

## Aufsatz

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

## Teil 1

— RA Rolf-Helmut Becker, FA für Verkehrs- und Versicherungsrecht, Bergneustadt\*

### A. Einführung

Versicherungen schalten in der Schadenregulierung regelmäßig externe Dienstleister ein, um die Schadenregulierung aus Sicht des Versicherers zu „optimieren“.

Es handelt sich im Sachschadenbereich um Prüforganisationen,<sup>1</sup> die nach Vorgaben des Auftraggebers eine „Prüfung“, das heißt tatsächlich eine Kürzung von berechtigten Ansprüchen herbeiführen. Im Personenschaden und der Personenversicherung werden zunehmend „Gutachteninstitute“<sup>2</sup> eingeschaltet, die ausweislich der Internetauftritte damit werben, die Abwicklung von Personenschäden zu optimieren. Allen vertraglichen Versicherungsansprüchen ist gemein, dass der Versicherer bei einer erforderlichen Begutachtung die Beauftragung des Sachverständigen übernimmt.<sup>3</sup>

Da der Versicherer als Auftraggeber der Begutachtungen gelegentlich Vorgaben zur Begutachtung erteilt,<sup>4</sup> jedenfalls stets als Auftraggeber und Vertragspartner der Sachverständigen fungiert, beschleicht den Versicherungsnehmer oder Unfallgeschädigten gelegentlich der Verdacht, dass das Produkt der Begutachtung möglicherweise nicht seinen Interessen entspricht. Nach dem Grundsatz „wes Brot ich ess“ ist jedenfalls nicht auszuschließen, dass ein gerichtlicher Sachverständiger zu anderen Ergebnissen gelangt. Dem Unfallgeschädigten und Versicherungsnehmer fehlt regelmäßig die notwendige Sachkunde. Auch steht ihm kein „Backoffice“ zur Verfügung, um eine fachkundige Überprüfung der vom Versicherer vorgelegten Begutachtung vornehmen zu können.

Hier kommt als probates Mittel das selbstständige Beweisverfahren „ins Spiel“. In dem Aufsatz wird aufzuzeigen sein, dass mit Hilfe des von Versicherern nicht geliebten selbstständigen Beweisverfahrens im Versicherungsvertragsrecht eine „Waffengleichheit“ (wieder) hergestellt werden kann. Im Haftungsrecht kann mit Hilfe des selbstständigen Beweisverfahrens eine außergerichtliche Erledigung auf „Augenhöhe“ erfolgen oder aber jedenfalls das Material für einen späteren Prozess herbeigeschafft werden. In dem Aufsatz wird aufzuzeigen sein, dass anders als im gerichtlichen Erkenntnisverfahren „Ausforschung“ betrieben werden darf. Durch

die Einschaltung eines Sachverständigen im selbstständigen Beweisverfahren kann nicht nur die Höhe einzelner Sachschadenersatzansprüche festgestellt werden, sondern ebenso ob und in welcher Höhe einzelne Personenschadenersatzansprüche oder versicherungsvertragsrechtliche Ansprüche bestehen.

Mit Hilfe des selbstständigen Beweisverfahrens kann eine notwendige Beweiserhebung und Beweissicherung auf einen frühen Zeitpunkt vorverlegt werden. Der Verfasser propagiert bekanntlich die frühzeitige Einschaltung von Sachverständigen in der Personenschadenregulierung.<sup>5</sup> Gerade bei schweren Personenschäden ist es geboten, frühzeitig zu einer gerichtsfesten Begutachtung zu gelangen. Da das selbstständige Beweisverfahren in der Unfallschadenregulierung und im Versicherungsrecht immer noch ein Nischendasein fristet, soll im ersten Teil des Aufsatzes das selbstständige Beweisverfahren im Einzelnen erläutert werden, während im zweiten Teil des Aufsatzes sodann die einzelnen Anwendungsbereiche im Sach-, Personenschaden aber auch im Versicherungsvertragsrecht mit Musterbeispielen erläutert werden.

### B. Vorbemerkung

#### I. Die Rechtssetzung

Im Jahre 1988 wurde das Recht des selbstständigen Beweisverfahrens durch das Rechtspflegevereinfachungsgesetz reformiert.<sup>6</sup> Zum 1.4.1991 sind als Teil des Rechtspflegever-

\* Der Autor ist Partner der Kanzlei Fincke Rechtsanwälte Partnerschafts-GmbH, die im Verkehrs- und Versicherungsrecht allein auf Geschädigten-seite bzw. für Versicherungsnehmer tätig wird.

<sup>1</sup> ControlExpert, CarExpert, DEKRA u.a.

<sup>2</sup> Vgl. Medicals Direkt Deutschland GmbH, Actineo GmbH, IVM Institut für Versicherungsmedizin u.a.

<sup>3</sup> Vgl. für den Kraftschaden z.B. AKB Allianz A 1. 5.3 (2).

<sup>4</sup> Vgl. Becker, Wird die Schadenregulierung nach dem 50. Verkehrsgerichtstag für den Geschädigten fairer? Der Verkehrsanwalt 2012, 5 ff. m.w.N. zu den einzelnen Arbeitsanweisungen.

<sup>5</sup> Vgl. Becker, Die Einholung von Sachverständigengutachten in der außergerichtlichen Personenschadenregulierung, zfs 2017, 427 ff.

<sup>6</sup> BT-Drucks 11/3621 vom 1.12.1988.

einfachungsgesetzes vom 17.12.1990<sup>7</sup> die neuen §§ 485 – 494a ZPO in Kraft getreten und haben das jetzige selbstständige Beweisverfahren anstelle des früheren Beweissicherungsverfahrens eingeführt. Das frühere Recht der Beweissicherung wurde im Wesentlichen durch den Sicherungszweck des Verfahrens bestimmt. Es hatte mithin die Aufgabe, einer Partei ein gefährdetes Beweismittel für einen anzustrengenden oder bereits anhängigen Prozess zu erhalten.<sup>8</sup>

Der Verfasser praktiziert das selbstständige Beweisverfahren seit rund 15 Jahren und stellt fest, dass in den Köpfen vieler Richter, aber auch in der Anwaltschaft der „Sicherungsgedanke“ des selbstständigen Beweisverfahrens noch immer im Vordergrund steht und die vielfältigen Möglichkeiten des selbstständigen Beweisverfahrens nach § 485 Abs. 2 ZPO nicht erkannt werden.

## II. Die Motive des Gesetzgebers zur Einführung von § 485 Abs. 2 ZPO

In der Begründung zum Regierungsentwurf heißt es wie folgt:  
„2. Selbstständiges Beweisverfahren

*Im geltenden Recht ist eine Beweiserhebung außerhalb eines gerichtlichen Verfahrens grundsätzlich nur zur „Sicherung des Beweises“ vorgesehen (§ 485 Satz 1 ZPO). Das Verfahren soll in erster Linie dazu dienen, gefährdete Beweismittel für einen Prozess nutzbar zu machen.*

*a) Mit dieser Beschränkung auf Fälle der Beweissicherung ist das deutsche Recht enger, als das anglo-amerikanische Recht, das den Parteien die Möglichkeit gibt, vor dem Eintritt in die eigentliche Verhandlung den Sachverhalt weitgehend aufzuklären (pre-trial discovery). § 485 ZPO lässt das Verfahren der Beweissicherung zwar zu, wenn der Gegner zustimmt. Dies kann dazu führen, dass das Verfahren auch durchgeführt wird, wenn es nicht um die Sicherung von Beweisen geht. Vom Zweck der Regelung dürften diese Fälle aber nicht erfasst sein. In der Praxis scheint ein solches „gewillkürtes“ Beweissicherungsverfahren auch keine Rolle zu spielen. Dies wird aber zunehmend bedauert. Insbesondere wenn der Streit der Parteien nur von der Entscheidung tatsächlicher Fragen abhängt, wird die vor- oder außergerichtliche Beweisaufnahme als zweckmäßig angesehen. U.a. für Bauprojekte (Punktesachen), Kraftfahrzeug- und Arzthaftungsprozesse wird angenommen, dass die gesonderte Begutachtung durch einen Sachverständigen häufig zu einer die Parteien zufriedenstellenden Klärung und damit eher zum Vergleich als in einen Prozess führen würde.*

