Verfahrensrecht - Teil 1: Beweissicherungsverfahren

DirAG Andreas Frank, Amtsgericht Cuxhaven

I. Zulässigkeit des selbständigen Beweisverfahrens in Familiensachen

Das FamFG selbst sieht kein selbständiges Beweisverfahren vor. In Familiensachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit wird es in der Literatur dennoch für möglich gehalten und vertreten, die Vorschriften der ZPO (§§ 485- 494a ZPO) seien entsprechend anzuwenden.[1] Üblich ist es allerdings in diesen Verfahren nicht, und angesichts des Amtsermittlungsgrundsatzes ist auch fraglich, ob es ein entsprechendes Bedürfnis gibt.

Ebenfalls noch weithin unüblich, aber zulässig ist das selbständige Beweisverfahren in Familienstreit- und Ehesachen, da § 113 Abs. 1 FamFG für diese Verfahren auf die ZPO verweist. In diesen Verfahren kann es auch sinnvoll sein, und zwar insbesondere in Güterrechtssachen und sonstigen Familienstreitsachen. Die veröffentlichte Literatur und Rechtsprechung beziehen sich im Wesentlichen auf Verfahren über den Zugewinnausgleich, und diese werden auch den Hauptanwendungsfall dieser Verfahrensart bleiben. Denkbar ist die Durchführung eines selbständigen Beweisverfahrens aber zB auch in Unterhaltssachen oder Verfahren aus dem sogenannten „Nebengüterrecht“, worauf ich später noch eingehen werden.

Bei den Gerichten ist das selbständige Beweisverfahren nicht sonderlich beliebt, zum Teil bekommt man den Eindruck, sie wollten es durch überzogene Anforderungen an die Zulässigkeit oder die Ansetzung viel zu geringer Verfahrenswerte den Beteiligten möglichst madig machen. [2] Diese Zurückhaltung der Justiz hat mehrere mögliche Gründe. Zum einen werden selbständige Beweisverfahren nicht immer stringent geführt, insbesondere wird zum Teil aus (wohl unberechtigter) Angst vor späterer Präklusion schon umfangreich zur Sache vorgetragen, obwohl das eigentlich nicht veranlasst ist. Zum anderen kann das Gericht das Verfahren nur schwer beenden, wenn die Beteiligten nach der Beweisaufnahme nicht lockerlassen und immer weitere Ergänzungsfragen stellen. Ein weiterer Gesichtspunkt hängt mit der statistischen Erfassung von selbständigen Beweisverfahren bei den Gerichten zusammen: diese zählen nämlich nicht für die Belastungsstatistik der Gerichte. Für den Richter ist ein „erfolgreiches“ selbständiges Beweisverfahren, das einen Rechtsstreit vermeidet, also mit einem Mandat eines Rechtsanwalts vergleichbar, für das er nicht bezahlt wird.

Das selbständige Beweisverfahren ist jedenfalls dann eine Familiensache, wenn es sich auf eine anhängige Familiensache bezieht (§ 485 Abs. 1 ZPO). Allerdings sollte es richtigerweise auch dann von den Familiengerichten betrieben werden, wenn das zu vermeidende

[1] Keidel/*Sternal*, FamFG, 19. Aufl., § 30 Rn. 121 m.w.N.; Kemper/Schreiber/*Schreiber* hält das selbständige Beweisverfahren dagegen in fG-Sachen für unzulässig.
[2] AG Grevenbroich BeckRS 2017, 111942.

Verfahren dort zu führen wäre. Zum Teil wird zwar vertreten, vor Anhängigkeit eines gerichtlichen Verfahrens sei das selbständige Beweisverfahren noch keine Familiensache.[3] Überzeugender ist meines Erachtens die Auffassung, die eine Zuständigkeit des Familiengerichts bejaht, wenn sich aus der Antragsschrift ergibt, dass das später zu führende Verfahren eine Familiensache sein wird („Familiensache kraft verfahrensrechtlichen Sachzusammenhangs").[4] Denn § 113 Abs. 1 FamFG verweist für Familienstreitsachen insgesamt auf die ZPO, was m.E. auch für das „vorgelagerte" selbständige Beweisverfahren gelten muss. Und nach § 486 Abs. 2 ZPO ist der Antrag bei dem Gericht zu stellen, das nach dem Vortrag des Antragstellers in der Hauptsache zuständig wäre. Die veröffentlichte obergerichtliche Rechtsprechung geht über diesen Punkt allerdings ohne Prüfung seiner Zuständigkeit hinweg. [5]

II. Die beiden Verfahren nach § 485 ZPO.

Vorab: § 485 ZPO sieht zwei verschiedene Verfahren vor, nämlich nach § 485 Abs. 1 ZPO und nach § 485 Abs. 2 ZPO. Das erstgenannte kann man in Anlehnung an die frühere Terminologie „Beweissicherungsverfahren"[6] nennen, wenngleich diese Bezeichnung – ungenau – in der Praxis durchaus für beide Verfahrensarten verwendet wird.

1. Selbständiges Beweisverfahren nach § 485 Abs. 1 ZPO

Einem Antrag auf Durchführung des selbständigen Beweissicherungsverfahrens nach § 485 Abs. 1 ZPO ist stattzugeben, wenn der Gegner zustimmt oder wenn nach pflichtgemäßem Ermessen des Gerichts zu besorgen ist, dass das Beweismittel verloren geht oder seine Benutzung erschwert wird, § 485 Abs. 1 ZPO. Die drohende Verjährung rechtfertigt diese Besorgnis nicht, weil sie sich nicht aus tatsächlichen Umständen ergibt und sich auch nicht auf ein Beweismittel auswirkt.[7]

Der Antrag nach Abs. 1 kann auch während es laufenden Gerichtsverfahrens gestellt werden. Zulässig sind nur die Beweismittel Zeugenbeweis, Augenschein und Sachverständigengutachten. Es handelt sich um einen Verfahrens-, nicht um einen Sachantrag. Dennoch ist eine konkrete Beweisfrage zu formulieren, wie sich aus § 487 ZPO ergibt. Danach muss der Antrag den oder die Gegner bezeichnen, die Tatsachen benennen, über die Beweis erhoben werden soll und die Beweismittel bezeichnen, durch die der Beweis erhoben werden soll. Beim Zeugenbeweis gehört dazu die ladungsfähige Anschrift des/der

[3] LG Lüneburg FamRZ 1984, 69; diese Entscheidung zitiert – ohne eigene Stellungnahme – Johannsen/Henrich/*Althammer*, 6. Aufl., § 111 FamFG Rn. 20.
[4] Keidel/*Weber*, § 111 FamFG Rn. 11.
[5] So auch zuletzt OLG Brandenburg FamRZ 2019, 1733.
[6] Vgl. *Litzenberger/Strieder* JA 2017, 374.
[7] *Litzenberger/Strieder* JA 2017, 374, 376.

