

# Befundaufnahme – zur Wahrung des rechtlichen Gehörs genügt die Beiziehung beider Parteienvertreter (§ 362 Abs 1 ZPO)

1. Der Beschluss, der einer Partei aufträgt, der Gegenpartei bei der Befundaufnahme Zutritt zu der zu bewertenden Liegenschaft zu gewähren, ist abgesondert anfechtbar (§§ 514, 515 in Verbindung mit §§ 291, 366 ZPO).
2. Für die Besichtigung der Liegenschaft (§ 362 Abs 1 ZPO) bestehen keine besonderen Vorschriften. Grundsätzlich wird es sinnvoll sein, zur Befundaufnahme jedenfalls die Parteienvertreter, allenfalls auch die Parteien selbst beizuziehen. Der Grundsatz des beiderseitigen rechtlichen Gehör (vgl § 477 Abs 1 Z 4 ZPO) wird aber schon durch die Beiziehung der beiden Parteienvertreter – auch wenn sonst nur eine Partei selbst anwesend sein sollte – gewahrt. Denn bei der Gutachtenserörterung in der mündlichen Verhandlung nach § 357 Abs 2 ZPO können beide Parteien selbst anwesend sein und Auskunft geben.
3. Der gerichtliche Auftrag an eine Partei, im Rahmen der Befundaufnahme das Betreten ihrer Liegenschaft durch die Gegenpartei zu dulden, greift in ungebührlicher Weise und ohne gesetzliche Grundlage in ihre Rechte ein.

**OLG Innsbruck vom 8. März 2007, 4 R 54/07h**

Die Klägerin begehrt unter anderem, die am 8. 3. 2004, 11. 3. 2004, 15. 3. 2004 und 29. 3. 2004 zwischen den Parteien abgeschlossenen Kaufverträge über die Liegenschaften EZ 271 und EZ 548, Grundbuch 00000 H. aufzuheben. In der Tagsatzung vom 7. 4. 2006 ordnete das Erstgericht die Einholung eines Sachverständigengutachtens zum Wert der vom Klagebegehren erfassten Liegenschaften an. Der vom Erstgericht bestellte Sachverständige N. N. wollte am 14. 12. 2006 die Befundaufnahme durchführen. Nachdem der Beklagte zwar dem Sachverständigen und dem Klagsvertreter den Zutritt zu den Liegenschaften gestattete, der Klägerin selbst aber den Zutritt verweigerte, hat der Sachverständige die Befundaufnahme vorzeitig beendet. Über Aufforderung des Erstgerichtes erklärte der Beklagte mit Schriftsatz, der Klägerin aus näher bezeichneten Gründen den Zutritt zu seinen Liegenschaften auch bei einem neuerlichen Befundaufnahmetermin zu verweigern.

Mit dem angefochtenen Beschluss trug das Erstgericht der beklagten Partei auf, der Klägerin zur Befundaufnahme Zutritt zum gegenständlichen Objekt zu gewähren, da sie als Streitpartei das Recht habe, bei der Befundaufnahme anwesend zu sein.

Gegen diesen Beschluss richtet sich der als rechtzeitig aufzufassende Rekurs der beklagten Partei mit einem Abänderungsantrag im Sinne einer kostenpflichtigen Aufhebung des angefochtenen Beschlusses.

Der (abgesonderte) Rekurs ist gemäß §§ 514, 515 ZPO zulässig, weil die gesonderte Anfechtung des bekämpften Beschlusses auch in sinngemäßer Anwendung der Bestimmungen der Zivilprozessordnung (vgl insbesondere §§ 291, 366 ZPO) nicht ausgeschlossen wird, zumal mit dem angefochtenen Beschluss in Rechte des Beklagten eingegriffen wird (vgl 6 Ob 321/01a unter Hinweis auf 6 Ob 279/00y).

Der Rekurs ist berechtigt.

Der Rechtsmittelwerber stellt in seinem Rekurs insbesondere auf § 369 ZPO ab. Diese Bestimmung kommt hier jedoch nicht zur Anwendung, weil der angefochtene Beschluss nicht die Beweisaufnahme durch Augenschein betrifft. Vielmehr geht es dabei um die Besichtigung der Liegenschaften des Beklagten durch den Sachverständigen gemäß § 362 Abs 1 ZPO. Für die Befundaufnahme durch den Sachverständigen bestehen keine besonderen Vorschriften, die insbesondere durch die Verfahrensgrundsätze der Öffentlichkeit, Mündlichkeit, Unmittelbarkeit und freien Beweiswürdigung ein richtiges Beweisergebnis gewährleisten sollen (vgl 10 ObS 17/87). Zweifellos wird es in der Regel sinnvoll sein, zur Befundaufnahme jedenfalls die Parteienvertreter, allenfalls auch die Parteien selbst beizuziehen. Zur Wahrung des beiderseitigen rechtlichen Gehörs (vgl § 477 Abs 1 Z 4 ZPO) in ausgewogener Weise ist es aber immer geboten, im Falle der Beiziehung der Parteien bzw deren Vertreter beiden Teilen die Möglichkeit zu geben, an der Befundaufnahme teilzunehmen. Dieser wesentliche Grundsatz des Verfahrens wird aber schon durch die Beiziehung der Vertreter beider Parteien gewahrt (auch wenn nur eine Partei selbst anwesend sein sollte), wenn man bedenkt, dass der Sachverständige, der ein schriftliches Gutachten erstattet, gemäß § 357 Abs 2 ZPO verpflichtet ist, auf Verlangen über das schriftliche Gutachten mündliche Aufklärungen zu geben oder dieses bei der mündlichen Verhandlung, bei der beide Parteien selbst anwesend sein und Auskunft geben können, zu erläutern. Dadurch werden einerseits die Rechte des Beklagten und andererseits auch jene der Klägerin gleichermaßen gesichert. Dem Beklagten aber die Pflicht aufzuerlegen, im Rahmen der Befundaufnahme das Betreten seiner Liegenschaft durch die Klägerin zu dulden, würde in ungebührlicher Weise und ohne gesetzliche Grundlage in seine Rechte eingreifen. In Stattgebung des Rekurses war daher der angefochtene Beschluss ersatzlos zu beheben.

Der Kostenvorbehalt ist in § 52 Abs 1 ZPO begründet. Ein Zwischenstreit lag nicht vor.

Die Klägerin begehrt die Aufhebung der mit dem Beklagten abgeschlossenen Kaufverträge vor allem wegen arglistiger Täuschung. Das Streitinteresse wird daher auch dadurch bestimmt, dass im Falle der Aufhebung der Kaufverträge der Beklagte zur Rückzahlung des Kaufpreises verpflichtet wäre. § 60 Abs 2 JN ist daher nicht anzuwenden. Die Klägerin hat ihr Begehren mit € 2.000.000,- bewertet. Anhaltspunkte für eine relevante Überbewertung liegen nicht vor. Gemäß §§ 526 Abs 3, 500 Abs 2 Z 1 lit b ZPO war daher auszusprechen, dass der Wert des Entscheidungsgegenstandes € 20.000,- übersteigt.

Das Rekursgericht konnte sich bei seiner Entscheidung auf eine weitgehend klare Gesetzeslage stützen. Im Übrigen ist die Entscheidung auf den Einzelfall zugeschnitten. Rechtsfragen gemäß § 528 Abs 1 ZPO waren nicht zu behandeln. Es war daher auszusprechen, dass der ordentliche Revisionsrekurs nicht zulässig ist.