

Aufsatz

Das selbstständige Beweisverfahren nach § 485 Abs. 2 ZPO als taktisches Hilfsmittel für Haftpflichtgeschädigte und für Versicherungsnehmer zur Durchsetzung vertraglicher Ansprüche

Teil 2

— Rechtsanwalt Rolf-Helmut Becker, Fachanwalt für Verkehrs- und Versicherungsrecht, Bergneustadt

A. Einführung

Im zweiten Teil des Aufsatzes zum selbstständigen Beweisverfahren sollen die vielfältigen Anwendungsbereiche aufgezeigt werden. Dies sowohl im Rahmen der Unfallschadenregulierung, das heißt im Sach- und Personenschaden, aber auch im Versicherungsvertragsrecht. Es werden in allen Bereichen Musteranträge aufgezeigt, die der Verfasser in seiner eigenen Praxis verwendet. Der Autor trägt damit dem vielfach geäußerten Wunsch¹ Rechnung, wonach die Kollegenschaft gerne auf Musteranträge zurückgreift. Dem soll der zweite Teil des Aufsatzes Rechnung tragen, ohne dass die jeweiligen Anträge Anspruch auf Vollständigkeit erheben können. Sie sollen beispielhaft aufzeigen, welche Fragen an den gerichtlichen Sachverständigen gestellt werden können und dass insbesondere nach der Rechtsprechung Ausforschung betrieben werden darf.

B. Das selbstständige Beweisverfahren in der Unfallschadenregulierung

I. Einsatzbereich des gerichtlichen Beweisverfahrens im Sachschadenrecht

1. Merkantile Wertminderung

Bei der merkantilen Wertminderung handelt es sich um eine Minderung des Verkaufswerts, die trotz volliger oder ordnungsgemäßer Instandsetzung eines bei einem Unfall erheblich beschädigten Kraftfahrzeugs allein deshalb verbleibt, weil bei einem großen Teil potenzieller Käufer eine den Preis beeinflussende Abneigung gegen den Erwerb unfallbeschädigter Kraftfahrzeuge besteht.² Nach allgemeiner Auffassung ist ein Käufer über die Unfalleigenschaft eines Kraftfahrzeugs aufzuklären. Dies schon deshalb, weil nach der Rechtsprechung des BGH auch bei einem fachgerecht reparierten Unfallschaden ein entsprechendes Fahrzeug nicht mehr die Beschaffenheit aufweist, die bei Sachen der gleichen Art üblich ist und die der Käufer gemäß § 434 Abs. 1 Satz 2 BGB erwarten kann.³ Dies führt in der Praxis dazu, dass bei zwei gleich ausgestatteten

Fahrzeugen das unfallbeschädigte Fahrzeug nur dann „vergleichbar“ veräußert werden kann, wenn der Verkäufer hier einen Nachlass gewährt. Obwohl das Kraftfahrzeug technisch durch eine einwandfreie Reparatur instandgesetzt wurde, verbleibt der „Makel“ des Unfallfahrzeugs, der sich darauf gründet, dass die Reparatur gegebenenfalls nicht sachgerecht erfolgt ist und verborgene technische Mängel nicht ausgeschlossen sind.⁴ Dieser Makel drückt sich im merkantilen Minderwert aus, der regelmäßig durch Sachverständige ermittelt wird. Nun entsteht in der Praxis häufig Streit über eine tatsächlich eingetretene Wertminderung bzw. über die angemessene Höhe der eingetretenen merkantilen Wertminderung. Dieser Streit hat sich noch verschärft, seit der BGH mit Urt. v. 23.11.2004⁵ ausgeführt hat, dass auch bei älteren Fahrzeugen, selbst bei Laufleistungen von mehr als 100.000 km, die Anerkennung einer merkantilen Wertminderung durchaus in Betracht kommt.

Viele von den Versicherungen beauftragte Sachverständige kalkulieren aber keine merkantile Wertminderung, wenn die Fahrzeuge älter als fünf Jahre sind oder Laufleistungen von mehr als 100.000 km aufweisen.

In Abrechnungsschreiben von Versicherungen liest man im Übrigen immer wieder, dass eine merkantile Wertminderung nicht in Betracht komme, weil keine tragenden Teile beschädigt worden seien bzw. nur abschraubbare Teile erneuert wurden. Diese Sichtweise verkennt bereits, dass es sich nicht um die Frage einer technischen, sondern merkantilen Wertminderung handelt.

Besteht nun Streit über den Anfall bzw. die Höhe einer merkantilen Wertminderung, so ist diese Streitfrage idealerweise im selbstständigen Beweisverfahren zu klären mit folgendem Antrag:

¹ Der Autor ist seit vielen Jahren in der Rechtsanwaltsfachausbildung tätig, so insbesondere für Zorn Seminare, VF-Seminare, den Deutschen Anwalt-Verlag sowie Rechtsanwaltskammern.

² Vgl. Wellner, BGH-Rechtsprechung zum Kfz-Schaden, 1. Auflage 2012, § 6 Rn 13.

³ Vgl. BGH, NJW 2008, 53, Andreae/Himmelreich/Teigelack, Autokaufrecht, 4. Auflage, Rn 207 zu 14.

⁴ Vgl. Wellner, a.o.O., § 6 Rn 13.

⁵ Vgl. BGH, Urt. v. 23.11.2004 – VI ZR 357/03, VersR 2005, 284, 286.

„Ist an dem Kraftfahrzeug des Antragstellers, Kennzeichen ... , Fahrgestellnummer ... , anlässlich des Unfallereignisses vom ... eine merkantile Wertminderung in Höhe von EUR ... eingetreten? Hierbei ist auszugehen von einer Laufleistung zum Unfallzeitpunkt von ... km und einer Erstzulassung am ... sowie ermittelten Reparaturkosten in Höhe von EUR ... ? Sollte der Sachverständige zu einem anderen Wertminderungsbetrag gelangen, so wird der Sachverständige um Mitteilung gebeten, in welcher Höhe sich nach seiner Einschätzung vorliegend eine merkantile Wertminderung ergibt.“

Aufgrund der gestellten Beweisfrage wird das Gericht einen Kfz-Sachverständigen mit der Wertermittlung beauftragen. Die Praxis zeigt, dass gerade bei der Wertminderung das Ziel der Entlastung der Gerichte in ganz besonderem Maße erreicht wird. Das selbstständige Beweisverfahren zur Ermittlung der merkantilen Wertminderung ist das bei weitem häufigste Verfahren, welches der Verfasser durchführt. Viele Fälle gelangen nicht einmal zur Begutachtung, weil der Versicherer entweder den streitigen Wertminderungsbetrag vollumfänglich nachreguliert oder aber sinnvolle Angebote zur einvernehmlichen Gesamterledigung unterbreitet.

2. Die Bestimmung des Wiederbeschaffungswertes

Der Wiederbeschaffungswert eines Fahrzeugs ist der Wert, den der Geschädigte bei einem seriösen Gebrauchtwagenhändler unter Berücksichtigung aller wertbildenden Faktoren aufwenden muss, um einen gleichwertigen Pkw zu erwerben.⁶ Dieser Wert wird regelmäßig durch das Gutachten eines unabhängigen Sachverständigen vor Ort ermittelt. Nicht selten besteht Streit über die Höhe des Wiederbeschaffungswertes. Während der Sachverständige des Geschädigten z.B. den Wiederbeschaffungswert mit EUR 8.000,- annimmt, legt die Versicherung ihrer Abrechnung einen Betrag von EUR 7.500,- zugrunde. Anstatt die Differenz im Klageverfahren einzuklagen, bietet sich dem Geschädigten die Möglichkeit, den Wiederbeschaffungswert im selbstständigen Beweisverfahren feststellen zu lassen. Die unterschiedlichen Wiederbeschaffungswerte können darüber hinausgehende Bedeutung erlangen. Der BGH judiziert in ständiger Rechtsprechung, dass der Geschädigte fiktiv die von dem Sachverständigen geschätzten Reparaturkosten bis zur Höhe des Wiederbeschaffungswertes abrechnen kann, wenn er das Fahrzeug mindestens sechs Monate weiternutzt und es zu diesem Zweck gegebenenfalls verkehrssicher (teil-)reparieren lässt.⁷ In diesem Fall ist der Geschädigte nicht auf den Wiederbeschaffungsaufwand⁸ beschränkt, der regelmäßig geringer ist. Liegen daher im Ausgangsfall die kalkulierten Reparaturkosten z.B. bei EUR 7.900,-, so kann der Geschädigte bei Zugrundelegung eines Wiederbeschaffungswertes von EUR 8.000,- und einer weiteren Nutzung von sechs Monaten die Reparaturkosten in Höhe von EUR 7.900,- beanspruchen, obwohl sich z.B. der Wiederbeschaffungsaufwand bei einem ansteigenden Restwert von EUR 3.000,- allein auf EUR

