

Selbständiges Beweisverfahren: Stellungnahme zum Gutachten unterliegt dem Anwaltszwang!

In vor dem Landgericht geführten selbständigen Beweisverfahren unterfallen die Stellungnahme zum erhaltenen Gutachten und auch der Antrag auf Sachverständigenanhörung dem Anwaltszwang.

OLG Köln, Beschluss vom 30.04.2014 – 17 W 95/14, Volltext: IBRRS 2014, 1711
ZPO §§ 78, 411 Abs. 4, § 486 Abs. 4

Problem/Sachverhalt

In diesem vor dem Landgericht (LG) laufenden selbständigen Beweisverfahren lässt sich der Antragsgegner (Agg) nicht anwaltlich vertreten. Er überreicht dem LG eine selbstgefertigte Streitverkündung, die das LG dem bezeichneten Dritten zustellt und zu der es dem Agg mitteilt, dass im Übrigen in dieser Sache Anwaltszwang gelte. Später übersendet das LG dem Agg das eingegangene Gutachten in Abschrift und setzt mit Beschluss eine Frist zur Stellungnahme. Mit hierauf beschränkter anwaltlicher Vertretung bringt der Agg die sofortige Beschwerde; er will Klärung, ob die Stellungnahme anwaltlicher Vertretung bedarf.

Entscheidung

Das OLG weist die sofortige Beschwerde zurück! Dem Beschluss des BGH, IBR 2012, 555, ist zu entnehmen, dass die **Parteien des selbständigen Beweisverfahrens sich grundsätzlich anwaltlich vertreten lassen müssen**; von diesem Vertretungszwang sind gemäß §§ 78, 486 Abs. 4 ZPO bloß die einleitenden Anträge ausgenommen.

Praxishinweis

In der vom OLG hier herangezogenen Entscheidung befasste sich der BGH in erster Linie mit der Frage, ob die Beitrittserklärung eines Nebenintervenienten dem Anwaltszwang unterfällt. Er hat diese Frage verneint: Nach dem Sinn und Zweck der § 78 Abs. 1 Satz 1, § 486 Abs. 4 ZPO ist es nicht gerechtfertigt, den Nebenintervenienten in Bezug auf formale Anforderungen im selbständigen Beweisverfahren anders zu behandeln als die Partei, die klar ohne anwaltliche Vertretung ein selbständiges Beweisverfahren einleiten darf. Der BGH hat sich nicht detailliert dazu geäußert, inwieweit in vor dem LG geführten Beweisverfahren ansonsten die Anwendung des § 486 Abs. 4 ZPO – gegebenenfalls analog – in Be-

tracht kommt. In zweiter Linie hat der BGH in dieser Entscheidung aber klar zum Ausdruck gebracht, dass **weder die historische noch die teleologische Auslegung des § 486 Abs. 4 ZPO es grundsätzlich zulassen, sämtliche Handlungen des selbständigen Beweisverfahrens vom Anwaltszwang auszunehmen**. Insbesondere in der Literatur herrscht noch keine Einigkeit über den Umfang des Vertretungszwangs: Sturmberg, Die Beweissicherung in der anwaltlichen Praxis, Stand 04.06.2014, A.II.2., verneint den Anwaltszwang für das Begehren auf Fristverlängerung zur Stellungnahme zum Gutachten; ob daraus auf seine Auffassung geschlossen werden soll, dass auch die Stellungnahme selbst nicht vertretungsnotwendig ist, bleibt offen. Seibel, Selbständiges Beweisverfahren, 2013, § 486 Rz. 53, „interpretiert“ die vorgenannte BGH-Entscheidung dahin, dass die Stellungnahme zum Gutachten bzw. der Antrag auf schriftliche Gutachtenergänzung dem Anwaltszwang unterliegen. Bei ausdrücklicher Aufgabe des eigenen früheren Standpunkts folgt dem das OLG, das indes zur Klärung die Rechtsbeschwerde zugelassen hat, die dann allerdings nicht gekommen ist. Nach meiner Meinung erscheint es gerechtfertigt, § 486 Abs. 4 ZPO als Sondervorschrift zu werten, also **vom Fall der Antragstellung abgesehen keine Ausnahmen beim Anwaltszwang zuzulassen**. Im Übrigen gilt doch dies: Das selbständige Beweisverfahren birgt selbst für erfahrene Juristen diverse Tücken und Fallen; jeder Partei kann nur dringend angeraten werden, insgesamt nicht ohne Anwalt bei Gericht aufzulaufen.

VorsRiLG a. D. Prof. Jürgen Ulrich, Dortmund

ibr-online-Links:

IBR 2012, 555: BGH – Selbständiges Beweisverfahren: Inwieweit ist es vom Anwaltszwang befreit?

