

setzen mündlichen Verhandlung unter Mitwirkung des abgelehnten Richters teilnimmt.⁶⁹⁹ Als **Ausnahme** dazu soll nur dann keine rügelose Einlassung vorliegen, wenn der Anwalt in einer solchen Konstellation ausschließlich deshalb weiterverhandelt, um Schaden von seinem Mandanten abzuwenden, beispielsweise zur Abwendung eines Versäumnisurteils⁷⁰⁰ oder um einer Entscheidung nach Aktenlage vorzubeugen.⁷⁰¹

Praxistipp:

279

Da es nach der letztgenannten Rechtsprechung darauf ankommt, dass diese Motivation für die Partei „erkennbar“ ist, ist anzuraten, dass der Prozessbevollmächtigte ausdrücklich zu Protokoll erklärt, dass er ausschließlich deshalb weiterverhandelt, um Schaden von seinen Mandanten abzuwenden und dass im Übrigen das Ablehnungsgesuch in vollem Umfange aufrecht erhalten wird. Allerdings muss sich bei diesem Vorschlag der Anwalt bereits durchgerungen haben, einen Befangenheitsantrag zu stellen. Er kann also nicht die Haltung einnehmen, einstweilen abzuwarten, ob es noch schlimmer kommen kann und Befangenheitsgründe gleichsam zu sammeln.

Kein Antrag im Sinne von § 43 ZPO ist nach richtiger Rechtsauffassung ein bloßer Formalantrag wie z.B. der Vertagungsantrag.⁷⁰² Gerade wenn der Unterbrechungs- oder Vertagungsantrag ausschließlich und expressis verbis zum Zwecke der Vorbereitung des Ablehnungsgesuchs gestellt wird, wäre es geradezu widersinnig, mit der Gegenauffassung dem Vertagungsantrag die Rechtsfolge des Verlustes des Ablehnungsrechts beizumessen; denn hierdurch würde im Ergebnis das Ablehnungsrecht für die Partei in unzumutbarer Weise beschränkt.⁷⁰³

280

Praxistipp:

281

Ergibt sich also der Ablehnungsgrund in der mündlichen Verhandlung oder in einem Erörterungstermin, besteht für den Ablehnenden der sicherste Weg darin, **sofort** Unterbrechung zum Zwecke der Vorbereitung eines Ablehnungsgesuchs zu beantragen, dieses sodann zu fertigen und umgehend zu stellen. Allerdings muss der Antrag auf Unterbrechung oder Vertagung motiviert werden. Geschickt ist es, nur vorzutragen man müsse kurzfristig mit dem anwesenden Mandanten über den derzeitigen Stand des Verfahrens beraten. Der nähere Grund muss nicht angegeben werden.

bb) Rechtsbehelfe im Ablehnungsverfahren, insbesondere § 146 Abs. 2 VwGO. Für den Praktiker stellt sich sodann die Frage, wie bei einer Ablehnung des Befangenheitsgesuchs weiter zu verfahren ist. Die Entscheidung über das Ablehnungsgesuch ergeht durch (gesonderten) **Beschluss** (§ 54 Abs. 1 VwGO i. V.m. § 46 Abs. 2 ZPO). Ist dieser Beschluss isoliert angreifbar oder nur incidenter zusammen mit der Endentscheidung? Zwar verweist § 54 Abs. 1 VwGO – irreführender Weise – entsprechend auch auf § 46 Abs. 2 ZPO, wonach gegen den Beschluss, durch den das Gesuch für unbegründet erklärt wird, an sich die sofortige Beschwerde stattfindet.

282

⁶⁹⁹ BFH, Beschl. v. 24.4.2002 – I B 134/01 –, Ls.

⁷⁰⁰ KG, Beschl. v. 16.6.1975 – 11 W 613/75 – = NJW 1975, 1842.

⁷⁰¹ OLG Köln, Beschl. v. 26.4.1993 – 12 W 17/93 –, Ls. 2 = VersR 1993, 1550.

