

Beweissicherung in der baurechtlichen Praxis

Sturmberg

2024

ISBN 978-3-406-81222-4

C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
beck-shop.de

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

beck-shop.de hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird beck-shop.de für sein

umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

sorgt in den Verfahren mit vielen verschiedenen Beweisfragen, ggf. mit verschiedenen Fachsachverständigen: In seinem Urteil vom 22.6.2023 hat er die Sichtweise des mit der Revision angefochtenen Urteils des OLG Stuttgart⁶¹³ im Wesentlichen bestätigt:⁶¹⁴

In den amtlichen Leitsätzen wird zunächst festgehalten, dass ein selbständiges Beweisverfahren mit der sachlichen Erledigung der beantragten Beweissicherung als „anderweitig beendet“ gilt (§ 204 Abs. 2 Satz 1 Fall 2 BGB). Hier kann auf die umfangreiche Kasuistik zur Bestimmung des Verfahrensendes Bezug genommen werden, die im Urteil des BGH sowohl ihre Grenzen als auch ihre Leitlinie gefunden hatte.⁶¹⁵

Die drängende Frage, wie mit multipel angelegten Verfahren umzugehen ist, für die ganz typisch der Zeitpunkt vor Ablauf von Verjährungsfristen einer Mängelhaftung von Werkunternehmern ist (auf Basis von Feststellungen der Objektbetreuung), ist nun pragmatisch geklärt: **Grundsätzlich ist nunmehr das Ende des gesamten Beweisverfahrens entscheidend**, unabhängig davon

- a) ob *ein* Mangel oder mehrere – auch voneinander unabhängige – Mängel untersucht werden sollen und
- b) ob ein oder mehrere Sachverständige tätig werden müssen.

Für eine solche Handhabung des § 204 BGB spricht der Wortlaut der Norm, der an die (vollständige) Beendigung des prozessualen Verfahrens anknüpft, das zu Hemmung geführt hat. Ein anderes, früheres Ende hat das in Gang gesetzte selbständige Beweisverfahren grundsätzlich nicht, wenn der Antrag nicht – ggf. teilweise – zurückgenommen wird. Das kann mit der Gesetzesbegründung untermauert werden, mit Sinn und Zweck von § 204 BGB und mit prozessökonomischen Erwägungen. Der 7. Zivilsenat stellt schließlich ausdrücklich fest, dass der rechtlichen Selbständigkeit eines Mangelanpruchs für das Ende der Hemmung keine eingeständige rechtliche Relevanz zukommt.

So lautet der **Grundsatz** der neuen Rechtsprechung des BGH, von dem es in der zukünftigen Kasuistik Ausnahmen geben kann. Den Antragstellern von Anträgen im selbständigen Beweisverfahren ist zu empfehlen, sich nach der stattgebenden Beschlussfassung im weiteren Verlauf des Verfahrens bis zu seinem Ende unbedingt stringent zu ihrem Antrag zu verhalten. Sie, die Antragsteller, müssen sich darüber im Klaren sein, dass sie die Verjährungshemmung für die zunächst untersuchten Mängelsymptome ggf. über Jahre hinausschieben, was den gesetzlichen Regeln über Verjährungsfristen an und für sich zuwiderläuft und den Schuldner erheblich belastet. Es ist insoweit an eine frühzeitige Gestattung einer Mängelbeseitigung zu denken (§ 241 Abs. 2 BGB).

Handlungsempfehlung:

Der *Antragsteller* sollte darauf Bedacht nehmen, das Verfahren mit mehreren Mängeln und/oder verschiedenen Sachverständigen konsequent und stringent auf der Grundlage eines stattgebenden Beweisbeschlusses durchzuführen, soweit ihm selbst Handlungen obliegen. Sind einzelne Mängelsymptome im Verlauf des gesamten Beweisverfahrens im Sinne des Antrags positiv geklärt, sollte der Antragsteller den Antragsgegner/Schuldner entweder auffordern, ihre Beseitigung zu besorgen oder ihm, dem Schuldner, auf sein Anerbieten gestatten, das geklärte Mangelsymptom auch vor Ablauf des gesamten Verfahrens zu beseitigen.

Schließlich kann für die Bestimmung des Verfahrensendes von Bedeutung sein, ob der Sachverständige alle Beweisfragen (etwa zum Aufwand für Mängelbeseitigung) beantwortet hat. Ist das nicht der Fall, kann es uU im Einzelfall auch noch lange nach Durchführung einer Anhörung des Sachverständigen an einer ordnungsgemäßen Verfahrensbeendigung fehlen.⁶¹⁶

⁶¹³ OLG Stuttgart 30.11.2021 – 10 U 58/21, ZfBR 2022, 361.

