
Datum: 03.12.2012
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 17. Zivilsenat
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: 17 W 141/12
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2012:1203.17W141.12.00

Tenor:

Auf die sofortige Beschwerde der Antragsgegnerin wird der Beschluss der 5. Zivilkammer des Landgerichts Köln vom 30.07.2012 abgeändert.

Das Ablehnungsgesuch der Antragsgegnerin vom 01.12.2011, ergänzt durch die Schriftsätze vom 15.12.2011, 18.01.2012, 16.04.2012, 17.04.2012 sowie 26.04.2012, gegen den gerichtlich bestellten Sachverständigen Dipl.-Ing. I. ist begründet.

Gründe	1
I.	2
Im Rahmen des vorliegenden selbständigen Beweisverfahrens nahm der Sachverständige mit Ergänzungsgutachten vom 21.09.2011 Stellung zu den von den Parteien und einer Streithelferin aufgeworfenen Fragen zu dem vorausgegangenen schriftlichen Erstgutachten des Sachverständigen vom 20.05.2010.	3
Das Ergänzungsgutachten erhielt die Verfahrensbevollmächtigte der Antragsgegnerin am 24.10.2011 zugestellt. Mit Schriftsatz vom 24.11.2011 bat sie, ihr Gelegenheit zur Stellungnahme bis zum 17.01.2012 zu geben im Hinblick darauf, dass aufgrund anderweitiger beruflicher Belastung die Vorbereitung der Stellungnahme erst in der zweiten Dezemberhälfte in Angriff nehmen könne. Dem entsprach das Landgericht mit Beschluss vom 29.11.2011.	4
Mit Schriftsatz vom 21.11.2011 stellte die Streithelferin T S GmbH ein Befangenheitsgesuch gegen den Sachverständigen im Hinblick auf einige in dem Ergänzungsgutachten enthaltene Äußerungen. Nach Erhalt dieses Schriftsatzes stellte die Verfahrensbevollmächtigte der Antragsgegnerin ihrerseits mit 35-seitigem Schriftsatz vom 01.12.2011 ein gegen den	5

Sachverständigen gerichtetes Ablehnungsgesuch, das in der Folgezeit durch weitere Befangenheitsanträge in Reaktion auf Stellungnahmen des Sachverständigen erweitert wurde.

Mit Beschluss vom 30.07.2012 hat das Landgericht die Ablehnungsgesuche der Antragsgegnerin und der Streithelferin als unbegründet zurückgewiesen. Wegen der Begründung der Entscheidung wird auf die Gründe des Beschlusses Bezug genommen. Gegen den am 02.08.2012 zugestellten Beschluss hat die Antragsgegnerin mit bei Gericht am 13.08.2012 eingegangenen Schriftsatz sofortige Beschwerde eingelegt, der das Landgericht nicht abgeholfen hat.

II.

Die sofortige Beschwerde ist zulässig und begründet.

1.

Der Ablehnungsantrag der Antragsgegnerin vom 01.12.2011 ist, wie auch das Landgericht angenommen hat, fristgerecht gestellt.

