

# Inhaltsübersicht

Vorwort .....	V
Inhaltsverzeichnis .....	IX
Abkürzungsverzeichnis .....	XVII

## Teil 1 Das selbständige Beweisverfahren nach ZPO

A. Grundsätzliches und Gerichtsstandsfragen .....	1
B. Anwalt und Anwaltszwang im selbständigen Beweisverfahren .....	3
C. Zulässigkeit des Antrags und weiterer Ablauf .....	9
D. Die Mittel des Antragsgegners .....	85
E. Streitverkündungen und ihre praktische Handhabung .....	96
F. Streitwert, Kosten und Kostentitel .....	119
G. Hemmung der Verjährung – Voraussetzungen und Umfang .....	134
H. Gefahr der Präklusion im späteren Hauptsachestreit .....	145
I. Zession im und nach einem laufenden Verfahren .....	147
J. Mängelbeseitigung im laufenden Verfahren .....	148
K. Duldung der Begutachtung durch unbeteiligte Dritte .....	150
L. Verfahrensdauer .....	152
M. Prozesskostenhilfe .....	160
N. Rechtsmittel und –behelfe im Beweisverfahren .....	161
O. Selbständiges Beweisverfahren trotz Schiedsgerichtsvereinbarung .....	166
P. Mustertexte für das selbständige Beweisverfahren .....	168

## Teil 2 Die „private“ Beweissicherung

A. Bedeutung des Privatgutachtens im Zivilprozess .....	177
B. Anforderungen an ein Privatgutachten/Herausgabe des Gutachtens an den Besteller .....	181
C. Vorlage des Gutachtens oder inhaltliche Übernahme/Privatgutachter als sachverständiger Zeuge .....	181
D. Fragen zu einer Kostenerstattung .....	184
E. Haftung des Privatsachverständigen .....	189

## Teil 3 Das Schiedsgutachten als weitere Alternative der außergerichtlichen Beweissicherung

A. Leistungsbestimmung durch Dritten .....	191
B. Merkmale des Schiedsgutachtenverfahrens .....	192
C. Keine absolute Bindungswirkung der Schiedsbegutachtung/Offenbare Unrichtigkeit .....	193
D. Das Verfahren bis zur Vorlage der endgültigen Schiedsbegutachtung .....	195
E. Sperrwirkung des Schiedsgutachtenverfahrens .....	203
F. Einvernehmliche Abstandnahme von der Schiedsgutachtenabrede .....	206

Sachregister .....	207
--------------------	-----

# Inhaltsverzeichnis

Vorwort .....	V
Inhaltsübersicht .....	VII
Abkürzungsverzeichnis .....	XVII

## Teil 1 Das selbständige Beweisverfahren nach ZPO

A. Grundsätzliches und Gerichtsstandsfragen .....	1
I. Allgemeine Fragestellungen vor Einleitung eines selbständigen Beweisverfahrens .....	1
II. Gerichtsstandsfragen .....	2
B. Anwalt und Anwaltszwang im selbständigen Beweisverfahren .....	3
I. Anwalt und Versicherer .....	3
II. Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen .....	4
III. Anwaltszwang in Gesetz und Rechtsprechung .....	4
IV. Gebührenfragen .....	8
C. Zulässigkeit des Antrags und weiterer Ablauf .....	9
I. Keine Doppelanhängigkeit desselben Beweisthemas .....	9
1. Klage zur Hauptsache vor Beendigung des selbständigen Beweisverfahrens .....	9
2. Beweisthemas sind Gegenstand einer anderweitigen Mängelrede ....	10
3. Zessionar macht zu gleichen Tatsachen neues Verfahren .....	10
4. Hauptsacheklage ist erhoben/Ergänzungsfragen zum Gutachten? .....	10
II. Zu den gesetzlich zugelassenen Formen der Beweissicherung .....	11
1. Beweissicherung in Eilfällen oder mit Zustimmung des Gegners .....	11
a) Mit Zustimmung des Gegners .....	11
b) Besorgnis des Beweisverlusts .....	11
c) Erschwerte Benutzung des Beweismittels .....	12
2. Beweissicherung zwecks Vermeidung eines Rechtsstreites (§ 485 Abs. 2 ZPO) – Zustand/Ursache/Aufwand .....	12
3. Neue Begutachtung (§ 412 ZPO) .....	19
4. Keine Rechtsfragen an den (technischen) Sachverständigen .....	20
5. Selbständiges Beweisverfahren zwischen Wohnungseigentümern .....	21
III. Entscheidung über den Antrag .....	21
1. Minimale Substantiierung erforderlich .....	21
2. Der „normale“ Antrag ohne die Vorlage von Dokumenten Dritter .....	22
3. Vorlagepflicht von Urkunden oder sonstigen Unterlagen durch den Gegner oder Dritte, §§ 142 ff. ZPO .....	23
4. Vorschussanordnung und -zahlung .....	24
IV. Der Sachverständige im Verfahren .....	25
1. Altersgrenze des Sachverständigen/Auswahl und Beauftragung .....	26
a) Auswahl .....	27
b) Ernennung .....	27
2. Ausführung des Beweisbeschlusses durch den Sachverständigen .....	33
a) Vorprüfung durch den Sachverständigen .....	34
b) Termin(e) mit den Beteiligten .....	34
c) Parteiöffentlichkeit/Mögliche Beteiligte eines Ortstermins .....	35
d) Geheimhaltungsinteressen der Beteiligten .....	36
e) Die Gutachtenerstattung .....	36