⁶¹⁴ BGH 22.6.2023 – VII ZR 881/21, NJW 2023, 2938.

⁶¹⁵ BGH 28.10.2010 – VII ZR 172/09, NJW 2011, 594.

⁶¹⁶ LG Stuttgart 18.7.2012 – 19 T 75/12, NJW-RR 2013, 62.

VII. Keine Verjährungshemmung durch Gegenanträge

- 886 Im selbständigen Beweisverfahren sind Gegenanträge durch den Antragsgegner und seine(n) Streithelfer möglich, wenn sie in einem Zusammenhang mit dem Antragsgegenstand bzw. dem Beweisbeschluss (§ 490 Abs. 2 Satz 1 ZPO) stehen. Gegenanträge sind aber im Gesetz nicht vorgesehen; sie sind von der Rechtsprechung aus verfahrensökonomischen Gründen zugelassen worden (siehe → Rn. 555 ff.).
- 887 Auch wenn sie eine aktive Geltendmachung eigener Rechte darstellen, bewirken sie keine Verjährungshemmung. Im enumerativen Katalog des § 204 BGB finden sie keine Grundlage.
- 888 **Handlungsempfehlung:**
Muss der Antragsgegner Maßnahmen zur Verjährungshemmung einleiten, kann er das nur durch eigene Rechtsverfolgung oder eine Vereinbarung mit dem Gegner (Stillhalteabkommen) oder durch Verhandlungen über seinen Anspruch.

VIII. Verjährungshemmung durch Verhandlungen

- 889 Neben der Hemmungswirkung durch Rechtsverfolgung kann sich aber vor, während und unmittelbar nach der Durchführung eines selbständigen Beweisverfahrens eine Verjährungshemmung auch oder zusätzlich aus dem Tatbestand des § 203 BGB ergeben, nämlich bei schwebenden Verhandlungen „über den Anspruch oder die den Anspruch begründenden Umstände“. Das dürfte insbesondere im Fall des einvernehmlichen Beweisverfahrens (§ 485 Abs. 1, Hs. 2 Alt. 1 ZPO) in Betracht kommen; das bewirkt zwar selbst Verjährungshemmung, weil § 204 Abs. 1 Nr. 7 BGB nicht nach der Veranlassung unterscheidet. Doch überwölbt die Hemmung durch Verhandlungen diejenige durch Rechtsverfolgung, indem sie bereits vorher und noch nachlaufend gegeben sein kann.
- 890 Der BGH lässt – mitunter als „Rettungsanker“ – einen relativ weiten Spielraum für die Annahme von Verhandlungen im Rechtssinne.⁶¹⁷ Doch ist die Subsumtion unter den Tatbestand reine Kasuistik. Deshalb ist stets besondere Vorsicht geboten, wenn der (genaue) Zeitraum von Verhandlungen für den Eintritt der Verjährung maßgeblich ist. Die obergerichtliche Rechtsprechung verlangt nicht einmal, dass die Verhandlungen der Beteiligten darauf abzielen, die Ansprüche zu realisieren. Es kann *im Einzelfall* genügen, wenn sich der Anspruchsinhaber Ansprüchen berührt, um seine Verhandlungsposition in Bezug auf ein anderes Interesse zu stärken.⁶¹⁸ Dies erscheint sehr weitgehend, weil das Gesetz Verhandlungen über den Anspruch oder die den Anspruch begründenden Umstände als Tatbestandsmerkmale vorsieht. Es wäre für die Beteiligten, insbesondere den Antragsgegner, daher sehr schwierig, den Zeitraum einer Verjährungshemmung sicher zu bestimmen, um daraus eigene Handlungen abzuleiten.

891 Handlungsempfehlung:

Der Antragsgegner sollte im Falle, dass „Verhandlungen“ im Sinne von § 203 BGB verjährungsrechtlich in Betracht zu ziehen sind, seinerseits deutlich machen, dass er solche Verhandlungen nicht zu führen beabsichtigt, sondern eine Befassung mit Forderungen des Anspruchstellers ohne jede Rechtspflicht unternimmt.

- 892 Die vorstehende Erklärung ist vertretbar, weil die hemmende Wirkung von Verhandlungen im Sinne von § 203 BGB als abdingbar angesehen wird.

Auch das OLG Saarbrücken lässt Verhandlungen als verjährungshemmend ausreichen, wenn der eine Vertragsteil sich als Inhaber von Ansprüchen berührt, um seine Verhand-

⁶¹⁷ BGH 28.10.2010 – VII ZR 82/09, NJW-RR 2011, 98.

