der Sache zuzulassen sind. Auch wird mit dem Zulassen der Beweisanträge in eingeschränktem Maße dem Ziel der Streiterledigung, wie es ebenfalls in § 492 ZPO zum Ausdruck kommt, Rechnung getragen. Eine entsprechende Anwendung der §§ 411, 412 ZPO berücksichtigt, dass das selbständige Beweisverfahren der Klarstellung von Fakten zum Zwecke der leichteren außergerichtlichen Regelung oder der Vorbereitung des Hauptprozesses dient. Bei Nichtzulassung von Gegenanträgen des Antragsgegners würde der Zweck der Streitvermeidung nicht erreicht werden können.

Der Zweck des selbständigen Beweisverfahrens ist nämlich nicht nur die bloße Beweissicherung wegen drohenden Beweisverlustes, sondern auch das Schaffen klarer Verhältnisse im Hinblick auf einen künftigen Rechtsstreit. Dies setzt voraus, dass alle zwischen den Parteien streitigen Auseinandersetzungen zur Überprüfung eines Sachverhaltes in dieses Verfahren einbezogen werden. Das ist allerdings nur dann möglich, wenn es dem Antragsgegner auch erlaubt ist, eigene Anträge in das Beweisverfahren einzubringen.⁵¹⁷ So kann dem Zweck des § 492 Abs. 3 ZPO nur dann

⁵¹⁵ BGH, Beschluss vom 04.11.1999 – VII ZB 19/99, NJW 2000, 960 (961); OLG Hamburg, Beschluss vom 09.02.2001 – 14 W 10/01, MDR 2001, 1012; Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, § 116, Rn. 14.

⁵¹⁶ OLG München, Beschluss vom 26.01.1993 – 28 W 2698/92, JurBüro 1994, 304; Ulrich, BauR 2007, 1634 (1637). Sofern die Begutachtung angeordnet ist, ist dadurch eine erhebliche Sperre für eigene Beweisanträge geschaffen worden. Denn Zweck des § 485 Abs. 3 ZPO ist es, die Einholung mehrerer, unter Umständen sich widersprechender Gutachten zu verhindern.

⁵¹⁷ OLG Koblenz, Beschluss vom 03.01.2008 – 8 W 878/07, IBR 2008, 127.

entsprochen werden, wenn alle der Beweissicherung zugänglichen Beweismittel berücksichtigt wurden. „Unechte“ Gegenanträge vertiefen dahingehend den Streitgegenstand. Es muss dem Antragsgegner zugebilligt werden, sich anhand von eigenen Überlegungen und Fragen an den Sachverständigen ein eigenes Bild hinsichtlich der Sachlage zu machen, um der vergleichweisen Einigung näher zu kommen. Gegenanträge tragen zu der umfassenden Klärung des Sachverhaltes bei. Dies ergibt sich nicht zuletzt aus § 487 ZPO, wonach die Tatsachen, über die Beweis erhoben werden soll, anzugeben sind. Diese sind nach Nr. 4 auch glaubhaft zu machen, weshalb es dem Antragsgegner unbenommen bleiben sollte, ebenfalls auf Zusatztatsachen hinweisen zu dürfen. Zudem wird die in § 490 Abs. 2 S. 2 ZPO normierte Nicht-Anfechtbarkeit des stattgebenden Beschlusses durch das Zulassen von Gegenrechten und Gegenanträgen für den Antragsgegner genügend kompensiert. Deshalb muss es sich auch bei den Anträgen nach § 411 Abs. 4 S. 1 ZPO um Gegenanträge handeln.⁵¹⁸ Dies ist nicht zuletzt prozessökonomisch, da ansonsten Antrag und Gegenantrag vor unterschiedlichen Gerichten behandelt werden müssten.

Gegenbeweisanträge sind notwendigerweise aber nur unter bestimmten Voraussetzungen zulässig.⁵¹⁹ Ein Gegenantrag darf nicht über das selbständige Beweisverfahren begründende Rechtsverhältnis hinausgehen.⁵²⁰ Es muss derselbe Sachkomplex betroffen sein und er ist nur unter Einhaltung der Voraussetzungen des § 485 ZPO zulässig. Weiter muss der zu begutachtende Gegenstand durch denselben Sachverständigen geklärt

⁵¹⁸ Huber, in Musielak, ZPO, § 493, Rn. 4; Cuyper, MDR 2004, 314 (315).

⁵¹⁹ OLG Köln, Beschluss vom 06.12.2004 – 15 W 59/04, BauR 2005, 752; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 25.03.2004 – I-5 W 61/03, OLGR Düsseldorf 2004, 378 (379); OLG Nürnberg, Beschluss vom 30.09.2002 – 13 W 2914/02, OLGR Nürnberg 2003, 92; OLG Dresden, Beschluss vom 29.08.2002 – 2 W 1034/02, BauR 2003, 1268 (Ls.); OLG Hamburg, Beschluss vom 09.02.2001 – 14 W 10/01, MDR 2001, 1012; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 11.12.2000 – 17 W 30/00, OLGR Karlsruhe 2001, 203; OLG Nürnberg, Beschluss vom 25.07.2000 – 4 W 2323/00, MDR 2001, 52 (53) = NJW-RR 2001, 859; OLG Koblenz, Beschluss vom 27.06.1996 – 14 W 344/96, NJW-RR 1997, 1024; OLG Frankfurt, Beschluss vom 19.02.1996 – 24 W 10/96, BauR 1996, 585; OLG München, Beschluss vom 07.02.1996 – 27 W 303/95, BauR 1996, 589 (unter Aufgabe der alten Senatsrechtsprechung: OLG München, Beschluss vom 26.01.1993 – 28 W 2698/92, BauR 1993, 365); OLG Zweibrücken, Beschluss vom 07.08.1995 – 4 W 17/95, IBR 1995, 408; LG Köln, Beschluss vom 28.12.1993 – 9 T 184/93, BauR 1994, 407; Herget, in Zöller, ZPO, § 485, Rn. 3; Sturmberg, Der Beweis im Zivilprozess, Rn. 333; Eaux, Umfang und Grenzen von Gegenanträgen im selbständigen Beweisverfahren, S. 375 (384).

⁵²⁰ OLG Nürnberg, Beschluss vom 30.09.2002 – 13 W 2914/02, OLGR Nürnberg 2003, 92.

werden.⁵²¹ Die Begutachtung durch einen anderen Sachverständigen, auch aus einem anderen Fachbereich⁵²², stellt einen neuen Antrag dar.⁵²³

Zudem muss ein enger zeitlicher Zusammenhang mit der Übersendung des Gutachtens bestehen, d.h. eine wesentliche Verzögerung des Beweisverfahrens darf es nicht geben.⁵²⁴

Die Ergänzungsfragen sind dabei entweder innerhalb einer hierfür vom Gericht gesetzten Frist nach § 411 Abs. 4 S. 2 ZPO oder ansonsten gem. §§ 492, 411 Abs. 4 S. 1 ZPO innerhalb eines angemessenen Zeitraums nach Erledigung der Beweisaufnahme zu stellen.⁵²⁵ Andernfalls ist das selbständige Beweisverfahren beendet und sind Ergänzungsfragen nicht mehr zulässig. Der Gegenantrag muss spätestens vor Durchführung des Ortstermins durch den Sachverständigen gestellt sein und in einem unmittelbaren sachlichen Zusammenhang mit dem Beweisantrag stehen.⁵²⁶ Doch insbesondere der Wortlaut des § 411 Abs. 4 S. 1 ZPO bereitet Probleme hinsichtlich der genauen Bestimmung eines „angemessenen“ Zeitraums. Auch nach Ansicht von Huber⁵²⁷ ist die Rechtsprechung dazu sehr unübersichtlich.⁵²⁸ Ein gutes Indiz für die zeitliche Begrenzung von möglichen Ergänzungsfragen soll es sein, wenn der Sachverständige seiner Tätigkeit hinsichtlich des Antrags des Antragstellers noch nicht nachgekommen ist bzw. die Gerichtsakten an diesen abgesendet wurden.⁵²⁹ Es ist dann nämlich keine Verzögerung des Auftrags mehr zu erwarten. Ab Zugang des Gutachtens an den Antragsgegner kann aber auch eine Zeitspanne von vier Monaten nach § 411 Abs. 4 ZPO noch als zulässig angesehen werden, wenn es sich um ein fachlich komplexes und

⁵²¹ OLG Nürnberg, Beschluss vom 30.09.2002 – 13 W 2914/02, OLGR Nürnberg 2003, 92; OLG Nürnberg, Beschluss vom 25.07.2000 – 4 W 2323/00, NJW-RR 2001, 859; OLG Frankfurt, Beschluss vom 19.02.1996 – 24 W 10/96, BauR 1996, 585 f.; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 25.06.1996 – 21 W 20/96; BauR 1996, 896; Schmeel, MDR 2002, 369; Huber, in Musielak, ZPO, § 485, Rn. 6; Miernik, Anm. zu OLG Stuttgart, Beschluss vom 23.02.2004 – 13 W 6/04, IBR 2004, 475; Sturmberg, Der Beweis im Zivilprozess, Rn. 341; dagegen: OLG München, Beschluss vom 07.02.1996 – 27 W 303/95, OLGR München 1996, 381.

⁵²² OLG Düsseldorf, Beschluss vom 25.03.2004 - I-5 W 61/03, OLGR Düsseldorf 2004, 378 (lässt die Beauftragung eines Sachverständigen unter Verweis auf den Beschleunigungsgrundsatz unter bestimmten Voraussetzungen zu).

⁵²³ OLG Köln, Beschluss vom 28.12.1993 – 9 T 184/93, BauR 1994, 407; Sturmberg, Der Beweis im Zivilprozess, Rn. 346.

⁵²⁴ BGH, Beschluss vom 20.02.2002 – VIII ZR 228/00, MDR 2002, 774; LG Münster, Beschluss vom 10.09.1998 – 5 T 688/98, MDR 1998, 1500.

⁵²⁵ BGH, Beschluss vom 20.02.2002 – VIII ZR 228/00, MDR 2002, 774; OLG Hamm, Beschluss vom 28.12.2006 – 19 W 21/06, BauR 2007, 1097 = NJW-RR 2007, 600; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 28.08.2000 – 21 W 36/00, BauR 2000, 1775; OLG Köln, Beschluss vom 24.01.1997 – 1 W 1/97, OLGR Köln 1997, 116; Böckermann, BauRB 2004, 337.

⁵²⁶ OLG Dresden, Beschluss vom 29.08.2002 – 2 W 1034/02, BauR 2003, 1268.

⁵²⁷ Huber, in Musielak, ZPO, § 492, Rn. 3.

⁵²⁸ Vgl. die Rechtsprechungsübersicht von Leipold, in: Stein/Jonas, ZPO, § 492, Fn. 5.

⁵²⁹ OLG Köln, Beschluss vom 28.12.1993 – 9 T 184/93, BauR 1994, 407.



umfangreiches Gutachten handelt.⁵³⁰ Bei einfach gelagerten Sachverhalten ist ein vier Monate nach Übersendung des Gutachtens eingereichter Ergänzungsantrag verspätet.⁵³¹ Eine Zeitspanne von sechs Monaten wird als zu spät erachtet, weshalb ein selbständiges Beweisverfahren als beendet anzusehen wäre.⁵³² Der Zeitraum nach §§ 492 Abs. 1, 411 Abs. 4 S. 1 ZPO richtet sich folglich nach den schutzwürdigen Interessen der Beteiligten und dem Umfang der verfahrensrechtlichen Interessen. Hierbei kann z.B. auch eine Rolle spielen, dass ein Beteiligter erst dann die „richtigen“ Fragen stellen kann, nachdem er das gerichtliche Gutachten durch ein Privatgutachten hat überprüfen lassen.