*Der Entwurf greift diese, durch erste Ergebnisse von Untersuchungen im Rahmen der Strukturanalyse gestützten Überlegungen auf. Er schlägt vor, das bisherige Beweissicherungsverfahren zu erweitern und auf den Sicherungszweck für das schriftliche Sachverständigengutachten ganz, im Übrigen bei Zustimmung des Gegners zu verzichten. Das Verfahren der §§ 485 ff. ZPO wird als selbstständiges Beweisverfahren bezeichnet.*

*Das Sicherungsverfahren herkömmlicher Art soll für den Beweis durch Augenschein, Zeugen und Sachverständige allerdings grundsätzlich erhalten bleiben, § 485 Abs. 1 ZPO in der Fassung des Entwurfs. Die engen Voraussetzungen für die Beweiserhebung durch diese Beweismittel sind mit Rücksicht auf die grundsätzlich zu fordernde Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme gerechtfertigt. In vielen Fällen ist aber die schriftliche Begutachtung durch Sachverständige ohne diese engen Voraussetzungen erwünscht. Das gilt insbesondere für Fälle, in denen es im Wesentlichen um die Aufklärung von Tatsachen geht, die mit Personen- und Sachschäden oder Sachmängeln zusammenhängen. Solche Fallgestaltungen sollen nach der Neufassung des § 485 Abs. 2 ZPO im selbstständigen Beweisverfahren aufgeklärt werden können. Der Entwurf will einer verbreiteten Forderung folgend ferner sicherstellen, dass sich der Sachverständige auch zu den Ursachen eines Schadens oder Mangels und zu den Kosten der Beseitigung äußern kann, was derzeit nicht vorgesehen ist.“<sup>9</sup>*

Ziel des Gesetzgebers war es offensichtlich und erklärtermaßen, zur Vermeidung von Prozessen zu gelangen, wenn sich die Parteien vor allem über Fragen tatsächlicher Art streiten.<sup>10</sup> Entsprechendes ergibt sich bereits aus dem Gesetzeswortlaut (§ 485 Abs. 2 Satz 2 ZPO), heißt es doch dort wie folgt:

*„Ein rechtliches Interesse ist anzunehmen, wenn die Feststellung der Vermeidung eines Rechtsstreits dienen kann.“*  
Mehr als 30 Jahre nach der Gesetzesänderung lässt sich in der Praxis feststellen, dass das Beweisverfahren nach wie vor ein Nischendasein fristet, weil die vielfältigen Möglichkeiten nicht erkannt wurden.

## III. Zulässige Ausforschung

Die Motive des Gesetzgebers belegen, dass mit dem selbstständigen Beweisverfahren die Möglichkeit eröffnet werden sollte, dass gutachterlich eine Tatsachenbasis geschaffen werden kann, auf deren Basis eine Einigungsmöglichkeit besteht. Der Hinweis auf das anglo-amerikanische Recht (pre-trial discovery) verdeutlicht dies in besonderem Maße. Das Verfahren der „pre-trial discovery of documents“ ist eine im Common Law vorgesehene Form der Beweiserhebung, die weit über die ZPO-Vorschriften zur Dokumentenvorlage hinausgeht. Sie ermöglicht es jeder Prozesspartei, einen umfassenden Einblick in Dokumente im Besitz der anderen Prozesspartei und unter Umständen sogar in Dokumente nicht am Prozess beteiligter Dritter zu nehmen.<sup>11</sup>

<sup>7</sup> BGBl. I 1990, 2847 ff.

<sup>8</sup> Schreiber, Das selbstständige Beweisverfahren, NJW 1991, 2600, 2601.

<sup>9</sup> Begr. d. Gesetzentwurfes der Bundesregierung (Begr. Reg. E.), BT-Drucks 11/3621, 23.

<sup>10</sup> Schreiber, Das selbstständige Beweisverfahren, NJW 1991, 2600.

<sup>11</sup> Vgl. Verordnung (EU) 2020/1783 vom 25.11.2020 über die Zusammenarbeit zwischen den Gerichten der Mitgliedstaaten auf dem Gebiet der Beweisaufnahme in Zivil- oder Handelssachen („Eu BVO“) vgl. BT-Drucks 84/22, 33 f.

Danach ist es nur folgerichtig, dass durch den Bundesgerichtshof im selbstständigen Beweisverfahren Ausforschungsfragen ausdrücklich für zulässig erachtet werden, wenn sie mit dem konkreten Geschehen in Zusammenhang stehen.<sup>12</sup>

### C. § 485 Abs. 2 ZPO, die tatbestandlichen Voraussetzungen

#### I. Kein Rechtsstreit in der Hauptsache anhängig

Die wichtigste Neuerung gegenüber dem vormaligen Beweissicherungsverfahren (§ 485 a.F.) beruht darauf, dass die schriftliche Begutachtung durch Sachverständige kein Sicherungsinteresse verlangt, wie dies in § 485 Abs. 1 ZPO vorgesehen ist, sondern allein ein rechtliches Interesse daran, dass gewisse Umstände festgestellt werden. Das rechtliche Interesse ist nach der Legaldefinition des § 485 Abs. 2 Satz 2 ZPO anzunehmen „wenn die Feststellung der Vermeidung eines Rechtsstreits dienen kann“. Da § 485 Abs. 2 ZPO nach der Intention des Gesetzgebers vor allem dem Ziel einer außergerichtlichen Streitbeilegung dient, kann das Verfahren nach § 485 Abs. 2 ZPO nur vor oder statt eines Rechtsstreits stattfinden. Primäres Ziel dieses Verfahrens ist es, die Gerichte zu entlasten und einen sich eventuell anschließenden Hauptsacheprozess zu verhindern.<sup>13</sup> Die Beschränkungen der Beweisaufnahme durch Sachverständige nach § 485 Abs. 2 ZPO auf vorgerichtliche Fallkonstellationen soll darüber hinaus eine Doppelbelastung des Gerichts und des Gegners vermeiden.<sup>14</sup>

#### II. Schriftliche Begutachtung durch Sachverständige

Anders als nach § 485 Abs. 1 ZPO kann auf der Grundlage des Absatzes 2 nur die Begutachtung durch Sachverständige angeordnet werden, wie der eindeutige Gesetzeswortlaut belegt. Die nach § 485 Abs. 1 ZPO einvernehmlich oder zur Sicherung vorgesehene Inaugenscheinnahme bzw. Vernehmung von Zeugen kann auch nicht auf den Sachverständigen übertragen werden.<sup>15</sup>