⁶¹⁸ OLG Saarbrücken 14.1.2014 – 4 W 40/13, NJW-RR 2014, 917.

lungsposition in Bezug auf ein anderes Interesse zu stärken.⁶¹⁹ Nicht notwendig ist aber, dass die Verhandlungen darauf abzielen, die (behaupteten) Ansprüche selbst zu realisieren.

Nicht selten „schlafen“ Verhandlungen ein, so dass sich die Frage stellt, bis wann eine Hemmung der Verjährung durch Verhandlungen erreicht worden sein kann. Denn das „Einschlafen“ von Verhandlungen führt zur Beendigung der Verhandlungen, damit auch zur Beendigung einer möglichen Hemmung. Der Zeitpunkt ist mitunter außerordentlich schwer zu bestimmen. Das OLG Stuttgart hat dargelegt, dass eine Beendigung der Verhandlungen dann angenommen werden muss, wenn ein Zeitpunkt definiert werden kann, in dem nach Treu und Glauben der nächste Verhandlungsschritt zu erwarten war.⁶²⁰ Deshalb stellt es für die Beteiligten Rechtsunsicherheit, für die beauftragten Rechtsanwälte ein Haftungsrisiko dar, wenn Verhandlungen „einschlafen“ oder „im Sande verlaufen“.

Handlungsempfehlung:

Werden Verhandlungen über Ansprüche geführt, die zugleich eine Hemmung der Verjährung im Sinne von § 203 BGB bewirken sollen, sollte jeder Schritt der Verhandlungen dokumentiert werden, selbst eine Unterbrechung und ggf. die Wiederaufnahme.

IX. Verzicht auf die Erhebung der Einrede der Verjährung

In der forensischen Praxis ist es Gang und Gäbe, dass Beteiligte für einen bestimmten Zeitraum auf die Einrede der Verjährung verzichten, um nicht sofortige gerichtliche Maßnahmen mit ggf. erheblichen Kosten durch den Anspruchsteller veranlassen zu müssen und damit Einigungsmöglichkeiten zu verhindern. Selbst Haftpflichtversicherer beteiligen sich oftmals an einer solchen Vorgehensweise; der Versicherungsnehmer muss mit seinem Versicherer einen solchen Einredeverzicht ohnehin abstimmen.

Der Einredeverzicht wird in der Regel dahin erklärt, dass bis zum Ablauf einer Frist auf die Einrede der Verjährung verzichtet wird, soweit nicht Verjährung eingetreten ist. Ausnahmsweise ist auch eine weiter gehendere Wirkung der Verzichtserklärung möglich, jedoch nur dann, wenn der Verzichtswille über die Verlängerung der Möglichkeit zur Klageerhebung hinausgeht.

Mit einem befristeten Verjährungsverzicht ist ein Verschieben des Verjährungseintritts nicht verbunden. Der Verjährungsverzicht verbietet es (nur), sich während seiner Geltung auf Verjährung zu berufen. Einen Hemmungstatbestand enthält der Verjährungsverzicht unter keinen Umständen.⁶²¹

Dagegen kann der Begünstigte eines Verjährungsverzichts, soweit die Vereinbarung nicht formularmäßig erfolgt, die Reichweite der Verzichtserklärung auch auf solche Ansprüche reklamieren, die mit einem Anspruch konkurrieren oder wirtschaftlich an dessen Stelle treten.⁶²²

Zu beachten ist, dass es sich um eine Vereinbarung handelt, daher der angebotene Verjährungseinredeverzicht vom Begünstigten angenommen werden muss. Das kann zwar auch stillschweigend erfolgen, sollte aber zur Klarstellung ausdrücklich und schriftlich durchgeführt werden.

X. Verjährungsfragen bei Verbindung der Streitverkündung mit Mangelbeseitigungsverlangen

Die Streitverkündung an einen Dritten, sei es durch den Antragsteller, den Antragsgegner oder den, ggf. weiteren Streitverkündungsempfänger, kann verbunden werden mit einer

⁶¹⁹ OLG Saarbrücken 14.1.2014 – 4 W 40/13, NJW-RR 2014, 917.

⁶²⁰ OLG Stuttgart 6.12.2012 – 13 U 65/12, IBR 2014, 69.

⁶²¹ BGH 10.11.2020 – VI ZR 285/19, NJW 2021, 461.

⁶²² BGH 1.10.2020 – IX ZR 247/19, NJW 2021, 234.

Mängelbeseitigungsaufforderung, im Fall der wirksamen Vereinbarung der VOB/B gemäß § 13 Abs. 5 Nr. 1 Satz 1 VOB/B.

