
Datum: 20.08.2020
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 6. Zivilsenat
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: 6 W 32/20
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2020:0820.6W32.20.00

Vorinstanz: Landgericht Bochum, 6 OH 1/20

Schlagworte: selbständiges Beweisverfahren, Zeuge, hohes Alter, Beweissicherungsbedürfnis, Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme

Normen: ZPO §§ 114, 485

Leitsätze:

Eine Zeugeneinvernahme im selbständigen Beweisverfahren gemäß § 485 Abs. 1 ZPO ist auch dann zulässig, wenn ein Rechtsstreit in der Hauptsache (noch) nicht anhängig ist.

Das hohe Alter eines Zeugen/ einer Zeugin (hier: 83 Jahre) begründet die Besorgnis, dass das Beweismittel verloren geht oder eine erschwerte Benutzung desselben eintritt; damit ist die Sicherung des Beweises durch ein selbständiges Beweisverfahren gerechtfertigt.

Tenor:

Auf die sofortige Beschwerde des Beschwerdeführers vom 08.07.2020 wird der Beschluss der 6. Zivilkammer des Landgerichts Bochum vom 24.06.2020 (I-6 OH 1/20) abgeändert:

Dem Antragsteller wird ratenfreie Prozesskostenhilfe für die Durchführung des selbständigen Beweisverfahrens bewilligt.

Frau Rechtsanwältin I, N, wird zu den Bedingungen eines im Bezirk niedergelassenen Rechtsanwalts beigeordnet.

Gründe:

I.	2
Der Antragsteller wendet sich mit seiner sofortigen Beschwerde gegen die Versagung der von ihm beantragten Prozesskostenhilfe für die Durchführung eines selbständigen Beweisverfahrens nach § 485 Abs. 1 ZPO.	3
Der Antragsteller beabsichtigt, die Antragsgegner, bei denen es sich um den leiblichen Vater und die Stiefmutter des Antragstellers handelt, aus dem Gesichtspunkt der unerlaubten Handlung in Anspruch zu nehmen.	4
Dazu trägt der Antragsteller vor, dass er in seiner Kindheit physisch und psychisch misshandelt worden sei und beruft sich zum Beweis dessen auf die Aussage seiner am 00.00.1937 geborenen Großmutter, deren Einvernahme im selbständigen Beweisverfahren nach § 485 Abs. 1 ZPO er beantragt.	5
Zur Begründung seines selbständigen Beweisantrages hat der Antragsteller vorgetragen, dass aufgrund des hohen Alters der Zeugin und der derzeit grassierenden Corona-Pandemie der Verlust oder die erschwerte Benutzung des Beweismittels im Sinne des § 485 Abs. 1 ZPO zu besorgen sei. Hinsichtlich des weiteren Vorbringens des Antragstellers wird auf die Antragsschrift vom 05.06.2020 Bezug genommen.	6
Das Landgericht Bochum hat den Prozesskostenhilfeantrag mit Beschluss vom 24.06.2020 (I-6 OH 1/20) zurückgewiesen. Zur Begründung hat das Landgericht ausgeführt, dass § 485 Abs. 1 ZPO zwingend voraussetze, dass bereits ein Hauptverfahren anhängig sei. Zudem begründe das hohe Alter der Zeugin alleine keinen drohenden Beweisverlust im Sinne des § 485 Abs. 1 ZPO; weiterhin handele es sich bei der Zeugin um eine solche lediglich vom Hörensagen, und schließlich stelle ihre Vernehmung einen unzulässigen Ausforschungsbeweis dar. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Gründe des Beschlusses vom 24.06.2020 Bezug genommen (Bl. 43 f. d.A.).	7
Hiergegen hat der Antragsteller unter dem 08.07.2020 sofortige Beschwerde eingelegt (Bl. 64 ff. d.A.), der das Landgericht Bochum mit Beschluss vom 15.07.2020 (Bl. 71 d.A.) nicht abgeholfen hat.	8
Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten wird zur Vermeidung von Wiederholungen auf den Akteninhalt Bezug genommen.	9
II.	10
Die gemäß §§ 127 Abs. 2 S. 2, 567 ZPO statthafte, fristgerecht eingelegte und auch im Übrigen zulässige sofortige Beschwerde des Antragstellers hat auch in der Sache Erfolg. Das Landgericht hat den Antrag des Antragstellers auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe für das von ihm beabsichtigte selbständige Beweisverfahren zu Unrecht zurückgewiesen.	11
Der Antrag des Beschwerdeführers auf Prozesskostenhilfe war zulässig und begründet.	12
1.	13
Die Zulässigkeit des Antrags war insbesondere gegeben, da § 114 ZPO für alle selbständigen Gerichtsverfahren gilt (Zöller/Schultzky, 33. Aufl. 2020, Vor § 114 ZPO Rn. 4, BeckOK-ZPO Vorwerk/Wolf/Kratz, 37. Edition, § 114 ZPO Rn. 1), so dass § 114 ZPO auch im	14