Nach § 406 Abs. 2 Satz 1 ZPO ist der Ablehnungsantrag grundsätzlich spätestens binnen zwei Wochen nach der Zustellung des Beschlusses über die Ernennung des Sachverständigen anzubringen. Ergeben sich die Gründe, auf die die Ablehnung des Sachverständigen gestützt wird, aus dessen Gutachten, ist nach einhelliger Meinung in Rechtsprechung und Literatur auf Satz 2 von Abs. 2 des § 406 ZPO abzustellen, auch wenn dieser sich auf den ersten Blick auf Satz 1 bezieht, der die Ablehnung wegen bereits im Zeitpunkt der Ernennung vorhandener Ausschließungsgründe betrifft. Die Ablehnungsgründe sollen in diesem Falle nicht binnen einer kalendermäßigen Frist, sondern – in entsprechender Anwendung des § 121 Abs. 1 Nr. 1 BGB - grundsätzlich unverzüglich nach Kenntnis des Gutachtens geltend gemacht werden (BGH NJW 2005, 1869; Zöller/Greger, ZPO, 29. Aufl., § 406 Rn 11). Das bedeutet, dass der Ablehnungsantrag zwar nicht sofort, wohl aber ohne schuldhaftes Zögern, das heißt innerhalb einer den Umständen des Einzelfalls angepassten Prüfungs- und Überlegungsfrist anzubringen ist (vgl. Palandt/Heinrichs, BGB, 71. Aufl. § 121 Rn. 3). Zugleich hat der Antragsteller glaubhaft zu machen, dass er ohne sein Verschulden verhindert war, den Ablehnungsgrund früher geltend zu machen. In einem einfach gelagerten Fall können bereits wenige Tage ausreichend sein, um die das Ablehnungsgesuch stützenden Tatsachen zu erkennen und vorzutragen. Hingegen kann sich die Frist je nach Sachlage verlängern, wenn der Ablehnungsgrund erst nach sorgfältiger Prüfung des Gutachtens zu erkennen ist.

Der Bundesgerichtshof hat am 15.03.2005 – VI ZB 74/04 – (NJW 2005, 1869) entschieden, dass dann, wenn sich der Grund zur Ablehnung des Sachverständigen wegen Besorgnis der Befangenheit aus dem Inhalt des schriftlichen Gutachtens ergibt, in der Regel die Frist für die Ablehnung des Sachverständigen gleichzeitig mit der vom Gericht gesetzten – ggfl. auch verlängerten – Frist zur Stellungnahme nach ZPO § 411 Absatz 4 ZPO abläuft, wenn sich die Partei zur Begründung des Antrags mit dem Inhalt des Gutachtens auseinandersetzen muss (so auch OLG Düsseldorf, OLGR Düsseldorf 2001, 469; OLG Saarbrücken, NJW-RR 2008, 1087; OLG Nürnberg, MDR 2007, 295; MüKo/Zimmermann, ZPO, 3. Aufl., § 406, Rn 7; Thomas/Putzo/Reichold, ZPO, 31. Aufl., § 406 Rdnr. 7).

Der Bundesgerichtshof hat zur Begründung u.a. ausgeführt: „Ergibt sich der Ablehnungsgrund aus dem Inhalt des schriftlichen Gutachtens, muss der Partei eine

angemessene Zeit zur Überlegung und zur Einholung von rechtlichem Rat zur Verfügung stehen. Auch wenn durch die zeitliche Begrenzung des Ablehnungsrechts gemäß § 406 Abs. 2 ZPO bezweckt werden soll, der Verzögerung von Prozessen durch verspätete Ablehnungsanträge entgegenzuwirken (vgl. Jeßnitzer/Frieling, Der gerichtliche Sachverständige, 10. Aufl., Rn. 223), ist andererseits zu bedenken, dass der Anspruch einer Prozesspartei auf einen aus ihrer Sicht unparteiischen Sachverständigen unmittelbarer Ausfluss des Rechtsstaatsprinzips ist und die Durchsetzung dieses Anspruchs nicht durch verfahrensrechtliche Hürden unangemessen erschwert werden darf. Darauf weist die Rechtsbeschwerde mit Recht hin. Vor diesem Hintergrund darf die Frage nach der Rechtzeitigkeit eines Ablehnungsantrags nicht ausschließlich von der Beurteilung der Umstände des Einzelfalles durch das Prozessgericht abhängig gemacht werden. Schon aus Gründen der Rechtssicherheit muss die Partei wissen, welcher Zeitraum ihr zur Prüfung des Gutachtens in jedweder Hinsicht zur Verfügung steht. Muss sich die Partei zur Begründung ihres Antrags mit dem Inhalt des Gutachtens auseinandersetzen, läuft die Frist zur Ablehnung des Sachverständigen wegen Besorgnis der Befangenheit im allgemeinen gleichzeitig mit der vom Gericht gesetzten Frist zur Stellungnahme nach § 411 Abs. 4 ZPO ab.“