Mit seinem Antrag muss der Antragsgegner zwar nicht i.S.d. § 487 Nr. 4 ZPO eine Glaubhaftmachung der Tatsachen beibringen, die die Zuständigkeit des Gerichts begründen soll. Doch ist es erforderlich, dass er in entsprechender Anwendung des § 487 Nr. 4 ZPO die „Zulässigkeitstatsachen“ glaubhaft macht. Er könnte andernfalls die Beantwortung seiner Ergänzungsbeisfragen leichter erreichen als der eigentliche Antragsteller des Beweisverfahrens.

Gegenanträge, die den Streitverkündeten betreffen, sind nur dann zulässig, wenn die Fragestellungen neben dem Verhältnis des Antragsgegners zum Antragsteller auch das des Antragsgegners zum Streitverkündeten betreffen.⁵³³ Es fehlt ansonsten am erforderlichen engen sachlichen Zusammenhang. Beweisfragen dürfen auch nicht so gestellt werden, dass ihre Beantwortung allein zulasten der Partei des Beweisverfahrens ginge, der der Streitverkündete beigetreten ist.⁵³⁴ Eine Einbeziehung Dritter in das selbständige Beweisverfahren ist durch das Stellen von Gegenanträgen hingegen nicht möglich.⁵³⁵ Insbesondere sind im selbständigen Beweisverfahren solche Gegenanträge unzulässig, die lediglich bezwecken, die Verantwortlichkeit des Antragsgegners im Verhältnis zu einem Dritten abzuklären, welcher keine unmittelbare Beziehung zum Antragsteller aufweist. Vielmehr gibt der Antragsteller durch seine Fragestellung den

⁵³⁰ OLG München, Beschluss vom 01.12.2000 – 28 W 3034/00, BauR 2001, 837; KG, Beschluss vom 31.12.1999 – 4 W 7027/99, BauR 2000, 1371; ein Zeitraum von fünf Monaten wurde sogar vertreten von OLG Düsseldorf, Beschluss vom 28.8.2000 – 21 W 36/00, BauR 2000, 1775; OLG Jena, Beschluss vom 30.4.2002 – 1 W 200/02, BauR 2003, 581.

⁵³¹ OLG Köln, Beschluss vom 24.01.1997 – 1 W 1/97, OLGR Köln 1997, 116.

⁵³² OLG Braunschweig, Beschluss vom 04.02.1992 – 3 W 81/91, BauR 1993, 251; OLG Frankfurt, Beschluss vom 18.08.1993 – 13 W 39/93, BauR 1994, 139; OLG Köln, Beschluss vom 11.12.1997 – 12 W 59/97, BauR 1998, 591; Böckermann, BauRB 2004, 337 (338).

⁵³³ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 25.03.2004 – I-5 W 61/03, OLGR Düsseldorf 2004, 378 (379); OLG Stuttgart, Beschluss vom 23.02.2004 – 13 W 6/04, BauR 2004, 886; Miernik, Anm. zu OLG Stuttgart, Beschluss vom 23.02.2004 – 13 W 6/04, IBR 2004, 475.

⁵³⁴ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 25.03.2004 – I-5 W 61/03, OLGR Düsseldorf 2004, 378 (379).

⁵³⁵ OLG Nürnberg, Beschluss vom 30.09.2002 – 13 W 2914/02, OLGR Nürnberg 2003, 92.

Rahmen des selbständigen Beweisverfahrens vor, wobei ihm dieses Recht nicht durch Gegenanträge aus der Hand genommen werden darf mit der Folge, dass die einstige Zielrichtung des Beweisverfahrens zurück tritt und die Beweisaufnahme primär vom Antragsgegner und dem von ihm in das Verfahren einbezogenen Dritten bestimmt wird.⁵³⁶ Gegenanträge sind also zulässig, solange sie sich im Rahmen des Sinns und Zwecks des selbständigen Beweisverfahrens befinden und nicht in eigene subjektive Bereiche geraten, die die Feststellung von Tatsachen ins Gegenteil verkehren.

Ein Gegenantrag ist unzulässig, wenn das Gericht bei Identität beider Beweisthemen bereits einen nach § 404 ZPO ernannten Sachverständigen mit der Begutachtung beauftragt hatte.⁵³⁷ Zu bemerken bleibt auch, dass Anträge auf schriftliche Ergänzung in der Praxis nur in seltenen Fällen eine Abänderung des Inhalts der bisherigen gutachterlichen Äußerung bewirken, weshalb es sich eher empfiehlt, sogleich einen Antrag auf mündliche Erläuterung zu stellen, dem das Gericht wegen der Wahrung rechtlichen Gehörs auch nachzukommen hat. Das verfassungsrechtlich garantierte rechtliche Gehör gebietet es, dass der Antragsgegner schon vor der Entscheidung des Gerichts über den Antrag von dessen Inhalt Kenntnis nehmen und sich darauf einrichten kann, dass der Antragsteller durch die selbständige Beweiserhebung möglicherweise einen wichtigen Baustein seiner Anspruchsstellung erlangen wird. Die mündliche Verhandlung über einen Antrag ist dem Gericht zwar nach § 490 Abs. 1 ZPO freigestellt, nicht jedoch die Anhörung, über die das Gesetz selbst nichts aussagt.

Sofern ein vom Antragsgegner gestellter Gegenantrag durch das Gericht abgelehnt wird, ist der Beschluss mit der einfachen Beschwerde anfechtbar.⁵³⁸

Im Gegensatz zu diesen erläuterten „unechten Gegenanträgen“ sind echte Gegenanträge durch die Regelung des § 485 Abs. 3 ZPO ausgeschlossen.

2. Auslagenvorschuss

Eine unselbständige Ergänzung des Gutachtens erfolgt meist dahingehend, dass die Mängel beispielsweise kostengünstiger beseitigt werden könnten als vom Sachverständigen ermittelt. Hierbei handelt es sich lediglich um Ergänzungsfragen, die nicht die Qualität eigenständiger Beweisanträge haben, sondern eher Komponenten der

⁵³⁶ OLG Hamm, Beschluss vom 04.11.2008 – 19 W 28/08, NJW 2009, 1009 (1010).

⁵³⁷ OLG Nürnberg, Beschluss vom 25.07.2000 – 4 W 2323/00, MDR 2001 51 (52).

⁵³⁸ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 25.06.1996 – 21 W 20/96, BauR 1996, 896.



Beweisfragen beinhalten.⁵³⁹ Da der Streitwert des selbständigen Beweisverfahrens dem Wert der Hauptsache entspricht, hat dieser unselbständige Gegenantrag keinen streitwerterhöhenden Einfluss. Durch unselbständige Gegenanträge kann der Antragsgegner auch nicht Schuldner der Gerichtsgebühren werden. Ihn soll bei unselbständigen Ergänzungsfragen deshalb auch keine Kostenvorschusspflicht nach § 17 Abs. 1 S. 2 GKG treffen. Im Streitwertfestsetzungsverfahren ist dieser Einwand nicht mehr möglich, weshalb der Antragsgegner hinsichtlich der entstandenen „Sowieso“-Kosten nicht mehr Kostenschuldner der Gerichtsgebühren werden kann. Eine Kostenquotierung bei „unechten“ Gegenanträgen, die sich nicht streitwerterhöhend auswirken, kommt nicht in Frage.⁵⁴⁰

Werden Gegenanträge zugelassen, die zu einer Erweiterung der Tätigkeit des Sachverständigen führen oder die die durch den Antragsteller formulierten Fragen nicht umfassen, kann die Beauftragung des Sachverständigen davon abhängig gemacht werden, ob die diese Gegenanträge anbringende Seite einen Vorschuss in Höhe der voraussichtlich anfallenden Kosten für diese weiteren gutachterlichen Arbeiten leistet. Der Antragsgegner wird dann Kostenschuldner nach § 22 GKG.⁵⁴¹ Die Nichteinzahlung führt hier zu einem Ausschluss der Begutachtung durch den Sachverständigen.

II. Ergänzungsanträge des Antragstellers

Auch Ergänzungsanträge des Antragstellers sind im Übrigen möglich und zulässig. So kann der Antragsteller nach §§ 490, 492, 411 Abs. 4 ZPO die Lückenhaftigkeit des Gutachtens einwenden oder nach §§ 485, 487 ZPO eine Erweiterung seiner Beweisangebote herbeiführen. Nicht weiter klären lassen darf der Antragsteller eine schon eindeutig beantwortete Beweisfrage. Auch der Antrag des Antragstellers auf Ergänzung kann nur innerhalb einer bestimmten angemessenen Frist gestellt werden.

⁵³⁹ LG Hamburg, Beschluss vom 24.01.2006 – 414 OH 2/04 (Ls.), BauR 2006, 735.

⁵⁴⁰ OLG Schleswig, Beschluss vom 20.09.2004 – 16 W 74/04, IBR 2005, 1066; LG Hamburg, Beschluss vom 24.01.2006 – 414 OH 2/04 (Ls.), BauR 2006, 735.

⁵⁴¹ LG Heidelberg, Beschluss vom 07.01.2008 – 7 OH 13/06, in juris; LG Berlin, Urteil vom 07.02.2006 – 5 O 267/05, BauR 2007, 920.

III. Anträge bei Anhängigkeit des Hauptsacheverfahren

Falls ein Hauptsacheverfahren anhängig wird, entfällt das Rechtsschutzbedürfnis für weitere Anträge auf Ergänzung des Sachverständigengutachtens. Hier greift der Grundsatz der Prozessbeschleunigung nicht mehr. Unbenommen bleiben dem Antragsgegner Einwendungen gegen das im selbständigen Beweisverfahren eingeholte Gutachten nach den §§ 398, 412 ZPO.⁵⁴² Das Prozessgericht ist dabei aber nicht an die Beweisergebnisse gebunden.⁵⁴³

IV. Der Antragsgegner als Antragsteller

Die Gegenanträge dürfen keinesfalls dazu führen, dass sich das selbständige Beweisverfahren um ein solches des Antragsgegners handelt, da andernfalls die zuvor erwähnten Bedingungen für einen Ergänzungsantrag ausgehebelt würden. Wenn der Antragsgegner im selbständigen Beweisverfahren eigene Beweisanträge zu selbständigen Beweisthemen stellt, führt er durch die Anträge, die nicht als unechte Gegenanträge zu werten sind, eine eigene Beweisaufnahme herbei, und wird insoweit Antragsteller der Instanz.⁵⁴⁴ Das Begehren des Antragsgegners erweitert das von dem Antragsteller eingeleitete selbständige Beweisverfahren in der Sache. Er begibt sich in die Rolle des Angreifers und wird damit für die dadurch veranlassten Kosten Schuldner i. S. d. § 22 GKG wie ein echter Widerkläger. Wie bei der Widerklage ist hier darauf abzustellen, ob dieses Begehren denselben oder einen anderen Streitgegenstand betrifft.⁵⁴⁵

Der Gegenantrag kann gem. §§ 492, 402, 379 ZPO von der Einzahlung eines weiteren Vorschusses abhängig gemacht werden. Gemäß § 22 GKG ist der Antragsgegner bei einem Gegenbeweis mit eigenem Streitwert der Antragsteller. Das dadurch neu eingeleitete selbständige Beweisverfahren kann dann zweckmäßigerweise mit dem alten verbunden werden; dies gilt auch deshalb, weil zumeist die anspruchsbegründenden Tatsachen noch nicht abschließend geklärt sind und ein Streitgegenstand in diesem Sinne noch nicht geregelt ist. Dass es grundsätzlich möglich ist, mehrere selbständige

⁵⁴² OLG Hamm, Beschluss vom 04.04.2000 – 21 U 92/99, BauR 2000, 1372.

⁵⁴³ Jagenburg/Reichelt, NJW 2001, 2349 (2445).