Rahmen des selbständigen Beweisverfahrens nach § 485 ZPO Anwendung findet (Zöller/Schultzky, a.a.O., § 114 ZPO Rn. 42; BeckOK-ZPO Vorwerk/Wolf/Kratz, a.a.O. § 114 ZPO Rn. 1; OLG Hamm MDR 2015, 727; OLG Oldenburg MDR 2002, 910).

2. 15

Der Antrag auf Prozesskostenhilfe war auch begründet, da die Rechtsverfolgung des Antragstellers hinreichende Aussicht auf Erfolg im Sinne des § 114 ZPO bietet. Ein Antrag auf Prozesskostenhilfe für ein selbständiges Beweisverfahren hat dann Aussicht auf Erfolg, wenn dem selbständigen Beweisantrag voraussichtlich stattzugeben ist (Zöller/Schultzky, a.a.O., § 114 ZPO Rn. 42; OLG Saarbrücken MDR 2003, 1436). Dies ist vorliegend der Fall. 16

Die Prozesskostenhilfe war weder mangels Statthaftigkeit des Antrags nach § 485 Abs. 1 ZPO zu versagen (unten II.2.1.) noch aufgrund fehlenden Beweisverlustrisikos (dazu unten II.2.2.) noch mangels Rechtsschutzbedürfnisses (II.2.3.) aufgrund von Ungeeignetheit des Beweismittels (II.2.3.1.) oder unter dem Aspekt des unzulässigen Ausforschungsbeweises (II.2.3.2.). 17

Im Einzelnen: 18

2.1. 19

Der Antrag auf Durchführung des selbständigen Beweisverfahrens ist insbesondere, entgegen der Ansicht des Landgerichts, nicht schon deswegen unstatthaft, weil ein Hauptsachverfahren nicht bereits anhängig war. Das Landgericht Bochum hat insofern im Ergebnis zu Unrecht angenommen, dass eine Zeugeneinvernahme im selbständigen Beweisverfahren gemäß § 485 Abs. 1 ZPO lediglich dann zulässig ist, wenn ein Rechtsstreit in der Hauptsache anhängig ist. Sei, wie hier, ein Rechtsstreit in der Hauptsache (noch) nicht anhängig, komme gemäß § 485 Abs. 2 ZPO als Beweismittel des selbständigen Beweisverfahrens nur die (schriftliche) Begutachtung durch einen Sachverständigen in Betracht. Diese Ansicht ist nicht überzeugend. 20

Das Gesetz unterscheidet zwischen einem selbständigen Beweisverfahren nach § 485 Abs. 1 ZPO und einem solchen nach § 485 Abs. 2 ZPO. Während § 485 Abs. 1 ZPO ein Beweissicherungsbedürfnis voraussetzt, gilt dies für § 485 Abs. 2 ZPO nicht (Zöller/Herget, a.a.O. § 485 ZPO Rn. 6). Dies bedeutet, dass § 485 Abs. 2 ZPO ein rechtliches Interesse an einer Feststellung der dort genannten drei Alternativen ausreichen lässt; demgegenüber setzt § 485 Abs. 1 ZPO ein besonderes Sicherheitsinteresse voraus (OLG Celle NJW-RR 2011, 1180 Leitsatz 2). Die Regelung in § 485 Abs. 1 ZPO betrifft das einvernehmliche und das sichernde Beweisverfahren; das streitschlichtende Beweisverfahren ist in § 485 Abs. 2 ZPO geregelt (Musielak/Voit/Huber, 17. Aufl. 2020, § 485 ZPO Rn. 7). 21

