

# **BGer 4A\_631/2012 vom 4. Februar 2013**

Bundesgericht, 2013-02-04, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_4A\\_631\\_2012](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_4A_631_2012)

FR: TF 4A\_631/2012 du 4 février 2013

IT: TF 4A\_631/2012 del 4 febbraio 2013

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Das Bundesgericht prüft von Amtes wegen und mit freier Kognition, ob ein Rechtsmittel zulässig ist ( BGE 138 IV 186 E. 1; 135 III 212 E. 1 S. 216; je mit Hinweisen).

Angefochten ist ein selbständig eröffneter Zwischenentscheid einer letzten kantonalen Instanz im Sinne von Art. 75 Abs. 2 BGG über ein Ausstandsbegehren. Gegen einen solchen Zwischenentscheid ist die Beschwerde zulässig ( Art. 92 Abs. 1 BGG ). Bei Entscheiden über Ausstandsbegehren geht es in der Regel um solche betreffend den Ausstand von Gerichtspersonen. Nach der Rechtsprechung fallen aber auch Entscheide über den Ausstand von Gerichtsexperten unter Art. 92 BGG (Urteile 4A\_256/2010 vom 26. Juli 2010 E. 1.1, sic! 12/2010 S. 917; 1B\_22/2007 vom 29. Mai 2007 E. 2.2). Gegen solche ist die direkte Beschwerde an das Bundesgericht auch zulässig, wenn sie - wie vorliegend - im Rahmen eines Verfahrens der vorsorglichen Beweissicherung nach kantonalem Prozessrecht gefällt wurden (Urteil 5A\_435/2010 vom 28. Juli 2010 E. 1.2).

Da auch die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen erfüllt sind, ist grundsätzlich auf die Beschwerde einzutreten.

### **E. 2.1**

Die Begründung der Beschwerde hat in der Beschwerdeschrift selbst zu erfolgen. Der blosser Verweis auf Ausführungen in andern Rechtsschriften oder auf die Akten reicht nicht aus ( BGE 133 II 396 E. 3.1).

Demnach müssen ergänzende Hinweise des Beschwerdeführers auf seine Ausführungen in Eingaben des kantonalen Verfahrens (so z.B. in den Rzn. 39, 41 und 42 der Beschwerde) unbeachtet bleiben.

### **E. 2.2**

Die Beschwerde ist innert der Beschwerdefrist vollständig begründet einzureichen ( Art. 42 Abs. 1 BGG ). Kommt es zu einem zweiten Schriftenwechsel, darf der Beschwerdeführer die Replik nicht dazu verwenden, seine Beschwerde zu ergänzen oder zu verbessern (vgl. BGE 132 I 42 E. 3.3.4). Die Replik ist nur zu Darlegungen zu verwenden, zu denen die Ausführungen in der Vernehmlassung eines anderen Verfahrensbeteiligten Anlass geben (vgl. BGE 135 I 19 E. 2.2).

Soweit der Beschwerdeführer dies missachtet, können seine Ausführungen in der Replik nicht berücksichtigt werden. Dies trifft namentlich auf die erst in der Replik (Rz. 13) vorgebrachte Behauptung zu, die Ergänzungsfragen seien mit dem Hauptgutachten eng verwoben. Sie könnten nicht beantwortet werden, ohne dass sich der für die Beantwortung der Ergänzungsfragen zu bestellende neue Gutachter intensiv mit dem ersten Teil des Gutachtens von Dr. Panglisch auseinandersetze. "Teilbefangenheit" eines Gutachters mache

daher aus prozessökonomischen Gründen keinen Sinn. Mit diesem neuen Vorbringen wird die Beschwerde in unzulässiger Weise ergänzt.

### **E. 2.3**

Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat ( Art. 105 Abs. 1 BGG ). Es kann die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz nur berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht ( Art. 105 Abs. 2 BGG ). "Offensichtlich unrichtig" bedeutet dabei "willkürlich" ( BGE 135 III 397 E. 1.5). Überdies muss die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein ( Art. 97 Abs. 1 BGG ).