⁷⁰² RGZ 36, 378; *Vollkommer*, in: Zöller, ZPO, 27. Aufl. 2009, § 43 Rdnr. 5 m. w. N.

⁷⁰³ OLG Köln, Beschl. v. 16.10.1970 – 3 W 46/70 –, Ls. = OLGZ 1971, 376; *Vollkommer*, in: Zöller, ZPO, 27. Aufl. 2009, § 43 Rdnr. 5.

- 283 Im Berufungszulassungsverfahren kann eine unrichtige Ablehnung eines Ablehnungsgesuchs wegen Besorgnis der Befangenheit durch das Verwaltungsgericht **nicht** als **Verfahrensmangel** geltend gemacht werden.⁷⁰⁴ Gemäß § 146 Abs. 2 VwGO können Beschlüsse über die Ablehnung von Gerichtspersonen **nicht** mit der **Beschwerde** angefochten werden und sind deshalb der Überprüfung in einem Rechtsmittelverfahren gemäß § 173 VwGO i. V. m. §§ 512, 557 Abs. 2 ZPO von vornherein entzogen.⁷⁰⁵
- 284 Das Berufungsgericht hat die Frage, ob das Verwaltungsgericht ein Ablehnungsgesuch zu Recht abgelehnt hat, nicht zu beantworten, weil diese Entscheidung nach § 146 Abs. 2 VwGO nicht mit der Beschwerde angefochten werden kann und darum gemäß § 173 VwGO i. V. m. §§ 512, 557 Abs. 2 ZPO auch der Überprüfung in einem Rechtsmittelverfahren entzogen ist.⁷⁰⁶
- 285 Die Rüge der fehlerhaften Ablehnung eines Befangenheitsantrags in der Vorinstanz unterliegt **grundsätzlich** nicht der Beurteilung des Berufungsgerichts (§ 173 VwGO i. V. m. § 512 ZPO). Die unrichtige Zurückweisung eines Ablehnungsgesuchs ist nur **ausnahmsweise** dann beachtlich, wenn mit ihr die Verletzung der verfassungsgerichtlichen Garantie einer vorschriftsmäßigen Besetzung des Gerichts gemäß **Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG** geltend gemacht wird. Dies setzt voraus, dass für die Entscheidung über den Antrag willkürliche oder **manipulative** Erwägungen maßgeblich waren.⁷⁰⁷
- 286 Die Rüge der unrichtigen Ablehnung eines Befangenheitsantrages im Rahmen einer **Nichtzulassungsbeschwerde** ist in dem Maße beachtlich, als mit ihr die vorschriftsmäßige **Besetzung des Gerichts** (Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG, § 138 Nr. 1 VwGO) geltend gemacht wird. Eine auf diese Weise verursachte fehlerhafte Besetzung der Richterbank setzt aber voraus, dass die Ablehnungsentscheidung auf Willkür oder einem vergleichbar **schweren Mangel des Verfahrens** beruht, der in der Sache die Rüge einer nicht vorschriftsgemäßen Besetzung des Gerichts rechtfertigt. Willkürlich ist ein Richterspruch, wenn er unter keinem denkbaren Gesichtspunkt rechtlich vertretbar ist und sich daher der Schluss aufdrängt, dass er auf **sachfremden Erwägungen** beruht. Das ist anhand objektiver Kriterien festzustellen.⁷⁰⁸
- 287 Neben anderen fragwürdigen Regelungen hat die 6. VwGO-Novelle mit § 146 Abs. 2 VwGO damit zum 1. 1. 1997 den Parteien einen selbständigen Instanzenzug gegen einen Beschluss, mit dem ein Ablehnungsgesuch zurückgewiesen wird, genommen. Nach der Gesetzesbegründung soll für die Beteiligten damit der Anreiz gemindert werden, Ablehnungsgesuche allein zur Hinauszögerung der Hauptsacheentscheidung anzubringen.⁷⁰⁹ Diese Begründung ist verfehlt. Sie mag vielleicht für den Strafprozess zutreffen. Für den Verwaltungsprozess gilt anderes. Es wird übersehen, dass jedenfalls die klägerische Partei in aller Regel stark an einer Beschleunigung der Hauptsacheentscheidung interessiert ist. Seit Jahren beklagt die Anwaltschaft die uner-

⁷⁰⁴ OVG Niedersachsen, Beschl. v. 10.5. 2010 – 4 LA 296/08 –.