Während die das Vorliegen eines rechtliches Interesses ausreichen lassende Regelung des § 485 Abs. 2 ZPO voraussetzt, dass die Hauptsache noch nicht anhängig ist, kommt das sichernde bzw. einvernehmliche Beweisverfahren nach § 485 Abs. 1 ZPO „während und außerhalb eines Streitverfahrens“ in Betracht. 22

Dieser Differenzierung in Wortlaut und Systematik wird die angefochtene Entscheidung nicht gerecht. Anders als das Landgericht angenommen hat, setzt § 485 Abs. 1 ZPO nicht ein bereits anhängiges Hauptsachverfahren voraus. Daraus, dass der § 485 Abs. 2 ZPO mit den Worten einleitet „Ist ein Rechtsstreit noch nicht anhängig“, kann nicht abgeleitet werden, dass – im Wege eines Umkehrschlusses - § 485 Abs. 1 ZPO dagegen ein anhängiges 23

Hauptsacheverfahren voraussetzt. Dies verbieten die unterschiedliche Ausgestaltung der Beweisverfahren nach § 485 ZPO nach Abs. 1 und Abs. 2 sowie der Wortlaut der Norm.

Dementsprechend geht die Literatur einhellig davon aus, dass es für die Einleitung eines Beweisverfahrens nach § 485 Abs. 1 ZPO ausreicht, dass ein Streitverfahren zu erwarten ist (so Musielak/Voit/Huber a.a.O. § 485 ZPO Rn. 7; ebenso Zöller/Herget a.a.O. § 485 ZPO Rn. 1; BeckOK-ZPO Vorwerk/Wolf/Kratz, a.a.O. § 485 ZPO Rn. 21; MüKo-ZPO/Schreiber, 5. Aufl. 2016, § 485 ZPO Rn. 14 sowie dort Rn. 1; ebenso Stein/Jonas/Ahrens, 23. Aufl., § 485 ZPO Rn. 19; ebenso Kern/Diehm/Müller-Teckhof § 485 ZPO Rn. 1 und dort Rn. 3; Saenger/Pukall, 8. Aufl., 2019, § 485 ZPO Rn. 1; Rosenberg/Schwab/Gottwald, 18. Aufl., 2018 § 118 Rn. 1).

Die Auffassung, dass das sichernde Beweisverfahren statthaft ist, auch wenn der Antrag vor Einleitung eines Hauptsacheverfahrens gestellt wird, entspricht auch der obergerichtlichen Rechtsprechung (so etwa OLG Nürnberg, NJW-RR 1998, 575).

Die gegenteilige Auffassung des Landgerichts widerspricht auch der Regelung des § 486 Abs. 3 ZPO. Denn dieser Norm liegt zugrunde, dass die dort geregelte Zuständigkeit des Amtsgerichts für das sichernde Beweisverfahren entfällt, wenn die Hauptsache nachträglich anhängig gemacht wird (Musiak/Voit/Huber a.a.O. § 486 ZPO Rn. 5; BeckOK-ZPO Vorwerk/Wolf/Kratz a.a.O. § 486 ZPO Rn. 14). Dies zeigt, dass das Gesetz davon ausgeht, dass das sichernde Beweisverfahren vor Einleitung eines Hauptverfahrens statthaft ist.

Der Grundsatz der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme ist nicht verletzt. Nach den ausdrücklichen Vorstellungen des Gesetzgebers bei der Reform des § 485 ZPO ist der Grundsatz der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme durch die engen Voraussetzungen für die Beweisaufnahme durch die in § 485 Abs. 1 ZPO genannten Beweismittel gewahrt (BT-Drs. 11/3621 rechte Spalte). Außerdem dient die Regelung des § 486 Abs. 2 ZPO der Gewährleistung der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme (MüKo-ZPO/Schreiber a.a.O. § 486 ZPO Rn. 4).

2.2.

Das im Rahmen des § 485 Abs. 1 ZPO erforderliche Beweisverlustrisiko, welches vorliegen muss, solange der Gegner nicht zustimmt, ist ebenfalls gegeben.

Voraussetzung insoweit ist, dass die Besorgnis besteht, dass das Beweismittel verloren geht oder seine Benutzung erschwert wird. Sofern das Landgericht Bochum dies verneint, vermag sich der Senat dieser Auffassung nicht anzuschließen.