#### III. Rechtliches Interesse an der Beweissicherung

Nach der Legaldefinition des § 485 Abs. 2 Satz 2 ZPO ist ein rechtliches Interesse anzunehmen, wenn die Feststellung der Vermeidung eines Rechtsstreits dienen kann. Nach herrschender Meinung in Literatur und Rechtsprechung ist das erforderliche rechtliche Interesse grundsätzlich weit zu verstehen.<sup>16</sup> Nur so kann dem auf Prozessvermeidung gerichteten Zweck des Gesetzes Rechnung getragen werden. Antragsgegner haben nun in der praktischen Durchführung bei einem beantragten Beweisverfahren häufig eingewandt, dass das rechtliche Interesse fehle, weil keinesfalls eine außergerichtliche Regulierung zu erreichen sei, weil trotz der Sachverständigenfeststellungen keinerlei Zahlung erfolgen werde bzw. man das Ergebnis der Sachverständigenbegutachtung keinesfalls ge-

gen sich gelten lassen werde.<sup>17</sup> Der Einwand, keinerlei Regulierung durchzuführen bzw. das gefundene Beweisergebnis nicht akzeptieren zu wollen, verfängt schon deshalb nicht, weil bei dieser Argumentation verkannt wird, dass das Ergebnis der Sachverständigenfeststellungen dazu führen kann, dass jedenfalls der Anspruchsteller seinen vermeintlichen Anspruch nicht weiterverfolgt.<sup>18</sup> Im Übrigen zeigt die Praxis des Verfassers, dass nach sachverständig getroffenen Feststellungen der Versicherer im Folgenden einen Prozess vermeiden möchte, auch wenn er anderes zunächst kundgetan hat. Da das Ergebnis des selbstständigen Beweisverfahrens im folgenden Prozess Verwendung finden wird, ist es nachvollziehbar, dass in solchen Fällen ein anschließender Prozess tatsächlich nicht mehr stattfindet. Danach ist festzuhalten, dass eine fehlende Gütebereitschaft das rechtliche Interesse nicht beseitigen kann.<sup>19</sup> Das rechtliche Interesse wird allein dann zu verneinen sein, wenn offenkundig ist, dass der Anspruch unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt bestehen kann.<sup>20</sup>

#### 1. Zustand einer Person, Zustand oder Wert einer Sache

Mit dem Antrag auf schriftliche Begutachtung nach § 485 Abs. 2 Nr. 1 ZPO kann der Antragsteller erreichen, dass der Zustand von Person oder Sache beweiskräftig festgestellt wird, um damit die Grundlage für Schadenersatz- oder Gewährleistungsansprüche zu legen. So kann der medizinische Sachverständige als Grundlage für außergerichtliche Vergleichsverhandlungen oder aber zur Vorbereitung einer späteren Schadenersatzklage den Zustand einer Person, das heißt die aktuell feststellbaren Verletzungen bzw. gesundheitlichen Einschränkungen dokumentieren und insbesondere auf Tatsachen gestützte Feststellungen treffen, von welcher unfallbedingten MdE auszugehen ist oder ob gar eine Pflegebedürftigkeit anzunehmen ist. Der Kfz-Sachverständige kann zu den Tatsachen befragt werden, ob ein Kraftfahrzeug die im Ein-

<sup>12</sup> Vgl. BGH Beschl. v. 24.9.2013 – VI ZB 12/13, BGHZ 198, 237 ff.; BGH Beschl. v. 19.5.2020 – VI ZB 51/19, VersR 2020, 1394–1396; BGH, Beschl. v. 6.7.2020 – VI ZB 27/19, VersR 2020, 1396, 1397.

<sup>13</sup> Zauner, Selbstständiges Beweisverfahren trotz Schiedsgutachterabrede? BauR 1998, 1154, 1155.

<sup>14</sup> Leipold in Stein/Jonas, 22. Aufl., Rn 15 zu § 485 ZPO.

<sup>15</sup> OLG München, Beschl. v. 25.5.2000 – 28 W 1469/00, BauR 2001, 447, 448.

<sup>16</sup> Leipold in Stein/Jonas 22. Auflage, Rn 30; Weyer, a.a.O. Baurecht 1992, 313, 318; Engelbrecht, Das selbstständige Beweisverfahren bei Werkstattmängeln, DAR 2008, 444; BGH, Urt. v. 16.9.2004 – III ZB 33/04, NJW 2004, 3488; BGH, Beschl. v. 20.10.2009 – VI ZB 53/08, VersR 2010, 133–135.

<sup>17</sup> Vgl. das Verhalten des beklagten Versicherers im Fall des OLG Celle, 8 W 27/11, VersR 2011, 1418 ff. sowie im Fall des LG München vom 10.12.1993 – 13 T 23000/93, zfs 1994, 217.

<sup>18</sup> So ebenfalls die Argumentation des OLG Celle in dem Beschl. v. 10.5.2011, a.a.O.

<sup>19</sup> Vgl. OLG Oldenburg, Beschl. v. 6.6.1994 – 5 W 57/94, MDR 1995, 746; OLG Köln vom 9.12.2021 – 1-MW 37/21, MDR 2022, 561 f.

<sup>20</sup> Vgl. Hergert in Zöller, Zivilprozessordnung, 32. Auflage, Rn 7a zu § 485 ZPO m.w.N.

zelen näher zu bezeichnenden Schäden aufweist und ob diese in ihrer Gesamtheit auf ein näher zu beschreibendes durch den Antragsgegner verursachtes Unfallereignis zurückzuführen sind und nicht durch ein früheres Unfallereignis oder sonstige Fremdschäden herbeigeführt wurden.

Zur Vorbereitung von Gewährleistungsansprüchen kann der Pkw-Eigentümer konkrete Mängel an seinem Fahrzeug beschreiben, wie z.B. einen überhöhten Spritverbrauch, ein mangelhaftes Bremsverhalten oder ein „nicht Anspringen“ bzw. die Frage stellen, ob die Leistung den Regeln der Technik entspricht.<sup>21</sup>

## 2. Die Ursache eines Personenschadens, Sachschadens oder Sachmangels

Wenn konkrete gesundheitliche Beeinträchtigungen angegeben werden, kann durch Sachverständigenbeweis die Feststellung getroffen werden, ob die aktuell geklagten Beschwerden unfallbedingt auf ein näher zu bezeichnendes Unfallgeschehen zurückzuführen sind oder auf Vorerkrankungen bzw. unfallfremden Ereignissen beruhen. Wenn die eintrittspflichtige Versicherung einwendet, dass nicht alle in einem privaten Sachverständigengutachten aufgeführten Schäden unfallbedingt sind, so kann der Antragsteller insoweit die Ursache des streitigen Sachschadens ebenso durch gerichtlichen Sachverständigen feststellen lassen, als wenn es um die Frage geht, ob der gerügte Sachmangel an einem Fahrzeug dem Stand der Technik entspricht oder nicht.

## 3. Der Aufwand für die Beseitigung eines Personenschadens, Sachschadens oder Sachmangels

Hier geht es um die beweiskräftige Feststellung, welche Höhe, das heißt welcher Betrag für die Beseitigung eines Sachschadens erforderlich ist. Der Aufwand für die Beseitigung des Sachschadens umfasst auch die Höhe eines Minderwertes.<sup>22</sup> Zum Aufwand für die Beseitigung eines Personenschadens gehören alle Nachteile, die auf die Gesundheitsverletzung zurückzuführen sind, also sich als Folge aus dem in der Person entstandenen Schaden ergeben. Der BGH hat insoweit ausgeführt:

*„Die Feststellung des dem Antragsteller möglicherweise entgangenen Gewinns durch eine schriftliche Begutachtung kann der Vermeidung eines Rechtsstreits dienen. Es handelt sich um die Feststellung des Aufwands für die Beseitigung eines Personenschadens. Zu den Personenschäden gehören nämlich auch solche Nachteile, die auf die Gesundheitsverletzung zurückzuführen sind, also sich als Folge aus dem in der Person entstandenen Schaden ergeben. Ist wegen der Verletzung einer Person Schadenersatz zu leisten, kann der Geschädigte gemäß § 249 BGB Ersatz der erforderlichen Herstellungskosten verlangen, das heißt insbesondere die Kosten für notwendige Heilbehandlungen sowie Kur- und Pflegekosten.*

*Daneben umfasst der zu ersetzende Schaden gemäß den §§ 252, 842 BGB auch den entgangenen Gewinn.“<sup>23</sup>*

## D. Die gerichtliche Zuständigkeit

Nach § 486 Abs. 2 ZPO ist der Antrag bei dem Gericht zu stellen, das zur Entscheidung in der Hauptsache berufen wäre.

