

Abweisung des Antrags auf Enthebung eines Sachverständigen und Bestellung eines anderen Sachverständigen nicht gesondert, aber mit der nächstfolgenden Entscheidung anfechtbar (§ 366 Abs 1 ZPO) – Eintragung in die Gerichtssachverständigenliste hat nur „Indizwirkung“, sie ist aber nicht Voraussetzung der Bestellung (§ 351 Abs 1 ZPO) – Erlöschen der Sachverständigeneigenschaft während der Tätigkeit hat keine Wirkung auf dieses Verfahren (§ 9 Abs 2 SDG) – keine Parteistellung des Sachverständigen im Verfahren über seine Bestellung oder Enthebung

1. Ein Beschluss, mit dem ein Antrag auf Enthebung des einen Sachverständigen und auf Bestellung eines anderen Sachverständigen abgewiesen wird, ist nicht abgesondert, sondern nur zusammen mit der nächstfolgenden anfechtbaren Entscheidung, hier mit dem Rekurs gegen die Bestimmung der Gebühren des ursprünglich bestellten Sachverständigen, anfechtbar (verbundenes Rechtsmittel gemäß § 515 ZPO; § 366 Abs 1 ZPO).
2. § 351 Abs 1 ZPO verweist zwar vor allem auf die öffentlich bestellten Sachverständigen, doch ist die Auswahl eine Ermessensentscheidung des Gerichts, die an keine konkreten gesetzlichen Vorgaben gebunden ist. Es besteht keine Verpflichtung des Gerichts, nur solche Personen heranzuziehen, die zur Erstattung von Gutachten auf einem bestimmten Fachgebiet öffentlich bestellt sind. Die Eintragung in die Sachverständigenliste hat nur dahingehend „Indizwirkung“, dass der eingetragene Sachverständige auf diesem Fachgebiet eine besondere Fachkunde aufweist. Zum Sachverständigen kann jede Person bestellt werden, die eine besondere Fachkunde besitzt, wie immer sie diese Kenntnisse erworben haben mag.
3. Der Umstand, dass der Sachverständige nicht (mehr) in der Gerichtssachverständigenliste eingetragen ist, erfordert nicht die Bestellung eines neuen Sachverständigen. Nach § 9 Abs 2 SDG hat das Erlöschen der Sachverständigeneigenschaft während der Tätigkeit in einem bestimmten Verfahren keine Wirkung auf dieses Verfahren.
4. Verfahren über einen Ablehnungsantrag, auch das über die Ablehnung von Sachverständigen, sind zweiseitig im Sinne des § 521a ZPO, auch das Rekursverfahren. Die von der Gegenseite und der Nebenintervenientin eingebrachten Rekursbeantwortungen sind daher zulässig.
5. Dem Sachverständigen kommt im Verfahren über seine Bestellung oder Enthebung keine Parteistellung zu. Seine Rekursbeantwortung ist unzulässig.
6. Da das Erstgericht den Antrag der Klägerin auf Enthebung des einen Sachverständigen und auf Bestellung eines anderen Sachverständigen abgewiesen hat, ohne dass zuvor diesem Antrag widersprechende Stellungnahmen der Beklagten oder der Nebenintervenientin abgegeben worden wären, liegt kostenmäßig kein Zwischenstreit vor, weshalb

die Kosten des Rekursverfahrens weitere Verfahrenskosten sind.

OLG Innsbruck vom 3. Juni 2014, 4 R 89/14s

Nach Anhörung der Parteien wurde N. N. in diesem Verfahren zum Sachverständigen aus dem Bereich „Glaserie“ bestellt. Die Parteien haben keine Einwände gegen die Person des Sachverständigen vorgebracht.

