



# BUNDESGERICHTSHOF

## BESCHLUSS

VII ZB 18/06

vom

26. April 2007

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

ZPO § 406

Die erfolgreiche Ablehnung eines Sachverständigen steht der Verwertbarkeit seiner vor der Ablehnung erstatteten Gutachten nicht entgegen, wenn die Partei, die sich auf die Befangenheit des Sachverständigen beruft, den Ablehnungsgrund durch eine unzulässige Streitverkündung an den Sachverständigen in rechtsmissbräuchlicher Weise provoziert hat und kein Anlass zu der Besorgnis besteht, dass die Unvoreingenommenheit des Sachverständigen schon bei Erstellung seiner bisherigen Gutachten beeinträchtigt war.

BGH, Beschluss vom 26. April 2007 -VII ZB 18/06 - OLG Bamberg  
LG Würzburg

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 26. April 2007 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Dressler und die Richter Dr. Haß, Dr. Wiebel, Bauner und Dr. Eick

beschlossen:

Die Rechtsbeschwerde der Beklagten gegen den Beschluss des 4. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Bamberg vom 9. Januar 2006 wird mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass das Ablehnungsgesuch der Beklagten gegen den Sachverständigen K. begründet ist, sich die Rechtswirkungen der Ablehnung aber nicht auf die bisher vom Sachverständigen K. in diesem Verfahren einschließlich des selbständigen Beweisverfahrens erstatteten Gutachten erstrecken.

Die Beklagte hat die Kosten des Rechtsbeschwerdeverfahrens zu tragen.

#### Gründe:

##### I.

- 1 Die Klägerin, die der Beklagten im Rahmen eines Generalunternehmervertrages den Auftrag zum Bau eines Wohnhauses mit Tiefgarage erteilt hatte, macht mit ihrer Klage Mängelbeseitigungskosten geltend. Der vom Gericht bestellte Sachverständige K. erstattete in dem von der Klägerin veranlassten selbständigen Beweisverfahren ein schriftliches Gutachten sowie zwei Ergänzungs-

gutachten und im Hauptsacheverfahren erneut ein schriftliches Gutachten sowie ein Ergänzungsgutachten. In zwei Terminen wurde er mündlich angehört.

2 Mit Grundurteil hat das Landgericht, gestützt auf die Darlegungen des Sachverständigen K., die Klage dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Gleichzeitig hat es den Sachverständigen K. mit einem weiteren Gutachten beauftragt. Gegen das Grundurteil hat die Beklagte form- und fristgerecht Berufung eingelegt. Mit Schriftsatz vom 26. August 2005 hat sie dem Sachverständigen K. den Streit verkündet und ihn aufgefordert, dem Rechtsstreit auf Seiten der Beklagten beizutreten. Die Streitverkündungsschrift ist dem Sachverständigen zugestellt worden. Dieser ist mit Schriftsatz vom 18. Oktober 2005 dem Rechtsstreit auf Seiten der Klägerin beigetreten und hat sich deren Anträgen im Schriftsatz vom 13. Oktober 2005 angeschlossen. Daraufhin hat die Beklagte den Sachverständigen K. wegen Besorgnis der Befangenheit abgelehnt.

3 Das Oberlandesgericht hat den Ablehnungsantrag insoweit für begründet erklärt, als der Sachverständige seit dem 18. Oktober 2005 befangen und infolgedessen von der weiteren Mitwirkung in diesem Verfahren ausgeschlossen sei. Es hat den Ablehnungsantrag insoweit zurückgewiesen, als die bisher vom Sachverständigen in diesem Verfahren einschließlich des selbständigen Beweisverfahrens erstatteten Gutachten verwertbar blieben. Mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde begehrt die Beklagte, ihrem Ablehnungsantrag gegen den Sachverständigen K. uneingeschränkt stattzugeben mit der Folge, dass die vom Sachverständigen im vorliegenden Rechtsstreit einschließlich des selbständigen Beweisverfahrens erstatteten Gutachten nicht verwertbar seien.

II.

4 Die gemäß § 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2, Abs. 3 Satz 2 ZPO statthafte und auch im Übrigen zulässige Rechtsbeschwerde hat keinen Erfolg und führt lediglich zu einer Klarstellung der angefochtenen Entscheidung.

5 1. Das Oberlandesgericht (IBR 2006, 306; Volltext unter [ibr-online.de](http://ibr-online.de)) ist der Auffassung, infolge des Beitritts des Sachverständigen K. zum Rechtsstreit auf Seiten der Klägerin liege ein Grund vor, der geeignet sei, das Misstrauen gegen die Unparteilichkeit des Sachverständigen zu rechtfertigen. Soweit es der Beklagten um die künftige Mitwirkung des Sachverständigen gehe, sei der Ablehnungsantrag zulässig und begründet; insoweit sei er nicht rechtsmissbräuchlich.

6 Soweit die Beklagte auf die Unverwertbarkeit der bisher vom Sachverständigen K. erstatteten Gutachten abziele, sei der Antrag rechtsmissbräuchlich und infolgedessen unzulässig. Dies treffe schon auf die Streitverkündung an den vom Gericht beauftragten Sachverständigen zu. Werde die Streitverkündungsschrift dennoch zugestellt und trete der Sachverständige auf Seiten einer Partei dem Rechtsstreit bei, habe sein vollständiger Ausschluss aus dem Verfahren und die Unverwertbarkeit seiner bisher erstatteten Gutachten Folgen, die mit rechtsstaatlichen Grundsätzen nicht vereinbar seien. Der Umstand, dass der Sachverständige in die von der Beklagten gestellte Falle gelaufen sei, dürfe nicht zum Anlass eines Befangenheitsantrages genommen werden, um die Unverwertbarkeit der bisher vom Sachverständigen erstatteten Gutachten zu erreichen.

