

## **Ablehnung des Richters wegen Befangenheit durch den Sachverständigen (§ 21 JN)**

1. Auch wenn die Ablehnung eines Richters des Gerichtshofes in einem Rechtsmittel erfolgt, entscheidet darüber der Gerichtshof. Bis zur Entscheidung über die Ablehnung wird das Rechtsmittelverfahren unterbrochen. Eine sofortige Entscheidung des Rechtsmittelgerichts wäre nur dann zulässig, wenn im Rechtsmittel kein konkreter Befangenheitsgrund ins Treffen geführt oder die Ablehnung offenkundig rechtsmissbräuchlich erfolgen würde.
2. Zur Ablehnung eines Richters ist nur eine Verfahrenspartei legitimiert (§ 21 Abs 1 JN). Ein Sachverständiger ist zwar nicht Partei des Hauptverfahrens, er ist aber Partei im Verfahren über die Bestimmung seiner Gebühren, weil ihm ein Interesse an einer unbefangenen Gebührenbestimmung nicht abgesprochen werden kann.
3. Die Enthebung des Sachverständigen als befangen ist zwar unanfechtbar, aber noch kein Präjudiz für die Versagung seines Gebührenanspruchs. Der Verlust dieses Anspruchs setzt nach § 25 Abs 3 GebAG voraus, dass die Tätigkeit des Sachverständigen aus seinem Verschulden unvollendet geblieben ist. Das Verschulden des Sachverständigen muss zunächst geprüft werden. Der im Rekurs des Sach-

**verständigen enthaltene Ablehnungsantrag gegen den Richter kann daher nicht von vornherein als offenkundig verfehlt angesehen werden. Das Erstgericht muss daher zunächst über den Ablehnungsantrag gegen den Richter entscheiden.**

### **OLG Wien vom 13. Oktober 2011, 2 R 172/11w**

Mit Schriftsatz vom 17. 9. 2009 der Klägerin sowie vom 21. 9. 2009 des Beklagten lehnten beide Parteien die Sachverständige DI N. N. wegen Befangenheit ab.

Mit dem angefochtenen Beschluss wurde deshalb zu Punkt I.) die Sachverständige DI N. N. ihres Amtes als Sachverständige enthoben sowie zu Punkt II.) ihr Gebührenantrag abgewiesen.

Dagegen richtet sich der Rekurs der Sachverständigen, die in ihren Rechtsmittelausführungen komplexe Umstände releviert, aufgrund derer eine zuvor nicht erkennbare Befangenheit des Richters bzw der Verdacht hervorgehe, der Richter habe sich bei seiner Entscheidung – auch in Ansehung der Gebührenabweisung – von anderen als sachlichen Motiven leiten lassen.

Soweit sich der Rekurs gegen Punkt II.) des angefochtenen Beschlusses richtet, liegt ein Rechtsmittel gegen Entscheidungen über die Gebühren der Sachverständigen gemäß § 8a JN vor, über welches nach der genannten Norm der Einzelrichter entscheidet.

Allerdings ist die Aktenvorlage an das Rekursgericht hierzu verfrüht:

Über die Ablehnung des einem Gerichtshof angehörenden Richters entscheidet dieser Gerichtshof (§ 23 JN). Dies gilt auch dann, wenn die Ablehnung in einem Rechtsmittel erfolgt (*Mayr in Rechberger, ZPO*<sup>3</sup>, § 21 JN Rz 3 mwN). Bei erfolgreicher Ablehnung wegen Ausgeschlossenheit oder Befangenheit eines Richters (§ 19 Z 1 und 2 JN) wäre die angefochtene Entscheidung nichtig (§ 477 Abs 1 Z 1 ZPO).

Die Ablehnung eines Richters im Rechtsmittelverfahren führt zu dessen Unterbrechung bis zur Entscheidung des für die Ablehnung zuständigen Gerichts. Erst nach rechtskräftiger Erledigung des Ablehnungsantrags darf über das Rechtsmittel entschieden werden (RIS-Justiz RS0042028; *Kodek in Rechberger, ZPO*<sup>3</sup>, § 477 Rz 4 mwN). Eine sofortige Entscheidung des Rechtsmittelgerichts wäre nur dann zulässig, wenn im Rechtsmittel kein konkreter Befangenheitsgrund ins Treffen geführt oder die Ablehnung offenkundig rechtsmissbräuchlich erfolgen würde. Keiner dieser Fälle liegt hier vor (vgl im Wesentlichen ebenso OLG Wien 1 R 20/11k; 9 Rs 59/11d).

Die Legitimation zur Ablehnung des Richters erfordert entsprechende Parteistellung des Ablehnungswerbers (§ 21 Abs 1 JN). Nun ist ein Sachverständiger zwar nicht Partei des Hauptverfahrens, sodass er Zweifel an einer unbefangenen Entscheidung in der Hauptsache auch nicht geltend machen kann. Allerdings ist er Partei im Verfahren über die Bestimmung seiner Gebühren, sodass ihm ein Interesse an einer unbefangenen Entscheidung hierüber und damit insoweit Parteistellung iSd § 21 Abs 1 JN nicht ohne Weiteres abgesprochen werden kann. Letztlich folgt auch aus der Unanfechtbarkeit der Enthebung des Sachverständigen kein Präjudiz für die Versagung eines Gebührenzuspruchs. Der Verlust des Anspruchs setzt gemäß § 25 Abs 3 GebAG nämlich voraus, dass die Tätigkeit des Sachverständigen aus seinem Verschulden unvollendet geblieben ist. Musste er mit einem Ablehnungsantrag nicht rechnen, ist ihm die Erbringung von Leistungen ungeachtet des Vorliegens eines möglichen Befangenheitsgrundes nicht als Verschulden anzurechnen (*Krammer/Schmidt, GebAG*<sup>3</sup>, § 25 E 97). Auch unter diesen Aspekten kann der im Rekurs enthaltene Ablehnungsantrag daher nicht von vornherein als offenkundig verfehlt erkannt werden.

Dem Rekursgericht ist es daher verwehrt, über den Rekurs sogleich zu entscheiden, ohne den darin gestellten Ablehnungsantrag zuvor der Behandlung durch das hierfür zuständige Erstgericht zuzuführen.