f)	Gesetzliche Haftung des gerichtlichen Sachverständigen (§ 839a BGB) .....	38
g)	Hilfskräfte/weitere Sachverständige .....	40
3.	Die Ablehnung des Sachverständigen und der Gerichtspersonen .....	40
a)	Anwendbarkeit der allgemeinen Regeln über die Ablehnung von Gerichtspersonen .....	41
b)	Voraussetzungen des wirksamen Ablehnungsgesuchs .....	42
c)	Kostenentscheidung im Ablehnungsverfahren nur im Ausnahmefall .....	45
d)	Beispielsfälle abgelehnter oder bejahter Besorgnis der Befangenheit .....	46
e)	„Selbstreinigung“ durch den Sachverständigen .....	53
f)	Spätere Beweiswürdigung nach unzulässiger Ablehnung des Sachverständigen .....	53
g)	Befangenheitsantrag eines Streithelfers .....	53
4.	Verwertung des Gutachtens nach erfolgreicher Ablehnung .....	53
5.	Kosten der Sachverständigentätigkeit/Kostenhaftung/Kosten der Folgenbeseitigung .....	54
a)	Vorschüsse nach 379 ZPO .....	54
b)	Kostenhaftung bei Anträgen verschiedener Beteiligter .....	56
c)	Kostenhaftung bei erfolgreicher Sachverständigenablehnung .....	57
d)	Kosten einer notwendigen Folgenbeseitigung .....	57
6.	Die Vergütung des Sachverständigen .....	57
a)	Zeitaufwand .....	59
b)	Bestimmung des Stundensatzes .....	60
c)	Hilfskräfte .....	61
d)	Kopien aus der Akte/Fotos .....	62
e)	Herstellung des Gutachtentextes .....	62
f)	Aufwand für Ortstermin .....	62
g)	Sonstige Aufwendungen .....	62
h)	Gutachtenerläuterung .....	63
i)	Besondere Vergütung (§ 13 JVEG) .....	63
j)	Vorschussanspruch des Sachverständigen .....	64
k)	Umsatzsteuer .....	65
l)	Erlöschen des Anspruchs und Verjährung .....	65
m)	Versagung/Kürzung eines Vergütungsanspruchs .....	66
n)	Gerichtliche Festsetzung/Rechtsmittel des Sachverständigen .....	69
o)	Anhörungsrüge .....	70
p)	Erlass eines Rückforderungsanspruches durch den Justizfiskus .....	71
q)	Entziehung des Auftrags wegen Untätigkeit des Sachverständigen .....	72
7.	Pflicht zur Öffnung von Bauteilen/Untersuchungsschäden .....	72
8.	Erstellung einer Sanierungsplanung .....	75
9.	Das Anhörungs- und Gutachtenergänzungsrecht der Verfahrensbeteiligten .....	76
a)	Rechte der Beteiligten .....	77
b)	Frist für die Geltendmachung von Anhörungs- und Gutachtenergänzungsrechten .....	79
c)	Ausschluss und Grenzen von Gutachtenergänzungs- und Anhörungsrechten .....	81
d)	Anhörung als Voraussetzung der Haftung des gerichtlichen Sachverständigen .....	82
10.	Zeugenvernehmung nach Gutachtenerstattung .....	82