5.000,- beläuft. Da dem Haftpflichtversicherer regelmäßig daran gelegen ist, „Totalschäden zu kalkulieren“⁹, werden nicht selten Wiederbeschaffungswerte kalkuliert, die die Reparaturkosten überschreiten, weil dann – von konkreter Abrechnung abgesehen – allein die Totalschadenabrechnung verbleibt. Hier bietet es sich an, den Wiederbeschaffungswert zeitnah im Rahmen eines selbstständigen Beweisverfahrens feststellen zu lassen. Dies idealerweise mit folgendem Antrag:

„Wurde der Wiederbeschaffungswert des Fahrzeugs des Antragstellers ... Fahrgestellnummer ... zum ... ausgehend von dem seinerzeitigen Zustand des Fahrzeugs und der seinerzeitigen Laufleistung von ... km bei einer Erstzulassung vom ... mit EUR ... sachgerecht ermittelt?“

Bestätigt der gerichtliche Sachverständige den von dem freien Sachverständigen ermittelten Wiederbeschaffungswert, so wird sich die Versicherung der Abrechnung auf Basis fiktiver Reparaturkosten nicht verschließen, wohingegen sich der Antragsteller mit dem Wiederbeschaffungsaufwand begnügt, falls sich der von der Versicherung vorgegebene Wiederbeschaffungswert bestätigt.

Alternativ hierzu kann der Geschädigte noch zu einer konkreten Reparaturkostenabrechnung überwechseln,¹⁰ was jedenfalls dann regelmäßig möglich ist, wenn die konkreten Reparaturkosten den Wiederbeschaffungswert um nicht mehr als 30 % überschreiten.¹¹ Durch das selbstständige Beweisverfahren lässt sich daher relativ schnell Klarheit dahingehend verschaffen, welcher Wert tatsächlich der Abrechnung zugrunde zu legen ist.

3. Die Bestimmung des Restwertes

Bei einer Totalschadenabrechnung ergibt sich die Entschädigungsleistung aus der Differenz zwischen Wiederbeschaffungswert und Restwert, dem sogenannten Wiederbeschaffungsaufwand.

Der Restwert eines Unfallfahrzeugs ist der Betrag, den der Geschädigte im Rahmen der Ersatzbeschaffung nach § 249 Abs. 2 Satz 1 BGB bei einem seriösen Gebrauchtwagenhändler ohne weitere Anstrengung auf dem für ihn zugänglichen, örtlichen Bereich oder bei dem Kraftfahrzeughändler seines Vertrauens bei Inzahlungnahme des beschädigten Fahrzeugs, also auf dem sogenannten allgemeinen Markt noch erzielen

⁶ Vgl. BGH, Urt. v. 17.5.1966 – VI ZR 252/64, NJW 1966, 1454 f.

⁷ Vgl. BGH, Urt. v. 23.11.2010 – VI ZR 35/10, zfs 2011, 264; BGH, Urt. v. 29.4.2003 – VI ZR 393/02, BGHZ 154, 395 ff.; BGH, Urt. v. 23.5.2006 – VI ZR 192/05, BGHZ 138, 43 ff.

⁸ Als Wiederbeschaffungsaufwand bezeichnet man die Differenz zwischen Wiederbeschaffungswert und Restwert.

⁹ Becker, Wird die Schadenregulierung nach dem 50. VGT für den Geschädigten fairer? Der Verkehrsanwalt 2012, 5. ff.

¹⁰ Vgl. zur Wechselmöglichkeit von der fiktiven zur konkreten Reparaturkostenabrechnung, BGH, Urt. v. 17.10.2006 – VI ZR 249/05, zfs 2007, 148.

¹¹ Vgl. BGH, Urt. v. 29.4.2003 – VI ZR 393/02, BGHZ 154, 395, 399 f.; BGH, Urt. v. 15.2.2005 – VI ZR 70/04, BGHZ 162, 161, 166 ff.

könnte.¹² Haftpflichtversicherer wenden nun häufig ein, dass der vom Geschädigten beauftragte Sachverständige den Restwert zu niedrig eingeschätzt habe. Sie verweisen dann regelmäßig auf höhere Restwertangebote, die sie regelmäßig in sogenannten Internet-Restwertbörsen ermittelt haben. Obwohl der BGH ständig judiziert, dass nicht auf Restwertbörsen abzustellen ist,¹³ wird dann bei der konkreten Abrechnung auf diese regelmäßig höheren Restwerte abgestellt und allein der dann geringere Wiederbeschaffungsaufwand reguliert. Steht dem Geschädigten bei Zugang des abweichenden Restwertangebotes das beschädigte Fahrzeug (noch) zur Verfügung und will er tatsächlich eine Veräußerung der Restwerte vornehmen, so ist er gehalten, dieses höhere Restwertangebot anzunehmen.¹⁴ In dieser Situation entsteht dem Geschädigten kein Schaden, weil die Addition des konkreten Restwertes und die Differenz zum Wiederbeschaffungswert seinen Schaden kompensiert. Anders liegt der Fall indes, wenn der Anspruchsteller sich bereits vertraglich gebunden hat oder von einer Veräußerung der Restwerte bewusst absieht, weil er sein Fahrzeug – Wirtschaftlichkeit hin oder her – gleichwohl instand setzen möchte. Hier kommt es dann beweiserheblich auf den der Abrechnung zugrunde zu legenden Restwert an. Auch hier bietet sich das selbstständige Beweisverfahren mit folgender Fragestellung an:

„Wurde der Restwert des Fahrzeugs des Antragstellers ... , Fahrgestellnummer ... , zum ... ausgehend von einer Erstzulassung am ... und einer Laufleistung von ... km unter Berücksichtigung der unfallbedingten Schäden, die sich aus dem angefügten Sachverständigengutachten ergeben, sachgerecht mit EUR ... ermittelt? Hierbei hat der Sachverständige nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs bei der Wertermittlung allein abzustellen auf den allgemein zugänglichen, örtlichen regionalen Markt.“

Die Praxis zeigt, dass in ländlichen Bereichen regelmäßig niedere Restwerte ermittelt werden als in Ballungsräumen, was auf die größere Konkurrenz entsprechender Händler und damit einhergehend höheren Angeboten zurückzuführen ist.

4. Die Bestimmung der Höhe der Reparaturkosten

Streit zur Höhe der ermittelten Reparaturkosten gibt es seltener bei der konkreten als bei der fiktiven Reparaturkostenabrechnung. Lässt ein Geschädigter sein Kraftfahrzeug nach vorheriger Begutachtung durch einen Sachverständigen in einer Reparaturwerkstatt instand setzen, so werden die Reparaturkosten regelmäßig nach Rechnungsvorlage ersetzt. Soweit Versicherer gelegentlich einwenden, dass einzelne Schadenpositionen nicht erforderlich im Sinne von § 249 BGB seien bzw. die Instandsetzungskosten zu hoch seien, erkennen sie, dass nach der ständigen Rechtsprechung des BGH den Schädiger das sogenannte Wertatrisiko trifft, wonach selbst überhöhte bzw. nicht erforderliche Kosten jedenfalls dann zu ersetzen sind, so lange der Geschädigten bei der Auswahl des Sachverständigen bzw. der Werkstatt kein Auswahlverschulden trifft.¹⁵