Nachdem N. N. Befund und Gutachten erstattet hatte, stellte die Klägerin mit Schriftsatz vom 10. 4. 2013 den Antrag, einen neuen Sachverständigen für das Sachgebiet (gemeint: Fachgebiet) Glastechnik bzw. Glasarbeiten und Glasschleifen zu bestellen, da sich im Rahmen einer Recherche ergeben habe, dass N. N. nicht (mehr) in der Liste der allgemein beeideten und gerichtlich zertifizierten Sachverständigen eingetragen sei.

Mit dem angefochtenen Beschluss wies das Erstgericht diesen Antrag zurück. Da die Klägerin keine Einwendungen gegen die Person des Sachverständigen erhoben und es über einen Zeitraum von fünf Jahren nie beanstandet habe, dass N. N. nicht in der Liste der allgemein beeideten und gerichtlich zertifizierten Sachverständigen eingetragen sei, sei der nunmehrige Antrag auf Bestellung eines anderen Sachverständigen grob schuldhaft verspätet, zumal davon auszugehen sei, dass die Zulassung dieses Antrags das Verfahren erheblich verzögern würde.

Gegen diesen Beschluss richtet sich der fristgerechte Rekurs der Klägerin, in dem diese den Antrag stellt, den angefochtenen Beschluss dahingehend abzuändern, dass der Sachverständige N. N. enthoben und ein in die Liste der allgemein beeideten und gerichtlich zertifizierten Sachverständigen eingetragener Sachverständiger bestellt werde.

Die Beklagten und die aufseiten der Beklagten beigetretene Nebenintervenientin stellen in ihren Rekursbeantwortungen den Antrag, dem Rekurs der Gegenseite keine Folge zu geben.

Auch der Sachverständige N. N. hat eine Rekursbeantwortung eingebracht, in der er gleichfalls den Antrag stellt, dem Rekurs der Klägerin keine Folge zu geben.

Der Rekurs der Klägerin ist nicht berechtigt.

Die Klägerin macht geltend, dass der Beschluss des Erstgerichts vom 16. 4. 2013 nicht gesondert anfechtbar sei, sie daher gehalten gewesen sei, ihre Beschwerde gegen diesen Beschluss mit dem gegen die nächstfolgende anfechtbare Entscheidung eingebrachten Rechtsmittel zu verbinden. Diese Entscheidung sei der Beschluss des LG Feldkirch vom 3. 4. 2014, mit dem die Gebühren des Sachverständigen N. N. bestimmt worden seien. Die Behauptungen des Sachverständigen, in der Liste der allgemein beeideten und gerichtlich zertifizierten Sachverständigen für die Fachgebiete Glasarbeiten, Glasschleifen eingetragen zu sein, sei nur bis zum Jahr 2010 zutreffend gewesen. Danach sei der Sachverständige, ohne dies dem Gericht oder den Parteien mitzuteilen, aus der Liste ausgeschieden. Da dieses Ausscheiden der Klägerin nicht auffallen habe müs-

sen, könne von einer Verspätung des Antrags keine Rede sein. Da N. N. kein öffentlich bestellter Sachverständiger mehr sei, komme er für eine Ergänzung oder Erörterung seines Gutachtens nicht mehr in Frage.

Dazu war zu erwägen:

1. Vorauszuschicken ist, dass es sich beim angefochtenen Beschluss ungeachtet der Formulierung von Spruch und Begründung in Wahrheit nicht um einen Beweis Antrag oder weiteres Vorbringen zurückweisenden Beschluss handelt. In ihrem Antrag vom 10. 4. 2013 hat die Klägerin nämlich gar keinen weiteren Beweis angeboten, sondern lediglich den Antrag gestellt, den bis dahin bestellt gewesenen Sachverständigen zu entheben, da dieser nicht mehr in die Liste der allgemein beeideten und gerichtlich zertifizierten Sachverständigen eingetragen sei. Der angefochtenen Beschlussfassung liegt daher in Wahrheit eine Entscheidung nach § 351 Abs 2, § 362 Abs 2 ZPO zugrunde.

