

11

1. 2. 3. 4. 5. 6. 7. 8. 9. 10. 11. 12. 13. 14. 15. 16. 17. 18. 19. 20. 21. 22. 23. 24. 25. 26. 27. 28. 29. 30. 31. 32. 33. 34. 35. 36. 37. 38. 39. 40. 41. 42. 43. 44. 45. 46. 47. 48. 49. 50. 51. 52. 53. 54. 55. 56. 57. 58. 59. 60. 61. 62. 63. 64. 65. 66. 67. 68. 69. 70. 71. 72. 73. 74. 75. 76. 77. 78. 79. 80. 81. 82. 83. 84. 85. 86. 87. 88. 89. 90. 91. 92. 93. 94. 95. 96. 97. 98. 99. 100. 101. 102. 103. 104. 105. 106. 107. 108. 109. 110. 111. 112. 113. 114. 115. 116. 117. 118. 119. 120. 121. 122. 123. 124. 125. 126. 127. 128. 129. 130. 131. 132. 133. 134. 135. 136. 137. 138. 139. 140. 141. 142. 143. 144. 145. 146. 147. 148. 149. 150. 151. 152. 153. 154. 155. 156. 157. 158. 159. 160. 161. 162. 163. 164. 165. 166. 167. 168. 169. 170. 171. 172. 173. 174. 175. 176. 177. 178. 179. 180. 181. 182. 183. 184. 185. 186. 187. 188. 189. 190. 191. 192. 193. 194. 195. 196. 197. 198. 199. 200. 201. 202. 203. 204. 205. 206. 207. 208. 209. 210. 211. 212. 213. 214. 215. 216. 217. 218. 219. 220. 221. 222. 223. 224. 225. 226. 227. 228. 229. 230. 231. 232. 233. 234. 235. 236. 237. 238. 239. 240. 241. 242. 243. 244. 245. 246. 247. 248. 249. 250. 251. 252. 253. 254. 255. 256. 257. 258. 259. 260. 261. 262. 263. 264. 265. 266. 267. 268. 269. 270. 271. 272. 273. 274. 275. 276. 277. 278. 279. 280. 281. 282. 283. 284. 285. 286. 287. 288. 289. 290. 291. 292. 293. 294. 295. 296. 297. 298. 299. 300. 301. 302. 303. 304. 305. 306. 307. 308. 309. 310. 311. 312. 313. 314. 315. 316. 317. 318. 319. 320. 321. 322. 323. 324. 325. 326. 327. 328. 329. 330. 331. 332. 333. 334. 335. 336. 337. 338. 339. 340. 341. 342. 343. 344. 345. 346. 347. 348. 349. 350. 351. 352. 353. 354. 355. 356. 357. 358. 359. 360. 361. 362. 363. 364. 365. 366. 367. 368. 369. 370. 371. 372. 373. 374. 375. 376. 377. 378. 379. 380. 381. 382. 383. 384. 385. 386. 387. 388. 389. 390. 391. 392. 393. 394. 395. 396. 397. 398. 399. 400. 401. 402. 403. 404. 405. 406. 407. 408. 409. 410. 411. 412. 413. 414. 415. 416. 417. 418. 419. 420. 421. 422. 423. 424. 425. 426. 427. 428. 429. 430. 