IBR 2012, 554: BGH – Selbständiges Beweisverfahren: Kein Anwaltszwang für die Streitbeitrittserklärung!

IBR 2012, 366: OLG Koblenz – Selbständiges Beweisverfahren: Beitritt unterliegt dem Anwaltszwang!

Auslagenvorschuss wird im selbständigen Beweisverfahren nicht gezahlt: Rechtsfolge?

Zahlt der Antragsteller des selbständigen Beweisverfahrens nicht den für den Sachverständigen erforderlichen Vorschuss, endet dieses Verfahren. Der Antragsgegner kann dann nur nach § 494a ZPO vorgehen.

OLG Köln, Beschluss vom 03.09.2014 – 16 W 37/13, Volltext: IBRRS 2014, 2619

ZPO § 269 Abs. 3, § 379 Satz 2, § 494a

Problem/Sachverhalt

Seit 2007 führen die Antragsteller (ASt) das selbständige Beweisverfahren. In 2011 nahm die ASt zu 1) per bisher noch nicht entschiedener Klage den Antragsgegner (Agg) zu 1) aus abgetretenem Recht der ASt zu 2) wegen behaupteter Mängel, die auch Gegenstand dieses Beweisverfahrens sind, in Anspruch. Der im Beweisverfahren nun noch mit der Begutachtung der Baukonstruktion beauftragte Sachverständige (S) teilt schriftlich mit, dass der für ihn gezahlte Vorschuss nicht ausreicht. Das Gericht übersendet dieses Schreiben den ASt und bittet bei Fristsetzung um Bekanntgabe, ob und wann das weitere Geld fließt. Nachdem keine Reaktion kommt, beantragen die Agg Kostenentscheidung zu Lasten der ASt, hilfsweise Setzen der Frist zur Klageerhebung. Danach wird über das Vermögen der ASt zu 1) das Insolvenzverfahren eröffnet. Mit dem angefochtenen Beschluss belegt das Landgericht nun die ASt zu 2) mit der Hälfte der Kosten.

Entscheidung

Auf die Beschwerde kassiert das OLG diese Entscheidung und weist auch den Antrag auf Fristsetzung zurück! Das OLG stellt die divergierenden Auffassungen zur Frage vor, ob die Nichteinzahlung des Vorschusses zur analogen Anwendung von § 269 Abs. 3, 4 ZPO führe; es verweist dazu insbesondere auf die von Seibel in seinem *ibr-online*-Kommentar gelieferte umfassende Darstellung. Das OLG sieht keine für die Analogie des § 269 ZPO erforderliche planwidrige Regelungslücke: Der **Nichtzahlung des Vorschusses** kann ein der **Antragsrücknahme gleichkommender Erklärungswert nicht beigemessen** werden. Mit Bezug auf BGH, IBR 2004, 111, verweist das OLG darauf, dass die Antragstellerinsolvenz für das Beweisverfahren ohne Bedeutung ist. Betreffend die Kosten des aufgrund der Nichtzahlung des Sachverständigenvorschusses beendeten Beweisverfahrens eröffnet sich

allein der **Weg des § 494a ZPO**; weil hier aber ein den Gegenstand des selbständigen Beweisverfahrens jedenfalls teilweise deckendes Hauptsacheverfahren bereits läuft, scheidet die Fristsetzung aus.

Praxishinweis

Das OLG liefert hier einen feinen Parcours-Ritt durch die (Un-)Tiefen des selbständigen Beweisverfahrens: Dieses sog. „Eilverfahren“ läuft seit 2007 in vielfältiger Besetzung, teils aus abgetretenem Recht wird mindestens ein Hauptsacheverfahren beige-steuert; ein Beteiligter fällt in Insolvenz; schließlich fehlt es an dem für den letzten Sachverständigen erforderlichen Geld. Überzeugend wird begründet, dass die **Nicht-Nachzahlung zum Tod des Beweisverfahrens führt**; so wird auch der von einigen vertretenen Meinung, dass ein mangels Vorschussleistung dahinschlummerndes Beweisverfahren durch Nachzahlung jederzeit wiederbelebt werden könne, eine Abfuhr erteilt. Weil streitig ist, ob dann die „Kostenbeerdigung“ über den kurzen Weg des § 269 ZPO oder über den vom OLG goutierten langen Weg des § 494a ZPO stattzufinden hat, lässt das OLG die Rechtsbeschwerde zu. Gelangt man zur Beendigung des selbständigen Beweisverfahrens, wird ein anderes Problem virulent: Wann genau tritt denn dieses Ende ein? Die Klärung des exakten Todeszeitpunkts ist unter anderem für den Schluss der Verjährungshemmung bedeutsam! Meines Erachtens wäre eine höchstrichterliche Segelanleitung zur Beantwortung dieser pathologischen Frage sachdienlich, wenn es schon nicht zur vielfach angemahnten totalen Gesetzesrenovierung der §§ 485 ff ZPO kommt.