Danach kann der Antragsteller gemäß § 35 ZPO unter den zuständigen Gerichtsständen auswählen. Neben den allgemeinen Gerichtsständen kann der Antrag auch am Ort der unerlaubten Handlung (§ 32 ZPO) oder aber nach § 215 VVG am Wohnsitzgericht des Versicherungsnehmers eingereicht werden.

## E. Rechtsfolgen des eingereichten Antrages im selbstständigen Beweisverfahren

### I. Verjährungshemmung

Der bei Gericht eingegangene Antrag im selbstständigen Beweisverfahren hemmt die Verjährung. Nach § 204 Abs. 1 Nr. 7 BGB bedarf es der Zustellung, um die Hemmungswirkung zu entfalten. Über § 167 ZPO wird indes eine Rückwirkung entfaltet, wenn der Antrag vor Fristablauf bei Gericht anhängig wurde und eine Zustellung demnächst erfolgt. Die Hemmungswirkung tritt selbst dann ein, wenn der Sachverständige einen behaupteten Mangel nicht bestätigt.<sup>24</sup> Die Hemmungswirkung tritt auch ein, wenn sich der Antragsgegner nach Zustellung des Antrages im selbstständigen Beweisverfahren an diesem Verfahren nicht beteiligt.<sup>25</sup>

### II. § 493 ZPO, Benutzung im Prozess

Kommt eine außergerichtliche Einigung nach Vorlage des Gutachtens nicht in Betracht, so bleibt dem Antragsteller nur ein gerichtliches Klageverfahren. Von den Passivbeteiligten eines selbstständigen Beweisverfahrens wird regelmäßig übersehen, dass im Prozess eine erneute Beweisaufnahme regelmäßig ausscheidet, was sich aus § 493 ZPO ergibt. Eine weitere Beweisaufnahme zu den streitigen Tatsachen kommt nur unter den engen Voraussetzungen des § 412 ZPO in Betracht.<sup>26</sup>

<sup>21</sup> Vgl. zu Letzterem, OLG München, Beschl. v. 6.5.1993 – 27 W 101/92, BauR 1994, 275.

<sup>22</sup> Vgl. *Leipold* in Stein/Jonas, a.a.O., Nr. 27.

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

<sup>24</sup> Vgl. BGH; Urt. v. 30.4.1998 – VII ZR 74/97, NJW RR 1998, 1475–1476.

<sup>25</sup> Vgl. BGH, Urt. v. 27.1.2011 – VII ZR 186/09, NJW 2011, 1965, 1967; BGH, Urt. v. 22.1.1998 – VII ZR 204/96, NJW 1998, 1305, 1306.

<sup>26</sup> Vgl. BGH, Beschl. v. 14.11.2017 – VIII ZR 101/17, NJW 2018, 1171, 1172.

## F. Die Streitverkündung im selbstständigen Beweisverfahren

Obwohl ein selbstständiges Beweisverfahren nach § 485 Abs. 2 nur außerhalb eines Rechtsstreits zulässig ist, entspricht es der herrschenden Meinung,<sup>27</sup> dass die Streitverkündung auch im selbstständigen Beweisverfahren zulässig ist. Hierfür besteht auch ein Bedürfnis, weil oft erst durch die einzuholenden Gutachten feststeht, ob der Antragsgegner oder ein Dritter (der Streitverkündete) für einen Schaden einzutreten hat. Mit der Streitverkündung werden die Nebeninterventionswirkungen aus den §§ 68 und 74 ZPO herbeigeführt.

## G. Die Antragstellung im selbstständigen Beweisverfahren

Im selbstständigen Beweisverfahren muss kein konkreter Antrag gestellt werden. § 487 ZPO verlangt allein die Bezeichnung des Gegners und die Bezeichnung der Tatsachen, über die Beweis erhoben werden soll. Anders als bei der Leistungsklage (vgl. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO) muss sich der Antragsteller im selbstständigen Beweisverfahren zur Höhe eines Anspruchs (noch) nicht äußern, sondern er kann sich zunächst allein auf die beweiskräftige Feststellung von Tatsachen beschränken. Entsprechendes folgt aus § 487 Nr. 2 und Nr. 4 ZPO.<sup>28</sup> Die Tatsachen sind so konkret wie möglich anzugeben, damit ausreichend Anknüpfungstatsachen für ein Sachverständigengutachten vorliegen. Hierbei sind die Anforderungen an die Konkretisierung nicht zu überspannen.<sup>29</sup>

Anders als im gerichtlichen Erkenntnisverfahren bleibt die Beweisaufnahme in der Hand der Parteien, das heißt zunächst in der Hand des Antragstellers, auf dessen Kosten und Risiko das Verfahren letztlich geführt wird. Insoweit hat der Bundesgerichtshof schon im Jahre 1999<sup>30</sup> ausgeführt:

*„Der Antragsteller bestimmt in eigener Verantwortung in einem selbstständigen Beweisverfahren durch seinen Antrag auf Einleitung dieses Verfahrens den Gegenstand der Beweisaufnahme und die Beweismittel. Das Gericht ist an die Tatsachenbehauptungen des Antragstellers gebunden, es darf die Beweisbedürftigkeit und die Entscheidungserheblichkeit der behaupteten Tatsachen nicht überprüfen.“<sup>31</sup>*

Gleichwohl werden durch Instanzgerichte entsprechende Anträge häufig als angeblich unzulässig abgewiesen.<sup>32</sup> Diese ablehnenden Beschlüsse werden dann regelmäßig durch die obergerichtliche Rechtsprechung korrigiert.<sup>33</sup> Dies mit dem Hinweis, dass es auf eine „Gütebereitschaft“ der Antragsgegnerin nicht ankommt.<sup>34</sup> Die Instanzgerichte verkennen regelmäßig, dass eine Ausforschung im selbstständigen Beweisverfahren ausdrücklich zulässig ist. Entsprechendes hatte der Bundesgerichtshof bereits mit Beschl. v. 24.9.2013<sup>35</sup> judiziert. Der Bundesgerichtshof hat ausdrücklich ausgeführt, dass auch die Frage an einen gerichtlichen Sachverständigen gestellt werden kann, ob ein möglicher Behandlungsfehler als grober Behandlungsfehler anzusehen ist. In der gleichen Ent-

scheidung hat der Bundesgerichtshof ausgeführt, dass es durchaus möglich sein kann, dass zu späterer Zeit noch weitergehende Fragen zu klären sind. Gleichzeitig hat er klar gestellt, dass dies die Zulässigkeit eines selbstständigen Beweisverfahrens nicht berührt. Diese Rechtsprechung hat der Bundesgerichtshof mit weitergehendem Beschl. v. 19.5.2020<sup>36</sup> wie folgt konkretisiert:

*„Beweisfragen zu Inhalt und Umfang der ärztlichen Aufklärungspflicht kommen als Gegenstand eines selbstständigen Beweisverfahrens nach § 485 Abs. 2 ZPO in Betracht.“*

Das Gericht ist indes nicht gehindert, darauf hinzuwirken, dass nach seiner Auffassung gegebenenfalls ergänzende Fragen gestellt werden, wenn dies zur Befriedigung eines Streits zweckdienlich erscheint.<sup>37</sup> Dies dürfte bereits aus § 139 ZPO folgen. In der Kommentierung von Prütting/Gehrlein<sup>38</sup> wird darauf hingewiesen, dass § 139 ZPO in allen Instanzen und Verfahrensarten gilt, mithin auch im selbstständigen Beweisverfahren Anwendung findet. Hierfür besteht auch deshalb ein Bedarf, weil selbst vor dem Landgericht ausweislich § 486 Abs. 4 ZPO ein Antrag im selbstständigen Beweisverfahren zu Protokoll der Geschäftsstelle erklärt werden kann. Von daher besteht aber einmal mehr ein Bedürfnis dafür, dass auch im selbstständigen Beweisverfahren rechtzeitige und konkrete richterliche Hinweise erfolgen sollten, wenn das Gericht hier im Einzelnen bei Formulierungen Bedenken sieht. Entscheidend ist indes, dass der Beweisbeschluss nicht hinter dem Begutachtungsbegehren des Antragstellers zurückbleiben darf.<sup>39</sup>

## H. Die Entscheidung des Gerichts im selbstständigen Beweisverfahren

### I. Positive Entscheidung

Nach § 490 Abs. 1 ZPO entscheidet das Gericht über den Antrag durch Beschluss. Der stattgebende Beschluss ist nach § 490 Abs. 2 Satz 2 ZPO unanfechtbar. Mit dem stattgebenden Beschluss wird durch das Gericht ein Sachverständiger be-

<sup>27</sup> Vgl. BGH, Urt. v. 18.12.2014 – VII ZR 102/14, BGHZ 204, 12 ff.