Anders liegt der Fall bei der fiktiven Abrechnung. Die fiktive Abrechnung ist Ausfluss der Ersetzungsbefugnis aus § 249 Abs. 2 Satz 1 BGB. Der BGH geht in ständiger Rechtsprechung von der Zulässigkeit der fiktiven Schadenberechnung aus.¹⁶ Die Gründe der fiktiven Abrechnung können darin liegen, dass der Geschädigte das Fahrzeug nicht reparieren will, sondern im beschädigten Zustand weiter nutzen möchte, es nicht reparieren will, weil er sich ein anderes Fahrzeug zulegen will, oder weil er es möglicherweise in Eigenregie und kostengünstiger instand setzen möchte. In all diesen Fällen möchte der Geschädigte nach Maßgabe eines eingeholten Gutachtens bzw. Kostenvoranschlages abrechnen. Wenn hier die Versicherung Einwendungen zur grundsätzlichen Erforderlichkeit der im Einzelnen in Ansatz gebrachten Positionen erhebt, so ist auch hier das selbstständige Beweisverfahren das Mittel der Wahl. Versicherungen kürzen bei fiktiver Abrechnung regelmäßig die sogenannten Verbringungskosten – das heißt die Kosten für den Transport des beschädigten Fahrzeugs vom Karosseriebauer zur Lackierwerkstatt – sowie die im Gutachten kalkulierten sogenannten UPE-Aufschläge bzw. die kalkulierten notwendigen Ein- bzw. Beilackierungskosten. Nach der Rechtsprechung kommt es bei der fiktiven Abrechnung z.B. bei den Verbringungskosten darauf an, ob sämtliche oder aber jedenfalls die überwiegende Anzahl von Vertrags- bzw. freien Werkstätten über eigene Lackierbetriebe verfügen.¹⁷ In dieser Fallkonstellation fallen Verbringungskosten der Verbringungskosten regelmäßig nicht an, so dass in diesen Fällen die fiktive Abrechnung scheitert. Verfügen indes nur wenige Reparaturbetriebe über eigene Lackiermöglichkeiten, so fallen Verbringungskosten regelmäßig an, mit der Folge, dass sie auch bei fiktiver Abrechnung zu erstatten sind.¹⁸ Gleiches gilt für die Problematik betreffend UPE-Aufschläge. Die Tatsache, ob UPE-Aufschläge bei den örtlichen Reparaturbetrieben anfallen, ist ebenso dem Sachverständigenbeweis zugänglich wie die Beweisfrage, ob nahezu alle Reparaturbetriebe oder eben kaum einer der Reparaturbetriebe über eigene Lackiermöglichkeiten verfügen. Diese Fragen können allein die örtlichen Kfz-Sachverständigen beantworten, die den örtlichen regionalen Markt kennen, so dass sich auch hierbei das selbstständige Beweisverfahren anbietet.

¹² Vgl. BGH Urt. v. 30.11.1999 – VI ZR 219/98, DAR 2000, 159 f.

¹³ Vgl. BGH Urt. v. 13.1.2009 – VI ZR 205/08, zfs 2009, 327; BGH, Urt. v. 13.10.2009 – VI ZR 318/08, zfs 2010, 84; BGH, Urt. v. 29.4.2010 – VI ZR 68/08, zfs 2010, 554.

¹⁴ Vgl. BGH, Urt. v. 15.6.2010 – VI ZR 232/09, VersR 2010, 1197.

¹⁵ Vgl. BGH, Urt. v. 29.10.1974 – VI ZR 72/73 sowie jüngst BGH, Urt. v. 26.4.2022 – VI ZR 147/21, zfs 2022, 439 ff.

¹⁶ Vgl. BGH, Urt. v. 20.6.1989 – VI 334/88, NJW 1989, 3009; BGH, Urt. v. 29.4.2003 – VI ZR 398/02, BGHZ 155, 1 ff.; BGH, Urt. v. 20.10.2009 – VI ZR 53/09, zfs 2010, 143; BGH, Urt. v. 23.2.2010 – VI ZR 91/09, zfs 2010, 494; BGH, Urt. v. 22.6.2010 – VI ZR 302/08, VersR 2010, 1096.

¹⁷ Vgl. BGH, Urt. v. 13.7.2010 – VI ZR 259/09, zfs 2010, 621; OLG Hamm, Urt. v. 30.10.2012 – I-9 U 5/12.

¹⁸ Vgl. OLG Düsseldorf, Urt. v. 6.3.2012 – I-1 U 108/11; OLG Hamm, Urt. v. 30.10.2012 – I-9 U 5/12.

Gleiches gilt für das Thema der Beilackierung. Das menschliche Auge lässt sich täuschen. Wird beispielsweise ein Kotflügel unfallbedingt ersetzt, so ist dieser in der Wagenfarbe zu lackieren. Lackiert der Reparaturbetrieb nur allein den beschädigten Kotflügel, so wird der Kunde regelmäßig eine Farbabweichung beanstanden.¹⁹

Diese Problematik tritt bei Metalliclackierungen verstärkt und bei einfachen Farben regelmäßiger auf, wenn der „Altlack“ bereits durch Einwirkung von Sonne und Licht eine Veränderung erfahren hat. Auch hier kann die Notwendigkeit der Beilackierung als erforderliche Reparatur im Sinne von § 249 BGB als Beweistsache zur erforderlichen Instandsetzung durch Sachverständige ermittelt werden. Insoweit bietet sich folgende Fragestellung an:

- „Lässt sich das Kraftfahrzeug der Anspruchstellerin, Fahrzeugidentnummer ... , aufgrund der an der rechten Fahrzeugseite befindlichen Schäden, nämlich Tür eingedrückt und verspannt, Türgriff beschädigt, Tür hinten rechts großflächig eingebaut bzw. gestaucht, Seitenwand rechts im gesamten Radlaufbereich eingedrückt und beschädigt zu einem Betrag von EUR ... instand setzen?“
 - „Wenn nein, von welchem Instandsetzungsbetrag ist auszugehen?“
 - „Bedarf es insbesondere der im Gutachten kalkulierten Beilackierungskosten? Wenn ja, welcher Betrag ist hierfür anzusetzen?“
 - „Werden im Einzugsbereich der Anspruchstellerin von der überwiegenden Anzahl der Reparaturbetriebe Verbringungskosten und UPE-Aufschläge in Rechnung gestellt?“
- Es bleibt festzuhalten, dass sämtliche Streitfragen der fiktiven Schadenabrechnung im Rahmen eines selbstständigen Beweisverfahrens geklärt werden können, weil es sich jeweils um streitige Tatsachenfragen handelt.

5. Kompatibilität des Unfallschadens

Nicht selten wird von einem in Anspruch genommenen Versicherer eingewandt, dass die in einem Gutachten dokumentierten Unfallschäden am Anspruchstellerfahrzeug nicht kompatibel seien mit einem Schadenbild an dem versicherten Kraftfahrzeug. In der Praxis des Autors sind dies häufig Unfälle auf Parkplätzen bzw. in Parkhäusern, wo es dann zunächst zu einem beabsichtigten oder unabsichtlichen Entfernen von der Unfallstelle kommt. Die eingeleiteten staatsanwaltschaftlichen Ermittlungsverfahren wegen des Tatverdachts der Verkehrs-unfallflucht werden dann häufig eingestellt. Auch hier bietet sich das selbstständige Beweisverfahren an, um zu einer beweiskräftigen Feststellung zu gelangen. Verfolgt man in solchen Fällen die Ansprüche des Mandanten im gerichtlichen Klageverfahren, so wird der Mandant oft vorschnell als Versicherungsbetrüger bezeichnet, weil er vermeintlich nicht bestehende Ansprüche gegenüber der Versicherung durchsetzen will. Hier ist es viel eleganter, im Rahmen eines selbstständigen Beweisverfahrens eine Tatsachengrundlage zu schaffen, wie

dies in dem nachfolgend geschilderten selbstständigen Beweisverfahren vor dem Amtsgericht Gummersbach²⁰ geschehen ist.

„Sind an dem Kraftfahrzeug des Antragstellers auf der linken Seite die vorhandenen und in der Ermittlungsakte der Staatsanwaltschaft Köln 952 Js 2393/19 auf Blatt 6 ff. dokumentierten Schäden kompatibel zu einem Anstoß mit dem von dem Antragsgegner zu 1) gefahrenen Lkw Mercedes mit dem Kennzeichen BM- ... wenn man davon ausgeht, dass mit dem vom Antragsgegner zu 1) gefahrenen und bei der Antragsgegnerin zu 2) versicherten Lkw im Bereich der Hauptstr. 42 zurückgesetzt wurde und der Pkw des Anspruchstellers – so wie in der Ermittlungsakte dokumentiert – vor dem Hause Hauptstr. 42 geparkt war?“

Der gerichtliche Sachverständige hat in dem vorbezeichneten Fall zur vollen Überzeugung aller Parteien nachweisen können, dass aufgrund des markanten Schadenbildes der Unfall durch den versicherten Lkw herbeigeführt wurde. Aufgrund der schweren Masse des LKW konnte der Fahrer diese Berührung nicht bemerken. Es kam zur außergerichtlichen Erledigung durch Zahlung des insgesamt beanspruchten Betrages.