V. Das Gutachten eines gerichtlichen Sachverständigen im Hauptsacheverfahren (§ 493 ZPO) .....	83
1. Das Gutachten im „normalen“ Zivilprozess .....	83
2. Das Gutachten im Urkundsprozess .....	84
VI. Ausdehnung des Verfahrens auf weitere Antragsgegner .....	84
D. Die Mittel des Antragsgegners .....	85
I. Einwendungen im Rahmen des rechtlichen Gehörs zum Antrag .....	85
II. Gegenanträge mit dem Ziel der verbundenen Beweiserhebung .....	86
III. Beschränkung des Beweisthemas im Fall der einvernehmlichen Beweissicherung .....	89
IV. Einwendungen gegen den stattgebenden Beschluss gem. § 490 Abs. 2 Satz 1 ZPO .....	90
V. Erhebung einer negativen Feststellungsklage .....	90
VI. Antrag auf Anordnung einer Klagefrist (§ 494a Abs. 1 ZPO) .....	90
1. Wer kann Antragsteller sein? .....	91
2. Antragsfrist und -fassung .....	91
3. Zulässigkeit des Antrages .....	92
4. Vorbereitung des Beschlusses .....	94
5. Rechte des Streithelfers im Rahmen von § 494a ZPO .....	95
E. Streitverkündungen und ihre praktische Handhabung .....	96
I. Strategien und Entscheidungen der Beteiligten vor Herausgabe einer Streitverkündung .....	98
1. Der Streitverkünder .....	98
2. Richtige Auswahl des Streitverkündungsempfängers/Keine Partei des Verfahrens .....	98
3. Keine Streithilfewirkung zu Lasten des Streitverkünder (=Hauptpartei) .....	99
4. Der Antragsteller will eine Streitverkündung aussprechen .....	99
a) Dritte als „zulässige“ Streitverkündungsempfänger .....	99
5. Der Antragsgegner will eine Streitverkündung aussprechen .....	103
a) Der (andere) Gesamtschuldner als tauglicher Streitverkündungsempfänger .....	103
6. Weitere Streitverkündungen durch den Streitverkündungsempfänger ...	103
II. Die Streitverkündung .....	104
1. Die Streitverkündungsschrift: Form, Inhalt und Zustellung .....	104
2. Streitverkündung mit Mangelbeseitigungsverlangen .....	105
3. Die Übernahme des vollen Verfahrensgegenstandes .....	106
4. Die inhaltliche Beschränkung der Streitverkündung .....	106
5. Die Ergänzung der Streitverkündung bei verändertem oder erweiterten Beweisthema .....	106
6. Zeitliche Grenze für die Streitverkündung .....	106
7. Außergerichtliche Vereinbarungen mit den Wirkungen einer Streitverkündung .....	107
8. Keine wechselseitigen Streitverkündungen .....	107
III. Die Mittel und die Entscheidungen der anderen Beteiligten nach erfolgter Streitverkündung .....	108
1. Der Streitverkündungsempfänger (der „Dritte“) .....	108
2. Akteneinsichtsrecht .....	108
3. Prüfung der Formalien .....	108
4. Prüfung der Zulässigkeit .....	108
5. Abwehr einer Streitverkündung .....	109

6. Entscheidung für den Beitritt .....	109
a) Beitritt nur auf Seiten einer Hauptpartei nur in diesem Verfahren ...	109
b) Beitritt auf Seiten der Hauptpartei entsprechend der Aufforderung des Streitverkünders .....	109
c) Beitritt auf Seiten des Gegners .....	110
d) Wechsel des Beitritts .....	111
e) Die Beitrittserklärung .....	112
f) Das rechtliche Interesse am Beitritt .....	112
g) Keine nachteiligen Wirkungen eines Beitritts für den Streithelfer und seine Rechte .....	113
h) Beitrittswunsch des Streitverkündungsempfängers aus Kosteninteresse .....	113
i) Zeitliche Grenze für Beitritt .....	114
j) Beitritt im selbständigen Beweisverfahren nicht automatisch Verfahrensbeteiligung im Hauptsachestreit .....	114
7. Entscheidung gegen den Beitritt .....	114
8. Der Streitverkündungsempfänger will eine weitere Streitverkündung aussprechen (§ 72 Abs. 3 ZPO) .....	115
9. Der weitere Streitverkündungsempfänger will eine Streitverkündung aussprechen .....	115
IV. Handlungsbedarf für Streitverkünder im Fall des Beitritts beim Gegner .....	115
V. Der Gegner des Streitverkünders und seine Entscheidungen .....	116
1. Streitverkündung/weitere Streitverkündung zulässig? .....	116
2. Prüfung des eigenen Rechtsverhältnisses zum Streitverkündungsempfänger .....	116
3. Handlungsbedarf im Falle des Beitritts auf Seiten des Streitverkünders .....	116
a) Antrag auf Zurückweisung .....	117
b) Prüfung eines Missbrauchs durch Streitbeitritt .....	117
4. Handlungsbedarf im Falle des Beitritts an seiner Seite .....	117
VI. Wirkungen einer Streitverkündung .....	117
1. Reichweite der Verjährungshemmung aufgrund Streitverkündung .....	117
2. Nebeninterventionsumfang der Streitverkündung .....	117
3. Wirksamkeit der Prozesshandlungen bis Zurückweisung des Beitritts ...	118
VII. Rücknahme der Streitverkündung .....	118
VIII. Entscheidungen im Zwischenstreit durch Beschluss .....	119
IX. „Rücktritt“ vom Beitritt .....	119
F. Streitwert, Kosten und Kostentitel .....	119
I. Bestimmung des Streitwerts .....	119
1. Zeitpunkt der Wertbestimmung .....	119
2. Hauptsacheinteresse als Maßstab .....	120
a) Das so genannte Interesse des Antragstellers an der Beweissicherung .....	121
b) Mehrere Antragsgegner .....	122
c) Streitwert der Streithilfe .....	122
d) Kein entgangener Gewinn als Streitwertbestandteil .....	123
3. Anfechtung der Streitwertfestsetzung .....	123
4. Abänderung des Streitwertbeschlusses von Amts wegen .....	124
II. Außergerichtliche Kosten .....	124
1. Kosten nach RVG .....	124
a) Die verschiedenen Gebührentatbestände .....	124
b) Anwaltswechsel .....	125

