# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

## URTEIL

VII ZR 207/04

Verkündet am:
12. Januar 2006
Seelinger-Schardt,
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

ZPO § 41

Tritt ein Sachverständiger dem Rechtsstreit bei, nachdem ihm der Streit verkündet worden ist, ist er nicht kraft Gesetzes ausgeschlossen.

BGH, Urteil vom 12. Januar 2006 - VII ZR 207/04 - OLG Frankfurt a.M.
LG Hanau

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 12. Januar 2006 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Dressler, die Richter Dr. Haß, Hausmann, Dr. Wiebel und Prof. Dr. Kniffka

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Kläger wird das Urteil des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 15. Juli 2004 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an einen anderen Senat des Berufungsgerichts zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Die Kläger beauftragten den Beklagten am 15. Juli 1991 mit der Errichtung eines Wohnhauses mit Doppelgarage. Mit der im Februar 1997 erhobenen Klage verlangen sie Schadensersatz wegen Mängeln der Leistung des Beklagten. Diese stützen sie auf das Ergebnis eines selbständigen Beweisverfahrens, in dem der gerichtlich bestellte Sachverständige S. Baumängel festgestellt und diese bewertet hat. Die Kläger haben Schadensersatzansprüche sowie Minderung in Höhe von 249.016,66 DM geltend gemacht und einen Teil des Werklohns einbehalten. Sie haben die Feststellung begehrt, dass dem Beklagten kein weiterer Werklohn zusteht. Der Beklagte hat dem Sachverständigen S. mit

Matthias Prinz
Rechtsanwalt www.prinz.law



Schriftsatz vom 31. Juli 1997 den Streit verkündet. Der Sachverständige ist dem Rechtsstreit auf Seiten der Kläger im September 1997 beigetreten. Der Beklagte hat ihn mit Schriftsatz vom 31. Juli 1997 und mit Schriftsatz vom 21. Juni 1999 ohne Erfolg als befangen abgelehnt. Die Befangenheitsgesuche waren im Wesentlichen darauf gestützt, der Sachverständige habe bei der Begutachtung seine Pflichten grob verletzt.

2 Das Landgericht hat den Beklagten verurteilt, an die Kläger 165.442,92 DM zu zahlen, und festgestellt, dass dem Beklagten kein Werklohnanspruch mehr zusteht. Es hat auch festgestellt, dass der Beklagte den Klägern allen weiteren Schaden zu ersetzen hat, der diesen wegen der nicht standsicheren Dachkonstruktion an dem Wohnhaus entstanden ist oder noch entstehen wird. Im Übrigen hat es die Klage abgewiesen. Dagegen haben beide Parteien Berufung eingelegt. Die Kläger haben ihren Klageantrag in der Berufung um Zahlung von 51.226,65 DM erweitert. Das Berufungsgericht hat das Urteil des Landgerichts aufgehoben und den Rechtsstreit zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Landgericht zurückverwiesen. Dagegen richtet sich die vom Senat zugelassene Revision der Kläger, mit der sie ihre zweitinstanzlichen Anträge weiter verfolgen.

## Entscheidungsgründe:

3 Die Revision hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

I.

4 Das Berufungsgericht führt aus, der Rechtsstreit sei unter Aufhebung des angefochtenen Urteils an das Landgericht zurückzuverweisen, weil das erstinstanzliche Verfahren unter einem wesentlichen Mangel leide. Dieser sei darin zu sehen, dass das Verfahren nach dem Beitritt des Sachverständigen S. als Streithelfer der Kläger unter dessen weiterer Beteiligung als Sachverständiger fortgesetzt worden sei und dass mit dessen sachverständiger Beratung das angefochtene Urteil ergangen sei. Denn seit seinem Beitritt sei der Sachverständige entsprechend der für Richter geltenden Bestimmung des § 41 ZPO kraft Gesetzes von einer weiteren Mitwirkung ausgeschlossen.

5 Das Berufungsgericht weist ferner darauf hin, dass das Urteil des Landgerichts auch insoweit an einem erheblichen Mangel leide, als es nicht hinreichend nachvollziehbar erkennen lasse, woraus sich der zugesprochene Gesamtbetrag im Einzelnen ergebe.

II.

6 Das hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Das Berufungsgericht hat die Sache verfahrensfehlerhaft gemäß § 539 ZPO a.F. an das Landgericht zurückverwiesen.

7 1. Zu Unrecht nimmt das Berufungsgericht an, das Verfahren des Landgerichts leide deshalb unter einem wesentlichen Mangel, weil der Sachverständige S. nach dem Beitritt auf der Seite der Kläger mitgewirkt habe. Der Sachverständige sei kraft Gesetzes ausgeschlossen.

8 Wie das Berufungsgericht als Beschwerdegericht in demselben Verfahren vor dem Urteil des Einzelrichters richtig entschieden hat, ist der Beitritt des Sachverständigen auf der Seite der Kläger kein gesetzlicher Ausschließungsgrund. Es bestehen erhebliche Bedenken gegen die Wirksamkeit der Streitverkündung gegenüber dem Sachverständigen S. und dessen Beitritt (vgl. dazu Böckermann, MDR 2002, 1349). Darauf kommt es jedoch nicht an. Jedenfalls ist der Sachverständige durch den Beitritt nicht nach § 41 ZPO ausgeschlossen (RG JR Rspr. Nr. 1265; Musielak/Huber, ZPO, 4. Aufl., § 406 Rdn. 3; MünchKommZPO-Damrau, 2. Aufl., § 406 Rdn. 2). Diese Regelung betrifft den Ausschluss eines Richters von der Ausübung des Richteramtes. Eine vergleichbare Regelung für den Ausschluss eines Sachverständigen von der Ausübung der Tätigkeit eines gerichtlich bestellten Sachverständigen enthält das Gesetz nicht.