VorsRiLG a. D. Prof. Jürgen Ulrich, Dortmund

ibr-online-Link:

IBR 2011, 1336 (nur online): LG Kiel – Beendigung des Beweisverfahrens bei fehlender Vorschusszahlung!

Sechs Monate für Einwendungen sind nicht mehr angemessen!

Das selbständige Beweisverfahren endet mit dem Zugang des (ergänzenden) Sachverständigengutachtens bei den Parteien, wenn das Gericht keine Frist zur Stellungnahme setzt und die Parteien nicht innerhalb eines angemessenen Zeitraums nach Erhalt des Gutachtens Einwendungen dagegen oder das Gutachten betreffende Anträge oder Ergänzungsfragen mitteilen. Ein Zeitraum von knapp sechs Monaten ist jedenfalls nicht mehr angemessen.

OLG Nürnberg, Beschluss vom 18.03.2014 – 13 U 1764/12 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgenommen), Volltext: IBRRS 2014, 2934

BGB § 477; ZPO §§ 411, 485

Problem/Sachverhalt

In einem selbständigen Beweisverfahren wurde das schriftliche Gutachten des Sachverständigen dem Antragsteller am 28.05.2010 zugestellt. Am 26.11.2010 beantragte der Antragsteller die neuerliche Durchführung eines Blower-Door-Tests. Danach erklärte das Gericht, dass das Beweisverfahren bereits beendet sei, und ließ den ergänzenden Beweisantrag nicht zu.

Entscheidung

Das Berufungsgericht hat entschieden, dass der hier gegebene **Zeitraum zwischen Zugang des Ergänzungsgutachtens und Antrag auf weitere Ergänzung** nach der Rechtsprechung des BGH **nicht mehr angemessen** und deshalb von einer **Beendigung des selbständigen Beweisverfahrens auszugehen** sei.

Praxishinweis

Die Entscheidung gibt Anlass, sich mit Blick auf die Wirkung der Verjährungshemmung des Beweisverfahrens folgende Grundsätze zu vergegenwärtigen:

1. Eine förmliche Beendigung des selbständigen Beweisverfahrens ist im Gesetz nicht vorgesehen. Nach § 411 Abs. 4 ZPO ist das Beweisverfahren mit seiner **sachlichen Erledigung** beendet. Mit der Übersendung des Gutachtens an die Parteien ist das selbständige Beweisverfahren erledigt, sofern weder das Gericht in Ausübung des ihm nach § 411 Abs. 4 Satz 2 ZPO eingeräumten Ermessens eine Frist gesetzt hat, noch die Parteien dem Gericht nach Erhalt des Gutachtens innerhalb eines angemessenen Zeitraums Einwendungen dagegen oder das Gutachten betref-

fende Anträge oder Ergänzungsfragen mitteilen (vgl. BGH, IBR 2002, 340). Die Angemessenheit der Frist beurteilt sich nach dem Umfang, dem Schwierigkeitsgrad des Gutachtens und beispielsweise danach, ob die betroffene Partei sachverständige Hilfe in Anspruch nehmen muss.

2. Der BGH hat zur Angemessenheit des Zeitraums festgestellt, sechs Wochen seien zu lang (BGH, IBR 2011, 58). Daher sollte der Anwalt nach Eingang des entsprechenden gerichtlichen Hinweises unverzüglich reagieren und weitere Anträge (insbesondere auf mündliche Gutachtenerläuterung) stellen.

3. Die vom Gericht gemäß § 411 Abs. 4 ZPO gesetzte Frist zur Stellungnahme zum übersandten Gutachten hat nur dann Beendigungswirkung, wenn die Fristsetzung ordnungsgemäß zugestellt worden ist und die Partei auch auf die Folgen einer Nichtbeachtung der Frist ordnungsgemäß hingewiesen worden ist (vgl. OLG Celle, IBR 2009, 302).

4. Bei einer mündlichen Anhörung des Sachverständigen ist das selbständige Beweisverfahren bereits nach der mündlichen Anhörung und nach dem Verlesen des Sitzungsprotokolls beendet (BGH, IBR 2009, 363).

5. Die Frage der Beendigung des selbständigen Beweisverfahrens ist für jeden Mangel gesondert zu prüfen. Wird es zu einem bestimmten Mängelpunkt oder Mängelkomplex – etwa durch ergänzende Fragen – fortgesetzt, führt es nicht zu einer Hemmung anderer Mängel, auch wenn diese insgesamt Gegenstand des Verfahrens sind bzw. waren (OLG Hamm, IBR 2009, 188; LG München II, IBR 2013, 1039 – nur online).