⁵⁴⁴ OLG Karlsruhe, Beschluss vom 11.12.2000 – 17 W 30/00, OLGR Karlsruhe 2001, 203; OLG München, Beschluss vom 10.12.1997 – 11 W 2427/97, MDR 1998, 307 (308); OLG Koblenz, Beschluss vom 27.06.1996 – 14 W 344/96, NJW-RR 1997, 1024; Eaux, Umfang und Grenzen von Gegenanträgen im selbständigen Beweisverfahren, S. 375 (385).

⁵⁴⁵ Eaux, Umfang und Grenzen von Gegenanträgen im selbständigen Beweisverfahren, S. 375 (385); Sturmberg, Der Beweis im Zivilprozess, Rn. 337.



Beweisverfahren miteinander zu verbinden, ergibt sich dabei aus der Überlegung, dass die Bestimmung des § 147 ZPO nicht nur auf Klageverfahren und Prozesse i. S. d. § 261 ZPO anwendbar ist, sondern auch auf zivilprozessuale Erkenntnisverfahren aller Art und mithin auch auf das selbständige Beweisverfahren.⁵⁴⁶

Dass der Antragsgegner aufgrund eigenständiger Beweisanträge, mit denen er sich in die Rolle eines Antragstellers begibt, für die hierdurch veranlassten Kosten zum Schuldner wird, entspricht dem Sinn und Zweck des § 494a ZPO, denn ansonsten könnte der Antragsgegner immer erheblichere Kosten auslösende eigene Beweisanträge stellen, während der Antragsteller keine Hauptsacheklage erheben könnte. Es bestände dann die Gefahr, dass der Antragsteller zu einer Klage gezwungen würde, die ausschließlich mit Beweisgegenständen des Antragsgegners gespickt wäre.⁵⁴⁷

Der in § 147 ZPO erforderliche „rechtliche Zusammenhang“, der wie auch in §§ 33, 302 ZPO und § 273 BGB als Tatbestandsmerkmal verwendet wird, rechtfertigt aber nur die Verbindung von Verfahren mit Ansprüchen aus dem Gegenseitigkeitsverhältnis „Kläger-Beklagter“.

V. Der Anspruchsgegner (Auftragnehmer) als Antragsteller

Dass der Auftraggeber Anspruchsteller des selbständigen Beweisverfahrens ist, ist die typische und bereits eingehend erörterte Konstellation. Wenn allerdings beispielsweise der Auftraggeber Mängel behauptet und daraufhin der Auftragnehmer ein selbständiges Beweisverfahren einleitet, kann als Ergebnis dieses selbständigen Beweisverfahrens feststehen, dass die angeblichen Mängel nicht bestehen. Der werkvertragliche Auftraggeber als Antragsgegner kann in einem solchen Fall vom Antragsteller verlangen, die Kosten über § 494a ZPO erstattet zu bekommen. Aus den Gesetzesmaterialien zum selbständigen Beweisverfahren geht eindeutig hervor, dass nur die Lücke zu schließen ist, in der der Antragsteller von einer Klageerhebung absieht und der Antragsgegner deshalb auf seinen Kosten sitzen bleiben würde. Dem Wortlaut des § 494a ZPO nach kann nur der Antragsgegner einen Antrag stellen. Zu bedenken ist dabei, dass der innere Grund der Vorschrift also auch dann gegeben ist, wenn ein Antragsteller die begehrte verneinende Feststellung erstreitet und der Antragsgegner deshalb von einer Klage zur Hauptsache Abstand nimmt. In dieser Hinsicht kann von einer Parallelität der Interessenlage

⁵⁴⁶ OLG Koblenz, Beschluss vom 01.09.2003 – 3 W 424/03, OLGR Koblenz 2004, 69; OLG Hamburg, Beschluss vom 09.02.2001 – 14 W 10/01, MDR 2001, 1012; Ulrich, AnwBl 2003, 78 (84).

⁵⁴⁷ OLG Koblenz, Beschluss vom 27.06.1996 – 14 W 344/96, NJW-RR 1997, 1024.

gesprochen werden; dies gilt auch für den Fall, in dem der Antragsteller der Anspruchsgegner ist.⁵⁴⁸

Unabhängig davon kann der Antragsteller die ihm entstandenen Kosten des selbständigen Beweisverfahrens im Rahmen des Hauptsacheverfahrens als prozessualer Kostenerstattungsanspruch geltend machen. Ein der Abwehr unbegründeter Schadensersatzansprüche dienendes selbständiges Beweisverfahren begründet für sich noch keinen materiell-rechtlichen Schadensersatzanspruch. Deshalb kommt auch eine negative Feststellungsklage für den Fall der Erfüllung nicht in Betracht. Diese ist aus Gründen der Prozessökonomie zu verneinen. Der Antragsteller müsste dann nämlich auf die (Nicht-)Feststellung der Ansprüche klagen, deren sich der Antragsgegner gerühmt hat.⁵⁴⁹ Des Weiteren würde es an der für Feststellungsklagen erforderlichen Gegenwärtigkeit fehlen, so dass eine solche auch aus diesem Grund nicht in Betracht kommt.

VI. Einbeziehung Dritter in das selbständige Beweisverfahren

1. Zulässigkeit der Streitverkündung

Naheliegend für die Einbeziehung Dritter in das selbständige Beweisverfahren ist die entsprechende Anwendung der §§ 72 ff. ZPO und damit die Möglichkeit der Streitverkündung im selbständigen Beweisverfahren. Eine solche ist geboten, wenn sich der Antragsgegner etwaige Rückgriffsansprüche sichern will. Dass die Streitverkündung im selbständigen Beweisverfahren zulässig ist, ergibt sich schon aus dem Bericht des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages zum Entwurf des Rechtspflege-Vereinfachungsgesetzes. Dort ist ausgeführt, dass die Ergänzung der Vorschriften für das selbständige Beweisverfahren mit Rücksicht auf die wünschenswerte Möglichkeit der Streitverkündung nicht für erforderlich gehalten werde, weil zu erwarten sei, dass die Rechtsprechung in diesen Fällen die §§ 66 ff. ZPO entsprechend anwenden.⁵⁵⁰ Entsprechend hat sich die Rechtsprechung für eine Zulässigkeit der Streitverkündung im selbständigen Beweisverfahren ausgesprochen.⁵⁵¹ Gleiches gilt für die

⁵⁴⁸ Lenzen, BauR 2005, 303 (304).

⁵⁴⁹ Lenzen, BauR 2005, 303 (304).

⁵⁵⁰ BT Drucks, 11/8283, S. 48.

⁵⁵¹ BGH, Urteil vom 05.12.1996 – VII ZR 108/95, MDR 1997, 390; OLG München, Beschluss vom 19.10.2004 – 1 W 2347/04, OLGR München 2005, 867 (868); OLG Jena, Beschluss vom 28.07.2004 – 5 W 58/04, IBR 2005, 1065; OLG Koblenz, Beschluss vom 18.02.2003 – 3 W 97/03, NJW-RR 2003, 880; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 16.07.2003 – 21 W 35/03, NJW-

Nebenintervention.⁵⁵² Durch die Streitverkündung soll es einem Dritten ermöglicht werden, auf den Ausgang eines zwischen anderen Parteien anhängigen Prozesses durch Unterstützung einer Partei Einfluss zu nehmen. Der Streitverkündete hat regelmäßig ein Interesse daran, am Beweisverfahren beteiligt zu werden, wenn sich die Entscheidung in dem Prozess auf seine Rechtsstellung auswirkt.⁵⁵³ Bei Unterstützung des Antragsgegners deckt sich das Interesse des Streitverkündeten auch auf jeden Fall hinsichtlich der Kostenerstattung vom Antragsteller. Nach Ansicht des BGH sollen die §§ 72 ff. ZPO auch deshalb entsprechende Anwendung finden, weil ein Dritter im selbständigen Beweisverfahren zumeist zur Aufklärung des Sachverhaltes wesentlich beitragen kann. Ohne die Möglichkeit der Streitverkündung würde die Funktion einer vorweggenommenen Beweisaufnahme ansonsten nicht ausschöpfend erreicht werden können. Dabei hat der BGH für die Frage der Zulässigkeit der Streitverkündung im selbständigen Beweisverfahren darauf abgestellt, dass die genannten Gesichtspunkte für das selbständige Beweisverfahren genauso von Bedeutung seien wie für den Hauptsacheprozess.⁵⁵⁴ Der Ansicht von Cuypers⁵⁵⁵, dem zufolge die Wirkungen des § 68 ZPO nicht auf das selbständige Beweisverfahren übernommen werden können, da die einzige Folge des Beweisverfahrens die des § 493 ZPO sei und deshalb diese Vorschrift als nur verfahrensrechtliches Element zwischen den Parteien selbst nichts bewirke, ist nicht zu entsprechen. Die Wirkungen der Bestimmungen der Streitverkündung sind mit denen der §§ 485 ff. ZPO vergleichbar und gerade in Bausachen unverzichtbar. Beide Regelungen dienen der Vermeidung widersprüchlicher Prozessergebnisse und der Verringerung der Anzahl der Prozesse. Deswegen sind mehrfache Beweiserhebungen wegen desselben Gegenstandes mit möglicherweise unterschiedlichen Ergebnissen nicht geboten.

Daneben spricht auch der kontradiktorische Charakter des selbständigen Beweisverfahrens dafür, dass das selbständige Beweisverfahren einem Rechtsstreit

RR 2003, 1530; OLG München, Beschluss vom 24.02.2000 – 11 W 896/00, MDR 2000, 603; OLG Koblenz, Beschluss vom 17.09.1999 – 1 W 484/99, NJW-RR 2001, 1726; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 16.07.1999 – 19 W 45/99, NJW-RR 2001, 214; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 25.11.1997 – 19 W 68/97, MDR 1998, 238 (239); OLG Oldenburg, Beschluss vom 08.07.1994 – 8 W 51/94, NJW-RR 1995, 830; OLG Koblenz, Beschluss vom 01.02.1993 – 7 W 29/93, MDR 1993, 575; auch: Huber, in Musielak, ZPO, § 487, Rn. 2; Braunschneider, ProZRB 2004, 333 (334); Schwartmann, ProZRB 2004, 258 (260); Kießling, NJW 2001, 3668 (3669); Jagenburg/Reichelt, NJW 2001, 2439 (2445); Groß, in FS für Mantscheff, S. 341 (348); Seeber, S. 136.

⁵⁵² OLG Koblenz, Beschluss vom 18.02.2003 – 3 W 97/03, NJW-RR 2003, 880; OLG Koblenz, Beschluss vom 01.02.1993 – 7 W 29/93, MDR 1993, 575.

⁵⁵³ BGH, Urteil vom 05.12.1996 – VII ZR 108/95, MDR 1997, 390; Bohnen, BB 1995, 2333 (2334).

⁵⁵⁴ BGH, Urteil vom 05.12.1996 – VII ZR 108/95, MDR 1997, 390; OLG München, Beschluss vom 24.02.2000 – 11 W 896/00, MDR 2000, 603; Eaux, Rechtliche Probleme bei der Streitverkündung im selbständigen Beweisverfahren in Bausachen, S. 147 (153 f.).

⁵⁵⁵ Cuypers, NJW 1994, 1985 (1991).

zumindest i. S. d. §§ 66, 72 ff. ZPO gleichzustellen ist. Es ist ein förmliches zweiseitiges, Streitiges gerichtliches Verfahren, in dem der Nebenintervenient das Obsiegen einer Seite unterstützen kann oder in dem eine Seite bei einem Misserfolg einen Anspruch gegen einen Dritten zu haben glaubt.⁵⁵⁶ Entscheidend kann dabei nur sein, dass die Rechtslage der nicht an dem Verfahren beteiligten Personen unmittelbar oder mittelbar beeinflusst werden kann und somit ein Bedürfnis besteht, die Rechte dort wahrzunehmen. Auch entspricht die analoge Anwendung der Vorschriften über die Streitverkündung dem Willen des Gesetzgebers. Dieser hat im Rechtspflege-Vereinfachungsgesetz das selbständige Beweisverfahren mit der Einführung des § 494a Abs. 2 ZPO sowie des § 485 Abs. 2 ZPO aufgewertet und im Hinblick auf § 494a ZPO zumindest Grundsätze aus dem Arrest- und einstweiligen Verfügungsverfahren übernommen, in dem die Streitverkündung zulässig ist.

