

Unbekannter Gegner

§ 494 (1) Wird von dem Beweisführer ein Gegner nicht bezeichnet, so ist der Antrag nur dann zulässig, wenn der Beweisführer glaubhaft macht, dass er ohne sein Verschulden außerstande sei, den Gegner zu bezeichnen.

(2) Wird dem Antrag stattgegeben, so kann das Gericht dem unbekanntem Gegner zur Wahrnehmung seiner Rechte bei der Beweisaufnahme einen Vertreter bestellen.

Übersicht

	Seite
A. Allgemeines	139
B. Regelungsgehalt	140
I. Unverschuldete Unmöglichkeit der Bezeichnung des Gegners (§ 494 Abs. 1)	140
II. Vertreterbestellung (§ 494 Abs. 2)	140
C. Weitere praktische Hinweise	141
Verjährungsfolgen eines Beweisverfahrens bei unbekanntem Gegner	141

A. Allgemeines

§ 494 macht eine **Ausnahme von § 487 Nr. 1** (Bezeichnung des Gegners) und regelt die Voraussetzungen, unter denen die Durchführung eines selbständigen Beweisverfahrens bei unbekanntem Gegner möglich ist (§ 494 Abs. 1). Der Grundsatz der **Gewährleistung rechtlichen Gehörs** (Art. 103 Abs. 1 GG) wird durch diese Vorschrift erheblich tangiert, sodass es im Rahmen der Durchführung der Beweisaufnahme notwendig werden kann, dem unbekanntem Gegner einen **Vertreter** zu bestellen (§ 494 Abs. 2).

*Hartmann*¹ formuliert: „*Wen man nicht kennt, den kann man nicht an- hören – wenn man ihn wirklich nicht kennen kann.*“

Praktisch dürfte § 494 im Verfahren nach § 485 Abs. 2 eine grö- ßere Rolle als im Bereich von § 485 Abs. 1 (Rechtsstreit ist bereits anhängig!) spielen.

¹ Baumbach/Lauterbach/Hartmann, § 494 Rn 1 a.E.

B. Regelungsgehalt

I. Unverschuldete Unmöglichkeit der Bezeichnung des Gegners (§ 494 Abs. 1)

- 4 Der Antragsteller muss glaubhaft machen (§ 294), dass ihm die Bezeichnung des Gegners zum Zeitpunkt der Beweissicherung ohne eigenes Verschulden unmöglich ist. Um einem Missbrauch von § 494 Abs. 1 entgegenzuwirken, sind an die **Zumutbarkeit der Nachforschungen** zur Ermittlung des Gegners **hohe Anforderungen** zu stellen. Anderenfalls läge eine Verletzung der Gewährleistung rechtlichen Gehörs gegenüber dem Antragsgegner auf der Hand.
- 5 Allein die Tatsache, dass die **Ermittlung des Gegners Schwierigkeiten bereitet, reicht nicht** aus. Der Antragsteller muss grundsätzlich alles in seiner Macht Stehende zur Gegnerermittlung unternehmen.
- 6 Die **Schadensfeststellung bei unbekanntem Verursacher** (z.B. Unfallflucht) ist ein Anwendungsbeispiel von § 494 Abs. 1.²
- 7 *Ulrich*³ erwähnt an dieser Stelle das Beispiel, nach **Liquidation des Bauträgers** könne der Bauherr aus abgetretenem Recht nicht gegen **dessen Subunternehmer** vorgehen, da diese ihm gänzlich unbekannt seien.
- 8 Nach Ansicht des Autors ist in diesem Fall zu hinterfragen, ob der Bauherr alles Zumutbare zur Ermittlung der Subunternehmer unternehmen hat. Vor einem Rückgriff auf § 494 ist evtl. das Durchführen einer **Auskunftsklage** gegen den Bauträger bzw. dessen handelnde Personen zumutbar.
- 9 Ein **Gegner** kann nach h.M.⁴ auch dann unbekannt sein/werden, wenn er **verstorben** ist und keine gesetzlichen Vertreter bekannt bzw. ermittelbar sind.
- 10 Liegen die Voraussetzungen von § 494 Abs. 1 nicht vor, ist der **Antrag** auf Durchführung eines selbständigen Beweisverfahrens gegen einen unbekanntem Gegner **unzulässig**.