431. 432. 433. 434. 435. 436. 437. 438. 439. 440. 441. 442. 443. 444. 445. 446. 447. 448. 449. 450. 451. 452. 453. 454. 455. 456. 457. 458. 459. 460. 461. 462. 463. 464. 465. 466. 467. 468. 469. 470. 471. 472. 473. 474. 475. 476. 477. 478. 479. 480. 481. 482. 483. 484. 485. 486. 487. 488. 489. 490. 491. 492. 493. 494. 495. 496. 497. 498. 499. 500. 501. 502. 503. 504. 505. 506. 507. 508. 509. 510. 511. 512. 513. 514. 515. 516. 517. 518. 519. 520. 521. 522. 523. 524. 525. 526. 527. 528. 529. 530. 531. 532. 533. 534. 535. 536. 537. 538. 539. 540. 541. 542. 543. 544. 545. 546. 547. 548. 549. 550. 551. 552. 553. 554. 555. 556. 557. 558. 559. 560. 561. 562. 563. 564. 565. 566. 567. 568. 569. 570. 571. 572. 573. 574. 575. 576. 577. 578. 579. 580. 581. 582. 583. 584. 585. 586. 587. 588. 589. 590. 591. 592. 593. 594. 595. 596. 597. 598. 599. 600. 601. 602. 603. 604. 605. 606. 607. 608. 609. 610. 611. 612. 613. 614. 615. 616. 617. 618. 619. 620. 621. 622. 623. 624. 625. 626. 627. 628. 629. 630. 631. 632. 633. 634. 635. 636. 637. 638. 639. 640. 641. 642. 643. 644. 645. 646. 647. 648. 649. 650. 651. 652. 653. 654. 655. 656. 657. 658. 659. 660. 661. 662. 663. 664. 665. 666. 667. 668. 669. 670. 671. 672. 673. 674. 675. 676. 677. 678. 679. 680. 681. 682. 683. 684. 685. 686. 687. 688. 689. 690. 691. 692. 693. 694. 695. 696. 697. 698. 699. 700. 701. 702. 703. 704. 705. 706. 707. 708. 709. 710. 711. 712. 713. 714. 715. 716. 717. 718. 719. 720. 721. 722. 723. 724. 725. 726. 727. 728. 729. 730. 731. 732. 733. 734. 735. 736. 737. 738. 739. 740. 741. 742. 743. 744. 745. 746. 747. 748. 749. 750. 751. 752. 753. 754. 755. 756. 757. 758. 759. 760. 761. 762. 763. 764. 765. 766. 767. 768. 769. 770. 771. 772. 773. 774. 775. 776. 777. 778. 779. 780. 781. 782. 783. 784. 785. 786. 787. 788. 789. 790. 791. 792. 793. 794. 795. 796. 797. 798. 799. 800. 801. 802. 803. 804. 805. 806. 807. 808. 809. 810. 811. 812. 813. 814. 815. 816. 817. 818. 819. 820. 821. 822. 823. 824. 825. 826. 827. 828. 829. 830. 831. 832. 833. 834. 835. 836. 837. 838. 839. 840.

