

118. Anwendung des §. 344 C.P.D. auf den Beweis durch Sachverständige.

I. Civilsenat. Urtheil v. 7. Oktober 1882 i. S. R. (Wekl.) w. B. (Kl.)
Rep. I. 344/82.

- I. Landgericht Schwerin.
- II. Oberlandesgericht Rostock.

Der Beklagte hatte Vernehmung von ihm benannter Sachverständigen über gewisse von ihm erhobene Einwendungen beantragt und das Berufungsgericht die Vernehmung derselben durch Beweisbeschluß vom 3. Nov. 1881 für den Fall angeordnet, daß Beklagter zur Deckung der dadurch entstehenden Kosten binnen vierzehn Tagen einen bestimmten Vorschuß hinterlege. Die Hinterlegung fand erst mehrere Monate nach Ablauf der vierzehntägigen Frist, nachdem Kläger Fortsetzung des Verfahrens beantragt hatte, am Tage vor dem hierzu anberaumten Termine statt. Das Berufungsgericht lehnte den in diesem Termine von dem Beklagten gestellten Antrag auf Vernehmung der Sachverständigen durch Beschluß unter Bezugnahme auf §. 344 C.P.D. ab und ließ in dem hierauf ergangenen Endurtheile die Einwendungen, worüber die Sach-

verständigen vernommen werden sollen, unberücksichtigt. Die deshalb vom Beklagten eingelegte Revision wurde für begründet erachtet.

Aus den Gründen:

„Das Berufungsgericht erachtet den Beklagten hinsichtlich der erhobenen Einwendungen für beweiszällig und rechtfertigt diese Annahme durch die Ausführung:

„Auf die in dem Beweisbeschlusse zum Protokolle vom 3. Nov. 1881 beregten Thatfachen konnte, nachdem Berufungskläger durch Nichtstellung des Vorschusses den Beschluß hat hinfällig werden lassen, und auch in der Verhandlung vom 27. April 1882 diese Thatfache nicht wieder unter Beweis gestellt hat, keine Rücksicht mehr genommen werden.“

Der hiergegen gerichtete Angriff des Revisionsklägers ist nicht begründet, soweit er, unter Berufung auf die Commentare zur C.P.O. von Seuffert (S. 435) und Gaupp (Bd. 2 S. 304), darauf gestützt wird, daß §. 344 C.P.O. auf Sachverständige überhaupt keine Anwendung finde, mithin die Aufforderung des Beklagten zur Stellung eines Vorschusses wegen der durch die Vernehmung von Sachverständigen erwachsenden Kosten nicht gerechtfertigt sei. Auf den Beweis durch Sachverständige finden nach §. 367 C.P.O. die Vorschriften über den Beweis durch Zeugen entsprechende Anwendung, insoweit nicht die §§. 368—379 abweichende Bestimmungen enthalten, was in Ansehung des §. 344 nicht der Fall ist. Ob letzterer auch dann Platz greife, wenn es sich nicht um einen von der Partei angetretenen Beweis durch Sachverständige, sondern um eine gemäß §. 135 C.P.O. von Amts wegen stattfindende Zuziehung von Sachverständigen handelt, kann dahingestellt bleiben, weil im vorliegenden Falle die Vernehmung von Sachverständigen seitens des Beklagten beantragt war. Wenn ein solcher Antrag gestellt ist, so ist nicht abzusehen, weshalb das Gericht bei Sachverständigen nicht ebenso wie bei Zeugen befugt sein sollte, die Ladung davon abhängig zu machen, daß der nach §. 84 des Gerichtskostengesetzes zur Zahlung eines Vorschusses verpflichtete Antragsteller den Vorschuß innerhalb einer bestimmten Frist leiste.

Auch darin ist ein Verstoß gegen die Vorschriften der Civilprozeßordnung nicht zu erblicken, daß das Berufungsgericht den im §. 344 angedrohten Rechtsnachteil für eingetreten erachtet hat, nachdem Beklagter

den geforderten Vorschuß nicht innerhalb der ihm gesetzten Frist, sondern erst am Tage vor dem zur Fortsetzung der Verhandlung anberaumten Termine eingezahlt hatte. Während in denjenigen Bestimmungen der Civilprozeßordnung, welche zur Verhütung einer Verschleppung des Prozesses dem Richter die Befugnis beilegen, Verteidigungsmittel oder Beweismittel zurückzuweisen (vgl. §§. 252. 339. 398), hierfür die Bedingung aufgestellt wird, daß durch deren Zulassung die Erledigung des Rechtsstreites verzögert werden würde, und das Gericht die Überzeugung gewinnt, daß der Partei die Absicht, den Prozeß zu verschleppen, oder grobe Nachlässigkeit zur Last fällt, ist diese Bedingung nicht aufgestellt in derjenigen Bestimmung, welche dem Richter gestattet, für die Benutzung eines Beweismittels eine Frist zu setzen; wenn der Aufnahme des Beweises ein Hindernis von ungewisser Dauer entgegensteht (§. 321). In diesem Falle hat der Ablauf der Frist, gleichviel aus welchem Grunde sie veräußt worden ist, den Verlust des Beweismittels zur Folge; doch wird derselbe abgewendet, wenn das Beweismittel zwar nach Ablauf der Frist, aber so zeitig benutzt wird, daß durch die Verspätung das Verfahren nicht verzögert wird. Ebenso ist der Fall behandelt, wenn die Ladung eines Zeugen oder Sachverständigen von der Hinterlegung eines Vorschusses binnen einer bestimmten Frist abhängig gemacht wird (§. 344); die Motive zum Entwurfe der Civilprozeßordnung §. 333 heben hervor, daß Absf. 2 des §. 344 (Entwurf §. 333) dem §. 321 (Entwurf §. 311) entspricht. Der im §. 344 angedrohte Rechtsnachteil, das Unterbleiben der Ladung, tritt daher mit Ablauf der Frist ein, gleichviel aus welchem Grunde sie veräußt ist. Dieser Nachteil wird abgewendet, wenn die Hinterlegung des Vorschusses zwar nach Ablauf der Frist, jedoch so zeitig geschieht, daß die Vernehmung ohne Verzögerung des Verfahrens erfolgen kann. Da letzteres offenbar im vorliegenden Falle nicht möglich war, hat das Berufungsgericht den im §. 344 angedrohten Rechtsnachteil mit Recht für eingetreten erachtet.

