

IT-Recht in Wissenschaft und Praxis

Festschrift für
Jürgen Taeger

Herausgegeben von

Louisa Specht-Riemenschneider · Benedikt Buchner ·
Christian Heinze · Oliver Thomsen

2020. 445

Fachmedien Recht und Wirtschaft | dfv Mediengruppe | Frankfurt am Main

Möglichkeiten und Grenzen eines selbstständigen Beweisverfahrens in Softwaremängelprozessen

Thomas Hoeren

Jürgen Taeger ist einer der ganz Großen des Informationsrechts. Er hat die informationsrechtliche Landschaft nachhaltig geprägt: durch verschiedenste Publikationen, durch seine Tätigkeit als Gründer der DSRI, durch zahlreiche Vorträge und nicht zuletzt durch begeisterungsfähige Ideen, Anregungen, Impulse. Er verdient daher wie kaum ein anderer eine Festschrift, wobei ich mir zur Aufgabe gemacht habe, die unvergessene Leidenschaft von *Taeger* für die ZPO in den Fokus zu rücken. *Taeger* hat viel geschrieben über IT-Compliance, über den Beweiswert elektronischer Dokumente, und, und, und. Daher soll dieser Beitrag ein typisches ZPO-Problem thematisieren, nämlich Beweisprobleme im Softwaremängelprozess.

Der Anwender eines mangelbehafteten Programms hat eine Reihe von Ansprüchen und Rechten. Häufig liegt ihm weniger am Rücktritt und der Rückerstattung des Kaufpreises als an der Nacherfüllung. Mit der Rückzahlung oder Minderung des Kaufpreises ist ihm wenig gedient; er will vielmehr die Herstellung der Funktionstauglichkeit „seines“ Programms. Kommt es aber erst einmal zu einem Prozess, geht es meist nur noch um Rücktritt oder Schadensersatz. Beginnt der Lieferant den Prozess, geht es ihm um die Verurteilung des Anwenders zur Zahlung des vereinbarten Kaufpreises oder Werklohns. Will der Anwender sich hiergegen mit dem Einwand auf bestehende Mängel verteidigen, besteht die Möglichkeit einer Widerklage (§ 33 ZPO).

I. Beweisprobleme bei Mängeln

Im Vorbereitungsstadium eines Prozesses ist die Beweisbarkeit von Mängeln zu klären.

Die Parteien können zum einen über die Soll-Beschaffenheit streiten. Für die Feststellung solcher Mängel ist demnach das Pflichtenheft oder zumindest eine Leistungsbeschreibung von zentraler Bedeutung. Fehlt es an solchen Unterlagen, kann es ausreichen, dass die verlangten Funktionen im Laufe von Vertragsverhandlungen mit dem Lieferanten besprochen und gemeinsam akzeptiert worden sind. Wichtig sind Gesprächsnotizen, Korrespondenz und technische Aufzeichnungen. Es muss konkret vorgetragen werden, was bei welchem Verkaufsgespräch gesagt worden ist.¹ Auch die Möglichkeit eines Zeugenbeweises

¹ OLG Köln, Urt. v. 28.10.1996 – 19 U 88/96, NJW-RR 1997, 1533 = CR 1997, 613.

muss geklärt werden. Gelingt die Darlegung, ist die weitere Prozessführung einfach. Denn gerade die Abweichung von vertraglichen Vorgaben ist aus der Sicht der Gerichte die erfreulichste Fehlergruppe: Es bedarf hier meist nicht umständlicher Sachverständigengutachten und Auseinandersetzungen zwischen den Parteien. Stattdessen geht es nur noch darum, ob eine bestimmte Leistung des Programms entsprechend den Vereinbarungen vorhanden ist oder nicht. Rügen müssen substantiiert dargelegt werden, sodass ein Sachverständiger sie überprüfen kann. Ein Laie muss sich bei Bedarf ein Privatgutachten erstellen lassen.²

Schwierig wird es, wenn solche Leistungsanforderungen fehlen. Hier kann nur noch der gewöhnliche Gebrauch eines Programms als Vergleichsmaßstab herangezogen werden.