a) Der Beweisführer setzt ein Hindernis im Sinne von § 356 ZPO, wenn er nicht zur ärztlichen Untersuchung durch den beauftragten Sachverständigen erscheint.

BGH, Urt. v. 1. Februar 1972 - VI ZR 134/70 - OLG Nürnberg
LG Nürnberg-Fürth

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VI ZR 134/70

URTEIL

Verkündet am

1. Februar 1971

in dem Rechtsstreit

K r i e g l

Amtsinspektor

als Urkundsbeamter

der Geschäftsstelle

der Kosmetikerin Ursula W [REDACTED] geb. W [REDACTED],
N [REDACTED], S [REDACTED]allee 55,

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

1. den Kraftfahrer Lothar B [REDACTED],
N [REDACTED], G [REDACTED]-A [REDACTED]-Straße [REDACTED],

2. die Firma Palmiro Z [REDACTED], Inh. Palmiro und Irene Z [REDACTED]
N [REDACTED]-E [REDACTED], V [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

11

Der VI.Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 1.Februar 1972 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Pehle und der Bundesrichter Dr.Bode, Dr.Weber, Prof.Dr.Nüßgens und Scheffen

für R e c h t erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Nürnberg vom 24. April 1970 aufgehoben.

Auf die Berufung der Klägerin wird das Urteil der 1. Zivilkammer des Landgerichts Nürnberg-Fürth vom 9. Oktober 1969 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Rechtsmittelzüge, an das Landgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Klägerin erlitt am 6. Februar 1967 als Fahrgast eines vom Erstbeklagten gefahrenen Taxis, dessen Halterin die Zweitbeklagte war, einen Unfall. Der Erstbeklagte war in Nürnberg auf ein vor ihm vor einem Fußgängerübergang haltendes Fahrzeug aufgeprallt, wodurch die Klägerin ein Schleudertrauma der Halswirbelsäule erlitt. Sie konnte mehrere Monate ihrer Berufstätigkeit als Inhaberin eines Salons für Kosmetik und Fußpflege mit Parfümerieverkauf nicht nachgehen.



Die Klägerin nimmt die Beklagten auf Ersatz des ihr durch den Unfall entstandenen und künftig noch entstehenden Schadens in Anspruch. Der Grund der Haftung der Beklagten ist unstreitig. Der Haftpflichtversicherer der Beklagten hat insgesamt 13.000 DM bezahlt, wovon nach seiner im Rechtsstreit abgegebenen Erklärung 5.000 DM als Schmerzensgeld und 8.000 DM als Ersatz für Verdienstausschlag angerechnet werden sollen. Zudem hat die Klägerin von ihrer Berufsgenossenschaft an Verletztengeld und Rentenzahlungen insgesamt 6.925,20 DM erhalten. Mit vorliegender Klage begehrt sie von dem Erstbeklagten ein weiteres, der Höhe nach in das Ermessen des Gerichts gestelltes Schmerzensgeld und von den Beklagten als Gesamtschuldnern einen weiteren, ebenfalls in das Ermessen des Gerichts gestellten materiellen Schadensersatz für die Zeit vom 6. Februar 1967 bis 31. Dezember 1968, soweit der Anspruch nicht auf Träger der gesetzlichen Sozialversicherung übergegangen ist. Ferner begehrt sie die Feststellung zukünftiger Schadensersatzverpflichtung der Beklagten aus dem Unfall vom 6. Februar 1967.

Sie legt im einzelnen dar, daß die Zahlung eines erheblich höheren Schmerzensgeldes angemessen sei und daß der ihr durch den Unfall entstandene Verdienstausschlag mindestens weitere 40.000 DM betrage. Die Folgen der Unfallverletzungen seien noch nicht abgeklungen.

Die Beklagten tragen zur Begründung ihres Antrages auf Klageabweisung vor, die von der Klägerin geltend gemachten immateriellen und materiellen Schäden stünden nicht alle im ursächlichen Zusammenhang mit dem Unfall. Sie habe bereits vor dem Unfall an

degenerativen Veränderungen der Halswirbelsäule, Blutunterdruck und vegetativen Beschwerden gelitten. Der unfallbedingte Verdienstausschlag sei durch Zahlung von 8.000 DM abgegolten. Ein Zukunftsschaden sei nicht zu befürchten.

Das Landgericht hat durch Aufklärungs- und Beweisbeschluß vom 17. Dezember 1968 die Einholung zweier medizinischer Sachverständigengutachten der 2. Chirurgischen Klinik und der Psychiatrischen- und Nervenkl. der Städtischen Krankenanstalten N. über Art und Ausmaß der von der Klägerin erlittenen Verletzungen und die Wahrscheinlichkeit von Dauerfolgen sowie die Einholung des Gutachtens eines Buchprüfers und Steuerbevollmächtigten über die Höhe des unfallbedingten Nettoverdienstausschlages angeordnet. Zunächst sollten die medizinischen Gutachten eingeholt werden. Die Einforderung der Gutachten wurde davon abhängig gemacht, daß die Klägerin binnen drei Wochen einen Auslagenvorschuß von 1.000 DM und binnen weiterer zweier Monate einen Vorschuß von 1.500 DM einzahle und ferner binnen drei Wochen verschiedene näher bezeichneten Unterlagen und Bescheinigungen vorlege. Auf den Antrag der Klägerin, anstelle des vorgesehenen Gutachtens der Psychiatrischen- und Nervenkl. der Städtischen Krankenanstalten N. ein solches einer Orthopädischen Klinik einzuholen, hat das Landgericht durch Beschluß vom 21. Februar 1969 die Erstellung des medizinischen Sachverständigengutachtens durch den Leiter der Orthopädischen Klinik des W. in A. oder einen von ihm beauftragten Arzt mit der Ermächtigung angeordnet, daß der medizinische Sachverständige nach eigenem Ermessen - soweit erforderlich - eine Zusatzbegutachtung durch einen Psychiater oder Nervenarzt