Die Streitverkündung im selbständigen Beweisverfahren hat dabei zur Folge, dass dem Streitverkündeten das Ergebnis der Beweisaufnahme entsprechend §§ 68, 493 Abs. 1 ZPO in einem Hauptprozess entgegengehalten werden kann.⁵⁵⁷ Der Streitverkündete ist dabei weder Partei noch Verfahrensbeteiligter des Beweisverfahrens. Damit erfüllt das Beweisverfahren gegenüber dem Nebenintervenienten denselben Zweck wie gegenüber dem Antragsgegner im Beweisverfahren, nämlich die rechtzeitige Klärung und Sicherung von Tatsachen mit den Beweismitteln der ZPO.

Falls es nicht zu einem Hauptsacheverfahren kommt, darf im Rahmen einer Kostenentscheidung nach § 494a Abs. 2 ZPO auch über die durch die Streithilfe veranlassten Kosten entschieden werden.⁵⁵⁸ Die Norm des § 101 ZPO findet entsprechende Anwendung. Ein Beitritt des Streitverkündeten nach Fristablauf bzw. nach Beendigung des selbständigen Beweisverfahrens ist nicht mehr möglich.⁵⁵⁹

⁵⁵⁶ OLG Frankfurt, Beschluss vom 29.10.1994 – 18 W 183/94, BauR 1995, 426 (427); OLG Koblenz, Beschluss vom 01.02.1993 – 7 W 29/93, MDR 1993, 575; Kießling, NJW 2001, 3668 (3669).

⁵⁵⁷ BGH, Urteil vom 05.12.1996 – VII ZR 108/95, MDR 1997, 390; KG, Beschluss vom 23.08.2002 – 4 W 219/01, NJW-RR 2003, 133 (134) = MDR 2002, 1453; OLG München, Beschluss vom 24.02.2000 – 11 W 896/00, MDR 2000, 603; Huber, in Musielak, ZPO, § 487, Rn. 2; Enaux, Rechtliche Probleme bei der Streitverkündung im selbständigen Beweisverfahren in Bausachen, S. 146 (147).

⁵⁵⁸ OLG Oldenburg, Beschluss vom 08.07.1994 – 8 W 51/94, NJW-RR 1995, 829 (830); LG Augsburg, Beschluss vom 24.11.2003 – 2 OH 692/02, IBR 2004, 1015.

⁵⁵⁹ OLG Karlsruhe, Beschluss vom 25.11.1997 – 19 W 68/97, BauR 1998, 589; Jagenburg/Reichelt, NJW 2001, 2439 (2445).



2. Der Hauptprozess ohne den Streitgegenstand der Intervention

In der Praxis ergibt sich des Öfteren die Konstellation, dass z.B. der Streithelfer in Gestalt eines Subunternehmers mangelfrei gearbeitet hat und dies auch im Sachverständigengutachten bestätigt wird. Den Streithelfer trifft dann kein vertragswidriges oder deliktsrechtlich zurechenbares Verhalten, weshalb der Antragsteller kein Interesse mehr daran haben wird, den Streithelfer in das Hauptsacheverfahren mit einzubeziehen. Dem „Intervenienten“ fehlt das rechtliche Interesse i.S.d. § 66 ZPO an dem zwischen den anderen Personen anhängigen Rechtsstreit. Sein Beitritt könnte nach § 72 Abs. 1 ZPO verhindert werden. Sofern der Beitritt dennoch erfolgt, ergeht ein Zwischenurteil nach § 71 Abs. 1 ZPO, in welchem die fehlenden Voraussetzungen der Intervention festgestellt werden. Weiterführend sind die Kosten des Streithelfers dann nicht mehr im Hauptsacheverfahren zu berücksichtigen. Es wird vielmehr eine Klage unter Ausschluss des den Streithelfer betreffenden Streitgegenstandes erhoben. Um zu einer Kostenentscheidung zu kommen, in der der Intervenient berücksichtigt werden soll, müsste im Hauptsacheverfahren eine weitere Streitverkündung für die zu ergehende Kostenentscheidung nach § 101 ZPO erfolgen.⁵⁶⁰ Da dies grundsätzlich nicht der Fall sein wird, ist der Streithelfer auf eventuelle materiell-rechtliche Kostenersatzansprüche zu verweisen. Dagegen vertritt das OLG Celle die Ansicht, dass das Gericht auch dann im Hauptsacheverfahren über die dem Streithelfer entstandenen Kosten gem. § 101 ZPO zu entscheiden habe, wenn im Hauptsacheverfahren keine weitere Streitverkündung erfolgt und der Streithelfer diesem auch nicht gem. § 66 ZPO beigetreten sei.⁵⁶¹ Dies ergebe sich aus der kostenmäßigen Verfahrenszusammengehörigkeit. Eine andere Vorgehensweise stelle einen überflüssigen Formalismus dar. Außerdem sei es dem Streithelfer möglich, in der mündlichen Verhandlung einen entsprechenden Antrag auf Beitritt zu stellen, was das Entstehen einer weiteren Verhandlungsgebühr auslöse.⁵⁶² Doch wird nach dieser Ansicht eine Kostenerstattung für den Streithelfer dann problematisch, wenn er einer Partei nur mit dem alleinigen Zweck beitrifft, anderen den Streit zu verkünden. Dies führt zu nicht mehr vertretbaren Ausuferungen möglicher Streitverkündungen, weshalb es sachgerecht bleibt, dass dem Intervenienten das rechtliche Interesse nach § 66 ZPO fehlen würde und der Beitritt wegen § 71 ZPO verhindert werden kann. Die für den Streithelfer angefallenen

⁵⁶⁰ OLG Köln, Beschluss vom 29.11.2004 – 22 W 27/04, OLGR Köln 2005, 219 (für den Fall der unberechtigten Streithilfe); Groß, in FS für Mantscheff, S. 341 (342).

⁵⁶¹ OLG Celle, Beschluss vom 20.06.2003 – 6 W 49/03, OLGR Celle 2003, 354 = NJW-RR 2003, 1509 (1510): jedenfalls dann, wenn der Antragsgegner nicht ausdrücklich erklärt, keinen Antrag stellen zu wollen.

⁵⁶² OLG Celle, Beschluss vom 20.06.2003 – 6 W 49/03, OLGR Celle 2003, 354 = NJW-RR 2003, 1509 (1510).

Kosten können dann wegen § 103 Abs. 2 ZPO nicht mehr im Kostenfestsetzungsverfahren festgesetzt werden (*ne ultra petita partium*). Falls der Erlass der Kostengrundentscheidung verweigert wird, ist dagegen analog § 99 Abs. 2 ZPO die sofortige Beschwerde zulässig.⁵⁶³

3. Kosten des Streithelfers bei Antragsrücknahme, Vergleich und Erfüllung

Im Falle einer Antragsrücknahme erfasst die Kostenentscheidung gemäß §§ 101, 269 Abs. 3 S. 2 ZPO auch die Kosten des Streithelfers. Der Streithelfer kann somit entsprechend § 269 Abs. 3 ZPO einen eigenen Kostenerstattungsanspruch gegen den Antragsteller mit der Kostenauflegung noch im selbständigen Beweisverfahren geltend machen.⁵⁶⁴

Schließen die Parteien einen Vergleich und erklären sie das selbständige Beweisverfahren für beendet, ist für eine Anwendung des § 494a Abs. 2 ZPO zugunsten des Streithelfers hingegen kein Raum.⁵⁶⁵ Eine Anwendung des § 494a ZPO scheidet schon deshalb aus, weil aufgrund der außergerichtlichen Einigung kein Raum bleibt für eine etwaige Klage; diese würde schon als unzulässig abgewiesen werden. Wenn der Vergleich keine Bestimmung über die Kosten der Streithilfe enthält, würde sich der Streithelfer mit einem Antrag nach § 494a ZPO in Widerspruch zur unterstützten Partei setzen, was nach § 67 ZPO prozessual zu beschränken und deshalb ausgeschlossen ist. Außerdem kann der Antrag nach § 494a ZPO für den Streithelfer nicht weiter gehen als für den von ihm unterstützten Antragsgegner.

Die Hauptparteien können aber ohne Beteiligung des Streithelfers am Vergleich den Kostenerstattungsanspruch des Streithelfers nicht zu dessen Lasten abweichend von der Kostentragungsquote regeln, die von den Hauptparteien im sie selbst betreffenden Verhältnis vereinbart ist.⁵⁶⁶ Auch nach Ansicht des OLG Dresden steht dem Streithelfer ein Kostenerstattungsanspruch in Höhe der Hälfte seiner außergerichtlichen Kosten zu, wenn die Prozessparteien im Rahmen eines Vergleichs Kostenaufhebung vereinbaren und

⁵⁶³ OLG Celle, Beschluss vom 20.06.2003 – 6 W 49/03, OLGR Celle 2003, 354 = NJW-RR 2003, 1509 (1510).

⁵⁶⁴ BGH, Beschluss vom 14.10.2004 – VII ZB 23/03, ZfBR 2005, 174; OLG München, Beschluss vom 02.03.2001 – 28 W 979/01, MDR 2001, 768 = OLGR München 2001, 157; Pastor, in Werner/Pastor, Der Bauprozess, Rn. 139.

⁵⁶⁵ OLG Frankfurt, Beschluss vom 04.07.2003 – 14 W 52/03, BauR 2004, 536; allgemein: OLG Nürnberg, Beschluss vom 18.02.2000 – 13 U 3837/99, BauR 2000, 1379; LG Ulm, Beschluss vom 04.12.2001 – 2 OH 12/00, in juris; Ulrich, AnwBl. 2003, 144 (149).

⁵⁶⁶ Allgemein: BGH, Beschluss vom 14.07.2003 – II ZB 15/02, NJW 2003, 3354; OLG München, Beschluss vom 23.04.1998 – 28 W 1126/98, NJW-RR 1998, 1453.



die Kosten der Nebenintervention bewusst ausklammern.⁵⁶⁷ Wenn der Streithelfer an dem Rechtsstreit nicht beteiligt war, sind dem Gegner der unterstützten Hauptpartei die Kosten zur Hälfte aufzuerlegen.⁵⁶⁸ Im Hauptsacheverfahren ist bezogen auf die außergerichtlichen Kosten des Streithelfers die Regelung des § 92 ZPO dahingehend zu verstehen, dass die Interventionskosten je zur Hälfte vom Streithelfer und Gegner der unterstützen Partei zu tragen sind.⁵⁶⁹ Nach §§ 101 ZPO i. V. m. 98 ZPO ist der Streithelfer an die durch Vergleich vorgenommene Kostenquotierung im Verhältnis zwischen den Hauptparteien gebunden und dadurch ebenfalls so zu behandeln wie die von ihm unterstützte Hauptpartei.⁵⁷⁰ Sofern sich Antragsteller und Antragsgegner außergerichtlich dahingehend einigen, dass der Antragsgegner keinen Kostenerstattungsanspruch für seine außergerichtlichen Kosten hat und auch die angefallenen Sachverständigenkosten und Gerichtskosten trägt, steht indes nach § 101 ZPO auch dem Streithelfer kein Kostenerstattungsanspruch zu.

