

## Zur Befangenheit eines Sachverständigen (§§ 355, 356 ZPO)

1. Sachverständige können aus denselben Gründen wie Richter abgelehnt werden (§ 355 Abs 3 ZPO); das sind neben den Ausschließungsgründen (§ 20 JN), alle denkbaren Befangenheitsgründe (§ 19 Z 2 JN). Die Befangenheit des Sachverständigen ist bei erster Gelegenheit geltend zu machen. Später kann eine Ablehnung nur dann erfolgen, wenn die Partei glaubhaft macht, dass sie den Ablehnungsgrund vorher nicht erfahren hat oder wegen eines für sie unübersteiglichen Hindernisses nicht rechtzeitig geltend machen konnte.
2. Bei der Prüfung der Unbefangenheit ist im Interesse des Ansehens der Justiz ein strenger Maßstab anzulegen. Es genügt, dass eine Befangenheit mit Grund befürchtet werden muss oder dass bei objektiver Betrachtungsweise auch nur der Anschein einer Voreingenommenheit entstehen könnte.
3. Aus dem Umstand, dass der Gerichtssachverständige Geschäftsführer eines Versicherungsmaklerunternehmens ist, das aus seiner Geschäftsbeziehung zur beklagten Versicherung jährlich € 20.000,- an Provisionen bezieht, und das auf seiner Homepage die beklagte Versicherung als Kooperationspartner führt, könnte bei objektiver Betrachtungsweise wegen dieser geschäftlichen Zusammenarbeit der Anschein der Voreingenommenheit des bestellten Gerichtssachverständigen entstehen.
4. Nach dem Wortlaut des § 355 ZPO ist der Sachverständige nicht zu einer „Selbstablehnung“ verpflichtet. Auf Grund seiner eidlich übernommenen Amtspflicht zur Unparteilichkeit wird er aber wohl selbst auf alle Gründe hinzuweisen haben, infolge der man eine unparteiische Führung seines Amtes auch nur theoretisch in Zweifel ziehen könnte.
5. Im Ablehnungsverfahren ist eine Kostenersatzpflicht – unabhängig vom Erfolg des Ablehnungsantrags – nicht vorgesehen. Das Rekursverfahren in Ablehnungssachen ist einseitig.
6. Infolge Verwertung des Gutachtens eines erfolgreich abgelehnten Sachverständigen haftet dem erstinstanzlichen Verfahren ein wesentlicher Verfahrensmangel im Sinn des § 496 Abs 1 Z 2 ZPO an, der zur Aufhebung des Urteils und zur erstgerichtlichen Verfahrensergänzung durch Bestellung eines anderen Sachverständigen und dann zur neuerlichen Entscheidung führen musste.

OLG Innsbruck vom 21. Jänner 2009, 4 R 266/08 m

Der Kläger hat mit der Rechtsvorgängerin der Beklagten eine Betriebsschutzversicherung, die auch eine Haftpflichtversicherung umfasst, abgeschlossen. Im Verfahren 41 Cg 181/04t des Landesgerichtes Innsbruck wurde der dort Beklagte und nunmehrige Kläger zur Zahlung von € 13.215,89 s.A. aus dem Titel des Schadenersatzes verurteilt. Mit der nunmehrigen Klage begehrt der Kläger von der Beklagten den Rückersatz all jener Beträge (gesamt € 30.807,62 s.A.), zu deren Zahlung er verurteilt wurde sowie zum Ersatz jener Aufwendungen, die ihm zur Abwehr dieses Schadenersatzanspruches entstanden seien, und bringt dazu im Wesentlichen vor, dass die Beklagte im Vorpro-

# Entscheidungen und Erkenntnisse

zess den Deckungsschutz für die verfahrensgegenständlichen Schadenersatzverpflichtungen zu Unrecht abgelehnt habe, da diese vom bestehenden Versicherungsvertrag gedeckt seien.