durchführen lassen könne. Die Beschlußausfertigung ist den Prozeßbevollmächtigten der Parteien am 24. Februar 1969 zugestellt worden. Nach Einzahlung eines Auslagenvorschusses von 1.000 DM hat das Landgericht die Akten am 20. März 1969 dem Leiter der genannten Klinik übersandt. Mit Schriftsatz vom 16. Juni 1969 ließ die Klägerin mit dem Hinweis, daß Dr. W. [REDACTED] der Chefarzt der Orthopädischen Klinik des W. [REDACTED] in A. [REDACTED], sie bereits im Auftrag der M. [REDACTED] Versicherung begutachtet habe, die Beauftragung einer anderen Orthopädischen Klinik beantragen und hierfür die Klinik in L. [REDACTED] vorschlagen. Da die Klägerin der zweimaligen Aufforderung zur Untersuchung in Altdorf unentschuldig fern geblieben war, kamen die Akten von dort am 23. August 1969 unerledigt zurück. Im Schlußverhandlungstermin vom 18. September 1969 hat der Prozeßbevollmächtigte der Klägerin seinen Antrag vom 16. Juni 1969 vorsorglich als Gesuch um Ablehnung des medizinischen Sachverständigen bezeichnet. Durch Beschluß vom 24. September 1969 - dem Prozeßbevollmächtigten der Klägerin zugestellt am 29. September 1969 - hat das Landgericht die Ablehnung des Sachverständigen W. [REDACTED] als unbegründet zurückgewiesen und durch Urteil vom 9. Oktober 1969 die Klage abgewiesen.

Die Berufung der Klägerin blieb erfolglos. Mit der Revision begehrt sie die Aufhebung des angefochtenen Urteils.

Entscheidungsgründe

I. Das Berufungsgericht bestätigt die Auffassung des Landgerichts, daß die Klägerin durch grobes prozessuales Verschulden die ihr obliegende Beweisführung über die geltend gemachten Unfallschäden und über deren ursächlichen Zusammenhang unmöglich gemacht habe. Es meint, sie sei dieserhalb zu Recht wegen grober Vernachlässigung der ihr obliegenden Prozeßförderungs-pflicht mit dem Beweismittel des medizinischen Sachverständigengutachtens ausgeschlossen worden. Sie habe die Erstattung des medizinischen Sachverständigengutachtens daran scheitern lassen, daß sie der Untersuchung trotz zweimaliger Aufforderung unentschuldig fern geblieben sei. Sie hätte ihre Bedenken gegen Dr. W. [REDACTED] unverzüglich nach Bekanntgabe des Beschlusses vom 21. Februar 1969 dem Gericht mitteilen müssen, da die für sie erkennbare naheliegende Möglichkeit bestanden habe, daß sie bei einer Begutachtung durch dieselbe Klinik, in der sie bereits wegen desselben Unfalles begutachtet worden war, von demselben Facharzt, der das erste Gutachten erstellt hatte, untersucht werden würde. Der Umstand, daß das Gericht ihrem Antrag vom 16. Juni 1969 auf nochmalige Änderung des Beweisbeschlusses nicht stattgegeben hatte - das Gericht habe darin zunächst kein Ablehnungsgesuch gesehen -, habe sie nicht berechtigt, der weiteren Vorladung zur Untersuchung nicht zu folgen; zumindest habe sie dem Gericht und der Klinik von ihrem Bedenken Mitteilung machen müssen. Ihre Behauptung, sie habe der Vorladung nach A. [REDACTED] auf Rat ihres Prozeß-