Denn es ist anerkannt, dass das hohe Alter eines Zeugen die Besorgnis begründet, dass das Beweismittel verloren geht oder eine erschwerte Benutzung desselben eintritt und damit die Sicherung des Beweises durch ein selbständiges Beweisverfahren gerechtfertigt ist (OLG Nürnberg, NJW-RR 1998, 575; Kammergericht, Beschluss v. 21.06.1977, 7 W 2121/77, FHZivR 23 Nr. 7522; MüKo/Schreiber a.a.O. § 485 Rn. 9; BeckOK-ZPO Vorwerk/Wolf/Kratz a.a.O. § 485 Rn. 24).

Die Zeugin, deren Vernehmung im Beweisverfahren begehrt wird, ist am 00.00.1937 geboren und steht damit unmittelbar vor der Vollendung des 83. Lebensjahres. Bei Menschen, die in einem gegenüber der gewöhnlichen Lebensdauer sehr hohen Alter stehen (in Deutschland ist derzeit die durchschnittliche Lebenserwartung von Frauen 83 Jahre (<https://de.statista.com/statistik/daten/studie/273406/umfrage/entwicklung-der-lebenserwartung-bei-geburt--in-deutschland-nach-geschlecht/>) ist nämlich sowohl die Gefahr

eines plötzlichen und unerwarteten Todes als auch die Möglichkeit einer schweren Erkrankung, wie Schlaganfall oder dergleichen, auch ohne erkennbare Krankheit gegeben, was dazu führt, dass der unvermittelte Verlust des Beweismittels in der Zukunft oder aber die Erschwerung der Benutzung des Beweismittels nicht selten sind (so auch OLG Nürnberg, NJW-RR 1998, 575 für den Fall einer 84-jährigen Zeugin). Vorliegend gilt diese Erwägung umso mehr, als die Zeugin in der gegenwärtigen Corona-Pandemie als knapp 83-Jährige zu einer Risikogruppe zählt, bei der das Risiko schwerer Verläufe wesentlich größer ist. Die Frage, ob bei der Zeugin ein Grund zur Besorgnis im Sinne des [§ 485](#) Abs. 1 ZPO vorliegt, kann daher nach Auffassung des Senats nur positiv beantwortet werden.

2.3. 33

Auch ein Rechtsschutzbedürfnis für den Antrag nach § 485 Abs. 1 ZPO besteht. Das rechtliche Interesse an der Beweissicherung ist gegeben, wenn ein Rechtsstreit des Antragstellers mit einem Dritten auf der Grundlage einer bereits gegebenen rechtlichen Ausgangslage anhängig oder zu erwarten ist und wenn das zu sichernde Beweismittel in diesem Rechtsstreit zumindest möglicherweise im Sinne des § 493 ZPO „benutzt“ werden kann (Zöller/Herget, a.a.O. § 485 Rn. 1; Musielak/Voit/Huber a.a.O. § 485 Rn. 7). 34

Das Rechtsschutzbedürfnis für den Antrag nach § 485 Abs. 1 ZPO kann insbesondere vorliegend, entgegen der Auffassung des Landgerichts, weder deswegen verneint werden, weil es sich bei der Großmutter des Antragstellers lediglich um eine Zeugin vom Hörensagen handele (dazu sogleich unter II.2.3.1.) noch unter Hinweis auf einen unzulässigen Ausforschungsbeweis (II.2.3.2.). 35

2.3.1. 36

Anders als das Landgericht meint, kann die Verweigerung der Prozesskostenhilfe nicht darauf gestützt werde, dass seitens des Antragstellers benannte Zeugin lediglich eine Zeugin vom Hörensagen sei. Dieser Ansicht vermag sich der Senat nicht anzuschließen. 37

Nach § 490 ZPO ist das mit einem Antrag auf Durchführung eines selbständigen Beweisverfahrens befasste Gericht verpflichtet, dem Antrag entweder stattzugeben oder ihn zurückzuweisen, wenn der Beweis Antrag unzulässig ist oder wenn es an einer Zulässigkeitsvoraussetzung für das selbständige Beweisverfahren fehlt. 38