⁷⁰⁵ OVG Saarland, Beschl. v. 21. 12. 2010 – 3 D 91/10 –, Rdnr. 2.

⁷⁰⁶ OVG Sachsen-Anhalt, Beschl. v. 3.2. 2010 – 1 L 95/09 –, Rdnr. 12.

⁷⁰⁷ OVG Sachsen-Anhalt, Beschl. v. 21.9. 2010 – 5 A 398/08 – = KStZ 2010, 216.

⁷⁰⁸ BVerwG, Beschl. v. 15.5. 2008 – 2 B 77.07 – = NVwZ 2008, 1025.

⁷⁰⁹ BT-Drs. 13/3993, 22 f.; 13/5098, 24 f.

träglich lange Verfahrensdauer in Verwaltungsprozessen.⁷¹⁰ Das prozessuale Abschneiden der Möglichkeit einer isolierten Beschwerde hat indes auch eine andere Seite: Das Risiko des ohne Erfolg abgelehnten Richters ist jetzt in die Rechtsmittelinstanz verlagert. § 146 Abs. 2 VwGO gilt auch für gerichtlich bestellte Sachverständige. Gegen den Beschluss, durch den dessen Ablehnung für begründet erklärt wird, findet kein Rechtsmittel statt, gegen den Beschluss, durch den sie für unbegründet erklärt wird, ist die Beschwerde gegeben (vgl. § 98 VwGO i. V. m. § 406 Abs. 5 ZPO).

Nach der ganz herrschenden Meinung stellt die rechtswidrige Ablehnung eines Befangenheitsgesuchs **nur** dann einen **Verfahrensmangel** im Sinne der entsprechenden Zulassungsgründe dar, **wenn** die Ablehnung eines Befangenheitsgesuchs „**grob fehlerhaft**“ gewesen ist.⁷¹¹ Das **Sächsische OVG** ist großzügiger. Nach seiner Auffassung liegt bei **rechtswidriger** Verneinung der Besorgnis der Befangenheit stets ein rügefähiger Verfahrensmangel im Sinne von § 124 Abs. 2 Nr. 5 VwGO vor. Eine „grobe Fehlerhaftigkeit“ des Befangenheitsbeschlusses müsse nicht hinzutreten.⁷¹² Das **Sächsische OVG** hat dies damit begründet, dass die Gesetzesmaterialien zur 6. VwGO-Novelle nichts für die Annahme hergeben, „der Gesetzgeber habe mit ihm zugleich eine weitere gravierende Einschränkung des Berufungszulassungsrechts beabsichtigt“.⁷¹³ Diese Rechtsprechung hat gewiss für sich, dass das von der herrschenden Meinung vertretene Kriterium einer „**groben Fehlerhaftigkeit**“ ersichtlich stark wertungsabhängig und damit zur trennscharfen Abgrenzung untauglich ist. Die Auffassung des Sächsischen OVG ist vorzugswürdig.