bevollmächtigten keine Folge geleistet, entlaste sie nicht, da sie für ein etwaiges Verschulden ihres Anwalts **ebenso wie für eigenes Verschulden einstehen** müsse. Bei dieser Sachlage habe das Landgericht den im Termin vom 18. September 1969 gestellten Antrag der Klägerin auf Einholung der medizinischen Gutachten, wodurch die Erledigung des Prozesses verzögert worden wäre, mit Recht als verspätet zurückgewiesen. Auch sei die Erhebung des Beweismittels in der Berufungsinstanz nach § 529 Abs. 2 ZPO unzulässig. Da die Klägerin gegen die Zurückweisung ihres Ablehnungsgesuches kein Rechtsmittel eingelegt habe, könne die Frage der Befangenheit des Sachverständigen nicht mehr geprüft werden.

Ferner liege eine grobe Nachlässigkeit der Klägerin darin, daß sie weder die von ihr angeforderten Unterlagen vollständig vorgelegt noch den angeforderten Auslagenvorschuß für das Gutachten zum Erwerbsschaden trotz der ihr gesetzten Ausschlußfrist eingezahlt und auch nicht um Stundung oder um Bewilligung des Armenrechts nachgesucht habe.

II. Diese Ausführungen halten den Angriffen der Revision nicht stand.

1. Zwar war das Urteil des Landgerichts nicht schon darum unzulässig, weil im Zeitpunkt seiner Verkündung (9. Oktober 1969) die zweiwöchige Beschwerdefrist gegen den das Ablehnungsgesuch zurückweisenden Beschluß vom 24. September 1969 noch nicht abgelaufen

war (§§ 406 Abs. 5, 577 Abs. 2 ZPO). Da der sofortigen Beschwerde keine aufschiebende Wirkung zukommt (§ 572 ZPO), war die Verkündung des Endurteils vor Ablauf der Beschwerdefrist und damit vor Erledigung eines möglichen Beschwerdeverfahrens nicht rechtsfehlerhaft, mag eine solche Handhabung auch nicht zweckmäßig erscheinen (RG JW 1895, 539; RGZ 60, 110; Stein/Jonas/Pohle, ZPO 18. Aufl. § 406 Anm. IV 2; Baumbach/Lauterbach, ZPO 30. Aufl. § 406 Anm. 5; Wieczorek, ZPO 1957 § 406 Rdz. C IV b).

2. Die Revision macht geltend, bei Anwendung pflichtgemäßen Ermessens hätte dem Ablehnungsgesuch der Klägerin entsprochen werden müssen, da der ernannte Sachverständige unstreitig schon im Auftrag des Haftpflichtversicherers der Beklagten in dieser Sache tätig gewesen sei.

a) An sich bildet eine solche Tätigkeit einen hinreichenden Grund für die Ablehnung eines Sachverständigen wegen Besorgnis der Befangenheit (§§ 406, 42 Abs. 2 ZPO; Baumbach/Lauterbach aaO § 406 Anm. 2 B; Rosenberg/Schwab, Zivilprozeßrecht 10. Aufl. § 124 III b). Auch war entgegen der Meinung des Landgerichts eine Glaubhaftmachung des Ablehnungsgrundes nicht erforderlich, da unstreitig war, daß die Klinik W [REDACTED] in A [REDACTED] bereits für die Magdeburger Versicherungsgesellschaft, die Haftpflichtversicherung der Beklagten - wie sich aus der Klageschrift und der Klagebeantwortung ergab - in derselben Unfallsache ein Gutachten erstattet hatte. Das Ablehnungsgesuch der Klägerin war deshalb begründet.