Zeugen.[8] Beim Sachverständigenbeweis reicht es aus, das Beweismittel „Sachverständiger“ zu bezeichnen.[9]

Außerdem sind die Umstände darzulegen und **glaubhaft zu machen**, aus denen sich die Zulässigkeit des selbständigen Beweisverfahrens und die Zuständigkeit des Gerichts ergeben. Für die Glaubhaftmachung gilt § 294 ZPO; insbesondere reicht der in der Praxis übliche „Ein- bis Zweizeiler“ nicht aus, in dem sich die Partei ein vorformuliertes Schreiben ihres Anwalts zu eigen macht. Entbehrlich ist die Glaubhaftmachung, soweit die Gegenseite dem Antrag zustimmt[10] (dann muss sie aber immer noch hinsichtlich der Zuständigkeit erfolgen). Nach allgemeinen Grundsätzen bedarf außerdem keiner Glaubhaftmachung, was offenkundig oder unstreitig ist.

a. Zeugenbeweis

Der Verlust eines Rechtsmittels kann zum Beispiel bei alten und/oder schwer erkrankten Zeugen zu befürchten sein, bei denen die Besorgnis besteht, dass sie in einem späteren Rechtsstreit nicht mehr aussagen können.[11] Als Erschwerung der Beweisaufnahme reicht es auch aus, dass diese zu einem späteren Zeitpunkt mit höheren Kosten oder größerem Aufwand verbunden wäre.[12] Explizit entschieden ist das für den Fall, dass eine Beweisaufnahme im Ausland vermieden werden kann.[13] Hier ist zB an Zeugen zu denken, die eine Auswanderung planen. Man kann hier etwa an die oft streitige Frage denken, ob, an wen genau und in welcher Höhe eine Schenkung seitens der Eltern erfolgt und dem Anfangsvermögen zuzurechnen ist. Das kann für die Berechnung des Zugewinns maßgeblich sein. Grundsätzlich denkbar ist auch eine vorgezogene Beweisaufnahme über den Trennungszeitpunkt in Ehesachen. Im Bereich der Vermögensauseinandersetzung außerhalb des Güterrechts sind ebenfalls viele Beweisfragen denkbar, die Gegenstand eines selbständigen Beweisverfahrens sein können: Werterhöhungen durch Arbeitsleistungen, Treuhandverträge, Absprachen über die Innenhaftung für gemeinsam aufgenommene Schulden, Umstände der Mitarbeit eines Ehegatten im Betrieb des anderen etc. Im Unterhaltsrecht ist an Verwirkungsgründe zu denken, z.B. das Bestehen einer neuen Lebensgemeinschaft oder andere Umstände nach § 1579 Nr. 2-8 BGB. Wann immer ein Beweismittel verloren zu gehen droht, insbesondere durch einen befürchteten Wegzug oder die schwere Erkrankung von Zeugen, sollte die Möglichkeit eines selbständigen Beweisverfahrens beachtet werden. In der Praxis kommt es in diesen Konstellationen allerdings bislang – soweit ersichtlich – nicht vor.

[8] *Cuypers* NJW 1994, 1989.
[9] *Büte* FuR 2017, 642.
[10] *Cuypers* NJW 1994, 1989.
[11] OLG Nürnberg NJW-RR 1998, 575: 84jähriger, gesundheitlich angeschlagener Zeuge.
[12] BLAH, ZPO, 74. Aufl., § 485 Rn. 7.
[13] Nachweise bei BLAH, ZPO, 74. Aufl., § 485 Rn. 7.

b. Sachverständigenbeweis und Augenschein

Auch die Einholung eines Sachverständigengutachtens oder die Augenscheinnahme kommen nach Abs. 1 in Betracht, wenn zum Beispiel der Verlust oder die Veräußerung einer Sache droht. An die Zulässigkeit des Verfahrens ist ein großzügiger Maßstab anzulegen, da der Antragsgegner kein rechtlich schützenswertes Interesse an der Verhinderung oder der Erschwerung einer Beweisaufnahme hat. Deshalb sind Verlust und Erschwernis der Beweismittel Augenschein und Sachverständigengutachten schon zu besorgen, wenn die zu besichtigende oder zu begutachtende Sache unterzugehen oder verändert zu werden droht. Hat der Antragsteller keine Möglichkeit, die Veränderung oder den Untergang des Beweismittels zu verhindern, ist das selbständige Beweisverfahren ohne weitere Voraussetzung zulässig. Es ist aber auch zulässig, wenn der Antragsteller selbst die Veränderung vornehmen[14], z.B. die in den Zugewinn fallende Immobilie sanieren oder umbauen möchte. Es können ja Renovierungen anstehen, oder der Auszug eines Ehegatten lässt die eheliche Immobilie „zu groß“ für den in ihr verbliebenen werden, so dass eine Aufteilung der Wohnung in einen selbst genutzten und einen vermieteten Teil ansteht.

Auch die bevorstehende Veräußerung einer Sache oder eines Unternehmens kann ein selbständiges Beweisverfahren rechtfertigen.[15] Dagegen reicht es für die Zulässigkeit nicht aus, dass dem antragstellenden Beteiligten Kostennachteile entstehen könnten, wenn erst im Streitverfahren ein Sachverständigengutachten eingeholt wird und deshalb die Gefahr besteht, dass er mit seinen Anträgen teilweise unterliegt und Kostenerstattungsansprüchen des Antragsgegners ausgesetzt ist.[16]

Die Unternehmens- oder Grundstücksbewertung im selbständigen Beweisverfahren erfolgt in der Regel im Zugewinnausgleich, denkbar ist auf diesem Wege aber auch eine Beweissicherung hinsichtlich des Einkommens eines Selbständigen oder des (objektiven) Wohnwerts einer Immobilie, wenn Veränderungen drohen, die die spätere Beweisführung erschweren könnten. Denn unter den Begriff „Wert“ einer Sache lässt sich zwanglos auch der Ertragswert (Mietwert) subsumieren, so dass kann im selbständigen Beweisverfahren auch die **ortsübliche Vergleichsmiete** ermittelt werden kann.[17]

Außerdem formuliert § 485 Abs. 2 Nr. 1 auch die Möglichkeit, über den „Zustand einer Person“ Beweis zu erheben. Das kann nach Ansicht des OLG Celle auch die Berufsunfähigkeit sein.[18] Man könnte dies z.B. im Unterhaltsverfahren nutzen, um über die (vorübergehende) Erwerbsunfähigkeit eines in Behandlung befindlichen Unterhaltsgläubigers oder auch -schuldners Beweis zu erheben.