II. Vertreterbestellung (§ 494 Abs. 2)

- 11 Im Fall der Durchführung eines Beweisverfahrens nach § 494 Abs. 1 hat das Gericht gemäß § 494 Abs. 2 zu prüfen, ob die Bestellung eines **Vertreters zur Wahrnehmung der Rechte des unbekannt-**

² Zöller/*Herget*, § 494 Rn 1.

³ Dazu: *Ulrich*, Beweisverfahren mit Sachverständigen, 5. Kapitel Rn 172.

⁴ *Ulrich*, Beweisverfahren mit Sachverständigen, 5. Kapitel Rn 172 a.E.

ten Gegners in der Beweisaufnahme geboten ist. Wird ein solcher bestellt, ist er **Vertreter gemäß § 51**. Eine Verpflichtung zur Übernahme des Vertreteramtes gibt es aber nicht.

Die **Vergütung** des Vertreters (z.B. des Rechtsanwalts) hat **zu-** 12
nächst der Antragsteller zu tragen, der diese Kosten evtl. später in einem Hauptsacheprozess erstattet bekommt.⁵

Die **Vertreterbestellung begründet keinen Anspruch gegen** 13
die Staatskasse. Sie darf daher z.B. nicht mit der Konstellation einer Pflichtverteidigung im Strafprozess verglichen werden.

§ 494 Abs. 2 dient wegen der weitreichenden Folgen, die ein 14
selbständiges Beweisergebnis für den unbekanntem Gegner haben kann, der Gewährleistung rechtlichen Gehörs und sollte **in der Praxis großzügig angewendet** werden.⁶

C. Weitere praktische Hinweise

Verjährungsfolgen eines Beweisverfahrens bei unbekanntem Gegner

Das Durchführen eines selbständigen Beweisverfahrens bei unbe- 15
kanntem Gegner hat **keinerlei Auswirkungen auf die Verjährung**.⁷ Schon mangels Zugangs des Antrags beim Gegner scheidet eine Verjährungshemmung nach § 204 Abs. 1 Nr. 7 BGB aus. Eine Hemmung der Verjährung tritt **selbst dann nicht ein, wenn** das Gericht dem unbekanntem Antragsgegner zur Wahrnehmung seiner Rechte bei der Beweisaufnahme einen **Vertreter gemäß § 494 Abs. 2 bestellt**.⁸

⁵ Baumbach/Lauterbach/Hartmann, § 494 Rn 5.

⁶ Ähnlich: Baumbach/Lauterbach/Hartmann, § 494 Rn 2.

⁷ BGH, Urteil v. 13.03.1980, AZ: VII ZR 80/79 = BauR 1980, 364 ff. = NJW 1980, 1458 f.; Ulrich, Beweisverfahren mit Sachverständigen, 5. Kapitel Rn 175 a.E.

⁸ Vgl.: BGH, Urteil v. 13.03.1980, AZ: VII ZR 80/79 = BauR 1980, 364, 366 = NJW 1980, 1458, 1459, mit Hinweis darauf, der Vertreter sei nicht Zustellungsempfänger des Unbekanntem; Weise, Selbständiges Beweisverfahren im Baurecht, Rn 685.

Frist zur Klageerhebung

§ 494a (1) Ist ein Rechtsstreit nicht anhängig, hat das Gericht nach Beendigung der Beweiserhebung auf Antrag ohne mündliche Verhandlung anzuordnen, dass der Antragsteller binnen einer zu bestimmenden Frist Klage zu erheben hat.

