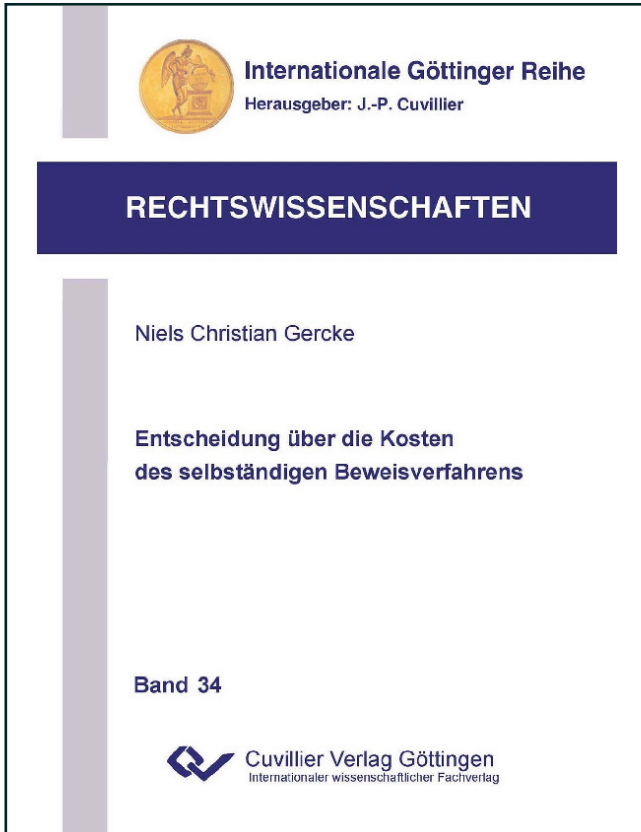




Niels Christian Gercke (Autor)  
**Entscheidung über die Kosten des selbständigen  
Beweisverfahrens**



<https://cuvillier.de/de/shop/publications/130>

Copyright:  
Cuvillier Verlag, Inhaberin Annette Jentsch-Cuvillier, Nonnenstieg 8, 37075 Göttingen,  
Germany  
Telefon: +49 (0)551 54724-0, E-Mail: [info@cuvillier.de](mailto:info@cuvillier.de), Website: <https://cuvillier.de>

## 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 Aufbüdung 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.<sup>1</sup>

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,

---

<sup>1</sup> 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.<sup>2</sup> In diesen

---

<sup>2</sup> 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.<sup>3</sup>

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.<sup>4</sup> Weder durch den Wortlaut des § 485 Abs. 2 ZPO noch durch dessen teleologische Reduktion lässt sich eine Unanwendbarkeit auf die Fälle des Arzthaftungsrechts begründen.<sup>5</sup> 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

---

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

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

<sup>5</sup> 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.<sup>6</sup>

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.

---

<sup>6</sup> 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.