<sup>28</sup> Vgl. Musielak/Voit, ZPO, 19. Aufl. 2022, § 487, Rn 3.

<sup>29</sup> Vgl. Graf zur Zulässigkeit des selbstständigen Beweisverfahrens im Personenversicherungsrecht, VersR 2018, 393 ff.; BGH Beschl. v. 20.10.2009 – VI ZR 53/08.

<sup>30</sup> Vgl. BGH, Beschl. v. 4.11.1999 – VII ZB 19/99, NJW 2000, 960 f.

<sup>31</sup> BGH, a.a.O., 961.

<sup>32</sup> Vgl. LG Düsseldorf, Beschl. v. 12.11.2020 – 1 OH 3/20 oder LG Bonn, Beschl. v. 7.6.2021 – 4 OH 2/21.

<sup>33</sup> Vgl. OLG Düsseldorf v. 21.1.2021 – 1-1 W 64/20 und OLG Köln, Beschl. v. 9.12.2021 – I-11 W 37/21.

<sup>34</sup> Vgl. OLG Köln, Beschl. v. 9.12.2021 sowie OLG Koblenz, Beschl. v. 4.4.2005 – 5 W 159/05.

<sup>35</sup> BGH, Beschl. v. 24.9.2013 – VI ZB 12/13, BGHZ 198, 237 ff.

<sup>36</sup> Vgl. BGH, Beschl. v. 19.5.2020 – VI ZB 51/19, NJW 2020, 2273 ff.

<sup>37</sup> Vgl. OLG Karlsruhe, Beschl. v. 2.2.2017 – 9 W 57/16, BeckRS 2017, 111877.

<sup>38</sup> Vgl. Prütting/Gehrlein, ZPO, 8. Aufl. 2016, § 139 Rn 4.

<sup>39</sup> OLG Karlsruhe, Beschl. v. 2.2.2017 – 9 W 57/16, BeckRS 2017, 111877.

stellt. Gleichzeitig wird dem Antragsteller die Zahlung eines Gerichtskostenvorschusses aufgegeben und die Übersendung der Akte an den Sachverständigen regelmäßig von der Einzahlung des Gerichtskostenvorschusses abhängig gemacht.

## II. Ablehnende Entscheidung

Lehnt das Instanzgericht – wie nicht selten – den Antrag im selbstständigen Beweisverfahren als angeblich unzulässig ab oder versagt es die beantragte Anhörung des Sachverständigen zur Erläuterung des Gutachtens, so kann hiergegen binnen einer Notfrist von 2 Wochen sofortige Beschwerde gemäß § 567 Abs. 1 Nr. 2 ZPO eingelegt werden. Dies wahlweise beim Gericht, dessen Entscheidung angegriffen wird oder aber beim Beschwerdegericht (vgl. § 569 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Auch dies zeigt einen deutlichen Unterschied zum gerichtlichen Erkenntnisverfahren, kann eine dort unterbliebene Beweisaufnahme doch regelmäßig nicht isoliert, sondern nur durch das Rechtsmittel der Berufung angegriffen werden.

### I. Kostenentscheidung im selbstständigen Beweisverfahren

Im selbstständigen Beweisverfahren findet abweichend vom gerichtlichen Erkenntnisverfahren regelmäßig keine Kostenfestsetzung statt. Der Bundesgerichtshof hat eine analoge Anwendung des § 269 Abs. 3 Satz 2 ZPO abgelehnt.<sup>40</sup> Die Kostenregelung im selbstständigen Beweisverfahren ist gesetzlich nur rudimentär geregelt. In § 494a ZPO ist allein der Fall ausdrücklich im Gesetz geregelt, dass es nach Durchführung des selbstständigen Beweisverfahrens nicht zu einer Klageerhebung kommt. Hier bestimmt § 494 Abs. 2 Satz 1 ZPO, dass der Antragsteller des selbstständigen Beweisverfahrens die dem Antragsgegner entstandenen Kosten zu erstatten hat.

Kommt es nach Durchführung des selbstständigen Beweisverfahrens zu einem Klageverfahren, so bilden die Kosten des selbstständigen Beweisverfahrens einen Teil der Kosten des Hauptsacheverfahrens. Dort findet dann nach Prozessende die übliche Kostenfestsetzung statt.

Werden die Beweisfragen des Antragstellers in seinem Sinne beantwortet, so kommt es regelmäßig nicht zu einem folgenden Klageverfahren. Übernimmt die im selbstständigen Beweisverfahren „unterlegene“ Partei nicht freiwillig die im selbstständigen Beweisverfahren angefallenen Kosten, so blieb dem Antragsteller früher allein die Möglichkeit, Feststellungsklage zu erheben. Im Rahmen dieses Klageverfahrens, mit dem das Beweisergebnis festgestellt wurde, konnte dann nach Beendigung des Klageverfahrens im Rahmen der Kostenfestsetzung auch die Kostenfestsetzung erfolgen für die Kosten, die im selbstständigen Beweisverfahren angefallen waren.

Mit Urt. v. 10.10.2017<sup>41</sup> hat der Bundesgerichtshof judiziert, dass der Antragsteller die ihm im selbstständigen Beweisver-

fahren entstandenen Kosten – gestützt auf seinen materiellrechtlichen Kostenerstattungsanspruch – im Wege der Leistungsklage geltend machen kann. Dies stellt eine deutliche Erleichterung dar, zumal Versicherungen in der Vergangenheit zwar den im selbstständigen Beweisverfahren festgestellten Ersatzbetrag gezahlt haben, sich bei der Erstattung der aufgewendeten Kosten indes „schwer taten“.

## J. Die Gebühren und Gerichtskosten im selbstständigen Beweisverfahren

### I. Gerichtskosten

Für die Tätigkeit des Gerichts im selbstständigen Beweisverfahren wird gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 1 GKG in Verbindung mit § 3 Nr. 2 GKG eine Gerichtskostengebühr erhoben. Dies nach Nr. 1610 des Kostenverzeichnisses. KV 1610 gilt grundsätzlich für jedes selbstständige Beweisverfahren.<sup>42</sup> Die Gerichtskostengebühr wird grundsätzlich mit Einreichung des Antrags fällig, § 6 Abs. 1 Nr. 1 GKG. Eine Fälligkeit bedeutet freilich keineswegs auch eine Vorauszahlungspflicht nach § 12 GKG.<sup>43</sup> Während im zivilgerichtlichen Klageverfahren nach § 12 Abs. 1 Satz 1 GKG die Klage erst nach Zahlung der Gerichtskostengebühr zugestellt werden soll, gilt dies für das gerichtliche selbstständige Beweisverfahren nicht. Eine Vorauszahlungspflicht besteht nicht, weil ein Antrag auf Einleitung eines selbstständigen Beweisverfahrens nicht „Klage“ im Sinne von § 12 Abs. 1 GKG ist.<sup>44</sup> Eine Zahlungsverpflichtung erfolgt mithin immer erst nach Abschluss des selbstständigen Beweisverfahrens, was gegenüber dem regulären Klageverfahren unter Kostengesichtspunkten nicht zu vernachlässigen ist, zumal mit Einführung des neuen RVG die Bundesländer eine erhebliche Kompensation durch Erhöhung der Gerichtskosten durchgesetzt haben.<sup>45</sup> Da im selbstständigen Beweisverfahren mithin nur eine Gerichtskostengebühr anfällt, ist dieses Verfahren unter Kostengesichtspunkten jederzeit einem gerichtlichen Erkenntnisverfahren vorzuziehen. Geht es hier nämlich um die Durchführung einer Beweisaufnahme, so werden jedenfalls dann drei Gerichtskostengebühren „verbraucht“, wenn der Rechtsstreit nicht einvernehmlich erledigt wird.