(2) Kommt der Antragsteller dieser Anordnung nicht nach, hat das Gericht auf Antrag durch Beschluss auszusprechen, dass er die dem Gegner entstandenen Kosten zu tragen hat. Die Entscheidung unterliegt der sofortigen Beschwerde.

Übersicht

	Seite
A Allgemeines	144
B. Regelungsgehalt	145
I. Gerichtliche Fristbestimmung zur Klageerhebung	
(§ 494a Abs. 1)	145
1. Antrag	145
2. (Noch) Kein Rechtsstreit anhängig	148
3. Beendigung des Beweisverfahrens	148
4. Anordnung des Gerichts	154
5. Keine Anordnung	156
II. Kostenausspruch (§ 494a Abs. 2)	158
1. Keine fristgerechte Klageerhebung	158
2. Antrag	161
3. Kostenausspruch und Rechtsmittel	162
C. Weitere praktische Hinweise	163
I. Mehrheit von Antragsgegnern	163
II. Formulierung und Verbindung der Anträge nach § 494a	163
III. Hauptsacheklage bleibt hinter dem Beweisverfahren zurück bzw. geht darüber hinaus	164
IV. Vorprozessuale Aufrechnung mit den Kosten des selbständigen Beweisverfahrens gegenüber einer Werklohnforderung	167
V. Verhältnis der materiell-rechtlichen zur prozessualen Kostenerstattung	168
VI. Erstattungsfähigkeit der Kosten eines Privatgutachtens zur Vorbereitung eines selbständigen Beweisverfahrens	170
VII. Erstattungsfähigkeit der Kosten eines im einstweiligen Verfügungsverfahren eingeholten Privatgutachtens	172

	Seite
VIII. Materiell-rechtliche Erstattung der Kosten eines selbständigen Beweisverfahrens von nicht am Verfahren beteiligtem Unternehmer	173
IX. Entscheidung über die durch die Nebenintervention im selbständigen Beweisverfahren verursachten Kosten	174
1. Beitritt des Nebenintervenienten im Hauptsacheprozess notwendig?	174
2. Hauptsacheklage erhoben: Kostenbeschluss nach § 494a Abs. 2 zugunsten des Nebenintervenienten möglich?	177
3. Aufhebung der Kosten der Hauptparteien gegeneinander: Kostenerstattungsanspruch des Nebenintervenienten?	178
4. Sonderkonstellationen	181

A. Allgemeines

- 1 Die **Kosten des selbständigen Beweisverfahrens zählen regelmäßig** zu denjenigen des (nachfolgenden) Hauptsacheprozesses¹ und sind nach Maßgabe der dortigen Kostenentscheidung erstattungsfähig.²
- 2 Eine eigene Kostenentscheidung i.S.d. §§ 91 ff. ist dem selbständigen Beweisverfahren grundsätzlich fremd, da dieses nicht zu einer Streitentscheidung führt und deswegen kein Obsiegen bzw. Unterliegen feststellbar ist. Andererseits ist ein endloses Abwarten auf einen Hauptsacheprozess mit einer Kostenentscheidung nicht hinnehmbar. Daher eröffnet § 494a **Abs. 1** die Möglichkeit zur gerichtlichen Bestimmung einer **Klageerhebungsfrist** gegenüber dem Antragsteller, nach deren fruchtlosem Ablauf ein (vollstreckbarer) **Kostentitel** gemäß § 494a **Abs. 2** erlassen werden kann.

¹ *Zur Vertiefung:*

Das OLG Nürnberg, Beschluss v. 18.08.1993, AZ: 4 W 3895/92 = JurBüro 1994, 103 f., hat die Gerichtskosten des Beweissicherungsverfahrens auch als **Gerichtskosten des nachfolgenden Hauptsacheverfahrens** angesehen.