Dem schließt sich der Senat in vollem Umfang an, wobei sich keine andere Bewertung aus dem Umstand ergibt, dass vorliegend die Ablehnung nicht in einem Prozessverfahren, sondern einem selbständigen Beweisverfahren erfolgt ist. Die Bestimmung des § 411 Abs. 4 ZPO gilt auch für das selbständige Beweisverfahren (Zöller/Herget a.a.O., § 492 Rn 1). Es macht auch keinen Unterschied, ob das Gericht bereits mit Übersendung des Gutachtens eine Frist zur Stellungnahme gesetzt hat oder dies erst auf einen Fristgewährungsantrag einer Partei tut. Der von dem Bundesgerichtshof hervorgehobene Gesichtspunkt, die Partei müsse wissen, welcher Zeitraum ihr zur Prüfung des Gutachtens in jedweder Hinsicht zur Verfügung steht, gilt auch, wenn mit der Übersendung des Gutachtens keine Fristsetzung verbunden war, diese aber später erfolgt. Im Ergebnis ist dies gleichbedeutend mit der sofortigen Fristsetzung, die dann ggfl. auf Antrag noch verlängert wird. Andernfalls würde der Partei, der keine sofortige (und ggfl. verlängerbare) Frist gesetzt wird, eine nicht gerechtfertigte Benachteiligung erwachsen gegenüber einer Partei, der sogleich eine Frist gesetzt wird. Dabei ist es aber gerade so, dass ohne Fristsetzung – und der damit zugleich unterbliebenen Sanktionsandrohung des § 411 Abs. 4 Satz 2 ZPO - der Partei vermittelt wird, für eine Stellungnahme zu einem Gutachten sei – ohne den Druck einer gerichtlichen Fristsetzung - die von ihr für angemessen gehaltene Bearbeitungszeit maßgeblich. Gewährt das Gericht – wenn auch im Nachhinein – eine Frist zur Stellungnahme zu dem Gutachten, ergibt sich aus dem durch die genannte BGH-Entscheidung vorgegebenen Gleichlauf von Stellungnahmefrist zum Gutachten und Frist für das Ablehnungsgesuch, dass ein innerhalb der nachträglichen Fristsetzung erfolgtes Ablehnungsgesuch nicht verfristet ist im Sinne des § 406 Abs.2 ZPO.

14

Der Senat vermag auch nicht der in der Literatur in der Kritik an der Entscheidung des Bundesgerichtshofs geäußerten Argumentation (so u.a. etwa Zöller/Greger, ZPO, 29.Aufl., § 406 Rn 11) zu folgen, bei der Frage der Unverzüglichkeit der Ablehnung, könne nicht auf die Fristsetzung nach § 411 Abs. 4 Satz 2 ZPO abgestellt werden, weil diese einem anderen Zweck diene. Die 2-Wochenfrist des § 406 Abs. 2 ZPO und das Postulat der unverzüglichen Geltendmachung entsprechend § 121 BGB wie auch die Fristsetzung nach § 411 Abs. 4 Satz 2 ZPO dienen der Beschleunigung und Vereinfachung der Verfahren, mögen die damit verbundenen Sanktionen auch unterschiedlich ausgestaltet sein. Aus dem Gesichtspunkt der Prozessbeschleunigung ergibt sich nach dem Verständnis des Senats kein stichhaltiger Grund, eine von der Stellungnahmefrist verkürzte Frist für die Ablehnung fordern zu müssen. Prozessleitende Maßnahmen kann das Gericht ohnehin erst dann treffen kann, wenn die

15

Stellungnahmefrist abgelaufen ist (OLG Düsseldorf a.a.O.).