b) Darauf kommt es jedoch nicht mehr an. Der Rechtsbehelf gegen die Zurückweisung eines Ablehnungsgesuches bestand in der sofortigen Beschwerde. Dem Berufungsgericht war die Nachprüfung des Beschlusses durch § 512 ZPO entzogen. Der Gesetzgeber hat die Frage, ob ein Ablehnungsgrund gegen einen Sachverständigen vorliegt, rasch und endgültig bereinigt sehen wollen und zu diesem Zweck ein besonderes Verfahren mit einer selbständigen Anfechtbarkeit der Entscheidung eingerichtet (BGHZ 28, 303, 305). Die Klägerin war auch nicht dadurch an der Einlegung der Beschwerde gehindert, daß das Landgericht während des Laufes der Beschwerdefrist bereits das Urteil verkündet hat; über eine Beschwerde hätte auch nach Beendigung der ersten Instanz noch entschieden werden müssen (Stein/Jonas/Pohle aaO § 406 Anm. IV 2; Wieczorek aaO § 406 Rdz. C IV a und b; KG JW 1926, 1597 Nr. 7). Damit, daß die Klägerin gegen den Beschluß des Landgerichts vom 24. September 1969 (Zurückweisung des Ablehnungsgesuches) keine sofortige Beschwerde eingelegt hat, war daher die Frage der Befangenheit des Sachverständigen der Nachprüfung durch das Berufungsgericht entzogen.

3. Das angefochtene Urteil war jedoch aufzuheben, weil es auf der irrigen Meinung beruht, die Klägerin sei mit dem Beweismittel des medizinischen Sachverständigengutachtens auszuschließen gewesen.

a) Es ist schon fraglich, ob - wie das Berufungsgericht meint - in dem Verhalten der Klägerin eine grobe Nachlässigkeit in der Prozeßführung zu sehen ist. Hiergegen könnten darum Bedenken bestehen, weil sie nach ihrem vom Berufungsgericht nicht gewürdigten Vortrag erst aus den Schreiben der Orthopädischen Klinik des W [REDACTED] in A [REDACTED] vom 3. Juni und 16. Juni 1969 Gewißheit darüber bekam, daß der frühere Oberarzt Dr. Wagner, der sie im Auftrag des Haftpflichtversicherers der Beklagten seinerzeit untersucht hatte, nunmehr der Chefarzt der Orthopädischen Klinik und damit für ihre Untersuchung zuständig war. Ihre Besorgnis der Befangenheit richtete sich gerade gegen seine Person, nicht gegen die Klinik schlechthin.

Eine Zurückweisung des beantragten Sachverständigengutachtens kam nur nach §§ 283, 279 ZPO in Betracht. Deren Voraussetzungen waren hier aber schon deshalb nicht gegeben, weil dieses Beweismittel von der Klägerin nicht nachträglich, sondern bereits in der Klageschrift vorgebracht worden war. Ein allgemeiner Rechtsgrundsatz des Inhalts, daß eine Partei mit dem von ihr beantragten Beweismittel wegen grober Vernachlässigung ihrer Prozeßförderungspflicht bzw. wegen grob schuldhafter Prozeßverzögerung ausgeschlossen werden kann, besteht entgegen der Meinung des Berufungsgerichts nicht. Vielmehr hat das Gesetz die Voraussetzungen, unter denen ein Beweismittel zurückgewiesen oder ausgeschlossen werden kann, im einzelnen und abschließend geregelt.