Die vorliegende Rechtssache befindet sich im zweiten Rechtsgang, sodass hinsichtlich des bisherigen Prozessverlaufes weitgehend auf die aufhebende Entscheidung des Rekursgerichtes als Berufungsgericht vom 11. 09. 2006, 4 R 182/06f, verwiesen werden kann. Die Rechtssache wurde zur Verfahrensergänzung an das Erstgericht zurückverwiesen, damit dieses sowohl den Inhalt der für die behauptete Haftpflichtversicherung maßgeblichen Vertragsklauseln ermittle und erörtere sowie diese erschöpfend darstelle, nachdem die Beurteilung der Sachlage nur auf Grundlage des gesamten Versicherungsvertrages möglich ist.

In weiterer Folge holte das Erstgericht ein von beiden Parteien in der Tagsatzung vom 05. 06. 2007 beantragtes schriftliches Gutachten des Sachverständigen für Versicherungswesen, Mag. N. N. ein.

Nach Vorliegen des Gutachtens lehnte die klagende Partei am 07.11.2007 den Sachverständigen mit der Begründung ab, dieser stehe in Geschäftsbeziehung zur beklagten Partei. In seinem Ablehnungsantrag führte der Kläger aus, dass er von der Befangenheit des Sachverständigen erst tags zuvor Kenntnis erlangt habe. Anlässlich einer Besprechung mit dem Versicherungsmakler des Klägers am 06. 11. 2007 sei dem Klagsvertreter eine Visitenkarte des im Verfahren beauftragten Sachverständigen ausgehändigt worden, aus welcher sich ergebe, dass der Sachverständige Geschäftsführer der Firma R. Management Ges.m.b.H. in 6020 Innsbruck sei. Dies ergebe sich auch aus dem eingeholten Firmenbuchauszug. Zudem seien auf der Firmenhomepage die auf der Visitenkarte angegebenen vier Kooperationspartner des Unternehmens angegeben, darunter auch die beklagte Partei.

In der Tagsatzung vom 09. 11. 2007 sprach sich der Sachverständige gegen den klägerischen Ablehnungsantrag aus, da sein Provisionseinkommen bei der beklagten Partei im Jahr lediglich bei etwa € 20.000,- liege und nur einen Kunden betreffe. Der Sachverständige erklärte weiters, dass er die Beklagte bis jetzt noch nicht beraten habe und räumte ein, dass er die Beklagte von seiner Homepage hätte entfernen müssen. Er habe diese Umstände deshalb nicht offengelegt, da er sich nicht befangen fühle, zumal „keine richtige Geschäftsbeziehung“ zur beklagten Partei bestehe. Die beklagte Partei beantragte, den Befangenheitsantrag der klagenden Partei zurückzuweisen.

Das Erstgericht verkündete daraufhin in der Tagsatzung am 9. 11. 2007 den Beschluss, wonach der Sachverständige Mag. N. N. nicht befangen sei. Eine Begründung oder Ausfertigung dieses Beschlusses erfolgte nicht. Vielmehr zog das Erstgericht den Sachverständigen dem Verfahren weiter bei und erörterte mit diesem das schriftlich erstattete Gutachten.

Das Erstgericht wies mit Urteil vom 18. 6. 2008 das Klagebegehren ab, wobei es sowohl in der Beweiswürdigung als auch in der rechtlichen Begründung auf das Gutachten des Sachverständigen Mag. N. N. Bezug nahm.