II. Personenschaden

1. Selbstständiges Beweisverfahren zur Feststellung der unfallbedingten Verletzungen nebst Feststellung zum Grad der Behinderung

Unabdingbare Voraussetzung für jede Beifügung eines Personenschadens ist die beweiskräftige Feststellung, welche unfallbedingten Verletzungen der Geschädigte im Einzelnen davongetragen hat, und ob gegebenenfalls eine Besserung des festgestellten Zustandes zu erwarten oder möglicherweise nicht zu erwarten ist und von welchen unfallbedingten Einschränkungen aktuell, im Zeitraum vom Unfall bis zur Begutachtung und schließlich in der Zukunft zu erwarten sind. Diese Feststellungen sind nicht nur bedeutsam für die Höhe eines Schmerzensgeldanspruchs, sondern insbesondere auch für die Frage, ob und gegebenenfalls wie lange eine Einschränkung in der Erwerbsfähigkeit besteht. Dies korrespondiert mit der Frage, ob vermehrte Bedürfnisse bestehen und in welchem Umfang unfallbedingte Einschränkungen einer Kompensation bedürfen im Rahmen eines zuzuerkennenden Haushaltsführungsschadens. All diese Fragestellungen betreffen den „unfallbedingten“ Zustand einer Person im Sinne von § 485 Abs. 2 Satz 1 1. Alt. ZPO. Bei Unfallschwerverletzten ist es nach Auffassung des Autors zwingend, frühzeitig zu einer beweiskräftigen Feststellung zu gelangen, was nur durch den Einsatz des gerichtlichen selbstständigen Beweisverfahrens möglich ist. In der Praxis erfolgt häufig eine Verständigung auf einen bestimmten Gutachter, der dann eine umfang-

¹⁹ Die sich nur dadurch vermeiden lässt, dass die angrenzenden Fahrzeugteile „mitlackiert“ werden.

²⁰ AG Gummersbach 16 H 7/19.

reiche Begutachtung des Anspruchstellers vornehmen soll. Diese Vorgehensweise hat aber einen entscheidenden Nachteil, weil keinerlei Bindungswirkung eintritt. Ist der Versicherer mit dem Ergebnis des Gutachtens nicht einverstanden, so kann er hiervon ohne Weiteres abrücken, so dass gerade keine Bindungswirkung herbeigeführt wird. Wenn schon einvernehmlich ein Sachverständiger bestimmt wird, so sollte gleichwohl die Beauftragung dieses Sachverständigen dann über das Gericht durch ein selbstständiges Beweisverfahren erfolgen, weil nur insoweit Doppelbegutachtungen vermieden werden können. Die Praxis des Autors belegt weitergehend, dass im Prozess vorgelegten Arztberichten mehr oder weniger jedweder Beweiswert abgesprochen wird. Von daher soll als Beispiel ein selbstständiges Beweisverfahren des LG Köln²¹ als Muster eines selbstständigen Beweisverfahrens bei schwerem Verkehrsunfall herangezogen werden:

„Es soll Beweis über folgende Behauptungen erhoben werden:

- Welche unfallbedingten Verletzungen hat der Antragsteller infolge des am 29.9.2019 in 56411 Montabaur ... stattgefundenen Unfalls erlitten? Hat der Anspruchsteller insbesondere einen Zustand nach Polytrauma mit
 - komplexer distaler offener Unterarmfraktur links
 - undislozierte Fibulafraktur rechts mit posttraumatischer Fußheberparese
 - Hodenluxation in den Leistenkanal links
 - diskreter Pneumothorax rechts
 - Lungenkontusion rechts
 - komplexer Kniebinnenschaden rechts, Kniegelenk mit VKB- und HKB-Teilruptur und knöchernem LCA-Ausriss
 - Kontusion Nervus peroneus rechts
- erlitten?
- Hat sich darüber hinaus bei der distalen Radiusfraktur eine schwere posttraumatische Radiokarpalarthrose eingesetzt?
- Sind die festgestellten Verletzungen allesamt unfalldingt?
- In welchem Umfang haben die unter Ziffer 1. näher bezeichneten Verletzungen zu einer Arbeitsunfähigkeit geführt? Führen die unter Ziffer 1. festgestellten Verletzungen zu einer dauerhaften Beeinträchtigung der Erwerbsfähigkeit? Wenn ja: In welchem Umfang und für welche Dauer?
- Hat der Antragssteller über die vorstehend festgestellten Verletzungen bei dem in Rede stehenden Schadenfall weitere Verletzungen erlitten?
- In welchen Zeiträumen und in welchem Umfang (in %) stand bzw. besteht eine Minderung der Erwerbsfähigkeit (MdE)?
- Welche unfallbedingten Verletzungen sind aktuell noch feststellbar?
- Lassen sich die geklagten Beschwerden anhand der festgestellten Untersuchungsergebnisse objektivieren?
- Welche unfallbedingten Gesundheitsbeeinträchtigungen werden nach Art und Umfang voraussichtlich auf Dauer verbleiben? Beeinträchtigen diese die Erwerbsfähigkeit? Es wird um eine prozentuale Einschätzung, ggf. nach Zeit-

abschnitten gebeten. Bei der Bemessung ist auszugehen von der beruflichen Tätigkeit des Antragstellers als Geschäftsführer eines Getränkehandels mit Heben und Tragen von schweren Lasten.

- Sind weitere Heilmaßnahmen zur Besserung der Unfallfolgen angezeigt, ggf. welche?
- Können weitergehende Schäden bzw. Verschlechterungen des status quo ausgeschlossen werden? Kann ausgeschlossen werden, dass der Antragsteller eine der folgenden Komplikationen bzw. Spätfolgen oder eine andere Komplikation oder Spätfolge erleiden wird: Arthrose, Pseudo-Arthrose, Infektion, Lähmung, Nekrose, Morbus Sudeck, Instabilität, Kräfteverlust, Refraktur, Bewegungseinschränkung, Versteifung, Implantat-Lockerung, Thrombose, Embolie, Potenzstörung oder Störung der Fertilität, erneute Operation, Nervenschädigung, Aufleben oder Verstärkung einer Bewegungs- und Belastungseinschränkung?

Durch Einholung eines schriftlichen Sachverständigengutachtens. Zum Sachverständigen wird Prof. Dr. ... bestellt.“

Das vorbezeichnete Gutachten des Universitätsprofessors lag im November 2020 und mithin zwei Jahre nach dem Schadeneignis vor. Die Erfahrung des Autors zeigt, dass nach Durchführung eines selbstständigen Beweisverfahrens eine deutlich höhere Bereitschaft zur sachgerechten außergerichtlichen Erledigung besteht. Im Übrigen lässt sich das Prozessrisiko z.B. für einen Schmerzensgeldbetrag deutlich besser einschätzen, wenn belastbare Feststellungen zum Umfang der unfallbedingt erlittenen Verletzungen bestehen und eine Dauer-MdE ermittelt wurde. Der gerichtliche Sachverständige hat den begutachteten Anspruchsteller im Übrigen zu einem Zeitpunkt begutachtet, zu dem noch beweiskräftige Feststellungen zu treffen waren. Aufgrund der beweiskräftigen Feststellungen wird dann mit dem jeweiligen Anspruchsteller zu erörtern sein, ob ein Teil-Schmerzensgeld geltend gemacht wird oder aber aufgrund der Einheitlichkeit des Schmerzensgeldanspruchs ein Gesamt-Schmerzensgeld beziffert wird. Im letzten Fall werden dann aber im Hinblick auf die Antworten des Gutachters zu Ziff. 9) des Fragenkataloges Aufschläge auf das zuzuerkennende Schmerzensgeld zu kalkulieren sein.²²

2. Selbstständiges Beweisverfahrens zur Feststellung des Erwerbsschadens eines Freiberuflers

Nach § 485 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 ZPO kommt die sachverständige Begutachtung in Betracht zur Feststellung des Aufwandes für die Beseitigung eines Personenschadens. Zu diesem Aufwand gehören alle Nachteile, die auf die Gesundheitsverletzung zurückzuführen sind, sich also als Folge des in der Person entstandenen Schadens ergeben.²³ Dementsprechend umfasst

²¹ Vgl. LG Köln 20 OH 1/20.

²² Vgl. Jaeger, Bewertung von Dauerschäden bei der Bemessung des Schmerzensgeldes VersR 2022, 921–928.