7 Das Ablehnungsgesuch sei insoweit auch unbegründet, da hinsichtlich der bereits erstatteten Gutachten kein Grund bestehe, der Misstrauen gegen die Unparteilichkeit des Sachverständigen rechtfertigen könne.

8                   2. Dies hält der rechtlichen Überprüfung im Ergebnis stand.

9                   a) In Übereinstimmung mit der nach Erlass des angefochtenen Be-  
schlusses ergangenen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs geht das Beru-  
fungsgericht zutreffend davon aus, dass die Streitverkündung an den Sachver-  
ständigen unzulässig war (BGH, Beschluss vom 27. Juli 2006 - VII ZB 16/06,  
BGHZ 168, 380; Beschluss vom 19. Dezember 2006 - VIII ZB 49/06, NJW  
2007, 919). Dass dem vom Gericht ernannten Sachverständigen nicht der Streit  
verkündet werden kann, ist seit dem 31.12.2006 in § 72 Abs. 2 ZPO auch Ge-  
setzesinhalt.

10                  b) Der dennoch erfolgte Beitritt des Sachverständigen hat allerdings, wie  
das Berufungsgericht zu Recht ausführt, dazu geführt, dass nunmehr seine Be-  
fangenheit zu besorgen und daher das Ablehnungsgesuch als begründet anzu-  
sehen ist. Dies führt jedoch nicht dazu, dass die von dem abgelehnten Sach-  
verständigen bereits vor seinem Beitritt erstatteten Gutachten nicht verwertbar  
wären.

11                  aa) Die Entscheidung über die Frage der weiteren Verwertbarkeit ist al-  
lerdings nicht mehr Teil des Ablehnungsverfahrens. Ein Ablehnungsgesuch ist  
ein einheitlich zu behandelnder Antrag, der entweder insgesamt zurückzuwei-  
sen ist oder zur Feststellung der Befangenheit des Abgelehnten führt (vgl. § 406  
Abs. 5 ZPO; zur Tenorierung vgl. Zöller/Scholl, ZPO, 26. Aufl., § 46 Rdn. 7).  
Welche Folgen die erfolgreiche Ablehnung insbesondere im Hinblick auf die  
bisherige Mitwirkung des abgelehnten Sachverständigen hat, ist vom Gericht im  
Rahmen seiner Entscheidung, welche Beweise noch zu erheben sind, zu beur-  
teilen.

12                  bb) Ob dann, wenn ein Ablehnungsgesuch begründet ist, vorher erstatte-  
te Gutachten des Sachverständigen verwertet werden dürfen (vgl. dazu Zöller/

Greger, ZPO, 26. Aufl., § 406 Rdn. 15; MünchKommZPO-Damrau, 2. Aufl., § 406 Rdn. 16; Stein/Jonas/Leipold, ZPO, 22. Aufl., § 406 Rdn. 66; Musielak/Huber, ZPO, 5. Aufl., § 406 Rdn. 18, § 412 Rdn. 2; Wieczorek, ZPO, 2. Aufl., § 406 Rdn. C IV a; Müller, Der Sachverständige im gerichtlichen Verfahren, 3. Aufl., Rdn. 261), muss hier nicht allgemein entschieden werden. Die erfolgreiche Ablehnung steht der Verwertbarkeit jedenfalls dann nicht entgegen, wenn die Partei, die sich auf die Befangenheit des Sachverständigen beruft, den Ablehnungsgrund in rechtsmissbräuchlicher Weise provoziert hat und gleichzeitig kein Anlass zu der Besorgnis besteht, dass die Unvoreingenommenheit des Sachverständigen schon bei Erstellung seiner bisherigen Gutachten beeinträchtigt war.

- 13 Die von der Beklagten erklärte Streitverkündung stellt sich als rechtsmissbräuchliches Instrument dar, den Sachverständigen, mit dessen Begutachtung die Beklagte nicht einverstanden ist, aus dem Rechtsstreit zu entfernen, statt die Bedenken, die gegen die gutachterliche Stellungnahme bestehen mögen, mit den insoweit vorgesehenen prozessualen Mitteln zur Geltung zu bringen (vgl. BGH, Beschluss vom 27. Juli 2006 - VII ZB 16/06, BGHZ 168, 380). Aus diesem Grund hätte die Streitverkündungsschrift bereits nicht zugestellt werden dürfen, um den Sachverständigen nicht in eine Konfliktlage zu bringen, in der er den Beitritt erklärt und somit den Befangenheitsgrund schafft, auf dessen Eintritt das Vorgehen der Beklagten abzielt. Dieser Rechtsmissbrauch darf nicht dazu führen, dass dadurch die Beklagte die Unverwertbarkeit der bereits vorliegenden Gutachten erreicht.

14                    3. Die Rechtsbeschwerde war somit zurückzuweisen. Es war jedoch klarzustellen, dass der Befangenheitsantrag zwar insgesamt begründet ist, dies aber keine Auswirkung auf die Verwertbarkeit der bereits erstatteten Gutachten hat.

Dressler

Haß

Wiebel

Bauner

Eick

Vorinstanzen:

LG Würzburg, Entscheidung vom 28.06.2005 - 61 O 1526/99 -

OLG Bamberg, Entscheidung vom 09.01.2006 - 4 U 186/05 -