In der vom Kläger dagegen erhobenen Berufung machte dieser als wesentlichen Verfahrensmangel geltend, das Erstgericht habe im bekämpften Urteil das Gutachten des Sachverständigen Mag. N. N. berücksichtigt, obwohl dieses dem klägerischen Antrag auf Ablehnung des Sachverständigen Mag. N. N. wegen Befangenheit hätte Folge geben müssen. Hiezu führte der Kläger im Wesentlichen aus, dass der Sachverständige Mag. N. N. handelsrechtlicher Geschäftsführer der Firma R. Management GmbH sei, die sich mit der Vermittlung von Versicherungsverträgen befasse. Das Unternehmen werbe auf seiner Homepage auch mit der beklagten Partei als Kooperationspartner. Diese Umstände habe der Kläger durch die

mit dem Ablehnungsantrag vorgelegten Urkunden bescheinigt. Die Tatsache, dass der Sachverständige Geschäftsführer eines in der Versicherungsbranche tätigen Unternehmens sei, welches mit der beklagten Partei als Kooperationspartner zusammenarbeitete, begründe bei objektiver Betrachtungsweise zumindest den Anschein der Voreingenommenheit.

Die beklagte Partei hat eine Berufungsbeantwortung erstattet, in der sie beantragt, der Berufung keine Folge zu geben.

Mit Beschluss vom 30. 10. 2008, 4 R 209/08d hob das Oberlandesgericht Innsbruck den Beschluss des Erstgerichtes, wonach der Sachverständige nicht befangen sei, als nichtig auf und trug dem Erstgericht auf, seinen Beschluss zu begründen und schriftlich auszufertigen. In seiner Begründung führte das Rechtsmittelgericht aus, der Kläger hätte in Verbindung mit der Berufung den nicht abgesondert anfechtbaren Beschluss, mit dem der Ablehnungsantrag verworfen wurde, mit Rekurs anfechten können. Die falsche Bezeichnung des Rechtsmittels schade jedoch gemäß § 84 Abs 2 ZPO nicht, da das Begehren des Klägers, den abweisenden Beschluss abzuändern, deutlich erkennbar war. Demnach war unzweifelhaft, dass dieser im Rahmen der Berufung ins Treffen geführte Verfahrensmangel tatsächlich als Rekurs gegen die verwendende Entscheidung aufzulassen war. Dem Kläger wurde infolge der Aufhebung des erstgerichtlichen Beschlusses die Möglichkeit eingeräumt, den vom Erstgericht auszufertigenden Beschluss trotz der Bestimmung des § 366 Abs 1 ZPO gesondert mit Rekurs anzufechten, da auf Grund des derzeitigen Verfahrensstandes eine weitere Entscheidung, mit welcher ein Rekurs verbunden werden könnte, nicht zu erwarten ist.

Mit dem nunmehr gesondert angefochtenen Beschluss des Landesgerichtes Innsbruck vom 9. 11. 2007 (richtig wohl: 2008) erklärte das Erstgericht den Sachverständigen Mag. N. N. für nicht befangen und begründete seine Entscheidung damit, dass es den Ausführungen des Sachverständigen, welcher sich für nicht befangen erachtete und darlegte, dass die beklagte Partei zwar auf seiner Homepage stehe, er diese aber noch nie beraten habe, vertraue. Das Erstgericht stellte diesbezüglich fest, dass der Sachverständige Geschäftsführer eines Versicherungsunternehmens sei, welches als Versicherungsmakler in der Versicherungsbranche tätig sei. In seiner Eigenschaft als Makler habe er mit einer Vielzahl von Versicherungen zu tun, weil er im Interesse seiner Klienten Ausschreibungen mache, um diesen dann das günstigste Versicherungsangebot zu empfehlen.

