

# **BL\_GERICHTE 410 2011 135 vom 9. August 2011**

BL Gerichte, 2011-08-09, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bl\\_gerichte\\_410\\_2011\\_135](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bl_gerichte_410_2011_135)

FR: BL\_GERICHTE 410 2011 135 du 9 août 2011

IT: BL\_GERICHTE 410 2011 135 del 9 agosto 2011

## **Regeste**

Nichtigkeit eines Gerichtsgutachtens wegen dem Anschein der Befangenheit des Gerichtsexperten

## **Erwägungen**

### **E. 1**

- 2. ( ... )

### **E. 3**

c) Als weitere Ausstandsgründe gegen den Gerichtsexperten bringt der Beschwerdeführer vor, der Gerichtsgutachter habe im Anschluss an den Augenschein vom 7. Mai 2010 mit Herrn W. Details über die Kostenermittlung unter Ausschluss des Gesuchsklägers unter vier Augen unterhalten. Dies obwohl der Rechtsvertreter des Gesuchsklägers den engen Bezug zum Parteigutachten kritisiert habe. Danach hätte sich der Gerichtsgutachter mit dem Parteigutachten am 21. Juni 2010 nochmals in Zürich getroffen, um sich die Kostenzusammenstellung der im Parteigutachten aufgeführten Schadenbeträge erläutern zu lassen. Dies ohne den Gesuchskläger zu informieren und ihm die Möglichkeit zu geben, an besagtem Treffen teilzunehmen. An diesem Termin habe der Parteigutachter dem Gerichtsgutachter zusätzliche Dokumente übergeben, welche im Gutachterauftrag des Gerichtes nicht aufgelistet gewesen seien. Auch darüber sei der Gesuchskläger im Dunkeln gelassen worden. Diese privaten Absprachen und Dokumentenübergabe zwischen dem Gerichtsexperten und dem Parteigutachter würden eine schwere Verletzung des Gutachterauftrages und des Gleichbehandlungsgrundsatzes darstellen. Die Beschwerdegegner entgegnen, die Kontaktaufnahme des Gerichtsexperten mit Herrn W. sei einerseits notwendig gewesen und andererseits offen kommuniziert worden. Der Gerichtsexperte habe am Augenschein vom 7. Mai 2010 in Anwesenheit der Parteien angekündigt, sich sachdienliche Informationen und Unterlagen von Herrn W. zu beschaffen. Der Gesuchskläger habe dazumal nichts gegen dieses Vorgehen einzuwenden gehabt, sondern lediglich den engen Bezug auf das Gutachten W. kritisiert. Die vom Gericht zugelassenen Expertenfragen hätten die Kontaktaufnahme erfordert, da sich die Fragen stark auf das Gutachten von Herrn W. abstützen würden. Um allfällige abweichenden Feststellungen vom Gutachten W. erkennen und begründen zu können, habe der Gerichtsexperte dessen Überlegungen kennen müssen. Der Gesuchskläger habe gegen diese Expertenfragen nicht opponiert. Unzutreffend sei auch die Behauptung, die Experten hätten sich mehrmals getroffen. Es habe nur eine bilaterale Besprechung am 21. Juni 2010 statt gefunden. Nachdem an den Liegenschaften des Gesuchsklägers während der Bautätigkeiten auf dem Nachbargrundstück Schäden entstanden waren, wurde bereits im Vorfeld zum gerichtlichen Verfahren von Herrn W. von ( ... ) eine Expertise zur Feststellung der Schäden und Abschätzung der Schadenssumme erstellt. Diese Expertise