Die Parteien können zum anderen über Fehler in der Ist-Beschaffenheit streiten. Besondere Probleme treten dann aber in Fällen auf, in denen die Fehlfunktionen während bestimmter Arbeitsabläufe mit der DV-Anlage auftreten, ohne auf einem als spezifischem Softwarefehler erkennbaren Grund zu beruhen.³ Solche Fehler sind zunächst auf ihre Reproduzierbarkeit hin zu untersuchen. Die Rekonstruktion des Fehlerauftritts macht dabei in der Erforschungs- und Problemeingrenzungsphase die Führung eines „Fehler-Logbuches“ sinnvoll. Der DV-Laie braucht nur das Erscheinungsbild des Fehlers zu beschreiben.⁴ Es ist unschädlich, wenn der Anwender zusätzlich falsche Ursachen angibt.⁵ Ferner ist nach Möglichkeit auszuschließen, dass der Fehler auf einer ggf. von einem anderen Hersteller stammenden Hardwarekomponente beruht. Andernfalls ist damit zu rechnen, dass Hardware- und Softwarelieferant sich sowohl in den Vorverhandlungen als auch im Prozess jeweils mit dem Verweis auf den anderen der Verantwortlichkeit zu entziehen versuchen.

II. Fristsetzung

Ist die Aufbereitung und Klärung der Mangelfrage soweit abgeschlossen, so empfiehlt sich, über eine mögliche Fristsetzung nachzudenken. In vielen Fällen verlangt das Gesetz, dass der Anwender den Lieferanten zumindest zur Mängelbeseitigung auffordert. Beim beiderseitigen Handelskauf hat der Käufer nach § 377 HGB⁶ die gelieferte Soft- bzw. Hardware unverzüglich nach Ablieferung zu untersuchen und erkannte Mängel zu rügen. Bei einem Werkvertrag kann der Besteller den Unternehmer zur Nacherfüllung auffordern (§§ 634 Nr. 1, 635 BGB). Bevor er Ersatz für Aufwendung oder Minderung geltend machen kann, muss die Nacherfüllung fehlgeschlagen oder nicht erfolgt sein.

2 LG Stuttgart, Urt. v. 7.2.1991 – 16 S 243/90, CR 1992, 226.

3 *Zabrnt*, NJW 2002, 1531, 1531.

4 OLG Köln, Urt. v. 26.10.1990 – 19 U 28/90, NJW 1991, 2156.

5 BGH, Urt. v. 3.12.1998 – VII ZR 405/97, NJW 1999, 1330.

6 BGH, Urt. v. 9.10.2001 – X ZR 58/00, CR 2002, 93.

Innerhalb der Reichweite des UN-Kaufrechts trifft die Pflicht zur Mängelrüge jedermann (Art. 39 CISG). In Fällen des Verzugs mit der Lieferung oder der Mängelbeseitigung kann der Käufer den Verkäufer gem. Art. 47 Abs. 1 CISG zur Lieferung innerhalb einer angemessenen Nachfrist auffordern. Aus Abs. 2 der Vorschrift ergibt sich, dass der Käufer mit Ausnahme des Verzugsschadensersatzes keine Rechtsbehelfe wegen der Vertragsverletzung ausüben, also insbesondere nicht vom Vertrag zurücktreten kann. Die Grenzen dieser Vorschriften sind im Einzelnen streitig. Dies betrifft etwa das Erfordernis einer Ablehnungsandrohung.⁷ Es ist daher ratsam, im Zweifel eine Frist zur Nachbesserung bzw. Nachlieferung mit Ablehnungsandrohung zu setzen.

Bei der Nachfristsetzung ist auf die Angemessenheit der Frist zu achten. Zwar setzt auch eine zu kurze Frist eine angemessene in Lauf,⁸ doch hat die Ablehnung eines Leistungsangebots nach Ablauf nur der zu kurzen Frist die Unrechtmäßigkeit der Annahmeverweigerung zur Folge. Angemessen ist eine Frist, wenn sie für einen um die Beseitigung des Fehlers bemühten Vertragspartner ausreicht, um die Mängel zu beseitigen, sofern er die dazu nötigen Arbeiten unverzüglich in Angriff nimmt.⁹ So wurde bei einer Vielzahl von Nachbesserungswünschen eine Frist von 14 Tagen als unangemessen kurz angesehen.¹⁰ Auf während der Vertragsdurchführung entstandene Änderungen – z. B. Aktualisierung des Pflichtenheftes oder Ergänzung des Leistungsumfanges um weitere Programmfunktionen – ist durch entsprechend längere Fristen Rücksicht zu nehmen.