- 901 Nach OLG Düsseldorf liegt bereits in der Streitverkündung selbst (dort des Generalunternehmers gegenüber dem Subunternehmer) eine schlüssige Aufforderung, das Vorhandensein von Mängeln zu überprüfen und diese ggf. zu beseitigen.⁶²³ Demgegenüber hat das OLG Oldenburg darauf verwiesen, dass eine bloße Streitverkündung keine konkrete Mängelbeseitigungsaufforderung ersetze.⁶²⁴ Beide Entscheidungen betreffen den Fall, dass der Streitverkünder nicht ausdrücklich – und vor der Klärung durch Sachverständigen – den Unternehmer zur Beseitigung eines bestimmten Mangels, den der Antragsteller des Beweisverfahrens behauptet hat, auffordert.
- 902 Aus Gründen der fehlenden Klarheit und Auslegungsmöglichkeit einer Prozesshandlung wird man die bloße Streitverkündung, also die Weitergabe der Mängelbehauptung des Antragstellers (oder eine solche im Rahmen eines Gegenantrages) *nicht* als Beseitigungsverlangen nach § 13 VOB/B ansehen können. Damit treten auch nicht die Rechtswirkungen in Kraft, die die VOB/B abweichend vom BGB dem Auftraggeber in die Hand gibt, hier insbesondere die Quasi-Unterbrechung der Verjährung nach § 13 Abs. 5 Nr. 1 Satz 2 VOB/B.
- 903 Wird also die Streitverkündungsschrift so abgefasst, dass der Streitverkündungsempfänger ihr entnehmen muss, dass eine Mängelbeseitigungsaufforderung mit ihr verbunden ist, läuft der Streitverkünder Gefahr, die Quasi-Unterbrechung der Verjährung in Gang zu setzen und sie damit frühzeitig zu „verbrauchen“. Davor ist zu warnen, soweit es nicht im Einzelfall geboten ist, von den Rechten nach § 13 Abs. 5 VOB/B doch gerade Gebrauch zu machen. Dann muss allerdings im Verjährungskalender eine entsprechende Eintragung erfolgen.
- 904 Zu beachten bleibt im Übrigen stets das **Schriftformerfordernis** des § 13 Abs. 5 Nr. 1 Satz 2 VOB/B, das sich nach § 126 BGB richtet und das laut OLG Frankfurt nicht erfüllt sei mit einer E-Mail ohne qualifizierte Signatur, wie sie § 126a BGB beschreibt.⁶²⁵ Das hat bereits Weyer entkräftet.⁶²⁶

XI. Rechtsmissbrauch einer Verjährungseinrede?

- 905 Die Erhebung der Einrede der Verjährung ist gesetzlich zugelassen (§ 194 Abs. 1 BGB), ohne dass der „Einredende“ das näher begründen oder gar rechtfertigen müsste. Das Verjährungsrecht behandelt nur den (vollständigen) Ausschluss der Verjährung (§ 194 Abs. 2 BGB) und die Unzulässigkeit von Vereinbarungen über die Verjährung (§ 202 BGB). Der Gegner der Einrede kann sich daher nur nach allgemeinen Rechtssätzen auf einen möglichen Rechtsmissbrauch berufen: Die Erhebung der Verjährungseinrede ist insbesondere dann rechtsmissbräuchlich, wenn sie gegen das Verbot unzulässiger Rechtsausübung verstößt (§§ 226, 242 BGB). Im Einzelfall kann das zB erfüllt sein, wenn der Schuldner eines Anspruchs dem Gläubiger Anlass dazu gegeben hat anzunehmen, dass eine längere Verjährungsfrist gelte.⁶²⁷

XII. Abtretung und Verjährung

- 906 Will (oder muss) der Antragsteller (auch) *aus fremdem*, also abgetretenem Recht vorgehen, ist es nicht notwendig, darauf bereits in der Antragsschrift ausdrücklich hinzuweisen oder im Fall der späteren Abtretung während des Verfahrens die Rechtsänderung durch beson-

⁶²³ OLG Düsseldorf 28.10.2003 – 23 U 6/03, IBR 2004, 368.

⁶²⁴ OLG Oldenburg 10.2.2004 – 2 U 94/03, IBR 2004, 199.

⁶²⁵ OLG Frankfurt a. M. 30.4.12–4 U 269/11, NJW-Spezial 2012, 366.

⁶²⁶ Weyer IBR 2012, 386.

⁶²⁷ OLG Frankfurt a. M. 30.4.12–4 U 269/11, NJW-Spezial 2012, 366.

dere Prozesshandlung in das Verfahren einzuführen. Die Erfordernisse eines zulässigen Antrages ergeben sich abschließend aus den §§ 485, 487 ZPO. Es muss deshalb nicht die gegenwärtige Verfügungsbefugnis über den Anspruch dargelegt werden.

