

23. Ist eine Entscheidung, die über ein in der mündlichen Verhandlung angebrachtes Gesuch um Ablehnung eines Sachverständigen, anstatt durch Beschluß, in den Gründen des Berufungsurteils erfolgt, mit der Revision anfechtbar?

II. Zivilsenat. Ur. v. 7. Februar 1905 i. S. H. (Bell.) w. H. (Kl.).
Rep. II. 225/04.

I. Landgericht Münster.

II. Oberlandesgericht Hamm.

Die Frage ist bejaht worden aus folgenden
Gründen:

Mit Recht beschwert sich der Revisionskläger darüber, daß das Berufungsgericht über das Gesuch um Ablehnung des Sachverständigen nicht durch einen dem Urteile vorausgegangenen Beschluß, sondern erst in den Gründen des Urteils entschieden hat. Der Sachverständige ist nach Erstattung des schriftlichen Gutachtens erst in der mündlichen Verhandlung und im Zusammenhange mit dem Vortrage der Sache abgelehnt worden. Nach § 406 B.P.O. hat die Entscheidung über das Ablehnungsgesuch durch Beschluß zu erfolgen, gegen den, wenn die Ablehnung für unbegründet erklärt wird, sofortige Beschwerde stattfindet. Die Beschwerde hat gemäß § 572 B.P.O. nur in den hierin aufgeführten Ausnahmefällen aufschiebende Wirkung. Für die Fälle der sofortigen Beschwerde bestimmt das Gesetz nichts Abweichendes. Zu den Ausnahmefällen des § 572 gehört der Fall der Ablehnung eines Sachverständigen nicht. Hiernach wäre das Berufungsgericht gesetzlich nicht behindert gewesen, das Ablehnungsgesuch durch Beschluß zurückzuweisen und im Anschlusse hieran in der Sache weiter zu verhandeln und durch Urteil zu entscheiden. Ein solches Verfahren hätte allerdings tatsächlich die Folge gehabt, daß das Beschwerderecht des Beklagten vereitelt worden wäre, weil die Beschwerde durch das zwischenzeitliche Urteil zweck- und gegenstandslos geworden wäre. Auch wäre die Entscheidung über das Ablehnungsgesuch der Anfechtung in der Revisionsinstanz entzogen gewesen, da gemäß § 548 B.P.O. der Beurteilung des Revisionsgerichts diejenigen Entscheidungen nicht unterliegen, die unanfechtbar oder mit der Beschwerde anfechtbar sind. Die erwähnte

Folge erweist sich als die notwendige Konsequenz des Grundsatzes, daß die Beschwerde keine aufschiebende Wirkung hat; dieser Grundsatz aber beruht auf dem gesetzgeberischen Gedanken, daß der regelmäßige Gang des Verfahrens durch das Rechtsmittel der Beschwerde gegen Zwischenentscheidungen nur in den dringendsten Fällen aufgehalten werden soll. Die nämlichen Erwägungen liegen der Entscheidung des V. Zivilsenats des Reichsgerichts (Jurist. Wochenschr. 1895 S. 539 Nr. 11) zugrunde. Verschieden von dem dort entschiedenen Falle liegt nun aber der gegenwärtige Fall insofern, als der Vorschrift des § 406 B. P. O. zuwider ein besonderer Beschluß über das Ablehnungsgesuch nicht erlassen ist. Bevor das Ablehnungsgesuch in gesetzmäßiger Weise durch Beschluß zurückgewiesen war, durfte das Berufungsgericht das Gutachten des Sachverständigen nicht berücksichtigen. Mangels eines Beschlusses konnte ein Beschwerderecht des Beklagten nicht in Frage kommen. Folgeweise kommt auch § 548 B. P. O. nicht in Betracht. Mithin muß die Rüge der Verletzung des § 406 B. P. O. in der Revisionsinstanz zulässig erscheinen. Gegen diese Erwägungen kann nicht eingewendet werden, durch den gerügten prozessualen Verstoß sei der Revisionskläger aus dem Grunde nicht beschwert, weil selbst dann, wenn das Berufungsgericht in der vorangegebenen Weise gesetzmäßig verhandelt und entschieden und das Ablehnungsgesuch verworfen hätte, die Beschwerde zweck- und gegenstandslos, die Anfechtung der Entscheidung im Revisionswege nach § 548 B. P. O. unzulässig gewesen wäre. Denn wenn auch diese Folge bei ordnungsmäßigem Prozeßgange eingetreten wäre, so braucht sie der Revisionskläger doch nicht als Wirkung eines gesetzwidrigen Verfahrens hinzunehmen. Die gesetzlichen Vorschriften, welche den Schutz der Parteirechte bezwecken, müssen von den Instanzgerichten genau befolgt und voll zur Geltung gebracht werden. Da es bisher an einer gesetzmäßigen Entscheidung über das Ablehnungsgesuch fehlt, die Entscheidung in den Gründen des Berufungsurteils als solche nicht anzusehen ist, so ist das Revisionsgericht nicht in der Lage, in eine Prüfung der Frage einzutreten, ob das Ablehnungsgesuch mit Recht für unbegründet erklärt worden ist, oder nicht. Vielmehr mußte das Berufungsurteil zur Herbeiführung einer gesetzmäßigen Entscheidung über das Ablehnungsgesuch aufgehoben werden.“ . . .