### II. Rechtsanwaltsgebühren

Da das selbstständige Beweisverfahren ein gerichtliches Verfahren ist, entsteht bei den Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerseite mit Einreichung des Antrages bei Gericht die Verfahrensgebühr nach Nr. 3100 VV RVG. Endet der Auftrag vorher, so entsteht die Gebühr nur als 0,8 Gebühr,

<sup>40</sup> Vgl. BGH, Beschl. v. 20.10.2020 – VI ZB 28/20, MDR 2021, 126.

<sup>41</sup> Vgl. BGH, Urt. v. 10.10.2017 – VI ZR 520/16.

<sup>42</sup> Vgl. Hartmann, Kostengesetze, 43. Aufl., Rn 2 zu KV 1610.

<sup>43</sup> Vgl. Hartmann, Kostengesetze, 43. Aufl., Rn 2 zu § 6 GKG.

<sup>44</sup> Ulrich, Selbstständiges Beweisfahren, Rn 328.

<sup>45</sup> Vgl. Schneider, Die Zukunft der Rechtsanwaltsvergütung, NJW 2013, 1553.

was sich aus § 13 RVG in Verbindung mit Nr. 3101 Ziff. 1 VV RVG ergibt. Für die Antragsgegenseite gilt im Hinblick auf die Verfahrensgebühr Entsprechendes, wenn eine sachliche Auseinandersetzung mit dem Antrag erfolgt.<sup>46</sup>

Daneben erhält der Rechtsanwalt die Terminsgebühr gemäß Nr. 3104 VV RVG nicht nur durch die Teilnahme an einem gerichtlichen Verhandlungs-, Erörterungs- oder Beweisaufnahmetermin, sondern auch bei einem vom gerichtlichen Sachverständigen anberaumten Termin.<sup>47</sup> Die Terminsgebühr kann insbesondere auch ausgelöst werden durch Besprechungen ohne Beteiligung des Gerichts, die z.B. geführt werden zur Vermeidung oder Erledigung des Verfahrens.<sup>48</sup>

Da das selbstständige Beweisverfahren zur Entlastung der Justiz und zur außergerichtlichen Streitschlichtung konzipiert wurde, wundert es nicht, dass der Gesetzgeber die vergleichsweise Erledigung des selbstständigen Beweisverfahrens besonders hervorhebt. Gemäß Nr. 1002 VV RVG erhält der Verfahrensbevollmächtigte eine weitere 1,5 Gebühr, wenn er mitwirkt, bei Vertragsverhandlungen, die sich nicht nur auf ein Anerkenntnis- oder einen Verzicht beziehen und durch die der Streit beseitigt wird. Entsprechendes folgt aus der Nr. 1003 VV RVG,<sup>49</sup> weil das selbstständige Beweisverfahren ausdrücklich ausgenommen wird. Von daher ist festzuhalten, dass der Rechtsanwalt im selbstständigen Beweisverfahren eine 1,3 Verfahrensgebühr, eine 1,2 Terminsgebühr und schließlich eine 1,5 Erledigungsgebühr verdienen kann, was einmal mehr dazu führen sollte, eine Vorgehensweise im selbstständigen Beweisverfahren in Betracht zu ziehen. Unter Berücksichtigung der hälftigen anzurechnenden Geschäftsgebühr aus Nr. 2300 VV RVG mit regelmäßig 0,65 ist im selbstständigen Beweisverfahren der Anfall von vier Gebühren denkbar, während im regulären Klageverfahren regelmäßig nur weitere Gebühren in Höhe von 3,5 im erstinstanzlichen Verfahren denkbar sind.

Scheitert die Erledigung im selbstständigen Beweisverfahren und wird ein späteres ordentliches Klageverfahren notwendig, so wird die Verfahrensgebühr auf die Verfahrensgebühr des Hauptverfahrens angerechnet.<sup>50</sup>

## K. Die Vorzüge des selbstständigen Beweisverfahrens

### I. Finanzierbarkeit durch Rechtsschutzversicherer

In allen Rechtsschutzversicherungsbedingungen ist geregelt, dass der Rechtsschutzversicherer bei Eintritt des Versicherungsfalles nicht nur die Vergütung eines für den Versicherungsnehmer tätigen Anwalts, sondern insbesondere die Gerichtskosten einschließlich der Entschädigung für Zeugen und Sachverständige, die vom Gericht herangezogen werden, übernimmt.<sup>51</sup> Da es sich bei dem selbstständigen Beweisverfahren um ein gerichtliches Verfahren handelt, sind selbstredend auch die entsprechenden Kosten von Rechtsschutzversicherern zu tragen.<sup>52</sup> Die Praxis sieht indes anders aus. Wird um eine entsprechende Deckungszusage nachgesucht, so wird

regelmäßig durch den Rechtsschutzversicherer auf eine „Vorrangigkeit“ des Klageverfahrens oder eine fehlende Deckung hingewiesen. Dies regelmäßig ohne nähere Begründung bzw. mit dem Hinweis, dass eine versicherungsvertragsrechtliche Verpflichtung bestehe, die Kosten gering zu halten. Die von Versicherern eingenommene Auffassung widerspricht allerdings dem eigenen Bedingungswerk. Die Inanspruchnahme des selbstständigen Beweisverfahrens kann letztlich nicht gegen eine Schadenminderungspflicht verstoßen, wenn auch im Prozess eine Beweiserhebung notwendig würde. Im Übrigen hat das OLG München bereits mit Urte. v. 30.6.2017<sup>53</sup> im Leitsatz 2 Folgendes festgehalten:

„Die Durchführung eines selbstständigen Beweisverfahrens in Arzthaftungssachen stellt keinen Verstoß gegen Schadenminderungsobligationen in der Rechtsschutzversicherung dar, wenn es der Vermeidung eines Rechtsstreits dienen kann.“

Der Verfasser hat indes den Eindruck, dass durch die zunehmende Bekanntheit des selbstständigen Beweisverfahrens die Einwendungen der Rechtsschutzversicherer weniger werden. Dies im Übrigen völlig zu Recht.

Neben dem gerichtlichen Verfahren wird gelegentlich Deckung zugesagt für gesonderte näher bezeichnete Fallkonstellationen. So wird in Straf- und Ordnungswidrigkeitenverfahren Deckungsschutz für die Übernahme eines technischen Privatgutachtens gewährt<sup>54</sup> sowie zur Wahrnehmung der rechtlichen Interessen aus Kauf- und Reparaturverträgen von Motorfahrzeugen.<sup>55</sup>

Nicht von der Deckung umfasst werden in der Rechtsschutzversicherung regelmäßig die Kosten eines Sachverständigenverfahrens nach § 14 AKB.<sup>56</sup> Im Versicherungsvertragsrecht sind regelmäßig Klauseln vorgesehen, wonach beim Streit zur Schadenhöhe ein so genanntes „Sachverständigenverfahren“ durchgeführt werden soll.<sup>57</sup> Ein solches Sachverständigenverfahren ist häufig umständlich und vor allem teuer. Dies sieht regelmäßig so aus, dass beide Seiten zunächst einen Sachverständigen benennen. Wenn diese beiden Sachverständigen

<sup>46</sup> Mayer/Kroiß/Teubel, Das neue Gebührenrecht 2004, § 1 Rn 78.

