

## **Zur Ablehnung eines Sachverständigen (§§ 355 f ZPO; § 35 AußStrG)**

1. Die Bestimmungen der ZPO über die Ablehnung von Sachverständigen finden kraft des Verweises in § 35 AußStrG auch im Außerstreitverfahren Anwendung.
2. Die Selbstablehnung durch den Sachverständigen ist seiner Ablehnung durch eine Partei gleichzuhalten. Die Heranziehung von Befund und Gutachten eines befangenen Sachverständigen kann zu einem wesentlichen Verfahrensmangel führen.
3. Die Rüge des Revisionsrekurses, dass das Rekursgericht die vom Sachverständigen in einem anderen Verfahren angezeigte Befangenheit wegen persönlicher Bekanntschaft zu der im Sachwalterverfahren Betroffenen nicht von Amts wegen aufgegriffen habe, ist nicht berechtigt, zumal das Erstgericht vor der Bestellung des Sachverständigen die Frage einer allfälligen Befangenheit sowohl mit der Betroffenen als auch mit dem Sachverständigen erörtert hat und beide diese Frage verneint haben. Die Bestellung des Sachverständigen begründet daher keinen erstinstanzlichen Verfahrensmangel, den das Rekursgericht von Amts wegen hätte wahrnehmen müssen.
4. Sollten die Ausführungen des Revisionsrekurses zur Befangenheit des Sachverständigen als erstmaliger Ablehnungsantrag zu verstehen sein, ist dieser Antrag verspätet. Zwar kann ein Ableh-

**nungsantrag auch noch im Verfahren zweiter Instanz, auch in dritter Instanz, erfolgen, allerdings nur, wenn die Partei glaubhaft macht, dass sie den Ablehnungsgrund vorher nicht erfahren hat oder wegen eines unübersteiglichen Hindernisses nicht rechtzeitig geltend machen konnte. Hier fehlt es schon an der Behauptung, dass der Partei die Geltendmachung des Ablehnungsgrundes vor Beginn der Befundaufnahme nicht möglich gewesen wäre.**

### OGH vom 20. Oktober 2011, 2 Ob 184/11i

1. Nach ständiger Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs kann auch im Außerstreitverfahren ein Mangel des erstinstanzlichen Verfahrens, welcher im Rekurs nicht beanstandet wurde, im Revisionsrekurs nicht mehr nachgetragen werden (RIS-Justiz RS0043111 [T18 und T22]). Die Anwendung dieses Grundsatzes wird auch im Sachwalterverfahren bejaht (9 Ob 18/11d). Inwieweit allerdings ein im Rekurs nicht geltend gemachter und vom Rekursgericht nicht behandelter Verfahrensmangel erster Instanz einen Verfahrensmangel des Rekursverfahrens darstellen kann, hängt davon ab, ob das Rekursgericht diesen Verfahrensmangel von Amts wegen hätte aufgreifen müssen (§ 55 Abs 3 AußStrG; vgl 10 Ob 49/10v; 1 Ob 148/11p; RIS-Justiz RS0043111 [T23]).

2. Die Betroffene rügt als Mangel des Rekursverfahrens, dass das Rekursgericht die von dem vom Erstgericht bestellten Sachverständigen in einem anderen Verfahren angezeigte Befangenheit „wegen persönlicher Bekanntschaft“ (ua) zu der Betroffenen nicht von Amts wegen aufgegriffen habe.

Die Bestimmungen der ZPO über die Ablehnung von Sachverständigen finden kraft des Verweises in § 35 AußStrG auch im Außerstreitverfahren Anwendung (7 Ob 81/10b; RIS-Justiz RS0040722). Der Oberste Gerichtshof hat bereits ausgesprochen, dass der Fall einer „Selbstablehnung“ durch den Sachverständigen jenem seiner Ablehnung durch eine Partei gleichzuhalten ist (10 ObS 316/02x). Die Heranziehung von Befund und Gutachten eines befangenen Sachverständigen kann zu einem wesentlichen Verfahrensmangel führen (vgl 10 ObS 316/02x; 9 Ob 47/05k; 3 Ob 80/10a; RIS-Justiz RS0040667 [T5]).

Das Erstgericht hat vor der Bestellung des (von der Betroffenen gewünschten) Sachverständigen die Frage einer allfälligen Befangenheit sowohl mit der Betroffenen als auch mit dem Sachverständigen erörtert. Laut dem vom Erstrichter angefertigten Amtsvermerk erklärte der Sachverständige, nicht befangen zu sein. Eine Befangenheitsanzeige des Sachverständigen lag in erster Instanz daher ebenso wenig vor wie ein Ablehnungsantrag der Betroffenen. Unter diesen Umständen begründet die Bestellung des Sachverständigen aber keinen erstinstanzlichen Verfahrensmangel, den das Rekursgericht von Amts wegen hätte wahrnehmen müssen.

3. Sollten die im Revisionsrekurs enthaltenen Ausführungen der Betroffenen inhaltlich als (erstmalige) Ablehnung des vom Erstgericht bestellten Sachverständigen zu verstehen sein, ist ihnen zu erwidern:

Gemäß § 355 Abs 2 ZPO (iVm § 35 AußStrG) wäre die Ablehnungserklärung noch vor dem Beginn der Befundaufnahme durch den Sachverständigen anzubringen gewesen. Später kann eine Ablehnung nur dann erfolgen, wenn die Partei glaubhaft macht, dass sie den Ablehnungsgrund vorher nicht erfahren oder wegen eines unübersteiglichen Hindernisses nicht rechtzeitig geltend machen konnte. Unter diesen Voraussetzungen kann ein Sachverständiger auch noch im Verfahren zweiter Instanz abgelehnt werden (7 Ob 81/10b; RIS-Justiz RS0040667). Selbst eine Ablehnung in dritter Instanz wurde als möglich angesehen (vgl 2 Ob 334/98s).

Im vorliegenden Fall fehlt es schon an einer Behauptung, dass der Betroffenen die Geltendmachung des Ablehnungsgrundes vor dem Beginn der Befundaufnahme nicht möglich gewesen wäre. Ein solches Vorbringen wäre mit der Aktenlage auch nicht in Einklang zu bringen. Die (allfällige) Ablehnung erfolgt somit verspätet und kann nicht zur Einleitung eines Ablehnungsverfahrens vor dem Erstgericht (§ 356 Abs 1 ZPO) führen (vgl 2 Ob 334/98s).

4. Die im Revisionsrekurs der Betroffenen enthaltenen Argumente sind daher insgesamt nicht geeignet, eine korrekturbedürftige Fehlbeurteilung des Rekursgerichts iSd § 62 Abs 1 AußStrG aufzuzeigen. Das Rechtsmittel ist deshalb zurückzuweisen.