b) Verhindert der Beweisführer, wie hier, die Erstattung eines medizinischen Sachverständigengutachtens dadurch, daß er trotz Aufforderung nicht zur Untersuchung bei dem Sachverständigen erscheint, so muß das Gericht, wenn es ihn mit dem Beweismittel ausschließen will, in der in § 356 ZPO vorgesehenen Weise vorgehen. Danach kann es, wenn der Aufnahme des Beweises ein Hindernis von ungewisser Dauer entgegensteht, eine Frist bestimmen, nach deren fruchtlosem Ablauf das Beweismittel nur benutzt werden kann, wenn dadurch das Verfahren nicht verzögert wird. Mit Fristablauf wird die Partei mit dem Beweismittel kraft Gesetzes für diese Instanz ausgeschlossen (§§ 230, 231 ZPO; Schumann/Leipold bei Stein/Jonas, ZPO 19. Aufl. § 356 Anm. III; Wieczorek aaO § 356 **E m.w.Nachw.**). § 356 ZPO dient dem Interessenausgleich. Der beweisführenden Partei soll Gelegenheit gegeben werden, das Hindernis zu beseitigen; gleichzeitig soll die Gegenpartei vor unzumutbaren Verzögerungen geschützt werden. Auf ein Verschulden des Beweisführers kommt es hierbei nicht an.

§ 356 ZPO bezieht sich auf Beweismittel jeder Art, sofern der Aufnahme des Beweises ein Hindernis von ungewisser Dauer entgegensteht. Dies trifft zwar beim Sachverständigenbeweis dann nicht zu, wenn das Hindernis in der Person des Sachverständigen liegt und, da das Gericht in der Auswahl des Sachverständigen nicht beschränkt ist, durch Bestellung eines anderen Sachverständigen behoben werden kann. Anders

verhält es sich aber, wenn - wie hier - das Hindernis in der Person des Beweisführers liegt. Dieser muß mitwirken, wenn sein Gesundheitszustand vom Sachverständigen untersucht werden soll. Wirkt er nicht mit, so trifft ihn in gleicher Weise die Verantwortung für die Prozeßverzögerung wie bei anderen ihm zur Verfügung stehenden Beweismitteln (z.B. Zeugen, Urkunden). Mit der Verweigerung der Untersuchung setzt er ein Hindernis im Sinne von § 356 ZPO (Schumann/Leipold bei Stein/Jonas aaO § 356 Anm. I 2 Fn. 3; Rosenberg/Schwab aaO § 118 Anm. I 3 b; Thomas/Putzo, ZPO 5. Aufl. § 356 Anm. 2; OLG München NJW 1967, 684).

Einer solchen Fristsetzung nach § 356 ZPO bedarf es in der Regel auch dann, wenn das vom Beweisführer eingereichte Gesuch um Ablehnung des Sachverständigen, für dessen Untersuchung er sich zur Verfügung stellen muß, zurückgewiesen worden ist. Es kann dahingestellt bleiben, ob eine Fristsetzung dann unter dem Gesichtspunkt nutzloser Förmlichkeit entbehrlich ist, wenn der Beweisführer auch nach rechtskräftiger Bescheidung seines Ablehnungsgesuches eine Untersuchung durch den vom Gericht bestellten Sachverständigen ernstlich und endgültig verweigert hat. Denn ein derartiger Sachverhalt liegt hier nicht vor. Es fehlte im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung an einer Entscheidung über das Ablehnungsgesuch und im Zeitpunkt der Urteilsverkündung an der Rechtskraft des Beschlusses über das Ablehnungsgesuch. Zudem lag keine Äußerung der Klägerin vor, daß sie sich auf keinen Fall einer Untersuchung stellen werde.

Etwaige Zweifel hätten vom Gericht geklärt werden müssen, da ein solches zu Lasten der Klägerin gehendes Verhalten nicht unterstellt werden kann. Gerade die Fristsetzung mit den in § 356 ZPO angedrohten nachteiligen Folgen hätte die Klägerin möglicherweise bestimmt, sich nunmehr der Untersuchung im Wichernhaus Altdorf zu unterziehen, zumal in dem Beschluß ausdrücklich vorgesehen war, daß der - nach ihrer Meinung befangene - Chefarzt Dr. W. [REDACTED] einen anderen Arzt mit der Erstellung des Gutachtens beauftragen und ein Zusatzgutachten eines Psychiaters oder Nervenarztes anfordern konnte.