<sup>47</sup> Vgl. Pastor in Werner/Pastor, Der Bauprozess, 14. Auflage, Rn 143.

<sup>48</sup> Vgl. BGH, Beschl. v. 27.2.2007 – XI ZB 38/05, nachgewiesen in NJW 2007, 2858 f.

<sup>49</sup> In Nr. 1003 VV RVG heißt es wie folgt: „Über den Gegenstand ist ein anderes Gerichtsverfahren als ein selbstständiges Beweisverfahren anhängig.“

<sup>50</sup> Vgl. Pastor in Werner/Pastor, Der Bauprozess, 14. Aufl., Rn 143.

<sup>51</sup> Vgl. § 2 Abs. 1a) und c) ARB 75, § 5 Abs. 1a) und c) ARB 2000 und § 5 Abs. a) und c) ARB 2008.

<sup>52</sup> Vgl. Harbauer, 7. Aufl., Rn 20 zu § 2 ARB 75.

<sup>53</sup> Vgl. OLG München, Urte. v. 30.6.2017 – 25 U 4235/16.

<sup>54</sup> Vgl. § 5 Abs. 1f) ARB 94/2000.

<sup>55</sup> Vgl. BGH, Urte. v. 8.10.2013 – VIII ZB 61/12, nachgewiesen in NJW 2013, 3586.

<sup>56</sup> Van Bühren in van Bühren/Ploten, ARB Rechtsschutzversicherung, 2. Aufl. Rn 78, zu § 5 ARB; vgl. Baur in Harbauer, 7. Aufl. Rn 114 zu § 2 ARB 75.

<sup>57</sup> Vgl. AKB Allianz Sachversicherung Teil A Nr. 4.

sich dann nicht einigen können, soll verbindlich ein von beiden bestimmter Obersachverständiger die verbindliche Entscheidung treffen. Letztlich sind drei Sachverständige in die zu treffende Entscheidung einbezogen. Dies hat in der 35-jährigen Praxis des Verfassers dazu geführt, dass möglicherweise zwei oder drei solcher Verfahren geführt wurden, weil sie umständlich und vor allem teuer sind. Entscheidend ist indes, dass hier eine Deckung in der Rechtsschutzversicherung nicht gewährt wird. Dies ist im gerichtlichen selbstständigen Beweisverfahren anders. Da die gerichtlichen Kosten des selbstständigen Beweisverfahrens Gerichtskosten darstellen.<sup>58</sup> Wie der BGH in der vorbezeichneten Entscheidung festgestellt hat, kann der Rechtsschutzversicherer die von ihm aufgewendeten Kosten im eigenen Namen und damit in gewillkürter Prozessstandschaft geltend machen.<sup>59</sup> Dies gegebenenfalls im Wege der Feststellungsklage, falls dem selbstständigen Beweisverfahren kein Hauptverfahren folgt. Nunmehr auch – wie oben ausgeführt<sup>60</sup> – gestützt auf einen materiell-rechtlichen Kostenerstattungsanspruch.

## II. Gewährung von Prozesskostenhilfe

Da es sich bei dem selbstständigen Beweisverfahren um ein gerichtliches Verfahren handelt, kommt die Gewährung von Prozesskostenhilfe in Betracht.<sup>61</sup> Abzustellen ist nicht auf die Erfolgsaussicht der in Aussicht genommenen Klage, sondern allein auf die zu stellenden Beweisanträge.<sup>62</sup> Prozesskostenhilfe kann danach allein dann verweigert werden, wenn der Antrag „mutwillig“ ist.<sup>63</sup> Danach stellt aber die Möglichkeit der Prozesskostenhilfegewährung gerade für die wirtschaftlich schwache Partei ein probates Mittel dar, gerade in versicherungsvertragsrechtlichen Angelegenheiten zur Überprüfung der getroffenen Feststellungen zu gelangen.

## III. Die Schaffung einer belastbaren Tatsachengrundlage

Nach Durchführung eines selbstständigen Beweisverfahrens steht dem Versicherungsnehmer oder aber auch dem Unfallgeschädigten eine belastbare Tatsachengrundlage zur Verfügung. Er wird nun wissen, welche Verletzungen er im Einzelnen davongetragen hat und von welchem Grad der Behinderung auszugehen ist. Er wird weitergehend wissen, ob es sich um Dauerschäden handelt oder nicht. Im Folgenden lässt sich belastbarer die Höhe eines Schmerzensgeldanspruchs beziffern, als dies der Fall ist, wenn allein auf Arztberichte abgestellt wird. Die Praxis des Verfassers belegt, dass nach der verstärkten Nutzung des gerichtlichen selbstständigen Beweisverfahrens eine viel größere außergerichtliche Vergleichsbereitschaft besteht. Dies dürfte zum einen darauf beruhen, dass nun eine beweiskräftige Tatsachengrundlage geschaffen wurde und diese auch im späteren Prozess zugrunde gelegt wird. Die Erfahrung des Verfassers im Sachschadenbereich belegt, dass nach gerichtlicher Feststel-

lung eines merkantilen Wertminderungsbetrages oder nach einer belastbaren Feststellung einer Kaskoentschädigung regelmäßig kein gerichtliches Erkenntnisverfahren folgt. Der Versicherer leistet die Beträge, die vom gerichtlichen Sachverständigen ermittelt wurden.

## IV. Die rechtzeitige Feststellung der beweisheblichen Tatsachen

Durch das gerichtliche selbstständige Beweisverfahren kann eine frühzeitige beweiskräftige Tatsachenfeststellung erfolgen. In seiner forensischen Praxis musste der Verfasser immer wieder feststellen, dass gerichtliche Sachverständige in einem späteren Erkenntnisverfahren viel zu spät Kontakt zur begutachtenden Person erhalten. Dies zu einem Zeitpunkt, zu dem der Unfall dann bereits Jahre zurückliegt. Gestützt auf die im Prozess vorgelegten Arztberichte wird dann eine „Kaffeersatz-Leserei“ dergestalt betrieben, dass auf Aufforderung des Gerichts für einzelne Tat- bzw. Zeiträume eine MdE ermittelt werden soll. Die Erfahrung lehrt, dass selbst schwer Verletzte mit zunehmendem Zeitablauf lernen, mit ihrer Verletzung zu leben. Dies kann aber nicht im Sinne der Unfallgeschädigten sein, wenn eine beweiskräftige Feststellung ihres Zustandes auf einen späten Zeitpunkt verlegt wird. Es ist taktisch viel klüger, hier bereits im ersten Jahr nach dem Schadenereignis zu einer Begutachtung zu gelangen, die dann naturgemäß auch sämtliche Beschwerden des zu Begutachtenden dokumentiert. Es wird dem Versicherer dann auch regelmäßig der Einwand genommen, dass der vom Sachverständigen festgestellte Zustand auf spätere weitere Verletzungen – unfallunabhängig – zurückzuführen seien, wie man dies in der Praxis immer wieder erlebt. Es soll an dieser Stelle nicht geleugnet werden, dass das selbstständige Beweisverfahren sich gelegentlich ebenfalls zwei bis drei Jahre hinzieht. Insoweit besteht aber keinerlei Unterschied zu einem oft erst Jahre später anhängig gemachten gerichtlichen Erkenntnisverfahren. Auch hier werden durch immer wieder neue Fragestellungen durch die Beklagtenseite oder auch durch die Klägerseite entsprechende Nachbegutachtungen bzw. ergänzende Stellungnahmen des Sachverständigen erforderlich. Auch hier erfolgt häufig eine Erläuterung des Sachverständigengutachtens in einem anberaumten Termin. Der entscheidende Unterschied liegt indes darin, dass diese beweiskräftige Feststellung sehr zeitnah nach einem schweren Unfallereignis „auf den Weg gebracht“ werden kann. Hierbei wird der sachbearbeitende Rechtsanwalt immer entscheiden

<sup>58</sup> BGH, Beschl. v. 8.10.2021 – VIII ZB 61/12, NJW 2013, 3586, 3587.