Das OLG Düsseldorf, Urteil v. 12.12.1996, AZ: 18 U 118/95 = BauR 1997, 891 (Ls.) = NJW-RR 1997, 856 f., hat demgegenüber die Kosten des Beweissicherungsverfahrens als **außergerichtliche Kosten des Hauptsacheprozesses** bewertet.

² Siehe auch: BGH, Beschluss v. 23.07.2009, AZ: VII ZB 3/07 = BauR 2009, 1619 ff. = NZBau 2010, 106 ff. = ZfBR 2009, 783 ff. = IBR 2009, 749.

Exkurs: Hat der Antragsteller im selbständigen Beweisverfahren **3** Kosten – etwa Sachverständigenkosten – über die ihn letztlich treffende Kostenquote hinaus getragen, muss er diese nach der Rechtsprechung des OLG Oldenburg³ im **Kostenfestsetzungsverfahren des Hauptsacheprozesses** gegen den Antragsgegner festsetzen lassen, um sie rückerstattet zu bekommen. Scheitert die Rückerstattung daran, dass der Antragsgegner zwischenzeitlich zahlungsunfähig geworden ist, kommt nach OLG Oldenburg⁴ eine Kostenerstattung durch die Landeskasse nicht in Betracht.

B. Regelungsgehalt

I. Gerichtliche Fristbestimmung zur Klageerhebung (§ 494a Abs. 1)

1. Antrag

Der Antragsgegner kann beim Gericht des selbständigen Beweisverfahrens das **Anordnen einer Klageerhebungsfrist gegenüber dem Antragsteller** beantragen. **4**

Antragsberechtigt ist nach dem Wortlaut nur der **Antragsgegner**. **5**

Der **Antragsteller** kann im Umfang der Beweiserhebung bzgl. eines Gegenantrags des Antragsgegners nach § 494a vorgehen, da er sich insoweit selbst in der Rolle eines Gegners befindet.⁵ Zu den in einem solchen Fall dem jeweiligen Antragsteller aufzuerlegenden Kosten des Gegners gehören nur dessen **in seiner Eigenschaft als Gegner entstandene – ggfls. anteilige – Kosten**; also weder dessen auf die eigene Antragstellung entfallende Rechtsanwaltskosten noch die diesbezüglichen Gerichtskosten.⁶ **6**

Nach **Eröffnung des Insolvenzverfahrens** geht das Antragsrecht auf den **Insolvenzverwalter** über (§ 80 Abs. 1 InsO). **7**

Auch der **Streithelfer** des Antragsgegners kann einen **Antrag nach § 494a** stellen; aber **nur auf Klageerhebung gegen den An-** **8**

³ OLG Oldenburg, Beschluss v. 18.07.2011, AZ: 8 W 64/11 = BauR 2012, 997 (2. Ls.) = www.ibr-online.de (Volltext).

⁴ OLG Oldenburg, Beschluss v. 18.07.2011, AZ: 8 W 64/11 = BauR 2012, 997 (3. Ls.) = www.ibr-online.de (Volltext).

⁵ OLG Nürnberg, Beschluss v. 01.03.2010, AZ: 6 W 344/10 = BauR 2010, 1271 ff. = IBR 2010, 1386 (nur online); Ulrich, Beweisverfahren mit Sachverständigen, 9. Kapitel Rn 53.

⁶ OLG Nürnberg, Beschluss v. 01.03.2010, AZ: 6 W 344/10 = BauR 2010, 1271 ff. = IBR 2010, 1386 (nur online).