288

f) Rügeobliegenheit in Bezug auf mögliche Gehörsverstöße im Ablehnungsbeschluss? In der obergerichtlichen Rechtsprechung wird zuweilen eine Obliegenheit der Prozesspartei angenommen, den einen Beweisantrag ablehnenden Beschluss erstinstanzlich stets auf mögliche Gehörsverstöße im Sinne einer Prozessrechtswidrigkeit der Ablehnungsgründe zu überprüfen. Der Verstoß müsse spätestens im nächsten Verhandlungstermin gerügt werden, um das Beanstandungsrecht für die nächste Instanz nicht zu verlieren.⁷¹⁴ Diese Rechtsauffassung hat der **VfGH Bln** als Verletzung des Grundrechts auf

289

⁷¹⁰ Beispielhaft: *Ewer*, Der Vorschlag zur Einführung einer sog. Untätigkeitsrüge in die Verwaltungsgerichtsordnung, Vortrag auf der 9. Verwaltungsrechtlichen Jahresarbeitsstagung des DAI e. V. in Leipzig, 29./30.8. 2003, in: DAI, Thesenband, S. 209 ff.; *Körner*, Beschleunigung im Verwaltungsprozess, insbesondere früher Erörterungstermin, Vortrag auf der 12. Verwaltungsrechtlichen Jahresarbeitsstagung des DAI e. V. in Leipzig, 27./28.1. 2006, in: DAI, Thesenband, S. 174 ff.

⁷¹¹ *BVerwG*, Urt. v. 16.4. 1997 – 6 C 9.95 – = DVBl. 1997, 1235–1238; *Kopp/Schenke*, VwGO, 15. Aufl. 2007, § 124 Rdnr. 13; *Happ*, in: Eyer mann, VwGO, 10. Aufl., § 128 Rdnr. 8 und § 146 Rdnr. 5.

⁷¹² *Sächsisches OVG*, Beschl. v. 1.8. 2000 – 1 B 58/99 –, Ls. 1 = SächsVBl. 2001, 10 – Fallkonstellation: Ehe zwischen Verwaltungsrichter und Prozessvertreterin der beklagten Behörde.

⁷¹³ *Sächsisches OVG*, Beschl. v. 1.8. 2000 – 1 B 58/99 –, Rdnr. 10 = SächsVBl. 2001, 10.

⁷¹⁴ *OVG Berlin-Brandenburg*, Beschl. v. 1.11. 2005 – OVG 3 N 160.05 –.

effektiven Rechtsschutz beanstandet.⁷¹⁵ Der VerfGH begründet dies wie folgt: „Die vom Oberverwaltungsgericht angenommene Obliegenheit, einen ablehnenden Beweisbeschluss stets auf mögliche Gehörsverstöße im Sinne einer Prozesswidrigkeit der Ablehnungsgründe zu überprüfen und (spätestens im nächsten Verhandlungstermin) zu rügen, um das Beanstandungsrecht für die nächste Instanz nicht zu verlieren (...), liefe in vielen Fällen auf eine Obliegenheit zur Auseinandersetzung mit der Rechtsansicht des Gerichts und zur Wiederholung der bereits vorgebrachten Argumente hinaus mit nur geringen Chancen, dass das Gericht deshalb seine Rechtsauffassung ändert und den beantragten Beweis erhebt. Die vom Oberverwaltungsgericht erwogene Alternative zur Erfüllung dieser Obliegenheit, nämlich neue, den Bedenken des Gerichts Rechnung tragende Beweisanträge zu stellen, würde in den Fällen, in denen der Partei dies nicht möglich ist, ebenfalls zu einer chancenlosen und redundanten Umformulierung bereits vorgetragenen Prozessstoffes zwingen.“⁷¹⁶ Auch eine generelle Rügeobliegenheit beim Verstoß gegen den Anspruch auf rechtliches Gehör im Zusammenhang mit der Ablehnung von Beweisanträgen sieht der VerfGH Bln nicht.⁷¹⁷