²³ BGH, Beschl. v. 20.10.2009 – VI ZB 53/08, VersR 2010, 133, 134.

der Personenschaden insbesondere auch den Erwerbsschaden den der Geschädigte erleidet, weil er seine Arbeitskraft verletzungsbedingt nicht so wie in „gesunden Tagen“ verwerten kann.²⁴ Der Ersatzanspruch besteht, wenn durch die Beeinträchtigung der Arbeitskraft des Verletzten in dessen Vermögen ein konkreter Schaden entstanden ist.²⁵ Ein solcher Schaden liegt im Verlust des Arbeitseinkommens. Während bei abhängig Beschäftigten die Ermittlung des Entgeltschadens in der Regel unproblematisch ist, stellt sich dies bei Selbstständigen und Freiberuflern aufgrund einer Beeinflussbarkeit und Schwankungsbreite als problematisch dar. Mit Beschl. v. 20.10.2009²⁶ hat der BGH aufgezeigt, welche Anforderungen insoweit an ein selbstständiges Beweisverfahren zu stellen sind. In der Entscheidung hatte der BGH das selbstständige Beweisverfahren für unzulässig angesehen, weil der Antragsteller allein eine Frage an den Sachverständigen gestellt hatte: „*Hat der Antragsteller durch das Unfallereignis einen unfallbedingten Erwerbsschaden erlitten?*“

Diesbezüglich hat der BGH judiziert, dass dies eine unzulässige Ausforschung darstellt. Er hat insoweit ausgeführt:

„*Nach der Rechtsprechung des Senats dürfen zwar im Allgemeinen für die schwierige Darlegung der hypothetischen Entwicklung des Geschäftsbetriebes eines Selbstständigen keine zu strengen Maßstäbe angelegt werden (vgl. Senat vom 16.3.2004, VI ZR 138/03). Für die Schätzung des Erwerbsschadens eines Verletzten müssen aber hinreichende Anknüpfungstatsachen dargelegt werden. Der zu ersetzende Schaden setzt voraus, dass sich der Ausfall oder die Beeinträchtigung der Arbeitsfähigkeit sichtbar im Erwerbsergebnis konkret ausgewirkt hat. Deshalb bedarf es grundsätzlich der Darlegung konkreter Anhaltspunkte für die Schadenermittlung, um dem Sachverständigen eine ausreichende Grundlage für die sachlich-rechtliche Wahrscheinlichkeitsprognose des § 252 BGB und in der Folge für eine gerichtliche Schadenschätzung nach § 287 ZPO zu geben.*“

Der BGH hat ausgeführt, dass jedenfalls ein Minimum an Substantierung zu erfolgen hat. In diesem Sinne sind nur geringe Anforderungen an die Darlegungslast zu stellen. Ausreichend wäre es im konkreten Fall gewesen, dass Angaben zu dem vor dem Unfall erzielten Gewinn gemacht werden. Darüber hinaus eine Darlegung im Hinblick auf etwaige überobligationsmäßige Leistungen Dritter, die den Geschäftsbetrieb aufrechterhalten. Schließlich eine Angabe des Gewinns, der nach dem Schadeneignis erzielt wurde. In diesem Sinne empfiehlt sich beim Entgeltschaden eine Fragestellung wie folgt:

„*Ist es bei dem Antragsteller zu einem monatlichen/jährlichen Entgeltschaden in Höhe von EUR ... gekommen? Hierbei ist auszugehen von einem durchschnittlichen Gewinn in den letzten drei Jahren in Höhe von EUR ... , wie er sich aus den drei angefügten Gewinn- und Verlustabrechnungen ergibt. Nach dem Unfallereignis hat der Antragsteller allein noch einen Gewinn erzielt in Höhe von EUR ... , wie sich dies aus der angefügten Gewinn- und Verlustabrechnung betreffend das Jahr ... ergibt.*“

Falls der Arbeitsausfall des Geschädigten durch überobligationsmäßige Tätigkeiten Dritter kompensiert wurde, so könnte die Beweisfrage an den Sachverständigen noch wie folgt ergänzt werden:

„*Weitergehend zu berücksichtigen ist die überobligationsmäßige Tätigkeit des Vaters des Antragstellers, der – obwohl im Ruhestand lebend – seine Arbeitskraft in den Betrieb des Antragstellers eingebracht hat, ohne hier tatsächlich Einkünfte zu erzielen.*“

Gerade beim Entgeltschaden zeigt sich, dass regelmäßig nach Vorlage eines solchen gerichtlichen Gutachtens eine außegerichtliche Erledigung durch Zahlung erfolgt, weil die Beweiserhebung im selbstständigen Beweisverfahren nach § 493 ZPO einer Beweisaufnahme vor dem Prozessgericht gleichsteht. Lässt man den Entgeltschaden im gerichtlichen selbstständigen Beweisverfahren feststellen, so vermeidet man einen anteiligen Prozessverlust wie er im Erkenntnisverfahren regelmäßig eintritt, wenn man sich auf die Zahlen stützt, die durch den Mandanten zur Verfügung gestellt werden.

3. Selbstständiges Beweisverfahren zum Umfang eines Haushaltsführungsschadens sowie zur Ermittlung vermehrter Bedürfnisse

Der verletzte Haushaltführende muss regelmäßig darlegen und beweisen, welche Tätigkeiten er ohne das Unfallereignis im Haushalt abgeleistet hätte und welche dieser Arbeiten er infolge der unfallbedingten Verletzungen nur noch im reduzierten Umfang oder gar nicht mehr ausüben kann. Wird unfallbedingt eine Ersatzkraft eingestellt, so sind deren Kosten konkret im nachgewiesenen Umfang einschließlich aller Sozialabgaben zu erstatten.²⁷ Voraussetzung ist allein, dass die Kosten erforderlich sind im Sinne von § 249 BGB und der Höhe nach angemessen.²⁸ Bei Ausfall eines Familienangehörigen wird häufig keine konkrete Ersatzkraft eingestellt, sondern der Ausfall wird kompensiert durch hilfsbereite Dritte, wie Großeltern, Nachbarn oder sonstige Familienangehörige. Hier stellt sich dann die Frage der fiktiven Abrechnung, deren grundsätzliche Zulässigkeit regelmäßig bejaht wird.²⁹ Der BGH hat ausgeführt, dass bei der fiktiven Abrechnung vom Bruttolohn einer vergleichbaren Ersatzkraft auszugehen ist und hiervon ein 30 %iger Abschlag vorzunehmen ist, weil bei der Schadengewährung auf die Nettovergütung abzustellen ist.³⁰ Um sodann zu konkreten Bezifferungen zu gelangen, gilt es, die konkrete Lebenssituation des Geschädigten in

²⁴ BGH, Beschl. v. 20.10.2009, a.a.O., S. 134; BGH, Urt. v. 8.4.2008 – VI ZR 49/07, BGHZ 176, 109, 111 f.

²⁵ Vgl. BGH, Urt. v. 8.4.2008, a.a.O., S. 112.

²⁶ VI ZB 53/08, VersR 2010, 133 ff.

²⁷ Vgl. Kippersbusch/Höher, Ersatzansprüche bei Personenschaden, 12. Aufl. Rn 377.

²⁸ Vgl. OLG Köln, Urt. v. 17.2.1989 – 20 U 37/87, VersR 1990, 1285.

²⁹ Vgl. BGH, Urt. v. 8.2.1983 – VI ZR 201/81, BGHZ 86, 372 ff.

