

105. 1. Geht das Beschwerderecht wegen Zurückweisung eines Gesuches um Ablehnung eines Sachverständigen dadurch verloren, daß nach dem Beschlusse Versäumnisurteil in der Hauptsache erging?

2. Genügt nach § 406 Abs. 2 Satz 2 Z.P.O. die Glaubhaftmachung, daß der Ablehnungsgrund dem Ablehnenden vor der Vernehmung des Sachverständigen, oder vor erfolgter Einreichung des Gutachtens nicht bekannt war, mag auch diese Unkenntnis auf grober Fahrlässigkeit beruhen, oder wird die Glaubhaftmachung erfordert, daß dem Ablehnenden, auch wenn er mit der gebotenen Sorgfalt Erkundigungen über den Sachverständigen und seine geschäftlichen Beziehungen eingezogen hätte, der Ablehnungsgrund vor jenem Zeitpunkte nicht bekannt sein und nicht geltend gemacht werden konnte?

II. Zivilsenat. Beschl. v. 7. Dezember 1906 i. S. Vereinigte Cöln-Kottweiler Pulverfabriken (Bekl.) w. Société maritime et commerciale (kl.). Beschw.-Rep. II. 60/06.

I. Kammergericht Berlin.

Gründe:

„Das Kammergericht hatte durch Beweisbeschluß vom 7. Mai 1906 die Erhebung eines Gutachtens angeordnet. Mit der Beweisaufnahme war ein Mitglied des Gerichts beauftragt, und dieses zugleich zur Ernennung des Sachverständigen ermächtigt worden. Der beauftragte Richter ernannte durch Verfügung vom 25. Mai 1906 den von der Berliner Handelskammer bezeichneten Kaufmann Koop als Sachverständigen und bestimmte den Termin zu seiner Vernehmung auf den 9. Juni. Beglaubigte Abschrift dieser Verfügung ging am 28. Mai dem Prozeßbevollmächtigten der Klägerin in der Berufungsinstanz zu. Der Sachverständige Koop wurde in dem Termine vom 9. Juni beeidigt und aufgefordert, sein Gutachten schriftlich zu erstatten. Abschrift dieses Protokolles ging am 11. Juni dem Prozeßbevollmächtigten der Klägerin zu. Das von Koop erstattete schriftliche Gutachten vom 18. Juni ging am 20. Juni 1906 bei dem Kammergericht ein. Es war zuungunsten der Klägerin ausgefallen. Nach Erhebung noch anderer Beweise stand Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem Prozeßgerichte am 19. November 1906 an. Durch Schriftsatz vom 10. November 1906, der am 12. November bei dem beauftragten Richter eingereicht wurde, lehnte die Klägerin den erwähnten Sachverständigen wegen Besorgnis der Befangenheit ab. Der Ablehnungsgrund wurde damit zu rechtfertigen gesucht, daß der Sachverständige bereits zur Zeit der Erstattung des Gutachtens ständiger Lieferant von Konkurrenzware an die Beklagte gewesen sei. Zur Glaubhaftmachung, daß der erwähnte Ablehnungsgrund vor Einreichung des schriftlichen Gutachtens nicht geltend gemacht werden konnte, und danach die Ablehnung noch zulässig sei. — § 406 Abs. 2 Satz 2 B.P.O. —, wurde geltend gemacht: in der dem Prozeßbevollmächtigten der Klägerin zugeworbenen beglaubigten Abschrift der Verfügung vom 25. Mai 1906 sei der Name „Koop“ so wenig deutlich geschrieben gewesen, daß er auf dessen Schreibtische als „Kogs“ gelesen wurde. Deshalb sei der Korrespondenzanwalt der Klägerin durch das weiter vorgelegte Schreiben jenes Prozeßbevollmächtigten vom 29. Mai benachrichtigt worden, ein Kaufmann „Kogs“ sei als Sachverständiger ernannt, und diese Nachricht an die Klägerin weitergegeben worden. Die Klägerin habe erst aus dem schriftlichen Gutachten den richtigen Namen des Sachverständigen erfahren und auf

ihre Ermittlungen durch eine Zuschrift vom 8. September 1906 davon Kenntnis erhalten, daß Koop bereits zur Zeit der Erstattung seines Gutachtens Lieferant von Konkurrenzware an die Beklagte war.