Ist aber der Antragsteller infolge eigener Abtretung nicht mehr Anspruchsinhaber, so hemmt der Antrag (in unverjährter Zeit!) die Verjährung nicht. Eine Rückabtretung ändert daran nichts, wenn sie nicht rechtzeitig in unverjährter Zeit erfolgt war. Hier dürfte nichts anderes gelten als beim früheren Recht der Unterbrechung. 907

Grundsätzlich gilt aber, dass der Berechtigte gegen einen bestimmten Verpflichteten einen bestimmten Anspruch erhebt, und es muss auch der Berechtigte sein, der den Anspruch aktiv durchzusetzen beabsichtigt. Wird also der Antragsteller erst im Laufe des Beweisverfahrens Berechtigter in diesem Sinne, steht dies einer Hemmung der Verjährung nicht entgegen. Folgerichtig hat die nach Beendigung des selbständigen Beweisverfahrens erfolgte Abtretung auf die einmal eingetretene Hemmung der Verjährung keine Auswirkungen. 908

Auch der unzulässige Antrag bewirkt die Hemmung, wenn er nicht zurückgewiesen wird. 909

Fehlt dem Antragsteller zB die Berechtigung zur Durchführung eines Beweisverfahrens (fehlende Rechtsinhaberschaft), erlangt er die Berechtigung jedoch im Verlauf des Verfahrens, erleidet er keine Verjährungsnachteile. Der BGH hatte noch zum alten Recht bestätigt, dass Fehler, die zur Unzulässigkeit eines Antrages führen, der durch die Antragsreicherung bewirkten Unterbrechung nicht entgegenstehen, wenn der Antrag nicht als *unstatthaft* zurückgewiesen wird. Auch insoweit dürfte kein Unterschied zum Hemmungstatbestand bestehen. 910

XIII. Beachtung der Parteirollen

Der Berechtigte *selbst*, also der Anspruchsinhaber, muss, wenn er die Hemmung der Verjährungsfrist zu eigenen Ansprüchen erreichen will, den Antrag auf Einleitung eines selbständigen Beweisverfahrens stellen. 911

Betreibt der *Anspruchsgegner* das Verfahren, etwa zum Zweck der Verteidigung gegen Erfüllungs- oder Gewährleistungsansprüche (bei Letzteren obliegt im Werkvertragsrecht dem Auftraggeber/Besteller die Beweislast!), oder aus taktischen Überlegungen wegen der Steuerungsfähigkeit des Beweisverfahrens, erreicht der Anspruchsteller in seiner Rolle als Antragsgegner keine Verjährungshemmung. Auch das war nach altem Recht nicht anders. Der Anspruchsteller muss daher ein eigenes Beweisverfahren einleiten; das rechtliche Interesse erschließt sich auch daraus, dass der Anspruchsteller die Verjährungsfrist zu hemmen beabsichtigt, denn das ist die dieser Verfahrensart eigentümliche Wirkung. 912

Zum aktiven Betreiben (der Feststellung oder Durchsetzung eines Anspruchs) zählen nach der vom Verf. vertretenen Auffassung auch der (zulässige) Gegenantrag (siehe → Rn. 555 ff.) und der Antrag auf Gutachtenerläuterung sowie Anhörung des Sachverständigen, allerdings nur dann, wenn solche Anträge bis zu ihrer Erledigung verfolgt werden. 913

Lässt der Anspruchsteller im Beweisverfahren des Anspruchsgegners ein solches aktives Betreiben vermissen, läuft er Gefahr, dass nach Beendigung des Verfahrens nicht einmal eine Hemmung des Laufs der Verjährungsfrist erreicht ist. 914

XIV. Verfahrensende – Anknüpfungspunkt des Endes der Hemmung

Zum Verfahrensende und seiner Ermittlung wird auf → Rn. 973 ff. verwiesen. Das Verfahrensende ist nicht identisch mit dem Ende der Hemmung. Es ist aber Anknüpfungspunkt für die 6-Monats-Frist gemäß § 204 Abs. 2 Satz 1 BGB. Allerdings sind Besonderheiten des Beweisverfahrens zu berücksichtigen. So ist zu beachten, dass auch der 915

Gegenantrag zur Verlängerung der Hemmung führen kann: wird nämlich das selbständige Beweisverfahren auf einen Gegenantrag hin fortgeführt, dauert die Hemmung bis zur endgültigen Verfahrensbeendigung fort.