Schließlich ist ergänzend auf folgenden Gesichtspunkt hinzuweisen, der sich aus der lückenhaft erscheinenden Regelung des § 406 Abs. 2 ZPO ergibt und eine Schwäche in der Forderung nach einer von einer Stellungnahmefrist losgelösten unverzüglichen Stellung des auf ein Sachverständigengutachten gestützten Ablehnungsgesuchs aufzeigt. 16

Wie oben bereits angesprochen, ist bei einer auf ein schriftliches Gutachten abgestellten Ablehnung des Sachverständigen nach einhelliger Meinung in Rechtsprechung und Literatur auf Satz 2 von Abs. 2 des § 406 ZPO abzustellen, auch wenn dieser sich auf den ersten Blick auf Satz 1 bezieht, der die nicht innerhalb der an die Bekanntgabe der Ernennung anknüpfende 2-Wochen-Frist (Satz 1) erfolgte Ablehnung wegen bereits im Zeitpunkt der Ernennung vorhandener Ausschlussgründe betrifft. Die Ablehnungsgründe sollen in diesem Falle nicht binnen einer kalendermäßigen Frist, sondern in entsprechender Anwendung des § 121 Abs. 1 Nr. 1 BGB grundsätzlich unverzüglich nach Kenntnis des Gutachtens geltend gemacht werden (BGH NJW 2005, 1869; Zöller/Greger, ZPO, 29. Aufl., § 406 Rn 11). 17

Das Merkmal der Unverzüglichkeit der Antragstellung bei Übersendung eines schriftlichen Gutachtens lässt sich aber nicht zuverlässig beurteilen, wenn man an den Zeitpunkt der Übersendung anknüpft. Der Beginn des Zeitraums für eine anzunehmende Frist, innerhalb der ohne schuldhaftes Zögern die Ablehnung erklärt werden kann, bemisst sich – so auch der Bundesgerichtshof a.a.O. - nach der Kenntnis des Ablehnungsgrundes. Bloßes Kennenmüssen genügt im Rahmen des § 121 BGB nicht (vgl. Palandt/Ellenberger, BGB, 71. Aufl., § 121 Rn 2). Erhält eine Partei bzw. ihr Anwalt durch das Gericht ein Gutachten zugestellt, verbunden mit einer Fristsetzung zur Stellungnahme, so bedeutet dies nicht, dass damit zugleich zu diesem Zeitpunkt die hinreichende Kenntnis vom Inhalt des Gutachtens und seiner eine Befangenheit anzeigenden Formulierungen unterstellt werden kann. Mit Unterzeichnung des Empfangsbekenntnisses bestätigt der Anwalt zwar, dass er das Schriftstück als zugestellt akzeptiert und es gemäß § 166 Abs.1 ZPO bekannt gegeben worden ist. Dies bedeutet aber nicht, dass der Anwalt damit bestätigt, das Schriftstück auch vollinhaltlich – und insbesondere hinsichtlich der eine Ablehnung rechtfertigenden Passagen zur Kenntnis genommen zu haben. Die Zustellung soll dem Adressaten in Verwirklichung des rechtlichen Gehörs lediglich die Möglichkeit geben, von dem Schriftstück Kenntnis zu nehmen (vgl. Zöller/Stöber, ZPO, 29.Aufl., vor § 165, Rn 1; Prütting/Kessen, ZPO, 4. Aufl., § 166 Rn 5). Ist mit der Zustellung eine Frist zur Stellungnahme verbunden, ist der Anwalt nicht gehindert, diese Frist zur näheren Kenntnisnahme und Bearbeitung auszuschöpfen. 18