*RA und FA für Bau- und Architektenrecht
Dr. Andreas Helm, München*

Streitwert im selbständigen Beweisverfahren?

1. Für die Bemessung des Streitwerts des selbständigen Beweisverfahrens ist der vom Antragsteller bei Verfahrenseinleitung geschätzte Wert weder bindend noch maßgeblich; das Gericht hat vielmehr nach Einholung des Gutachtens den „richtigen“ Hauptsachewert, bezogen auf den Zeitpunkt der Verfahrenseinleitung und das Interesse des Antragstellers, festzusetzen (im Anschluss an BGH, Beschluss vom 16.09.2004 – III ZB 33/04, IBRRS 2004, 3120).*)
2. Die Wertfestsetzung durch das Gericht kann die eigene Bemessung des Interesses durch den Antragsteller unterschreiten.
3. Das Interesse im Rechtssinn wird auch nicht durch mögliche Zahlungen des Antragsgegners auf Mängelbeseitigungskosten beeinflusst.

OLG Celle, Beschluss vom 02.09.2014 – 4 W 127/14, Volltext: IBRRS 2014, 2541

ZPO § 485

Problem/Sachverhalt

Der Antragsteller (ASt) hat den Wert seines Antrags mit 13.500 Euro angegeben. Nicht berücksichtigt sind darin Zahlungen des Haftpflichtversicherers des Antragsgegners (Agg) von 3.000 Euro vor Einleitung des selbständigen Beweisverfahrens. Der gerichtliche Sachverständige bestätigt voraussichtliche Mängelbeseitigungskosten in Höhe von brutto 1.650 Euro. In der Wertfestsetzung zur Eingangsinstanz (bis zu 500 Euro) wird die Zahlung des Agg bzw. des Haftpflichtversicherers berücksichtigt. Der Agg verlangt, den Streitwert auf 13.500 Euro entsprechend den Angaben in der Antragschrift festzusetzen, weil dieser Wert den Wertvorstellungen des ASt bei Verfahrenseinleitung entspreche.

Entscheidung

Das OLG Celle korrigiert den Streitwert auf den Betrag der sachverständigen Feststellung, also 1.650 Euro, als den „richtigen“ Hauptsachewert. Die Wertfeststellung des ASt zum Zeitpunkt der Verfahrenseinleitung habe sich im Nachhinein als objektiv unrichtig herausgestellt, sei deshalb nicht bindend. Das OLG korrigiert gleichzeitig die Argumentation der Eingangsinstanz, wonach das selbständige Beweisverfahren im konkreten Fall keinen eigenständigen Wert besitze, weil die Feststellungen des Sachverständigen in einem späteren Hauptsacheverfahren nicht verwendet werden könnten. Denn die ermittelten Mängelbeseitigungskosten unterschritten bereits den seitens der Agg gezahlten Entschädigungsbetrag. Das OLG klärt dahingehend, dass es für

alle Fallkonstellationen dabei bleiben müsse, dass für die Wertfestsetzung allein die vom Sachverständigen ermittelte Höhe der Mängelbeseitigungskosten maßgeblich sei, wenn dieser dem Grunde nach alle streitgegenständlichen Mängel bestätige.

Praxishinweis

Das Bemühen von Antragsgegnern oder auch Streit Helfern des Antragsgegners, den Antragsteller auf Wertangaben in der Antragschrift „festzunageln“, bleibt regelmäßig ohne Erfolg. Werden alle streitgegenständlichen Mängel vom Sachverständigen bestätigt, kommt auch seine Bewertung maßgeblich für die Streitwertfestsetzung zum Tragen. Anderslautende Bewertungen des Antragstellers berühren die Bemessung des „Interesses“ bei Verfahrenseinleitung nicht, selbst Zahlungen auf Mängelbeseitigungskosten nicht. Es ist daher sinnvoll, bei Verfahrenseinleitung als Antragsteller keinen bestimmten Wertansatz, sondern lediglich das Erreichen des Zuständigkeitsstreitwerts mitzuteilen. Schwieriger wird die Bemessung des „Interesses“ dann, wenn Mängel vom Sachverständigen nicht bestätigt werden, denn dann muss ein fiktiver Wert angesetzt werden.

*RA und FA für Bau- und Architektenrecht
Georg Sturmberg, Köln*

ibr-online-Link:

IBR 2013, 1237 (nur online): OLG Köln – Streitwert des selbständigen Beweisverfahrens: Kosten der Mängelbeseitigung!