- 916 Schon zum alten Recht hatte der BGH geklärt, dass die eine Verjährungsunterbrechung beendende Prozesshandlung generell nicht bereits mit ihrer gerichtlichen Ausführung, sondern erst mit Zugang bei der Partei wirksam wird. Das wird zutreffend damit begründet, dass die Umstände des Verfahrensstillstandes im Interesse der Rechtssicherheit nach außen erkennbar sein müssen.
- 917 Inzwischen hat der BGH bestätigt, dass bei Einholung eines Sachverständigengutachtens dessen Zugang bei den Beteiligten grundsätzlich maßgeblich ist.
- 918 Ausgangspunkt der Bewertung ist stets der **Beweisbeschluss** des Gerichts; aus diesem ergibt sich, was Gegenstand der Beweissicherung ist und wie die Beweissicherung zu erfolgen hat. Im selbständigen Beweisverfahren ist das üblicherweise die (schriftliche) Begutachtung durch einen Sachverständigen (im Fall des Beweisverfahrens mit Befriedigungsfunktion, § 485 Abs. 2 ZPO nur die schriftliche Begutachtung!).
- 919 Ab dem Zeitpunkt der Übermittlung einer schriftlichen Begutachtung zu einem bestimmten Mangel droht baldige Verjährung, nämlich nach Ablauf der 6-Monats-Frist des § 204 Abs. 2 BGB, einer letzten Entscheidungs- und Handlungsfrist für den Anspruchsteller. Anders ist dies bei einem umfangreichen Beweisverfahren (→ Rn. 878 ff.).
- 920 Immer wieder befassen sich Gerichte mit Abgrenzungsproblemen, die in den meisten Fällen kasuistisch gelöst werden müssen. Im Fall des Urteils des OLG Düsseldorf vom 7.5.2013 wird deutlich, wie vorsichtig die Beteiligten, vor allen Dingen der Antragsteller, mit der Berechnung des 6-Monats-Zeitraums gemäß § 204 Abs. 2 Satz 1 BGB umgehen sollten.⁶²⁸ Ergeht zB ein Beschluss des Gerichts des selbständigen Beweisverfahrens, in dem es ablehnt, das Verfahren weiter fortzusetzen, ist absolute Klarheit für die Beteiligten mit Erhalt dieses Beschlusses gegeben, zumal keiner der Verfahrensbeteiligten einen Rechtsbehelf einlegte. Allerdings scheint das OLG Düsseldorf davon auszugehen, dass das Datum des Beschlusses selbst maßgeblich sei, nicht aber dessen Zustellung!
- 921 Der Antragsteller im selbständigen Beweisverfahren hat zu beachten, dass nach ständiger Rechtsprechung des BGH seine Untätigkeit zum Stillstand des Verfahrens im Sinne des § 204 Abs. 2 Satz 2 BGB führen kann, weil die Verfahrensleitung nicht beim Gericht liegt. Doch auch für den normalen Zivilprozess gilt, dass die Verantwortung für das Betreiben des Verfahrens vom Gericht auf den Kläger übergeht, wenn das Gericht mit dessen ausdrücklich oder konkludent erklärtem Einverständnis von einer Terminsbestimmung auf unbestimmte Zeit absieht.⁶²⁹ Der Antragsteller sollte seine Verfahrensförderpflicht daher ernst nehmen.
- 922 Der Antragsteller kann den Lauf der 6-Monatsfrist hinauszögern, indem er das Verfahren weiterbetreibt. Aber auch das kann *verjährungsrechtlich* nur mangelbezogenen Erfolg haben. Und werden zB Ergänzungsfragen nicht oder nicht in angemessener Frist gestellt oder fehlen gerichtliche Anordnungen zB nach §§ 492, 411 Abs. 3 ZPO (Anordnung des Erscheinens des Sachverständigen vor Gericht zur Erläuterung), beginnt die 6-Monats-Frist mit Übermittlung des Gutachtens zu laufen.
- 923 **Handlungsempfehlungen:**
- a) Beweisverfahren *insgesamt* bis zum endgültigen Abschluss weiterbetreiben, wenn fachlich-sachliche Anhaltspunkte es rechtfertigen;
 - b) wegen unklarer Bestimmung des Zeitpunktes nach § 204 Abs. 2 BGB alle für ein Verfahrensende relevanten Einzelheiten des Beweisverfahrens prüfen und in die vorsichtige Berechnung der sechs Monate einbeziehen.

⁶²⁸ OLG Düsseldorf 7.5.2013 – I-21 U 3/12, BauR 2014, 283.

⁶²⁹ BGH 27.1.2005 – VII ZR 238/03, NJW-RR 2005, 606; BGH 7.2.2013 – VII ZR 263/11, NJW 2013, 1666.

Auf die weiteren Ausführungen zur Verfahrensdauer/Verfahrensende unter → 924 Rn. 973 ff. wird verwiesen.