In Fällen einer Fristsetzung lässt sich somit nicht unterstellen, dass der Adressat schon vor einer innerhalb der gesetzten Frist erfolgten Stellungnahme Kenntnis von sich aus dem Gutachten ergebenden Ablehnungsgründen hatte. Dies zeigt zugleich, dass die Fristsetzung – wie sie für die Ernennung des Sachverständigen kraft Gesetzes gilt (§ 406 Abs. 2 ZPO) und die nicht an die Kenntnis, sondern Bekanntgabe abstellt - als einzig taugliches Mittel erscheint, eine spätere Ablehnung wegen Fristversäumung nicht zuzulassen. Denn auch, wenn – wie hier geschehen – die Übersendung des Gutachtens ohne Fristsetzung erfolgt, lässt sich ohne tatsächliche Anhaltspunkte der Zeitpunkt der Kenntnis von den Befangenheitsgründen nicht zuverlässig feststellen. 19

Aus der Begründung des Verlängerungsantrags vom 24.11.2011 ergibt sich, dass sich die Verfahrensbevollmächtigte der Antragsgegnerin bis zu diesem Antrag offensichtlich noch nicht näher mit dem immerhin 104 Seiten starken Ergänzungsgutachten befasst hatte und – nicht unberechtigt und wie geschehen – darauf vertrauen konnte, dass das Landgericht, 20

welches überhaupt keine Stellungnahmefrist gesetzt hatte, dem Antrag entsprechen würde.

Eine hinreichende Kenntnisnahme kann jedoch angenommen werden zu dem Zeitpunkt, in dem die Antragsgegnerin bzw. ihre Verfahrensbevollmächtigte den Ablehnungsantrag der Streithelferin erhalten und dessen Inhalt zur Kenntnis genommen hatte, was ihr – wie sie einräumt – Veranlassung gab, das Ergänzungsgutachten inhaltlich auf Befangenheitsmerkmale zu untersuchen. Den Ablehnungsantrag der Streithelferin vom 21.11.2001 hat die Verfahrensbevollmächtigte der Antragsgegnerin ausweislich des Empfangsbekenntnisses am 30.11.2011 erhalten. Der Ablehnungsantrag der Antragsgegnerin folgte unmittelbar danach –und damit zugleich „unverzüglich“ - mit Schriftsatz vom 01.12.2011, bei Gericht am 03.12.2011 eingehend. 21

Nach Auffassung des Senats rechtfertigt sich unter Berücksichtigung der dargestellten Geschehensabläufe auch bei einer auf den jeweiligen Einzelfall abstellenden Betrachtungswertung die Annahme der Rechtzeitigkeit des Ablehnungsgesuchs 22

II 23

Das Ablehnungsgesuch ist auch begründet. 24

Das Landgericht hat zutreffend die für die Prüfung eines Ablehnungsgesuchs maßgeblichen Kriterien dargestellt. Den entsprechenden Ausführungen schließt sich der Senat uneingeschränkt an. Danach kann ein Sachverständiger von einer Partei wegen Besorgnis der Befangenheit abgelehnt werden (§ 406 Abs. 1 ZPO in Verbindung mit § 42 ZPO), wenn objektive Umstände oder Tatsachen vorliegen, die vom Standpunkt der ablehnenden Partei aus bei vernünftiger Betrachtungsweise geeignet sind, Misstrauen gegen seine Unparteilichkeit und Unvoreingenommenheit zu rechtfertigen (BGH, NJW 2005, 1869). Rein subjektive, unvernünftige Vorstellungen des Ablehnenden scheiden hingegen aus. Weiter ist nicht erforderlich, dass der Abgelehnte tatsächlich befangen ist; ebenso ist unerheblich, ob er sich für befangen hält (OLG Oldenburg, MDR 2008, 101; Zöller a. a. O. § 42 Randnr. 8, 9). Dabei kann sich die Befangenheit eines gerichtlichen Sachverständigen etwa daraus ergeben, dass der Sachverständige auf gegen sein Gutachten gerichtete Einwände und Vorhaltungen einer anwaltlich vertretenden Partei mit abwertenden Äußerungen über die Prozessbevollmächtigten unangemessen reagiert (OLG Hamm, MDR 2010, 653; OLG Frankfurt, OLGR Frankfurt 2009, 574). Der Sachverständige hat - ebenso wie ein Richter - die Pflicht zur Objektivität und Neutralität gegenüber den Verfahrensbeteiligten und muss sich an das Gebot der Sachlichkeit halten (KG Berlin, VersR 2009, 566; OLG Karlsruhe IBR 2008, 693; OLG Saarbrücken, NJW- RR 2008, 1087). Andererseits kann ein Ablehnungsantrag als unbegründet zurückzuweisen sein, wenn ein Sachverständiger auf heftige Angriffe einer Partei scharf reagiert, da ein Ablehnungsantrag nicht provoziert werden darf (OLG Düsseldorf, NJW - RR 1997, 1353; BB 1975, 627; OLG Frankfurt, OLGR Frankfurt, 2009, 574). Maßgeblich sind die Verhältnisse im Einzelfall. Dabei ist auch zu bedenken, dass auch eine Vielzahl von einzelnen Gründen, die jeweils allein betrachtet nicht zu einem Erfolg des Ablehnungsgesuchs führen, wiederum in ihrer Gesamtheit das Ablehnungsbegehren rechtfertigen können. 25