Der Beschwerdeführer, der die Sachverhaltsfeststellungen der Vorinstanz anfechten will, muss klar und substantiiert aufzeigen, inwiefern die gerügten Feststellungen bzw. die Unterlassung von Feststellungen offensichtlich unrichtig sind oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruhen (vgl. BGE 136 II 508 E. 1.2; 133 II 249 E. 1.4.3; 133 III 350 E. 1.3 S. 351, 393 E. 7.1, 462 E. 2.4 S. 466). Soweit der Beschwerdeführer den Sachverhalt ergänzen will, hat er zudem mit Aktenhinweisen darzulegen, dass er entsprechende rechtsrelevante Tatsachen und taugliche Beweismittel bereits bei den Vorinstanzen prozesskonform eingebracht hat (Urteile 4A\_214/2008 vom 9. Juli 2008 E. 1.2, nicht publ. in: BGE 134 III 570 ; 4A\_470/2009 vom 18. Februar 2010 E. 1.2). Überdies ist in der Beschwerde darzutun, inwiefern die Behebung des gerügten Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein kann ( Art. 97 Abs. 1 BGG ; BGE 135 I 19 E. 2.2.2). Auf eine Kritik an den tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz, die diesen Anforderungen nicht genügt, ist nicht einzutreten ( BGE 133 II 249 E. 1.4.3).

### **E. 2.4**

Neue Tatsachen und Beweismittel dürfen nur soweit vorgebracht werden, als der Entscheid der Vorinstanz dazu Anlass gibt ( Art. 99 Abs. 1 BGG ), was in der Beschwerde im Einzelnen darzulegen ist ( BGE 134 V 223 E. 2.2.1; 133 III 393 E. 3).

### **E. 3.1**

Da auf das Verfahren vor Kreisgericht, in dessen Rahmen das Ablehnungsbegehren gestellt wurde, das bisherige kantonale Prozessrecht anwendbar ist, werden die Ausstandsgründe in erster Linie durch dasselbe geregelt. Da der Beschwerdeführer keine willkürliche Anwendung von kantonalen Ausstandsbestimmungen geltend macht, ist einzig im Lichte der Art. 29 Abs. 1 bzw. Art. 30 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK zu prüfen, ob mit der Ablehnung des Ausstandes des Experten Dr. Panglisch in Bezug auf das Gutachten vom März 2011 gegen den Anspruch auf einen unabhängigen und unbefangenen Gutachter verstossen wurde (vgl. BGE 138 I 1 E. 2.1 S. 2 f.).

### **E. 3.2**

Nach Art. 30 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK , denen in dieser Hinsicht dieselbe Tragweite zukommt, hat der Einzelne Anspruch darauf, dass seine Sache von einem unparteiischen, unvoreingenommenen und unbefangenen Richter ohne Einwirken sachfremder Umstände entschieden wird. Ob diese Garantien verletzt sind, prüft das Bundesgericht frei ( BGE 138 I 1 E. 2.2 S. 3 ; 136 I 207 E. 3.1 ; 134 I 238 E. 2.1 S. 240).

Der von einem Gericht beigezogene Sachverständige gilt als Hilfsperson des Richters ( BGE 100 Ia 28 E. 3 S. 31 oben). Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist deshalb

die Garantie nach Art. 30 Abs. 1 BV sinngemäss auch auf die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit von Sachverständigen anzuwenden. Demnach können Gerichtsexperten von einer Partei abgelehnt werden, wenn Umstände vorliegen, die nach objektiven Gesichtspunkten geeignet sind, den Anschein der Befangenheit zu erwecken ( BGE 127 I 73 E. 3f/bb S. 81; 125 II 541 E. 4a S. 544 f.; 120 V 357 E. 3a S. 365). Da Sachverständige nicht Mitglieder des Gerichts sind, stützt sich der Anspruch auf Unparteilichkeit und Unbefangenheit der Gerichtsexperten nicht auf Art. 30 Abs. 1 BV , sondern auf Art. 29 Abs. 1 BV . Hinsichtlich der Unparteilichkeit und Unbefangenheit kommt Art. 29 Abs. 1 BV indessen ein mit Art. 30 Abs. 1 BV weitgehend übereinstimmender Gehalt zu, so dass sich die inhaltlichen Anforderungen an die gerichtsgutachterliche Unabhängigkeit grundsätzlich nach Art. 30 Abs. 1 BV richten (Urteile 4A\_256/2010 vom 26. Juli 2010 E. 2.1; 8C\_509/2008 vom 4. Februar 2009 E. 4.2 mit Hinweisen; vgl. auch BGE 120 V 357 E. 3a S. 364 f.).