Nicht dem Prüfungsumfang des über den Antrag nach § 485 ZPO entscheidenden Gerichts unterliegt demgegenüber die Erheblichkeit des Beweismittels für den Hauptprozess, dessen Erfolgsaussichten oder die Beweisbedürftigkeit der fraglichen Tatsache überhaupt (so BGH, Beschluss v. 4. 11. 1999 - VII ZB 19/99, MDR 2000, 224; OLG Düsseldorf, Beschluss. v. 13.10.2000 – 21 W 43/00, BeckRS 2000, 30136608; Musielak/Voit/Huber a.a.O. § 485 Rn. 7; Zöller/Herget, a.a.O. § 485 Rn. 4). Der Antragsteller bestimmt in eigener Verantwortung in einem Beweisverfahren durch seinen Antrag auf Einleitung dieses Verfahrens, den Gegenstand der Beweisaufnahme und die Beweismittel. Das Gericht ist an die Tatsachenbehauptungen des Antragstellers gebunden und darf die Beweisbedürftigkeit und die Entscheidungserheblichkeit der behaupteten Tatsachen nicht überprüfen (BGH NJW 2000, 960 (961); Zöller/Herget, a.a.O. § 490 Rn. 3). 39

Die Zurückweisung eines Beweismittels als ungeeignet kann in Ausnahmefällen lediglich dann bejaht werden, wenn es völlig ausgeschlossen erscheint, dass das Beweismittel zu dem Beweisthema sachdienliche Erkenntnisse erbringen kann (BVerfG NJW 93, 254), was hier ersichtlich nicht der Fall ist, zumal die Zeugin bereits in verschriftlichter Form eine Erklärung 40

abgegeben hat, die zur Akte gereicht wurde (Bl. 25 d.A.), aus der sich ergibt, dass sie Angaben zum beweisbedürftigen Geschehen machen kann. Die vom Landgericht vorgenommene Vorwegnahme der Beweiswürdigung ist unzulässig (Zöller/Herget, a.a.O. § 490 Rn. 3; Zöller/Greger, a.a.O. Vor § 284 Rn. 10 a) und verletzt den Antragsteller in den ihm durch das selbständige Beweisverfahren eingeräumten Rechte.

2.3.2.

41

Der Senat vermag, entgegen der Auffassung des Landgerichts, in der Vernehmung der Zeugin auch keinen unzulässigen Ausforschungsbeweis zu sehen. Ein solcher ist nur unter sehr engen Voraussetzungen anzunehmen. Denn nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist der Beweisführer grundsätzlich nicht gehindert, Tatsachen zu behaupten, über die er keine genauen Kenntnisse hat, die er aber nach Lage der Dinge für wahrscheinlich hält (BGH NJW 2012, 2427, 2431; BGH WM 1995, 1561, 1562 ; BGH NJW 1992, 1967, 1968).

42

Ein unzulässiger Ausforschungsbeweis liegt erst dann vor, wenn der Beweisführer ohne greifbare Anhaltspunkte für das Vorliegen eines bestimmten Sachverhalts willkürlich Behauptungen "aufs Geratewohl" oder "ins Blaue hinein" aufstellt (BVerfG Beschluss v. 24.01.2012 - 1 BvR 1819/10, WM 2012, 492; BGH Beschluss v. 21.4.2015 – II ZR 126/14, BeckRS 2015, 10923; BGH NJW 2005, 2710, 2711; Zöller/Greger, a.a.O. Vor § 284 Rn. 8 d). Bei der Annahme von Willkür in diesem Sinne ist jedoch Zurückhaltung geboten. In der Regel wird sie nur bei Fehlen jeglicher tatsächlicher Anhaltspunkte vorliegen (BGH NJW 2012, 2427, 2431; BGH NJW 1995, 2111; Zöller/Greger, a.a.O. Vor § 284 Rn. 8 d).

43

Dies ist vorliegend ersichtlich nicht der Fall. In der Antragsschrift wurden bereits konkrete, an die Zeugin zu richtende, Fragen formuliert, so dass hier von einer Vernehmung lediglich „ins Blaue hinein“ keinesfalls ausgegangen werden kann. Dies gilt umso mehr, als das Gericht im Rahmen des § 487 ZPO an die Darlegung keine zu hohen Anforderungen stellen darf (Zöller/Herget, a.a.O. § 487 Rn. 4 mwN).

44

Der ablehnende Beschluss des Landgerichts war daher, wie tenoriert abzuändern und dem Antragsteller Prozesskostenhilfe zu bewilligen.

45