<sup>59</sup> Vgl. BGH, a.a.O., 3587.

<sup>60</sup> Vgl. BGH, Urt. v. 10.10.2017 – VI ZR 520/16.

<sup>61</sup> Vgl. *Werner/Pastor*, Der Bauprozess, 14. Aufl. Rn 140; *Motzer*, MüKo ZPO, Rn 8 zu § 119 ZPO und Rn 25 zu § 114 ZPO.

<sup>62</sup> Vgl. OLG Hamm, Beschl. v. 15.12.2004 – 17 W 43/04, BauR 2005, 1360, 1361; LG Dortmund, Urt. v. 31.3.1999 – 11 T 18/99, NJW-RR 2000, 516; OLG Hamm, Beschl. v. 25.10.1999 – 5 WF 354/99, FamRZ 2000, 1023.

<sup>63</sup> Vgl. *Pastor* in *Werner/Pastor*, Der Bauprozess, 14. Aufl., Rn 140.



müssen, ob er ein reines Privatgutachten in Auftrag gibt oder aber ob er den Weg des selbstständigen gerichtlichen Beweisverfahrens beschreitet.<sup>64</sup>

## L. Ausblick

Nachdem die Grundlagen des selbstständigen Beweisverfahrens verdeutlicht wurden, werden im zweiten Teil des Aufsatz-

zes die vielfältigen Einsatzbereiche dargestellt. Dies jeweils mit Musterbeispielen im Sach- und Personenschadenrecht aber auch im Versicherungsrecht. Hier sowohl im Sachversicherungsrecht wie auch im Bereich des Personenversicherungsrechts.

<sup>64</sup> Vgl. *Becker*, Die Einholung von Sachverständigengutachten in der außergerichtlichen Personenunfallschadenregulierung, ZFS 2017, 427 ff.

## Rechtsprechung

### Haftungsrecht

#### Zum Begriff der Primärverletzung

— BGB § 823 Abs. 1, StVG § 7 Abs. 1, § 11

Der Begriff der Primärverletzung bezeichnet die für die Erfüllung der Haftungstatbestände des § 823 Abs. 1 BGB und des § 7 Abs. 1 StVG erforderliche Rechtsgutsverletzung. Er enthält kein kausalitätsbezogenes Element.

BGH, Urt. v. 26.7.2022 – VI ZR 58/21

[1] Die Klägerin nimmt den Beklagten auf Zahlung von Schmerzensgeld aufgrund eines Verkehrsunfalls in Anspruch.

[2] Am 23.11.2015 fuhr der Versicherungsnehmer des beklagten Haftpflichtversicherers von hinten auf das wegen eines Rückstaus an einer Kreuzung stehende Fahrzeug der Klägerin, in dem diese als Fahrerin saß, auf. Durch den Anstoß wurden unter anderem der Stoßfänger am Pkw der Klägerin hinten durchstoßen und die Schalldämpferanlage aus der Halterung gerissen. Die Airbags im Fahrzeug der Klägerin öffneten sich nicht. Bis zu diesem Tag war die Klägerin noch nicht bei einem Unfall verletzt worden. Eine Freundin von ihr war indes bei einem Verkehrsunfall verstorben. Darüber hinaus war die Klägerin Ersthelferin bei einem Verkehrsunfall gewesen, bei dem zwei Menschen verstorben sind.

[3] Die Klägerin behauptet, sie sei bei dem Unfall körperlich verletzt worden. Unmittelbar nach dem Unfall habe sie unter Kopfschmerzen gelitten. Später am Abend sei ihr übel geworden und sie habe sich übergeben. Sie habe sich daraufhin in das Evangelische Krankenhaus B. begeben, wo sie geröntgt worden sei. Im Anschluss sei eine HWS-Distorsion 2. Grades diagnostiziert worden. Ihre Nackenmuskulatur habe sich verhärtet gezeigt. Sie sei sodann zunächst bis zum 26.11.2015 krankgeschrieben worden. In dieser Zeit habe sie unter einer schmerzhaften Bewegungseinschränkung der Halswirbelsäule sowie starken Kopf- und Nackenschmerzen, die in den Rücken ausgestrahlt hätten, gelitten. Wegen anhaltender starker Kopf- und Nackenschmerzen sei sie am 30.11.2015 erneut krankgeschrieben worden und ihr seien Ibuprofen 600 mg zur Schmerzlinderung und Tizanidin zur Auflösung von Muskelverspannungen verordnet worden. Weiterhin seien ihr physiotherapeutische Behandlungen verordnet worden. Bis heute leide sie immer wieder an Nacken- und Kopfschmerzen. Bis zu dem Unfall sei sie beschwerdefrei gewesen. Die Klägerin ist der Auffassung, ihr stehe deshalb ein Schmerzensgeld von 750 EUR gegen den Beklagten zu.

[4] Das Amtsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landgericht hat die Berufung der Klägerin zurückgewiesen. Mit der vom Landgericht zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihr Klagebegehren weiter.

**Aus den Gründen:** [5] I. Nach Auffassung des Berufungsgerichts steht der Klägerin ein Schadensersatzanspruch gegen den Beklagten nicht zu. Zwar stehe zur Überzeugung der Kammer fest, dass bei der Klägerin nach dem Unfallgeschehen Beschwerden und sichtbare Befunde vorgelegen hätten, die die Diagnose einer HWS-Distorsion 2. Grades rechtfertigten, und die Klägerin unter Kopf- und Nackenschmerzen gelitten habe. Eine HWS-Distorsion 2. Grades sei durch Beschwerden inklusive sichtbarer Befunde gekennzeichnet. Vorliegend seien bei der Klägerin ein Muskelhartspann und eine Steilstellung der Halswirbelsäule als sichtbare Befunde einer HWS-Distorsion feststellbar gewesen. Damit vereinbar seien auch die durch die Klägerin beschriebenen Kopf- und Nackenschmerzen, da insbesondere Verspannungen häufig mit einer Schmerzentwicklung einhergingen. Die Kammer habe aber Zweifel daran, dass die die Diagnose einer HWS-Distorsion rechtfertigenden sichtbaren Befunde bei der Klägerin eine Primärverletzung, verursacht durch einen Verkehrsunfall mit einer allein bewiesenen kollisionsbedingten Geschwindigkeitsveränderung von 4 km/h und einer kollisionsbedingten mittleren Beschleunigung von etwa 11 m/s<sup>2</sup> darstellten. Die Sachverständige habe angegeben, es sei sehr unwahrscheinlich, dass eine Verletzungsmöglichkeit für die Halswirbelsäule der Klägerin bestanden habe. Es lägen keine Anhaltspunkte für vorbestehende Beschwerden der Halswirbelsäule der Klägerin vor. Auch der Untersuchungsbefund der Klägerin sei im Wesentlichen unauffällig, so dass von einer normalen Belastbarkeit ihrer Halswirbelsäule auszugehen sei. Hinsichtlich der individuellen Unfallsituation ergäben sich ebenfalls keine Besonderheiten. Die Klägerin habe als angeschnallte Fahrerin im stehenden Fahrzeug nach vorne schauend einen Auffahrunfall erlitten. Ihr Körper sei nirgendwo im Fahrzeug angestoßen. Weder die Feststellung eines Muskelhartspanns noch einer Steilstellung der Halswirbelsäule seien verletzungsspezifisch. Sie träten auch bei unfallunabhängigen Beschwerdebildern auf.

[6] Auch eine andere unfallbedingte Primärverletzung der Klägerin könne die Kammer nicht feststellen. Die Auffassung des Bundesgerichtshofs im Urt. v. 23.6.2020 (VI ZR 435/19),