c) Kostenverteilung bei Vergleich .....	126
d) Erstattungsfähigkeit in einem Hauptsacheverfahren .....	126
e) Festsetzung der Gebühren .....	127
2. Kosten eines Privatgutachtens .....	127
III. Gerichtskosten .....	127
IV. Die Erlangung von Kostentiteln im Beweisverfahren als Ausnahme/Festsetzung nach Hauptsacheverfahren .....	128
1. Keine Anwendung des § 91a ZPO/Grundsatz der Kosteneinheit .....	128
2. Erster Ausnahmefall: § 269 ZPO .....	129
3. Zweiter Ausnahmefall: § 494a Abs. 2 ZPO .....	130
4. Dritter Ausnahmefall: § 91 ZPO entsprechend .....	131
5. Identität des Streitgegenstandes und der Parteirollen .....	132
6. Kostenverteilung bei Verwendung eines Gutachtens in mehreren Rechtsstreitigkeiten .....	132
V. Doppelnatur des Kostenerstattungsanspruchs: prozessrechtlich und materiell-rechtlich .....	133
VI. Kosten des selbständigen Beweisverfahrens bei Vergleich in der Hauptsache .....	134
G. Hemmung der Verjährung – Voraussetzungen und Umfang .....	134
I. Verjährungshemmung von Ansprüchen des Antragstellers .....	135
1. Notwendigkeit der Zustellung .....	135
2. Heilung von Zustellungsmängeln .....	135
3. Hemmung der Verjährung aufgrund von Fehlern des Gerichts .....	136
II. Ansprüche aus Mängelhaftung/Mängelrechteabwehr .....	136
III. Ansprüche aus Vergütung/Zahlungsansprüche .....	136
IV. Verjährungshemmung durch Streitverkündung nach der Schuldrechtsmodernisierung .....	137
V. Verjährungshemmung von Verfahren, die vor dem 1.1.2002 eingeleitet wurden .....	138
VI. Mehrere Mängel/mehrere Gutachten – Verjährung der Mängelhaftung .....	138
VII. Keine Verjährungshemmung durch Gegenanträge .....	140
VIII. Verjährungshemmung durch Verhandlungen .....	140
IX. Verzicht auf die Erhebung der Einrede der Verjährung .....	141
X. Verjährungsfragen bei Verbindung der Streitverkündung mit Mangelbeseitigungsverlangen .....	141
XI. Rechtsmissbrauch einer Verjährungseinrede? .....	142
XII. Abtretung und Verjährung .....	142
XIII. Beachtung der Parteirollen .....	143
XIV. Verfahrensende – Anknüpfungspunkt des Endes der Hemmung .....	143
H. Gefahr der Präklusion im späteren Hauptsachestreit .....	145
I. Zession im und nach einem laufenden Verfahren .....	147
J. Mängelbeseitigung im laufenden Verfahren .....	148
I. Beweisvereitelung? .....	148
II. Anpassung des Beweisantrags .....	149
III. Erledigung der Hauptsache? .....	149
IV. Antrag gemäß § 494a ZPO nach Mängelbeseitigung? .....	149
K. Duldung der Begutachtung durch unbeteiligte Dritte .....	150
L. Verfahrensdauer .....	152
I. Beginn .....	152
II. Ende .....	152

