

Bestellung eines weiteren Sachverständigen – Rekurs unzulässig (§ 291 ZPO)

Ein Beschluss, mit dem ein Sachverständiger bestellt oder enthoben wird, aber auch mit dem ein weiterer Sachverständiger bestellt wird (§ 362 Abs 2 ZPO) ist nicht absondert bekämpfbar (§ 291 ZPO).

OLG Wien vom 18. Oktober 2007, 16 R 174/07 m

Die klagenden Parteien beehrten jeweils restlichen Werklohn mit dem Vorbringen, sie hätten im Auftrag der Beklagten deren Garten umgestaltet und die dazugehörige Bepflanzung geliefert und versetzt (Erstkläger) bzw eine Teichanlage mit Steinmauern und Wasserfall geliefert und hergestellt (Zweitklägerin).

Die Beklagten bestritten das Klagebegehren und wendeten hinsichtlich des Erstklägers mangelnde Aktivlegitimation ein, im Übrigen Verjährung, Verrechnung überhöhter Preise, bereits vollständige Bezahlung der erbrachten Leistungen und Unbrauchbarkeit bzw Mangelhaftigkeit der erbrachten Leistungen.

Die klagenden Parteien beantragten zum Beweis für die erbrachten Leistungen und deren Mängelfreiheit die Einholung eines Sachverständigengutachtens aus dem Fachgebiet des Gartenbaus.

Das Erstgericht beschloss zunächst im führenden Verfahren die Einholung eines Sachverständigengutachtens aus dem Fachgebiet der Landschaftsgärtner zur Frage, ob die Garten- und Teichanlage mangelhaft errichtet worden bzw sogar unbrauchbar sei bzw überhöhte Preise für die Werkbestellung verrechnet worden seien. Mit dem im verbundenen Akt gefassten Verbindungsbeschluss sprach das Erstgericht aus, der Sachverständige möge das Gesamtwerk auf Brauchbarkeit und eingewendete Mängel überprüfen, desgleichen die preisliche Angemessenheit der Rechnungen der klagenden Parteien.

Letztlich wurde DI N. N. mit Beschluss vom 7. 8. 2006 zum Sachverständigen bestellt, der sein schriftliches Gutachten am 7. 12. 2006 dem Erstgericht vorlegte.

Die Beklagten beantragten die Ladung des Sachverständigen zur nächsten mündlichen Streitverhandlung und legten eine Fragenliste an den Sachverständigen vor.

Mit schriftlichen Ergänzungsgutachten vom 10. 4. 2007 beantwortete der Sachverständige die Fragen der Beklagten.

Mit weiterem Schriftsatz legten die Beklagten eine ergänzende Fragenliste vor, stellten einen Antrag auf Ablehnung des Sachverständigen DI N. N. und beantragten zunächst die Bestellung eines weiteren Sachverständigen aus dem Bereich des Schwimmteichbaus.

Der Sachverständige nahm dazu Stellung und wies darauf hin, dass die Fragen durchwegs eine Wiederholung der seinerzeitigen Fragenliste darstellten.

Nunmehr beantragten die Beklagten, einen bautechnischen Sachverständigen beizuziehen, der die Sanierung der Steinmauer beurteilen könne.

Die klagenden Parteien sprachen sich gegen diesen Antrag aus.

Mit dem angefochtenen Beschluss bestellte das Erstgericht Ing A. D. zum Sachverständigen mit dem Auftrag, nach Aktenstudium Befund und Gutachten „im Sinne des Beweisbeschlusses“ zu erstatten, eine Begründung enthält dieser Beschluss nicht.

Gegen diesen Beschluss richtet sich der Rekurs der klagenden Parteien mit dem Antrag, den angefochtenen Beschluss im

Sinne einer Abweisung des Antrages auf Bestellung eines weiteren Sachverständigen abzuändern, hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Die Beklagten beantragen, dem Rekurs nicht Folge zu geben.