Falls der vom Streithelfer unterstützte Antragsgegner durch Erfüllung die Erhebung der Hauptsacheklage vereitelt hat, kann auch er mangels Rechtsschutzinteresses nicht den Weg über § 494a ZPO bestreiten.⁵⁷¹ Falls der Streithelfer erfüllt hat, ist die Erhebung der Hauptsacheklage ebenfalls vereitelt und dem Streithelfer steht der Weg des § 494a ZPO nicht mehr offen.⁵⁷² Der in § 494a Abs. 2 S. 1 ZPO zum Ausdruck kommende Rechtsgedanke ist nach seinem Sinn und Zweck auch im Verhältnis zwischen Antragsteller und Streithelfer des Antragsgegners anzuwenden, so dass für den Streithelfer insoweit nichts anderes gilt. Dieser darf nicht schlechter gestellt werden als der von ihm unterstützte Antragsgegner, wenn sich seine Interessenlage im Hinblick auf eine Kostenerstattung mit der des Antragsgegners deckt. Er darf aber auch nicht besser gestellt werden, weshalb der Streithelfer die ihm entstandenen Kosten nicht bei Erfüllung durch den Antragsgegner zurückverlangen kann.

⁵⁶⁷ OLG Dresden, Beschluss vom 06.06.1997 – 7 U 2912/96, NJW-RR 1998, 285.

⁵⁶⁸ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 23.06.1998 – 22 U 196/97, NJW-RR 1998, 1691.

⁵⁶⁹ OLG Celle, Beschluss vom 11.03.2002 – 8 W 492/01, Nds.Rpfl. 2002, 241; OLG Köln, Beschluss vom 07.01.1993 – 7 W 55/92, JurBüro 1993, 684; allgemein: Schwarz, MDR 1993, 1052.

⁵⁷⁰ BGH, Beschluss vom 14.07.2003 – II ZB 15/02, NJW 2003, 3354.

⁵⁷¹ OLG Schleswig, Beschluss vom 26.07.2001 – 16 W 137/01, in juris.

⁵⁷² OLG Schleswig, Beschluss vom 26.07.2001 – 16 W 137/01, in juris; Ulrich, AnwBl. 2003, 144 (149).

D. Prozesskostenhilfe

Die Kostenlast eines Prozesses darf die Existenz einer mittellosen Partei nicht gefährden.⁵⁷³ Für die Bewilligung von Prozesskostenhilfe zugunsten des Antragstellers ist nur die Erfolgsaussicht des Beweisantrags, aber nicht der beabsichtigten Klage ausschlaggebend.⁵⁷⁴ Dabei reicht es aus, dass die Beweistatsachen zur Begründung eines Anspruchs dienen können. Auf die Schlüssigkeit ist hingegen nicht abzustellen. Dem Antragsgegner kann Prozesskostenhilfe gewährt werden, wenn seine Beteiligung an dem Verfahren sinnvoll erscheint und die Verteidigung Erfolg verspricht. Hierbei ist auch das Gebot der prozessualen Chancengleichheit i.S.d. Art. 3 GG zu berücksichtigen, wenn die Interessen des Antragstellers durch einen Rechtsanwalt wahrgenommen werden.⁵⁷⁵

Das Prozesskostenhilfesuch ist nur erfolgreich, wenn Umstände dargelegt werden, die gegenüber einer etwaigen nachfolgenden Hauptsacheklage als Einwände geeignet sind und im vorliegenden selbständigen Beweisverfahren geklärt werden sollen. Die Prozesskostenbewilligung und eine etwaige Beiordnung des Rechtsanwaltes im selbständigen Beweisverfahren erstreckt sich gem. § 48 Abs. 4 S. 1 und 2 Nr. 3 RVG nicht auch auf das Hauptsacheverfahren; denn das selbständige Beweisverfahren ist insofern eine selbständige Angelegenheit. Aus diesem Grund erstreckt sich auch eine Prozesskostenhilfebewilligung im Hauptsacheverfahren nicht rückwirkend auf ein stattgefundenes selbständiges Beweisverfahren.⁵⁷⁶ Wenn also im selbständigen Beweisverfahren Prozesskostenhilfe gewährt wurde und im Hauptsacheverfahren nicht, spielt das für die Kostenentscheidung keine Rolle. Die Kosten eines dem Hauptsacheverfahren vorausgegangenen selbständigen Beweisverfahrens dürfen hinsichtlich der Prozesskostenhilfe im Hauptsacheverfahren nicht festgesetzt werden.⁵⁷⁷ Der Gegner hat jedoch im Gegenzug einen Rückzahlungsanspruch gegen die Staats- bzw. Landeskasse, soweit die Kosten nach dem Ausspruch im Hauptsachestreit nicht von ihm zu tragen sind.⁵⁷⁸

⁵⁷³ Notthoff/Buchholz, JurBüro 1996, 5 (7).

⁵⁷⁴ OLG Hamm, Beschluss vom 15.12.2004 – 17 W 43/04, BauR 2005, 1360; OLG Oldenburg, Beschluss vom 13.02.2002 – 8 W 12/02, MDR 2002, 910; OLG Celle, Beschluss vom 20.04.2004 – 5 W 13/04, BauR 2004, 1659; Schreiber, in Münchener Kommentar, ZPO, § 485, Rn. 21; Ulrich, IBR 2005, 182.

⁵⁷⁵ Seeber, S. 171.

⁵⁷⁶ Leipold, in Stein/Jonas, ZPO, vor § 485, Rn. 12.

⁵⁷⁷ LG Saarbrücken, Beschluss vom 02.08.2000 – 5 T 512, 518, 522/00, NJW-RR 2001, 1152.

⁵⁷⁸ BGH, Beschluss vom 18.12.2002 – VIII ZB 97/02, NJW-RR 2003, 1322 (1324); LG Saarbrücken, Beschluss vom 02.08.2000 – 5 T 512, 518, 522/00, NJW-RR 2001, 1152; Leipold, in Stein/Jonas, ZPO, vor § 485, Rn. 36.



E. Keine Unterbrechung bei Insolvenz

Ein selbständiges Beweisverfahren wird durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen einer der Parteien nicht gem. § 240 ZPO unterbrochen.⁵⁷⁹ Zwar spricht die systematische Stellung von § 240 ZPO für die Anwendung auf das in der Regel kontradiktorische Verfahren.⁵⁸⁰ Auch ist das selbständige Beweisverfahren nicht eiliger als ein Arrest- oder ein einstweiliges Verfügungsverfahren, auf das § 240 ZPO grundsätzlich Anwendung findet. Jedoch ist § 240 ZPO nicht mit dem Sinn und Zweck des selbständigen Beweisverfahrens in Einklang zu bringen und soll deshalb auch nicht hierauf angewendet werden.⁵⁸¹ Das selbständige Beweisverfahren dient dem Antragsteller zur schnellen Beweissicherung ohne Zustimmung des Gegners und unabhängig von einem Streitverfahren, wenn der Verlust oder die erschwerte Benutzung von Beweismitteln droht. Auch die übrigen Ziele des selbständigen Beweisverfahrens, wie die Förderung der gütlichen Einigung, sprechen gegen eine Verzögerung und damit eine Unterbrechung, da das Beweismittel untergehen könnte oder tatsächliche Umstände nicht mehr einwandfrei festgestellt werden könnten. Das selbständige Beweisverfahren dient nur der Tatsachenfeststellung und nicht der Entscheidung über Rechtsfragen. Etwas anderes würde zu erheblichen Nachteilen, auch für den Insolvenzverwalter, führen, da das selbständige Beweisverfahren die Beweisaufnahme vorwegnimmt. Sofern die Unterbrechung durch Beschluss bei mehreren Antragsgegnern gegen einen insolventen Antragsgegner festgestellt würde, wäre dieser an die Beweiserhebung trotz festgestellter Unterbrechungswirkung gebunden, falls das Hauptsachegericht eine Unterbrechungswirkung ablehnt.⁵⁸² Die Norm des § 240 ZPO kann auch deshalb nicht angewandt werden, weil der Insolvenzverwalter an dem Verfahren nicht beteiligt ist oder die Masse nicht beeinträchtigt wird.⁵⁸³ Denn auch unabhängig davon ist ein fortgesetztes und abzuschließendes selbständiges Beweisverfahren geeignet, eine Grundlage auch für einvernehmliche Vergleichsgespräche zu schaffen. Diese Erwägungen treffen aber nur für den Fall zu, dass das Insolvenzverfahren über das Vermögen des Antragsgegners bereits eröffnet wurde. Wenn das selbständige Beweisverfahren zeitlich vor Eröffnung

⁵⁷⁹ BGH, Beschluss vom 11.12.2003 – VII ZB 14/03, MDR 2004, 404; OLG Brandenburg, Beschluss vom 05.05.2003 – 8 W 58/03, IBR 2003, 516; OLG Frankfurt, Beschluss vom 13.01.2003 – 19 W 34/02, IBR 2003, 176; OLG Frankfurt, Beschluss vom 26.08.2002 – 4 W 39/02, IBR 2003, 285; OLG Hamm, Beschluss vom 04.02.1997 – 21 W 12/96, IBR 1997, 305; Turner, IBR 2003, 285.

⁵⁸⁰ OLG München, Beschluss vom 21.12.2001 – 13 W 2641/01, IBR 2002, 391; Stadler, in Musielak, ZPO, § 240, Rn. 6.

⁵⁸¹ OLG Brandenburg, Beschluss vom 05.05.2003 – 8 W 58/03, IBR 2003, 516.

⁵⁸² Vgl. Locher, IBR 2003, 516.

⁵⁸³ Turner, IBR 2003, 285.

der Insolvenz vom Gemeinschuldner eingeleitet worden ist, hat der Kostenausspruch nach § 494a Abs. 2 ZPO den Rang einer einfachen Insolvenzforderung.⁵⁸⁴

F. Verjährung

Der Antrag auf Durchführung des selbständigen Beweisverfahrens hemmt nach § 204 Abs. 1 Nr. 7 BGB die Verjährung. Die Hemmungswirkung bezieht sich dabei auf einzelne Mängel und Antragsgegner, nicht auf das oft mehrere Mängel betreffende Beweisverfahren im Ganzen.⁵⁸⁵ Dies gilt für den Beginn der Hemmung nach § 204 Abs. 1 Nr. 7 BGB sowie auch für das Ende der Hemmung durch Vornahme der letzten auf den einzelnen Mangel bezogenen Verfahrenshandlung gemäß § 204 Abs. 2 S. 2 BGB.⁵⁸⁶ Die Hemmungswirkung endet laut § 204 Abs. 2 S. 1 BGB sechs Monate nach der Beendigung des selbständigen Beweisverfahrens. Im Falle der Unzulässigkeit des Beweisantrags wird gleichwohl die Verjährung gehemmt, sofern nicht der Antrag als unstatthaft zurückgewiesen wurde.⁵⁸⁷ Auch wenn der Antragsteller später den Antrag auf Durchführung des Beweisverfahrens zurücknimmt, wird die Verjährung gehemmt.⁵⁸⁸ Hinausgeschoben wird die Hemmung, wenn auf Einwendungen der Parteien ein Ergänzungsgutachten eingeholt wird.⁵⁸⁹ Durch die Zustellung der Streitverkündung wird im Verhältnis zur streitverkündeten Seite die Verjährung gehemmt.⁵⁹⁰

G. Zusammenfassung des fünften Kapitels

Maßgebend für die Streitwertbemessung ist nach § 3 ZPO das Interesse des Antragstellers. Nach heute überwiegend vertretener Ansicht richtet sich der Wert des selbständigen Beweisverfahrens nach dem vollen Wert des Hauptsacheverfahrens. Hiernach berechnen sich die damit die Kosten des selbständigen Beweisverfahrens, die sich aus Gerichtskosten und außergerichtlichen Kosten, insbesondere Rechtsanwaltskosten, zusammensetzen.

⁵⁸⁴ Ulrich, Selbständiges Beweisverfahren mit Sachverständigen, Kapitel 9.5.4..

⁵⁸⁵ BGH, Beschluss vom 22.01.1998 – VII ZR 204/96, MDR 1998, 530; OLG München, Urteil vom 13.02.2007 – 9 U 4100/06, BauR 2007, 1095 (1096).

⁵⁸⁶ Böckermann, BauRB 2004, 337 (338).

