

98. 1. Hat der Umstand, daß auf Antrag des Käufers einer von ihm als mangelhaft geklagten Ware die in § 488 Abs. 1 C.P.D. zugelassene Beweisaufnahme durch Vernehmung von Sachverständigen bereits vorgenommen ist, Einfluß auf die in § 488 Abs. 2 dem Verkäufer gleichfalls eingeräumte Befugnis, die Anordnung einer solchen Beweisaufnahme zu beantragen?

2. Muß das Gericht in diesem Falle die ihm nach § 487 Nr. 3 C.P.D. benannten Sachverständigen vernehmen?

II. Civilsenat. Beschl. v. 24. September 1901 i. S. E. (Rl.) w. S. & Co. (Bekl.). Beschw.-Rep. II. 121/01.

I. Oberlandesgericht Hamburg.

Auf Grund eines Vertrages vom März 1900 hatte Kläger der Beklagten im Juli und August 1900 Heu geliefert, in Bezug auf welches letztere dem Kläger Mängel anzeigte. In einem Rechtsstreite des Klägers gegen die Beklagte auf Zahlung einer anderen Forderung rechnete letztere mit dem aus jenen angeblich mangelhaften Lieferungen ihr zustehenden Schadensersatzansprüche auf und machte denselben, so-

weit er die Klagesumme überstieg, mit Widerklage geltend. Dieser Rechtsstreit ist gegenwärtig bei dem Oberlandesgerichte zu Hamburg anhängig. Nachdem zwei Ballen der überseeisch versandten Ware zurückgekommen waren, hat zunächst die Beklagte auf Grund des § 488 Abs. 1 C.P.D. bei dem nach § 486 hierfür zuständigen Oberlandesgerichte den Antrag auf Begutachtung dieser zwei Ballen durch Sachverständige gestellt; es wurde auch diesem Antrage stattgegeben, und die Begutachtung durch einen dem Gerichte von der Handelskammer benannten Sachverständigen angeordnet. Da das erstattete Gutachten zu Ungunsten des Klägers ausgefallen war, hat dieser sodann auf Grund des § 488 Abs. 2 C.P.D. die Begutachtung jener zwei Ballen durch die von ihm gemäß § 487 Nr. 3 C.P.D. benannten Sachverständigen beantragt. Das Oberlandesgericht hat diesen Antrag mit dem angefochtenen Beschlusse abgelehnt, da das bereits auf Antrag der Beklagten eingezogene Gutachten für ungenügend nicht erachtet werden könne (§ 412 Abs. 1 C.P.D.). Der Beschwerde des Klägers gegen diesen Beschluß wurde in der Hauptsache stattgegeben.

Aus den Gründen:

„Der § 488, der durch die Novelle zur Civilprozeßordnung vom 17. Mai 1898 in diese neu aufgenommen wurde und, wie die Begründung des Entwurfes der Novelle — Seite 117/118 — ergibt, für das neue Recht unter Anderem die Bestimmung des Art. 348 Abs. 2 H.G.B. (a. F.) zu ersetzen bestimmt ist, enthält nicht, wie die §§ 485 u. 489, eine Ermächtigung des Gerichts, sondern verleiht dem Antragsteller ein Recht; es muß daher beim Vorliegen seiner Voraussetzungen die beantragte Beweisanordnung erfolgen. Nach Abs. 2 des § 488 ist der Verkäufer zu dem Antrage schon dann berechtigt, wenn ihm, wie hier geschehen ist, der Käufer einen Mangel angezeigt hat; weitere Voraussetzungen sind nicht erforderlich. Das Gericht darf insbesondere nicht in eine materielle Prüfung der Sache eingehen und hat sich, da in prozessualischer Beziehung die Voraussetzung der Verlustgefahr (§ 485) hier nicht gefordert ist, und im übrigen für die Sicherung des Beweises die Erheblichkeit der Thatfachen keine Bedingung der Beweisaufnahme bildet, einer Prüfung der Beweiserheblichkeit zu enthalten. Das in Abs. 2 des § 488 dem Verkäufer eingeräumte Recht ist ferner unabhängig von dem Rechte des Käufers nach § 488 Abs. 1. Der Verkäufer hat deshalb das

Recht nach § 488 Abs. 2 auch dann noch, wenn der Käufer sein Recht aus dem Abs. 1 jener Gesetzesvorschrift bereits ausgeübt hat. Der Verkäufer hat ferner aus dem gleichen Grunde, auch wenn der Käufer sein Recht aus Abs. 1 durch einen Antrag auf Vernehmung von Sachverständigen ausgeübt hat, und das Gutachten bereits erstattet ist, bei Ausübung seines Rechtes aus Abs. 2 des § 488 — gleichfalls durch einen Antrag auf Vernehmung anderer Sachverständiger — nicht ein besonderes Interesse für eine wiederholte Begutachtung glaubhaft zu machen. Da dem Gerichte, wie bereits dargelegt wurde, in diesem Verfahren nicht eine Prüfung der Beweiserheblichkeit zusteht, kann diese wiederholte Begutachtung auch nicht durch Berufung auf § 412 Abs. 1 C.P.D. abgelehnt werden, der sich nur auf diejenigen Verfahren bezieht, in welchen dem Gerichte die Sachentscheidung und damit die materielle Prüfung der Beweise zusteht. Diese Erwägungen würden jedoch nach der gegebenen Sachlage zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung dann nicht zureichen, wenn dem Gerichte auch in diesem Verfahren die Auswahl der zuzuziehenden Sachverständigen (§ 404 Abs. 1 C.P.D.) zustünde, und dasselbe nicht die ihm nach § 487 Nr. 3 bezeichneten Sachverständigen vernehmen müßte; denn bei dieser Annahme ließe sich die erfolgte Ablehnung der Beweisanordnung damit rechtfertigen, daß das Gericht auf den Antrag des Klägers den bereits in dem Verfahren auf den Antrag der Beklagten vernommenen Sachverständigen zuziehen würde, und deshalb, da dieser sein Gutachten bereits erstattet hat, eine die wiederholte Begutachtung durch denselben Sachverständigen verfügende Beweisanordnung bedeutungslos wäre. Allein der Ausgangspunkt dieser Betrachtung, daß dem Gerichte auch in diesem Verfahren die Auswahl der Sachverständigen zustehe, und dasselbe nicht die ihm nach § 487 Nr. 3 benannten Sachverständigen vernehmen müsse, und daß folgerweise § 487 Nr. 3 nur eine Abänderung des § 404 Abs. 3 und die Begründung einer Vorschlagspflicht des Antragstellers bezwecke, entspricht nicht dem Gesetze. Es ließen sich zwar für diese Meinung beachtenswerte praktische Erwägungen geltend machen. Nach Ansicht des Senates sprechen jedoch überwiegende Gründe für die auch dem Wortlaute des § 487 Nr. 3 am meisten entsprechende Annahme, daß dieser Vorschrift eine weitere Tragweite zukomme, wonach in diesem Verfahren das Gericht die von dem Antragsteller benannten Sach-