Der beauftragte Richter hat durch Beschluß vom 12. November 1906 das Ablehnungsgesuch als unzulässig „zurückgewiesen“ auf Grund der Erwägung: selbst wenn zugunsten der Klägerin als glaubhaft gemacht anzunehmen wäre, daß der geltend gemachte Ablehnungsgrund bereits zur Zeit der Erstattung des Gutachtens bestanden habe, so sei jedenfalls nicht glaubhaft gemacht, daß er von der Klägerin erst nach Einreichung des schriftlichen Gutachtens geltend gemacht werden konnte. Gegen diesen Beschluß wurde für die Klägerin mit dem am 15. November 1906 beim Kammergericht eingereichten Schriftsatz vom 14. November die Entscheidung des Prozeßgerichts nach §§ 577 Abs. 4, 576 Abs. 1 Z.P.D. nachgesucht. Das Kammergericht hat durch Beschluß vom 19. November 1906 abgelehnt, die Entscheidung des beauftragten Richters abzuändern, und die Akten, da jenes Gesuch — § 577 Abs. 4 — zugleich als eventuelle sofortige Beschwerde gegen die Entscheidung des Prozeßgerichts gilt, dem Reichsgericht vorgelegt. Die hiernach zulässige sofortige Beschwerde war als unbegründet zurückzuweisen.

Vor dem Kammergericht hatte, augenscheinlich nach Erlassung seines Beschlusses vom 19. November, die auf diesen Tag bestimmte mündliche Verhandlung zur Hauptsache stattgefunden. In dieser erging, nachdem ein Vertagungsantrag des Prozeßbevollmächtigten der Klägerin zurückgewiesen worden war, und dieser daraufhin sich entfernt hatte, auf Antrag des Prozeßbevollmächtigten der Beklagten nach § 542 Abs. 2 Z.P.D. ein Versäumnisurteil, wonach, unter Abänderung des landgerichtlichen Urteils, die Klägerin mit der Klage abgewiesen wurde. Nach den Ausführungen in den Entscheidungen des V. Zivilsenates vom 30. Oktober 1895 — Rep. V. 114/95, Jurist. Wochenschr. 1895 S. 539 Nr. 11 — und des erkennenden Senats vom 7. Februar 1905 — Entsch. in Zivilf. Bd. 60 S. 110 — ist eine sofortige Beschwerde gegen den ein Ablehnungsgesuch zurückweisenden Beschluß dann als zweck- und gegenstandslos geworden zurückzuweisen, wenn nach dem das Ablehnungsgesuch zurückweisenden Beschlusse in der Sache weiter verhandelt und durch ein nur mit der Revision anfechtbares Urteil entschieden worden ist. Für diese An-

nahme ist die Erwägung entscheidend, daß, selbst wenn die sofortige Beschwerde, die keine aufschiebende Kraft hat, Erfolg hätte, daraus ein Rechtsbehelf in der Revisionsinstanz nicht abgeleitet werden könnte. Diese entscheidende Erwägung trifft aber auf ein mit dem Einspruch anfechtbares Versäumnisurteil nicht zu. Wenn auf sofortige Beschwerde einem Ablehnungsgesuche stattgegeben wurde, kann dies in der auf Einlegung des Einspruches stattfindenden mündlichen Verhandlung unbeschränkt geltend gemacht werden. Die sofortige Beschwerde ist daher durch das Versäumnisurteil vom 19. November nicht zweck- und gegenstandslos geworden.