[14] OLG Köln MDR 1994, 94.
[15] *Born* FPR 2009, 306.
[16] OLG Hamm FamRZ 2004, 956.
[17] Zöller/*Herget*, 32. Aufl., § 485 ZPO Rn 9 mwN auch zur Gegenansicht.
[18] OLG Celle NJW-RR 2011, 536.

2. Selbständiges Beweisverfahren nach § 485 Abs. 2 ZPO

Das Verfahren nach Abs. 2 unterscheidet sich in mehreren Punkten von demjenigen nach Abs. 1. Es ist auf eine Streitschlichtung in Fällen angelegt, in denen die Beteiligten weniger über rechtliche und in erster Linie über tatsächliche Fragen uneins sind.[19]

a. Beweisaufnahme nur durch Sachverständigenbeweis

Anders als nach Abs. 1 ist die Beweisaufnahme im Verfahren nach Abs. 2 nur durch Sachverständigengutachten möglich. Die Norm spricht sogar nur von einem schriftlichen Sachverständigengutachten. Das schließt aber eine mündliche Erläuterung des Gutachtens durch den Sachverständigen nicht aus.[20] Diese ist sogar ausdrücklich vorgesehen, § 492 Abs. 3. Dabei ist zu beachten, dass in Familienstreitsachen Anwaltszwang besteht und dieser auch für die mündliche Verhandlung im selbständigen Beweisverfahren gilt. Verfahrenshandlungen kann also nur ein Anwalt vornehmen,[21] insbesondere kann auch ein wirksamer Vergleich nur bei anwaltlicher Vertretung geschlossen werden. Der Antrag auf Einleitung des selbständigen Beweisverfahrens und seine weitere Durchführung außerhalb einer mündlichen Verhandlung unterliegen dagegen noch nicht dem Anwaltszwang.[22]

Die Beschränkung auf die Beweisführung durch Sachverständige schränkt den Anwendungsbereich gegenüber dem Verfahren nach Abs. 1 ein. Im Wesentlichen kommt die Beweisaufnahme in Güterrechtssachen und sonstigen Familiensachen in Betracht. In Unterhaltssachen spricht der laufende Bedarf an Unterhaltszahlungen gegen die Vorschaltung eines eigenständigen Verfahrens zur Beweiserhebung. Außerdem wird es in der Praxis kaum vorkommen, dass die Unterhaltshöhe nach den Vorstellungen der Beteiligten nur von wenigen, klar umgrenzten Umständen abhängt, nach deren Klärung schnell eine Einigung gefunden werden kann.

b. Selbständiges Beweisverfahren nur außerhalb eines anhängigen Rechtsstreits

Gem. § 485 Abs. 2 ZPO kann jede Partei die Einholung eines Sachverständigengutachtens verlangen, um den Wert einer Sache feststellen zu lassen. Das muss außerhalb eines anhängigen Rechtsstreits erfolgen. Deshalb scheidet ein Vorgehen nach § 485 Abs. 2 ZPO aus, wenn der Zugewinnausgleich als Folgesache im Scheidungsverbund geltend gemacht wird. Wenn er dagegen nach rechtskräftiger Scheidung isoliert verfolgt werden soll, kommt das Verfahren grundsätzlich in Betracht. Allerdings darf dann auch kein Stufenantrag gestellt werden, weil im Stufenverfahren sämtliche Stufen gleichzeitig anhängig werden. Soweit vor der Durchführung des selbständige Beweisverfahrens also noch Auskünfte benötigt werden, die z.B. die Bewertung eines Unternehmens erst ermöglichen sollen, sollte ausnahmsweise kein Stufenantrag gestellt werden, sondern ein isolierter Auskunftsantrag.[23] Nach

[19] Vgl. Litzenberger/Strieder JA 2017, 374.
[20] BGH MDR 2006, 287; Zöller/*Herget*, 32. Aufl., § 485 ZPO Rn. 8.
[21] Zöller/*Herget*, § 486 ZPO Rn. 1.
[22] MüKoZPO/*Schreiber*, § 485 ZPO Rn. 5.
[23] *Kogel*, Strategien im Zugewinnausgleich, 6. Aufl., Rn. 1413; Im Scheidungsverbund ist das allerdings unzulässig, Koch/*Frank*, Handbuch Unterhaltsrecht, § 8 Rn. 109.

rechtskräftiger Entscheidung über diesen ist kein Rechtsstreit mehr anhängig, so dass das selbständige Beweisverfahren durchgeführt werden kann.

Bei dieser Vorgehensweise muss aber die drohende Verjährung im Blick behalten werden: nach Rechtskraft der Ehescheidung hemmt § 207 BGB die Verjährung nicht mehr. Auch die Erhebung des isolierten Auskunftsantrags hemmt die Verjährung nicht.[24] Dagegen tritt durch Zustellung des Antrags auf Durchführung eines selbständigen Beweisverfahrens eine Hemmung der Verjährung ein, § 204 Nr. 7 BGB. Dabei ist aber zu beachten, dass der Anspruch in der Antragsschrift eindeutig zu bezeichnen ist, damit festgestellt werden kann, bezüglich welchen Anspruchs die Verjährung gehemmt werden soll.[25] Das ist zu betonen, weil die Bezeichnung des Anspruchs nicht grundsätzlich Voraussetzung eines zulässigen Antrags auf Durchführung des selbständigen Beweisverfahrens ist. Sie aber zur Individualisierung des Anspruchs für die materiell-rechtliche Verjährungsprüfung erforderlich.