H. Gefahr der Präklusion im späteren Hauptsachestreit

Eine nicht zu unterschätzende Gefahr birgt in der Handhabung der Gerichte die Präklusion, also der Ausschluss mit Einwendungen in einem späteren Verfahren, das auf dem selbständigen Beweisverfahren (voraussichtlich) aufbaut. Damit ist die sog. **verfahrensübergreifende Präklusion** angesprochen. Eine einmal gegebene Präklusion in demselben Verfahren ist grundsätzlich nicht heilbar. Es stellt sich aber die Frage, ob eine Verzögerung des Hauptsachestreits tatsächlich eintritt, wenn der Betroffene darin erstmalig seine Einwendungen vorträgt, statt im vorausgegangenen Beweisverfahren. Es kann keine Automatik dergestalt geben, dass ein Fristversäumnis im selbständigen Beweisverfahren zwangsläufig zu einer Verspätung im Hauptsachestreit führt, denn es fehlt eine § 531 ZPO ähnliche Vorschrift für verspäteten Vortrag zwischen selbständigem Beweisverfahren und Hauptsacheverfahren. Weil es reine Kasuistik entscheidet, wann Verspätung tatbestandlich erfüllt ist, hat der BGH bislang auch nur in einem obiter dictum angedeutet, dass diese Sanktion in Betracht kommen *kann*.⁶³⁰ Dass in vielen Fällen dafür nicht die Voraussetzungen gegeben sind, soll aufgezeigt werden. Dass aber Präklusion grundsätzlich greifen kann, ist noch nicht abschließend geklärt. So hat der BGH es noch offengelassen, ob die Präklusionsvorschriften gemäß § 411 Abs. 4 ZPO iVm §§ 296 Abs. 1, 493 ZPO zur Anwendung kommen können, wenn der Partei nach Eingang des Gerichtsgutachtens eine Frist gesetzt wurde, die den Anforderungen des § 296 Abs. 1 ZPO genügt.⁶³¹ Der BGH verweist insoweit auch auf seinen früheren Beschluss vom 25.10.2005.⁶³²

Ausgangspunkt sind die §§ 492 Abs. 1, 411 Abs. 4 ZPO. Danach müssen die Parteien (und ihre Streithelfer) dem Gericht in angemessener Zeit ihre Einwendungen gegen ein Gutachten mitteilen sowie ihre Anträge in Bezug auf die Begutachtung und evtl. Ergänzungsfragen.

In aller Regel machen die Gerichte mit der Zustellung des schriftlichen Gutachtens Gebrauch von der Fristsetzung nach §§ 411 Abs. 4 Satz 2, 296 Abs. 1, 4 ZPO. Dann ist für alle Beteiligten klar, wann sie von den ihnen gesetzlich eingeräumten Mitteln keinen Gebrauch mehr machen können oder nur unter den engen Voraussetzungen des § 296 Abs. 1 und 2 ZPO. Der Entschuldigungsgrund für die Verspätung ist glaubhaft zu machen (Abs. 4 ZPO). Dazu kann sich der Betroffene aller Beweismittel bedienen, auch der Eidesstattlichen Versicherung (§ 294 Abs. 1 ZPO) und der *anwaltlichen* Versicherung.

Allerdings sollte der Anwalt die Rechtsprechung beachten und ggf. einsetzen, derzufolge eine Fristversäumnis durch eine Partei nur dann Ausschlusswirkung haben kann, wenn die erfolgte Fristsetzung ordnungsgemäß und mit der Belehrung über die Folgen versehen und förmlich zugestellt wurde.⁶³³ Das findet auch seine Bestätigung in dem Beschluss des BGH vom 17.5.2017, wonach stets dann, wenn den Parteien nach Eingang des Gerichtsgutachtens keine Frist gesetzt wurde, die den Anforderungen des § 296 Abs. 1 ZPO genügt, eine Präklusion ohnehin ausscheidet.⁶³⁴

Handlungsempfehlung:

Wird der Partei in einem späteren Hauptsachverfahren Präklusion angekündigt, sollten unverzüglich die Förmlichkeiten einer gerichtlichen Fristsetzung und ihrer Beachtung im selbständigen Be-

⁶³⁰ BGH 11.6.2010 – V ZR 85/09, NJW 2010, 2873.

⁶³¹ BGH 17.5.2017 – VII ZR 36/15, NJW 2017, 3661.

⁶³² BGH 25.10.2005 – V ZR 241/04, NJW-RR 2006, 428.

⁶³³ OLG Braunschweig 18.7.2012 – 8 W 32/12, NJW-Spezial 2012, 588.

⁶³⁴ BGH 17.5.2017 – VII ZR 36/15, NZBau 2017, 476.

weisverfahren geprüft werden. Wurden sie nicht beachtet, ist einer Präklusion der Boden entzogen.

