

64. Kann ein in erster Instanz vernommener Sachverständiger von einer Partei in der Berufungsinstanz nur dann abgelehnt werden, wenn sie glaubhaft macht, daß sie den Ablehnungsgrund nicht schon in erster Instanz habe geltend machen können?

R.P.D. § 406 Abs. 2.

VII. Zivilsenat. Beschl. v. 26. Februar 1907 i. S. B. (Nl.) w. Stadtgemeinde Rottbus (Bekl.). Beschw.-Rep. VII. 23/07.

I. Kammergericht Berlin.

Gründe:

„Der Berufungskläger hatte in der Berufungsinstanz gegen den Landesbauinspektor F., der als Sachverständiger vernommen werden sollte, ein Ablehnungsgesuch angebracht, welches er darauf stützte, daß der Sachverständige Mitglied der Stadtverordnetenversammlung

der verklagten Stadtgemeinde sei. Das Kammergericht hat, ohne auf die sachliche Frage einzugehen, das Gesuch aus einem formellen Grunde abgewiesen, nämlich deshalb, weil der Sachverständige schon in erster Instanz über den Wert der enteigneten Fläche, über den er auch jetzt wieder vernommen werden sollte, ein Gutachten erstattet habe, und vom Berufungskläger nicht glaubhaft gemacht sei, daß er den Ablehnungsgrund nicht schon in erster Instanz geltend machen können; das Kammergericht erklärt deshalb das Ablehnungsgesuch nach § 406 Abs. 2 R.F.D. für unbegründet. Dieser Auslegung und Anwendung des § 406 Abs. 2 R.F.D. vermag der erkennende Senat nicht zuzustimmen. Erhebliche praktische Gründe mögen allerdings dafür sprechen; allein auf der anderen Seite ist das Gewicht der Erwägung, daß es sich in der Berufungsinstanz um ein *novum iudicium* handelt, so bedeutend, daß es für ausschlaggebend erachtet werden muß. Der § 406 Abs. 2 steht im zweiten Buche der Zivilprozeßordnung, das von dem Verfahren in erster Instanz handelt, und in den auf die Berufung bezüglichen Bestimmungen des dritten Buches findet sich keine, die, ebenso wie in den in den §§ 532, 533 bezeichneten Fällen, auch für den Fall des § 406 Abs. 2 die Folgen der in erster Instanz unterlassenen rechtzeitigen Ablehnung eines Sachverständigen auf die Berufungsinstanz erstreckte. Daß der § 523 R.F.D. hier nicht in Betracht kommen kann, bedarf kaum der Erwähnung. In der Sache selbst zu erkennen, hielt der Senat mit Rücksicht auf § 406 Abs. 5, wonach die ein Ablehnungsgesuch für begründet erklärende Entscheidung unanfechtbar ist, für bedenklich. Der Zweck dieser Bestimmung ist ersichtlich der, dem Richter nicht einen Sachverständigen, den er selbst für befangen erachtet, durch die höhere Instanz aufzuzwingen. Da das Kammergericht sachlich über den angebrachten Ablehnungsgrund nicht befunden hat, und es immerhin denkbar wäre, daß es ihn für durchgreifend erachten könnte, so erschien es angezeigt, unter Anwendung des § 575 R.F.D. dem Kammergericht die weitere, sachliche Entscheidung zu übertragen."