Wenn durch das selbständige Beweisverfahren die Verjährung gehemmt werden soll, muss außerdem die zeitliche Grenze der Hemmung im Auge behalten werden: gemäß § 204 Abs. 2 BGB endet diese 6 Monate nach der Beendigung des Verfahrens. Wann ein selbständiges Beweisverfahren endet, ist aber in der Praxis gar nicht so leicht festzustellen (s. unten f).

c. Rechtliches Interesse an der Beweiserhebung

Als weitere Voraussetzung für die Zulässigkeit des selbständigen Beweisverfahrens muss ein rechtliches Interesse an der Durchführung der Beweiserhebung bestehen. Das ist nach § 485 Abs. 2 ZPO S. 2 der Fall, wenn das Verfahren der Vermeidung eines Rechtsstreites dienen kann. Dieses Merkmal ist großzügig auszulegen. Ein Rechtsstreit kann nach der gängigen Rechtsprechung zum Beispiel auch dann vermieden werden, wenn das selbständige Beweisverfahren nicht zu dem vom Antragsteller vermuteten Ergebnis führt und er deshalb möglicherweise von einem gerichtlichen Verfahren Abstand nimmt. Ein rechtliches Interesse kann auch nicht deshalb verneint werden, weil der Antragsgegner seine Einstandspflicht leugnet, Verjährung geltend macht oder jegliche gütliche Einigung im Vorfeld ablehnt. Die Rechtsprechung verneint das rechtliche Interesse vielmehr nur, wenn überhaupt kein Rechtsverhältnis, kein Anspruch oder kein möglicher Verfahrensgegner ersichtlich ist.[26]

Da die Rechtsprechung entfernte Schlichtungsmöglichkeiten für ausreichend hält, kann das selbständige Beweisverfahren einen Rechtsstreit selbst dann vermeiden, wenn ein materiell-rechtlicher Anspruch nicht schlüssig dargelegt bzw. glaubhaft gemacht ist. Auf die Erheblichkeit der Beweisfragen oder die Erfolgsaussichten im späteren Verfahren kommt es nicht an.

[24] OLG Celle FamRZ 1996, 678; MüKoBGB/*Koch*, 8. Aufl., § 1378 BGB Rn. 51.
[25] MüKoBGB/*Grothe*, 8. Aufl., § 204 BGB Rn.
[26] S. dazu die Nachweise bei *Kogel*, Rn 1405 f.

Das OLG Naumburg hat das wie folgt zusammengefasst:

„(…) *Die Feststellung des Wertes kann der Vermeidung eines gerichtlichen Zugewinnausgleichsverfahrens dienen. Insoweit genügt eine Schlichtungsmöglichkeit im weitesten Sinne, auch entfernte Schlichtungsmöglichkeiten berechtigen nicht dazu, das „rechtliche Interesse" zu verneinen. Der Hauptsacheprozess muss nicht mit Sicherheit zu erwarten oder angedroht sein; schon die aus der Rechtslage herzuleitende Möglichkeit eines solchen Prozesses genügt. Auf die Möglichkeit, ein Privatgutachten einzuholen, darf der Antragsteller nicht verwiesen werden Das selbstständige Beweisverfahren kann selbst dann ein gerichtliches Verfahren vermeiden, wenn die in diesem Verfahren festzustellenden Tatsachen keine ausreichende Grundlage für materiell-rechtliche Ansprüche (vgl. hier etwa § 1384 BGB) geben; denn auf die Erheblichkeit der Beweisfragen oder die Erfolgsaussichten im späteren Prozess kommt es nicht an*."[27]

Es reicht sogar aus, eine spätere mögliche Teilungsversteigerung zu vermeiden. Diese wird oft nur notwendig, weil die Parteien sich nicht über den Wert der Immobilie einigen können. Auch die Teilungsversteigerung ist ein Parteiprozess im Sinne der ZPO, denn das Zwangsversteigerungsverfahren ist Teil des achten Buches der Zivilprozessordnung. Damit steht der Anwendung der Vorschriften des selbständigen Beweisverfahrens nicht entgegen, dass die Abwicklung in einem Spezialgesetz normiert wird. [28]

Das OLG Brandenburg hat diese weite Anwendbarkeit des selbständigen Beweisverfahrens in einer jüngeren Entscheidung bestätigt und ausgeführt: „*Das rechtliche Interesse wird bei einem Streit über den Wert von Grundstücken i. d. R. gegeben sein, weil ein Sachverständigengutachten objektiv geeignet ist, eine einvernehmliche Streitbereinigung herbeizuführen und so einen Rechtsstreit zu vermeiden. Ein getrenntlebender Ehegatte hat ein rechtliches Interesse an der Feststellung des Wertes eines im jeweils hälftigen Miteigentum stehenden Hausgrundstücks, da dadurch eine außergerichtliche Zugewinnausgleichsregelung erleichtert und somit ein entsprechendes Gerichtsverfahren vermieden werden kann. Nichts anderes gilt für solche im Alleineigentum eines Ehegatten stehenden Grundstücke, wie es hier der Fall ist.*"[29]

In dieser Praxis wird bei Miteigentum oft ein Privatgutachten über den Wert der Immobilie eingeholt. Das hat den Vorteil, dass es recht schnell geht. Oft wird im Vorfeld auch übersehen, vor Einholung des Gutachtens eine verbindliche Schiedsabrede zu treffen, in der Hoffnung, man werde sich schon einig werden. Fällt das Gutachten dann zum Missfallen einer Partei aus, kommt es doch zum Streit und auch zu Gerichtsverfahren, die doch eigentlich vermieden werden sollten. Leider werden Privatgutachten in der Praxis von den Gerichten aber oft nicht akzeptiert, zumal häufig beide Ehegatten Gutachten mit

[27] OLG Naumburg FamRZ 2011, 1531.
[28] *Kogel*, Rn. 1408; a.A. *Schneider* NZFam 2017, 623.
[29] OLG Brandenburg FamRZ 2019, 1733.

unterschiedlichen Werten vorlegen. Der gemeine Amtsrichter wird dann vorschlagen, den Mittelwert zugrunde zu legen. Gelingt das nicht, bleibt in der Regel nur die Einholung eines dritten Gutachtens. Dann hat man dreimal bezahlt…

Aber kommt es bei hälftigem Miteigentum für den Zugewinnausgleich überhaupt auf den Wert des Grundstücks an?

Unter Umständen ja, denn bei verschieden hohen Anfangsvermögen kann der Wert des Grundstücks den Ausgleichsanspruch beeinflussen. Außerdem muss bei der Trennungsberatung in der Regel ja auch ohne güterrechtliches Verfahren das Schicksal der ehelichen Immobilie geklärt werden. Die Teilungsversteigerung wird dabei in der Regel nicht im Interesse der Eheleute liegen. Wenn die Übernahme der Immobilie durch einen Ehegatten in Betracht kommt, muss ihr Verkehrswert realistisch ermittelt werden.

Ein Problem besteht, wenn der Mandant die Einholung eines Privatgutachtens nicht bezahlen kann. Zwar können Gutachten zur Verfahrensvorbereitung unter Umständen ausnahmsweise auch im Rahmen bewilligter Verfahrenskostenhilfe erstattungsfähig sein.[30] Auch bei Selbstzahlern kommt eine Erstattung im Rahmen der Kostenfestsetzung in Betracht, wenn das Gutachten vorprozessual für einen bestimmten Rechtsstreit eingeholt wird.[31] Das ist aber riskant, weil nicht sicher absehbar ist, ob das Gericht im Rahmen der Abrechnung von Auslagen die Notwendigkeit der Einholung eines Privatgutachtens anerkennen wird.