Diese Garantie ist verletzt, wenn Gegebenheiten vorliegen, die den Anschein der Befangenheit und die Gefahr der Voreingenommenheit zu begründen vermögen. Solche Umstände können in einem bestimmten Verhalten der betreffenden Person oder in äusseren Gegebenheiten funktioneller und organisatorischer Natur begründet sein. Bei der Beurteilung solcher Umstände ist nicht auf das subjektive Empfinden einer Partei abzustellen. Das Misstrauen in die Unvoreingenommenheit muss vielmehr in objektiver Weise begründet erscheinen. Für den Ausstand wird nicht verlangt, dass der Sachverständige tatsächlich befangen ist. Es genügt, wenn Umstände vorliegen, die bei objektiver Betrachtung den Anschein der Befangenheit und Voreingenommenheit erwecken ( BGE 138 I 1 E. 2.2 S. 3 ; 136 I 207 E. 3.1 ; 135 I 14 E. 2 ; 134 I 238 E. 2.1 S. 240).

#### **E. 4**

Der Beschwerdeführer begründet den Anschein der Befangenheit des Experten Dr. Panglisch im Wesentlichen mit dessen Verbindungen zur Firma Z.\_\_\_\_\_ AG. Diese ist nicht Partei dieses Verfahrens. Nach den verbindlichen Feststellungen der Vorinstanz steht die Z.\_\_\_\_\_ AG als Herstellerin von Modulen und Membranen auch nicht in einem direkten Konkurrenzverhältnis zum Beschwerdeführer als Anlagebauer. Die Vorinstanz beschreibt das wirtschaftliche Verhältnis der Z.\_\_\_\_\_ AG und des Beschwerdeführers dahingehend, dass dieser die Module und Membrane nicht von der Z.\_\_\_\_\_ AG, sondern von der Firma R.\_\_\_\_\_ beziehe, weshalb die Z.\_\_\_\_\_ AG diese Komponenten nicht dem Beschwerdeführer liefern könne. Auf der Grundlage dieser Tatsachen sind die Vorbringen des Beschwerdeführers zu beurteilen:

#### **E. 4.1**

Dieser beruft sich zunächst auf die seit der Studienzeit bestehende Freundschaft zwischen Dr. Panglisch und Dr. E.\_\_\_\_\_, dem Gründer und Geschäftsführer der Z.\_\_\_\_\_ AG. Sie wirft der Vorinstanz vor, nicht beachtet zu haben, dass bereits diese Freundschaft zu einem Konkurrenten des Beschwerdeführers den Anschein der Befangenheit zu begründen vermöge.

Die Vorinstanz hat die Freundschaft zwischen Dr. Panglisch und Dr. E.\_\_\_\_\_ beachtet, welche jener übrigens von Anfang an offengelegt habe. Die Vorinstanz konnte in diesem Umstand indes keinen Grund für den Anschein einer Befangenheit erblicken. Dieser Beurteilung kann sich das Bundesgericht ohne weiteres anschliessen, zumal die Z.\_\_\_\_\_ AG nicht Prozesspartei und auch nicht direkte Konkurrentin des

Beschwerdeführers ist. Insofern liegen die tatsächlichen Verhältnisse anders als in BGE 119 V 456 (E. 5c), in welchem Fall der Anschein der Befangenheit eines wissenschaftlichen Experten bejaht wurde, dessen Sohn als Forschungslaborleiter einer direkten Konkurrenzfirma einer Prozesspartei arbeitete. Vorliegend geht es zudem nicht um ein enges Verwandtschaftsverhältnis Vater/Sohn, sondern um eine Freundschaft. Zu deren Intensität oder Qualität ist im Übrigen nichts festgestellt. Es ist daher nicht von einer besonders engen Freundschaft auszugehen. Die blossе Freundschaft des Experten zum Gründer und Geschäftsführer einer Drittfirma genügt objektiv nicht für einen Anschein der Befangenheit, zumal in keiner Weise dargetan ist, inwiefern die Z. \_\_\_\_\_ AG von einem für den Beschwerdeführer ungünstigen Gutachten profitieren könnte.