Das Landgericht hat der Klägerin die zur Zurückweisung des Beweismittels erforderliche Ausschußfrist nicht gesetzt. Die gleichwohl ausgesprochene Zurückweisung stellt daher einen Verfahrensfehler dar, der auch im zweiten Rechtszug nicht geheilt worden ist und einer Zurückweisung nach § 529 Abs. 2 Satz 2 ZPO entgegenstand. Deshalb hätte das Berufungsgericht das landgerichtliche Urteil aufheben sollen.

4. Das Berufungsurteil beruht ferner insoweit auf einem Verfahrensfehler, als es die Klägerin mit dem Beweismittel des betriebswirtschaftlichen Gutachtens ausschließt, so daß die Klage auch nicht etwa mangels Nachweises eines Folgeschadens im Ergebnis mit Recht abgewiesen worden ist.

Zwar liegt nicht, wie die Revision meint, ein Verfahrensfehler darin, daß das Landgericht das

Gutachten des Buchsachverständigen nicht aufgrund des für die medizinischen Gutachten einbezahlten Auslagenvorschusses eingeholt hat. Der Ansicht der Revision kann schon darum nicht gefolgt werden, weil der einbezahlte Auslagenvorschuß nur 1.000 DM betrug, während für die Beauftragung des Buchsachverständigen ein Vorschuß von 1.500 DM eingefordert worden war (§§ 402, 379 Abs. 2 ZPO). Da das Landgericht für die Einzahlung der Auslagenvorschüsse eine Ausschlussfrist gesetzt hat, durfte hier nach den §§ 279, 283, 529 ZPO verfahren werden (Stein/Jonas aaO, 18. Aufl. § 379 Anm. II; Wieczorek aaO § 379 B II b).

Zu Unrecht sieht das Berufungsgericht aber ebenso wie das Landgericht eine grobe Nachlässigkeit der Klägerin darin, daß sie den Auslagenvorschuß für den Buchsachverständigen nicht einbezahlt hatte. Das Landgericht hatte - aus berechtigter Erwägung - angeordnet, das Gutachten des Buchsachverständigen erst im Anschluß an die medizinischen Gutachten einzuholen. In der Tat hatte diese Beweisaufnahme nur Sinn, wenn die vorhergehende den Nachweis gesundheitlicher unfallbedingter Schäden erbracht hatte. Deshalb kann es nicht als g r o b nachlässig angesehen werden, daß die Klägerin die Einzahlung des weiteren Auslagenvorschusses vor der Einholung der medizinischen Gutachten verzögerte, zumal sie von ihrer Rechtsschutzversicherung in diesem Verhalten bestärkt worden war,

III. Das Landgericht wird bei der erneuten Verhandlung zu prüfen haben, ob es von Amts wegen einen anderen orthopädischen Sachverständigen mit der Er-

stellung des Gutachtens beauftragen will. Die rechtskräftige Zurückweisung des Ablehnungsgesuches nimmt nur der Partei das Recht, die Frage der Befangenheit erneut gerichtlich prüfen zu lassen. Das Gericht ist unabhängig davon jederzeit befugt, einen anderen als den im Beschluß angegebenen Sachverständigen auszuwählen und nach erneuter mündlicher Verhandlung den Beschluß unbeschränkt abzuändern (§ 360 ZPO). Ferner wird vorsorglich darauf hingewiesen, daß im Rahmen des § 287 ZPO eine Schätzung der Schadenshöhe auch dann geboten sein kann, wenn bestimmte Unterlagen nicht vorgelegt werden (vgl. BGH VersR 1962, 1099, 1100; VersR 1967, 83, 84).

Pehle

Dr. Bode

Nußgens

Dr. Weber

Scheffen