- 930 Für die betroffene Partei bzw. ihren anwaltlichen Vertreter ist **nicht** vorhersehbar, wie das Gericht in seiner freien Überzeugungsbildung, die ihm das Gesetz zugesteht, später eine mögliche Verzögerung abschließend beurteilt. Hierbei ist unbedingt zu beachten, dass die „genügende Entschuldigung“ der Verspätung im Fall einer konkreten Fristsetzung *allein* ausreicht, um der Zurückweisung zu entgehen, die Frage einer möglichen Verzögerung also nur geprüft werden muss, wenn keine genügende Entschuldigung vorliegt.
- 931 Bei Fehlen einer konkreten Fristsetzung sind die Hürden einer Zurückweisung durch das Gericht höher, weil kumulativ eine Verzögerung des Rechtsstreits gegeben sein *und* die Verspätung auf grober Nachlässigkeit beruhen muss.
- 932 Wegen der Frage, wann (noch) eine angemessene Zeit iSv § 411 Abs. 4 ZPO gegeben ist, wird auf → Rn. 973 ff. zur Beendigung des Beweisverfahrens hingewiesen.
- 933 Eine Verspätung mit der Geltendmachung der Mittel des selbständigen Beweisverfahrens, nachdem der Sachverständige seinen Gutachtauftrag erfüllt hat und das Gericht seiner Pflicht zur Zustellung des Gutachtens an die Verfahrensbeteiligten nachgekommen ist, bedeutet nicht allein, dass die Einwirkungsmöglichkeiten im selbständigen Beweisverfahren selbst aufgegeben sind. Vielmehr kann eine Verspätung nach der Rechtsprechung **Fernwirkung auf ein künftiges Hauptsachverfahren** haben.
- 934 Zur Vermeidung einer eigenen Haftung sollte der Anwalt daher auch hier den sichersten Weg gehen und innerhalb der letzten konkret gesetzten oder der angemessenen Frist den Verfahrensrechten seiner Partei Geltung verschaffen. Ist aber eine Fristverlängerung erforderlich, sollte sie bei ihrer Beantragung – **nicht erst** nach Kritik durch die anderen Beteiligten oder gar der Ablehnung durch das Gericht – so gut wie möglich begründet werden. Arbeitsüberlastung des Anwalts als (alleiniger) Grund für einen Fristverlängerungsantrag setzt den Antrag der Abweisung aus.
- 935 Eine Ausnahme gilt dann, wenn eine **neue Begutachtung** erforderlich wird.
- 936 Das Gesetz lässt in § 412 ZPO eine neue Begutachtung, also durch einen anderen Sachverständigen, grundsätzlich in zwei Fällen zu:
- das vorgelegte Gutachten ist nach seiner Bewertung nicht verwendbar („ungenügend“);
 - der Sachverständige wurde nach der Erstattung des Gutachtens erfolgreich abgelehnt.
- 937 Nur der erste Fall ist „präklusionsrelevant“, weil die Entscheidung, ein neues Gutachten einzuholen, (auch) vom Gericht der Hauptsache getroffen werden kann. Eine Ablehnung des Sachverständigen wegen Befangenheit muss dagegen sofort, also noch im selbständigen Beweisverfahren selbst, geltend gemacht werden – es sei denn, es ergibt erst sich im Nachhinein ein Ablehnungsgrund.
- 938 Aussichten, das Gericht davon zu überzeugen, dass die Voraussetzungen für eine neuen Begutachtung durch einen *anderen* Sachverständigen vorlägen, bestehen in der Regel nicht, zumal es sich unstreitig um einen Ausnahmetatbestand handelt. Aber nur in einem solchen Fall könnte eine mögliche Präklusion „umgangen“ werden. Der Verfahrensbeteiligte, der § 412 Abs. 1 ZPO aktivieren möchte, muss Erhebliches vorbringen können und wird sich eines Experten bedienen müssen, wenn nicht das angegriffene Gutachten offenkundig „ungenügend“ ist. Aber das muss schon das Gericht des selbständigen Beweisverfahrens veranlassen, ein neues Gutachten einzuholen.
- 939 Verfahrensübergreifende Präklusion kann in jedem Fall von den Gerichten nicht ohne weiteres angenommen werden, sie bedarf vielmehr genauer Prüfung und Darlegung, weil sie das rechtliche Gehör betrifft. Deshalb vertritt auch das OLG Frankfurt die Auffassung, dass Einwendungen gegen das Ergebnis eines selbständigen Beweisverfahrens auch noch im Hauptsacheprozess vorgebracht werden können, dort allerdings im Rahmen der Klagerwiderrung.⁶³⁵ Im Fall des Streitverkündungsempfängers im selbständigen Beweisverfahren

⁶³⁵ OLG Frankfurt 4.10.2011 – 10 U 264/07, NJW 2012, 1153.