wurde von der ( ... ) Versicherungen, als Bauherrenhaftpflichtversicherung der Beschwerdegegnerin 15 ( ... ), in Auftrag gegeben. Dies ergibt sich aus der Expertise von Herrn W. vom 30. April 2008. Die ( ... ) Versicherungen ist zwar nicht Partei im vorliegenden Verfahren, als Versicherer der Beschwerdegegnerin 15 hat sie jedoch ein Interesse an dessen Ausgang. Daher kann das von ihr in Auftrag gegebene Gutachten und damit auch der Experte W. nicht als unabhängig und neutral betrachtet werden; vielmehr ist der Experte W. parteimässig im Umfeld der Beschwerdegegnerin 15 anzusiedeln. Daran ändert auch die Zustimmung des Gesuchsklägers zur genannten Expertise und dem beauftragten Gutachter nichts, bleibt doch die ( ... ) Versicherung alleinige Auftraggeberin der Expertise. Weiter bedeutete die Zustimmung des Gesuchsklägers zum Experten W. nicht, dass er auch mit der von ihm danach erstellten Expertise einverstanden ist. Eine Kontaktaufnahme des Gerichtsgutachters mit Herrn W., ohne Beizug der Parteien, ist daher zum vornherein heikel. Aus den Akten der Vorinstanz ist zudem nicht ersichtlich, dass es die Meinung des Bezirksgerichts Arlesheim war, dass der Gerichtsexperte mit Herrn W. Kontakt aufnehmen soll; vielmehr hat die Vorinstanz dem Gerichtsgutachter die Expertise von Herrn W. zugestellt und war offensichtlich der Meinung, damit könne der Gerichtsexperte die ihm gestellten Fragen beantworten. Der Gerichtsgutachter hat sich hingegen mit Herrn W. am 21. Juni 2010 zu einer bilateralen Besprechung getroffen, um sich die Ermittlung der in der Kostenzusammenstellung aufgeführten Schadenbeträge erläutern zu lassen. Ob zusätzlich gleich nach dem Augenschein auch noch ein Treffen stattfand, ist nicht erheblich und kann offen bleiben. Aus dem Gerichtsgutachten geht zumindest kein weiteres Treffen hervor. Dem Gerichtsgutachten vom 22. September 2010 kann auf Seite 23 (Beilage 1: Kurzprotokoll des Augenscheins vom 7. Mai 2010) entnommen werden, dass der Rechtsanwalt des Gesuchsklägers bereits am Augenschein vom 7. Mai 2010 den engen Bezug auf das Gutachten W. kritisierte. Wenn dieser enge Bezug kritisiert wurde, kann erst recht daraus geschlossen werden, dass eine bilaterale Besprechung zwischen dem Gerichtsexperten und Herrn W. vom Gesuchskläger nicht gutgeheissen würde, hat der Gesuchskläger doch klar kundgegeben, dass das Gutachten W. und damit dieser selbst nicht zu stark einbezogen werden sollten. Dies musste auch dem Gerichtsgutachter bewusst sein. Da Herr W. nicht als neutraler Experte angesehen werden kann, durfte der Gerichtsexperte nicht ohne Mitteilung und Beizug der Parteien mit diesem ein bilaterales Gespräch führen, in welchem er sich die von Herrn W. in dessen Expertise aufgeführten Schadenbeträge erläutern liess. Die von der Vorinstanz dem Gutachter vorgelegten Fragen nehmen zwar zum Teil sehr engen Bezug zum Gutachten W., indem nach Gründen für Abweichungen gefragt wurde, und es mag durchaus sein, dass für den Gerichtsgutachter die von Herrn W. aufgeführten Schadenbeträge nicht nachvollziehbar waren. Dennoch durfte er diesen nicht einfach zu einem Zweiergespräch treffen. Vielmehr hätte er auf die entsprechenden Gutachterfragen antworten müssen, dass er die Abweichungen zum Gutachten W. nicht erklären könne, da die von Herrn W. aufgeführten Schadensbeträge nicht nachvollziehbar seien. Der Gerichtsgutachter hätte auch die Möglichkeit gehabt, über das Gericht von Herrn W. weitere Erklärungen zu dessen Gutachten einholen zu lassen oder allenfalls ein direktes Gespräch mit Herrn W. zu führen, dies jedoch nur unter Beizug der Parteien. Erläuterungen können nicht in einem Zweiergespräch mit dem Gerichtsgutachter stattfinden, da auch die Parteien und das Gericht wissen müssen, was denn genau erläutert bzw. ergänzt wurde, zumal das Gutachten W. zu den Prozessakten gereicht wurde und die gerichtlichen Gutachterfragen Bezug darauf nehmen. Die zusätzlichen Ausführungen von Herrn W. entziehen sich der Kontrolle der

Parteien und des Gerichts, was begründetes Misstrauen in die Voreingenommenheit des Gerichtsexperten erweckt, zumal der Gerichtsexperte in diesem bilateralen Gespräch beeinflusst worden sein könnte. Das bilaterale Gespräch ohne Beizug der Parteien, in welchem sich der Gerichtsexperte die Ermittlung der in der Kostenzusammenstellung aufgeführten Schadensbeträge durch Herrn W. erläutern liess, stellt einen einseitigen Kontakt zu einem nicht neutralen Experten im Umfeld der Gesuchsbeklagten 15 dar und begründet objektiv betrachtet den Anschein der Befangenheit (siehe auch BGE 97 I 320).