Dieses Problem stellt sich beim selbständigen Beweisverfahren nicht, weil auch dafür in Familienstreitsachen Verfahrenskostenhilfe beantragt werden kann. Darin liegt keine missbräuchliche Finanzierung von Gutachterkosten durch den Staat, denn dass im Rahmen der Verfahrenskostenhilfe ggf. auch die Kosten einer Beweisaufnahme vom Staat getragen werden, liegt in der Natur der Sache.[32]

Das Gericht darf die Bewilligung der Verfahrenskostenhilfe auch nicht mit der Begründung verweigern, der spätere, also der gerade zu vermeidende Antrag im streitigen Verfahren habe keine Aussicht auf Erfolg. Es zählt nur die Erfolgsaussicht des Beweisverfahrens selbst.[33] Auch die Mutwilligkeit wird in der Regel nicht gegeben sein, da auch eine begüterte Partei diesen Weg gehen würde, um die Kosten insgesamt niedrig zu halten und schnell zu einem Ergebnis zu gelangen. Zu beachten ist aber, dass die PKH/VKH für selbständige Beweisverfahren und ein etwaiges späteres Hauptsacheverfahren gesondert beantragt werden muss.

[30] OLG Stuttgart VersR 1979, 427.
[31] BGH NJW 2008, 1597.
[32] OLG Köln FamRZ 2010, 1585.
[33] *Dürbeck/Gottschalk*, Prozess- und Verfahrenskostenhilfe, 8. Aufl., Rn. 17; *Zimmermann*, Prozesskosten- und Verfahrenskostenhilfe, 5. Aufl. Rn. 186, der insoweit anders als nach hier vertretener Ansicht allerdings auch die Darlegung eines materiell-rechtlichen Anspruchs verlangt.

Man könnte den Wert natürlich auch schätzen. Das bringt aber zwei Risiken mit sich: schätzt man zu niedrig, entgehen dem Mandanten möglicherweise höhere Beträge. Um diese Gefahr zu vermindern, sollte ein Antrag bei dieser Vorgehensweise jedenfalls sicherheitshalber ausdrücklich als Teilantrag gestellt werden.[34] Damit ist aber wiederum ein Verjährungsproblem verbunden: die Hemmung der Verjährung tritt bei einem Teilantrag nur bezüglich des bezifferten Betrags ein![35]

Schätzt man zu hoch und beziffert einen Leistungsantrag „ins Blaue hinein" entsprechend, droht – außerhalb des Scheidungsverbunds – eine ungünstige Kostenentscheidung. Ein Vorteil des selbständigen Beweisverfahrens gegenüber der Beweiserhebung im streitigen Verfahren kann sein, dass die Beweisfrage „offener" formuliert werden kann. So gestattet § 485 Abs. 2 Nr. 1 ZPO ausdrücklich die Beweiserhebung über „den Zustand oder Wert einer Sache". Anders als im streitigen Verfahren, in dem ein Mindestwert behauptet werden müsste, kann also beantragt werden, ergebnisoffen über den Wert Beweis zu erheben.[36]

d. Die Entscheidung des Gerichts im selbständigen Beweisverfahren:

Das Gericht entscheidet durch Beschluss. Davor kann es mündlich verhandeln, ist aber nicht dazu verpflichtet. Dem Gegner ist rechtliches Gehör zu gewähren, es sei denn, es besteht Gefahr im Verzug (§ 491 Abs. 1 ZPO). Wenn ein Beweistermin stattfindet, z.B. ein Ortstermin oder eine Zeugenvernehmung, ist der Gegner unter Zustellung des Beschlusses zu laden. Erfolgt das nicht, findet die Beweisaufnahme gem. § 491 Abs. 2 ZPO trotzdem statt. Der nicht ordnungsgemäß geladene Gegner kann dann aber im späteren Streitverfahren der Verwertung des Beweisergebnisses widersprechen (§ 493 Abs. 2 ZPO). Das gilt auch bei nicht ordnungsgemäß erfolgter Einladung zum Ortstermin eines Sachverständigen.[37]

Wenn das Gericht aufgrund mündlicher Verhandlung entscheidet, muss es den Beweisbeschluss gemäß §§ 113 Abs. 1 FamFG, 329 Abs. 1 ZPO förmlich verkünden. Anderenfalls reicht die formlose Mitteilung grundsätzlich aus. Wenn das Gericht gleichzeitig einen Termin zur Beweisaufnahme bestimmt oder in der Entscheidung auch den Sachverständigen benennt, muss es die Entscheidung allerdings an die Beteiligten zustellen. Förmlich zuzustellen ist auch eine Entscheidung, durch die der Antrag auf Durchführung des selbständigen Beweisverfahrens abgelehnt wird.[38]

e. Anfechtbarkeit der Entscheidung

Wenn das Gericht dem Antrag auf Durchführung eines selbständigen Beweisverfahrens **stattgibt**, ist diese Entscheidung nicht anfechtbar. Das Gericht kann sie allerdings auf eine Gegenvorstellung des Antragsgegners hin abändern oder auch aufheben. Das sollte es auch in Fällen tun, in denen die Gegenvorstellung auf einer begründeten Rüge der Verletzung

[34] *Kogel*, Rn. 1402.
[35] BGH FamRZ 2008, 675; *Büte* FuR 2017, 642.
[36] S. auch insoweit OLG Brandenburg FamRZ 2019, 1733.
[37] Thomas/Putzo/*Reichold* § 493 Rn. 2 m.w.N.
[38] Zur Bekanntgabe insgesamt Musielak/Voit/*Huber*, § 490 ZPO Rn. 6.

rechtlichen Gehörs beruht, denn ansonsten riskiert das Gericht, dass die Beweisaufnahme in einem späteren Verfahren nicht verwertbar ist.

Unanfechtbar ist auch die Auswahl des Sachverständigen. Dieser kann aber nach den allgemeinen Vorschriften wegen Besorgnis der Befangenheit abgelehnt werden. Das Gericht wird in der Regel den Beteiligten vor Benennung eines Sachverständigen auch zu dessen konkreter Auswahl rechtliches Gehör gewähren (§ 404 Abs. 2 ZPO); ausnahmsweise wird es davon absehen, wenn besondere Eile geboten ist. Wenn die Beteiligten sich auf einen SV einigen, ist das Gericht gem. § 404 Abs. 5 ZPO an diese Auswahl gebunden.