290 Nur die grob fehlerhafte, willkürliche Ablehnung eines Beweisantrages soll nach der Rechtsprechung eine Richterablehnung begründen können (s.o. Rdnr. 286, 288). Allein: Wann liegt ein grober, wann ein einfacher Fehler vor? Die herrschende Meinung nimmt die Abgrenzung danach vor, ob die „grobe“ Fehlerhaftigkeit eine Verfassungsbeschwerde rechtfertigen würde.⁷¹⁸ Das ist ein wenig taugliches Kriterium, funktionell angesichts des Kriteriums der Rechtswegerschöpfung auch fragwürdig. Ob ein Verfahrensmangel eine Verfassungsbeschwerde rechtfertigt oder nicht, ist angesichts der Tatsache, dass kein professioneller Prozessbevollmächtigter die Erfolgsaussichten einer Verfassungsbeschwerde ernsthaft zu prognostizieren vermag,⁷¹⁹ jedenfalls kein in der Praxis taugliches Abgrenzungskriterium. Nach alledem verdient die vorerwähnte grundrechtsnähere Auslegung des Sächsischen OVG⁷²⁰ im Lichte von Art. 101 Abs. 1 Satz 2, 19 Abs. 4 GG den Vorzug (s.o. Rdnr. 288).

⁷¹⁵ *VerfGH Bln*, Beschl. v. 19.12.2006 – 45/06 –, Rdnr. 53.

⁷¹⁶ *VerfGH Bln*, Beschl. v. 19.12.2006 – 45/06 –, Rdnr. 53.

⁷¹⁷ *VerfGH Bln*, Beschl. v. 19.12.2006 – 45/06 –, Rdnr. 55.

⁷¹⁸ So *Meyer-Ladewig*, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, *VwGO*, Stand: Jan. 2000, § 128 Rdnr. 6.

⁷¹⁹ Lesenswert: *Zuck*, *Das Recht der Verfassungsbeschwerde*, 3. Aufl. 2006, 6. Kap.: Die erfolgreiche Verfassungsbeschwerde, Rdnr. 313–316.

⁷²⁰ *Sächsisches OVG*, Beschl. v. 1.8.2000 – 1 B 58/99 –, Ls. 1 = *SächsVBl.* 2001, 10 – Fallkonstellation: Ehe zwischen Verwaltungsrichter und Prozessvertreterin der beklagten Behörde.

XI. Sonderfall: Selbständiges Beweisverfahren

1. Anwendbarkeit im Verwaltungsprozess

Die Vorschriften der ZPO über das selbständige Beweisverfahren (§§ 485 bis 494 a ZPO) sind über § 98 VwGO auch im Verwaltungsprozess anwendbar⁷²¹. Angesichts der beklagenswert langen Dauer verwaltungsgerichtlicher Verfahren kann ggf. – bei Vorliegen der Voraussetzungen – die Notwendigkeit entstehen, Beweise frühzeitig, insbesondere vor einem häufig in weiterer Ferne liegenden Verhandlungstermin zu sichern.

291

2. Während eines Rechtsstreits (§ 485 Abs. 1 ZPO)

Nach § 98 VwGO i. V.m. 485 Abs. 1 und 2 ZPO hat ein Antrag auf Durchführung eines selbständigen Beweisverfahrens folgende Voraussetzungen:

292

Voraussetzungen eines selbständigen Beweisverfahrens (§§ 98 VwGO, 485 Abs. 1 ZPO):

1. Anhängigkeit eines Rechtsstreits
2. Antrag auf Durchführung einer bestimmten Beweisaufnahme (nur Beweismittel gem. § 485 Abs. 1 ZPO!),
3. a) Zustimmung des Gegners **oder**
b) Besorgnis des Beweismittelverlusts oder der erschwerten Benutzung.
4. Rechtsschutzinteresse!

Zentrale Voraussetzung des Beweisverfahrens ist der drohende Beweismittelverlust oder die Besorgnis der erschwerten Benutzung des Beweismittels. Typische Fallkonstellationen sind, wenn das Beweismittel eine Sache ist, der Verderb der zu besichtigenden Sache oder ihre Veränderung (z.B. durch Fortschritt von Bauarbeiten),⁷²² oder das Bedürfnis nach alsbaldiger Veräußerung oder Beseitigung einer schadhaften bzw. zerstörten Sache (z.B. eines beschädigten Pkw nach dem Unfall),⁷²³ Besorgnis der erschwerten Nutzung eines Beweismittels besteht z.B. auch, wenn auf dem Gelände eines ehemaligen Teerbunkers immer nur im Hochsommer bei großer Hitze flüssige teerartige Masse aus einer Böschung austritt und die Frage der Verursachung einer Alllast streitig ist; der Sachverständigenbeweis wäre hier auf die Feststellung der Ursache