#### **E. 4**

d) Ebenfalls am Augenschein vom 7. Mai 2010 war die bilaterale Besprechung zwischen dem Gerichtsexperten und Herrn W. bereits Thema, wie aus dem Protokoll des Augenscheins hervorgeht (siehe Gerichtsgutachten S. 23). Der Gesuchskläger hat sich danach weder beim Gerichtsgutachter noch beim Gericht gemeldet und dagegen opponiert oder den Wunsch nach seiner Teilnahme an dieser Besprechung kund gegeben. Dass der Gesuchskläger diesbezüglich jedoch noch kein Ausstandsbegehren gegen den Gerichtsgutachter gestellt hat, kann ihm allerdings nicht vorgeworfen werden. Aus dem Gerichtsgutachten bzw. dem darin enthaltenen Kurzprotokoll des Augenscheines vom 7. Mai 2010 (S. 23 des Gutachtens) geht nämlich nicht klar hervor, dass ein separates Gespräch mit Herrn W. stattfinden soll. Es geht lediglich daraus hervor, dass Herr W. ein bilaterales Gespräch vorgeschlagen und der Gerichtsgutachter Interesse an der Substanz des Gutachtens W. gezeigt habe. Was letztlich am Augenschein genau gesagt wurde, ist unter den Parteien umstritten und entzieht sich der Kenntnis des Gerichts. Aus dem Gerichtsgutachten geht zumindest nicht hervor, dass ein bilaterales Gespräch zwischen dem Gerichtsgutachter und Herrn W. vor den Parteien definitiv abgesprochen worden ist, geschweige denn, dass der Gesuchskläger zu einem solchen eingewilligt hätte. So ist es durchaus denkbar, dass der Gesuchskläger die allfällige Terminmitteilung und Einladung für dieses Gespräch abgewartet hat. Da kein entsprechender Gegenbeweis vorliegt, ist davon auszugehen, dass für die Parteien damals nicht ersichtlich war, dass das bilaterale Gespräch stattfinden wird, dies gar ohne vorgängige Beiladung oder zumindest Mitteilung an die Parteien, welche ihnen eine Reaktion ermöglicht hätte. Es bestand daher diesbezüglich nach dem Augenschein auch kein Anlass, bereits ein Ablehnungsbegehren zu stellen. Mit Verfügung vom 29. September 2010 wurde den Parteien dann das Gerichtsgutachten vom 22. September 2010 zugestellt und Frist bis zum 25. Oktober 2010 gesetzt zur Stellung von Anträgen gemäss § 157 ZPO BL. Mit Zustellung des Gerichtsgutachtens hatte der Gesuchskläger Kenntnis vom Treffen des Gerichtsgutachters mit Herrn W. vom 21. Juni 2010, da diese Besprechung im Gutachten aufgeführt ist. Innerhalb welcher Zeitspanne ein Ausstandsbegehren gestellt werden muss ohne zu verwirken, ist in den Gesetzen nicht festgehalten. Die aus dem Gebot von Treu und Glauben fliessende Pflicht, einen Ablehnungsgrund unverzüglich nach Kenntnisnahme geltend zu machen bzw. die darauf gründende Verwirkung, steht in einem Spannungsverhältnis zum verfassungsrechtlichen Anspruch auf den unvoreingenommenen Richter und Sachverständigen. Die Praxis neigt dazu, die Unterlassung des sofortigen Ablehnungsbegehrens als (stillschweigenden) Verzicht auf die Beurteilung durch einen unabhängigen und unparteiischen Richter oder Sachverständigen zu deuten; ein solcher Verzicht darf aber nicht leichthin angenommen werden (Regina Kiener; Richterliche Unabhängigkeit, Bern 2001, S. 356 mit weiteren Hinweisen in FN 121). In allen Fällen ist zu prüfen, ob allenfalls rechtsmissbräuchliches Verhalten der betroffenen Verfahrenspartei vorliegt (Kiener, a.a.o., S. 359). Auch das Bundesgericht hat mit der Lehre die