Der Rekurs ist unzulässig.

Die Rekurswerber führen zur Zulässigkeit des Rekurses aus, der angefochtene Beschluss (im Sinne des § 362 Abs 2 ZPO) finde in der Aufzählung des § 366 ZPO keine Erwähnung, woraus sich ergebe, dass eine selbstständige Anfechtung jedenfalls statthaft sei. Im Übrigen komme in der vorgenommenen Bestellung eines weiteren Sachverständigen die Ansicht des Erstgerichtes zum Ausdruck, dass dieser die erforderliche Sachkenntnis besitze. Dass das Erstgericht eine bestimmte Ansicht im Bestellungsbeschluss äußere, führe jedenfalls dazu, dass dieser überprüfbar und durch Rekurs anfechtbar sei. Die Rekurswerber verweisen auf die Entscheidung 6 Ob 139/70 = RZ 1971, 15.

Diesen Ausführungen ist nicht beizupflichten.

Es entsprach der ständigen Rechtsprechung des OGH vor dem Inkrafttreten der ZVN 2002, dass Beschlüsse, mit denen ein Sachverständiger bestellt oder enthoben wurde, nicht gesondert anfechtbar sind. Es wurde darauf hingewiesen, dass sich die (abgesonderte) Unanfechtbarkeit nicht nur auf § 366 ZPO, sondern vor allem auf die §§ 277 Abs 4 und 291 Abs 1 ZPO gründe. Die Frage, ob überhaupt ein Sachverständiger zu bestellen ist, stellt sich als Frage der Beweisaufnahme dar, die durch den Beweisbeschluss entschieden wurde. Der Beweisbeschluss war jedoch zufolge § 277 Abs 4 ZPO nicht absondert bekämpfbar. Er konnte daher erst gemeinsam mit der nächsten absondert bekämpfbaren Entscheidung angefochten werden. Es wurde ebenfalls in der Rechtsprechung bereits darauf hingewiesen, dass der Grund für die mangelnde abgesonderte Bekämpfbarkeit des Beschlusses über die Beweisaufnahme im Streitverfahren darin liegt, dass zeitraubende Zwischenstreitigkeiten über die Zulassung von Beweismitteln verhindert werden sollen. Zwar wurde die Bestimmung über den Beweisbeschluss (§ 277 ZPO) durch die ZVN 2002 aufgehoben. Es wurde aber jedenfalls bereits ausgesprochen, dass nach dem Inkrafttreten der ZVN 2002 wegen des im Wesentlichen unveränderten Fortbestandes des § 291 ZPO zu einem Abgehen von der bisherigen Rechtsprechung kein Anlass bestehe (10 Ob 69/04a mwN; RIS-Justiz RS0040581). Die von den Rekurswerbern zitierte Entscheidung 6 Ob 139/70 blieb vereinzelt und die Rechtsprechung des OGH schwenkte sodann auf die oben dargestellte Linie ein.

Die dargestellte Rechtslage gilt unabhängig davon, ob es sich um die erstmalige Bestellung eines Sachverständigen in einem Verfahren handelt oder um einen Bestellungsbeschluss gemäß § 362 Abs 2 ZPO. Die dargestellten Erwägungen der Rechtsprechung gelten auch für die Bestellung eines weiteren Sachverständigen nach der genannten Gesetzesstelle.

Der Rekurs erweist sich daher als unzulässig und ist zurückzuweisen.

Auch die Rekursbeantwortung ist zurückzuweisen, weil der Beschluss auf Bestellung eines Sachverständigen nicht zu dem in § 521a Abs 1 ZPO angeführten Beschlüssen mit einem zweiseitigen Rechtsmittelverfahren zählt (10 Ob 69/04a).

Der Ausspruch über die Unzulässigkeit des Revisionsrekurses beruht auf § 528 Abs 1 ZPO. Das Rekursgericht ist von der dargestellten Judikatur des Obersten Gerichtshofes nicht abgewichen.