9 Der Sachverständige kann nach § 406 Abs. 1 ZPO wegen der Gründe, die den Ausschluss eines Richters von der Ausübung des Richteramtes vorsehen, abgelehnt werden. Das folgt daraus, dass ein Sachverständiger aus denselben Gründen - sieht man von den in § 41 Nr. 5 ZPO benannten Gründen ab - abgelehnt werden kann, die zur Ablehnung eines Richters berechtigen. Die Gründe für den Ausschluss vom Richteramt sind gleichzeitig Gründe, den Richter wegen Besorgnis der Befangenheit abzulehnen, § 42 Abs. 1 ZPO.

10 Ausweislich der Entscheidung des Berufungsgerichts im Beschwerdeverfahren über das Ablehnungsgesuch hat der Beklagte den Sachverständigen S. nicht wegen des Beitritts auf der Seite der Kläger abgelehnt. Dieser Ablehnungsgrund könnte, so er überhaupt bestünde, auch nicht mehr geltend gemacht werden, § 43 Abs. 2 ZPO. Dann ist es nicht mehr möglich, die Hinzuziehung des Sachverständigen als Verfahrensfehler zu rügen oder zu behandeln (vgl. BGH, Urteil vom 6. November 1958 - III ZR 147/57, BGHZ 28, 303, 305 f.).

11 2. Ob das Berufungsgericht zu Recht einen wesentlichen Verfahrensfehler darin gesehen hat, dass das landgerichtliche Urteil nicht hinreichend nachvollziehbar erkennen lasse, wie sich der zugesprochene Gesamtbetrag im Einzelnen ergebe, kann dahin stehen. Darauf hat das Berufungsgericht die Aufhebung und Zurückverweisung nicht gestützt.

12 3. Das Berufungsgericht hat sich rechtsfehlerhaft nicht damit auseinandergesetzt, ob es in der Sache selbst entscheiden sollte. Die Entscheidung zwischen der Zurückverweisung nach § 539 ZPO a.F. und der eigenen Sachentscheidung durch das Berufungsgericht gemäß § 540 ZPO a.F. steht in dessen pflichtgemäßem Ermessen. Wenn sich das Berufungsgericht für eine Zurückverweisung nach § 539 ZPO a.F. entscheidet, muss es zur Ausübung des ihm eingeräumten Ermessens die maßgeblichen Gesichtspunkte erwägen und erkennen lassen, dass es die Alternative zwischen einer Zurückverweisung und einer eigenen Sachentscheidung nach § 540 ZPO a.F. gesehen hat (vgl. BGH, Urteil vom 20. Dezember 1956 - III ZR 87/55, BGHZ 23, 36, 50; Urteil vom 30. März 2001 - V ZR 461/99, NJW 2001, 2551, 2552; Urteil vom 8. Juli 2004 - VII ZR 231/03, BauR 2004, 1611, 1613 = NZBau 2004, 613 = ZfBR 2004, 790).

III.

13 Das Urteil des Berufungsgerichts ist aufzuheben. Der Senat macht von der Möglichkeit Gebrauch, die Sache an einen anderen Spruchkörper des Berufungsgerichts zurückzuverweisen, § 563 Abs. 1 Satz 2 ZPO.

14 Der Senat weist darauf hin, dass das Berufungsgericht gehalten ist, selbst abschließend zu entscheiden. Eine erneute Aufhebung und Zurückverweisung an das Landgericht, etwa weil die Gesamtsumme in dessen Urteil nicht

nachvollziehbar dargestellt ist, wäre verfahrensfehlerhaft. Sie würde zu einer weiteren, nicht mehr hinnehmbaren Verzögerung des gesamten Verfahrens führen. Bei seiner Entscheidung, ob es von einer Zurückverweisung nach § 540 ZPO a.F. absieht, muss das Berufungsgericht auf die berechtigten Interessen der Parteien Rücksicht nehmen. Dabei muss es vor allem auch das Interesse der klagenden Partei im Auge behalten, in einer angemessenen Zeit einen vollstreckbaren Titel über die geltend gemachten Ansprüche zu erhalten. (vgl. BGH, Urteil vom 8. Juli 2004 - VII ZR 231/03, BauR 2004, 1611, 1613 = NZBau 2004, 613 = ZfBR 2004, 790; Urteil vom 16. Dezember 2004 - VII ZR 270/03, BauR 2005, 590 = NZBau 2005, 224 = ZfBR 2005, 358; Urteil vom 10. März 2005 - VII ZR 220/03, BauR 2005, 1052 = NZBau 2005, 397 = ZfBR 2005, 460). Das Verfahren ist nunmehr über acht Jahre anhängig. Die Verzögerung ist auch darauf zurückzuführen, dass das Berufungsgericht erst nach ca. zwei Jahren einen Termin durchgeführt hat und, nachdem es zwischenzeitlich eine Beweiserhebung durch den Sachverständigen S. angeordnet hatte, erst nach einem weiteren halben Jahr zu der der angefochtenen Entscheidung zugrunde liegenden, überraschenden Auffassung kam. Den Parteien ist jegliche weitere Verzögerung durch eine erneute Zurückverweisung nicht zuzumuten. Sie haben einen Anspruch darauf, dass das Berufungsgericht die Sache nunmehr fördert

und selbst entscheidet. Ein schützenswertes Interesse einer Partei, das Verfahren beim Landgericht fortzusetzen, ist nicht erkennbar.

Dressler Haß Hausmann

Wiebel Kniffka

Vorinstanzen:
LG Hanau, Entscheidung vom 19.04.2001 - 7 O 257/97 -
OLG Frankfurt/Main, Entscheidung vom 15.07.2004 - 1 U 78/01 -