⁵⁸⁷ BGH, Urteil vom 22.01.1998 – VII ZR 204/96, NJW 1998, 1305.

⁵⁸⁸ Vgl. BT-Drs. 14/6040, S. 118; Ulrich, AnwBl 2003, 78 (86).

⁵⁸⁹ BGH, Beschluss vom 20.02.2002 – VIII ZR 228/00, NJW 2002, 1640.

⁵⁹⁰ Vgl. Ulrich, AnwBl 2003, 78 (86).



Materieller und prozessualer Kostenerstattungsanspruch stehen grundsätzlich nebeneinander, sofern nicht der Klage auf materiellen Kostenerstattungsanspruch das Rechtsschutzbedürfnis fehlt.

Es gibt Sachverhalte, in denen die Einleitung des selbständigen Beweisverfahrens dringend geboten ist, nämlich wenn beispielsweise in kürzester Zeit die Verjährung des Hauptsacheanspruchs droht. Die Einleitung dient dann dem Zweck der Verjährungsunterbrechung. Die Hemmung der Verjährung endet gem. § 204 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 BGB sechs Monate nach der tatsächlichen Beendigung des selbständigen Beweisverfahrens. Die Hemmung kann hinausgeschoben werden, wenn auf Einwendungen der Parteien ein Ergänzungsgutachten eingeholt wird. Neben Einwendungen des Antragsgegners gegen das Gutachten sind auch Ergänzungsanträge des Antragsgegners zulässig. Das Gesetzesziel der Regelungen des selbständigen Beweisverfahrens, nämlich insbesondere die Vermeidung von Rechtsstreitigkeiten und die Antizipation der Beweise, lässt sich nur erreichen, wenn die Beweiserhebung zu einer möglichst umfassenden Klärung führt, weshalb Gegenbeweisangebote des Antragsgegners unter speziellen Voraussetzungen zuzulassen sind. Gehen die Ergänzungsanträge über den Gegenstand des selbständigen Beweisverfahrens hinaus, etwa durch Beauftragung eines neuen Sachverständigen, wird der Antragsgegner selbst Antragsteller für ein solches Beweisverfahren.

Gesamtergebnis

Das selbständige Beweisverfahren ist im Verhältnis zum Hauptsacheverfahren ein eigenständiges und nicht nur ein unselbständiges Verfahren, in dem die Beweiserhebung vorweggenommen wird. Seine Ziele sind die Erhaltung von Beweismöglichkeiten sowie die Vermeidung von Rechtsstreitigkeiten. Durch das selbständige Beweisverfahren soll einer unter Umständen langen Verfahrensdauer, die den Verlust von Beweismitteln besorgen lässt, entgegengewirkt werden. Ein eigenes Verfahren ist erforderlich, weil im Vergleich zu einem gerichtlich bestellten Gutachter ein einseitig von einer Partei beauftragter Sachverständiger nicht die Gewähr der Unabhängigkeit bietet.

Speziell im Baurecht eröffnet das selbständige Beweisverfahren die Möglichkeit, zeitnah Beweise über einen bestimmten Bauzustand zu sichern und die Verantwortlichkeit der am Bau Beteiligten für die Ursächlichkeit eines aufgetretenen Mangels feststellen zu lassen. Diese Feststellungen können als Grundlage zur Herbeiführung einer außergerichtlichen Einigung dienen. Im Baurecht ergibt sich zumeist auch die Erforderlichkeit, neben dem Antragsgegner wie z.B. dem Rohbauer auch die weiteren am Bau Beteiligten (Tragwerksplaner, Ingenieur, etc.) im Wege der Streitverkündung in die Beweissicherung einzubeziehen.

Sofern es doch zu einem Hauptsacheverfahren kommt, können die Feststellungen des selbständigen Beweisverfahrens vom Gericht verwertet werden. Das selbständige Beweisverfahren ist ein Verfahren ohne zwingend vorgesehene mündliche Verhandlung; auch erfolgt in ihm keine abschließende gerichtliche Entscheidung. Probleme des materiellen Rechts spielen höchstens sekundär eine Rolle. Beim selbständigen Beweisverfahren geht es mithin nur um Tatsachenfeststellungen.

In den meisten Fällen entscheidet sich derjenige für die Beantragung eines selbständigen Beweisverfahrens, dem die Beweislast obliegt. Wer im Einzelfall für welche Tatsachen beweisbelastet ist, hängt von der Rechtsnatur des geltend gemachten Anspruchs ab.

Während die Ermittlung und Berechnung der im selbständigen Beweisverfahren entstandenen Kosten (Gerichts- und Rechtsanwaltsgebühren) als solche wenig Probleme bereiten, kann die Frage, welche Partei die Kostenlast und ggf. zu welchem Anteil zu tragen hat, je nach Fallkonstellation arg umstritten sein. Oftmals lässt sich weder in der Lehre noch in der Rechtsprechung eine einheitliche Linie finden.

Die prozessualen Vorschriften über das selbständige Beweisverfahren weisen in § 494a Abs. 2 ZPO eine eigene Kostenregelung auf. Diese Norm findet indes keine Anwendung, sofern es nach einem selbständigen Beweisverfahren zu einem



Hauptsacheverfahren kommt. Die Kosten des selbständigen Beweisverfahrens sind als Gerichtskosten des Hauptsacheverfahrens anzusehen. Grundsätzlich wird daher im Hauptsacheverfahren über diese Kosten mitentschieden. Voraussetzung ist indes eine enge Verbindung zwischen selbständigem Beweisverfahren und Hauptsacheverfahren, die auf Partei- und Streitgegenstandsidentität basiert.

Trotz der Spezialität des § 494a Abs. 2 ZPO ist diese Norm aber auch nicht abschließend. Allerdings hat der Gesetzgeber für die neben § 494a ZPO anwendbaren Fälle der Erledigung des selbständigen Beweisverfahrens keine Regelung getroffen. Diesbezüglich hat die Verteilung der Kostenlast nach den Grundregeln des § 91 ZPO oder § 269 ZPO zu erfolgen.

Als Gesamtergebnis kann festgestellt werden, dass aufgrund der systematischen Untersuchungen in der Arbeit zwar kostenrechtliche Streitfragen gelöst werden konnten, aber dennoch zu berücksichtigen ist, dass die angebotenen Lösungen zum Teil in Lehre und Rechtsprechung umstritten sind. Es liegen Regelungslücken vor, die unter Gerechtigkeitsgesichtspunkten auszufüllen sind. Diese Lücken bedeuten indes Rechtsunsicherheit, und zwar nicht nur für Antragsteller und Antragsgegner, sondern auch für die sie beratenden Anwälte. Mithin hat das Rechtspflege-Vereinfachungsgesetz nicht die erwünschte Sicherheit in Bezug auf die in den verschiedenen Konstellationen anzuwendenden Vorschriften gebracht.

Es sollte daher die Aufgabe an den Gesetzgeber gestellt werden, in den kostenrechtlichen Fragen durch neue Normierungen Rechtssicherheit zu schaffen. Diesbezüglich könnte dem Gericht des selbständigen Beweisverfahrens die Befugnis eingeräumt werden, Entscheidungen über die Kostenlast zu treffen, was jedoch wiederum voraussetzen würde, dass es die getroffenen Feststellungen auch materiellrechtlich bewerten dürfte. Nach derzeitiger Rechtslage kann es nicht über das Bestehen eines Anspruchs oder Rechtsverhältnisses entscheiden. Maßstab einer Neuregelung könnte dann in Ansehung der Grundkonzeption des § 91 ZPO die Orientierung daran sein, welche unter Beweis gestellte Behauptungen als bewiesen zu bewerten wären. Dank dieser vorweggenommenen Beweiswürdigung könnten beide Parteien – bei Außerbetrachtung der Möglichkeit, dass im Hauptsacheverfahren noch anderweitige Ansprüche zu prüfen sein könnten – die Erfolgsaussichten im Hauptsacheverfahren besser einschätzen, so dass auch die Vergleichsbereitschaft gefördert würde. Schließlich hätte eine Kostenlastentscheidung durch das Gericht des selbständigen Beweisverfahrens den Vorteil, dass Folgeverfahren mit dem alleinigen Zweck, die Kosten des Beweisverfahrens erstattet zu bekommen, wegfielen.





Literaturverzeichnis

- Alpes, Rolf** Besondere Verfahrensarten: Zuständigkeit im selbständigen Beweisverfahren nach Anhängigkeit der Hauptsache,
ProzRB 2004, S. 330.
- Alpes, Rolf** Besondere Verfahrensarten: Beendigung des selbständigen Beweisverfahrens,
ProzRB 2004, S. 330.
- Altenmüller, Reinhard** Die Entscheidung über die Kosten des Beweissicherungsverfahrens,
NJW 1976, S. 92-98.
- Baden, Eberhard** Wer trägt die Kosten des selbständigen Beweisverfahrens nach Klagerücknahme?
Anm. zu OLG Köln, Beschluss vom 24.01.2004 – 17 W 229/03,
IBR 1994, S. 178.
- Bandemar, Dagmar** Die Grundlagen der materiellrechtlichen Kostenerstattung im Beweissicherungsverfahren nach neuem Recht,
JurBüro 1991, S. 1017-1022.
- Baumbach, Adolf/
Lauterbach, Wolfgang/
Hartmann, Peter** Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und anderen Nebengesetzen,
69. Auflage, München 2011.
- Becker, Markus** Selbständiges Beweisverfahren: Kostentragung nach Mängelbeseitigung.
Anm. zu BGH, Beschluss vom 19.12.2002 – VII ZB 14/02,
ProzRB, Jahrgang 2003, S. 168-169.



- Berger, Ulrich** Die besonderen Zulässigkeitsvoraussetzungen des selbständigen Beweisverfahrens,
BauRb, Jahrgang 2003, S. 281-285.
- ders.** Selbständiges Beweisverfahren: Kostenerstattung nach § 494a Abs. 2 ZPO.
Anm. zu OLG Braunschweig, Beschluss vom 11.03.2004 – 8 W 56/03,
BauRb, Jahrgang 2004, S. 202-203.
- Binder, O.-H.** Kostentragungspflicht auch ohne Verwertung des Beweismittels?
Anm. zu OLG Stuttgart, Beschluss vom 22.12.2005 – 8 W 585/05,
IBR 2006, S. 1363.
- Bischof, Helmut** Streitwert- und Kostenentscheidungsprobleme des neuen selbständigen Beweisverfahrens,
JurBüro 1992, S. 779-782.
- Bockey, Andrea** Das selbständige Beweisverfahren im Arzthaftungsrecht,
NJW 2003, S. 3453-3454.
- Böckermann, Bernhard** Hinweise zu Klagen und Änderungen: Beendigung des selbständigen Beweisverfahrens und Gutachtenergänzung,
BauRB, Jahrgang 2004, S. 337-338.
- Böhme, Alexander** Unstatthafte Kostenentscheidung!
Anm. zu OLG Schleswig, Beschluss vom 21.07.2005 – 16 W 37/05,
IBR 2006, S. 1058.
- Bohnen, Wolfgang** Drittbeteiligung am selbständigen Beweisverfahren,
BB 1995, S. 2333-2338.