³⁰ Vgl. BGH a.a.O., S. 378.

gesunden Tagen und nach dem Schadenereignis zu ermitteln. Der Arbeitsumfang im Haushalt vor dem Schadenereignis wird sich ermitteln und unter Beweis stellen lassen. Problematischer ist die Ermittlung der haushaltsspezifischen Minderung der Erwerbsfähigkeit (MdE). Auf die allgemeine Minderung der Erwerbsfähigkeit kann hier nicht abgestellt werden.³¹ Richtigweise ist auf die konkrete Beeinträchtigung abzustellen und deren Auswirkung auf die Fähigkeit zu spezifischen Haushaltstätigkeiten zu prüfen.³² Wer die Hand eingegipst hat, wird als Handwerker auf dem Bau nicht arbeiten können. Abstrakt besteht mithin eine MdE von 100 %. Im Haushalt wird er indes noch Arbeiten verrichten können, insbesondere Kinder überwachen und mit der gesunden Hand leichte Hausarbeiten verrichten können. Es ist also jeweils konkret durch medizinische bzw. ergotherapeutische Sachverständige festzustellen, welche Arbeiten im Haushalt unfallbedingt nicht mehr möglich oder zumutbar sind und welche Zeit erforderlich ist, die eine einzustellende Hilfskraft für diese Arbeiten benötigen würde. Hier bietet es sich an, die Fragen an den Sachverständigen im Rahmen des selbstständigen Beweisverfahrens wie folgt zu stellen:

„Ist es bei der Antragstellerin ausgehend von den unfallbedingten Verletzungen zu einer haushaltsspezifischen MdE gekommen? Hierbei ist davon auszugehen, dass die Antragstellerin vor dem Unfallereignis in dem Vier-Personen-Haushalt, bestehend aus zwei Kindern im Alter von ... und einem vollerwerbstätigen Ehegatten ohne fremde Hilfe ihre Arbeiten mit einem zeitlichen Umfang von ... Wochenstunden durchgeführt hat. Dies ausgehend von einer Wohnungsgröße von 160 qm und einer Umlage des Hauses von 1.000 qm.“

Welche Arbeiten kann die Antragstellerin aufgrund der unfallbedingt erlittenen Verletzungen und der haushaltsspezifischen MdE nicht mehr erledigen? Mit welchem zeitlichen Aufwand sind diese vormalig ausgeübten Tätigkeiten anzunehmen? In welchem zeitlichen Umfang ist dieser Ausfall durch eine Hilfskraft auszugleichen?“

Nach Vorlage eines solchen Gutachtens steht zunächst einmal der zeitliche Umfang eines Haushaltsführungsschadens fest. Ausgehend hiervon kann sodann überlegt werden, in welchem Umfang dieser ermittelte Bedarf zur Einstellung konkreter Ersatzkräfte oder aber durch fiktive Abrechnung kompensiert wird.

C. Der Einsatz des selbstständigen Beweisverfahrens bei versicherungsvertrags-rechtlichen Ansprüchen

I. Problemstellung

Versicherer vereinbaren in ihren Verträgen regelmäßig die Anwendung des sogenannten „Sachverständigenverfahrens“. Bis zur Schaffung des neuen VVG³³ wurde das Sachverständigenverfahren vertraglich vereinbart. Seit Schaffung des neuen VVG findet sich für die Schadensversicherung eine

gesetzliche Regelung in § 84 VVG. Neben den zahlreichen Schadenversicherungen wird das Sachverständigenverfahren über § 189 VVG³⁴ auch für die Unfallversicherung für anwendbar erklärt. Gleiches gilt für die Krankenversicherung.³⁵ Beim Streit über die Höhe der zu gewährenden Versicherungsleistung ist danach regelmäßig das sogenannte Sachverständigenverfahren durchzuführen.³⁶

Nicht selten entsteht Streit zwischen Versicherer und Versicherungsnehmer über die Höhe des eingetretenen Schadens am versicherten Fahrzeug bzw. über den Wiederbeschaffungswert oder die Erforderlichkeit der Reparaturkosten. Dies liegt zunächst einmal in der Natur der Sache bei zwei Vertragsparteien. Der eine möchte eine maximale Entschädigung, während der andere die Schadenaufwendungen gering halten möchte. Verstärkt wird diese Situation einmal mehr dadurch, dass sich der Versicherer in seinem Bedingungswerk regelmäßig das Bestimmungsrecht des Sachverständigen vorbehält³⁷ oder eine Regelung vornimmt, wonach die Kosten eines Sachverständigen nur dann erstattet werden, wenn der Versicherer die Beauftragung selbst veranlasst oder ihr zugesimmt hat.³⁸ Schon dies sollte zu einer gesunden Skepsis führen, sind es doch regelmäßig immer die gleichen Sachverständigen, die vom Versicherer beauftragt werden. Ist der Versicherungsnehmer nun mit einem solchen gefundenen Ergebnis des Sachverständigen nicht einverstanden, so müsste er grundsätzlich das im Vertrag vorgesehene Sachverständigenverfahren durchführen. Insoweit ist in den Musterbedingungen zur AKB 2008³⁹ eine dezidierte Regelung wie folgt vorgesehen:

„A.2.17.1:

Bei Meinungsverschiedenheit über die Höhe des Schadens einschließlich der Feststellung des Wiederbeschaffungswerts oder über den Umfang der erforderlichen Reparaturarbeiten entscheidet ein Sachverständigenausschuss.

„A.2.17.2:

„Für den Ausschuss benennen Sie und wir je einen Kfz-Sachverständigen. Wenn Sie oder wir innerhalb von zwei Wochen nach Aufforderung keinen Sachverständigen benennen, wird dieser von dem jeweils anderen bestimmt.“

³¹ OLG Hamm, Urt. v. 16.3.2002 – 27 U 185/01, VersR 2002, 1430, 1431.

³² Vgl. Pardey, Berechnung von Personenschäden, 4. Auflage, Rn 2527.

³³ Vgl. Gesetz über den Versicherungsvertrag vom 23.11.2007 (BGBl. I, 2631 ff.).

³⁴ In § 189 VVG heißt es wie folgt: „Die Paragraphen 84 und 85 I und III sind entsprechend anzuwenden.“

³⁵ § 194 anzuwendende Vorschriften; soweit der Versicherungsschutz nach den Grundsätzen der Schadenversicherung gewährt wird, sind die §§ 74–80 und 82–87 anzuwenden.

³⁶ Vgl. im Einzelnen Langheid/Rixecker, VVG Versicherungsvertragsgesetz 6. Auflage § 84 Rn 4 ff.

³⁷ Vgl. AKB, Stand Oktober 2003, § 13 Abs. 6.

³⁸ Vgl. A.2.8 Musterbedingungen AKB 2008.

³⁹ Allgemeine Versicherungsbedingungen herausgegeben von Prof. Dr. Heinrich Dörner, 6. Auflage, S. 407 A.2.17 bis A.2.17.4.

A.2.17.3:

„Soweit sich der Ausschuss nicht einigt, entscheidet ein weiterer Kfz-Sachverständiger als Obmann, der vor Beginn des Verfahrens von dem Ausschuss gewählt werden soll. Einigt sich der Ausschuss nicht über die Person des Obmanns, wird er über das zuständige Amtsgericht benannt. Die Entscheidung des Obmanns muss zwischen den jeweils von den beiden Sachverständigen geschätzten Beträgen liegen.“

A.2.17.4:

„Die Kosten des Sachverständigenverfahrens sind im Verhältnis des Obsiegens zum Unterliegen von uns bzw. von Ihnen zu tragen.“

Wie schon der zuvor zitierte Text belegt, ist das im Versicherungsvertrag vorgesehene Sachverständigenverfahren ein schwerfälliges und recht teures Verfahren, weil im Unterliegensfalle Kosten für bis zu drei Sachverständige zu tragen sind. Hier ist es sachgerechter, sogleich ein gerichtliches selbstständiges Beweisverfahren einzuleiten. Im vertraglich vorgesehenen Sachverständigenverfahren soll das Amtsgericht den „Obmann“ bestimmen, der im Folgenden verbindlich entscheidet, falls sich die von den Vertragsparteien benannten Sachverständigen nicht einigen können. Es ist zielgerichteter, sogleich das Gericht im Rahmen des gerichtlichen selbstständigen Beweisverfahrens anzurufen. So werden letztlich nicht die Kosten für drei Sachverständige aufgewandt, sondern allein für einen Sachverständigen. Im Übrigen kann vorliegend die Rechtsschutzversicherung für den Mandanten nutzbar gemacht oder Prozesskostenhilfe beantragt werden.⁴⁰

1. Kaskoentschädigung

Bei versicherungsvertragsrechtlichen Ansprüchen im Rahmen der Unfallschadenregulierung geht es regelmäßig um die Feststellung des Aufwandes für die Beseitigung eines Sachschadens. Es liegt mithin ein klarer Anwendungsfall des § 485 Abs. 2 3. Alt. ZPO vor. Dementsprechend hat das LG München I schon im Jahre 1993⁴¹ festgestellt, dass das selbstständige Beweisverfahren ein probates Mittel ist, um die Höhe eines Kaskoschadens beweiskräftig festzustellen. Gleichwohl zeigt die Praxis, dass von dieser Möglichkeit wenig Gebrauch gemacht wird. Wie die nur wenig vorhandene Rechtsprechung belegt, wird von Versicherern regelmäßig eingewandt, dass das in den Versicherungsbedingungen vorgesehene Sachverständigenverfahren dem rechtlichen Interesse an der Beweissicherung entgegenstehe.⁴² Das LG München hat für den Fall der Kaskoentschädigung zutreffend darauf hingewiesen, dass der Hinweis auf § 14 AKB nicht dem rechtlichen Interesse an der Beweissicherung entgegensteht, sondern allein Auswirkungen auf die Frage der Fälligkeit der Versicherungsleistung entfaltet. Dass die Durchführung des selbstständigen Beweisverfahrens häufig Sinn macht, belegt auch der Fall, der der Entscheidung des OLG Hamm zugrunde lag.⁴³ Hier hatte der vom Versicherer beauftragte Sachverständige einen Nettoschaden von EUR 14.542,00 festgestellt, während der gerichtliche Sachverständi-

dige einen Nettoschadensbetrag von EUR 21.569,00 feststellte, den der Versicherer dann nach Vorlage des Gutachtens des gerichtlichen Sachverständigen regulierte. Der Autor kann aus seiner eigenen Praxis zahlreiche Fälle belegen, wonach es nach Durchführung des selbstständigen Beweisverfahrens im Rahmen der Kaskoentschädigung nicht zu der vom Versicherer gewünschten Totalschadenabrechnung kam, sondern zur Abrechnung der tatsächlich deutlich höher liegenden Reparaturkosten.