2. Im Lichte dieser Überlegungen ist zunächst die Frage der Zulässigkeit des Rekurses zu prüfen.

2.1. Gemäß § 366 Abs 2 ZPO können die Entscheidung über die Anzahl der zu bestellenden Sachverständigen, der Beschluss, durch welchen die Bestellung eines Sachverständigen dem beauftragten Richter überlassen (§ 352 ZPO) oder ein Sachverständiger wegen Ablehnung enthoben wird, die über die Beeidigung eines Sachverständigen gefassten Beschlüsse, endlich die Beschlüsse, durch welche für die Abgabe des Gutachtens gemäß § 360 ZPO eine Tagsatzung anberaumt oder eine Frist bestimmt, durch ein Rechtsmittel nicht angefochten werden. Der Beschluss, mit dem der Antrag einer Partei, einen Sachverständigen zu entheben und einen anderen Sachverständigen zu bestellen, abgewiesen wird, lässt sich nicht unter die in § 366 Abs 2 ZPO angeführten Fälle der Unanfechtbarkeit subsumieren, weshalb die Frage der Zulässigkeit dieses Rekurses nach § 366 Abs 1 ZPO zu prüfen ist.

2.2. Gemäß § 366 Abs 1 ZPO ist gegen den Beschluss, durch welchen die Ablehnung eines Sachverständigen verworfen oder eine schriftliche Begutachtung angeordnet wird, kein abgesondertes Rechtsmittel (vorbehaltener Rekurs) zulässig. Nach der ständigen Rechtsprechung vor der ZVN 2002 bildeten die Auswahl eines Sachverständigen einen integrierenden Teil des Beweisbeschlusses und war deshalb gemäß den § 277 Abs 4, § 291 Abs 1 ZPO nicht abgesondert anfechtbar. Daran hat sich durch die ZVN 2002 nichts geändert (*Rechberger in Rechberger*, ZPO³, § 351 Rz 5). Daraus folgt, dass auch ein Beschluss, mit dem ein Antrag auf Enthebung eines Sachverständigen abgewiesen wird, als nicht abgesondert anfechtbar zu werten ist (*Zechner in Fasching/Konecny*² IV/1 § 515 ZPO Rz 8). Ein solcher Beschluss, mit dem die Bestellung eines anderen Sachverständigen abgelehnt wurde, ist somit zusammen mit der nächstfolgenden Entscheidung anfechtbar.

2.3. Nach dem Gesetzeswortlaut darf der vorbehaltene Rekurs jedenfalls schon mit dem gegen die nächste abgesondert anfechtbare Entscheidung erhobenen Rechtsmittel verbunden werden (*Zechner*, aaO, § 515 ZPO Rz 17).

Ganz abgesehen davon, ist ein Rekurs nur dann nicht statthaft, wenn ihn das Gesetz für unzulässig erklärt; im Zweifel muss daher von der Zulässigkeit eines Rekurses ausgegangen werden (*Kodek*, aaO, § 514 ZPO Rz 2).

2.4. Als Ergebnis der Zulässigkeitsprüfung ist somit festzuhalten, dass die Bekämpfung des angefochtenen Beschlusses zusammen mit dem Rekurs, welcher von der Klägerin gegen die Bestimmung der Gebühren des Sachverständigen N. N. erhoben wurde, zulässig ist.

3. Inhaltlich fehlt es dem Rechtsmittel jedoch an Berechtigung.

3.1. Die Bestellung eines anderen als des ursprünglich bestellten Sachverständigen kommt nach § 362 Abs 2 ZPO dann in Betracht, wenn das abgegebene Gutachten ungenügend erscheint oder von Sachverständigen verschiedene Ansichten ausgesprochen wurden. Erscheint also ein Gutachten als ungenügend oder unvollständig, kann auf Antrag der Parteien oder von Amts wegen eine neuerliche Begutachtung durch dieselben oder durch andere Sachverständige stattfinden (*Rechberger*, aaO, §§ 360 bis 362 ZPO Rz 4). Dass diese Voraussetzungen hier vorliegen würden, wird von der Klägerin weder in ihrem Antrag vom 10. 4. 2013 noch in ihrem Rechtsmittel geltend gemacht.