Nicht zu folgen vermag der Senat allerdings der Auffassung des Landgerichts, die von der Antragsgegnerin vorgebrachten Gründe seien weder im Einzelnen noch in ihrer Gesamtheit geeignet, Misstrauen hinsichtlich der Unbefangenheit des Sachverständigen zu rechtfertigen. 26

Aus der Sicht der Antragsgegnerin ist auch bei Anlegung eines objektiven Maßstabs der Eindruck der Befangenheit des Sachverständigen gerechtfertigt aufgrund der in dem 27

Ergänzungsgutachten vom 21.09.2011 gehäuft, die Verfahrensbevollmächtigte der Antragsgegnerin betreffenden unsachlichen und persönlich abwertenden Äußerungen.

Bei allem Verständnis für die Rolle eines Sachverständigen, der sich nach Erstattung seines schriftlichen Gutachtens einer umfänglichen und aus seiner Sicht unberechtigten und sachfremden sowie gesuchten Kritik ausgesetzt sieht, überschreitet es in objektiver Hinsicht das von Parteien hinnehmbare Maß tolerierbarer Äußerungen, wenn - wie geschehen – der Sachverständige in seinem Ergänzungsgutachten vom 21.09.2011 in Entgegnung auf in dem Schriftsatz der Antragsgegnerin vom 11.08.2010 enthaltene kritische Anmerkungen und Fragen zu dem Erstgutachten des Sachverständigen folgende auf die Verfahrensbevollmächtigte bezogene Formulierungen verwendet wie:

- „Ich respektiere das Vorgehen von Frau Rechtsanwältin N, die versucht für ihren Mandanten das bestmögliche Ergebnis zu erzielen und mögliche Regressforderungen abzuwenden.“ (Bl. 32 des Ergänzungsgutachtens) 29

- „Es wäre daher sehr wünschenswert, wenn wenigstens ansatzweise baupraktische Erfahrungen in die Einwände einfließen würden.“ (Bl. 35 des Ergänzungsgutachtens) 30

- „Ich möchte darauf aufmerksam machen, wie auffällig durchgängig durch das gesamte Schreiben der Frau Rechtsanwältin N alle von mir eingeschaltete Firmen und die von ihnen durchgeführten Probeentnahmen und – Prüfungen als fachregelwidrig handelnd kritisiert werden.“ (Bl. 37 des Ergänzungsgutachtens) 31

- „Ich kann nicht beurteilen, wie häufig Frau Rechtsanwältin N Mandanten in Bauprozessen vertreten hat, was Grundkenntnisse n der Baupraxis voraussetzen würde.“ (Bl. 47 des Ergänzungsgutachtens) 32