verständigen vernehmen müsse, der Antragsteller somit ein durch § 404 Abs. 1 nicht beschränktes Vorschlagsrecht habe. Bei der Beratung des mit dem § 487 Nr. 3 wörtlich übereinstimmenden § 431 Nr. 3 des dem Reichstage vorgelegten Entwurfes einer Civilprozeßordnung durch die Justizkommission des Reichstages war diese Vorschrift Gegenstand einer eingehenden Erörterung, welche insbesondere auch die hier zu entscheidende Frage mitumfaßt hat, und welche in den Protokollen jener Kommission — S. 193 — dahin zusammengefaßt ist:

„Die Abgeordneten Dr. Grimm und Dr. Wolfson bemerkten, aus Nr. 3 des § 431 lasse sich folgern, daß, wenn die Sachverständigen nicht mit Namen genannt seien, das Gesuch abgewiesen werden müsse. Soll die Auswahl der Sachverständigen nicht hier dem Gerichte überlassen bleiben müssen? Der Direktor v. Umsberg und der Abgeordnete Kloß erwidern übereinstimmend: Es handle sich hier nicht um Sachverständige, welche das Urteil des Richters normieren sollen, sondern um sachverständige Zeugen, hierzu seien von den Parteien Personen ihres Vertrauens zu benennen. Dadurch sei nicht ausgeschlossen, daß der Richter noch andere Sachverständige zuziehe, wenn er dies für nötig halte.“

Diese Ausführungen schließen zunächst die Annahme aus, daß nach Absicht der gesetzgebenden Faktoren mit jener Vorschrift lediglich in Abänderung des § 404 Abs. 3 eine Vorschlagspflicht des Antragstellers begründet werden sollte, und weisen auf eine — wie allerdings nicht zu verkennen ist, durch die gegebene Begründung nicht allseits gerechtfertigte — Auffassung derselben hin, wonach in diesem Verfahren das Gericht auch die ihm benannten Sachverständigen vernehmen müsse.

Gegen diese, wie schon hervorgehoben, auch dem Wortlaute des Gesetzes mehr entsprechende Auslegung dürfen keine Bedenken entnommen werden aus den allgemeinen Grundsätzen der Civilprozeßordnung über die Stellung des Gerichtes zu dem Beweise durch Sachverständige; denn jene allgemeinen Grundsätze nehmen ihren Ausgangspunkt von der Voraussetzung, daß es sich um Erhebung jenes Beweises im Prozesse oder in einem dem Prozesse gleichartigen Verfahren handelt, und können deshalb für das anomale Verfahren der Sicherung des Beweises keine Geltung beanspruchen, wie denn die Motive zu dem Entwurfe — S. 290 — schon angedeutet haben.

es seien die Besonderheiten aus der Anomalie zu erklären, daß das Verfahren unabhängig von einem Rechtsstreite stattfinden könne. Weil aber in diesem Verfahren mit in Betracht kommt, daß die von dem Antragsteller benannten Personen seines Vertrauens vernommen werden, — ein Gesichtspunkt, auf welchen in der Justizkommission nicht mit Unrecht besonders hingewiesen wurde, — lag es für den Gesetzgeber nahe, auch für die Vernehmung von Sachverständigen dem Gerichte eine Auswahl wenigstens insoweit zu entziehen, als es die von dem Antragsteller benannten Sachverständigen vernehmen muß.

In diesem Sinne wird die Vorschrift des § 487 Nr. 3 von den Kommentatoren der Civilprozeßordnung übereinstimmend aufgefaßt. Ob dabei dem Gerichte die Befugnis zusteht, noch andere Sachverständigen, als die ihm benannten, zuzuziehen, was bei der Beratung der Justizkommission bejaht wurde, in der Rechtslehre aber von Reincke, Civilprozeßordnung 3. Auflage (1896) zu § 451 (jetzt 490) S. 481 und 4. Auflage (1900) zu § 490 (S. 470), bestritten wird, bedarf hier nicht der ausdrücklichen Entscheidung. Wenn ferner in der Rechtslehre bei Auslegung der §§ 164 u. 15 des Reichsgesetzes über freiwillige Gerichtsbarkeit angenommen wird, daß dort die Vorschrift des § 487 Nr. 3 überhaupt nicht zur Anwendung komme, so hat dies für die hier allein in Frage stehende Anwendung der §§ 488 u. 487 Nr. 3 C.P.O. keine weitere Bedeutung.“ ...