• Dagegen sind die Folgen, welche sich aus dem Eintritte dieses Rechtsnachtheiles bei Sachverständigen ergeben, von dem Berufungsgerichte nicht gehörig gewürdigt worden.

Selbst wenn die Benutzung des Sachverständigenbeweises seitens der Partei durch Nichtleistung oder nicht rechtzeitige Leistung des Vorschusses ausgeschlossen wäre, verbliebe doch dem Gerichte die Befugnis,

die Vernehmung derselben nach §. 135 C.P.D. anzuordnen. Dies verkennt das Berufungsgericht, indem es nicht etwa erklärt, daß es keine Veranlassung finde, von der durch §. 135 gewährten Befugnis Gebrauch zu machen, sondern ausspricht, es könne auf die durch Sachverständige zu erweisenden Thatfachen nicht mehr Rücksicht nehmen.

Überdies aber ist die Benutzung des Beweises durch Sachverständige seitens der Partei durch den im §. 344 angedrohten Rechtsnachteil nicht gänzlich ausgeschlossen. Der fruchtlose Ablauf der nach §. 344 bestimmten Frist hat nicht, wie im Falle des §. 321, die Folge, daß das Beweismittel nun nicht mehr benutzt werden kann, sondern nur die Folge, daß die Ladung unterbleibt. Es ist daher der beweisführenden Partei nicht allein undenommen, die zu erweisende Thatfache durch andere Beweismittel gleicher oder anderer Art darzuthun, sofern solche bereits früher geltend gemacht waren oder gemäß §§. 256. 491 noch rechtzeitig geltend gemacht werden, sondern es ist auch dasselbe Beweismittel, bezüglich dessen der Vorschuß unter Fristsetzung gefordert worden, durch den Ablauf der Frist nicht ausgeschlossen; insbesondere kann dasselbe benutzt werden, wenn der zu vernehmende Zeuge oder Sachverständige in dem dazu bestimmten Termine ohne Ladung von der Partei zur Stelle gebracht wird. Bei Zeugen wird allerdings das Unterbleiben der Ladung im thatsächlichen Erfolge dem Verluste des Beweismittels gleichkommen, indem bei der individuellen Natur dieses Beweismittels die Vernehmung des Zeugen, dessen Ladung das Gericht verweigert und welcher ohne Ladung nicht erscheinen will, durch nichts ersetzt werden kann. Anders aber verhält es sich bei Sachverständigen, da das abzugebende Gutachten nicht bloß von der Person, bezüglich welcher der Vorschuß unter Fristsetzung gefordert worden ist, sondern auch von jeder anderen, mit gleicher Sachkunde versehenen Person abgegeben werden kann. Daher steht, wenn die beweisführende Partei ihren Antrag auf Vernehmung von Sachverständigen erneuert und durch Stellung des verlangten Vorschusses das einer Ladung derselben entgegenstehende Hindernis von nun an beseitigt, weder ein thatsächliches Hindernis noch der nach §. 344 bereits eingetretene Rechtsnachteil der Befugnis des Gerichtes, auf diesen Antrag einzugehen, entgegen. Das Gericht kann in einem solchen Falle den Antrag auf Vernehmung von Sachverständigen zwar aus Gründen, welche bei jedem Beweise durch Sachverständige Platz greifen, oder auf Grund des auch bei Sachverständigen

anwendbaren §. 339 C.P.D., nicht aber wegen des nach §. 344 eingetretenen Rechtsnachteiles ablehnen.

Das Berufungsgericht hat hiernach, da die Antretung des Beweises durch Sachverständige gemäß §. 368 C.P.D. durch Bezeichnung der zu begutachtenden Punkte genügend erfolgt, das Beharren des Beklagten bei dem Verlangen der Vernehmung von Sachverständigen in dem Termine vom 27. April 1882 kundgegeben und eine Wiederholung der Beweisantretung nicht erforderlich war, mit Unrecht entschieden, daß es auf die im Beweisbeschlusse vom 3. Nov. 1881 bezeichneten, durch Sachverständige zu erweisenden Thatsachen nicht mehr Rücksicht nehmen könne.“