- „Des weiteren erweckt der Vortrag den Anschein, dass hier reale Bauabläufe bei einem solchen Projekt und der bedingte Zeitfaktor nicht erkannt und aufgrund der fehlenden Baupraxis nicht erfasst und nicht bewertet werden kann.“ (Bl. 53 des Ergänzungsgutachtens) 33

- „Richtig ist vielmehr, dass Frau Rechtsanwältin N die Abläufe, Gegebenheiten und Zwänge des realen Baugeschehens, u.a. bei Großbaustellen, aufgrund unzureichender berufsbedingter Erfahrung nicht bewerten und zuordnen kann.“ (Bl. 57 des Ergänzungsgutachtens) 34

- „Frau Rechtsanwältin N müsste bei umfassender Lektüre meines Gutachtens hiervon Kenntnis genommen haben.“ (Bl. 91 des Ergänzungsgutachtens) 35

- „Mit besonderer Sorgfalt und Präzision werden etwas abweichende Formulierungen im Gutachten von Frau Rechtsanwältin N aufgegriffen und kritisiert, was von der eigentlichen Schadensursache ablenken soll.“ (Bl. 96 des Ergänzungsgutachtens) 36

- „Es hat den Anschein, dass verschiedene logische und materialtechnische Gegebenheiten, die auf einfachster Grundlage erklärt wurden, anscheinend nicht verstanden worden sind“ (Bl. 100 des Ergänzungsgutachtens) 37

- „Diesen Sachverhalt in Abrede zu stellen, lässt für mich die von Frau Rechtsanwältin N vertretene Strategie erkennen, vorhandene Mängel und Schäden zu bestreiten oder die Verantwortung der Baumängel mit technisch nicht nachvollziehbaren Begründungen abzustreiten. Es hat den Anschein, dass die im Gutachten angegebenen Schadensursachen nicht überprüft wurden, sondern die im Gutachten angegebenen Schadensursachen zum 38

Anlass genommen werden, um durch die Erläuterung von Begriffen und Bezeichnungen von den Ursachen abzulenken.“ (Bl. 102 des Ergänzungsgutachtens)

Die zitierten zahlreichen Äußerungen des Sachverständigen, die zudem teils in einem verkürzten Verständnis der Ausführungen der Verfahrensbevollmächtigten der Antragsgegnerin in deren Schriftsätzen vom 11.08. und 28.10.2010 stehen, sind nicht nur überflüssig, weil nicht veranlasst, und unangemessen, sondern teils ausdrücklich, teils tendenziell ehrverletzend und die Verfahrensbevollmächtigten der Antragsgegnerin persönlich herabwürdigend, was ihre lautere Verfahrensführung, bautechnische Fachkunde, Erfahrung in Bauprozessen und intellektuelle Fähigkeit zur Erfassung baulicher Gegebenheiten und Erklärungen des Sachverständigen angeht. 39

Der Senat verkennt nicht, dass die genannten Formulierungen im Zusammenhang mit sachlichen Ausführungen zu den Einwendungen der Antragsgegnerin erfolgt sind und angesichts der für den Sachverständigen vermutlich stellenweise provozierend anmutenden Ausführungen der Verfahrensbevollmächtigten der Antragsgegnerin menschlich nachvollziehbar erscheinen mögen, um der Verärgerung über die als unsachlich empfundene Kritik Luft zu verschaffen. Gleichwohl vermag sich der Senat nicht der Bewertung des Landgerichts anzuschließen, die Äußerungen des Sachverständigen seien „noch im Rahmen des Hinnehmbaren“. 40

Unter Berücksichtigung der von einem öffentlich bestellten und vereidigten Sachverständigen zu erwartenden Professionalität im Umgang auch mit aufgrund pointiert kritischer Haltung nicht einfachen Verfahrensbeteiligten lassen die vorstehenden Bemerkungen eine unangemessene persönliche Betroffenheit über die Kritik der Antragsgegnerin erkennen, die in den Augen der Antragsgegnerin die Befürchtung einer ihr gegenüber gegebenen Befangenheit rechtfertigt. 41