Im Hinblick auf den zu stellenden Antrag wird auf B I 4 verwiesen.

2. Hauratversicherung

Die Hauratversicherung ist eine Sachversicherung. Insoweit ist auch in der Hauratversicherung das Sachverständigenverfahren für Meinungsverschiedenheiten vorgesehen. Dies hindert den Versicherungsnehmer indes nicht, auch hier das selbstständige Beweisverfahren zur Anwendung zu bringen. Bei entwendeten Gegenständen gibt es regelmäßig Streit über deren Wert. Hier sei auf ein vom Autor geführtes Verfahren vor dem LG Köln verwiesen:⁴⁴

„Im selbstständigen Beweisverfahren wird gemäß §§ 485 ff. ZPO die Einholung eines schriftlichen Sachverständigengutachtens angeordnet. Es soll Beweis über folgende Fragen erhoben werden:

1. Von welchem Wert ist auszugehen bei dem Schmuckensemble, bestehend aus dem etwa 7 cm breiten Silberarmband und den dazugehörigen Ohrringen, die sich aus der Anlage F1 ergeben? Ist der Wert dieses Ensembles mit EUR 6.000,00 bis EUR 7.000,00 anzunehmen oder aber lediglich mit einem Wert von EUR 1.000,00, wie die Antragsgegnerin dies ihrer Abrechnung zugrunde gelegt hat? Falls weder von dem einen noch von dem anderen Betrag auszugehen ist, von welchem Wert ist für das fragliche Ensemble auszugehen?
2. Ist der Wert des gelb-goldenen Notenschlüssels, den die Antragstellerin auf dem Bild aus Anlage F2 trägt, der aus Gelbgold besteht, sowie zwei Diamanten à 0,2 Karat und zwei Diamanten mit 0,1 Karat sachgerecht mit EUR 4.000,00 anzunehmen oder aber lediglich mit EUR 1.000,00, wie die Antragsgegnerin dies ihrer Abrechnung zugrunde gelegt hat? Wenn weder der eine noch der andere Betrag zutreffend ist, von welchem Betrag ist auszugehen?

⁴⁰ Vgl. oben zfs 2022, 550.

⁴¹ Beschl. v. 10.12.1993, 13 T 23000/93, nachgewiesen in NJW-RR 1994, 355, 365.

⁴² Vgl. auch insoweit die Ausführungen der Versicherung in dem Verfahren LG München, Beschl. v. 10.12.1993, a.a.O., für den Fall des Kaskoschadens; vgl. darüber hinaus OLG Celle, Beschl. v. 10.5.2011 – 8 W 2711, nachgewiesen in VersR 2011, 1418; OLG Köln, Beschl. v. 1.8.2005 – 5 W 92/05 für den Fall der Unfallversicherung § 111 AUB 88.

⁴³ OLG Hamm, Urt. v. 15.11.2010 – 20 U 108/10, zfs 2011, 214.

⁴⁴ Vgl. LG Köln 20 OH 4/20.

3. Wurde der Wert der Gelbgoldkette, die auf der Anlage F3 abgebildet ist und dort mit der Nummer 1 bezeichnet ist mit einem Wert von EUR 4.500,00 sachgerecht ermittelt? Wenn nein, von welchem Wert ist im Hinblick auf die Kette auszugehen?

Mit dessen Erstattung wird beauftragt Herr ... „

Nach Vorlage des gerichtlichen Sachverständigengutachtens hat der Versicherer weitere Zahlungen geleistet, wodurch sich ein gerichtliches Verfahren – dem Zweck der Vorschrift entsprechend – erübriggt hat.

Da das selbstständige Beweisverfahren in allen Schadenversicherungen Anwendung findet, kann dies selbstverständlich auch im Rahmen der Wohngebäudeversicherung Anwendung finden.

II. Das selbstständige Beweisverfahren im Personenversicherungsrecht

Im Bereich der Krankheitskostenversicherung stellt sich gelegentlich die Frage, ob die von dem behandelnden Arzt für sachgerecht erachtete Behandlung medizinisch notwendig und von daher vom Krankenversicherer zu finanzieren ist. Hier geht es dann um die Feststellung eines Gesundheitszustandes, der nach § 485 Abs. 2 Satz 1 Ziff. 1 „Zustand einer Person“ zu subsumieren ist.⁴⁵ Obwohl vom Wortlaut der Vorschrift ohne Zweifel gedeckt, besteht in der Justiz eine starke Zurückhaltung, hier antragsgemäß Beweis anzuordnen. Durch eine Spezialabteilung des AG Köln, welche sich ganz wesentlich mit Ansprüchen aus der privaten Krankenversicherung beschäftigt, wurde auf einen gestellten Beweissicherungsantrag des Autors hin das Verfahren zunächst trotz abweichenden Antrages als reguläres Klageverfahren eingetragen⁴⁶ und wurde erst im Folgenden nach Nachweis umfangreicher Rechtsprechung zur Zulässigkeit des selbstständigen Beweisverfahrens und eines geführten Telefonates mit dem zuständigen Abteilungsrichter als selbstständiges Beweisverfahren eingetragen.⁴⁷ Antragsgemäß wurde dann Beweis erhoben über die gestellte Frage, ob bei dem Antragssteller die Durchführung einer Nasenscheidewandoperation wegen funktioneller Nasenatmungsbehinderung, Septumdeviation und einer beidseitigen Nasenmuschelhyperplasie nicht nur medizinisch nützlich, sondern medizinisch notwendig ist. Diese starke Zurückhaltung scheint auch aktuell noch zu bestehen. Hier sei verwiesen auf eine Entscheidung des OLG München vom 23.5.2022,⁴⁸ mit der eine abweichende Entscheidung des LG Ingolstadt aufgehoben wurde. Insoweit würde – ausgehend von der Entscheidung des OLG München – die zulässige Beweisfrage wie folgt lauten:

„Im Wege des selbstständigen Beweisverfahrens soll ein schriftliches Sachverständigengutachten zur folgenden Frage des Antragsstellers eingeholt werden:

War es nach den objektiven medizinischen Befunden und Erkenntnissen zum Behandlungszeitpunkt vertretbar, die durchgeführte Heilbehandlung als notwendig anzusehen und

war die durchgeführte Therapie und Diagnostik nach den medizinischen Erkenntnissen dazu geeignet, die Krankheit des Antragsstellers zu lindern oder ihrer Verschlimmerung entgegenzuwirken?“

Das OLG hat ausgeführt, dass das selbstständige Beweisverfahren entgegen der Auffassung des LG nicht allein auf die Feststellung des gegenwärtigen Zustandes des Antragsstellers beschränkt ist sondern dass auch Fragen nach der Veränderung des Gesundheitszustandes zulässig sind, da damit zugleich nach einzelnen Zuständen – in ihrer zeitlichen Abfolge – gefragt wird.⁴⁹