-
- Bosse, Jörn** Selbständiges Beweisverfahren: Örtliche Zuständigkeit bei mehreren Antragsgegnern und mehreren Bauwerken.
Anm. zu OLG Naumburg, Beschluss vom 18.06.2007 – 1 AR 17/07,
IBR 2007, S. 662.
- Braunschneider, Hartmut** Die aktuelle Rechtsprechung zum selbständigen Beweisverfahren,
ProzRB 2004, S. 333-340.
- Cuypers, Manfred** Das selbständige Beweisverfahren in der juristischen Praxis,
NJW 1994, S. 1985-1992.
- ders.** Die Beteiligung Mehrerer im selbständigen Beweisverfahren in Bausachen – eine Bilanz nach 10 Jahren,
MDR 2004, S. 314-318.
- ders.** Feststellungen in selbständigen Beweisverfahren in Bausachen – eine Bilanz nach 10 Jahren,
MDR 2004, S. 244-252.
- Enaux, Manfred** Rechtliche Probleme bei der Streitverkündung in selbständigen Beweisverfahren in Bausachen,
in: Festschrift für Walter Jagenburg zum 65. Geburtstag, Hrsg.: Klaus Brüggemann, Peter Michael Oppler und Christian Wenner, München 2002, S. 147-160.
- ders.** Umfang und Grenzen von Gegenanträgen im selbständigen Beweisverfahren,
in: Festschrift für Götz von Craushaar zum 65. Geburtstag: Dem Baurecht ein Forum, Düsseldorf 1997, S. 375-386.
- Ende, Lothar** Kostentragungspflicht im selbständigen Beweisverfahren bei nachträglicher Erfüllung des Hauptsacheanspruchs,
MDR 1997, S. 123-125.



- Enders, Horst-Reiner** Das selbständige Beweisverfahren – Anwaltsgebühren nach BRAGO und nach RVG, JurBüro 2004, S. 113-117.
- Fink, Andreas** Das selbständige Beweisverfahren in Bausachen, Bonn 2005.
[Zit.: Fink, Das selbständige Beweisverfahren in Bausachen, Rn.]
- Fischer, Frank** Kostenerstattung nach 494a Abs. 2 ZPO für selbständiges Beweisverfahren, wenn nur einer von zwei Antragstellern Klage erhebt, LMK 2007, S. 243-287.
- Gallois, Franz-Peter** Selbständiges Beweisverfahren: Klage im Sinne von § 494a ZPO?
Anm. zu OLG Frankfurt, Beschluss vom 28.12.2001 – 1 W 32/01,
IBR 2002, S. 289.
- Garcia-Scholz, Stephan** Selbständiges Beweisverfahren: Kosten des Hauptprozesses.
Anm. zu BGH, Beschluss vom 18.12.2002 – VIII ZB 97/02,
ProzRB 2003, S. 102-103.
- Geisler, Herbert** Ablehnung des im selbständigen Beweisverfahren tätigen Sachverständigen durch den Streithelfer im Hauptprozess.
Anm. zu BGH, Beschluss vom 23.05.2006 – VI ZB 29/05,
jurisPR-BGHZivilR 32/2006 Anm. 2.

- Gerold, Wilhelm/
Schmidt, Herbert** Rechtsanwaltsvergütungsgesetz
18. Auflage, München 2008.
[Zit.: Bearbeiter, in Gerold/Schmidt, RVG, Anhang III
„Selbständiges Beweisverfahren“, Rn.]
- Goebel, Frank-Michael** Kosten des selbständigen Beweisverfahrens.
Anm. zu BGH, Beschluss vom 21.10.2004 – V ZB
28/04,
BGHR 2005, S. 198-200.
- ders.** Rechtsprechung Kostenerstattung Kosten des
Beweisverfahrens gegen mehrere Antragsgegner.
Anm. zu BGH, Beschluss vom 22.07.2004 – VII ZB
9/03,
RVG-Berater 2005, S. 7.
- ders.** RVG Beratungspraxis Aktuelle Praxisfragen: Die
Entscheidung über die Kosten des selbständigen
Beweisverfahrens,
RVG-Berater 2005, S. 44-45.
- Göttlich, Walter/
Mümmler, Alfred/
Rehberg, Jürgen/
Xanke, Peter** Rechtsanwaltsvergütungsgesetz,
2. Auflage, Neuwied 2006
- Greim, Stephan** Probleme des neuen selbständigen Beweisverfahrens
§§ 485 ff. ZPO am Beispiel von Bausachen,
Juristische Dissertation,
Potsdam 1995.
- Greiner, David** Streitwertfestsetzung im selbständigen
Beweisverfahren: Ist zur Bewertung nicht
festgestellter Mängel der Sachverständige zu hören?
Anm. zu OLG Stuttgart, Beschluss vom 03.04.2006 –
7 W 11/06,
IBR 2006, S. 310.



- Groß, Erich** Mahnbescheid statt Hauptsacheklage gem. § 494a ZPO?
Anm. zu OLG Schleswig, Beschluss vom 09.03.2006 – 16 W 25/06,
IBR 2006, S. 308.
- Groß, Heinrich** Die Kostenentscheidung im selbständigen Beweisverfahren,
in: Technik und Recht: Festschrift für Jack Mantscheff zum 70. Geburtstag, Hrsg.: Inge Jagenburg, München 2000, S. 341-354.
[Zit.: Groß, in FS für Mantscheff, S.]
- ders.** Grenzen der Antragsberechtigung des Streithelfers im Beweisverfahren.
Anm. zu OLG Jena, Beschluss vom 29.07.2004 – 5 W 58/04,
IBR 2005, S. 1065.
- Großkopf, Dirk** Kostenerstattungsklage ist keine Hauptsacheklage im Sinne des § 494a Abs. 1 ZPO.
Anm. zu BGH, Beschluss vom 01.07.2004 – V ZB 66/03,
IBR 2005, S. 65.
- Haller, Robert** Der materielle Kostenerstattungsanspruch
Anspruch auf Erstattung außerprozessualer Aufwendungen zur Abwehr unberechtigter Forderungen,
JurBüro 1997, S. 342-347.
- Hansens, Heinz** Die wichtigsten Änderungen im Bereich der Zivilgerichtsbarkeit aufgrund des Rechtspflegevereinfachungsgesetzes,
NJW 1991, S. 953-961.

- ders.** Selbständiges Beweisverfahren, Anwaltsvergütung, Gegenstandswert, Kostenerstattung, in: Rpfleger 1997, S. 363-368.
- Hartmann, Peter** Kostengesetze, 39. Auflage, München 2009.
- Herget, Kurt** Kostenentscheidung im „Selbständigen Beweisverfahren“, MDR 1991, S. 314.
- Hilber, Marc** Alternative Konfliktbeilegung: Early Neutral Evaluation und das selbständige Beweisverfahren gemäß §§ 485 ff. ZPO, BB Beilage 2001, Nr. 2, S. 22-30.
- Hildebrandt, Thomas** Kosten des Beweisverfahrens nach Klagerücknahme bleiben Kosten der Hauptsache. Anm. zu BGH, Beschluss vom 10.01.2007 – XII ZB 231/05, IBR 2007, S. 288.
- Ingenstau, Heinz/
Korbian, Hermann** VOB - Teile A und B, 16. Auflage, Neuwied 2007. [Zit.: Bearbeiter, in Ingenstau/Korbian, Teil, Rn.]
- Jagenburg, Walter/
Reichelt, Andreas** Die Entwicklung des privaten Bauvertragsrechts seit 1999: Bauprozessrecht und Verfahrensfragen, NJW 2001, S. 2439-2448.
- dies.** Die Entwicklung des privaten Bauvertragsrechts seit 1997: Bauprozessrecht und Verfahrensfragen, NJW 1999, S. 2403-2413.
- Kießling, Erik** Die Kosten der Nebenintervention im selbständigen Beweisverfahren der §§ 485 ff. ZPO außerhalb des Hauptsacheverfahrens, NJW 2001, S. 3668-3674.



- Kleine-Möller, Niels/
Merl, Heinrich** Handbuch des privaten Baurechts,
4. Auflage, München 2009.
- Kniffka, Rolf** Das gesetzliche Bauvertragsrecht,
Praxiskommentar,
Mannheim 2006.
- Kniffka, Rolf/ Koeble,
Wolfgang** Kompendium des Baurechts - Privates Baurecht und
Bauprozess -,
3. Auflage, München 2008.
- Koeble, Wolfgang** Münchener Prozessformularbuch,
Band 2 Privates Baurecht,
3. Auflage, München 2009.
- Kroppen, Heinz M./
Heyers, Karl/ Schmitz,
Peter** Beweissicherung im Bauwesen,
Wiesbaden und Berlin 1982
- Leitzke, Walther/
Ringe, Karl-Steffen** Das baurechtliche Mandat,
2. Auflage, Bonn 2000.
- Lenzen, Elmar** Der Anspruchsgegner als Antragsteller des
Beweisverfahrens und § 494a ZPO,
BauR 2005, S. 303-307.
- Leupertz, Stefan** Kosten des selbständigen Beweisverfahrens – Kosten
des nachfolgenden Hauptsacheverfahrens.
Anm. zu OLG Koblenz, Beschluss vom 27.01.2003 –
14 W 15/03,
AGS 2003, S. 364.
- Locher, Ulrich** Anm. zu OLG Brandenburg, Beschluss vom
05.05.2003 – 8 W 58/03,
IBR 2003, S. 516.

- Luz, Uwe** Kosten im selbständigen Beweisverfahren – Eine Übersicht über die Rechtsprechung seit 1991, in: BauR, Jahrbuch 2003, S. 251.
[Zit.: Luz, Kosten im selbständigen Beweisverfahren, S.]
- Mayer, Hans-Jochem/
Kroiß, Ludwig** Rechtsanwaltsvergütungsgesetz, 2. Auflage, Baden-Baden 2006.
[Zit.: Bearbeiter, in Mayer/Kroiß, RVG §, Rn.]
- Mes, Peter** Beck'sches Prozessformularbuch, 11. Auflage, München 2010.
- Meyer, Dieter** Gerichtskostengesetz, 9. Auflage, Berlin 2007.
- Miernik, Helmut** Gegenanträge im selbständigen Beweisverfahren: Nur zulässig, wenn entscheidungserheblich!
Anm. zu OLG Stuttgart, Beschluss vom 23.03.2004 – 13 W 6/04,
IBR 2004, S. 609.
- Moehren, Hans Herbert** Selbständiges Beweisverfahren: Klagegebot und Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts.
Anm. zu OLG Zweibrücken, Beschluss von 11.02.2004 – 4 W 111/03,
BauRB, Jahrgang 2004, S. 203.
- ders.** Besondere Verfahrensarten: Beendigung des selbständigen Beweisverfahrens bei vorzeitiger Klageerhebung.
Anm. zu OLG Schleswig, Beschluss vom 12.10.2004 – 16 W 116/04,
ProzRB 2005, S. 72-73.
- Moehren, Hans
Herbert/ Frommhold,
Tobias** Kostenentscheidungen im selbständigen Beweisverfahren abseits des § 494a ZPO,
BauRb, Jahrgang 2005, Heft 8, S. 250-252.



- Müller, Klaus** Das selbständige Beweisverfahren,
in: Festschrift für Egon Schneider zur Vollendung des
70. Lebensjahres: Zivilprozess und Praxis: Das
Verfahrensrecht als Grundlage juristischer Tätigkeit,
Herne und Berlin 1997, S. 405-420.
- Mümmeler, Alfred** Zur Erstattungsfähigkeit der Kosten eines
selbständigen Beweissicherungsverfahrens bei
Hilfsaufrechnung.
Anm. zu OLG Hamburg, Beschluss vom 13.07.1990 –
8 W 183/90,
JurBüro 1990, S. 1470-1471.
- ders.** Erstattungsfähigkeit der Kosten eines selbständigen
Beweisverfahrens,
JurBüro 1995, S. 293-294.
- ders.** Anm. zu SchlHOLG, Beschluss vom 15.02.1991 – 9
W 23/91,
JurBüro 1991, S. 963.
- Mugler, Fritz** Das selbständige Beweisverfahren nach dem
Rechtspflege-Vereinfachungsgesetz,
BB 1992, S. 797-798.
- Musielak, Hans-
Joachim** Grundkurs ZPO,
9. Auflage, München 2007.
- ders.** Kommentar zur Zivilprozessordnung
mit Gerichtsverfassungsgesetz,
8. Auflage, München 2011.
[Zit.: Bearbeiter, in Musielak, ZPO, §, Rn.]
- Notthoff, Martin** Kostenentscheidung im selbständigen
Beweisverfahren,
JurBüro 1998, S. 61-62.

