

## **Ablehnung des Sachverständigen (§ 355 Abs 1 ZPO) – Rechtzeitigkeit des Ablehnungsantrags (§ 355 Abs 2 ZPO) – Verfahren über die Ablehnung (§ 366 Abs 1 ZPO; § 24 Abs 2 JN)**

1. Ein Beschluss, durch welchen die Ablehnung eines Sachverständigen verworfen wird, kann nicht abgelehnt, sondern erst mit dem gegen die nächstfolgende anfechtbare Entscheidung eingebrachten Rechtsmittel angefochten werden. Dabei bleibt ein aufgeschobener Rekurs ein Rekurs, auch wenn jenes Rechtsmittel, mit dem er geltend gemacht wird, eine Berufung ist.
2. Das Wesen der Befangenheit besteht in einer Hemmung einer unparteiischen EntschlieÙung durch unsachliche psychologische Motive. Die Ablehnung ist dann berechtigt, wenn Tatsachen vorliegen, die bei verständiger Würdigung ein auch nur subjektives Misstrauen der Partei in die Unparteilichkeit des Sachverständigen rechtfertigen.
3. Die Ablehnungserklärung ist beim Prozessgericht noch vor dem Beginn der Beweisaufnahme und bei schriftlicher Begutachtung vor erfolgter Einreichung des Gutachtens mittels Schriftsatzes 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 unübersteiglichen Hindernisses nicht rechtzeitig geltend machen konnte. Die Partei muss also vom Ablehnungsrecht Gebrauch machen, wenn ihr der Grund, aus welchem die Befangenheit entsteht, bekannt wird. Durch die Regelungen über das Ablehnungsrecht soll nicht ermöglicht werden, sich nicht genehmer Sachverständiger (speziell nachdem ihre Fachmeinung durch die Erstattung eines schriftlichen Gutachtens bereits bekannt geworden war) zu entledigen.

4. Die Tätigkeit des Gutachters in einem „konkurrierenden“ Unternehmen vermag allein keine Befangenheit zu begründen, ist es doch geradezu typisch, dass der Sachverständige in derselben Branche wie der zu Begutachtende tätig ist, da der Sachverständige ja notwendigerweise über das branchenspezifische Fachwissen verfügen muss, das er üblicherweise durch seine eigene berufliche Tätigkeit erwirbt.
5. Selbst wenn eine Schlussfolgerung im Gutachten auf anzweifelbaren Prämissen beruhen mag, ist sie doch für sich allein nicht geeignet, eine Befangenheit des Sachverständigen im Sinne einer voreingenommenen und parteilichen Begutachtung zu begründen.
6. Gegen eine bestätigende Entscheidung in Ablehnungssachen ist kein weiteres Rechtsmittel zulässig.

### OLG Wien vom 27. Mai 2020, 2 R 139/19d

Die Klägerin schloss über Vermittlung der Erstbeklagten als Bevollmächtigter des Versicherers mit der Drittbeklagten eine Kombiverkehrshaftpflichtversicherung mit einer Laufzeit vom 1. 1. 2015 bis zum 1. 11. 2019 ab. ...

Mit ihrer am 7. 6. 2017 bei Gericht eingelangten Klage begehrte die Klägerin Versicherungsleistungen aus zwei Schadensfällen von insgesamt € 318.693,73 sA und brachte vor, sie sei ein international tätiges Transportunternehmen. Zur Absicherung allfälliger Schäden im Zusammenhang mit ihrer Tätigkeit habe sie über die Erstbeklagte einen Versicherungsvertrag mit der Zweitbeklagten abgeschlossen, wobei führender Versicherer die Drittbeklagte sei. ...

Beiden Schadensfällen lägen Ladungsdiebstähle zugrunde, welche außerhalb der Sphäre der Klägerin lägen und an denen diese kein Verschulden treffe. Aufgrund des Versicherungsvertrages würden die Beklagten zur ungeteilten Hand haften.

Die Erst- und die Zweitbeklagte bestritten das Klagebegehren und wendeten mangelnde Passivlegitimation ein. ...

Auch die Drittbeklagte beantragte, die Klage abzuweisen, und brachte vor, sie sei führendes Mitglied des Versiche-

rungskonsortiums zur Verkehrshaftpflichtversicherung gewesen. Für die gegenständlichen Schadensfälle bestehe jedoch keine Deckung. ...