Gegen diesen Beschluss richtet sich der fristgerechte Rekurs des Klägers mit dem Antrag, in Stattgebung des Rekurses den angefochtenen Beschluss dahingehend abzuändern, dass dem Ablehnungsantrag des Klägers gegen den Sachverständigen Mag. N. N. stattgegeben wird; hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Vor Eingehen auf dieses Rechtsmittel ist festzuhalten, dass – wie bereits der OGH ausgesprochen hat (vgl 6 Ob 213/05z; 4 Ob 193/03s ua) – das Rekursverfahren in Ablehnungssachen einseitig ist. Eine Rekursbeantwortung ist nur in den im Gesetz taxativ aufgezählten Ausnahmefällen des § 521a ZPO zulässig. Die Beurteilung, ob hinsichtlich eines Sachverständigen ein Befangenheitsgrund vorliegt, ist eine Verfahrensfrage, sodass auch im Licht des Art 6 EMRK und der diesbezüglich vom EGMR in seinem Urteil vom 6. 2. 2001, Beer gegen Österreich (vgl ÖJZ 2001/16) entwickelten Grundsätze eine analoge Anwendung des § 521a ZPO im gegenständlichen Fall nicht geboten ist. Der OGH hat in mehreren seit diesem Urteil des EGMR ergangenen Entscheidungen abgeleitet, dass die Zweiseitigkeit des Rekursverfahrens zu gewährleisten ist, sofern über materielle oder prozessuale Rechtsschutzgesuche erkannt wird (vgl *Zechner in Fasching/Konecny*<sup>2</sup>, ZPO § 521a, Rz 4; *Kodek, ZAK 2007, 126f mwN*). Jedoch wird durch den Beschluss

über den Antrag auf Ablehnung eines Sachverständigen die Rechtsdurchsetzung nicht verweigert, sodass ein derartiger Beschluss nicht einem Rechtsschutzanspruch gleichzustellen ist (vgl OLG Innsbruck 15 Ra 91/05b, 15 Ra 92/05z). Aus diesen Überlegungen war die Rekursbeantwortung des Beklagten zurückzuweisen. Die Kosten der unzulässigen Rekursbeantwortung hat die beklagte Partei selbst zu tragen.

Der Rekurs des Klägers ist berechtigt.

1. Zum Rekurs (und den inhaltlich im Wesentlichen entsprechenden Ausführungen in der Mängelrüge der Berufung):

Der Kläger macht geltend, dass der Sachverständige Geschäftsführer eines in der Versicherungsbranche tätigen Unternehmens sei, welches mit der beklagten Partei zusammenarbeite. Dieser Umstand begründe bei objektiver Betrachtungsweise zumindest den Anschein der Voreingenommenheit des Sachverständigen. Daran ändere auch nichts, dass der Sachverständige angeblich nur selten als Versicherungsmakler tätig sei und das jährliche Provisionseinkommen aus der Zusammenarbeit mit der beklagten Partei bei ca. € 20.000,- liege und nur einen Kunden betreffe. Dass der Sachverständige auch nicht vor Gutachtenserstellung auf dieses Naheverhältnis hingewiesen habe, begründe zudem die Befürchtung, dass der Sachverständige nicht die notwendige Unvoreingenommenheit aufweise.

Nach § 355 Abs 1 ZPO können Sachverständige aus denselben Gründen wie ein Richter abgelehnt werden; das sind neben den Ausschließungsgründen des § 20 JN alle denkbaren Befangenheitsgründe im Sinn des § 19 Z 2 JN. Die Befangenheit des Sachverständigen ist bei erster Gelegenheit geltend zu machen. Die Ablehnungserklärung ist bei dem Prozessgerichte vor dem Beginn der Beweisaufnahme und bei schriftlicher Begutachtung vor erfolgter Einreichung des Gutachtens mittels Schriftsatz oder mündlich anzubringen. Später kann eine Ablehnung nur dann erfolgen, wenn die Partei glaubhaft macht, dass sie den Ablehnungsgrund vorher nicht erfahren oder wegen eines für sie unübersteiglichen Hindernisses nicht rechtzeitig geltend machen konnte (§ 355 Abs 2 ZPO). Das schriftliche Gutachten des Sachverständigen Mag. N. N. wurde dem Klagsvertreter am 17. 9. 2007 zugestellt.