Bei Klagen des Lieferanten auf Zahlung des Kaufpreises oder Werklohns ist darauf zu achten, dass der Anwender sich mit seiner Zahlung wirklich in Verzug befindet, also eine nach § 286 Abs. 1 BGB evtl. erforderliche Mahnung erfolgt ist. Der Werklohn wird bei Abnahme fällig, § 641 BGB. Außerdem ist zu überlegen, ob nicht vor Klageerhebung der Versuch unternommen werden sollte, die Zahlung mit Hilfe des Mahnverfahrens nach §§ 688 ff. ZPO zu erhalten.

III. Risikoanalyse und Alternativen

Bei der anschließenden Bewertung der Prozessrisiken sind eine Reihe möglicher Kostenfaktoren zu beachten. Vor allem sind die hohen Kosten des Beweises von Mängeln durch DV-Sachverständige zu beachten. Häufig steht die Höhe der gel-

⁷ Vgl. nur *Saenger*, in: Ferrari/Kieninger/Mankowski, Internationales Vertragsrecht, 3. Aufl. 2018, Art. 47 CISG Rn. 6 (verneinend) m. w. N.

⁸ BGH, Urt. v. 10.2.1982 – VIII ZR 27/81, NJW 1982, 1279, 1280 = MDR 82, 843; BGH, Urt. v. 21.6.1985 – V ZR 134/84, NJW 1985, 2640 = DNotZ 1986, 219; dies ist allerdings umstritten im Anwendungsbereich des CISG, *Saenger*, in: Ferrari/Kieninger/Mankowski (Fn. 7), Art. 47 CISG Rn. 6 (bejahend) m. w. N.

⁹ BGH, Urt. v. 23.6.1992 – X ZR 92/90, NJW-RR 1993, 178; KG Berlin, Urt. v. 1.6.1990 – 14 U 4238/86, CR 1990, 768, wonach 10 Tage für die Beseitigung von Druckerproblemen hinreichend seien.

¹⁰ LG München I, Urt. v. 21.3.1991 – 7 O 3919/89, CR 1992, 474, 476.

tend gemachten Minderung oder des Schadensersatzes in keiner angemessenen Relation zu den Kosten des Sachverständigengutachtens. Wegen des keineswegs selbstverständlichen Sachverstandes selbst von vereidigten Sachverständigen ist eine kritische Würdigung des Sachverständigengutachtens sehr wichtig.¹¹ Auch zieht sich ein Verfahren zeitlich in die Länge, sodass die streitbefangene Leistung veraltet und damit entwertet ist. Dem Anwender ist oft weniger mit der Rückzahlung des Kaufpreises geholfen; er wird eine effiziente Nachbesserung und weitere Unterstützungsleistungen des Lieferanten bevorzugen.

Als Alternativen zu einem Gerichtsverfahren sollte der Anwender zunächst die Möglichkeit eines gerichtlichen oder außergerichtlichen Vergleichs in Betracht ziehen. Zu beachten ist dabei, dass alle im Vergleich zu regelnden Leistungen, insbesondere auch Gegenleistungen, die Zug-um-Zug zu erbringen sein sollen, in vollstreckungsfähiger Form tituliert werden. Bezüglich der dabei bestehenden Probleme kann auf das zur Formulierung der Klageschrift Gesagte verwiesen werden.

Auch an eine Kostenregelung ist zu denken. Für den Fall einer Ratenzahlung sollte der Vergleich eine Verfallsklausel enthalten; diese verhindert, dass man bei unpünktlicher Ratenzahlung nur wegen der ausstehenden Raten und nicht gleich wegen der Gesamtsumme vollstrecken kann.