293

⁷²¹ OVG NRW, Beschl. v. 24.3. 2009 – 15 E 31/09 –; OVG NRW, Beschl. v. 16.7. 2007 – 8 E 547/07 –; BayVGH, Beschl. v. 25.6. 2007 – 3 C 07.1118 –; VGH Baden-Württemberg, Beschl. v. 3.5. 2007 – 5 S 810/07 –, Rdnr. 6; OVG Rheinland-Pfalz, Beschl. v. 22.9. 2005 – 1 B 11311/05 –; VG Darmstadt, Beschl. v. 21.1. 2010 – 2 O 1482/09.DA –, Kopp/Schenke, VwGO, 15. Aufl. 2007, § 99 Rdnr. 26.

⁷²² Reichhold, in: Thomas/Putzo, ZPO, 30. Aufl. 2009, § 485 Rdnr. 3.

⁷²³ Herget, in: Zöller, ZPO, 28. Aufl. 2010, § 485 Rdnr. 5.

des Schadens gerichtet (§ 485 Abs. 2 Satz Nr. 2 ZPO). Auch die bevorstehende Sanierung einer Altlast durch Auskoffnung des Schadenszentrums kann den drohenden Beweismittelverlust begründen, weil anschließend das für die Verursacherfrage aussagekräftige Schadensbild nicht mehr authentisch vor Ort sachverständig begutachtet werden kann, sondern nur noch anhand von Lichtbildern und ingenieurtechnischen Gutachten und Berichten.

294 Was drohenden Beweismittelverlust oder eine Beweismittlerschwerung beim **Zeugenbeweis** betrifft, ist diese unproblematisch im Falle einer gefährlichen Erkrankung des Zeugen zu bejahen.⁷²⁴ Praxisrelevant ist ferner die Fallgruppe der **betagten Zeugen**: **Allein** schon das hohe Alter eines Zeugen begründet nach richtiger Auffassung die Besorgnis, dass das Beweismittel verlorengelht und rechtfertigt die Sicherung des Beweises durch ein selbständiges Beweisverfahren, und zwar auch ohne erkennbare Krankheit des Zeugen.⁷²⁵ Gerade wegen der zunehmenden Überalterung der Gesellschaft und der Zunahme von Demenz- und Alzheimer-Erkrankungen erscheint es sachgerecht, jedenfalls bei einem Alter von 75 Jahren aufwärts von der mutmaßlichen Gefahr einer erschwerten Benutzung des Beweismittels auszugehen.

295 Für ein selbständiges Beweisverfahren im anhängigen Hauptsacheverfahren ist ein Rechtsschutzbedürfnis erforderlich. An diesem kann es fehlen, wenn die Beweisfrage für das anhängige Streitverfahren offenkundig und nach jeder Betrachtungsweise unerheblich ist.⁷²⁶

3. Vor Anhängigkeit eines Rechtsstreits (§ 485 Abs. 2 ZPO)

296 Anders als bei § 485 Abs. 1 ZPO verzichtet § 485 Abs. 2 ZPO für den Sachverständigenbeweis vor Anhängigkeit eines Rechtsstreits in Form eines schriftlich einzuholenden Gutachtens auf die Zulässigkeitsvoraussetzung des drohenden Beweismittelverlusts.⁷²⁷ Beispiel: Behauptete Überschwemmung eines Grundstücks infolge unsachgemäßen Straßenausbaus durch die Gemeinde. Zuständig für einen Antrag auf Beweissicherung ist das VG.