#### **E. 4.2**

Der Beschwerdeführer führt sodann aus, Dr. E. \_\_\_\_\_ und Dr. Panglisch hätten einen gemeinsamen beruflichen Werdegang gehabt und beruflich in verschiedenen Konstellationen eng zusammengearbeitet. Er beruft sich damit auf Sachverhaltselemente, die im angefochtenen Entscheid nicht festgestellt sind. Das Bundesgericht kann den Sachverhalt mangels hinlänglicher Sachverhaltsrüge (Erwägung 2.3) aber nicht ergänzen, weshalb diese Vorbringen unberücksichtigt bleiben müssen.

#### **E. 4.3**

Die Vorinstanz befürchtete auch wegen des Umstands, dass Dr. Panglisch auf Seiten des Instituts Q. \_\_\_\_\_ Zusammenarbeitsprojekte mit der Z. \_\_\_\_\_ AG geleitet hat, keine Befangenheit des Experten. Der Beschwerdeführer beanstandet dies in doppelter Hinsicht. Zum einen wirft er der Vorinstanz eine Gehörsverletzung vor, weil sie nicht weiter begründet habe, weshalb sie keine solche Befürchtung hege. Zum andern erblickt sie entgegen der Vorinstanz auch in diesem Umstand Grund zur Annahme eines Anscheins der Befangenheit.

Es trifft zu, dass die Vorinstanz nicht speziell in Bezug auf die Zusammenarbeitsprojekte zwischen dem Institut Q. \_\_\_\_\_ und der Z. \_\_\_\_\_ AG näher ausführte, weshalb dieser Umstand für einen Anschein der Befangenheit nicht genüge. Es geht aus dem Kontext ihrer Erwägungen aber hervor, dass sie vor dem Hintergrund, dass es sich bei der Z. \_\_\_\_\_ AG um eine Drittfirma handelt, keinen Grund für eine Befangenheit von Dr. Panglisch erblicken konnte, wenn dieser als damaliger Bereichsleiter Wassertechnologie des Instituts Q. \_\_\_\_\_ Zusammenarbeitsprojekte (u.a. auch) mit der Z. \_\_\_\_\_ AG bearbeitete. Die Begründung der Vorinstanz kann daher unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten noch als genügend betrachtet werden (vgl. dazu BGE 138 I 232 E. 5.1 ; 136 I 184 E. 2.2.1 S. 188). Die Vorinstanz hat mithin die Begründungspflicht nach Art. 29 Abs. 2 BV nicht verletzt.

Ebensowenig kann ihr eine Verletzung des Anspruchs auf einen unbefangenen Experten vorgeworfen werden. Allein die Tatsache, dass Dr. Panglisch als Mitarbeiter eines unabhängigen Instituts (wie dem Institut Q. \_\_\_\_\_) im Rahmen von Forschungsprojekten, welche dieses Institut durchführt, mit Drittfirmen wie der Z. \_\_\_\_\_ AG eine gewisse Zusammenarbeit pflegte, begründet - objektiv betrachtet - noch keinen Anschein der Voreingenommenheit gegen den Beschwerdeführer. Besondere Anhaltspunkte dafür, dass dies dennoch der Fall sein könnte, sind den vorinstanzlichen Feststellungen nicht zu entnehmen.

#### **E. 4.4**

Weiter wirft der Beschwerdeführer der Vorinstanz vor, nicht berücksichtigt zu haben, dass Dr. Panglisch die erste Instanz nicht sofort über seine Vertragsverhandlungen mit der Z.\_\_\_\_\_ AG informiert habe, sondern erst, als er die Zusatzfragen mit Gutachten vom November 2011 beantwortet hatte, obwohl er gewusst habe, dass der Beschwerdeführer ihn wegen seiner Freundschaft mit Dr. E.\_\_\_\_\_ und seiner Nähe zur Z.\_\_\_\_\_ AG als befangen erachte. Dieser befremdliche Umstand trage weiter zum Gesamtbild von dessen Befangenheit bei.