Daneben besteht die Möglichkeit eines Schiedsverfahrens; der abschließende Schiedsspruch steht einem Gerichtsurteil nach § 1055 ZPO in der Durchsetzbarkeit gleich. Das Schiedsverfahren hat für den Lieferanten auch den Vorteil, dass es nicht-öffentlich ist. Softwaremängel werden folglich nicht coram publicum diskutiert und von dort aus über die Medien einer breiteren Öffentlichkeit vermittelt. So hilft das Schiedsverfahren zur Wahrung des Firmenimages.¹²

Sollen nur die tatsächlichen Mängel parteiautonom geklärt werden, sollte die Möglichkeit eines Schiedsgutachtens in Betracht gezogen werden.

IV. Selbstständiges Beweisverfahren

Im Vorfeld von Gewährleistungsprozessen wird zu wenig vom selbstständigen Beweisverfahren Gebrauch gemacht (§§ 485 ff. ZPO). Aufgrund eines solchen Verfahrens¹³ kann ein Sachverständiger die Mängel des Programms „gerichtsfest“ feststellen und der Anwender anschließend die Mängel beseitigen, ohne dass er in Beweisprobleme käme. Ein solch vorgezogenes Beweisverfahren bietet sich daher vor allem an, wenn

11 *Buechting/Heussen*, in: Beck'sches Rechtsanwalts-Handbuch, 10. Aufl. 2011, B § 40 Rn. 48.

12 *Thalhofer*, in: Thalhofer, Handbuch IT-Litigation, 2012, A IX Rn. 109.

13 Einzelheiten zum Verfahren bei *Bergmann/Streitz*, NJW 1992, 1726 f.; allgemein *Ulrich*, AnwBl. 2003, 26 ff., 78 ff. und 144 ff.

- der Anwender mangelbehaftete Software nicht mehr nutzen kann und aus diesem Grund verkaufen oder löschen will,¹⁴
- Mängel nur durch Zeugen (Personal) oder Sachverständige bei Betrieb der Anlage bewiesen werden können: Nach dem Wechsel auf ein anderes DV-System kann der Anwender das alte (streitbefangene) bald nicht mehr bedienen,
- der Anwender selbst die Mängel beseitigen will, um schnell mit dem Programm arbeiten zu können (allerdings besteht in diesem Fall wegen § 45 UrhG, der im Regelungsbereich der §§ 69a ff. UrhG Anwendung findet,¹⁵ wohl auch die Möglichkeit, den Originaldatenträger mit der mangelhaften Version aufzubewahren und die Mängelbeseitigung an einer Kopie vorzunehmen),
- der Anwender möglichst schnell Gewissheit über die Fehlerhaftigkeit haben will, um sich ein neues System anzuschaffen und die alte Anlage stillzulegen.

Nach § 204 Abs. 1 Nr. 7 BGB wird die Verjährung gehemmt, wenn der Antrag auf eine gerichtliche Beweisaufnahme zur Sicherung des Beweises dem Gegner zugestellt wird.

Das selbstständige Beweisverfahren ist schneller als ein Hauptprozess und kann in vielen Fällen zur Vermeidung eines Hauptverfahrens führen.

1. Zuständigkeit

Ist die Hauptsache noch nicht rechtshängig, ist für das selbstständige Beweisverfahren das Gericht zuständig, das nach den Angaben des Antragstellers für die Hauptsache zuständig wäre (§ 486 Abs. 2 Satz 1 ZPO). Folgt auf das selbstständige Beweisverfahren ein Hauptsacheprozess, kann sich der Antragsteller nicht mehr auf die Unzuständigkeit des Gerichts berufen. Ist die Hauptsache bereits rechtshängig, ist gem. § 486 Abs. 1 ZPO das Prozessgericht örtlich zuständig.¹⁶ Eine Ausnahme von diesen Regelungen trifft § 486 Abs. 3 ZPO für Eilfälle. Für diese ist das Amtsgericht zuständig, in dessen Bezirk sich der zu vernehmende Zeuge oder die zu begutachtende Sache oder Person befindet. § 486 ZPO soll sicherstellen, dass das selbstständige Beweisverfahren am gleichen Gericht wie das Hauptsacheverfahren durchgeführt wird, sodass die Unmittelbarkeit der Beweiserhebung gewährleistet bleibt. Diese örtliche Zuständigkeit kann daher auch nicht durch Parteivereinbarung geändert werden. Unzulässig in diesem Sinne ist jedoch nur die Festlegung einer besonderen Zuständigkeit für das Beweisverfah-