Gegen die **Ablehnung** der Durchführung eines selbständigen Beweisverfahrens findet die sofortige Beschwerde statt.[39]

f. Abschluss des selbständigen Beweisverfahrens

In der Praxis ist manchmal festzustellen, dass das selbständige Beweisverfahren kein Ende findet. Oft liegt das daran, dass die Beteiligten mehr oder weniger umfangreich zur Sache selbst vortragen. Das ist indessen nicht veranlasst und sollte vermieden werden.

Wann ein selbständiges Beweisverfahren endet, lässt sich nach der Rechtsprechung des BGH oft erst in der Rückschau beurteilen. Das ist besonders wegen der verjährungshemmenden Wirkung des Verfahrens sehr misslich: nach § 204 Abs. 2 BGB endet die Hemmung 6 Monate nach Beendigung des sB. Es wäre daher schon gut, rechtzeitig zu wissen, wann das Verfahren zu Ende ist. Nach dem BGH gilt:

„Eine förmliche Beendigung des selbstständigen Beweisverfahrens ist im Gesetz nicht vorgesehen. Ein anderer Abschluss als die Sicherung eines bestimmten Beweises findet nicht statt. Ein selbstständiges Beweisverfahren ist beendet, wenn die Beweissicherung sachlich erledigt ist. Erfolgt die Beweiserhebung durch ein schriftliches Sachverständigengutachten, ist das selbstständige Beweisverfahren mit dessen Übersendung an die Parteien beendet, wenn weder das Gericht nach § 411 IV 2 ZPO eine Frist zur Stellungnahme gesetzt hat noch die Parteien innerhalb eines angemessenen Zeitraums Einwendungen dagegen oder das Gutachten betreffende Anträge oder Ergänzungsfragen mitteilen. In den letztgenannten Fällen endet die Hemmung erst zu einem späteren Zeitpunkt. Ob die Beendigung des Verfahrens durch derartige Schritte hinausgeschoben worden ist, lässt sich naturgemäß erst bei rückschauender Betrachtung beurteilen.“ (…) „Haben die Parteien rechtzeitig Einwendungen gegen das im selbstständigen Beweisverfahren erstattete Gutachten erhoben, ist – sofern nicht eine weitere Beweisaufnahme stattfindet – das selbstständige Beweisverfahren jedenfalls dann beendet, wenn der mit der Beweisaufnahme befasste Richter zum Ausdruck bringt, dass eine weitere Beweisaufnahme nicht stattfindet und dagegen innerhalb angemessener Frist keine Einwände erhoben werden.“[40]

[39] Zu den Rechtsmitteln insgesamt: Musielak/Voit/Huber, § 490 ZPO Rn. 7.
[40] BGH NJW 2011, 594, 595.

Die „angemessene“ Frist ist gesetzlich wiederum nicht geregelt und wird auch vom BGH nicht näher spezifiziert. Die Rechtsprechung nimmt Zeiträume zwischen einem und sechs Monaten an.[41] Dabei soll es auf die Komplexität und den Umfang des Verfahrens ankommen.

Diese flexible Handhabung schafft, wie gesagt, Unsicherheit in Bezug auf die Verjährung. Der Beteiligte, der eine Verjährung vermeiden möchte, hat verschiedene Möglichkeiten dafür. Er kann natürlich ein Hauptsacheverfahren einleiten, was allerdings mit Kosten verbunden ist und durch das selbständige Beweisverfahren ja eigentlich gerade vermieden werden sollte. Er kann auch das Gericht bitten, eine angemessene Frist für weitere Stellungnahmen gem. § 411 Abs. 4 S. 2 ZPO zu setzen. Nach deren Ablauf ist das Verfahren dann beendet, wenn die Fristsetzung formgerecht erfolgt ist – sie muss vom Richter namentlich unterzeichnet sein – und den Beteiligten ordnungsgemäß zugestellt wurde.[42]

Das Gericht kann im Anschluss an die Beweisaufnahme eine mündliche Verhandlung gemäß 492 Abs. 3 ZPO bestimmen, um einen Vergleich zu protokollieren. Auch § 287 Abs. 6 ZPO ist anwendbar. Im Anwaltsverfahren – also in allen Ehe- und Familienstreitsachen – ist aber der Anwaltszwang zu beachten: ein nicht vertretener Beteiligter kann in diesen Verfahren deshalb keinen Vergleich abschließen. Es spricht nichts dagegen, in diesem Verfahren auch eine Verweisung an den Güterichter (§ 278a ZPO) in Betracht zu ziehen.

Das selbständige Beweisverfahren kann weder einseitig noch übereinstimmend für erledigt erklärt werden. Wenn die Beteiligten es übereinstimmend für erledigt erklären, wird das Gericht es nicht weiter betreiben, ohne allerdings von sich aus eine Kostenentscheidung zu treffen. Die einseitige Erledigungserklärung ist in eine Antragsrücknahme umzudeuten, mit der Kostenfolge nach § 269 Abs. 3 ZPO analog.[43]

g. Präklusion

Die Beteiligten müssen im selbständigen Beweisverfahren nicht umfassend zur Sache selbst vortragen und sollten es auch nicht, um dieses Verfahren nicht zu überfrachten. Sie sind also mit unterbliebenem Vortrag nicht präkludiert.

Davon gibt es aber eine wichtige Ausnahme: nach § 493 Abs. 1 ZPO steht die Beweiserhebung im selbstständigen Beweisverfahren derjenigen vor dem Gericht der Hauptsache gleich. Deshalb müssen die Beteiligten etwaige Einwendungen gegen die im selbständigen Beweisverfahren erhobenen Beweise und Tatsachenfeststellungen unverzüglich geltend machen, also nach Möglichkeit noch vor Abschluss des selbständigen Beweisverfahrens. Wenn nach der Beweiserhebung noch Fragen offen sind oder Einwendungen erhoben werden sollen, ist es ratsam, diese unverzüglich vorzubringen und

[41] Nachweise bei Zöller/*Herget*, § 492 ZPO Rn. 4.
[42] OLG Celle, OLGR 2005, 588.
[43] *Büte* FuR 2017, 642, 644.