297 Die vornehmliche Funktion von § 485 Abs. 2 ZPO besteht in der möglichen Vermeidung eines Rechtsstreits (vgl. § 485 Abs. 2 Satz 2 ZPO). Korrektiv zum fehlenden Merkmal des Beweismittelverlusts ist dementsprechend bei § 485 Abs. 2 ZPO das **rechtliche Interesse** des Antragstellers an der Feststellung, also an der Beweisaufnahme. Der Begriff des rechtlichen Interesses ist nach einhelliger Rechtsprechung **weit** zu fassen.⁷²⁸ Denn es ist nicht Sinn des selb-

⁷²⁴ Reichhold, in: Thomas/Putzo, ZPO, 30. Aufl. 2009, § 485 Rdnr. 3; Herget, in: Zöller, ZPO, 28. Aufl. 2010, § 485 Rdnr. 5.

⁷²⁵ OLG Nürnberg, Beschl. v. 26.2. 1997 – 10 WF 275/97 –, Ls. = NJW-RR 1998, 575 = MDR 1997, 594 – 84 Jahre alter Zeuge; KG, JurBüro 1997, 1627; BayObLG, SeuffA Nr. 51, 236.

⁷²⁶ OVG Niedersachsen, Beschl. v. 6.7. 2010 – 15 KF 25/09 –, AUR 2010, 271; VGH Baden-Württemberg, Beschl. v. 3.5. 2007 – 5 S 810/07 – = NVwZ-RR 2007, 574; OVG Rheinland-Pfalz, Beschl. v. 22.9. 2005 – 1 B 11311/05 – = NVwZ-RR 2006, 853.

⁷²⁷ VG Trier, Beschl. v. 3.7. 2007 – 5 O 335/07.TR –, Rdnr. 25.

⁷²⁸ OVG NRW, Beschl. v. 24.3. 2009 – 15 E 31/09 –, Rdnr. 5; VG Darmstadt, Beschl. v. 21.1. 2010 – 2 O 1482/09.DA –, Rdnr. 3.

XI. Sonderfall: Selbständiges Beweisverfahren

ständigen Beweisverfahrens, die Erfolgsaussichten eines (späteren) Hauptsacheverfahrens zu prüfen.⁷²⁹

Voraussetzungen eines selbständigen Beweisverfahrens (§§ 98 VwGO, 485 Abs. 2 ZPO):

1. Antrag auf schriftliche Begutachtung durch einen Sachverständigen,
2. Rechtliches Interesse an der Feststellung
 - a) Zustand Person/Sache oder Wert der Sache,
 - b) Ursache eines Schadens/Mangels oder
 - c) Aufwand für eine Schadensbeseitigung,
3. Glaubhaftmachung (§ 487 Nr. 4 ZPO).

Das nach § 98 VwGO i. V. m. § 485 Abs. 2 ZPO erforderliche rechtliche Interesse an der Durchführung eines selbständigen Beweisverfahrens ist gemäß § 487 Nr. 4 ZPO glaubhaft zu machen. Das ist nur der Fall, wenn der Antragsteller nachvollziehbar vorträgt, dass ihm ein Anspruch gegen den Antragsgegner zustehen könnte, falls die unter Beweis gestellten Tatsachen vorliegen.⁷³⁰ Ein rechtliches Interesse für ein selbständiges Beweisverfahren kann fehlen, wenn Fragen betroffen sind, denen die Behörde im Widerspruchsverfahren im Rahmen der Amtsermittlung nachzugehen gehalten ist. Der Antragsteller ist also gut beraten, wenn er dem VG gegenüber darlegt, dass im Widerspruchsverfahren eine entsprechende Sicherung derzeit nicht zu erreichen sei.

298

⁷²⁹ VG Darmstadt, Beschl. v. 21.1. 2010 – 2 O 1482/09.DA –, Rdnr. 3; VG München, Beschl. v. 20.8. 2001 – M 7 X 101.2729 –.

⁷³⁰ VGH Baden-Württemberg, Beschl. v. 6.2. 2004 – 8 S 2185/03 – = VB1BW 2004, 228.