14 Siehe LG Oldenburg, Urt. v. 24.4.1991 – 12 O 204/90, NJW 1992, 1771.

15 *Czychowski*, in: Fromm/Nordemann, Urheberrecht, 12. Aufl. 2018, § 69a UrhG Rn. 43; *Dreier*, GRUR 1993, 781; *Grützmacher*, in: Wandtke/Bullinger, UrhR, 4. Aufl. 2014, § 69a UrhG Rn. 75; a. A. *Haberstrumpf*, in: Lehmann, Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen, 2. Aufl. 1993, II, Rn. 148 (der die Anwendbarkeit der §§ 44 ff. insgesamt ablehnt).

16 *Thalhofer*, in: Thalhofer (Fn. 12), A IX Rn. 64.

ren, eine u. U. zulässige Gerichtsstandsvereinbarung für das Hauptsacheverfahren wirkt dagegen auch für das selbstständige Beweisverfahren.

2. Verfahrensgegenstand und Auftragsbefugnis

Zur Verfügung steht zunächst die Möglichkeit des Antrags nach § 485 Abs. 1 ZPO. Dabei kann jede Augenscheinseinnahme, Zeugenvernehmung oder Sachverständigenbegutachtung Gegenstand des Verfahrens sein.¹⁷ Die weitreichenden Möglichkeiten dieser Verfahrensvariante sind im Gegenzug an enge Voraussetzungen geknüpft. So ist die Antragsbefugnis i. S. d. § 485 Abs. 1 ZPO nur bei Zustimmung des Gegners oder dann, wenn der Verlust bzw. die Erschwerung der Benutzung des Beweismittels zu befürchten ist, gegeben. Diese Voraussetzungen sind jedoch in der Praxis durchaus nicht selten. Hat der Anwender z. B. Anwendungssoftware erworben, deren Mangelhaftigkeit streitig ist, kann schon die Lieferung und Installation einer neuen Version (ohne dass dieses auf die Fehlerbeseitigung allein abzielen muss) den Verlust des Beweismittels befürchten lassen. Eine DV-Anlage für die Dauer eines Prozesses in exakt dem Zustand zu belassen, in dem der Fehler aufgetreten ist, kann unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten niemandem zugemutet werden. Die Voraussetzungen des § 485 Abs. 1 ZPO werden daher praktisch keinesfalls selten vorliegen. Diese Problematik äußert sich auch in den aktuellen Prozessen gegen die im Volkswagen-Konzern verbundenen Automobilhersteller im Zusammenhang mit dem Diesel-Skandal. Um eine Betriebsuntersagung durch die Behörden aufgrund der fehlenden Software-Aktualisierung, die auf einen anhängigen Rechtsstreit mit Volkswagen zurückzuführen ist, zu verhindern, empfiehlt sich ein selbstständiges Beweisverfahren nach §§ 485 ff. ZPO.¹⁸

Ungleich häufiger wird jedoch von der Möglichkeit des § 485 Abs. 2 ZPO Gebrauch gemacht. Diese Norm knüpft an die Antragsbefugnis geringere Voraussetzungen, schränkt dabei jedoch auch in Frage kommende Beweisthemen und -mittel ein. Es bedarf danach lediglich eines Interesses des Antragstellers an der Feststellung des Wertes oder des Zustandes einer Sache, der Ursache eines Sachmangels oder der für die Beseitigung des Schadens nötigen Aufwandshöhe. Für diese Fälle besteht die Möglichkeit der Begutachtung in Form eines schriftlichen Sachverständigengutachtens. Die praktisch große Bedeutung ergibt sich gerade im DV-Prozess aus der Tatsache, dass es eben für die Beweiserhebung meist genau auf ein Sachverständigengutachten ankommt, die Verwendung anderer Beweismittel hingegen eine eher untergeordnete Rolle spielt.