ggfs. auch einen Termin zur mündlichen Erörterung des Gutachtens zu beantragen.[44] Das ist vor allem deshalb geboten, weil der Beteiligte nach der Rechtsprechung des BGH ansonsten mit nicht rechtzeitig erhobenen Einwänden und Ergänzungsfragen auch im späteren Hauptsacheverfahren präkludiert sein kann.[45] Das schließt der BGH daraus, dass § 492 Abs. 1 ZPO auf die für die Beweisaufnahme vor dem Prozessgericht geltenden Vorschriften und damit auch auf die §§ 411 Abs. 4, 296 Abs. 1 und 4 ZPO verweist. Auf jeden Fall ist deshalb eine vom Gericht zur Stellungnahme zur Beweiserhebung gesetzte Frist zu beachten, um die spätere Präklusion zu vermeiden. Zwar kann das Gericht auch im Hauptsacheverfahren noch von sich aus den Sachverständigen laden und zur Erläuterung des Gutachtens anhören. [46] Darauf sollte sich aber kein Beteiligter verlassen.

h. Kostenentscheidung

Im selbständigen Beweisverfahren selbst ergeht grundsätzlich keine Kostenentscheidung, wenn das Gericht dem Antrag stattgibt und die Beweisaufnahme durchführt. Vielmehr gehören die Kosten des selbständigen Beweisverfahrens dann zu den Kosten des bereits anhängigen (im Fall des Abs. 1) oder des später durchgeführten Verfahrens.[47] Wird das selbständige Beweisverfahren dagegen als unzulässig abgelehnt, entscheidet das Gericht auch über seine Kosten.[48] Kostenschuldner ist grundsätzlich der Antragsteller, § 21 Abs. 1 FamGKG. Wenn der Antragsgegner im selbständigen Beweisverfahren eigene Beweisfragen stellt, ist er insoweit Kostenschuldner. [49]

Kommt es nicht zu einem Hauptsacheverfahren, kann der Antragsteller einen möglichen materiell-rechtlichen Kostenerstattungsanspruch in einem gesonderten Verfahren verfolgen. Dieser kann sich z.B. aus Verzug ergeben. Wenn der Streit im Zusammenhang mit der Trennung oder Scheidung von Ehegatten steht, dürfte es sich um eine sonstige Familiensache gem. § 266 FamFG handeln.

Nicht im Gesetz geregelt ist die Kostenfolge bei **Rücknahme** des Antrags auf Durchführung eines selbständigen Beweisverfahrens. Der BGH wendet hier § 269 Abs. 3 ZPO analog an, so dass dem Antragsteller die Kosten des Verfahrens einschließlich der Kosten des Verfahrensgegners aufzuerlegen sind.[50]

Ein **Vergleich** im selbständigen Beweisverfahren sollte auch eine umfassende Kostenvereinbarung enthalten, weil bereits feststeht, dass kein Hauptsacheverfahren folgt. Wenn die Beteiligten sich nicht einigen, ist für die Kosten des Erörterungstermins § 98 ZPO

[44] *Litzenberger/Strieder* JA 2017, 374, 376.
[45] BGH NJW 2010, 2873, 2876.
[46] *Litzenberger/Strieder* JA 2017, 374, 376.
[47] BGH NJW 2011, 1292.
[48] Musielak/Voit/*Huber*, § 490 ZPO Rn. 5.
[49] Musielak/Voit/*Huber*, § 490 ZPO Rn. 5.
[50] BGH NJW 2011, 1292.

(über § 113 Abs. 1 FamFG) anzuwenden, für die Kosten des sB haftet dagegen der Antragsteller.[51]

Wenn die Beteiligten dagegen in einem späteren Hauptsacheverfahren einen Vergleich schließen, für das das selbständige Beweisverfahren maßgeblich war, sind die Kosten des selbständigen Beweisverfahrens Kosten des durch den Vergleich erledigten Hauptsacheverfahrens.

Der Antragsgegner kann auch eine Kostenentscheidung erzwingen, um z.B. seine außergerichtlichen Kosten erstattet zu bekommen: gem. §§ 113 Abs. 1 FamFG, 494a Abs. 1 ZPO hat das Gericht auf Antrag anzuordnen, dass der Antragsteller binnen einer vom Gericht zu bestimmenden Frist ein Hauptsacheverfahren einzuleiten hat. In Ehe- und Familienstreitsachen unterliegt der Antrag dem Anwaltszwang. Dem Antragsgegner des Beweisverfahrens ist eine angemessene Frist für die Prüfung zuzubilligen, ob er einen Antrag nach § 494a Abs. 1 ZPO stellt. Er handelt aber rechtsmissbräuchlich, wenn er mit der Antragstellung so lange wartet, bis etwaige Ansprüche des Antragstellers verjährt sind.[52] Auch im Übrigen hat ein Antrag nach § 494a Abs. 1 ZPO keinen Erfolg, wenn er rechtsmissbräuchlich ist. Das ist in der Regel der Fall, wenn der Antragsgegner durch sein Verhalten gerade bewirkt hat, dass ein zu erhebender Hauptsacheantrag keinen Erfolg mehr haben kann.[53]

Die Anordnung der Antragserhebung selbst ist nicht anfechtbar. Kommt der Antragsteller der Anordnung zur Antragserhebung nicht nach, hat das Gericht gem. § 494a Abs. 2 S. 1 ZPO auf Antrag durch Beschluss auszusprechen, dass er die dem Gegner entstandenen Kosten zu tragen hat. Diese Entscheidung unterliegt der sofortigen Beschwerde, § 494a Abs. 2 S. 2 ZPO.

i. Verfahrenswert

Der Wert des selbständigen Beweisverfahrens richtet sich nach dem Wert der Hauptsache, wobei nach der mE überzeugenden Ansicht des OLG Celle die Vorstellungen des Antragstellers bei Einreichung des Antrags maßgeblich sind.[54] Erklärt dieser von Beginn an, nur einen Teil des an sich zu errechnenden Anspruchs geltend machen zu wollen, mindert das den Verfahrenswert.[55] Das OLG Celle setzt in einer weiteren Entscheidung bei der Begutachtung einer Immobilie 50% zur Vorbereitung eines Zugewinnverfahrens der Differenz der Wertvorstellungen der Beteiligten an, weil das Ergebnis des Gutachtens den Zugewinnausgleichsanspruch nur in dieser Höhe verändern könne.[56] Auch *Schneider* ist der Auffassung, es sei maßgeblich, welcher Zugewinnausgleich sich insgesamt bei Ansatz des

[51] Musielak/Voit/*Huber*, § 492 ZPO Rn.4.
[52] BGH NJW 2010, 1460; MüKoZPO/*Schreiber*, § 494a ZPO Rn. 4.
[53] BGH NJW 2010, 1460 m. zust. Anm. *Scholtissek*.
[54] OLG Celle NJW-RR 2004, 234; aA BeckOK-KostR/*Schindler*, 27. Edition, § 34 FamGKG Rn. 23 mwN: maßgeblich soll danach der „richtige Wert" der späteren oder zu vermeidenden Hauptsache sein, der sich erst aus dem Ergebnis der Beweiserhebung ergibt.
[55] *Büte* FuR 2017, 642, 644.
[56] OLG Celle FamRZ 2008, 1197.