Der Rekurswerber hat in seinem Ablehnungsantrag vom 7. 11. 2007 glaubhaft vorgebracht, dass er erst am 6. 11. 2007 im Rahmen der Besprechung des Klagsvertreters mit seinem Versicherungsmakler von der geschäftlichen Beziehung des Sachverständigen Mag. N. N. und der beklagten Partei Kenntnis erlangt hat, sodass für den Kläger erst ab diesem Zeitpunkt ein Umstand vorlag, der es rechtfertigte, die Unbefangenheit des Sachverständigen in Zweifel zu ziehen. Nachdem die Befangenheitsanzeige des Klägers unmittelbar an dem der Besprechung folgenden Tag beim Erstgericht eingebracht wurde, ist von deren Rechtzeitigkeit auszugehen.

Ein Sachverständiger kann in bürgerlichen Rechtssachen gemäß § 19 Z 2 JN abgelehnt werden, weil ein zureichender Grund vorliegt, seine Unbefangenheit in Zweifel zu ziehen. Bei der Prüfung der Unbefangenheit ist im Interesse des Ansehens der Justiz ein strenger Maßstab anzulegen: Nach Lehre und Rechtsprechung genügt dabei, dass eine Befangenheit mit Grund befürchtet werden muss oder dass bei objektiver Betrachtungsweise auch nur der Anschein einer Voreingenommenheit entstehen könnte (RIS-Justiz RS0045949; vgl 4 Ob 117/98d; 9 ObA 135, 136/89 = JBI 1990, 122 [Schumacher] = RdW 1990, 166; Ballon in *Fasching/Konecny* ZPO<sup>2</sup> § 19 JN Rz 5; *Klauser/Kodek*, JN<sup>16</sup> § 19, E 6ff ua).

Der Umstand, dass der zum Sachverständigen bestellte Mag. N. N. Geschäftsführer eines Versicherungsunternehmens ist, welches resultierend aus der Geschäftsbeziehung mit der beklagten Partei jährlich € 20.000,- an Provisionen bezieht, und auf seiner Homepage die beklagte Partei auch zum Zeitpunkt

dieser Entscheidung noch immer als Kooperationspartner führt (dies ergab eine Nachschau des Gerichtes auf der Homepage des Versicherungsunternehmens, [www.r-s-m.at/index.html](http://www.r-s-m.at/index.html), am 9. 1. 2009), ist von einer geschäftlichen Zusammenarbeit des Sachverständigen mit der Beklagten auszugehen, weshalb bei objektiver Betrachtungsweise durchaus der Anschein der Voreingenommenheit des Sachverständigen Mag. N. N. in dieser Rechtssache entstehen könnte.

Nach dem Wortlaut des § 355 ZPO ist der Sachverständige nicht zu einer „Selbstablehnung“ verpflichtet, doch wird er auf Grund seiner eidlich übernommenen Amtspflicht zur Unparteilichkeit wohl selbst auf alle Gründe hinzuweisen haben, die eine unparteiische Führung seines Amtes auch nur theoretisch in Zweifel ziehen könnten (vgl 10 ObS 316/02x; *Rechberger* in *Fasching/Konecny*, ZPO<sup>2</sup> §§ 355, 356 ZPO Rz 10 u.a.).

Dem Rekurs war sohin Folge zu geben und der angefochtene Beschluss im Sinne einer Stattgebung des Ablehnungsantrages des Klägers gegen den Sachverständigen Mag. N. N. abzuändern.

Der Kläger verzeichnete an Rekurskosten € 1.457,64. Im Ablehnungsverfahren ist eine Kostenersatzpflicht im Gesetz nicht vorgesehen (stRsp vgl 4 Ob 217/07a; 6 Ob 213/05z; 4 Ob 193/03s ua; SZ 63/24; *Mayr in Rechberger*, ZPO<sup>2</sup> § 24 JN Rz 6). Das Kostenersatzbegehren des Klägers ist daher – unabhängig vom Erfolg des Ablehnungsantrages – abzuweisen.