Einzig problematische Frage im Rahmen des Antrags nach § 485 Abs. 2 ZPO ist die nach dem Bestehen eines rechtlichen Interesses. Die Frage, ob insoweit eine enge oder eher eine weite Auslegung angebracht ist, wird uneinheitlich gesehen. Grundsätzlich ist jedoch davon auszugehen, dass entsprechend der in

¹⁷ *Thalhofer*, in: *Thalhofer* (Fn. 12), A IX Rn. 63.

¹⁸ VG Magdeburg, Beschl. v. 2.7.2018 – I B 268/18, BeckRS 2018, 16022 Rn. 20.

§ 485 Abs. 2 Satz 2 ZPO getroffenen Regelung das rechtliche Interesse dann gegeben ist, wenn die Feststellung der Vermeidung eines Rechtsstreites dienen kann.¹⁹ Hiervon ist immer dann auszugehen, wenn im selbstständigen Beweisverfahren die Voraussetzungen eines prozessual bedeutsamen Anspruchs, einer behaupteten Einrede oder Einwendung geklärt werden können. Ein rechtliches Interesse ist auch dann zu bejahen, wenn der Zustand der Sache für die Rechtsbeziehungen der Parteien maßgeblich ist, was gerade bei Gewährleistungsansprüchen der Fall ist.²⁰

3. Inhalt des Antrags

Der Antragsteller muss zunächst einmal die Voraussetzungen des selbstständigen Beweisverfahrens, insbesondere das rechtliche Interesse, sowie diejenigen Tatsachen, die die Zuständigkeit des Gerichts begründen, glaubhaft machen (§ 487 Nr. 4 ZPO). Im Antrag ist der Gegner zu bezeichnen (§ 487 Nr. 1 ZPO). Dies mag manchmal schwierig sein, ist jedoch praktisch unentbehrlich, um die beabsichtigte Bindungswirkung des Beweisverfahrens zu erreichen. Zwar kann auf diese Angabe in Ausnahmefällen (vgl. § 494 ZPO) verzichtet werden, doch steht dem Antragsgegner in Form des Lieferanten zumeist ein potenziell Verantwortlicher gegenüber, sodass man den Zweck des selbstständigen Beweisverfahrens nicht durch Verzicht auf die Angabe des Antragsgegners gefährden sollte.

Im Gewährleistungsprozess ist vor allem die Frage des Vorliegens und der Erheblichkeit von Mängeln von Bedeutung. Bei der Bezeichnung der Tatsachen, über die in Form des schriftlichen Sachverständigengutachtens Beweis zu erheben ist, darf jedoch keine Beweisfrage des Inhalts gestellt werden, ob die fragliche Software mangelhaft sei oder nicht. Erforderlich ist vielmehr eine konkretere Angabe der zu untersuchenden Mängel, die die Abweichung von der Soll-Beschaffenheit darstellen sollen.²¹ Die Soll-Beschaffenheit ergibt sich entweder aus dem erstellten Pflichtenheft oder dem gewöhnlichen Gebrauch. Die gerügten Mängel sind präzise und vollständig zu bezeichnen,²² weil mit dem Antrag die Verjährung nur für diese Mängel gehemmt wird (§ 204 Abs. 1 Nr. 7 BGB). Die Formulierung der Beweisfrage stellt daher eine Art Balanceakt dar. Dabei muss die Ursache des Mangels nicht angegeben werden, es sei denn, ihre Aufklärung ist von Bedeutung, z. B. weil der Hersteller der Software Bedienungsfehler als die Ursache behauptet. Es reicht dann aber der Antrag aus, dass zusätzlich festgestellt werden

19 *Streitz*, in: Auer-Reinsdorff/Conrad, Handbuch IT- und Datenschutzrecht, 2. Aufl. 2016, § 46 Rn. 110.

20 *Thieme*, MDR 1991, 989.

