

Ablehnung des Sachverständigen im Berufungsverfahren – Zuständigkeit (§ 356 Abs 1 ZPO); Rechtzeitigkeit (§ 355 Abs 2 ZPO)

1. Die Ablehnung des Gerichtssachverständigen kann auch noch im Berufungsverfahren erklärt werden, wenn der Ablehnungsgrund erst nach Schluss der mündlichen Verhandlung erster Instanz hervorkommt oder die Partei erst dann davon Kenntnis erhält.
2. Zuständig für die Entscheidung ist das erkennende Gericht (§ 356 Abs 1 ZPO). Ob darunter das Erstgericht oder das Rechtsmittelgericht zu verstehen ist, wird in der Judikatur des OGH nicht einheitlich beantwortet.
3. Vor dem Hintergrund der vom OLG durchgeführten Beweiswiederholung erachtet sich das Rechtsmittelgericht für zuständig.
4. Der vorgebrachte Ablehnungsgrund, dass der Sachverständige auch eine unzulässige rechtliche Beurteilung vorgenommen habe, musste der Partei bereits unmittelbar nach Erstattung oder Erörterung des Gutachtens bekannt sein. Die Geltendmachung nach Zustellung des Urteils und nach Erstattung der Berufungsschriftsätze anlässlich der Berufungsverhandlung ist verspätet (§ 355 Abs 2 ZPO).

OLG Wien vom 6. Mai 2009, 3 R 2/09z

Mit ihrem am 14. 4. 2009 beim Berufungsgericht eingebrachten Schriftsatz erklärte die Klägerin, den vom Erstgericht be-

stellten allgemein beeideten und gerichtlich zertifizierten Sachverständigen Prof. DI N. N. wegen Befangenheit abzulehnen. Zur Begründung verwies sie auf ihren im Verfahren erster Instanz eingebrachten Schriftsatz vom 22. 5. 2006 sowie auf die Beweiswürdigung des Erstgerichts in seinem Urteil vom 6. 10. 2008, wonach der Sachverständige in seine Ausführungen ständig eine rechtliche Beurteilung habe einfließen lassen.

Die Beklagten wendeten ein, es liege kein Ablehnungsgrund vor. Auch habe das Erstgericht bereits über die geltend gemachten Ablehnungsgründe entschieden. Der in der Berufungsverhandlung anwesende Sachverständige gab keine Erklärung dahin ab, befangen zu sein.

Der Ablehnungsantrag ist verspätet.

Die Ablehnung von Sachverständigen, welche aus denselben Gründen erfolgen kann, die zur Ablehnung eines Richters berechtigen, ist gem § 355 Abs 2 ZPO vor Beginn der Beweisaufnahme und bei schriftlicher Begutachtung vor erfolgter Einreichung des Gutachtens zu erklären. 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. Die Ablehnung kann auch noch im Berufungsverfahren erklärt werden, wenn der Ablehnungsgrund erst nach Schluss der mündlichen Verhandlung erster Instanz hervorkommt oder die Partei erst dann davon Kenntnis erhält (*Rechberger* in *Rechberger*, ZPO³, §§ 355–356 Rz 4).

Die Entscheidung über den Ablehnungsantrag steht gem § 356 Abs 1 ZPO dem erkennenden Gericht zu. Die Frage, welches Gericht über einen im Berufungsverfahren eingebrachten Ablehnungsantrag zu entscheiden hat, wird in der Rechtsprechung nicht einheitlich beantwortet. Nach 2 Ob 334/98s (SV 1999, 35) hat die Entscheidung durch das Erstgericht zu erfolgen. Das Rechtsmittelverfahren sei bis zu dieser Entscheidung zu unterbrechen. Nach einer anderen Entscheidung hat über den im Rechtsmittelverfahren eingebrachten Ablehnungsantrag hingegen das Rechtsmittelgericht selbst zu entscheiden (5 Ob 155/73).

Der erkennende Senat folgt vor dem Hintergrund der von ihm durchgeführten Beweiswiederholung der letztgenannten Entscheidung.

Über den Ablehnungsantrag der Klägerin vom 22. 5. 2006 und die darin geltend gemachten Befangenheitsgründe hat das Erstgericht bereits mit Beschluss vom 12. 6. 2006 entschieden. Die Klägerin hat diese Entscheidung nicht bekämpft.

Der weitere von der Klägerin als Ablehnungsgrund ins Treffen geführte Umstand, dass die Ausführungen des Sachverständigen auch eine unzulässige rechtliche Beurteilung enthielten, musste der Klägerin bereits unmittelbar im Anschluss an die Erstattung bzw Erörterung seines Gutachtens bekannt sein. Gegenteiliges hat die Klägerin weder behauptet noch bescheinigt. Die erstmalige Geltendma-

chung dieses Ablehnungsgrundes nach Zustellung des Urteils und nach Erstattung der Berufungsschriftsätze anlässlich der Berufungsverhandlung ist daher vor dem Hintergrund des § 355 Abs 2 ZPO jedenfalls verspätet.

Der Ablehnungsantrag der Klägerin war daher zurückzuweisen.