III. Verfahrensbeendigung in Abhängigkeit vom Beweismittel .....	155
1. Zeugenbeweis und Augenscheineinnahme .....	155
2. Sachverständigengutachten/Ablehnung des Sachverständigen .....	155
IV. Verfahrensbeendigung und Streitbeitritt des Dritten .....	157
V. Insolvenzbedingte Unterbrechung des Verfahrens .....	157
VI. Aussetzung wegen Vorgreiflichkeit (§ 148 ZPO) .....	158
VII. Ruhen des Verfahrens .....	158
VIII. Überlange Verfahrensdauer .....	159
M. Prozesskostenhilfe .....	160
N. Rechtsmittel und -behelfe im Beweisverfahren .....	161
O. Selbständiges Beweisverfahren trotz Schiedsgerichtsvereinbarung .....	166
P. Mustertexte für das selbständige Beweisverfahren .....	168
I. Antrag im selbständigen Beweisverfahren an das Gericht der Hauptsache während eines anhängigen Rechtsstreites (§ 485 Abs. 1, Alt. 1 ZPO) – Zeugenvernehmung – .....	168
II. (Anwalts-)Antrag im selbständigen Beweisverfahren an das Gericht der Hauptsache außerhalb eines anhängigen Rechtsstreites (§ 485 Abs. 2 ZPO) – Sachverständigengutachten zu Bauschäden – .....	169
III. Gegenantrag im selbständigen Beweisverfahren mit dem Ziel der verbundenen Beweiserhebung .....	171
IV. Ablehnung eines Sachverständigen wegen Besorgnis der Befangenheit (§§ 492, 406 ZPO) .....	172
V. Antrag auf mündliche Anhörung eines Sachverständigen nach Erstattung des Hauptgutachtens .....	173
VI. Streitverkündung einer verfahrensbeteiligten Hauptpartei .....	174
VII. Weitere Streitverkündung (§ 72 Abs. 2 ZPO) .....	175

### **Teil 2 Die „private“ Beweissicherung**

A. Bedeutung des Privatgutachtens im Zivilprozess .....	177
B. Anforderungen an ein Privatgutachten/Herausgabe des Gutachtens an den Besteller .....	181
C. Vorlage des Gutachtens oder inhaltliche Übernahme/Privatgutachter als sachverständiger Zeuge .....	181
I. Das Privatgutachten als (urkundlicher) Parteivortrag .....	181
II. Der Privatgutachter als sachverständiger Zeuge .....	183
D. Fragen zu einer Kostenerstattung .....	184
E. Haftung des Privatsachverständigen .....	189

### **Teil 3 Das Schiedsgutachten als weitere Alternative der außergerichtlichen Beweissicherung**

A. Leistungsbestimmung durch Dritten .....	191
B. Merkmale des Schiedsgutachtenverfahrens .....	192
C. Keine absolute Bindungswirkung der Schiedsbegutachtung/Offenbare Unrichtigkeit .....	193

D. Das Verfahren bis zur Vorlage der endgültigen Schiedsbegutachtung .....	195
I. Schiedsgutachtenvertrag .....	195
1. Individualvertragliche Schiedsgutachtenabrede .....	195
2. Vereinbarung in AGB .....	197
3. Grenzen und Folgen der rein bilateralen Vereinbarung .....	198
4. Sorgfalt in der Formulierung der Aufgabenstellung .....	199
5. Verweigerung der Mitwirkung durch einen Vertragsteil .....	199
II. Beteiligung Dritter am Verfahren .....	200
1. Beteiligung als Vertragspartei .....	200
2. Indirekte Beteiligung .....	200
3. Zustimmung eines Versicherers .....	200
III. Der Bestellsungsvertrag mit einem Sachverständigen .....	200
IV. Haftung des Schiedsgutachters .....	202
V. Ausschluss des Schiedsgutachters für eine spätere gerichtliche Beweissicherung .....	203
E. Sperrwirkung des Schiedsgutachtenverfahrens .....	203
I. Fälligkeitssperre .....	203
II. Verfahrenssperre für Beweissicherung und (verfrühte) Klage .....	204
F. Einvernehmliche Abstandnahme von der Schiedsgutachtenabrede .....	206
Sachregister .....	207