Mit Recht wurde indes angenommen, die Klägerin habe nicht glaubhaft gemacht, daß der Ablehnungsgrund von ihr vor Einreichung des schriftlichen Gutachtens nicht geltend gemacht werden konnte, und aus diesem Grunde — § 406 Abs. 2 Satz 2 B.P.O. — ihre Ablehnung als unzulässig verworfen. Nach dem Wortlaute der erwähnten Gesetzesbestimmung ist nach Einreichung des schriftlichen Gutachtens die Ablehnung des Sachverständigen nur zulässig, wenn glaubhaft gemacht wird, daß der Ablehnungsgrund vorher nicht geltend gemacht werden konnte. Die Klägerin vertritt die Auslegung dieser Vorschrift, es sei ihr schon dann genügt, wenn glaubhaft gemacht ist, daß der Ablehnungsgrund dem Ablehnenden vor jenem Zeitpunkte nicht bekannt war, möge auch diese Unkenntnis auf Nachlässigkeit beruhen. Der Wortlaut der erwähnten Bestimmung legt indes die andere Auslegung näher, sie erfordere die Glaubhaftmachung, daß dem Ablehnenden, auch wenn er mit der gebotenen Sorgfalt Erkundigungen über die Person des Sachverständigen und dessen geschäftliche Beziehungen eingezogen hätte, der Ablehnungsgrund vor Einreichung des schriftlichen Gutachtens nicht bekannt sein und in diesem Sinne von ihm nicht geltend gemacht werden konnte. Der Senat tritt letzterer Auffassung bei. Auf das bereits erstattete Gutachten eines demnächst mit Erfolg abgelehnten Sachverständigen darf die Entscheidung nicht gestützt werden; die Abgabe des Gutachtens stellt sich daher als völlig überflüssig heraus, wenn einem Ablehnungsgesuche später stattgegeben ist. Die hier in Betracht kommende Vorschrift des § 406 Abs. 2 Satz 2 bezweckt, derartigen unnötigen Beweisaufnahmen möglichst vorzubeugen. Dieser Zweck wird jedoch nur dadurch vollständig erreicht, daß der Verlust des Rechtes der Ablehnung

schon dann eintritt, wenn der Ablehnende durch Anwendung gehöriger Sorgfalt beim Einziehen von Erkundigungen über den Sachverständigen den Ablehnungsgrund schon vor Erstattung des Gutachtens hätte kennen können, nicht bloß dann, wenn er den ihm vor Erstattung des Gutachtens bereits bekannten Ablehnungsgrund vor jenem Zeitpunkte geltend zu machen unterlassen hatte. Eine andere Auffassung würde im Endergebnisse darauf hinauslaufen, daß die am wenigsten sorgfältige Partei am längsten in der Lage bliebe, ein ihr unbequemes Gutachten durch Ablehnung des Sachverständigen zu beseitigen.

Dieser aus der prozeßtechnischen Bedeutung jener Vorschrift abgeleiteten Auslegung, die, wie bereits hervorgehoben, auch dem Wortlaute des Gesetzes entspricht, stehen, wie nicht verkannt werden soll, recht beachtenswerte Bedenken aus der Entstehungsgeschichte jener Bestimmung entgegen. Die entsprechende Vorschrift im § 44 Abs. 4 B. P. O. über Ablehnung eines Richters bestimmt nämlich ausdrücklich, daß die Ablehnung eines Richters, vor dem die Partei sich in eine Verhandlung eingelassen oder Anträge gestellt hat, nur zulässig ist, wenn glaubhaft gemacht wird, daß der Ablehnungsgrund erst später entstanden oder der Partei bekannt geworden sei. In dem Entwurfe einer Zivilprozeßordnung, wie er dem Reichstage vorgelegt wurde, stimmte ferner der dem jetzigen § 406 Abs. 2 Satz 2 entsprechende § 358 Abs. 2 Satz 2 mit den Schlußworten des jetzigen § 44 Abs. 4 wörtlich überein.

Vgl. Hahn, Materialien zu den Reichsjustizgesetzen (Zivilprozeßordnung Bd. 1 S. 47).

Bei der ersten Lesung der Reichstagskommission — ebenda Bd. 1 S. 637/638 — war diese Bestimmung des zweiten Satzes von § 358 Abs. 2 des Entwurfs geändert worden; an die Stelle der Worte, „daß der Ablehnungsgrund erst später entstanden oder der Partei bekannt geworden sei“, wurden die Worte gesetzt, „daß der Ablehnungsgrund nach der Ernennung des Sachverständigen entstanden oder der Partei nach Abgabe des Gutachtens bekannt geworden sei“. Bei dieser Änderung war also der grundsätzliche Standpunkt des § 44 Abs. 4 noch aufrecht erhalten, daß nur Kenntnis vor Erstattung des Gutachtens das Recht der Ablehnung ausschliesse. In der zweiten Lesung jener Kommission erhielt dann die Vorschrift die