Auch damit vermag der Beschwerdeführer nicht durchzudringen. Denn zum einen ist nicht festgestellt, wann genau Dr. Panglisch mit der Z.\_\_\_\_\_ AG in Vertragsverhandlungen trat. Die Vorinstanz stellte nur fest, dass er das Gericht bereits am 14. Dezember 2011 informierte, er werde ab Mitte April 2012 die Leitung der Entwicklung bei der Z.\_\_\_\_\_ AG übernehmen. Ob diese Information zu spät erfolgte, lässt sich daher nicht beurteilen, und eine Würdigung, wie sie der Beschwerdeführer vorträgt, entbehrt der tatsächlichen Grundlage, weshalb sie nicht gehört werden kann. Zum anderen hat der Beschwerdeführer in der Beschwerdeschrift nicht dargetan, dass er schon bei der Vorinstanz substantiiert vorgebracht hatte, Dr. Panglisch habe die erste Instanz nicht sofort über seine Vertragsverhandlungen mit der Z.\_\_\_\_\_ AG informiert. Der Vorwurf, sie habe diese Tatsache nicht berücksichtigt, geht daher fehl.

#### **E. 4.5**

Als letzten Punkt führt der Beschwerdeführer ins Feld, Dr. Panglisch sei vor seiner Bestellung als Gutachter von F.\_\_\_\_\_ (von der Beschwerdegegnerin) kontaktiert worden. Die Vorinstanz erachtete die Angaben der Beschwerdegegnerin als glaubhaft, dass diese Kontaktnahme nur zur Abklärung erfolgte, ob er als Experte in Frage kommen würde. Der Beschwerdeführer rügt dies als willkürliche Sachverhaltsfeststellung, da es hierfür keine Indizien gebe und die Interessenlage von F.\_\_\_\_\_ dagegen zu sprechen scheine. Überdies vermisst er eine Begründung dafür, weshalb die Vorinstanz diese Angaben als glaubhaft erachtete, und moniert eine Verletzung der Begründungspflicht. Er vermag indessen nicht aufzuzeigen, dass er vor der Vorinstanz handfeste Anhaltspunkte und nicht blosse Vermutungen dafür vortrug, dass die Kontaktnahme einer einseitigen Beeinflussung gedient hätte und über die blosse Abklärung hinausging, ob Dr. Panglisch einen Expertenauftrag annehmen könnte. Mangels solcher Anhaltspunkte hatte die Vorinstanz keinen Anlass, den Angaben der Beschwerdegegnerin nicht zu glauben und dies noch näher zu begründen.

Der Beschwerdeführer mutmasst, Dr. Panglisch sei der Beschwerdegegnerin von der Z.\_\_\_\_\_ AG als Experte empfohlen worden. Auch "diese Intransparenz" in Bezug auf die Bestellung von Dr. Panglisch als Gutachter trage zum Anschein der Befangenheit bei. Da es sich dabei indessen wiederum um blosse Mutmassungen handelt, kann der Vorinstanz nicht vorgeworfen werden, sie habe den Anspruch auf einen unbefangenen Gutachter missachtet, weil sie diese Mutmassungen nicht berücksichtigte.

#### **E. 4.6**

Unter diesen Umständen hat die Vorinstanz Art. 29 Abs. 1 BV nicht verletzt, indem sie den Anschein der Befangenheit des Experten Dr. Panglisch ablehnte und das von ihm erstellte Hauptgutachten vom März 2011 als Beweismittel zuließ.

#### **E. 5**

Die Beschwerde ist demzufolge abzuweisen. Bei diesem Verfahrensausgang wird der Beschwerdeführer kostenpflichtig ( Art. 66 Abs. 1 BGG ). Der Beschwerdegegnerin (Politische Gemeinde I.\_\_\_\_\_) ist keine Parteientschädigung zuzusprechen ( Art. 68 Abs. 3 BGG ; vgl. BGE 134 II 117 E. 7 S. 118 f.). Gründe, um ausnahmsweise von der Regel nach Art. 68 Abs. 3 BGG abzugehen, sind weder von der Beschwerdegegnerin genannt noch ersichtlich.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.