§ 494a

tragsgegner, nicht gegen sich selbst.⁷ Das folgt aus einer entsprechenden Anwendung von § 67, wonach ein Streithelfer alle der Hauptpartei zustehenden Prozesshandlungen vornehmen kann. Da ein Streithelfer aber keine weitergehenden Befugnisse als die von ihm unterstützte Hauptpartei hat, ist er folglich auf einen Antrag auf Klageerhebung gegen den Antragsgegner beschränkt.⁸ Voraussetzung ist weiterhin, dass der Streithelfer sich mit diesem Antrag nicht in Widerspruch zu dem Willen seiner Hauptpartei setzt. Ein Antrag des Streithelfers nach § 494a ist also **unzulässig**, wenn die **Hauptpartei widerspricht**⁹ – widerspricht sie nicht, ist der Antrag zulässig.¹⁰

- 9 Nach der Rechtsprechung des BGH¹¹ ist ein **Antrag nach § 494a** dann **rechtsmissbräuchlich**, wenn der Antragsgegner mit diesem Antrag nach Abschluss des selbständigen Beweisverfahrens über eine angemessene Überlegungsfrist hinaus so lange abwartet, bis ein etwaiger Anspruch des Antragstellers verjährt ist.
- 10 Auch im Bereich der Antragstellung nach § 494a ist wiederum **umstritten**, ob diese dem **Anwaltszwang** unterliegt. Ausführlich zum Anwaltszwang im Beweisverfahren oben → § 486 Rdn. 34 ff. Die bisher überwiegende Ansicht¹² verneint bei der Antragstellung

⁷ BGH, Beschluss v. 23.07.2009, AZ: VII ZB 3/07 = BauR 2009, 1619 ff. = NZBau 2010, 106 ff. = ZfBR 2009, 783 ff. = IBR 2009, 749; OLG Nürnberg, Beschluss v. 02.05.2006, AZ: 13 W 985/06 = BauR 2006, 1362 (Ls.) = NJW-RR 2007, 427 f.; OLG Koblenz, Beschluss v. 18.02.2003, AZ: 3 W 97/03 = NJW-RR 2003, 880 f. = NZBau 2003, 385 f. = IBR 2003, 230; OLG Koblenz, Beschluss v. 17.09.1999, AZ: 1 W 484/99 = NJW-RR 2001, 1726 f.

A.A.: Kießling, NJW 2001, 3668, 3672 ff.

⁸ Kießling, NJW 2001, 3668, 3673 f., meint hingegen, ein Antrag des Streithelfers auf Klageerhebung gegen ihn selbst verstoße nicht gegen die Beschränkung des § 67.

⁹ BGH, Beschluss v. 27.09.2007, AZ: VII ZB 85/06 = NJW-RR 2008, 261 f. = ZfBR 2008, 46 = IBR 2007, 718 mit Anm. Seibel.

¹⁰ OLG Koblenz, Beschluss v. 08.09.2009, AZ: 2 W 377/09 = IBR 2010, 484.

¹¹ BGH, Beschluss v. 14.01.2010, AZ: VII ZB 56/07 = BauR 2010, 651 ff. = NZBau 2010, 368 f. = ZfBR 2010, 357 ff. = IBR 2010, 188.

¹² OLG München, Beschluss v. 05.08.1999, AZ: 28 W 2177/99 = IBR 1999, 604; OLG Jena, Beschluss v. 19.05.1999, AZ: 5 W 271/99 = MDR 2000, 783; OLG Düsseldorf, Beschluss v. 07.07.1998, AZ: 5 W 29/98 = BauR 1999, 197 (Ls.) = NJW-RR 1999, 509; OLG Braunschweig, Beschluss v. 02.01.1997, AZ: 2 W 250/96 = OLGR Braunschweig 1997, 71; OLG Schleswig, Beschluss v. 05.12.1995, AZ: 16 W 224/95 = BauR 1996, 590 ff.; OLG Stuttgart, Beschluss v. 06.07.1994, AZ: 9 W 12/94 = BauR 1995, 135 f.; Baumbach/Lauterbach/Hartmann, § 494a Rn 5; Schmitz, BauR 1996, 340 ff.; Weise, Selbständiges Beweisverfahren im Bau-recht, Rn 564; Zöller/Völlkommer, § 78 Rn 28.