jezige Fassung, ohne daß die Änderung Gegenstand besonderer Erörterungen war. Die hervorgehobenen Bedenken aus der Entstehungsgeschichte der Vorschrift in § 406 Abs. 2 Satz 2 sind indes nicht stark genug, die oben dargelegten Erwägungen aus dem gesetzgeberischen Zwecke jener Vorschrift und aus deren Wortlaute zu entkräften. Der erwähnten Auslegung steht auch der Hinweis darauf nicht entgegen, daß nach der Technik der Zivilprozessordnung, wenn an Fahrlässigkeit oder grobe Fahrlässigkeit in der Prozeßführung ein Nachteil der hier vorliegenden Art geknüpft ist, das in der Regel ausdrücklich ausgesprochen sei. Ubrigens hat der Verlust des Rechts auf Ablehnung eines Sachverständigen nicht die gleiche durchgreifende Wirkung wie der Verlust des Rechts auf Ablehnung eines Richters. Durch den Verlust des Rechts auf Ablehnung eines Richters sind dessen Handlungen endgültig von dem aus dem Ablehnungsgrunde abzuleitenden Mangel geheilt. Das Gutachten des Sachverständigen wird dagegen durch den Verlust des Rechts auf Ablehnung nur in prozessualer Beziehung unanfechtbar. Die Partei kann aber alles, was sie zur Begründung des Ablehnungsgefuches geltend machen konnte, noch in der mündlichen Verhandlung zur Hauptsache geltend machen, um die Unzuverlässigkeit und Unglaubwürdigkeit des Sachverständigen darzutun. Das Gericht hat bei Prüfung des Gutachtens nach § 286 Z.P.O. diese Umstände zu berücksichtigen und kann, wenn es die Bedenken gegen die Unbefangenheit des Sachverständigen für begründet erachtet, nun noch andere Sachverständige vernehmen — Entsch. des R.G.'s in Zivilf. Bd. 43 S. 401/402 —. Mit dem Verluste des Rechts auf Ablehnung des Sachverständigen sind daher erhebliche materielle Nachteile nicht verbunden, — ein Gesichtspunkt, der gleichfalls für die hier vertretene Auslegung spricht.

Die Klägerin hat aber nicht glaubhaft gemacht, daß sie, auch wenn sie mit gehöriger Sorgfalt nach Bekanntgabe der Ernennung des Sachverständigen Koop. Erkundigungen über die Person des Sachverständigen und dessen geschäftliche Beziehung eingezogen hätte, nicht vor Einreichung seines schriftlichen Gutachtens erfahren hätte, daß er Vertreter einer Konkurrenzware für Deutschland sei und in dieser Eigenschaft geschäftliche Beziehungen zur Beklagten habe. Selbst wenn dem Vorbringen des Ablehnungsgefuches darin gefolgt wird, daß in der beglaubigten Abschrift der Verfügung vom 25. Mai 1906

der Name des Sachverständigen bei flüchtiger Betrachtung als „Kogs“ gelesen werden konnte, so ist zu berücksichtigen, daß dem Namen die genaue Wohnung in Berlin beigelegt war, und durch einfaches Nachschlagen in einem Adreßbuche — der erste Schritt, um sich über die Persönlichkeit des Sachverständigen zu vergewissern — dieses Mißverständnis hätte beseitigt werden können. Im übrigen hat weder die Klägerin noch einer ihrer Vertreter nach ihrer eigenen Darstellung vor Einreichung des schriftlichen Gutachtens irgendwelche Schritte getan, um sich über die Persönlichkeit des Sachverständigen Koop und über seine geschäftlichen Beziehungen zu erkundigen. Durch das von der Klägerin nach Erstattung des Gutachtens gesammelte und vorgelegte Material ist ferner keinesfalls glaubhaft gemacht, daß sie, wenn sie alsbald nach dem 28. Mai die gebotenen Erkundigungen eingezogen hätte, nicht vor dem 20. Juni — dem Tage der Einreichung des schriftlichen Gutachtens — den jetzt geltend gemachten Ablehnungsgrund hätte erfahren und geltend machen können.“ . . .