Der Revisionsrekurs ist gemäß § 366 Abs 2 ZPO jedenfalls unzulässig.

2. Zur Berufung

Bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 492 Abs 2 ZPO war über die Berufung in nichtöffentlicher Sitzung zu entscheiden.

Die Entscheidung des Rekursgerichtes hat zur Konsequenz, dass dem erstinstanzlichen Verfahren ein befangener Sachverständiger beigezogen wurde.

Die Heranziehung des Gutachtens eines befangenen Sachverständigen bewirkt mangels besonderer Sanktion keine Nichtigkeit, kann aber einen wesentlichen Verfahrensmangel im Sinn des § 496 Abs 1 Z 2 ZPO begründen (10 ObS 316/02x; *Rechberger* in *Fasching/Konecny* § 355, 356 Rz 1 ua). Das erstgerichtliche Urteil stützte sich in der Beweiswürdigung sowie in der rechtlichen Beurteilung u.a. auf das Sachverständigengutachten des Mag. N. N. Infolge Verwertung des Gutachtens eines erfolgreich abgelehnten Sachverständigen haftet dem erstinstanzlichen Verfahren ein wesentlicher Verfahrensmangel im Sinn des § 496 Abs 1 Z 2 ZPO an, der zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückweisung der Rechtssache an das Erstgericht zur Verfahrensergänzung durch Bestellung eines anderen Sachverständigen und zur neuerlichen Entscheidung führen musste.

Bei der gegebenen Sachlage ist auf die Beweistrüge nicht einzugehen, da auf Grund des ausstehenden Beweises des Sachbefundes nicht abschließend über die rechtliche Relevanz der gerügten Feststellungen befunden werden kann. Zudem stellen sich die vom Kläger unter dem Berufungsgrund der „unrichtigen bzw. unvollständigen Sachverhaltsstellungen“ in Punkt 3 und 4 gerügten Mängel als Geltendmachung sekundärer Feststellungsmängel dar. Gegenstand der Beweistrüge können aber nur tatsächlich getroffene Feststellungen sein. Soweit der Berufungswerber eine Erweiterung der Sachverhaltsgrundlage anstrebt, also seiner Auffassung nach für die rechtliche Beurteilung wesentliche Feststellungen vermisst, sind die geltend gemachten sekundären Feststellungsmängel der Rechtsrüge zuzuordnen.

Wegen der Aufhebung der erstgerichtlichen Entscheidung zur ergänzenden Beweisaufnahme ist auf die Rechtsrüge nicht ein-

# Entscheidungen und Erkenntnisse

---

zugehen, da es zur zentralen Frage des Rechtsstreites, nämlich ob es zum Zeitpunkt des Abschlusses des streitgegenständlichen Haftpflichtversicherungsvertrages für den Hotelbetrieb des Klägers in der Versicherungsbranche üblich war, auch andere, nicht unmittelbar dem Betriebszweck dienende Grundstücke/Liegenschaften im Rahmen der „Haus- und Grundbesitzhaftung“ in den Vertrag einzuschließen, auch wenn der Versicherungsnehmer – wie in diesem Fall – nicht Alleineigentümer des Grundstücks ist, vorerst der neuerlichen Einholung eines Sachbefundes aus dem Versicherungswesen bedarf.

Der Kostenvorbehalt im Berufungsverfahren ist in § 52 Abs 1 ZPO begründet.

## **Anmerkung:**

**Zum Rechtssatz Punkt 4** vgl die für Richter nach § 22 Gerichtsorganisationsgesetz (GOG) bestehende **Verpflichtung zur „Selbstmeldung“** von allfälligen Ausschließungs- und Befangenheitsgründen. Aufgrund der für Richter und Sachverständige in gleicher Weise bestehenden **Pflicht zur Unparteilichkeit muss** die für Richter in § 22 GOG normierte **Pflicht zur Selbstmeldung auch für Sachverständige** gelten.

**Harald Kramer**