vom Antragsteller angenommenen Werts und welcher sich bei Ansatz des vom Antragsgegner angenommenen Werts ergebe.[57] Auf Grundlage dieser Auffassung kommt das AG Grevenbroich zu dem Ergebnis, ohne besondere Darlegungen sei nur von einem Mindestwert von 500,- EUR auszugehen.[58] Das passt allerdings nicht zum weiten Anwendungsspielraum des selbständigen Beweisverfahrens. Denn wenn dieses auch entfernte Schlichtungsmöglichkeiten außerhalb gerichtlicher Verfahren ermöglichen soll, muss es für den Verfahrenswert darauf ankommen, welche Vorstellungen der antragstellende Beteiligte mit der Einleitung des Verfahrens verbunden hat. Um einen höheren Streitwert als den Mindestwert zu begründen, sollte das Gericht auf die beabsichtigte Vermeidung einer möglichen Teilungsversteigerung oder eine sonstige Form der Auseinandersetzung des Miteigentums (zB freihändiger Verkauf) hingewiesen werden. Gelingt das nicht, sollte eine Wertfestsetzung auf den Auffangwert von 5.000,- EUR gem. § 42 Abs. 3 FamGKG angeregt werden.[59]

j. Gebühren

Gerichtsgebühren

Das selbstständige Beweisverfahren löst nach KV 1503 (Anlage 1 zu § 3 Abs. 2) FamGKG eine 1,0 Gerichtsgebühr aus, die nicht auf ein bereits laufendes oder ein nachfolgendes Hauptverfahren angerechnet wird.[60] Die Zurückweisung oder Rücknahme des Antrags führen nicht zum Wegfall der Gebühr. Zu den Gerichtskosten gehören die Beweiserhebung erforderlichen Auslagen, für die nach § 16 FamGKG eine Vorschusspflicht besteht.

Rechtsanwaltsgebühren

Selbstständiges Beweisverfahren und Hauptprozess sind verschiedene Angelegenheiten, so dass **im Grundsatz** die Gebühren in beiden Verfahren gesondert anfallen (s. aber unten). Im selbstständigen Beweisverfahren erhält der Rechtsanwalt deshalb die Verfahrensgebühr nach VV 3100 RVG und im Falle der Teilnahme an einer mündlichen Verhandlung auch eine Terminsgebühr nach VV 3104 RVG. [61] Diese entsteht auch für die Teilnahme am Ortstermin auf Einladung eines Sachverständigen. Die bloße Besprechung mit der Gegenseite löst die Terminsgebühr aber nicht aus.[62]

Wenn der Auftrag des für den Antragsgegner tätigen Rechtsanwalts endet, ohne dass dieser einen Schriftsatz eingereicht hat, der einen Gegenantrag oder Sachvortrag enthält, dann entsteht für ihn, wenn er das Geschäft in irgendeiner Weise - etwa durch die Beschaffung von Informationen - bereits betrieben hat, nur eine reduzierte 0,8 Verfahrensgebühr nach der Nr. 3101 Ziff. 1 VV-RVG. Zusätzlich fällt für den Rechtsanwalt des Antragsgegners aber eine 1,3 Verfahrensgebühr aus dem Kostenwert an, wenn er im Fall einer Rücknahme des

[57] *Schneider* NZFam 2017,623.
[58] AG Grevenbroich BeckRS 2017, 111942.
[59] *Kogel* Rn. 1416.
[60] BeckOK ZPO/*Kratz*, 34. Ed. 1.9.2019, ZPO § 485 Rn. 44, 45.
[61] BeckOK ZPO/*Kratz*, 34. Ed. 1.9.2019, ZPO § 485 Rn. 46.
[62] BGH NJW 2008, 668.

Antrags auf Durchführung des selbstständigen Beweisverfahrens einen Kostenantrag gestellt hat.[63]

Wenn derselbe Rechtsanwalt, der das sB betrieben hat, auch die spätere Hauptsache betreibt, ist gemäß 15a RVG iVm VV Vorb. 3 Abs. ZPO § 485 Absatz 5 zu Teil 3 RVG die Verfahrensgebühr des selbständigen Beweisverfahrens auf die Verfahrensgebühr in der Hauptsache desselben Rechtszugs anzurechnen, soweit der Gegenstand des selbstständigen Beweisverfahrens auch Gegenstand des Rechtsstreits ist oder wird. Das gilt zwar nicht bei verschiedenen Rechtsanwälten in beiden Verfahren, so dass die Gebühr dann grundsätzlich zweimal anfällt.[64] Nach der Rechtsprechung des BGH hängt die Erstattungsfähigkeit der im sB entstandenen Gebühren aber dann davon ab, dass die Voraussetzungen eines Anwaltswechsels nach § 91 Abs. 2 S. 2 ZPO vorliegen.[65] Das schließt der BGH daraus, dass die Partei grundsätzlich gehalten ist, die Prozesskosten so niedrig wie möglich zu halten. Dass es der Partei freistehen müsse, im Hauptsacheverfahren einen anderen Anwalt zu beauftragen, ändere daran nichts. Denn grundsätzlich sei eine Kostenfestsetzung im sB gar nicht vorgesehen, sondern nur ein materiell-rechtlicher Kostenerstattungsanspruch. Die Partei müsse die Gründe für den Anwaltswechsel zwar nicht offenlegen. Ohne entsprechenden Vortrag scheide eine Erstattung der durch den Anwaltswechsel verursachten Mehrkosten aber von vorneherein aus. Denn anderenfalls könne nicht geprüft werden, ob die Mandatierung eines anderen Rechtsanwalts notwendig gewesen und eine Übernahme dieser Kosten durch den Prozessgegner deshalb gerechtfertigt sei. Die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen des Ausnahmetatbestands trage der Kostengläubiger. [66]

Bei Vergleichsabschluss im sB entsteht eine Einigungsgebühr nach VV 1000 (1,5-fach, wenn die Hauptsache noch nicht anhängig ist) oder nach VV 1003 RVG (1,0-fach, wenn die Hauptsache schon anhängig ist).[67]

[63] OLG München AnwBl 2013, 73.
[64] BGH NJW 2014, 3518.
[65] BGH NJW 2018, 625.
[66] BGH NJW 2018, 625, 626.
[67] BeckOK ZPO/*Kratz*, 34. Ed. 1.9.2019, ZPO § 485 Rn. 46.