21 Zur beispielhaften Formulierung von Beweisbeschlüssen: *Uhrig*, in: *Thalhofer* (Fn. 12), A X Rn. 22 ff.

22 BGH, Urt. v. 5.6.2014 – VII ZR 176/13, K&R 2014, 601, 603 = NJW-RR 2014, 1204, 1205; *Piltz*, in: Beck'sches Rechtsanwalts-Handbuch, 11. Aufl. 2016, B § 16 Rn. 81; *Thalhofer*, in: *Thalhofer* (Fn. 12), A IX Rn. 40.

soll, dass die Ursache des Mangels in der Leistung begründet ist und nicht auf einem Bedienungsfehler beruht.

Schwierig ist die Formulierung des Antrags, falls mehrere Antragsgegner in Frage kommen. Solche Fälle können bei Kombination verschiedener Programme, etwa im Rahmen eines umfangreicheren DV-Projekts, auftreten. Hierbei ist für die Formulierung der Beweisfrage einerseits ein unzulässiger Ausforschungsantrag zu vermeiden, andererseits muss der Antragsteller mit dem Ergebnis des selbstständigen Beweisverfahrens der Anforderung gerecht werden können, bei mehreren Lieferanten mit zunächst unklaren Verursachungsbeiträgen denjenigen zu benennen, der das Fehlerbild/den Schaden verursacht hat. Dies bedeutet, dass in Fällen zweier Antragsgegner bezüglich der Frage nach der Schadensursache die Beweisfrage dahingehend zu konkretisieren ist, ob die konkrete Schadensursache in der von dem jeweiligen Antragsgegner gelieferten Komponente liegt.

4. Möglichkeit des Antragsgegners

Gutachten, die im selbstständigen Beweisverfahren erstellt worden sind, später zu erschüttern, bereitet enorme Schwierigkeiten, insbesondere, weil das Beweisergebnis gem. § 493 ZPO im Hauptprozess bindend wirkt. Der Antragsgegner kann formlose Gegenvorstellungen machen und die Aufhebung des Beschlusses anregen. Daneben kann er im Wege eines Gegenantrages die Berechtigung der Beweisfragen in Frage stellen und abweichende Themen zum Beweis stellen.²³ Dadurch wird ein eigenständiges Beweisverfahren eingeleitet, soweit es sich nicht lediglich um ergänzende Fragen handelt. Schließlich besteht die Möglichkeit, den Sachverständigen wegen Befangenheit abzulehnen.

→ Ist für den Lieferanten die Sicherung des Beweises, z. B. seinem Vorlieferanten gegenüber, von Bedeutung, kann er ein eigenes Beweisverfahren beantragen. Ist ein eigener Beweisantrag vor demselben Gericht zulässig, so sollte der Lieferant die Verbindung der Verfahren anstreben. Handelt es sich dagegen um zwei verschiedene Gerichte, so ist die Möglichkeit, über einen Hinweis bezüglich des anderen anhängigen Beweisverfahrens die Beauftragung des gleichen Sachverständigen zu erreichen, in Betracht zu ziehen. Daneben kann der Lieferant nach richtiger Auffassung dem Vorlieferanten den Streit verkünden.²⁴

5. Kosten

Folgt auf das selbstständige Beweisverfahren ein Hauptverfahren, sind die Kosten des Beweisverfahrens Teil der Kosten des Hauptsacheverfahrens; ihre Verteilung richtet sich folglich nach dem Ergebnis des Folgeprozesses. Nimmt der An-

23 Nicht zulässig ist eine negative Feststellungsklage vor Abschluss des selbstständigen Beweisverfahrens, siehe OLG Düsseldorf, Urt. v. 13.11.1992 – 22 U 135/92, CR 1993, 281 f.

24 Siehe hierzu Hoeren, ZZP 108 (1995), 343 ff. m. w. N.

tragsteller den Antrag auf Durchführung des selbstständigen Beweisverfahrens zurück, so trägt er analog § 269 ZPO die Kosten.

Stellt sich im selbstständigen Beweisverfahren heraus, dass der Antragsteller Unrecht hatte, und erhebt der Antragsteller daraufhin keine Klage, kann der Antragsgegner eine Fristsetzung zur Klageerhebung durch das Gericht bewirken (§ 494a Abs. 1 ZPO). Erhebt der Antragsteller innerhalb dieser Frist keine Klage, muss er die Kosten des Beweisverfahrens tragen (§ 494 Abs. 2 ZPO).