- Notthoff, Martin/
Buchholz, Andreas** Kostenlastentscheidung im selbständigen Beweisverfahren,
JurBüro 1996, S. 5-9.
- Onderka, Julia Bettina** Zulässigkeit einer einseitigen Erledigungserklärung im selbständigen Beweisverfahren.
Anm. zu BGH, Beschluss vom 14.10.2004 – VII ZB 23/03,
AGS 2005, S. 31-32.
- dies.** Beweisverfahren gegen mehrere Antragsgegner / Hauptsache gegen einen Antragsgegner.
Anm. zu BGH, Beschluss vom 22.07.2004 – VII ZB 9/03,
AGS 2005, S. 81-83.
- Osterloh, Arn** Keine Fristsetzung zur Klageerhebung nach § 494a ZPO bei Aufrechnung mit Ansprüchen, die ihre Grundlage im Gegenstand des Beweisverfahrens haben.
Anm. zu BGH, Beschluss vom 25.08.2005 – VII ZB 35/04,
jurisPR-BGHZivilR 46/2005 Anm. 2 = jurisPR extra 2006, S. 2-3.
- Pauly, Holger** Das selbständige Beweisverfahren in der Baurechts-Praxis,
MDR 1997, S. 1087-1091.
- Rauscher, Thomas/
Wax, Peter/ Wenzel,
Joachim** Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen,
Band 1, §§ 1-510c,
3. Auflage, München 2008.
[Zit.: Bearbeiter, in Münchener Kommentar, §, Rn.]



- dies.** Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, Band 2, §§ 511-945, 3. Auflage, München 2007.
[Zit.: Bearbeiter, in Münchener Kommentar, §, Rn.]
- Rehborn, Martin** Selbständiges Beweisverfahren im Arzthaftungsrecht, MDR 1998, S. 16-28.
- Rosenberg, Leo/
Schwab, Karl Heinz/
Gottwald, Peter** Zivilprozessrecht, 17. Auflage, München 2010.
- Ruess, Karl** Die Erstattung der Kosten des Mahnverfahrens, NJW 2006, S. 1915-1921.
- Saenger, Ingo** Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Baden-Baden 2009.
- Schmeel, Günter** Bauvertragsrecht – Aktuelle Rechtsprechung im Überblick, in: MDR 2002, S. 369-381.
- Schmitz, Claus** Anwaltszwang für den Antrag gemäß § 494a ZPO, BauR 1996, S. 340-342.
- Schneider, Egon** Die Streitwert-Änderungsfrist im selbständigen Beweisverfahren, MDR 2000, S. 1230-1232.
- Schneider, Norbert** Die Vergütung im selbständigen Beweisverfahren nach dem RVG, ZAP Fach 24, S. 865-876.
- Schreiber, Klaus** Das selbständige Beweisverfahren, NJW 1991, S. 2600-2602.

-
- Schwartzmann, Andreas** Das selbständige Beweisverfahren (I): Grundlagen,
ProzRB, Jahrgang 2004, S. 230-232.
- ders.** Das selbständige Beweisverfahren (I): Anträge,
ProzRB, Jahrgang 2004, S. 258-260.
- Schwarz, Günter** Zur Auslegung der §§ 101 I, 98 ZPO: Aufhebung der
Halbierung der Interventionskosten?
MDR 1993, S. 1052-1055.
- Schwenker, Hans
Christian** Selbständiges Beweisverfahren: Kosten nach
Rücknahme.
Anm. zu OLG Frankfurt, Beschluss vom 01.08.2003 –
19 W 29/03,
BauRb 2004, S. 167-168.
- ders.** Kosten des selbständigen Beweisverfahrens:
Ausgleich im Hauptprozess bei Identität des
Streitgegenstandes.
Anm. zu OLG Braunschweig, Beschluss vom
17.11.2003 – 2 W 155/03,
BauRb 2004, S. 231-232.
- ders.** Unzulässigkeit von Anträgen nach § 494a ZPO bei
Aufrechnung mit Gewährleistungsansprüchen im
Werklohnprozess des Antragsgegners.
Anm. zu BGH, Beschluss vom 25.08.2005 – VII ZB
35/04,
BGHR 2005, S. 1550-1552.
- Seeber, Thorsten** Kostenrechtliche Fragen im selbständigen
Beweisverfahren,
Baden-Baden 2007.



- Sieburg, Peter** Zur Kostengrundentscheidung im selbständigen Beweisverfahren und Hauptsacheprozess,
in: Technik und Recht: Festschrift für Jack Mantscheff zum 70. Geburtstag, Hrsg.: Inge Jagenburg, München 2000, S. 405-426.
[Zit.: Sieburg, in FS für Mantscheff, S.]
- Sieburg, Peter/
Sieburg, Frank** Handbuch der Gewährleistung beim Bauvertrag,
4. Auflage, Köln 2000.
- Stein, Friedrich/ Jonas,
Martin** Zivilprozessordnung,
Band 2, §§ 41 – 127a,
22. Auflage, Tübingen 2006.
[Zit.: Bearbeiter, in Stein/Jonas, ZPO, §, Rn.]
- dies.** Zivilprozessordnung,
Band 5, §§ 328 – 510b,
22. Auflage, Tübingen 2006.
[Zit.: Bearbeiter, in Stein/Jonas, ZPO, §, Rn.]
- Sturmberg, Georg** Der Beweis im Zivilprozess: Selbständiges Beweisverfahren und Beweisaufnahme,
Düsseldorf 1999.
- ders.** Die Beweissicherung: Antrag, Verfahren, Kosten im selbständigen Beweisverfahren,
Köln 2004.
- Stürner, Michael** Teilweise Aussetzung des Hauptsacheverfahrens im Hinblick auf anderweitig anhängiges selbständiges Beweisverfahren.
Anm. zu BGH, Beschluss vom 23.11.2006 – VII ZB 40/06,
Juris PraxisReport extra 2007, S. 75-76.
- Thieme, Hinrich** Das „neue“ selbständige Beweisverfahren,
MDR 1991, S. 938-939.

-
- Thomas, Heinz/ Putzo, Hans** Zivilprozessordnung
mit Gerichtsverfassungsgesetz, den
Einführungsgesetzen und europarechtlichen
Vorschriften,
30. Auflage, München 2009.
- Turner, Tanja** Insolvenz unterbricht selbständiges Beweisverfahren
nicht! Anm. zu OLG Frankfurt, Beschluss vom
26.08.2002 – 4 W 39/02,
IBR 2003, S. 285.
- Ulrich, Jürgen** Grundzüge des selbständigen Beweisverfahrens im
Zivilprozess, - 2. Teil -,
AnwBl 2003, S. 78-87.
- ders.** Grundzüge des selbständigen Beweisverfahrens im
Zivilprozess, - 3. und letzter Teil -,
AnwBl 2003, S.144-150.
- ders.** Streitwert des selbständigen Beweisverfahrens – wie
bemisst er sich, wenn der Sachverständige nicht alle
behaupteten Mängel feststellt?
Anm. zu OLG Naumburg, Beschluss vom 09.07.2003
– 7 W 16/03,
IBR 2003, S. 646.
- ders.** Selbständiges Beweisverfahren: Kostenentscheidung
bei unvollständiger Zahlung des
Auslagenvorschusses!
Anm. zu OLG Dresden, Beschluss vom 31.07.2003 –
7 W 0934/03,
IBR 2004, S. 173.
- ders.** Selbständiges Beweisverfahren: Was passiert bei
verspäteter Vorschusszahlung?
Anm. zu OLG Koblenz, Beschluss vom 06.02.2004 –
5 W 82/04,
IBR 2004, S. 231.



- ders.** Selbständiges Beweisverfahren – Was sind die Voraussetzungen für die Bewilligung von Prozesskostenhilfe?
Anm. zu OLG Hamm, Beschluss vom 15.12.2004 – 17 W 43/04,
IBR 2005, S. 182.
- ders.** Einer der Antragsgegner beseitigt Mängel während des selbständigen Beweisverfahrens: Welche Kostenrechte hat der andere?
Anm. zu OLG Hamm, Beschluss vom 18.01.2006 – 17 W 44/05,
IBR 2006, S. 307.
- ders.** Selbständiges Beweisverfahren:
„Kostenentscheidungshoheit“ liegt immer beim Hauptsachegericht!
Anm. zu BGH, Beschluss vom 09.02.2006 – VII ZB 59/05,
IBR 2006, S. 237.
- ders.** Anwaltsstrategien im selbständigen Beweisverfahren,
BauR 2007, S. 1634-1643.
- ders.** Selbständiges Beweisverfahren: Kosten nach Rücknahme der Hauptsacheklage,
IBR 2007, S. 166.
- ders.** Selbständiges Beweisverfahren: Keine prozessuale Kostenentscheidung nach übereinstimmender Erledigungserklärung!,
IBR 2007, S. 404.
- ders.** Selbständiges Beweisverfahren mit Sachverständigen: Erläuterungen für die Praxis,
2. Auflage, München 2008.

-
- Vogel, Achim Olrik** Selbständiges Beweisverfahren: Keine
Kostenentscheidung bei einseitiger
Erledigungserklärung des Antragstellers.
Anm. zu BGH, Beschluss vom 12.04.2004 – V ZB
57/03,
IBR 2004, S. 1081.
- ders.** Selbständiges Beweisverfahren und Insolvenz des
Antragsgegners: Antrag auf Klageerhebung gemäß §
494a Abs. 1 ZPO grundsätzlich unzulässig!
Anm. zu KG, Beschluss vom 07.07.2003 – 24 W
367/02,
IBR 2003, S. 1143.
- Vygen, Klaus** Anm. zu KG, Urteil mit Beschluss vom 18.09.2001 –
4 W 183/01,
BauR 2001, S. 1952-1953.
- Weise, Stefan** Selbständiges Beweisverfahren im Baurecht,
2. Auflage, München 2002
- ders.** Praxis des selbständigen Beweisverfahrens,
München 1994.
- ders.** Unzulässiger Kostenantrag im selbständigen
Beweisverfahren.
Anm. zu BGH, Beschluss vom 25.08.2005 – VII
35/04,
NJW-Spezial 2006, S. 24-25.
- Weller, Wolfgang** Selbständiges Beweisverfahren und Drittbeteiligung,
Juristische Dissertation,
Bonn 1994.



- Werner, Ulrich/
Pastor, Walter** Der Bauprozess,
Prozessuale und materielle Probleme des zivilen
Bauprozesses,
12. Auflage, Köln 2008.
[Zit.: Bearbeiter, in Werner/Pastor, Der Bauprozess,
Rn.]
- Wielgoss, Herbert** Materielle Kostenerstattung im selbständigen
Beweisverfahren,
JurBüro 1999, S. 125.
- ders.** Selbständiges Beweisverfahren und
Vollstreckungsgegenklage,
JurBüro 1999, S. 579.
- Wirges, Volkmar** Einzelprobleme der Streitwert- und
Kostengrundentscheidung im selbständigen
Beweisverfahren,
JurBüro 1997, S. 565-568.
- Wita, Boris** Ordnungsgemäße Ladung im selbständigen
Beweisverfahren – Wer ist Gegner im Sinne des § 493
Abs. 2 ZPO?
MDR 2000, S. 1363.
- Zimmermann, Walter** Zivilprozessordnung
mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen,
Kommentar anhand der höchstrichterlichen
Rechtsprechung,
8. Auflage, Münster 2008.
[Zit.: Zimmermann, ZPO, §, Rn.]
- Zöller, Richard** Zivilprozessordnung
mit Gerichtsverfassungsgesetz und den
Einführungsgesetzen, mit Internationalem
Zivilprozessrecht, EG Verordnungen,
Kostenanmerkungen,
29. Auflage, Köln 2011.
[Zit.: Bearbeiter, in Zöller, ZPO, §, Rn.]