Mit Beschluss vom 30. 3. 2018 bestellte das Erstgericht N. N. zum Sachverständigen mit dem Auftrag, Befund und Gutachten darüber zu erstatten, inwieweit die Bestellung des ungarischen Subfrächters durch die Disponentin P. und die Überwachung durch den Teamleiter Q. sowie die Bestellung des italienischen Subfrächters durch die Disponentin S. einer sach- und fachgerechten Weitergabe von Transportaufträgen entsprechen.

Nach Überreichung des schriftlichen Gutachtens am 16. 5. 2018 lehnte die Klägerin den Sachverständigen N. N. mit Schriftsatz vom 25. 6. 2018 ab und führte dazu im Wesentlichen aus, es habe sich im Nachhinein herausgestellt, dass der Sachverständige Niederlassungsleiter der X. Y. GmbH in X. sei. Dieses Logistikunternehmen stehe zwangsläufig in Konkurrenz mit der Klägerin. Dies habe der Sachverständige nicht offengelegt. Im Hinblick auf die Kürze und Oberflächlichkeit des Gutachtens werde die Objektivität des Sachverständigen angezweifelt. Überdies habe der Sachverständige ausgeführt, dass die Klägerin ein angebliches Verbot der Ladungsweitergabe missachtet und „ganz bewusst den Kunden hinters Licht geführt habe“. Diese durch keinerlei Substrat gestützte Aussage zeige die Voreingenommenheit des Sachverständigen.

Mit Beschluss vom 9. 8. 2018 wies das Erstgericht den Antrag auf Ablehnung des Sachverständigen N. N. zurück und führte zur Begründung aus, die Klägerin habe nicht vorgebracht, warum sie die als Ablehnungsgrund herangezogene Beschäftigung des Sachverständigen bei einem Konkurrenzunternehmen nicht bereits zum Zeitpunkt dessen Bestellung geltend gemacht habe, sodass der Antrag im Sinne des § 355 Abs 2 ZPO verspätet sei. Im Übrigen seien zahlreiche Sachverständige Selbständige oder Angestellte von Unternehmen, die in Konkurrenz zu den Verfahrensparteien stünden, weshalb dieser Umstand allein keine Befangenheit begründe. Da auch die behauptete Mangelhaftigkeit des Gutachtens keinen Ablehnungsgrund bilde, sei der Antrag zurückzuweisen gewesen.

Gegen diesen Beschluss richtet sich der (mit der Berufung verbundene) Rekurs der Klägerin wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit dem Antrag, dem Ablehnungsantrag stattzugeben.

Die Beklagten beantragen, dem Rekurs nicht Folge zu geben.

Der Rekurs ist nicht berechtigt.

Gemäß § 366 Abs 1 ZPO findet gegen den Beschluss, durch welchen die Ablehnung eines Sachverständigen verworfen wird, ein abgesondertes Rechtsmittel nicht statt. In solchen Fällen können die Parteien gemäß § 515 ZPO ihre Beschwerden gegen diesen Beschluss mit dem gegen die nächstfolgende anfechtbare Entscheidung eingebrachten Rechtsmittel zur Geltung bringen. Nach neuerer Judikatur bleibt ein aufgeschobener Rekurs ein Rekurs, auch wenn

jenes Rechtsmittel, mit dem er geltend gemacht wird, eine Berufung ist (5 Ob 21/97t; *Kodek in Rechberger, ZPO*<sup>4</sup>, § 515 Rz 1).

Gemäß § 355 Abs 1 ZPO kann ein Sachverständiger aus denselben Gründen abgelehnt werden, die zur Ablehnung eines Richters berechtigen. Das Wesen der Befangenheit besteht in einer Hemmung einer unparteiischen Entschlie-ßung durch unsachliche psychologische Motive (RIS-Justiz RS0045975). Die Ablehnung ist dann berechtigt, wenn Tatsachen vorliegen, die bei verständiger Würdigung ein auch nur subjektives Misstrauen der Partei in die Unparteilichkeit des Sachverständigen rechtfertigen (*Schneider in Fasching/Konecny, Zivilproessgesetz III/1*<sup>3</sup>, §§ 355, 356 ZPO Rz 7).