3.2. Die Bestimmung des § 351 Abs 1 ZPO verweist das Gericht zwar vor allem auf die öffentlich bestellten Sachverständigen, doch stellt die Auswahl eine Ermessensentscheidung des Gerichts dar, die an keine konkreten gesetzlichen Vorgaben (etwa dergestalt, dass nur dann auf einen anderen Sachverständigen zurückgegriffen werden dürfte, wenn kein öffentlich bestellter vorhanden oder greifbar ist) gebunden ist. Eine Verpflichtung des Richters, nur solche Personen heranzuziehen, die zur Erstattung von Gutachten auf einem bestimmten Fachgebiet öffentlich bestellt sind, besteht daher nicht. Der Eintragung in die Sachverständigenliste wird von der Rechtsprechung nur „Indizwirkung“ dahingehend zugemessen, dass der Sachverständige gerade auf diesem Fachgebiet eine besondere Fachkunde aufweist (*Rechberger* in *Fasching/Konecny*² III § 351 ZPO Rz 3). Zum Sachverständigen kann jede Person bestellt werden, die eine besondere Fachkunde in Wissenschaft oder Kunst, Handel oder Gewerbe, Verkehr oder Technik besitzt, wie immer sie diese Kenntnisse erworben haben mag (*Klauser/Kodek*, aaO, § 351 ZPO E 3). Entgegen der Ansicht der Rekurswerberin begründet daher der Umstand, dass der Sachverständige N. N. nicht (mehr) in die Liste der allgemein beeideten und gerichtlich zertifizierten Sachverständigen eingetragen ist, nicht das Erfordernis der Bestellung eines neuen Sachverständigen. § 9 Abs 2 SDG ordnet in diesem Zusammenhang ausdrücklich an, dass das Erlöschen der Eigenschaft als allgemein beeideter und gerichtlich zertifizierter Sachverständiger während der Tätigkeit des Sachverständigen in einem bestimmten Verfahren keine Wirkung auf dieses Verfahren hat.

Dem Rekurs der Klägerin kommt damit keine Berechtigung zu.

4. Da nach der Rechtsprechung das Verfahren über einen Ablehnungsantrag als zweiseitig im Sinne des § 521a ZPO angesehen wird, ist auch hier von der Zweiseitigkeit des Rekursverfahrens auszugehen. Die von den Beklagten und der Nebenintervenientin eingebrachten Rekursbeantwortungen sind daher zulässig.

5. Dem Sachverständigen N. N. kommt im Verfahren über seine Bestellung und/oder Enthebung keine Parteistellung zu, weshalb seine Rekursbeantwortung insoweit, als sie sich gegen den Rekurs gegen den Beschluss vom 16. 4. 2013 richtet, unzulässig ist.

6. Der Entscheidung über die Kosten des Rekursverfahrens ist vorzuschicken, dass das Vorliegen eines Zwischenstreits erfordert, dass eine Partei einen Antrag stellt, dem die anderen entgegentritt, wodurch eine Beschlussfassung des Gerichts ausgelöst wird (*Obermaier*, *Kostenhandbuch*², Rz 291). Da hier der Antrag der Klägerin vom 10. 4. 2013 mit dem angefochtenen Beschluss abgewiesen wurde, ohne dass zuvor dem Antrag der Klägerin widersprechende Stellungnahmen der Beklagten oder der Nebenintervenientin abgegeben worden wären, liegt kein Zwischenstreit vor, weshalb die Kosten des Rekursverfahrens weitere Verfahrenskosten sind.

7. Auch eine Maßgabebestätigung kann eine Bestätigung im Sinne des § 528 Abs 2 Z 2 ZPO sein. Dem folgend ist auszusprechen, dass der Revisionskurs jedenfalls unzulässig ist.