Der Senat ist sich in seiner Entscheidung durchaus bewusst, dass es einer Verfahrenstaktik von Parteien, die aufgrund der bereits erfolgten Begutachtung mit einem für sie negativen Ausgang des Verfahrens rechnen, entsprechen kann, durch eine unsachliche Kritik einen Sachverständigen zu angreifbaren Äußerungen zu provozieren, um dessen Ablehnung zu ermöglichen in der Hoffnung eines Verfahrensvorteils. 42

Die auf das Erstgutachten des Sachverständigen vom 20.05.2010 bezogenen Einwendungen der Antragsgegnerin mit Schriftsatz vom 11.08.2010, die u.a. zu dem Ergänzungsgutachten vom 21.09.2011 geführt haben, rechtfertigen eine solche Annahme jedoch nicht und können damit die Äußerungen des Sachverständigen auch nicht in einem „milderen Licht“ erscheinen lassen. Der Schriftsatz vom 11.08.2010 enthält keine den Sachverständigen persönlich abwertenden Äußerungen. Die Äußerungen sind durchgehend sachorientiert und darauf ausgerichtet, durch eine mündliche Erläuterung und Ergänzung des Gutachtens eine Klärung der seitens der Antragsgegnerin geltend gemachten Einwendungen erreichen zu können. Dass die Verfahrensbevollmächtigten der Antragsgegnerin in der Kritik, dass ihr von der Antragstellerin dem Sachverständigen überlassene Unterlagen nicht zur Kenntnis gebracht und eigene Äußerungen übergangen worden sind, geäußert hat, in dem Verhalten des Sachverständigen Ansätze einer einseitigen Parteinahme zu sehen, rechtfertigt die überzogenen Äußerungen des Sachverständigen ebenso wenig wie die Kritik der Antragsgegnerin an der Sachkenntnis des Sachverständigen in Bezug auf Fußbodenheizungen. Diese Kritik ist nachvollziehbar im Einzelnen damit begründet worden, dass der Sachverständige in seinem Gutachten keine Differenzierung zwischen „Funktionsheizern“ und Belegreifeheizern vorgenommen und ein eindeutig als „Funktionsheizprotokoll“ gekennzeichnetes Protokoll für die Frage der Belegreife verwertet 43

und sich im Übrigen auf ein Merkblatt berufen hat, welches sich auf elastische, textile Belege sowie Holzfußböden bezieht, nicht aber auf die vorliegend relevanten Naturwerksteinbeläge.

Dass nach dem beanstandeten Ergänzungsgutachten auch die Verfahrensbevollmächtigten der Antragsgegnerin in der Begründung des Ablehnungsgutachtens einen schärferen Ton angeschlagen hat, rechtfertigt – entgegen der Auffassung des Landgerichts – nicht vorangegangenen Äußerungen des Sachverständigen. 44

Eben sowenig sind die auf das Ablehnungsgesuch erfolgten Äußerungen bzw. Erklärungen des Sachverständigen geeignet, die Befürchtung einer Befangenheit des Sachverständigen ungeschehen zu machen. Davon abgesehen werden dessen Entschuldigungen („Sofern bei den Parteien der Eindruck entstanden sein sollte ...“) durch seine weiteren Erklärungen entwertet, mit denen er durchgängig sein Verhalten und seine Äußerungen als sachbezogen und nicht zu beanstanden rechtfertigt. 45

Im Hinblick darauf, dass dem Ablehnungsgesuch bereits aus den dargelegten Gründen stattzugeben ist, bedarf es keines Eingehens auf die weiteren Begründungen des Gesuchs, die sich auf den Vorwurf wahrheitswidriger Behauptungen sowie nicht ordnungsgemäßer Verwertung von Parteiunterlagen und Berücksichtigung von Parteivortrag beziehen. 46