III. Das selbstständige Beweisverfahren im Unfallversicherungsrecht

Der in der Unfallabwicklung tätige Rechtsanwalt sieht sich häufig konfrontiert mit der „Kfz-Unfallversicherung“⁵⁰ bzw. mit der allgemeinen Unfallversicherung.⁵¹ Beiden Versicherungssparten ist gemein, dass neben Krankenhaustagegeldern und ähnlichem insbesondere im Falle der Invalidität⁵² versicherungsvertragsrechtliche Leistungen zugesagt werden. Die Feststellung des Grades sowie des Umfanges der Invalidität erfolgt regelmäßig anhand der Gliedertaxe durch Einschaltung eines vom Versicherer beauftragten Sachverständigen.⁵³ Hier steht der Rechtsanwalt in der Beratungspraxis oftmals vor der Frage, ob die zum Grund und zum Umfang der bestehenden Beeinträchtigungen getroffenen Feststellungen „belastbar“ sind. Äußern Behandler des Mandanten oder dieser selbst Zweifel an den getroffenen Feststellungen, ist auch hier das selbstständige Beweisverfahren das Mittel der Wahl. Durch die an den Sachverständigen zu stellenden Fragen kann zunächst der Zustand der Person⁵⁴ und sodann der Aufwand für die Beseitigung eines Personenschadens⁵⁵ erfragt werden. Dort hat das OLG Köln schon im Jahre 2005⁵⁶ ausgeführt:

„Der Antragssteller kann die Durchführung des selbstständigen Beweisverfahrens zur Feststellung seines gesundheitlichen Zustandes, der Unfallursächlichkeit und der Höhe des Schadens durch Sachverständigengutachten verlangen. Gegenstand eines selbstständigen Beweisverfahrens gemäß § 485 Abs. 2 ZPO können grundsätzlich auch Tatsachenfest-

⁴⁵ Vgl. für die Feststellung der künstlichen Befruchtung, OLG Köln, Beschl. v. 2.11.2010 – 20 W 62/10, nachgewiesen in MDR 2011, 380.

⁴⁶ AG Köln 146 C 45/12.

⁴⁷ Vgl. AG Köln 118 H 2/12.

⁴⁸ 25 W 622/22 R und S. 2022, 399 ff.

⁴⁹ Vgl. OLG München, a.a.O., S. 400, 401.

⁵⁰ Vgl. A.4 Muster AKB 2008

⁵¹ Vgl. AUB 88 bzw. AUB 2010.

⁵² Vgl. A.4.5.1 für die Kfz-Unfallversicherung und 2.1 AUB 94/88 für die allgemeine Unfallversicherung.

⁵³ Vgl. Hormut in Anwaltshandbuch VersR Rn 83 zu § 24.

⁵⁴ Vgl. § 485 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO.

⁵⁵ Vgl. § 485 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 ZPO.

⁵⁶ Beschl. v. 1.8.2005 – 5 W 92/05, zitiert nach juris.

stellungen zur Vorbereitung von Ansprüchen aus einer privaten Unfallversicherung sein. Voraussetzung ist lediglich ein rechtliches Interesse des Antragstellers an den zu treffenden Feststellungen. Ein solches Interesse ist nach § 485 Abs. 2 Satz 2 ZPO anzunehmen, wenn die Feststellungen der Vermeidung eines Rechtsstreits dienen können. (...) Dem Gericht ist es nämlich verwehrt, bereits im Rahmen eines selbstständigen Beweisverfahrens eine Schlüssigkeits- und Erheblichkeitsprüfung vorzunehmen. Ein rechtliches Interesse an der Durchführung des selbstständigen Beweisverfahrens kann nur dann verneint werden, wenn evident ist, dass der behauptete Anspruch keinesfalls bestehen kann. (...). Fehl geht auch der Hinweis des Landgerichts darauf, dass der Antragsteller auf Kosten der Antragsgegnerin (§ 11 Abs. 1 AUB 88) ein Privatgutachten einholen kann, um sich in die Lage zu versetzen, substantiierte Einwände gegen die Begutachtung durch den von der Antragsgegnerin beauftragten Sachverständigen zu erheben. Unabhängig davon, ob die Antragstellerin tatsächlich gehalten wäre, die Kosten für ein solches Privatgutachten zu übernehmen, muss sich der Antragsteller nicht auf den vom Landgericht aufgezeigten Weg verweisen lassen, sondern kann sich des selbstständigen Beweisverfahrens bedienen, um die zur Geltendmachung des Invaliditätsanspruchs notwendigen medizinischen Feststellungen zu erhalten. Das ist entgegen der Annahme des Landgerichts auch nicht als unzulässiger Ausforschungsbeweis zu werten, denn das selbstständige Beweisverfahren soll es dem Antragsteller gerade ermöglichen, einen eingetretenen Schaden und dessen Ursache erst ermitteln zu lassen, was notwendig in gewisser Weise ausforschenden Charakter hat. (...) Wenn das Landgericht schließlich zu Unrecht die Auffassung vertreten hat, die Frage nach der Höhe des Invaliditätsgrades sei in einem selbstständigen Beweisverfahren unzulässig, so hat es sich nicht mit der Bestimmung des § 485 Abs. 2 Nr. 3 ZPO auseinander gesetzt, wonach auch der Aufwand für die Beseitigung eines Personenschadens festgestellt werden kann.“

Ebenso hat das OLG Celle⁵⁷ entschieden.

In der Praxis wird nun von den für die Versicherungen tätigen Kollegen immer wieder auf eine angebliche Unzulässigkeit des selbstständigen Beweisverfahrens hingewiesen. Dies völlig zu Unrecht, wie sich auch aus dem Beschluss des LG Köln⁵⁸ wie folgt ergibt:

„1. Die Antragsgegnerin wird darauf hingewiesen, dass die Kammer in Übereinstimmung mit der sonstigen Rechtsprechung, insbesondere auch des OLG Köln (Beschl. v. 1.8.2005 – 5 W 92/05 –; im Übrigen auch Kloth, Private Unfallver-

sicherung 2. Auflage 2014; U 20 ff.) die geäußerten Bedenken gegenüber der Zulässigkeit des selbstständigen Beweisverfahrens nicht teilt.“

2. Im selbstständigen Beweisverfahren wird gemäß § 485 ff. ZPO die Einholung eines schriftlichen Sachverständigengutachtens angeordnet.

Es soll Beweis über folgende Fragen erhoben werden:

1. Besteht bei dem Antragssteller im Hinblick auf das Schadensereignis vom 11.8.2017 eine dauerhafte Funktionsbeeinträchtigung des linken Beins?

2. Wurde diese festgestellte Funktionsbeeinträchtigung durch das Institut für medizinische Begutachtung Köln mit zutreffend 5/20 (fünf Zwanzigstell) festgestellt?

3. Wenn nein, von welcher dauerhaften Funktionsbeeinträchtigung ist auszugehen?

4. Ist die etwa vorgefundene Funktionsbeeinträchtigung ausschließlich auf das Unfallereignis vom 11.8.2017 zurückzuführen?

5. Falls nein, mit welchem Umfang ist die etwa festgestellte Funktionsbeeinträchtigung auf das Schadensereignis vom 11.8.2017 zurückzuführen?

Mit dessen Erstattung wird beauftragt Herr Prof. Dr. ... aus Köln.“

Aufgrund des vorliegend geschilderten selbstständigen Beweisverfahrens wurde die Unfallversicherung nunmehr mit Urteil des LG Köln⁵⁹ zur Zahlung von weiteren EUR 22.000,00 verurteilt.

D. Fazit

Durch den konsequenten Einsatz des selbstständigen Beweisverfahrens lassen sich gerichtliche Prozesse vielfach vermeiden. Die Schaffung einer frühzeitigen Tatsachengrundlage ist darüber hinaus für den Unfallgeschädigten von besonderer Bedeutung. Da an dieser Tatsachengrundlage im Folgenden nicht mehr gerüttelt werden kann, erhöht dies die außegerichtliche Vergleichsbereitschaft des Versicherers auf Augenhöhe. Die Versicherungsnehmer haben mit dem selbstständigen Beweisverfahren ein Instrument in der Hand, mit dem sie die vom Versicherer getroffenen Feststellungen zu Lasten eines etwa bestehenden Rechtsschutzversicherers oder aber im Wege der Prozesskostenhilfe einer Überprüfung unterziehen können. Sie sind insbesondere nicht auf das schwerfällige und kostenträchtige Sachverständigenverfahren angewiesen. Möge dieser Aufsatz mit dazu beitragen, dass das selbstständige Beweisverfahren eine weitergehende Anwendung erfährt.

⁵⁷ OLG Celle, Beschl. v. 10.5.2011 – 8 W 27/11, nachgewiesen in VersR 2011, 1418 ff.

⁵⁸ LG Köln, 26 OH 2/19 vom 6.3.2019.

⁵⁹ Vgl. LG Köln, Urt. V. 22.8.2022 – 26 U 251/21.