Anforderungen an die Unverzüglichkeit der Ablehnung in seiner neusten Praxis je nach der Schwere eines Ausstandsgrundes relativiert. Liegt der Anschein der Befangenheit derart offensichtlich auf der Hand, dass eine Gerichtsperson von sich aus in den Ausstand treten müsste, so wiegt dieser Verfahrensmangel schwerer als eine eventuelle Verspätung des Begehrens (Stephan Wullschleger, in: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), Zürich/Basel/Genf 2010, Art. 49 N 10, mit weiteren Hinweisen zu Bundesgerichtsentscheiden und Lehre). Wie bereits erwähnt ist davon auszugehen, dass der Gesuchskläger erst mit Zustellung der Gerichtsexpertise Kenntnis vom Gespräch des Gerichtsexperten mit Herrn W. hatte. Dem Gesuchskläger wurde von der Vorinstanz die mit Verfügung vom 29. September 2010 gesetzte Frist zur Stellung von Anträgen gemäss § 157 ZPO BL (Stellung von Ergänzungs- und Erläuterungsanträgen oder Gesuch um eine Oberexpertise) auf Gesuch hin viermal erstreckt, letztmals mit Verfügung vom 28. Januar 2011 peremptorisch bis zum 1. März 2011. Während dieser ganzen Dauer von der Zustellung der Expertise bis zum 1. März 2011 wurde das Verfahren nicht fortgesetzt bzw. in kein nächstes Prozessstadium geführt, sondern man wartete auf die Eingabe des Gesuchsklägers betreffend allfälliger Anträge nach § 157 ZPO BL. Die Gegenparteien wie auch das Gericht mussten keine weiteren Handlungen - mit Ausnahme der vier Fristerstreckungen - vornehmen. Der Gesuchskläger hat in dieser Zeit auch in keiner Weise Aussagen gemacht oder Handlungen vorgenommen, welche darauf hindeuten würden, dass er das Vorgehen des Gerichtsexperten akzeptiert hätte. Vielmehr hat er mit den Fristerstreckungsgesuchen kund gegeben, dass er mehr Zeit benötige. Auch wenn sich die vom Gericht gewährten Fristerstreckungen nicht auf Ausstandsbegehren beziehen können, sondern nur auf Anträge gemäss § 157 ZPO BL, kann dem Gesuchskläger kein rechtsmissbräuchliches Verhalten vorgeworfen werden, da das Verfahren in kein weiteres Prozessstadium fortgeführt wurde. Der Gesuchskläger hätte zwar nach Zustellung der Expertise das Ablehnungsbegehren unverzüglich einreichen und betreffend den inhaltlichen Einwendungen gegen das Gerichtsgutachten eine Fristerstreckung beantragen können. Dass er dies nicht machte, sondern erst mit Eingabe vom 1. März 2011 das Gutachten sowohl wegen Ausstandsgründen wie auch inhaltlichen Einwendungen angefochten hat, kann jedoch nicht als rechtsmissbräuchliches Verhalten gewertet werden, zumal ein Verzicht auf den verfassungsrechtlichen Anspruch auf den unvoreingenommenen Sachverständigen nicht leichthin angenommen werden darf und der Gesuchskläger überdies keine Handlungen vornahm, welche auf einen Verzicht hindeuten können. Die Verwirkung ist auch deshalb abzulehnen, weil der Anschein der Befangenheit klar zu bejahen ist und dieser Ablehnungsgrund höher wiegt als die allfällige Verspätung des Ablehnungsbegehrens. Schliesslich bestehen auch mit Blick auf das Verhältnismässigkeitsprinzip durchaus Möglichkeiten, um "verspätete" Ablehnungsbegehren zu sanktionieren, ohne dass damit eine Beschneidung des verfassungsrechtlichen Anspruchs auf den unabhängigen Richter bzw. Gutachter einhergehen muss, so beispielsweise durch Auferlegung der durch die Säumnis verursachten Verfahrenskosten (Kiener, a.a.o., S. 362). Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass der Anschein der Befangenheit des Gerichtsexperten bejaht wird und damit eine Verletzung des Anspruchs auf einen unabhängigen Gutachter vorliegt. Der Gesuchskläger hat das Ablehnungsbegehren nicht zu spät eingereicht bzw. mit dem Zuwarten bis zum 1. März 2011 nicht gegen Treu und Glauben verstossen, so dass dieses nicht verwirkt ist. Die Verletzung des Anspruchs auf einen unabhängigen Gutachter führt dazu, dass das Gerichtsgutachten (...) als Beweismittel auszuschliessen (BGE 125 II 541,

E. 4d) und ein neues Gerichtsgutachten bei einem neuen Gerichtsexperten einzuholen ist.

**E. 5**

- 6. ( ... ) KGE ZR vom 09.08.2011 i.S. E.M. gegen W.F. et al. (410 11 135/ARK)

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