Die Ablehnungserklärung ist beim Prozessgericht noch vor dem Beginn der Beweisaufnahme, und bei schriftliche Begutachtung vor erfolgter Einreichung des Gutachtens mittels Schriftsatzes 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 unübersteiglichen Hindernisses nicht rechtzeitig geltend machen konnte (§ 355 Abs 2 ZPO). Die Partei muss also vom – verzicht- und verschweigbaren (RIS-Justiz RS0045982) – Ablehnungsrecht Gebrauch machen, wenn ihr der Grund, aus welchem die Besorgnis der Befangenheit entsteht, bekannt wird (RIS-Justiz RS0046040; RS0045977). Durch die Regelungen über das Ablehnungsrecht soll nicht ermöglicht werden, sich nicht genehmer Sachverständiger (speziell nachdem ihre Fachmeinung durch die Erstattung eines schriftlichen Gutachtens bereits bekannt geworden war) zu entledigen (vgl RIS-Justiz RS0109379; RS0046087).

Soweit die Rekurswerberin den Standpunkt einnimmt, sie habe den Umstand, dass der Sachverständige N. N. als Niederlassungsleiter der X. Y. GmbH tätig sei, entgegen der Ansicht des Erstgerichts rechtzeitig im Sinne des § 355 Abs 2 ZPO geltend gemacht, übersieht sie, dass sie im Ablehnungsantrag dazu schlicht vorgebracht hat, dies habe sich im Nachhinein herausgestellt, ohne anzugeben, auf welchem Weg und zu welchem genauen Zeitpunkt sie in den Besitz dieser Information gelangt ist. Damit ist sie aber der vom Gesetz geforderten Glaubhaftmachung, dass sie den Ablehnungsgrund vorher nicht erfahren hat, nicht nachgekommen. Selbst ihr ergänzendes Vorbringen

im Rekurs, sie habe vom Ablehnungsgrund nach der Beauftragung des Sachverständigen Kenntnis erlangt, erklärt nicht, warum sie mit dessen Geltendmachung bis nach der Gutachtenserstattung zugewartet hat, sodass das Erstgericht in diesem Punkt zu Recht von einer verspäteten Antragstellung ausgegangen ist.

Nur der Vollständigkeit halber sei angemerkt, dass die Tätigkeit des Gutachters in einem „konkurrierenden“ Unternehmen allein keine Befangenheit zu begründen vermag, ist es doch geradezu typisch, dass der Sachverständige in derselben Branche wie der zu Begutachtende tätig ist, da der Sachverständige ja notwendigerweise über das branchenspezifische Fachwissen verfügen muss, das er üblicherweise durch seine eigene berufliche Tätigkeit erwirbt.

Des Weiteren kritisiert die Rekurswerberin, dass das Erstgericht die von ihr vorgebrachten Beleidigungen, die der Sachverständige in das Gutachten eingestreut habe, nicht als Ablehnungsgrund gewertet habe. Konkret bezieht sich die Rekurswerberin dabei auf die – aus dem Zusammenhang gerissene – Aussage, dass die Klägerin ganz bewusst den Kunden hinters Licht führen würde. Tatsächlich findet sich dieser Satz im Gutachten im Zusammenhang mit der Bewertung der Aussage des Zeugen Q., der angab, dass in den Aufträgen der M. GmbH ein Beschäftigungsverbot für Subfrächter bestehe, die Klägerin aber ausschließlich mit Subunternehmern arbeite. Ausgehend von dem Umstand, dass die Klägerin täglich mehrere Ladeaufträge von der M. GmbH erhielt und dennoch niemals diese von ihr unerfüllbare Vorgabe besprochen und geklärt worden sei, hielt der Sachverständige im Gutachten fest, dass er den Eindruck gewinne, dass die Klägerin entweder diese Vorgabe völlig verharmlost und daher auch außer Acht gelassen oder ganz bewusst den Kunden hinters Licht geführt habe. Diese Schlussfolgerung mag auf anzweifelbaren Prämissen beruhen, doch ist sie für sich allein nicht geeignet, eine Befangenheit des Sachverständigen im Sinne einer voreingenommenen und parteilichen Begutachtung zu begründen.

Damit konnte dem Rekurs kein Erfolg beschieden sein.

Gegen die bestätigende Entscheidung in Ablehnungssachen ist nach § 24 Abs 2 JN kein weiteres Rechtsmittel zulässig (RIS-Justiz RS0122963; RS0074402).